

الفَصْلُ الثَّانِي

القواعد المنظمة

لعقود المعوضات وعقود التبرعات

OBELIKAN.COM

الفصل الثاني

القواعد المنظمة

لعقود المعاوضات وعقود

هذا الفصل خصصته للقواعد المنظمة لعقود المعاوضات، وعقود التبرعات.

وقد قسمته إلى مبحثين :

■ أحدهما : للقواعد .

■ والآخر : للنوازل .

وقسمت مبحث القواعد إلى مطلبين :

■ أحدهما : للمعاوضات .

■ والآخر : للتبرعات .

المبحث الأول

تحرير القواعد

المطلب
الأول

قواعد المعوضات

القاعدة الأولى: الأصل في المعوضات الإباحة :

عقود المعوضات « عبارة عن ضرب من التمليكات التي تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين العاقدین، بخلاف التبرعات التي تقوم على أساس الفرق والمعونة والمنحة من طرف لآخر دون مقابل » (١).

وهي تشمل جميع عقود البياعات والإيجارات والهبات المشروطة فيها الأَعْوَاض وما شابه ذلك؛ لأن « المبتغى في جميع ذلك في عادات الناس تحصيل الأَعْوَاض لا غير » (٢).

معنى القاعدة:

والأصل في البيوع وسائر المعوضات الإباحة؛ فلا يحرم منها إلا ما قام الدليل على تحريمه، وما لم يقم الدليل على تحريمه فهو على أصل الحل. هذا هو معنى قولنا « الأصل في المعوضات الإباحة » فكل عقد من هذه العقود إذا لم يشتمل على ما لا يحل شرعاً، ولم يقم دليل على تحريمه قلنا بإباحته؛ لبقائه على الأصل، ولعدم وجود الناقل الذي ينقله عن هذا الأصل. فالحل هو الأصل، والتحريم استثناء من الأصل.

يقول الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - :

« فأصل البيوع كلها مباح إذا كان برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ - » (٣).

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية لتزیه حماد ص ٢٥٥ . (٢) أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٢٤٦ .

(٣) الأم للشافعي ٣ / ٣ .

ويقول الإمام ابن عبد البر المالكي:

«الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراض، إلا ما حرمه الله على لسان رسوله نصاً أو كان في معنى النص»^(١).

ولذلك فإن البيوع - وكذلك جميع المعاولات - غالبها مباح، وإن كان البيع في الأصل تعتريه الأحكام الخمسة، يقول صاحب مغني المحتاج: «البيع ينقسم إلى الأحكام الخمسة وهي الواجب والحرام والمندوب والمكروه والمباح، فالواجب كبيع الوالي مال اليتيم إذا تعين بيعه، وبيع القاضي مال المفلس بشروطه... وأما الحرام فغالب ما ذكره المصنف في هذا الفصل والذي قبله، وأما المندوب فكالبيع بالمحاباة وبيع الطعام زمن الغلاء ونحوه، وأما المكروه فكبيع دور مكة... وأما المباح فغالب البيوع»^(٢).

الأصل للقاعدة:

هذه القاعدة ثابتة بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، ومن القواعد الشرعية

العامة. من هذه الأدلة:

[١] أن البيوع وسائر عقود المعاوضات ليست من العبادات التي يكون الأصل فيها التوقف، وإنما هي من العادات «والعادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ما حرمه الدليل وإلا دخلنا في معنى قوله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا﴾ [يونس: ٥٩] الآية»^(٣) وهذه القاعدة فرع على قاعدة (الاستصحاب) الثابتة، وهي متفرعة عنها كتفرع قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة) سواء بسواء، يقول الإمام ابن تيمية^(٤) رحمه الله: «وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من

(١) الاستذكار لابن عبد البر المالكي ٦ / ٤١٩.

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشريني دار ابن كثير بيروت ٢ / ٤٠٩.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٧.

(٤) ابن تيمية: نقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن علي بن تيمية الحراني أبو العباس، المحدث، الحافظ، المفسر الفقيه، ولد بخران في ربيع الأول عام ٦٦١ هـ، وقدم مع والده وأهله إلى دمشق وهو صغير، امتحن وأوذى عدة مرات، له عدة مؤلفات أهمها: مجموع الفتاوى، والسياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، والجواب الصحيح على من بدل دين المسيح، توفي مسجوناً بقلعة دمشق عام ٧٢٨ هـ، انظر: طبقات الحافظ (١ / ٥٢٠)، والبداية والنهاية (١٤ / ١٣٢).

النصوص العامة والأقيسة الصحيحة والاستصحاب العقلي وانتفاء الحكم لانتفاء دليله فإنه يستدل به أيضاً على عدم تحريم العقود والشروط فيها، سواء سمي ذلك حلالاً أو عفواً... فإن ما ذكره الله تعالى من ذم الكفار على التحريم بغير شرع منه ما سببه تحريم الأعيان ومنه ما سببه تحريم الأفعال» (١).

[٢] ورود النصوص القاضية بإباحة البيع بإطلاق، بالفاظ ظاهرة في العموم، وهذا يفيد أن ما يحرم منها استثناء، وأن الأصل الحل. من هذه النصوص قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فالحكم في هذه الآية بإباحة البيع جاء بلفظ عام مستغرق، فإن «قول الله عز وجل ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ عموم في إباحة سائر البياعات؛ لأن لفظ البيع موضوع لمعنى معقول في اللغة وهو تمليك المال بمال بإيجاب وقبول عن تراض منهما، وهذا هو حقيقة البيع في مفهوم اللسان، ثم منه جائز ومنه فاسد، إلا أن ذلك غير مانع من اعتبار عموم اللفظ متى اختلفنا في جواز بيع أو فساد» (٢)، والذي يدل على الاستغراق في لفظ البيع من هذه الآية أن «الألف واللام للجنس لا للعهد؛ إذ لم يتقدم بيعٌ مذكور يرجع إليه» (٣)؛ وعلى هذا فإن هذا النص «عام في الإباحة مخصوص بما يدل الدليل على منعه» (٤)، ومن الآيات أيضاً قول الله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، يقول الإمام القرطبي (٥): «اعلم أن كل معاوضة تجارة، على أي وجه كان العوض إلا أن قوله بالباطل أخرج منها كل عوض لا يجوز شرعاً من ربا أو جهالة أو تقدير عوض فاسد...» (٦).

(١) السابق ٢٩ / ١٧ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١٢ / ٦٤٠-٦٤١ .

(٣) تفسير القرطبي ٢ / ١١٦٤ .

(٤) فتح الباري ٤ / ٢٣٠ .

(٥) القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، أبو عبد الله الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي، المفسر الشهير، ولد سنة ٢٠١هـ، كان من العلماء العارفين، له مصنفات منها: الجامع لأحكام القرآن، وهو من أجل التفاسير وأعظمها نفعا، وكتاب الاسنى في شرح أسماء الله الحسنی، والتذكرة بأمور الآخرة، توفي سنة ٢٧٦هـ، انظر: طبقات الحفاظ (١/ ٢٨١) .

(٦) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي ٣ / ١٧٢٢ .

ويقول الإمام الجصاص: وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، عموم في إطلاق سائر التجارات، وإباحتها، وهو كقوله تعالى في اقتضاء عمومه لإباحة سائر البيوع إلا ما خصه التحريم^(١).

[٣] أن القول بأن الأصل في البيوع الحظر يوقع الناس في الحرج والعنت، والحرج مرفوع، والعنت ليس من شريعة الله تعالى الذي قال: ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَكُمُ إِنَّ اللَّهَ غَزِيرٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، ويتمثل العنت في التضيق على الناس، وتقييد حركة الحياة؛ إذ لو كان الأصل الحظر لعرقل ذلك سير الحياة الاقتصادية وأدى إلى الخسران والبوار.

التفريع على القاعدة: من فروع هذه القاعدة:

[١] إباحة البيع بالتقسيط، ما لم يقع في صورة تجعله عقداً ربوياً كالتنصيص على الفائدة مفصولة عن ثمن السلعة الأصلي.

[٢] إباحة بيع الاستجرار، وهو «أخذ الحوائج من البائع شيئاً فشيئاً ودفع ثمنها بعد ذلك»^(٢).

[٣] إباحة عقد المقاوله، كما سيتضح فيما بعد.

وسياتي مزيد بيان لما يتفرع على هذه القاعدة عند الحديث على التطبيق المعاصر، ولكن نبادر بالقول بأن «أي عقد مستجد في الحياة المعاصرة مما لم يتطرق إليه الفقهاء من قبل يكون مقبولاً شرعاً إذا لم يتصادم مع دليل شرعي من الكتاب أو السنة والإجماع... ولم يشتمل على مفسدة راجحة»^(٣).

القاعدة الثانية: الأصل في المعاملات الصحة^(٤)

هذه القاعدة شائعة الذكر في كتب الفقه، «وتكاد تكون مسلمة لدى الفقهاء، غير أن منهم من توسع في الأخذ بها ومنهم من أعملها في مسائل معدودة»^(٥).

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٢٤٨.

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد ط المعهد العالي للفقه الإسلامي ص ٤٩.

(٣) موسوعة القواعد الفقهية للندوي ١ / ٢٢٤.

(٤) موسوعة القواعد الفقهية للندوي ١ / ٢٢٦.

(٥) السابق ١ / ٢٢٦.

ومن العبارات الفقهية التي جرت على أقلام الفقهاء بنفس معنى القاعدة

المذكورة ما يلي:

- [١] « الأصل الصحة وحمل العقود عليها » ^(١).
- [٢] « الأصل حمل العقود على الصحة » ^(٢).
- [٣] « العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده » ^(٣).
- [٤] « تصحيح العقود بحسب الإمكان واجب » ^(٤).

معنى القاعدة :

وهذه القاعدة معناها أن المعاملات كالبيع وغيرها، وكذلك سائر العقود، الأصل فيها أن تحمل على الصحة، ما لم يثبت فسادها. فإن قام دليل على فسادها حكمنا بفسادها، وإن لم يقدّم دليل على الفساد بقيت على الأصل وهو الصحة.

الأصل للقاعدة :

ودليل هذه القاعدة أن أمر المسلم محمول على السداد، وهو ما تدل عليه الأصول العامة، ويدل عليه العقل والشرع، وهذا يقتضي حمل تصرفاته على السلامة والصحة ما لم يقدّم ما يدل على الفساد.

التفريع على القاعدة : من فروع هذه القاعدة :

- [١] « بعد الاتفاق على قبض السلم إذا قال أحدهما : كان القبض في المجلس قبل التفرق، وقال الآخر: بل كان القبض بعد التفرق، فالقول قول مدعي القبض في المجلس بيمينه؛ لأنه يدعي الصحة، وذلك يدعي الفساد. والظاهر في العقد الصحة » ^(٥).

- [٢] قال الإمام الكاساني ^(٦) في البدائع - في صدد بيانه لحكم السلم إذا كان

(١) المعيار العرب ٥ / ١٩٥ . (٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٤٦٦ .

(٣) المبدع لابن مفلح ط المكتب الإسلامي بيروت ٥ / ٧٩ (٤) المبسوط ٦ / ٥٤٨ .

(٥) كشف القناع ٣ / ٢٩٩ .

(٦) الكاساني : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، علاء الدين ، ملك العلماء ، صاحب كتاب البدائع ، تفقه على علاء الدين السمرقندي ، وتزوج ابنته فاطمة الفقيهة من أجل أنه شرح كتاب التحفة وسماه البدائع ، فجعله مهر ابنته فقال فقهاء العسر : « شرح تحفته فزوجه ابنته » ، وكان له وجهة وشجاعة وكرم . مات في حلب سنة ٥٨٧ هـ . انظر : تاج التراجم ص ٣٢٧ .

المسلم فيه دراهم أو دنانير - « لا يجوز لما مر أن شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مبيعاً، والدراهم والدنانير أثمان أبداً... ثم إذا لم يجوز هذا العقد سلماً هل يجوز بيعاً؟ ، ينظر: إن كان بلفظ البيع يجوز ويكون بيعاً بثمن مؤجل.... وإن كان بلفظ السلم فقد اختلف المشايخ فيه، فقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن السلم يخالف مطلق البيع في الأحكام والشرائط، فإذا لم يصح سلماً بطل رأساً. وقال بعضهم: يجوز؛ لأن السلم نوع بيع؛ ألا ترى أن النبي ﷺ سماه بيعاً حين نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم، ولهذا ينعقد بلفظ البيع إلا أنه اختص بشرائط مخصوصة فإذا تعذر تصحيحه سلماً فهو بيع بثمن مؤجل تصحيحاً للتصرف بالقدر الممكن^(١)، ولكن جواز البيع هنا مشروط ألا يكون البديل المقابل من الأثمان؛ لأن السلم بما يقوم به السعر بما سيأتي في موضعه.

[٣] مذهب الأحناف، وكذلك المالكية باستثناء بعض المسائل عندهم أن «البياعات الفاسدة فساداً ضعيفاً تنقلب صحيحة بحذف المفسد»، وهو عندهم ضابط متولد من الضابط السابق.

يقول الإمام الكاساني: «الأصل عندنا أنه ينظر إلى الفساد: فإن كان قوياً بأن دخل في صلب العقد وهو البديل والمبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد... وإن كان ضعيفاً لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد»^(٢).

وفي أصول الكرخي «الأصل أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد وبينه إذا دخل في علقه من علائقه»^(٣).

أما الشافعية والحنابلة فلم يوافقوهم على ذلك، بل قالوا: «العقد إذا وقع فاسداً لا يصح بزوال ما وقع به فاسداً»^(٤)، وقالوا: «لو بطل العقد لما عاد صحيحاً»^(٥).

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٢٧٧ .

(٤) الحاوي ٦ / ٩٣ .

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢٧٧ بتصرف بسيط .

(٣) أصول الكرخي ص ١٦٩ .

(٥) المغني ٤ / ٣٧٩ .

القاعدة الثالثة:

المضمون بعوض في عقد معاوضة لا يصح بيعه قبل القبض : (١)

هذه القاعدة من نوع الضوابط، ولم ترد في كتب القواعد الفقهية، إلا أن الدكتور محمد بكر إسماعيل أوردها في كتابه بلفظ «من اشترى طعاماً لم يجز له أن يبيعه قبل أن يقبضه» (٢)؛ وهذا اللفظ يؤكد جنوحه إلى تخصيص الحكم هنا بالطعام كمذهب المالكية ومن وافقهم.

وبرغم أنها لم ترد في كتب القواعد الفقهية المشهورة إلا أنها وردت في كتب الفروع بالفاظ متباينة، منها قول ابن قدامة في المغني «من اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه» (٣)، وقد اخترت لفظ الإمام النووي (٤) في الروضة؛ لدلالته الواضحة على المذهب المختار في هذه المسألة.

معنى القاعدة :

أن المضمون بعوض «كالبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن مال» في عقد معاوضة كالبيع والإجارة والصلح والهبة بعوض، سواء كان طعاماً أو سلعاً منقولة أو عقاراً، وسواء كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو جزافاً؛ لا يجوز للمشتري بيعه قبل قبضه؛ لأن ملكه غير مستقر؛ لأنه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز» (٥)؛ ولأنه يؤدي إلى «توالى الضمانين على شيء واحد في زمن واحد، فإنه لو صح بيعه لكان مضموناً للمشتري ومضموناً عليه، ويلزمه أن يكون المبيع مملوكاً للشخصين في زمن واحد» (٦).

ولأنه يفضي إلى النزاع إذا هلك المبيع أو ظهر فيه عيب خفي، ولأنه يؤدي

(١) روضة الطالبين للإمام النووي ط دار الفكر بيروت ٢١٩/٣.

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٣١.

(٣) روضة الطالبين ٣ / ٢١٩.

(٤) النووي : محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري الشافعي ، ولد سنة ٦٣١هـ بنوى من أعمال حوران في سوريا ، وقدم دمشق بعد بلوغه التاسعة عشرة من عمره ، له تصانيف الزائفة والشهرة الواسعة ، والقدم الراسخة في العلم والأمر والنهي ، توفي رحمه الله بالقدس سنة ٦٧٦هـ ، . انظر : طبقات الشافعية ص ٨٩.

(٥) المهذب للشيرازي ط دار الفكر بيروت ١ / ٢٦٢.

(٦) كفاية الأخيار لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الدمشقي الشافعي ١ / ٤٧٠.

إلى ربح ما لم يضمن، كما أن فيه شبهة الربا لأنه «إذا باعه المشتري قبل القبض وتأخر المبيع في يد البائع فكأنه باع دراهم بدراهم»^(١). «وكما لا يجوز البيع قبل القبض لا يجوز جعله أجرة ولا عوضاً في صلح»^(٢)، ولا بدلاً في شيء من المعاوضات؛ لأنها كالبيع.

الأصل للقاعدة :

هذه القاعدة ثبتت بنصوص من السنة، وبالقياس على حرمة بيع الطعام قبل قبضه الثابت بالسنة والإجماع.

من هذه النصوص:

[١] عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - قال: «ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبتني لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يد الرجل، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا هو زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك؛ فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»^(٣).

ففي هذا الحديث ورد النهي عن البيع قبل القبض بلفظ السلع، وهو لفظ عام، يعم الطعام وغيره، برغم أن المبيع الذي شهد به زيد بن ثابت كان طعاماً، فلا بد أنه قد سمع لفظ السلع من رسول الله ﷺ.

[٢] عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله، إني أشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم علي؟، قال: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه»^(٤) فقول النبي ﷺ: «إذا اشتريت شيئاً يعم الأشياء، المنقول منها والعقار.

(٢) روضة الطالبين ٣ / ٢١٨ .

(١) نيل الأوطار ٥ / ١٦٠ .

(٣) حسن: رواه أبو داود في كتاب البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي حديث رقم ٣٤٩٩ ج ٣ ص ١٥١٦ وأخرجه الدارقطني في ك البيوع ٣ / ١٣ حديث ٣٦ من طريق أحمد بن خالد الوهبي... به وفي إسناده محمد ابن إسحاق. وقد تابعه الزهري عن سالم... به. - قال الإمام النووي في المجموع بعد أن بين أن في سنده ابن إسحاق وهو مدلس «لكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده فلعله اعتضد عنده أو ثبت عنده بسماع ابن إسحاق عن أبي الزناد «انظر المجموع للنووي ٩ / ٢٥٨ .

(٤) صحيح: رواه أحمد في المسند برقم ١٥٧١٠ أورده الألباني في صحيح الجامع وهو برقم ٣٤٢ ج ١ ص ١٢٣ .

[٣] عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»، قال ابن عباس - رضي الله عنه - «ولا أحسب كل شيء إلا مثله»^(١)، فهنا «استعمل ابن عباس القياس، ولعله لم يبلغه النص المقتضي لكون سائر الأشياء كالطعام»^(٢) وابن عباس صحابي، والصحابة هم أعلم الناس بمراد رسول الله ﷺ، وهم أدري الناس بالمقاصد الشرعية المرعية.

[٤] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»^(٣) ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لا يضمن وبيع ما ليس عند الإنسان، والبيع قبل القبض يتضمن الأمرين، يتضمن ربح ما لا يضمن؛ لأن المبيع قبل القبض في ضمان المشتري، فإذا باعه قبل قبضه يكون قد باع ما لا يضمن «ولعل الأمر يتعلق هنا بالضمان أساساً»^(٤)، كما أنه يتضمن بيع ما ليس عند الإنسان.

الخلاف حول القاعدة:

لم يختلف العلماء في أنه لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه، بل نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك^(٥)، ولم يرد ما يخالف هذا الإجماع إلا ما روى عن عثمان البتي أنه يجوز بيع كل شيء قبل قبضه^(٦). ولا أحسب أن هذه الرواية يمكن أن

(١) صحيح: أخرجه البخاري في البيوع باب بيع الطعام قبل أن يقبض برقم ٢١٣٦ ج ٤ ص ٤٩٧، ومسلم في البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٥ ج ١٠ ص ١٣٠، وأبو داود في البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٣٤٩٢ ج ٣ ص ١٥١٣ عن ابن عمر والترمذي في البيوع باب في كراهه بيع الطعام حتى يستوفيه برقم ١٢٩١ ج ٣ ص ٥٧٧، والنسائي في البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٤٦٠٩ ج ٤ ص ٢٦٠ عن ابن عمر.

(٢) نيل الأوطار ٥ / ١٦٠.

(٣) حسن: أخرجه أبو داود في البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٥٠٤ ج ٣ ص ١٥١٥، والترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهه بيع ما ليس عندك برقم ١٢٣٤ ج ٤ ص ٥٢٧ وقال أبو عيسى: وهذا الحديث حسن صحيح، والنسائي في البيوع باب بيع ما ليس عند البائع برقم ٤٦٢٥ ج ٣ ص ٢٦٥، وابن ماجه في التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن برقم ٢١٨٨ ج ٢ ص ٢٧٨، والدرامي في البيوع باب في النهي عن شرطين في بيع برقم ٢٥٦٠ ج ٢ ص ١٢٣، وحسنه الألباني في الإرواء برقم ١٣٠٦ ج ٥ ص ١٤٨.

(٤) فقه البيع والاستيثاق للسالوس ص ١٥٥. (٥) انظر عون المعبود ٦ / ٣٤٦، المجموع للنووي ٩ / ٢٥٧.

(٦) انظر بداية المجتهد ٢ / ١٠٨، والنيل ٥ / ١٥٨.

تخرق الإجماع؛ لأنها تمثل خلافاً شاذاً متروكاً حكاه البعض عن عثمان البتي ولم يحكه الأكثرون الذين نقلوا الإجماع.

يقول الإمام النووي - رحمه الله -: «وأما مذهب عثمان البتي فحكاه المازري والقاضي ولم يحكه الأكثرون، بل نقلوا الإجماع على بطلان بيع الطعام المبيع قبل قبضه، قالوا: وإنما الخلاف فيما سواه فهو شاذ متروك»^(١).

ومستند هذا الإجماع أحاديث كثيرة وردت عن رسول الله ﷺ مصرحاً فيها بتحريم بيع الطعام قبل قبضه وحيازته، منها:

[١] عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله: «إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه»^(٢).

[٢] عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»^(٣).

[٣] عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «كانوا يبتاعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه»^(٤).

[٤] عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»^(٥).

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٣٠.

(٢) صحيح: أخرجه مسلم ك البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٩ ج ١٠ ص ١٣٢، والطحاوي ٢ / ٢١٧، والبيهقي ٥ / ٣١٢ وهو مخرج في الإرواء برقم ١٣٢٨ وفي صحيح الجامع برقم ٢٥٧ ج ١، ص ١١٠ وقال الألباني صحيح.

(٣) صحيح: أخرجه مسلم ك البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٨ ج ١٠ ص ١٣٢، والنسائي ك البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٤٦١١ ج ٤ ص ٢٦٠.

(٤) صحيح: أخرجه البخاري ك البيوع باب منتهى التلقي برقم ٢١٦٧ ج ٤ ص ٥٣٤، مسلم ك البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٧ ج ١٠ ص ١٣١، وأبي داود ك البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٣٤٩٤ ج ٣ ص ١٥١٤، والنسائي ك البيوع باب بيع ما ويشترى من الطعام جزافاً قبل أن ينقل من مكانه برقم ٤٦٢٠ ج ٤ ص ٢٦٣، وابن ماجه ك التجارات باب بيع المجازفة برقم ٢٢٢٩ ج ٢ ص ٢٩٣، أحمد في المسند ٥٨٨٨، ٦٢٣٩، ومالك في البيوع برقم ١٣٣٥، ١٣٣٦.

(٥) صحيح: أخرجه البخاري ك البيوع باب ما يذكر في بيع الطعام والحكره برقم ٢١٣٣ ج ٤ ص ٤٩٥، ومسلم ك البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ١٥٢٧ ج ١٠ ص ١٣٢ وأبي داود ك البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٣٤٩٧ ج ٣ ص ١٥١٥ والنسائي ك البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٤٦١٠ ج ٤ ص ٢٦٠ وصححه الألباني في الإرواء برقم ١٣٢٨ ج ٥ ص ١٧٦.

فهذه المسألة مجمع عليها، وما كان فيها من خلاف فإنما هو في التفريق بين الجراف والمكيل أو الموزون، ولكن هذه الأحاديث التي سقناها «في جميعها دليل على أنه لا يجوز لمن اشترى طعاماً أن يبيعه حتى يقبضه، من غير فرق بين الجراف وغيره، وإلى هذا ذهب الجمهور»^(١).

وقد احتج الذين فرقوا بين الجراف وغيره، وقالوا بجواز بيع الجراف قبل قبضه «بأن الجراف يرى فيكفي فيه التخلية، والاستيفاء إنما يكون في مكيل أو موزون»^(٢) كما احتجوا بأحاديث نصت على الكيل والوزن كحديث ابن عمر مرفوعاً «من اشترى طعاماً بكيل أو وزن فلا يبيعه حتى يقبضه»^(٣) وعنه أيضاً أن رسول الله ﷺ: «نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه»^(٤).

ولكن الجمهور لم يفرقوا بين جراف ومكيل أو موزون، وقالوا بإطلاق تحريم بيع الطعام قبل قبضه، «واستدل الجمهور بإطلاق أحاديث الباب، وبنص حديث ابن عمر فإنه صرح فيه بأنهم كانوا يبتاعون جرافاً»^(٥).
والخلاف الواقع في أصل مسألة بيع المبيع قبل قبضه إنما هو فيما سوى الطعام من الأشياء التي تباع وتشترى.

وكان للعلماء في ذلك أربعة مذاهب:

أحدها: «لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في لطعام، قاله الشافعي^(٦)، ومحمد بن الحسن^(٧).

(١) نيل الأوطار ٥ / ١٥٨ .

(٢) صحيح : رواه البخاري (٢١٣٣) ٤ / ٤٢٥ ، ومسلم ك البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ٣٦ / ١٥٢٧ ج ١٠ ص ١٣٢ .

(٣) صحيح : أخرجه أبو داود ك البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٣٤٩٥ ج ٣ ص ١٥١٤ ، والنسائي ك البيوع باب النهي عن بيع ما اشترى من الطعام بكيل حتى يستوفي برقم ٤٦١٨ ج ٤ ص ٢٦٢ وصححه الألباني في الإرواء برقم ١٣٢٨ ج ٥ ص ١٧٦ .

(٤) نيل الأوطار للإمام الشوكاني ط دار التراث القاهرة ٥ / ١٥٨ . (٦) مغني المحتاج ٣ / ٩ مجموع ٢٥٧ .

(٧) محمد بن الحسن : محمد بن الحسن بن فرقد بن أبي عبد الله الشيباني ، الإمام صاحب الإمام أبي حنيفة ، قدم أبوه من العراق فولد محمد بواسط سنة ١٣١ هـ ، وصحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه ، ثم عن أبي يوسف ، وصنف الكتب ونشر علم أبي حنيفة ، وكان أيضاً مقدماً في علم العربية والنحو احساب والفطنة ، ولي القضاء للرشيد بالرقعة ، فأقام بها مدة ثم عزل عنها ، ثم سار معه إلى الري وولاه القضاء بها ، توفي بها سنة ١٨٧ هـ ، وهو ابن ثمان وخمسين سنة .. انظر : طبقات الحنفية (١/ ٤٢-٤٤) .

والثاني: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون، قاله عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعي وأحمد^(١) وإسحاق.

والثالث: يجوز بيع المبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض، قاله أبو حنيفة^(٢) وأبو يوسف^(٣).

والرابع: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب، قاله مالك وأبو ثور^(٤).^(٥)

وقد استدل مالك^(٦) ومن وافقه من القائلين بتخصيص النهي بالطعام دون غيره بأن الأحاديث وردت عن جابر وابن عمر وغيرهما مصرحة بالطعام، فدلّل الخطاب في هذه الأحاديث يمنع سريان الحكم إلى غير الطعام. وقالوا: إن التنصيص على الطعام يدل على أن غيره بخلافه^(٧)، واستدلوا كذلك بما رواه البخاري عن ابن عمر «أن النبي ﷺ اشترى من عمر بكراً كان ابنه راكباً عليه ووهبه لابنه قبل قبضه»^(٨) وقالوا: إن النبي ﷺ تصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه، وكذلك يجوز التصرف بالمبيع. وكذلك احتجوا باتفاق العلماء على أن من اشترى عبداً فأعتقه قبل قبضه أن عتقه جائز، قالوا: فالبيع كذلك^(٩).

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ١٩، المغني ٤ / ٨٨، دليل الطالب ١ / ١١٣.

(٢) أبو حنيفة: الإمام فقيه الملة عالم العراق، أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي، ولد سنة صمانين في حياة صغار الصحابة، ورأى أنس بن مالك لما قدم عليهم الكوفة، وعني بطلب الآثار وارتحل في ذلك، وأما الفقه والتدقيق في الرأي وغوامضه فإليه المنتهى والناس عليه عيال في ذلك، قال الشافعي: الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة، قلت: - أبي المذهبي - : الإمامة في الفقه ودقائقه مسلمة إلى هذا الإمام، وهذا أمر لا شك فيه، وليس يصح في الأذهان شيء إذا احتاج النهار إلى دليل، توفي في سنة خمسين ومائة وله سبعون سنة - رحمه الله تعالى - . انظر: سير أعلام النبلاء (٦ / ٣٩٠-٤٠٣).

(٣) الدر المختار ٥ / ١٤٧، البحر الرائق ٦ / ١٢٦.

(٤) أبو ثور: أبو ثور إبراهيم بن خالد الإمام الحافظ الحجة المجتهد في العراق أبو البغدادي الفقيه ويكنى أيضاً أبا عبد الله، ولد في حدود سنة سبعين ومائة، وقال أبو حاتم ابن حبان: كان أحد أئمة الدنيا فقهها وعلمها وورعاً وفضلاً، صنف الكتب وفرع على السنن وذبح عنها - رحمه الله تعالى - ، توفي في سنة أربعين ومئتين. انظر: سير أعلام النبلاء (١٢ / ٧٢-٧٣).

(٥) مواهب الجليل ٤ / ٤٨٢ الذخيرة ٥ / ١٣٢ مختصر خليل ١ / ١٨٧.

(٦) المجموع للنووي ٩ / ٢٥٧. (٧) انظر المجموع ٩ / ٢٥٨.

(٨) صحيح: رواه البخاري كالبوع باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته برقم (٢١١٥) ٤ / ٤٧٦.

(٩) انظر فتح الباري ٤ / ٢٧٨.

واستدل الشافعي ومن وافقه في تعميم ذلك في كل بيع بالأدلة التي سقناها آنفاً في الاستدلال على القاعدة. واستدل أبو حنيفة بإطلاق النصوص وبأنه لا يتصور تلف العقار بخلاف غيره^(١)، واستدل من اعتبر الكيل والوزن بأن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يضمن^(٢)، فينصرف هذا النهي إلى المكيل والموزون.

والراجح من هذه المذاهب مذهب الشافعي ومن وافقه، وهو الموافق للقاعدة؛ للآتي؛

[١] أن حديث زيد بن ثابت ورد بلفظ يعم الطعام وغيره من كل منقول، وهو لفظ «السلع»، وأن حديث حكيم ورد بلفظ يعم المنقول وغيره من كل مبيع، وهو لفظ «شيء» وكذلك في العبارة الموقوفة على ابن عباس. فيدخل فيه العقار، وبجانب هذه الأحاديث أحاديث خص فيها الطعام بالذكر، منها ما أطلق فيها لفظ الطعام، ومنها ما قيد بالكيل والوزن. وفي هذه الحالة لا يحمل العام على الخاص، ولا المطلق على المقيد، قال الإمام الصنعاني^(٣) في رده على من خصص الحكم بالطعام: «والجواب أن ذكر حكم الخاص لا يخص به العام، وحديث حكيم عام فالعمل عليه، وإليه ذهب جمهور العلماء، أنه لا يجوز البيع للمشتري قبل القبض مطلقاً، وهو الذي دل له حديث حكيم واستنبطه ابن عباس رضي الله عنه»^(٤)، **فذكر الطعام ليس لتخصيص العام وإنما لسببين؛**

الأول؛ أن الطعام هو أكثر السلع التي يمكن أن يفضي بيعها قبل القبض إلى النزاع لسرعة تسرب الفساد إليه؛ فيحتاج إلى مزيد اهتمام .

الثاني؛ التنبيه به على غيره؛ لأنه «إذا نهى عن بيع الطعام والحاجة إليه فغيره

(١) انظر المجموع ٥ / ٢٥٩ . (٢) انظر بداية المجتهد ٢ / ١٠٩ .

(٣) الصنعاني : محمد بن إسماعيل بن صلاح الكحلاني الصنعاني أبو إبراهيم ، يعرف بالأمر ، محدث فقيه ، أصولي مجتهد متكلم ، ولد في سنة ١٠٩٩ هـ بكحلان ، ثم انتقل إلى صنعاء ، واشتغل بالتعليم والتأليف ، له مصنفات ، منها : سبل السلام في شرح بلوغ المرام ، وتطهير الاعتقاد من أدران الإلحاد ، وإرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد ، وشرح الجامع الصغير للسيوطي . توفي سنة ١١٨٢ هـ . انظر : معجم المؤلفين (٩ / ٥٦) ، والبدر الطالع (٢ / ١٣٣) .

(٤) سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني دار الحديث مصر ٣ / ١٩ .

بأولى»^(١)، وذكر السلع في حديث زيد بن ثابت لا يخصص العام ولا يخرج العقار؛ لنفس السبب وهو أن ذكر حكم الخاص لا يخص به العام، وحديث حكيم عام في جميع الأشياء.

[٢] أن استدلال من خص النهي بالطعام بأن من اشترى عبداً فأعتقه قبل قبضه فعتقه جائز باتفاق، وكذلك البيع «تعقب بالفارق وهو تشوف الشارع إلى العتق»^(٢)، ومن استدل بحديث ابن عمر «أن النبي اشترى من عمر بكرة كان ابنه راكباً عليه ثم وهبه لابنه قبل قبضه» يجاب عن استدلاله هذا «بأنه خارج عن محل النزاع؛ لأن البيع معاوضة بعوض، وكذلك الهبة إذا كانت بعوض، وهذه الهبة الواقعة من النبي ﷺ ليست على عوض، وغاية ما في الحديث جواز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة بغير عوض، ولا يصح الإلحاق للبيع وسائر التصرفات بذلك؛ لأنه مع كونه فاسد الاعتبار قياس مع الفارق»^(٣).

[٣] أن قصر النهي على الطعام دون غيره، أو قصر النهي على السلع دون العقار، لا يتفق مع ما ذكره العلماء من علة النهي عن البيع قبل القبض، فالعلة ليست محصورة في الإفضاء إلى النزاع إذا تلف المبيع حتى يقال إن الطعام هو أكثر السلع عرضة للتلف فلذلك خصّ بالنهي، أو يقال إن العقار لا يتصور فيه التلف فلذلك أخرج من النهي، بل العلة متعددة، فمن أجود ما علل به النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ما أخرجه البخاري عن طاووس قال: قلت لابن عباس كيف ذاك؟ قال: «دراهم بدراهم والطعام مرجأ»^(٤)، وفي رواية مسلم: «ألا تراهم يتتاعون بالذهب الطعام مرجأ؟»^(٥) فهذا البيع - حسب تعليل ابن عباس - يفضي إلى الربا «لأنه إذا اشترى طعاماً بمائة دينار - مثلاً - ودفعها للبائع ولم

(١) المجموع ٩ / ٢٥٨ .

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر دار إحياء التراث العربي بيروت ٤ / ٢٧٨ .

(٣) نيل الأوطار ٥ / ١٥٩ .

(٤) صحيح: أخرجه البخاري ك البيوع باب ما يذكر في الطعام والحكرة برقم ٢١٣٢ ج ٤ ص ٤٩٥ .

(٥) صحيح: أخرجه مسلم ك البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض برقم ٣١ / ١٥٢٥ ج ١٠ ص ١٣٠، وأبو

داود ك البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي برقم ٣٤٩٦ ج ٣ ص ١٥١٥ .

يقبض الطعام ثم باع الطعام لآخر بمائة وعشرين - مثلاً - فكأنه اشترى بذهبه ذهباً أكثر منه»^(١)، ومثل هذا التعليل يجعل حكم تحريم بيع المبيع قبل قبضه عاماً في كل مبيع لوجود العلة في جميع المبيعات التي تباع قبل القبض. ومن أهم ما علل به النهي أيضاً أن بيع المبيع قبل قبضه فيه ربح ما لم يضمن وهذه أيضاً علة توجد في كل مبيع يباع قبل قبضه.

[٤] أن في الأخذ بهذا المذهب عمل بكل الأحاديث الواردة في النهي عن بيع ما لم يقبض، بخلاف بقية المذاهب التي عملت ببعض الأحاديث دون بعض^(٢).
[٥] أن علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه موجودة كذلك في غير الطعام إذا بيع قبل قبضه، والحكم يتبع علته وجوداً وعدماً، ولا دليل ينفي الإلحاق، بل وردت أحاديث تؤيده»^(٣).

الضوابط الملحققة بهذه القاعدة:

هذا الضابط الكبير يلحق به جملة من الضوابط من أهمها ما يلي:

[١] «كل ملك بغير عوض يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالبيع وغيره» هذا الضابط ذكره الإمام البعلي في الاختيارات الفقهية بلفظ «كل ملك بعقد سوى البيع فإنه يجوز التصرف فيه قبل القبض بالبيع وغيره»^(٤).
والسبب في ذلك «أن ملكه على مثل هذه الأمور - كالوصية والإرث - تام ومستقر ولا يتوهم فيه الفسخ، بخلاف البيع فإن الملك فيه غير مستقر؛ حيث يمكن للبائع أن يرجع عن بيعه بالفسخ»^(٥). والسبب أيضاً أن جميع ما علل به النهي عن بيع المبيع قبل قبضه لا يوجد في هذه الحالة.

[٢] «القبض يجب وقوعه على حسب ما اقتضاه العقد لفظاً أو عرفاً»^(٦).
ومعنى هذا الضابط أن القبض الناقل للضمان يكون على حسب ما اتفق

(١) نيل الأوطار ٥ / ١٦٠ . (٢) انظر: البيوع المحرمة ص ٤٦٩، رسالة دكتوراة .

(٣) السابق بتصريف بسيط ص ٤٦٩ . (٤) الاختيارات الفقهية للبعلي ص ١١٢ .

(٥) القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية للشال ص ١٨٦ .

(٦) انظر مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠ / ٢٦٨-٢٧٥ .

عليه في العقد لفظاً، فإن لم يكن ثم اتفاق رُدَّ إلى العرف، فما كان في العرف قبضاً فهو قبض، وما لم يكن في العرف قبضاً «فليس بقبض».

والسبب في رد القبض إلى العرف عند عدم النص عليه هو أن القبض من الأسماء التي ليس لها حد في اللغة ولا في الشرع؛ فمرده إلى العرف، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «وكل اسم فلا بد له من حد فمنه ما يعلم حده باللغة، كالشمس والقمر والبر والبحر والسماء والأرض، ومنه ما يعلم بالشرع، كالمؤمن والكافر والمنافق والصلاة والزكاة والصيام والحج، وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى عرف الناس، كالقبض المذكور في قول النبي ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»^(١).

[٣] «قبض كل شيء بحسبه»^(٢).

ومعناه أن القبض لم يقع في العرف على طريقة واحدة، وإنما وقع في كل شيء بما يناسبه، وعليه فيكون «قبض كل شيء بحسبه، فالمبيع المكيل مكايلة قبضه كي له... وإن بيع جزافاً فقبضه نقله، وقبض الذهب والفضة والجوهر باليد، وسائر ما ينقل قبضه نقله وقبض الحيوان أخذه بزمومه وتمشيته من مكانه، وما لا ينقل فقبضه التخلية بين مشتريه وبينه ولا حائل دونه؛ لأن القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع إلى العرف»^(٣).

فصفة القبض تختلف بحسب المقبوض «فما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والثوب فقبضه بالتناول، وما لا ينقل كالعقار والثمر على الشجر فقبضه بالتخلية، وما ينقل في العادة كالأخشاب والحيوان فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص فيه للبائع به»^(٤).

(١) صحيح : أخرجه البخاري ٢٠٢٦ ومسلم ١٥٢٥ ، والنسائي ٤٥٩٦ أحمد في المسند ٣٣٤٦ ، والدارمي ٢٢٥٩ ، وابن حبان في صحيحه ٤٩٧٩ ، والطبراني في الكبير ١٨٠٧١ ، ومصنف عبد الرزاق ١٤٢١٠ .

(٢) المغنى ٤ / ١٠١ .

(٣) الكافي ٢ / ٢٠ .

(٤) فتح الباري ٤ / ٣٧٠ ط دار المعرفة بيروت .

من فروع هذه القاعدة: أن قبض الثمر المبيع على الشجر إذا لم يتفق على صفة القبض فإنه يرد إلى العرف، فإن جرى العرف بأن القبض بالجذاذ وتلفت الثمار قبل جذاذها بجائحة فهي من ضمان البائع^(١)، ولا ينطبق عليها الخلاف الوارد بين العلماء في وضع الجوائح، وإن جرى العرف بأن قبض الثمار بالتخلية وتلفت الثمار قبل الجذاذ ففيها الخلاف المشهور بين العلماء في وضع الجوائح، فبعضهم قال: هي من ضمان المشتري؛ لأن «التخلية في العقد الصحيح بمنزلة القبض، وقد سلمه البائع للمشتري بالتخلية فكأنه قبضه»^(٢) وبعضهم قال: هي من ضمان البائع لظاهر الحديث.

[٤] «القبض الحكمي يقوم مقام القبض الحقيقي»^(٣).

التفريع على القاعدة من فروع هذه القاعدة:

- [١] «لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بغير خلاف»^(٤).
- [٢] الهبة إذا كانت بعوض لم يجز التصرف فيها بالبيع ولا جعلها بدلاً في أي معاوضة إلا بعد قبضها، أما إذا كانت هبة مطلقة بغير عوض فإنه يجوز التصرف فيها قبل قبضها بأي وجه من وجوه التصرف.
- [٣] عقد صفقات متوالية على السلع والأسهم والسندات على نحو ما يجري في البورصة باطل وغير صحيح، وسيأتي مزيد بيان لذلك عند الحديث على التطبيق المعاصر.

القاعدة الرابعة: تفسد العقود بالغرر الكثير دون اليسير:

هذه القاعدة الجامعة في باب البيوع لها شقان:

الشق الأول: أن الغرر الكثير المقصود يفسد العقود.

الشق الثاني: أن الغرر اليسير غير المقصود لا يفسد العقود.

(١) انظر مجموع الفتاوى ٣٠ / ٢٤٧.

(٢) سبل السلام ٣ / ٦٧.

(٣) الموسوعة الكويتية ٣٢ / ٣٦٢، موسوعة القواعد للندوي ٢ / ٢٧١.

(٤) المبدع ٤ / ١٩٧، منار السبيل ١ / ٣٢٦.

وهي مستوحاة من أقوال العلماء^(١) المبنوثة في كتبهم ، والأدلة عليها كثيرة وظاهرة .

معنى القاعدة :

الغرر «لغة» : ^(٢) هو الخطر، وبيع الغرر هو بيع ما يجهله المتبايعان أو لا يوثق بتسليمه .

والغرر في اصطلاح الفقهاء هو : « ما يكون مستور العاقبة »^(٣) أو هو « ما تردد بين السلامة والعطب »^(٤) .

ويفهم من المعنى اللغوي والاصطلاحي أن بيع الغرر هو كل بيع يكون على الخطر؛ لتردده بين السلامة والعطب، ولكونه مستور العاقبة، والسبب إما العجز عن التسليم وإما الجهل بالبدلين أو أحدهما .

وحتى ينجلي المقال بالمثال؛ أسوق هنا بعض النقول التي فيها أمثلة لبيع الغرر :

يقول الإمام النووي - رحمه الله تعالى - :

« ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة : كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملك البائع عليه، وبيع السمك في الماء الكثير، واللبن في الضرع، وبيع الحمل في البطن، وبيع بعض الصبرة مبهماً، وبيع ثوب من أثواب، وشاه من شياه ونظائر هذا، وكل هذا باطل؛ لأنه غرر من غير حاجة »^(٥) .

ويقول الإمام الخطابي - رحمه الله تعالى - :

« كل بيع كان المقصود منه مجهولاً غير معلوم، أو معجوزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر، وذلك مثل أن يبيعه سمكاً في الماء، أو طيراً في الهواء، أو لؤلؤاً في البحر، أو عبداً آبقاً أو حملاً شارداً، أو ثوباً في جراب لم يره ولم ينشره، أو طعاماً في بيت لم يفتحه، أو ولد بهيمة لم يولد، أو ثمر شجرة لم تثمر، وفي

(١) راجع م الفتاوى ٢٩ / ٢٥، ٢٦، ٢٣، ٤٥، ٤٨، ١٠٧. والمنتقى للباقي ٤ / ٢٠٤ / ٤ / ٢١٨ / ٥ / ١١٥

والمبسوط ٣ / ١٩٤، الموافقات ٣ / ١٥١، الاعتصام ٢ / ٦٤٤ والمعلم بفوائد صحيح مسلم للمازري ٢ / ٢٤٤ .

(٢) مختار الصحاح ص ٤٧١، المعجم الوجيز ص ٤٤٨ .

(٣) المبسوط ١٣ / ٢٩٤ . (٤) المعلم للمازري ٢ / ٢٤٣ .

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٥٦ - ١٥٧ .

نحوها من الأمور التي لا تعلم، ولا يدري هل تكون أم لا، فإن البيع مفسوخ فيها» (١).

أما المعنى الإجمالي للقاعدة فهو: أن الغرر إذا كان كثيراً مقصوداً فهو الغرر المنهي عنه في الأحاديث الصحيحة الصريحة؛ وهو مفسد للعقود؛ لأنه يفضي إلى النزاع، ويترتب عليه ظلم لأحد المتبايعين، وفيه معنى الميسر. أما إذا كان يسيراً غير كثير، وتابعاً غير مقصود فإنه لا يدخل في إطار الغرر المنهي عنه في الأحاديث، ولا يفسد العقود، لأنه يشق الاحتراز عنه، ولا تكاد تخلو منه البياعات.

الأصل للقاعدة: هذه القاعدة - كما أسلفنا - لها شقان:

الشق الأول: هو أن العقود تفسد بالغرر الكثير

الشق الثاني: هو أن العقود لا تفسد بيسير الغرر

وكل شق من شقي القاعدة له أدلة نوجزها فيما يلي:

أدلة الشق الأول من القاعدة:

[١] أن النبي ﷺ نهى - صراحة - عن الغرر، والنهي يقتضي التحريم، ويقتضي الفساد أيضاً؛ لأنه متعلق بذات المنهي عنه. فعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصة وعن بيع الغرر» (٢).

[٢] أن النبي ﷺ نهى عن بيعات كثيرة لما فيها من الغرر، وهو يقتضي التحريم والبطالان - لما سبق - فعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نهى عن بيع المضامين والملاقيح» (٣).

(١) معالم السنن ٥ / ٤٧.

(٢) صحيح: أخرجه مسلم ك البيوع باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر برقم ١٥١٣ ج ١٠ ص ١٢١، وأبو داود ك البيوع باب في بيع الغرر برقم ٣٢٧٦ ج ٣، ص ١٤٦٧، والترمذي ك البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الغرر برقم ١٢٣٠، ج ٣، ص ٥٢٣ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك البيوع باب بيع الحصة برقم ٤٥٣٠ ج ٤، ص ٢٢٨، وابن ماجه ك التجارات باب النهي عن بيع الحصة وبيع الغرر برقم ٢١٩٤ ج ٢ ص ٢٨٠، والدارمي ك البيوع باب في بيع الحصة برقم ٢٥٦٣ ج ٢ ص ١٢٤ وقال الألباني في الإرواء صحيح برقم ١٢٩٤، ج ٥، ص ١٣٣.

(٣) صحيح بشواهده: الألباني في صحيح الجامع برقم ٦٩٣٧ قال الأرئوط ذكره الهيثمي في المجمع ٤ / ١٠٤ ونسبه للبخاري وأعله يصالح بن أبي الأخضر، وفي الباب عن ابن عباس رواه الطبراني في الكبير والبخاري وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيب وهو ضعيف وعن ابن عمر عند عبد الرزاق ١٤١٣٨ فالحدث صحيح بشاهديه انظر زاد المعاد ج ٥ ص ٨١٩.

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلية، وكان بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها^(١)، وعن ابن مسعود - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «ولا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر»^(٢) وعن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع»^(٣)، وعن أبي سعيد - رضي الله عنه - «أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام، وعن بيع ما في ضروعها، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغائص»^(٤) وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل»^(٥)، وعن أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل وما زهوها قال: تحمار وتصفار»^(٦).

فعند التأمل في هذه الأحاديث يتبين لنا أن النبي ﷺ نهى عن بيوع كثيرة، والعلة الجامعة في كل هذه البيوع هي الغرر، وسببه إما الجهالة وإما العجز عن التسليم.

وهذه البيوع المنهي عنها في الأحاديث السابقة هي:

﴿ أ ﴾ المضامين والملاقيح: «قال أبو عبيد: الملاقيح ما في البطون وهي الأجنة،

- (١) صحيح: أخرجه البخاري ك البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبلية برقم ٢٤٣ ج ٤ ص ٥٠٨، ومسلم ك البيوع باب تحريم بيع حبل الحبلية برقم ٦٥ - ١٥١٤ ج ١ ص ١٢٢ وأبو داود ك البيوع باب بيع الغرر برقم ٣٣٨٠، ٣٣٨١ ج ٣ ص ١٤٦٩، ومالك في الموطأ ك البيوع باب ما لا يجوز من بيع الحيوان ٦٥٣ / ٢، وابن ماجه مختصراً ك التجارات باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وفروعها وضربه الغائص برقم ٢١٩٧ ج ٢ ص ٢٨١.
- (٢) ضعيف: أخرجه أحمد ٧٦٧٦، والطبراني في الكبير ٢٩٦٠٧، وابن أبي شيبة في المصنف ٢٢٠٥٠، والبيهقي في الكبرى ١٦٠٤١، والهيتمي في مجمع الزوائد ٦٣٥٣، وفي ضعيف الجامع ٦٢٣١.
- (٣) أخرجه الطبراني في الكبير ١١٩٣٥، والهيتمي في مجمع الزوائد ٦٤٨٥.
- (٤) ضعيف: أخرجه ابن ماجه ك التجارات باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام وضروبها وضربه الغائص برقم ٢١٦٩ ج ٢ ص ٢٨١ وأحمد في المسند ١٠٩٨٤ وفيه محمد ابن إبراهيم الباهلي مجهول وكذا شيخه وفيه شهر ابن حوشب ضعيف.

(٥) صحيح: أخرجه البخاري ك الإجارة باب عسب الفحل رقم ٢٢٨٤ ج ٤ ص ٢٩٥ - وصححه الألباني في الإرواء برقم ١٤٧٦ ج ٥ ص ٢٩٥ وفي صحيح الجامع برقم ٦٩٦٦.

(٦) صحيح: أخرجه البخاري ك الزكاة باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه... برقم ١٤٨٨ ج ٣ ص ٥٠٥، ومسلم ك المساقاة والمزارعة باب وضع الحوائج برقم ١٥ / ١٥٥٥ ج ١ ص ١٦٧، ومالك في الموطأ ك البيوع باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ٢ / ٦١٨، وفي الإرواء برقم ١٣٦٥ ج ٥ ص ٢١٠.

والمضامين ما في أصلاب الفحول»^(١).

﴿ب﴾ **حبل الحبلية**؛ وقد فسر ابن عمر - أو نافع - بأنه كان في الجاهلية، بأن يبتاع الرجل الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها. والمحرم بالتحديد هنا هو أحد أمرين: إما أنه كان يبتاع الجزور إلى هذا الأجل المجهول، وهو أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها، وهذا الأجل المجهول خطر وغرر يفسد البيع. وإما أنه كان يبتاع ولد الناقة، وهو غرر لأنه غير مقدور على تسليمه، وغير موثوق بوجوده.

﴿ج﴾ **عسب الفحل**؛ قال القاضي: العسب: الكراء المأخوذ على النزو... والموجب للنهي هنا ما فيه من الغرر؛ لأن مقصود المكترى منه هو اللقاح، والفحل قد يضرب وقد لا، وقد يلقيح الأنثى وقد لا^(٢) وعسب الفحل هو ضراب الحمل، وقد ورد النهي عنه في أحاديث عن ابن عمر وجابر وأبي سعيد، «وأحاديث الباب تدل على أن بيع ماء الفحل وإجارته حرام؛ لأنه غير متقوم، ولا معلوم، ولا مقدور على تسليمه»^(٣).

﴿د﴾ **بيع السمك في الماء**، وضربة الغائص، وكلاهما واحد في المعنى.

﴿هـ﴾ **بيع الصوف على ظهر الغنم**، واللبن في ضروعها والحمل في بطونها.

﴿و﴾ **بيع الثمار قبل بدو صلاحها**.

﴿ز﴾ **بيع المغنم قبل أن تقسم**، والصدقات قبل أن تقبض، وبيع العبد الآبق. والسبب في الغرر عدم القدرة على التسليم.

أدلة الشق الثاني من القاعدة:

[١] إجماع العلماء على أن اليسير غير المقصود من الغرر لا يفسد العقود، وقد نقل الإجماع غير واحد من العلماء. قال الإمام النووي - رحمه الله تعالى -

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ٩ .

(٢) فيض القدير ٦ / ٤٢٤ .

(٣) نيل الأوطار ٥ / ١٤٧ .

«الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر، يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه... فهذا يصح بيعه بالإجماع»^(١)، ويقول الإمام ابن العربي المالكي^(٢)، «لا خلاف بين العلماء في أن يسير الغرر لغو معفو عنه، وهذا يستمد من بحر المقاصد»^(٣).

[٢] إجماع العلماء على صحة أنواع من البياعات فيها غرر يسير، قال الإمام النووي: «أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غرر حقير»^(٤)، وقال الإمام المازري: «وقد رأينا العلماء أجمعوا على فساد بعض بياعات الغرر، وأجمعوا على صحة بعضها، واختلفوا في بعضها، فيجب أن يبحث عن الأصل الذي يعرف منه اختلافهم واتفاقهم...»^(٥)، ولعل الأصل هنا هو ضابط القلة والكثرة، فما أتضح أنه كثير فهو مجمع على تحريره، وما أتضح أنه يسير فهو مجمع على إباحته وصحته، وما تردد بين القلة والكثرة اختلف فيه للاختلاف في ضابط القلة والكثرة.

فإجماع العلماء على صحة بياعات كثيرة فيها غرر يسير دليل على أن الغرر اليسير معفو عنه وإلا لما أجمعوا على ذلك؛ لأنهم لا يجتمعون على ضلالة.

[٣] أن الغرر اليسير يشق الاحتراز منه وما يشق الاحتراز منه فهو عفو، وهذا داخل في أصل كبير من أصول الشريعة، وهو أن المشقة تجلب التيسير.

[٤] أن مفسدة الغرر اليسير عارضتها مصلحة راجحة؛ فتقدم عليها، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - «وإذا كانت مفسدة بيع الغرر هو كونه

(١) المجموع للنووي ٩ / ٣١٠-٣١١.

(٢) ابن العربي: محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر الإشبيلي المعافري الأندلسي، الملقب بابن العربي، القاضي العلامة الحافظ ولد سنة ٤٦٨ هـ، ورحل إلى المشرق لطلب العلم، جمع وصنف في الحديث والفقه والأصول وعلوم القرآن والأدب والنحو والتاريخ، وبرع في الأدب والبلاغة، وبعد صيته، وكان متبحراً في العلم، ثاقب الذهن، موطاً الأكثاف، كريم الشمائل، ولي قضاء إشبيلية، توفي سنة ٥٤٣ هـ، طبقات الحفاظ (١١/ ٤٦٨-٤٦٩)، وفيات الأعيان (٤/ ٢٩٦، ٢٩٧)، وسير أعلام النبلاء (٢٠/ ١٩٨).

(٣) القيس شرح الموطأ لأبي بكر بن العربي ٢ / ٨٠٤.

(٤) شرح النووي على صحيح مسلم ١٠ / ١٥٦.

(٥) المعلم للمازري ٢ / ٢٤٣.

مظنة العداوة والبغضاء، وأكل أموال الناس بالباطل؛ فمعلوم أن هذه المفسدة إن عارضتها المصلحة الراجحة قدمت عليها... ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف منها من تباعض وأكل مال بالباطل؛ لأن الغرر يسير كما تقدم، والحاجة إليه ماسة، والحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر والشرعية كلها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيض المحرم»^(١).

ويقول أيضاً: «ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً، مثل بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن، فظهر أنه يجوز من الغرر اليسير ضمناً وتبعاً ما لا يجوز من غيره»^(٢).

ومن الضوابط الفقهية التي تدعم الشق الثاني لهذه القاعدة:

- [١] «يجوز من الغرر اليسير ضمناً وتبعاً ما لا يجوز في غيره»^(٣).
- [٢] «الحاجة الشديدة يندفع بها يسير الغرر»^(٤).
- [٣] «يغتفر في الشيء ضمناً وتبعاً ما لا يغتفر قصداً»^(٥).
- [٤] «يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»^(٦).

ومن خلال النظر فيما سبق من أقوال العلماء يتضح لنا أن الغرر المعفو عنه إما أن يكون يسيراً يشق الاحتراز عنه، أو تابعاً غير مقصود يعسر إفراذه عن متبوعه بحكم مغاير، أو أن حاجة الناس إليه شديدة بحيث يغلب ضرر تجاهلها على مصلحة تحريمه.

(٢) السابق ٢٩ / ٢٥ - ٢٦ .

(٤) السابق ٢٩ / ٤٨ .

(٦) المغنى ٤ / ٦٨ .

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٤٨ .

(٣) السابق ٢٩ / ٢٦، القواعد النورانية ص ٨٣ .

(٥) الأشباه لابن نجيم ص ١٣٥ .

ومن أمثلة ما يعضي عنه لأنه يسير يشق الاحتراز عنه :

الغرر المتمثل في دواخل الحيطان والأساس^(١)، ومن أمثلة ما يعفي عنه لأنه تابع غير مقصود: إذا اشترى أرضاً وفيها زرع أو ثمر لم يبد صلاحه^(٢) ومن أمثلة ما يعفي عنه للحاجة الشديدة الماسة بيع المغيبات في الأرض كالجزر والفجل ونحو ذلك جملة^(٣).

وفي ختام الكلام على هذه القاعدة أسوق بعض النقول لبعض الأئمة، تكشف عن الحكمة من تحريم الغرر، من هذه النصوص: قول الإمام الخطابي: « وإنما نهى النبي ﷺ عن هذه البيوع؛ تحصيئاً للأموال أن تضيع، وقطعاً للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس »^(٤).

ويقول الإمام ابن تيمية: « وبيع الغرر نهى عنه لأنه من نوع الميسر الذي يفضي إلى أكل أموال الناس بالباطل »^(٥).

ويقول العلامة أحمد إبراهيم بك: « والغرض من النهي عن الغرر هو منع ما يثير النزاع والشقاق ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل »^(٦).

التفريع على القاعدة :

من فروع هذه القاعدة ما يلي:

[١] أن « العادة الجارية في بعض المطاعم والفنادق الكبيرة أنهم يصنعون أنواعاً من الأطعمة في أوان، ويطلقون للمشتري في أكل ما شاء بقدر ما شاء، ويأخذون ثمناً واحداً معيناً من كل واحد، بغض النظر عن مقدار الطعام الذي تناوله بالفعل، فالقياس لا يجوز هنا للجهالة والغرر، ولكنه يجوز هنا لأن الجهالة يسيرة والغرر مغتفر لجريان العرف والتعامل بذلك، وكذلك استعجار السيارات، فرمما لا يعرف السائق مسافة السفر بالتحديد، ولا تتحدد الأجرة في بداية السفر... »^(٧).

[٢] حرمة بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وسوف نفرّد هذا الحكم بضابط مستقل.

(٢) المغنى ٦ / ١٤٢ .

(٤) معالم السنن ٥ / ٤٧ .

(٦) الالتزامات ص ٩٦ .

(١) نظر مجموع الفتاوى ٢٩ / ٢٥ .

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٣٣ .

(٥) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٤٨٣ .

(٧) موسوعة القواعد والضوابط للندوى ١ / ٢٥٤ .

القاعدة الخامسة : لا تباع الزروع والثمار حتى يبدو صلاحها :

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة السابقة، وكلتاها من نوع الضوابط الفقهية؛ لاختصاصهما بباب المعاملات المالية، وليستا من القواعد الكلية الداخلة في جميع الأبواب أو أغلبها. وكونهما من الضوابط لا يمنع تفرع إحداها عن الأخرى؛ لأن الضوابط ليست على درجة واحدة، ولكن بعضها أوسع من بعض وهذه خاصية تشترك فيها الضوابط مع القواعد.

والعلة في تولد هذا الضابط من الضابط السابق هي أن بيع الثمار قبل بدو صلاحها فيه كثير من الغرر والخطر؛ وهي علة التحريم. وقد وردت أحاديث كثيرة تنهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وتجعل بدو الصلاح الذي يعرف بوسائل مختلفة هو الحد الفاصل بين ما يجوز وما لا يجوز.

معنى القاعدة :

هذه القاعدة - أو هذا الضابط - يعني أن: الزروع والثمار يحرم بيعها إلى غاية بدو صلاحها؛ فإذا بدا الصلاح بما يدل عليه جاز البيع، أما قبل ذلك فلا يجوز، سواء ظهرت الثمرة أو لم تظهر؛ وعلة التحريم الغرر والخطر؛ لأن الثمرة قبل بدو صلاحها تكون - غالباً - عرضة للعاهة والآفة.

الأصل للقاعدة :

وردت أحاديث كثيرة ظاهرة الدلالة على تحريم بيع الزروع والثمار قبل

بدو صلاحها، من هذه الأحاديث،

[١] عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع» وكان إذا سئل عن صلاحها قل : «حتى تذهب عاهتها» ^(١).

(١) صحيح : متفق عليه : أخرجه البخاري ك البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم ٢١٩٤ ج ٤ ص ٥٦١ وفي ك الزكاة باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرع... برقم ١٤٨٦ ج ٣ ص ٥٠٤، ومسلم ك البيوع باب النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحها برقم ٤٩ / ١٥٣٤ ج ١٠ ص ١٣٧، ٥٢ / ١٥٣٤ ص ١٣٨ وأبو داود ك البيوع باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم ٣٣٦٧ ج ٣ ص ١٤٦٣، والترمذي ك البيوع باب في كراهية بيع الثمر يبدو صلاحها برقم ١٢٢٧ ج ٣ ص ٥٢٠، والنسائي ك البيوع باب بيع الثمر قبل أن يبدو =

[٢] عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع » ^(١).

[٣] عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ : « نهى عن بيع الثمار حتى تزهي » قيل وما زهوها ؟ ، قال : « تحمار وتصفار » ^(٢).

[٤] عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ : « نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد » ^(٣).

[٥] عن جابر رضي الله عنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض وعن بيعها السنين ، وعن بيع الثمر حتى يطيب » ^(٤) ، فهذه الأحاديث تدل على تحريم بيع الزروع والثمار قبل بدو الصلاح ، وعلى بطلان هذا البيع ووجوب فسخه . وتدل على أن بدو الصلاح هو الغاية التي ينتهي عندها التحريم ، ويبدأ عندها الجواز والصحة .

وبدو الصلاح كما هو ظاهر من عبارات الأحاديث هو أن تأمن العامة بظهور علامات صلاحها للطعام . وهذه العلامات تختلف من زرع لآخر ، ومن ثمر لآخر ، فعلامة الصلاح في الحب أن يشتد ، وفي العنب أن يسود : أي تذهب خضرته ، وفي الثمار التي تتلون أن تأخذ في التلون فتحمرار أو تصفار ، وهكذا .

وقد اختلف العلماء في القدر الذي يتحقق به بدو الصلاح ، فقال بعضهم حتى يبدو في جنس الثمار ولو لم يستغرق الثمر كله ، وقال بعضهم في الثمرة ذاتها ، فلا يباع من ثمار الشجرة إلا ما بدا صلاحه ، وما لم يبدأ صلاحها لا يباع ،

— صلاحه برقم ٤٥٣١ ج ٤ ص ٢٢٩ ، وابن ماجه ك التجارات باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم

٢٢١٤ ج ٢ ص ٢٨٩ ، والدارمي ك البيوع باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها برقم ٢٥٥٥ ج ٢

ص ١٢١ وصححه الألباني في الإرواء برقم ١٣٥٥ ج ٥ ص ٢٠٣ .

(١) سبق تخريجه . (٢) سبق تخريجه .

(٣) صحيح : أخرجه أبو داود ك البيوع باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها برقم ٣٣٧١ ج ٣ ص ١٤٦٥ ،

والترمذي ك البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها برقم ١٢٢٨ ج ٣ ص ٥٢١ ، وقال أبو

عيسى حسن غريب ، وابن ماجه ك التجارات باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها برقم

٢٢١٧ ج ٢ ص ٢٨٩ ، والدارقطني ٣٠٩ / ٢ والحاكم ١٩ / ٥ والبيهقي ٣٠١ / ٣ وأحمد ٢٥٠ ، ٢٢١ / ٣

وصححه الألباني في الإرواء برقم ١٣٦٦ ج ٥ ص ٢١١ .

(٤) صحيح : أخرجه مسلم ك البيوع باب كراء الأرض برقم ٨٦ / ١٥٣٦ ج ١٠ ص ١٥١ .

وقال البعض في الشجرة، فتباع ثمار الشجرة إذا بدا الصلاح في جنس ثمرها ولو لم يستغرقها، ولا تباع أشجار البستان التي لم يبد الصلاح في جنس ثمرها. والراجح الأول دفعاً للحرج، ولأن الثمر إذا بدا الصلاح في جنسه فإنه يتتابع ويفهم من قوله يبدو: أنه لا يشترط تكامله، فيكفي زهو بعض الثمرة وبعض الشجرة مع حصول المعنى المقصود وهو حصول الأمان من العاهة، وقد جرت حكمة الله ألا تطيب الثمار دفعة واحدة لتطول مدة التفكه بها»^(١).

أما الزروع التي تباع خضراء؛ لتعلق الانتفاع بحال كونها خضراء فهي التي تسمى: القصيل، وقد قال ابن رسلان في شرح السنن^(٢): اتفق العلماء المشهورون على جواز بيع القصيل بشرط القطع.

وحكم بيع الزروع والثمار - عموماً - ليس حكماً واحداً، وموقف العلماء منه ليس موقفاً واحداً، وإنما الحكم وموقف العلماء يختلف باختلاف المرحلة التي يمر بها الزرع أو الثمر.

ولذلك نرى من المهم أن نفصل الحكم بحسب المراحل على النحو التالي:

- [١] إجماع العلماء قائم على أنه لا يصح بيع الثمار قبل خروجها لأنه بيع معدوم، وكذا بعد خروجها قبل نفعها^(٣)، ومن باب أولى: بيعها السنين.
- [٢] الاتفاق قائم على جواز بيع الزروع والثمار إذا بدا صلاحها ولم يشترط الإبقاء^(٤)، على خلاف في معنى بدو الصلاح كما سبق.

[٣] اختلف العلماء في مسألتين، ووهم من نقل الإجماع فيهما :^(٥)

المسألة الأولى: إذا بدا الصلاح، ولكن اشترط التبقية، فقد اختلف العلماء فيه «فقل لا يصح البيع، وقيل يصح، وقيل إن كانت المدة معلومة صح وإن كانت غير معلومة لم يصح»^(٦).

(٢) نقلاً عن نيل الأوطار ٥ / ١٧٥ .

(٤) انظر سبل السلام ٣ / ٢٦ .

(٦) سبل السلام ٣ / ٢٦ .

(١) سبل السلام ٣ / ٦٤ .

(٣) انظر سبل السلام ٣ / ٦٤ .

(٥) انظر فتح الباري ٤ / ٣١٣، ونيل الأوطار ٥ / ١٧٤ .

قال الإمام الشوكاني ^(١) «وظاهر النصوص أيضاً أن البيع بعد ظهور الصلاح صحيح سواء شرط البقاء أو لم يشترط؛ لأن الشارع قد جعل النهي ممتداً إلى غاية بدو الصلاح، وما بعد الغاية مخالف لما قبلها، ومن ادعى أن شرط البقاء مفسد فعليه الدليل» ^(٢).

المسألة الثانية: إذا بلغ الثمر حد الانتفاع به ولكن لم يبد صلاحه بتلون الثمار أو اشتداد الحبوب. كالوز - مثلاً - يكون أخضر ويبلغ بذلك حد الانتفاع به وإن لم يتلون، وكذلك المانجو وما شابههما. فقليل يبطل مطلقاً، وقيل يجوز مطلقاً، وقيل إن شرط القطع لم يبطل وإلا بطل، وهو قول الجمهور منهم أحمد والشافعي ورواية عن مالك، وقيل: يصح إن لم يشترط التبقية وهو قول أكثر الحنفية ^(٣).

وقد رجح الإمام الشوكاني قول من قال بعدم الجواز مطلقاً فقال «وقد عول المجوزون مع شرط القطع في الجواز على علل مستنبطة فجعلوها مقيدة للنهي وذلك مما لا يفيد من لم يسمح بمفارقة النصوص لمجرد خيالات عارضة وشبه واهية تنهار بأيسر تشكيك، فالحق ما قاله الأولون من عدم الجواز مطلقاً» ^(٤).

والذي أراه راجحاً هو جواز البيع قبل بدو الصلاح إذا بلغ حد الانتفاع به بشرط القطع؛ «لأنه يأخذها قبل تلفها فيأمن الغرر» ^(٥) إذ العلة من التحريم خوف العاهة، فإذا شرط القطع زالت العلة، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وبالطبع لا يشترط القطع إلا إذا كان بالإمكان الانتفاع بها قبل بدو صلاحها، بل أحياناً يصعب الانتفاع بها إذا تركت على الشجر حتى تظهر ألوانها، ولا تتضرر الثمرة بالقطع في هذه الحالة، وذلك مثل الموز والمانجو وما شابه ذلك من الثمار التي تستكمل استواءها بعد قطعها. والله تعالى أعلم.

(١) الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ثم الصنعاني، ولد سنة ١١٧٢هـ، تفقه على مذهب الزيدية، فصار فقيهاً محدثاً أصولياً نحويّاً، وله باع طويل في العلوم الشرعية والعربية، ومن أهم مصنفاته: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، وأدب الطلب ومنتهى الأرب، وتحفة الذاكرين شرح عدة الحصن الحصين، والدر النضيف في إخلاص كلمة التوحيد، توفي سنة ١٢٥٠هـ. انظر: معجم المؤلفين رضا كحالة (٥٣/١١).

(٢) انظر فتح الباري ٤ / ٣١٣.

(٣) الكافي ٢ / ٥٢.

(٤) نيل الأوطار ٥ / ١٧٤.

(٥) نيل الأوطار ٥ / ١٧٤.

القاعدة السادسة :

الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل : (١)
هذه القاعدة من نوع الضوابط، ولكنها ضابط كبير، ترجع إليه كثير من
مسائل المعاملات المالية. ولهذه القاعدة شقان :

الشق الأول : الجهالة المفضية إلى النزاع تفسد العقود .

الشق الثاني : الجهالة اليسيرة التي لا تفضي إلى النزاع لا تفسد العقود .

والجهالة قد تكون في الثمن وقد تكون في المثلث وقد تكون في الأجل،
وهي في أي واحد من هذه الثلاثة تبطل البيع إن كانت كثيرة مفضية إلى النزاع
وأكل المال بالباطل، ولا تبطل البيع إذا كانت يسيرة لا تفضي إلى نزاع .

معنى القاعدة :

من المعلوم أن من شروط صحة البيع العلم بالمبيع والثمن والأجل إن كان
هناك أجل . ولذلك لا يصح البيع مع الجهالة، والسبب في اشتراط العلم لصحة
البيع هو أن الجهالة تفضي إلى النزاع؛ ومن هنا حرمت الجهالة إذا علم أنها تفضي
إلى النزاع المشكل، أما إذا كانت جهالة يسيرة، أو جهالة يصعب الاحتراز عنها،
أو تدعو الحاجة إليها، وقد جرى عرف الناس عليها فإنها غالباً لا تفضي إلى
النزاع، وعليه فلا تبطل البيع؛ لأن العلة من التحريم منعدمة، والحكم يدور مع
علته وجوداً وعدماً .

الأصل للقاعدة :

يستدل على الشق الأول من القاعدة بإجماع العلماء، يقول الإمام أبو بكر
ابن العربي « وقد اتفقت الأمة على أنه لا يجوز إلا بيع معلوم من معلوم بمعلوم،
بأي طريق من طرق العلم وقع » (٢) .

كما يستدل عليه أيضاً بحديث جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - : « أن النبي ﷺ

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ٢ / ٦٨٩، الفروق للقرافي ٣ / ٢٦٥، الدرر شرح الغرر لملا خسرو ٢ / ١٥٥

وموسوعة الندوي ١ / ٢٥٠ .

(٢) القبس شرح الموطأ ٢ / ٧٩١ .

نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وعن الثنيا إلا أن تعلم»^(١)، ووجه الدلالة في الحديث أن استثناء شيء من المبيع يبطل البيع إذا كان المستثنى غير معلوم؛ لأن المستثنى إذا كان مجهولاً أدى إلى جهالة المبيع كله، فعلة التحريم هنا هي الجهالة؛ ولذلك قال: إلا أن تعلم. فهذا يدل على أن الجهالة مقصودة بالنهي.

أما الشق الثاني من القاعدة فإنه يستدل عليه بالآتي:

[١] أن الجهالة اليسيرة معفو عنها؛ لأن اليسير معفو عنه في كثير من الأحكام، ولأنها يصعب الاحتراز عنها غالباً، وما يشق الاحتراز عنه فهو عفو.

[٢] أن الجهالة لا تكاد تخلو منها البياعات فلا بد من تضمن البياعات على قدر من الجهالة وإن كان قليلاً، فلو قلنا بتحريم الجهالة قلت أو كثرت لأدى ذلك إلى وقوع المشقة، والشريعة منزهة عن الحرج والمشقة، والقاعدة: أن المشقة تجلب التيسير، وأنه إذا ضاق الأمر اتسع.

[٣] أن هذه الجهالة عارضتها مصلحة راجحة، وهي حاجة الناس إليها مع مشقة الاحتراز عما فيها من نوع جهالة، والحاجة الشديدة تندفع بها الجهالة القليلة كما يندفع بها يسير الغرر.

[٤] أن العلة من بطلان البيع مع الجهالة أنها تفضي إلى النزاع، فإذا كانت يسيرة غير مفضية إلى النزاع فليست محرمة؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

[٥] يقول الإمام الكاساني - رحمه الله - : «فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد البيع؛ لأن الجهالة إن كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع ذلك فيحصل المقصود»^(٢).

(١) صحيح: أخرجه البخاري في الشرب والمساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل برقم ٢٣٨١ ج ٥ ص ٧١ ومسلم في البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة... برقم ٨١ / ١٥٣٦ ج ١ ص ١٤٨ كلاهما بدون «عن الثنيا إلا أن يعلم»، وأبو داود في البيوع باب في المخابرة برقم ٣٤٠٥ ج ٣ ص ١٤٨، والترمذي في البيوع باب ما جاء في النهي عن الثنيا برقم ١٢٩٠ ج ٣ ص ٥٧٦ وقال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه، والنسائي في الإيمان والنذر باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض. برقم ٣٨٨٩ ج ٣ ص ٧٠ وصححه الألباني في الإرواء برقم ١٣٥٤ ج ٥ ص ٢٠٢ بدون «وعن الثنيا».

(٢) بدائع الصنائع ٥ / ٢٣٣.

[٦] أن « الجهالة ليست مانعة لذاتها، بل لكونها مفضية إلى النزاع، وهذا أصل مهم ينبغي التعويل عليه في الأحكام، فإن به حل كثير المشكلات، ولتعلم أن أحكام المعاملات الشرعية مبنية على أصلين عادلين، الأول: منع كل ما فيه ظلم وأكل لأموال الناس بالباطل، الثاني: منع ما يؤدي إلى الاختلاف والنزاع بسبب الجهالة، فإذا انتفي ما يؤدي إلى الظلم والنزاع بسبب الجهالة صح التعامل، والعرف أصل عظيم يرجع إليه في ذلك بعد الشرع»^(١).

بعض الضوابط الخادمة لهذه القاعدة:

هناك بعض الضوابط التي تدور في فلك هذه القاعدة وتساعد على ضبط العمل بها، من هذه الضوابط:

- [١] «المعتبر في معرفة المعقود عليه هو التقريب»^(٢).
- [٢] «الآجال المجهولة يبطل بها البيع»^(٣).
- [٣] «الأصل في العوض أن يكون معلوماً إلا عند الحاجة إليه»^(٤).
- [٤] «العقد إذا تضمن العوض وجب تنزيهه عن الجهالة والغرر»^(٥).
- [٥] «لا تقع البياعات على الأخطار»^(٦).

القاعدة السابعة: كل ما جاز بيعه منفرداً جاز استثنائه من المبيع:^(٧)
معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعني «أن الشيء إذا صح فصله عما هو فيه وجاز بيعه على حدة، دون أن يحدث بيعه منفرداً ضرراً للبائع أو المشتري جاز استثنائه من المبيع»^(٨).

الأصل للقاعدة:

هذه القاعدة مستوحاة من حديث جابر أن النبي ﷺ «نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وعن الثنيا إلا أن تعلم»^(٩)، والشاهد في الحديث قول النبي

(١) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص ١٦٣ . (٢) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٥٢ .
 (٣) الحاوي للماوردي ٥ / ٢٨٨ . (٤) المنشور للزركشي ١ / ١٧٨ .
 (٥) أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي ١ / ٢٦٩ . (٦) أحكام القرآن للحصاص ٢ / ٢٤٨ .
 (٧) مجلة الأحكام العدلية م / ٢١٩ . (٨) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٧٢ .
 (٩) سبق تخريجه .

عَلَيْهِ «وعن الثنيا إلا أن تعلم»، والثنيا هي الاستثناء في البيع بأن يبيع شيئاً ويستثنى بعضه. ووجه الدلالة أن الثنيا المعلومة هي التي يمكن أن تتميز ويصح إيراد العقد عليها بانفرادها، بخلاف الثنيا المبهمة.

حول القاعدة :

جرت هذه القاعدة كثيراً على أقلام فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة وكثير من المالكية. وقد وردت في كتب الفروع بالفاظ متقاربة، منها: «ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناءؤه منه»^(١).

ومفهوم المخالفة أنه لا يصح استثناء ما لا يصح إفراده بالبيع. وقد وردت في:

كتب الفروع ضوابط لهذه الجزئية، ومنها:

[١] «ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح استثناءؤه»^(٢).

[٢] «لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفرداً»^(٣).

والأشياء التي لا يجوز استثناءؤها لكونها لا يصح بيعها منفردة نوعان:

الأول: ما لا يصح فصله عن الأصل، كالجنين.

الثاني: ما كان مبهماً غير معين، كغنمة من قطع مبهمة غير محددة.

وقد ذكر العلماء أمثلة لما يصح استثناءؤه وما لا يصح، من ذلك قول الإمام ابن قدامة في الكافي: «إذا باع حائطاً واستثنى شجرة بعينها أو قطعاً واستثنى شاة بعينها صح.... وإن استثنى شجرة أو شاة يختارها لم يصح.... وإن باع نخلة واستثنى أرطالاً معلومة فالمذهب أنه لا يصح؛ لأن المبيع إنما علم بالمشاهدة، والاستثناء بغير حكم المشاهدة، فإنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة، وإن باعه صبرة إلا قفيزاً لم يصح؛ لذلك فإن باعه من الصبرة قفيزاً إلا مكوكاً صح؛ لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم.... ولو باع شاه إلا شحمها أو فخذها لم

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٥٨، وانظر المغني ٤ / ١١٥، وتبيين الحقائق ٤ / ١٣.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي - دار الفكر بيروت ٣ / ١٧٢.

(٣) شرح منتهي الإرادات للبهوتي ٢ / ١٧ مطالب أولي النهي ٣ / ٢٧ المغني ٤ / ٨٤.

يصح؛ لأنه مجهول... وإن باع حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه وجلده وسواقطه صح لأنها معلومة... ومن باع شيئاً واستثنى منفعته مدة معلومة... صح لحديث جابر، ولأنها هنا معلومة» (١).

وقد اختلف العلماء في صحة بيع الشيء مع استثناء منفعته مدة معلومة، وذلك كبيع الدابة مع اشتراط ركوبها مدة معلومة، والراجح الصحة ما دام المستثنى معلوماً؛ لهذه القاعدة، يقول الإمام الصنعاني «وأظهر الأقوال الأول، هو صحة هذا الشرط، وكل شرط يصح إفراده بالعقد، كما يصلح المبيع إلى المنزل وخياطة الثوب وسكنى الدار، وقد روى عن عثمان أنه باع داراً واستثنى سكنها شهراً» (٢).

وأظهر دليل على صحة استثناء المنفعة مدة معلومة حديث جابر رضي الله عنه «أنه كان على جمل له قد أعني فأراد أن يسيبه، قال: فلدحني النبي صلى الله عليه وسلم فدعا لي وضربه، فسار سيراً لم يسر مثله، فقال: بعنيه بأوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه، فبعته بأوقية واشترطت حملانه إلى أهلي...» (٣).

وقد أقره النبي صلى الله عليه وسلم على هذا الشرط، قال الشوكاني: «وهو يدل على جواز البيع مع استثناء الركوب، وبه قال الجمهور... وقال الشافعي وأبو حنيفة وآخرون لا يجوز ذلك... واحتجوا بحديث النهي عن بيع وشرط، وحديث النهي عن الثنيا، وأجابوا عن حديث الباب - حديث جابر - بأنه قصة عين تدخلها الاحتمالات. ويرد عليهم بأن حديث النهي عن بيع وشرط مع ما فيه من المقال هو أعم من حديث الباب مطلقاً، فيبنى العام على الخاص، وأما حديث النهي عن الثنيا فقد تقدم تقييده بقوله «إلا أن تعلم» (٤).

ومن المهم ذكره أن الثنيا لا يصح معها البيع إلا إذا كان المستثنى معلوماً

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ٢٥ بتصرف بسيط. (٢) سبل السلام ٣ / ٨.

(٣) صحيح: متفق عليه أخرجه البخاري في البيوع باب شراء الدواب والحمير وإذا اشترى دابة أو جملًا وهو عليه... برقم ٢٠٩٧ ج ٤ ص ٤٥٥، ومسلم في المساقاة باب بيع البعير واستثناء ركوبه برقم ١٠٩ /

١٥٩٩ ج ١١ ص ٢١٠.

(٤) نيل الأوطار ٥ / ١٧٩.

والمستثنى منه أيضاً معلوماً، أما إذا كان المستثنى معلوماً، والمستثنى منه مجهولاً لم يصح البيع؛ لأن استثناء معلوم من مجهول لا يصيره معلوماً، بل يبقى الباقي الذي سيرد عليه العقد في حكم المجهول، وكذلك إذا كان المستثنى مجهولاً والمستثنى منه معلوماً؛ لأن «استثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولاً»^(١).

القاعدة الثامنة: الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر: (٢)

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تعني أن المبيع إذا كان حاضراً في مجلس العقد، مشاهداً للعاقدين، فإن الوصف لهذا المبيع ساقط الاعتبار، ما لم يتناول أوصافاً لا تكشفها المشاهدة، فلو خرج المبيع مخالفاً للوصف لم يؤثر ذلك في صحة البيع لأن المشاهدة أقوى من الوصف، والإشارة أقوى من العبارة. أما الغائب عن مجلس العقد فإن الوصف فيه معتبر، فلو ظهر المبيع بعد ذلك مخالفاً للوصف أثر في العقد، وصار المشتري مخيراً بين إمضاء العقد أو رده، وهو ما يسمى بخيار الرؤية.

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «إذا كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد مكشوفاً مشاراً إليه، تحت مشاهدة العاقد، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة، كالألوان والحجوم، بأن قال البائع مثلاً: بعثك هذا المهر الأبيض بكذا، وهو حصان أسود... فقبل المشتري انعقد البيع لازماً للمشتري، لا خيار له في إبطاله؛ لأنه غير معذور في هذا الغلط بعد المشاهدة والإشارة، واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذه الحال؛ لأن الإشارة هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها، فإذا اجتمع معها وخالفها ما هو دونها تعريفاً فالعبرة بالإشارة»^(٣).

الأصل للقاعدة:

يستدل على هذه القاعدة بالمعقول وقواعد الأصول؛ فإن الذي لا يختلف عليه أنه إذا تعارض دليلان قدم الأقوى منهما، وإذا تعارضت دالتان ولم يمكن الجمع بينهما قدمت أقواهما، فإذا تعارض الوصف للشيء الحاضر مع ما تؤكد

(٢) مجلة الأحكام العدلية م / ٦٥ .

(١) كشف القناع ٢ / ٢١١ .

(٣) المدخل الفقهي العام .

المشاهدة قدمت دلالة المشاهدة؛ لأن المشاهدة أقوى من الوصف، والإشارة أقوى من العبارة. أما إذا كان الشيء غائباً، ووصف وصفاً ينفي الجهالة فإن هذا الوصف يكون معتبراً؛ لأن الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان، ولأن دلالة الوصف لم تعارض بما هو أقوى منها أو مثلها. فإذا ثبت بعد الرؤية مخالفة الوصف للواقع الذي دلت عليه المشاهدة أسقط الوصف لمخالفته لما هو أقوى منه دلالة وهو الرؤية والمشاهدة، وعندئذ يثبت الخيار.

عمل القاعدة :

هذه القاعدة تعمل على مذهب من صحح بيع الأعيان الغائبة على الوصف.

وقد اختلف العلماء في صحة بيع الأعيان الغائبة على ثلاثة مذاهب :^(١)

الأول : مذهب القائلين بالمنع مطلقاً، كالشافعي في الجديد، وأحمد في رواية عنه، وهو اختيار المزني من الشافعية^(٢)، وهو الأظهر في المذهب الشافعي^(٣).

الثاني : مذهب القائلين بالجواز مطلقاً كأبي حنيفة^(٤) ورواية عن أحمد.

الثالث : مذهب القائلين بالجواز والصحة مع الوصف أي : يجوز ويصح بيع الأعيان الغائبة مع الوصف ولا يجوز ولا يصح بغير وصف. وهو مذهب مالك^(٥) والمشهور من مذهب أحمد، وطائفة من الشافعية كالبلغوي والرويانى. ومن حكم بصحة العقد على الشيء الغائب المعين الذي لم تسبق رؤيته أثبت خيار الرؤية^(٦).

وقد استدل المانعون من بيع الأعيان الغائبة، والقائلون ببطلان هذا البيع بأن العقد على الأعيان الغائبة يعتريه جهالة تفضي إلى المنازعة وغرر يفضي إلى أكل أموال الناس بالباطل، والأعيان تختلف رغبات الناس فيها، وتلك الرغبات لا يتم التطابق بينها وبين العين إلا بالرؤية^(٧).

(٢) روضة الطالبين ٣ / ٨٨ .

(١) انظر مجموع الفتاوى ٢٩ / ٤١٦ .

(٤) مختصر اختلاف العلماء ٣ / ٧٤ .

(٣) مغنى المحتاج ٢ / ٣٧٦ .

(٦) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٧٤ .

(٥) التمهيد لابن عبد البر ١٣ / ١٥ .

(٧) المرجع السابق ص ٣٧٥ .

واستدل القائلون بجواز صحة بيع الأعيان الغائبة مطلقاً بعمومات مشروعية البيع من غير فصل، وبحديث «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»، ولا خيار شرعاً إلا في بيع مشروع، ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله هو خالص ملكه، فيصح كسراء المرئي^(١)، والذين قيدوا صحة بيع الأعيان الغائبة بالوصف، قالوا: لا يجوز بيع الأعيان الغائبة من غير رؤية أو صفة؛ لحديث أبي هريرة في النهي عن بيع الغرر^(٢).

والراجع في نظري هو مذهب القائلين بصحة بيع الأعيان الغائبة إذا وصفت وصفاً ينفي الجهالة؛ للآتي:

[١] أن الغرر محرم شرعاً، وكل بيع دخله غرر فهو باطل لا يصح، والغرر ينتفي إما بالرؤية، وإما بالوصف المستوعب النافي للجهالة.

[٢] أن القائلين بالمنع مطلقاً اعتمدوا في ذلك على أن بيع الأعيان الغائبة فيه جهالة وغرر، ويجب أن ذلك بأن الوصف المستوعب ينفي الجهالة والغرر، ويبقى خيار الرؤية لاستكمال الرضا وتطابق الرغبة مع المبيع.

[٣] أن القائلين بالجواز مطلقاً استدلوا بحديث «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه» وبعموم أدلة مشروعية البيع، ويجب أن ذلك بأن الحديث ضعيف، والعموم مخصوص بكثير من التخصصات منها أن يكون المبيع معلوماً إما بالرؤية أو الوصف النافي للجهالة.

القاعدة التاسعة: إذا رُوي من المبيع ما يدل على ما لم ير جاز البيع:

هذه القاعدة ذكرها الإمام ابن تيمية، ونص على أنها متفق عليها، فقال: «وأما كون ذلك مغيباً فيكون غرراً فليس كذلك؛ بل إذا رُوي من المبيع ما يدل على ما لم ير جاز البيع باتفاق المسلمين: في مثل بيع الحيوان والعقار. وكذلك ما يحصل الحرج بمعرفة جميعه يكتفي برؤية ما يمكن منه، كما في بيع الحيطان»^(٣).

(٢) انظر الكافي ٢ / ٩ .

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢٤٣ .

(٣) مجمع فتاوى شيخ الإسلام ٢٩ / ٤٨٧ .

فهذه العبارة اشتملت على ضابطين:

الأول: إذا رُوي في المبيع ما يدل على ما لم يُرَ جاز البيع.

الثاني: ما يحصل الحرج بمعرفة جميعه يكتفي برؤية ما يمكن منه.

وقد ذكر العلماء ضوابط أخرى تلحق بهذين الضابطين وتدور معهما في

فلك واحد، منها:

[١] ما لا تختلف أجزاؤه يكتفي برؤية بعضه، وما تشق رؤيته يكتفي برؤية ظاهره^(١).

[٢] الأشياء التي تباع حسب أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج^(٢).

وبذلك يكون قد تجمع لدينا هنا أربعة ضوابط، كلها تدور في فلك واحد، وجميعها تعمل داخل إطار واحد، وهو إطار التيسير ورفع الحرج ودفع الكلفة عن الناس في البيوع. فإن المتبايعين لو كلفوا في أمر الرؤية للمبيع ما يشق عليهم لأدى ذلك إلى تعطل المعاملات، ووقوع الناس في العنت والضيق، والشرعية منزهة عن ذلك. والعنت الذي يقع بسبب رؤية المبيع يتمثل في أمرين:

الأول: أن يكلف العاقد رؤية وتفحص ما لا فائدة في رؤيته وتفحصه، كأن يكلف رؤية جميع المبيع الذي لا تختلف أجزاؤه، بينما تكفي رؤية بعض هذه الأجزاء، ويدل الشاهد منها على الغائب.

الثاني: أن يكلف العاقد رؤية جميع ما يحصل الحرج برؤية جميعه؛ كأن يكلف رؤية دواخل الحيطان، وجميع أجزاء الصبرة، وغير ذلك.

والعلماء الذين وضعوا هذه الضوابط لهم في هذا المسلك مأخذان:

الأول: أن العلم بالمبيع يتحقق في كل شيء بحسبه والرؤية لكل شيء على ما يليق به، وذلك على ما اعتاده الناس.

يقول صاحب مغني المحتاج: « قال في المنهاج: وتكفي رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه كظاهر الصبرة، وأنموذج المتماثل، أو كان صواناً للباقي خلقة كتقشر الرمان والبيض والقشرة السفلي للجوز واللوز، وتعتبر رؤية كل شيء على ما

(٢) المعاملات الشرعية المالية ص ١١٧ .

(١) الكافي لابن قدامة ٢ / ١١ .

يليق به» (١).

ويقول شيخ الإسلام - رحمه الله - :

«العلم في جميع المبيع يشترط في كل شيء بحسبه، فما ظهر بعضه وخفي بعضه، وكان في إظهار باطنه مشقة وخرج اكتفي بظاهره، كالعقار، ودواخل الحيطان، وكذلك الحيوان» (٢).

الثاني: أن دفع أعظم المفسدين عند التعارض واجب، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية «وإن كان بيع ذلك قد يفضي إلى نوع من الفساد، فالفساد في تحريم ذلك أعظم، فيجب دفع أعظم المفسدين باحتمال أدناهما؛ إذ ذلك قاعدة مستقرة في الشريعة» (٣)، أي أن البيع مع الاكتفاء برؤية بعض المبيع أو ما ظهر منه أو نموذجه قد يفضي إلى نوع من الفساد والنزاع، ولكن المفسد المترتبة على تحريم هذا البيع، وتكليف الناس ما لا يطيقون برؤية جميع المبيع أعظم وأشد؛ لأن هذا يؤدي إلى تعطيل المعاملات وتعويق سير التجارة مما ينعكس بالضرر العام. فيجب تحمل المفسدة الأقل في سبيل دفع المفسدة الأعظم.

ومن فروع هذه القاعدة وما يلحق بها من ضوابط:

[١] بيع المغيبات في الأرض، كاللفت والجزر والقلقاس وما شابه ذلك، فللعلماء فيها قولان:

الأول: لا يجوز - وهو المشهور عن أصحاب الشافعي وأحمد - لأنها أعيان غائبة لم تر ولم توصف.

الثاني: يجوز، وهو قول في مذهب أحمد ومالك، وهو الموافق للقاعدة، وهو الراجح للآتي:

أولاً: أن هذا ليس من الغرر لأن أهل الخبرة يستدلون بما يظهر من الورق، وبأخذ عينات والقياس عليها، فيتحقق لديهم من العلم ما يندفع به الغرر

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٤٨٨ .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٣٧٧ .

(٣) السابق ٢٩ / ٤٨٥ .

الكثير، وما تزول به الجهالة المفضية إلى النزاع، ويقوم عندهم من الرصف ما يجعل المغيب معلوماً على وجه التقريب، والتقريب كاف في مثل هذه الحالات دفعاً للحرج.

ثانياً: أن « ما احتيج إلى بيعه فإنه يوسع فيه ما لا يوسع في غيره. فيبيحه الشارع للحاجة مع قيام السبب الخاص، كما أرخص في بيع العرايا بخرصها، وأقام الخرص مقام الكيل عند الحاجة ولم يجعل ذلك من المزابنة »^(١).

[٢] بيع المقائي كالبطيخ والخيار والقثاء ونحو ذلك جملة. فمن العلماء من منع من ذلك وقال لا يجوز بيعه إلا لقطعة لقطعة، أي كل جمعة على حدة؛ جعلاً للبيع من باب بيع الثمر قبل بدو صلاحه. ومنهم من أجازته جملة على الوجه المعتاد، وهو الموافق للقاعدة، وهو الراجح أيضاً؛ دفعاً للحرج، ولأن « الشريعة استقرت على أن ما يحتاج إلى بيعه يجوز بيعه وإن كان معدوماً كالمنافع وأجر الثمر الذي لم يبد صلاحه مع الأصل، والذي بدا صلاحه مطلقاً »^(٢).

[٣] بيع الأنموذج، فإذا كانت الصفقة كبيرة، وأجزاؤها غير مختلفة، اكتفي برؤية الأنموذج؛ لأنه يدل على الباقي. وذلك كاستيراد أعداد كبيرة من صناديق بها قطع غيار آلات أو معدات أو سيارات. فإنه يشق فتح جميع الصناديق للإطلاع على ما فيها بالتفصيل، وإنما يكتفي بعدها والإطلاع عليها من الخارج مع فتح بعض النماذج منها ورؤية ما فيها بالتفصيل.

القاعدة العاشرة: كل ما حرمه الله على العباد فبيعه حرام لتحريم ثمنه: ^(٣) الأصل للقاعدة :

يستدل على هذه القاعدة بما يأتي،

[١] عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: « لعن الله اليهود؛ حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم

(٢) السابق ٢٩ / ٤٨٥ .

(١) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٤٨٨ .

(٣) نيل الأوطار ٥ / ١٤٣ .

عليهم ثمنه»^(١) فالعبارة الأخيرة في الحديث نص على القاعدة.

[٢] عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أن رجلاً أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر، فقال رسول الله ﷺ : «هل علمت أن الله قد حرمها ؟» ، قال : لا ، فسار إنساناً، فقال له رسول الله ﷺ : «بم ساررت» قال : أمرته ببيعها، فقال : «إن الذي حرم شربها حرم بيعها» ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها^(٢).

ووجه الدلالة في الحديث أن النبي ﷺ منع من بيع الخمر معللاً ذلك بأن الذي حرم شربها حرم بيعها، فهذا دليل على أن ما حرم تناوله حرم بيعه لتحريم ثمنه.

[٣] عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : (سمعت رسول الله ﷺ يخطب بالمدينة، فقال : «يأيها الناس إن الله يعرض بالخمر ولعل الله سينزل فيها أمراً، فمن كان عنده منها شيء فليبعه ولينتفع به» ، فما لبثنا إلا يسيراً حتى قال النبي ﷺ : «إن الله تعالى حرم الخمر ؛ فمن أدركته هذه الآية وعنده منها شيء فلا يشرب ولا يبيع» ، قال : فاستقبل الناس بما كان عندهم منها في الطريق فسكبوها)^(٣).

وجه الدلالة في الحديث : أن النبي ﷺ قبل تحريم الخمر أمر الناس ببيعها والانتفاع بها، وبعد التحريم نهاهم عن الانتفاع والبيع، فهذا يدل على أن تحريم الشرب استلزم تحريم البيع، وأن ما لا يجوز الانتفاع به شرعاً لا يجوز أكل ثمنه.

[٤] عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ : «قاتل الله اليهود، حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها»^(٤) ، فموضع الاستنكار من رسول الله ﷺ أن اليهود باعوا ما حرم الله تعالى عليهم أكله، وأكلوا ثمنه، وهذا يدل على التحريم.

(١) صحيح : أخرجه أبو داود ك البيوع باب في ثمن الخمر والميتة برقم ٣٤٨٨ ج ٣ ، ص ١٥١٢ ، وأحمد في المسند ١ / ٢٤٧ ، برقم ٢٢٢١ ، والدارقطني في سننه ٣ / ٧ برقم ٢٠ والبيهقي في السنن ٦ / ١٣ ، وقال الألباني : صحيح في غاية المرام وهو برقم ٣١٨ ص ١٥٥ .

(٢) صحيح : أخرجه مسلم ك المساقاة باب تحريم بيع الخمر برقم ٦٨ / ١٥٧٩ ج ١١ ص ١٩٠ ، والنسائي ك البيوع باب بيع الخمر برقم ٤٦٧٨ ج ٤ ص ٢٩٠ وصححه الألباني في بلوغ المرام برقم ٦٣ من رواية ابن عباس .

(٣) صحيح : أخرجه مسلم ك المساقاة باب تحريم بيع الخمر برقم ٦٧ / ١٥٧٨ ج ١١ ص ١٨٩ ، وصححه الألباني في غاية المرام برقم ٦١ ص ٥٠ .

(٤) صحيح : أخرجه مسلم ك المساقاة باب تحريم بيع الخمر والميتة ... برقم ٧٣ / ١٥٨٣ ج ١١ ص ١٩٣ .

وجميع هذه الأحاديث - وإن كانت واردة في الخمر وشحوم الميتة - إلا أنها تدل على كلية عامة، وهي أن كل ما حرم على العباد الانتفاع به حرم عليهم بيعه وأكل ثمنه؛ لأن علة تحريم البيع هي انعدام مالية الشيء المحرم « وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية »^(١)، وهذه العلة غير مقصورة على الخمر وشحوم الميتة، بل هي عامة في كل ما حرم الانتفاع به؛ لأن حل الانتفاع هو مناط التقوم والمالية في كل شيء.

ثم إن حديث ابن عباس لفظه عام، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. يقول الإمام الشوكاني - رحمه الله -: « وحديث ابن عباس فيه دليل على إبطال الحيل والوسائل إلى الحرام، وأن كل ما حرمه الله على العباد فبيعه حرام لتحريم ثمنه، فلا يخرج عن هذه الكلية إلا ما خصه الدليل »^(٢).

وقد اعترض على عموم هذه القاعدة باعتراضين:

الأول: أن الحمر الأهلية يحرم أكلها ويجوز بيعها بلا خلاف.

الثاني: أن موطوءة الأب يحرم على ابنه الاستمتاع بها بعد وفاة أبيه، ولكن يجوز له بيعها إذا ورثها عن أبيه.

وقد أجاب الإمام ابن حجر على الاعتراض الأول: « بأن تدول الحمر والسباع وغيرها مما حرم أكله إنما يتأتى بعد ذبحه، وهو بالذبح يصير ميتة؛ لأنه لا ذكاة له »^(٣) أي أن تحريم الانتفاع متعلق بالحمر الأهلية بعد ذبحها، أما قبل ذبحها فإن الانتفاع بها مباح فلا يحرم بيعها.

وأجاب الإمام النووي - رحمه الله - على الاعتراض الثاني بما نقله عن القاضي عياض من قوله: « وهذا تمويه على من لا علم عنده؛ لأن جارية الأب لم يحرم على الابن منها غير الاستمتاع على هذا الولد دون غيره من الناس، ويحل لهذا الابن الانتفاع بها في جميع الأشياء سوى الاستمتاع، ويحل لغيره

(٢) نيل الأوطار ٥ / ١٤٣.

(١) تبين الحقائق ٥ / ٢٣٨.

(٣) فتح الباري ٤ / ٣٢٩.

الاستمتاع وغيره» (١).

وفي الجملة: فإن هذه الاعتراضات لا تضر باستقرار هذه الكلية العامة؛ لأن حرمة الانتفاع في جميع ما يعترض به إنما تتعلق بأمر خارجي، وليست حرمة متعلقة بذات الشيء بحيث تفقده التقويم والمالية، كما أن الثمن فيها ليس مقابلًا للمنفعة المحرمة «فالثمن المحرم هو ما كان مقابلًا للمنفعة المحرمة، كما تدل على ذلك قواعد الشريعة وأصولها، وقد حرم الله لحوم الحمر الأهلية وحرم أكل الطين وتناول السموم ونحوها مع جواز بيعها؛ لما فيها من منافع أخرى غلب القصد إليها، ولو أنها بيعت للأكل لحرم ثمنها» (٢).

معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن كل ما حُرِّم على العباد أكله أو شربه أو لبسه أو الانتفاع به؛ فإنه يحرم بيعه وأكل ثمنه؛ لأن ماليته منعدمة، وتقومه لاغياً، والتقويم والمالية مناط جواز البيع، ولأن البيع هنا وسيلة لشيوع المحرم واستقراره؛ والوسائل لها حكم المقاصد. هذا ما دامت المنفعة المحرمة هي المقصود الغالب، وكان الثمن مقابلًا لها.

التفريع على القاعدة: من فروع هذه القاعدة:

[١] تحريم بيع الخمر وسائر المسكرات.

[٢] تحريم بيع المخدرات بجميع أنواعها.

[٣] تحريم بيع السموم البيضاء كالهريوين وغيره.

[٤] تحريم بيع السجائر؛ لحرمة التدخين.

[٥] تحريم بيع الميتة والخنزير.

[٦] تحريم بيع الأصنام والتماثيل.

[٧] تحريم بيع آلات اللهو والمعازف.

(١) شرح النووي لصحيح مسلم ١١ / ١٩٥ ط دار المنار.

(٢) نظرات في أصول البيوع الممنوعة وموقف القوانين منها د/ عبد السميع أحمد إمام ص ٤٤ بتصرف بسيط.

ومن فروع هذه القاعدة - التي تعتبر من الضوابط الكبيرة - أن « الاستئجار على المنفعة المحرمة باطل لا يجوز »؛ لأن الإجارة بيع للمنفعة، والمنفعة المحرمة غير متقومة، فهي كالعين المحرمة التي حرم الانتفاع بها. وهذا الحكم يصلح أن يكون ضابطاً، يقول الإمام ابن تيمية - رحمه الله - « الاستئجار على منفعة محرمة كالزنا واللواط والغناء وحمل الخمر باطل » (١).

ومن فروع هذا الضابط:

[١] تحريم مهر البغي.

[٢] تحريم حلوان الكاهن

وقد نص عليهما في حديث أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله ﷺ : « نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن » (٢).

القاعدة الحادية عشرة:

الانتفاع المباح مناط التقوم وأساس المالية وعليه يبني جواز البيع :

هذه القاعدة من نوع الضوابط، وهي مبنية على مقدمتين:

الأولى : أن « الانتفاع المباح مناط التقوم وأساس المالية » (٣).

الثانية : أن « جواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية » (٤).

معنى القاعدة:

الانتفاع بالشيء : الوصول إلى خيره (٥).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠ / ٢٠٩ .

(٢) صحيح : متفق عليه أخرجه البخاري ك البيوع باب ثمن الكلب برقم ٢٢٣٧ ج ٤ ص ٦٠٨ ، ومسلم ك المساقاة باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي برقم ١٥٦٧ / ٣٩ ج ١ ص ١٧٧ ، وأبو داود ك البيوع باب ثمن الكلاب برقم ٣٤٨١ ج ٣ ص ١٥١٠ ، والترمذي ك النكاح باب ما جاء في كراهية مهر البغي برقم ١١٣٣ ج ٣ ص ٣٤٠ وقال أبو عيسى حديث أبي مسعود حسن صحيح ، والنسائي ك الصيد والذبائح باب النهي عن ثمن الكلب برقم ٤٣٠٣ ج ٤ ص ١٣١ ، والدارمي ك البيوع باب النهي عن ثمن الكلب برقم ٢٥٦٨ ج ٢ ص ١٢٦ ، وهو في الآراء برقم ١٢٩١ ، ١٣٢٥ ، وفي صحيح الجامع برقم ٦٩٥١ .

(٣) ما لا يسع التاجر جهله د محمد صلاح الصاوي ، ط الجامعة الأمريكية المفتوحة ص ٢٤٩ بتصرف بسيط .

(٤) تبين الحقائق ٥ / ٢٣٨ ك الغصب .

(٥) معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٧٤ .

والمالية: صفة لما يتمول ويملك ويقتنى .

والتقوم: صفة لما له قيمة معتبرة شرعاً، من القيمة وهي « ما قوم به الشيء، بمنزلة المعيار، من غير زيادة ولا نقصان »^(١)، يقال: قيم الشيء تقييماً، أي قدر قيمته^(٢).

والمناط: المتعلق، يقال: ناظ الشيء أي علقه^(٣) والمعنى العام للقاعدة هو: أن الشيء لا يكون مالاً يصلح للتمول والتملك والاقتناء، ولا يكون ذا قيمة معتبرة شرعاً، ولا يحل بيعه والاعتياض عنه إلا إذا كان منتفعاً به على وجه مباح . فإذا لم يكن منتفعاً به انتفاعاً مباحاً فلا يجوز بيعه، ولا يحل الاعتياض عنه؛ لأنه لم يكتسب صفة المالية والتقوم، فلا بد من اجتماع شرطين: الانتفاع والإباحة . فما كان منتفعاً به انتفاعاً مباحاً فهو الذي يحل بيعه . أما ما لا يحل بيعه، ولا يعتبر تموله فيشمل نوعين:

الأول: ما يحرم على الناس الانتفاع به، مثل الخمر والميتة والخنزير والأصنام وما شابه ذلك وهذا النوع هو الذي خص بالقاعدة السابقة « إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » أو « كل ما حرمه الله على العباد فبيعه حرام لتحريم ثمنه » .

الثاني: ما ليس فيه منفعة، وإن لم يثبت تحريمه في الشرع، مثل المحقرات التي لا قيمة لها، ولا نفع فيها، وليست ما لا متقوماً، كالحشرات التي لا نفع فيها .

الأصل للقاعدة:

الدليل الأول: الاستقراء، فقد ثبت بالاستقراء أن النبي ﷺ حرم بيوعاً استثناء من الأصل العام في البيوع وهو الحل، وأن ما حرمه النبي ﷺ لسبب يتعلق بذات المبيع منحصر في صنفين :

الأول: ما حرم الانتفاع به كالميتة والخنزير والأصنام ، وقد سبق إيراد الأحاديث الدالة على حرمة بيع هذه الأشياء .

(٢) المعجم الوجيز ص ٥٢٣ .

(١) السابق ص ٢٧٧ .

(٣) مختار الصحاح ص ٦٨٥ .

الثاني، ما لا ينتفع به أصلاً، وقد ورد في تحريم هذا الصنف أحاديث منها:

[١] عن أبي الزبير قال: سألت جابراً - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عن ثمن السنور والكلب فقال: «زجر النبي ﷺ عن ذلك» رواه مسلم، والنسائي، وزاده النسائي: «إلا كلب صيد» (١).

[٢] عن أبي مسعود الأنصاري - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب....» (٢) الحديث.

ففي هذين الحديثين نهى النبي ﷺ عن ثمن السنور والكلب، مع أنهما لا ينتفع بهما في شيء محرم، ولم يكن العرب آنذاك ينتفعون بهما في شيء محرم، فالعلة إذن هي عدم الانتفاع أصلاً، ويدل عليها استثناء النبي ﷺ: «إلا كلب صيد» والذي يفرق بين المستثنى والمستثنى منه هو الانتفاع؛ فعلة تحريم المستثنى منه وإباحة المستثنى هي الانتفاع.

وما سوى هذين النوعين - وهو ما ينتفع به انتفاعاً مباحاً - فهو على أصل الحل، إلا إذا ثبت التحريم بسبب آخر سوى ذات المبيع، مثل الغرر أو الربا أو غير ذلك.

الدليل الثاني: المعقول:

فإن الشيء الذي يحرم الانتفاع به، وكذلك الذي لا ينتفع به أصلاً لا فائدة في تملكه ولا نفع في اقتنائه، فيكون أخذ العوض عنه من نوع أكل أموال الناس بالباطل؛ لأن العوض مقابل بالمعوض، فإذا كان العوض منتفعاً به والمعوض غير منتفع به كان هذا إخلالاً كبيراً وخطيراً بالعدل الذي قامت عليه المعاملات، بل قام عليه دين الله تعالى كله.

ومما يدعم هذا الاستدلال أن العلماء عللوا النهي عن هذه الأشياء - التي لا

(١) صحيح: أخرجه مسلم كالمساقاة باب ثمن الكلب... برقم ٤٢ / ١٥٦٩ ج ١٠ ص ١٧٩، وأبو داود كالبیوع باب في ثمن السنور برقم ٣٤٧٩ ج ٣ ص ١٥٠٩، والترمذي كالبیوع باب كراهية ثمن الكلب والسنور برقم ١٢٧٩ ج ٣ ص ٥٦٨، وابن ماجه كالتجارات باب النهي عن ثمن الكلب... برقم ٢١٦١ ج ٢ ص ٢٦٩، والنسائي كالبیوع باب ما استثنى برقم ٤٦٨٢ ج ٤ ص ٢٩١، وهو في صحيح الجامع برقم ٦٩٥٠، ٦٩٤٦.

(٢) سبق تخريجه ص ١٩٧ هامش ٢، ص ١٧٦.

ينتفع بها انتفاعاً مباحاً - بأنها غير منتفع بها شرعاً، وهذه بعض النقول عنهم - على سبيل المثال لا الحصر.

يقول الإمام الصنعاني: «ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة؛ لأنه لا يباح الانتفاع بها بحال، فلا تكون مالاً، إلا إذا كان مخلوطاً بالتراب والتراب غالب؛ فيجوز بيعه لأنه يجوز الانتفاع به»^(١).

ويقول صاحب المنهاج: «الشرط الثاني من شروط المبيع النفع، فلا يصح بيع الحشرات وكل سبع لا ينفع ولا حبتي حنطة، ونحوها، وآلة اللهو، وقيل يصح في الآلة إن عد رضاها مالاً»^(٢).

ويقول الإمام ابن قدامة: «يجوز بيع دود القز وبزره لأنه منتفع به، وبيع النحل في كوراته ومنفرداً عنها، إذا روي وعلم قدره، وبيع الطير الذي يقصد صوته كالهزاز والبلبل والببغة، لأنه يشتمل على منفعة مباحة، ويجوز بيع الجحش الصغير والفهد الصغير وفرخ البازي لأنه يصير إلى حال النفع»^(٣).

ويقول صاحب كفاية الأخيار: «فمن ذلك بيع العقارب والحيات والنمل ونحو ذلك... وفي معنى هذا: السباع التي لا تصلح للاصطياد والقتال عليها كالأسد والذئب والنمر، ولا نظر إلى اعتناء الملوك السفلة المشتغلين باللهو بها... وأما آلات اللهو المشغلة عن ذكر الله فإن كانت بعد كسرها لا تعد مالاً كالمتخذة من الخشب ونحوه فبيعها باطل؛ لأن منفعتها معدومة شرعاً، ولا يفعل ذلك إلا أهل المعاصي، وذلك كالطنبور والرباب والمزمار وغيرها، وإن كانت بعد كسرها ورضها تعد مالاً كالمتخذ من الذهب والفضة، وكذا الصور وبيع الأصنام فالذهب القطع بالمنع المطلق، وبه أجاب عامة الأصحاب؛ لأنها على هيئتها آلة الفسق، ولا يقصد منها غيره، وأما الجارية المغنية التي تساوي ألفاً بلا غناء: إذا اشتراها بألفين هل يصح؟ قال الأودنى: يصح، وقال المحمودي بالبطلان، وقال أبو زيد: إن قصد الغناء بطل وإلا فلا»^(٤).

(٢) نقلاً عن مغنى المحتاج ٢ / ٣٦٦.

(٤) كفاية الأخيار ١ / ٤٦٠-٤٦١.

(١) بدائع الصنائع ٥ / ٢١٥.

(٣) الكافي لابن قدامة ٢ / ٤.

وهكذا يعلق العلماء الحكم على الانتفاع، فإن وجد الانتفاع المباح شرعاً جاز البيع وثبتت صفة المالية، وإن لم يوجد الانتفاع أو وجد ولكن كان مهدرًا شرعاً لم يجز البيع ولم تثبت صفة المالية.

التفريع على القاعدة :

[١] **بيع السماد البلدي**؛ السماد البلدي عبارة عن تراب مخلوط بالأوراث والأزبال والأبوال، وهي إما مقطوع بنجاستها كأوراث وأبوال ما لا يؤكل لحمه، وإما مختلف في نجاستها كأوراث وأبوال ما يؤكل لحمه.

والذين قالوا بحرمة بيع السماد عللوا ذلك بالنجاسة؛ لأنهم اعتبروا أن الطهارة شرط في المبيع؛ استدلالاً بحديث جابر - رضي الله عنه - «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام...» ^(١) الحديث. وقد علل كثير من العلماء النهي في هذا الحديث بالنجاسة، «والأظهر أنه لا ينهض دليل على التعليل بذلك؛ بل العلة التحريم، ولذا قال النبي ﷺ : «لما حرمت عليهم الشحوم» فجعل العلة نفس التحريم، ولم يذكر علة» ^(٢).

فالصواب أن مناط التحريم هو عدم الانتفاع المباح لا النجاسة، وعليه فإن بيع السماد البلدي يجوز لجواز الانتفاع به شرعاً.

[٢] **تحريم بيع الكلاب والقطط التي تقصد للهو**؛ والتقليد الأعمى للكفار في اقتنائهم لها واعتنائهم بها، فبيعها حرام، وثمرتها حرام؛ لأنها لا ينتفع بها لا في الصيد ولا في الحراسة ولا في أي شيء مباح، والمقاصد التي تقتني من أجلها مقاصد مهكرة في الشريعة المطهرة.

(١) صحيح : أخرجه البخاري ك البيوع باب بيع الميتة والأصنام برقم ٢٢٣٦ ج ٤ ص ٦٠٥، ومسلم ك المساقاة والمزارعة باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام برقم ٧١ / ١٥٨١ ج ١١ ص ١٩٢، وأبو داود ك البيوع باب في ثمن الخمر والميتة برقم ٣٤٨٦ ج ٣ ص ١٥١١، والترمذي ك البيوع باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام برقم ١٢٩٧ ج ٣ ص ٥٨٢ وقال أبو عيسى «حسن صحيح» والنسائي ك البيوع باب بيع الخنزير برقم ٤٦٨٣ ج ٤ ص ٢٩٢، وابن ماجه ك التجارات باب ما لا يحل بيعه برقم ٢١٦٧ ج ٣ ص ٢٧١، جميعاً بلفظ «إن الله ورسوله» غير أبو داود وأورده الألباني في الارواء برقم ١٢٩٠ ج ٥ ص ١٣٠ وقال «صحيح».

[٣] جواز بيع النحل ودود القز؛ وغيرهما مما ينتفع به من الحشرات النافعة كالتي تدخل في المختبرات العلمية لأغراض طبية.

القاعدة الثانية عشرة: الاعتياض عن حق مجرد لا يحتمل التقوم باطل: (١)

هذا الضابط متولد من الضابط السابق، فكما أن الاعتياض عن الأشياء التي لا تحتمل التقوم ولا تكتسب صفة المالية باطل وممنوع ف كذلك الحقوق إذا كانت غير مالية ولا متقومة فلا يجوز الاعتياض عنها.
معنى القاعدة:

الاعتياض: هو أخذ العوض وهو البذل (٢) والحق المجرد عن المالية الذي لا يحتمل التقوم: هو حق لا يكون في معنى المال، ولا تابعاً له، ولا يمكن تقويمه بمال كحق الشفعة، وحق الترخيص في افتتاح خمارة. أما الحق المالي فهو الحق الذي يكون في معنى المال مثل حق الارتفاق والتعلي، وغير ذلك من الحقوق التي تورث لأنها مالية.

والمعنى الإجمالي للقاعدة هو: أن بيع الحقوق التي لا تحتمل المالية والتقوم، وأخذ العوض عنها بأي عقد من عقود المعاوضة باطل، والعوض حرام.
من فروع القاعدة:

[١] حق الشفعة ليس بمال ولذلك لا يصح الاعتياض عنه» (٣).
[٢] «إذا مات أحد المتبايعين بطل خياره، ولم يثبت لورثته، لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه» (٤).
القاعدة الثالثة عشرة:

ما اتصل بالمبيع اتصال قرار أو تناوله اسم المبيع عرفاً دخل في البيع بدون ذكره تبعاً، وما لا فلا:

كل ما ذكر في عقد البيع من الأعيان والحقوق يدخل في البيع بالنص، وما

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية ص ٦١ .

(٣) الكافي ٢ / ٥٢ .

(١) موسوعة الندوى ١ / ٢٧٥ .

(٣) كشف القناع ٦ / ٢٦٢ .

لم يذكر في عقد البيع فلا يدخل في البيع إلا إذا كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار ولم ينص على فصله واستثنائه من البيع، أو كان اسم المبيع يتناوله عرفاً.

يقول العلامة أحمد بك إبراهيم:

يدخل في البيع كل ما تناوله اسم المبيع عرفاً، فيدخل فيه جميع أجزاء المبيع، وما اتصل به عن نية القرار، وأما الحقوق كالطريق الخاص فإنه لا يدخل في البيع تبعاً إلا إذا ذكر في عقد البيع باسمه الخاص أو باسم عام يتناوله كالحقوق والمرافق.

وهاك البيان بالتفصيل: مسائل هذا الباب مبنية على ثلاث قواعد:

الأولى: كل ما تناوله اسم المبيع عرفاً يدخل في المبيع بدون ذكره تبعاً.
الثانية: كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار سواء كان اتصاله خلقياً أو صناعياً فإنه يدخل في المبيع بدون ذكره تبعاً.

الثالثة: ما لم يكن من القسمين السابقين إن كان من حقوق المبيع أي توابعه التي لا بد منها كالطريق الخاص والشرب والمسيل فإنه يدخل في المبيع تبعاً إذا ذكرت الحقوق أو المرافق... فإن لم تذكر الحقوق أو المرافق فلا يدخل شيء من ذلك، وما لم يكن من القسمين السابقين ولا من الحقوق والمرافق فلا يدخل في البيع إلا بذكره صريحاً^(١).

القاعدة الرابعة عشرة: كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد: هذه القاعدة تمثل المقتضي الأكبر والأول لعقد المعاوضة، سواء كان بيعاً أو إجارة، أو غير ذلك، وتعتبر نصاً محكماً لأهم أحكام العقد. وتطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم المنبثقة من عدل الشريعة.

وقد ذكرها الإمام ابن رجب في قواعده، فقال: «القاعدة الثامنة والأربعون: كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد»^(٢).

(١) المعاملات الشرعية المالية، لأحمد بك إبراهيم ص ١٣٣-١٣٤.

(٢) قواعد ابن رجب ١ / ٣٤٧.

«ويطرد هذا في البيع والسلم والقرض والإجارة، فيملك المستأجر المنافع ويملك المؤجر الأجرة بنفس العقد»^(١).

«وأما تسليم العوضين فمتى كان أحدهما مؤجلاً لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر»^(٢).

وعلى هذا فإن تأخر تسليم الثمن في البيع بالأجل لا يعني تأخير الملك لهذا الثمن، بل الملك ثابت بالعقد، وإن كان الضمان على الآخر حتى يتم التسليم. وكذلك تأخير المثلث (المبيع) في عقد السلم لا يعني تأخير الملك لهذا المبيع حتى يتم التسليم، بل الملك ثابت بالعقد، وإن بقي الضمان على الآخر حتى يتم التسليم. وتأخير التسليم لأحد البدلين لا يمنع المطالبة بالآخر، ولا يمنع التصرف في المعجل تصرف المالك في ملكه.

القاعدة الخامسة عشرة: لا يجوز اجتماع العوضين لشخص واحد:^(٣)

هذه القاعدة ذكرها الإمام القرافي في الفروق، فقال: «اعلم أن القاعدة الشرعية الأكثرية أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد؛ فإنه يؤدي إلى أكل المال بالباطل»^(٤)، ثم مثل لها فقال: «فلذلك لا يجوز أن يكون للبائع الثمر والسلعة معاً، ولا للمؤجر الأجرة والمنفعة معاً»^(٥).

وفي كتاب المنثور في القواعد للإمام الزركشي - رحمه الله -:

«اجتماع العوضين لشخص واحد: عن الشيخ عز الدين - رحمه الله - أنه قال: ليس ذلك في غير المسابقة فإن الفارس يريض نفسه وفرسه ويأخذ السبق»^(٦) يعني أن اجتماع العوضين لشخص واحد لا يجوز إلا في المسابقة؛ لأن الفارس يظفر بعوضين: أحدهما جائزة السبق، والثاني أنه يريض نفسه وفرسه.

(٢) السابق ١ / ٣٤٨ .

(١) السابق ١ / ٣٤٧ .

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٦٩ وانظر الفروق للقرافي ٣/٣، والمنثور ١ / ٩٨ .

(٥) السابق ٣/٣ .

(٤) الفروق للإمام القرافي ٣/٣ .

(٦) المنثور للزركشي ١ / ٩٨ .

والعوضان هما العوض والمعوض عنه، كالسلعة والثلث، والأجرة والمنفعة^(١). وقد استثنى الإمام القرافي من هذه القاعدة مسائل، منها الإجارة على الصلاة، وأخذ الخارج في الجهاد من القاعد؛ إذ يجتمع لهما عوضان: الثواب والأجرة. وقد اعترض ابن الشاط على هذا قائلاً: «لقائل أن يقول: ليس المبذول فيها عوضاً عن الثواب بل هو معونة على القيام بتلك الأمور... فلم يجتمع العوضان لشخص واحد»^(٢).

واعترض ابن الشاط وجيه، واستثناء الإمام القرافي غير وجيه، والمسائل التي ذكرها ليست داخلية في القاعدة من أساسها؛ لأنها ليس فيها مقابلة بين عوض ومعوض. القاعدة السادسة عشرة:

العبارة في المعاملات بما في نفس الأمر لا بما في ظن المكلف: (٣)
هذه القاعدة كثيرة الذكر في كتب الحنابلة، من ذلك مثلاً قول البهوتي: «لو تبرع من لم يعلم رشده وهو تحت الحجر، فقامت بينة برشده وقت التبرع نفذ تبرعه، وكذلك سائر عقود؛ لأن العبرة في العقود بما في نفس الأمر»^(٤). ومقتضى هذه القاعدة تصحيح تصرفات المكلف في مجال المعاملات المالية بالنظر إلى واقع المعاملة وما آلت إليه، بقطع النظر عما في ظن المكلف؛ فلو باع ما يظن أنه ملك لغيره ثم تبين أنه ملكه صح البيع، ولو باع ما يظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك لغيره لم ينفذ البيع.

وهذه القاعدة تتفق مع المقاصد العامة للشرعية من تشريع العقود والمعاملات، ولا تتعارض مع قاعدة «الأمر بمقاصدها»، وعدم ذكرها في كتب المذاهب الأخرى لا يعني الاعتراض عليها، والعمل بها يؤدي إلى ضبط المعاملات واستقرار العقود، وعدم العمل بها يؤدي إلى اضطراب العقود وعدم استقرارها. والشرعية تميل إلى إناطة الأحكام بعلة ظاهرة منضبطة لا إلى أمور باطنة غير منضبطة.

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٦٩.

(٢) هامش كتاب الفروق للقرافي ٣/٣.

(٣) كشاف القناع ٣ / ١٥٧ شرح منتهى الإرادات ٢ / ٩ مطالب أولي النهى ٣ / ٤٣١.

(٤) كشاف القناع ٣ / ٤٤٦.

القاعدة السابعة عشرة :

الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً :

هذه القاعدة نبوية، من جوامع كلم النبي ﷺ ، فقد قال ﷺ : " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً " (١) .

والصلح عبارة عن " عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما - على وجه التقابل - عن جزء من ادعائه " (٢) .

معنى القاعدة:

أن عقد الصلح الذي يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً بينهما بالتنازل من كل منهما عن جزء من ادعائه جائز وليس حراماً، مادام قد وقع عن تراض بين المتصالحين؛ إلا إذا تضمن هذا الصلح ما يخالف الشرع بتحريم الحلال أو تحليل الحرام، كأن يتصالحا على أن يؤخر عنه نظير زيادة معلومة، فهذا لا يجوز .

وهذه القاعدة " تفيد أن الصلح جائز مع أنه قد يكون مستحباً وقد يكون واجباً، وقد يكون مكروهاً وقد يكون حراماً، لكن الجواز هو الأصل فيه؛ لا سيما في الأموال والحقوق الخاصة إذا أدى الصلح إلى التنازل عن شيء منها " (٣) .

الأصل للقاعدة :

هذه القاعدة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ، فمن نصوص الكتاب قول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء : ١٢٨] .

ومن السنة : ما رواه البخاري ومسلم عن عبد الله بن كعب بن مالك لما

(١) حسن : أخرجه أبو داود ك الأفضية باب في الصلح برقم ٣٥٩٤ ج ٣ ص ١٥٥٥ والترمذي ك الأحكام باب ما ذكر عن الرسول ﷺ في الصلح بين الناس برقم ١٣٥٢ ج ٣ ص ٦٢٦ وقال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح وابن ماجه ك الأحكام باب الصلح برقم ٢٣٥٣ ج ٢ ص ٣٣٧، وأحمد في المسند برقم ٨٧٧٠ ج ٢ ص ٣٦٦ وابن حبان في المورد برقم ١١٩٩ ج ٤ ص ١٠٤، والدارقطني برقم ٣٠ ج ٣ ص ٢٧، والحاكم في المستدرک ٢ / ٤٩ والألباني في الإرواء رقم ١٣٠٣ ج ٥ ص ١٤٢ وقال : صحيح لغيره .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ٥ / ٣٩٦ - ٣٩٧ ف ٣٤٨ .

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ١٩٩ .

تنازع مع ابن أبي حدرد في دَيْن على ابن أبي حدرد، أن النبي ﷺ أصلح بينهما بأن استوضع من دَيْن كعب الشطر وأمر غريمه بأداء الشطر" (١).

هذا ولعقد الصلح أحكام تطلب من كتب الفروع.

القاعدة الثامنة عشرة: إنما البيع عن تراض: (٢)

معنى القاعدة:

البيع وما كان في معناه من جميع المعاوضات لا يكون إلا عن ترض، فقوام هذه العقود التراضي، وجميع الأحكام التي تثبتها إنما تناط بالتراضي. فإذا قام دليل على انعدام الرضا بطل العقد ولم تترتب عليه آثاره.

الأصل للقاعدة:

هذه القاعدة ثبتت بنص الكتاب العزيز، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

فقوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ "صفة لتجارة، أي تجارة صادرة عن تراضي المتعاقدين" (٣)، والاستثناء هنا منقطع اتفاقاً "والتقدير: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾، لكن إن حصلت بينكم تجارة وتراضيتم بها فليس بباطل" (٤) والمقصود بالتجارة هنا كل عقود المعاوضات "فكل عقود المعاوضات أساس ثبوت آثارها وما رتبته الشارع لها من أحكام هو التراضي بين العاقدین" (٥).

كما ثبتت بالسنة أيضاً، فعن أبي سعيد مرفوعاً "وإنما البيع عن تراض" (٦)

(١) صحيح: أخرجه البخاري كالحصومات باب في الملازمة برقم ٢٤٢٤ ج ٥ ص ١٠٩، ومسلم كالمساقاة والمزارعة باب استحبا الوضع من الدين برقم ٢٠، ١٥٥٨/ ٢١ ج ١ ص ١٧٠، وأبو داود كالأفضية باب في الصلح برقم ٣٥٩٥ ج ٣ ص ١٥٥٥، والنسائي كآداب القضاة باب حكم الحاكم في داره برقم ٥٤٢٣ ج ٤ ص ٦٢٤، وابن ماجه كالصدقات باب الحبس في الدين والملازمة برقم ٢٤٢٩ ج ٢ ص ٣٦٣، وأحمد في المسند ٦ / ٣٨٦-٣٨٧، ٢٦٦٣٢، والدارمي كالبيوع باب في إنظار المعسر برقم ٢٥٨٧ ج ٢ ص ١٣٣، وأورده الألباني في الإرواء برقم ١٤٢٢ ج ٥ ص ٢٥٢ وقال صحيح.

(٢) صحيح: أخرجه ابن ماجه كالتجارات باب بيع الخيار برقم ٢١٨٥ ج ٢ ص ٢٧٧ وقال البوصيري في الزوائد إسناده صحيح ورجاله موثوقون، وأورده الألباني في الإرواء برقم ١٢٨٣ ج ٥ ص ١٢٥ وقال "صحيح".

(٣) تفسير البيضاوي ٢ / ١٧٦. (٤) فتح الباري ٤ / ٢٣١.

(٥) الملكية ونظرية العقد للإمام محمد أبو زهرة ص ١٨٢. (٦) سبق تخريجه هامش ١.

وأسلوب القصر في الحديث يفيد أن البيع الذي لا يكون عن تراض ليس معترفاً به شرعاً؛ فالتراضي شرط لاعتراف الشرع بالبيع، وعدم التراضي يعدم مشروعيته، وبهذا يفترق البيع في اللغة عن البيع في الشرع "فالبيع في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال، وكذا في الشرع ولكن زيد فيه قيد التراضي، فإن وجدت المبادلة بلا تراض لا يكون البيع شرعياً" (١).

الضوابط والأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

هذه القاعدة التي هي من نوع الضوابط، والتي تعتبر ضابطاً كبيراً في باب المعاوضات، تتولد منها ضوابط أخرى، وتنبنى عليها أحكام كثيرة.

أولاً: الأحكام الفقهية:

[١] بطلان بيع المكره:

ودليله قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. «فهذه الآية نص على إبطال بيع المكره؛ لفوات الرضا فيه» (٢) وهو مذهب جمهور العلماء. فبيع المكره بموجب هذه القاعدة باطل مادام إكراهها بغير حق (٣). أما الإكراه بحق فلا يبطل؛ لأن الإكراه الحلال لا يفقد الرضا بالعقد.

[٢] صحة بيع المعاطاة:

فبيع المعاطاة صحيح على الراجح من أقوال العلماء؛ بناء على أن التراضي هو الأصل في مشروعية البيع، فإذا قام دليل ظاهر على ثبوت التراضي دل ذلك على صحة البيع، والوصف الظاهر الذي يدل على وجود التراضي ليس منحصراً في الصيغة، بل كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع، ومنه المعاطاة؛ "لأن الشرع ورد بالبيع وعلق عليه أحكاماً، ولم يعين له لفظاً فعلم أنه رده إلى ما تعارفوه بينهم

(١) الهداية مع شرح البنائة ٦ / ١٨٧ . (٢) أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٤٨٨ .

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٦ / ١٣٠، المبسوط ١١ / ٦٤، ٢٤ / ٦٠، البدائع ٥ / ١٧٦، تفسير القرطبي

١٠ / ١٨٤، أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٤٨٨، ودليل الطالب ١ / ١٠٦، منار السبيل ١ / ٢٨٨، المحرر

١ / ٣١١ ومجموع الفتاوى ٢٩ / ٢٠٠، الاستقامة ٢ / ٣٢١ .

بيعاً، والناس في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك" (١).

[٢] مشروعية خيار العيب:

خيار العيب هو أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه في المعقود عليه ولم يكن على علم به وقت العقد، فإذا ظهر له عيب فهو بالخيار بين إمضاء العقد وفسخه. "والسبب في مشروعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ. بسبب العيب أن الاطلاع على عيب لم يكن معلوماً وقت انعقد دليل على أن الرضا الذي نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح؛ لأن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب التي ليست ظاهرة معلومة للعاقدين، فإن ظهر عيب لم يكن معلوماً فقد انهار الأساس الذي قام عليه الرضا، فشرع خيار العيب لتدارك الخلل الذي نال الرضا، والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من المعقود عليه المعين الانتفاع به، وهو لا يكون كاملاً إلا مع السلامة؛ فكانت مطلوبة، لأن الانتفاع الكامل مطلوب، وأن عقود المعاوضات في الشريعة تقوم على المساواة في مقابلة البذل بالبذل والسلامة بالسلامة، وقد سلم أحد البذلين فوجب أن يسلم الآخر، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد، ومطلوبة للشارع أيضاً لتحقيق المساواة" (٢).

والعيب المثبت للخيار هو "كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه" (٣).
ويشترط لثبوت خيار العيب أن يكون العيب حادثاً قبل القبض ولم يعلم به المشتري، ولم يثبت رضاه به بعد العلم به.

ثانياً: الضوابط: من الضوابط المتولدة عن هذا الضابط الكبير ما يلي:

الضابط الأول: "لا تنفذ خلافة خالب على مغبون مسترسل" (٤).

(١) الكافي ٢ / ٣.

(٢) الملكية و نظرية العقد، للإمام أبو زهرة ص ٣٨٠.

(٣) مغني المحتاج ٢ / ٤٢٨، كفاية الأخيار ١ / ٤٨٠، الأشباه للسيوطي ص ٧٠٥.

(٤) انظر "المنتقى للباجي" ٥ / ١٠٨، موسوعة الفقهية للندوى ٢ / ٣٦١.

الخلاصة: هي الخديعة باللسان ^(١)، ورجل خلاب أي: خداع كذاب ^(٢).
والغبين: هو النقص، وغبنه في البيع غبناً: أي غلبه ونقصه ^(٣).
والمسترسل: هو المستسلم الذي آمن للطرف الآخر ولا خبرة له بالسوق والأسعار.
ومعنى الضابط: أن البيع إذا اشتمل على غبن فاحش كان سببه تغيير من
 العاقد للطرف الآخر فإنه لا ينفذ؛ بل يفسخ، وهذا حق للمغبون، "فإذا غر أحد
 المتبايعين الآخر أو غره الدلال فللمغبون المغرور فسخ العقد" ^(٤)، إذا كان الغبن
 فاحشاً.

والغبن اليسير مغتفر، وليس له أثر على العقود، أما الغبن الفاحش فللعلماء
 فيه ثلاثة أقوال: طرفان ووسط:

القول الأول: ^(٥) أن المغبون ليس له حق الفسخ وعمدة أصحاب هذا القول
 "أن عقود المبادلات وهي التي يجرى فيها الغبن عقود لازمة، فيجب أن تصان عن
 الفسخ ما أمكن" حتى لا تتعرض معاملات الناس للاضطراب وعدم الاستقرار.
القول الثاني: ^(٦) أن للمغبون غبناً فاحشاً حق الفسخ، "ووجهته أن المغبون
 مظلوم، والظلم يجب رفعه، ومن جهة أخرى فمستحيل أن يرضى شخص بأن
 يظلم، فلا بد أنه أدخل عليه، وذلك يدل على أن كل غبن فاحش هو ضد
 الرضا" ^(٧).

القول الثالث: ^(٨) أن الغبن الفاحش إذا كان بتغيير من العاقد الآخر أو
 الدلال فللمغبون حق الفسخ، وهذا هو المذهب الوسط، "وهو أعدل الأقوال" ^(٩)،
 "وفي هذا مراعاة لجانب المتعاقدين وحفظ لحق كل منهما، ومحافظة على استقرار
 التعامل بقدر الإمكان، وكبح جماح الجشعين. وفي الأخذ بالقول بصحة العقد

(٢) المرجع السابق ص ١٨٣.

(٤) المعاملات الشرعية المالية ص ١٢١ بتصرف بسيط.

(٥) الدر المختار ٥ / ١٤٢، إعانة الطالبين ٣ / ٣٣، فتح المعين ٣ / ٣٣، نهاية الزين ٢٣٤.

(٦) الإنصاف ٤ / ٣٩٤، الروض المربع ٢ / ٧٨، المبدع ٤ / ٧٧، الذخيرة ٥ / ١١٢.

(٨) مجلة الأحكام العدلية م / ٣٥٧.

(١) مختار الصحاح ص ١٨٣.

(٣) المعجم الوجيز ص ٤٤٦.

(٩) الدر المختار ٥ / ١٤٢، إعانة الطالبين ٣ / ٣٣، فتح المعين ٣ / ٣٣، نهاية الزين ٢٣٤.

(٧) الملكية ونظرية العقد ص ٣٩٦.

(٩) الملكية ونظرية العقد ص ٣٩٦.

ولزومه مع انتفاء الخيار ظلم للمغبون وتشجيع للناس على أكل المال بالباطل .
والأخذ بالقول بإبطال العقد مطلقاً مع الغبن الفاحش حجته ضعيفة ويؤدي إلى
عدم الاستقرار في التعامل وكثرة الخصام؛ لأن البيع لا يخلو غالباً من الغبن" (١) .
الضابط الثاني، "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" (٢) .

هذه القاعدة تثبت خيار المجلس، وهو مختلف فيه، ومن ثم فالقاعدة أيضاً
مختلف فيها، ولكن الخلاف لا يمنع إيرادها على أنها من الثوابت الراجعة لا الثوابت
المجمع عليها. وسوف يتضح لنا بعد قليل رجحان القول بثبوت خيار المجلس .

معنى الضابط :

أن البائع والمبتاع بالخيار في إمضاء البيع أو عدم إمضائه، ما دام مجلس العقد
يجمعهما ولم يتفرقا منه بالأبدان؛ وذلك لإتمام الرضا الذي هو ركن العقد الأكبر .
وكما يثبت خيار المجلس هذا في البيوع يثبت في سائر المعاوضات اللازمة،
والحكمة من هذا الخيار "أن كلا منهما يراد نفسه على الإمضاء أو الفسخ ويستشير
من في المجلس من إخوانه، فإما أن يقع التراضي بينهما وإما أن يعدل أحدهما أو
كلاهما عن البيع، فيفسخ دون أن ينشأ عن ذلك حرج لأحدهما"، وهذه الحكمة
هي سر انبثاق هذا الضابط عن الضابط الأم : "إنما البيع عن تراض" (٣)، والتفرق
الذي يثبت خيار المجلس قبله ولا يثبت بعده مختلف في ضبطه وتحديد
"والمشهور الراجع من مذاهب العلماء في ذلك أنه موكول إلى العرف، فكل ما
عد في العرف تفرقاً حكم به وما لا فلا" (٤) .

(١) البيوع المحرمة في الإسلام، عبد العزيز على الغامدي ص ٥٧٧ بتصرف بسيط، رسالة دكتوراه رقم ١١٥٢ مكتبة كلية الشريعة بالازهر.

(٢) أورده الدكتور محمد بكر إسماعيل في: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٨٨ .

(٣) حسن: أخرجه أبو داود ك البيوع باب في خيار المتبايعين برقم ٣٤٥٦ ج ٣ ص ١٥٠٠، والترمذي ك البيوع باب ما جاء في البيوع بالخيار ما لم يتفرقا برقم ١٢٤٧ ج ٣ ص ٥٤١ وقال أبو عيسى حديث حسن، والنسائي ك البيوع باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما برقم ٤٤٩٥ ج ٤ ص ٢١٣، والدارقطني ٣١٠، والبيهقي ٥ / ٢٧١، وأحمد في مسنده ٢ / ١٨٣ برقم ٦٧٢١ وأورده الألباني في الأرواء برقم ١٣١١ ج ٥ ص ١٥٥ وقال "حسن".

(٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٢٩ .

الأصل للضابط:

[١] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال :
" البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارق
صاحبه خشية أن يستقبله " (١) .

[٢] عن ابن عمر - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ قال : " إذا تباع الرجلان فكل
واحد منهما بالخيار ، ما لم يفترقا وكانا جميعاً ، أو يخير أحدهما الآخر ، فإن
خير أحدهما الآخر فتباعاً على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن
تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع " (٢) .

[٣] عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : " البيعان بالخيار ما لم
يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة
بيعهما " (٣) .

[٤] عن ابن عمر قال : بعث من أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه مالا بالوادي بمال
له بخير ، فلما تباعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بيته خشية أن يراد
في البيع ، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا " (٤) .

(١) حسن : رواه أحمد (٦٧٢١) وأبو داود (٣٤٥٦) ، والترمذي (١٢٤٧) .

(٢) صحيح : أخرجه البخاري ك البيوع باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع برقم ٢١١٢ ج ٤
ص ٤٧٣ ، ومسلم ك البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين برقم ٤٣ - ٤٤ / ١٥٣١ ج ١٠ ص ١٣٤ ،
والنسائي ك البيوع باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما برقم ٤٤٨٤ ج ٤ ص ٢١١ ، وابن ماجه ك
التجارات باب البيعان بالخيار ما لم يفترقا برقم ٢١٨١ ج ٢ ص ٢٧٦ ، وأورده الألباني في الإرواء برقم
١٣١٠ / ٢ ج ٥ ص ١٥٤ .

(٣) صحيح : أخرجه البخاري ك البيوع باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين برقم ٤٧ / ١٥٣٢ ج ١٠ ص ١٣٥ ، وأبو
داود ك البيوع باب في خيار المتبايعين برقم ٣٤٥٩ ج ٣ ص ١٥٠١ ، والترمذي ك البيوع باب ما جاء في
البيع بالخيار ما لم يفترقا برقم ١٢٤٦ ج ٣ ص ٥٣٩ وقال أبو عيسى هذا حديث صحيح ، والنسائي ك
البيوع باب ما يجب على التجار من التوقيه في مبايعتهم برقم ٤٤٦٩ ج ٤ ص ٢٠٥ ، والدارمي ك البيوع باب في
البيعان بالخيار ما لم يفترقا برقم ٢٥٤٧ ج ٢ ص ١١٩ ، وأورده الألباني في الإرواء برقم ١٢٨١ ج ١٢٤ وقال
صحيح .

(٤) صحيح : أخرجه البخاري ك البيوع باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يفترقا . . . برقم ٢١١٦
ج ٤ ص ٤٧٦ ، وأورده الألباني في الإرواء برقم ٣ / ١٣١٠ وقال صحيح أخرجه الدارقطني ٢٩١ بسند صحيح
والبيهقي ٥ / ٢٧١ .

اختلاف العلماء في خيار المجلس :

اختلف العلماء في خيار المجلس على قولين:

القول الأول: ثبوت خيار المجلس، وهو مذهب ابن عباس وابن عمر وأبو هريرة وعلى وأبو هريرة الأسلمي وغيرهم من الصحابة، ومذهب شريح والشعبي وطاووس وعطاء وابن أبي مليكة والحسن والأوزاعي وغيرهم من التابعين، وهو مذهب الشافعي^(١)، وأحمد^(٢)، وإسحاق^(٣)، وأبي ثور.

ودليلهم الأحاديث التي سقناها في الاستلال على القاعدة وهي ظاهرة في الدلالة على ثبوت خيار المجلس؛ بناء على أن التفرق المقصود في الأحاديث هو التفرق بالأبدان.

ومن الأدلة لمذهبهم أيضاً: "أن عقود المعاوضات قوامها التراضي، والرضا أساسه الاختيار الصحيح، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه، وهي عقود إذا أبرمت واستقرت لزم؛ لذلك كان لا بد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والتروي والتدبر، فكانت هذه الفسحة هي مجلس العقد، ففيه يمكن للعاقد من أن يتروى ويتفكر ويتدبر، قبل الإيجاب والقبول وبعدها؛ ليكون على بينة من أمره، هذا والعرف قديماً وحديثاً على أن مجلس العقد في عقود المعاوضات يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد، ولا يعتبر العقد قد استقر وثبت وتأكد إلا إذا تفرق العاقدان مصرين على ما عقدا، فليست العقود كلمات تلقى فتسجل على قائلها ويقتنص بها، ولكنها إرادات ثابتة جازمة متوافقة، فكل ما يدل على الإصرار مطلوب، وكل ما يدل على التردد يجب أن يزال"^(٤).

القول الثاني: عدم ثبوت خيار المجلس، وهو قول الإمام مالك^(٥)،

(١) الإقناع ١ / ٩١، حواشي الشرواني ٤ / ٣٣٤ فتح المعين ٣ / ٢٦.

(٢) دليل الطالب ١ / ١٠٩ زاد المستقنع ١ / ١٠٧، شرح منتهي الإرادات ٢ / ٣٦.

(٣) إسحاق بن راهويه : هو الإمام الكبير شيخ المشرق سيد الحفاظ ، هو أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم بن عبد الله بن مطر بن عبيد الله بن غالب بن واث بن عبيد الله بن عطية بن مرة بن كعب ابن همام بن أسد بن مرة ابن عمرو بن حنظلة بن مالك بن زيد مناة بن تميم التميمي ثم الحنظلي المروزي نزيل نيسابور ، مولده في سنة إحدى وستين السهو سمع من ابن المبارك فلما أقدم على الراوية عنه لكونه كان مبتدئاً لم يتقن الأخذ عنه وقد ارتحل في سنة أربع وثمانين السهو ولقي الكبار وكتب عن خلق من أتباع التابعين ، سير اعلام جزء (١١ / ٣٥٩).

(٤) الملكية ونظرية العقد للإمام أبو زهرة ص ١٨١ . (٥) مواهب الجليل ٤ / ٩٠٤ الذخيرة ٥ / ٢٠.

والحنفية^(١) ، والهادوية والإمامية .

ومن أدلة هذا المذهب ما يلي :

[١] قول الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] . فإن هذه الآية تدل على أنه بمجرد الرضا يتم البيع ؛ فإذا ثبت الرضا بما يدل عليه ظاهراً وهو الإيجاب والقبول فقد تم البيع ولزم .

[٢] قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] . والراجع عن موجب العقد قبل التفرق لم يف بما عقد ، كالراجع عنه بعد التفرق .

[٣] قول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة : ٣٨٢] . فلو ثبت خيار المجلس لكانت الآية غير مفيدة ؛ لأن الإشهاد إن وقع قبل التفرق لم يطابق الأمر ، لأن الإشهاد يكون على تمام البيع ، وهو ما لم يتم بعد لعدم استقراره إلى نهاية المجلس ، وإن وقع بعد التفرق لم يصادف محلاً حيث لا يبيع يقع الإشهاد عليه بعد التفرق بالأبدان .

[٤] حديث "المسلمون على شروطهم"^(٢) والخيار بعد العقد يفسد الشرط .
[٥] وأجابوا عن الأحاديث التي استدل بها المثبتون لخيار المجلس بأنها معارضة بما هو أقوى منها ، وهو ما ذكره من الأدلة على عدم ثبوت خيار المجلس . وبأن التفرق المقصود في الأحاديث هو التفرق بالأقوال أي الفراغ من إبرام عقد البيع . وقال بعضهم : إن هذه الأحاديث منسوخة بحديث "المسلمون على شروطهم" .

[٦] كما استدلوا بالقياس على عقود الأنكحة وهي عقود اتفق الجميع على عدم ثبوت خيار المجلس فيها ، ولا فرق بين عقود المعاوضات وعقد النكاح في كون كل منهما ينعقد بالإيجاب والقبول ، وأن الرضا الذي دلت عليه عبارة الإيجاب والقبول هو مناط الالتزام في كلا النوعين من العقود ، فلا يصح التفريق بينهما بجعل الرضا في أحدهما لا يوجب الالتزام إلا بتفرق

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤ / ٥٢٨ لسان الحكام ١ / ٢٥١ فتح القدير ٦ / ٢٥٨ .

(٢) سبق تخريجه .

المجالس، وعدم اشتراط ذلك في الثاني، فهذا تفريق من غير مقتض يقتضيه ولا داع يدعو إليه.

والراجع من المذهبين هو المذهب الأول وهو مذهب القائلين بثبوت خيار

المجلس؛ المآلتي؛

[١] أن التفرق المقصود في الأحاديث هو التفرق بالأبدان، وعلى هذا جرى عرف اللغة، قال الخطابي: "وعلى هذا وجدنا أمر الناس في عرف اللغة وظاهر الكلام، فإذا قيل تفرق الناس كان المفهوم منه تميز الأبدان" (١) ومن نفي خيار المجلس أول التفرق في الأحاديث بتفرق الأقوال أي الفراغ من العقد، وحمل المتابعين على المساومين؛ لأنهما بصدد البيع "فارتكب مخالفة الظاهر من وجهين بلا مانع يعوق عليه، مع أن الحديث رواه البخاري بعبارة تأبى قبول التأويل" (٢) وهي قول النبي ﷺ "ما لم يتفرقا وكانا جميعاً" (٣)، وكذلك قوله "وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع" فهذا السياق "فيه البيان الواضح على أن التفرق بالبدن" (٤)، ويكفي أن ابن عمر وأبو هريرة الأسلمي - رضي الله عنهما - حملاه على تفرق الأبدان ولم يعرف لهما مخالف من الصحابة (٥).

[٢] أن الأدلة التي استدلت بها من منع خيار المجلس عمومات مخصوصة، بأحاديث الباب، والمصير إلى الترجيح مع إمكان الجمع بحمل العام على الخاص والمطلق على المقيد مخالف للأصول، والجمع بين الدليلين إذا أمكن لا يصار معه إلى الترجيح، والجمع هنا ممكن بحمل العام على الخاص والمطلق على المقيد (٦).

[٣] أن القياس على عقود الأنكحة قياس باطل لا يصح؛ وذلك من وجهين:

الأول: أنه قياس مع وجود النص، ولا مساع للاجتهاد في معرض النص.

الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ لأن عقود الأنكحة لا تقع عادة إلا بعد ترو

(١) انظر نيل الأوطار ٥ / ١٨٥. (٢) فيض القدير ٣ / ٢٩٣.

(٣) صحيح: أخرجه البخاري ٢٠٠٦، ومسلم ١٥٣١، والنسائي في السنن ٤٤٧٢، وابن ماجه ٢١٨١، وأحمد في المسند ٦٠٠٦، وابن حبان في صحيحه ٤٩١٧، والطبراني في الأوسط ٨٧١٩، والبيهقي في الكبرى ١٠٢١٣.

(٤) نيل الأوطار ٥ / ١٨٥.

(٥) انظر فتح الباري ٤ / ٢٦٢.

(٦) انظر نيل الأوطار ٥ / ١٨٦.

ونظر وفترة من الخلطة تطول أو تقصر ، فالخيار فيها يكون لغواً وإضعافاً لهيبتها .
أما عقود البيع فكثيراً ما تقع الصفقات بصورة مفاجئة خاصة في الأسواق ولدى
التجار ، فتحتاج إلى فترة امتداد للخيار إلى نهاية المجلس لتثبيت الرضا .

[٤] ومن زعم أن الأحاديث منسوخة بحديث "المسلمون على شروطهم"
يرد عليه "بأن الأصل عدم النسخ ، ولا يثبت بالاحتمال" ^(١) ولم يقم دليل على
النسخ ، ولا حتى على تأخر حديث "المسلمون على شروطهم" على أحاديث الباب .
[٥] أن الرضا جوهر هذه العقود ، ومناط مشروعيتها ، والاحتياط لضمان
تحقيق الرضا مطلوب ، ما دام لا يترتب عليه عنت أو مفسدة أو إخلال بالشرع ،
"ولا شك أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لا يتم إلا بتفريق المجالس ،
وذلك أحرى بالقبول" ^(٢) .

الضابط الثالث:

الأصل في المعاوضات وسائر العقود المالية أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها
من قول أو فعل:

إذا كان الرضا هو قوام عقود المعاوضات ؛ فإن كل ما دل على التراضي بين
المتعاضين ينعقد به عقد المعاوضة ، وتترتب عليه أحكامه ؛ لأن "العبرة للمعنى
لا للصورة" ^(٣) ؛ ولأن "البيع والإجارة والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حداً ،
لا في كتاب الله ولا في سنة رسوله ... وليس لذلك حد في لغة العرب بحيث
يقال: أهل اللغة يسمون هذا بيعاً ولا يسمون هذا بيعاً ، حتى يدخل أحدهما في
خطاب الله ولا يدخل الآخر ... فإن لم يكن له حد في الشرع ولا في اللغة كان
المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم ، فما سموه هبة فهو هبة" ^(٤) .

وعلى هذا لا يشترط لفظ معين "لأنه لم يصح في الشرع اشتراط اللفظ ،
فوجب الرجوع إلى العرف" ^(٥) ، فالعرف وعمل الناس في الأسواق وما اعتادوه
في معاملاتهم هو الذي يحدد شكل التعاقد الدال على الرضا وتوافق الإرادتين ،

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ١٨٣ .

(١) سبل السلام ٣ / ٤٦ .

(٣) المجموع فتاوى ابن تيمية ٥٩ / ١٦ .

(٤) البذائع ٥ / ١٩٩ .

(٥) هذا كلام النووي نقله عنه صاحب كفاية الأخيار ج ١ ص ٤٥٦ ، مع أن النووي شافعي ومذهبه التزام الصيغة .

"فكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة فهو بيع أو إجارة ، وإن اختلف الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال ، وليس لذلك حد مستمر ، لا في شرع ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس ، كما تتنوع لغاتهم ، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما تعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا عليه وإلا على مقصودهم" (١) .

فعلى سبيل المثال: لو تساوم البائع والمشتري على ثمن وفق البيع عنده ، فسلم البائع البيع للمشتري وسلمه المشتري الثمن فقد انعقد البيع؛ "لأن تسلم المبيع والثمن من حقوق البيع وأحكامه ، فلما فعلاً موجب العقد من التسلم صار ذلك رضا منهما بما وفق عليه العقد من السوق" (٢) وسبب هذا أنه "لم يقم دليل على اشتراط الإيجاب والقبول ، بل حقيقة البيع المبادلة الصادرة عن تراض كما أفادت الآية والحديث ، نعم الرضا أمر خفي يناط بقرائن منها الإيجاب والقبول ، ولكن لا ينحصر فيهما ، بل متى انسلخت النفس عن المبيع أو الثمن بأي لفظ كان ، وعلى هذا معاملات الناس قديماً وحديثاً" (٣) .

وهذا الضابط منبثق من الضابط الأم "إنما البيع عن تراض" .

القاعدة التاسعة عشرة : النقود لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات:

النقود من الدنانير الذهبية والدراهم الفضية وغيرها من الأثمان التي تمحضت للوساطة في التداول والمعاوضة إذا عينت في عقود المعاوضات لم يفد هذا التعيين ، ويعتبر لغواً ، ولا تتعين به ، بل يقوم مقامها عند عدم وجودها ما يعادلها من النقود؛ وذلك لأنها "أثمان محضة ، ولا مقصود في عينها ، إنما المقصود الثمنية" (٤) .

والأمر بالنسبة للعملة الورقية واضح، ولكن الشبهة قائمة بالدنانير والدراهم؛ لأن الدنانير ذهب والدراهم فضة ، وقد يتعلق الغرض بعينها، ولذلك وردت القاعدة بلفظ "الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات" (٥) .

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ١٤ . (٢) أحكام القرآن للجصاص ٢ / ٢٤٧-٢٤٨ .

(٣) سبل السلام ٣ / ٢ . (٤) المبسوط ١٥ / ٩٣ .

(٥) مجلة الأحكام العدلية م / ٢٤٣ ، الفروق للكرائسي ٢ / ١٠١ بدائع الصنائع ٥ / ٢١٢ .

ولكن هذه الشبهة تندفع بأن الدراهم والدنانير يغلب عليها الثمنية ، يقول : الأستاذ الزرقا في المدخل : "إذا كان الذهب والفضة مسكوكين دنانير ودراهم كان لهما اعتبار آخر في نظر الفقهاء ؛ علاوة على أنهما أثمان بالخلقة ؛ وذلك أنهما يصبح لهما شيء من التجرد المالي يكونان به في العقود كأنهما ديون محضه ، فالعقد الذي يرد عليهما كأنما يرد على دين في الذمة ، لا على عين ؛ وعن هذه النظرية قرر الفقهاء القاعدة القائلة : الدنانير والدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات " .

وهذه القاعدة مشهورة في المذهب الحنفي ^(١) ، ومذهب المالكية على العمل بها فيما عدا الصرف ، وعند الحنابلة رواية كالمذهب الحنفي . أما الشافعية ^(٢) والحنابلة ^(٣) في المشهور من مذهبهم فبخلاف ذلك .

وحجة القائلين بهذه القاعدة واضحة وجلية ؛ إذ الدراهم والدنانير "جعلاً ثمنين شرعاً ، فلو تعينا في المعاوضات لصارا مثنين ؛ إذ المثنى اسم عين يقابلها عوض ، فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عيناً يقابلها عوض فكان مثنياً فلا يكون ثمناً ، وفيه تغيير لحكم الشرع " ^(٤) .

ولا يخفي أن العمل بهذه القاعدة موافق للمقاصد الشرعية والمصالح المتوخاة من تشريع المعاوضات ؛ لأن "التعيين لبيان المقدار ، وليس مقصوداً لذاته ، ولا يخفي ما في اعتبار هذا الأصل من دفع الحرج في التعامل وتسهيل مهمة النقد " ^(٥) .

وينفرع على هذه القاعدة ما يلي :

[١] "إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة مشار إليها ثم هلكت الدراهم قبل القبض فإن العقد لا يبطل ؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان بالتعيين في المعاوضات " ^(٦) .

[٢] من اشترى شيئاً بثمن من العملة الورقية كالดอลลาร์ أو الريال أو الجنيه ،

(١) تبين الحقائق ٥ / ١٥٣ المبسوط ١٤ / ٢٥ حاشية بن عابد بن ٥ / ١٧٥ .

(٢) المجموع ٩ / ٢٥٦ روضة الطالبين ٣ / ٥١١ . (٣) الإنصاف للمرداوي ٥ / ٥٠ .

(٤) البدائع ٦ / ٧٨ . (٥) موسوعة القواعد للندوي ص ١ / ٣٠٦ .

(٦) البدائع ٦ / ٧٦ .

ولم يتمكن من الحصول على العملة لسبب ما من الأسباب لم يبطل العقد، وإنما يصح ويقضي بعملة أخرى بالشرطين الواردين في حديث ابن عمر: أن يكون بسعر يوم الوفاء، وأن يتفرقا وليس بينهما شيء؛ لأن تصحيح العقود بقدر الإمكان واجب.

القاعدة العشرون:

جواز المعاوضة وحل ربحها منوط بدخول محل المعاوضة في ضمان المعاوض:

معنى القاعدة:

أن المعاوضة عما لم يدخل في ضمان الإنسان لا تحل ولا تجوز، فلا يجوز للإنسان أن يبيع ما لم يملكه، ولا ما لم يقبضه، ولا ما لا يدخل تحت حوزته حتى ولو كان مالكا له، ولا يحل له الربح الخارج من هذه المعاوضة؛ لأنه ليس في الحقيقة ضامناً لهذا الشيء الذي يعاوض عنه.

الأصل للقاعدة:

[١] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك" (١).

[٢] عن حكيم بن حزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قلت يا رسول الله: الرجل يسألني البيع وليس عندي، أفأبيعه؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك" (٢).

(١) حسن: أخرجه أبو داود ك البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٥٠٤ ج ٣ ص ١٥١٨، والترمذي البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم ١٢٣٤ ج ٣ ص ٥٢٦ وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح، والنسائي ك البيوع باب يبيع ما ليس عند البائع برقم ٤٦٢٥ ج ٤ ص ٢٦٥ بدون لفظه "ولا ربح ما لم يضمن"، وابن ماجه ك التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك.... برقم ٢١٨٨ ج ٢ ص ٢٧٨ وأحمد في المسند ٦٥٩١ / ٢ / ٦٦٣٣، ١٧٤، ١٧٩، والدارمي ك البيوع باب النهي عن شرطين في بيع برقم ٢٥٦٠ ج ٢ ص ١٢٣ وأورده الألباني في الأرواء برقم ١٣٠٥ وقال حديث حسن.

(٢) صحيح: أخرجه أبو داود ك البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده برقم ٣٥٠٣ ج ٣ ص ١٥١٨، والترمذي ك البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك برقم ١٢٣٢ ج ٣ ص ٥٢٥، وقال أبو عيسى حسن، والنسائي ك البيوع باب يبيع ما ليس عند البائع برقم ٤٦٢٧ ج ٤ ص ٢٦٦، وابن ماجه ك التجارات باب النهي عن بيع ما ليس عندك برقم ٢١٨٧ ج ٢ ص ٢٧٨، وأحمد في المسند ١٤٨٨٨، ١٥١٤٥، ١٥١٤٥ / ٢ / ٤٣٤، والدارقطني ٢٩٢، والبيهقي ٥ / ٢٦٧، ٣١٧، وأورده الألباني في الأرواء برقم ١٢٩٢ ج ٥ ص ١٣٢ وقال حديث صحيح.

ولأن هذا البيع يفضي إلى النزاع، وإلى أكل المال بالباطل، كما أن فيه غرراً "لأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء" (١).
 وقول النبي ﷺ: "ما ليس عندك" معناه "ما ليس حاضراً عندك، ولا غائباً في ملكك وتحت حوزتك" (٢)، وقوله ﷺ: "ما ليس عندك" "يحتمل معنيين أحدهما أن يقول: أبيعك عبداً أو داراً معينة وهي غائبة فيشبه بيع الغرر؛ لاحتمال أن تتلف أو لا يرضاها، ثانيها: أن يقول: هذا الدار بكذا على أن أشتريها لك من صاحبها... وقصة حكيم موافقة للاحتمال الثاني" (٣). وهذا النوع من البيوع "يتضمن نوعاً من الغرر؛ فإنه إن باعه شيئاً معيماً وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه ليسلمه له كان متردداً بين الحصول وعدمه فكان غرراً يشبه القمار" (٤).

التفريع على القاعدة: يتفرع على هذه القاعدة:

- [١] أن يبيع الإنسان ما اشتراه ولكن لم يقبضه كما يجري في البورصة، فهذا حرام.
- [٢] أن يبيع الإنسان السلعة وهي في السفن قبل أن تصل، فهذا لا يجوز لأنه لا يدري هل تصل سليمة أو غير سليمة (٥).
- [٢] أن يبيع التاجر شيئاً ليس في حوزته ثم يذهب ليشتريه. فهذا حرام بنص حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه.

(٢) نيل الأوطار ٥ / ١٥٥ .

(٤) زاد المعاد ٥ / ٧١٥ .

(١) المهذب للشيرازي ١ / ٢٦٢ .

(٣) الفتح ٤ / ٢٧٨ .

(٥) انظر موسوعة فتاوى معاصرة ٣ / ٢٤٩ .

قواعد التبرعات

المطلب الثاني

القاعدة الأولى: يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات من الغرر والجهالة: عقود التبرعات كالهبة والعارية والصدقة وغيرها موضوعة للمعروف والإحسان الصرف؛ فلا يؤثر فيها الغرر ولا الجهالة؛ لأنه لا ضرر على المتبرع عليه من ذلك، حيث لم يدفع عوضاً يقتضي العدل والعلم بالمعوض عنه وقد ذكر الإمام القرافي هذه القاعدة في كتابه الفروق، فقال: "الفرق الرابع والعشرين: بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر، وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات" (١). وذكر تحت هذه القاعدة كلاماً في التفريق بين المعاوضات والتبرعات يمكن أن يصاغ قاعدة كالآتي: "ما كان معاوضة صرفة وجب اجتناب الغرر والجهالة فيه إلا ما دعت إليه الضرورة، وما كان إحساناً صرفاً لم يؤثر فيه الغرر والجهالة". ومن العبارات التي تصلح للتعبير عن هذه القاعدة قول ابن غازي: "كل عقد وضع للمعروف فالأصل ألا يمنع فيه الغرر" (٢).

والدليل على صحة هذه القاعدة: "أن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن بها إليه لا ضرر عليه؛ فإنه لم يبذل شيئاً بخلاف إذا ما فاتت بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلتها فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالة فيها، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقترضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق، بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده لأنه لم يبذل شيئاً" (٣).

والدليل على صحة القاعدة أيضاً أنه لم يرد في الشرع ما يمنع من الغرر

(٢) كليات ابن غازي ص ١٦٢، موسوعة النجاشي ٢ / ٣١٣.

(١) الفروق ١ / ١٢٧.

(٣) الفروق ١٧٢ / ١ بصرف بسيط.

والجهالة في التصرفات التي هي من نوع الإحسان والتبرع، ولم يرد كذلك ما يقيد إباحتها بشرط خلوها من الغرر والجهالة، فتبقى هذه التصرفات على أصل الحل وعلى أصل إطلاق الحل، أما الأحاديث الناهية عن الغرر فهي واردة في البيع، ولا يقاس شيء من التبرعات على البيع؛ لقيام الفارق، والأحاديث الواردة في النهي عن الغرر "لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنما وردت في البيع ونحوه" (١).

ومن أدلة اغتفار الغرر في التبرعات حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: "إن الأشعريين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم في المدينة جمعوا ما كان عندهم من طعام في إناء واحد واقتسموه بينهم بالسوية، فهم مني وأنا منهم" (٢). وعن جابر رضي الله عنه قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا قبل الساحل، فأمر عليهم أبا عبيدة بن الجراح، وهم ثلاثمائة، وأنا فيهم، فخرجنا حتى إذا كنا ببعض الطريق ففني الزاد، فأمر أبو عبيدة بأزواد الجيش، فجمع ذلك كله فكان في مزودي تمر، فكان يقوتنا في كل يوم قليلاً... (٣).

ففي هذين الحديثين دليل على صحة التبرع مع الجهالة قدر المتبرع به،

القاعدة الثانية: لا يتم التبرع إلا بالقبض: (٤)

معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن التبرعات: كالأوقاف والهبات والصدقات والإعارات وغيرها لا يثبت الملك فيها للمتبرع له إلا بالقبض والحيازة، أما مجرد العقد فلا يثبت به قبل القبض ملك للمتبرع له ولا ضمان على المتبرع؛ فالعقد اللفظي في

(١) السابق ١ / ١٧٢.

(٢) صحيح: أخرجه البخاري ك الشركة باب الشركة في الطعام والنهد ج ٥ ص ١٨٢ برقم ٢٤٨٦، ومسلم له فضائل الصحابة باب من فضائل الأشعريين رضي الله عنهم ج ١٦ برقم ٢٥٠٠.

(٣) صحيح: أخرجه البخاري ك الشركة باب الشركة في الطعام والنهد... ج ٥ ص ١٨١ برقم ٢٤٨٣، ومسلم له الصيد والذبائح باب إباحة ميتات البحر ج ١٣ ص ٧٤ برقم ١٩٣٥، والترمذي ك صفة القيامة باب ٣٤ ج ٤ ص ٦٤٦ برقم ٢٤٧٥ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك الصيد والذبائح باب ميتة البحر ج ٤ ص ١٥٣ برقم ٤٣٦٢، وابن ماجه ك الزهد باب معيشة أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ج ٣ ص ٤٨٧ برقم ٤١٥٩، والدارمي ك الصيد باب في صيد البحر ج ١ ص ٥٦٠ برقم ٢٠١٢.

(٤) مجلة الأحكام العدلية م / ٥٧.

مجال التبرعات يعتبر قبل القبض عنصراً في التبرع يقبل البناء عليه، فإذا وقع القبض كان هو المتمم للتبرع ولم يكن مجرد تنفيذ للعقد، وإذا لم يقع القبض صار العقد اللفظي هدراً لا أثر له.

الأصل للقاعدة:

[١] الدليل على ثبوت هذه القاعدة أن "عقد التبرع لو تم بدون قبض لثبت للمتبرع عليه مطالبة المتبرع بالتسليم، فيصير عقد ضمان وهو تغيير للمشروع" ^(١) كما أنه "عقد إرفاق يقتضي القبول فافتقر إلى القبض" ^(٢).

[٢] بعض الآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم، من ذلك ما أخرجه الإمام مالك في الموطأ ^(٣) أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحل عائشة - رضي الله عنها - جزاً من عشرين وسقاً فلما مرض قال: وددت أنك حزته، أو قبضته، وإنما اليوم هو مال الوارث، فاقسموه على كتاب الله تعالى "فلو كان الملك في الهبة يتم بمجرد العقد لكان هذا النحل ملكاً لعائشة، ولم يمنعها من أخذه دخول الصديق في مرض الموت.

ومن ذلك ما روى عن أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل من قولهم "لا تتم الصدقة إلا بالقبض" ^(٤).

وهذه القاعدة فيها خلاف، لاختلاف العلماء في التبرعات: هل تلزم بالقبض أم بالعقد؟ "فمذهب أبي حنيفة ^(٥)، والشافعي ^(٦)، أنها لا تلزم إلا بالقبض، وعند مالك ^(٧)، ^(٨) تلزم بالعقد، وفي مذهب أحمد نزاع" ^(٩)، ولكن

(١) شرح القواعد الفقهية ص ٢٩٩.

(٢) كفاية الاختيار ص ٣٠٨.

(٣) الموطأ ٢ / ٧٥٢.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٦ / ١٣٢.

(٥) المبسوط ٧ / ١١، المجلة ١ / ٢٢.

(٦) الإقناع ٢ / ٢٦٦ متن أبي شجاع ١٤٥، ١٤٦.

(٧) الخراشي على مختصر خليل ٧ / ١٠٥.

(٨) مالك بن أنس: مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث، أبو عبد الله، الحافظ الفقيه، ولد

سنة ٩٣ هـ، وهو صاحب المذهب المتبوع، وإمام دار الهجرة. من مصنفاته: الموطأ، والمدونة، ورسالة في

الرد على القدورية. توفي سنة ١٧٩ هـ. طبقات الحفاظ (٩٦/١)، تذكرة الحفاظ (٢٠٧/١-٢١٣).

(٩) مجموع الفتاوى ٣١ / ٢٧١.

يبدو أن الذي استقر عليه الأمر في مذهب أحمد هو أنها لا تلزم إلا بالقبض^(١)، وبهذا قال بعض المالكية مثل ابن عبد البر^(٢)، والباجي^(٣)،^(٤)، والونشريسي^(٥)، وغيرهم من علماء المالكية. فالجمهور - إذاً - على القول بهذه القاعدة، وهو الراجح لما ذكرنا من الأدلة والتعليلات العقلية السديدة.

ولكن يستثنى من هذه القاعدة: الوصية، "فهي هبة مضافة إلى ما بعد الموت، فبمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له أو عدم رده بعد الوفاة تتم الوصية، ويصبح المال ملكاً له بلا حاجة إلى التسليم؛ لأن الشخص المنشئ للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم، فبنيت الوصية على التسامح والاستثناء من القواعد القياسية في كثير من أحكامها؛ تسهياً لأعمال البر والخير"^(٦).

التفريع على القاعدة:

وهذه بعض النقول التي تدعم القاعدة، والتي تعتبر إذا تجمعت تأصيلاً للناعدة بطريق الاستقراء، وتعتبر إذا تفرقت تفريعاً بطريق التطبيق:

[١] "القبض في باب الهبة شرط لوقوع الملك على وجه لا يجوز إسقاطه بحال"^(٧).

[٢] "الهبات لا تتم إلا بالقبض"^(٨).

[٣] "الصلة لا تملك قبل القبض"^(٩).

[٤] "لو مات أحدهما قبل القبض تبطل الهبة"^(١٠).

[٥] "كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته"^(١١).

(١) انظر مجلة الأحكام الشرعية م / ٨٩٩، الانتصار للمسائل الكبار ٣ / ٢٨١.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٧ / ٢٤٤.

(٣) فصول الأحكام للباجي ص ٢١٧، ٢١٨.

(٤) ابن البايجي: محمد بن أحمد بن عبد الملك بن عبد العزيز أبو مروان، العلامة الحافظ ابن محدث الأندلس، أبي محمد عبد الله بن محمد بن علي ابن شريعة اللخمي البايجي، ثم الإشبيلي المالكي، المشهور بابن البايجي، ولد سنة ٢٩١ هـ، من بيت كبير شهير، ولي خطابة إشبيلية زماناً، ثم أضيف إليه قضاء الجماعة، وكان عدلاً في الأحكام، كما كان حافظاً ضابطاً، قدم دمشق من ميناء عكا، وحدث بها بالموطأ، ثم حج ومات عقيب حجه بمصر سنة ٣٧٨ هـ، سير أعلام النبلاء (١٦/ ٣٧٧)، وطبقات الحفاظ (١/ ٤١٤).

(٥) عدة البروق للونشريسي ص ٥١٨.

(٦) المدخل الفقهي العام ١ / ٣٤٠ ف ١٦٣.

(٧) المبسوط للسرخسي ٧ / ١١.

(٨) التمهيد لابن عبد البر ٧ / ٣٤٤.

(٩) الانتصار للمسائل الكبار ٣ / ٢٨١.

(١٠) شرح الزيادات ص ١٤٨٧.

(١١) عدة البروق في الفروق للونشريسي ص ٥٨١.

- [٦] "الضابط أن ما كان القبض فيه من مقتضى العقد وموجبه فإنه يلزم من غير قبض كالبيع والإجارة... وما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم إلا بالقبض، كالرهن لا يلزم من جهة الرهن إلا بإقباضه" (١).
- [٧] "جميع العقود التي لا يتم حكمها إلا بالقبض مثل الرهن والقرض والإعارة والوديعة وغيرها، فإن القبض فيها يغني عن القبول قولاً؛ لقيامه مقامه" (٢).
- [٨] "الأحباس والصدقات والهبات إن لم تقبض عن المعطي حتى مات أو أفلس؛ فإنها غير جائزة" (٣).

القاعدة الثالثة: لا تسترد الهبة إلا ما وهب الوالد لولده :

هذا الضابط أورده الدكتور محمد بكر إسماعيل بلفظ " لا تعتصر الهبة إلا من والد لولده" (٤)، وهو ضابط من الضوابط المختلف فيها، ولكن الراجح ثبوته وهو قول الجمهور من العلماء.

معنى القاعدة:

أن الهبة بعد قبضها لا يحل استردادها، ولا يجوز للواهب بعد إقباض الهبة أن يرجع فيها ليستردها من الموهوب له بغير رضاه، سواء كان قد أثيب عليها أو لم يكن أثيب عليها، وسواء كان الموهب له أجنبياً أو ذا رحم، إلا إذا كانت الهبة من والد لولده، فإنه يجوز للوالد أن يستردها من ولده ولو بغير رضاه "والأم مثل الأب في ذلك عند أكثر العلماء، ولا فرق بين أن يكون الولد كبيراً أو صغيراً" (٥).

الأصل للقاعدة:

ثبتت هذه القاعدة بنصوص الستة الصحيحة الصريحة:

فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال النبي ﷺ: " لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي لولده" (٦)، فهذا الحديث

(١) المنشور ٢ / ٤٠٨ .

(٣) فصول الأحكام للباجي ص ٢١٧-٢١٨ .

(٥) السابق ص ٢٨٠ .

(٢) الالتزامات ص ٧٣ بتصرف بسيط .

(٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٢٨٠ .

(٦) صحيح: أخرجه أبو داود ك البيوع باب الرجوع في الهبة ج ٣ ص ١٥٣٣، والترمذي ك البيوع باب ما جاء

في الرجوع في الهبة ج ٣ ص ٥٨٣ برقم ١٢٩٨ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك الهبة باب رجوع

واضح الدلالة على القاعدة " فإن قوله لا يحل ظاهر في التحريم، والقول بأنه مجاز عن الكراهة الشديدة صرف له عن ظاهره " (١) بغير دليل ولا مقتضى يقتضي ذلك. والاستثناء للوالد فيما يهب لولده إخراج له عن حكم التحريم.

وعن ابن عباس - رضي الله عنه - أيضاً قال: قال النبي ﷺ: " العائد في هبته كالكلب يقى ثم يعود في قيئه " (٢)، وفي رواية " ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يقى ثم يرجع في قيئه " (٣)، فتشبيهه العائد في هبته بالكلب الذي يرجع في قيئه دليل واضح على التحريم " ولعل هذا أبلغ في الزجر وأدل على التحريم مما لو قال - مثلاً -: لا تعودوا في الهمة " (٤)، ومن حاول أن يحمل هذا النص البليغ على الكراهة لأن الكلب غير متعبد " تعقب باستبعاد التأويل ومنافرة سياق الحديث له " (٥)، أما استثناء الوالد فيما يهب لولده فيستفاد من حديث النعمان بن بشير - رضي الله عنه - أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: إني نحلته ابني هذا غلاماً، فقال: " أكل ولدك نحلته مثل هذا "، فقال: لا، فقال رسول الله ﷺ: " فأرجعه " (٦).

فقوله ﷺ: « فأرجعه » دليل على جواز أن يرد الوالد الهدية التي أهداها

الوالد فيما يعطى ولده ج ٣ ص ٦٢٨ برقم ٣٦٩٢، وابن ماجه ك الهبات باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ج ٢ ص ٣٤٦ برقم ٢٣٧٧، وأحمد في المسند برقم ٢١٥٣، والبيهقي ك الهبات برقم ١٢٣٦٩.

(١) سبل السلام ٣ / ١٣١.

(٢) صحيح: متفق عليه أخرجه البخارى ك الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ج ٥ ص ٣٣١ برقم ٢٦٢١، ومسلم ك الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة ج ١١ ص ٢٣٧ برقم ٨١٦٢٢، والنسائي ك الهبة باب ذكر الاختلاف على طاوس في الرجوع في هبته ج ٣ ص ٦٣٢ برقم ٣٧٠٣.

(٣) صحيح: أخرجه البخارى ك الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته ج ٥ ص ٣٣٢ برقم ٣٦٢٢، والترمذى ج ٣ ص ٥٨٣ برقم ١٢٩٨ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك الهبة باب ذكر الاختلاف، لخير عبد الله بن عباس فيه ج ٣ ص ٦٣٢ برقم ٣٧٠١.

(٤) فتح البارى ٥ / ٢٣٥ ط دار المعرفة بيروت.

(٥) سبل السلام ٣ / ١٣١.

(٦) صحيح: أخرجه البخارى ك الهبة باب للولد ج ٥ ص ٢٩٧ برقم ٢٥٨٦، ومسلم ك الهبات باب في كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة ج ١١ ص ٢٣٧ برقم ١٦٢٣/٩، والترمذى ك الاحكام باب ما جاء في النحل والتسوية بين الولد ج ٣ ص ٦٤٠ برقم ١٣٦٧ وقال أبو عيسى حسن صحيح، والنسائي ك النحل باب ١ ج ٣ ص ٦٢١ برقم ٣٦٧٦، وابن ماجه ك الهبات باب الرجل ينحل ولده ج ٢ ص ٣٤٥ برقم ٢٣٧٦.

لولده، وهو تخصيص لحديث ابن عباس السابق، قال الإمام النووي - رحمه الله تعالى -: "باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه الوالد لولده وإن سفل: قوله ﷺ: "مثل الذي يرجع..." الحديث. ظاهر في تحريم الرجوع في الهبة والصدقة بعد إقباضهما، وهو محمول على الأجنبي، أما إذا وهب الوالد لولده وإن سفل فله الرجوع فيه كما صرح به في حديث النعمان بن بشير" (١).

الخلاف على القاعدة:

القول بهذه القاعدة هو قول الجمهور - إجمالاً - فيالقول بموجب هذه القاعدة ذهب الشافعية (٢)، والحنابلة (٣)، والظاهرية (٤)، ووافقهم المالكية في القول بحرمة الرجوع في الهبة، ولكن ضيقوا الحلقة المستثناة من التحريم فقالوا (٥): إن الواهب إذا كان أمّاً وهبت لابنها الكبير، أو لابنها الصغير الذي مات أبوه فلا رجوع، ولها الرجوع إذا وهبت لابنها حال وجود أبيه، وللأب إذا وهب الرجوع فيما وهب إذا كان لأحد ولديه ولم يكن ذلك على سبيل الصدقة، أما إذا تصدق بشيء على أحد ولديه فليس له الرجوع.

وذهب الحنفية (٦) والهادوية (٧) إلى أن للواهب الرجوع فيما وهب حتى ولو تم القبض، وقالوا إن ثبوت الملك بقبض الهبة غير لازم، وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة. واستدل الحنفية بحديث ابن عمر مرفوعاً "الواهب أحق بهبته ما لم يثب عليها" (٨) وتأولوا الأحاديث التي استدلت بها الجمهور تأويلات بعيدة.

والراجع هو قول الجمهور للآتي:

[١] أن مما يدعم القول بحرمة الرجوع في الهبة قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]. فوجوب الوفاء بالعقود يقتضي تحريم

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٢ / ٨٠٠ ط دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٢) معنى المحتاج ٢ / ٤٠٠. (٣) المغنى ٢ / ٥٤٦.

(٤) المحلى ٩ / ١٢٧. (٥) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ١١٠.

(٦) الهداية ١٦٧ / ٤، البدائع ٦ / ١٩٣ وما بعدها. (٧) سبل السلام ٣ / ١٣١.

(٨) ضعيف: رواه البيهقي في السنن الكبرى برقم (٢١١٨٠٤) والدارقطني (١٧٩) وفي ضعيف الجامع ٦١٤٩.

الرجوع في الهبة بعد قبضها، وهذا حكم عام يستثنى منه ما يخصه الدليل .
[٢] أن الحديث الذي استدل به الأحناف واعتمدوا عليه وهو حديث " الوهاب أحق بهبته ما لم يشب عليها " حديث ضعيف (١) .

[٣] أن الأحاديث التي استدل بها الجمهور صحيحة صريحة، ومقابلة الأحناف لها بالتأويل مدافعة بغير دليل، وقد سبق إيراد الردود على هذه التأويلات .

موانع الرجوع في الهبة:

إذا كان للأب حق الرجوع في الهبة التي وهبها لولده، فإن هناك موانع تمنع الرجوع، فليس حق الرجوع مطلقاً .

ومن موانع الرجوع في الهبة ما يلي: (٢)

[١] إذا خرج الموهوب عن ملك الموهوب له .

[٢] إذا تصرف الموهوب له في الهبة .

[٣] موت أحد العاقلين .

[٤] زيادة الموهوب بعد قبض الموهوب إليه له زيادة متصلة .

هذا " وقد سار التقنين المدني الجديد على المذهب الحنفي ... ولكنه اشترط في حق الرجوع بغير التراضي وجود عذر مقبول، فقرر أن الأصل جواز الرجوع في الهبة بالتراضي، شأن الهبة في ذلك شأن أي عقد آخر، ولكن الهبة تتميز عن العقود الأخرى بأن الوهاب يجوز له أن يرجع في الهبة دون رضا الموهوب له إذا استند في ذلك إلى عذر مقبول يقره القضاء ولم يوجد مانع من الرجوع " (٣) .

وقد نص القانون المدني على الأعذار التي تخول الوهاب حق الرجوع في الهبة، فجاء في المادة ٥٠١ ما يلي :

يعتبر بنوع خاص عذراً خاصاً للرجوع في الهبة :

﴿ ١ ﴾ أن يخل الموهب له بما يجب عليه نحو الوهاب أو نحو أحد من أقاربه،

(١) انظر : إرواء الغليل (١٦١٤) ، وضعيف الجامع (٦١٤٩) ص ٨٨٨ .

(٢) انظر : عقود التبرعات المقتضية للتملك لأحمد طه عباس رسالة دكتوراة ص ١٢٧ .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني ٥ / ١٣٤ ف ١٢٦ .

بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه .

« ب » أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير .

« ج » أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي^(١) .

وكذلك نص على موانع الرجوع في المادة ٥٠٢ التي جاء فيها:

"يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

« أ » إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته؛ فإذا زال المانع عاد حق الرجوع .

« ب » إذا مات أحد طرفي عقد الهبة .

« ج » إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي .

« د » إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية .

« هـ » إذا كانت الهبة لذوي رحم محرم .

« و » إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي .

« ز » إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة .

« ح » إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر^(٢) .

وهذا المسلك الذي سلكه القانون المدني المصري يعتبر تقييداً للمذهب الحنفي بقيود تضيق نطاق عمله، وتقرب نتيجته بعض الشيء من نتيجة العمل

(٢) المادة ٥٠٢ من القانون المدني مصري .

(١) المادة ٥٠١ من القانون المدني المصري .

بمذهب الجمهور، ولكن يبقى أن مجرد إعطاء الحق للواهب في الرجوع في هبته - ولو في ظل الأعذار المذكورة - يعتبر مخالفاً للنصوص الصحيحة الصريحة، ولما ترجح لدى جمهور العلماء، ويمثل نكثاً للعقود، ونزعاً للملك بعد استقراره ولزومه بمبررات واهية.

المبحث الثاني

التطبيق المعاصر

المسألة الأولى: عقد التأمين :

عقد التأمين في صورته الحالية من العقود الحديثة التي لم تقع في الماضي؛ وهو عقد "يهدف إلى توفير نوع من الضمان للجماعة من نتائج الأخطار التي تهدد حياتها أو أموالها؛ ذلك أن أشد ما يشغل بال الإنسان العاقل هو المستقبل أو الغد، والحاجة إلى الأمان هي التي تدفع الإنسان لأن يعمل لحياته ومستقبله كما لو كان سيعيش أبد الدهر" ^(١) ونظرا إلى أنه عقد مستحدث فإن الفقهاء المعاصرين قد اجتهدوا في الحكم عليه في ضوء الضوابط الفقهية والأحكام الشرعية الثابتة. وفيما يلي بيان موجز لما انتهت إليه الدراسة المعاصرة لهذا العقد، وذلك في ضوء القواعد والضوابط التي قررتها سابقا.

تعريف التأمين لغة واصطلاحاً:

التأمين في اللغة: من الأمن وهو ضد الخوف، وهو يدور حول الطمأنينة والاستقرار النفسي، يقول الأمير للخائف: لك الأمان، أي: قد أمنتك ^(٢)، والأصل أن الأمن يستعمل في سكون القلب ^(٣).

أما في الاصطلاح: فقد عرفه القانون المدني المصري بأنه "عقد يلزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادثة أو تحقيق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن" ^(٤).

ويلاحظ أن هذا التعريف عام، لا يخص نوعاً معيناً من أنواع التأمين.

(١) عقد التأمين ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة للدكتور: عبد الله مبروك النجار ص ٧.

(٢) أساس البلاغة للزمخشري ١ / ٢ ط دار الكتب المصرية.

(٣) المصباح المنير ١ / ٤٤. (٤) المادة ٧٤٧ من القانون المدني المصري.

أقسام التأمين :

ينقسم التأمين من الناحية الفنية التنظيمية إلى ثلاثة أنواع:

الأول : التأمين التجاري .

الثاني : التأمين التبادلي (التعاوني) .

الثالث : التأمين الاجتماعي .

وينقسم من جهة الموضوع إلى أنواع عدة أهمها:

[١] التأمين البري والبحري والجوي والنهري .

[٢] تأمين الأضرار : وهو ينقسم إلى نوعين :

« أ » تأمين الأشياء : كالتأمين ضد الحريق أو السرقة .

« ب » التأمين من المسؤولية .

[٣] تأمين الأشخاص : وهذا النوع بدوره ينقسم إلى أنواع أهمها :

« أ » التأمين على الحياة وهو إما لحالة الوفاة أو لحالة البقاء أو مختلطاً .

« ب » التأمين من المرض (التأمين الصحي) .

« ج » تأمين الزواج .

« د » تأمين الأولاد .

التمييز بين أقسام التأمين:

إذا كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوره فإن التمييز المفيد هو التمييز بين الأقسام التنظيمية ؛ لأن هذا التمييز هو الذي يفرق بين الصور التي تتفق في الأسس العامة مع الشريعة وبين الصور التي تخالف الشريعة في الأسس التي تنبني عليها . أما التقسيم الموضوعي فلا يقدم ولا يؤخر في هذه القضية .

فأما التأمين التجاري فإن أول ما يميزه أنه عقد معاوضة، يلتزم فيه المؤمن (شركة التأمين) بأن يدفع للمستأمن مبلغاً متفقاً عليه عند وقوع الخطر المنصوص عليه في العقد، كالحادث أو الحريق أو الوفاة أو المرض . وذلك مقابل أقساط دورية

يدفعها المستأمن (الشخص المؤمن له) .

يقول الدكتور محمد سليمان الأشقر في تعريفه للتأمين على الحياة:

"التأمين على الحياة في المفهوم التجاري عقد معاوضة يلتزم فيه المؤمن بأن يدفع للمستأمن أو إلى المستفيد الذي يعينه المستأمن مبلغاً متفقاً عليه، عند وقوع الوفاة أو عند بلوغ المستأمن سناً معينة؛ مقابل أقساط دورية يدفعها المستأمن" (١) .

الأمر الثاني الذي يميز التأمين التجاري أن التضامن بين المستأمنين معدوم؛ لأن شركة التأمين التجاري تتعاقد مع كل واحد من المستأمنين على حدة، فتتقاضى منه أقساطاً ثابتة وتلتزم بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر، فإن بقيت فضلة من المبالغ استأثرت بها شركة التأمين على سبيل الاسترباح وإن كان خسر تحمّلته وحدها، وليس ثم تضامن بين المستأمنين ولا تنسيق (٢) .

أما التأمين التعاوني (البادلي) فإن أهم ما يميزه عن التأمين التجاري أمران: **الأمر الأول:** أنه عقد تبرع وتكافل وتعاون، وليس عقد معاوضة، فهو "لا يقصد به المعاوضة، وإنما هو إرفاق تعاوني بقصد التضامن بين جماعة من الناس يتعرضون لأخطار من نوع واحد في معاونة من يتعرض منهم للخطر على تفادي آثاره" (٣) .

يقول الدكتور حسين مطاوع في تعريفه للتأمين الصحي التعاوني:

"هو عقد بين جماعة على التبرع بمقادير متساوية أو متفاوتة بغرض علاج من يمرض منهم من هذه الأموال" (٤) .

الأمر الثاني: هو أن "المؤمن والمستأمن في هذا النوع جهة واحدة؛ فإن زادت

١ : "التأمين على الحياة وإعادة التأمين" بحث للدكتور محمد سليمان الأشقر، كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ١ / ١١ .

٢ : انظر: ما لا يسع التاجر جهله ص ٢٣٦ عقد التأمين ومدى مشروعيته د. النجار ص ٩٤ .

٣ : عقد التأمين ومدى مشروعيته د. النجار ص ٩٤ .

٤ : التأمين الصحي في الفقه الإسلامي ص ١٠٢ من مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد ٣٦ لسنة ١٤١٨ هـ.

الأقساط المدفوعة عن مبالغ التأمين المستحقة كانت هذه الزيادة لجماعة المستأمنين وإن نقصت طولبوا بتغطية العجز، وهم لا يسعون لتحقيق ربح من وراء هذا التأمين، بل لجبر الخسائر التي تلحق ببعضهم" (١) فالتبرع هو الأصل، والتضامن قائم بين الجميع، والتعاون والتكافل متحقق، ولا ينفصل المؤمن عن المستأمن.

أما التأمين الاجتماعي فإن أهم ما يميزه عن النوعين السابقين أمران:
الأول: أنه إجباري تفرضه الدولة فرضاً على رعاياها؛ لمصلحتهم ولتأمين مستقبلهم.

الثاني: أن الذي يقوم بدفع أقساط التأمين ليس المستأمن "المؤمن له" وحده وإنما يشترك معه في ذلك الدولة وجهة العمل.

هذا، ويتفق التأمين الاجتماعي مع التأمين التعاوني في أنه عقد تبرع وليس معاوضة "فنظام التأمينات الاجتماعية لا يدخل في عقود المعاوضات، فليست الدولة في مركز المعاوضة، الذي يطلب مقابلًا لما بذل... بل على العكس من ذلك، فالدولة تساهم مع العمال وأرباب الأعمال بجزء من المال العام؛ تحقيقاً لمقاصد التأمين، وهذا المال المدفوع منها أشبه بالتبرع المبذول منها بحكم ولايتها على عمالها وحرصها على مصالحهم" (٢).

حكم عقد التأمين : (٣)

بناء على ما سبق من التمييز بين أنواع التأمين لا يصح إطلاق حكم واحد على جميع هذه الأنواع، بل يجب تناول كل نوع منها على حدة.
أولاً: حكم التأمين التجاري:

اختلف العلماء المعاصرون في حكم التأمين التجاري، فقال بعضهم بحله وجوازه، واختلفت مآخذهم لهذا الحكم، فمنهم من بنى حكمه على القياس والمثابرة بين التأمين وعقود من العقود التي أباحتها الشريعة، كالجعالة والمضاربة،

(٢) عقد التأمين ومدى مشروعيته ص ١٠٦ .

(١) ما لا يسع التاجر جهله ص ٢٣٦ .

(٣) المرجع السابق.

ومنهم من استند إلى العرف كدليل من أدلة الأحكام، ومنهم من استند إلى المصلحة المرسله، ومنهم من استند إلى الضرورة التي تبيح المحظور.

وفيما يلي عرض لبعض هذه الأدلة.

[١] الاستدلال بالعرف والمصلحة : فقد " استدل من رأى إباحة التأمين بالعرف استناداً إلى أنه جرى به العرف العام للناس، وتعاملوا به، وقد دعت إليه مصلحة عامة ومصلحة شخصية " (١) .

[٢] الاستدلال بوجوب الوفاء بالوعد ديانة وقضاء : فقد " استدل مبيحو التأمين بأن فيه التزاماً أقوى من التزام الوعد، والوعد يجب الوفاء به قضاء عند المالكية، فالتأمين جائز من باب أولى " (٢) .

[٣] الاستدلال بالضرورة: يقول الشيخ علي الخفيف : " إن عقد التأمين أصبح اليوم ضرورة اجتماعية، يقرها العقل، ولا يخالف حكماً من أحكام الشرع، فهو يكفل للمؤمن له مجابهة المخاطر التي ينوء بحملها، فإذا وقع حريق بمنزل المؤمن له فإن شركة التأمين تعوض صاحب هذا المنزل أو المستأجر عن الأضرار التي لحقت به، وقس على ذلك " (٣) .

[٤] الاستدلال بأن التأمين معاوضة بين بدلين غير ربويين : وذلك باعتبار أن البديل الأول الذي يدفعه المؤمن له عبارة عن مال يدفع أقساطاً، أما البديل الثاني الذي يقدمه المؤمن " شركة التأمين " فهو عبارة عن منفعة تتمثل في دفع المصاب عن المؤمن (٤)، والمنفعة ليست من الأصناف الستة ؛ فلا يقع الربا بنوعيه بينهما وبين المال المقدم من المستأمن؛ ومن ثم فليس حراماً.

[٥] الاستدلال بالمشابهة بين التأمين والمضاربة : يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف : " إن أقرب العقود التي تندرج فيها هذه العملية عقد المضاربة، وهو عقد

(١) عقد التأمين بين الشريعة والقانون ص ٢٧٤، وهي رسالة دكتوراه مقدمة من أحمد عبد الستار النجدي.

(٢) السابق ص ٢٤٩ .

(٣) التأمين: بحث مقدم من الشيخ علي الخفيف - رحمه الله - لمجمع البحوث الإسلامية، ص ٢٨ .

(٤) السابق ص ٢٢ : ٢٦ .

صحيح نافع للعامل ورب المال، ليس فيه ضرر بأحد، ولا أكل لمال أحد بدون حق، وعليه فالتأمين على الحياة مضاربة فيها ادخار وتعاون وتوفير لمصلحة المشترك حين تتقدم سنه، ولمصلحة وريثه حين تفاجئه منيته، والشريعة إنما تحرم الضار، أو ما كان ضرره أكبر من نفعه" (١).

[٦] الاستدلال بالمشابهة بين التأمين والجمالة : فقد خرج بعض الباحثين التأمين على الجمالة وهي "التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول" (٢). وقال أكثر العلماء المعاصرين بتحريم التأمين التجاري. واستندوا في قولهم بالتحريم على الآتي:

[١] أن عقد التأمين يشتمل الغرر الفاحش، والغرر محرم بنصوص الأحاديث. يقول الدكتور محمد حسين الترتوري في بيانه لحكم التأمين الصحي التجاري: "والتأمين الصحي التجاري عقد معاوضة يشتمل على غرر فاحش، وبيان ذلك أن كلاً من المؤمن له والمؤمن يجهلان عند العقد هل ستدفع كل الأقساط أم أنه سيدفع بعضها؛ لاحتمال موت المؤمن له بعد دفع بعض الأقساط، كما أن المؤمن يجهل: هل سيدفع للمؤمن له شيئاً لأن الدفع معلق بمجهول وهو المرض" (٣).

ويقول الدكتور عبد الله مبروك النجار:

"وبالنسبة للمؤمن فإن مقدار ما يحصل عليه من عرض فيه غرر فاحش كثير، لأنه قد يحصل على قسط واحد ثم تقع الكارثة، وقد يحصل على عشرة أقساط ثم تقع الكارثة، وقد يحصل على الإقساط كلها ولا تقع الكارثة في مدة التأمين فلا يخسر شيئاً، وواضح من التفاوت في مقدار ما تحصل عليه شركة التأمين من عوض تبعاً لوجود هذه الاحتمالات كثير لا يقاس البتة بالتفاوت التافه في القيمة" (٤).

ومن الملاحظ أن الغرر في عقد التأمين كثير وفاحش لأنه "يستغرق المحل كله

(١) مجلة لواء الإسلام عدد ١١ لسنة ١٣٣٤ هـ. (٢) المنهاج مع نهاية المحتاج ٥ / ٤٦٢.

(٣) التأمين الصحي في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد ٣٦ ص ١١٠.

(٤) عقد التأمين ومدى مشروعيته ص ١٥٢.

دون أن يقتصر على قدر يسير منه، وليس أدل على ذلك من أن أهم أنواع التأمين يستغرق العوض كله من ناحية الحصول أو عدم حصوله^(١)، كما يلاحظ أن هذا الغرر ليس تابعاً وإنما "يتعلق بأصل العوض وبقدره وأجله، وهذه كلها أمور تتجه إليها الإرادة قصداً"^(٢).

والغرر إذا كان في عقد معاوضة، وكان كثيراً فاحشاً، ومقصوداً غير تابع فإنه يبطل العقد، وهو الذي تنزل عليه النصوص الكثيرة الناهية عن الغرر في المعاوضات.

[٢] اشتمال عقد التأمين - في أغلب أحواله - على الربا بنوعيه، فإذا كانت الأقساط التي يدفعها المؤمن له مساوية لقيمة ما يحصل عليه من المؤمن كان هذا ربا النسيئة؛ لأن المؤمن له دفع مبلغاً في عقد معاوضة وأخذ عوضاً عنه من جنسه بعد زمن، وهذا هو ربا النسيئة الذي حرمه النبي ﷺ في أحاديث كثيرة، منها قوله: "الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء"^(٣)، والقول بأن المبادلة واقعة بين مال ومنفعة قول غير سائغ ولا مقبول "فالحق أن محل العقد ليس الأقساط المدفوعة من المستأمن والمنفعة، وإنما هو يتمثل في الأقساط والتعويض المادي، أي استحقاقات التأمين في حالة وقوع الخطر، فهي في الواقع مبادلة مال بمال"^(٤). ومن المعلوم أن العملة الورقية من الأجناس الربوية بالقياس على الذهب والفضة بجامع الثمنية.

أما إذا كانت الأقساط التي يدفعها المؤمن له أقل مما يحصل عليه من المؤمن فإن هذا يجتمع فيه ربا الفضل والنسيئة، والأحاديث في النهي عنهما كثيرة منها قول النبي ﷺ: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، يداً بيد مثلاً بمثل سواء بسواء..."^(٥).

(١) السابق ص ١٤٥.

(٢) السابق ص ١٥١.

(٣) البخاري (٢١٧٤) ومسلم (٧٩/١٥٨٦) وأبو داود (٣٣٤٨) والترمذي (١٢٤٣).

(٤) عقد التأمين بين الشريعة والقانون ص ٣١٤.

(٥) رواه مسلم كالمساقاة باب الصرف برقم (٨١/١٥٨٧).

[٣] أن عقد التأمين يعلق الملك على الخطر فهو - إذاً - عقد قمار وميسر؛ لأن القمار "عقد بين طرفين يلتزم كل طرف للآخر مالا معلقاً على شرط فيكون أحد الطرفين غارماً والآخر غانماً" (١) .

والراجع من هذين القولين هو القول بتحريم التأمين التجاري؛ للآتي،

[١] أن الغرر فيه كثير وليس يسيراً، ومقصود وليس تابعاً، ومثل هذا الغرر لا شك في تحريمه وبطلانه . ومن زعم بأنه لا يؤدي إلى نزاع لشيوع التعامل به فزعمه مردود؛ لأن هذا الزعم خلاف الواقع "والدليل على ذلك ما تغص به ساحات المحاكم من قضايا تتعلق بمنازعات في عقود التأمين" (٢) ، ولأن "بيوع الغرر المجمع على تحريمها قد كثر تعامل أهل الجاهلية بها" (٣) .

[٢] أن خصائص عقدي القمار والمراهنة توجد في عقود التأمين، وبيان ذلك أن كلاً من المقامرين أو المتراهنين يلتزم نحو الآخر بدفع المبلغ المتفق عليه إذا وقعت الحادثة، فتقع على أحدهما خسارة المقامرة أو الرهان، وهذا هو حال عقد التأمين؛ فإن شركة التأمين تتعهد بدفع مبلغ التأمين إذا وقعت الحادثة المبينة في العقد، وهو وقوع الخطر المؤمن منه في مقابل تعهد المستأمن بدفع أقساط التأمين مدة عدم هذه الحادثة" (٤) فأحدهما غانم والآخر غارم .

[٣] أنه لا مفر من اشتغال عقد التأمين - في أغلب أحواله - على ربا النسيئة أو ربا الفضل والنسيئة معاً، وقد اجتمعت كلمة المجامع العلمية والمؤسسات الدينية على أن العملة الورقية تعتبر من الأجناس الربوية، وأن علتها هي الثمنية .

[٤] أن الأدلة التي استدلت بها المبيحون للتأمين التجاري أدلة متهافئة لا تثبت للمناقشة .

فأما استدلالهم بالمصلحة فهو مردود لأن "عقود التأمين التجاري فيها جهالة وغرر وقمار وربما فكانت مما شهدت الشريعة بإلغائه لغلبة جانب المفسدة فيه على

(١) التأمين الصحي في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث ص ١١١ عدد ٣٦ .

(٢) عقد التأمين ومدى مشروعيته ص ١٧٢ . (٣) السابق ص ١٧٢ .

(٤) السابق ص ١٨٤ بتصرف بسيط .

جانب المصلحة" (١) .

وأما الاستدلال بالعرف فلا يستقيم لأن العرف لا ينشئ الحكم الشرعي، خاصة إذا خالف النصوص والقواعد المقررة في الشرع، وإنما وظيفة العرف في تطبيق الأحكام على الواقع، وفهم المراد من عبارات النصوص وأقوال الناس .

وأما قياس التأمين على المضاربة فلا يصح لأن " رأس المال في المضاربة لا يخرج عن ملك صاحبه، وما يدفعه المستأمن يخرج بعقد التأمين من ملكه إلى ملك الشركة حسبما يقضي به عقد التأمين " (٢) فهذا قياس مع الفارق .

وأما تخريج عقد التأمين على الجعالة فلا يصح أيضاً للفروق الجوهرية بين التأمين والجعالة فالتأمين عقد لازم والجعالة عقد جائز، وشركة التأمين تستحق الأقساط وإن لم يقع الحادث أما الجعل فلا يستحق إلا بإنجاز العمل .

وأما قياس عقد التأمين على الوعد الملزم عند من يقول به فلا يصح " لأنه قياس مع الفارق، ومن الفروق أن الوعد بقرض أو إعارة أو تحمل خسارة مثلاً من باب المعروف المحض فكان الوفاء به واجباً أو من مكارم الأخلاق، بخلاف عقود التأمين فإنها معاوضة تجارية باعثها الربح المادي " (٣) .

وهذا الحكم الذي رجحناه نص عليه مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية بجده، فقد أصدر قراره رقم (٢) بشأن التأمين وإعادة التأمين، وجاء فيه .

[١] أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد ولذا فهو حرام شرعاً... " وهذه القضية من القضايا المعاصرة التي تتخرج على قاعدة: "تفسد العقيد بالغرر الكثير دون اليسير" .

ثانياً: حكم التأمين التعاوني والاجتماعي:

سبق أن تعرضنا لنوع من أنواع التأمين، وهو التأمين التجاري وبيننا أن هذا

(١) من نص قرار مجمع الفقه التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى قرار رقم ٥٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

النوع محرم لما فيه من الغرر والربا والقمار .

والآن نتعرض للحكم على نوعين آخرين من التأمين وهما:

التأمين التعاوني، والتأمين الاجتماعي .

والصفة التي تجمع بين هذين النوعين، وتفصلهما عن النوع السابق - وهو التأمين التجاري - هي أنهما ليسا من المعاوضات، وإنما هما من عقود التبرعات التي يقصد بها الإرفاق والإحسان والتعاون على البر والتقوى .

هذا هو الفارق الجوهرى الذي يميز بين هذين النوعين من التأمين وبين التأمين التجاري؛ فالتأمين التجاري من عقود المعاوضات وهي عقود يحرم فيها الغرر والجهالة إلا ما كان يسيراً غير فاخش أو تابعاً غير مقصود أودعت إليه ضرورة معتبره شرعاً أما عقود التبرعات فيغتفر فيها الغرر والجهالة، كما سبق أن بينا في قاعدة "يغتفر في التبرعات من الجهالة والغرر ما لا يغتفر في المعاوضات" .

يقول الدكتور مبروك النجار في صدد حديثه عن التأمين التبادلي (التعاوني):

"وواضح من طبيعة التأمين التبادلي أن هذا النوع من التأمين لا يقصد به المعاوضة، وإنما هو إرفاق تعاوني، بقصد التضامن بين جماعة من الناس، يتعرضون لأخطار من نوع واحد في معاونة من يتعرض منهم للخطر على تفادي آثاره"^(١)، وما دام هذا العقد من نوع التبرع والإحسان والإرفاق فلا يغيره ما شابه من جهالة أو غرر؛ إذ "ليس بشرط في جواز التبرع أن يعرف المتبرع ابتداء مقدار ما يتبرع به على وجه التحديد، وهو يعني قول الفقهاء: إن الغرر والجهالة يغتفران في التبرعات؛ تشجيعاً على فعل الخير من جهة، ولعدم تضرر المتبرع إليه من جهة أخرى؛ لأنه لم يبذل عوضاً في مقابل هذا التبرع"^(٢)، وليس بشرط - من باب أولى - أن يعرف المتبرع له مقدار ما سيحصل عليه ولا وقته ولا أن يستيقن حصوله؛ حيث لا تؤثر الجهالة ولا الغرر في التبرعات .

ولا يضر بذلك كون المتبرع له حق الحصول على جزء من التبرع لجماعة

وصفت بصفة معينة؛ فإنه يدخل في الاستحقاق مع هذه الجماعة إذا توافرت فيه هذه الصفة، كمن يتبرع لطلاب العلم فإنه يستحق قضاءً من هذا التبرع إذا طلب العلم" (١).

ومما يدعم القول بجواز التأمين التعاوني أن التعاون على البر والتقوى والتفريق الكربات وحمل الضعفاء مما حث عليه الكتاب والسنة، يقول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

وعن النعمان بن بشير رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد...". (٢) الحديث، وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة....". (٣).

وعن أبي سعيد رضي الله عنه مرفوعاً: "من كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له...". (٤) الحديث فهذه الأحاديث وغيرها تدل على أن قيام المجتمع المسلم بالتكافل والتعاون وتبادل الإحسان داخل في مقاصد الشريعة.

والحكم على التأمين التعاوني بالجواز هو الذي تبنته المجامع الفقهية، فقد جاء في نص قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي ما يلي:

"... كما قرر المجلس بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، رقم (٥١) بتاريخ: ٤ / ٤ / ١٣٩٧ هـ من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم المنوه عنه آنفاً.

(١) السابق ص ٩٤.

(٢) صحيح: أخرجه البخاري كالأدب باب رحمه الناس والبهايم ج ١٠ ص ٦١٨ برقم ٦٠١١، ومسلم ك البر والصلة باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم... ج ١٨ ص ١٠٨ برقم ٢٥٨٦/٦٦ وأورده الألباني في صحيح الجامع ج ٢ ص ١٠١٨ برقم ٥٨٤٩، وأحمد في المسند ٢١٨٧٧ البيهقي الاستقاء ٦٦٦٠.

(٣) رواه صحيح: أخرجه مسلم ك الذكر والدعاء... ج ١٨ باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن والذكر برقم ٢٦٩٩/٣٨، وأبو داود ك الأدب باب في المعونة للمسلم ج ٤ ص ٢١٠٧ برقم ٤٩٤٦، الترمذي ك البر والصلة باب ما جاء في السترة على المسلم ج ٤ ص ٣٢٦ برقم ١٩٣٠ وقال أبو عيسى حسن: وابن ماجه في المقدم برقم ٢٢٥، وأحمد في المسند برقم ٧٦٣٢، والألباني في صحيح الجامع ج ٢ ص ١١١٩ برقم ٦٥٧٧ وقال صحيح.

(٤) صحيح: أخرجه مسلم ك اللفظة باب استحباب المواساة بفضول المال ج ١١ ص ٣٩٤ برقم ١٧٢٨.

للأدلة الآتية :

الأول: أن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية، عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام الشخص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

الثاني: خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه ربا الفضل و ربا النسيئة، فليست عقود المساهمين ربوية، ولا يستغلون ما جمع من أقساط في معاملات ربوية.

الثالث: أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة، بخلاف التأمين التجاري فإنه عقد معاوضة مالية تجارية.... " (١) .

هذا عن التأمين التبادلي (التعاوني) وما قيل هنا يقال أيضاً عن التأمين الاجتماعي لأن "نظام التأمينات الاجتماعية لا يدخل في عقود المعاوضات، فليست الدولة في مركز المعاوض الذي يطلب مقابلاً لما بذل، ويسعى في تحديد هذا المقابل إلى طلب الربح الذي يتمثل في زيادة ما يأخذ على ما يعطى، بل على العكس من ذلك، فالدولة تساهم مع العمال وأرباب الأعمال بجزء من المال العام؛ تحقيقاً لمقاصد التأمين، وهذا المال المدفوع منها أشبه بالتبرع المبذول منها بحكم ولايتها على عمالها وحرصها على مصالحهم" (٢) .

ومما يدعم القول بجواز التأمين الاجتماعي أنه مبني على أصلين :

الأول: التعاون على البر والتقوى، والتكافل بين المؤمنين تجاه المخاطر، وهذا الأصل سبق أن بينا حث الشريعة عليه .

الثاني: مسئولية الدولة عن رعاية رعاياها والحرص على مستقبل مواطنيها،

(١) من نص قرار المجمع الفقهي الرابع العالم الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بمكة المكرمة.

(٢) عقد التأمين ومدى مشروعيته ص ١٠٦ .

والعمل على تأمين عمالها وموظفيها، وهذا الأصل أيضاً قد حثت عليه الشريعة، فمن النصوص التي ترعى هذا الأصل ما رواه ابن عمر عن النبي ﷺ قال: "كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته...." (١)، الحديث .

وعن عوف بن مالك أن رسول الله ﷺ "كان إذا أتاه الفيء قسمه في يومه فأعطى الأهل حظين وأعطى العزب حظاً..." (٢)، وعنه إن رسول الله ﷺ قال: "من ولي لنا عملاً وليس له منزل فليتخذ له منزلاً، أو ليس له زوجة فليتخذ له زوجة....." (٣) .

يقول الإمام ابن حزم - رحمه الله - :

"وفرض على الأغنياء من كل بلد أن يقوموا بفقرائهم، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم...، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه، ومن اللباس للشتاء والصيف بمثل ذلك، وبمسكن يكتفونهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة، برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿وَأَتَا ذَا الْقُرْنَىٰ حَقُّهُ وَالْمَسْكِينُ وَابْنُ السَّبِيلِ﴾ [الإسراء: ٢٦] ، وقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْنَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ﴾ [النساء: ٣٦] .

وأخيراً : فإن "هذا النوع من التأمين ينسجم مع مقاصد الشريعة التي تدعو إلى التكافل الاجتماعي على أساس التبرع، فكل من الدولة وأصحاب الأعمال لا يقصدون من هذا التأمين تحقيق الأرباح، وإنما يقصدون ترميم المصائب التي تنزل بالموظفين والعمال" (٤) .

صحيح : متفق عليه أخرجه البخاري ك الوصايا باب تاويل قوله تعالى (من بعد وصيه يوصى بها أو دين) ومسلم) ك " يترك يقارب ثلاثة اسطر .

صحيح : أخرجه أبو داود ٢٩٥٣ ، وابن حبان في صحيحه ٤٨١٦ ، والحاكم في المستدرک وقال : صحيح على شرط مسلم ٢٦٢٢ ، والطبراني في الكبير ٨٠ ، وفي كنز العمال ١٨١٣٣ ، وفي صحيح الجامع ٤٦٤٢ .
(٣) إسناده ضعيف : أخرجه أحمد في المسند ١٨٠٤٤ ، والطبراني في الكبير ٧٢٥ ، وفي كنز العمال ١٤٩٢٥ ، وفي إسناده ابن لهيعة سيء الحفظ .

(٤) التأمين التكافلي : أسسه وضوابطه د/ عبد العزيز خليفة القصار ص ١٢٥ من مجلة الشريعة والقانون عدد

المسألة الثانية: البنوك الإسلامية وبيع المربحة للأمر بالشراء:
بيع المربحة من بيوع الأمانة، وهي البيوع التي مبناه على الأمانة وعدم
الخيانة، وهي ثلاثة أنواع:

الأول: المربحة، وهي البيع برأس المال مع زيادة ربح معلوم.

الثاني: التولية، وهي البيع برأس المال بلا زيادة ولا نقصان.

الثالث: الوضعية، وهي البيع برأس المال مع نقص معلوم.

"وهذه البيوع كلها جائزة، وقد تعامل الناس بها في جميع العصور" (١).

ودليل مشروعية المربحة هو عموم الأدلة التي تقضي بإباحة البيع؛ حيث لم
يقم دليل على استثنائها من الإباحة. وكذلك الإجماع؛ فقد تعامل الناس بها في
مختلف الأمصار والأعصار من غير نكير.

ويشترط لصحة المربحة أن يكون رأس المال - ثمن شراء السلعة أو تكلفتها -
معلومًا، وأن يكون الربح أيضاً معلومًا، وأن يكون العقد الأول - الذي اشترى به
البائع السلعة التي يريد بيعها مربحة - صحيحاً غير فاسد. واشترط بعض العلماء
أن يكون رأس المال مثلياً لا قيمياً أي من ذوات الأمثال. وصورة بيع المربحة التي
كانت تقع في الماضي، والتي تنصرف إليها أقوال العلماء هي: أن يخبر صاحب
السلعة من يريد شرائها بالثمن الذي اشتراها به، أو بتكاليف إنتاجها، ويتفق معه
على أن يبيعها منه بالثمن الذي اشتراها به، أو بتكلفتها مع زيادة ربح معلوم.

أما في التطبيق المعاصر لهذا البيع في البنوك الإسلامية فإن الأمر يختلف بعض
الاختلاف؛ لأن البنك لا يكسب السلع ثم يعرضها على من يرغب في الشراء، وإنما
الذي يحدث هو أن "المصرف يتلقى أمراً من العميل بشراء سلعة معينة بمواصفات
محددة، واعداداً بشرائها بطريق المربحة، فيقوم المصرف بناء على ذلك بشراء هذه
السلعة، ثم يبيعها لهذا العميل برأس مالها وزيادة الربح المتفق عليه" (٢).

(١) المعاملات الشرعية المالية ص ١٥٠.

(٢) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٦٥ بتصرف بسيط.

والفرق بين الصورة القديمة والصورة المعاصرة هو :

أن الصورة المعاصرة مركبة من عمليتين :

الأولى: أمر بالشراء مشفوع بوعد الأمر للمصرف بشراء ما اشتراه مرابحة

بربح معلوم .

الثانية: عقد مرابحة بين المصرف والعميل الذي سبق منه الأمر بالشراء .

وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم هذه المعاملة اختلافاً بيناً، كما

اختلفوا في الوعد بالشراء هل هو ملزم قضاءً أم غير ملزم .

فقال البعض بمشروعية هذه المعاملة حتى ولو قامت على أساس أن الوعد

ملزم قضاءً . وهذا الرأي هو الذي تبناه المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي ، الذي

قرر أن المواعدة على بيع المرابحة للأمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها

ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الوعد السابق ، هو أمر جائز شرعاً ؛

طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسئولية الهلاك قبل التسليم وتبعة الرد

فيما يستوجب الرد بعيب خفي .

وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزماً للأمر أو للمصرف أو لكليهما فإن الأخذ

بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات ، وفيه مراعاة مصلحة

المصرف والعميل ، وإن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً... " (١) .

بينما ذهب البعض الآخر إلى عدم مشروعية هذه المعاملة واعتبروها مماثلة

للقروض الربوية التي تجريها البنوك الربوية التقليدية ، " ولعل الذين ذهبوا إلى أنه

لا يختلف عن القرض الربوي رأوا أخطاء في التطبيق دفعتهم إلى هذا الرأي " (٢) ،

وبالفعل توجد بعض البنوك الإسلامية التي تجري هذه العملية بشكل يضمن لها

الربح ويجنبها المخاطرة والخسارة ، حيث تلزم العميل بالشراء وتشترط عليه

تعويض البنك عن أي خسارة تحيق به بسبب قيامه بهذه العملية ، حتى تحولت

العملية في جوهرها إلى مجرد محاولة لتوفير المال للعميل الذي لا يقدر على

(١) قرار المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي سنة ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م بشأن بيع المرابحة للأمر بالشراء .

(٢) فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ص ٧٠٨ .

شراء السلعة في مقابل ربح معلوم.

أما مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي فقد توسط في الحكم على هذه المسألة وأصدر قراره التالي:

أولاً: أن بيع المربحة للآمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسئولية التلف قبل التسليم وتبعة الرد بالغيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه.

ثانياً: الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للوعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

ثالثاً: المواعدة، وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المربحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المربحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده" (١).

ويستخلص من هذا القرار الآتي:

[١] أن بيع المربحة للآمر بالشراء لا يجوز إلا إذا دخلت السلعة في ملك المصرف وضمانه، وتحمل بذلك كل ما يترتب على ضمانه له من مسئولية التلف وتبعة الرد بالغيب الخفي إلى آخره.

[٢] أن الوعد من أحد الطرفين بالبيع والشراء لا يجوز ولا يصح إلا بشرط الخيار؛ لأن المواعدة مع عدم الخيار تكون عقداً، وعندئذ يقع البيع على السلعة قبل دخولها في ملك وضممان المشتري بل قبل شرائها أصلاً.

ولكي نتوصل إلى الحكم الدقيق على هذه المعاملة ، ينبغي أن بين الصور العملية لبيع المrabحة في واقع البنوك الإسلامية؛ وذلك لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره .

صور المrabحة في الواقع العملي : (١)

توجد في الواقع العملي للبنوك الإسلامية ثلاث صور لبيع المrabحة للأمر بالشراء؛ هذه الصور هي:

- (١) بيع المrabحة للأمر بالشراء على أساس عدم الإلزام بالوعد من الجانبين .
- (٢) بيع المrabحة للأمر بالشراء على أساس الإلزام بالوعد لواحد من الطرفين :

وهذه الصورة لها احتمالان:

الأول: أن يكون العميل مخيراً وأن يقع الإلزام على البنك، وذلك مثلما يجري في بنك فيصل السوداني، وبنك البركة .

الثاني: أن يكون البنك مخيراً، بينما يقع الإلزام على العميل .

(٣) بيع المrabحة للأمر بالشراء على أساس الإلزام للجانبين، وعلى هذا أكثر المصارف الإسلامية مثل بنك فيصل الإسلامي المصري، ومصرف قطر الإسلامي . وبناء على التقسيم السابق ينبغي ألا يكون الحكم على هذه العملية واحداً، وإنما الصواب هو أن نتناول الحكم عليها في حال الإلزام بالوعد، ثم الحكم عليها في حال عدم الإلزام بالوعد .

حكم المrabحة للأمر بالشراء في حال الإلزام بالوعد من الجانبين أو من جانب العميل:

ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى عدم جواز المrabحة للأمر بالشراء إذا قامت على أساس إلزام العميل أو العميل والبنك بتنفيذ الوعد؛ واستدلوا بالآتي :

[١] أن الإلزام بالوعد يجعله عقداً؛ وعندئذ يكون عقد بيع على سلعة لم

(١) انظر: المrabحة بين الفقه الإسلامي والتطبيق العملي في البنوك والمصارف الإسلامية د/ أسامة حسن العبد

تدخل بعد في ملك المصرف ولا في ضمانه، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك. فعن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: " لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ولا ربح، ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك " (١).

وعن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله: يأتيني الرجل فيسألني عن البيع، ليس عندي ما أبيع منه، ثم أبتاعه من السوق؟، فقال: " لا تبع ما ليس عندك " (٢).

[٢] أن الإلزام بالوعد للعميل أو للبنك والعميل إذا أضيف إليه ما تشترطه بعض البنوك الإسلامية من تحميل العميل ما ينجم من خسارة نتيجة إتمام عملية الشراء يفضي إلى عنصرين أساسيين من أهم عناصر القرض الربوي وهما: ضمان الربح وتجنب المخاطرة، يقول الدكتور محمد بن عبد الله الشباندي "إن الأسلوب والطريقة المطبقة لا تختلف كثيراً من حيث الغاية والهدف عن الوسائل المتبعة في البنوك الربوية، ف ضمان الربح، وتجنب المخاطرة عنصران أساسيان فيما يطلق عليه بيع المربحة " (٣).

ويقول أيضاً في نفس المقال من نفس العدد: "فإن الصورة الظاهرة لهذا العقد يجب ربطها بالنتيجة؛ فالبنك الإسلامي لا يتاجر في العروض، وإنما يتاجر في الدراهم، فهو لا يقوم بالشراء لصالحه بقصد البيع بعد أن يملك السلع وبدون اتفاق مبدئي، بل إنه لا يلتزم بالشراء إلا بعد التأكد من وجود العميل الراغب في الشراء، وأخذ الضمانات لحفظ حقوقه، كما أن السلعة لا يتم شراؤها إلا وفق ما يرغبه المشتري من مواصفات، وبالتالي فإنه لا يتم للتجارة لدى البنك كما يظهر من التعامل".

ويقول أيضاً: "وبتحليل هذه الصورة من التعامل نجد أنها تتصف بالآتي:

١- أن الهدف والغاية من هذه المبايعة هو قيام البنك بتوفير المال اللازم لطالب

حسن: رواه أبو داود (٣٥٠٤) والترمذي (١٢٣٤) والنسائي (٤٦٢٥).

سبق تخريجه.

٢- وقفات متأنية مع عمليات التمويل في البنوك الإسلامية العدد ٩٢ من مجلة البيان، ربيع الآخر سنة

١٤١٦ هـ، سبتمبر ١٩٩٥.

التمويل، فالبنك لا يتعامل بالسلع المراد بيعها

(٢) الهدف من الوعد بالشراء والوعد بالبيع هو توفير حقيقة الالتزام من كلا الطرفين

(٣) طالب التمويل لم يتقدم للبنك الإسلامي بقصد شراء سلعة موجودة ومملوكة عند البنك، وإنما قصده توفير المال لشراء هذه السلعة على أن يتم سداد قيمتها مؤجلاً، فالتأجيل غاية العقد وليس البيع هو الهدف" (١).

ويقول الدكتور/ أسامة حسن العبد:

"إن المصرف الإسلامي في تعامله ببيع المربحة يشتري في الظاهر لنفسه، وفي الحقيقة للعميل، فيكون وسيطاً ضامناً للربح، غير مخاطر بشيء، فهو يبيع سلعا ما زالت في مصانعها أو في البحر أو في المخازن الخاصة بالبائع، وهذا تحايل على الربا، كما أن الناس يلجأون إلى هذه العملية عند عدم توافر المال اللازم لشراء السلعة معهم، ومن الحصول على المال بدلاً من أن يقترض المال بالربا ويشتري السلعة يلجأ إلى هذه الحيلة ... " (٢)

[٣] أن الإلزام بالوعد للعميل "يربط الواعد ويوثقه ويعدمه الرضا حال عقد الشراء اللاحق من البنك، فيكون العقد صورياً، ويخرج عن كونه "تجارة عن تراض" (٣).

وذهب بعض المعاصرين إلى جواز بيع المربحة حتى ولو قام على أساس الإلزام بالوعد، وقد استدلوا على ذلك بعموم الأدلة المبيحة للبيع، وبجميع ما استدل به العلماء على جواز بيع المربحة وسائر البيوع الأمانة - وقد ذكرنا نحوه منها آنفاً - وأضافوا إلى ذلك الاستدلال على وجوب الوفاء بالوعد بما روى عن ابن شبرمة أنه قال: إن كل وعد بالتزام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً يكون وعداً ملزماً قضاءً وديانةً.

وقالوا: "إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي

(١) السابق بتصرف بسيط. (٢) المربحة بين الفقه الإسلامي والتطبيق العملي ص ١١٥.

(٣) بيع المربحة كما تجزئ البنوك الإسلامية للدكتور محمد سليمان الأشقر، كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ص ١٠٤.

وهو ملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه" (١).

وذهب البعض إلى جواز هذا البيع على أنه لا يلزم الواعد بالوفاء بوعده "إلا إذا أدخل المستفيد في ورطة أو التزام بناء على هذا الوعد حيث يقضى به في هذه الحالة دفعاً للضرر المترتب، أما فيما عدا ذلك فلا يقضى به؛ لإجماع أهل العلم على أن الموعد لا يحاصص بوعده مع الغرماء" (٢).

وقد استندوا في ذلك على أن مذهب المالكية ليس إطلاق القول بأن الوعد ملزم قضاءً، وإنما مذهبهم "أن الوعد بالعقد يعتبر ملزماً للواعد قضاءً إذا دخل الموعد تحت التزام مالي بناء على ذلك الوعد" (٣).

والراجع من هذه الأقوال هو القول الأول، أي قول من قال بعدم جواز المراجعة للأمر بالشراء على أساس الإلزام بالوعد؛ للآتي:

أولاً: أن الأدلة التي استدلو بها قوية وظاهرة، فلا شك أن الإلزام بالوعد يعدم الرضا حال العقد، عندما تتحول رغبة العميل بعد وعده بالشراء لأي سبب من الأسباب الطبيعية كأن يتبين له عدم جدوى بالشراء، أو تحدث ظروف مادية تفرض عليه إلغاء فكرة الشراء أو تأجيلها، أو غير ذلك من الأسباب، ومن المقرر أن الرضا ركن البيع وشرط صحته وجوازه؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

كما أنه لا مفر من الوقوع في بيع ما لا يملك إذا اشترط المصرف على العميل أن يكون الوعد ملزماً؛ لأن الوعد الملزم عقد والالتزام، ويترتب عليه نفس الأحكام التي تترتب على عقد البيع من وجوب دفع الثمن ودخول المبيع في ملك المشتري... الخ.

بالإضافة إلى أن هذه العملية صارت في واقع البنوك الإسلامية بديلاً عن

(١) نشرة الاقتصاد الإسلامي الصادرة عن بنك دبي الإسلامي عدد صفر ١٤٠٢ هـ، ص ١١٥.

(٢) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٦٦.

(٣) المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠١٤.

الإقراض بفائدة، وقد "قامت طريقة بيع المرباحة في بعض البنوك الإسلامية في السنوات القليلة الماضية مقام الإقراض الربوي في البنوك الربوية" (١) مما يثير وازع الحذر والحيلة أن تغرق البنوك الإسلامية في مستنقع الربا عن طريق الحيلة.

[٣] أن استناد أصحاب الرأيين الآخرين على مذهب المالكية لا يثمر النتائج التي توصلوا إليها لأن "هذا الوعد الذي يتحدث عنه المالكية إنما هو الوعد بإنشاء المعروف... وعلى هذا الصنف من الوعد يدور كلام المالكية، من قرض أو كفالة أو عارية أو إبراء أو نحو ذلك... أما الوعد التجاري أو الوعد في المعاوضات الذي يريد أحد الطرفين الحصول على ربح من الطرف الآخر فهو شيء آخر لم يدر بخلدهم" (٢).

ثم إن هذا الاستمداد من مذهب المالكية استمداد غير عادل، وهو أن الذين استندوا إلى قول المالكية في الإلزام بالوعد عرضوا المسألة برمتها على أصول المالكية لخرجوا بعكس النتيجة التي وصلوا إليها؛ فإن المالكية قد توسعوا في سد الذرائع، وبخاصة كل ذريعة تفضي إلى الربا أو حتى شبهة الربا. ولذلك سنجد الذين منعوا بيع المرباحة للأمر بالشراء حتى ولو لم يكن الوعد ملزماً يستدلون على ذلك بأنه بيع من بيوع العينة عند المالكية. والواقع أن مذهب المالكية لا يعطي واحداً من الفريقين ما يريد، فليس في المذهب ما يدل على صحة بيع المرباحة القائم على أساس الإلزام بالوعد، وليس فيه كذلك ما يدل على عدم صحة بيع المرباحة القائم على أساس عدم الإلزام بالوعد، وهذا التناقض في النتائج لا يُسأل عن مذهب المالكية.

حكم بيع المرباحة للأمر بالشراء في حال عدم الإلزام بالوعد:

بعض الذين قالوا بمنع بيع المرباحة للأمر بالشراء لم يقصروا حكمهم على الحال التي يكون فيها إلزام بالوعد، بل عموماً هذا الحكم، وقالوا بعدم الجواز مطلقاً.

١. بيع المرباحة كما تجر به البنوك الإسلامية ص ٧١ من كتاب بحوث فقهية معاصرة.

٢. السابق ص ٨٩-٨٩.

واستدلوا على ذلك بأنه من بيوع العينة عند المالكية، وبأنها معاملة قصد منها التحايل على الربا. وقالوا: "إن البنك لا يمارس عملية البيع، فهو مجرد وسيط بين البائع والمشتري، والغرض من وجود البنك في العملية توفير ثمن العملية نقداً وقبض قيمتها من المشتري لها - الذي لا يجد المال الكافي لذلك - على أساس أن يقوم بالدفع للبنك في زمن لاحق، ويأخذ البنك في مقابل هذا التأجيل زيادة في ثمن السلعة المشتراة تزداد بزيادة الزمن الذي سوف يتم فيه سداد الثمن" (١).

ولكن ذهب جمهور المعاصرين إلى القول بجوار بيع المربحة للآمر بالشراء إذا قام على أساس عدم الإلزام بالوعد؛ وذلك لعدم الأدلة المبيحة للبيع، ولأنه لم يقم مانع من الإباحة، فيبقى حكمها على أصل الحل.

وقد دعموا قولهم هذا بنقول عن العلماء فيها ذكر صور تشبه هذه الصورة المعاصرة، هذه الصور تشير إلى أن أغلب مذاهب الفقه الإسلامي تتجه إلى الإباحة، فقد جاء في كتاب الأم للشافعي - رحمه الله -: "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشترها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال أربحك فيها بالخيار... وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: ابتعه واشتره منك بنقد أو دين، يجوز البيع الأول، ويكونان بالخيار في البيع الآخر... وإن تباعاه على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما تباعاه قبل أن يملكه البائع، الثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا" (٢).

وفي إعلام الموقعين لابن القيم "قال رجل لغيره: اشتر هذه الدار، أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريد لها ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أنه يشتريها على أنه بالخيار

(١) محمد بن عبد الله الشباني في مقاله "وقفات متأنية مع عمليات التمويل في البنوك الإسلامية" من مجلة

البيان عدد ٩٢.

(٢) الأم للشافعي ٣ / ٣٣.

ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها بما ذكر له من الثمن فالبيع صحيح، وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار^(١)، وهذه الحيلة ذكرها الإمام ابن القيم كمثال للحيل الجائزة، وقد صرح في هذا المثال بصحة البيع، وذكره للحيلة دليل على إقراره بصحة البيع حتى ولو لم يصرح. وهو حنبلي كما هو معلوم.

وجاء في كتاب الحيل^(٢) للإمام محمد بن الحسن الشيباني كلام مقارب لكلام الإمام ابن القيم.

والراجح من القولين هو قول من قال بالجواز؛ لأنه لا مانع من الجواز "فالمصرف في هذه المعاملة لم يبيع ما ليس عنده؛ لأن عقد البيع لا يتم إلا بعد شراء السلعة ودخولها في ملكه، وما كان بينه وبين العميل قبل ذلك فهو وعد بالشراء لا غير، وفرق بين الوعد بالعقد وبين العقد كالفرق بين الخطبة والنكاح، والمصرف كذلك لم يربح ما لم يضمن؛ لأن المصرف قد اشترى السلعة فأصبح مالكا لها يتحمل تبعه الهلاك قبل تسليمها للمشتري فإنه يتلف على المصرف، كما يتحمل المصرف تبعه الرد بالعيب الخفي بعد التسليم، فإذا ظهر بالسلعة عيب خفي بعد التسليم كان المصرف مسئولا عن ذلك"^(٣).

والقول بأنها حيلة على الربا قول بعيد "لأن البنك يشتري لنفسه وهو يعلم أن العميل ربما لا يرجع إليه، وربما رجع فاشترى أو لم يشتري، فله مطلق الحرية في ذلك، ولأن البنك يستطيع أن يبيع لغير العميل، فلكل منهما أن يعدل عن وعده إن وجد فرصة أنسب، ولأن السلعة إن هلكت تهلك على ملك البنك، وهذه الدرجة من المخاطرة هي التي تبيع هذه المعاملة"^(٤)، وهي التي تبعتها عن شبهة الربا الذي لا يخاطر فيه المقرض أي مخاطرة يستحق بها الربح.

(١) إعلام الموقعين ٤ / ٢٤ .

(٢) الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني ص ١٢٧ مسألة ٧٩، ط بغداد مكتبة المثنى .

(٣) ما لا يسع التاجر جهله ص ١٦٥

(٤) الدكتور محمد سليمان الأشقر "بحث: بيع المراهبة كما تجزئ البنوك الإسلامية" ص ٨٥ من كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة .

وأما القول بأنها من بيع العينة عند الملكية فلا يصلح للاستدلال على التحريم؛ لأن هذه العينة التي ذكرها المالكية ليست هي العينة المنهي عنها في حديث ابن عباس وغيره، وإنما هي نوع من البيع سماه المالكية عينة لأن البائع يستعين بالمشتري في أن يدفع قليلاً ليأخذ عنه كثيراً، وعرفوه بأنه "بيع من طلبت منه سلعة قبل ملكه إياها لطالبها بعد شرائها" ^(١)، ولم يعمموا فيها الحكم بالتحريم، بل قالوا إنها ثلاثة أقسام: جائزة ومكروهة ومحظورة ^(٢)، فالجائزة هي "المطلوب منه سلعة أن يشتريها لبيعها بنماء ولو بمؤجل بعضه" ^(٣).

وأما المستثنى من الجواز أن يقول الطالب اشتراها بعشرة وأنا آخذها منك باثني عشر لأجل؛ وذلك لتهمة سلف جر نفعاً ^(٤).

وبهذا التفصيل الذي تناولنا فيه أقوال العلماء في نوعي المراجعة للآمر بالشراء ننتهي إلى حقيقتين:

- الأولى: أن بيع المراجعة للآمر بالشراء إذا كان قائماً على أساس الإلزام بالوعد فهو حرام شرعاً، وهذا الحكم يتخرج ويتفرع على قاعدة "لا يحل للمسلم بيع ما لا يملك".
 - الثانية: أن بيع المراجعة للآمر بالشراء إذا قام على أساس عدم الإلزام بالوعد فهو جائز شرعاً، وهذا الحكم يتخرج ويتفرع على قاعدة "الأصل في البيوع الحل".
- المسألة الثالثة: القبض وصوره في الحياة الاقتصادية المعاصرة:**

تعددت صور القبض في الحياة الاقتصادية المعاصرة، واستجدت صور كثيرة لم تكن موجودة قبل ذلك، ولم يذكرها العلماء ضمن صور القبض التي ذكروها في كتبهم. فما حكم القبض في هذه الصور التي منها الحقيقي ومنها الحكمي؟. هذه القضية نعرضها في ضوء ما سبق تقريره من القواعد المتعلقة بالقبض مثل: قاعدة "القبض يجب وقوعه على ما يقتضيه العقد لفظاً أو عرفاً" وقاعدة

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣ / ٨٨.

(٢) انظر المقدمات لابن رشد ٢ / ٢١١، الذخيرة للقرافي ٥ / ١٦.

(٣) الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير دار الفكر بيروت ٣ / ٨٨.

(٤) انظر الشرح الصغير ٤٥ / ٢ بهامش بلغة السالك وانظر القوانين الفقهية ١ / ١٧١.

"القبض الحكمي كالحقيقي" وغيرها من القواعد.

وقد كفتنا المجمع الفقهي مؤنة البحث في هذه المسألة، فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي قراره^(١) بشأن القبض وصوره المعاصرة، وهذا نصه "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس في جده بالمملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠ م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: القبض: صورته وبخاصة المستجدة منها وأحكامها، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرر:

أولاً: قبض الأموال كما يكون حسيّاً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتمويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتباراً أو حكماً بالتخلية مع التمكن من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها.

ثانياً: أن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً:

[١] القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

- ﴿ أ ﴾ إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.
- ﴿ ب ﴾ إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

﴿ ج ﴾ 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 يتمكن 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 التسليم الفعلي .

[٢] تسليم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعمله المكتوب بها عند استيفائه وحجزه للمصرف .

وصدر أيضاً من المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي قرار^(١) بشأن:

- (١) قيام الشيك مقام القبض في صرف النقود بالتحويل في المصارف .
- (٢) الاكتفاء بال قيد في دفاتر المصرف عن القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى مودعة في المصرف .

وجاء في هذا القرار: "... وبعد البحث والدراسة قرر المجلس بالإجماع ما يلي:

أولاً: يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف .

ثانياً: يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى سواء كان الصرف بعمله يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه .

المسألة الرابعة: عقد المقاولة:

من العقود التي شاعت في الحياة المعاصرة عقد المقاولة، ويمكن تعريفه بأنه "عقد على القيام بعمل موصوف وصفاً نافياً للجهالة في مقابل أجر معلوم"^(٢). وقد اختلفت وجهات النظر في تكييف هذا العقد شرعاً، فبعضهم خرج به على الإجارة، وبعضهم خرج به على الجعالة، "والراجع هو أن هذا العقد عقد بيع وعقد إجارة وقعا صفقة واحدة، فلعقد الإجارة حكمه وهو يرد على المنافع، ولعقد البيع حكمه وهو يرد على الأعيان، ولكل شروطه وأحكامه"^(٣).

(١) القرار السابع للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة في المدة من ١٣ رجب ١٤٠٩ هـ إلى ٢٠ رجب ١٤٠٩ هـ .

(٢) عقد المقاولة في الشريعة والقانون - رسالة دكتوراه مقدمة من: أحمد عبد الحكيم العناني، مكتبة كلية الشريعة والقانون بالأزهر بالقاهرة .

(٣) المرجع السابق بتصرف بسيط ، ص ٤٦ .

ومن أدلة مشروعية المقابلة - في الجملة - ما يلي :

[١] أن النبي ﷺ استأجر خريثاً هادياً في رحلة الهجرة (١) ، فجاءه في اليوم الثالث من نزوله الغار بثلاث نوق ، ناقة لرسول الله ﷺ وناقة لأبي بكر وناقة له ، وسار بالنبي ﷺ في طريق غير الطريق المعهود .

[٢] قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] . فهذه إجارة على الرضاعة ، مشروعة بنص الكتاب العزيز ، وهي تشبه المقابلة .

والشبهة التي قد تعرض هنا أن المقابلة في التعامل المعاصر تشتمل على بيع وإجارة ، كالمقاول الذي يتعاقد على إنشاء عمارة كاملة على أن تكون المواد الخام من عنده هو . فيكون عقده مشتملاً على عقدين : عقد بيع للمواد الخام ، وعقد إجارة على العمل .

وقد اختلف العلماء في حكم الجمع بين البيع وإجارة فقال بعضهم بالجواز وهم المالكية والشافعية في قول والقاضي من الحنابلة ، وقال بعضهم بعدم الجواز وهم الحنفية والظاهرية والشافعية في ظاهر المذهب والخرقي من الحنابلة .

ولكن الراجح هو الجواز ، وهو أظهر قولي العلماء (٢) ؛ لأن المبيع والعمل "يجوز أخذ العوض عنهما منفردين فجاز أخذه عنهما مجتمعين كالعبدین ، واختلاف حكمهما لا يمنع الصحة" (٣) ولأن مجرد اختلاف حكم العقدین لا يمنع الصحة كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة وما لا فيه شفعة (٤) .

ومما يرجح القول بمشروعية المقابلة حتى ولو جمعت بين بيع وإجارة قاعدة "الأصل في المعاوضات الإباحة" فالبيع والإجارة من المعاوضات ، وعقد المقابلة سواء كان إجارة أو جعالة ، أو بيعاً وإجارة في عقد واحد ، أو بيعاً وجعالة في عقد واحد يعتبر بهذا من المعاوضات ، ولم يقم دليل على تحريمه فهو مباح وجائز ؛ استصحاباً للأصل .

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٢٣٧ والانصاف ٤ / ٣٢١ .

(١) رواه البخاري ٢١٤٥ .

(٣) المجموع للنووي ٩ / ٣٧١ ، المذهب للشيرازي ١ / ٢٠٠ .

(٤) المبدع ٤ / ٤٠ .

المسألة الخامسة: البورصة :

في ضوء القواعد الفقهية التي قررناها في باب المعاوضات نناقش مسألة أعمال البورصة. ولعل من أهم القواعد التي تضبط هذه المسألة قاعدة "المضمون بعوض في عقد معاوضة لا يصح بيعه قبل قبضه" وقاعدة "جواز المعاوضات وحل ربحها منوط بالضمان" إضافة إلى قواعد الغرر والجهالة والربا.

والبورصة عبارة عن "سوق منظمة يجري فيها التعامل بيعاً وشراءً للأوراق المالية والسلع المختلفة، وتضم سماسرة يعملون وسطاء بين البائعين والمشتريين" (١).

وغاية البورصة إيجاد سوق دائمة ومستمرة يتلاقى فيها العرض والطلب؛ فتسهل معرفة ميزان أسعار الأسهم والبضائع والسندات، ويتلاقى البائعون والمشترون والسماسرة؛ فتسهل عملية البيع والشراء، وتداول السلع والبضائع، وتيسر عملية تمويل الشركات والمؤسسات عن طريق تداول الأسهم.

وبهذا تعتبر البورصة ضرورة من ضرورات الحياة الاقتصادية المعاصرة؛ حيث تمثل الاستجابة الطبيعية للطفرة الكبيرة في عالم التجارة والاقتصاد.

لهذا يتوجب على العالم الإسلامي أن يسعى لإنشاء بورصة إسلامية تحقق للمسلمين ما يريدون من النمو الاقتصادي وتلبي حاجاتهم في التبادل السهل السريع، وتستجيب للمطالب الاقتصادية التي يفرضها الواقع المعاصر. وقد حث مجمع الفقه الإسلامي في قراره بشأن الأسواق المالية، فقد جاء في هذا القرار (٢) "أن الاهتمام بالأسواق المالية هو من تمام إقامة الواجب في حفظ المال وتنميته؛ باعتبار ما يستتبعه هذا من التعاون لسد الحاجات العامة وأداء ما في المال من حقوق دينية أو دنيوية..."

وأما أسواق البورصة العالمية فإن ما تنطوي عليه من سلبيات خطيرة تربو بكثير على ما فيها من إيجابيات، ويجعل التعامل معها مشوب بالحذر والحيطه.

(١) ما لا يسع التاجر جهله ص ٢٢٨ بتصرف.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (٦١ / ١٠ / ٦) في دورة مؤتمره السادس.

فمن السلبيات والمخالفات الشرعية التي تكتنف أسواق البورصة:

[١] أنها "لا يقصد بها في الغالب إلا مجرد المضاربة على فروق الأسعار دون رغبة حقيقية في التسليم أو التسلم، حيث يقتصر التسليم والتسلم في أغلب هذه الصفقات على فروق الأسعار فحسب" (١).

وذلك لأن البيع والشراء يتكرر على السلعة الواحدة دون قبض حقيقي، فالقبض الذي يدخل السلعة في ضمان المشتري لا وجود له في البورصة إلا عند تسلم المشتري الأخير للسلعة من البائع الأول، أما كل من دخلوا بين الأول والأخير مهما تعددوا لا يقع بينهم قبض في هذه البورصة، والذي يحدث هو "أن يتعاقد - مثلاً - تاجر أو سمسار له مع منتج للقمح أو للقطن، أو مع وكيله على شراء قدر معين قد يكون معدوماً عند التعاقد، بثمن يتفقان عليه أو على أن يحدده المنتج البائع بعد مدة معينة بحيث إذا حلت هذه المدة ولم يحدد البائع يتم التحديد بسعر السوق الرسمية في آخر يوم لهذه المدة، على أن يسلمه له بعد ثلاثة أشهر ويدفع له الثمن عند تسليم المبيع، وقد يتسلف المنتج البائع بعض الثمن الذي باع به ممن اشترى منه؛ حتى يتمكن من زراعة ما تعاقد عليه، ثم يأتي هذا المشتري ويعرض المقدار الذي اشتراه في البورصة وبيعه قبل قبضه، وربما من اشتراه يبيعه من آخر، فإذا حان موعد التسليم أخطر البائع - بواسطة سمساره - من تعاقد معه ليتسلم المبيع، فإذا كان هذا قد تصرف في المبيع ببيعه إلى آخر قبل قبضه فإن السمسار يحول الإخطار إلى الذي اشترى منه، وهكذا حتى يصل إلى المشتري الأخير، وعليه معاينة البضاعة وتسلمها ودفع الثمن" (٢).

فما هذه البيوع المتكررة إلا مضاربة على فروق الأسعار "تتم من غير تسليم للمبيع أو دفع للثمن" (٣) وليس المقصود بالمضاربة هنا المعاملة على المال ببعض ما يربح، وإنما "هي المخاطرة بالبيع والشراء بناء على التوقع - توقع تقلبات الأسعار -

(١) ما لا يسع التاجر جهله ص ٢٢٩ .

(٢) البيوع المحرمة في الإسلام د عبد العزيز الغامدي رسالة دكتوراة ص ٤٧٢ بتصرف .

(٣) السابق ص ٤٧٤ .

بغية الحصول على فارق الأسعار" (١) .

ولا شك أن هذه البيوع المتكررة دون قبض محرمة؛ لأنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه .

[٢] أن البورصة تمارس بيع السندات، والسندات عبارة عن قروض إلى أجل بفائدة سنوية، تصدرها الشركات والمؤسسات، فالمكتتب فيها يكون مُقرضاً، والشركة التي أصدرتها تكون مقرضة ضامنة للقرض، والزيادة السنوية تكون ربا من ربا الجاهلية المحرم؛ لذلك لا يجوز حيازة هذه السندات ولا بيعها ولا تداولها، والبورصة بهذا تتاجر في قروض ربوية (٢) .

[٣] أن كبار الممولين يقومون باحتكار الأسهم والسندات والبضائع في السوق للتحكم في البائعين الذين باعوا ما لا يملكون على أمل الشراء قبل موعد تنفيذ العقد بسعر أقل، وإيقاعهم في الخرج (٣) .

[٤] أن البورصة تؤثر على مستوى الأسعار فتؤدي إلى اضطرابها ولذلك توصف بأنها كجهنم (٤) .

لذلك فإن كثيراً من تعاملات البورصة غير جائزة شرعاً، وقد صدرت عن المجامع الفقهية قرارات مفصلة ومبينة لما يجوز وما لا يجوز من تعاملات البورصة .

ويحسن في هذا المقام أن أسوق هذه القرارات بنصها:

أولاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته السابعة بجدة في المدة من ٧ : ١٢ من ذي القعدة ١٤١٢ هـ الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢ : فقد جاء في هذا القرار ما يلي:

ثالثاً: التعامل بالسلع والعملات والمؤشرات في الأسواق المالية:

[١] السلع: يتم التعامل بالسلع في الأسواق المنظمة بإحدى الطرق الآتية:

الطريقة الأولى: أن يتضمن العقد حق تسليم المبيع وتسليم الثمن في الحال

(١) انظر موسوعة الفقهية المعاصرة ص ٥١١ .

(٢) ما لا يسع التاجر جهله ص ٢٢٩ .

(٣) انظر الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٥٠٣٣ .

(٤) انظر: ما لا يسع التاجر جهله ص ٢٣١ .

مع وجود السلع أو إيصالات ممثلة لها في ملك البائع وقبضه . وهذا انعقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة .

الطريقة الثانية: أن يتضمن العقد حق تسليم المبيع وتسلم الثمن في الحال مع إمكانهما بضمان هيئة السوق . وهذا العقد جائز شرعاً بشروط البيع المعروفة .

الطريقة الثالثة: أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل، ودفع الثمن عند التسليم وأن يتضمن شرطاً يقتضي أن ينتهي فعلاً بالتسليم والتسلم، وهذا العقد غير جائز لتأجيل البدلين، ويمكن أن يعدل ليستوفي شروط السلم المعروفة، فإذا استوفي شروط السلم جاز، وكذلك لا يجوز بيع السلعة المشتراة سلماً قبل قبضها .

الطريقة الرابعة: أن يكون العقد على تسليم سلعة موصوفة في الذمة في موعد آجل، ودفع الثمن عند التسليم، دون أن يتضمن العقد شرط أن ينتهي بالتسليم والتسلم الفعليين، بل يمكن تصفيته بعقد معاكس، وهذا هو النوع الأكثر شيوعاً في أسواق السلع، وهذا العقد غير جائز أصلاً .

[٢] **التعامل بالعملات:** يتم التعامل بالعملات في الأسواق المنظمة بإحدى الطرق الأربعة المذكورة في التعامل بالسلع، ولا يجوز شراء العملات وبيعها بالطريقتين الثالثة والرابعة، وأما الطريقتان الأولى والثانية فيجوز فيهما شراء العملات وبيعها بشرط استيفاء شروط الصرف المعروفة .

[٣] **التعامل بالمؤشر:** المؤشر هو رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة، يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة وتجرى عليه مبيعات في بعض الأسواق العالمية، ولا يجوز بيع وشراء المؤشر لأنه مقامرة بحتة، وهو بيع شيء خيالي لا يمكن وجوده .

[٤] **البديل الشرعي للمعاملات المحرمة في السلع والعملات:** ينبغي تنظيم سوق إسلامية للسلع والعملات على أساس المعاملات الشرعية، وبخاصة في بيع السلم والصرف والوعد بالبيع في وقت آجل والاستضاع وغيرها .

وعن المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي صدر قرار بشأن الأسواق

المالية ونص على ما يلي:

أولاً: أن غاية السوق المالية "البورصة" هي إيجاد سوق مستمرة ودائمة يتلاقى فيها العرض والطلب، والمتعاملون بيعاً وشراءً، وهذا أمر جيد ومفيد ويمنع استغلال المحترفين للغافلين والمستترسلين الذين يحتاجون إلى بيع أو شراء ولا يعرفون حقيقة الأسعار، ولا يعرفون المحتاج إلى البيع ممن هو محتاج إلى الشراء .

ولكن هذه المصلحة الواضحة يواكبها في الأسواق المذكورة "البورصة" أنواع من الصفقات المحظورة شرعاً، والمقامرة والاستغلال وأكل أموال الناس بالباطل؛ ولذلك لا يمكن إعطاء حكم شرعي عام بشأنها، بل يجب بيان حكم المعاملات التي تجرى فيها كل واحدة على حدة .

ثانياً: أن العقود العاجلة على السلع الحاضرة الموجودة في ملك البائع التي يجري فيها القبض فيما يشترط له القبض في مجلس العقد شرعاً هي عقود جائزة، ما لم تكن عقوداً على محرم شرعاً، أما إذا لم يكن المبيع في ملك البائع فيجب أن تتوافر فيه شروط السلم ثم لا يجوز للمشتري بعد ذلك بيعه قبل قبضه .

ثالثاً: أن العقود العاجلة على أسهم الشركات والمؤسسات حين تكون تلك الأسهم في ملك البائع جائزة شرعاً ما لم تكن تلك الشركات أو المؤسسات موضوع تعاملها محرم شرعاً كشركات البنوك الربوية وشركات الخمر . فحينئذ يحرم التعاقد في أسهمها بيعاً وشراءً .

رابعاً: أن العقود العاجلة والآجلة على سندات القروض بفائدة بمختلف أنواعها غير جائزة شرعاً؛ لأنها معاملات تجرى بالربا المحرم .

خامساً: أن العقود الآجلة بأنواعها التي تجري على المكشوف ، أي على الأسهم والسلع التي ليست في ملك البائع بالكيفية التي تجرى في السوق المالية "البورصة" غير جائزة شرعاً لأنها تشتمل على بيع الشخص ما لا يملك اعتماداً

على أنه سيشتريه فيما بعد ويسلمه في الموعد، وهذا منهي عنه شرعاً لما صرح عن رسول الله ﷺ أنه قال: "لا تبع ما ليس عندك" (١)، وكذلك ما رواه الإمام أحمد (٢)، وأبو داود إسناده صحيح عن زيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ "نَهَى أَنْ تَبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ تَبْتَاعُ حَتَّى يَحْزُوهَا التَّجَارُ إِلَى رِحَالِهِمْ" (٣).
سادساً: ليست العقود الآجلة في السوق المالية "البورصة" من قبيل بيع السلم الجائز في الشريعة الإسلامية.

وذلك للفرق بينهما من وجهين:

﴿ أ ﴾ في السوق المالية "البورصة" لا يدفع الثمن في العقود الآجلة في مجلس العقد، وإنما يؤجل دفع الثمن إلى موعد التصفية، بينما أن الثمن في بيع السلم يجب أن يدفع في مجلس العقد.

﴿ ب ﴾ في السوق المالية "البورصة" تباع السلعة المتعاقد عليها وهي في ذمة البائع الأول، وقبل أن يحوزها المشتري الأول عدة بيوعات، وليس الغرض من ذلك إلا قبض أو دفع فروق الأسعار بين البائعين والمشتريين غير الفعليين. مخاطرة منهم على الكسب والربح، كالمقامرة سواءً بسواء، بينما لا يجوز بيع المبيع في عقد السلم قبل قبضه... (٤).

(١) سبق تخريجه .

(٢) أحمد بن حنبل : أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الذهلي الشيباني المروزي ثم البغدادي أبو عبد الله ، ولد سنة ١٦٤ هـ ، وهو الحافظ الحجة ، شيخ الإسلام وسيد المسلمين ، وإمام أهل السنة ، صاحب المذهب المتبوع ، من مصنفاته : المسند ، والسنة ، وفضائل الصحابة ، توفي إلى رضوان الله تعالى سنة ٢٤١ هـ . وله سبع وسبعون سنة . انظر : تذكرة الحفاظ (٢ / ٤٣١ / ٤٣٢) .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) إقرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة بمكة المكرمة عام ١٤٠٤ هـ .