

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



قسم الفقه وأصوله

كلية الشريعة والاقتصاد

مطبوعة بيد اغوجية موجهة إلى طلبة السنة الأولى ماستر

تخصص: فقه مقارن وأصوله

مقرر:

الفقه المقارن 1 (معاملات)

السداسي الأول

إعداد الدكتور: أمير شريط

السنة الجامعية: 2022 / 2023 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف الأنبياء وإمام المرسلين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الدراسة المقارنة للفقهاء الإسلاميين من أنفع الثمرات المبتكرة للفكر الإنساني في التأصيل والتحليل والتعليل والتفريع، ويظهر ذلك جليا لكل من نظر بإنصاف في مدونات الفقه العتيقة، والتي تعتبر نتاج جهود علماء السلف في تحقيق المسائل التي تعرض للمسلم في حياته اليومية، مع دقة النظر وقوة العرض وحسن الربط بنصوص القرآن والسنة وما انطوت عليه من حقائق ومعاني ومقاصد تشريعية عامة مرسومة، تتجه إليها أحكامه أصولا وفروعا، ولا يزال هذا الموروث العلمي - رغم مرور قرون من تأليفه - ملجئة للمتفهمين، ولا يمكن اجتناء ثمرات هذه الجهود وبيان وجه الحق فيها على أحسن الوجوه وأكملها إلا بالبحث المقارن .

وهذه المطبوعة التي بين أيدينا موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر، في تخصص: الفقه المقارن وأصوله، وهي متعلقة بمقياس "الفقه المقارن"، وقد اشتملت على مسائل في المعاملات المالية مما اشتهر الخلاف فيها قديما، ولا تزال تلقي بظلالها على تكييف وتخريج كثير من القضايا المعاصرة، وتوخيت في عرضها الإيجاز والاختصار على حسب ما يقتضيه الحال ويسمح به المقام، وهي بمثابة التذكرة وتدريب الطالب لاكتساب منهجية علمية على الطريقة المقارنة، من خلال بيان مسالك الفقهاء في إقامة الدليل وتوجيه الاعتراض، مع معرفة جملة من الأسباب التي أوجبت الخلاف بين الفقهاء، ثم اختيار قول يُرى أنه الأول بالصواب؛ استنادا إلى عدة اعتبارات منهجية، وفوق كل ذي علمٍ عليمٌ .

وأرجو من هذا الجمع أن يكون مدخلا يعطي تصورا عاما عن مفردات هذا المقياس، ويزيد الطالب رغبة في الاستزادة من العلم، ونسأل الله تعالى التوفيق والسداد لصالح الأعمال والأقوال، هو مولانا فنعم المولى ونعم النصير، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وكتب:

الدكتور أمير شريبط

عنوان الماجستير: الفقه المقارن وأصوله

السداسي: الأول

اسم الوحدة: التعليم الأساسية

اسم المادة: الفقه المقارن (معاملات)

الرصيد: 04

المعامل: 02

أهداف التعليم:

- إدراك قيمة الفقه الإسلامي ومتانة بنائه العلمي وارتباطه بمصادره من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها.
- لفت النظر إلى أهمية دراسة أصول الفقه وما يتعلق به، وكذا مباحث اللغة العربية، وأسباب النزول، والناسخ والمنسوخ، والحديث وعلومه، التي تجتمع في درس الفقه المقارن.
- تقدير المذاهب الأربعة ووجاهة الخلاف فيها ودفع الأوهام حولها.
- معرفة سبيل البحث والاستنباط والاجتهاد.
- رفع رصيد الطلبة من الأحكام الفقهية بأدلتها .
- الوقوف على أسباب اختلاف الفقهاء .
- التواضع في اكتساب العلم .

المعارف المسبقة المطلوبة :

يحتاج الطالب لدراسة الفقه المقارن معارف متعددة درسها في مواد أخرى كالقرآن والسنة وعلومهما وأصول الفقه وقواعده واللغة العربية.

محتوى المادة:

- قبض المبيع.
- بيع المبيع قبل قبضه .
- بيع العين.
- بيعتان في بيعة.
- الرجوع في الهبة .
- الظفر بالحق.
- شفعة الشريك غير المقاسم.
- تحويل جهة الموقوف.
- أحكام المضاربة.

مدخل إلى الفقه المقارن

أولاً - مفهوم الفقه المقارن .

"الفقه المقارن" مركب وصفي من كلمتين، ولا يمكن استيعاب مفهومه إلا باستيعاب مدلول الألفاظ الذي تركب منه، وهي: "الفقه" و"المقارن".

فأما "الفقه" لغة فهو يدلُّ على إدراكِ الشَّيءِ والعِلْمِ به، فكلُّ عِلْمٍ بشيءٍ فهو فِقْه، تقول: فَفَهْتُ الحديثَ، أي: عَلِمْتُ معانيه. وَأَفْقَهْتُكَ الشَّيْءَ، إِذَا بَيَّنَّتُهُ لَكَ فَعَلِمْتَ حَقِيقَتَهُ⁽¹⁾.

ثم اختُصَّ بالفقه عِلْمُ الشَّرِيعَةِ، فقيل لكلِّ عالِمٍ بالحلال والحرام: فقيه؛ ولهذا عُرِّفَ الفقه اصطلاحاً بأنه: « العلم بالأحكام الشرعيَّة الفرعيَّة عن أدلتها التفصيليَّة بالاستدلال »⁽²⁾.

فحافظُ الفروع على هذا المعنى ليس فقيهاً؛ لأنه لم يستنبط الأحكام الشرعية من دلائلها التفصيلية الخاصة بها، ناصاً أو دلالة، فهذا عمل خاص بالمجتهد⁽³⁾، وإنما يعتبر فقيهاً من جهة اللغة؛ لكونه أدرك الأحكام الشرعية العملية وعلمها من أهلها المتحققين بها.

وقد يطلق الفقه ويراد به الأحكام الشرعية نفسها؛ لأنها نتاج النظر في الأدلة الشرعية، « وهذا الاستعمال الثاني - وإن كان استعمالاً مجازياً أطلق فيه الفقه على ثمرته ونتيجته - هو استعمال شرعي محفوظ، فقد جاء عليه قول النبي ﷺ: « رُبَّ حَامِلٍ فِقْهٍ إِلَى مَنْ هُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ، وَرُبَّ حَامِلٍ فِقْهٍ لَيْسَ بِفِقْيِهِ »⁽⁴⁾»⁽⁵⁾.

وأما "المقارن" لغة فهي من فعل قَرَنَ، بمعنى جمعَ شيئاً إلى شيءٍ ووصله به⁽⁶⁾.

- 1 - ينظر: "مقاييس اللغة" لابن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، القاهرة، اتحاد الكتاب العرب، د.ط، 1423 هـ، (354/4).
- 2 - "شرح مختصر الروضة" للطوفي، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407 هـ، (133/1).
- 3 - ينظر: "بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله" لفتحي الدريني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1429 هـ، (21/1).
- 4 - أخرجه: أحمد في "المسند" (80/4)، وأبو داود في "سننه": كتاب العلم، باب فضل نشر العلم، برقم: 3662، والترمذي في "جامعه": كتاب العلم، باب ما جاء في الحثِّ على تبليغ السَّماع، برقم: 2656، وابن ماجه في "سننه": افتتاح الكتاب في الإيمان وفضائل الصحابة والعلم، باب من بلغ علماً برقم: 230. والحاكم في "المستدرک" (151/1) وقال: « هذا حديث صحيح على شرط الشيخين قاعدة من قواعد أصحاب الروايات ، ولم يخرجاه ».
- 5 - "الملكة الفقهية" لعبد الله بن فهد القاضي، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 1437 هـ، (ص:48).
- 6 - ينظر: "مقاييس اللغة" لابن فارس، مصدر سابق، (62/5). "مختار الصحاح" للرازي، بيروت، المكتبة العصرية، ط5، 1420 هـ، (ص:252).

وفي الاصطلاح: « مقارنة الرأي بالرأي، أي: مقابلته أو موازنته به؛ ليعرف مدى اتفاقهما أو اختلافهما، وأيهما أقوى وأسدّ بالدليل»⁽¹⁾، ولا تتم هذه المقابلة إلا باستقراء أقوال المختلفين في المسألة وجمع أدلتهم التي استندوا إليها .

وفي ضوء ما سبق تظهر معالم "الفقه المقارن"، ويُتصوّر مفهومه العام بأنه: « تقرير آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في مسألة معينة، بعد تحرير محل النزاع فيها، مقرونة بأدلتها، ووجوه الاستدلال بها، وما ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية، وخطط تشريعية، وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة أصولياً، والموازنة بينها، وترجيح ما هو أقوى دليلاً، أو اسلم منهجاً، أو الإتيان برأي جديد مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد»⁽²⁾.

فاتضح جلياً من مفهوم الفقه المقارن بأن موضوعه العام هو مسائل الاختلاف، وقد عرف قديماً بـ"علم الخلاف" أو "الخلافيات"، وقيل في تعريفه بأنه: « علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشبه، وقوادح الأدلة الخلافية، بإيراد البراهين القطعية»⁽³⁾.

ثم صار يطلق على المدونات التي تعرض مسائل الاختلاف في الأحكام الفقهية، ومن هذه المدونات القيمة: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" للكاساني، و"الإشراف على نكت مسائل الخلاف" لقاضي عبد الوهاب، و"المجموع شرح المهذب" للنووي، و"المغني" لابن قدامة، وكذلك كتب آيات الأحكام وشروح السنة التي تشير إلى الخلاف في المسائل، من مثل: "أحكام القرآن" للجصاص و"الجامع لأحكام القرآن" للقرطبي، و"فتح الباري" لابن حجر، و"نيل الأوطار" للشوكاني⁽⁴⁾.

ثانياً - المنهج العلمي للفقه المقارن

تناول المسائل الخلافية على الطريقة المقارنة يقتضي اتباع جملة من الخطوات المنهجية الآتية:

1 - صورة المسألة: بيان المراد بها وتمييز أوصافها؛ لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره .

1 - "بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله" لفتحي الدريني، مرجع سابق، (22/1) .

2 - "بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله" لفتحي الدريني، مرجع سابق، (23/1) .

3 - "كشاف الظنون" لحاجي خليفة، بغداد، مكتبة المثنى، د.ط، د.ت، (721/1) .

4 - ينظر: "مسائل في الفقه المقارن" لعمر الأشقر وآخرون، عمان: دار النفائس، ط2، 1418 هـ، (12/1).

- 2 - تحرير محل النزاع: بيان موضع الوفاق؛ ليتم استبعاده أثناء المطارحة الفقهية .
- 3 - عرض أقوال المختلفين: بنسبة الآراء الفقهية إلى المذاهب الفقهية، وتحري الدقة في حكاية معتمد المذهب من خلال مصطلحات علمية مخصصة لهذا الشأن كما سيأتي .
- 4 - ذكر أدلة المختلفين: بيان وجه الدلالة فيها وما يرد عليها من مناقشات وأجوبة، ويستحسن أن تكون عقب كل قول، وتكون المناقشات متصلة بأدلتها؛ كي لا يتشتت ذهن القارئ .
- 5 - تحقيق سبب الخلاف: بعد الاطلاع على مآخذ الفقهاء سيقف على الأسباب التي أوجبت الخلاف، سواء ما تعلق بالأدلة المختلف فيها أو القواعد الأصولية أو تعارض الأدلة وما هو أولها بالترجيح، وغيرها كثير، وقد ألفت فيها كتب كثيرة من جهة التأصيل، وأفضلها من جهة التطبيق على المسائل الجزئية في شتى الأبواب الفقهية هو كتاب "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد .
- 6 - اختيار القول الراجح: مع دعم الرأي المختار بالأدلة والأسباب الموضوعية التي أوجبت ترجيحه، كسلامة الأدلة من المعارض الراجح أو الموافقة لمقاصد الشريعة الكلية⁽¹⁾.

ثالثا - الغاية من دراسة الفقه المقارن .

- إن انكباب طالب العلم على دراسة الفقه المقارن يحصل منه تحقيق جملة من الفوائد، ويمكن إجمالها في الأمور الآتية⁽²⁾:
- 1 - التعرف على الأدلة التي استند إليها المختلفون ينير درب الباحث ليعرفه على المسألة من زواياها المختلفة، فيستفيد من جهودهم في تحديد الرأي الراجح، ويمكنه من إبداء رأي اجتهادي جديد مدعم بدليل يراه أقوى سندا من كل ما عثر عليه من أدلة المجتهدين، ولا سيما إذا كان مناط الحكم هو اختلاف الظروف.
- قال عطاء: « لا ينبغي لأحد أن يفتي الناس حتى يكون عالما باختلاف الناس، فإنه إن لم يكن كذلك ردّ من العلم ما هو أوثق من الذي في يديه »⁽³⁾.

1 - ينظر: "علم الفقه المقارن ودوره في ترسيخ القيم المجتمعية" لأحمد صدقي عبد الحميد، القاهرة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية بجامع الأزهر، العدد: 35، (ص: 4628-4629).

2 - ينظر: "بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله" لفتحي الدريني، مرجع سابق، (1/28-29). "مسائل في الفقه المقارن" لعمر الأشقر وآخرون، مرجع سابق، (1/11-14).

3 - "جامع بيان العلم وفضله" لابن عبد البر، تحقيق أبي الأشبال الزهيرى، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 1414 هـ، (816/2) .

2 - تنمية المملكة الفقهية وتأهيل المتعلم للنبوغ في علم الفقه، فيتعرف إلى أقوال الفقهاء في المسائل المختلف فيها، « ويتدرّب الناظرُ فيها بالسؤال والجواب، ويفتح ذهنه ويتميّز عند ذوي البصائر والألباب، ويعرف الأحاديثَ الصّحيحة من الضّعيفة، والدلائل الرّاجحة من المرجوحة، ويقوم بالجمع بين الأحاديث المتعارضات والمعمول بظاهرها من المؤولات، ولا يشكل عليه إلّا أفراد من النّادر»⁽¹⁾.

وقال تاج الدين السبكي: « إنّ المرءَ إذا لم يعرف علمَ الخلاف والمأخذ لا يكون فقيها إلى أن يلج الجمل في سمّ الخياط، وإنّما يكون رجلاً ناقلاً نقلاً مُخبطاً، حاملَ فقهٍ إلى غيره، لا قدرة له على تخريج حادٍ بموجودٍ، ولا قياسَ مستقبلٍ بحاضرٍ، ولا إلحاقَ شاهدٍ بغائبٍ، وما أسرع الخطأ إليه، وأكثر تراحم العَلَط عليه، وأبعد الفقه لديه»⁽²⁾.

3 - تقدير جهود أئمة المذاهب الفقهية المختلفة حق قدرها، والافتناع بأن فهمهم هي نتاج التفقه في الكتاب والسنة من خلال الوقوف على كيفية استنباط الأئمة للمسألة من مصادرها، والكشف عن دخائلها⁽³⁾.

قال ابن تيمية: « ولُيعلمَ أنّه ليس أحدٌ من الأئمة المقبولين عند الأمة قبولاً عاماً يتعمّد مخالفة رسول الله ﷺ في شيءٍ من سنّته؛ دقيقٍ ولا جليلٍ؛ فإنّهم مُتّفقون اتّفاقاً يقينياً على وجوب اتّباع الرّسول، وعلى أنّ كلّ أحدٍ من النّاس يُؤخذ من قوله ويُترك إلّا رسول الله ﷺ، ولكن إذا وُجدَ لواحد منهم قولٌ قد جاء حديث صحيح بخلافه فلا بدّ له من عذرٍ في تركه. وجميع الأعدار ثلاثة أصناف: أحدها: عدمُ اعتقاده أنّ النبي ﷺ قاله. والثاني: عدمُ اعتقاده إرادة تلك المسألة بذلك القول. والثالث: اعتقاده أنّ ذلك الحكم منسوخٌ»⁽⁴⁾.

4 - تحديد منشأ الخلاف أو سببه؛ لبيان موقف الضعف أو القوة فيه، فيكون عوناً ومقدمة لترجيح الرأي الذي يستند إلى السبب القوي، وذلك مما يضيّق هوة الخُلف بين المجتهدين، ويفضي إلى تبيين وجه الحق في غالب ظن الباحث المجتهد.

1 - "المجموع شرح المذهب" للنووي، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت، (5/1).

2 - "طبقات الشافعية الكبرى" للسبكي، القاهرة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1413 هـ، (319/1).

3 - ينظر: "محاضرات في الفقه المقارن" لمحمد سعيد رمضان البوطي، بيروت، دار الفكر، ط2، 1401 هـ، (ص:5-6).

4 - "مجموع الفتاوى" لابن تيمية، جمع عبد الرحمن بن قاسم، المنصورة، دار الوفاء، ط3، 1426 هـ، (232/20).

5 - اجتثاث أصول الهوى والتحرر من ريقة الجمود والتعصب المذموم، وتحقيق الشخصية العلمية النزیهة التي تسعى إلى معرفة حقائق الشرع والمحافظة على قصد الشارع في ضوء الأدلة التي نصبت لذلك، فالتعصب للرجال ینافی المنهج الذي أمرنا به عند التنازع والاختلاف في قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ نَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء:59] .

6 - إحياء التراث الإسلامي بما يؤكد أصالة فقہنا واستقلاله عن غيره، فنبني به حاضرنا ونستشرف به مستقبلنا .

المحاضرة الأولى: قبض المبيع

أولاً: مفهوم القبض ومشروعيته

القبض لغة « يدلُّ على شيء مأخوذ وتجمُّع في شيء، تقول: قبضتُ الشيءَ من الشمال وغيره قبضاً »⁽¹⁾، ويقال: صار الشيء في قبضي وقبضتي، أي: في ملكي، وقد يأتي بمعنى التناول للشيء باليد ملازمة⁽²⁾.

ومقصد المتعاقدين من معاملاتهم قبض الأموال والتمكن من التصرف فيها، ولا معنى للملك إلا ذلك؛ إذ هو ثمرته وفائدته، وقد دلَّ على مشروعية قبض المبيع أحاديث كثيرة، فمن ذلك ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « مَنِ ابْتاعَ طَعامًا فَلَا يَبِعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ »⁽³⁾، وهو بلفظه من رواية عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وقال فيها: « وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ بِمَنْزِلَةِ الطَّعامِ »⁽⁴⁾، وقال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: « رَأَيْتُ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الطَّعامَ مَجازِفَةً، يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ يَبِيعُوهُ حَتَّى يُؤْوُوهُ إِلَى رِحالِهِمْ »⁽⁵⁾.

فدلت هذه الأحاديث وغيرها على أن الملك يحصل للمشتري قبل القبض وذلك بالإيجاب والقبول، فأثبت صحة البيع الأول قبل القبض في قوله: « مَنِ ابْتاعَ طَعامًا »، ولكن منعه من التصرف فيه بالبيع مرة أخرى قبل قبضه بقوله: « فَلَا يَبِعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ »، فأثر القبض له تعلق في صحة التصرف في المبيع لا في انعقاده ابتداء⁽⁶⁾.

وإذا كان القبض ليس شرطاً في انعقاد البيع ابتداءً، فإنه من تمامه ولوازمه بحيث إذا تم العقد بالإيجاب والقبول واستوفى أركانه وشروطه فإنه يلزم المشتري أن يسلم الثمن ويلزم البائع تسليم المبيع، غير أن هذا التسليم قد يكون حاضراً وقد يكون مؤجلاً، والتأجيل المعتبر شرعاً هو الذي

1 - ينظر: "مقاييس اللغة" لابن فارس، مصدر سابق، (41/5).

2 - ينظر: "لسان العرب" لابن منظور، بيروت، دار صادر، ط3، 1414 هـ، (214/7).

3 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، برقم: 2133. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3832.

4 - أخرجها: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3832.

5 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، برقم: 2131. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3841.

6 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديبان، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط2، 1432 هـ، (452/2).

لا يلزم منه الوقوع في محذور شرعي فيحرم تأخيره لذلك، ففي بيع السلم يوقع تأخير رأس مال السلم في بيع الدين بالدين، وفي بيع الأموال الربوية يوقع التأخير في ربا النسيئة. وتسليم المبيع يشمل: التسليم الحسي، وهو: القبض باليد ويسمى "القبض الحقيقي"، والتسليم الحُكْمِي، وهو: التمكن من القبض والتخلية بين المعقود عليه وبين من انتقل ملكه إليه بالعقد ويسمى "القبض المعنوي".

ثانياً؛ ضابط قبض المبيع

تظهر أهمية القبض بما له من علاقة قوية بانتقال ضمان المعقود عليه من أحد الطرفين إلى الآخر، ثم جواز التصرف فيه، وإذا كان هذا شأن القبض في المعاملات المالية عموماً، فما هي الطريقة التي يحصل بها القبض؟ وهل القبض بمنزلة واحدة في جميع الأموال؟

فجواباً على ذلك نقول بأن الفقهاء اتفقوا إجمالاً على أن المرجع في تحديد كيفية القبض هو العرف؛ لأن لفظ القبض جاء مطلقاً، ولم يرد تحديده في الشرع ولا في اللغة، فيكون المرجع في ذلك العرف، وسأورد جملة من نصوص الفقهاء الدالة على تعليل كيفية القبض بالعرف والعادة، فمن ذلك:

1 - يقول الكاساني من الحنفية: « ولا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ بِالْبَرَاكِمِ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْقَبْضِ: هُوَ التَّمَكُّنُ وَالتَّخَلُّي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة »⁽¹⁾.

2 - ويقول ابن شاس من المالكية: « وأما صورة القبض فتحكم فيه العادة، وهو فيها متنوع بتنوع المبيعات »⁽²⁾.

3 - ويقول الماوردي الشافعي: « وما أطلقه الشرع ولم يكن محدوداً في اللغة كان الرجوع في حدّه إلى العرف كالقبض في المبيعات »⁽³⁾.

4 - ويقول ابن قدامة الحنبلي: «القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف »⁽⁴⁾. ومع هذا الاتفاق فقد جرى الخلاف في كيفية القبض بناء على الاختلاف هل العرف كذلك أو لا، وهذا الاختلاف كان حسب طبيعة المبيع من عقار أو منقول، أو طريقة البيع بالجزاف أو بالكيل والوزن، وفيما يأتي تفصيل وبيان لمواطن اتفاق الفقهاء واختلافهم مع بيان أدلتهم في ذلك بقدر

1 - "بدائع الصنائع" للكاساني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1406 هـ، (148/5).

2 - "عقد الجواهر الثمينة" لابن شاس، تحقيق: حميد لبحر بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1423 هـ، (391/2).

3 - "الحاوي الكبير" للماوردي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419 هـ، (44/5).

4 - "المغني" لابن قدامة، بيروت، دار الفكر، ط1، 1405 هـ، (235/4).

الإمكان، من غير ذكر لأسباب الخلاف أو القول الراجح فيها، فهذا أمر مؤجل إلى المحاضرة الثانية المتعلقة ببيع المبيع قبل قبضه؛ لما بين الموضوعين من صلة وثيقة، حيث لم تذكر في كتب الفقهاء إلا مقرونة مع بعضها، وبينهما تداخل كبير قد يوقعنا في تكرار الأدلة والاعتراضات الواردة عليها.

ثالثاً: أنواع قبض المبيع

1 - قبض العقار

أ- مفهوم العقار:

العقار: كل ما له أصل ثابت، لا يمكن نقله، ولا تحويله كالدور والأراضي، وأما البناء والشجر فلا يعتبران من العقار إلا على وجه التبعية، فهي عقار باعتبار اتصاله بالأرض، أما إذا لم يتصل بالأرض فهو منقول⁽¹⁾.

ب - تحرير محل النزاع:

وقد اتفق الفقهاء في الجملة على أن قبض العقار يكون بالتخلية، وحقيقتها: أن يسلم البائع العقار للمشتري ويرفع ملكه عنه، بحيث يتمكن المشتري من القبض بلا حائل ولا مانع⁽²⁾.

فمتى وجدت التخلية على الوجه المذكور صار المشتري قابضاً وإن لم يقبضه جسماً؛ لأن تمكنه من القبض بإذن البائع مع عدم المانع والحائل قائم مقام القبض الحقيقي (الحسي)، فلو هلك المبيع هلك على المشتري لدخوله في ضمانه⁽³⁾.

ويشهد لذلك أن التسليم مأخوذ من قول العرب: قد سلم الشيء لفلان: إذا خلص له، ومنه قوله تعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ﴾ [الزمر: 29]، أي: خالصاً لا يشركه فيه أحد⁽⁴⁾، فيكون تسليم المبيع بجعله خالصاً للمشتري بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية⁽⁵⁾.

ولكن هل يشترط إخلاء العقار من أمتعة البائع؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

- 1 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (457/2-458).
- 2 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (244/5). "التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب" لخليل بن إسحاق، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429 هـ، (503/5). "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (376/5). "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، الرياض، دار عالم الكتب، د.ط، 1423 هـ، (17/4).
- 3 - ينظر: "القبض الحقيقي والحكمي" لنزيه حماد، بحث منشور في "مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي" (724/1/6).
- 4 - ينظر: "الزاهر في معاني كلمات الناس" لابن الأنباري، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1412 هـ، (106/1)، "لسان العرب" لابن منظور، مصدر سابق، (291/12).
- 5 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (244/5).

ج - الأقوال في المسألة:

القول الأول: أن الإخلاء شرط في حصول القبض، وهو مذهب الحنفية والشافعية، ووجه قولهم أن التسليم في العرف موقوف على ذلك⁽¹⁾.

القول الثاني: أن الإخلاء شرط في دار السكنى خاصة، وليس شرطاً في غيرها من العقارات كالأرض وما اتصل بها من بناء، وهو مذهب المالكية، فلو باع داراً للسكنى وسلمها إلى المشتري وله فيها متاع قليل كان أو كثيراً فلا يعتبر تسليمها حتى تكون فارغة⁽²⁾.

القول الثالث: أن خلو العقار من متاع البائع ليس شرطاً للتخلية مطلقاً، وهو مذهب الحنابلة، فيحص قبض العقار بتخليته بلا حائل بأن يفتح له باب الدار أو يسلمه مفتاحها ونحوه، وإن كان فيها متاع للبائع؛ عملاً بالعرف⁽³⁾.

2 - قبض الثمار على الشجر

اختلف الفقهاء في الكيفية التي يتحقق بها قبض الثمار على الشجر على قولين مشهورين:

القول الأول: أن قبض الثمار يتحقق بالتخلية، وهو مذهب الحنفية والشافعية والمشهور عند الحنابلة⁽⁴⁾، ووجه هذا القول أن للمشتري بيعها بعد التمكن منها، ولو لم تكن مقبوضة لم يجز⁽⁵⁾.

القول الثاني: أن قبض الثمار يكون بتمام الاستيفاء، والتخلية بينه وبينها ليست بقبض لها، وهو مذهب المالكية وقول عند الحنابلة⁽⁶⁾، فمن اشترى ثماراً على الشجر بعد بدو صلاحها جاز لمشتريها إبقاؤها إلى الجذاذ، فقبل جذاذها لا يعتبر قد تمكن من استيفائها، والقبض التام لا يكون إلا بتمام الاستيفاء، ومجمل أدلتهم في ذلك:

- 1 - ينظر: "حاشية ابن عابدين"، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1421 هـ، (562/4). "نهاية المحتاج" للرملي، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1404 هـ، (97/4).
- 2 - ينظر: "الشرح الكبير" للدردير، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت، (145/3).
- 3 - ينظر: "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، مصدر سابق، (121/4).
- 4 - ينظر: "حاشية ابن عابدين"، مصدر سابق، (562/4). "المهذب في فقه الإمام الشافعي" للشيرازي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت، (14/2). "كشاف القناع" لليهوتي، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1402 هـ، (285/3).
- 5 - "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (207/5).
- 6 - ينظر: "المنتقى" للبايجي، القاهرة، مطبعة السعادة، د.ط، د.ت، (232/4). "مجموع الفتاوى" لابن تيمية، مصدر سابق، (260/30).

- 1 - أن النبي ﷺ قضى بوضع الجوائح فقال: « لو بعتَ من أخيكَ ثَمراً فأصابتهُ جائحةٌ ، فلا يحلُّ لك أن تأخذَ منه شيئاً، بِمَ تأخذُ مالَ أخيكَ بغيرِ حقٍّ؟ »⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن الجائحة ثبتت في الثمرة بعد تخلي البائع عنها إلى المبتاع، وهي في أصل شجره، ويجب على البائع سقيها، فلو كان ذلك قبضاً لكانت من ضمان المشتري⁽²⁾.
- 2 - أن قبض الثمرة التي لم يكمل صلاحها من جنس قبض المنافع؛ فإن المقصود إنما هو جذاذها بعد كمال الصلاح⁽³⁾.

3 - قبض ما فيه حق توفية

المقصود بالمبيع الذي فيه حق توفية هو ما يبيع على قدر محدد من الكيل أو الوزن أو الطول أو غير ذلك من التقديرات، أو يبيع على رؤية سابقة، وقد اختلف الفقهاء في طريقة تحقق القبض فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن قبض ما فيه حق توفية تكفي فيه التخلية، وهذا مذهب الحنفية وقول عند الحنابلة والظاهرية⁽⁴⁾.

القول الثاني: أن قبض ما فيه حق توفية لا تكفي فيه التخلية بل لا بد من من استيفاء قدره مطلقاً سواء أكان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذروعاً، وهذا مذهب المالكية والمعتمد عند الحنابلة⁽⁵⁾، ودليلهم في ذلك ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: « مَنْ ابْتاعَ طَعاماً فلا يَبِعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ »⁽⁶⁾، وجاء تفسير القبض مفسراً في رواية أخرى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: « مَنْ ابْتاعَ طَعاماً فلا يَبِعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ »⁽⁷⁾، فتكون « حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » تفسيراً لـ: « حَتَّى يَقْبِضَهُ »؛ ووجه ذلك أن الاستيفاء فيما

- 1 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب وضع الجوائح، برقم: 3976.
- 2 - ينظر: "المقدمات الممهدة"، ابن رشد، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1: 1408 هـ، (539/2)
- 3 - ينظر: "مجموع الفتاوى" لابن تيمية، مصدر سابق، (260/30).
- 4 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (244/5). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (238/4). "المحلى" لابن حزم، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت، (478/7).
- 5 - ينظر: "مواهب الجليل" للحطاب، مصدر سابق، (477/4). "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (461/4).
- 6 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، برقم: 2133. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3832.
- 7 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي، برقم: 2126. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3834.

يكال أو يوزن لا يكون إلا بالكيل أو الوزن وهو المعروف من كلام العرب في معنى الاستيفاء، بدليل قوله عز وجل: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كَلْتُمْ﴾ [الإسراء: 35]⁽¹⁾.

القول الثالث: أن ما فيه حق توفية لا يتحقق قبضه إلا بنقله بعد استيفاء قدره، وهو مذهب الشافعية⁽²⁾، ووجه قولهم أن أن لفظ: «حَتَّى يَقْبِضَهُ» فيه زيادة في المعنى على لفظ «حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»؛ لأنه قد يستوفيه بالكيل بأن يكيه البائع ولا يقبضه للمشتري بل يجسه عنده لينقده الثمن مثلا، فيكون الواجب مجموع اللفظين: الاستيفاء والقبض، أما استيفاء المبيع المنقول من البائع، وتبقيته في منزل البائع، لا يكون قبضا شرعيا، حتى ينقله المشتري إلى مكان لا اختصاص للبائع به⁽³⁾.

4 - ما ليس فيه حق توفية

ما ليس فيه حق توفية هو كل منقول بيع جزافا أو كان من الجواهر والسمتاع والدواب وغيرها من العروض، فإن الفقهاء قد اختلفوا في كيفية تحقق القبض فيها على قولين: القول الأول: أن قبضه يكون بالتخلية مع التمييز، ولو لم يحصل تقدير أو نقل، وهذا مذهب الحنفية والمالكية وقول عند كل من الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾. ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - أن ما اشترى جزافا استيفاؤه بتمام العقد فيه؛ لأنه ليس فيه توفية أكثر من ذلك، والنبى ﷺ قال: «حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»، والاستيفاء يحصل بالتخلية⁽⁵⁾.

2 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبي، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم، فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: «بِعْنِيهِ»، قال: «هو لك يا رسول الله»، قال: «بِعْنِيهِ»، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر، تَصْنَعُ بِهِ مَا شِئْتَ»⁽⁶⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ لم يقبض البعير بنقله، ولا بوضع يده عليه، وإنما حصل القبض بالتخلية

1 - ينظر: "التمهيد" لابن عبد البر، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1420 هـ، (223/5).

2 - ينظر: "المجموع" للنووي، مصدر سابق، (278/9).

3 - ينظر: "فتح الباري" لابن حجر، دمشق، مكتبة دار الفيحاء، ط3، 1421 هـ، (443/4).

4 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (244/5). "الذخيرة" للقرافي، مصدر سابق، (132/5). "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (517/3). "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (470/4).

5 - ينظر: "المنتقى" للباحي، مصدر سابق، (232/4).

6 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئا، فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا...، برقم: 2115.

بينه وبينه مع تمييزه وتعيينه، وهذا كاف في القبض، ولذلك تصرف فيه الرسول ﷺ في البعير بالهبة، وهي نوع من التصرف⁽¹⁾.

ونوقش بأن الحديث دليل على جواز هبة الشيء قبل قبضه، وليس فيه دليل على أن القبض قد حصل في هذه القصة بالتخلية، وإنما صح هبة المبيع قبل قبضه؛ لأن الهبة ليست من عقود المعاوضات، وإنما هي من عقود الإحسان، فلا يكون التصرف فيها عرضة لربح ما لم يضمن، فيجوز فيها ما لا يجوز في البيع، ألا ترى أن بيع المجهول لا يجوز، ويجوز هبته على الصحيح⁽²⁾.

3 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: « كنت أبيع الإبل بالبيع، فأقبضُ الورق من الدنانير، والدنانيرَ من الورق فأتيت النبي ﷺ وهو في بيت حفصة، فقلت: «يا رسول الله، رؤيدك أسألك: إنني كنتُ أبيعُ الإبلَ بالبيع فأقبضُ هذه من هذه وهذه من هذه، فقال: « لا بأسَ أن تأخذها بسعْرِ يَوْمِهَا ما لَمْ تَفْتَرِقا وَبَيْنَكُما شَيْءٌ »⁽³⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان يشتري من بائعه الذهب المستقر في ذمته بالفضة، مع أن بائعه لم يستلم بعد ذهبه الذي كان ثمنًا لإبله، فهذا دليل على أن القبض هو التخلية والتمكن، وليس النقل الفعلي، ولكن العملية الثانية لما كانت من الربويات اشترط الرسول ﷺ القبض الفوري في المجلس⁽⁴⁾.

4 - أن ما ليس فيه حق توفية يجبر فيه البائع على إقباضه للمشتري ولا يستطيع فسخ البيع، ولو امتنع لعدَّ غاصبا، فدل ذلك على وقوع القبض بمجرد تمكين البائع المشتري من تسلّم المبيع وإن لم يحدث القبض باليد، فإن هلك المبيع قبل قبضه باليد لكان من ضمان المشتري؛ لأنه فرط في تسلّمه والبائع لم يكن منه تفريط فيما يجب عليه⁽⁵⁾.

القول الثاني: أن قبض الجزاف يكون بنقله وتحويله من مكانه، وهذا مذهب الشافعية وقول عند الحنابلة⁽⁶⁾، ودليلهم ما تشهد له ظواهر الأحاديث والآثار الآتية، فمن ذلك: قول عبد الله بن عمر

1 - ينظر: "حاشية على سنن أبي داود" لابن القيم، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1415 هـ، (281/9).

2 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للدبيان، مرجع سابق، (483/2).

3 - أخرجه: أحمد في "المسند" (139/2)، وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق، برقم: 3356، والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، برقم: 4582، والحاكم في "المستدرک" (44/2) وقال: « هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرّجاه ».

4 - ينظر: "القبض: صورته وبخاصة المستجدة منها وأحكامها" للقره داغي، وهو بحث منشور في مجلة "مجمع الفقه الإسلامي الدولي" (564/1/6).

5 - ينظر: "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، تحقيق: عبد الحق حميش، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1419 هـ، (973/2).

6 - ينظر: "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (517/3). "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (470/4).

«رَأَيْتُ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الطَّعَامَ مَجَازِفَةً، يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعُوهُ حَتَّى يُؤْوُوهُ إِلَى رِحَالِهِمْ»⁽¹⁾، وفي رواية أخرى: «كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرِّكْبَانِ جِزَافًا، فَهَنَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ»⁽²⁾، وفي قصة أخرى قال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «ابْتَعْتُ زَيْتًا فِي السُّوقِ، فَلَمَّا اسْتَوْجَبْتُهُ لِنَفْسِي، لَقِينِي رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِهِ رَجًّا حَسَنًا، فَأَرَدْتُ أَنْ أَضْرِبَ عَلَى يَدِهِ، فَأَخَذَ رَجُلٌ مِنْ خَلْفِي بِذِرَاعِي فَالْتَفَتُ، فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، فَقَالَ: لَا تَبِعْهُ حَيْثُ ابْتَعْتَهُ، حَتَّى تَحُوزَهُ إِلَى رَحْلِكَ؛ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ بُتِيعَ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ»⁽³⁾.

ونوقش بأن الأمر بتحويل السلع من مكانها ليس من أجل تحقق القبض الذي يلزم منه الضمان، ولكن لمعنى آخر وهو ظهورها في أعين الناس فتطمئن نفوسهم إلى توفرها في السوق ولا تبقى محتكرة عند التجار مما يؤدي إلى غلاء أسعارها، وقد جعل البخاري هذا الحديث تحت باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، وهذا استنباط عجيب!

قال ابن عاشور: «النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، علته طلب رواج الطعام في الأسواق»⁽⁴⁾.

-
- 1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، برقم: 2131. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3841.
 - 2 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3837.
 - 3 - أخرجه: أبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى، برقم: 3499.
 - 4 - "مقاصد الشريعة الإسلامية"، محمد الطاهر بن عاشور، القاهرة: دار السلام، د.ط: 1427 هـ، (ص: 18).

المحاضرة الثانية: بيع المبيع قبل قبضه

أولاً: صورة المسألة وتحريم وحل النزاع

تبرم العقود وتترتب عليها أحكامها، وقد يتأخر القبض عن وقت العقد، وربما يرغب من انتقلت إليه ملكية المبيع أن يتصرف فيه بالبيع قبل قبضه، فهل له ذلك؟
اتفق الفقهاء على أن من اشترى شيئاً ما وصار مالكا له مُلْكاً بَأْتِماً فإنه يجوز له بيعه بعد قبضه، ولكنهم اختلفوا في جواز بيعه قبل قبضه - في الجملة - على ثلاثة أقوال⁽¹⁾.

ثانياً: الأقوال في المسألة

- القول الأول: يصح بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول، وهو المذهب عند الحنفية⁽²⁾.
- القول الثاني: لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه، وما عدا ذلك فهو على أصل الجواز، وهو مذهب المالكية والمشهور عند الحنابلة⁽³⁾.
- القول الثالث: حرمة بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً، عقاراً كان أو منقولاً، مطعوماً كان أو غير مطعوم، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية ومذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة والظاهرية⁽⁴⁾.

ثالثاً: أدلة الأقوال والمناقشة

- أدلة القول الأول: استدل من ذهب إلى صحة بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول، بنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض، فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: « قلت: يار سول الله، إني أبتاع هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: « يَا ابْنَ أَحْيَى لَأَتَّبِعَنَّ شَيْئاً حَتَّى تَقْبِضَهُ »⁽⁵⁾، غير أنهم استثنوا العقار من الحديث اعتباراً بأن علة النهي هي غرر الانفساخ بهلاك المبيع قبل قبضه، وهذه العلة منتفية في العقار؛ لأن هلاكه نادر⁽⁶⁾.

1 - هناك قول بجواز بيع المبيع قبل قبضه بإطلاق، وهو منسوب إلى عثمان بن عفان، وقد حكم عليه بالشذوذ؛ لوجود الإجماع على بطلان بيع الطعام قبل قبضه. ينظر: "التمهيد" لابن عبد البر، مصدر سابق، (222/5).

2 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (180/5).

3 - ينظر: "شرح مختصر خليل" للخرشي، مصدر سابق، (163/5). "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (241/3).

4 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (181/5). "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (508/3). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (239/4). "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (472/7).

5 - أخرجه: عبد الرزاق في "المصنف" (39/8)، والدارقطني في "سننه" (390/3). والبيهقي في "السنن الكبرى": كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض، برقم: 1918. وحسنه النووي في "المجموع"، مصدر سابق، (328/9).

6 - ينظر: "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" للزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت، (126/6).

ونوقش: بأن حديث النهي جاء عاما في العقار والمنقول، والعقار قبل قبضه هو في ضمان البائع، فإذا باعه المشتري فقد ربح فيما ليس في ضمانه، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن (1).

• أدلة القول الثاني: من ذهب إلى حرمة بيع الطعام قبل قبضه فقط، وما عدا ذلك فهو على أصل الجواز، فإن مجمل أدلتهم ترجع إلى الآتي:

1 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ» (2)، ووجه الدلالة من الحديث:

أولا: أن تخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له (3).
ثانيا: أن النهي محمول على ما اشترى كيلا أو وزنا؛ لأنه لا يدخل في ضمانه حتى يستوفيه بالكيل أو الوزن، فإذا باعه قبل أن يستوفيه، كان قد ربح فيما لم يضمن .

2 - قول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «مَا أَدْرَكَتُهُ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُبْتِئَاعِ» (4)، أي: ما كان عند العقد موجودا فهلك بعد ذلك فهو من ضمان المشتري، فإذا صح أنه مضمون على المشتري صح له التصرف فيه، لما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» (5)، ووجه الدلالة من الحديث أن المبيع قبل القبض في ضمان المشتري، فيكون خراجه له، ومشروعية الربح يلزم منها جواز البيع قبل القبض .

1 - أخرجه: أحمد في "المسند" (205/2)، وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم: 3506، والترمذي في "سننه": كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم: 1234، والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب شرطان في بيع... برقم: 4630، وابن ماجه في "سننه": كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك... برقم: 2188. والحاكم في "المستدرک" (21/2) وقال: «هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح».

2 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، برقم: 2133. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه، برقم: 3832.

3 - ينظر: "المعلم بفوائد مسلم" للمازري، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر، ط2، 1988م، (253/2).

4 - أخرجه: البخاري في "صحيحه" تعليقا بصيغة الحزم في: كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعا أو دابة، فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض، والدارقطني في "سننه" (6/4). وقال الألباني "إرواء الغليل": «إسناده صحيح على شرط الشيخين».

5 - أخرجه: أحمد في "المسند" (49/6)، وأبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب في من اشترى عبدا واستعمله ثم وجد به عيبا، برقم: 3512، والترمذي في "جامعه": أبواب البيوع، باب في من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، برقم: 1286، والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب الخراج بالضمآن، برقم: 4490، وابن ماجه في "سننه": كتاب التجارات، باب الخراج بالضمآن، برقم: 2243.

3 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم، فيزجره عمر ويرده، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر: « بَعْنِيهِ »، قال: « هو لك يا رسول الله »، قال: « بَعْنِيهِ »، فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « هو لك يا عَبْدَ اللَّهِ بنِ عُمَرَ، تَصْنَعُ بِهِ مَا شِئْتَ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقبض البعير بنقله، ولا بوضع يده عليه، وإنما حصل القبض بالتخلية بينه وبينه مع تميزه وتعيينه، وهذا كاف في القبض، ولذلك تصرف فيه الرسول صلى الله عليه وسلم في البعير بالهبة، وهي نوع من التصرف⁽²⁾.

ونوقش بأن الحديث دليل على جواز هبة الشيء قبل قبضه، وليس فيه دليل على أن القبض قد حصل في هذه القصة بالتخلية، وإنما صح هبة المبيع قبل قبضه؛ لأن الهبة ليست من عقود المعاوضات، وإنما هي من عقود الإحسان، فلا يكون التصرف فيها عرضة لربح ما لم يضمن، فيجوز فيها ما لا يجوز في البيع، ألا ترى أن بيع المجهول لا يجوز، ويجوز هبته على الصحيح⁽³⁾.

ويجاب عنه: أن الهبة في معنى البيع من جهة لزوم العقد وإن لم يحصل القبض على مذهب المالكية، فإذا كان الغرر مانعا من صحة تصرف المشتري فيما اشتراه قبل قبضه لاحتمال عدم تسليمه للمشتري الثاني، فإن هذا الغرر موجود أيضا في عقد الهبة، ومع ذلك لم يعتبره الشارع فأجاز هبة ما لم يقبض، وإذا جاز في الهبة كان جائزا في البيع.

4 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: « كنت أبيع الإبل بالبيع، فأقبضُ الورق من الدنانير، والدنانير من الورق فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة، فقلت: « يا رسول الله، رُوَيْدُكَ أَسْأَلُكَ: إِنِّي كُنْتُ أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَيْعِ فَأَقْبِضُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ وَهَذِهِ مِنْ هَذِهِ، فَقَالَ: « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ »⁽⁴⁾، ووجه الدلالة من الحديث أنه تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين⁽⁵⁾.

1 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئا، فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا...، برقم: 2115.

2 - ينظر: "الحاشية على سنن أبي داود" لابن القيم، مصدر سابق، (136/5).

3 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديبان، مرجع سابق، (483/2).

4 - أخرجه: أحمد في "المسند" (139/2)، وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق، برقم: 3356،

والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، برقم: 4582، والحاكم في "المستدرک" (44/2)

وقال: « هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ».

5 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (239/4).

● أدلة القول الثالث: مجمل أدلة من ذهب إلى حرمة بيع المبيع قبل قبضه مطلقا ترجع إلى الآتي:

1 - عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: « يا رسول الله، الرَّجُلُ يَسْأَلُنِي الْبَيْعَ وَلَيْسَ عِنْدِي، أَفَأَبِيعُهُ؟ قال: « لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن من باع ما لم يقبضه، فقد باع ما ليس عنده.

ونوقش بأنه قد ورد في روايات أخرى أن حكيم بن حزام قال: « فَيَسْأَلُنِي الْبَيْعَ لَيْسَ عِنْدِي، أَبِيعُهُ مِنْهُ، ثُمَّ أَبْتَاعُهُ لَهُ مِنَ السُّوقِ...»، فدل على أن المراد بـ « مَا لَيْسَ عِنْدَكَ »، أي: ما ليس في ملكك؛ لأنه غرر، إذ قد يجوز أن لا يقدر على تلك السلعة، أو لا يسلمها إليه مالكها، ودلّ الحديث بمفهوم المخالفة أنه لو اشترى بالعقد الذي هو إيجاب وقبول، فصار ملكا له، فله الحق أن يبيع قبل القبض.

2 - نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن⁽²⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن المبيع قبل قبضه غير مضمون على المشتري، فلو حدث به عيب قبل القبض كان من ضمان البائع واستحق به المشتري الفسخ، وبناء على ذلك لا يستحق المشتري أن يطلب الربح ببيع ما في ضمان غيره⁽³⁾. ونوقش: بأن الضمان عند المالكية ينتقل إلى المشتري بنفس العقد قبل القبض الحسي، إلا ما استثني. وبناء على ذلك فالمشتري عندهم يربح مما قد ضمنه، وأما ما يفتقر إلى القبض الحسي كالطعام الذي يحتاج إلى حق التوفية، أو بيع الثمار على الشجر بعد بدو صلاحه أو امتنع البائع من تسليم المبيع، فإن الضمان عند ذلك يكون على البائع، وهم لا يجيزون بيعه في هذه الحالة .

1 - أخرجه: أحمد في "المسند" (402/3). وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم: 3503. والترمذي في "جامعه": أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم: 1232. والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب يبيع ما ليس عند البائع، برقم: 4613، وابن ماجه في "سننه": كتاب التجارات، باب التهي عن بيع ما ليس عندك...، برقم: 2187.

2 - أخرجه: أحمد في "المسند" (205/2)، وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم: 3506، والترمذي في "سننه": كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم: 1234، والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب شرطان في بيع...، برقم: 4630، وابن ماجه في "سننه": كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك...، برقم: 2188. والحاكم في "المستدرک" (21/2) وقال: « هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح ».

3 - ينظر: "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (221/5).

3 - عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: « قلت: يار سول الله، إني أبتاع هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: « يا ابن أخي لا تبعن شيئاً حتى تقبضه »⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أنه عام في النهي عن كل مبيع لم يقبض .

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف، فقد ضعفه ابن القطان الفاسي في بيان الوهم والإيهام⁽²⁾.
الوجه الثاني: أن المراد بالنهي في الحديث هو خصوص الطعام بدليل رواية الحفاظ لحديث حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: « إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تقبضه »، فيحمل المطلق على المقيد⁽³⁾.

4 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: ابْتَعْتُ زَيْتًا فِي السُّوقِ، فَلَمَّا اسْتَوْجَبْتُهُ لِنَفْسِي، لَقَيْتَنِي رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِهِ رِبْحًا حَسَنًا، فَأَرَدْتُ أَنْ أَضْرِبَ عَلَى يَدِهِ، فَأَخَذَ رَجُلٌ مِنْ خَلْفِي بِذِرَاعِي فَالْتَفَتُ، فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، فَقَالَ: « لَا تَبِعْهُ حَيْثُ ابْتَعْتَهُ، حَتَّى تَحُوزَهُ إِلَى رَحْلِكَ؛ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم نَهَى أَنْ تُبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ تُبْتَاغُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ »⁽⁴⁾.
ووجه الدلالة من الحديث أن زيد بن ثابت عمم القول في السلع سواء أكانت طعاماً أم غيره .

ونوقش: بأن المراد بالسلع في قول زيد بن ثابت هو الطعام خاصة، سواء كانت مأكولة أو مؤتدماً بها، وقول عبد الله بن عمر: « فَلَمَّا اسْتَوْجَبْتُهُ لِنَفْسِي » يدل على أنه اشتراه جزافاً بظرفه فحازه إلى نفسه، لإجماع العلماء على أنه لو استوفاه بالكيل أو الوزن إلى آخره لجاز له بيعه في موضعه، وقد صح عن ابن عمر رضي الله عنهما قوله: « قَدْ رَأَيْتُ النَّاسَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم إِذَا ابْتَاغُوا الطَّعَامَ جِزَافًا، يُضْرَبُونَ فِي أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِمْ، وَذَلِكَ حَتَّى يُؤْوُوهُ إِلَى رِحَالِهِمْ »⁽⁵⁾.

قال ابن عبد البر: « ولما أجمعوا على أنه لو قبضه وقد ابتاعه جزافاً، وحازه إلى رحله وبان به وهما جميعاً في مكان واحد ، إنه جائز له حينئذ بيعه ، علم أن العلة في انتقاله من مكان إلى مكان سواء

- 1 - أخرجه: عبد الرزاق في "المصنف" (39/8)، والدارقطني في "سننه" (390/3). والبيهقي في "السنن الكبرى": كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض، برقم: 1918. وحسنه النووي في "المجموع" (328/9).
- 2 - ينظر: "بيان الوهم والإيهام" لابن القطان الفاسي، الرياض، دار طيبة، ط1، 1418 هـ، (318/2).
- 3 - ينظر: "الاستذكار" لابن عبد البر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1421 هـ، (440/6).
- 4 - أخرجه: أحمد في "المسند" (191/5)، أبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي، برقم: 3499.
- 5 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من رأى: إذا اشترى طعاماً جزافاً، أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، والأدب في ذلك، برقم: 2137. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3841.

قبضه على ما يعرف الناس من ذلك، وأن الغرض منه القبض، وقلما يمكن قبضه إلا بانتقاله والأمر في ذلك يبين لمن فهم ولم يعاند»⁽¹⁾.

5 - عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه»، قلت لابن عباس: كيف ذلك؟ قال: « ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ»⁽²⁾. وزاد مسلم في روايته: « وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام». ووجه الدلالة من الحديث أن ابن عباس رضي الله عنه أظهر علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه هي الربا، ووجه ذلك أنه إذا اشترى طعاماً بمائة دينار مثلاً، ودفعها للبائع ولم يقبض منه الطعام، ثم باع الطعام لآخر بمائة وعشرين ديناراً، وقبضها والطعام في يد البائع فكأنه باع مائة دينار بمائة وعشرين ديناراً، وهذا المعنى لا يختص بالطعام، فيكون النهي عاماً⁽³⁾.

ونوقش من وجهين:

- الوجه الأول: أن هذا التعليل فيه نظر، فالقبض ليس له أثر في المعاملة؛ لأن تباع الدينار موجود في حالة قبض السلعة، إذ المشتري الأول سوف يشتري بمائة ويقبض السلعة ثم يبيعها بمائة وعشرين، ويبيع المشتري سلعته التي لم يقبضها لمشتري آخر ليس فيه تباعاً للدينار، والمشتري الثالث الذي سوف يشتري بمائة وعشرين لا يشتري دراهم وإنما يشتري عرضاً من العروض.

- الوجه الثاني: أن كلام ابن عباس محمول على بيع العينة، فقد أخرج الإمام مالك الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه في باب العينة وما يشبهها، فتكون المعاملة ذريعة إلى دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، فكأنه قال له: أبيع منك في الدرهم التي سألتني سلعة كذا وكذا ليست عندي أبتاعها لك، ثم تشتريها مني فيوافقه على الثمن الذي يبيعها به منه، ثم يوفي تلك السلعة من هي عنده نقداً ثم يسلّمها إلى الذي سأله العينة بما قد كان اتفق معه عليه من ثمنها فهذه العينة المجتمع عليها؛ لأنه يبيع ما ليس عندك ويبيع ما لم يقبضه ولم يستوفه ولم يصره عندك طعاماً كان أو غيره وربح ما لم يضمن لأنه ربح أصابه عند غيره قبل أن يتاعه وهذا كله قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه⁽⁴⁾.

1 - "التمهيد" لابن عبد البر، مصدر سابق، (227/5).

2 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، برقم: 2132. ومسلم في "صحيحه":

كتاب البيوع، باب من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه، برقم: 3832.

3 - ينظر: "فتح الباري" لابن حجر، مصدر سابق، (342/4).

4 - ينظر: "الاستذكار" لابن عبد البر، مصدر سابق، (370/6).

6 - وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن المبيع قبل القبض قد يسلمه البائع وقد لا يسلمه، فيكون من الغرر المنهي عنه لا سيما إذا رأى البائع المشتري قد ربح فيه فيختار أن يكون الربح له، فيسعى في رد المبيع: إما بجحده وإما باحتيال في الفسخ بأن يطلب فيه عيباً أو يدعيه عيباً أو غروراً، ثم يحصل الضرر للمشتري الثاني، بأن يشتري ما يظن أنه يتمكن من قبضه، فيحال بينه وبينه، ومثل هذا لم يكن ليحدث لو كان بيد المشتري الأول ودفعه البائع له، فإنه لا يطمع أن يكون الربح له ⁽²⁾.

ونوقش بأن هذا التعليل مؤثر في الطعام خاصة دون غيره، ووجه ذلك أن بائع الطعام يغدو عليه في اليوم الواحد العدد الكبير من الناس، فرب طعام باعه لزيد من الناس عقداً، ولم يقبضه إياه إذا وجد مشترياً آخر يدفع فيه سعراً أكبر جحد البيع الأول وباع للثاني، بخلاف غير الطعام فإن السوق فيه ليست كثيرة الحركة، ولذا فإن البائع لا يفرط في المشتري؛ لأنه يخشى أن لا يأتيه المشتري الثاني، ولذا فإن داعي الغرر وعدم توفية المشتري بضاعته فيه قليلة ويغلب عليه التوفية، ولذا فالغرر فيه يسير مغتفر ⁽³⁾.

رابعاً: سبب الخلاف

الذي يظهر - والله أعلم - أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمور ثلاثة:

- 1 - الاختلاف في علة النهي عن بيع ما لم يقبض، هل هي ذريعة الربا أم الغرر؟
- 2 - الاختلاف الظاهري بين الأحاديث والآثار ⁽⁴⁾.
- 3 - تفسير معنى القبض الوارد في الأحاديث: هل هو القبض المعنوي من خلال التمكن من القبض أو حصول القبض الحسي باليد؟

1 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، برقم: 3800.

2 - ينظر: "تفسير آيات أشكلت" لابن تيمية، تحقيق: عبد العزيز الخليفة، الرياض، مكتبة ارشد، ط1، 1417 هـ، (2/649).

3 - ينظر: "حكم التصرف في المبيع قبل قبضه" لمحمد السالم، بحث منشور في "موقع الألوكة":

<http://majles.alukah.net/t2902/#ixzz2jWejxVXc>

4 - قال ابن تيمية: « ولغموض مآخذ هذه المسائل كثر تنازع الفقهاء فيها ولم يطرّد إلى التّوهّم فيها قياس... وكثير منهم لا يُلحظُ فيها معنى؛ بل يتمسكُ فيها بظاهر التّصوص وكلّ منهما قد يتناقض فيها ». "مجموع الفتاوى" لابن تيمية، مصدر سابق، (403/29-404).

خامسا: الترجيح

- الذي يظهر - والله أعلم - أن القول الراجح في هذه المسألة الشائكة هو القول الثاني، القاضي بتخصيص النهي ببيع الطعام قبل قبضه دون غيره من المبيعات، وذلك للاعتبارات الآتية:
- 1 - أن هذا القول هو الذي تنتظم معه الأدلة المتعارضة من جهة والقواعد الكلية للمعاملات المالية .
 - 2 - أن الأصل في المعاملات الإباحة، ولا ينتقل عن هذا الأصل الكلي إلا بدليل لا شبهة فيه .
 - 3 - أن اشتراط القبض الحسي في كل الأشياء يؤدي إلى ضعف النشاط التجاري ويوقع الناس في الضيق والحرَج، وخاصة في عصرنا الحديث الذي يشهد تطورا في حركة البيع والشراء في الأسواق، وتنوع صور البيع وسرعتها⁽¹⁾.
 - 4 - أن التقابض في الطعام يجعل الطعام ظاهرا بين أعين الناس، وينتقل من مكان إلى مكان، وتجري فيه المكاييل، ويطمئن الناس إلى وجوده، فإذا وقعت فيه المضاربات وبيع بدون أن ينظر الناس إليه، تلهف الناس على وجود الطعام وأدى إلى ارتفاع الأسعار بما يثقل كاهل الفقراء، وهذا فيه مضرة شديدة، لتعلقه بأقوات الناس التي بها قيام نفوسهم⁽²⁾.

1 - ينظر: "التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة"، علاء الدين الجنكو، عمان، دار النفائس، ط1، 1423 هـ، (ص:237).

2 - ينظر: تعليق الدكتور محمد المختار السلامي على البحوث المقدمة في موضوع: "القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها وأحكامها" خلال الدورة السادسة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في جدة، سنة: 1410 هـ، "مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي" (572/1/6).

المحاضرة الثالثة: بيع العينة

أولاً: صورة المسألة

العينة في أصل اللغة: السَّلَف⁽¹⁾، وأما في اصطلاح الفقهاء، هو: « أن يبيع غيره شيئاً بثمن مؤجل ويسلمه إليه، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك الثمن نقداً⁽²⁾»، وسميت بالعينة؛ لأن عين السلعة التي باعها رجعت إليه مرة أخرى، وقيل: اشتُتت من العين وهو النقد الحاضر الذي أخذه صاحبها، والمشتري إنما يشتري السلعة لبيعها بعين حاضرة تصل إليه معجلة وليست به إلى السلعة حاجة⁽³⁾، وقيل: اشتُتت من عين الميزان، وهي زيادته؛ لأن العينة لا بدّ أن تجرّ زيادة⁽⁴⁾.

والصورة السابقة هي أشهر صور بيع العينة، وهي التي تتبادر إلى الذهن عند الإطلاق و نص عليها جماهير أهل العلم، ورتب عليها الحكم، وقد ذكرها فقهاء المالكية ضمن صور بيوع الآجال، ولكنهم جعلوا للعينة مفهوماً خاصاً، « وصفتها: أن يسأل الرجل أن يبتاع له سلعة ليست عنده فيقول له: اشتريها لي من مالك بعشرة دنانير نقداً وهي لي باثني عشر إلى شهر⁽⁵⁾».

ثانياً: تحرير محل النزاع

- اتفق الفقهاء على أن البائع الأول إن اشترى السلعة فعادت إليه بمثل الثمن الذي باعها به كان جائزاً؛ لأنه لا ربا مع التماثل، وكذا من باب أولى إن اشتراها بأكثر مما باعها به، فالزيادة عند ذلك تكون من باب الإحسان⁽⁶⁾.

قال الجصاص: « لا خلاف أن شِراءه بمثله أو أكثر منه جائز⁽⁷⁾».

- 1 - ينظر: "القاموس المحيط" للفيروزآبادي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط8، 1426 هـ، (ص:1219).
- 2 - "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، النووي، مصدر سابق، (3/419).
- 3 - ينظر: "مشارك الأنوار على صحاح الآثار"، القاضي عياض، المكتبة العتيقة ودار التراث، د.ط، د.ت، (2/107)، "لسان العرب" لابن منظور، مصدر سابق، (13/306).
- 4 - ينظر: "مقاييس اللغة" لابن فارس، مصدر سابق، (4/165).
- 5 - "المعونة على مذهب عالم المدينة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (2/1004).
- 6 - ينظر: "بداية المجتهد" لابن رشد، القاهرة: دار الحديث، د.ط، 1425 هـ، (3/161)، "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (4/277).
- 7 - "أحكام القرآن" للجصاص، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ، (1/566).

- اتفقوا على المنع من بيع العينة إذا كان البيع الثاني مشروطاً في العقد الأول نصاً⁽¹⁾.
- وأما إذا لم ينص على اشتراط البيع الثاني في صلب العقد فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين مشهورين.

ثالثاً: الأقوال في المسألة

- القول الأول: ذهب أصحابه إلى تحريم بيع العينة، وهو المعتمد عند الحنفية ومذهب المالكية والحنابلة⁽²⁾.
- القول الثاني: ذهب أصحابه إلى جواز بيع العينة، وهو قول أبي يوسف من الحنفية ومذهب الشافعية وابن حزم من الظاهرية⁽³⁾.

رابعاً: أدلة الأقوال والمناقشة

- أدلة القول الأول: مجمل أدلة من ذهب إلى تحريم بيع العينة ترجع إلى الآتي:
 - 1 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنَةِ وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَرَضِيْتُمْ بِالزَّرْعِ وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ؛ سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ »⁽⁴⁾. ووجه الدلالة ظاهر من الحديث في ذم بيع العينة؛ لأن طلب أسباب العزة الدينية، وتجنب أسباب الذلة المنافية للدين واجبان على كل مؤمن، وقد توعد على ذلك بإنزال البلاء، وهو لا يكون إلا لذنوب شديدة، وجعل الفاعل لذلك بمنزلة الخارج من الدين المرتد على عقبه⁽⁵⁾، فدل هذا الوعيد على التحريم. ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

1 - ينظر: "تكملة المجموع" للسبكي، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت، (10/145)، "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (548/7).

2 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (5/198). "المعونة على مذهب عالم المدينة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (2/1003). "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (3/186).

3 - ينظر: "حاشية ابن عابدين"، مصدر سابق، (5/273). "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (3/418). "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (548/7).

4 - أخرجه: أحمد في "المسند" (2/42)، وأبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب في النهي عن العينة، برقم: 3464.

5 - "نيل الأوطار" للشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصباطي، القاهرة، دار الحديث، ط1، 1413 هـ، (5/246).

- الوجه الأول: أن الحديث قد انفرد به الضعفاء، ففيه إسحاق بن أسيد الخرساني - نزيل مصر - لا يحتج بحديثه، وفيه عطاء الخرساني وفيه مقال، وهذه علة توجب ضعفه (1).

وأجيب عنه: بأن أن كثرة طرقه تدل على أن لهذا الحديث أصلاً، فالطرق الضعيفة إذا كثرت شد بعضها بعضاً، والحديث قد صححه ابن القطان الفاسي، وابن عبد الهادي، وقوى إسناده ابن تيمية، وابن القيم، والشوكاني، وغيرهم (2).

- الوجه الثاني: أن دلالة الحديث على التحريم غير واضحة؛ لأن العينة قرنت بالأخذ بأذنان البقر، والاشتغال بالزرع، وهذه غير محرمة، وتوعد عليه بالذل وهو لا يدل على التحريم (3).
وأجيب عنه من طريقين:

- أولهما: أن الأخذ بأذنان البقر كناية عن ظلم الراعي لرعيته وهذا محرّم، وأما الاشتغال بالزرع فهو كناية عن الركون إلى الدنيا ونسيان الآخرة، وهذا لا شك في تحريمه .

- وثانيهما: أن دلالة الاقتران ضعيفة؛ لأنه قد يجمع الكلام بين القرائن في اللفظ الواحد، ويفرق بينهما في المعاني، كقول النبي ﷺ: « تَمَنُّ الكَلْبِ حَبِيثٌ، وَمَهْرُ البَغِيِّ حَبِيثٌ، وَكَسْبُ الحَجَّامِ حَبِيثٌ » (4)، وأجرة الحجام ليست بحرام؛ لأن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره (5)، فيكون فالخبث في الحديث بمعنى الرديء (6).

2 - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: « نهى رسول الله ﷺ عن بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةِ » (7)، وفي رواية: « مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْ كَسَهُمَا أَوْ الرُّبَا »

1 - "مختصر سنن أبي داود" للمنذري، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، الرياض، مكتبة المعارف، ط1، 1431 هـ، (402/11).

2 - ينظر: "بيان الوهم والإيهام" لابن القطان الفاسي، مصدر سابق، (5/ 295)، "المحرر" لابن عبد الهادي، بيروت، دار المعرفة، ط3، 1421 هـ، (ص: 487)، "الفتاوى الكبرى" لابن تيمية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1408 هـ، (6/ 45)، "حاشية على سنن أبي داود" لابن القيم، مصدر سابق، (9/ 245)، "نيل الأوطار" للشوكاني، مصدر سابق، (5/ 244).
والحديث صححه الألباني في "سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها"، الرياض، مكتبة المعارف، د.ط، 1415 هـ، (42/1).

3 - ينظر: "نيل الأوطار" للشوكاني، مصدر سابق، (5/ 246).

4 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب تحريم ثمن الكلب، وحلوان الكاهن...، برقم: 4017.

5 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الإجارة، باب خراج الحجام، برقم: 2279. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب حلّ أجرة الحجام، برقم: 4046.

6 - ينظر: "نيل الأوطار" للشوكاني، مصدر سابق، (5/ 246).

7 - أخرجه: أحمد في "المسند" (2/ 432)، والنسائي في "السنن الصغرى": كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، برقم: 4632.

(1). ووجه الاستدلال من هذين الحديثين أن معنى النهي عن بيعتين في بيعة هو « أن يقول أبيعكها بمئة إلى سنة، على أن أشتريها منك بثمانين حالة، وهذا معنى الحديث الذي لا معنى له غيره، وهو مطابق لقوله: فله أو كسهما أو الربا، فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أو كسهما، وهو مطابق لصفقتين في صفقة فإنه قد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة، ومبيع واحد، وهو قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها؛ ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أو كس الصفقتين، فإن أبي إلا الأكثر كان قد أخذ الربا» (2).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

- الوجه الأول: إن بيع العينة ليس فيه بيعتان في بيعة، وإنما فيه عقدان مستقلان ينفصل أحدهما عن الآخر، والبيعة الثانية تم انتقال المملك إلى بائعها الأول بثمن جديد وليس بالثمن المؤجل (3).
ويجاب عنه: بأن العقد أساسه إرادة المتعاقدين، وقصدهما قد توجه أول الأمر إلى أخذ دراهم حاضرة بأخرى مؤجلة أكثر منها، وتحقيقاً لذلك جعلوا من صورة البيعتين الأولى المؤجلة والثانية الحاضرة حيلة وغطاء لقصدهما الفاسد، فكان هذا التصرف باعتبار المآل صفقة واحدة .

- الوجه الثاني: أن قوله: « فَلَهُ أَوْ كَسَهُمَا أَوْ الرِّبَا » زيادة شاذة غير محفوظة، فهي من رواية محمد بن عمرو بن علقمة، وقد تكلم فيه غير واحد، كما لا يعلم أن أحداً قال بظاهر هذا الحديث، وصحح البيع بأوكس الثمنين، بل هو عقد فاسد؛ لما فيه من الغرر والجهالة (4).
وأجيب عنه: بأنه حديث محفوظ؛ لأن محمد بن عمرو بن علقمة بن وقاص الليثي السمدني شيخ مشهور حسن الحديث أكثر، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قد أخرج له الشيخان متابعه، قال عنه أبو حاتم: الرازي، صالح الحديث، وقال النسائي: لا بأس به (5).

وأما القول بظاهر الحديث فقد ثبت عن شريح القاضي، قوله: من باع بيعتين في بيعة فله أو كسهما أو الربا (6)، وأما فساد العقد فهو من جهة كونه ذريعة إلى الربا لا لمعنى الجهالة والغرر، فإذا انتفى المحذور بأن باع بأوكس الثمنين رجع العقد إلى أصل الإباحة فكان جائزاً.

1 - أخرجه: أبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب فيمن يبيعان في بيعة، برقم: 3463. والحاكم في "المستدرک" (52/2)، وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرج» .

2 - ينظر: "حاشية على سنن أبي داود" لابن القيم، مصدر سابق، (247/9).

3 - ينظر: "الأم" للشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، المنصورة، دار الوفاء، ط1، 2001 م، (161/4).

4 - ينظر: "معالم السنن" للخطابي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، 1416 هـ، (104/3)، "نيل الأوطار" للشوكاني، مصدر سابق، (180/5).

5 - ينظر: "ميزان الاعتدال" للذهبي، بيروت، دار المعرفة، د.ط، د.ت، (673/3).

6 - أخرجه: عبد الرزاق في "المصنف"، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3، 1403 هـ، (137/8).

- الوجه الثالث: أن المراد ببيعتين في بيعة: أن يبيع الرجل السلعة بعشرة نقداً، أو بعشرين نسيئة، فيفترق المتبايعان دون تعيين أحد الثمنين⁽¹⁾، وعلة المنع على هذا التفسير « عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين»⁽²⁾، « فلا يُدرى أيُّهما الثمنُ، وجهالةُ الثمنِ تمنعُ صحَّةَ العقد»⁽³⁾.

وأجيب عنه من طريقين:

- أولهما: أن هذه الصورة ليس فيها بيعتان، ولكنها بيعة واحدة بأحد الثمنين⁽⁴⁾.

- وثانيهما: « ليس هنا ربا ولا جهالة ولا غرر ولا قمار ولا شيء من المفساد؛ فإنه خَيْرُه بين أي الثمنين شاء، وليس هذا بأبعد من تخييره بعد البيع بين الأخذ والإمضاء ثلاثة أيام»⁽⁵⁾.

- الوجه الرابع: أن المراد ببيعتين في بيعة: أن يبيعه الشيء ويشترط عليه عقداً آخر من بيع أو سلف، أو قرض، أو صرف، أو إجارة، أو شركة، وكذا كل ما كان في معنى ذلك، مثل أن يقول: بعثك داري على أن تقرضني، أو تزوجني سيارتك، أو تزوجني ابنتك⁽⁶⁾.

ويجاب عنه: بأن فساد العقود معلق بما يلابسها من محاذير شرعية تتعلق بالغرر والظلم والربا، فيكون المقصود ببيعتين في بيعة كل عقدين جمعا في عقد واحد وترتب على جمعهما محذور شرعي، كما لو باع عليه سلعة بشرط أن يقرضه، فإن مآله إلى قرض جر منفعة فيكون ربا، ولا يدخل في ذلك العقدان الذين لم يترتب على جمعهما محذور شرعي، كما لو باعه سيارته بشرط أن يبيعه داره؛ لأنه لا مفسدة ولا محذور في جمع العقدين في عقد واحد، وعند ذلك تكون العينة صورة من صور النهي عن بيعتين في بيعة .

3 - عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال: « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك»⁽⁷⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن بيع العينة إنما يقع غالباً من

1 - ينظر: "الاستذكار" لابن عبد البر، مصدر سابق، (450/6). "معالم السنن" للخطابي، مصدر سابق، (123/3).

2 - "نيل الأوطار" للشوكاني، مصدر سابق، (181/5).

3 - "شرح السنة" للبغوي، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1403 هـ، (143/8).

4 - ينظر: "حاشية على سنن أبي داود" لابن القيم، مصدر سابق، (247/9).

5 - "أعلام الموقعين" لابن القيم، مصدر سابق، (42/5).

6 - ينظر: "المبسوط" للسرخسي، بيروت: دار المعرفة، د.ط، 1414 هـ، (16/13). "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (501/7).

7 - أخرجه: أحمد في "المسند" (116/1)، وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في بيع المضطر، برقم: 3382.

مضطر إليها، وإلا فالمستغني عنها لا يشغل ذمته بألف وخمسمائة في مقابلة ألف بلا ضرورة وحاجة تدعوا إلى ذلك؛ فسميت عينة؛ لإعانة أهلها للمضطرّ على تحصيل مطلوبه على وجه التحليل بدفع قليل في كثير⁽¹⁾.

ونوقش بأن الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده رجل مجهول، وهو الشيخ من بني تميم⁽²⁾.

4 - سألت امرأة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها فقالت: «يا أم المؤمنين، كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانئة إلى أجل، ثم اشتريتها منه بستمئة، فقدمته الستمئة، وكُتبت عليه ثمان مئة»، فقالت عائشة رضي الله عنها: «بمسَ والله ما اشتريت، وبمسَ والله ما اشتري، أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب»، فقالت المرأة لعائشة رضي الله عنها: «أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟» قالت: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى﴾ الآية [البقرة: 275]»، أو قالت: ﴿وَإِنْ تُبْتِمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ الآية [البقرة: 279]»⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديث ظاهرة في تحريم بيع العينة؛ لأن فيه تغليظا شديدا لفعل زيد بن أرقم .

ونوقش الاستدلال بهذا الأثر من وجوه:

- الوجه الأول: أن في إسناده الحديث ضعف؛ فهو مروى عن امرأة أبي إسحاق، وهي مجهولة الحال، كما أنها لم تسمع الحديث من عائشة رضي الله عنها⁽⁴⁾.

وأجيب عنه من طريقين⁽⁵⁾:

- أولهما: أن الحديث ثابت لا مطعن فيه؛ لأن أبا إسحاق السبيعي راوي الحديث عن امرأته، وهو أحد الأئمة الكبار، وأعلم بامرأته وعدالتها، فلم يكن ليروي عنها سنة يُحرّم بها على الأمة وهي عنده غير ثقة ولا يتكلم فيها بكلمة، بل يحاييها في دين الله.

1 - ينظر: "بلغة السالك" للصاوي، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، 1415 هـ، (76/3).

2 - الحديث ضعفه ابن حزم في "المحلى"، مصدر سابق، (512/7)، والألباني في "ضعيف الجامع الصغير وزيادته"، بيروت، المكتب الإسلامي، د.ط، د.ت، (1423/1).

3 - أخرجه: عبد الرزاق في "المصنف"، مصدر سابق، (184/8).

4 - ينظر: "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (550/7).

5 - ينظر: "أعلام الموقعين" لابن القيم، تحقيق: مشهور حسن سلمان، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 1423 هـ، (81/5-82).

- وثانيهما: أن امرأة أبي إسحاق معروفة جلييلة القدر، ذكرها ابن سعد في "الطبقات"، فقال: «
العالية بنت أَيْفَع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي، دخلت على عائشة وسألتها وسمعت منها»
(1)، ولا يعرف أحد قَدَحَ فيها بكلمة، وأيضاً فإن الكذب والفسق لم يكن ظاهراً في التابعين بحيث ترد
به روايتهم... لم يُعرف أحد قطُّ من التابعين أنكر على العالية هذا الحديث ولا قَدَحَ فيها من أجله،
ويستحيل في العادة أن تروي حديثاً باطلاً ويشتهر في الأمة ولا ينكره عليها منكر.

- الوجه الثاني: أن في متن الأثر نكارة؛ «لأن الأعمال الصالحة لا يُحبطها الاجتهاد وإنما
يُحبطها الارتداد، ومُحال أن تلزم عائشة زيِّداً التوبةَ برأيها ويكفره اجتهادها، فهذا ما لا ينبغي
أن يُظنَّ بها ولا يقبل عليها» (2).

وأجيب عنه من طريقتين:

- أولهما: أن تصريح عائشة رضي الله عنها بأن مثل هذا الفعل موجب لبطلان الجهاد مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم يدل على أنها قد علمت تحريم ذلك بنص من الشارع، إما على جهة العموم كالأحاديث القاضية
بتحريم الربا الشامل لمثل هذه الصورة، أو على جهة الخصوص؛ لأن كون العمل يبطل الجهاد لا
يمكن إدراكه بالاجتهاد (3).

- وثانيهما: أن عائشة رضي الله عنها إنما خصت بإبطال الجهاد دون غيره من الأعمال؛ لأن الجهاد ضد قوله
تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: 279] (4).

- الوجه الثالث: ما ذكرته عائشة رضي الله عنها قد خالفها فيه صحابي آخر، وهو زيد بن أرقم في هذا
الأثر وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما كما سيأتي، وإذا اختلف الصحابة في مسألة فلا حجة في قول أحدهم
على الآخر.

1 - "الطبقات الكبرى" لابن سعد، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1410 هـ، (354/8).

2 - "الاستذكار" لابن عبد البر، مصدر سابق، (272/6).

3 - ينظر: "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" للقاضي عبد الوهاب، تحقيق: الحبيب بن طاهر، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1420
هـ، (560/2). "الفتاوى الكبرى" لابن تيمية، مصدر سابق، (48/6). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (277/4).

4 - ينظر: "تفسير القرآن العظيم" لابن كثير، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419 هـ،
(554/1).

قال الإمام الشافعي: «... ولو اختلف بعض أصحاب النبي ﷺ في شيء، فقال بعضهم فيه شيئاً، وقال بعضهم بخلافه، كان أصل ما نذهب إليه أننا نأخذ بقول الذي معه القياس، والذي معه القياس زيد بن أرقم، وجملة هذا أننا لا نثبت مثله على عائشة، مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً ولا يبتاع مثله، فلو أن رجلاً باع شيئاً أو ابتاعه نراه نحن محرماً وهو يراه حلالاً لم نزعم أن الله يحبط من عمله شيئاً»⁽¹⁾.

وأجيب عنه: بأن زيدا لم يقل: هذا حلال، بل فعله، وفعل المجتهد لا يدل على قوله على الصحيح؛ لاحتمال سهو، أو غفلة، أو تأويل، أو رجوع ونحوه، وكثيراً ما يفعل الرجل الشيء، ولا يعلم مفسدته فإذا نُبِّه له انتبه، ولم ينقل عن زيد أنه أصر على ذلك⁽²⁾.

- الوجه الرابع: أن عائشة رضي الله عنها إنما عابت عليها بيعاً إلى العطاء؛ لأنه أجل غير معلوم، والجهالة في البيوع مفسدة لها⁽³⁾.

ويجاب عنه: بأن عائشة وأمهاة المؤمنين كنَّ يشتريين إلى العطاء⁽⁴⁾؛ وهو بيع جائز لا جهالة فيه؛ لأن وقت العطاء معروف بالعادة، وعليه فهي لم تعب ببيعاً تراه جائزاً، وإنما عابت عليها بيع العينة لكونه ذريعة إلى الربا، ويشهد لذلك سياق الأثر، حيث استدلت بآيات تحريم الربا من أواخر سورة البقرة .

5 - العقود بمقاصدها وليست بألفاظها، والربا لم يحرم لمجرد صورته ولفظه، وإنما حرم لحقيقته ومعناه، فإن أحداً لا يبيع العين نسيئة بتمن، ثم يشتري العين نفسها بأقل نقداً إلا وهو يريد التوصل إلى مبادلة الدراهم بالدراهم؛ لأن بيعه العين ثم استرجاعها دل على أن بيع العين لم يكن مقصوداً، وإنما المقصود الربا⁽⁵⁾.

ونوقش: بأن الحكم مناط بمعرفة القصد، والقصد هنا مجهول، فلا نحتكم إلى المقاصد الخفية، بل يجب الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية⁽⁶⁾.

وأجيب عنه: بأن تحريم العينة مع جهالة القصد من باب سد الذرائع وإن لم يقصد البائع الربا؛ لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا؛ لشدة الحاجة إلى شراء المبيع نسيئة لعدم الأثمان عند مشتريه،

1 - "الأم" للشافعي، مصدر سابق، (160/4).

2 - ينظر: "الحاشية على سنن أبي داود" لابن القيم، مصدر سابق، (246/9).

3 - "الأم" للشافعي، مصدر سابق، (160/4).

4 - أخرجه: ابن أبي شيبة في "المصنف"، تحقيق: كمال يوسف السحوت، الرياض، مكتبة الرشد، ط1، 1409 هـ، (290/4).

5 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (423/11).

6 - ينظر: "تكملة المجموع" للسبكي، مصدر سابق، (155/10).

فيقوى الباعث على التحيل على الحرام ويصير ذريعة فيسد هذا الباب، وإذا ظهر القصد إلى الربا المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع⁽¹⁾.

قال ابن العربي: «فإن قيل: وأنت إنما حرّمت هذا خوفاً من القصد، وأنت لم تعلم قصده. قلنا: هذه نكتة المسألة، وسيرها الأعظم؛ وذلك أنه لما كان هذا أمراً مخوفاً، حُسم الباب فيه، ومُنِعَ من صورته؛ لتعذر الوقوف على القصد فيه، والشريعة إذا علّقت الأحكام بالأسباب الباطنة، أقامت الظاهر مقامها، كالمشقة في السفر التي علّقت عليها الرخص، لما لم تنضب، علّقت على صورة السفر⁽²⁾».

6 - المتعامل بالعينة قد توصل إلى أخذ دراهم بدارهم إلى أجل مع التفاضل، والسلعة كانت واسطة للتوصل إلى المعاملة المحرمة، والوسيلة إلى الحرام حرام⁽³⁾.

قال ابن رشد: «من منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنائير في أكثر منها إلى أجل، وهو الربا المنهي عنه، فزور لذلك هذه الصورة ليتوصلاً بها إلى الحرام، مثل أن يقول قائلٌ لآخر: أسلفني عشرة دنائير إلى شهر، وأردُّ إليك عشرين ديناراً، فيقول: هذا لا يجوز، ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر، ثم أشتريه منك بعشرة نقداً⁽⁴⁾».

وقال ابن القيم: «إذا حرّم الربُّ تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تُفضي إليه فإنه يجرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حمّاه، ولو أباح الوسائل والذرائع المُفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه تأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك؛ فإن أحدهم إذا منع جُنْدَه أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعدّ متناقضاً، ولحصل من رعيته وجنده ضدّ مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حَسَمَ الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه— فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المُفضية إلى المحارم بأن حرّمها ونهى عنها، والذريعة ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء⁽⁵⁾».

1 - ينظر: "الفتاوى الكبرى" لابن تيمية، مصدر سابق، (173/6).

2 - "عارضة الأحوذى" لابن العربي، بيروت، دار الكتب العلمية، دط، دت، (193/5).

3 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (420-419/11).

4 - "بداية المجتهد" لابن رشد، مصدر سابق، (161/3).

5 - "أعلام الموقعين" لابن القيم، مصدر سابق، (553/4).

• أدلة القول الثاني: مجمل أدلة من ذهب إلى جواز بيع العينة ترجع إلى الآتي:

1 - قول الله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [البقرة:275] . ووجه الدلالة أن الآية عامة في

مشروعية كل بيع، ومن ذلك بيع العينة، فيكون بيع العينة حلالاً بنص الآية⁽¹⁾.
ويناقش: بأن بيع العينة قد خُصَّ من هذا العموم بالنصوص الواردة في النهي عنه، كما خصص هذا العموم بنصوص أخرى واردة في النهي عن بيع الغرر والخمر والميتة وتلقي الركبان... إلى غير ذلك من البيوع المنهي عنها نصاً .

2 - عن أبي سعيد الخدريّ وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خَيْبَرٍ، فجاءهم بِتَمْرٍ جَنِيْبٍ، فقال: «أَكُلْ تَمْرٍ خَيْبَرَ هَكَذَا»، قال: قَالَ: لا والله يا رسولَ الله، إنا لنأخذ الصَّاعَ من هذا بالصَّاعين، والصَّاعين بالثلاثة، فقال: « لا تَفْعَلْ، بِعِ الجَمع بالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بالدَّرَاهِمِ جَنِيْباً »⁽²⁾. ووجه الاستدلال من الحديث أن فيه مشروعية البيع الثاني مطلقاً حيث ولم يفرق بين أن يشتري من المشتري، أو من غيره، وكذلك الأمر في بيع العينة، فمن باع نسيئةً جاز له أن يشتري نقداً سواء من المشتري أو من غيره⁽³⁾.

ونوقش: بأن قوله صلى الله عليه وسلم: « بِعِ الجَمع بالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بالدَّرَاهِمِ جَنِيْباً »، يقتضي بيعاً ينشئوه ويتديده بعد انقضاء البيع الأول، ولم يقل النبي صلى الله عليه وسلم: « وابتع ممن اشترى الجمع »، بل خرج الكلام غير متعرض لعين البائع، ولا يتناوله ظاهر السياق بعمومه، بل بإطلاقه، والمطلق يحتمل التقييد إجمالاً، فوجب الاستفسار، وإذا كان كذلك فتقييده بأدنى دليل كاف، وقد دل الدليل على اعتبار أصل سد الذرائع، فلتكن هذه الصورة ممنوعة، فمتى واطأه من أول الأمر على أن أبيعك وأبتاع منك فقد اتفقا على العقدین معا فلا يكون داخلاً في حديث الأمر بل في حديث النهي عن بيعتين في بيعة؛ لأن مآله إلى الربا⁽⁴⁾.

وقال ابن عبد البر: « يَبْعُ التَّمْرُ الجَمع بالدَّرَاهِمِ وشراء الجنيبِ بها من رجل واحد يدخله ما يدخل الصَّرْفِ في بيع الذهب بدراهم والشراء بتلك الدراهم ذهباً من رجل واحد في وقت واحد، والمراعاة

1 - ينظر: "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (548/7).

2 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، برقم: 2201. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب جامع ما جاء في الربا، برقم: 4059.

3 - ينظر: "شرح صحيح مسلم" للنووي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت، (11/21).

4 - ينظر: "الفتاوى الكبرى" لابن تيمية، مصدر سابق، (6/140). "شرح الموطأ" للزرقاني، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، ط1، 1424 هـ، (3/404). "فتح الباري" لابن حجر، مصدر سابق، (4/506).

في ذلك كله واحدة، فمالك يكره ذلك على أصله وكلّ من قال بالذرائع كذلك، وغيره يراعي السلامة في ذلك ولا يفسخ بيعا قد انعقد إلا بيقين وقصد»⁽¹⁾.

3 - سئل عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رجل باع سرجا بنقد، ثم أراد أن يبتاعه بدون ما باعه، قبل أن ينتقد، قال: «لعله لو باعه من غيره باعه بدون ذلك»⁽²⁾، فلم ير به بأسا، وفي رواية أخرى: أن رجلا باع من رجل سرجا ولم ينقد ثمنه، فأراد صاحب السرج الذي اشتراه أن يبيعه، فأراد الذي باعه أن يأخذه بدون ما باعه منه، فسأل عن ذلك ابن عمر فلم ير به بأسا وقال ابن عمر: «فلعله لو باعه من غيره باعه بذلك الثمن أو أنقص»⁽³⁾. ووجه الدلالة ظاهر في إباحة بيع العينة؛ وعلل ابن عمر ذلك بأن صاحب السلعة يمكنه أن يبيعه بأقل ثمن من غير البائع الأول.

ونوقش: بأنه أثر ضعيف؛ لأن في إسناده ليث بن أبي سليم، قال الحافظ في "التقريب": «صدوق اختلط جدا ولم يتميز حديثه فترك»⁽⁴⁾، وعلى التسليم بصحته فهو اجتهاد من ابن عمر رضي الله عنهما وقد خالفه غيره من الصحابة كعائشة وابن عباس رضي الله عنهما فلا يكون قوله حجة بالإجماع.

4 - اتفقوا على أن من باع السلعة التي اشتراها من اشتراها منه بعد مدة، فالبيع صحيح، فلا فرق بين التعجيل في ذلك والتأجيل، فدل على أن المعتمد في ذلك وجود الشرط في أصل العقد وعدمه، فإن تشارطا على ذلك في نفس العقد فهو باطل وإن لم يتشارطا لم يبطل⁽⁵⁾. ونوقش: بأن شراءها بعد مدة يعد التهمة، بخلاف التعجيل فإن المقصود به مبادلة دراهم بمثلها مع التفاضل، والسلعة حيلة⁽⁶⁾.

5 - المتبايعان أتيا عملا ظاهره الجواز، ولا يجوز اتهامهما بقصد المحرم؛ لأنه أمر باطن لا سبيل إلى كشفه⁽⁷⁾، «وقد أجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر وأن السرائر إلى الله عز وجل»⁽⁸⁾.

1 - "التمهيد" لابن عبد البر، مصدر سابق، (236/7).

2 - أخرجه: عبد الرزاق في "المصنف"، مصدر سابق، (187/8).

3 - أخرجه: البيهقي في "السنن الكبرى"، مصدر سابق، (541/5).

4 - "تقريب التهذيب" لابن حجر، تحقيق: محمد عوامة، دمشق، دار الرشيد، ط1، 1406 هـ، (ص: 464).

5 - ينظر: "فتح الباري" لابن حجر، مصدر سابق، (506/4).

6 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (429/11).

7 - ينظر: "الأم" للشافعي، مصدر سابق، (152/4).

8 - "التمهيد" لابن عبد البر، مصدر سابق، (256/4).

ويشهد لهذا الإجماع قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: « إن أناسا كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيرا، أمناه وقربناه، وليس إلينا من سريره شيء، الله يحاسبه في سريره، ومن أظهر لنا سوءا لم نأمنه ولم نُصدِّقه، وإن قال: إن سريره حسنة»⁽¹⁾.

ونوقش بأن التهمة المعتبرة هي ما دلت عليها القرائن الظاهرة، وهي العرف المعهود الذي بيّن قصد الناس إلى هذا البيع، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فإبطال بيعهما هو مقتضى الظاهر المبني على غلبة الظن، وهو حجة معمول به في مجمل الشريعة⁽²⁾.

خامسا: سبب الخلاف

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أمرين اثنين:

أولهما: الاعتداد بأصل سد الذرائع في العقود، فمن عمل به حرم بيع العينة؛ لأنه ذريعة إلى الربا وإن لم يظهر القصد إلى ذلك حسما لباب الفساد والاحتيال على الشرع، وأما من لم يأخذ بهذا الأصل فقد جوز بيع العينة؛ جريا على ظاهر عقود المسلمين، وسلامتها من المكر والخداع⁽³⁾.

وثانيهما: الاختلاف في تصحيح الأحاديث والآثار الواردة في حرمة بيع العينة، وهي تتخرج على أصل سد الذرائع، ولهذا نجد المالكية والحنابلة توسعوا في تحريم بيع العينة، وألحقوا به ما يشاركه في معناه، فيشمل كل بيع يتخذ حيلة إلى تحصيل الربا، كما هو الحال في مسألة "عكس العينة"، وهي: "أن يبيع السلعة بنقد يقبضه، ثم يشتريها بأكثر منه إلى أجل"، وخالف الحنفية في ذلك وأجازوا هذه الصورة بناء على أصلهم في جواز الحيل، وقصروا التحريم على ما ورد فيه النص؛ لأن تحريم العينة جاء على خلاف القياس، وأما الشافعية فلم تصح عندهم الأحاديث والآثار فأجازوا بيع العينة وعكسها⁽⁴⁾.

-
- 1 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الشهادات، باب الشهداء العدل، رقم: 2641.
 - 2 - ينظر: "الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية" لعمر عبد العزيز المترك، الرياض، دار العاصمة، ط3، 1418 هـ، (ص: 270).
 - 3 - ينظر: "أعلام الموقعين" لابن القيم، مصدر سابق، (19/5).
 - 4 - ينظر: "بدائع الصنائع"، الكاساني، مصدر سابق، (199/5). "المقدمات الممهدة"، ابن رشد، مصدر سابق، (42/2). "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، النووي، مصدر سابق، (419/3). "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (186/3).

سادسا: الترجيح

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأول القاضي بتحريم بيع العينة، وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1 - سلامة أدلتهم من المعارض الراجح؛ لإمكان الجواب عما استدل به الممجيزون من الحديث والأثر والقياس .
- 2 - إنّ القول بالتحريم هو الأوفق مع مقاصد الشريعة وحرصها على تحصيل المصالح ودرء المفساد، وانسجامه مع اتجاه التشريع بتحريم الربا ووسائله وسد الباب أمام المحتالين والمفسدين الذين يحاولون التحلل من قيود الشريعة وأحكامها⁽¹⁾.
- 3 - إن في بيع العينة استغلالا لحاجة المشتري، فالبيع المؤجل بأكثر من سعر السوق دافعه في الغالب اضطرار المشتري وحاجته، فليس يباع عن تراض بالمعنى الحقيقي، لما يشوبه من الإكراه المعنوي بسبب الاضطرار، فيكون من أكل المال بالباطل لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

1 - ينظر: "سد الذرائع" لوهبة الزحيلي، بحث منشور في "مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي" (152/3/9) .

المحاضرة الرابعة: بيعتان في بيعة

أولاً: صورة المسألة وتحريم وحل النزاع

اتفق الفقهاء في الجملة على تحريم البيعتين في بيعة، استناداً لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه في قوله: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»⁽¹⁾، ولكنهم اختلفوا في الصور التي ينطبق عليها مدلول هذا النهي، وقد مرّ معنا طرف من ذلك في المحاضرة السابقة حول بيع العينة، كأحد الأوجه التي فسّر بها الحديث، وما وُجّه إليها من اعتراضات وأجوبة.

غير أنه قد ورد في رواية أخرى عن سِمَاك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه رضي الله عنه أنه قال: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صَفَقَتَيْنِ فِي صَفَقَةٍ»⁽²⁾، وقد اختلف في بيان المراد بصفقتين في صفقة على قولين أو تفسيرين اثنين:

- التفسير الأول: المراد بها نفس المقصود بالبيعتين في بيعة، فهما مترادفان، وهو الذي تشهد له أصول اللغة، حيث إنّ الصفقة هو اسم المرة من الصَّفَق، وهو الضرب باليد على أخرى، أو على يد شخص آخر عند البيع، وقد كان من عادة العرب إذا وُجِبَ البيعُ ضرب أحد المتبايعين يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع نفسه⁽³⁾.

وقد ورد في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «وإن إخواني من المهاجرين كان يشعّلهم الصَّفَقُ بالأسواقِ»⁽⁴⁾، أي: التبايع⁽⁵⁾.

وبناء على ما سبق فإن تفسير الصفقتين في صفقة متعلق بالخلاف في مدلول البيعتين في بيعة السابق ذكره.

1 - أخرجه: أحمد في "المسند" (432/2). والنسائي في "السنن الصغرى": كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، برقم: 4632. والترمذي في "جامعه": كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، برقم: 1231، وقال: «حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم».

2 - أخرجه: أحمد في "المسند" (398/1). والبخاري في "مسنده" (384/5)، وفي إسناده شريك بن عبد الله النخعي، قال عنه الحافظ ابن حجر: «صدوق يخطئ كثيراً، تغير حفظه منذ ولي القضاء بالكوفة». "تقريب التهذيب" لابن حجر، دمشق، دار الرشيد، ط1، 1406 هـ، (ص: 266).

3 - ينظر: "مقاييس اللغة" لابن فارس، مصدر سابق، (226/3). "المصباح المنير" للفيومي، بيروت، المكتبة العلمية، د. ط، د. ت، (343/1). "مختار الصحاح" للرازي، مصدر سابق، (ص: 177).

4 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب العلم، باب حفظ العلم، برقم: 118. ومسلم في "صحيحه": كتاب فضائل الصحابة، باب فضل أبي هريرة رضي الله عنه، برقم: 6483.

5 - ينظر: "النهاية في غريب الحديث والأثر" لابن الأثير، بيروت، دار المعرفة، ط1، 1422 هـ، (38/2-39).

- التفسير الثاني: المراد بها أعم من البيعتين في بيعة، فتشمل اجتماع السلف مع البيع، والإجارة مع البيع، والإجارة مع البيع، والشركة مع الإجارة، والهبة مع الصرف، وغير ذلك من الصور كثير. وفي ضوء هذا التفسير فهل الحديث يشمل بعمومه النهي عن اجتماع العقود في جميع أجناسها وأنواعها من معاوضات وتبرعات ومشاركات، أم النهي مصروف إلى نوع خاص من الاجتماع؟ فجوابا على ذلك يقال: إن اجتماع عقدين فأكثر في صفقة واحدة على جهة الاشتراط، لا يخلو إما أن يكون بطريق الجمع أو بطريق التقابل⁽¹⁾.

ثانيا: الأقوال في المسألة مع الأدلة

1 - بطريق الجمع

وهو أن يجتمع عقدان مختلفان على ثمن واحد، كأن يجمع بين عقد بيع وعقد إجارة مثلا، فيقول له: "بعثك هذه السيارة وأجرتك هذه الدار سنة بكذا"، أو أن يجمع بين عقد بيع وعقد هبة، كأن يقول له: "بعثك هذه الآلة بكذا ووهبتك هذه القطعة على سبيل الإكرام"، وكثيرا ما تقع هذه العقود اليوم في كثير من المحلات التجارية من باب جلب الزبائن والاحتفاء بهم. ومثل البيع والصرف، نحو أن يقول: "بعثك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهما".

اختلف الفقهاء في حكم اجتماع عقدين مختلفين على ثمن واحد على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: يجوز الجمع بين عقدين مختلفين على ثمن واحد، وهو مذهب الحنفية وقول عند المالكية، والأظهر عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة⁽²⁾، ووجه هذا القول أن العقدين «عينان يجوز أخذ العضو عن كل واحدة منهما منفردة، فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين»⁽³⁾.
- القول الثاني: يحرم اجتماع عقود مخصوصة مع عقد البيع، وهي كل من: الجعالة والصرف، والمساقاة، والشركة، والنكاح، والقراض، وقد جمعت في قولك: "جص مشنق"، وأما ما عداها فهي على أصل الإباحة، كاجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة، وهذا هو المشهور عند المالكية⁽⁴⁾.

1 - "تطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة" لإلياس دردور، تونس، دار المازري، ط1، 1440 هـ، (ص:148).

2 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (83/6). "شرح مختصر خليل" للخرشي، مصدر سابق، (40/5). "مغني المحتاج" للشريبي، مصدر سابق، (399/2). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (314/4).

3 - "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (314/4).

4 - ينظر: "مواهب الجليل" للحطاب، مصدر سابق، (313/4).

قال الدردير: « ولا تفسد الإجارة مع بيع في صفقة واحدة؛ لعدم منافاتهما، سواء كانت الإجارة في نفس المبيع، كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن يخيّطه البائع أو جلدًا على أن يخرّزه، أو في غيره كشرائه ثوبا بدراهم معلومة على أن ينسج له آخر »⁽¹⁾.

ووجه هذا القول أنّ العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها؛ ولأجل ذلك لا يصلح اجتماع العقود المتضادة في أحكامها لتنافي حكمتها⁽²⁾.

• القول الثالث: لا يجوز اجتماع عقدين مختلفين على ثمن واحد بإطلاق، وهو قول عند كل من الشافعية والحنابلة⁽³⁾، ووجه هذا القول أنه « قد يعرض لاختلاف حكمهما باختلاف أسباب الفسخ والانفساخ ما يقتضي فسخ أحدهما، فيحتاج إلى التوزيع، ويلزم الجهل عند العقد بما يخص كلا منهما من العوض، وذلك محذور »⁽⁴⁾.

ونوقش بأنّ الجهالة منتفية في هذه الحالة، وذلك بأن يوزع الثمن على قيمة كل منهما، كما لو « جمع في صفقةٍ مُخْتَلَفِيّ الحِكم كإجارةٍ وبيعٍ، كأن يقول: "أجرْتُك داري شهرا وبعْتُك ثوبي هذا بدينار" ... فَيُوزَعُ المُسَمَّى على قيمتهما، أي: قيمة المُؤَجَّر من حيث الأجرة وقيمة المبيع »⁽⁵⁾.

2 - بطريق التقابل

وهو أن يجتمع العقدان في صفقة واحدة على جهة التقابل، مثل أن يجمع بين عقدي بيع، فيقول له: "أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيني هذه السيارة بكذا"، أو أن يجمع بين بيع وقرض، كأن يقول له: "أبيعك هذه السيارة على أن تقرضني ألف دينار"، أو أن يجمع بين بيع وإجارة، كأن يقول له: "أبيعك هذه الدار على أن تؤجّر لي هذا المحل التجاري".

اختلف الفقهاء في اجتماع عقد بيع مع عقد بيع آخر أو نحوه من عقود المعاوضات على جهة المقابلة على ثلاثة أقوال، وبيانها فيما يأتي:

- 1 - "الشرح الكبير" للدردير، مصدر سابق، (5/4).
- 2 - ينظر: "الذخيرة" للقرافي، مصدر سابق، (392/4).
- 3 - ينظر: "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (92/3). "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (321/4).
- 4 - "مغني المحتاج" للشريبي، مصدر سابق، (399/2).
- 5 - المصدر نفسه.

• القول الأول: يحرم جمع عقد بيع مع عقد بيع أو معاوضة، وهو مذهب الحنفية والشافعية، والمعتمد عند الحنابلة، والظاهرية⁽¹⁾، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ »⁽²⁾، ووجه الدلالة الحديث أن معنى بيعتين في البيعة هو اجتماع عقد بيع مع عقد بيع آخر في صفقة واحدة، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه⁽³⁾.

ونوقش: بأن الحديث ليس على عمومته، ولكن يراد به النهي عن اجتماع عقد البيع مع آخر على صفة تؤدي إلى الوقوع في ربا أو محرم، فإذا خلا عن هذه الأمور فهو جائز، ولا يشمل حيث النهي.

قال ابن العربي: « إذا قال له: أبيعك عبدي بألفٍ، على أن تبعني دارك بألفٍ، فذلك جائز، لا دُخْلَةٌ فيه... ولو باعه عبده، على أن يبيعه عبداً آخر بثمن ذكره، قال أبو حنيفة: لا يجوز. ولا شيءٌ أجوزٌ منه؛ فإنه حصل من إحدى الجهتين عبداً، ومن الجهة الأخرى... معلوم، وهذا مما لا دُخْلَةٌ فيه »⁽⁴⁾.

2 - عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بَيْعٍ وَسَلْفٍ »⁽⁵⁾، ووجه الدلالة الحديث أنه يدل على حرمة اشتراط عقد القرض في عقد البيع، فيقاس على عقد القرض غيره من العقود⁽⁶⁾.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن اشتراط القرض في البيع، مثل أن يقول له أبيعك ناقتي بعشرة دنانير على أن تسلفني مئة درهم، فيؤدي إلى أن يجايبه في الثمن لأجل القرض، فيكون قرضاً جراً منفعاً،

-
- 1 - ينظر: "المبسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (16/13). "مغني المحتاج" للشريبي، مصدر سابق، (31/2). "الإنصاف" للمرادوي، مصدر سابق، (350/4). "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (17/9).
 - 2 - أخرجه: أحمد في "المسند" (432/2). والنسائي في "السنن الصغرى": كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، برقم: 4632. والترمذي في "جامعه": كتاب البيوع، باب ما جاء في السّهي عن بيعتين في بيعة، برقم: 1231.
 - 3 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (333/6).
 - 4 - "عارضه الأهودي" لابن العربي، مصدر سابق، (232/5).
 - 5 - أخرجه: أحمد في "المسند" (174/2). وأبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم: 3506. والترمذي في "جامعه": كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم: 1234. والنسائي في "السنن الصغرى": كتاب البيوع، سلف وبيع، وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفاً، برقم: 4629.
 - 6 - ينظر: "معالم السنن" للخطابي، مصدر سابق، (141/3).

وهو ربا، بخلاف ما لو اشترط السكنى في عقد البيع أو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم على أن تقصّره لي، فإن العشرة التي هي الثمن تنقسم على الثوب وعلى أجرة القسارة، فلها ما يقابها من الثمن فلم تخل عن عوض فلا تكون ربا⁽¹⁾.

« وبناء على ما تقدم، فإنّ الجمع بين البيع والإجارة يختلف عما نُهي عنه من بيع وسلف؛ لأنّ البيع متضاد متناقض مع السلف، أحدهما يجوز فيه الربح والآخر لا يجوز، فإذا اجتمعا أفضى اجتماعهما إلى الربا، حيث تكون الزيادة في القرض جزءاً من ربح البيع، وأما اجتماع البيع والإجارة فليس بينهما تناف أو تضاد، والاسترباح في كليهما جائز، فإذا وقع على محلّين مختلفين لم يعد للقول بالمنع وجه»⁽²⁾.

3 - عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وشروط»⁽³⁾، ووجه الدلالة الحديث أنّ اجتماع عقد البيع مع عقد بيع آخر على جهة الاشتراط يدخل في عموم النهي⁽⁴⁾.

ونوقش من وجوه:

• الوجه الأول: الحديث ضعيف جداً؛ لأن في إسناده عبد الله بن أيوب بن زاذان الضرير، وهو متروك، ومحمد بن سليمان الذهلي، وهو مجهول⁽⁵⁾.

قال ابن تيمية: « حديث باطل، ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكاية منقطعة»⁽⁶⁾.

• الوجه الثاني: إنّ في معنى الحديث نكارة، حيث اتفق الفقهاء على مشروعية اشتراط صفة في المبيع، أو اشتراط الرهن أو الخيار، والحمل على العموم يقتضي المنع من ذلك.

1 - ينظر: "أحكام العقود المالية المركبة" لعبد الله العمراني، الرياض، دار كنوز إشبيلية، ط2، 1431 هـ، (ص:103).
2 - "تطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة" لإلياس دردور، مرجع سابق، (ص:154).
3 - أخرجه: الطبراني في "الأوسط"، القاهرة، دار الحرمين، د.ط، د.ت، (4/335). وابن حزم في "المحلى"، مصدر سابق، (324/7).
4 - ينظر: "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (5/341).
5 - ينظر: "سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة" للألباني، الرياض، دار المعارف، ط1، 1412 هـ، (1/703-706).
6 - "مجموع الفتاوى" لابن تيمية، مصدر سابق، (18/63).

قال ابن تيمية عن هذا الحديث: « ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، ذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه، وأجمع العلماء المعروفون من غير خلاف أعلمه أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه كاشتراط كون العبد كاتباً أو صانعاً، أو اشتراط طول الثوب أو قدر الأرض ونحو ذلك، شرط صحيح»⁽¹⁾.

● الوجه الثالث: أن الحديث ليس على عمومته، ولكن يقصد به الشرط المنطوي على محذور.

4 - إنَّ في اشتراط عقد البيع في عقد آخر مآله إلى الجهالة المفسدة للعقود، ووجه ذلك أنَّ البائع ألزم المشتري مع الثمن بيع ما لا يلزم، فصار الثمن مجهولاً ببعض الشرط، وجهالة الثمن تبطل البيع⁽²⁾.

قال الخطابي: « والوجه الآخر: أن يقول بعثك هذا العبد بعشرين ديناراً على أن تبيني جاريتك بعشرة دنانير، فهذا أيضاً فاسد؛ لأنه جعل ثمن العبد عشرين ديناراً وشرط عليه أن يبيعه جاريتيه بعشرة دنانير، وذلك لا يلزمه، وإذا لم يلزمه سقط بعض الثمن، وإذا سقط بعضه صار الباقي مجهولاً»⁽³⁾.

ونوقش: بأنَّ هذه الجهالة لا تمنع صحة العقد في حال سقوط الشرط، حيث يقسط الثمن على قيمتهما، فيفرض ثمن المثل في قيمة المبيع وقيمة المنفعة وهي أجرة المثل في الإجارة أو قيمة المبيع، فيوزع العوضُ فيهما على قيمة كل منهما⁽⁴⁾.

جاء في "المدونة": « فلو بعته عبدي بعشرة دنانير على أن يبيعه عبده بعشرين ديناراً؟ قال: "قال مالك: لا بأس بذلك؛ إنما هو عبد بعبد وزيادة عشرة دنانير" »⁽⁵⁾.

5 - إنَّ البائع لم يرضَ بالثمن إلا بذلك الشرط، فإذا فات الشرط فات الرضا به، ولو أُفرد المبيعين لم يتفقا على كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد⁽⁶⁾.

1 - المصدر السابق (132/29).

2 - ينظر: "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (341/5).

3 - "معالم السنن" للخطابي، مصدر سابق، (123/3).

4 - ينظر: "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (179/3).

5 - "المدونة" لسحنون، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ، (169/3).

6 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (333/6).

ونوقش: بأنه عند فوات الشرط يثبت الخيار بين إمضاء العقد على ما يتفقان عليه أو فسخه، فالرضا معتر في جميع الأحوال⁽¹⁾.

● القول الثاني: يحرم اجتماع عقود مخصوصة مع عقد البيع، وهي كل من: الجعالة والصراف، والمساقاة، والشركة، والنكاح، والقراض، وقد جمعت في قولك: "جص مشنق"، وأما ما عداها فهي على أصل الإباحة، كاجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة، وهذا هو المشهور عند المالكية⁽²⁾، ووجه هذا القول أن العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها؛ ولأجل ذلك لا يصلح اجتماع العقود المتضادة في أحكامها لتنافي حكمتها⁽³⁾، وبيان التضاد في العقود السابقة فيما يأتي:

- فأما تضاد الجعالة للبيع فمن جهة عدم لومها بخلاف البيع، ولا يكون في الجعل أجل بخلاف البيع، والجعل على الأمانة بخلاف البيع، ويجوز فيه الغرر المنفرد به بخلاف البيع⁽⁴⁾.

- وأما تضاد الصراف له فمن جهة بناء الصراف على التشديد وامتناع الخيار والتأخير وأمور كثيرة لا تشترط في البيع.

- وأما تضاد المساقاة والقراض له فمن جهة أن فيهما الغرر والجهالة كالجعالة بخلاف البيع.

- وأما تضاد الشركة له فمن جهة أنه على وفق الأصول وفي الشركة مخالفة الأصول⁽⁵⁾.

- وأما النكاح فهو مبني على المكارمة والمسامحة، بخلاف البيع فهو مبني على المشاحة⁽⁶⁾.

فظهر مما سبق أن مناط الحكم في اجتماع العقود هو وجود المنافاة من عدمها، مأخذ المالكية في ذلك هي أحاديث النهي السابق، ويوضح ذلك ابن العربي في قوله: «... يتركب عليها أصل بديع من أصول المالكية، وهو أن كل عقدين يتضادان وضعاً ويتناقضان حكماً فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فركبه عليه في جميع مسائل الفقه ومنه البيع والنكاح، وذلك أن البيع مبني على

1 - ينظر: "أحكام العقود المالية المركبة" لعبد الله العمراني، مرجع سابق، (ص:106).

2 - ينظر: "مواهب الجليل" للحطاب، مصدر سابق، (313/4).

3 - ينظر: "الذخيرة" للقرافي، مصدر سابق، (392/4).

4 - ينظر: "تطبيقات القواعد الفقهية على المعاملات المالية المعاصرة" لإلياس دردور، مرجع سابق، (ص:146).

5 - "إدراج الشروق على أنواء الفروق" لابن الشاط، مطبوع على هامش "الفروق" للقرافي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، 1418 هـ، (262/3).

6 - ينظر: "بلغة السالك" للصاوي، مصدر سابق، (288/2).

المغابنة والمكايسة خارج عن باب العرف والعبادات، والسلف مكارمة وقربة، ومن هذا الباب الجمع بين العقد الواجب والجائز، ومثله بيع وجعالة، ويزيده على ذلك أن أحد العوضين في الجعالة مجهول، ولا يجوز أن يكون معلوماً؛ فإنه إن كان معلوماً خرج عن باب الجعل والتحق بباب الإجارة، وأمثال ذلك لا تحصى»⁽¹⁾.

● القول الثالث: يجوز اجتماع عقد بيع مع عقد بيع أو معاوضة، وهو قول عند كل من المالكية والحنابلة⁽²⁾، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث: أن اشتراط عقد في عقد يدخل في عموم الحديث، فيكون جائز بالأصالة إلا ما ورد فيه نص بتحريمه⁽⁴⁾.

ونوقش: بأنه لا يعتبر من الشروط إلا ما جاء النص بها ودل الكتاب عليها؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ»⁽⁵⁾، واشتراط عقد في عقد لم يرد في نصوص الشارع ما يقتضي إباحتها، فتكون منهيًا عنها⁽⁶⁾.

قال ابن حزم: «شروط المسلمين هي الشروط التي أباحها الله لهم، لا التي نهاهم عنها، وأما التي نهوا عنها فليست شروط المسلمين»⁽⁷⁾.

ويجاب عنه بأن الشروط المباحة ليس مقصورة على ما ورد النص بإباحته، كاشتراط الرهن أو اشتراط تأجيل الثمن، أو اشتراط صفات محددة في المبيع، بل يلحق بها كل ما في معناها بما لا ينطوي على محذور شرعي من ربا أو غرر أو ضرر يلحق بأحد المتعاقدين، وعليه فكل شرط في البيع خلا

1 - "القبس في شرح موطأ مالك بن أنس" لابن العربي، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1: 1412 هـ، (843/2).

2 - ينظر: "مواهب الجليل" للحطاب، مصدر سابق، (313/4). "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (350/4).

3 - أخرجه: أبو داود في "سننه": كتاب الأفضية، باب في الصلح، برقم: 3596. والترمذي في "جامعه": كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، برقم: 1352. وصححه الألباني في "إرواء الغليل" (142/5).

4 - ينظر: "أحكام العقود المالية المركبة" لعبد الله العمراني، مرجع سابق، (ص: 110).

5 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تل، برقم: 2060. ومسلم في "صحيحه": كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، برقم: 3772.

6 - ينظر: "أحكام العقود المالية المركبة" لعبد الله العمراني، مرجع سابق، (ص: 110).

7 - "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (323/7).

عن هذه المحظورات الشرعية فهو جائز، وعليه يكون معنى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ»، أي: المخالف لحكم الله.

2 - عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا «أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا، فَأَرَادَ أَنْ يُسَيِّبَهُ، قَالَ: فَلَحِقَنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَا لِي، وَضْرِبَهُ، فَسَارَ سَيْرًا لَمْ يَسِرْ مِثْلَهُ، قَالَ: «بِعْنِيهِ بِوُقْيَةٍ»، قُلْتُ: لَا، ثُمَّ قَالَ: «بِعْنِيهِ»، فَبِعْتُهُ بِوُقْيَةٍ، وَاسْتَنْثَيْتُ عَلَيْهِ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي، فَلَمَّا بَلَغَتْ أُتِيَتْهُ بِالْجَمَلِ، فَتَقَدَّنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ رَجَعْتُ، فَأَرْسَلْتُ فِي أَثْرِي، فَقَالَ: «أَتَرَانِي مَا كَسْتِكَ لِأَخْذِ جَمَلِكَ، خُذْ جَمَلَكَ، وَدَرَاهِمَكَ فَهُوَ لَكَ»⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن جابر بن عبد الله اشترط عقد الإجارة - والمتمثل في تحصيل منفعة الركوب - في عقد البيع، فدل ذلك على جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد البيع⁽²⁾.

ونوقش من وجهين:

• الوجه الأول: يُحتمل أن اشتراط الركوب لم يكن في نفس العقد، وإنما يضرب الشرط إذا كان في نفس العقد، ولعل الشرط كان سابقا فلم يؤثر⁽³⁾.
ويجاب عنه: بأن الظاهر من الحديث أن الاشتراط في نفس العقد، ولا يصرف النص عن ظاهره بالاحتمال من غير قرينة تعزز ذلك.

• الوجه الثاني: «إِنَّ مَا جَرَى بَيْنَهُمَا لَمْ يَكُنْ بَيْعًا حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ حَسَنِ الْعَشْرَةِ وَالصَّحْبَةِ فِي السَّفَرِ»⁽⁴⁾.

ويجاب عنه: بأن حسن العشرة لا يكون بما هو ممنوع شرعا، ومثل هذا لا يتصور صدوره من الرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

3 - عن صهيب بن سنان الرومي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه باع داره من عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ واشترط سكنها كذا وكذا⁽⁵⁾، ووجه الدلالة من الأثر ظاهر في اشتراط عقد الإجارة - وهو الانتفاع بسكنى الدار - في عقد البيع، وقد حصل هذا بحضرة الصحابة ولم يعرف لهم منكر، فيكون إجماعا.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، برقم: 2718. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، برقم: 4105.
2 - ينظر: "أحكام العقود المالية المركبة" لعبد الله العمراني، مرجع سابق، (ص: 112).
3 - ينظر: "شرح صحيح مسلم" للنووي، مصدر سابق، (11/ 31).
4 - "المبسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (13/ 14).
5 - أخرجه: ابن أبي شيبة في "مصنفه" (246/7).

ثالثاً: سبب الخلاف

الذي يظهر - والله أعلم - أنّ سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى التعارض الظاهري بين الأحاديث والآثار، حيث يفيد بعضها عموم النهي عن اشتراط عقد في عقد، بينما تفيد بعضها إباحة ذلك، فمن قدم أحاديث النهي وحملها على العموم تأوّل أحاديث الجواز وذهب إلى مطلق المنع، ومن العلماء من جعل من أحاديث الإباحة منطلقاً ليلحق بها ما هو في معناها، وصرف أحاديث النهي عن ظاهرها على طريق التخصيص والتأويل .

رابعاً: الترجيح

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الثاني القاضي بجواز اشتراط عقد معاوضة في عقد البيع ما لم يؤدي ذلك إلى تضاد في الأحكام، وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1 - سلامة أدلتهم من المعارض الراجح.
- 2 - الاختلاف والتضاد منتف في الشريعة، والعقود شرعت لتحصيل مصالح التي وضعها الشارع، والجمع بين العقود المتنافية في حكمتها، يلزم من القول بمشروعيتها نسبة التضاد إلى الشارع، وهذا محال في وضع الشرائع.

المحاضرة الخامسة: الرجوع في الهبة

أولاً: صورة المسألة وتحريم وحل النزاع

اتفق الفقهاء على حرمة الرجوع في الهبة التي يراد بها الصدقة أي: وجه الله سبحانه، من صلة الرحم والهبة للفقير واليتيم؛ لأنّ الصدقة إنّما يراد بها وجه الله تعالى وما أريد به وجه الله لم يَجْزِ الاعتصار والرجوع فيه ⁽¹⁾، وعلى ذلك دل قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه لما سأله عن الفرس الذي حمل عليه في سبيل ثم رآه يباع: « لا تَشْتَرِي، ولا تُعَدُّ في صَدَقَتِكَ، وإن أعطاكهُ بدرهم، فإن العائد في صَدَقَتِهِ كالعائد في قَيْئِهِ » ⁽²⁾.

واتفقوا أيضاً على أن من قصد بهبته الثواب عليها، جاز له الرجوع إذا لم يعوض عنها؛ لأنها صارت في معنى المعاوضة بمال معلوم فصَحَّ كما لو قال: بَعْتُكَ ⁽³⁾.
وأما إن كان يراد من الهبة التودد ونفع الموهوب من غير إرادة الثواب عليها، فهل يجوز الرجوع فيها؟ اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال إجمالاً، وتفصيلها بالأدلة فيما يأتي.

ثانياً: الأقوال في المسألة

- القول الأول: أن الأصل جواز الرجوع إلا لذي رحم مَحْرَم، وإن كان لا يُسْتَحَبُّ له ذلك بطريق الديانة، وهذا مذهب الحنفية ⁽⁴⁾.
- القول الثاني: لا يجوز الرجوع في الهبة قبل القبض وبعده إلا فيما يهب الوالد ولده، وهو مذهب المالكية والظاهرية ⁽⁵⁾.
- القول الثالث: لا يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض إلا فيما يهب الوالد ولده، وهو مذهب الشافعية والصحيح عند الحنابلة ⁽⁶⁾.

1 - ينظر: "الاستدكار" لابن عبد البر، مصدر سابق، (229/7). و"بداية المجتهد" لابن رشد، مصدر سابق، (117/4).
2 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الجهاد والسير، باب إذا حمل على فرس فرآها تباع، برقم: 3003. ومسلم في "صحيحه": كتاب الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تُصَدَّقُ به ممن تُصَدَّقُ عليه، برقم: 4172.
3 - ينظر: "المبسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (53/12). "مواهب الجليل" للحطاب، مصدر سابق، (67/6). "مغني المحتاج" للشريبي، مصدر سابق، (573/3). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (331/6).
4 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (128/6).
5 - ينظر: "عقد الجواهر الثمينة" لابن شاس، مصدر سابق، (109/3). "الشرح الكبير" للدردير، مصدر سابق، (110\4).
"المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (71/8).
6 - ينظر: "منهاج الطالبين" للنووي، بيروت، دار الفكر، ط1، 1425 هـ، (ص:171). "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (123/7).

- القول الرابع: لا يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض مطلقاً، سواء أكانت الهبة من الأب لابنه أم لغيره من القرابة، وهو قول عند الحنابلة (4).

ثالثاً: أدلة الأقوال والمناقشة

- أدلة القول الأول: استدل من ذهب إلى جواز الرجوع إلا لذي رحم مَحْرَم، وإن كان لا يُسْتَحَبُّ له ذلك بطريق الديانة بجملة أدلة، وبيانتها فيما يأتي:

1 - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الرجل أحقُّ بهبته ما لم يُثب منها» (2). ووجه الدلالة من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أثبت حق الرجوع في الهبة بعد التسليم؛ لأنها لا تكون هبة حقيقية قبل التسليم، وإضافتها إلى الواهب على معنى أنها كانت له كالرجل يقول: أكلنا خبز فلان الخباز، وإن كان قد اشتراه منه (3).

ونوقش: بأن هذا الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مُجمَع وهو ضعيف (4).

2 - حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبَّ مِنْهَا» (5).

ويناقش من وجهين:

- الوجه الأول: أن هذا الحديث لا يثبت مرفوعاً، والصواب أنه من رواية عبد الله بن عمر عن أبيه عمر بن الخطاب رضي الله عنهما موقوفاً (6)، والموقوف لا يعارض الأحاديث الصريحة في حرمة الرجوع في الهبة كما سيأتي .

- الوجه الثاني: أن يحمل هذا الأثر على من أعطى بنية هبة الثواب، وهي خارجة عن محل النزاع؛ لأن الفقهاء متفقون على جواز الرجوع في هبة الثواب إذا لم يثب عليها أو لم يرض

1 - ينظر: "الفروع" ابن مفلح، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ، (420/7).
 2 - أخرجه: ابن أبي شيبة في "مصنفه" (420/4)، وابن ماجه في "سننه": كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، برقم: 2387، والدارقطني في "سننه" (460/3) .
 3 - ينظر: "الميسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (53/12).
 4 - ينظر: "نصب الراية" للزيلعي، جدة: مؤسسة الريان، ط1: 1418 هـ، (125/4).
 5 - أخرجه: الحاكم في "المستدرک" (52/2). والدارقطني في "سننه" (460/3). والبيهقي في "السنن الكبرى" (180/6) .
 6 - ينظر: "التلخيص الحبير" لابن حجر، القاهرة: مؤسسة قرطبة، ط1: 1416 هـ، (160/3).

الواهب بثوابها، ويدل على ذلك ما رواه مالك في الموطأ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: « من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»⁽¹⁾.

3 - المقصود بالهبة للأجنب هو التعويض والمكافأة ولهذا يقال الأيادي قروض، وقد دل على ذلك العرف، والمعروف كالمشروط، وتأييد ذلك بالشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « تَهَادَوْا تَحَابُّوا »⁽²⁾، والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين، وفوات المقصود من عقد يعدم الرضا ويمنع لزومه، فيثبت عند ذلك جواز الرجوع في الهبة، كما في البيع إذا وجد المشتري بالبيع عيبا لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود⁽³⁾.

ونوقش: بأن مقاصد الهبات مختلفة، فقد يكون مكافأة الموهوب على إحسانه، وقد يكون مجرد المحبة، أو النفع بالبدن أو الجاه، فليس القصد منحصرًا في التعويض بالمال، ومع وجود الاحتمال يسقط الاستدلال⁽⁴⁾.

واستثنى الحنفية ذا الرحم في منع الرجوع في الهبة استنادًا إلى الأدلة الآتية⁽⁵⁾:

1 - الحديث السابق في قول النبي صلى الله عليه وسلم: « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبَّ مِنْهَا »، « أي لَمْ يُعَوِّضْ، وَصَلَةُ الرَّحِمِ عِوَضٌ مَعْنَى؛ لِأَنَّ التَّوَاصَلَ سَبَبُ التَّنَاصُرِ وَالتَّعَاوُنِ فِي الدُّنْيَا، فَيَكُونُ وَسِيلَةً إِلَى اسْتِيفَاءِ التَّنَصُّرَةِ وَسَبَبَ الثَّوَابِ فِي الدَّارِ الْآخِرَةِ فَكَانَ أَقْوَى مِنَ الْمَالِ »⁽⁶⁾.

ويناقش: بأن حرمة الرجوع في الهبة لذي الرحم، لا يفهم منه حرمة الرجوع من غيره، وهو مستفاد من عموم الأحاديث الناهية عن الرجوع، والتنصيص على ذي الرحم لا يقتضي التخصيص .

2 - الأثر السابق عن عمر رضي الله عنه أنه قال: « من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها... ».

-
- 1 - أخرجه: مالك في "الموطأ": كتاب الأفضية، باب القضاء في الهبة، برقم: 2479 .
 - 2 - أخرجه: مالك في "الموطأ": كتاب حسن الخلق، باب ما جاء في المصافحة، برقم: 2641 .
 - 3 - ينظر: "تبيين الحقائق" للزيلعي، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت، (98/5).
 - 4 - ينظر: "البنية شرح الهداية" للعيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1420 هـ، (188/10).
 - 5 - ينظر: "البحر الرائق" لابن نجيم، مصدر سابق، (294/7).
 - 6 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (132\6).

ويناقش: بأن هذا استدلال بمفهوم المخالفة وهم لا يقولون به، وعلى القول به فهو غير معتد به في هذه الحالة؛ لأنه يعارض الأحاديث الصريحة في حرمة الرجوع في الهبة، وعموم المنطوق راجح على خصوص المفهوم عند التعارض .

3 - الهبة لذي الرحم صدقة؛ لأن المقصود بها ثواب الله - عز وجل - فكما أنه لا يجوز الرجوع في الصدقة فكذلك الهبة لذي الرحم.

ويناقش بأن إثبات حرمة الرجوع في هبة ذي الرحم لا ينفي حرمة في حق الأجنبي؛ لأن الهبة لذي الرحم فيها أجران: أجر على الهبة وأجر على صلة الرحم، وأما الأجنبي فيبقى له أجر الهبة على معنى التودد والمحبة، وهذا الثواب مقصود شرعا، ويعتبر صدقة لا يجوز الرجوع فيها أيضا لقول النبي ﷺ: «كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ»⁽¹⁾،⁽²⁾.

4 - لو وهب بشرط الثواب فأثيب لم يرجع وهذا قد أثيب من الله تعالى فلم يجوز أن يرجع⁽³⁾. ويناقش بأن الواهب للأجنبي على معنى التودد والمحبة مثاب من الله تعالى، فلم يجوز الرجوع في الهبة في حقه أيضا.

• أدلة القول الثاني: استدل من ذهب إلى حرمة الرجوع في الهبة قبل القبض وبعده إلا فيما يهب الوالد ولده، بجملة من الأدلة، وبيانا فيما يأتي:

1 - أن الأصل في العقود لزوم لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:1]، والهبة عقد من العقود يتم بالإيجاب والقبول، والواهب إذا أوجب وقبل الموهوب فقد صار العقد لازما، وليس للواهب الرجوع فيه، ويلزمه إقباضه للموهوب له، ويجبر على ذلك إن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض، ويؤكد هذا المعنى عموم الحديث الآتي⁽⁴⁾.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الأدب، باب كل معروف صدقة، برقم: 6021. ومسلم في "صحيحه": كتاب الزكاة، باب بيان أن اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، برقم: 2291.
2 - ينظر: "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (82\8).
3 - ينظر: "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (7\546).
4 - ينظر: "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (3/1607-1608).

2 - ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «العائدُ في هبته كالكلبِ يقىءُ ثمَّ يعودُ في قَيْئِهِ»⁽¹⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن فيه تنفير المؤمنين من الاتصاف بصفة ذميمة يشاهون فيها أحس الحيوانات في أحس أحوالها، ويؤكد معنى التحريم ما جاء في لفظ للبخاري: «ليس لنا مثلُ السَّوءِ، الذي يعودُ في هبته كالكلبِ يَرْجِعُ في قَيْئِهِ»⁽²⁾، حيث فيه أبلغ الزجر عن ذلك، وأدل على التحريم مما لو قال مثلاً: (لا تعودوا في الهبة).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

- الوجه الأول: أن تشبيه النبي صلى الله عليه وسلم العائد بهبته بالكلب لاستقباحه واستقذاره لا في حرمة الرجوع، ويؤيد ذلك: أن فعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول إنه يستقبح؛ لأن الكلب غير متعبد فالقبيء ليس حراماً عليه، فيكون المراد التنزيه عن فعل يشبه فعل الكلب⁽³⁾.

وأجيب عنه: بأن سياق الحديث ينفي هذا التأويل، حيث جاء فيه «ليس لنا مثلُ السَّوءِ

...»، وهذا لا يجتمل إلا التحريم كما في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ مَثَلُ السَّوءِ وَلِلَّهِ

الْمَثَلُ الْأَعْلَىٰ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ [النحل:60]⁽⁴⁾.

- الوجه الثاني: أن الحديث محمول على الرجوع بغير قضاء القاضي ولا رضا الموهوب إلا فيما وهب الوالد لولده إذا احتاج إليه للإتفاق على نفسه⁽⁵⁾.

ويجاب عنه من طرق عدّة:

1 - أن الحديث جاء مطلقاً ولم يتقيد بذلك، والموهوب بفطرته لا يرضى بانتزاع شيء

منه بعد تمليكه إياه .

2 - «إذا كان الرجوع حقاً فما باله لا يجوز بغير حضرة الحاكم، ولئن كان غير حق فممن أين

جاز بحضرة الحاكم»⁽⁶⁾.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الهبة وفضلها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، برقم: 2494، واللفظ له.

والمسلم في "صحيحه": كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض...، برقم: 1622.

2 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الهبة وفضلها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، برقم: 2479 .

3 - ينظر: "الميسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (54/12).

4 - ينظر: "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (84/8).

5 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (6\128).

6 - "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (73/8).

3 - « إن الأب إذا احتاج لم يكن حقّه فيما أعطى ولده دون سائر ماله الذي لم يعطه إياه

« (1).

وأما استثناء الوالد عن حرمة الرجوع في الهبة فيدل عليه ما رواه عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - عن النبي ﷺ أنه قال: « لَأَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » (2)، فللوالد الرجوع فيما وهب لابنه على جهة الصلة لا على جهة الصدقة، والحكمة في جعل ذلك بين الوالد والولد لما له عليه من سُلْطَنَةِ الْإِجَادِ وَحَقِّ الْكِفَالَةِ وَالتَّرْبِيَةِ، وذمام الذبّ عنه، والنصرة وسيلة رجوع ماله إليه كله آخر الأمر (3).

ولكن استثناء الأب بمشروعية رجوعه فيما وهبه لولده ليس على إطلاقه، بل يمنع من الرجوع إن كان في ذلك إلحاق ضرر بالولد، حيث قال الإمام مالك في "الموطأ": « الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نَحَلَ وَلَدَهُ نُحْلًا، أو أعطاه عطاءً ليس بصدقة أن له أن يَعْتَصِرَ ذلك، ما لم يَسْتَحْدِثِ الْوَلَدُ دَيْنًا يُدَايِنُهُ النَّاسَ بِهِ، وَيَأْمَنُونَهُ عَلَيْهِ، من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه، فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً، بعد أن تكون عليه الديون ... » (4).

وتقييد الإمام مالك للحديث مبني على أصل دفع الضرر وهو من كليات الشريعة؛ وبيان ذلك أن الأصل في العقود الالتزام، عملاً بقول الله تعالى: ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة: 1]، وهذا يشمل الديون لا محالة، ورجوع الأب فيما وهبه لابنه يؤدي إلى بطلانها وعدم استقرارها، وإيقاع الابن في الحرج من معاملة الناس، فالغرماء دايئوه على المال الذي معه، فليس للأب أن يبطل حقوق غرماء ابنه، ولو أحزننا للأب أخذه لكان غروراً لهم، فتذهب بذلك هيئته، ويأنف الناس من معاملته؛ لأنه أخلف مواعيده والتزاماته، وهذا ضرر ظاهر ومفسدة محققة (5).

1 - المصدر سابق (84/8).

2 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (273/1). وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة برقم: 3541. والترمذي في "جامعه": كتاب الهبات، باب في كراهية الرجوع في الهبة، برقم: 2132، وابن ماجه في "سننه": كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، برقم: 2377.

3 - ينظر: "القيس" لابن العربي، مصدر سابق، (941/3).

4 - "الموطأ" برواية يحيى بن يحيى الليثي، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، د. ط، د. ت، (301/2).

5 - ينظر: "المعونة" للفاضل عبد الوهاب، مصدر سابق، (1616/3).

وفي مشهور المذهب إلحاق الأم بالأب في جواز الرجوع ما دام الأب حيا، ووجه ذلك أن الصغير بعد موت الأب يكون يتيما، وظاهر الهبة له الإشفاق عليه وهذا معنى القرية؛ فلذلك كان حكمها حكم الصدقة، فلا يجوز الرجوع فيها⁽¹⁾.

وفي مشهور المذهب لا يلحق بما الجد والجدّة؛ لأن الأصل عدم الرجوع ولا يتحقق دخولها تحت الحديث، وفي رواية يلحق الجد؛ لأنه يطلق عليه أب⁽²⁾.

● أدلة القول الثالث: استدل من ذهب إلى حرمة الرجوع في الهبة بعد القبض إلا فيما يهب الوالد ولده، بجملة من الأدلة، وبيانها فيما يأتي:

1 - حديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق: « العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه »، ووجه الدلالة من الحديث ظاهرة في حرمة الرجوع في الهبة، ولكنهم قيدوها بما بعد القبض؛ لأن الهبة قبل القبض رجوع في قول فلا يدخل في هذا الحديث؛ لأن عقد الهبة لم يتم، واستدلوا على صحة هذا التأويل بحديث عائشة رضي الله عنها أن أباهما أبا بكر الصديق رضي الله عنه لما حضرته الوفاة قال لها: « وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَدًّا عِشْرِينَ وَسَقًّا، فَلَوْ كُنْتُ جَدِّتِيهِ وَاحْتَزَيْتِيهِ كَانَ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُمَا أَحْوَاكِ، وَأُخْتَاكِ، فَاقْتَسِمُوهُ عَلَيَّ كِتَابِ اللَّهِ »⁽³⁾، ووجه الدلالة منه أنه رجع في هبته لها قبل القبض، ولو كان العقد لازما لما أمكنه الرجوع إلا برضاها، حيث أنه وهبها في صحته ولم تقبضها حتى مرض، والإقباض في مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح.

ويناقش هذا الاستدلال بأن الأثر خارج عن محل النزاع؛ لأن فيه رجوع الوالد فيما يهب ولده، والأصل فيها أنها جائزة ولو بعد القبض، ولكن امتناع أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن إنفاذها بالقبض لا يرجع إلى معنى عدم اللزوم ولكن لمعنى آخر، وهو أن عائشة رضي الله عنها لم تقبض هبتها حتى أدركته الوفاة وفي إقباضها إياها في مرض الموت فيه شبهة إثارة بعض الورثة، وصارت بمقام العطية للوارث، فامتنع أبو بكر الصديق رضي الله عنه عن إنفاذ الهبة سدا للذريعة.

1 - ينظر: "المسالك في شرح موطأ مالك" لابن العربي، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1: 1428هـ، (448/6).

2 - ينظر: "التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب" لخليل بن إسحاق، مصدر سابق، (350/7).

3 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الهبة وفضلها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، برقم: 2479 .

2 - عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال على المنبر: «أعطاني أبي عطيةً، فقالت عمرة بنت رباحة: «لا أرضى حتى تُشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم»، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «إني أعطيتُ ابني من عمرة بنت رباحة عطيةً، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله»، قال: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟»، قال: «لا»، قال: «فأتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم»، قال: فرجع فردَّ عطيةً⁽¹⁾.

وفي لفظ "مسلم": أن أباه أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «إني نَحَلْتُ ابني هذا غلاما»، فقال: «أكلَّ ولدك نَحَلَّتَهُ مِثْلَ هَذَا؟» قال: «لا»، قال: «فأرجعه»⁽²⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الوالد بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل ذلك فرجع في هبته لولده، ولذلك قال النعمان: «فَرَجَعَ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ»⁽³⁾. ويناقش بأن الحديث فيه دلالة على وجوب الرجوع في الهبة وليس الجواز؛ لأن هبته بُنِيَتْ عَلَى الظلم المنافي للعدل، ولأجل هذا جاء في بعض روايات الحديث قول النبي صلى الله عليه وسلم: «فَلَا تُشْهَدُنِي إِذَا، فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ»⁽⁴⁾، والظلم منفي في جميع الأحوال سواء أكانت الهبة للأولاد أم غيرهم، فعند ذلك لا يصح الاستدلال بها على جواز الرجوع مطلقاً أو جواز الرجوع فيما يهب الوالد ولده.

وإذا ثبت بطلان الاستدلال بهذا الحديث على جواز الرجوع، فإنَّ الحنفية أبطلوا الاستدلال به بدعوى أن النعمان بن بشير كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب فكان له الرجوع⁽⁵⁾. وأجيب عنه من وجهين:

- الوجه الأول: أن الذي تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيراً وكان أبوه قابضاً له لصغره، فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت في حكم المقبوض⁽⁶⁾.

-
- 1 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الهبة وفضلها، باب الإشهاد في الهبة، برقم: 2447.
 - 2 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب الهبات، باب العدل بين الأولاد في العطاء، برقم: 4184.
 - 3 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (305/6).
 - 4 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب الهبات، باب العدل بين الأولاد في العطاء، برقم: 4190.
 - 5 - ينظر: "المبسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (56/12).
 - 6 - ينظر: "فتح الباري" لابن حجر، مصدر سابق، (214/5).

- الوجه الثاني: ولو كان الحكم فيها يختلف بين أن تكون مقبوضة أو غير مقبوضة، لاستعلم الرسول ﷺ الحال وفصل بينهما، وأيضاً فإن مجيئه للنبي عليه السلام ليشهده يدل على أنه كان أقبضه، ولو لم يقبضه لم يكن لقوله: « فَرَجَعَ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ » معنى، وهذا يدل على أنه قبض الهبة؛ وعند الحنفية قبل القبض لا يلزمه أن يرجع فيه (1).

2 - وأما استثناء الوالد بجواز رجوعه فيما يهب ولده فاستدلوا عليه بالأدلة الآتية:

أ - عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - عن النبي ﷺ أنه قال: « لَأَ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَكَدَّهُ » (2).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

- الوجه الأول: بأن الحديث ليس على ظاهره، فالمراد بقوله: « إلا الوالد » أي: ولا الوالد، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَجِدُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ ﴾ [العنكبوت: 46] وكقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً ﴾ [النساء: 92]، فالعنى: ولا الذين ظلموا منهم، وكذلك في الآية الثانية (3).

- الوجه الثاني: المراد من الحديث أن من حق الوالد أن يملك من مال ابنه، ويأخذ ما تدعوه حاجته، وإنما سمي ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعاً حقيقة أو حكماً (4).
ويجاء عن هذين الوجهين: بأنها احتمالات تخالف الظاهر وتأويلات تحتاج إلى قرينة، ولا يصح صرف الكلام عن ظاهره من غير قرينة ظاهرة.

ب - عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: « إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ، وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » (5)، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابياً أتى النبي ﷺ فقال:

1 - ينظر: "شرح صحيح البخاري" لابن بطال، الرياض، مكتبة الرشد، ط2، 1423 هـ، (101/7).

2 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (273/1). وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة برقم: 3541. والترمذي في "جامعه": كتاب السهات، باب في كراهية الرجوع في الهبة، برقم: 2132، وابن ماجه في "سننه": كتاب السهات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، برقم: 2377.

3 - ينظر: "الميسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (55/12).

4 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (128/6).

5 - أخرجه: ابن أبي شيبة في "مصنفه" (294/7). والترمذي في "جامعه": كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده، برقم: 1358، وابن ماجه في "سننه": كتاب الأحكام، باب ما للرجل من مال ولده، برقم: 2290.

إن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: «أنت ومالك لأبيك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم»⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديثين أن النبي ﷺ مَيَّز الولد عن غيره، وجعله كسبا لوالده، فكان ما كسبه الولد منه أولى أن يكون من كسبه، فيحق له الرجوع فيه⁽²⁾.

ج - أن ما بيد الولد في حكم ما بيد الوالد، لجواز تصرفه فيه إذا كان صغيرا وأخذ النفقة منه إذا كان كبيرا فصارت هبة الوالد لولده وإن خرجت عن يده في حكم ما وهبه وهو باق في يده⁽³⁾.

د - أن الأب لفضل حنوه تُبَيِّنُ أحكامه أحكام غيره: فلا تقبل شهادته لولده، ويجوز أن يتصرف في يديه بالتزويج وفي ماله بالعقود لفضل الحنوّ وانتفاء التّهم؛ فجاز أن يخالف غيره في جواز الرجوع في الهبة؛ لأنّ انتفاء التّهمة تدلّ على أنّ رجوعه فيها لشدة الحاجة منه إليها أو لمصلحة⁽⁴⁾.

ومع اتفاقهم على أن الأب مستثنى بجواز الرجوع في الهبة، فإنهم اختلفوا في إلحاق غيره به على أربعة أوجه⁽⁵⁾:

الوجه الأول: أنه يختص بالأب، وهو قول عند الشافعية ومشهور مذهب الحنابلة، ودليلهم في ذلك ظاهر الأحاديث التي استثنت الوالد دون غيره؛ لأن الأصل تحريم الرجوع في الهبة، وثبوته للوالد جاء على خلاف الأصل، فينبغي أن يقتصر فيه على أقل ما يقتضيه اللفظ.

والوجه الثاني: أنه خاص بالأبوين، فتلحق الأم بالأب في جواز الرجوع، وهو قول عند كل من الشافعية والحنابلة، ودليلهم في ذلك أمران:

1 - أن الأم تشارك الأب في الرجوع إذا وهبت؛ فإنها في معناه، والولد ولدهما، وانتسابه إلى الأب ظاهر، واتصاله بالأم من جهة الولادة مستيقن.

1 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (179/2). وأبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب في الرجل يأكل من مال ولده، برقم: 3532.

وابن ماجه في "سننه": كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، برقم: 2291.

2 - ينظر: "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (546\7).

3 - المصدر نفسه .

4 - ينظر: "تحفة المحتاج" للهيتمي، القاهرة، المكتبة التجارية، د.ط، 1403 هـ، (309/6).

5 - ينظر: "نهاية المطلب" للحويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، جدة، دار المنهاج، ط1، 1428 هـ، (425-424/8).

"الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (547/7). "المعني" لابن قدامة، مصدر سابق، (305/6).

2 - أن الأم مأمورة بالتسوية والعدل، فهي مساوية للأب في تحريم التفضيل، وكلهم والد فيه البعضية وفضل الحنو؛ فينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع تخلصاً لها من الإثم، وإزالته للتفضيل المحرم.

ويناقش: بأن هذا التعليل أحص من الدعوى؛ لأن الرجوع في الهبة قد يكون لأجل إقامة العدل أو غيره من المقاصد، كما أن هذا القول يخالف ظاهر الأحاديث التي خصت الوالد بالاستثناء، والوالد عند الإطلاق إنما يتناول الأب دون الأم، والفرق بينهما: أن للأب ولاية على ولده، ويجوز جميع المال في الميراث والأم بخلافه.

والوجه الثالث: أنه شامل لكل أصل فيلحق به الأم والجد والجدة، وهو الأصح عند الشافعية، ودليلهم في ذلك: أن الأصول يتساوون في استحقاق النفقة والعنق وسقوط القصاص فجاز لهم الرجوع كالأب.

ونوقش: بأن الجد والجددة لا يملكون التصرف في مال الولد بأنفسهم، فليس لهم الرجوع في الهبة. والوجه الرابع: أن حق الرجوع يثبت للأب، ولكل أصل يتصور أن يكون له ولاية على الذي وهب منه بالقرابة، فهذا إذن يختص بالوالد، والأجداد المتصلين به إذا كانوا ورثة، وهو قول عند الشافعية.

• أدلة القول الرابع: استدل من ذهب إلى حرمة الرجوع في الهبة بعد القبض مطلقاً، سواء أكانت الهبة من الأب لابنه أم لغيره من القرابة، بجملة أدلة وبيانها فيما يأتي:

1 - عموم الأحاديث الناهية عن الرجوع في الهبة، حيث لم يرد فيها استثناء الأب أو غيره . ويناقش بأنه قد وردت أحاديث فيها تخصيص الأب من هذا العموم في قول النبي ﷺ: «إلا الوالد فيما يعطي ولده».

2 - ما ورد في الأثر عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قوله: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الأثر أن صلة الرّحم هي المقصودة بهبة الوالد ولده، وفي الرجوع قطيعة رحم، والولادة أقوى من القرابة المتأبدة بالمحرمية⁽²⁾.

1 - أخرجه مالك في "الموطأ": كتاب الأفضية، باب القضاء في الهبة، برقم: 2479 .

2 - ينظر: "المبسوط" للسرخسي، مصدر سابق، (49/12).

ويناقش بأن الأثر استثنى الهبة التي تكون لصلة الرحم، وهي غير شاملة للأب الذي ثبتت إباحة رجوعه في الهبة تنصيحا في أحاديث مرفوعة .

3 - أنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى، فلم يجز الرجوع فيها كصدقة التطوع⁽¹⁾.

ويناقش بأنه قياس صحيح في أصله ولكنه معارض بأصل آخر وهو أن الولد من كسب أبيه، وقد ثبت بصحيح السنة ترجيح هذا الأصل بجواز رجوع الأب فيما يهب ابنه، وهو معنى معقول؛ لأن الوالد لا يرجع إلا لسبب قوي يحقق به معنى أقوى مما قصده بالهبة.

رابعاً: سبب الخلاف

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى التعارض الظاهري بين الأحاديث والآثار، حيث نجد عموم الأحاديث مع ما ورد فيها من الاستثناء، فإن النهي عن العود في الهبة ورد عاماً في مثل حديث ابن عباس رضي الله عنهما: « العائد في هبته كالعائد في قبته » وورد التخصيص في أحاديث أخرى كحديث ابن عمر وابن عباس -رضي الله عنهم- « إلا الوالد فيما يعطي ولده » فمن العلماء من أخذ بالعموم لصراحته وقوته حيث إنه وارد في الصحيحين ولم يعتبروا الاستثناء، ومنهم من خصص العموم بالاستثناء الوارد⁽²⁾.

خامساً: الترجيح

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الثاني القاضي بلزوم الهبة وحرمة الرجوع فيها ولو قبل القبض إلا فيما يهب الوالد ولده، وذلك للاعتبارات الآتية:

1 - سلامة أدلتهم من المعارض الراجح، و « العلم إنما يتم بصحة مقدماته والجواب عن معارضاته؛ ليحصل وجود المقتضي وزوال المانع »⁽³⁾.

2 - أن هذا القول أضبط في تنظيم العقود، وأثبت لتأصيلها، وأبعد عن النزاع فيها .

3 - أن الرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق، والنبي صلى الله عليه وسلم إنما بعث ليتمم

محاسنها⁽⁴⁾.

1 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (305/6).

2 - ينظر: "بداية المجتهد" لابن رشد، مصدر سابق، (117/4).

3 - "الصفدية" لابن تيمية، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، ط2، 1406 هـ، (286/1).

4 - ينظر: "بداية المجتهد" لابن رشد، مصدر سابق، (118/4).

المحاضرة السادسة: شفعة الشريك غير المقاسم

أولاً: صورة المسألة وتحريم محل النزاع

الشُّفْعَةُ لغة: من الشفع وهو الزوج والضم⁽¹⁾، وأما اصطلاحاً، فهي: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه بعوض مالي»⁽²⁾، فهي «حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض. وسميت شفعة؛ لأن الشفيع يضم ما يمتلكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه»⁽³⁾.

وقد اتفق الفقهاء في الجملة على مشروعية الشفعة، لحديث حديث جابر رضي الله عنه: «قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»⁽⁴⁾، وفي رواية أخرى: «من كان له شريك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ وإن كره ترك»⁽⁵⁾.

قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط»⁽⁶⁾.

وما حُكي من إجماع على مشروعية الشفعة في العقارات إنما ينصرف إلى العقارات التي تقسم قسمة إجبار، كالدور الكبار، والبستان والأرض الواسعة، فهذه تجب قسمتها إذا طلب أحد الشريكين، فهي قابلة للقسمة؛ لأنه لا ضرر في قسمتها، وهذه القسمة تعتبر إفرزا لا بيعاً.

وأما العقارات التي لا تقبل القسمة: كحمام، ودكان ضيق، فإنها لو قسمت لم يعد كل قسم صالحاً للانتفاع والبيع، وإذا قسمت فإن القسمة لا تكون إلا برضا الشريكين؛ لأنها تكلف الشريك النفقة الزائدة في إعادة تهيتها⁽⁷⁾، فمثل هذه العقارات اختلف الفقهاء في مشروعيتها فيها على قولين مشهورين، وبيان ذلك فيما يأتي.

- 1 - "لسان العرب" لابن منظور، مصدر سابق، (183/8).
- 2 - "شرح مختصر الخرقى" للزركشي، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 1413 هـ، (185/4).
- 3 - "مغني المحتاج" للشريبي، مصدر سابق، (372/3).
- 4 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، برقم: 2257، واللفظ له. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب الشفعة، برقم: 4135.
- 5 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب الشفعة، برقم: 4134.
- 6 - "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (460/5).
- 7 - ينظر: "نهاية المحتاج" للرملي، مصدر سابق، (196/5).

ثانياً: الأقوال في المسألة

- القول الأول: أن الشفعة مشروعة فيما لا يقبل القسمة وهو مذهب الحنفية، وقول عند كل من المالكية والشافعية، ورواية عند الحنابلة والظاهرية⁽¹⁾.
- القول الثاني: أن الشفعة لا تشرع فيما لا يقبل القسمة، وهو قول عند المالكية والمذهب عند الشافعية والمشهور عند الحنابلة⁽²⁾.

ثالثاً: الأدلة والمناقشة

- أدلة القول الأول: استدل من ذهب إلى أن الشفعة مشروعة فيما لا يقبل القسمة بجملة من الأدلة، وبيانها فيما يأتي:

1 - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ فِي أَرْضٍ ، أَوْ رُبْعٍ ، أَوْ حَائِطٍ ، لَا يَصْلُحُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَعْضَرَ عَلَى شَرِيكِهِ ، فَيَأْخُذَ أَوْ يَدَعَ ، فَإِنْ أَبِي فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُؤْذَنَهُ »⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث في قوله صلى الله عليه وسلم: « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ »، فهو عام يشمل ما يقبل القسمة وما لا يقبلها⁽⁴⁾.

2 - عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « الشَّرِيكُ شَفِيعٌ ، وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ »⁽⁵⁾. ووجه الدلالة في عموم قوله صلى الله عليه وسلم: « الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ »، وهو في معنى الحديث السابق.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه حديث مرسل، فقد قال الترمذي بعد رواية الحديث: « هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السُّكْرِيِّ، وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن رُفَيْعٍ، عن ابن أبي مُلَيْكَةَ عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا وهذا أصحُّ ». وإذا كان الحديث مرسلًا، فهو ليس بحجة.

1 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (12/5). "التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب" لخليل بن إسحاق، مصدر سابق، (572/6). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (466/5). "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (3/8).

2 - ينظر: "التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب" لخليل بن إسحاق، مصدر سابق، (572/6). "مغني المحتاج" للشربيني، مصدر سابق، (374/2). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (465/5).

3 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب الشفعة، برقم: 4136.

4 - ينظر: "سبل السلام" للصنعاني، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، الرياض، دار ابن الجوزي، ط8، 1428 هـ، (191/5).

5 - أخرجه: الترمذي في "سننه": كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع، برقم: 1371.

3 - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء »⁽¹⁾. ونوقش بأن الحديث ضعيف؛ ففي إسناده ابن جريح وهو مشهور بالتدليس وقد روى الحديث بالعننة عن عطاء عن جابر⁽²⁾.

4 - أن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة أو المجاورة، وضرر ذلك فيما لا يقبل القسمة أشد، فإذا شرعت فيما يقبل القسمة لرفع ضرر المجاورة مع إمكان رفع ذلك بالمقاسمة من غير تكلفة فتشريعها فيما لا يقبل القسمة لرفع الضرر الأعلى من باب أولى، إذ لا يقدر أحد من الشركاء أن يتصرف في المال المشترك بشيء من وجوه التصرف دون إذن شريكه⁽³⁾.

ونوقش بأن هذا الدليل يصلح لمن قال: إن العلة في الشفعة لدفع ضرر الشركة، وأما من قال: إن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة فلا يسلم لهذا الدليل.

ويجاب عنه بأن ضرر القسمة فيما لا يقبل القسمة أشد مما يقبل القسمة، بما يتحملة الشريك من النفقة الزائدة في إعادة التهيئة.

● أدلة القول الثاني: استدل من ذهب إلى أن الشفعة لا تشرع فيما لا يقبل القسمة بجملة أدلة، وبيانها فيما يأتي:

1 - عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: « قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »⁽⁴⁾، ومحل الشاهد من الحديث في قوله: « كل مال لم يقسم »، ففيه دلالة على ثبوت الشفعة فيما يقبل القسمة خاصة، أما ما لا يصح فيه القسمة فإنه لا يقال فيه: ما لم يقسم، ويشهد له سياق الحديث: « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »، حيث أثبت الشفعة فيما يقبل إيقاع الحدود، وذلك خاص بالأشياء التي يمكن قسمتها⁽⁵⁾.

- 1 - أخرجه: الطحاوي في "شرح معاني الآثار"، بيروت، عالم الكتب، ط1، 1414 هـ، (126/4).
- 2 - ينظر: "سلسلة الأحاديث الضعيفة للألباني، مرجع سابق، (62/3).
- 3 - ينظر: "المقدمات الممهدة" لابن رشد، مصدر سابق، (65/3). "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (233/7).
- 4 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، برقم: 2257، واللفظ له. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب الشفعة، برقم: 4135.
- 5 - ينظر: "شرح صحيح البخاري" لابن بطال، مصدر سابق، (16/7). "إحكام الأحكام" لابن دقيق العيد، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1426 هـ، (ص: 376).

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

• الوجه الأول: بأن العقار كله يقبل القسمة، ولكن المانع من قسمة العقار الصغير يعود إلى أمر خارج عن العقار، وهو الضرر الناتج من القسمة، فقولہ ﷺ: « فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ » يشمل كل ما يمكن قسمته، سواء أكانت قسمته قسمة إجبار أم اختيار، حتى الذي يمكن قسمته قسمة تراض يمكن أن تقع فيه الحدود، وتصرف فيه الطرق⁽¹⁾.

• الوجه الثاني: أن قول جابر بن عبد الله ﷺ هو حكاية قضية من النبي ﷺ قضى بها وليس بعموم لفظ يستفاد من قول النبي ﷺ؛ لأن العموم يستفاد من الألفاظ وليس من الأفعال⁽²⁾.

2 - عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، قال: « خطب عمر الناس، فقال: « لا شفعة في بئر، ولا فحل »⁽³⁾، وروى عن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم عن عثمان بن عفان: « إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها، ولا شفعة في بئر، ولا فحل النخل »⁽⁴⁾. ووجه الدلالة من الأثر "فحل النخل": هو الذكر الذي يُلقحون منه الإناث، فلم تثبت فيه الشفعة؛ لأن القوم كانت تكون لهم نخيل في حائط، فيتوارثونها ويقتسمونها، ولهم فحل يلقحون منه نخيلهم، فإذا باع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط بحقوقه من الفحل وغيره، فلا شفعة للشركاء في الفحل في حقه منه؛ لأنه لا ينقسم، وكذلك البئر تكون لجماعة يسقون منها نخيلهم، فإذا باع أحدهم سهمه من النخيل، فلا شفعة للشركاء في سهمه من البئر؛ لأنها لا تنقسم⁽⁵⁾.

ونوقش بأن الأثر على كلا التقديرين ضعيف، لوجود الانقطاع في الإسناد⁽⁶⁾.

3 - أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر مقاسمة الشريك، وهذا الضرر يتحقق بوجوه منها: أن العقار قد تنقص قيمته إذا قسم، وقد يحتاج كل واحد من المتقاسمين إلى استحداث مرافق في نصيبه فيلزمه

1 - ينظر: "الشرح الممتع" للعثيمين، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 1422 هـ، (247/10).

2 - ينظر: "أحكام القرآن" للحصاص، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ، (247/2).

3 - أخرجه: سعيد بن منصور في "سننه". ينظر: "تنقيح التحقيق" لابن عبد الهادي، الرياض، أضواء السلف، ط1، 1428 هـ، (177/4).

4 - أخرجه: مالك في "الموطأ": كتاب الشفعة، باب ما لا تقع فيه الشفعة، برقم: 2095. وعبد الرزاق في "المصنف" (80/8). وابن أبي شيبة في "المصنف" (454/4).

5 - ينظر: "جامع الأصول" لابن الأثير، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دمشق: مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، ط1، 1389 هـ، (586/1).

6 - ينظر: "بيان الوهم والإيهام" لابن القطان الفاسي، مصدر سابق، (776/5).

في ذلك مؤونة، ومنها ما يلزم فيها من المؤمن والأجر التي تختص بقسمة الأصول، إذ ليس كل واحد يحسن قسمتها، فلا بد في الأغلب من الحال أن يستأجر على قسمتها من يختص بمعرفة ذلك⁽¹⁾.
ويناقش: بأن ضرر المقاسمة لا يؤثر في الحكم؛ لأنه مُتَوَقَّع في حالة قيام الشركة مع الشريك الأصيل، ومع ذلك لم يؤثر في وجود الشركة أو في حرمان أحد الشركين من حق المطالبة بالقسمة، فدل ذلك على أن مشروعية الشفعة لدفع ضرر المشاركة وليس ضرر القسمة؛ لأن الشركة أساسها الرضا المبني على التوافق بين الشريكين، فمن رضي بشريك معين ابتداء لا يلزم بأن يرضى بشريك أجنبي، فلذلك أعطي حق الشفعة، وهذا المعنى موجود فيما يقبل القسمة وهو أشد تحققا فيما لا يقبل القسمة، والله أعلم .

4 - القياس على ما لا ينقسم من العروض كالثياب والحيوان، حيث لا شفعة فيها⁽²⁾.
ويناقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الضرر في العروض يرتفع ببيعها وقسم الثمن، إذ لا يتشاح الناس فيها ولا يرغبون في إمساكها كرجبتهم في الأصول وتشاحهم في إمساكها⁽³⁾.

رابعاً: سبب الخلاف

الذي يظهر أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمرين:
1 - الاختلاف في تأويل الأحاديث القاضية بمشروعية الشفعة .
2 - الاختلاف في تحديد المقصد التي شرع من أجله الشفعة، هل هو لدفع ضرر القسمة، أو لدفع ضرر الشركة؟ فمن قال: إن المقصد من مشروعية الشفعة هو دفع ضرر الشركة رأى أن الشفعة تجري فيما ينقسم، وفيما لا ينقسم، وهم أصحاب القول الأول، ومن قال: إن المقصد من مشروعية الشفعة هو دفع ضرر القسمة، رأى أن الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم.

خامساً: الترجيح

الذي يظهر - والله أعلم - أن الراجح في هذه المسألة هو القول القاضي بثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة؛ لسلامة أدلتهم من المعارض الراجح، ولأن الضرر منفي مطلقاً في الشريعة، ورفع أو

1 - ينظر: "المقدمات الممهدة" لابن رشد، مصدر سابق، (65/3). "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (233/7)

2 - ينظر: "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (1281/2).

3 - ينظر: "المقدمات الممهدة" لابن رشد، مصدر سابق، (66/3).

دفعه يتحقق بإعطاء حق الشفعة للشريك فيما لا يقبل القسمة؛ فالعادة في شراكة العقارات أنهما تطول ويصعب التخلص منها بالقسمة، وتستوجب أعمالاً وتغييرات، ولها مرافق وحقوق، وكل هذا مدعاة إلى جلب الخصام والشجار، فنبتت الشفعة لإزالة هذه الأضرار.

المحاضرة السابعة: الظفر بالحق

أولاً: صورة المسألة

إذا كان لشخص على آخر دين أو استودعه ودیعة ولم يستطع استيفاءها منه بأن كان جاحداً لها أو ممتنعاً عن أدائها أو ممطلاً، فهل لصاحب الحق أن يستوفي حقه بغير قضاء إذا أمكنه ذلك بوسيلة أخرى، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال كثيرة، يمكن إجمالها في قولين على ما يأتي.

ثانياً: الأقوال في المسألة

- القول الأول: المنع من استيفاء حقه، وهو رواية عند المالكية ومشهور مذهب الحنابلة⁽¹⁾.
- القول الثاني: جواز استيفاء حقه في الجملة⁽²⁾، وهو مذهب الحنفية ورواية عند المالكية، ومذهب الشافعية، وقول عند الحنابلة واختيار ابن حزم من الظاهرية⁽³⁾.

ثالثاً: أدلة الأقوال والمناقشة

- أدلة القول الأول: استدل من حرم الظفر بالحق مطلقاً بجملة من الأدلة، وبيانها فيما يأتي:
- 1 - قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]، ووجه الدلالة من الآية أن فيها أمر بأداء الأمانة من غير قيد، فتكون عامة تشمل من يأخذ بغير إذن فيكون غير مؤد للأمانة⁽⁴⁾.
- 2 - قول الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: 65]، ووجه الدلالة من الآية أنها أمرت بالتحاكم إلى القاضي في جميع أحوال التنازع، فتقديرها

1 - ينظر: "المدونة" لسحنون، مصدر سابق، (445/4). "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، مصدر سابق، (212/8).
2 - جعلت هذا القيد "في الجملة"؛ لأنه يتفرع على القول بالجواز اختلافات كثيرة، منها ما هو مبني على الاختلاف في اشتراط العجز عن استيفاء الحق بغير قضاء، ومنها ما هو مبني على الاختلاف في اشتراط اتحاد الجنس.
3 - ينظر: "البحر الرائق" لابن نجيم، مصدر سابق، (193/7). "منح الجليل شرح مختصر خليل" لعليش، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1409 هـ، (550/8). "البحر الرائق" للماوردي، مصدر سابق، (412/17). "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (490/6).
4 - ينظر: "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (985/2).

إلى الحكام لا إلى الأفراد؛ لأنهم يتأثرون بعواطفهم سواء ظفر الإنسان بحقه أم لا، ولو ترك لصاحب الحق أخذ حقه بغير قضاء كان مخالفاً للآية⁽¹⁾.

3 - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أدّ الأمانةَ إلى مَنْ ائتمَّكَ، ولا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»⁽²⁾. ووجه الدلالة ظاهر من الحديث، فإذا أخذ المستحق مال غريمه بغير إذنه فقد خانته، وكان مرتكباً لما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽³⁾.
ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

- الوجه الأول: أن الحديث غير ثابت، فهو من طريق قيس بن الربيع وشريك القاضي عن أبي الحصين الأسدي عن أبي صالح عن أبي هريرة. قال الإمام أحمد: «شريك وقيس كانا كثير الخطأ في الحديث»⁽⁴⁾.

وأجيب عنه بأن شريكا القاضي قد أخرج له الإمام مسلم في "صحيحه" في المتابعات، فيكون حديثه صالحاً للاعتراض، وحديثه هنا مقرون برواية قيس بن الربيع وهو نحو شريك في الضعف لسوء الحفظ فأحدهما يقوي الآخر، فيرتقي الحديث إلى مرتبة الحسن ويكون مقبولاً للاحتجاج⁽⁵⁾.

- الوجه الثاني: أن المقصود بقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»؛ أي: لا تتعدى فتأخذ أكثر من الواجب لك، فتكون قد خنته أخرى كما خانك أولاً؛ لأن من أخذ حقه الواجب له فليس بخائن، بل فعل المعروف الذي أباحه رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة⁽⁶⁾.
وأجيب عنه بأن هذا التأويل يطل فائدة الحديث فلا يكون فرق بين من خانته ومن لم يخنه؛ لأن الخيانة المبتدأة محرمة في الجميع وتحريمها ظاهر، فعلم أن المراد لا تقابله على خيانتها فتفعل به مثل ما فعل بك، فيكون كل واحد منهما مسيئاً إلى الآخر ظالماً له⁽⁷⁾.

1 - ينظر: "نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية" لمحمد نعيم ياسين، الرياض: دار عالم الكتب، د. ط، 1423 هـ، (ص: 156-159).

2 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (414/3). وأبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، برقم: 3537. والترمذي في "جامعه": كتاب السبوع، باب، برقم: 1264.

3 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (230/12).

4 - ينظر: "العلل المتناهية" لابن الجوزي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1: 1403 هـ، (593/2).

5 - ينظر: "إرواء الغليل" للألباني، مصدر سابق، (381/5).

6 - ينظر: "المقدمات الممهدة" لابن رشد، مصدر سابق، (458/2).

7 - ينظر: "مجموع الفتاوى" لابن تيمية، مصدر سابق، (374/30).

4 - عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مِمَّا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، فَلَا يَأْخُذُهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم « أعلم المبطل في نفس الأمر أن حكمه لا يحل له أخذ ما يحكم له به، وأنه مع حكمه له به فإنما يقطع له قطعة من النار، فإذا كان الحق مع هذا الخصم في الظاهر وجب على الحاكم أن يحكم له به، ويقره بيده وإن كانت يدا عادية ظالمة عند الله تعالى، فكيف يسوغ لخصمه أن يحكم لنفسه، ويستوفي لنفسه بطريق محرمة باطلة، لا يحكم بمثلها الحاكم وإن كان محققاً في نفس الأمر »⁽²⁾.

5 - عن بشير بن الخصاصية رضي الله عنه قال: « قلنا: إِنَّ أَهْلَ الصَّدَقَةِ يَعْتَدُونَ عَلَيْنَا أَفَنَكُتُمْ مِنْ أَمْوَالِنَا بِقَدْرِ مَا يَعْتَدُونَ عَلَيْنَا »، فَقَالَ صلى الله عليه وسلم: « لَا »⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم منعهم من استيفاء حقهم من خلال مقابلة الإساءة بالمثل . ونوقش بأن الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده ديسم السدوسي، وهو رجل مجهول لا يُدرى من هو⁽⁴⁾.

6 - إِنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَالتَّصَرُّفُ فِي مَالِ الْغَيْرِ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِوِلَايَةِ⁽⁵⁾.

● أدلة القول الثاني: استدل من ذهب إلى جواز الظفر بالحق بجملة من الأدلة، وبيانها فيما يأتي:

1 - قول الله تعالى: ﴿ وَإِنَّ عَاقِبَتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ [النحل:126]، ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى شرع المعاقبة بالمثل، واستيفاء الحق بغير قضاء من المعاقبة بالمثل .

-
- 1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه" : كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام لخصوم، رقم: 7168. ومسلم في "صحيحه" : كتاب الأحكام، باب من قضي له بحق أخيه، رقم: 4493.
 - 2 - ينظر: "إغاثة اللهفان" لابن القيم، الرياض، مكتبة المعارف، د.ط، د.ت، (79/2).
 - 3 - أخرجه: أحمد في "مسنده" (414/3). وأبو داود في "سننه": كتاب الزكاة، باب رضا المصدق، برقم: 1588.
 - 4 - ينظر: "ميزان الاعتدال" للذهبي، مصدر سابق، (29/2).
 - 5 - ينظر: "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (985/2).

2 - قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:194]،
ووجه الدلالة من الآية « أن من كان عليه حق فأنكره وامتنع من بذله فقد اعتدى، فيجوز أخذ الحق
من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضي؛ لأن الشارع قد أذن فيه »⁽¹⁾.

3 - قول الله تعالى: ﴿وَلَمَنْ أَنْصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَٰئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِّنْ سَبِيلٍ﴾ [الشورى:41]، ووجه
الدلالة من الآية أن امتناع من عليه الحق من أدائه يعتبر ظلماً، وكل وسيلة تؤدي إلى رفع الظلم
مأذون فيها⁽²⁾.

4 - عن عائشة رضي الله عنها أن هِنْدَ بِنْتَ عُبَيْةَ قالت: « يا رسول الله، إنَّ أبا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وليس
يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فقال: « خُذِي مَا يَكْفِيكَ
وَوَلَدَكَ، بالمعروف⁽³⁾». ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لهند لما شكت إليه
أبا سُفْيَانَ أن تأخذ من ماله بغير إذنه، فمثلها الرجل يكون له على الرجل الحق بأي وجه ما كان
فيمنعه إياه، فله أن يأخذ من ماله حيث وجده⁽⁴⁾.

ونوقش من وجوه:

- الوجه الأول: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن للمرأة من حق التبسط في مال زوجها بحكم العادة
مما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبي⁽⁵⁾.

- الوجه الثاني: أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل
إلى تركه، حق الزوجية واجب في كل وقت والمحكمة في كل لحظة تشق، فجاز أخذ ما تندفع به الحاجة
بخلاف الدين⁽⁶⁾.

- الوجه الثالث: أن النبي صلى الله عليه وسلم تَصَرَّفَ فِي قَضِيَةِ هِنْدٍ بِالْقَضَاءِ؛ لأن قيام الزوجية كقيام البينة،
فكأن الحق صار معلوماً بعلم مقتضيه، وعليه لا يجوز لأحد أن يأخذ شيئاً من ذلك إلا بمحكم حاكم⁽⁷⁾.

1 - "نظرية الدعوى" لمحمد نعيم ياسين، مرجع سابق، (ص:125).

2 - ينظر: "المحلى" لابن حزم، مصدر سابق، (491/6).

3 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، برقم: 7180، واللفظ له. ومسلم في "صحيحه":
كتاب الحدود، باب قضية هند، برقم: 1714.

4 - ينظر: "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (412/17).

5 - ينظر: "مسائل الإمام أحمد" برواية ابنه صالح، الهند، الدار العلمية، د.ط، د.ت، (113/2-144).

6 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (230/12). "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (357/6).

7 - ينظر: "الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام" للقرافي، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1416 هـ، (ص:113).

5 - عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: « جاء رجل يطلب نبي الله صلى الله عليه وسلم بدين أو بحق، فتكلم ببعض الكلام، فهمَّ صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم به، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « مَهْ، إِنَّ صَاحِبَ الدِّينِ لَهُ سُلْطَانٌ عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يَقْضِيَهُ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه يدخل في مفهوم السلطان تمكين صاحب الحق من أخذ حقه من مال غريمه سواء أكان هذا المال من جنس الحق أم من غيره⁽²⁾. ويناقش: إنما يكون له سلطان عليه بأن يشتكيه إلى القضاء، وهو ممكن منه إذا كان مقرا بالحق الذي عليه، كما هو ظاهر من سياق الحديث.

6 - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « الرَّهْنُ يُرَكَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرَهُونًا، وَلَبْنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرَهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرَكَبُ وَيَشْرَبُ التَّفَقَّةُ »⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه أجاز للدائن - وهو المرتهن - استيفاء حقه من النفقة بما يقابله من منفعة، فمثله مثل من يكون له حق على آخر فله أن يستوفيه من ماله . ونوقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن استيفاء المرتهن حقه من النفقة فيه رفع للحرص والمشقة وعمل بالأصلح، وبيان ذلك أن النفقة على الحيوان أمر لا بد منه، وأخذها من مالك الرهن قد يضر به أو يتعذر أخذها، ولو ترك المرتهن منفعة الركوب لذهبت مجانا، أو ترك اللبن لفسد، وكل ما سبق غير متحقق في استيفاء الدائن حقه من مال المدين بغير قضاء⁽⁴⁾.

7 - عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قُلْنَا لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم: « إِنَّكَ تَبْعُنَا، فَتَنْزِلُ بِقَوْمٍ لَا يَفْرُونَا، فَمَا تَرَى فِيهِ؟ » فقال لنا: « إِنْ نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ، فَأَمِرَ لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَاقْبَلُوا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا، فَخُذُوا مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ »⁽⁵⁾. ووجه الدلالة من الحديث « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز لهم أن يأخذوا حقهم في الضيافة بأنفسهم، فيتعدى ذلك إلى كل حق يترتب على إنسان فيمنعه عن صاحبه »⁽⁶⁾.

ونوقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الضيافة حق آني لا يقبل التأخير، وهذا يتنافى مع رفعها إلى القضاء.

1 - أخرجه: ابن ماجة في "سننه": كتاب الصدقات، باب لصاحب الحق سلطان، برقم: 2425.

2 - "نظرية الدعوى" لمحمد نعيم ياسين، مرجع سابق، (ص: 133).

3 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، برقم: 2512.

4 - ينظر: "شرح مختصر الخرقى" للزركشي، مصدر سابق، (51/4).

5 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب المظالم والغصب، باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه، برقم: 2461.

6 - "نظرية الدعوى" لمحمد نعيم ياسين، مرجع سابق، (ص: 147).

8 - القياس على استيفاء الحق العيني، فإن من كان له عين عند أحد وامتنع من أدائها جاز له استيفاؤها بغير قضاء عند الجميع كالمغضوب ونحوه⁽¹⁾.

ونوقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن صاحب الدين حقه لم يتعين في تلك العين التي يريد أن يستوفي منها، وتجده متكثراً ومستخفياً بصورة خائن وسارق بخلاف صاحب الحق العيني فإنه يغالب صاحب اليد العادية ويستعين عليه بالناس فلا ينسب إلى الخيانة، وعليه لا يصح إلحاق أحدهما بالآخر⁽²⁾.

9 - إن في المنع تضييعاً للحقوق التي ليس لها بينة فيستحيل أخذها عن طريق القضاء⁽³⁾. ونوقش بأن هذا تفريط من صاحبها حيث لم يحتط بتوثيق حقه عن طريق: الكتابة أو الإشهاد أو الرهن.

رابعاً: سبب الخلاف

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أمرين اثنين:

- 1 - التعارض الظاهري بين عموم الآيات والأحاديث، حيث نجد كل فريق سعى إلى الجمع ونفي التعارض بينها، ولكنهم اختلفوا في طريقة الجمع وتأويل النصوص.
- 2 - التعارض بين مفسدة ترك الحق التي توجب مشروعية الظفر به إذا أمكن تحصيله، وبين مفسدة استعمال وسيلة قد تؤدي إلى نشوب فتنة في تحصيلها ونشوب الاختلاف والمنازعة بما يخشى منه تلف الأموال والنفوس وغيره من الفساد.

خامساً: الترجيح

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول القاضي بمنع الظفر بالحق من غير قضاء وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1 - أن النفوس مجبولة على اعتقاد أن الحق في جانبها، والقول بالإباحة يفتح باب التأويل فرمما يظن أن الحق له في قضية فيسيء التقدير ويعتدي على حقوق غيره، ومصلحة الأمة تقتضي أن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتنة، ومنها السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير تدخل القضاء⁽⁴⁾.

1 - ينظر: "إغاثة اللهفان" لابن القيم، مصدر سابق، (78/2).

2 - ينظر: المصدر السابق (79/2).

3 - ينظر: "تهذيب الفروق" لمحمد المكي، بيروت، عالم الكتب، د.ط، د.ت، (208/1).

4 - ينظر: "نظرية الدعوى" لمحمد نعيم ياسين، مرجع سابق، (ص:159).

2 - أن في الأخذ تعريض النفس للشبهات، وقد جاء في الحديث: «فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرْضِهِ»⁽¹⁾، فالبراءة لدينه بترك ما هو مشكوك في جواز فعله، والاستبراء لعرضه بأن لا يتهمه الناس بأخذ مال غيره أو الاعتداء عليه، وإن كان في الواقع أنه يقتص لنفسه ولكنه في نظرهم يعتبر مرتكباً لخيانة، حيث إنهم يعلمون أن ما أخذه ليس له وحقه عندهم ليس بثابت، وفي إقرار ذلك لفاعله إقرار للخيانة في نظر الناس⁽²⁾.

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، برقم: 52. ومسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب الحلال بين والحرام بين، برقم: 4101.

2 - ينظر: "استيفاء الحقوق من غير قضاء" لفهد اليحيى، الرياض: دار كنوز إشبيلية، ط1: 1426 هـ، (ص: 188-192).

المحاضرة الثامنة: أحكام المضاربة

لا يزال الاشتراك في التجارة مستمراً بين الناس؛ لما فيها من تحصيل المصالح بتنمية الأموال واستثمارها وتبادل الخبرات، ولا يتحقق ذلك إلا بأن تقوم الشراكة على أسس سليمة وقواعد واضحة وأحكام مضبوطة، فصلّها الفقهاء في أبواب المعاملات من كتب الفقه، وقد أخذت شركة المضاربة بنصيب وافر منها، واختلفت منازعهم في بيان أحكامها، وهو ما نشير إليها باختصار في هذه المحاضرة .

أولاً: مفهوم المضاربة ومشروعيتها

1 - مفهوم المضاربة:

المضاربة لغة على وزن مفاعلة، من ضَرَبَ في الأرض : إذا سار فيها لطلب الرزق، ومنه قول الله

تعالى : ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل:20].

وأما اصطلاحاً فقد اختلفت ألفاظ الفقهاء في تعريفها، ولكنها اتفقت في معناها الإجمالي بأنها « أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه»⁽¹⁾، فالمضاربة قائمة على الشراكة في الربح.

ويظهر من التعريف السابق مناسبة الاشتقاق في كون العامل إنما استحقَّ الربح بعمله وضربه في الأرض، وقيل: لأنَّ كلا من الشريكين يضرب بسهم في الربح، فيسمى كلاهما مضارباً، وهي التسمية الشائعة عند أهل العراق، وأما أهل الحجاز فيسمونه قراضاً أو مقارضة، وهو مشتق من القطع؛ لأنَّ المقارض يقطع الأرض بالسير فيها⁽²⁾.

2 - مشروعية المضاربة:

اتفق الفقهاء على مشروعية المضاربة في الجملة، ولم يختلفوا في ذلك، حيث يقول ابن عبد البر: « أصل هذا الباب إجماع العلماء على أن المضاربة سنة معمول بها، مسنونة قائمة»⁽³⁾، ويقول ابن رشد الحفيد: « ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض »⁽⁴⁾.

1 - "المعني" لابن قدامة، مصدر سابق، (134/5).

2 - ينظر: "لسان العرب" لابن منظور، مصدر سابق، (217/7)، "تاج العروس" للزبيدي، القاهرة، دار الهداية، د.ط، د.ت، (19/19).

3 - "الاستذكار" لابن عبد البر، مصدر سابق، (4/7).

4 - "بداية المجتهد" لابن رشد، مصدر سابق، (21/4).

والحكمة في مشروعية المضاربة أن فيها تحقيق « التعاون في المعاملات بتقديم المال من طرف والعمل الكامل من طرف آخر لكسب الربح الذي يوزع عليهما، وتؤمن استثمار المال وعدم تعطيله أو خزنه ممن لا يستطيع استثماره؛ إما لعدم الخبرة، أو لعدم الوقت المناسب لذلك، مع إيجاد فرص العمل أمام أصحاب المهن والتجار والعمال الذين لا يملكون الأموال التي يعملون بها، فتأتي المشاركة في القراض لتحقيق مصالح الأطراف، ومن ثم مصلحة الأمة والمجتمع في توظيف المال، وتوفير الحاجيات، وتيسير عجلة الاقتصاد »⁽¹⁾.

ثانياً: صورة المسألة

وقد خصص الفقهاء للمضاربة باباً مستقلاً عن الشركة؛ لاتساعها ووجود أحكام كثيرة خاصة بها، وسنقتصر في هذه المحاضرة على موضوع "اشتراط الضمان على عامل المضاربة"، وهي مسألة قديمة تجدد فيها النظر في العصر الحديث مع قيام المصارف الإسلامية، حيث إن تضمين المصرف الإسلامي للودائع الاستثمارية باعتباره مضارباً حاجة تدعو إليها منافسة البنوك الربوية، وسنقوم بتفصيل القول فيها وبيان ما ورد فيها من خلاف وحجج واعتراضات فيما يأتي.

ثالثاً: الأقوال في المسألة

- القول الأول: اشتراط الضمان على عامل المضاربة باطل، على خلاف بينهم هل يفسد العقد لبطلان الشرط، وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية ومشهور مذهب الحنابلة⁽²⁾.
- القول الثاني: اشتراط الضمان على عامل المضاربة صحيح ملزم، وهو قول عند المالكية ورواية عند الحنابلة⁽³⁾.

رابعاً: أدلة الأقوال والمناقشة

- أدلة القول الأول: استدل من ذهب إلى بطلان اشتراط الضمان على عامل المضاربة بجملة من الأدلة، وبيائها فيما يأتي:

1 - "الإعجاز القرآني في التشريع الإسلامي"، لمحمد الزحيلي، دمشق: دار ابن كثير، ط1: 1436 هـ، (277/1).
2 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (78/6). "الحاشية على الشرح الكبير" للدسوقي، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت، (520/3). "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (400/4). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (192/5).
3 - ينظر: "مواهب الجليل" للخطاب، مصدر سابق، (360/5). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (192/5).

1 - عن عائشة رضي الله عنها في قصة عتقها لبريرة واشترط أهلها الولاء لهم، أن النبي قال ﷺ: « ما بال رجال يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ، ما كان مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فهو باطلٌ، وإن كان مِئَةَ شَرْطٍ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن فيه إبطال الشروط التي تخالف مقتضى العقد، ويد المضارب يد أمانة، فإذا شرط فيه الضمان فقد عقد على خلاف موضوعه، فوجب أن يفسد، فيكون كعقد الصرف الذي اشترط فيه تأخر القبض فإنه يكون باطلاً⁽²⁾.

ونوقش من وجهين:

- الوجه الأول: بأن اشترط ما ينافي العقد هو الذي يبطل العقود، كما لو اشترط عليه لزوم المضاربة، وأما الشروط التي تخالف مقتضى العقد وفيها غرض صحيح فهي جائزة كما هو الحال في اشترط الضمان⁽³⁾.

- الوجه الثاني: التزم الشخص الضمان بالشروط فإنه يلزمه؛ لأنه قد أوجب على نفسه بالشرط ما لا يجب عليه بدونه، والأصل في الشروط الصحة والجواز⁽⁴⁾.

2 - نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن⁽⁵⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن صاحب المال في المضاربة يستحق حصته من الربح في مقابل تحمله الخسارة، فإذا لم يدخل شيء في ضمانه كانت مضاربه منهيا عنها واستحقت الفساد⁽⁶⁾.

3 - إنَّ في اشترط ضمان رأس المال على المضارب تحول المال المدفوع إلى قرض مضمون، فإن دفع المستقرض جزءاً من ربح المال كان قرضاً جر نفعاً، وإن لم يدفع إلى المقرض فوائد باعتبار أنه قد

1 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، برقم: 2168. ومسلم في "صحيحه": كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، برقم: 3772.

2 - ينظر: "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (647/2). "الحاوي الكبير" للماوردي، مصدر سابق، (332/7).

3 - ينظر: "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (424/5).

4 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديبان، مرجع سابق، (74/15).

5 - أخرجه: أحمد في "المسند" (205/2)، وأبو داود في "سننه": كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، برقم: 3504، والترمذي في "سننه": كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، برقم: 1234، والنسائي في "سننه": كتاب البيوع، باب شرطان في بيع... برقم: 4630، وابن ماجه في "سننه": كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك... برقم: 2188. والحاكم في "المستدرک" (21/2) وقال: « هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين صحيح ».

6 - ينظر: "حساب المضاربة" لعبد الله العجلان، رسالة ماجستير بجامعة محمد بن سعود، (ص: 86).

خسر، أو لم يربح كان المقرض قد رجع إليه رأس ماله، فما الفرق بين رجل قال لآخر: أقرضني مالاً، وإن ربحت أعطيتك نسبة من الربح - وهذا بالإجماع محرم، ولا يختلف العلماء كافة في تحريمه - وبين أن يقول: أعطني مالاً مقارضة، وأنا أضمن لك رأس المال، وإن ربحت أعطيتك نسبة منه، فلا يوجد في الحقيقة بين العقدين أي فرق جوهري، والشارع حريص على سد جميع الأبواب التي تؤدي إلى الوقوع في الربا أو تكون ذريعة إلى الوقوع فيه⁽¹⁾.

4 - القراض موضوع على التساوي، فإذا شرط الضمان فذلك زيادة لا يقتضيها العقد، فوجب فساده كما لو شرط ربها معلوماً⁽²⁾.

● أدلة القول الثاني: استدل من ذهب إلى صحة اشتراط الضمان على عامل المضاربة بجملة من الأدلة، وبيأها فيما يأتي:

1 - عن صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال: «أعصبا يا محمد؟» فقال: «لا، بل عارية مضمونة» قال: فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمها له فقال: «أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب»⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن الأصل في العارية أنها ليست مضمونة؛ لأنها أمانة في يد صاحبها لا تضمن إلا بالتعدي أو بالتفريط، وقد ضمها النبي ﷺ بالشرط، فدل على أن الأمانات تضمن بالشرط، ومنه ضمان رأس مال المضاربة. ونوقش من وجوه:

الوجه الأول: إن الحديث فيه اضطراب، فلا يصح⁽⁴⁾.

الوجه الثاني: الاختلاف في كون العارية يد أمانة أو ضمان، وظاهر الحديث يفيد بأن العارية يد ضمان، لا أن النبي ﷺ متبرع بذلك.

الوجه الثالث: إن العارية ترجع بعينها إلى صاحبها، بخلاف مال المضاربة فإن العامل فيه يأخذه ليتصرف فيه، فهو غير مضمون العاقبة، إذا ما كان يرجع مثله أو أكثر منه أو أقل، وإلزام العامل الضمان يجعله يتحمل المخاطر وحده، وهذا ظلم ينافي مقتضى العدل الذي تفيده قاعدة "الغنم بالغرم".

1 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (79/15).

2 - ينظر: "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (647/2).

3 - أخرجه: أحمد في "المسند" (400/3). وأبو داود في "سننه": كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، برقم: 3564.

4 - قال ابن عبد البر بعد أن أورد طرق الحديث المختلفة: «الاضطراب فيه كثير، ولا يجب عندي بحديث صفوان هذا حجة في تضمين العارية». "التمهيد"، مصدر سابق، (459/4).

2 - قياس عامل المضاربة على الأجير المشترك، ووجه ذلك أن الأصل في يد الأجير المشترك أنها يد أمان، ويغلب عليهم الانفراد بالامتعة، بما يكون مدعاة إلى التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ميسر الحاجة إلى استعمالهم « لكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها وللحق أرباب السلع في ذلك ضرر شديد؛ لأنهم بين أن يدفعوها إليهم فيعرضوها للهلاك، أو يمسكوها مع حاجتهم إلى استعمالها فيضر ذلك بهم »⁽¹⁾، وكذلك « المضارب المشترك لا يقل شبهًا في وضعه بالنسبة للمستثمرين عن الأجير المشترك، حيث ينفرد المضارب المشترك بإدارة المال جريًا وراء الكسب السريع إلى الإقدام على إعطاء المال للمضاربين المقامرين دون تحفظ أو مراجعة للموازنين »⁽²⁾.

ونوقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن « النقود في عقد المضاربة يقصد فيها النماء من خلال التصرف في تلك الأموال، وهذه الأموال عرضة للربح والخسارة بطبيعتها، وعامل المضاربة حريص على تحقيق الربح لوجود مصلحة مشتركة بينه وبين رب المال، وضياع المال يعني ضياع عمل العامل أيضًا، فتضمينه بما لم يثبت تعديه وتقصيره لا يجوز »⁽³⁾.

3 - القياس على صحة التطوع بالضمان بعد العقد؛ لأن ما لا يجوز التزامه في العقد لا يجوز التطوع بالتزامه بعده⁽⁴⁾.

ونوقش من وجهين:

- الوجه الأول: أنه لا يسلم القياس على أصل مختلف فيه، حيث إن التطوع بالضمان بعد العقد هو قول في مذهب المالكية خاصة، حيث اعتبروه هبة محضة منفصلة عن العقد وليست جزءًا منه. جاء في "إيضاح المسالك" للونشريسي: « قال ابن زرب: "فلو تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام الاكتراء، لجاز ذلك". قيل له: "فيجب على هذا القول الضمان في مال القراض إذا طاع به قابضه بالتزام الضمان؟". فقال: "إذا التزم الضمان طائعا بعد أن شرع في العمل فما يبعد أن يلزمه".

1 - "المقدمات الممهدة" لابن رشد، مصدر سابق، (2/243).

2 - "تطوير الأعمال المصرفية" لسامي حمود، عمان: مطبعة الشرق ومكبتها، ط2: 1402 هـ، (ص:444).

3 - "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (91/15).

4 - المرجع نفسه.

ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف بن بشير أنه أملى عقدا بدفع الوصي مال السفية قراضا إلى رجل على جزء معلوم، وإن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه. وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك، ونصره بحجج بسطها، وأدلة قررها، ومسائل استدل بها، وقال بقوله فيها، واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره، وقال: التزامه غير جائز»⁽¹⁾.

- الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق، حيث إن التطوع به في صلب العقد يجعله لازما وجزءا من العقد، فيشبه ما لو أقرضه بشرط أن يقضيه خيرا مما أعطاه فيكون حرام بالاتفاق؛ لأنه ربا صريح، وأما لو تبرع بالضمان بعد لزوم العقد، فيشبه ما لو أقرضه ثم قضاه خيرا مما أعطاه بلا شرط فيكون جائزا، ويشهد له حديث أبي رافع رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرًا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: «لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً»، فقال: «أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنهم قضاءً»⁽²⁾⁽³⁾.

خامسا: سبب الخلاف

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى تردد الالتزام بالضمان بين كونه ربا أو كونه تطوعا، فمن رأى أن الالتزام ربا منع منه، حيث يجعل ضمان رأس مال المضاربة من قبيل القرض الذي يجزى نفعا، ومن غلب جانب التطوع أجاز التزام الضمان؛ لأن عامل المضاربة أمين لا ضمان عليه، وهو حق له فجاز له إسقاطه بالتزام الضمان .

سادسا: الترجيح

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول القاضي بمنع التزام الضمان في المضاربة⁽⁴⁾، وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1 - "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك" للونشريسي، المحمدية، مطبعة فضالة، د.ط، 1400 هـ، (ص: 300-301).
- 2 - أخرجه: مسلم في "صحيحه": كتاب البيوع، باب خيار الناس أحسنهم قضاء، برقم: 4116.
- 3 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (96/15) .
- 4 - جاء في قرار "مجمع الفقه الإسلامي الدولي" برقم 122 (13/5): «المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها، ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة، ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام. ولا مانع من ضمان الطرف الثالث».

1 - أن العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني، والتزام الضمان من عامل المضاربة فيه فتح للتحايل على الربا تحت مسمى المضاربة، حيث يضمن رأس ماله فيكون في معنى القرض، ويستحق ربحاً في الظاهر مقابل استثماره وهي في حقيقتها فائدة ربوية.

2 - أن ضمان رأس المال في المضاربة يجعل المخاطر في جانب واحد على عامل المضاربة، فإذا وقعت الخسارة يكون خاسراً للعمل وخاسراً للمال الضائع من رأس مال، فليس من العدل أن يكون الغرم عليه ثم يتقاسم الغنم مع صاحب المال في حال تحقق الأرباح.

المحاضرة التاسعة: تحويل جهة الموقوف

المقصود بتحويل جهة الموقوف هو استبداله من خلال بيع العين الموقوفة وشراء عين أخرى وجعلها وقفا بدلا منها، أو نقل الوقف من عين إلى أخرى .
وإذا كان الهدف من الأوقاف دوام الانتفاع بها وتحصيل الأجر والثواب، فما هو مصيرها في حال تعطلها بخراب أو نحوه بحيث لا تدرّ شيئا بالكلية، أو تدر شيئا قليلا ويمكن صرفها فيما هو أفضل ؟
وجوابا على ذلك يكون من خلال التمييز بين حالتين:

❦ الحالة الأولى: أن تعطل منافع الوقف

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال عدّة، ويمكن عرضها من خلال التمييز بين طبيعة العين الموقوفة من جهة كونها من قسم العقارات أم من قسم المنقولات:

القسم الأول: استبدال العقار عند تعطله

أولا: صورة المسألة

إذا تعطلت منافع الوقف، كأنهدام الدار، والمسجد إذا انتقل أهل البلد عنه وصار في موضع لا يصلح فيه، فهل يجوز استبداله بوقف آخر يحقق منافع الوقف؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال، وبيّناها فيما يأتي.

ثانيا: الأقوال في المسألة

- القول الأول: لا يجوز استبداله بوقف آخر، حيث يبقى العقار الموقوف على حاله وإن خرب، وهو المذهب عند المالكية والمعتمد عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة⁽¹⁾.
- القول الثاني: لا يجوز استبداله بوقف آخر إذا خرب، ولكن يرجع إلى واقفه الأصلي أو ورثته، وهو قول محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية⁽²⁾.
- القول الثالث: يجوز استبداله بوقف آخر إذا خرب ببيعه وصرفه في وقف مثله، وهو مذهب الحنفية ورواية عند المالكية، ووجه عند الشافعية، والمذهب عند الحنابلة⁽³⁾.

1 - ينظر: "عقد الجواهر الثمينة" لابن شاس، مصدر سابق، (100/3). "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (357/5).
"الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (102/7).
2 - ينظر: "حاشية ابن عابدين"، مصدر سابق، (359/4).
3 - ينظر: "شرح فتح القدير" لابن الهمام، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت، (228/6). "منح الجليل" لعليش، مصدر سابق، (154/8). "روضة الطالبين" للنووي، مصدر سابق، (357/5). "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (250/6).

ثالثاً: أدلة الأقوال والمناقشة

● أدلة القول الأول: استدل من ذهب إلى حرمة استبدال الوقف الخرب بوقف آخر بجملة من

الأدلة، وبيّنها فيما يأتي:

1 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يقال له ثمغ وكان نخلاً، فقال عمر: « يا رسول الله إني استفدتُ مالا وهو عندي نفيسٌ فأردتُ أن أتصدقَ به»، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوَهَّبُ وَلَا يورَثُ وَلَكِنْ يُنْفَقُ ثَمَرُهُ »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أنه منع التصرف في الوقف وهو حكم عام في كل وقف، سواء كان خرباً أم قائماً؛ لأن في بيعه إبطال شرط الواقف وحلاً لما عقده، وذلك غير جائز⁽²⁾.

ونوقش بأن الحديث مخصوص بحالة تأهل الموقوف للانتفاع المخصوص⁽³⁾.

2 - لو كان بيع الوقف خرباً لما أغفله من مضي، ولكن بقاؤه خراباً دليل على أن بيعه غير مستقيم؛ لأنه لو صح بيعه لما أخطأ من مضي من صدر هذه الأمة وما جهله من لم يعمل به حتى تركه خرباً⁽⁴⁾.

3 - إنَّ عَوْدَ البنيانِ على مثل ما كان في هيأته مُتَعَدِّراً، والقيمة قد لا تُحَصَّلُ مثل ذلك البناء، والقيمة إنما جُعِلَتْ بَدَلُ الشَّيْءِ إذا كانت تحصيل مثله، وَهَهُنَا لَا تُحَصَّلُ⁽⁵⁾. ويناقش بأنه يُصَرَّفُ في مِثْلِهَا أي: في النَّفْعِ مِنَ الْقَرَبِ لا المماثلة في الشَّخْصِيَّةِ⁽⁶⁾.

● دليل القول الثاني: استدل من ذهب إلى حرمة استبدال الوقف بوقف آخر إذا خرب، ولكن

يرجع إلى واقعه الأصلي أو ورثته بأن الوقف خرج عن الانتفاع المقصود؛ لأنه تعين لنوع قرابة وقد انقطعت فيرجع إلى أصله⁽⁷⁾.

1 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عملته، برقم: 2613.

2 - ينظر: "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (1594/3).

3 - ينظر: "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (292/4).

4 - وهذا دليل المالكية خاصة، وهو مبني على أصل "عمل أهل المدينة"، وقيل أن مستند ذلك أصل "سد الذرائع"، ووجه ذلك لما يلزم عليه من التطرّق إلى بيع الأوقاف بدعوى الخراب، فاقضى سدّ ذرائع الفساد الممنوع من ذلك. ينظر: "الفواكه الدواني" للنفراوي، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1415 هـ، (165/2).

5 - ينظر: "الذخيرة" للقرافي، مصدر سابق، (330/6).

6 - ينظر: "شرح مختصر خليل" للخرشي، مصدر سابق، (91/7).

7 - ينظر: "حاشية ابن عابدين"، مصدر سابق، (359/4).

ونوقش بأن ما كان من الأعمال على وجه القربة فلا يعود إلى مالكه باختلاله وذهاب منافعه، حيث أسقط الواقف حق تصرفه فيه، فلم يجز له التصرف فيه بعد خرابه كما في الإعتاق⁽¹⁾.

• أدلة القول الثالث: استدل من ذهب إلى جواز استبدال الوقف بوقف آخر إذا خرب ببيعه وصرفه في وقف مثله بجملة من الأدلة، وبيانها فيما يأتي:

1 - الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى واتصال الأبدال جرى مجرى الأعيان والوسائل لها أحكام المقاصد، وجمودنا على العين مع تعطيلها تضييع للغرض⁽²⁾.

2 - القياس على جواز ذبح الهدى إذا عطب في موضعه مع اختصاصه بموضع آخر، فإذا تعذر تحصيل الغرض كلية استوفي منه ما أمكن⁽³⁾.

3 - إن في بقاء الوقف خرباً إضاعة للمال، فوجب الحفاظ عليه ببيعه بحسب الإمكان، ويشترى بثمنه عوضاً يكون وقفاً كما كان وإن قلّ وتحققت فائدته؛ فإن الأعمال وإن قلّ خير من الإهمال⁽⁴⁾.

رابعاً: سبب الخلاف

الذي يظهر - والله أعلم - أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى التعارض بين مراعاة الإرادة الظاهرة للواقف أو اعتبار مقصوده من الوقف وهو ما يحققه من منفعة، فمن اعتبر الإرادة الظاهرة للواقف فمقصدهم من ذلك المحافظة على الوقف وعدم التصرف فيه وإبطاله؛ لقطع الطريق على أصحاب الوجاهات والأطماع، وأما من اعتبر المقصد من الأوقاف وهو الثمرة، فإن في استمراره خرباً تعطيل للغرض والقصد من ذلك الوقف .

خامساً: الترجيح

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأخير القاضي بجواز استبدال الوقف الخرب بوقف آخر؛ وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1 - ينظر: "المغني" لابن قدامة، مصدر سابق، (250/6).
- 2 - ينظر: "المبدع شرح المقنع" لابن مفلح، مصدر سابق، (270/5).
- 3 - ينظر: "شرح منتهى الإرادات" للبهوتي، مصدر سابق، (426/2).
- 4 - ينظر: "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (292/4). "السييل الجرار" للشوكاني، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1421هـ، (73/3).

1 - المعهود في نفس الشرع أن الأصل إذا لم يحصل به المقصود قام بدله مقامه، وفي الاستبدال بقاء للوقف بمعناه حين تعذر الإبقاء بصورته ولفظه، و"العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

2 - « الإفراط في التشديد قد يجرُّ إلى بقاء الكثير من دور الأوقاف خَرِبَةً لا ينتفع بها أحد، وإلى بقاء بعض الأراضي غامرة مئيتة لا تنبت زرعاً ولا تمد أحداً بغذاء، وفي هذا من الإضرار ما فيه، وهو يصطدم مع مصلحة المستحقين في الارتزاق، كما يصطدم مع مصلحة الأمة في العمارة والنماء»⁽¹⁾.

القسم الثاني: استبدال المنقول عند تعطله

أولاً: صورة المسألة

الوقف المنقول إذا تعطل ولم يحصل منه الغرض المقصود، مثل الفرس المقوفة في سبيل الله إذا هرمت أو عميت، فهل يجوز بيعه والشراء في ثمنه أو ما يقرب من مقصود الواقف؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين.

ثانياً: الأقوال في المسألة

- القول الأول: يجوز بيعه واستبداله بوقف آخر، وذلك برّد ثمنه في مثله، وهو مذهب الحنفية والحنابلة، والمشهور عند المالكية والمعتمد عند الشافعية⁽²⁾.
- القول الثاني: لا يجوز بيعه واستبداله بوقف آخر، وهو قول عند المالكية ووجه عند الشافعية⁽³⁾.

ثالثاً: أدلة الأقوال والمناقشة

- أدلة القول الأول: استدل من ذهب إلى جواز بيع الوقف المنقول واستبداله بوقف آخر، وذلك برّد ثمنه في مثله، بجملة من الأدلة، وبيان ذلك فيما يأتي:

1 - "أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية" للكبيسي، بغداد، مطبعة الإرشاد، د.ط، 1397 هـ، (53/2).
2 - ينظر: "بدائع الصنائع" للكاساني، مصدر سابق، (220/6). "شرح مختصر خليل" للخرشي، مصدر سابق، (95/7). "المهذب في فقه الإمام الشافعي" للشيرازي، مصدر سابق، (331/2). "شرح منتهى الإرادات" للبهوتي، بيروت، عالم الكتب، ط1، 1414 هـ، (426/2).
3 - ينظر: "شرح مختصر خليل" للخرشي، مصدر سابق، (95/7). "المهذب في فقه الإمام الشافعي" للشيرازي، مصدر سابق، (331/2).

- 1 - إنَّ الوقف لا يرجى نفعه في حال تعطله، فكان بيعه أولى من تركه، ويشترى به وقف مثله، فإن لم تصل القيمة إلى كامل جعلت في نصيب مثله (1).
- 2 - إنَّ في الاستبدال بقاءً للوقف بمعناه حين تعذر الإبقاء على صورته فيكون متعيِّنا (2).
- 3 - إنه إذا لم يبق فيه منفعة في الحال ولا في المترقب في الوجه الذي حُبس عليه لم يكن في تَبْقِيَتِهِ فائدة إلا تعريضه للتلف، وذلك غير جائز؛ لأن إضاعة المال منهي عنها (3).

• أدلة القول الثاني: استدل من ذهب إلى حرمة بيع الوقف المنقول واستبداله بوقف آخر بجملة من الأدلة، وبيائها فيما يأتي:

1 - إنَّ ما زال الملك لحق الله تعالى فلا يعود إلى المالك بالاختلال كما لو أعتق عبدا ثم زَمِنَ (4).

ونوقش بأنَّ في تبقيته ومنع بيعه إنما يراد لثلا يبطل شرط الواقف متى بيع، وتبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض مسده أولى (5).

2 - القياس على العقار؛ لأنها عين أُبْدَ حبسها فلم يجز بيعها (6).

ونوقش بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المنقول يتسارع إليه الفساد والهلاك ولا يمكن إعادة إحيائه، بخلاف العقار فيمكن إعادته إلى صورته الأولى، كما أنَّ العقار تشتد إليه الأطماع وتكثر فيه الخصومات، حيث لا يقوم غيرها مقامها في الغالب، فالأولى سدَّ الباب على من يريد شراءها واستبدالها بغيرها (7).

رابعاً: سبب الخلاف

الذي يظهر - والله أعلم - أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الاختلاف في تكييف شرط الواقف هل هو تعبدى لا يقبل التغيير والتبديل، أم هو معقول السمعى يرجع إلى دوام الغرض من الوقف باستمرار نفعه ؟

1 - ينظر: "شرح مختصر خليل" للخرشي، مصدر سابق، (95/7).

2 - ينظر: "كشاف القناع" للبهوتي، مصدر سابق، (292/4).

3 - "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (1594/3).

4 - ينظر: "المهذب في فقه الإمام الشافعي" للشيرازي، مصدر سابق، (331/2).

5 - "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (1595/3).

6 - المصدر نفسه .

7 - ينظر: "شرح مختصر خليل" للخرشي، مصدر سابق، (95/7).

خامسا: الترجيح

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأخير القاضي بجواز استبدال الوقف المنقول إذا تعطلت منافعه بوقف آخر؛ وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1 - سلامة أدلتهم من المعارض الراجع .
- 2 - إنَّ في استبداله حفظا له من الضياع، وحفظ المال من أعظم مقاصد الشريعة الضرورية، و"الوسائل لها أحكام المقاصد" .

❖ الحالة الثانية: عدم تعطل منافع الوقف

أولا: صورة المسألة

إذا لم تعطل منافع الوقف، فهل يجوز استبداله بوقف آخر يكون أنفع للجهة الموقوفة عليها؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين مشهورين.

ثانيا: الأقوال في المسألة

- القول الأول: لا يجوز تحويل جهة الموقوف إذا لم تعطل منافعه، ولو ظهرت المصلحة في الاستبدال، وهو الصحيح عند الحنفية ومذهب المالكية والشافعية والمعتمد عند الحنابلة⁽¹⁾.
- القول الثاني: يجوز تحويل جهة الموقوف إذا كان أكثر نفعاً للموقوف عليه، وهو قول أبي يوسف من الحنفية ورواية عند الحنابلة⁽²⁾.

ثالثا: أدلة الأقوال والمناقشة

- أدلة القول الأول: استدل من ذهب إلى حرمة تحويل جهة الموقوف إذا لم تعطل منافعه، ولو ظهرت المصلحة في الاستبدال، بجملة من الأدلة، وبيأها فيما يأتي:

1 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنَّ عمرَ تصدَّقَ بمال له على عهدِ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم وكان يقال له ثمغ وكان نخلا، فقال عمر: « يا رسول الله إني استغدت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به»، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ لَا يُبَاعُ وَلَا يوهَبُ وَلَا يورثُ ولكن يُنْفَقُ ثُمَّرُهُ

1 - ينظر: "حاشية ابن عابدين"، مصدر سابق، (384/4). "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، مصدر سابق، (1594/3). "مغني المحتاج" للشريبي، مصدر سابق، (551/5). "الفروع" لابن مفلح، مصدر سابق، (387/7).
2 - انظر: "البحر الرائق" لابن نجيم، مصدر سابق، (241/5). "الإنصاف" للمرداوي، مصدر سابق، (101/7).

«⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن في بيع الوقف استبدال له، و ما دام أن الوقف نفعه قائم فلا يجوز استبداله؛ لأنه لا يطلب به التجارة، ولا تطلب به الأرباح، وإنما سميت وقفاً؛ لأنها لا تباع. ونوقش بأن الشارع منع من بيع الوقف؛ لأن ذلك يؤدي إلى إبطاله، وهو مخالف لمقصود الواقف، ولكن إذا استبدل بخير منه ففيه جلب مصلحة خالصة عن المعارض، وهو أحظُّ للواقف والموقوف عليه، فإذا وجد المقتضى وهو جلب المصلحة بظهور الأرجحية وانتفاء المانع وهو وجود المفسدة فلم يبق شكُّ في حُسن الاستبدال⁽²⁾».

2 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: «أهدى عمرُ بنُ الخطَّابِ نَجِيًّا فَأَعْطِي بِهَا ثَلَاثَ مِئَةِ دِينَارٍ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَهْدَيْتُ نَجِيًّا فَأَعْطَيْتُ بِهَا ثَلَاثَ مِئَةِ دِينَارٍ، فَأَبِيعُهَا وَأَشْتَرِي بِثَمَنِهَا بُدْنًا؟ قَالَ: «لَا، انْحَرِّهَا إِيَّاهَا»⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث إذا منع المسلم من إبدال الهدى بخير منه فالوقف مقيس عليه. ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

- الوجه الأول: إن الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده جهم بن الجارود، وهو مجهول⁽⁴⁾.
- الوجه الثاني: إن عمر أراد إبدال الأغلى بالأكثر لحماً، فلم يتحقق الإبدال إلى الأفضل، فقد سئل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أي الرقاب أفضل؟ فقال: «أَعْلَاهَا ثَمَنًا، وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»⁽⁵⁾، فكان إهداؤها إلى الله أفضل من إبدالها بالأكثر لحماً⁽⁶⁾.
- 3 - القياس على المعتق، فإذا كان العتيق لا يقبل الرق بعد إعتاقه فكذا العين الموقوفة لا تقبل المملك بعد ثبوت الوقف.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، فالعبد إذا أعتق خرج عن المالية بخلاف الوقف⁽⁷⁾.

1 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عملته، برقم: 2613.
2 - ينظر: "السييل الجرار" للشوكاني، مصدر سابق، (ص: 650).
3 - أخرجه: أبو داود في "سننه": كتاب المناسك، باب تبديل الهدى، برقم: 1756.
4 - ينظر: "ضعيف أبي داود" للألباني، الكويت، مؤسسة غراس، ط 1، 1423 هـ، (2/146).
5 - متفق عليه: البخاري في "صحيحه": كتاب العتق، باب أي الرقاب أفضل، برقم: 2518. ومسلم في "صحيحه": كتاب الإيمان، باب الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، برقم: 161.
6 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للدبيان، مرجع سابق، (16/282).
7 - ينظر: المرجع السابق (16/283).

4 - إن استبدال الأوقاف في كثير من الأزمنة ذريعة الحكام الظلمة إلى التعدي على أملاك الوقف وأكلها بغير وجه حق، متذرعين بالاستبدال، ويعينهم على ذلك قضاة ظلمة، وشهود زور، ولا يمكن الوقوف عليها لسريتها، أو لإلباسها لباس الحق والشرع⁽¹⁾.
ونوقش بأنه يمكن تجنب تلك المفاصد بأن يشترط استبدال العقار الموقوف بعقار آخر، ويمنع استبداله بالدنانير والدراهم⁽²⁾.

• أدلة القول الثاني: استدل من ذهب إلى جواز تحويل جهة الموقوف إذا كان أكثر نفعاً للموقوف عليه بجملة من الأدلة، وبيانها فيما يأتي:

1 - عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها: « يَا عَائِشَةُ، لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكَ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ لَأَمَرْتُ بِالْبَيْتِ، فَهَدِمْتُمْ، فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أَخْرَجَ مِنْهُ، وَأَلْزَقْتُهُ بِالْأَرْضِ، وَجَعَلْتُ لَهُ بَايِنِينَ، بَابًا شَرْفِيًّا، وَبَابًا غَرِيًّا، فَبَلَّغْتُ بِهِ أَسَاسَ إِبْرَاهِيمَ »⁽³⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن الكعبة وقف ومع ذلك فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم تغييرها إلى صورة أخرى لأجل المصلحة الراجحة، ولكنه ترك ذلك من أجل معارض راجح، وهو كون أهل مكة حديثي عهد بجاهلية.

2 - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن المسجد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مبنياً باللبن، وسقفه الجريد، وعمدته خشب النخل، فلم يزد فيه أبو بكر شيئاً، وزاد فيه عمر، وبناه على بنيانه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم باللبن والجريد وأعاد عمدته خشباً، ثم غيره عثمان فزاد فيه زيادة كثيرة وبنى جداره بالحجارة المنقوشة، والقصة وجعل عمدته من حجارة منقوشة وسقفه بالساج⁽⁴⁾.
ووجه الدلالة من هذا الأثر أن ما فعله عمر وعثمان من هدم المسجد وإعادة بنائه على وجه أصح من البناء الأول دليل على جواز إبدال الوقف بخير منه، حيث لا فرق بين إبدال البناء ببناء، وإبدال العرصة بعرصة إذا اقتضت المصلحة ذلك⁽⁵⁾.

3 - عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال يوم الفتح: « يا رسول الله، إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس »، فقال: « صَلِّ هَاهُنَا »، فسأله، فقال: « صَلِّ هَاهُنَا »، فسأله، فقال: « صَلِّ هَاهُنَا »، فسأله

1 - ينظر: "أحكام الوقف" للكبيسي، مرجع سابق، (53/2).

2 - ينظر: "البحر الرائق" لابن نجيم، مصدر سابق، (241/5).

3 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الحج، باب فضل مكة وبنائها، برقم: 1586.

4 - أخرجه: البخاري في "صحيحه": كتاب الصلاة، باب بنیان المسجد، برقم: 446.

5 - ينظر: "مجموع الفتاوى" لابن تيمية (244/31).

فقال: « شَأْنُكَ إِذَا »⁽¹⁾. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ أجاز إبدال النذر الذي تعين في بيت المقدس بإقامته في الحرم المكي، فصح فيه إبدال الفاضل بالأفضل، ويدخل في ذلك الوقف⁽²⁾.

4 - « الاستبدال بالشيء إلى ما هو أصلح منه - باعتبار الغرض المقصود من الوقف والفائدة المطلوبة من شرعيته - حسنٌ سائغٌ شرعاً وعقلاً؛ لأنه جلب مصلحة خالصة عن المعارض،... ومن عرف هذه الشريعة كما ينبغي وجدها مبنية على جلب المصالح ودفع المفاسد، وها هنا قد وجد المقتضى وهو جلب المصلحة بظهور الأرجحية، وانتفاء المانع وهو وجود المفسدة، فلم يبق شك ولا ريب في حسن الاستبدال »⁽³⁾.

رابعاً: سبب الخلاف

الذي يظهر - والله أعلم - أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الاختلاف في تحقيق المناط، حيث نجد كل فريق يقرُّ باعتبار مقاصد الوقف، ولكنهم اختلفوا في تقديرها أيكون باعتبار قصد الواقف أم باعتبار ما هو الأصلح للموقوف عليه؟

خامساً: الترجيح

الذي يظهر - والله أعلم - أن القول بجواز تحويل جهة الموقوف لما هو أصلح هو الراجح من جهة الأصل، وأما إن أدى ذلك إلى تعطيل الوقف أو نقصان مردوده بسبب فساد الزمان أو سوء التقدير فالقول بالمنع هو المتعين .

1 - أخرجه: أحمد في "المسند" (363/3) وأبو داود في "سننه": كتاب الأيمان والنذور، باب من نذر أن يصلي في بيت المقدس، برقم: 3307. والحاكم في "المستدرک" (4/304) وقال: صحيح على شرط مسلم.
2 - ينظر: "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، مرجع سابق، (288/16).
3 - "السيل الجرار" للشوكاني، مصدر سابق، (73/3-74).

قائمة المصادر والمراجع

- 1- "إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام" لابن دقيق العيد، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1426 هـ.
- 2- "أحكام القرآن" للخصاص، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ.
- 3- "أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية" للكبيسي، بغداد، مطبعة الإرشاد، د.ط، 1397 هـ .
- 4- "الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام" للقرافي، بيروت، دار البشائر الإسلامية، ط2، 1416 هـ.
- 5- "الأساس في فقه الخلاف" ل: د. نوار بن الشلي، القاهرة، دار السلام، ط2، 1436 هـ.
- 6- "الاستذكار" لابن عبد البر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1421 هـ.
- 7- "استيفاء الحقوق من غير قضاء" لفهد اليحيى، الرياض: دار كنوز إشبيلية، ط1: 1426 هـ.
- 8- "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" للقاضي عبد الوهاب، تحقيق: الحبيب بن طاهر، بيروت، دار ابن حزم، 9 ط1، 1420 هـ.
- 9- "الإعجاز القرآني في التشريع الإسلامي"، لمحمد الزحيلي، دمشق: دار ابن كثير، ط1: 1436 هـ.
- 10- "أعلام الموقعين عن رب العالمين" لابن القيم، تحقيق: مشهور حسن سلمان، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 1423 هـ.
- 11- "إغاثة اللهفان" لابن القيم، الرياض، مكتبة المعارف، د.ط، د.ت.
- 12- "الأم" للشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، المنصورة، دار الوفاء، ط1، 2001 م.
- 13- "الإنصاف" للمرداوي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2، د.ت.
- 14- "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك" للونشريسي، المحمدية، مطبعة فضالة، د.ط، 1400 هـ.
- 15- "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" للزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، ط2، د.ت.
- 16- "بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله" لفتححي الدريني، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1429 هـ .
- 17- "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" للكاساني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1406 هـ.

- 18- "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد، القاهرة: دار الحديث، د.ط، 1425 هـ .
- 19- "بلغة السالك" للصاوي، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، 1415 هـ.
- 20- "البناية شرح الهداية" للعيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1420 هـ.
- 21- "البهجة في شرح التحفة" للتسولي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، 1418 هـ.
- 22- "بيان الوهم والإيهام" لابن القطان الفاسي، الرياض، دار طيبة، ط1، 1418 هـ.
- 23- "تبين الحقائق شرح كنز الدقائق" للزيلعي، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت.
- 24- "تحفة المحتاج بشرح المنهاج" للهيتمي، القاهرة: المكتبة التجارية، د.ط، 1403 هـ.
- 25- "تطوير الأعمال المصرفية" لسامي حمود، عمان: مطبعة الشرق ومكتبتها، ط2: 1402 هـ.
- 26- "تفسير آيات أشكلت" لابن تيمية، تحقيق: عبد العزيز الخليفة، الرياض، مكتبة ارشد، ط1، 1417 هـ .
- 27- "تفسير القرآن العظيم" لابن كثير، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419 هـ.
- 28- "التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة"، علاء الدين الجنكو، عمان، دار النفائس، ط1، 1423 هـ.
- 29- "تقريب التهذيب" لابن حجر، تحقيق: محمد عوامة، دمشق، دار الرشيد، ط1، 1406 هـ.
- 30- "التلخيص الحبير" لابن حجر، القاهرة: مؤسسة قرطبة، ط1: 1416 هـ.
- 31- "تنقيح التحقيق" لابن عبد الهادي، الرياض، أضواء السلف، ط1، 1428 هـ.
- 32- "التمهيد" لابن عبد البر، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1420 هـ.
- 33- "تهذيب الفروق" لمحمد المكي، بيروت، عالم الكتب، د.ط، د.ت.
- 34- "التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب" لخليل بن إسحاق، مركز نجيبويه، ط1، 1429 هـ.
- 35- "جامع الأصول في أحاديث الرسول" لابن الأثير، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دمشق: مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، ط1، 1389 هـ.

- 36- "جامع بيان العلم وفضله" لابن عبد البر، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 1414 هـ.
- 37- "حاشية ابن عابدين"، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1421 هـ.
- 38- "حاشية على سنن أبي داود" لابن القيم، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1415 هـ.
- 39- "الحاشية على شرح الخرشبي" للعدوي، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1412 هـ.
- 40- "الحاوي الكبير" للماوردي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1419 هـ.
- 41- "الذخيرة" للقرافي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1992م.
- 42- "الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية" لعمر عبد العزيز المترك، الرياض، دار العاصمة، ط3، 1418 هـ.
- 43- "روضة الطالبين وعمدة المفتين" للنووي، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3، 1412 هـ.
- 44- "الزاهر في معاني كلمات الناس" لابن الأنباري، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1412 هـ.
- 45- "سبل السلام شرح بلوغ المرام" للصنعاني، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، الرياض، دار ابن الجوزي، ط8، 1428 هـ.
- 46- "سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها"، الرياض، مكتبة المعارف، د.ط، 1415 هـ.
- 47- "سلسلة الأحاديث الضعيفة" للألباني، الرياض، دار المعارف، ط1، 1412 هـ.
- 48- "السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار" للشوكاني، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1421 هـ.
- 49- "الشرح الكبير على مختصر خليل" للدردير، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت.
- 50- "الشرح الممتع على زاد المستقنع" للعثيمين، الرياض، دار ابن الجوزي، ط1، 1422 هـ.
- 51- "شرح الموطأ" للزرقاني، القاهرة، مكتبة الثقافة الدينية، ط1، 1424 هـ.
- 52- "شرح صحيح البخاري" لابن بطال، الرياض، مكتبة الرشد، ط2، 1423 هـ.
- 53- "شرح صحيح مسلم" للنووي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت.
- 54- "شرح فتح القدير" لابن الهمام، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت.
- 55- "شرح مختصر الخرقى" للزركشي، الرياض، مكتبة العبيكان، ط1، 1413 هـ.

- 56- "شرح مختصر الروضة" للطوفي، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407 هـ .
- 57- "شرح مختصر خليل" للخرشي، بيروت: دار الفكر، د.ط، د.ت.
- 58- "شرح معاني الآثار" للطحاوي، بيروت، عالم الكتب، ط1، 1414 هـ.
- 59- "شرح منتهى الإرادات" للبهوتي، بيروت، عالم الكتب، ط1، 1414 هـ.
- 60- "ضعيف أبي داود" للألباني، الكويت، مؤسسة غراس، ط1، 1423 هـ.
- 61- "ضعيف الجامع الصغير وزيادته"، بيروت، المكتب الإسلامي، د.ط، د.ت.
- 62- "الطبقات الكبرى" لابن سعد، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1410 هـ .
- 63- "العلل المتناهية" لابن الجوزي، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1: 1403 هـ.
- 64- "علم الفقه المقارن ودوره في ترسيخ القيم المجتمعية" لأحمد صدقي عبد الحميد، القاهرة، مجلة كلية الدراسات الإسلامية بجامعة الأزهر، العدد: 35.
- 65- "عقد الجواهر الثمينة" لابن شاس، تحقيق: حميد لحمر بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1423 هـ .
- 66- "الفتاوى الكبرى" لابن تيمية، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1408 هـ.
- 67- "فتح الباري شرح صحيح البخاري" لابن حجر، دمشق، مكتبة دار الفيحاء، ط3، 1421 هـ.
- 68- "الفروع" ابن مفلح، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ .
- 69- "الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني" للنفراوي، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1415 هـ.
- 70- "القاموس المحيط" للفيروزآبادي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط8، 1426 هـ .
- 71- "القبس شرح موطأ مالك بن أنس" لابن العربي، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1: 1412 هـ.
- 71- "كشاف الظنون" لحاجي خليفة، بغداد، مكتبة المثنى، د.ط، د.ت .
- 73- "كشاف القناع" للبهوتي، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1402 هـ.
- 74- "لسان العرب" لابن منظور، بيروت، دار صادر، ط3، 1414 هـ.
- 75- "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، الرياض، دار عالم الكتب، د.ط، 1423 هـ.
- 76- "المبسوط" للسرخسي، بيروت: دار المعرفة، د.ط، 1414 هـ.

- 77- "مجموع الفتاوى" لابن تيمية، جمع عبد الرحمن بن قاسم، المنصورة، دار الوفاء، ط3، 1426 هـ.
- 78- "المجموع شرح المذهب" للنووي، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت .
- 79- "محاضرات في الفقه المقارن" لمحمد سعيد رمضان البوطي، بيروت، دار الفكر، ط2، 1401 هـ.
- 80- "المحرر" لابن عبد الهادي، بيروت، دار المعرفة، ط3، 1421 هـ.
- 81- "المحلى" لابن حزم، بيروت، دار الفكر، د.ط، د.ت.
- 82- "مختار الصحاح" للرازي، بيروت، المكتبة العصرية، ط5، 1420 هـ.
- 83- "مختصر سنن أبي داود" للمنذري، تحقيق: محمد صبحي حلاق، الرياض، مكتبة المعارف، ط1، 1431 هـ.
- 84- "المدونة" لسحنون، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ.
- 85- "مسائل الإمام أحمد" برواية ابنه صالح، الهند، الدار العلمية، د.ط، د.ت.
- 86- "مسائل في الفقه المقارن" لعمر الأشقر وآخرون، عمان: دار النفائس، ط2، 1418 هـ.
- 87- "المسالك في شرح موطأ مالك" لابن العربي، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1: 1428 هـ.
- 88- "مشارك الأنوار على صحاح الآثار"، القاضي عياض، المكتبة العتيقة ودار التراث، د.ط، د.ت.
- 89- "المصنف" لابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الرياض، مكتبة الرشد، ط1، 1409 هـ.
- 90- "المصنف" لعبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، بيروت، الكتب الإسلامي، ط3، 1403 هـ.
- 91- "معالم السنن" للخطابي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، 1416 هـ.
- 92- "المعاملات المالية أصالة ومعاصرة" للديان، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط2، 1432 هـ.
- 93- "المعلم بفوائد مسلم" للمازري، تحقيق: محمد الشاذلي النيفر، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر، ط2، 1988م.

- 94- "المعونة" للقاضي عبد الوهاب، تحقيق: عبد الحق حميش، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1419 هـ.
- 95- "المغني" لابن قدامة، بيروت، دار الفكر، ط1، 1405 هـ.
- 96- "مغني المحتاج شرح المنهاج" للشرييني، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415 هـ.
- 97- "مقاييس اللغة" لابن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، القاهرة، اتحاد الكتاب العرب، د.ط، 1423 هـ.
- 98- "المقدمات الممهدات"، ابن رشد، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط1: 1408 هـ .
- 99- "منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى" لإبراهيم اللقاني، تحقيق: عبد الله الهاللي، طبعة وزارة الأوقاف المغربية، د.ط، د.ت.
- 100- "المنتقى شرح الموطأ" للباحي، القاهرة، مطبعة السعادة، د.ط، د.ت.
- 101- "منح الجليل شرح مختصر خليل" لعليش، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1409 هـ.
- 102- "منهاج الطالبين" للنووي، بيروت، دار الفكر، ط1، 1425 هـ.
- 103- "المهذب في فقه الإمام الشافعي" للشيرازي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت.
- 104- "مواهب الجليل شرح مختصر خليل" للحطاب، بيروت، دار الفكر، ط3، 1412 هـ.
- 105- "الموطأ" برواية يحيى بن يحيى الليثي، تحقيق: بشار عواد معروف، بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط، د.ت.
- 106- "ميزان الاعتدال في نقد الرجال" للذهبي، بيروت، دار المعرفة، د.ط، د.ت.
- 107- "نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية" للزيلعي، جدة: مؤسسة الريان، ط1: 1418 هـ.
- 108- " نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية" لمحمد نعيم ياسين، الرياض: دار عالم الكتب، د.ط، 1423 هـ.
- 109- "نهاية المحتاج شرح المنهاج" للرملي، بيروت، دار الفكر، د.ط، 1404 هـ.
- 110- "نهاية المطلب في دراية المذهب" للجويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، جدة: دار المنهاج، ط1: 1428 هـ.
- 111- "نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار" للشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، القاهرة، دار الحديث، ط1، 1413 هـ.

فهرس المحاضرات

الصفحة	المحاضرة
4	مدخل إلى الفقه المقارن
9	المحاضرة الأولى : قبض المبيع
17	المحاضرة الثانية : بيع المبيع قبل قبضه
25	المحاضرة الثالثة : بيع العينة
38	المحاضرة الرابعة : بيعتان في بيعة
48	المحاضرة الخامسة : الرجوع في الهبة
60	المحاضرة السادسة : شفعة الشريك غير المقاسم
66	المحاضرة السابعة : الظفر بالحق
73	المحاضرة الثامنة : أحكام المضاربة
80	المحاضرة التاسعة : تحويل جهة الموقوف
89	قائمة المصادر والمراجع