

والرهن والوقف ، تدخل فيها كل هذه المرافق بلا حاجة لذكرها لأنها تعقد للانتفاع بها لاغير . هذا رأي الحنفية القديم ، والمعول عليه في ذلك هو العرف السائد في كل إقليم وعصر .

والإقرار بالدار والصلح عليها والوصية بها والهبة والنكاح والخلع على مال كالبيع في دخول الطريق ونحوه .

المطلب الثاني - الثمن والمبيع :

الكلام عن الثمن والمبيع في موضعين :

أولاً - في تعريف المبيع والثمن .

ثانياً - في الأحكام المتعلقة بهما .

تعريف المبيع والثمن :

المبيع والثمن عند جمهور الحنفية من الأسماء المتباينة الواقعة على معانٍ مختلفة . فالمبيع في الغالب : ما يتعين بالتعيين^(١) ، والثمن في الغالب : ما لا يتعين بالتعيين .

وهذا الأصل العام الغالب يحتمل تغييره في الحالتين بعارض من العوارض ، فيصير ما لا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه ، وما يحتمل التعيين ثمناً كرأس مال السلم ، إذا كان عيناً من الأعيان . وعلى هذا فاعتبار الثمن ديناً في الذمة هو الأغلب ، وذلك عندما يكون الثمن نقوداً أو أموالاً أخرى مثلية ملتزمة بلا تعيين بالذات كالقمح والزيت ونحوهما من كل مكيل أو موزون أو ذرعي أو عددي متقارب .

ويمكن أيضاً أن يكون الثمن أعياناً قيمة كالحيوان والثياب ونحوهما ، كما لو

(١) قال القرافي : أجمع الناس على أن العروض (أي السلع التجارية) تتعين بالتعيين ، وكذلك الحيوان والطعام لأن لهذه الأشياء من الخصوصيات والأوصاف ما تتعلق به الأغراض الصحيحة ، وتميل إليه العقول السليمة والنفوس الخاصة ، لما في تلك المعينات من الأهداف الخاصة بكل إنسان (الفروق : ٤ ص ٧) .

بيعت كمية من السكر إلى أجل بشيء من القيميات ، فالسكر مبيع والعين القيمة
ثمن ، ويكون البيع سلماً ، لأنه بيع مؤجل بمعدل .

قال ابن الهمام وغيره : إن الثياب كما تثبت مبيعاً في الذمة بطريق السلم تثبت
دينياً مؤجلاً في الذمة ، على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن ، بل لتصير
ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة ، فإذا قلنا : إذا باع كتاباً بثوب موصوف في
الذمة إلى أجل جاز ، ويكون بيعاً بالنسبة للكتاب ، حتى لا يشترط قبضه في
الجلس ، بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب ،
حتى شرط فيه الأجل ، وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه ^(١) .

وقال الشافعي وزفر : المبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى
واحد ، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء .
ولكل من الفريقين دليله ^(٢) والقضية اصطلاحية .

تعيين المبيع :

التعيين : هو التمييز عما سوى الشيء في الوجود الخارجي ، ويتعين المبيع إذا كان
معيناً في العقد ، سواء أكان حاضراً في مجلس البيع ، أم غائباً عنه . فإذا كان المبيع
غير معين في العقد ، فإنه لا يتعين إلا بالتسليم ^(٣) .

الفرق بين الثمن والقيمة والدين :

الثمن : لا يتحقق إلا في عقد ، فهو ما يتراضى عليه المتبايعان ، سواء أكان أكثر
من القيمة أم أقل أم مساوياً .

(١) رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦ .

(٢) انظر البدائع : ٥ ص ٢٢٣ .

(٣) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٣٤ .

وقية الشيء : هي ما يساويه بين الناس .

والثمن : هو ما تراضى عليه المتبايعان مقابلاً للمبيع .

أما الدين : فهو كل ما ثبت في الذمة من الأموال القابلة للثبوت فيها بأي سبب من أسباب الالتزام ، كالإتلاف والغصب والكفالة والقرض والبيع ، ونحوها^(١) .

التمييز بين الثمن والمبيع :

القاعدة المقررة في الأصل : أن كل ما أمكن أن يكون مبيعاً أمكن أن يكون ثمناً ولا عكس ، وأن الثمن كما بينا في تعريفه ربما لا يكون متعلقاً بالذمة ، بل قد يتعين أحياناً ، فيكون من الأعيان القيمة كالحيوان والثياب ونحوها ، كما يتعين المبيع .

لهذا كان واجباً أن نميز بين الثمن والمبيع لما يترتب على التفرقة من أحكام ، والتمييز يكون في أموال المعاوضات : وهي النقود والأعيان القيمة والمثلثات^(٢) .

١ - فالنقود عامة من ذهب أو فضة أو فلوس رائجة^(٣) إذا كانت عوضاً في المبيع ، تعتبر هي الثمن . ومقابلها أي السلعة هو المبيع مطلقاً سواء دخل عليها حرف الباء ، أو دخل على مقابلها ، مثل : بعتك هذا بدينار ، أو بعتك ديناراً بهذا .

وقد قرر جمهور الحنفية أن النقود المسكوكة من ذهب أو فضة أو فلوس معدنية لا تتعين في عقود المعاوضات بالتعيين في حق الاستحقاق لذات العملة النقدية ، فلو قال : بعتك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدينانير ، فلمشتري أن يمكس المشار إليه ويبدله بمثله ، ولا يحق للبائع أن يطلب ذات المشار إليه ؛ لأن الثمن النقدي محله في

(١) عقد البيع ، المرجع السابق : ص ٥٦ وما بعدها ، رد المحتار : ص ٥٣ ، ١٧٣ .

(٢) انظر البدائع : ص ٥ ص ٢٣٣ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ص ٤ ص ٢٣ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) وهي القطع المعدنية المسكوكة المصطلح على ثنيتها ، ويلحق بها الأوراق النقدية المتعامل بها في العصر الحاضر .

الذمة ، وما يثبت في الذمة لا ينحصر ببعض أفراده الخارجية ، فلا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات ؛ لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض ، وإنما يتعين فقط بالنسبة لضمان الجنس والنوع والصفة والقدر ، حتى إنه يجب على المشتري رد مثل المشار إليه في الأوصاف المذكورة ، فلو كان الواجب عليه ألف درهم جيدة ، فيجب عليه رد ألف درهم بتلك الصفة ؛ لأن في تعيين الجنس والقدر والصفة فائدة ، وعلى هذا فلو هلك المشار إليه لا يبطل العقد .

وقال الشافعي^(١) وزفر: تتعين النقود بالتعيين ، ويستحق البائع على المشتري ذات الدراهم المشار إليها ، كما في سائر الأعيان ، لأنه قد يكون للشخص غرض فيها ، والثن المعين كالبيع في تعلق الحق بالعين .

فلو هلك المشار إليه قبل القبض يبطل العقد ، كما لو هلك سائر الأعيان .

فإن لم يكن الثن من المسكوكات ، فإنه بالاتفاق كسائر السلع يقبل التعيين .

٢- إن الأعيان القمية أي « التي ليست من ذوات الأمثال » إذا قوبلت بالمثلثات المعينة تعتبر هي المبيع ، والمثلي هو الثن مطلقاً ، دون نظر إلى اقتران حرف الباء ، لأن المثلي أليق بالثنية من حيث قابليته للثبوت في الذم كالنقود .

من أمثلة القميات : الثياب والدور والعقارات والعدديات المتفاوتة « أي التي تفاوتت أحادها » كالغنم وسائر الدواب والبطيخ إذا بيع بالعدد لا بالوزن .

وأما إذا قوبلت الأعيان القمية بالأموال غير المعينة أي « الملتزمة في الذم » فالعبرة في الثنية لمقارنة حرف الباء ، فما دخل عليه حرف الباء كان ثناً ، والآخر مبيعاً . فلو قال : بعثك هذا المتاع بقنطار من السكر ، فالسكر : هو الثن . ولو قال بعثك قنطاراً من السكر بهذا المتاع ، كان السكر مبيعاً ، والمتاع ثناً ، ويكون العقد بيع سلم .

٣- المثليات إذا كان في مقابلتها النقود فهي مبيعة، كما ذكرنا أولاً، وإن كان في مقابلتها أمثالها مثل بيع قح بزيت، فما كان منها معيناً يكون مبيعاً، وكل ما كان منها موصوفاً في الذمة يكون ثمناً.

وإن كان كل واحد منها موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً، والآخر يكون مبيعاً.

- والمثليات: إما مكيلات وهي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير، وكبعض السوائل التي تباع اليوم باللتر كالبنزين.

- أو موزونات: وهي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر.

- أو ذرعيات: وهي التي تباع بالذراع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية، وكالأراضي.

- أو عدديات متقاربة: وهي التي لا تتفاوت أحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكووس وصحون الخزف والبلور ونحوها^(١).

٤- إذا بيعت القيمات ببعضها يعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه، وثنماً من وجه آخر.

أحكام المبيع والثن أو نتائج التمييز بينها

يترتب على التمييز بين المبيع والثن نتائج نوجز ذكرست منها، ونفصل الكلام في ثلاثة أخرى.

١- يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مالاً متقوماً ولا يشترط ذلك في الثمن.

(١) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٥٠، رد المحتار: ١٧٢/٤، مغني المحتاج: ٢٨١/٢.

٢- يشترط لنفاذ البيع أن يكون المبيع موجوداً في ملك البائع ولا يشترط ذلك في الثمن .

٣- لا يجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ، ويجب تأجيل المبيع .

٤- مؤونة تسليم الثمن أي « كلفته » على المشتري ، ومؤونة تسليم المبيع على البائع .

٥- البيع مع عدم تسمية الثمن فاسد ، أما مع عدم تسمية المبيع نحو: بعتك بعشرة دنانير ، فباطل غير منعقد .

٦- هلاك المبيع بعد التقايط يمنع إقالة البيع ، ولا يمنع ذلك هلاك الثمن .

٧- هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع ، ولا يبطله هلاك الثمن .

٨- لا يجوز تصرف المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه ، ويصح تصرف البائع في الثمن قبل قبضه .

٩- على المشتري تسليم الثمن أولاً ليحق له استلام المبيع ، مالم يرض البائع^(١) ونفصل الكلام في الثلاثة الأخيرة .

حكم هلاك المبيع ، وهلاك الثمن وكساده

هلاك المبيع :

المبيع إما أن يهلك كله أو بعضه قبل القبض أو بعده^(٢) .

(١) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٦١ .

(٢) انظر التفصيل في البدائع : ٢٣٨/٥ وما بعدها ، المبسوط : ٩/١٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤٤/٤ ، عقد البيع ، المرجع السابق : ص ٩٢ .

آ- إذا هلك المبيع كله قبل القبض :

١- فإذا هلك بأفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه ، أو بفعل البائع ، فيفسخ عقد البيع .

٢- إذا هلك بفعل المشتري ، فلا يفسخ البيع وعليه الثمن .

٣- إذا هلك بفعل أجنبي ، لا يفسخ البيع ، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن ، وطالب الأجنبي بالضمان .

ب- إذا هلك المبيع كله بعد القبض :

١- إن كان بأفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فلا يفسخ البيع ، ويكون هلاكه على ضمان المشتري ؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري ، فتقرر الثمن عليه ، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه .

٢- إذا هلك بفعل البائع فينظر في حالتين :

أولاً- إذا كان المشتري قد قبضه بإذن البائع أو بدون إذنه ، لكنه قد تقد الثمن ، أو كان الثمن مؤجلاً ، فيكون هلاكه من قبل البائع ، كهلاكه من قبل الأجنبي ، فعليه ضمانه .

ثانياً- أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع بدون إذن البائع ، والثمن حال غير منقود « أي غير معطى إلى البائع » فيتوجب فسخ البيع ، ويكون البائع باعتدائه مسترداً للمبيع ، وعليه ضمانه .

وقال المالكية^(١) : الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كل بيع إلا في خمسة

مواضع :

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٤٧ .

الأول- بيع الغائب على الصفة .

الثاني- ما بيع على الخيار .

الثالث- ما بيع من الثمار قبل كمال طيبيها .

الرابع- ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد .

الخامس- البيع الفاسد ، فالضمان في هذه الخمسة من البائع حتى يقبضه المشتري .

وقال الشافعية^(١) : كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .

وقال الحنابلة^(٢) : إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً فتلف قبل قبضه ، فهو من مال البائع ، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ، وإن تلف فهو من مال المشتري .

ج- إذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر عند الحنفية :

١- فإن كان بأفة سماوية ففيه تفصيل : إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ، فهلك بعضه : ينفسخ العقد بقدر الهالك ، وتسقط حصته من الثمن ، ثم يكون المشتري بالخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه : إن شاء أخذه بحصته ، وإن شاء فسخ البيع .

وإن كان النقصان نقصان وصف « وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون » فلا ينفسخ البيع أصلاً ، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن ؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن ؛ ويكون المشتري بالخيار : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه لتعيب المبيع .

(١) مغني المحتاج : ٦٥/٢ .

(٢) المغني : ١١٠/٤ .

٢- وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه ، فلا يفسخ البيع ، ولا يسقط شيء من الثمن ، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن ، وإن شاء فسخ العقد .

٣- وإن كان الهلاك بفعل البائع فيبطل البيع بقدره ، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن ، سواء أكان النقصان نقصان قدر ، أم نقصان وصف ؛ لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها ، والمشتري بالخيار في الباقي بحصته من الثمن .

٤- وإن كان الهلاك بفعل المشتري فلا يبطل البيع ، ولا يسقط عنه شيء من الثمن ، لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلاف بعضه .

د- إذا هلك بعض المبيع بعد القبض :

١- فإن كان الهلاك بأفة سماوية أو بفعل المشتري أو المبيع نفسه أو بفعل أجنبي ، فالهلاك على المشتري .

٢- وإن كان بفعل البائع ينظر :

إذا كان القبض بإذنه ، أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً ، فحكمه كالأجنبي . وإن كان القبض بغير إذنه ، والثمن حال غير منقود ، يفسخ البيع في قدر الشيء التالف ، ويسقط عن المشتري حصته .

هلاك الثمن عند الحنفية :

إذا هلك الثمن في مجلس العقد قبل القبض :

١- فإن كان عيناً مثلياً : لا يفسخ العقد ، لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين ، وللناس أغراض في الأعيان .

٢- وأما إذا هلك وليس له مثل في الحال : بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدي الناس ، وقد كان موجوداً وقت العقد ، ثم انقطع قبل القبض ، فقال أبو حنيفة : يفسخ العقد . وقال الصحابان : لا يفسخ^(١) . وسيأتي في بحث كساد الثمن الآتي بيان الأدلة .

كساد الثمن عند الحنفية : إذا اشترى شخص بفلوس رائجة ، ثم كسدت قبل القبض بضرب فلوس جديدة ، انفسخ العقد عند أبي حنيفة ، وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً ، وقيمه أو مثله إن كان هالِكاً ؛ لأن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثناً ، ولا يبيع بلا ثمن ، فيفسخ البيع ضرورة ، فهو قد اعتبر الكساد كالهلاك .

وقال الصحابان : لا يفسخ البيع ، ولكن يخير البائع : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس ؛ لأن الفلوس ثابتة في الذمة ، وما يثبت في الذمة لا يمتل الهلاك ، فلا يكون الكساد هلاكاً ، بل يكون عيباً فيها ، فيوجب الخيار للبائع ، كما إذا كان الثمن رطباً ، فانقطع قبل القبض ، فهذا اعتبر الكساد كالعيب .

واتفقوا على أنه لو لم تكسد الفلوس ، ولكنها رخصت قيمتها ، أو غلت ، لا يفسخ البيع ؛ لأن الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينها في وقت اعتبار قيمة الفلوس : فقال أبو يوسف : تعتبر قيمتها وقت العقد ؛ لأن الثمن يجب عند العقد ، فيضمن قيمته حينئذ .

وقال محمد : تعتبر قيمتها وقت الكساد ، وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها ؛ لأنه وقت العجز عن التسليم^(٢) .

(١) تحفة الفقهاء ، الطبعة القديمة : ٥٤/٢ .

(٢) انظر البدائع : ٢٤٢/٥ ، حاشية ابن عابدين : ٢٥/٤ .

التصرف في المبيع وفي الثمن قبل القبض التصرف في المبيع :

قال الحنفية : لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بلا خلاف ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض^(١) والنهي يوجب فساد المنهي عنه ، ولأنه بيع فيه غرر لتعرضه إلى الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، فيبطل البيع الأول ، وينفسخ الثاني ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع فيه غرر .

وأما العقار : فيجوز التصرف فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً استدلالاً بعمومات آيات البيع من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد . ولا غرر في العقار ، إذ لا يتوهم هلاك العقار ، ويندر هلاكه في الغالب ، فلا يكون في بيعه غرر .

وقال محمد وزفر والشافعي : لا يجوز بيع العقار قبل القبض لعموم النهي عن البيع قبل القبض ، ولعدم وجود القدرة على التسليم ، ولتحقق الغرر^(٢) . وسيأتي تفصيل آراء الفقهاء في هذا الموضوع في البيع الفاسد .

التصرف في الثمن قبل القبض :

يجوز التصرف في الأثمان^(٣) قبل القبض ، لأنها ديون ، وكذلك يجوز التصرف في

(١) فيه أحاديث منها ما هو متفق عليه عند الشيخين والترمذي من حديث ابن عباس من النهي عن بيع ما لم يقبض ، ومنها ما أخرجه النسائي عن حكيم بن حزام ، قال : « قلت يارسول الله ، إني رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها ، فما يحل لي منها وما يجرم ؟ قال : لا تبين شيئاً حتى تقبضه » رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، ولفظه : « إذا ابتعت بيعاً ، فلا تبعه حتى تقبضه » (انظر نصب الراية : ٢٢/٤ ، جامع الأصول : ٢٨٠/١ ، تخريج أحاديث الإحياء : ٦١/٢) .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٦٤ ، البدائع : ٥ ص ١٨٠ وما بعدها ، ص ٢٢٤ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٣) الثمن : ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة وهو النقدان ، والثليات : كالكيل والموزون إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان ، أو غير معينة وصحبها حرف الباء (رد المحتار : ٤ ص ١٧٢) .

سائر الديون كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها قبل القبض ، بدليل ما روي عن سيدنا عمر أنه قال : « يا رسول الله : إنا نبيع الإبل بالبيع ، ونأخذ مكان الدرهم الدنانير ، ومكان الدنانير الدرهم ، فقال عليه السلام : لا بأس إذا كان بسعر يومها ، وافترقتما وليس بينكما شيء »^(١) فهذا يدل على جواز استبدال ثمن المبيع . وأما المراد من حيث « النهي عما لا يقبض » فهو بالنسبة للعين ، لا بالنسبة للدين ؛ لأن المبيع شيء يحتمل القبض ، والدين لا يحتمل القبض حقيقة ، لأنه مال حكمي في الذمة ، فيكون قبضه بقبض بدله .

وقد استثنوا من جواز التصرف في الثمن قبل القبض عقدي الصرف والسلم . أما الصرف : فلأن كلاً من بدلي الصرف مبيع من وجه وثن من وجه ، فباعتماد كونه مبيعاً لا يجوز التصرف فيه ، وقد رجحنا جانب الحرمة احتياطاً .

وأما السلم : فالمسلم فيه لا يجوز التصرف فيه لأنه مبيع ، ورأس المال « أي الثمن » الحق بالمبيع العين في حرمة الاستبدال شرعاً^(٢) .

هذا .. ويلاحظ أن التصرف في الأثمان والديون جائز بالبيع والهبة والإجارة والوصية أي بعوض أو بغير عوض ، سواء مما لا يتعين كالنقود ، أو مما يتعين كالمكيل والموزون ، وذلك ممن عليه الدين كأن يشتري البائع من المشتري شيئاً بالثمن الذي له عليه ، أو يستأجر بالثمن داراً للمشتري ، أو أن يهبه الثمن .

ولا يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين كأن يشتري إنسان فرس زيد مثلاً بمئة ليرة على عمرو ، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا في ثلاث صور^(٣) .

(١) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٦٩ ، نصب الراية : ٤ ص ٣٣) .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٦٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ وما بعدها .

(٣) رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٧١ .

الأولى - إذا سلطه على قبضه ، فيكون وكيلًا قابضاً للموكل ثم لنفسه .

الثانية - الحوالة .

الثالثة - الوصية .

تسليم^(١) المبيع والثلث :

إن تسليم المبيع إلى المشتري هو من التزامات البائع الناشئة من عقد البيع ، كما أن تسليم الثلث إلى البائع هو من التزامات المشتري الناشئة من البيع أيضاً ؛ لأن تسليم البديلين واجب على العاقدين ، لتحقق الملك لكل منهما في البديلين .

فمن الذي يجب عليه التسليم أولاً ، وهل للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي جميع الثلث ، وكيف يتم التسليم أو القبض ؟

أما من يجب عليه التسليم أولاً : فيختلف بحسب نوع البديلين :

فإذا كان بيع عين بعين ، فإنه يجب على العاقدين التسليم معاً ، تحقيقاً للمساواة في المعاوضة المقتضية لمساواة عادة المطلوبة بين العاقدين ، إذ ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر .

وكذلك إن تبايعا ديناً بدين ، كما في عقد الصرف ، لما ذكرنا .

وأما إن كان بيع عين بدين^(٢) فيراعى فيه الترتيب عند الحنفية : فيجب على المشتري تسليم الثلث « أي الدين » أولاً إذا طالبه البائع حتى يتعين ، ولقوله عليه

(١) التسليم : هو التخلية أي أن يخلي البائع بين المشتري والمبيع بحيث يستطيع المشتري أخذه والتصرف فيه .

(٢) الدين : ما يصح أن يثبت في الذمة ، سواء أكان نقداً أو غيره . والعين : ما لا يصح أن يثبت ديناً في الذمة

(رد المختار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦) .

السلام : « الدين مقضي »^(١) فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً . ثم يجب على البائع تسليم المبيع ، إذا طالبه المشتري ، حتى يتحقق التساوي بينهما . واستثنوا من ذلك أمرين أولهما - المسلم فيه ، لأنه دين مؤجل ، والثاني - الثمن المؤجل فلو كان الثمن مؤجلاً ، يجب تسليم المبيع للحال ، لأن البائع أسقط حق نفسه في التأجيل^(٢) .

وقال المالكية^(٣) كالحنفية : يجب على المشتري تسليم الثمن ، وعلى البائع تسليم المبيع (المثون) ، فإن قال أحدهما : لا أسلم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه ، أجبر المشتري على تسليم الثمن ، ثم أخذ المبيع من البائع . وقال مالك : للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن . ودليل المالكية والحنفية : أن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن .

وقال الشافعية والحنابلة^(٤) : إن اختلف في التسليم ، وكان الثمن في الذمة ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري في الثمن مثله ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ؛ لأن حق المشتري في عين المبيع ، وحق البائع في الذمة ، فيقدم ما يتعلق بالعين ، فمن سلم أجبر صاحبه على التسليم ؛ لأن كلاً منهما ثبت له إيفاء واستيفاء ، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء . لكن قيد الشافعية هذا الحكم بما إذا لم يخف البائع فوت الثمن ، وتنازع البائع والمشتري في مجرد الابتداء ، فإن

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس ونصه : أن النبي ﷺ قال : « الزعم غارم والدين مقضي ، والعارية مؤداة ، والمنحة مردودة » وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني ، وقال : إنه منكر الحديث ، لا يتابع على عامة ما يرويه (انظر نصب الراية : ٤ ص ٥٨) وأخرجه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي وفيه إسماعيل بن عياش (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٠) .

(٢) المبسوط للرخسي : ١٣ ص ١٩٢ ، البدائع : ٥ ص ٢٤٤ ، فتح القدير : ٥ ص ١٠٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٣ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٤٧ .

(٤) مغني المحتاج : ٧٤/٢ ، المغني : ١٩٨/٤ .

خاف البائع فوت الثمن فله حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن . وكذا للمشتري حق حبس الثمن إن خاف فوت المبيع .

حق حبس المبيع :

يترتب على ما سبق من التزام المشتري بدفع الثمن أولاً : أنه يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله ، سواء أكان كل الثمن أم بعضه^(١) .

وشرط ثبوت حق الحبس شيئان :

١- أن يكون أحد البديلين عيناً والآخر ديناً ، مثل بيع سلعة بدراهم ، أو دنانير ، فإن كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس ، بل يسلمان معاً .

٢- أن يكون الثمن حالاً ، فإن كان مؤجلاً ، فلا يثبت حق الحبس ، لأنه سقط بالتأجيل .

وعلى هذا : فلو أجل الثمن إلا درهماً ، كان للبائع حبس كل المبيع ، لأن حق الحبس مما لا يتجزأ ، وكذا لو استوفى جميع الثمن إلا درهماً ، أو أبرأ المشتري عن جميع الثمن إلا درهماً .

وقال الإمام مالك^(٢) : للبائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن .

وقال الحنابلة^(٣) : ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ؛ لأن التسليم من مقتضيات العقد ، فإن اختلف العاقدان في التسليم ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى

(١) انظر المبسوط ، المرجع السابق ، البدائع : ٥ ص ٢٤٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٧٧ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٤٧ .

(٣) المغني : ١٩٨/٤ .

أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، والثن في الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن .

وقال الشافعية^(١) : للبائع حبس المبيع حتى يقبض الثمن إن خاف فوته ، وكذا للمشتري حبس الثمن إن خاف فوت المبيع .

ما يسقط حق الحبس وما لا يسقطه :

لو قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق الحبس ، لأن الرهن والكفالة لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ، ولا حق المطالبة به ، فيبقى حق الحبس لاستيفاء الثمن ، وكل ما في الأمر أن الرهن والكفالة وثيقة بالثمن .

وأما الحوالة بالثمن فتسقط حق الحبس عند أبي يوسف سواء أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل ، أم أحال المشتري البائع على رجل : لأن البائع حينئذ في حكم المستوفى ، لأن حق الحبس مرتبط ببقاء الدين في ذمة المشتري ، وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ، ولذا ينقطع حقه في مطالبة المشتري بالثمن ، وينحصر حق المطالبة بالشخص المحال عليه .

وقال محمد : إن كانت الحوالة من المشتري لا تبطل حق الحبس ، وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي من المحال عليه . وإن كانت من البائع : فإن كانت الحوالة مطلقة لا تبطل حق الحبس أيضاً ، وإن كانت مقيدة بأن أحال غريباً له على المشتري ليقبض الدين الذي له عليه ، تبطل الحوالة حق الحبس ، دليله : أن حق البائع بمطالبة المشتري بأداء الثمن لم يبطل بحوالة المشتري ، أو بحوالة المطلقة ، فلم يبطل حق الحبس ، وأما في الحوالة المقيدة فيبطل حق المطالبة من البائع للمشتري بهذه الحوالة ، فيسقط حق الحبس^(٢) .

(١) مغني المحتاج : ٧٥/٢ .

(٢) البسوط : ١٣ ص ١٦٥ ، البدائع : ٥ ص ٢٥٠ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ .

قال الكاساني : « والصحيح اعتبار محمد ، لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن ، لا مع قيام الثمن في ذاته »^(١) .

والخلاصة : أن حق الحبس يسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً ، وكذا بحوالة المشتري البائع به على رجل عند أبي يوسف . وعند محمد : فيه روايتان ، أرجحهما ما ذكرناه .

ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه عنده ، سقط حق الحبس ، حتى لا يملك استرداده في ظاهر الرواية ؛ لأن الإعارة والإيداع أمانة في يد المشتري ، وهو لا يصلح نائباً عن البائع في وضع يده لأنه أصل في ملك الشيء ، فكان أصلاً في وضع اليد ، فإذا ثبتت يد المشتري على المبيع ، كانت يده يد ملك ، ويد الملك لازمة ، فلا يملك أحد إبطالها بالاسترداد^(٢) .

ولو أودع المشتري المبيع عند البائع أو أعاره منه أو أجره ، لم يسقط حق الحبس ؛ لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ؛ لأن يد الحبس بطريق الأمانة ثابتة للبائع ، فلا يصح أن يصير نائباً عن غيره^(٣) .

ولو جنى رجل أجنبي على المبيع ، فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان سقط حق الحبس عند أبي يوسف^(٤) . وسيأتي التفصيل في بحث القبض الآتي مباشرة .

ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ، سقط حق الحبس ، حتى لا يملك البائع الاسترداد ، لأنه أبطل حقه بالإذن بالقبض .

ولو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع بعد وفاء الثمن ، سقط حق الحبس ،

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٥١ .

(٢) البدائع : ص ٥ ص ٢٥٠ ، حاشية ابن عابدين : ص ٤ ص ٤٤ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق نفسه : ص ٥ ص ٢٤٦ .

(٤) البدائع : ص ٥ ص ٢٤٦ .

فليس له استرداده ، لأنه استوفى حقه بايفاء الثمن ، فيكون قبضاً بحق .

أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع قبل وفاء الثمن ، فلا يسقط حق الحبس ، وللبائع استرداده ؛ لأن له حق الحبس ، حتى يستوفي الثمن ، وحق الإنسان لا يجوز إبطاله عليه من غير رضاه .

فإن كان المشتري تصرف في المبيع في الحالة الأخيرة نظرياً في ذلك^(١) :

إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والإجارة والرهن ونحوها ، فسخه البائع ، واسترده ، لأنه تعلق به حقه .

وإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير «أي التحرر بعد موت السيد» والاستيلاء «أي جعل الأمة مستولدة أي حاملاً ، فتصبح حرة بعد موت سيدها» فإنه لا يسترده ، لأنه لا فائدة في بقاء حق الحبس ، لأن حبس الحر ، أو الذي سيؤول إلى الحرية لا يجوز .

معنى التسليم أو القبض وكيفية تحققه :

التسليم أو القبض معناه عند الحنفية : هو التخلية أو التخلي ، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري ، برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلماً للمبيع ، والمشتري قابضاً له^(٢) .

وكذلك تسليم الثمن من المشتري إلى البائع .

والقبض يتم بطرق :

١- التخلية : وهي أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع «أي أن يكون مفرزاً» ولا حائل «أي في حضرة البائع» مع الإذن له بالقبض ، فلو اشترى انسان

(١) البدائع : ٢٥١/٥ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٤٤ .

حنطة في بيت ، ودفع البائع المفتاح إليه ، وقال : خليت بينك وبينها «أي أذنت» فهو قبض^(١) . وإن دفع المفتاح إليه ، ولم يقل شيئاً لا يكون قبضاً ، وتسليم الدار أو الأرض يتم بأن يقف المشتري في داخلها أو قريباً منها بحيث يرى جانب الأرض أو يقدر على إغلاق باب الدار فوراً ، فإن كان بعيداً عنها بغير هذه الحالة ، لم يكن قبضاً^(٢) . وعلى هذا فإن القبض عند الحنفية يكون بالتخلية ، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً إلا المكمل والموزون فإن قبضه يكون باستيفاء قدره أي بكياله أو وزنه .

وقال المالكية والشافعية : قبض العقار كالأرض والبناء ونحوهما يكون بالتخلية بين المبيع وبين المشتري وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت . وقبض المنقول كالأمتعة والأنعام والدواب بحسب العرف الجاري بين الناس^(٣) .

وقال الحنابلة : قبض كل شيء بحسبه ، فإن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه بكياله ووزنه أي أنه يجب الرجوع في القبض إلى العرف^(٤) .

٢- الإلتلاف : فلو أتلف المشتري المبيع في يد البائع صار قابضاً للمبيع ، وتقرر عليه الثمن ؛ لأن التخلية تمكين من التصرف في المبيع والإلتلاف تصرف فيه حقيقة . والتعيب مثل الإلتلاف : وهو أن يحدث المشتري في المبيع عيباً ، كأن يقطع يده أو يشج رأسه ، أو أن ينقص منه شيئاً .

وكذا لو أمر المشتري البائع بالإلتلاف ففعل ، أو أمره بطحن الحنطة فطحن^(٥) ، لأن فعل البائع بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه .

(١) من قواعد الحنفية : « التخلية بين المشتري وبين المبيع قبض » فيعد ذلك قبضاً ، وإن لم يتم القبض حقيقة ، فإذا هلك المبيع يهلك على المشتري (راجع الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود خزة : ص ٦٣) .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٦ .

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١٤٥ ، المجموع : ٩ ص ٣٠١ - ٣٠٩ ، المهذب : ١ ص ٢٦٢ .

(٤) الغني : ٤ ص ١١١ وما بعدها .

(٥) البدائع ، المرجع السابق ، رد المحتار ، المرجع السابق .

٣- ايداع المبيع عند المشتري أو إعارته منه : لو أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاره منه ، يصير المشتري بذلك قابضاً ؛ لأن الايداع والإعارة للمالك لا يصح ، كما أسلفنا قريباً .

وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي أو أعاره ، وطلب من البائع تسليمه إليه ، يصير قابضاً ؛ لأن الإعارة والايدياع عند آخر عمل صحيح ، فقد أثبت يد النيابة لغيره ، ويد أمينه كيده ، فصار قابضاً .

أما لو أودع المشتري من البائع أو أعاره له أو آجره ، لم يكن ذلك قبضاً ؛ لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ؛ لأن يد الحبس بطريق الأصاله ثابتة للبائع ، فلا يتصور إثبات يد النيابة له ^(١) .

٤- اتباع الجاني بالجناية على المبيع : لو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان ، كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف ، حتى لو هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري ، ويتقرر عليه الثمن ، ولا يبطل البيع .
وقال محمد : لا يصير قابضاً ويبقى المبيع في ضمان البائع ، ويؤمر بالتسليم إليه ، ويكون الهلاك على البائع ، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري .

دليل أبي يوسف : أن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمناً ، فيصير قابضاً ، كما لو ارتكب الجناية بنفسه . وبيانه : أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من الشيء المضمون الجني عليه ؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث سبب الضمان ، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري .

ودليل محمد : أن الضمان متعلق بالعين لأن قيمة العين قائمة مقامها ، والعين لو

(١) البدائع : ٥ ص ٢٤٦ .

كانت قائمة فهلكت قبل القبض ، كان الهلاك على البائع ، فكذا القيمة^(١) .

٥- القبض السابق : كل ما سبق فيما إذا كان المبيع في يد البائع ، فإن كان في يد المشتري بقبض سابق ، ثم باعه المالك له ، فهل يعتبر قابضاً بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم ؟ فيه تفصيل :

لقد قسم الفقهاء القبض من حيث قوة أثره وضعفه إلى قسمين : قبض الضمان وقبض الأمانة .

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

وقبض الأمانة : هو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي ، أو التصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع ، أو المستعير ، أو المستأجر ، أو الشريك .

وقد اعتبروا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب .

والمبدأ العام : أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه ، أو كان السابق أقوى بخلاف ما إذا كان أضعف . فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان ، وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط ، ولا ينوب عن قبض الضمان ؛ لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى^(٢) .

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٧ وما بعدها ، فتح القدير : ص ٥ ، ٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين : ص ٤

، ٥٢٥ ، مجمع الضمانات للبغدادي : ص ٢١٧ .

وعلى هذا الأساس إذا كان الشيء المبيع موجوداً في يد المشتري قبل البيع : إما أن تكون يده يد ضمان أو يد أمانة .

أ- فإن كانت يد المشتري يد ضمان :

١- فإما أن تكون يد ضمان بنفسه : كيد الغاصب ، فيصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ، ولا يحتاج إلى تجديد القبض ، ويبرأ البائع من التزام التسليم ، سواء أكان المبيع حاضراً في مجلس العقد ، أم غائباً ؛ لأن المغضوب مضمون بنفسه ، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه ، فتجانس القبضان ، فتاب أحدهما عن الآخر .

أو تكون يد ضمان لغيره ، كيد الرهن ، بأن باع الراهن المرهون من المرتهن ، فإنه لا يصير قابضاً ، إلا أن يكون الرهن حاضراً في مجلس العقد ، أو يذهب إلى حيث يوجد الرهن ، ويتمكن من قبضه ؛ لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه ، بل بغيره ، وهو الدين ، والمبيع مضمون بنفسه ، فلم يتجانس القبضان ، ولأن الرهن أمانة في الحقيقة ، فكان قبضه قبض أمانة ، وإنما يسقط الدين بهلاكه ، لا لكونه مضموناً ، وإنما المعنى آخر ، وهو الاستيثاق بالدين ، فيهلك الرهن من مال المرتهن ويسقط الدين بقدر الرهن ؛ لأن الرهن وثيقة بالدين .

وإذا كان قبض الرهن قبض أمانة ، فقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان ، كقبض العارية والوديعة .

ب- وإن كانت يد المشتري يد أمانة ، كيد المستعير أو الوديع ، فلا يصير قابضاً ، إلا أن يكون المبيع بحضرته ، أو يذهب إليه ، فيتمكن من قبضه بالتخلي ؛ لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان ، فلا يتناوبان^(١) .

(١) البدائع : ص ٢٤٨ ، فتح القدير : ص ٢٠٠ .

المبحث الرابع - البيع الباطل والبيع الفاسد

تمهيد :

العقد من حيث حكمه أو وصفه الذي يعطيه الشارع له ، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه ، ينقسم عند جمهور الفقهاء إلى صحيح وغير صحيح .

فالصحيح : هو ما استوفى شروطه وأركانه . وغير الصحيح : هو ما اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، ولا يترتب عليه أي أثر ، ويشمل الباطل والفساد ، وهما بمعنى واحد .

وأما الحنفية : فيقسمون العقد إلى صحيح وفساد وباطل ، فغير الصحيح عندهم ، إما فاسد أو باطل .

ومنشأ الخلاف : هو في تقدير نهى الشارع عن عقد ما .. هل النهي يقتضي الفساد أي عدم الاعتبار والوقوع في الإثم معاً ، أم يقتصر على إيجاب الإثم وحده مع اعتباره أحياناً ، ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد ؟

قال جمهور الفقهاء : إن نهى الشارع عن عقد ما : يعني عدم اعتباره أصلاً ، وإثم من يقدم عليه ، ولا فرق بين النهي عن أركان العقد أو النهي لوصف عارض للعقد ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل في ديننا ما ليس فيه فهو رد »^(١) .

فتى خالف العمل أمر الشارع وطلبه ، وصف بالفساد أو البطلان ، سواء أكانت المخالفة راجعة إلى حقيقة العمل أم وصفه ، وسواء في ذلك العبادة والمعاملة .

(١) رواه مسلم عن عائشة ، وفي رواية للبخاري ومسلم وأبي داود « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » (راجع جامع الأصول : ١ ص ١٩٧) .

وقال الحنفية : قد يكون نهى الشارع عن عقد : معناه إثم من يرتكبه فقط ، لا إبطاله . ويفرق بين النهي عن أصل العقد أو أركانه ، فيوجب بطلان العقد ، وبين النهي عن أمر آخر كوصف من أوصاف العقد ، فيوجب فساد العقد فقط^(١) ، لأن المعاملات ينظر فيها إلى جانب مصالح العباد ، فإذا كانت مخالفة العمل راجعة إلى حقيقته كبيع المعدوم ، لم تتحقق به مصلحة أصلاً ، فكان باطلاً .

وأما إذا تحققت بالعمل مصلحة على وجه ما ، ترتب أثر العمل عليه ، ويتدارك النقص بإزالة سببه ، وهذا يتحقق فيما لو كانت مخالفة العمل راجعة إلى وصفه مع سلامة حقيقته ، بوجود ركنه وطرفيه ومحلّه ، فيسمى فاسداً .

أما العبادات فإن البطلان والفساد فيها مترادفان ، فمخالفة أمر الشارع فيها يجعلها موصوفة بالفساد والبطلان ، سواء أكان الخلل في ناحية جوهرية أم في ناحية فرعية متممة ؛ لأن العبادة ينظر فيها إلى تحقيق الامتثال والطاعة التامة ، ولا يحصل ذلك إلا بزوال كل مخالفة فيها .

وعلى هذا الأساس نعرف أن أنواع البيوع عند الحنفية بحسب وصف الشارع لها ثلاثة : صحيح ، وباطل ، وفساد .

فالبيع الصحيح : هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه^(٢) ولم يتعلق به حق الغير ، ولا خيار فيه ، وحكمه : أنه يثبت أثره في الحال . فالبيع الصحيح يثبت أثره

(١) انظر الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٣٦ وما بعدها . والذي يرجح أن أثر النهي المتوجه إلى الوصف كأثر النهي المتوجه إلى ماتتوقف عليه حقيقة الشيء ، سواء في اعتبار الشرع ، وأن البيع الفاسد والباطل سيان لا يترتب عليه حكم من الأحكام (راجع أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع وهي رسالة دكتوراه من الأزهر : ص ١٤٧) .

(٢) أصل العقد أي ركنه ومحلّه فالركن : الإيجاب والقبول ، والمحل : محل العقد : ومعنى كون الركن مشروعاً : ألا يعرض له خلل كأن يصدر الإيجاب والقبول من مجنون أو صبي لا يعقل . ومعنى كون المحل مشروعاً : أن يكون مالاً متقوماً . وأما وصف العقد : فهو ما كان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، أو كون المبيع غير مقدور التسليم ، وكالثنية فإنها صفة تابعة للعقد .

وهو تبادل الملكية في العوضين ، فيثبت ملك المبيع للمشتري ، وملك الثمن للبائع فور انتهاء الايجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار .

والبيع الباطل : هو ما اختل ركنه أو محله ، أو هو مالا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، أي أن يكون العاقد ليس أهلاً للعقد ، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له . وحكمه : أنه لا يعتبر منعقداً فعلاً ، وإن وجدت صورته في الخارج فلا يفيد الملك أصلاً ، مثل عقد الطفل أو المجنون أو بيع ماليس بمال كالميتة ، أو ماليس بمتقوم كالخمر والخنزير .

وإذا كان البيع الباطل لا يفيد الملك بالقبض ، فلو هلك المبيع في يد المشتري فيطبق عليه حكم هلاك الأمانات ؛ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك . قيل : وهو قول أبي حنيفة . وعند البعض : يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء . قيل : وهو قول الصحابين . وأما الثمن المقبوض ببيع باطل فالصحيح أنه مضمون كالمقبوض ببيع فاسد .

والبيع الفاسد : هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه أي أن يصدر من أهل له في محل قابل للبيع ، ولكن عرض له أمر أو وصف غير مشروع . مثل بيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع كبيع دار من الدور أو سيارة من السيارات المملوكة لشخص ، دون تعيين ، وكإبرام صفقتين في صفقة كبيع دار على أن يبيعه سيارته مثلاً : وسنذكر أمثلة أخرى بالتفصيل . وحكمه : أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة ، كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع دون أن يعترض عليه ، خلافاً لجمهور الفقهاء الذين يقررون أنه لا يفيد الملك أصلاً كالبيع الباطل^(١) .

(١) انظر فتح القدير مع العناية : ص ١٨٥ وما بعدها ، البدائع : ص ٢٩٩ ، رد المحتار لابن عابدين : ص ١٠٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٥ وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى : ص ٤٤٠ وما بعدها .

الضابط الذي يميز الفاسد عن الباطل

إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل ، كما إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو دماً أو صيد الحرم أو الإحرام ، فلا يفيد الملك أصلاً وإن قبض ؛ لأن الخلل واقع على المبيع ذاته ، وهو أن الخمر والخنزير لا يثبت الملك فيها للمسلم بالمبيع ، والبيع لا ينعقد بلا مبيع ، والميتة والدم ليسا بمال متقوم ، وقد أبطل الشارع تملك صيد الحرم والإحرام .

وإن كان الفساد يرجع للثمن : فإن كان الثمن مالاً في الجملة أي في بعض الأديان أو مرغوباً عند الناس ، كالخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام فإن البيع يكون فاسداً أي أنه ينعقد بقيمة المبيع ، ويفيد الملك في المبيع بالقبض ؛ لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضها البيع فينعقد بيعاً بقيمة المبيع^(١) .

وأما إن كان الثمن ميتة أو دماً ، فاختلفت الحنفية : فقال عامتهم : يبطل ، وقال بعضهم : يفسد ، والصحيح أنه يبطل ؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً^(٢) .

وبعد هذا التمهيد :

نذكر نموذجاً من أنواع البيع الباطل ولو في رأي بعض الفقهاء ، ثم نذكر نموذجاً آخر من أنواع البيع الفاسد ، ثم نعقبها بتفصيل حكم البيع الفاسد وما يترتب عليه .

وقد فصلنا بين نوعي البيع المذكورين منعاً للإيهام أو الإشكال ، على عكس ما نجد في أغلب كتب الحنفية التي تذكر باب البيع الفاسد . وتريد به الأعم من كونه فاسداً أو باطلاً وهو المنهي عنه الممنوع شرعاً^(٣) بل إنهم قد يطلقون لفظ الفاسد

(١) الفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ماتراضى عليه المتعاقدان ، سواء زاد على القيمة أو نقص عنها . والقيمة : ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقص (انظر رد المحتار : ٤ ص ٥٣) .

(٢) البسيط : ١٣ ص ٢٢ ومابعدها ، فتح القدير والعناية : ٥ ص ١٨٦ ، ٢٢٧ ، البدائع : ٥ ص ٢٩٩ ، ٣٠٥ .

(٣) انظر فتح القدير : ٥ ص ١٨٥ ، رد المحتار : ٤ ص ١٠٤ .

ويريدون به الباطل ، ويفهم المقصود إما بالقرائن أحياناً أو بما يشعر بأن البيع باطل كقولهم : لا ينقلب العقد صحيحاً ، وفي البيع الفاسد بالعكس : يعود العقد صحيحاً .

المطلب الأول - أنواع البيع الباطل

نذكر من أنواع البيع الباطل ما يأتي :

١ - بيع المعدوم :

اتفق أئمة المذاهب على أنه لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع نتاج النجاسات بأن قال : بعث ولد ولد هذه الناقة ، وبيع الحمل الموجود لأنه على خطر الوجود ، وبيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع جبل الحبلية »^(١) أي نتاج النجاسات . ونهى أيضاً عن بيع المضامين والملاقيح^(٢) (والمضامين : مافي أصلاب الذكور ، والملاقيح : مافي بطون الإناث) ونهى كذلك عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، كما سيأتي .

ومن الملحق بالمعدوم : بيع لؤلؤ في صدف ، وبيع اللبن في الضرع وبيع الصوف على ظهر الغنم ، ومثله بيع الكتاب قبل طبعه ، فإن بيع ذلك لا يجوز عند جمهور

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد والموطأ وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع جبل الحبلية » (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٤١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٧) .

(٢) فيه عدة روايات منها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن المضامين ، والملاقيح ، وجبل الحبلية : قال : المضامين : مافي أصلاب الإبل ، والملاقيح ، مافي بطونها ، وجبل الحبلية : ولد ولد هذه الناقة ، وقيل : إن المبيع هو ولد الناقة (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٠) والخلاصة أن المضامين : مافي ظهر الفحل بمعنى أن يحمل البائع الفحل على ناقته ، فما أنتجته كان للمشتري ، أو بيع ما يضره الفحل مدة عام أو عامين . والملاقيح : بيع الجنين في بطن أمه ، أو مافي البطن من المني قبل أن يطلق عليه اسم الحمل ، وهذه البيوع كانت متعارفة في الجاهلية .

الفقهاء ؛ لأن محل العقد غير موجود بالتأكيد ، ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم ^(١) ، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع ^(٢) » ولأن بيع اللبن في الضرع مجهول الصفة والمقدار . وجهالة مقداره ، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن ، فيظن أنه من اللبن . وجهالة الصفة : لأنه قد يكون اللبن صافياً ، وقد يكون كدراً فأشبهه الحبل ، لأنه يبيع عين لم تخلق ، فلم يجز كبيع ماتحمل الناقة ، والعادة في ذلك تختلف . وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة ، بل شيئاً فشيئاً ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينها .

وأما لبن الظئر (أي المرضع) فيجوز بيعه للحضانة ، للحاجة .

وأما بطلان بيع الصوف على ظهر الغنم ، فلأنه يقع الاختلاف في موضع القطع من الحيوان ، فيقع الإضرار به فكان مشتملاً على الغرر ، وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن الصوف ينو ساعة فساعة ، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينها .

وخالف الإمام مالك في الحالتين ، فقال : يجوز بيع اللبن في الضرع في الغنم السائمة التي لا يختلف لبنها ، لافي الشاة الواحدة ، أياماً معلومة ، إذا عرف قدر حلابها ، لسقي الصبي ، كلبن الظئر ، لتسامح غالب الناس به أياماً معلومة غالباً ، بل رأينا من يسامح بلبن بقرته الشهر وأكثر بطريق الإباحة أو الهبة . وقال أيضاً : يصح بيع الصوف على ظهر الغنم ، لأنه مشاهد يمكن تسليمه .

وهناك رواية عند الحنابلة تقرّر مثل هذا الحكم وهو أنه يجوز بيع الصوف على

(١) تطعم - بكسر العين أي يبدو صلاحها .

(٢) حديث مرفوع مسند رواه الطبراني في معجمه عن ابن عباس ، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما (انظر نصب الراية : ٤ ص ١١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٩) .

ظهر الغنم ، بشرط جزّه في الحال ، لأنه معلوم يمكن تسليمه . وكذلك الظاهرية أجازوا بيع الصوف على ظهور الغنم^(١) .

رأي بعض الحنابلة في بيع المعدوم : أجاز ابن القيم وأستاذه ابن تيمية بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة ، لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم لافي الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة ، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر ، وهو مالا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كبيع الفرس النافر والجمال الشارد ، فليست العلة في المنع لا العدم لا الوجود .

بل إن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع ، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بدء صلاحه ، والحب بعد اشتداده ، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لم يخلق بعد . وعلى هذا فبيع المعدوم إذا كان مجهول الوجود في المستقبل باطل للغرر لا للعدم ، فالأصل إذاً هو الغرر^(٢) .

٢ - بيع معجوز التسليم

يرى جمهور الحنفية كما في ظاهر الرواية : أنه لا ينعقد بيع معجوز التسليم عند العقد ، ولو كان مملوكاً ، كالطير الذي طار من يد صاحبه ، أو العبد الآبق (الفارّ) واللقطة ، ويكون البيع باطلاً ، حتى لو ظهر الآبق ونحوه يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا حينئذ ، فيكون بيعاً مبتدئاً بالتعاطي .

(١) انظر المتوسط : ١٢ ص ١٩٤ وما بعدها ، ١٣ ص ٢٣ ، البدائع : ٥ ص ١٣٩ ، ١٤٨ ، فتح القدير : ٥ ص ١٩٢ ، رد المحتار : ٤ ص ١٠٦ ، ١١٢ ، ١١٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٧ ، ١٥٧ ، الميزان : ٢ ص ٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٠ ، المهذب : ١ ص ٢٦٢ ، المغني : ٤ ص ٢٠٨ وما بعدها ، سبل السلام : ٣ ص ٢٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ ، المحلى : ٨ ص ٤٥٨ .

(٢) راجع أعلام الموقعين : ٢ ص ٨ وما بعدها ، مصادر الحق : ٣ ص ٤٠ وما بعدها ، الغرر وأثره في العقود : ص ٣٥٦ وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد : ص ٢٠٨ .

ولو قدر على التسليم في المجلس لا يعود جائزاً، لأنه وقع باطلاً، وعن الكرخي والطحاوي: أنه يعود جائزاً.

فإن كان الطائر يذهب ويعود كالحمام الأهلي، ففي ظاهر الرواية: لا يجوز أيضاً بيعه لعدم القدرة على التسليم في الحال، وقال بعض الحنفية: إن كان الطائر داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه، وإلا فلا.

وكذا يبطل العقد إذا جعل معجوز التسليم ثمناً؛ لأن الثمن إذا كان عيناً، فهو مبيع في حق صاحبه^(١).

وقال المالكية: لا ينعقد بيع البعير الشارد والبقرة المتوحشة والمغصوب إلا أن يبيعه من غاصبه.

وقال الشافعية والحنابلة: لا يجوز (أي لا ينعقد) بيع مالا يقدر على تسليمه

(١) وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق، حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تحديد البيع، ودليله: أن الإباق لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ، فإذا باعه يكون قد باع مالا مملوكاً له، إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم، فإن سلم زال المانع، فينفذ، كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم.

ووجه ظاهر الرواية: هو أن القدرة على التسليم شرط انعقاد العقد، لأنه لا ينعقد إلا لفائدة، ولا يفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم، والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد، وفي حصول القدرة بعد ذلك شك، واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل. ومالم يكن منعقداً بيقين لا ينعقد لفائدة محتملة، بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم، حتى لو سلم ينفذ، لأن المالك هنا قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين، إلا أنه لم ينفذ للحال، لوجود يد الغاصب صورة، فإذا سلم زال المانع، فينفذ، بخلاف الآبق، لأنه معجوز التسليم على الإطلاق، فأشبه بيع الآبق ببيع الطير في الهواء، والسك في الماء (البدائع: ٥ ص ١٤٧ وما بعدها، فتح القدير: ٥ ص ١٩٩، رد المحتار: ٤ ص ١١٢، مختصر الطحاوي: ص ٨٢، الأموال ونظرية العقد لأستاذنا محمد يوسف موسى: ص ٣١٤).

وقال المالكية: لا يجوز (أي لا ينعقد) بيع الآبق حال إباقه، إذا لم يعلم موضعه أو علم أنه عند من لا يسهل خلاصه منه أو عند من يسهل خلاصه منه، ولم تعلم صفته فإذا كان معلوم الصفة، معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز، قال ابن رشد: وأظنه (أي الإمام مالك) اشترط أن يكون معلوم الإباق، ويتواضعان الثمن أي لا يقبضه البائع حتى يقبض المشتري المبيع (بداية المجتهد: ٢ ص ١٥٦، الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ١١) وقد ذكرت حكم العبد الآبق مجرد الاطلاع من الناحية التاريخية.

كالطير في الهواء أو السمك في الماء والجمل الشارد، والفرس العائر (أي الهائم على وجهه) والمال المغصوب في يد الغاصب والعبد الآبق، سواء علم مكانه أو جهل، ومثله بيع الدار أو الأرض تحت يد العدو^(١) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر^(٢)، وهذا غرر، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء ما في ضروعها، وعن شراء الغنائم حتى تقسم^(٣). وعن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر»^(٤) فقد علل النهي عن بيع السمك بأنه غرر، فدل على أن الغرر: ما لا يقدر على تسليمه. والمراد بالماء الذي لا يجوز بيع السمك فيه هو الماء غير المحصور بماء البحر والنهر، فإن كان الماء محصوراً بماء البركة فقال الحنفية والشافعية والحنبلة في الجملة: يجوز بيع السمك فيه إذا كان يمكن أخذه بدون اصطيد وحيلة. ولكن للمشتري خيار الرؤية عند الحنفية. ومنع المالكية بيع السمك في الغدير أو البركة^(٥).

والخلاصة: أن المذاهب الأربعة متفقة على بطلان بيع ما لا يقدر على تسليمه، مع الخلاف في بعض القيود أحياناً أو مع أقوال ضعيفة في المذهب.

وذهب الظاهرية إلى أنه لا يشترط في صحة البيع أن يكون المعقود عليه مقدور

- (١) المهذب: ١ ص ٢٦٢، المغني: ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢ ص ١٠.
- (٢) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر» وقد سبق تخريجه. وبيع الحصة مثل أن يقول: بعتك من هذه الأنواب ما وقعت عليه هذه الحصة ثم يرمي الحصة (انظر جامع الأصول: ١ ص ٤٤١، نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٧).
- (٣) رواه أحمد وابن ماجه عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري ونهه: «نهى النبي ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل، وعن شراء المغنم حتى تقسم، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة الغنائم» (انظر نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٩).
- (٤) رواه أحمد موقوفاً ومرفوعاً والطبراني في الكبير كذلك، ورجال الموقوف رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد: ٤ ص ٨٠).
- (٥) البدائع: ٥ ص ٢٩٥، بداية المجتهد: ٢ ص ١٥٦، المهذب: ١ ص ٢٦٢، المغني: ٤ ص ٢٠٢.

التسليم ، وإنما الواجب ألا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشتراه ^(١) .

بيع الدين :

الدين ^(٢) : كتمن مبيع ، وبدل قرض ، ومهر بعد دخول بالمرأة أو قبل الدخول بها ، وأجرة مقابل منفعة ، وأرش ^(٣) جنائية ، وغرامة متلف ، وعوض خلع ، ومسلم فيه . وبيع الدين : إما أن يكون لمن في ذمته الدين ، أو لغير من عليه الدين . وفي كل من الحالين إما أن يباع الدين نقداً في الحال ، أو نسيئة مؤجلاً .

وبيع الدين نسيئة : هو ما يعرف ببيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين وهو بيع ممنوع شرعاً لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ ^(٤) ، وقد قيل : أجمع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين ، وذلك سواء أكان البيع للمدين ، أم لغير المدين .

مثال الأول وهو بيع الدين للمدين : أن يقول شخص لآخر اشترت منك مدماً من الخنطة بدينار على أن يتم تسليم العوضين بعد شهر مثلاً . أو أن يشتري شخص شيئاً إلى أجل ، فإذا حل الأجل ، لم يجد البائع ما يقضي به دينه ، فيقول للمشتري : يعني هذا الشيء إلى أجل آخر بزيادة شيء ، فيبيعهه ولا يجري بينهما تقابض . فيكون هذا رباً حراماً تطبيقاً لقاعدة : « زدني في الأجل ، وأز يدك في القدر » .

ومثال بيع الدين لغير المدين : أن يقول رجل لغيره : بعتك العشرين مدماً من

(١) المحلى : ٨ ص ٤٤٩ وما بعدها ، أصول البيوع المنوعة : ص ١٣٠ .

(٢) يلاحظ أن «الدين» في القوانين الوضعية المعاصرة : هو العمل الذي يجب على الشخص أن يقوم به . فيشمل ما إذا كان محل هذا العمل ديناً موصوفاً في الذمة الذي يقول به فقهاؤنا ، أو عيناً : وهي الشيء للمعين الشخص بذاته .

(٣) الأرش : هو العوض المالي المقدر شرعاً بدلاً عن الجناية التي ألحقت بعضو من الأعضاء .

(٤) رواه الدارقطني عن ابن عمر ، ورواه الطبراني عن رافع بن خديج ، وقد سبق تخريجه ، وبيان كونه ضعيفاً .

القمح التي لي عند فلان بكذا تدفعها لي بعد شهر^(١) .

وبيع الدين تقدماً في الحال : اختلف الفقهاء في شأنه على التفصيل الآتي :

أولاً- بيع الدين للمدين : أجاز جمهور الفقهاء أئمة المذاهب الأربعة بيع الدين لمن عليه الدين أو هبته له ؛ لأن المانع من صحة بيع الدين بالدين هو العجز عن التسليم ، ولا حاجة إلى التسليم ههنا ، فما في ذمة المدين مسلم له^(٢) . ومثاله : أن يبيع الدائن للمدين ديناً له في ذمته بدين آخر من غير جنسه ، فيسقط الدين المبيع ، ويجب عوضه .

وقال الظاهرية : لا يجوز بيع الدين إلى المدين لوجود الغرر فيه ، قال ابن حزم : لأنه بيع مجهول ، وما لا يدري عينه ، وهذا هو أكل مال بالباطل^(٣) .

ثانياً- بيع الدين لغير المدين : قال الحنفية والظاهرية : بما أنه لا يجوز بيع معجوز التسليم ، فلا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين غير مقدور التسليم إلا للمدين نفسه في حق البائع ؛ لأن الدين عبارة عن مال حكمي في الذمة ، أو عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم من البائع . ولو شرط التسليم على المدين لا يصح البيع أيضاً ؛ لأن البائع شرط التسليم على غيره ، فيكون شرطاً فاسداً ، فيفسد البيع^(٤) .

وقال الشافعية في الأظهر عندهم^(٥) : يجوز بيع الدين

(١) راجع سبل السلام : ٣ ص ٤٥ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٦ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٣ ص ٦١ وما بعدها ، الغرر

وأثره في العقود للدكتور الصديق : ٣١١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص ٥٨ ، المهذب : ١ ص ٢٦٢ .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٤٨ ، تكلية ابن عابدين : ٢٢٦/٢ ، الفتاوى الهندية : ٤/٣٦٥ ، أصول البيوع المنوعة : ١١١ ،

المغني : ٤ ص ١٢٠ .

(٣) المحلى : ٩ ص ٧ وما بعدها ، أصول البيوع ، المكان السابق .

(٤) البدائع ، المحلى ، في المكانين السابقين .

(٥) المهذب : ١ ص ٢٦٢ وما بعدها .

المستقر^(١) للمدين ولغير المدين قبل القبض ، لأن الظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود ، ومثال الدين المستقر : قيمة المتلفات ، والمال الموجود عند المقترض .

وأما إن كان الدين غير مستقر : فإن كان مسلماً فيه في عقد السلم ، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لعموم النهي عن بيع مالم يقبض ، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر ، لأنه ربما تعذر تسليمه لفقدانه ، فانفسخ البيع فيه .

وإن كان الدين ثمناً في بيع ، ففي المذهب الجديد للشافعي : يجوز التصرف فيه قبل قبضه لخبر ابن عمر في هذا الشأن عن الرسول ﷺ : « لا بأس مالم تتفرقا ، وبينكما شيء »^(٢) ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار ذلك مثل المبيع بعد القبض .

وقال الحنابلة : يصح في الصحيح من المذهب بيع الدين المستقر للمدين كبذل قرض ومهر بعد الدخول . ولا يصح بيع الدين لغير المدين ، كما لا تصح هبة الدين لغير من هو في ذمته ؛ لأن الهبة تقتضي وجود معين ، وهو منتفٍ هنا . كما لا يصح بيع الدين غير المستقر كأجرة عقار قبل مضي مدة الإيجار ، ومهر قبل دخول المرأة ، ومسلم فيه قبل القبض ، إلا أن ابن القيم أجاز بيع الدين للمدين ولغير المدين^(٣) .

وقال المالكية : يجوز بيع الدين لغير المدين بشروط ثمانية تبعده عن الغرر والربا وأي محظور آخر كبيع الشيء قبل قبضه ، وتتلخص هذه الشروط هنا في شرطين هما :

(١) الدين المستقر : هو الثابت استيفاءه والذي يكون الملك عليه لازماً مستحقاً لصاحبه دون أن يكون هناك أي احتمال آخر لسقوطه .

(٢) رواه الترمذي وغيره ، وصححه الحاكم على شرط مسلم ، والقصة معروفة وهي أن ابن عمر قال : « كنت أبيع الإبل بالقيع بالدنانير ، فأخذ الدرهم ، وأبيع بالدرهم ، فأخذ الدنانير ، فقال رسول الله ﷺ : « لا بأس مالم تتفرقا وبينكما شيء » .

(٣) المغني : ٤ ص ١٢٠ ، ٣٠١ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٨٠ وما بعدها ، أعلام الموقعين : ١ ص ٣٨٨ وما بعدها . كشف القناع : ٤ / ٣٣٧ .

١- ألا يؤدي البيع إلى محذور شرعي كالربا والغرر ونحوهما : فلا بد من أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه ، كأن يكون من قرض ونحوه ويكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يباع بثمن مقبوض أي معجل لئلا يكون ديناً بدين ، وأن يكون الثمن من غير جنس الدين المبيع أو من جنسه مع التساوي بينها حذراً من الوقوع في الربا ، وألا يكون الثمن ذهباً إذا كان الدين فضة ، حتى لا يؤدي ذلك إلى بيع النقد بالنقد نسيئة من غير مناجزة ، فهذه أربعة شروط في شرط .

٢- أن يغلب على الظن الحصول على الدين بأن يكون المدين حاضراً في بلد العقد ، ليعلم حاله من عسر أو يسر ، وأن يكون المدين مقراً بالدين ، حتى لا ينكره بعدئذ ، فلا يجوز بيع حق متنازع فيه وأن يكون أهلاً للالتزام بالدين بألا يكون قاصراً ولا محجوراً عليه مثلاً ليكون الدين مقدور التسليم ، وألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة حتى لا يتضرر المشتري أو حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين بتكفين خصمه منه^(١) .

فهذه أربعة شروط أخرى في شرط . ويظهر لنا أن مذهب المالكية هو الراجح بين المذاهب .

خصم الكبيالة : ذكر الحنفية^(٢) أن بيع أوراق الكبيالة المتعارف في زماننا إلى غير الغريم (المدين) أو لمن عليه أموال أميرية بأقص من الحق غير صحيح .

٣- بيع الغرر :

الغرر في اللغة : الخطر ، والتغريب : التعريض للهلاك ، وأصل الغرر لغة : هو ماله ظاهر محبوب ، وباطن مكروه . ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور .

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣ ص ٦٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢١٠ ،

٢٨٩ ، أصول البيوع المنوعة : ١٠٩ ، الغرر وأثره في العقود : ص ٣١٥ .

(٢) أصول البيوع المنوعة في الشريعة الاسلامية وموقف القوانين منها للأستاذ عبد السميع إمام : ص ١٢٠ .

فالغرر: تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف . وبيع الغرر: هو بمعنى مغرور اسم مفعول ، فهو من إضافة المصدر إلى اسم المفعول . ورجح بعضهم^(١) أن الإضافة هنا من إضافة الموصوف إلى صفته ، أو من إضافة المصدر إلى نوعه ، ولا يصح جعل الإضافة من إضافة المصدر إلى مفعوله ، كما يقول ابن تيمية ، لأنه يترتب على هذا كون الغرر خاصاً بمحل العقد ، وليس كذلك ، فإن من الغرر المنهي عنه باتفاق الفقهاء ما يرجع إلى الصفة التي وقع عليها العقد ، كبيع الحصاة . أما إذا جعلنا الإضافة إلى الصفة أو نوع المصدر ، فإن النهي يعم كل بيع الغرر ، سواء أكان الغرر في محل العقد كبيع الطير في الهواء ، وشاة من قطيع ، أم في صيغته كالبيعتين في بيعة ، والشراطين في بيع وبيع العربان ، وبيع الحصاة ونحوها .

وإذا فالغرر لغة معناه الخداع الذي هو مظنة الأرضا به عند تحققه ، فيكون من أكل المال بالباطل^(٢) . والغرر فقهاً يتناول الغش والخداع والجهالة بالمعقود عليه ، وعدم القدرة على التسليم . قال الصنعاني : يتحقق بيع الغرر في صور : إما بعدم القدرة على التسليم كبيع الفرس النافر والجل الشارد ، أو بكونه معدوماً أو مجهولاً ، أو لا يتم ملك البائع له ، كالسمك في الماء الكثير ، وغيرها من الصور^(٣) .

الغرر في اصطلاح الفقهاء : لقد ذكر فقهاء المذاهب تعريفات للغرر متقاربة نسبياً منها :

قال السرخسي الحنفي : الغرر : ما يكون مستور العاقبة^(٤) .

وقال القرافي المالكي : أصل الغرر : هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء^(٥) .

(١) انظر رسالة الزميل الدكتور الصديق الأمين «الغرر وأثره في العقود» ص ٦٢ .

(٢) سبل السلام : ٣ ص ١٥ .

(٣) المرجع السابق ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ .

(٤) المبسوط : ١٢ ص ١٩٤ .

(٥) الفروق : ٣ ص ٢٦٥ .

وقال الشيرازي الشافعي : الغرر : ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته^(١) .

وقال الإسنوي الشافعي : الغرر : هو ما تردد بين شيئين أغلبها أخوفهما^(٢) .

وقال ابن تيمية : الغرر هو المجهول العاقبة . وقال ابن القيم : هو ما لا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أو معدوماً كبيع العبد الآبق ، والبعير الشارد ، وإن كان موجوداً^(٣) .

وقال ابن حزم : ما لا يدري المشتري ما اشترى ، أو البائع ما باع^(٤) .

والخلاصة : أن بيع الغرر : هو البيع الذي يتضمن خطراً يلحق أحد المتعاقدين ، فيؤدي إلى ضياع ماله^(٥) . وعرفه الأستاذ الزرقاء فقال : هو بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود ، لما فيه من مغامرة وتغريب يجعله أشبه بالقمار . والغرر الذي يبطل البيع : هو غرر الوجود : وهو كل ما كان المبيع فيه محتملاً للوجود والعدم . أما غرر الوصف ففسد للبيع^(٦) ، كما عرفنا في شرائط الصحة .

إذاً : الغرر هو الخطر بمعنى أن وجوده غير متحقق ، فقد يوجد وقد لا يوجد . وبيع الغرر : بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه ، أو لا تعلم قلته وكثرته ، أو لا يقدر على تسليمه .

ملاحظات على التعاريف : قصر الظاهرية الغرر على المجهول ، وقصره بعض الحنفية على ما لا يدري حصوله ، وأخرجوا عنه المجهول ، والراجح عند أكثر الفقهاء أن الغرر يشمل ما لا يدري حصوله ، والمجهول^(٧) ، ولذا فإن تعريف السرخسي للغرر هو أرجح التعاريف : وهو ما كان مستور العاقبة .

(١) المهذب : ١ ص ٢٦٢ .

(٢) نهاية السؤل شرح منهاج الأصول : ٢ ص ٨٩ .

(٣) أعلام الموقعين : ٢ ص ٩ ، الفتاوى لابن تيمية : ٣ ص ٢٧٥ .

(٤) المحلى : ٣٩٦٨ / ٨ .

(٥) أصول البيوع المنوعة : ص ١٢٠ .

(٦) المدخل الفقهي العام له : ١ ص ٩٧ ، عقد البيع له أيضاً : حاشية ص ٢٠ .

(٧) راجع رسالة الغرر وأثره في العقود : ص ٣٣ وما بعدها .

حكم بيع الغرر: قال الإمام النووي: النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً. ويستثنى من بيع الغرر أمران:

أحدهما - ما يدخل في المبيع تبعاً، بحيث لو أفرد، لم يصح بيعه كبيع أساس البناء تبعاً للبناء، واللبن في الضرع تبعاً للدابة.

والثاني - ما يتسامح بمثله عادة، إما لحقارته، أو لملشقة في تمييزه أو تعيينه، كدخول الحمام بالأجر، مع اختلاف الناس في الزمان، ومقدار الماء المستعمل، وكالشرب من الماء المحرز، وكالجنة المحشوة قطناً^(١).

وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة بيع الغرر، مثل بيع اللبن في الضرع، والصوف على الظهر، واللؤلؤ في الصدف، والحمل في البطن، والسك في الماء، والطير في الهواء قبل صيدهما، وبيع مال الغير على أن يشتريه فيسلمه، أي يبيع ماسمكه قبل ملكه له، لأن البائع باع ما ليس بمملوك له في الحال، سواء أكان السمك في البحر، أو في النهر، أو في حظيرة لا يؤخذ منها إلا باصطياد، وسواء أكان الغرر في المبيع أو في الثمن.

ومن البيوع غير الصحيحة بسبب الغرر: بيع المضامين والملاقيح، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة^(٢)، وبيع ضربة القانص (بأن يقول البائع: بعثك ما يخرج من إلقاء

(١) المجموع: ٩ ص ٢٨٠ وما بعدها، نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٨، قواعد الأحكام للعزيز عبد السلام: ٧٦٢.

(٢) سبق شرح المضامين والملاقيح، وأما بيع الملامسة: فهو مثل بعثك ثوبي هذا على أنك متى لمست، أو إن لمست، أو أي ثوب من هذه الأثواب لمست، فهو لك. وبيع المنابذة مثل: إن أو متى نبذت هذا، أو أي ثوب نبذته لك (أي طرحته) فهو لك بكذا. وبيع الحصاة الذي يشبه بيع اليانصيب اليوم، كأن يقول: ارم بهذه الحصاة، فملى أي ثوب وقعت فهو لك، أو بعثك من هذه الأرض ما انتهت إليه الحصاة في الرمي. ولفظ الغرر يشملها، إلا أنها أفردت في الحديث بالنهي كما سلاحظ، لكونها كانت مما يبتاعها أهل الجاهلية. (سبل السلام: ٣ ص ١٥، غاية المنتهى: ٢ ص ١١) وفسر الحنفية هذه البيوع الثلاثة تفسيراً يشعر بأن اللبس أمارة على لزوم البيع، سواء أكان المشتري عالماً بالمبيع أم جاهلاً به، في حين أن مفهوم بيع الملامسة عند المحدثين هو أن اللبس يقوم مقام نظر السلعة إذا احتاج الأمر إلى ذلك كالثوب، قال المرغيناني: هي أن يتراوض الرجلان على سلعة (أي يتساومان) فإذا لمسها المشتري، أو نبذها إليه البائع، أو وضع المشتري عليها حصاة، لزم المبيع، فالأول بيع الملامسة، والثاني: المنابذة، والثالث: إلقاء الحجر أي بيع الحصاة (راجع فتح القدير: ٥ ص ١٩٦).

هذه الشبكة مرة بكذا) وضربة الغائص (بأن يقول: أغوص غوصة، فما أخرجته من اللآئى، فهو لك بكذا)^(١) فالبيع في الأنواع الخمسة الأخيرة مجهول الذات أو المقدار، وقد ثبت النهي عنها، وهي من بيوع الجاهلية.

ومنها بيع المزبنة: وهو بيع الرطب أو العنب على النخل أو الكرمة بتمر مقطوع، أو زبيب مثل كيله خرساً أي بتقديره خزراً أو تخميناً. وبيع المحاقلة: أي بيع الحنطة في سنبها بمنطة مثل كيلها خرساً، لأن النبي ﷺ «نهى عن المزبنة والمحاقلة»^(٢) لما في ذلك من الربا لجهالة مقدار المبيع، إذ أنه كما هو معلوم يشترط التماثل حقيقة في الأموال الربوية. لكن للحاجة رخص الشافعية والحنابلة والظاهرية، وفي الراجح عند المالكية بيع العرايا^(٣): وهو عند الشافعية بيع الرطب على النخل خرساً بتمر في الأرض كيلاً، أو بيع العنب على الشجر خرساً بزبيب في الأرض كيلاً، فيما دون خمسة أوسق^(٤) بشرط التقابض في المجلس عند الفقهاء ماعدا المالكية، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرايا^(٥). وأما الحنفية

(١) الصائد بالآلة هو القانص سواء في البر أو البحر. وأما من يغوص في البحر لاستخراج اللآئى مثلاً فهو الغائص

وقد ورد النهي عن ضربة الغائص في حديث أبي سعيد الخدري (نيل الأوطار: ١٤٨/٥).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم من حديث جابر بن عبد الله وأبي سعيد الخدري، وأخرجه البخاري أيضاً من حديث ابن عباس، وأنس. وأخرجه مسلم أيضاً من حديث أنس (راجع نصب الراية: ٤ ص ١٢ وما بعدها، نيل الأوطار: ٥ ص ١٩٨ وما بعدها).

(٣) العرايا: جمع عرية، والعرية: النخلة المعراة والتي أكل ما عليها، وهي في الأصل: عطية ثمر النخل دون الرقبة، وقال الجوهري: هي النخلة التي يعربها (أي يعطيها) صاحبها رجلاً محتاجاً بأن يجعل له ثمرها عاماً، من عراه: إذا قصده.

(٤) الوسق: ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ والخمسة أوسق تساوي ٢٥٧ رطلاً شامياً أي قنطارين ونصف تقريباً أو ٦٥٢ كغ. وقد قصر الحنابلة والظاهرية بيع العرايا على ثمر النخل دون العنب وأجازته مالك في كل ما يبس ويدخر كالجوز واللوز والتين.

(٥) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد من حديث سهل بن أبي حنمة، وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق (شك من الراوي) وللقصود من بيع الثمر بالتمر أي بيع ثمر النخلة الجديد بالتمر القديم (راجع نصب الراية: ٤ ص ١٣، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٠٠).

فقد أجازوا بيع العرايا للضرورة فقط ، وذكر الشوكاني أن أبا حنيفة منع صور بيع العرايا كلها ، وقصر العرية على الهبة : وهي أن يهب صاحب البستان لرجل ثمر نخلات معلومة من بستانه ، ثم يتضرر بدخوله عليه ، فيخرصها ، ويشترى رطبها منه بقدر خرصه بتمر معجل أي بقدر ما وهبه له من الرطب بما يساويه تخميناً من التمر^(١) .

ويلاحظ أن هذه البيوع غير الصحيحة بسبب الغرر ، منها الباطل ، ومنها الفاسد في اصطلاح الحنفية ، فالفساد منها فقط : هو بيع ضربة القانص والغائص والمزبنة والمحاقلة والملامسة والمنازمة وبيع الحصاة ، وبيع ثوب من أثواب ونحوها مما فيه جهالة . وأما ما عداها فهو باطل^(٢) . فبيع الملايح والمضامين وحبل الحبله باطل ، لنهيهِ ﷺ عنه ، ولما فيه من الغرر ، كما بينا في بحث بيع المعدوم .

والدليل على عدم صحة بيع الغرر في الجملة : هو أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر . وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « لاتشترؤا السمك في الماء ، فإنه غرر»^(٣) ، ولأنه غير مقدور على تسليمه ، وفيه جهالة فاحشة بحمل العقد أو بمقدار المبيع ، ولأنه غير مملوك للبايع محل العقد .

الغرر اليسير : الغرر والجهالة ثلاثة أقسام^(٤) : كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء . وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة . ومتوسط اختلف فيه : هل يلحق بالأول أو الثاني ، فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير ، ولاخطاطه عن الكثير ، ألحق بالقليل . وقد أجاز الحنفية بيع ما يشتمل على غرر يسير ، كالأشياء التي

(١) نيل الأوطار : ٥ ص ٢٠١ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٨ .

(٢) التبس على بعض المؤلفين أن بيع الطير في الهواء والسمك في الماء قبل الاصطياد بيع فاسد عند الحنفية ، والتحقيق أنه باطل ، لأنه بيع شيء غير مملوك في الحال (راجع رد المحتار : ٤ ص ١١١ وما بعدها ، وقارن اللباب شرح الكتاب : ٢ ص ٢٥ ، الغرر وأثره في العقود : ص ٢٤٧) .

(٣) سبق قريباً تحريج هذين الحديثين .

(٤) الفروق : ٢٦٥/٣ .

تحتفي في قشرها كالجوز واللوز والفسق والبقلاء^(١) الأخضر، والأرز والسمسم في قشرها الأعلى، والحنطة في سنبلها، والبطيخ والرمان على أن يكون للمشتري خيار الرؤية كما سيأتي بيانه في بحث هذا الخيار.

أما المالكية والحنابلة فقد أجازوا مطلقاً كل ما فيه غرر يسير، أو التي تدعو إليه الضرورة، كهذه الأشياء التي ذكرناها.

وأما الشافعية: فإنهم أجازوا بيع هذه الأشياء في قشرها الأسفل. أما بيعها بقشرها الأعلى فاختلّفوا فيه على رأيين مشهورين في المذهب، رجح النووي والبغوي والشيرازي عدم الصحة. وقال إمام الحرمين والغزالي: الأصح صحته؛ لأن الشافعي رضي الله عنه أمر أن يشتري له الباقلاء الرطب، ولتعارف ذلك في جميع البلدان من غير إنكار^(٢).

ونحن نرجح جواز بيع هذه الأشياء مطلقاً كما رأى المالكية والحنابلة لتعارف الناس هذه البيوع، فإذا وجد فيها عيب أمكن فسخ العقد بمقتضى خيار العيب.

حكم التأمين مع شركات التأمين في الإسلام

التأمين حديث النشأة، فقد ظهر بمعناه الحقيقي في القرن الرابع عشر الميلادي في إيطاليا في صورة التأمين البحري. والتأمين (أو السوكرة) نوعان: تأمين تعاوني

(١) هو القول الأخضر أي ونحوه.

(٢) راجع مذاهب الفقهاء في الغرر: للبسوط: ١٢ ص ١٩٤ وما بعدها، تبين الحقائق: ٤ ص ٤٥ وما بعدها، فتح القدير: ٥ ص ١٠٦، ١٩١ وما بعدها، البدائع: ٥ ص ١٤٧ وما بعدها، ٢٩٤، رد المحتار والدر المختار: ٤ ص ١١١-١١٤، المنتقى على الموطأ: ٥ ص ٤١، بداية المجتهد: ٢ ص ١٥١، ١٥٦، ١٥٨، الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ٥٥-٦٠، القوانين الفقهية: ٢٥٦ ص ٢٥٦ وما بعدها، الفروق للقرافي: ١ ص ١٥٠ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢ ص ٣١، ٩٠، ٩٣، المهذب: ١ ص ٢٦٣ وما بعدها، المجموع: ٩ ص ٢٨١، ٣٧٤، ٣٣٥، المغني: ٤ ص ٥٦، ٩٢، ٢٠١، تنوير الحوالك شرح الموطأ: ٢ ص ١٢٥ وما بعدها، نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٧، ٢٠٠ وما بعدها، سبل السلام: ٣ ص ١٥.

وتأمين بقسط ثابت^(١) .

أما التأمين التعاوني : فهو أن يتفق عدة أشخاص على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً ، لتعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين . وهو قليل التطبيق في الحياة العملية .

وأما التأمين بقسط ثابت : فهو أن يلتزم المؤمن له بدفع قسط محدد إلى المؤمن : وهو شركة التأمين المكونة من أفراد مساهمين ، يتعهد (أي المؤمن) بمقتضاه دفع أداء معين عند تحقق خطر معين . وهو النوع السائد الآن . ويدفع العوض إما إلى مستفيد معين أو إلى شخص المؤمن أو إلى ورثته ، فهو عقد معاوضة ملزم للطرفين .

والفرق بين النوعين : أن الذي يتولى التأمين التعاوني ليس هيئة مستقلة عن المؤمن لهم ، ولا يسعى أعضاؤه إلى تحقيق ربح ، وإنما يسعون إلى تخفيف الخسائر التي تلحق بعض الأعضاء . أما التأمين بقسط ثابت فيتولاه المؤمن (أي الشركة المساهمة) الذي يهدف إلى تحقيق ربح ، على حساب المشتركين المؤمن لهم . وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئاً في بعض الأحيان لا يخرج التأمين من عقود المعاوضات ، لأن من طبيعة العقد الاحتمالي ألا يحصل فيه أحد العاقدين على العوض أحياناً .

التأمين التعاوني : لاشك في جواز التأمين التعاوني في الإسلام ، لأنه يدخل في عقود التبرعات ، ومن قبيل التعاون على البر ؛ لأن كل مشترك يدفع اشتراكه بطيب نفس لتخفيف آثار المخاطر وترميم الأضرار التي تصيب أحد المشتركين ، أياً كان نوع الضرر ، سواء في التأمين على الحياة ، أو الحوادث الجسمانية ، أو على الأشياء (بسبب الحريق أو السرقة أو موت الحيوان) أو ضد المسؤولية من حوادث السير ، أو حوادث العمل^(٢) ، ويجوز أيضاً للمؤمن له التأمين الإلزامي كالتأمين المفروض على السيارات ضد الغير ، وتجوز التأمينات الاجتماعية ضد العجز والشيخوخة والمرض والتقاعد .

(١) التأمين في القانون المصري والقارن للدكتور عبد المنعم البدر اوي : ص ٣٦ وما بعدها

(٢) انظر الفرر وأثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير : ص ٥٢١ وما بعدها .

التأمين بقسط ثابت - فتوى ابن عابدين : أفق ابن عابدين بجرمة التأمين البحري^(١) ، لضمان ما قد يهتك من البضائع المستوردة بطريق النقل البحري ، بالمراكب ، فلا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من مال المؤمن لأسباب ثلاثة :

١- إن هذا العقد التزام مالا يلزم ، لعدم وجود سبب شرعي من أسباب الضمان الأربعة وهي العدوان من قتل وهدم وإحراق ونحوها ، وتسبب الإلتلاف كحفر بئر بدون ترخيص في الطريق العام ، ووضع اليد غير المؤقتة كالغصب والسرقة وبقاء المبيع في يد البائع ، والكفالة . وليس المؤمن متعدياً ، ولا متسبباً في الإلتلاف ، ولا واضع يد على المؤمن عليه ، وليس في التأمين مكفول معين .

٢- ليس التأمين من قبيل تضمين الوديع إذا أخذ أجراً على الوديعة إذا هلكت ؛ لأن المال ليس في يد المؤمن ، بل في يد صاحب المركب ، ولو كان صاحب المركب هو المؤمن ، فإنه يكون أجيراً مشتركاً ، لا وديعاً ، وكل من الوديع والأجير المشترك لا يضمن مالا يمكن الاحتراز عنه ، كالموت والغرق والحرق الغالب .

٣- ليس التأمين من قبيل تضمين التفرير : لأن الغار لا بد من أن يكون عالماً بالخطر ، وأن يكون المفرور جاهلاً به غير عالم . والمؤمن (شركة التأمين أو الضمان) لا يقصد تفرير التجار (المؤمن لهم) ، ولا يعلم بمحصول الخطر - الغرق مثلاً ، هل يكون أم لا ، أي لا يعلم : هل تفرق المركب أم لا ؟

أما في حال العلم بالخطر من المؤمن والتاجر كالخطر من اللصوص وقطاع الطرق ، فيجوز الضمان ، ولكن ليس التأمين منطبقاً عليها . فلو قال شخص لآخر : اسلك هذا الطريق ، فإن كان مخوفاً وأخذ مالك ، فأنا ضامن : ضمن .

وأضاف ابن عابدين : أنه إن جرى عقد التأمين الفاسد في بلاد الحرب بين المؤمن

(١) رد المحتار : ٢٧٢/٣ وما بعدها - فصل في استئمان الكافر الحربي .

وشريك حربي غير مسلم للمؤمن له ، أو بين التاجر المؤمن له الموجود في دار الحرب وبين المؤمن ، وأخذ بدل الهالك ، وأرسله في الحالة الأولى إلى التاجر المسلم ، أو قبض التاجر البديل في بلادنا في الحالة الثانية ، فالظاهر أنه يحل للتاجر أخذه ؛ لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين في بلاد الحرب ، وقد وصل إلى التاجر ما لهم برضاه ، فلا مانع من أخذه . أما إن كان العقد في بلادنا ، والقبض في بلاد الحرب ، فلا يحل أخذ البديل ، ولو برضا الحربي ، لانبئائه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام .

ولا يصح اعتبار التأمين من قبيل شركة المضاربة التي هي مال من طرف وعمل من طرف آخر ، لسببين : أولهما - أن الأقساط التي يدفعها المؤمن له تدخل في ملك شركة التأمين (المؤمن) ، وهي مطلقة اليد في أن تتصرف بها كيفما تشاء . ويخسرهما المؤمن له إن لم يقع الحادث .

ثانيهما - أن شرط صحة المضاربة أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل شائعاً بالنسبة كالربح أو الثلث ، وفي التأمين يشترط للمشارك المؤمن له قدر معين في الربح ٣٪ أو ٤٪ فتكون هذه المضاربة غير صحيحة . ولو تجاوز العاقد هذا السبب ، يظل السبب الأول ، كما أنه في حال موت المؤمن له قد لا يذهب المبلغ المؤمن عليه للورثة مطلقاً وإنما للمستفيد ، بخلاف حال موت رب المال في المضاربة .

ولا يصح اعتبار التأمين من قبيل الضمان أو الكفالة ، لأنه ليس واحداً من أسباب الضمان الأربعة المشروعة المتقدمة ، كما أنه في كثير من صور عقد التأمين لا يوجد فيه ما يمكن أن يعتبر مكفولاً ، وإن وجد المكفول كما في التأمين من حوادث السيارات ، فهو مجهول .

والحقيقة أن عقد التأمين من عقود الغرر - العقود الاحتمالية المترددة بين وجود المعقود عليه وعدمه ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر . ويقاس عليه عقود المعاوضات المالية ، فيؤثر الغرر فيها كما يؤثر في عقد البيع .

وعقد التأمين مع الشركات من عقود المعاوضات المالية ، فيؤثر فيه الغرر ، كما يؤثر في سائر عقود المعاوضات المالية . وقد وضعه رجال القانون تحت عنوان «عقود الغرر» ؛ لأن التأمين لا يكون إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع ، أو غير معروف وقوعه ، فالغرر عنصر لازم لعقد التأمين .

والغرر في التأمين كثير ، لايسير ، ولا متوسط ، لأن من أركان التأمين : «الخطر» والخطر هو حادث محتمل لايتوقف على إرادة العاقدين^(١) .

والحاجة التي من أجلها يجوز العقد المشتمل على الغرر ولو كان كثيراً : (وهي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول المنوع يكون في جهد ومشقة ، ولكنه لا يهلك^(٢)) يشترط فيها أن تكون عامة ، أو خاصة ، وأن تكون متعينة .

والحاجة العامة : هي ما يكون الاحتياج فيها شاملاً لجميع الناس . والحاجة الخاصة : هي ما يكون الاحتياج فيها خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد ، أو حرفة . ومعنى كون الحاجة متعينة : أن تسد جميع الطرق المشروعة للوصول للغرض ، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر .

ولو سلمنا بوجود حاجة عامة للتأمين في الوقت الحاضر ، فإن الحاجة إليه غير متعينة ، إذ يمكن تحقيق الهدف منه بطريق التأمين التعاوني القائم على التبرع ، وإلغاء الوسيط المستغل لحاجة الناس الذي يسعى إلى الربح ، وهو شركة الضمان . فيكون التأمين عقد معاوضة مشتملاً على غرر كثير من غير حاجة ، فيمنع في الإسلام .

وبناء عليه لايجل للتاجر وغيره من المؤمنين أخذ بدل الهالك من مال السوكرة ؛ لأنه مال لايلزم من التزم به ، ولأن اشتراط الضمان على الأمين باطل .

(١) انظر الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق محمد الأمين الضريب : ص ٦٥٦ ، ٦٦١ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٧٧ ، القاعدة الرابعة .

٤ - بيع النجس والمنتجس :

قال الحنفية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة والدم : لأنها ليست بمال أصلاً .
ويكره بيع العذرة ، ولا بأس ببيع السرقين أو السرجين : وهو (الزبل) وبيع البعر ،
لأنه منتفع به ، لأنه يلقى في الأرض لاستكثار الربيع ، فكان مالاً ، والمال محل للبيع
بخلاف العذرة ، لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطة ويجوز بيع المخلوط كالزيت الذي
خالطته النجاسة .

ويصح عندهم بيع كل ذي ناب من السباع ، كالكلب والفهد والأسد والنمر
والذئب والهر ونحوها : لأن الكلب ونحوه مال ، بدليل أنه منتفع به حقيقة ، مباح
الانتفاع به شرعاً على الإطلاق كالحراسة والاصطياد ، فكان مالاً . ويصح بيع
الحشرات والهوام كالحيات والعقارب إذا كان ينتفع به .

ويصح بيع المنتجس والانتفاع به في غير الأكل كالديغ والدهان والاستضاءة به
في غير المسجد ، ما عدا دهن الميتة ، فإنه لا يحل الانتفاع به .

والضابط عندهم : أن كل ما فيه منفعة تحل شرعاً ، فإن بيعه يجوز^(١) ، لأن الأعيان
خلقت لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ .

وقال المالكية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة لحديث جابر ، قال : قال
رسول الله ﷺ : « إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، ف قيل :
يا رسول الله ، أ رأيت شحوم الميتة ، فإنه يطلى بها السفن ، وتدهن بها الجلود ،
ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ : قاتل الله اليهود
إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه - أذابوه - ثم باعوه فأكلوا ثمنه »^(٢) وقال في

(١) البدائع : ٥ ص ١٤٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٨٨ ، ٨ ص ١٢٢ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢ ص
٢٣١ وما بعدها .

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد والموطأ عن جابر بن عبد الله (انظر جامع الأصول : ١ ص ٢٧٥ ، سبل
السلام : ٣ ص ٥) .

الخمر: « إن الذي حرم شربها حرم بيعها »^(١) .

ولا ينعقد بيع الكلب مع كونه طاهراً ، سواء أكان كلب صيد أم حراسة ، لأنه نهى عن بيعه ، ففي الحديث : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن »^(٢) . وقال سحنون : أبيع وأحج بثمنه .

ولا ينعقد بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره ، كزيت وعسل وسمن وقعت فيه نجاسة . أما المتنجس الذي يمكن تطهيره ، كثوب ، فإنه يجوز بيعه .

ولا ينعقد أيضاً بيع ما نجاسته أصلية كزبل ما لا يؤكل لحمه ، وكعذرة وعظم ميتة ، وجلدها ، ويصح بيع روث البقر وبعر الغنم والإبل ونحوها للحاجة إليها لتسميد الأرض وغيره من ضروب الانتفاع^(٣) .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يجوز بيع الخنزير والميتة والدم والخمر ، وما أشبه ذلك من النجاسات ، لقول الرسول ﷺ : « إن الله ورسوله حرم^(٤) بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » ولأنه يجب اجتناب النجس وعدم الاقتراب ، والبيع وسيلة إلى الاقتراب^(٥) .

ولا يجوز بيع الكلب ولو كان معلماً للنهي الوارد فيه في الحديث السابق : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب .. » .

(١) رواه مسلم والموطأ والنسائي عن عبد الرحمن بن علة رحمه الله أن ابن عباس روى له هذا الحديث (انظر جامع الأصول : ١ ص ٢٧٧) .

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد عن أبي مسعود الأنصاري - عقبه بن عمرو (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٢ ، نصب الرأية : ٤ ص ٥٢) .

(٣) حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٠ وما بعدها ، الخطاب على متن خليل : ٤ ص ٢٥٨ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٢٥ وما بعدها ، القوائين الفقهية : ص ٢٤٦ .

(٤) رواية الصحيحين هكذا بإفراد الضير ، وفي بعض الطرق « إن الله حرم » وفي رواية سبق ذكرها « إن الله ورسوله حرما » .

(٥) وهناك طريقة عند الشافعية لمبادلة النجاسات المنتفع بها وهي طريقة « رفع اليد » بأن يقول البائع : رفعت يدي عن هذا الشيء بكذا .

ولا يصح بيع ما لا منفعة فيه كالحشرات وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد، كالأسد والذئب، والطيور التي لا تؤكل، ولا تصطاد، كالرخصة والحدأة والغراب؛ لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السفه.

ولا يجوز بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره من النجاسة كالخل والدبس، ولكن يصح بيع المتنجس الذي يمكن تطهيره كالثوب ونحوه.

ولا يجوز بيع السرجين ونحوه من النجاسات^(١)، إلا أن الحنابلة أجازوا بيع السرجين الطاهر كروث الحمام وكل ما يؤكل لحمه.

والخلاصة: أن فقهاء الحنفية والظاهرية يميزون بيع النجاسات للانتفاع بها إلا ما ورد النهي عن بيعه منها؛ لأن جواز البيع يتبع الانتفاع، فكل ما كان منتفعاً به جاز بيعه عندهم. وأما فقهاء المالكية والشافعية والمشهور عند الحنابلة: فلا يميزون بين النجاسات؛ لأن جواز البيع يتبع الطهارة، فكل ما كان طاهراً أي مالاً يباح الانتفاع به شرعاً يجوز بيعه عندهم.

٥- بيع العربون :

في العربون ست لغات أفصحها فتح العين والراء، وضم العين وإسكان الراء. وعربان بالضم والإسكان، وهو أعجمي معرب، وأصله في اللغة: التسليف والتقديم.

وبيع العربون: هو أن يشتري الرجل شيئاً، فيدفع إلى البائع من ثمن المبيع درهماً، أو غيره مثلاً، على أنه إن نفذ البيع بينها احتسب المدفوع من الثمن، وإن لم ينفذ، يجعل هبة من المشتري للبائع^(٢). فهو بيع يثبت فيه الخيار للمشتري: إن أمضى

(١) المهذب: ١ ص ٢٦١، مغني المحتاج: ٢ ص ١١، المغني: ٤ ص ٢٥١، وما بعدها، غاية المنتهى: ٢ ص ٦ وما بعدها، أصول البيوع المنوعة: ص ٤١.

(٢) يلاحظ أن هذا البيع وإن كان فاسداً بحسب قواعد الحنفية، لأن الفساد يرجع للثمن، إلا أنا ذكرناه في أنواع البيع الباطل، لأن الغالب بقاءه على الفساد فيصبح باطلاً، ولأن فيه غرراً.

البيع كان العربون جزءاً من الثمن ، وإن رد البيع فقد العربون ، ومدة الخيار غير محددة بزمن ، وأما البائع فإن البيع لازم له .

وقال بعض الحنابلة^(١) : لا بد أن تقيد فترة الانتظار بزمن محدد وإلا فيلحق متى ينتظر البائع ؟

وقد اختلف فيه العلماء ، فقال الجمهور : إنه بيع ممنوع غير صحيح ، فاسد عند الحنفية ، باطل عند غيرهم ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان^(٢) ولأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، ولأن فيه شرطين فاسدين : أحدهما - شرط الهبة ، والثاني - شرط الرد على تقدير ألا يرضى ، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنه اشترط أن يكون له رد المبيع من غير ذكر مدة ، فلم يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً . وهذا هو مقتضى القياس^(٣) .

وقال أحمد بن حنبل : لا بأس به ودليله ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من حديث زيد بن أسلم أنه « سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله »^(٤) وما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث : « أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، فإن رضي عمر ، كان البيع نافذاً ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة

(١) غاية المنتهي : ٢ ص ٢٦ .

(٢) هذا حديث منقطع رواه أحمد والنسائي وأبو داود وهو لمالك في الموطأ ، وفيه راو لم يسم ، وسمي في رواية ، فإذا هو ضعيف ، وفيه طرق لا تخلو عن مقال ، وهو مروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وفسر الإمام مالك بيع العربان ، فقال : « هو أن يشتري الرجل العبد أو الأمة أو يكتري ، ثم يقول للذي اشترى منه أو اكترى منه : أعطيتك ديناراً أو درهماً على أني إن أخذت السلعة فهو من ثمنها وإلا فهو لك » (انظر سبل السلام : ٣ ص ١٧ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٢ ، الموطأ : ٢ ص ١٥١) .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ١٦١ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ٦٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢٩ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٢ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص ١٥٧ ، شرح المجموع للإمام النووي : ٩ ص ٣٦٨ .

(٤) حديث مرسل وفي اسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف (نيل الأوطار ، المكان السابق) .

درهم». وضعف أحمد الحديث المروي في بيع العربان ، وقد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار^(١).

وفي تقديري أنه يصح ويحل بيع العربون وأخذه عملاً بالعرف ؛ لأن الأحاديث الواردة في شأنه عند الفريقين لم تصح .

٦- بيع الماء :

عرفنا سابقاً أنه يشترط في المعقود عليه كونه مالاً محرراً أي مملوكاً لواحد من الناس ، فلا ينعقد بيع شيء غير محرز كالماء والهواء والتراب ، فما هو المقصود بالماء ، وما هي مذاهب العلماء في تملكه وبيعه ؟
قال الحنفية : المياه أربعة أنواع^(٢) :

الأول - ماء البحار : وهو مشاع لجميع الناس ، ولكل إنسان حق الانتفاع به على أي وجه شاء كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء ، فله أن ينتفع به لحوائجه الخاصة ولسقاية أراضيه أي أن له ما يسمى بحق الشفة وحق الشرب^(٣) أو سقي الأراضي الزراعية والأشجار .

الثاني - ماء الأودية العظام ، مثل أنهار دجلة والفرات والنيل وبردى والعاصي وسيحون وجيحون ونحوها من الأنهار العامة . وللناس فيها حق الشفة مطلقاً ، وحق سقي الأراضي إن لم يضر السقي بمصلحة الجماعة ، فإن أضر بهم فلا يجوز السقي ؛ لأن

(١) المغني : ٤ ص ٢٢٢ ، انظر مصادر الحق للسنهوري : ٢ ص ٩٦ وما بعدها ، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى

الزرقاء : ف ٢٣٤ . وكذلك صحح الحنابلة الإجارة بالعربون (راجع غاية المنتهى : ٢ ص ٢٦) .

(٢) راجع تكملة فتح القدير والهداية : ٨ ص ١٤٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٣١١ .

(٣) الشفة - بفتحتين : وحق الشفة : هو الشرب بالشفاه بأن يتناول الإنسان بضمه ما شاء منه ، ويسقي بهائه

لدفع العطش ، ويغسل به حوائجه ونحو ذلك . والشرب بكسر الشين : هو لفة النصب من الماء ، وشرعاً :

نوبة الانتفاع بالماء (أي وقته وزمنه) لسقي الزراعة والدواب .

دفع الضرر العام واجب ، ويجوز أيضاً تركيب المطاحن المائية على هذه الأنهار إن لم يكن هناك ضرر عام .

الثالث - الماء المملوك لجماعة مخصوصة كأهل قرية تختص بنهر صغير أو عين ماء أو بئر . ومنه الماء المأخوذ من الأنهار العامة الذي يجري في المقاسم أي المجاري المملوكة بشق الجداول ونحوها . ويثبت فيه لكل إنسان حق الشفة فقط للضرورة المقتضية إباحته لاحتياج الناس إليه ، ولعدم إمكان استصحاب الماء إلى كل مكان .

الرابع - الماء المحرز في الأواني ، وهو مملوك لمن أحرزه ، ولاحق فيه لأحد غير صاحبه ، ولا يجوز الانتفاع به إلا بإذن مالكة .

وبهذا يظهر أن الماء بالنسبة للتملك والبيع إما مباح ، أو غير مباح ، والمباح حق للجميع لقوله ﷺ : « المسلمون شركاء في ثلاث : الماء ، والكلاء ، والنار »^(١) والمقصود بالمباح : ما يشمل النوعين الأولين ، وهو ما لا يختص به أحد من الناس . وغير المباح أو المملوك : هو ما يدخل تحت الملكية سواء أكانت لفرد أم لجماعة ، ويشمل النوعين الآخرين .

وهذا هو المعنى المقصود أيضاً عند المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) وقد يسمى هذان النوعان : الماء الخاص والماء العام . فالأول : هو الماء المتملك في الأرض المملوكة كالبئر والعين . والثاني : هو غير المتملك في أرض غير مملوكة كالأنهار والعيون .

حكم بيع الماء : اتفق العلماء على أنه يستحب بذل الماء بغير ثمن حتى ولو كان مملوكاً ولا يجبر المالك على بذل الماء ، إلا في حال الضرورة بأن يكون قوم اشتد بهم العطش ، فخافوا الموت ، فيجب عليه سقيهم ، فإن منعهم ، فلهم أن يقاتلوه عليه .

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، وأحمد في مسنده ، وابن أبي شيبة في مصنفه من حديث رجل من الصحابة . وأخرجه ابن ماجه عن ابن عباس ، ورواه الطبراني عن ابن عمر (نصب الراية : ٤ ص ٢٩٤) .

(٢) راجع القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، المهذب : ١ ص ٤٢٧ وما بعدها ، المغني : ٤ ص ٧٨ وما بعدها .

ولكن الحنفية فصلوا فيما يباح به القتال فقالوا: يجوز للمضطر أن يقاتل بالسلاح مالك الماء في الحوض أو البئر أو النهر الذي في ملكه لأنه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة، والماء في البئر مباح غير مملوك. أما إن كان الماء محرراً في الأواني، فيقاتل المضطر بغير السلاح، ويضمن له ما أخذ كما في حال أخذ الطعام عند الخمصة، لأن حل الأخذ للاضطرار لا ينافي الضمان. هذا إذا كان الماء فاضلاً عن حاجة مالكه بأن كان يكفي لدفع الرمق لكل منها، وإلا وجب تركه للملكة^(١).

أما بيع الماء فللعلماء فيه رأيان مشهوران: رأي الجمهور، ورأي الظاهرية.

أولاً- قال جمهور العلماء^(٢): يجوز بيع غير المباح للناس جميعاً كماء البئر والعين والمحرز في الأواني ونحوها، ولصاحبه أن ينتفع به لنفسه، ويمنع غيره من الانتفاع. فله أن يمنع صاحب الحق في الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء بقربه، فإن لم يجد، يقال لصاحب البئر ونحوه: إما أن تخرج الماء إليه، أو تتركه ليأخذ الماء.

واستدلوا على الجواز بدليلين:

١- ثبت في الحديث الصحيح أن عثمان بن عفان رضي الله عنه اشترى بئر رومة من اليهودي في المدينة، وسبأها أو حبسها على المسلمين، وذلك بعد أن سمع النبي ﷺ يقول: «من يشتري بئر رومة، فيوسع بها على المسلمين وله الجنة» وكان اليهودي يبيع ماءها للناس. فهذا الحديث كما يدل على جواز بيع البئر نفسها، وكذلك العين بالقياس عليها، يدل على جواز بيع الماء، لتقريره ﷺ لليهودي على البيع. ونوقش هذا بأنه كان في صدر الإسلام وكانت شوكة اليهود في ذلك الوقت قوية، والنبي ﷺ صالحهم في مبدأ الأمر على ما كانوا عليه، ثم استقرت أحكام الشريعة، التي شرع فيها

(١) رد المحتار والدر المختار: ٥ ص ٣١٣، تكملة فتح القدير: ٨ ص ١٤٥.

(٢) البدائع: ٥ ص ١٤٦، رد المحتار: ٥ ص ٣١١-٣١٢، ٤ ص ٦، القوانين الفقهية: ٣ ص ٣٣٩، المهذب، المكان السابق،

المجموع: ٩ ص ٢٧٨، المغني: ٤ ص ٧٩، غاية المنتهى: ٢ ص ٩، ٢٧٧.

للأمة تحريم بيع الماء . ثم إن الماء هنا داخل في البيع تبعاً لبيع البئر، وهذا لاخلاف فيه^(١) .

٢- يقاس بيع الماء المباح على بيع الحطب بعد إحرازه، فإن النبي ﷺ أقر بيعه بقوله: «لأن يأخذ أحدهم حبله، ثم يغدو إلى الجبل، فيحتطب، فيبيع، فيأكل، ويتصدق، خير له من أن يسأل الناس»^(٢) ونوقش ذلك بأن تخصيص النص بالقياس مختلف فيه بين علماء الأصول، وبأن هذا القياس يقتضي جواز بيع الماء المحرز فقط، دون ماء البئر ونحوه.

ثانياً- قال الظاهرية^(٣): لايجل بيع الماء مطلقاً، لافي ساقية ولا في نهر، ولا في عين، ولا في بئر، ولا في صهريج، ولا مجموعاً في قرية ولا في إناء، إلا أن تباع البئر كلها أو جزء مسمى منها، فيجوز البيع حينئذ، ويدخل الماء تبعاً للمبيع الأصلي.

وقال أحمد في رواية عنه: لا يعجنبي بيع الماء البتة.

واحتج هؤلاء على المنع بما يأتي:

١- ثبت أن النبي ﷺ قال: «لا يباع فضل الماء ليبيع به الكلاً»^(٤) فهذا النهي يدل على النهي عن بيع الماء الزائد عن الحاجة. ونوقش ذلك بأن النهي قد ورد على حالة خاصة: وهي ما قصد ببيع الماء حماية الكلاً الذي حوله ويحتاج إليه الرعاء لرعي مواشيهم له.

(١) نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٦.

(٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد وابن ماجه والنسائي عن أبي هريرة (نيل الأوطار: ٤ ص ١٦٢، الجامع الصغير: ٢ ص ١٢٢).

(٣) المحلى: ٩ ص ٨.

(٤) أخرجه مسلم عن أبي هريرة، وأخرجه البخاري وأحمد أيضاً بلفظ آخر (نيل الأوطار: ٥ ص ٢٠٣).

٢ - صح أن النبي ﷺ « نهى عن بيع فضل الماء »^(١) فهذا الحديث صريح بتحريم بيع فضل الماء وهو الفاضل عن كفاية صاحبه ، سواء أكان في أرض مباحة ، أم في أرض مملوكة ، وسواء أكان للشرب أم لغيره . ونوقش ذلك بأنه معارض بحديث بئر رومة السابق ذكره ، أو بأنه محمول على حالة خاصة كما ذكرنا .

ونحن نرى أن النهي عن بيع فضل الماء يقصد به الماء الكثير كماء الآبار والعيون والأمطار التي تجتمع في أرض مملوكة ، ويكون منعها عبثاً لا معنى له^(٢) .

المطلب الثاني - أنواع البيع الفاسد

البيع الفاسد في اصطلاح الحنفية كما قدمنا : ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ويفيد الملك بالقبض . وعند غير الحنفية : البيع إما صحيح أو باطل ، وغير الصحيح لا يفيد الملك أصلاً .

وسنذكر هنا نموذجاً من أنواع البيوع الفاسدة عند الحنفية ، مع الإشارة إلى حكمها عند غيرهم .

١ - بيع المجهول :

قال الحنفية : إذا كان المبيع أو الثمن مجهولاً جهالة فاحشة وهي التي تفضي إلى المنازعة ، فسد البيع ؛ لأن هذه الجهالة مانعة من التسليم والتسلم ، فلا يحصل مقصود البيع .

فإن كان مجهولاً جهالة يسيرة وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ، لا يفسد البيع ؛ لأن هذه الجهالة لا تمنع من التسليم والتسلم ، فيحصل مقصود البيع .

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه عن اياس بن عبد (نيل الأوطار: ص ٥٥ (١٤٥).

(٢) راجع أصول البيوع المنوعة : ص ٤٦ وما بعدها .

والعرف هو المحكم في بيان نوع الجهالة : يسيرة أو فاحشة . فإذا لم يبين مثلاً جنس الحيوان أو لم يبين « ماركة » المذيع أو آلة التصوير، يعتبر المبيع مجهولاً جهالة فاحشة تمنع من صحة العقد على بيعه، إذ تؤدي حتماً إلى نزاع شديد بين المتعاقدين^(١).

ومن الجهالة اليسيرة :

أن يبيع شخص قفيزاً^(٢) من صبرة معينة بدراهم، أو عدلاً من الثياب بكذا، ولا يعرف عددها، أو هذه الصبرة بكذا، ولا يعلم عدد القفزان : جاز البيع^(٣) لزوال الغرر، ولأن الجهالة مغتفرة لاتفضي إلى المنازعة عادة . ومثله أن يبيع أحد الشئيين أو الثلاثة دون ما زاد عليها، مع اشتراط المشتري الخيار لنفسه بين أن يأخذ واحداً ويرد الباقي، وهو المعروف بخيار التعيين فيصح البيع استحساناً، والقياس أن يفسد البيع وهو قول زفر.

وجه القياس : هو أن المبيع مجهول، لأنه باع أحد الشئيين، وهو غير معلوم، فكان المبيع مجهولاً، فيمنع صحة البيع، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة، وذكر الخيار، وعليه فلا يجوز زفر خيار التعيين .

وأما وجه الاستحسان فهو أولاً - القياس على مشروعية خيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، فورود الشرع في خيار الشرط يكون وروداً ههنا، والحاجة تتحقق بالتحري في ثلاثة أشياء، لاقتصار الأشياء في العادة على الجيد والوسط والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس وهو أن يكون المبيع معلوماً، وعليه يكون بيع

(١) الأموال ونظرية العقد : ص ٢١٢ .

(٢) القفيز ثمانية مكايك، والمكوك : صاع ونصف، والصاع أربعة أمداد، والمد رطل وثلاث بالبنغادي تقريباً، والرطل مائة وثلاثون درهماً، والدرهم (٢,١٧٥ غم).

(٣) البدائع : ص ٥٧٠ وما بعدها، المذهب : ص ٢٦٣ .

واحد من أربعة مثلاً مع الخيار فاسداً لعدم حاجة الناس إلى تشريعه باعتبار أن أصناف الأشياء إجمالاً تتراوح بين جيد ووسط ورديء .

وثانياً - لأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إليه ، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق ، فيشتري ما يحتاج إليه ، وعلى التخصيص الأكبر (أي كبار السن) والنساء ، فيحتاج الواحد من هؤلاء إلى أن يكلف غيره بشراء شيء ، ولا تتحقق حاجته بشراء شيء واحد معين من جنس ما ؛ لأنه قد لا يوافق حاجته أو رغبته ، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من الجنس ، فيحملها الشخص إلى من كلفه بالشراء ، فيختار أيهما شاء ، بالثمن المذكور ، ويرد الباقي ، فجاز الشراء لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما زاد على الأشياء الثلاثة ، فيبقى الحكم فيه على أصل القياس^(١) .

ويلاحظ أن الأصح عند الحنفية في هذه الحالة عدم اشتراط تعيين مدة للخيار ، كما في المدة المشترطة في خيار الشرط وهي : (ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة . وعند صاحبين : ثلاثة أيام وما زاد عليها بعد أن يكون الوقت معلوماً) فيصح البيع من غير ذكر المدة .

وقال بعض الحنفية : لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ؛ لأن المبيع لو كان شيئاً واحداً معيناً ، وفيه خيار شرط ، فإن بيان المدة شرط لصحة البيع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين . والجامع بينهما : أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار ، وأنه مفسد للبيع .

واستدل الأولون : بأن هناك فرقاً بين خيار الشرط وخيار التعيين : وهو أن خيار الشرط يمنع ثبوت حكم البيع ، وهو نقل الملكية في مدة الخيار ، فكان توقيت المدة أمراً ضرورياً في حدود الحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل في صلاحية المبيع . أما

(١) البدائع : ١٥٧/٥ ، فتح القدير : ١٣٠/٥ ، ١٩٧ .

خيار التعيين فلا يمنع ثبوت حكم البيع بل يثبت الحكم في أحد الشيئين غير معين ، وإنما يمنع تعين المبيع فقط ، فلا يشترط له بيان المدة .

ومن الجهالة الفاحشة

أن يبيع إنسان أحد الأشياء الأربعة ، أو شاة من قطيع على أنه بالخيار بين أن يأخذ واحداً منها ويرد الباقي ، وكذا إذا اشترى أحد الأشياء الثلاثة أو أحد الشيئين ، ولم يذكر فيه الخيار ، فلا يجوز بيع ثوب من ثوبين ، أو من أثواب ثلاثة مثلاً ، ويكون البيع فاسداً لجهالة المبيع ، وهي جهالة تفضي إلى المنازعة ؛ لأن البائع يريد إعطاء الرديء ، والمشتري يريد أخذ الجيد بحجة عدم التعيين^(١) .

وفي الجملة : إن الجهالة الفاحشة ترجع غالباً إلى أربع جهات^(٢) أشرنا إليها سابقاً :

الأولى - جهالة المبيع : جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة إلى المشتري ، وقد ذكرنا بعض الأمثلة عليها .

الثانية - جهالة الثمن : كما إذا باع الفرس بمائة شاة من هذا القطيع ونحوه فيكون العقد فاسداً لجهالة الثمن .

وكذا إذا باع هذا الثوب بقيمه ، يكون البيع فاسداً ، لأنه جعل ثمنه قيمته ، والقيمة تختلف باختلاف تقويم المقومين ، فكان الثمن مجهولاً .

وكذا لو اشترى شخص بحكم البائع أو المشتري أو بحكم فلان ، يكون البيع فاسداً ، لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان ، فكان الثمن مجهولاً .

وإذا قال : « بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزي شعير » يكون البيع فاسداً ؛ لأن الثمن مجهول . وقيل : إنه البيعان في بيع ، وقد نهى الرسول ﷺ عن البيعتين في

(١) المرجعان السابقان ، الدر المختار بهامش رد المحتار لابن عابدين : ١١٥/٤ .

(٢) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٢٦ .

بيعة^(١) . وإذا قال : « إن أخذته حالاً بخمسة وإن أخذته مؤجلاً بسبعة » فالبيع فاسد ، لأنه لم يستقر الثمن على شيء ، هل حالاً أو مؤجلاً ؟ فلو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين ، صح .

وكذا البيع برأس المال المجهول أو بالرقم^(٢) (بسكون القاف) دون أن يعلم المشتري رقه ولا رأس ماله فالبيع فاسد ، فإن علم المشتري رأس ماله أو رقه في مجلس البيع ، فإنه يعود جائزاً استحساناً ؛ لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس ، ولما كان للمجلس حكم حالة العقد ، فقد صار كأنه كان معلوماً عند العقد ، فإذا لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد^(٣) .

وقال زفر : إذا وقع العقد فاسداً من حين وجوده لا يمتثل الجواز بحال ، لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً عنده^(٤) .

وهذا متفق عليه بين المذاهب لجهالة الثمن ، فإن علم الثمن فقد اتفقوا على أنه لا بأس أن يبيع بالرقم ، بمعنى أن يقول : بعثك هذا الثوب برقه ، وهو الثمن المكتوب

(١) رواه الموطأ والترمذي والنسائي وأبو داود عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة (انظر جامع الأصول : ٤٤٦/١) .

(٢) وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره فمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك المقدار (العناية : ١١٣/٥) ففي هذا البيع جهالة بذات المبيع ووصفه . وصورته : أن يكون هناك سلع متعددة تتفاوت أجناسها وقيمتها ، وكل سلعة منها ذات رقم خاص يختلف عن أرقام سواها ، فيدفع المشتري قدرأ من المال ، ويأخذ ورقة تحمل رقماً خاصاً ، فما وافق رقه من السلع كان هو المبيع الذي يستحقه في نظير مبلغه ، قل أو كثر ، فيؤدي ذلك إلى فقد عنصر الاختيار والإرادة ، وهذا يشبه بيع الحصاة الذي كان سائداً في الجاهلية (انظر أصول البيوع المنوعة للأستاذ عبد السمیع : ص ٧٢ ، ٧٥) والخلاصة : أن الرقم : هو الكتاب ، ورقم الثوب كتابه ، ومعنى بيع السلعة برقمها : هو أن يبيعه بما هو مكتوب فيها من الثمن ، ولا يعلم به المشتري حتى ينظره بعد العقد ، ومنه قوله تعالى : ﴿ كتاب مرقوم ﴾ (هامش المذهب : ٢٦٦/١) ، وقد اتفقت المذاهب الأربعة والظاهرية على عدم جواز بيع شيء بما رقم أي كتب عليه من الثمن المجهول القدر .

(٣) البدائع : ١٥٨/٥ ، رد المحتار : ٣٠/٤ ، فتح القدير مع العناية : ١١٣/٥ ، المبسوط : ٤٩/١٣ .

(٤) البدائع : ١٢٤/٦ .

عليه ، إذا كان معلوماً لهما حال العقد ؛ لأنه يبيع بثمن معلوم^(١) .

ولا يجوز البيع عند الفقهاء بما ينقطع عليه السعر في السوق ، أو بما يبيع الناس أو بما يقول فلان لجهالة الثمن ، وقد نقل عن الإمام أحمد جواز البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل بتاريخ معين من غير تقدير الثمن أو تحديده وقت العقد ، لتعارف الناس وتعاملهم به في كل زمان ومكان ، وقد رجح جوازه ابن تيمية وابن القيم . والمراد به سعر السوق وقت البيع لا أي سعر في المستقبل^(٢) .

الثالثة - جهالة الأجل : كما إذا باع إلى أجل كذا أو كذا ، فيفسد البيع لأن الأجل مجهول . وكذا الجهالة في مدة خيار الشرط تفسد البيع ، ودليل الفساد : هو أن النبي ﷺ « نهى عن بيع جبل الحبله » وذلك بحسب المعنى الذي فسره ابن عمر راوي الحديث : وهو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ما في بطنها ، ثم تلد التي ولدتها . فالنهى ورد على التأجيل إلى أجل مجهول .

ولو باع إلى قدوم الحاج والحصاد والدياس أو الدراس (دوس الحب بالقدم ونحوها) والقطاف (قطاف العنب) والجزاز (جز صوف الغنم) فالبيع فاسد ؛ لأن هذه الجهالة مفضية إلى النزاع بسبب تقدم هذه الأوقات وتأخرها .

فلو باع شخص إلى هذه الآجال ، ثم تراضى الطرفان على إسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج ، جاز البيع ؛ لأن الفساد للمنازعة ، وقد ارتفع قبل تفرره ، وهذه الجهالة ليست في صلب العقد ، وإنما هي في أمر خارج ؛ وهو الأجل^(٣) .

(١) معني المحتاج : ١٧/٢ ، المعني : ١٨٧/٤ .

(٢) راجع معني المحتاج : ١٧/٢ ، المهذب : ٢٦٦/١ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٧ ، الشرح الكبير للدردير : ١٥٣ ، غاية المنتهى : ١٤/٢ ، أعلام الموقعين : ٥/٤ وما بعدها ، المحلى : ١٩/٩ ، نظرية الضروة الشرعية للمؤلف : ص ١٧٨ وما بعدها .

(٣) فتح القدير : ٢٢٢/٥ وما بعدها ، المبسوط : ٢٦/١٣ ، رد المحتار : ١٢٥/٤ . ويلاحظ أن البيع إلى هذه الآجال فاسد ، وأما تأجيل ثمن البيع إلى هذه الآجال فهو صحيح .

الرابعة - الجهالة في وسائل التوثيق : كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل فيجب أن يكونا معينين ، وإلا فسد البيع .

هذا هو تفصيل مذهب الحنفية في بيع المجهول .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية : لا يجوز بيع عين مجهولة كسيارة من سيارات أو ثوب من ثوبين أو أثواب ، ولا بيع بئس مجهول ولا بئس مؤجل إلى أجل مجهول ونحو ذلك ، ويكون البيع حينئذ باطلاً ، لوجود الغرر بسبب جهالة المبيع ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر . ومن هنا قرروا في شروط صحة البيع أن يكون المبيع معلوماً للمتعاقدين ، لا من كل وجه ، بل عيناً في المعين وقدرها وصفة فيما في الذمة ، وأن يكون الثمن معلوم الصفة والقدر والأجل ، فلا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كجيء الشهر وقدم الحاج ، لأنه يبيع غرر^(١) . إلا أن المالكية أجازوا البيع إلى الحصاد أو الجداد أو العصير أو خروج الحاج أو النيروز والمهرجان والميلاد لأنها آجال معروفة ، وأجازوا أيضاً البيع مع خيار التعيين ، وسموه بيع الاختيار ، لكنهم اشترطوا اتحاد جنس البيعين وضمنها واتحاد الثمن ، فلو وجد اختلاف لم يصح البيع^(٢) .

الفرق بين الغرر والجهالة : الغرر أعم من الجهالة ، فكل مجهول غرر ، وليس كل غرر مجهولاً ، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة كما في شراء الأبق المعلوم الصفة ، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر^(٣) .

(١) حاشية الدسوقي : ١٥/٣ ، المهذب : ٢٦٣/١ ، ٢٦٦ ، مغني المحتاج : ١٦/٢ ، المغني : ٢٠٩/٤ ، ٢٣٤ ، غاية المنتهى : ١١/٢ ، الخلى : ٤٩٧/٨ وما بعدها .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير : ١٠٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ ، المنتقى على الموطأ : ٢٩٨/٤ ، وأجاز الظاهرية تأجيل الثمن إلى الميسرة (الخلى : ٤٧٧/٨ وما بعدها) .

(٣) الغرر وأثره في العقود : ص ٣٩ ، الفروق للقرافي المالكي : ٢٦٥/٣ ، تهذيب الفروق بهامشه : ٢٧٠/٣ وما بعدها .

٢- البيع المعلق على شرط والبيع المضاف :

البيع المعلق على شرط أو العقد المعلق عموماً : هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر يمكن الحصول بإحدى أدوات التعليق نحو إن وإذا ومتى ونحوها . مثاله : أن يقول شخص لآخر : بعتك داري هذه بكذا إن باع لي فلان داره ، أو إن جاء والدي من السفر مثلاً .

والبيع المضاف أو العقد المضاف عموماً : هو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل ، كأن يقول شخص لغيره : بعتك هذه السيارة بكذا من أول الشهر القادم .

والفرق بين هذين النوعين عند الحنفية : أن العقد المعلق لا يعد موجوداً ولا ينعقد سبباً في الحال ، وإنما هو معلق على وجود الشرط ، والشرط قد يوجد وقد لا يوجد .

وأما العقد المضاف فهو عقد تام يترتب عليه حكمه وآثاره إلا أن هذه الآثار يتأخر سريانها إلى الوقت الذي عينه العاقدان لها .

حكمهما : اتفق الفقهاء على عدم صحة البيع المعلق أو المضاف ، لكن يسمى ذلك فاسداً في اصطلاح الحنفية ، وعند غيرهم هو باطل .

وعلى هذا ، فلا يصح تعليق البيع ولا إضافته إلى زمن في المستقبل لأنه من عقود التملكات للحال ، وهي لا تقبل الإضافة للمستقبل ، كما لا تعلق بالشرط لما فيه من المقامرة أي التعليق بالخطر .

وبه يظهر أن علة فساد هذين النوعين من البيوع هو ما تشتمل عليه من الغرر ، إذ لا يدري العاقدان في البيع المعلق هل يحصل الأمر المعلق عليه ، أو لا يحصل ، كما لا يدريان متى يحصل . وفي البيع المضاف لا يدري العاقدان كيف يكون المبيع في

المستقبل ، وكيف يكون رضاها بالعقد ومصحتها فيه عند ترتب أثر البيع عليه^(١) .

٣- بيع العين الغائبة أو غير المرئية :

العين الغائبة : هي العين المملوكة للبائع الموجودة في الواقع ، ولكنها غير مرئية .

قال الحنفية : يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية ولا وصف ، فإذا رآها المشتري كان له الخيار : فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة يثبت فيه خيار الرؤية ، وإن جاء على الصفة التي عينها البائع كأن يشتري فرساً مجللاً « مغطى » أو متاعاً في صندوق أو مقداراً من الحنطة في هذا البيت .

ودليلهم على صحة البيع في الحالتين : أنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية ، فلا غرر عليه ، فلا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً ، مادام للمشتري الخيار^(٢) .

واستدلوا أيضاً بحديث « من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه »^(٣) .

وقال المالكية : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض . فإذا جاء على الصفة المذكورة كان البيع لازماً ، إذ أن هذا من الغرر اليسير ، والصفة تنوب عن المعاينة بسبب غيبة المبيع ، أو المشقة التي تحصل في إظهاره ، وما قد يلحقه من الفساد بتكرار الظهور والنشر مثلاً ، وإن خالف الصفة المتفق عليها فللمشتري الخيار . وكذلك أجاز المالكية في المشهور عندهم بيع الغائب بلا

(١) انظر رد المختار والدر المختار : ٢٤٤/٤ ، الفروق للقرافي : ٢٢٩/١ ، المجموع للنووي : ٣٧٤/٩ ، المهذب : ٢٦٦/١ ، المغني : ٥٩٩/٥ ، الأموال ونظرية العقد للمرحوم محمد يوسف موسى : ص ٤٥١ وما بعدها ، الغرر وأثره في العقود للزميل صديق الأمين : ص ١٣٧ - ١٤٩ .

(٢) البدائع : ١٦٣/٥ ، فتح القدير : ١٣٧/٥ .

(٣) روي مسنداً ومرسلاً ، فالسنند أخرجه السدراقطني في سننه عن أبي هريرة . والمرسل رواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي في سننهما عن مكحول ، نقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه (انظر نصب الراية : ٩/٤ ، المقاصد الحسنة : ص ٤٠٣) .

وصف لنوعه وجنسه بشرطين: أن يذكر الخيار للمشتري إذا رأى المبيع، وألا يدفع المشتري الثمن للبائع^(١). ويسمى هذا البيع عند المالكية: البيع على البرئنامج أو البرامج^(٢).

وقال الشافعية في الأظهر عندهم وفي قول عند الإباضية: لا يصح مطلقاً بيع الغائب وهو ما لم يره المتعاقدان، أو أحدهما، وإن كان المبيع حاضراً، لما فيه من الغرر، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر، وفي بيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير، وكذا ما عرف جنسه أو نوعه، مثل بعثك فرسي العربي، لا يصح بيعه في المذهب الجديد لوجود الغرر فيه بسبب الجهل بصفة المبيع، كما لا يصح السلم مع جهالة صفة المسلم فيه، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر.

وأما حديث خيار الرؤية: « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي. وقال الدارقطني عنه: إنه باطل لا يصح، لم يروه غيره^(٣).

(١) بداية المجتهد: ١٥٤/٢، الشرح الكبير: ٢٥/٣ وما بعدها، الشرح الصغير: ٤١/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٥٦. هذا وقد ذكر المالكية خمسة شروط للزوم البيع على الصفة: وهي ألا يكون المبيع بعيداً جداً كالأندلس وإفريقية أي بحيث يظن تغيره قبل قبضه، وألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد، (والراجح أن الحاضر في مجلس العقد لا بد من رؤيته إلا لضرر، وغير الحاضر في مجلس العقد يجوز بيعه على الصفة) وأن يصفه غير البائع عند بعضهم (والأصح أنه يصح بوصف البائع)، وأن يحصر بالأوصاف المقصودة كلها، وألا ينقد ثمنه بشرط إلا فيما يؤمن تغيره كالعقار، ويجوز النقد من غير شرط أي ألا يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عند العقد، ويدفعه المشتري له بناء على ذلك الشرط، أما إذا دفع له الثمن تطوعاً من غير شرط فيجوز. وهذا الشرط الأخير خاص بالعين غير المأمونة التغير، أما المأمونة التي لا يسرع إليها التغير كالعقار فيجوز اشتراط النقد فيها. والسبب في هذا الشرط هو ألا يكون العقد مشتتلاً على الغرر بأن يتردد بين اعتباره سلباً أو بيعاً.

(٢) البرنامج: الورقة المكتوب فيها ما في الوعاء: العدل أو الظرف (راجع الموطن: ١٦٠/٢).

(٣) المهذب: ٢٦٣/١، المجموع: ٢١٥/٩، مغني المحتاج: ١٨/٢، شرح النيل: ١٤٢/٤.

وقال الحنابلة في أظهر الروايتين عندهم : إن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه ، فإن صححناه بحسب الرواية الأخرى ، فيثبت الخيار للبائع والمشتري عند الرؤية . ودليل الرواية الأولى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر .

أما إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم ، صح بيعه في ظاهر المذهب ، وعن أحمد : لا يصح حتى يراه ؛ لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع ، فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه .

استدلوا على ظاهر المذهب : بأنه بيع بالصفة فصح كالسلم ، ولا يقال بأنه لا تحصل به معرفة المبيع ، فإن تلك المعرفة تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم ^(١) .

والخلاصة : أن الحنفية والمالكية ، والحنابلة في الأظهر ، والظاهرية ، والزيدية والإمامية ، وفي قول عند الإباضية : يجيزون بيع العين الغائبة على الصفة ^(٢) . أما بيعها بغير رؤية ولا وصف فقد أجازته الحنفية والمالكية على الراجح عندهم .

بيع ما يمكن في الأرض أو بيع ما في رؤيته مشقة أو ضرر : قد تكون مع رؤية المبيع مشقة أو ضرر مثل بيع الأطعمة المحفوظة ونحوها من الأدوية والسوائل والغازات التي لا تفتح إلا عند الاستعمال ، ومثله بيع المغيب في الأرض كالجزر واللفت والبطاطا ، فإن الحنفية أجازوه كإجازة بيع العين الغائبة ، كما أجازوه المالكية ؛ لأن البيع معلوم بالعادة ، والغرر فيه يسير ، وأبطله الشافعية والحنابلة والظاهرية ^(٣) إذ لا يمكن وصفه ، فيتحقق فيه الغرر والجهالة المنهي عنها .

(١) المغني : ٥٨٠/٣ - ٥٨٢ ، غاية المنتهى : ١٠/٢ .

(٢) المحلى : ٢٨٩/٨ ، الروض النضير : ٢٥٩/٣ ، المختصر النافع : ص ١٤٥ ، شرح النيل : ١٣٧/٤ .

(٣) الدر المختار : ١٠٦/٤ ، بداية المجتهد : ١٥٦/٢ ، المجموع : ٣٢٨/٩ ، المغني : ٩١/٤ ، المحلى : ٤٥٦/٨ ، البيوع

المنوعة للأستاذ عبد السميع : ص ٦٧ .

٤- بيع الأعمى وشراؤه :

هذا النوع مفرع على شرط رؤية المبيع على الخلاف السابق في بيع الغائب .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة : يصح بيع الأعمى وشراؤه وإجارته ورهنه وهبته ، ويثبت له الخيار بما يفيد معرفته بالمبيع كالجس والشم والذوق فيما يعرف بذلك ، وكالوصف في الثار على رؤوس الأشجار والدور والعقارات . ودليلهم حديث : « إنما البيع عن تراض »^(١) وقد رضي الأعمى بالبيع ، وأنه يمكنه الاطلاع على المقصود ومعرفته ، فأشبهه ببيع البصير ، ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه ، فكذلك شم الأعمى وذوقه^(٢) .

إلا أن الحنفية كما هو معلوم لا يثبتون خيار الرؤية للبائع سواء أكان بصيراً أم أعمى .

وقال الشافعية : لا يصح بيع الأعمى وشراؤه إلا إذا كان قد رأى شيئاً قبل العمى مما لا يتغير بالحديد ونحوه ، ودليلهم قصور الأعمى عن إدراك الجيد والرديء ، فيكون محل العقد بالنسبة له مجهولاً^(٣) .

٥- البيع بالثمن المحرم :

إذا كان البيع بثن محرم كالخمر والخنزير : يكون فاسداً عند الحنفية لوجود حقيقة البيع : وهي مبادلة المال بالمال ، فإن الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض الكفار ، وهما وإن كانا مالين عند الحنفية ، إلا أنها ليسا بمتقومين شرعاً ، والقاعدة المقررة في هذا الشأن : أن أحد العوضين إذا لم يكن مالاً في دين سماوي ، فالبيع باطل

(١) رواه ابن ماجه والبيهقي وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري ، وقد سبق تحريجه .

(٢) مختصر الطحاوي : ص ٨٢ ، البدائع : ١٦٤/٥ ، ٢٩٨ ، حاشية الدسوقي : ٢٤/٣ ، المغني : ص ٢١٠ ، غاية

المنتهى : ١٠/٢ .

(٣) المهذب : ٢٦٤/١ .

سواء أكان مبيعاً أم ثمناً ، فبيع الميتة والدم والإنسان الحر باطل ، وكذا البيع به وهو الصحيح عند الحنفية ؛ لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً ، وكون الثمن مالاً في الجملة شرط من شروط الانعقاد .

وإن كان العوض في بعض الأديان مالاً دون بعض : فإن أمكن اعتباره ثمناً ، فالبيع فاسد ، فبيع الثوب بالخمر أو الخمر بالثوب فاسد ، وإن تعين كونه مبيعاً ، فالبيع باطل ، فبيع الخمر بالدرهم أو الدرهم بالخمر باطل .

وعلى هذا : إذا كان الثمن محرماً : ينعقد البيع بالقيمة^(١) ومن الواضح أن هذا البيع عند غير الحنفية يقع باطلاً .

٦- البيع نسيئة ثم الشراء نقداً - بيوع الآجال :

إذا اتخذ العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً ، فهل ينعقد العقد لوجود أركانه من الإيجاب والقبول أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع ؟ وذلك مثل^(٢) أن يبيع الشخص مالاً إلى آخر بثمن مؤجل ، ثم يشتريه منه بثمن عاجل كأن يبيع مائة قنطار من القطن بخمسة آلاف ليرة لا تقبض إلا بعد سنة ، ثم يشتريها البائع من المشتري بأربعة آلاف يدفعها إليه فوراً ، فقد حصل هنا عقداً بيع : كلاهما ظاهره الصحة لاشتتاله على أركان العقد وشروطه . فمثل هذه البيوع تسمى عند المالكية « بيوع الآجال » لاشتتالها دائماً على الأجل ، وقد تسمى هذه البيوع عند بعض العلماء « بيوع العينة » وهي في الحقيقة نوع من بيوع الآجال التي يقصد منها التحيل على الربا ، والوصول إلى ما هو ممنوع شرعاً ، ومع ذلك اختلف العلماء في حكم بيع الأجل ، علماً بأن المالكية فرقوا بين النوعين ، فقالوا : بيوع الآجال : هي بيع المشتري ما اشتراه

(١) فتح القدير مع العناية : ١٨٦/٥ ، البدائع : ١٤١/٥ ، ٣٠٥ ، رد المحتار : ١٠٥/٤ ، ١٠٨ .

(٢) انظر مواهب الجليل للحطاب : ٣٩٠/٤ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير : ٧٦/٣ ، الشرح الصغير :

لبائعه أو لوكيله ، لأجل . وبيع العينة : أن يقول شخص لآخر : اشتر سلعة بعشرة نقداً ، وأنا أخذها منك باثني عشر لأجل .

فقال الشافعية والظاهرية : يصح هذا العقد لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول ، ويترك أمر النية لله وحده يعاقب صاحبها عليها .

وقال المالكية والحنابلة : العقد باطل متى قام الدليل على وجود قصد آثم سداً للذريعة . وتطبيقات هذا الخلاف تظهر في زواج المحلل وبيع العينة وبيع العنب لعاصر الخمر^(١) .

وأما أبو حنيفة فيحكم في الظاهر بصحة زواج المحلل ، وبيع العنب لعاصره خراً ، ما لم يصرح في العقد بشرط يخل به ، ويجعل بيع العينة فاسداً إن خلا من توسط شخص ثالث .
بيع العينة :

هو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا ، بأن يبيع رجل شيئاً بثن نسيئة أو لم يقبض ، ثم يشتريه في الحال ، وسمي بالعينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً أي نقداً حاضراً ، وعكسها مثلها . مثاله : أن يبيع الرجل سلعة بثن إلى أجل معلوم ، ثم يشتريها بثن آخر إلى أجل آخر ، أو نقداً بثن أقل ، وفي نهاية الأجل الذي حدد في العقد الأول يدفع الثمن الأول كله ، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب المتاع الذي يبيع بيعاً صورياً ، مثل أن يبيع شخص لآخر ثوباً باثني عشرة ليرة مؤجلاً دفعها إلى شهر مثلاً ، ثم يبيع المشتري هذا الثوب نفسه - قبل أو بعد تسلمه - إلى بائعه الأول بعشر ليرات تدفع حالاً إلى المشتري ، وفي نهاية الأجل المحدد لدفع الثمن في العقد الأول يدفع المشتري كامل الثمن وهو « ١٢ » ل.س ، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب الثوب الذي يبيع بيعاً صورياً ، والعملية كلها للتحايل على الإقراض بالربا عن طريق البيع والشراء .

وقد يوسط المتعاقدان بينهما شخصاً ثالثاً يشتري العين بثن حال من مريد

(١) الأموال ونظرية العقد : ص ٢٩٧ وما بعدها ، أصول البيوع المنوعة للشيخ عبد السميع : ص ١٠٢ .

الاقتراض ، بعد أن اشتراها هذا من مالكة المقرض ، ثم يبيعه للمالك الأول بالثمن الذي اشترى به ، فيكون الفرق ربا له .

اختلف العلماء في الحكم على العقد الثاني ، مع أن قصد التعامل بالربا واضح من البائع والمشتري .

فقال أبو حنيفة : هو عقد فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض ، كما مثلنا ، إلا أنه يلاحظ أن أبا حنيفة خالف أصله السابق الذكر الذي يقتضي القول بصحة هذا العقد^(١) وذلك استحساناً بنص الحديث الذي سيأتي في قصة زيد بن أرقم ، ولأن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول ، فيصير البيع الثاني مبنياً عليه ، فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يملكه بعد ، فيكون البيع الثاني فاسداً .

وقال أبو يوسف : هذا البيع صحيح بلا كراهة . وقال محمد : إنه صحيح مع الكراهة ، حتى إنه قال : « هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا »^(٢) .

وقال الشافعي وداود الظاهري : هذا العقد صحيح مع الكراهة لتوافر ركنه وهو الايجاب والقبول الصحيحان ، ولا عبرة في إبطال العقد بالنية التي لانعرفها لعدم وجود ما يدل عليها^(٣) أي أن القصد الآثم مرجعه إلى الله ، والحكم على ظاهر العقد شيء آخر . لذا فإنه يحمل العقد على عدم التهمة .

(١) وهو أن المعتبر في العقود : هو الألفاظ دون النيات ، لأن نية الغرض غير المباح شرعاً مستترة ، فيترك أمرها إلى الله وحده يعاقب عليها صاحبها ، مادام أتم نيته ، وهذا بخلاف مذهب الإمام أحمد الذي يتشدد بحق في رعاية النية والقصد دون اللفظ (انظر أعلام الموقعين ١٠٦/١ وما بعدها ، ونظرية العقد لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة : ص ٢١٥) .

(٢) فتح القدير : ٢٠٧/٥ وما بعدها ، رد المحتار لابن عابدين : ٢٥٥/٤ ، ٢٩١ ، الأموال ونظرية العقد : ص ٣٠١ .

(٣) الميزان : ٧٠/٢ ، إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٢١٧ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧١ .

وقال المالكية والحنابلة: إن هذا العقد يقع باطلاً^(١) سداً للذرائع كما سنبين، ولما روي من قصة زيد بن أرقم مع السيدة عائشة رضي الله عنها: وهي أن العالية بنت أيفع قالت: دخلت وأنا أم ولد زيد بن أرقم وامراته على عائشة رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: «إني بعثت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء، ثم اشتريته منه بستمائة درهم» أي حالة «فقالت عائشة: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغني زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب»^(٢) وقال ﷺ: «إذا ضن الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينه، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم»^(٣).

واستدلوا من جهة المعقول بالقياس على الذرائع المجمع على منعها بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل منها هي الباعثة على عقدها، لأنه المحصل لها.

والخلاصة: أن جمهور الفقهاء غير الشافعية: قالوا بفساد هذا البيع وعدم صحته؛ لأنه ذريعة إلى الربا، وبه يتوصل إلى إباحة ما نهى الله عنه، فلا يصح.

غير أن الشافعي قال عن الحديث الأول: «لا يثبت»، وأيضاً فإن زيداً قد خالفها، وإذا اختلف الصحابة فذهبن القياس».

(١) بداية المجتهد: ١٤٠/٢ وما بعدها، حاشية الدسوقي: ٩١/٣، الخطاب: ٤٠٤/٤، القوانين الفقهية: ص ٢٥٨، ٢٧١ وما بعدها، الشرح الصغير: ١٣٠/٣. المغني: ١٧٥/٤ وما بعدها، نيل الأوطار: ٢٠٦/٥، الموافقات للشاطبي: ٢٦١/٢، الفروق للقرافي: ٢٦٦/٣ وما بعدها، الوسيط في أصول الفقه لنا: ص ٤٩٣. هذا وقد أبطل الحنابلة العقد الأول حيث كان وسيلة للتأني. وقالوا: إن تغيرت صفة الشيء المشتري بما ينقصها أو يزيدها، أو اشتراها من غير مشتريها أو بمثل الثمن أو بنقد آخر، صح البيع، وكذا لو اشتراها أبوه أو ابنه أو غلامه ونحوها ما لم يكن حيلة، فلا يصح (غاية المنتهى: ٢٠/٢).

(٢) هذا الحديث رواه الدارقطني عن يونس بن إسحق عن أمه العالية عن أم مَحْبَة عن عائشة. روي عن الشافعي أنه لا يصح، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، قال في التنقيح: إسناده جيد، وإن كان الشافعي لا يثبت مثله عن عائشة، وكذلك الدارقطني قال في العالية: هي مجهولة لا يحتج بها (انظر جامع الأصول: ٤٧٨/١).

(٣) رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر وأخرجه أيضاً الطبراني وابن القطان وصححه، قال الذهبي: إن هذا الحديث من مناكير عطاء الخراساني (نيل الأوطار: ٢٠٦/٥).

ويلاحظ أن الشافعية والظاهرية اعتمدا على ظاهر عقد المتبايعين ، فحكوا بصحته عملاً بمقتضى آية : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ وهذا مردود ، لأن الظاهر إنما يعمل به إذا لم تقم قرينة تفيد غيره ، وههنا قرينة العرف المعهود ، وغلبة قصد الناس إلى المحرم ، والشيء المتعارف ينزل منزلة الشرط المنصوص ، فكان ذلك من أقوى القرائن التي يجب العمل بها ؛ لأنها تجعل الظاهر من أمر البائعين هو التذرع إلى المحرم ، فإبطال بيعها هو مقتضى الظاهر^(١) .

٧- بيع العنب لعاصر الخمر :

ويتفرع أيضاً على القاعدة السابقة في أوائل بحث البيع السابق : الخلاف في بيع العنب لمن يعرف أنه يعصره خمرًا ، كما قلنا . ونذكر هنا خلاف العلماء فيه .

فقال أبو حنيفة والشافعي : يصح في الظاهر مع الكراهة بيع العنب لعاصر الخمر ، وبيع السلاح لمن يقاتل به المسلمين ، لعدم تحققنا أنه يتمكن من اتخاذه خمرًا أو يقاتل بالسلاح المسلمين ، ويؤاخذ الإنسان على مقاصده . أما الوسائل فقد يحال بين الإنسان وبينها ، والمحرم في البيع هو الاعتقاد الفاسد ، دون العقد نفسه ، فلم يمنع صحة العقد ، كما لو دلس العيب^(٢) أي أن الحكم على العقد بظاهره شيء ، والدافع إليه شيء آخر .

وقال المالكية والحنابلة : بيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل ، وكذا بيع السلاح لأهل الحرب أو لأهل الفتنة ، أو لقطاع الطرق ، سداً للذرائع ؛ لأن ما يتوصل به إلى الحرام فهو حرام ، ولو بالقصد ، ولقوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾

(١) أصول البيوع المنوعة : ص ١٠٥ .

(٢) المهذب ، ٢٦٧/١ ، تكملة فتح القدير : ١٢٧/٨ ، مختصر الطحاوي ص ٢٨٠ : ٢٧/٢ .

وهذا نهى يقتضي التحريم ، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل ^(١) .

٨- البيعتان في بيعة أو الشرطان في بيع واحد :

لقد ثبت عن النبي ﷺ النهي عن بيعتين وعن شرطن في بيع ، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة » وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك » ^(٢) .

واختلف في تفسير البيعتين في بيعة : فقال الشافعي : « له تأويلان : أحدهما - أن يقول : بعتك بألفين نسيئة ، وبألف نقداً ، فأيهما شئت أخذت به ، على أن البيع قد لزم في أحدهما وهذا بيع فاسد « أي باطل » لأنه إيهام وتعليق . والثاني - أن يقول : « بعتك منزلي على أن تبيعني فرسك » .

وحكمة منع صورة الصفقة الأولى هو اشتغالها على غرر بسبب الجهل بمقدار الثمن ، فإن المشتري لا يدري وقت تمام العقد هل الثمن عشرة مثلاً أو خمسة عشر .

ومن الحكمة في تحريم العقد الثاني منع استغلال حاجات الآخرين ، وذلك في حالة كون المشتري مضطراً إلى شراء شيء ، فيكون اشتراط البائع عليه في شراء شيء منه من قبيل الاستغلال مما يؤدي إلى فوات حقيقة الرضا في هذا العقد ، ثم إن فيه غرراً أيضاً لا يدري البائع هل يتم البيع الثاني أو لا .

واختلف في تفسير الشرطين في بيع : فقيل : هو أن يقول : بعته هذا نقداً بكذا ،

(١) المغني : ٢٢٢/٤ وما بعدها ، الموافقات للشاطبي : ٣١١/٢ .

(٢) أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجه ، ورواه أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (عبد الله بن عمرو بن العاص) قال الترمذي : « حديث حسن صحيح » واختصره ابن ماجه ، فذكر منه : « ربح مالم يضمن ، وبيع ماليس عندك » فقط . والمراد بربح مالم يضمن : أنه لا يجوز أن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها ، مثل : أن يشتري سلعة ويبيعها إلى آخر قبل قبضها من البائع الأول ، فهذا البيع باطل ، وربحه لا يجوز ، لأن المبيع في ضمان البائع الأول ، وليس في ضمان المشتري (انظر نصب الرأية : ١٧٤ ، نيل الأوطار : ١٧٩/٥) .

وبكذا نسيئة . وقيل : هو أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة ولا يهبها .
وقيل : هو أن يقول : « بعتك هذه السلعة بكذا على أن تبيعني السلعة الفلانية
بكذا »^(١) .

وبهذا يظهر أن البيعتين في بيعة والشرطين في بيع واحد بمعنى واحد . وقد
اختلف العلماء في حكمه .

فقال الحنفية : البيع فاسد ؛ لأن الثمن مجهول ، لما فيه من تعليق وإيهام دون أن
يستقر الثمن على شيء : هل حالاً أو مؤجلاً . فلو رفع الإيهام وقبل على إحدى
الصورتين ، صح العقد^(٢) .

وقال الشافعية والحنابلة : إن هذا العقد باطل ؛ لأنه من بيوع الغرر بسبب
الجهالة ، لأنه لم يجرم البائع ببيع واحد ، فأشبهه مالو قال : بعتك هذا أو هذا ، ولأن
الثمن مجهول ، فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، ولأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم ،
فلم يصح كما لو قال : بعتك أحد منازل^(٣) .

وقال مالك : يصح هذا البيع ، ويكون من باب الخيار ، فيذهب العقد على
إحدى الحالتين ، وهو محمول على أنه جرى بينها بعدئذ ما يجري في العقد ، فكأن
المشتري قال : أنا أخذه بالنسيئة بكذا ، فقال : خذه ، أو قد رضيت ، ونحو ذلك
فيكون عقداً كافياً^(٤) .

(١) المنتقى على الموطأ : ٣٦/٥ ، نيل الأوطار : ١٥١/٥ وما بعدها ، سبل السلام : ١٦٣/٣ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٥٨/٥ ، رد المحتار : ٣٠٤/٤ .

(٣) المهذب : ٢٦٧/١ ، مغني المحتاج : ٣١/٢ ، المغني : ٢٣٤/٤ .

(٤) بداية المجتهد : ١٥٣/٢ ، المنتقى على الموطأ : ٣٧/٥ . قال ابن جزى في القوانين : ص ٢٥٧ : « البيعتان في

بيعة : هو أن يبيع مثنوياً واحداً بأحد ثمنين مختلفين ، أو يبيع أحد مثنوين بثن واحد ، فالأول أن يقول :
بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو بعشرين إلى أجل على أن البيع قد لزم في أحدهما . والثاني : أن يقول :
بعتك أحد هذين الثوبين بكذا على أن البيع قد لزم في أحدهما » وقد عدَّ ابن جزى هذا النوع من أنواع بيوع
الغرر العشرة المنوعة .

٩- بيع الأتباع والأوصاف مقصوداً :

إذا كان الشيء تبعاً لغيره ، فبيع مستقلاً عنه كبيع الألية من الشاة الحية والذراع والرأس ونحوهما ، وكبيع ذراع من ثوب ، فقال الحنفية : إن بيع اللحم في الشاة الحية ، أو الشحم الذي فيها ، أو أليتها ، أو أكارعها ، أو رأسها : كل هذا باطل لا ينعقد ؛ لأنه بيع لمعدوم ؛ لأن اللحم لا يصير لحمًا إلا بالذبح والسلخ .

ومثله بيع ياقوتة فإذا هي زجاج ، أو بيع قطعة جوخ ، فإذا هي قطن ، لا ينعقد البيع لأن المبيع معدوم .

وأما بيع ذراع من ثوب : فإن كان يضره التبعض ، كالثوب المهيأ للبس ، نحو القميص : كان العقد فاسداً ، لأن المبيع تبع لغيره ، ولا يمكن تسليبه إلا بضر لم يوجبه العقد يلحق بالبائع ، وهو قطع الثوب .

وكذا بيع جذع من سقف أو أجر من حائط يكون العقد فاسداً . فإن قطع البائع الذراع من الثوب أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري العقد ، وسلمه إلى المشتري : يعود العقد صحيحاً ، لزوال المفسد قبل نقض البيع ، فلو فعل ذلك بعد الفسخ : لا يجوز .

وإن كان المبيع لا يضره التبعض مثل بيع قفيز من صبرة أو بيع عشرة دراهم من نقره^(١) ونحوها ، جاز البيع ، لأنه ليس في التبعض ضرر ، وليس المبيع تبعاً لغيره أيضاً^(٢) .

١٠- بيع الشيء المملوك قبل قبضه من مالك آخر :

قال الحنفية : لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض ؛ لأن النبي ﷺ نهى

(١) النقرة : هي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة .

(٢) فتح القدير : ١٩٢/٤ ، البدائع : ١٣٩/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ١١٤/٤ .

عن بيع مالم يقبض^(١) والنهي يوجب فساد المنهي عنه ، ولأنه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، أي أنه يحتمل الهلاك فلا يدري المشتري هل يبقى المبيع أو يهلك قبل القبض ، فيبطل البيع الأول وينفسخ الثاني ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر^(٢) .

وأما العقار ، كالأراضي والدور ، فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً ، استدلالاً بعمومات البيع من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر واحد ، ولا غرر في العقار إذ لا يتوهم هلاك العقار ، ولا يخاف تغييره غالباً بعد وقوع البيع ، وقبل القبض ، أي أن تلف العقار غير محتمل فلا يتقرر الغرر^(٣) .
والخلاصة : أن العلة عند الحنفية في عدم جواز بيع الشيء قبل قبضه هي الغرر .

وقال المالكية : لا يجوز بيع الطعام^(٤) قبل القبض ربوياً كان أو غير ربوي ، لحديث ابن عباس وابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه »^(٥) وأما ما سوى ذلك أو بيع الطعام جزافاً فيجوز بيعه قبل قبضه لغلبة تغير الطعام ، بخلاف ما سواه ، وأخذاً بمفهوم الحديث السابق^(٦) .

والعلة في منع بيع الطعام قبل قبضه عند المالكية : هي أنه قد يتخذ البيع ذريعة للتوصل إلى ربا النسئة ، فهو شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ، فيحرم سداً للذرائع .

- (١) فيه أحاديث منها ما أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن زيد بن ثابت قال له : إن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع ، حتى يجوزها التجار إلى رحالمهم (وقد سبق ذكر بعض رواياته) .
- (٢) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وقد سبق تحريجه .
- (٣) المسوط : ٨/١٢ وما بعدها ، البدائع : ٢٣٤/٥ ، فتح القدير : ٢٦٤/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٤ .
- (٤) الطعام عندهم يشمل كل ما تجب فيه الزكاة من الحبوب والأدم بجميع أنواعها كالزيت والعلس ونحوها .
- (٥) حديث ابن عباس رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ، وحديث ابن عمر رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي (انظر جامع الأصول : ٢٨٢/١ ، مجمع الزوائد : ٩٨/٤ ، نيل الأوطار : ١٥٨/٥) .
- (٦) بداية المجتهد : ١٤٢/٢ وما بعدها ، المنتقى على الموطأ : ٢٧٩/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٨ ، ط فاس .

وقال الحنابلة: لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً (أي المقدرات) ، لسهولة قبض المكيل والموزون والمعدود عادة ، فلا يتعذر عليه القبض ، واستدلواً بمفهوم حديث الطعام السابق ، فإن تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة البيع فيما سواه ، ولم يصح غيره من الأحاديث . واشتراط الكيل أو الوزن أو العدد ، لأن المكيل والموزون والمعدود لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن أو العدد ، وقد نهى الرسول عليه السلام عن بيع مالم يضمن ، فالعلة في منع هذا البيع عند الحنابلة هي الغرر كالحنفية .

وأما ما عدا المكيل والموزون والمعدود أي غير المقدرات ، فيصح بيعه قبل قبضه^(١) .

وقال الشافعي ومحمد بن الحسن وزفر: لا يجوز بيع مالم يستقر ملكه عليه مطلقاً قبل قبضه ، عقاراً كان أو منقولاً ، لعموم النهي عن بيع مالم يقبض ، روى أحمد عن حكيم بن حزام رضي الله عنه ، قال : قلت : « يا رسول الله ، إني أشتري ييوعاً ، فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟ قال : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » وقال عليه السلام : « لا يحل سلف وبيع ، ولا ربح مالم يضمن^(٢) ولا يبيع مالم ليس عندك » وهذا من باب بيع مالم يضمن .

واستدلوا من طريق المعقول : وهو أنه بيع باطل لعدم القدرة على تسليم المبيع ، ولأن ملكه عليه غير مستقر ، لأنه ربما هلك ، فانفسخ العقد ، وفيه غرر من غير حاجة ، فلم يجوز^(٣) . فالعلة في منع البيع عند الشافعية هي الغرر كالحنفية .

ونحن نرجح أن الحكمة في النهي أصلاً عن بيع مالم يقبض : هي أن هذا البيع

(١) المغني : ١١٠/٤ ، ١١٣ ، وما بعدها .

(٢) قيل : معناه مالم يقبض ، لأن السلعة قبل تلفها ليست في ضمان المشتري ، إذا تلفت ، من مال البائع ، وقد سبق تخريج هذا الحديث وشرح « مالم يضمن » .

(٣) المهذب : ٢٦٤/١ ، الميزان : ٦٦/٢ ، مغني المحتاج : ٦٨/٢ .

يشبه الربا إذ أن المشتري إذا دفع دراهمه إلى البائع في سلعة ، ثم عمد إليها ، فباعها قبل أن يقبضها ، فكأنما دفع دراهمه واستفاد بها ربحاً بمجرد دفعها إلى البائع دون القيام بعمل ما ، وهذا شبيه بالربا^(١) ، ثم إن في هذا البيع غرراً ناشئاً عن عدم القدرة على التسليم . وبه تكون علة النهي عن بيع الشيء قبل قبضه هو مجموع ما ذكره فقهاء المذاهب .

١١- اشتراط الأجل في المبيع المعين والثن المعين : إذا اشترط الأجل لتسليم المبيع المعين أو الثمن المعين ، كان البيع فاسداً عند الحنفية ؛ لأن الأصل وجوب التسليم حال العقد ، بسبب أن البيع عقد معاوضة : تمليك بتلك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال ، فكان مغيراً مقتضى العقد ، فيوجب فساد العقد .

ولكن يجوز التأجيل في المبيع المؤجل وهو السلم ، بل لا يجوز بدون الأجل عند الحنفية ، وكذا يجوز التأجيل في الثمن الثابت ديناً في الذمة إن كان الأجل معلوماً ، لأن التأجيل يلائم الديون ، ولا يلائم الأعيان لمساس حاجة الناس إليه في الديون ، لا في الأعيان ، وذلك لتمكين صاحب الأجل من اكتساب الثمن في المدة المعينة ، ولا حاجة لهذا في الأعيان^(٢) .

١٢- البيع بشرط فاسد :

لإيضاحه نبين أنواع الشروط في البيوع :

الشروط في المبيعات ثلاثة أنواع :

شروط صحيح ، وشروط فاسد ، وشروط لغو باطل^(٣) .

(١) أصول البيوع المتنوعة : ص ٦٤ .

(٢) البدائع : ١٧٤/٥ ، رد المحتار : ٢٢/٥ .

(٣) انظر البدائع : ١٦٨/٥ - ١٧٢ ، المبسوط : ١٣/١٣ - ١٨ ، فتح القدير : ٢١٤/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ١٢٦/٤

وما بعدها ، عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء : ص ٢٧ .

آ- الشرط الصحيح : أي «المعتبر الملزم للمتعاقدين» أربعة أقسام :

١- ما يقتضيه العقد : كأن يشتري شخص شيئاً بشرط أن يسلم البائع المبيع ، أو يسلم المشتري الثمن ، أو بشرط أن يملك المبيع أو الثمن ، أو بشرط أن يحبس البائع المبيع حتى أداء جميع الثمن ، فهذه شروط تبين مقتضى العقد ، لأن ثبوت الملك ، والتسليم والتسلم ، وحبس المبيع من مقتضى المعاوضات ^(١) .

٢- ما ورد الشرع بجوازه : كشرط الأجل والخيار لأحد المتعاقدين ، فقد أثبت الشرع في وقائع عن النبي عليه الصلاة والسلام جواز التأجيل لمدة معلومة لحاجة الناس إليه ، لما فيه من المصلحة ، كما ثبت في الشرع جواز خيار الشرط في إمضاء البيع أو رده خلال مدة معلومة ، وهو قوله عليه السلام لحَبَّان بن مُنْقِد : «إذا بايعت فقل : لا خلاية ، ولي الخيار ثلاثة أيام» ^(٢) على ما سيأتي في الخيارات ، وهذا مقتضى الاستحسان . وأما مقتضى القياس فالشرط فاسد ، لكونه مخالفاً لمقتضى العقد : وهو ثبوت الملك في العوضين معاً في الحال .

٣- ما يلائم مقتضى العقد ، كالبيع بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين بالثمن ، فإن الكفالة والرهن : استيثاق بالثمن ، فيلائم البيع ويؤيد التسليم .

وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل ^(٣) لأن الكفيل أو الرهن إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً ، ثم هل الحوالة مثل الكفالة والرهن ؟

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٧١ .

(٢) هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرک عن ابن عمر بلفظ « بع ، وقل : لا خلاية » وفي لفظ عند البيهقي « إذا بايعت فقل : لا خلاية ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد » ورواه أيضاً البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والموطأ بلفظ « من بايعت فقل : لا خلاية » أي لا خديعة أي لا يحل لك خديعتي أو لا تلزمي خديعتك (انظر نصب الراية : ٦٤ ، جامع الأصول : ٤١٤/١ ، تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٨٢/٢) .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٧١ وما بعدها ، المبسوط : ١٨/١٣ .

إذا كان الرهن والكفيل مجهولين فسد البيع ، كأن يقول البائع : « أبيعك بشرط أن تعطيني رهناً بالثمن » ولم يسم شيئاً ولا أشار إليه أو يقول : « بشرط أن تعطيني كفيلاً بالثمن » ولم يسم إنساناً ولا أشار إلى إنسان ؛ لأن هذه جهالة تفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ؛ إذ أن معنى التوثق والتأكد بالحصول على الثمن بالرهن أو الكفالة لا يحصل إلا بالتسليم ، وذلك لا يتحقق في المجهول .

فإن اتفق المتعاقدان على تعيين رهن في مجلس البيع ، جاز البيع ، لأن المانع هو جهالة الرهن ، وقد زال ، فكأنه كان معلوماً معيناً من ابتداء الأمر ؛ لأن المجلس له حكم حالة واحدة .

وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن ، ولكن المشتري نقد الثمن ، جاز البيع أيضاً ، لأن المقصود من الرهن ، هو الوصول إلى الثمن ، وقد حصل ، فسقط اعتبار الوثيقة .

وإن افترق المتعاقدان عن المجلس تقرر الفساد ؛ لأن تمام القبول توقف على الرهن المشروط في العقد ، فإذا لم يوجد الرهن لم يوجد القبول معنى .

وأما إذا كان الرهن والكفالة معلومين بالإشارة أو بالتسمية ، فالقياس : ألا يجوز البيع ، وبه أخذ زفر ؛ لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً .

وفي الاستحسان : يجوز وهو الصحيح عند جمهور الحنفية ؛ لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة ، فهو موافق له معنى ، لأن الرهن والكفالة شرعاً توثيق للثمن ، فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منها مقرراً لمقتضى العقد معنى ، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن .

ويلاحظ أن جواز البيع استحساناً حالة اشتراط الكفالة مقيد بما إذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقبل ، أو كان غائباً ثم حضر في المجلس وقبل ، فكان كالو قبل عند العقد ، لأن مجلس العقد حكم العقد .

فأما إذا كان الكفيل غائباً، أو حاضراً ولم يقبل، أو قبل وهو غائب، لم تصح الكفالة؛ لأنه لم يحصل معنى التوثيق، فبقي الحكم على أصل القياس؛ لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل كان بسبب البيع، فيصير الكفيل بمنزلة المشتري إذا اشترطت الكفالة في البيع، ووجود المشتري في مجلس البيع شرط لصحة الإيجاب من البائع، فكذلك وجود الكفيل.

هذا بخلاف الرهن، فلا يشترط وجود المرهون في مجلس البيع؛ لأن تقديم الرهن يكون من المشتري، والمشتري حاضر وقد التزم الرهن، فالرهن صحيح.

وحيث إذا لم يسلم المشتري الرهن إلى البائع لا يثبت حكم الرهن؛ لأن ثبوت حكم الرهن متوقف على القبض، كما هو معروف في باب الرهن، فإن سلم الرهن تم العقد.

وإن امتنع المشتري عن تسليم الرهن يجبر عند زفر؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حقاً من حقوقه، والجبر على التسليم من حقوق عقد البيع، فيجبر عليه.

ولا يجبر عند جمهور الحنفية على التسليم؛ لأن الرهن عقد تبرع في الأصل، واشترطه في البيع لا يخرج عنه أن يكون تبرعاً، والجبر على التبرع ليس بمشروع، فلا يجبر عليه، وحيث يقال للمشتري: «إما أن تدفع الرهن أو قيمته، أو تدفع الثمن أو تفسخ البيع» لأن البائع ما رضي بوجوب الثمن في ذمة المشتري، إلا بوثيقة الرهن، فإن لم يفعل المشتري شيئاً من المذكور، فللبائع أن يفسخ البيع، لأنه فات غرضه.

الحوالة: شرط الحوالة إما من البائع أو من المشتري:

فإن شرط البائع في البيع أن يحيله المشتري بالثمن على غريم من غرمائه «أي مدين له» فهذا على حالتين:

أ- إن أحال بجميع الثمن : فالبيع فاسد ، لأنه يصير بائعاً بشرط أن يكون الثمن على غير المشتري ، وهو باطل ، لمخالفته لمقتضى العقد .

ب- وإن شرط عليه أن يحيل نصف الثمن على فلان ، فالبيع جائز إذا كان المحال عليه حاضراً وقبل الحوالة ، كما إذا باع شيئاً بألف ليرة على أن يكون نصفه على فلان وهو حاضر فقبل ، جاز ، أو كان المحال عليه غائباً ، ثم حضر في المجلس وقبل ، لأن المجلس العقد حكم العقد .

وإن شرط المشتري في البيع شرطاً هو « أن يحيل البائع على غريم من غرمائه بالثمن ليدفع له » أو باع البائع شيئاً بشرط « أن يضمن المشتري لغريم - دائن - من غرماء البائع الثمن » فالبيع فاسد^(١) لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد ، بل هو شرط فيه منفعة العاقد ، والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل ، إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيد ، والحوالة إبراء عن الثمن ، وإسقاط له ، فلم يكن ملائماً للعقد ، بخلاف الكفالة والرهن ، والضمان ليس بصفة للثمن ، بل هو شرط فيه منفعة العاقد .

٤- من الشروط الصحيحة : ما جرى به العرف : كشرء القفل على أن يسمّره البائع في الباب أو الحذاء على أن يخرزه البائع أو يضع له نعلاً ، وكشرء الساعة أو الغسالة أو الثلاجة أو المذياع بشرط أن يصلحها البائع لمدة سنة مثلاً إذا أصابها خلل ، فيجوز البيع استحساناً ، والقياس ألا يجوز وهو قول زفر .

وجه القياس : أن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، وأنه مفسد ، كما إذا اشترى قماشاً بشرط أن يخيّطه البائع له قيصاً ، ونحوه .

ووجه الاستحسان : أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع ، كما تعاملوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع .

(١) البدائع : ١٧٢/٥ .

ب- الشرط الفاسد: أو بتعبير أوضح: المفسد: وهو ما خرج عن الأقسام الأربعة السابقة أي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به الشرع ولا يتعارفه الناس، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع، أو قماشاً على أن يخيطةه البائع قيصاً، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً، أو يبيع شخص داراً على أن يسكنها البائع شهراً، ثم يسلمها إليه، أو أرضاً على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهراً، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً، أو على أن يهب له هبة ونحوها.

فالباع في هذا كله فاسد؛ لأن زيادة منفعة مشروطة في العقد تكون ربا؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وهو تفسير الربا.

والبيع الذي فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا، وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا^(١).

ج- الشرط اللغو أو الباطل:

وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، كأن يبيع شيئاً بشرط ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه، فالبيع جائز والشرط باطل على الصحيح عند الحنفية؛ لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد، فلا يوجب الفساد؛ لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا، بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، ولم توجد المنفعة في هذا الشرط، لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه، لكنه لا يؤثر في العقد، فيكون العقد جائزاً، والشرط باطلاً^(٢). ويلاحظ أن الحنفية اتفقوا على أنه لو ألحق المتعاقدان بالعقد الصحيح شرطاً صحيحاً كالتحيار الصحيح في البيع البات ونحوه يلتحق به.

(١) البدائع: ١٦٦/٥، المبسوط: ١٥/١٢، ١٨، رد المحتار: ١٢٦/٤، فتح القدير: ٢١٤/٥.

(٢) المبسوط، ١٥/١٢، البدائع: ١٧٠/٥، فتح القدير: ١١١/٥.

أما الشرط الفاسد : فقرانه بالعقد وإلحاقه به سواء عند أبي حنيفة ، حتى لو باع شخص يبعاً صحيحاً ، ثم ألحق به شيئاً من الشروط الفاسدة التي ذكرناها يلتحق به ، ويفسد العقد ؛ لأن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلاً ، والمحل قابلاً للعقد .

وقال صاحبان : لا يلتحق به ولا يفسد العقد ويلغو الشرط ؛ لأن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد ، فلا يصح فبقي العقد صحيحاً ، كما كان ؛ لأن العقد كلام لا بقاء له ، والاتحاق بالمعدوم لا يجوز ، فكان ينبغي ألا يصح الإلحاق أصلاً ، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعاً للحاجة إليه ، حتى صح قرانه بالعقد ، فيصح إلحاقه به^(١) .

والأصح هو قول صاحبين ، كما ذكر ابن عابدين تقياً عن جامع الفصولين^(٢) .

حكم البيع وشرط عند غير الحنفية :

من المعلوم أن البيع غير الصحيح عند غير الحنفية لافرق في أن يسمى فاسداً أم باطلاً ، فإذا لم يصح اقتران الشرط بالبيع أبطله أو أفسده ، والنتيجة فيهما سواء . والبيع بشرط هو الذي يسميه الفقهاء بيع الثنيا ، وقد اختلفوا في حكمه ، فقال الحنفية على التفصيل المذكور والشافعية عملاً بالحديث : البيع فاسد ، وقال الحنابلة : البيع صحيح والشرط صحيح ، ولم يأخذوا بالحديث ، وفي مذهب المالكية تفصيل .

أما تفصيل مذهب الشافعية فهو ما يأتي^(٣) : إذا شرط في البيع شرط فإن كان شرطاً يقتضيه العقد كتسليم المبيع والرد بالعيب ونحوهما ، صح العقد ، لأن الشرط المذكور مبين لما يقتضيه العقد . وكذلك يكون العقد صحيحاً إن شرط شرط

(١) البدائع : ١٧٦/٥ ، فتح القدير : ٢٢٧/٥ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار : ١٢٧/٤ .

(٣) مغني المحتاج : ٢١٧/٢ ، المهذب : ٢٦٥ ، ٢٦٥ .

لا يقتضيه العقد، ولكن فيه مصلحة لأحد العاقدين كالخيار والأجل والرهن والضمان أو الكفالة؛ لأن الشرع ورد بجوازه؛ ولأن الحاجة تدعو إليه.

فإن شرط ماسواه من الشروط التي تنافي مقتضى البيع كأن اشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع، أو لايهه، أو أن يبيعه شيئاً أو يقرضه مبلغاً من المال أو اشترط أن يسكن الدار مدة، أو اشترط المشتري على البائع أن يخيظ له الثوب الذي اشتراه منه، أو يحصد له الزرع الذي اشتراه منه، أو يحدوله قطعة الجلد التي اشتراها، ففي كل هذه الحالات يكون البيع باطلاً، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط^(١).

وقال الحنابلة^(٢): يبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد لأن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ماليس عندك»^(٣) والمراد بالشرطين: ماليسا من مصلحة العقد، كأن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله، فإن اشترط أحد هذه الأشياء، فالبيع جائز.

والشروط عندهم أربعة أقسام:

أحدها - ماهو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال فهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً معيناً، ولا يؤثر في العقد.

الثاني - ماتعلق به مصلحة لأحد العاقدين أو لكليهما، كالأجل والخيار والرهن والضمين أي الكفيل، والشهادة على البيع، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع،

(١) رواه عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه أبو حنيفة أيضاً.

(٢) المعنى: ٢٢٤/٤ - ٢٢٦، ٢٣٥، غاية المنتهى: ٢٢/٢ وما بعدها.

(٣) رواه أبو داود والترمذي من حديث عبد الله بن عمرو، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

هذا شرط جائز يلزم الوفاء به . قال ابن قدامة : ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً .

الثالث - مالمس من مقتضى العقد ، ولا من مصلحته ، ولا ينافي مقتضاه ، وهو نوعان :

أ - اشتراط منفعة للبائع في المبيع ، فإن كان شرطاً واحداً فلا بأس به كاشتراط المشتري على البائع أن يخطط له الثوب المشتري ، أو اشتراط حمل حزمة الحطب إلى موضع معلوم ، أو سكنى الدار مدة شهر مثلاً ، أو حملانه على الدابة إلى محل معين . والدليل على الجواز حديث جابر ، وهو أن النبي ﷺ اشترى من جابر بغيراً ، واشترط حملانه عليه إلى أهله في المدينة^(١) .

ب - أن يشترط عقد في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، للنهي عن بيعتين في بيعة .

الرابع - اشتراط ما ينافي مقتضى البيع ، مثل أن يشترط ألا يبيع المبيع أو ألا يهبه ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه ، ففي هذا روايتان عن أحمد ، أصحهما أن البيع صحيح ، والشرط باطل .

وقال المالكية : في المذهب تفصيل^(٢) :

فإن كان الشرط يقتضي منع المشتري من تصرف خاص أو عام ، فيبطل الشرط والبيع ، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع المبيع أو لا يهبه ، فلا يجوز لأنه من الثنيا^(٣) وقد

(١) هذا معنى الحديث ، وقد أخرج لفظه أحمد والشيخان عن جابر (راجع نيل الأوطار : ١٧٨/٥) .

(٢) راجع بداية المجتهد : ١٥٩/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٥/٣ .

(٣) الثنيا - بضم الثاء وسكون النون : الاستثناء في البيع نحو أن يبيع الرجل شيئاً ويستثنى بعضه ، فإن كان الذي استثناه معلوماً نحو أن يستثنى واحدة من الأشجار ، أو منزلاً من المنازل أو موضعاً معلوماً من الأرض ، صح الاتفاق على البيع ، وإن كان مجهولاً نحو أن يستثنى شيئاً غير معلوم لم يصح البيع .

نهى النبي ﷺ عن الثنيا في البيع إلا أن تعلم ، فإن أسقط هذا الشرط عن المشتري ،
جاز البيع ^(١) .

وإن اشترط البائع منفعة لنفسه كركوب الدابة ، أو سكنى الدار مدة معلومة
يسيرة كشهر وقيل : سنة ، جاز البيع والشرط ، عملاً بحديث جابر الآنف الذكر .

وإن اشترط البائع شرطاً يعود بخلل في الثمن ، فيجوز البيع ويبطل الشرط
مثل أن يشترط « إن لم يأت به بالثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما » . فإن قال البائع
للمشتري : « متى جئتك بالثمن رددت إلي المبيع » وهو المعروف ببيع الوفاء عند
الحنفية ، لم يجز البيع .

١٣ - بيع الثمار أو الزروع :

هذه الحالة تعرض كثيراً في الحياة العملية التجارية ، لهذا انفصل الكلام فيها :
أجمع العلماء على أن بيع الثمار قبل أن تخلق لا ينعقد ؛ لأنه من باب النهي عن
بيع مالم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة ^(٢) .
وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه « نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة »

(١) رواه النسائي والترمذي وصححه عن جابر (نيل الأوطار: ١٥١/٥) .

(٢) النهي عن بيع مالم يخلق داخل تحت النهي عن بيع مالم يخلق عند الإنسان ، وعن بيع جبل الحبلية ، وبيع الغرر
ونحوها ، وقد سبق تحريج أحاديثها . وأما النهي عن بيع السنين والمعاومة فهو مروى بعدة ألفاظ عن جابر بن
عبد الله عند البخاري ومسلم وأحمد وأبي داود والترمذي والنسائي ، ففي رواية للبخاري « نهى عن المحاقلة
والمزابنة والمعاومة والخابرة » وفي رواية أخرى « أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين » . معنى المحاقلة كما قال
صاحب القاموس : هو بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، أو يبيعه في سنبله ، أو المزارعة بالثلث أو الربع أو أقل أو
أكثر ، أو اكتراء الأرض بالحنطة . والمزابنة كما في الصحيحين : بيع رطب النخل بكيل من التمر ، أو بيع العنب
بالزبيب ، والمعاومة : هي بيع الشجر أوعاماً كثيرة ، وقيل : هي اكتراء الأرض سنين ، وكذلك بيع السنين : هو
أن يبيع ثمر النخلة لأكثر من سنة في عقد واحد ؛ لأنه بيع غرر ، لكونه بيع مالم يوجد ، والخابرة : كراء الأرض
أي إيجارها بالثلث والربع (انظر جامع الأصول: ٤٠٢/١ وما بعدها ، نيل الأوطار: ١٧٥/٥ ، مجمع الزوائد :
١٠٤/٤) .

وهو بيع الشجر أعواماً ، لأنه بيع المعدوم ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر ، والغرر كما عرفنا : هو ما انطوى عنه أمره ، وخفي عليه عاقبته ، ونوع الغرر : هو أن المبيع مجهول الوجود قد يظهر وقد لا يظهر ، ومجهول المقدار إن وجد .

وأما بيع الثمار بعد القطع أو الصرام ، فلا خلاف في جوازه .

وأما بيع الثمار على الشجر أو بيع الزرع في الأرض بعد أن يخلق ، فاختلف فيه العلماء : فقال الحنفية : إما أن يكون البيع قبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح بشرط القطع ، أو مطلقاً أو بشرط الترك .

أولاً- فإن كان البيع قبل بدو صلاح الزرع أو الثمر ، فهناك حالات :

١- إن كان بشرط القطع جاز ، ويجب القطع للحال ، إلا ياذن البائع .

٢- وإن كان البيع مطلقاً عن الشرط : جاز أيضاً عند الحنفية خلافاً للشافعي ومالك وأحمد ؛ لأن الترك ليس بمشروط نصاً ؛ إذ العقد مطلق عن الشرط أصلاً ، فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل ، خصوصاً إذا كان في التقييد فساد العقد . وجواز بيعه على الصحيح عند الحنفية لأنه مال منتفع به ولو علفاً للدواب ، وإن لم يكن منتفعاً به في الحال عند الإنسان .

٣- وإن كان بشرط الترك فالعقد فاسد باتفاق علماء الحنفية ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ؛ وهو المشتري ولا يلائم العقد ، ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع كما لو اشترى حنطة بشرط أن يتركها في دار البائع شهراً ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجر والأرض ، وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شرطاً للإعارة ، فكان شرطه صفقة في صفقة ، وهذا منهي عنه كما عرفنا . ثم إنه مشتمل على الغرر إذ لا يدري المشتري هل يبقى الثمر أم تصيبه آفة فيهلك ، فعلة فساد البيع إذاً ثلاثة أمور : فيه غرر ، وشرط فاسد ، وصفقة في صفقة .

ثانياً - وأما إن كان البيع بعد بدو الصلاح :

١- فإن باع بشرط القطع جاز .

٢- وكذا إن باع مطلقاً عن الشرط يجوز أيضاً كما قدمنا .

٣- وإن باع بشرط الترك ، فإن لم يتناه عظمه ، فالبيع فاسد بلا خلاف ، كما بينا في الحالة الثالثة السابقة .

وإن تنهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن شرط الترك فيه منفعة للمشتري ، والعقد لا يقتضيه ، ولا يلائمه ، كما إذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً . وقال محمد : يجوز استحساناً لتعارف الناس وتعاطيهم بذلك^(١) . والجواز عنده ليس لتعامل الناس شرط الترك في المبيع ، وإنما التعامل بالمساحة بالترك من غير شرط في عقد البيع . قال في الدر المختار : وبه يفتى أي بقول محمد .

حكم ترك الثمار بعد بدو الصلاح حالة الشراء مطلقاً :

لو اشترى الشخص مطلقاً عن شرط ، فترك الثمار حتى نضجت ، ففيه تفصيل :

أ- إن كان قد تنهى عظمه ، ولم يبق إلا النضج : لم يتصدق المشتري بشيء سواء ترك بإذن البائع أو بغير إذنه ، لأنه لا يزداد بعد التناهي ، وإنما يتغير إلى حال النضج . وأما الزرع فالنماء فيه يكون للمشتري طيباً ، حتى وإن تركه بغير إذن البائع لأنه نماء ملك المشتري ؛ لأن الساق ملكه ، حتى يكون التبن له بخلاف الشجرة .

ب- وإن لم يتناه عظمه ينظر : إن كان الترك بإذن البائع ، جاز وطاب له الفضل . وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد على ما كان عند العقد ؛ لأن الزيادة

(١) المسبوط : ١٦٥/١٢ ، البدائع : ١٧٣/٥ ، فتح القدير : ١٠٢/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٤٠٠/٤ ، الأموال ونظرية العقد : ص ٣٠٧ وما بعدها .

حصلت بسبب محذور، فأوجب خبثاً فيها، فكان سبيلها التصدُّق^(١).

حكم الثمرة المتجددة في مدة الترك غير المشروطة: إذا أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى، فهي للبائع سواء أكان الترك ياذنه أم بغير إذنه، لأنه نماء ملك البائع، فيكون له، ولو حللها له البائع جاز.

وإن اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده، بحيث لا يمكن التمييز بينهما ينظر:

إن كان ذلك قبل أن يخلي البائع بين المشتري والثار، بطل البيع، كما قرر الكاساني في البدائع؛ لأن المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط، للجهالة وتعذر التمييز.

وإن كان بعد التخلية لم يبطل البيع؛ لأن التخلية قبض، ويتم البيع، والثمرة تكون بينهما، لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطاً لا يمكن التمييز بينهما، فكان الكل مشتركاً بينهما، والقول في مقدار الزيادة قول المشتري، لأنه صاحب يد لوجود التخلية^(٢). هذا هو مذهب الحنفية في بيع الثار أو الزروع.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إن بدا صلاح الثمر جاز بيعه مطلقاً أو بشرط القطع أو بشرط الترك على الشجر.

أما قبل بدو الصلاح فإن كان البيع بشرط الترك أو البقاء فلا يصح إجماعاً؛ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع»^(٣) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا

(١) البدائع، المرجع السابق.

(٢) البدائع، المرجع السابق.

(٣) رواه الشيخان وأبو داود والنسائي والترمذي والموطأ عن ابن عمر (انظر جامع الأصول: ٢٨٩/١).

الحديث ، وذلك لأن له خطر المعدوم ^(١) .

وإن كان البيع بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع أيضاً؛ لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة فيها ، قبل أخذها ، بدليل ما روى أنس « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو ، فقلنا لأنس ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفّر ، قال : رأيت إذا منع الله الثمرة ، لم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » ^(٢) وهذا مأمون فيما يقطع في الحال ، فصح بيعه ، كما لو بدا صلاحه . قال ابن رشد : بما أن العلة في النهي هو خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهي ، لم يحمل العلماء النهي في هذا على الإطلاق : أعني النهي عن البيع قبل الإزهاء ، بل رأوا أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع .

واستدلوا على عدم جواز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال بحديث ابن عمر وهو : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو » ^(٣) ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » ^(٤) قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به .

وأما إذا كان البيع قبل بدو الصلاح مطلقاً دون اشتراط تبقية ولا قطع ، فالبيع باطل ، لأن النبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح « الزهو » ، فيدخل فيه محل النزاع . وإطلاق العقد يقتضي التبقية ، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف ، والمتعارف هو الترك ، بدليل سياق الحديث ، فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية ، يتناولها النهي جميعاً ، ويصح التعليل بالعلة التي علل بها النبي ﷺ من

(١) يلاحظ أن هذا الإجماع المدعى محل نظر ، فقد أجاز البيع بشرط الترك يزيد بن أبي حبيب واللخمي من المالكية (بداية المجتهد : ١٤٨/٢ ، المنتقى على الموطأ : ٢١٨/٤) .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ والنسائي (انظر جامع الأصول : ٢٩٠/١) .

(٣) زها النخل يزهو : إذا ظهرت ثمرته ، وروي « حتى يزهي » يقال : أزهى البسر : إذا احمر أو اصفر .

(٤) أخرجه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه عن ابن عمر (نصب الراية : ٥/٤) .

منع الثمرة وهلاكها . ويدل الحديث أيضاً على أن ما بعد الغاية : « حتى يبدو صلاحها » بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهي يتناول البيع المطلق عن شرط التبقية^(١) .

والخلاصة كما قال صاحب فتح القدير^(٢) : لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ، ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح ، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح .

ورجح ابن عابدين في رسالته نشر العرف جواز بيع الثمار مطلقاً قبل بدو الصلاح أو بعده إذا جرى العرف بترك ذلك ؛ لأن الشرط الفاسد إذا جرى به العرف صار صحيحاً ويصح العقد معه استحساناً^(٣) .

وبدو الصلاح أو الإزهاء في المشهور عند الجمهور : هو ظهور الحمرة أو الصفرة في ثمر النخل ، وظهور الماء الحلو ، واللين ، والاصفرار في ثمرة الكرم . وفيما عدا ذلك أن يبدو النضج ، أي أن العبرة فيما يتلون : هو أن يأخذ في الحمرة أو السواد أو الصفرة ، كالبلح والعناب والمشمش والإجاص . وفيما لا يتلون : العبرة بظهور مبادئ النضج والحلاوة بأن يتموه « أي يبدو فيه الماء الحلو » ويلين ويصفر لونه ، وفي الحبوب والزرور يعتبر اشتدادها^(٤) . والدليل على هذا : أن النبي ﷺ « نهى عن بيع الثمر ، حتى يطيب »^(٥) ونهى أيضاً عن بيع الثمار حتى تزهو ، قيل : وما زهوها ؟ قال :

(١) المنتقى على الموطأ : ٢١٨/٤ ، بداية المجتهد : ١٤٨/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٦١ ، مغني المحتاج : ٨٦/٣ ، ٨٩ ، المغني : ٨٠/٤ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٦٩/٢ .

(٢) فتح القدير : ١٠٢/٥ .

(٣) نشر العرف : ص ٣٨ ، رسالة العرف والعادة للأستاذ الشيخ فهمي أبي سنة : ص ١٤٠ .

(٤) المنتقى على الموطأ : ٢١٧/٤ ، بداية المجتهد : ١٥٠/٢ القوانين الفقهية : ص ٢٦١ ، تكملة المجموع : ٣٥١/١١ ، ٣٦٠ ، مغني المحتاج : ٩١/٢ ، المغني : ٨٧/٤ ، ٨٩ ، غاية المنتهى : ٧٠/٢ .

(٥) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله .

تحمّر وتصفر^(١)، ونهى عن بيع العنب حتى يسود^(٢)، وقال الحنفية: بدو الصلاح: أن تؤمن العاهة والفساد^(٣) أي أن الحنفية اعتبروا مجرد ظهور الثمرة، والجمهور اعتبروا ظهور النضج وبدو الحلاوة في الثمار، وفي الحب والزرع اشتدادهما.

وينظر في بدو الصلاح إلى كل نوع أو صنف على حدة من أنواع الثمار عند الحنفية. وقال الشافعية والحنابلة في أظهر الروايتين عندهم: ينظر إلى كل صنف على حدة وفي بستان واحد، فلا يصح بيع الرمان مثلاً إن بدا صلاح العنب، ولا بيع عنب في بستان إن بدا الصلاح في بستان آخر، إذ أن الجنس الواحد لا يتبع جنساً آخر، والبساتين تختلف في إبان نضوجها حسب موقعها الجغرافي.

وقال المالكية: إن بدا الصلاح في صنف من أصناف الثمار، جاز بيع جميع ما في البساتين المجاورة. ولا يجوز بيع صنف لم يبد صلاحه يبدو صلاح صنف آخر.

وقال الظاهرية: إذا بدا الصلاح في صنف من أصناف الثمار في بستان واحد جاز بيع جميع أصناف الثمار الأخرى بشرط كون البيع صفقة واحدة ما عدا النخل والعنب، فلا يجوز بيع شيء من ثمارها إلا بعد الإزهاء أو ظهور الطيب بالسواد أو بغيره لورود نص خاص بهما^(٤).

بيع الثمار المتلاحقة الظهور أو المقائي والمباطخ^(٥):

إذا بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح ولو بعضه، وكان يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود كتين، وقتاء، وموز، وورد، وبطيخ، وباذنجان، وخيار، وقرع،

(١) رواه البخاري ومسلم والموطأ والنسائي عن أنس .

(٢) رواه أصحاب السنن ما عدا النسائي عن أنس (انظر تخريج هذه الأحاديث في جامع الأصول : ٣٩٠/١ وما بعدها ، نيل الأوطار : ١٧٣/٥) .

(٣) رد المحتار : ٤٠/٤ .

(٤) المراجع السابقة ، المحلى : ٥٣٠/٨ وما بعدها .

(٥) المقائي جمع مقثاة : وهو موضع زراعة القثاء . والمباطخ - جمع مبطخة : وهو موضع زراعة البطيخ .

فقال الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإباضية : يجوز بيع ما ظهر منها من الخارج الأول . وأما بيع ما ظهر وما لم يظهر ، فلا يجوز ، لأن العقد اشتمل على معلوم ومجهول ، قد لا يخرج الله تعالى من الشجرة . ولا يصح أيضاً البيع ، لعدم القدرة على تسليم المبيع ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق .

إلا أن الحنفية يقولون فيما لا يجوز : إن البيع فاسد^(١) . وغيرهم يقولون : إنه باطل . وهناك قول ثان عند الحنفية بجواز هذا البيع ؛ لأن الناس اعتادوا بيع الثمار على هذه الصفة ، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج وضيق . وقد رجح ابن عابدين هذا القول وأخذت به مجلة الأحكام الشرعية .

وقال المالكية وابن تيمية وابن القيم والشيعة الامامية وهو الراجح عند متأخري الحنفية : يصح البيع عملاً بحسن الظن بالله تعالى وبمساحة الإنسان لأخيه بجزء من الثمن المقابل للذي يخرج الله تعالى من الثمرة ، ولجريان العرف وعادة الناس به ، ولأن ذلك يشق تمييزه ، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر ، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا^(٢) . ونحن نرجح هذا الرأي لمسارته متطلبات الحياة

(١) البدائع : ١٧٣/٥ وما بعدها ، تكملة المجموع : ٣٥٩/١١ ، مغني المحتاج : ٩٢/٢ ، المغني : ٩٠/٤ ، غاية المنتهى : ٦٨/٢ ، البحر الزخار : ٣١٧/٢ ، شرح النيل : ٧٢/٤ وما بعدها ، حاشية الشلبي على الزيلعي : ١٢/٤ ، المحلى : ٤٧١/٨ ، رد المحتار : ٤٠/٤ ، رسائل ابن عابدين : ١٣٩/٢ ، قال ابن عابدين في حاشية رد المحتار (المكان المذكور) : لا يخفى تحقق الضرورة لهذا البيع في زماننا ، ولا سيما في مثل دمشق الشام كثيرة الأشجار والثمار ، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج ، ويلزم تحريم أكل الثمار في هذه البلدان ، إذ لا تباع إلا كذلك ، والنبي ﷺ إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المدوم ، فحيث تحققت الضرورة هنا أيضاً أمكن الحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فلم يكن مصادماً للنص ، فلذا جعلوه من الاستحسان ، لأن القياس عدم الجواز ، وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز ، ولذا أورد له الرواية عن محمد ، بل تقدم أن الحلواني رواه عن أصحابنا ، وما ضاق الأمر إلا اتسع ، ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية .

(٢) بداية المجتهد : ١٥٦ ص ٢ ، بلغة السالك : ٧٩ ص ٢ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢١٩ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦١ ، المختصر النافع : ص ١٥٤ ، أعلام الموقعين : ١٢ ص ٢ .

الواقعية واعتياد الناس لهذا البيع وحاجتهم إليه ، وإلا أدى منعه إلى منازعات لا تنتهي .

بيع الخنطة في سنبلها :

قال الحنفية : يجوز بيع الخنطة في سنبلها والباقلا في قشره ، وكذا الأرز والسمسم ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير^(١) .

وكذلك قال المالكية والحنابلة والظاهرية : يجوز بيع الحب في سنبله ، ولا يجوز بيع الخنطة في سنبلها دون السنبل ، لأنه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته . ودليلهم الحديث السابق ، والمعقول : وهو أنه إذا اشتد الحب بدا صلاحه ، فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها ، وإذا اشتد شيء من الحب جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه ، كالشجرة إذا بدا الصلاح في شيء منها^(٢) .

وقال الشافعية في الأصح عندهم : ما لا يرى حبه كالخنطة والعدس والسمسم في السنبل لا يصح بيعه وإن اشتد دون سنبله لاستتاره ، ولا يبيعه مع السنبل ؛ لأن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه ، فلا يصح قياساً على بيع الخنطة في تبناها بعد الدياس ، فإنه لا يصح قطعاً ، ولأنه من باب الغرر ، وأما حديث : « نهى الرسول ﷺ عن بيع السنبل حتى يبيض » أي يشتد ، فهو محمول على الشعير ونحوه جمعاً بين الدليلين . والأرز كالشعير ، والذرة بارزة الحبات كالشعير ، وأما المستورة بكام فكالخنطة^(٣) .

(١) فتح القدير : ١٠٦ ص ٥ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢٢٠ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٥١ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٦ ، المغني : ٤ ص ٨٢ ، المحلى : ٨ ص ٣٩٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٩٠ ، المجموع للنووي : ٩ ص ٣٣٨ ، وما بعدها .

حكم البيع الفاسد :

سنذكر حكم البيع الفاسد وما يلحق به من الكلام في التصرف بالمبيع ، وفسخ المشتري شراء فاسداً ، والزيادة في المبيع بيعاً فاسداً .

للبيع الفاسد عند الحنفية أحكام^(١) ، منها : أن البيع ينعقد بقيمة المبيع أو بالمثل ، لا بالثمن المسمى ، ويفيد الملك في المبيع بالقبض ؛ لأن ذكر الثمن المرغوب كالتحريم مثلاً ، أو إدخال شرط فاسد ، أو وجود الجهالة في الثمن ونحوها ، دليل على أن غرض المتعاقدين البيع ، فينعقد بيعاً بقيمة المبيع باعتبار أن القيمة هي الواجب الأصلي في المبيعات ؛ لأنها مثل المبيع في المالية . ويكون المبيع بيع فاسد مضموناً في يد المشتري يلزمه مثله إن كان مثلياً ، والقيمة إن كان قيمياً .

والدليل على أن البيع الفاسد منعقد يفيد الملك : هو أن ركن البيع « وهو مبادلة مال بمال » صدر من أهله مضافاً إلى محله ، فوجب القول بانعقاده ، وإنما المحذور ليس لمعنى في ذات المنهي عنه ، وإنما لما يجاور البيع ، كما في البيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة ، فكان ذكر هذه الشروط لا يصح ، فالتحقق ذكرها بالعدم أي فكأنها لم تذكر .

وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يتقرر الفساد ، لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض وجب تسليم الثمن ، وتسليم المبيع ، فيتقرر الفساد ، وهو لا يجوز ؛ لأن الفساد واجب الإزالة والرفع شرعاً .

وعند جمهور الفقهاء : لا ينعقد البيع الفاسد ، ولا يفيد الملك أصلاً ، وإن قبض المشتري المبيع ؛ لأن المحذور لا يكون طريقاً إلى الملك ، ولأن النهي عن البيع الفاسد يقتضي عدم المشروعية ، وغير المشروع لا يفيد حكماً شرعياً .

(١) المبسوط للسرخسي : ١٣ ص ٢٣ ، البدائع : ص ٢٠٤ ، فتح القدير والعناية : ص ٢٢٧ وما بعدها ، رد المحتار : ص ١٢٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٦ .

ويشترط في البيع الفاسد لإفادة الملك عند الحنفية شرطان :

١- القبض : فلا يثبت الملك قبل القبض ، لأنه واجب الفسخ رفعا للفساد ، وفي التسليم تقرير الفساد ، كما بينا .

٢- أن يكون القبض بإذن البائع : فإن قبض بغير إذنه أصلا لا يثبت الملك ، وذلك بأن نهى عن القبض أو قبض بغير محض منه من غير إذنه .

فإن لم ينهه عن القبض ولا أذن له في القبض صريحا ، فقبضه في مجلس العقد بحضرة البائع : ففي المشهور من الروايات عن الحنفية أن الملك لا يثبت . وذكر محمد في الزيادات أنه يثبت الملك ، وهو الصحيح كما قال المرغيناني ، لأن ذلك إذن منه بالقبض دلالة ، كما في باب الهبة إذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب ، فلم ينهه ، صح قبضه ، ولأن البيع تسليط من البائع على القبض ، فإذا قبضه المشتري بحضرة البائع ، كان بحكم التسليط السابق .

ووجه الرواية التي سماها صاحب الإيضاح مشهورة : هو أن العقد الفاسد ليس فيه تسليط على القبض ، لوجود المانع من القبض ، لأن في قبض المبيع تقرير الفساد ، فكان الإذن بالقبض إذنا بما فيه تقرير الفساد ، بخلاف الهبة لمانع فيها من القبض ، وحينئذ فلا سبيل إلى إثبات الإذن بطريق الدلالة^(١) .

التصرف في المشتري شراء فاسداً :

من أحكام البيع الفاسد : أن المشتري بعد قبض المبيع يملك التصرفات الناقلة للملكية التي تتعلق بعين الشيء ، وتكون نافذة مثل البيع والهبة والصدقة والرهن والإجارة ؛ لأن هذه التصرفات تزيل حق الانتفاع بالحرام ، ولكن الصحيح عند

(١) البدائع : ص ٣٠٤ ، فتح القدير : ص ٢٣٠

الحنفية أن هذه التصرفات تكون مكروهة لأنه يجب فسخ العقد الفاسد لحق الشرع ، وفي هذه التصرفات إبطال أو تأخير لحق الفسخ ، فتكره .

وأما التصرفات التي تتعلق بعين الشيء ، في الانتفاع بالعين كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار ، فلا تباح للمشتري شراء فاسداً ؛ لأن الثابت بالبيع الفاسد ملك خبيث ، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع ، لأنه واجب الرفع والبطلان ، وهذا هو الصحيح عند الحنفية^(١) .

ما يبطل حق الفسخ :

١- التصرف الواقع على المشتري شراءً فاسداً :

من المعروف أن الملك الثابت في البيع الفاسد ملك غير لازم ، بل هو مستحق الفسخ ، ويحق لكل من العاقدين قبل القبض فسخ العقد من غير رضا الآخر ، كيفما كان الفساد ، كما يحق لهما الفسخ بعد القبض إذا كان الفساد راجعاً إلى العوض ، كأن يكون الثمن خمرأً أو خنزيراً .

وإن لم يكن الفساد راجعاً إلى العوض بعد القبض كالبيع بشرط منفعة زائدة لأحد العاقدين أو إلى أجل مجهول ، فلكل واحد من العاقدين الفسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن العقد في نفسه غير لازم . وفي قول محمد : حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير ؛ لأن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بإزالة المفسد وإسقاطه^(٢) .

هذا بالنسبة لأصل التصرف الفاسد ، فهل يبطل حق الفسخ بسبب التصرف الواقع بعد القبض على المشتري شراءً فاسداً ؟ فيه تفصيل^(٣) .

(١) فتح القدير : ص ٢٢٢ ، البدائع : ص ٣٠٤ .

(٢) البدائع : ص ٣٠٠ ، فتح القدير : ص ٢٢١ .

(٣) البدائع : ص ٣٠١ وما بعدها .

١ - إن كان التصرف مزيلاً للملك من كل وجه كالبيع والهبة والإعتاق ، فلا يفسخ (أي أن حق الفسخ في البيع الفاسد يبطل) وعلى المشتري القيمة أو المثل ، لأنه تصرف في محل مملوك له ، فنفذ تصرفه .

٢ - وإن كان تصرفاً مزيلاً للملك من وجه ، أو ليس مزيلاً للملك :

آ- فإن كان تصرفاً لا يحتمل الفسخ ومثلوا له بالتدبير والاستيلاء والكتابة^(١) فإنه يبطل الفسخ .

ب- وإن كان التصرف يحتمل الفسخ ، كالإجارة فإنه يفسخ ، فلو أجر رجل الشيء ، حق للمالك الأول فسخ الإجارة ، ثم يفسخ البيع بسبب الفساد ؛ لأن الإجارة وإن كانت عقداً لازماً ، إلا أنها تفسخ بالعذر ، ولا عذر أقوى من رفع الفساد .

ولو أوصى شخص بالمبيع بيعاً فاسداً ، صحت الوصية ، ويجوز فسخها مادام الموصي حياً ؛ لأن الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصي .

فلومات الموصي قبل الفسخ ، سقط حق الفسخ ؛ لأن الملك انتقل إلى الموصي له ، كما ينتقل بالبيع .

ويلاحظ أن حق الفسخ يورث ، فلومات المشتري شراء فاسداً فورثه الورثة ، فيحق للبائع الفسخ ، وكذا الورثة ؛ لأن الوارث يقوم مقام الميت في حق الفسخ ، وكذا يحق لورثة البائع إن مات أن يطالب ورثته باسترداد المبيع .

٢- الزيادة في المبيع بيعاً فاسداً :

إذا حدثت زيادة في المبيع بيعاً فاسداً ، فيما أن تكون زيادة منفصلة أو متصلة :

(١) هذه التصرفات تزيل الملك من وجه إذ أنها تؤول بالعبد إلى الحرية بعد الموت في التدبير والاستيلاء ، أو بعد تنفيذ مقتضى عقد الكتابة بوفاء الالتزام المالي .

١- الزيادة المتصلة : الزيادة المتصلة إما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة .

أ- فإن كانت متولدة من الأصل كالسمن والجمال ، فلا تمتنع الفسخ ؛ لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة ، والأصل مضمون الرد ، فكذلك التبعية ، كما في الغصب .

ب- وإن كانت غير متولدة من الأصل كخلط الدقيق بالسمن أو العسل ، فإنها تمتنع الفسخ لأنه لو فسخ إما أن يفسخ على الأصل وحده أو على الأصل والزيادة معاً ، ولا سبيل إلى الأول لتعذر الفصل ، ولا سبيل إلى الثاني ؛ لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع ، لأصلاً ولا تبعاً ، فلا تدخل تحت الفسخ .

٢- الزيادة المنفصلة : هذه الزيادة أيضاً إما متولدة من الأصل أو غير متولدة منه .

أ- فإن كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثرثرة ، فلا تمتنع حق الفسخ ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة تابعة للأصل ، لكونها متولدة منه ، والأصل مضمون الرد ، فكذلك الزيادة ، كما هو المقرر في حالة الغصب . ويلاحظ أن الأرش^(١) يعد من هذا القسم ؛ لأنه بدل جزء فائت من الأصل حقيقة كالتولد من الأصل .

ب- وإن كانت غير متولدة ، كالهبة والصدقة والكسب ، فإنها لا تمتنع الرد ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة ، لأنها حصلت على ملكه ، إلا أنها لا تطيب له ، لأنها لم تحدث في ضمانه ، بل في ضمان المشتري .

والخلاصة : أن الزيادة المتصلة غير المتولدة : هي التي تبطل حق الفسخ فقط دون غيرها من أنواع الزيادة . ولا تضمن الزيادة بالهلاك ، وتضمن بالاستهلاك .

(١) الأرش : هو العوض المالي الذي يقدر شرعاً ، ويجب على الجاني في غير النفس والأعضاء ، فإذا كان العوض عن النفس أو العضو فيسمى دية .

وكذلك الزيادة بالصنع تبطل حق الفسخ : وهي أن يحدث المشتري في المبيع بيعاً فاسداً صنفاً ، لو فعله الغاصب في المغصوب يصير ملكاً له ، كما إذا كان المبيع قطناً ، فغزله ، أو غزلاً فنسجه ، أو حنطة فطحنها ، أو سمماً أو عنباً فعصره ، أو ساحة فبنى عليها ، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحوها ؛ إذ القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ؛ لأن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ، ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه ، فكل ما يبطل حق المالك في الغصب يبطله في البيع . وحينئذ يلزم المشتري بدفع قيمة الشيء المبيع يوم القبض ، كما في الغصب^(١) .

وعلى هذا فليس للبائع المطالبة بنقض البناء الذي بناه المشتري في الأرض المبيعة بيعاً فاسداً ، وإنما على المشتري قيمتها ، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه .

وقال الصحابان : لا يبطل حق الفسخ حينئذ ، وللبائع أن ينقض البناء ويقلع الغرس كما في الغصب ، إذا بنى على الأرض المغصوبة لا يبطل حق المالك في الأرض .

ودليل أبي حنيفة : أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام ، وقد حصل البناء أو الغرس بتسليط من البائع ؛ لأن المبيع صار ملكاً للمشتري وفي النقص ضرر كبير ، فلا ينقض البناء ، ولا يقلع الغرس ، كما في تصرف البيع والهبة ، بخلاف الغاصب ، لأنه لم يوجد التسليط على البناء^(٢) .

وأما نقصان المبيع بيعاً فاسداً فلا يمنع البائع من الاسترداد ، سواء حصل النقص بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ، فإن حصل بفعل أجنبي ، فالبائع بالخيار : إن شاء أخذ قيمة النقص من المشتري ، والمشتري يرجع به على الجاني ، وإن شاء طالب الجاني وهو لا يرجع على المشتري^(٣) .

(١) البدائع : ص ٣٠٢ وما بعدها ، رد المختار : ص ١٣٧ ، مجمع الضمانات : ص ٢١٦ .

(٢) فتح القدير : ص ٣٠٢ وما بعدها ، رد المختار : ص ١٣٧ ، البدائع : ص ٣٠٤ .

(٣) البدائع : ص ٣٠٣ .

خلاصة البيوع المنوعة في الإسلام

البيوع المنوعة أو المنهي عنها في الإسلام كثيرة، لافرق فيها عند الجمهور بين باطل وفساد، وفرق الحنفية بينهما، كما بينا، وقد عرفنا طائفة من هذه البيوع، نذكر هنا أهمها بالنظر إلى سبب الخلل الذي صاحبها، وهو أنواع أربعة:

بسبب أهلية العاقد، وبسبب الصيغة، وبسبب المعقود عليه أو محل التعاقد، وبسبب اقتران العقد بوصف أو شرط أو نهي شرعي.

أولاً- البيوع المنوعة بسبب أهلية العاقد:

اتفق الفقهاء على أنه يصح البيع من كل بالغ عاقل مختار مطلق التصرف غير محجور عليه لحق نفسه كالسفيه أو لحق غيره كالمدين. وأما من لا يصح بيعه فهو ما يأتي:

١- بيع المجنون: لا يصح بالاتفاق، لانعدام الأهلية، ومثله المغمى عليه والسكران والمخدر.

٢- بيع الصبي: لا يصح بيع غير المميز اتفاقاً إلا في الشيء اليسير، وأما المميز فلا يصح بيعه عند الشافعية لعدم الأهلية، ويصح بيعه موقوفاً على إذن وليه أو إجازته عند الحنفية والمالكية والحنابلة، فإذا أجز صار نافذاً، إذ لا يمكن اختباره إلا بتفويض التصرف إليه بالبيع والشراء، عملاً بالآية: ﴿وابتلوا اليتامى...﴾.

٣- بيع الأعمى إذا وصف له المبيع صحيح عند الجمهور، لوجود الرضا، باطل غير صحيح عند الشافعية لقصوره في إدراك الجيد والرديء، فيكون المعقود عليه في حقه مجهولاً.

٤- بيع المكره: موقوف غير نافذ كالفضولي على التحقيق عند الحنفية، فإذا أجزه المكره بعد زوال الإكراه نفذ. وغير لازم في رأي المالكية، فيكون له الخيار

بين فسخ العقد وإمضائه ، وغير صحيح في مذهبي الشافعية والحنابلة لعدم توافر الرضا عند إبرام العقد .

٥- بيع الفضولي : صحيح موقوف على إجازة المالك الحقيقي في رأي الحنفية والمالكية ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق . ولا يصح أصلاً عند الشافعية والحنابلة ، للنهي عن بيع ما لم يملكه الإنسان ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

٦- بيع المحجور عليه بسبب السفه أو الإفلاس أو المرض : أما السفه المبذر فبيعه موقوف عند الحنفية والمالكية وفي الراجح لدى الحنابلة ، ولا يصح في رأي الشافعية لعدم أهليته ، وعدم اعتبار كلامه .

وأما المفلس بسبب الحكم عليه بالإفلاس لحق الدائنين الغرماء فتصرفه بالبيع موقوف عند الحنفية والمالكية ، غير صحيح لدى الشافعية والحنابلة .

وأما المريض مرض الموت : فتبرعاته عند الجمهور غير المالكية نافذة في حدود ثلث التركة ، موقوفة في الزائد عن الثلث على إجازة الورثة . ولا ينفذ تبرعه من الثلث في مذهب المالكية في المنقول ، وينفذ من العقار كدار وأرض وشجر ونحوها مما لا يخشى تغييره .

٧- بيع المُلجأ : وهو المضطر إلى البيع لتهديب أمواله من وجه ظالم . ويبيعه فاسد عند الحنفية ، باطل عند الحنابلة .

ثانياً- البيوع الممنوعة بسبب الصيغة :

يصح البيع بالاتفاق بتراضي العاقدين ، وتوافق الإيجاب والقبول فيما يجب التراضي عليه من مبيع وثن وغيرهما ، وكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد دون أن يحدث بينهما فاصل . ولا يصح البيع في حالات ، منها ما يأتي :

١- بيع المعاطاة : المعاطاة : أن يتفق العاقدان على ثمن ومثن ، ويعطيا من غير

إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما. وهو بيع صحيح عند الجمهور؛ لأن البيع ينعقد بكل ما يدل على الرضا بتبادل الملك في الأموال، سواء بالصيغة المعبرة عن الإرادة صراحة من إيجاب وقبول، أم بما يدل على الرضا عرفاً، اعتباراً بعرف الناس واحتراماً لعاداتهم السائدة فيما بينهم، ما لم تصادم نصاً من نصوص الشرع. فيصح البيع باللفظ أو الإشارة أو غيرها، مادام يدل على المقصود من العلم بتراضي العاقدين، ولم يثبت اشتراط لفظ، فيرجع للعرف كسائر الألفاظ المطلقة. ولا ينعقد البيع بالمعاطاة عند الشافعية^(١)، بل لا بد من الإيجاب والقبول في كل عقد بيعاً وإجارة ورهنأ وهبة ونحوها؛ لأن اسم البيع لا يقع عليه، ولعدم توافر الدليل الظاهر المطلوب شرعاً الدال على الرضا؛ لأن البيع منوط بالرضا، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ولقوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض»^(٢) والرضا أمر خفي لا يطلع عليه، فأنيط الحكم بسبب ظاهر، وهو الصيغة، فلا ينعقد بالمعاطاة، إذ الفعل لا يدل بوضعه، فيكون المقبوض بالمعاطاة كالمقبوض ببيع فاسد، فيطالب كل عاقد صاحبه بما دفع إليه إن بقي، وببذله إن تلف.

وأجاز بعض الشافعية كابن سريج والرويانى المعاطاة في المحقرات: وهي ما جرت العادة فيها بالمعاطاة، كرطل خبز، وحزمة بقل. وقال بعضهم: كل من وسم بالبيع، اكتفي منه بالمعاطاة، كالعامي والتاجر، وكل من لم يعرف بذلك لا يصح منه إلا باللفظ. وقال النووي في المجموع: وأما إذا كان يأخذ من البياع ويحاسبه بعد مدة ويعطيه، كما يفعل كثير من الناس، فإنه باطل بلا خلاف؛ لأنه ليس ببيع لفظي ولا معاطاة. وصح النووي المعاطاة، فقال: المختار والراجح

(١) مفني المحتاج: ٣/٢ وما بعدها، المهذب: ١/٢٥٧.

(٢) صححه ابن حبان.

دليلاً للصحة؛ لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ، فوجب الرجوع إلى العرف، كغيره من الألفاظ^(١).

٢- البيع بالمراسلة أو بواسطة رسول: يصح اتفاقاً، ويكون مجلس التعاقد هو مجلس بلوغ الرسالة من العاقد الأول إلى العاقد الثاني، فإن تم القبول بعد هذا المجلس لم ينعقد العقد.

٣- بيع الأخرس بالإشارة المفهومة أو الكتابة: صحيح اتفاقاً، كالنطق من الناطق، للضرورة؛ لأن ذلك يدل على ما في فؤاده، كما يدل عليه النطق من الناطق، فإن لم تكن له إشارة مفهومة ولا يحسن الكتابة لم يصح عقده.

٤- البيع مع غائب عن مجلس العقد: لا يصح اتفاقاً؛ لأن اتحاد المجلس شرط لانعقاد البيع.

٥- البيع مع عدم تطابق القبول والايجاب: لا يصح اتفاقاً، إلا إذا كانت المخالفة إلى خير، كزيادة المشتري على الثمن المتفق عليه، يصح بها العقد عند الحنفية، ولا يصح عند الشافعية.

٦- البيع غير المنجز: وهو المعلق على شرط أو المضاف لوقت في المستقبل: فاسد عند الحنفية، باطل عند الجمهور.

ثالثاً- البيوع الممنوعة بسبب المعقود عليه (محل التعاقد):

المعقود عليه بالمعنى الأعم: هو المال المبذول من كلا المتعاقدين، ويسمى أحد البديلين مبيعاً، ويسمى الآخر ثمناً.

وقد اتفق الفقهاء على صحة البيع إذا كان المعقود عليه مالاً متقوماً محرراً

(١) الأشباه للسيوطي: ص ٨٩.

موجوداً ، مقدوراً على تسليمه ، معلوماً للعاقدين ، لم يتعلق به حق الغير ، ولم ينه عنه الشرع . واختلفوا في صفة بعض البيوع المنهي عنها على النحو التالي :

١- بيع المدوم أو ماله خطر العدم ، كبيع المضامين (ما في أصلاب الذكور) والملاقيح (ما في أصلاب الإناث) وحبل الحبلية (نتاج النتاج) : باطل لا ينعقد باتفاق أئمة المذاهب الأربعة ، للنهي عنه في الأحاديث الصحيحة .

٢- بيع معجوز التسليم ، كالطير في الهواء والسمك في الماء ، باطل لا ينعقد باتفاق المذاهب ، للنهي الثابت عنه في السنة .

٣- بيع الدين نسيئة وهو بيع الكالئ بالكالئ : باطل اتفاقاً ، للنهي عنه شرعاً . وبيع الدين للمدين في الحال جائز اتفاقاً ، وبيع الدين لغير المدين في الحال باطل عند الحنفية والحنابلة والظاهرية ، جائز في المذاهب الأخرى .

٤- بيع الغرر غير اليسير : وهو غير المتحقق الموجود ، لا يصح اتفاقاً للنهي عنه ، لكن منه ما هو باطل اتفاقاً كبيع الملاقيح والمضامين وحبل الحبلية ، ومنه ما هو فاسد في اصطلاح الحنفية باطل عند غيرهم : وهو بيع ضربة القانص والغائص والمزابنة (بيع الرطب على النخل ، والعنب على الكرمة بثمر مقطوع ، بالحزر والتخمين) والمحاقلة (بيع الحنطة في سنبلها بمثلها بالحزر والتخمين) والملامسة (تنجيز البيع بمجرد اللمس) والمنابذة (إبرام البيع بمجرد نبذ المبيع إلى المشتري أو بنبذ أحد المبيعات) وبيع الحصة (ما تقع عليه الحصة) ، وبيع المجهول من أصناف متعددة أكثر من ثلاثة . قال ابن جزري المالكي^(١) : الغرر الممنوع عشرة أنواع :

النوع الأول- تعذر التسليم كالبعير الشارد ، ومنه بيع الجنين في البطن دون بيع أمه ، وكذلك استثناءؤه في بطن أمه ، وكذلك بيع ما لم يخلق كبيع حبل الحبلية : وهو

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ وما بعدها .

نتاج ما تنتج الناقة، وبيع المضامين : وهي ما في ظهور الفحول .

النوع الثاني- الجهل بجنس الثن أو المثلون : كقوله : بعتك ما في كمي .

النوع الثالث- الجهل بصفة أحدهما ، كقوله : بعتك ثوباً من منزلي ، أو بيع الشيء من غير تقليب ولا وصف .

النوع الرابع- الجهل بمقدار المبيع أو الثن ، مثل الثاني : بعته منك بسعر اليوم ، أو بما يبيع الناس ، أو بما يقول فلان إلا يبيع الجزاف يجوز . ومثال الأول : لا يجوز بيع القمح في سنبله للجهل به ، ويجوز بيعه مع سنبله ، خلافاً للشافعي ، وكذلك لا يجوز بيعه في تبته ، ويجوز بيعه مع تبته ، ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز في القشر الأعلى ، خلافاً للشافعي .

النوع الخامس- الجهل بالأجل : مثل بعته إلى قدوم زيد أو إلى موت عمرو ، ويجوز أن يقول : إلى الحصاد ، أو إلى معظم الدراس أو إلى شهر كذا ، ويحمل على وسطه .

النوع السادس- بيعتان في بيعة : وهو أن يبيع مبيعاً واحداً بأحد ثمنين مختلفين ، أو يبيع أحد مبيعين بثن واحد ، فالأول : أن يقول : بعته هذا الثوب بعشرة نقداً ، أو بعشرين ، إلى أجل ، على أن البيع قد لزم في أحدهما . والثاني- أن يقول : بعته أحد هذين الثوبين بكذا ، على أن البيع قد لزم في أحدهما .

النوع السابع- بيع ما لا ترجى سلامته ، كالريض في السباق .

النوع الثامن- بيع الحصى : وهو أن يكون بيده حصى ، فإذا سقطت وجب البيع .

النوع التاسع- بيع المنابذة : وهو أن ينبذ أحدهما ثوبه إلى الآخر ، وينبذ الآخر ثوبه إليه ، فيجب البيع بذلك .

النوع العاشر- بيع الملامسة : وهو أن يمس الثوب ، فيلزمه البيع بلمسه ، وإن لم يتبينه . وحاصل هذه الأنواع يرجع إلى بيع معجوز التسليم ، وبيع المجهول ، وبيع الأشياء المحتملة ، وبيع الحصى وبيع المنابذة وبيع الملامسة .

٥- بيع النجس والمنتجس : لا يصح اتفاقاً بيع النجس كالحجر والخنزير والميتة والدم ، ولا يصح عند الجمهور أيضاً بيع المنتجس الذي لا يمكن تطهيره كالسمن والزيت والعسل الذي وقعت فيه نجاسة كفأرة مثلاً . وأجاز المالكية الاستصباح وعمل الصابون بالزيت النجس ، وأباح الحنفية بيع المنتجس لغير الأكل كالذبغ والدهان والاستضاءة به في غير المسجد ، ما عدا دهن الميتة ، فإنه لا يحل الانتفاع به ، تنزهاً عن فعل اليهود ، حينما حرمت عليهم الميتة أذابوها وباعوها وأكلوا ثمنها . وكذلك بيع المعازف (آلات الطرب) لا يصح في رأي الجمهور للنهي عن الانتفاع بها ، وأجاز الظاهرية وبعض المالكية بيعها ، للأحاديث الثابتة الدالة على جواز ضرب الدف ونحوه .

٦- بيع الماء : يجوز عند الجمهور من أئمة المذاهب الأربعة بيع الماء المملوك ، أو المحرز في الأواني ، أو ماء العين أو البئر . وقال الظاهرية : لا يحل بيع الماء مطلقاً . واتفق العلماء على أنه لا يصح بيع الماء المباح أي الماء العام المشترك بين الناس ؛ لأن الناس شركاء فيه وفي النار والكلاً والملح .

٧- بيع المجهول : البيع المشتل على جهالة فاحشة في المبيع أو الثمن أو الأجل أو نوع المرهون أو الكفيل فاسد عند الحنفية ، باطل في رأي الجمهور ؛ لأنه يفضي إلى النزاع والخلاف .

٨- بيع الشيء الغائب عن المجلس أو غير المرئي : يصح في رأي الحنفية من غير رؤية ولا وصف ، وللمشتري الخيار عند الرؤية ، ويصح في رأي المالكية على الصفة ، ويثبت فيه خيار الرؤية . ولا يصح مطلقاً عند الشافعية ، والحنابلة في الأظهر .

لكن اشترط المالكية^(١) في البيع على الصفة خمسة شروط :

الأول- أن يكون بعيداً جداً كالأندلس وأفريقية .

الثاني- ألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد .

الثالث- أن يصفه غير البائع .

الرابع- أن يحرص الأوصاف المقصودة كلها .

الخامس- ألا ينقد ثمنه بشرط من البائع إلا في المأمون التغير كالعقار . ويجوز النقد من غير شرط .

ثم إن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وإن خرج على خلاف ذلك ، فلمشتري الخيار .

ويجوز بيع ما في الأعدال من الثياب على وصف البرنامج^(٢) ، بخلاف الثوب المطوي دون تقليب ونشر .

٩- بيع الشيء قبل القبض : لا يجوز في رأي الحنفية بيع المنقول قبل القبض ، للنهي عنه ، ويجوز بيع العقار قبل القبض ؛ لأنه مأمون التغير غالباً . ولا يجوز إطلاقاً في رأي الشافعية ، لعموم النهي : « نهى النبي ﷺ أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم »^(٣) . وخصص المالكية المنع في الطعام ، سواء أكان ربوياً أو غير ربوي . وخصص الحنابلة المنع في الطعام المكييل أو الموزون أو المعدود ، لحديث : « إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه »^(٤) .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ .

(٢) وهو بيع الغائب بلا وصف لنوعه وجنسه ، ويجوز بشرطين : إثبات خيار الرؤية للمشتري ، وعدم دفع الثمن للبائع . والبرنامج : الورقة المكتوب فيها ما في الوعاء .

(٣) رواه أبو داود والدارقطني عن زيد بن ثابت (نيل الأوطار : ١٥٧ / ٥) .

(٤) رواه أحمد ومسلم عن جابر (المرجع السابق) .

١٠- بيع الثار أو الزروع : باطل لا ينعقد اتفاقاً إذا كان قبل أن تخلق ؛ لأنه معدوم . أما بعد أن تخلق : فإن كان قبل بدو الصلاح بشرط الترك أو الإبقاء ، فلا يصح إجماعاً ، والبيع فاسد عند الحنفية ، باطل عند الجمهور . وإن كان بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع ، وهو صحيح عند الحنفية إذا كان البيع مطلقاً عن الشرط ، غير صحيح عند الجمهور .

وإن كان بعد بدو الصلاح ، جاز بيعه على المفتي به عند الحنفية من رأي محمد بن الحسن ولو بشرط الترك إن تنهى عظمه ، ويفسد إن لم يتناه عظمه . ويجوز بيعه مطلقاً ولو بشرط الترك في رأي الجمهور .

رابعاً- البيوع الممنوعة بسبب وصف أو شرط أو نهي شرعي :

يصح البيع اتفاقاً إذا اكتملت أركانها وشروطه ، ولم يكن مشتتاً على صفة ضارة بالمجتمع ، أو شرط مخالف لمقتضى العقد ، أو لاعتبارات أخرى خارجة عن العقد ، كما في الحالات التالية :

١- بيع العُربون : لا يجوز عند الجمهور للنهي عنه في السنة ، ويعد فاسداً عند الحنفية ، باطلاً عند المالكية والشافعية إن كان على ألا يرد البائع العربون إلى المشتري ، إذا لم يتم البيع بينهما . فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع ، فهو جائز . وهو جائز لأبس به عند الحنابلة ؛ لأن النبي ﷺ أحله ، لكن لم يثبت حديث كل من الفريقين .

٢- بيع العينة : وهو أن يظهر العاقدان فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز ، فينع ويقع باطلاً في رأي المالكية والحنابلة ، للتهمة سداً للذرائع . وهو فاسد في رأي أبي حنيفة إن خلا من توسط شخص ثالث ، وصحيح مع الكراهة في رأي الشافعية والظاهرية .

وبيع العينة ثلاثة أنواع^(١) :

الأول- أن يقول رجل لآخر: اشتر لي سلعة بكذا، وأربحك فيها كذا، مثل أن يقول: اشترها بعشرة، وأعطيك فيها خمسة عشر، إلى أجل، فإن هذا يؤول في رأي الإمام مالك إلى الربا؛ لأن مذهب مالك النظر إلى ماخرج عن اليد، ودخل فيه، ويلغي الوسائط، فكأن هذا الرجل أعطى لأحد عشرة دنانير، وأخذ منه خمسة عشر ديناراً إلى أجل، والسلعة واسطة ملغاة.

الثاني- لو قال: اشتر لي سلعة، وأنا أربحك فيها، ولم يسم الثمن، فهذا مكروه، وليس بحرام في مذهب مالك.

الثالث- أن يطلب السلعة عنده فلا يجدها، ثم يشتريها الآخر من غير أمره، ويقول: قد اشترت السلعة التي طلبت مني، فاشترها مني إن شئت، فيجوز أن يبيعها نقداً أو نسيئةً بمثل ما اشتراها به أو أقل أو أكثر.

٣- بيع الربا: ربا النسيئة وربا الفضل فاسد عند الحنفية، باطل عند الجمهور للنهي الثابت عنه في القرآن والسنة النبوية معاً.

٤- البيع بثن محرم كالخمر والخنزير: فاسد عند الحنفية فينقصد بالقيمة، باطل عند الجمهور؛ لأن النبي ﷺ - في حديث البخاري ومسلم- حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

٥- بيع حاضر لباد^(٢) من الذين لا يعرفون الأسعار، وقيل: لكل وارد على مكان وإن كان من مدينة، وهذا هو المقصود الحقيقي من نهي الشرع. وهو بيع حرام لا يجوز للنهي عنه، وعلّة النهي نبه عليها ﷺ بقوله: «دعوا الناس يرزق الله

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٥٨.

(٢) الحاضر: ساكن الحضرة أو المدن، والبادي: ساكن البادية. والحاضر: خلاف البادي.

بعضهم من بعض»^(١) وذلك رفقاً بأهل البلد ، فالشارع لاحظ مصلحة الجماعة وقدمها على مصلحة الواحد ، ومنع أيضاً الضرر بأهل السوق في انفراد المتلقي عنهم في الرخص وقطع الموارد عنهم ، وصورته : أن يجيء البلد غريب بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال ، فيأتيه الحاضر ، فيقول : ضعه عندي لأبيعه لك على التدرج بأعلى من هذا السعر . وللفقهاء تخصيصات لعموم هذا النهي^(٢) ، فقالت الحنفية : إنه يختص المنع (أي كراهة التحريم) من ذلك بزمن الغلاء وبما يحتاج إليه أهل المصر .

وقال الشافعية والحنابلة : إن الممنوع إنما هو أن يجيء البلد بسلعة من يريد بيعها بسعر الوقت في الحال ، فيأتيه الحاضر ، فيقول : ضعه عندي لأبيعه لك على التدرج بأعلى من هذا السعر . قال ابن حجر في الفتح : جعلوا الحكم منوطاً بالبادي ومن شاركه في معناه ، وإنما ذكر البادي في الحديث لكونه الغالب ، فألحق به من شاركه في عدم معرفة السعر من الحاضرين .

وجعلت المالكية البداوة قيداً . وعن مالك : لا يلتحق بالبدوي في ذلك إلا من كان يشبهه ، فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع والأسواق ، فليسوا داخلين في ذلك . وحكم هذا البيع فاسد ويجوز فسخه عند المالكية كالنجش ، وصحيح عند الحنفية ، وفيه الخيار عند الشافعية والحنابلة .

٦ - تلقي الركبان : أي الذين يجلبون إلى البلد أرزاق العباد للبيع ، سواء أكانوا ركباناً أم مشاة ، جماعة أم واحداً . والتلقي محرم ، وقال الحنفية : مكروه تحريماً ، للنهي الوارد فيه : « لا تلقوا الركبان ، ولا يبع حاضر لباد »^(٣) وقد خرج الحديث مخرج الغالب في أن الجالب يكون عدداً ، ويكون الجالب في الغالب راكباً .

(١) روى الجماعة إلا البخاري عن جابر أن النبي ﷺ قال : « لا يبيع حاضر لباد ، دعا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » (نيل الأوطار : ١٦٤ / ٥) .

(٢) نيل الأوطار : ١٦٤ / ٥ .

(٣) رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس .

وقد اختلف العلماء في هذا النهي : هل يقتضي الفساد أم لا ، فقيل : يقتضي الفساد ، وقيل : لا يقتضي ذلك ، وهو الظاهر ؛ لأن النهي ههنا لأمر خارج وهو لا يقتضيه ، كما تقرر في الأصول ، ولقوله ﷺ : « فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق »^(١) قال ابن تيمية في منتقى الأخبار : وفيه دليل على صحة البيع . فالراجح أن هذا البيع وبيع الحاضر للبادي صحيح غير فاسد ، وهو رأي الحنفية ، ويثبت فيه خيار الغبن عند الحنابلة والشافعية ، ولا يجوز لحق أهل الأسواق ويكون فاسداً عند المالكية .

٧- بيع النجش : قال الشافعي : النجش : أن تحضر السلعة تباع ، فيعطي بها الشيء ، وهو لا يريد شراءها ليقبدي به السوّم ، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون ، لو لم يسمعوا سومه .

فالنجش في الشرع : الزيادة في السلعة ، ويقع ذلك بمواطأة البائع ، فيشتركان في الإثم . وبعبارة أخرى : الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لاليتها ، بل ليغير بذلك غيره . وسمي النجش في السلعة ناجشاً ؛ لأنه يثير الرغبة فيها ويرفع ثمنها . وقد أجمع العلماء على أن النجش عاص بذلك .

وأما حكم البيع فمختلف فيه : فقال الظاهرية بأنه فاسد . وقال المالكية والحنابلة في المشهور عندهم : البيع صحيح ويثبت فيه الخيار للمشتري ، إذا غبن فيه غبناً غير معتاد .

وقال الحنفية ، والشافعية في الأصح : البيع صحيح مع الإثم ، فهو مكروه تحريماً عند الحنفية ، حرام عند الشافعية لكن لا يكره النجش عند الحنفية إلا إذا زاد المبيع عن قيمته الحققة ، فإن لم يكن بلغ القيمة فزاد لا يريد الشراء فجائز ، ولا بأس ؛ لأنه

(١) رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة .

عون على العدالة . وأما بيع المزايدة أو المزاد العلني وهو البيع من يزيد فجائز ليس من المنهي عنه .

٨- البيع وقت النداء لصلاة الجمعة من حين يصعد الإمام على المنبر إلى أن تنقضي الصلاة ، وعند الحنفية : من الأذان الأول .

وهو مكروه تحريماً عند الحنفية ، صحيح حرام عند الشافعية ، ويفسخ في المشهور عند المالكية ، ولا يصح أصلاً عند الحنابلة .

٩- بيع العنب لعاصر الخمر : صحيح في الظاهر مكروه عند الحنفية والشافعية ، لاستيفاء العقد شروطه وأركانه الشرعية ، والإثم بسبب النية الفاسدة أو الباعث غير المشروع . ومثله بيع السيف لمن يقتل به غيره ظمناً ، وبيع الشبكة لمن يصطاد في الحرم ، وبيع الخشب لمن يتخذ منه الملاهي .

وهو باطل في رأي المالكية والحنابلة سداً للذرائع ، مثل بيع السلاح في الفتنة أو لقطع الطريق ، وبيع العينة المتخذ وسيلة للربا ؛ لأن ما يتوصل به إلى الحرام حرام ، ولو بالقصد أو النية .

١٠- بيع الأم دون ولدها الصغير أو يبعه دونها : لا يجوز حتى يستغني الولد ، بسبب التفريق بينهما ، وقد نهى النبي ﷺ عن التفريق بين المحارم ، فقال : « من فرق بين والدته وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة »^(١) وأجاز المالكية التفريق بين الولد وبين والده ، لكن ورد النهي عن ذلك أيضاً : « لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالد وولده ، وبين الأخ وأخيه »^(٢) فهذا إن صح أولى بالعمل .

وحكم البيع الأول أنه فاسد لا ينعقد في رأي الجمهور . وقال أبو حنيفة : إنه ينعقد البيع .

(١) رواه أحمد والترمذي عن أبي أيوب لكن في إسناده مختلف فيه (نيل الأوطار: ٥ / ١٦٦) .

(٢) رواه ابن ماجه والدارقطني عن أبي موسى (المرجع السابق) وإسناده لأبأس به .

١١ - بيع الإنسان على بيع أخيه : صورته : أن يكون قد وقع البيع بالخيار ، فيأتي في مدة الخيار رجل ، فيقول للمشتري : افسخ هذا البيع ، وأنا أبيعك مثله بأرخص من ثمنه ، أو أحسن منه . والشراء على الشراء : هو أن يقول للبائع في مدة الخيار : افسخ البيع ، وأنا أشتريه منك بأكثر من هذا الثمن . والسوم على السوم : أن يكون قد اتفق مالك السلعة والراغب فيها على البيع ، ولم يعقدها ، فيقول آخر للبائع : أنا أشتريه منك بأكثر ، بعد أن كانا قد اتفقا على الثمن .

وقد أجمع العلماء على تحريم هذه الصور كلها ، وأن فاعلها عاص^(١) ؛ للحديث : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه »^(٢) أي في الدين ، وهذا في رأي أكثر العلماء خرج مخرج الغالب ، فلا اعتبار لمفهومه ، وأنه يحرم أيضاً على بيع الكافر . وأما حكم البيع المذكور فختلف فيه : فذهب الحنفية والشافعية إلى صحته مع الإثم . وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فساده ، ولكن في رأي المالكية : بعد الركون والتقارب^(٣) .

١٢ - البيع وشرط : وهو الذي يسميه الفقهاء بيع الثنيا ، وللفقهاء تفصيل في حكمه .

فقال الحنفية ، يفسد البيع بالشرط الفاسد : وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به الشرع ، ولا يتعارفه الناس ، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كأن يشتري شخص قماشاً على أن يخيطه البائع قميصاً . ويصح العقد ويلغو الشرط الباطل : وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين ، كأن يبيع إنسان شيئاً بشرط ألا يبيعه المشتري أو لآبيه .

وقال المالكية : يبطل البيع والشرط ، إن اقتضى الشرط منع المشتري من

(١) سبل السلام : ٢٣/٤ .

(٢) رواد أحمد عن ابن عمر (نيل الأوطار : ١٦٧/٥) وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٥٩ .

تصرف عام أو خاص ، خلافاً للحنفية في الشرط الباطل . ويجوز البيع والشرط إن اشترط البائع منفعة نفسه ، خلافاً للحنفية أيضاً في الشرط الفاسد . ويجوز البيع ويبطل الشرط إن عاد الشرط بخلل في الثمن ، مثل : « إن لم تأت بالثمن إلى ثلاثة أيام ، فلا بيع بيننا » فإن قال البائع : « متى جئتك بالثمن ، رددت إلي المبيع » لم يجز ، وهو المعروف عند الحنفية ببيع الوفاء .

ورأى الشافعية : أنه يصح العقد والشرط إن كان فيه مصلحة لأحد العاقدين كالخيار والأجل والرهن والكفالة . ويبطل البيع إن كان الشرط منافياً مقتضى العقد ، مثل ألا يبيع المبيع أو لا يهبه ، وهذا موافق للمالكية .

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يبطل البيع بشرط واحد فيه منفعة لأحد العاقدين ، ويبطل بالشرطين ، لقول النبي ﷺ : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ماليس عندك »^(١) .

وبناء عليه أجمع العلماء على أنه لا يجوز اشتراط السلف من أحد المتبايعين ، إذا عزم مشرطه عليه ، فإن أسقطه جاز البيع عند المالكية ، ولم يجز عند الجمهور .

١٣ - الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة عقود : وهي الجعالة ، والصراف ، والمساقاة ، والشركة ، والنكاح ، والقراض (المضاربة) : هو فاسد ممنوع في المشهور عند المالكية .

وأجازه أشهب ، ونقل ابن جزى^(٢) أن ذلك وفاق للشافعي وأبي حنيفة .

وأجاز المالكية الجمع بين البيع والإجارة ، وبين البيعتين في البيعة ويكون هذا من باب الخيار . ومنع الجمهور ذلك ، واعتبر الحنفية البيع فاسداً ، والشافعية والحنابلة اعتبروه باطلاً .

(١) رواه أبو داود والترمذي عن عبد الله بن عمرو .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٦٠ .

البيوع الفاسدة أو الباطلة عند المالكية^(١):

الباطل أو الفاسد في البيع يكون من خمسة أوجه وهي: ما يرجع إلى المتعاقدين، وما يرجع إلى الثمن وإلى المثلون، ويعرف ذلك في بيان الأركان، وما يرجع إلى الغرر، وما يرجع إلى الربا، والخامس - سائر البيوع المنهي عنها وهي عشرة:

- ١ - بيع الطعام قبل قبضه .
- ٢ - بيع العينة .
- ٣ - بيع العربون .
- ٤ - بيع حاضر لباد .
- ٥ - تلقي السلعة على بعد ميل (١٨٤٨ م) .
- ٦ - بيع الإنسان على بيع أخيه .
- ٧ - البيع يوم الجمعة .
- ٨ - بيع الأم دون ولدها الصغير أو بيعه دونها .
- ٩ - بيع وشرط (بيع الثنيا) .
- ١٠ - الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة عقود وهي (الجعالة ، والصرف ، والمساقاة ، والشركة ، والنكاح ، والقراض) .

البيوع الباطلة لدى الشافعية^(٢):

هي كثيرة، أهمها واحد وثلاثون وهي:

- ١ - بيع مالم يقبض إلا في ميراث وموصى به ورزق سلطان عين لمستحق في بيت

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٥٧-٢٦٠، بداية المجتهد: ١٢٥/٢، ١٤٦ وما بعدها، ١٥٨-١٦٨.

(٢) تحفة الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري: ص ١٥٢-١٥٨، حاشية الشرقاوي: ٥٠/٢-٦٤.

المال قدر حصته أو أقل ، وغنمية ، ووقف ، وموهوب استرجع ، وصيد في شبكة ونحوها ، ومُسَلَّم فيه ، ومكترى ومشارك ومال قراض ، ومرهون بعد انفكاكه .

٢- بيع ما عَجَزَ عن تسليمه حالاً ، كالطير في الهواء ، إلا في ستة أشياء وهي :
إجارة ، وسَلَم ، وغلة كثيرة لا يمكن كيلها إلا في زمن طويل ، ومغصوب أو أبق لقادر عليه ، وعيّن من منقول أو عقار ببلد آخر أو نحوه ، فيصح البيع في كل منها وإن عجز عن تسليمه في الحال ؛ لأن المشتري يصل إلى غرضه فيها .

٣- بيع حَبَلِ الحَبَلَةِ : كأن يقول : إذا نُتجت هذه الناقة ، ثم نتجت التي في بطنها فقد بعتك ولدها ، أو بأن يشتري شيئاً بثمن مؤجل بنتاج ناقة معينة ، ثم نتاج ما في بطنها .

٤- بيع المضامين : وهي ما في أصلاب الفحول .

٥- وبيع الملاقيح : وهي ما في بطون الإناث .

٦- بيع بشرط إلا بشرط رَهْن أو كفيل أو إسهاد أو خيار ، أو أجل ، أو إعتاق ، أو براءة من العيوب ، فيبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه ، أو نقل المبيع من مكان البائع ، أو قطع الثار ، أو تبقيتها بعد الصلاح ، أو بشرط وصف يُقصد ككون الآلة الكتابة تكتب بلغات معينة ، أو بشرط ألا يُسَلَّم البائع المبيع حتى يستوفي ثمنه في الحال ، أو بشرط الرد بعيب .

٧- بيع الملامسة : كأن يلمس ثوباً مطويماً أو في ظلمة ، ثم يشتريه على ألا خيار له إذا رآه ، اكتفاءً بلمسه عن رؤيته .

٨- بيع المنابذة : بأن ينبذ كل منها ثوبه على أن أحدهما بالآخر ، ولا خيار إذا عَرَفَا الطول والعرض ، أو بأن ينبذه إليه بثمن معلوم .

٩- بيع المحاقلة : وهو بيع البر في سنبله .

١٠- بيع مالم يُمَلِّك إلا في سَلَم وإجارة وربما واقعين على ما في الذمة ، فيصح كل منها ، وإن كانت المنفعة والمسلم فيه والمبيع غير مملوكة حالة العقد ، فيصح بيع المسلم فيه ، كقدر من البرصفتة كذا ، وثوب صفتة كذا ، وإن لم يكن عند المسلم إليه شيء من البر أو الثياب حال العقد . ويصح إجارة شيء في الذمة ، كأن أجره دابة في ذمته ليركب عليها إلى مكة مثلاً أول شهر كذا ، ولم يكن في ملكه وقت العقد شيء من نوع الدابة ولا جنسها ، ويحصلها بعد ذلك . ويصح مبايعة مال ربوي في الذمة بمال آخر في الذمة ، كأن يبيع شخص لآخر صاع برّ في ذمته مثلاً بصاع آخر في ذمته ، ولم يكن واحد منهما مالاً له حال العقد ، ثم قبل تفرقها من المجلس يحصلان ذلك بقرض أو اتها ب أو نحوها ، ويتقاضان قبل التفرق .

والدليل على بطلان بيع غير المملوك خبر : « لا طلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك »^(١) وبناء عليه قالوا : بيع الفضولي باطل .

١١- بيع لحم بحيون ولو غير مأكول ، كبيع لحم بقر بيقر أو بشاة ، أو بحمار للنهي في خبر الترمذي .

١٢- بيع شاة لبون^(٢) بمثلها . وكذا بيع كل حيوان مأكول أو فيه بيض بمثله ، لجهالة ما يقابل اللبن ونحوه من الثمن ، فهو كبيع درهم وثوب بدرهم وثوب .

١٣- بيع الحصة : كأن يبيعه من هذه الأثواب ما تقع عليه الحصة .

١٤- بيع الماء الجاري أو النابع وحده ولو مدة معلومة : لأنه غير مملوك وللجهل بقدره ؛ لأنه يزيد شيئاً فشيئاً ويختلط المبيع بغيره ، فيتعذر التسليم . فإن باعه بشرط أخذه الآن صح . فإن كان راكداً ، جاز بيعه ، بشرط تقديره بكيل أو وزن أو مسح بالأذرع .

(١) رواه الترمذي وحسنه .

(٢) أي ذات لبن يقصد حلب مثله .

١٥ - بيع الثرة قبل بدو الصلاح بغير شرط القطع ، أي بشرط الإبقاء أو مطلقاً للنهي عن بيعها قبل الصلاح ، أما بيعها بشرط القطع قبل الصلاح أو بغيره بعده فجائز . فإن باع نخلاً وعليه ثمرة مؤبرة ، فهي للبائع ، أو غير مؤبرة فلهشتري .

١٦ ، ١٧ - بيع رطب بمثله أو بتمر ، أو بيع عنب بمثله أو بزبيب ، للجهل الآن بالمائلة وقت الجفاف ، لأنه « ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : أينقص الرطب إذا جف ؟ فقالوا : نعم ، فقال : فلا إذن »^(١) . لكن يجوز البيع للحاجة فيما دون خمسة أوسق^(٢) .

١٨ ، ١٩ - بيع برّ مبلول بمثله أو بجاف ، متفاضلين إن اتحد الجنس ، للجهل بالمائلة ولتحقق الربا .

٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ - بيع لحم طري بمثله ، أو بقديد ، وبيع يابس بمثله متفاضلين إن اتحد الجنس ، لتحقق الربا ، مثل بيع لحم بقر بمثله متفاضلين .

ويلاحظ أن أنواع اللحوم والألبان والأدهان والسمك والخلول وأنواع الخبز أجناس مختلفة كأصولها ، فيجوز بيع جنس منها بآخر متفاضلين ، فيجوز بيع لحم بقر بلحم ضأن متفاضلين .

٢٣ - بيع نجس ككلب للنهي عن ثمنه ، وكخنزير .

٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ - بيع حر وأم ولد ومكاتب .

٢٧ - بيع حشرات كعقارب وفئران ، إذ لانفع فيها يقابل بالمال .

٢٨ - بيع عشب الفحل : وهو أجر ضرابه ، للنهي عنه في خبر البخاري .

(١) رواه الترمذي وصححه .

(٢) تساوي ٦٥٣ كغ أي قنطارين ونصف .

٢٩- بيع عبد مسلم من كافر، لما في ملكه له من الإهانة .

٣٠- بيع الغرر كمسك في صوانه ، وصوف على ظهر غم ، للجهل بقدر المبيع .

٣١- بيع العرايا : وهو بيع الرطب على الشجر بتمر ، أو العنب على الشجر بزبيب على الأرض في خمسة أوسق فأكثر ، ويجوز فيما دونها بعد بدو الصلاح ؛ لأنه ﷺ رخص في ذلك في الرطب ، وقيس به العنب ؛ لأن كلاً منهما ربوي ، وذلك إن خرص ما على الشجر وكيل الآخر ، لا إن وزن أحدهما وخرص الآخر .

هذا .. وتعرف أنواع البيوع الباطلة عند الحنابلة مما ذكرناه في شروط البيع .

المبحث الخامس - الخيارات

عرفنا سابقاً أن العقد اللازم هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله .

ومعنى الخيار : أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه إن كان الأمر خيار شرط أو رؤية أو عيب ، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الأمر خيار التعيين^(١) ، علماً بأن الأصل في البيع اللزوم ؛ لأن القصد منه نقل الملك ، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقاً بالمتعاقدين .

عدد الخيارات :

ذكر الحنفية^(٢) سبعة عشر خياراً وهي خيار الشرط ، والرؤية ، والعيب ، والوصف ، والنقد ، والتعيين ، والغبن مع التفرير ، وهذه السبعة هي التي ذكرتها المجلة (م ٣٠٠ - ٣٦٠) ، وخيار الكمية ، والاستحقاق ، والتفرير الفعلي ، وكشف

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٦٦ .

(٢) الدر المختار : ٤ / ٤٧ .

الحال، وخيانة المراجعة والتولية، وتفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع، وإجازة عقد الفضولي، وتعلق حق الغير بالمبيع بسبب كونه مستأجراً أو مرهوناً.

وقال المالكية^(١): الخيار نوعان: خيار التروي أي التأمل والنظر للبائعين أو لغيرهما، وهو الذي ينصرف إليه لفظ الخيار عند الإطلاق. وخيار تقيصة: وهو ما كان موجه تقصاً في المبيع من عيب أو استحقاق، ويسمى الحكمي؛ لأنه جرّ إليه الحكم.

وأما خيار المجلس: فهو باطل عندهم، وهو رأي الفقهاء السبعة بالمدينة وأبي حنيفة، ويتم البيع بالقول (الإيجاب والقبول) وإن لم يفترقا من المجلس. وأجازة الشافعي وابن حنبل وسفيان الثوري وإسحاق، فإذا تم العقد، فالعاقدان بالخيار ما لم يفترقا من المجلس، للحديث الصحيح المتقدم في بحث هذا الخيار في ركن البيع.

وقال الشافعية^(٢): الخيار نوعان: خيار تشة، وخيار تقيصة. وخيار التشهي: ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتها من غير توقف على فوات أمر في المبيع، وسببه المجلس أو الشرط. وخيار التقيصة: سببه خُلف لفظي أو تغيير فعلي أو قضاء عرفي، ومنه خيار العيب، والتصرية^(٣)، والخلف، وتلقي الركبان، ونحو ذلك.

وبناء عليه، الخيار المشروع عند الشافعية ستة عشر، وهي ما يأتي:

- ١- خيار المجلس، لثبوت مشروعيته في الصحيحين.
- ٢- خيار الشرط: وأكثر مدته ثلاثة أيام، لثبوت ذلك في خبر البيهقي وغيره،

(١) الشرح الكبير: ٩١/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٧٢-٢٧٤، بداية المجتهد: ١٦٩/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٤٣/٢، تحفة الطلاب: ص ١٥٠-١٥٢، حاشية الشرقاوي: ٤٠/٢-٥٠.

(٣) التصرية: ربط أخلاف (حلمات ثدي) الناقة أو ضرع الشاة ونحوها لتجميع أو حبس اللبن في الضرع، فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن، وهو أحد أمثلة التغيير الفعلي أو التغيير في الوصف.

فإن زاد عليها ، لم يصح العقد ؛ لأنه صار شرطاً فاسداً .

٣- خيار العيب عند الاطلاع عليه ، سواء أكان موجوداً قبل البيع ، أم بعده وقبل القبض ، لثبوت ذلك في خبر الترمذي وغيره .

٤- خيار تلقي الركبان إذا وجدوا السعر أعلى مما ذكره المتلقي ، لثبوتها في خبر الصحيحين .

٥- خيار تفرق الصفقة بعد العقد كتلف أحد المبيعين قبل القبض ، أو قبل العقد كبيع حلال وحرام إن جهل المشتري الحال .

٦- خيار فقد الوصف المشروط في العقد : أي وصف يقصد ، ليخرج غيره كالزنا والسرقه ، فإنه لا خيار بفقده .

٧، ٨- الخيار لجهل الغصب مع القدرة على انتزاع المعقود عليه من الغاصب ، دفعاً للضرر ، ولطريان العجز عن انتزاعه من الغاصب ، مع العلم بالغصب .

٩- الخيار لجهل كون المبيع مكترى أو مزروعاً .

١٠- الخيار للامتناع من الوفاء بالشرط الصحيح ، كشرط رهن أو كفيل في البيع .

١١- الخيار للتحالف فيما إذا اتفقا على صحة العقد ، واختلفا في كفيته ، فيفسخانه أو أحدهما أو الحاكم إن لم يتراضيا .

١٢- الخيار للبائع لظهور زيادة الثمن في المراجعة : فلو قال البائع : اشتريت هذا بمائة ، وباعه بمائة ، وربح درهم لكل عشرة ، ثم زعم أنه كان اشتراه بمائة وعشرة ، وصدقه المشتري ، ثبت للبائع الخيار .

١٣- الخيار للمشتري لاختلاط الثمرة المبيعة بالمتجددة قبل التخلية ، إن لم يهبه البائع ما تجدد .

١٤- الخيار للعجز عن الثمن : بأن عجز عنه المشتري ، والمبيع باق عنده ، لثبوت ذلك في الصحيحين .

١٥- الخيار لتغير صفة ما رآه قبل العقد ، وإن لم يكن عيباً .

١٦- الخيار لتعيب الثمرة بترك البائع السقي بعد التخلية .

وقال الحنابلة^(١) : الخيار ثمانية أنواع :

خيار المجلس ، والشرط ، والغبن ، والتدليس ، والعيب ، والخيانة ، وخيار اختلاف المتبايعين في الثمن ، والمؤجر والمستأجر في الأجرة ، وخيار تفرق الصفقة .

وسنبحث بعون الله تعالى بالتفصيل الخيارات الثلاثة المشهورة : وهي خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية . أما بقية الخيارات فنكتفي ببيانها الإجمالي ، علماً بأن خيار المجلس سبق الكلام عليه تفصيلاً .

١- خيار الوصف^(٢) ، أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه :

هو أن يكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه ، في يبيع شيء غائب عن مجلس العقد . مثاله أن يشتري شيئاً يشترط فيه صفقة معينة غير ظاهرة ، وإنما تعرف بالتجربة ، ثم يتبين عدم وجودها ، أو يشتري بقررة على أنها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، أو يشتري جوهرة على أنها أصلية ، فظهرت أنها تقليد صناعي للأصلية ، فيكون المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى ؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه ، يستحق في العقد بالشرط ، فإذا فات أوجب التخيير ؛ لأن المشتري مارضى به دونه ، فصار كفوات وصف السلامة .

(١) كشف القناع : ١٦٦/٣ ، ١٨٦-١٨٧ ، ١٩٠ ، ١٩٩ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، ٢١٧ ، ٢٢٤ ، طمكة .

(٢) رد المحتار : ٤٩/٤ ، المجلة : م/٣١٠-٣١٢ ، فتح القدير : ١٣٥/٥ وما بعدها .

وأما سبب أخذه بجميع الثمن في رأي الحنفية : فهو لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، لكونها تابعة في العقد .

ودليل مشروعيته الأخذ باستحسان المصلحة على خلاف القياس . ويعده الشافعية والحنابلة داخلاً في خيار العيب .

وشروطه ثلاثة :

١- أن يكون الوصف المشروط مباحاً شرعاً : فإذا كان حراماً لم يصح .

٢- أن يكون الوصف مرغوباً فيه عادة : فإذا لم يكن مرغوباً فيه في العرف ، لغا الشرط ، وصح البيع ، ولا خيار ، مثل وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات ، فمن اشترى شيئاً على أنه ذكر فإذا هو أنثى ، صح البيع ولم يثبت الخيار .

٣- ألا يكون تحديد الوصف المرغوب فيه مؤدياً إلى جهالة مفضية للمنازعة ؛ فإن فعل فسد البيع والشرط ، كأن يشترط في البقرة الحلوب أن تحلب كذا رطلاً يومياً ، فهذا شرط فاسد ؛ لأنه لا يمكن ضبطه .

أحكام هذا الخيار :

أ- يورث خيار الوصف ، فلو مات المشتري الذي له خيار الوصف ، فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف ، كان للوارث حق الفسخ .

ب- إذا تصرف المشتري الذي له خيار الوصف بالمبيع تصرف الملاك ، بطل خياره .

ج- يثبت للمشتري الحق في فسخ البيع أو استبقاء المبيع بجميع الثمن ، فإن هلك المبيع أو تعيب في يده ، فله الرجوع على البائع بمقدار نقص المبيع بسبب فوات الوصف المرغوب فيه ، ويعرف ذلك بتقويم المبيع مع الوصف ، وبدون الوصف ، ويضمن المشتري الفرق بينها .

٢- خيار النقد^(١) :

هو فرع عن خيار الشرط ، وهو أن يشترط المتبايعان في عقد البيع بالنسيئة أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في الأجل المعين ، وهو ثلاثة أيام ، فلا يبيع بينهما . فإن اشترى على هذا النحو على أنه إن لم ينقد (يدفع) الثمن إلى أربعة أيام ، لم يصح خلافاً لمحمد ؛ لأن هذه هي المدة المشروعة في خيار الشرط . وراعى محمد مصلحة العاقدين في اشتراطه إلى أي مدة كانت .

فإن تقد في مدة الثلاثة الأيام ، جاز باتفاق الحنفية ؛ لأن خيار النقد ملحق بخيار الشرط . وهو جائز أيضاً عند الحنابلة كشرط الخيار ، لكن يفسخ البيع عندهم إن لم ينقد المشتري الثمن في المدة أو هو أن يشترط البائع على المشتري أنه إذا رد الثمن إلى المشتري في مدة ثلاثة أيام ، فلا يبيع بينهما ، فله وجهان إذاً .

والفرق بينه وبين خيار الشرط : أن الأصل في خيار الشرط اللزوم ، فإذا انتهت المدة المشروطة دون فسخ ، لزم . أما خيار النقد فالأصل فيه عدم اللزوم ، فإذا لم ينقد الثمن في الثلاث فسد البيع إذا بقي المبيع على حاله ، ولا يفسخ ، بدليل أن المشتري يملك المبيع بالقبض . وعند الحنابلة : يفسخ البيع ، وقد أجازته الحنفية عدا زفر ؛ لأنه داخل في خيار الشرط ، ولم يجزه زفر ؛ لأنه شرط ليس من مقتضى العقد ، وفيه مصلحة لمن شرط له .

حكم سقوطه :

- ١- إذا مات المشتري المخير بخيار النقد في أثناء مدة الخيار ، بطل البيع .
- ٢- إذا تصرف المشتري بالمبيع ونحوه في مدة الخيار ، قبل أن ينقد الثمن ،

(١) البسوط : ٥٠/١٣ ، فتح القدير مع العناية : ١١٤/٥ وما بعدها ، رد المختار والدر المختار : ٥١/٤ ، المجلة : م/٣١٣-٣١٥ ، كشاف القناع : ١٨٤/٣ .

سقط خياره ، وصح بيعه ولزم ، ولزم المشتري نقد الثمن .

٣- إذا أتلّف المشتري أو الأجنبي المبيع في مدة الخيار بعد القبض ، سقط به الخيار ، للعجز عن الرد .

٤- إذا أحدث المشتري في المبيع عيباً يمنع رده للبائع ، ولم ينقد الثمن ، سقط الخيار ، ويخير البائع حينئذ بين أخذ المبيع ناقصاً ، ولا شيء له من الثمن ، وبين تركه وأخذ الثمن .

٣- خيار التعيين^(١) :

هو أن يتفق العاقدان على تأخير تعيين المبيع الواجب التعيين إلى أجل ، على أن يكون حق تعيينه لأحدهما ، مثل أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام .

وله وجهان كخيار النقد : إما أن يأخذ المشتري أحد الأشياء المبعة بالثمن الذي بينه له البائع لكل واحد ، أو يعطي البائع أي واحد أراد من الأشياء المعينة ، وله أن يلزم المشتري به إلا إذا تغيب فلا يلزمه إلا بالرضا . ولو هلك أحدهما كان له أن يلزمه بالباقي .

وقد أجازه الحنفية استحساناً لحاجة الناس إليه ، بالرغم من الجهالة ، عملاً بالمصلحة والعرف للحاجة إلى اختيار ما هو الأوفق والأرفق ، وأبطله الشافعية والحنابلة للجهالة .

والأصح عند الحنفية أنه لا يشترط اقترانه بخيار الشرط ، وإنما يجوز للعاقدين ذلك .

شروطه : اشترط الحنفية لهذا الخيار شروطاً هي ما يأتي :

(١) فتح القدير مع العناية : ١٢٥/٥ ، ١٣٠ ، رد المحتار : ٦٠/٤ وما بعدها ، المجلة : م ٣١٦-٣١٩ .

١- أن يكون التخيير على شيء من اثنين أو ثلاثة فقط : فإذا كان على شيء من أربعة لم يجوز؛ لأن الحاجة في الثلاثة، لانقسام الأشياء إلى جيد ووسط ووردي .

٢- أن يوافق البائع صراحة على خيار التعيين : بأن يقول للمشتري : بعتك أحد الشيئين أو الثلاثة على أنك بالخيار في واحد منها ، فإن لم يوافق على ذلك ، فسد البيع للجهالة .

٣- أن يكون البيع في القمييات كأنواع الألبسة والمفروشات ، لا في المثليات كالكتب المطبوعة الجديدة ، لعدم الفائدة في التخيير بينها لعدم تفاوتها .

٤- أن تكون مدته كمدة خيار الشرط : وهي ثلاثة أيام عند أبي حنيفة ، وأي مدة معلومة كانت عند الصاحبين .

أحكامه :

أ- يلزم البيع في واحد غير معين من أفراد المبيع المتفق عليها ، ويلزم صاحب الحق في الخيار أن يعين الشيء الذي يأخذه في انقضاء المدة التي عينت ودفع ثمنه .

ب- يورث هذا الخيار عند الحنفية ، بخلاف خيار الشرط ، فلو مات من له الخيار قبل التعيين ، يكون الوارث مجبراً أيضاً على تعيين أحد المبيعات ودفع ثمنه .

ج- هلاك أو تعيب أحد الأشياء أو كلها :

إذا هلك أحد المبيعين تعين الآخر مبيعاً ، وكان الباقي أمانة في يد المشتري . وإذا هلك المبيعان معاً ، ضمن المشتري نصف ثمن كل منهما لعدم التعيين ، وإن هلك المبيعان على التعاقب ، تعين الأول مبيعاً . فلو اختلف العاقدان في الهالك أولاً ، فالقول للمشتري بيمينه ، وبينه البائع أولى .

والتعيب كالهلاك في الأحوال المذكورة . ولو باع المشتري المبيعين ثم اختار أحدهما ، صح بيعه فيه . والمبيع مضمون بالثمن ، وغيره أمانة .

٤- خيار الغبن^(١) :

هذا الخيار مشروع عند الحنفية إذا اشتمل الغبن على تغير، فيسمى خيار الغبن مع التغير: وهو أن يغرر البائع المشتري أو بالعكس تغيراً قولياً وهو التغير في السعر، أو تغيراً فعلياً وهو التغير في الوصف، ويكون الغبن فاحشاً: وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. أما الغبن اليسير: وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين، فلا يؤثر، إذ لا يتحقق كونه زيادة، أما الفاحش فزيادته متحققة^(٢). فيثبت حينئذ حق إبطال العقد دفعاً للضرر عنه.

والتغير القولي في السعر: كأن يقول البائع أو المؤجر للمشتري أو للمستأجر: يساوي هذا الشيء أكثر ولا تجد مثله، أو دفع لي فلان فيه كذا، وكل ذلك كذب.

والتغير الفعلي في الوصف: يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في العقود عليه مزية ما غير حقيقية، كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بجعل الجيد منها في الأعلى، وجعل الرديء منها في الأسفل. ومنه التصريفة: جمع اللبن في الضرع، وهي حرام، توجب الخيار للعاقد المغرور كفوات الصفة المشروطة. أما تدليس العيب: وهو كتمان أحد المتعاقدين عيباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة، فهو المسمى عندهم خيار العيب.

وحكمه: إعطاء المغبون المغرور حق خيار فسخ العقد دفعاً للضرر عنه، نظراً لعدم تحقق رضاه، بسبب التغير والغبن الفاحش. وإذا مات المغرور بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغير لوارثه.

ويسقط حق المغرور في الفسخ للمشتري إذا تصرف في المبيع بعد أن اطلع على

(١) رد المختار: ٤٧/٤، المجلة: م/٢٥٦-٣٦٠.

(٢) البدائع: ٣٠/٦.

الغبن الفاحش، أو بنى بناء في الأرض المشتراة، أو إذا هلك المبيع أو استهلك أو حدث فيه عيب .

وقال الحنابلة^(١) : هناك خيار غبن، وخيار تدليس، وخيار عيب .

أما خيار الغبن عند الحنابلة فيثبت في ثلاث صور:

إحداها - تلقي الركبان : وهم القادمون من السفر مجلوبة : (وهي ما يجلب للبيع) وإن كانوا مشاة ، وهو عند الجمهور : يحرم ، وقال الحنفية : يكره ، ولو كان تلقيهم بغير قصد التلقي لهم . فإذا اشترى المتلقي منهم أو باعهم شيئاً ، ثبت لهم الخيار إذا هبطوا السوق ، وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة ، لقوله عليه السلام : « لا تلقوا الجلب فن تلقاه فاشترى منه ، فإذا أتى السوق ، فهو بالخيار »^(٢) .

والثانية - النجش - وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها . وهو حرام ، لما فيه من تغرير المشتري وخديعته ، فهو في معنى الغش ، ويثبت للمشتري بالنجش الخيار إذا غبن غبناً غير معتاد .

ولا يتم النجش إلا بحذق من زاد في السلعة ، وأن يكون المشتري جاهلاً ، فلو كان عارفاً واغتر بذلك ، فلا خيار له لعجلته وعدم تأمله .

فإن زاد من لا يريد الشراء بغير مواطأة مع البائع ، أو زاد البائع في الثمن بنفسه ، والمشتري لا يعلم ذلك ، فيخير المشتري لوجود التغرير بين رد المبيع وإمساكه .

الثالثة - بيع المسترسل أو إجارته : وهو الجاهل بالقيمة ، من بائع ومشتري ، ولا يحسن الماكسة . فله الخيار إذا غبن غبناً غير معتاد . ويقبل قوله بيمينه أنه جاهل

(١) المغني : ١٣٤/٤ - ١٤٢ ، كشاف القناع : ١٩٩/٣ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، طمكة .

(٢) رواه مسلم من حديث أبي هريرة .

بالقيمة ، ما لم تكن قرينة تكذبه في دعوى الجهل ، فلا تقبل منه .

وخيار الغبن كخيار العيب على التراخي عندهم .

وأما خيار التبدليس : فهو بسبب التغيرير ، والعقد معه صحيح ، والتبدليس حرام وهو نوعان :

أحدهما - كتمان العيب . ويسمى هذا عند الحنفية خيار العيب .

والثاني - فعل يزيد به الثمن ، وإن لم يكن عيباً ، كجمع ماء الرحي وإرساله عند عرضها للبيع ، ليزيد دورانها بإرسال الماء بعد حبسه ، فيظن المشتري أن ذلك عادتاً ، فيزيد في الثمن . ومنه تحسين وجه الصبرة (الكومة) ، وصقل السكاف وجه الخذاء ، وتصنع النساج وجه الثوب ، والتصرية أي جمع اللبن في ضرع بهيمة الأنعام ، ونحو ذلك . وهذا النوع هو المسمى عند الحنفية بالتغيرير الفعلي في الوصف .

والتبدليس بنوعيه يثبت للمشتري خيار الرد إن لم يعلم به ، أو الإمساك ، لقوله عليه السلام : « لاتصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها ، وصاعاً من تمر »^(١) . وغير التصرية من التبدليس ملحق بها .

وقد أخذ الجمهور وأبو يوسف بضمون هذا الحديث : وهو التخيير بعد الحلب بين إمساك المبيع إن رضيه ، وبين رده مع صاع من تمر إن سخطه .

وقال أبو حنيفة ومحمد : يرجع المشتري بالنقصان فقط إن شاء .

وأما خيار العيب عند الحنابلة : فهو بسبب نقص عين المبيع ، كخضاء ، ولو لم تنقص به القيمة ، بل زادت ، أو نقص قيمته عادة في عرف التجار ، وإن لم تنقص عينه .

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة مرفوعاً .

٥- خيار كشف الحال^(١) :

وهو أن يشتري شيئاً بوزن غير معلوم القدر، أو بكيل غير معلوم المقدار، كأن يشتري بوزن هذا الحجر ذهباً، أو هذه الصبرة (الكومة) كل صاع بكذا، يصح البيع في الحالتين، ويكون للمشتري الخيار: إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه.

٦- خيار الخيانة^(٢) :

هو الذي يثبت في بيوع الأمانة من تولية أو شركة أو مراجحة أو وضعة إذا أخبر البائع المشتري بزيادة في الثمن أو نحو ذلك، كإخفاء تأجيله، ثم يظهر كذبه أو خيانتته بإقرار أو برهان على ذلك، أو بما عند الحنفية أيضاً بنكول عن اليمين. ويخير المشتري بسبب ذلك عند الحنفية والمالكية بين أخذ المبيع بكل ثمنه، أو رده لفوات الرضا، وله الخط من الثمن قدر الخيانة في التولية.

وقال الشافعية في الأظهر والحنابلة: لا خيار للمشتري بسبب الخيانة، وإنما له الخط من الثمن مقدار الخيانة.

٧- خيار تفرق الصفقة^(٣) :

هو الذي يثبت للمشتري بسبب تجزئة المبيع، فيكون له الخيار بين فسخ البيع واسترداد الثمن كله إن دفعه، أو أخذ باقي المبيع مع حسم ما يقابل العيب أو الهلاك من الثمن. وله صور متعددة.

فيثبت عند الحنفية بهلاك أو تعيب بعض المبيع بيد البائع قبل قبض

(١) حاشية ابن عابدين: ٤٧/٤.

(٢) ابن عابدين: ٤٧/٤، الشرح الكبير مع الدسوقي: ١٦٨/٣ وما بعدها، مغني المحتاج: ٧٩/٢، كشاف القناع: ٢١٧/٣ وما بعدها.

(٣) ابن عابدين: ٤٧/٤، الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤٦٩/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٦٠، مغني المحتاج: ٤٠/٢، المهذب: ٢٦٩/١، المغني: ٢٣٨/٤، كشاف القناع: ١٦٦/٣ وما بعدها، ٢٩١.

المشتري، ومجمل حكم الهلاك : أنه إن كان بأفة ساوية أو بفعل البائع يبطل البيع ، وإن كان بفعل أجنبي يتخير المشتري إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أجاز ، وضمن المستهلك .

وقال المالكية : يثبت هذا الخيار في حالة كون المبيع معيباً ، أو استحقاق بعض مبيع متعدد اشترى صفقة واحدة ، فإن كان وجه الصفقة تقضت ، ولا يجوز له التمسك بالباقي ، وإن كان غير وجهها ، جاز التمسك به ، وأخذ الباقي بالتقويم ، لا بنسبته من الثمن المسمى ، فيقال : ما قيمة هذا الباقي ؟ فإذا قيل : ثمانية ، قيل : وما قيمة المستحق أو المتعيب ؟ فإذا قيل : اثنان ، رجع المشتري على بائعه بخمس الثمن الذي دفعه له .

وقال المالكية أيضاً : إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام كالعقد على سلعة ، وخمر أو خنزير أو غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة ، ولو باع الرجل ملكه ومملك غيره في صفقة واحدة ، صح البيع فيها ، ولزمه في ملكه ، وتوقف اللزوم في ملك غيره على إجازته .

وذكر الشافعية لتفريق الصفقة وتعددتها ثلاثة أقسام :

الأول - إذا باع شخص في صفقة واحدة حلالاً وحراماً كشاة مذكاة وميتة ، أو خل وخمر ، أو شاة وخنزير ، أو شيئاً له وشيئاً لغيره ، أو شيئاً مشتركاً بغير إذن الشريك الآخر ، صح البيع في الحلال المملوك له ، وبطل في غيره في الأظهر ، إعطاء لكل منهما حكمه . ويكون الخيار للمشتري إن جهل الحال لضرر التبويض بين أخذ حصة الحلال من الثمن المسمى باعتبار قيمة كل منهما أي من الحلال والحرام ، أو أن يفسخ البيع . ولا خيار للبائع ؛ لأنه المفروض في البيع يبيع ما لا يملكه ، وبالطبع في ثمن ما لا يستحقه .

الثاني - إذا باع شخص متاعين مثلاً ، فتلف أحدهما قبل قبضه ، انفسخ البيع في

التالف ، ولم ينفسخ في الآخر على المذهب ، بل يتخير المشتري بين الفسخ والإجازة ، فإن أجاز أخذ الباقي بالحصة من المسمى باعتبار قيمته وقيمة التالف ؛ لأن الثمن قد توزع عليها في مبدأ البيع ، فلا يتغير بهلاك أحدها .

الثالث - لو جمع في صفقة عقدين مختلفي الحكم كإجارة وبيع ، مثل : أجرتك داري شهراً ، وبعتك ثوبي هذا بدينار ، وإجارة وسلم مثل : أجرتك داري شهراً وبعتك صاع قح في ذمتي سلماً بكذا ، صح العقدان في الأظهر ، ويوزع المسمى على قيمة المعقود عليهما ، أي قيمة المؤجر من حيث الأجرة ، وقيمة المبيع أو المسلم فيه .

وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن من البائع : كبعتك ذا بكذا ، وذا بكذا . وتتعدد البائع : كبعناك هذا بكذا ، والمبيع مشترك بينهما .

وكذا بتعدد المشتري : كبعتكما هذا بكذا ، في الأظهر .

والخلاصة : أن في تفريق الصفقة قولين عند الشافعية ، أظهرهما - أن البيع يبطل فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ؛ لأنه ليس بطلانه فيها لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيها ، لصحته في أحدهما ؛ فبطل حمل أحدهما على الآخر ، وبقياً على حكمها ، فصح فيما يجوز ، وبطل فيما لا يجوز . والقول الثاني أن الصفقة لا تفرق ، فيبطل العقد فيها .

وقال الحنابلة : معنى تفريق الصفقة : أي تفريق ما اشتراه في عقد واحد : وهو أن يجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح بيعه ، صفقة واحدة بثمن واحد . ولهذا الجمع ثلاث صور :

إحداها - أن يبيع شخص معلوماً ومجهولاً تجهل قيمته أي يتعذر علمه ، فلا مطمع في معرفته ، مثل : بعتك هذه الفرس ، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بكذا ، فلا يصح البيع فيها ؛ لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته ، والمعلوم مجهول الثمن ،

ولا سبيل إلى معرفته ؛ لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليها ، وحمل الفرس لا يمكن تقويمه ، فيتعذر التقسيط .

الثانية - أن يبيع شخص مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه ، فيصح البيع في نصيبه بقسطه ، كما قال الشافعية في القسم الأول ، وللمشتري الخيار بين الرد والإمسك إذا لم يكن عالماً بأن المبيع مشترك بينه وبين غيره ؛ لأن الشركة عيب . فإن كان عالماً فلا خيار له ولا للبائع أيضاً . وللمشتري الأرش إن أمسك فيما ينقصه التفريق ، كزوج خف .

الثالثة - أن يبيع رجل متاعه ومتاع غيره بغير إذنه صفقة واحدة ، أو يبيع خلاً وخمراً صفقة واحدة ، فيصح البيع في متاعه بقسطه دون متاع غيره ، ويصح في الخل بقسطه من الثمن ، فيوزع على قدر قيمة المبيعين ليعلم ما يخص كلاً منهما . ويقدر الخمر إذا بيع مع الخلّ خلاً ، ليقسط الثمن عليها . ولا خيار للبائع . وهذه الصورة وما قبلها هي النوع الأول عند الشافعية .

وقال الحنابلة أيضاً : إذا وقع العقد على مكيل أو موزون ، فتلف بعضه قبل قبضه ، لم يفسخ العقد في الباقي ، رواية أخرى ، ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن .

٨- خيار إجازة عقد الفضولي^(١) :

هو الخيار الثابت للمالك إذا باع غيره له سلعة بغير أمره ، ويعد البيع موقوفاً عند الحنفية والمالكية ، ويخير المالك بين إجازة العقد فيصبح نافذاً ، وبين رده فيبطل .

(١) ابن عابدين : ٤٧/٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٠ .

٩- خيار تعلق حق الغير بالمبيع^(١) :

هو الخيار الثابت لمن له حق في المبيع من دائن مرتهن أو مستأجر، فإذا اشترى رجل داراً ثم ظهر أنها مرهونة أو مؤجرة، خير بين الفسخ وعدمه، دفعاً للضرر عن نفسه، حتى ولو كان عالماً بذلك في ظاهر الرواية، وهو الصحيح وعليه الفتوى .

فإن أجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشتري، وإن لم يثبت الخيار له بين الانتظار حتى نهاية مدة الإجارة وفكك الرهن، أو الفسخ .

١٠- خيار الكمية للبائع^(٢) :

هو أن يشتري إنسان بما في هذه الخاوية أو الوعاء أو اليد ونحوها، ولا يعرف البائع شيئاً عن الموجود كمية ونوعاً، فيكون البائع بعد فتح الخاوية أو الوعاء أو اليد مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه بعد رؤية الثمن . وهذا يسمى عند الحنفية خيار كمية، لا خيار رؤية؛ لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود .

١١- خيار الاستحقاق^(٣) :

هو الخيار الثابت للمشتري بسبب استحقاق المبيع كله أو بعضه، وتفصيله عند الحنفية: إن كان استحقاق المبيع قبل قبض الكل خير في الكل، وإن كان استحقاقه بعد القبض خيراً في الشيء القيمي، لا في المثلي كالمكيل والموزون . وإن كان الاستحقاق لبعض المبيع قبل القبض، يبطل العقد في الجزء المستحق، ويخير المشتري في أخذ الجزء الباقي بحصته من الثمن أو رده .

وإن كان الاستحقاق لبعض المبيع بعد القبض، يبطل البيع في الجزء المستحق

(١) ابن عابدين : ٤٨ / ٤ .

(٢) ابن عابدين : ٤٧ / ٤ .

(٣) المرجع والمكان السابق .

أيضاً ، وأما الجزء الباقي فيخبر المشتري في قبول الباقي بحصته من الثمن إن أضره التبعيض كالثوب والدار ، ويلتزم بالباقي إن لم يضره التبعيض كالمكيل والموزون .
وذلك كله إن لم يجز المستحق البيع ، فإن أجازته ، لزم البيع ، إذ لا ضرر بالتبعيض .

١٢- خيار الشرط

خطة الموضوع :

الكلام في خيار الشرط في المواضع الآتية :

المطلب الأول- الخيار المفسد والخيار المشروع .

المطلب الثاني- مدة الخيار المشروع .

المطلب الثالث- طرق إسقاط الخيار .

المطلب الرابع- حكم العقد في مدة الخيار .

المطلب الخامس- كيفية الفسخ والإجازة .

المطلب الأول- الخيار المفسد للبيع والخيار المشروع :

الخيار المفسد : اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة في الصحيح من مذهبهم على أن العاقدين إذا ذكرا الخيار مؤبداً ، كأن يقول أحدهما : « بعث ، أو اشترت على أي بالخيار أبداً » أو ذكرا الخيار مطلقاً ، كأن يقول أحدهما : « على أي بالخيار أو متى شئت » أو ذكرا وقتاً مجهولاً كقدوم زيد ، أو هبوب ريح ، أو نزول مطر ، أو أياماً ، فإن العقد غير صحيح لوجود الجهالة الفاحشة .

إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا : العقد باطل^(١) . وقال الحنفية : العقد فاسد

(١) المهذب : ١ ص ٢٥٩ ، المغني : ٣ ص ٥٨٩ .

فقط ، فإذا أسقط الشرط قبل مضي مدة ثلاثة أيام ، أو حذف الزائد ، أو بينت مدة الخيار ، صح البيع ، لزوال المفسد^(١) .

استدل الشافعية والحنابلة : بأن مدة الخيار حينئذ ملحقة بالعقد ، فلا تجوز مع الجهالة ، كما لا تجوز جهالة الأجل ، ولأن اشتراط الخيار أبداً ونحوه يقتضي المنع من التصرف على الأبد ، وهو ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح ، كما لو قال : بعتك بشرط ألا تتصرف .

واستدل الحنفية بنحوه فقالوا : إن شرط الخيار مغير لمقتضى العقد بحسب الأصل ، إلا أنا أجزناه بنص حديث حبان بن منقذ الذي حدد فيه الخيار بثلاثة أيام ، فبقي ما عدا المنصوص عليه موافقاً لمقتضى الأصل .

وقال مالك وأحمد في رواية عنه : يجوز الخيار المطلق ، إلا أن الإمام أحمد قال فيه : « وهما على خيارهما أبداً ، أو يقطعه ، أو تنتهي مدته » . وقال الإمام مالك : السلطان يحد له مدة كمدة خيار مثله في العادة ؛ لأن اختيار المبيع في مثله مقدر في العادة ، فإذا أطلق الخيار حمل على المعتاد ، ويفسد البيع عند المالكية إذا وقع بشرط مدة زائدة على مدته بكثير « أي بعد يوم » أو بشرط مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء أو يقدم زيد^(٢) .

الخيار المشروع : وهو أن يذكر وقت معلوم ، وسيأتي الخلاف فيه بين الفقهاء ، وقد ثبتت مشروعية خيار الشرط بحديث حبان بن منقذ الذي كان يغبن في البيع والشراء ، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ ، فقال : « إذا بايعت فقل :

(١) البدائع : ٥ ص ١٧٤ ، رد المختار : ٤ ص ٤٩ .

(٢) حاشية السوق : ٣ ص ٩٥ ، بداية التمهيد : ٢ ص ٢٠٨ .

لاخلافة^(١) ولي الخيار ثلاثة أيام « ولمساس الحاجة إليه لدفع الغبن^(٢) . وخيار الشرط مشروع عند جمهور الحنفية ، سواء أكان الشرط للعاقدة أم لغيره لتحقيق حاجة الناس . وقال زفر : لا يجوز لغير العاقدة . ولا يجوز الخيار والأجل في البيوع التي فيها الربا : وهي عقد الصرف ، وبيع المكيل والموزون عند الحنفية ، والطعام بالطعام عند الشافعية ، لأنه يشترط فيها القبض قبل التفرق بالأبدان ، وذكر الخيار أو الأجل ينافي القبض^(٣) .

المطلب الثاني - آراء الفقهاء في مدة الخيار المشروع

قال أبو حنيفة وزفر والشافعي : يجوز شرط الخيار في مدة معلومة لا تزيد على ثلاثة أيام ؛ لأن الأصل امتناع الخيار ، لكونه مخالفاً لوضع البيع ، فإنه يمنع نقل الملك أو لزومه ، إلا أنه ثبت على خلاف هذا الأصل بحديث حبان بن منقذ السابق ذكره ، والذي رواه ابن عمر ، وبحديث أنس : « أن رجلاً اشترى من رجل بعبيراً ، واشترط عليه الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله ﷺ البيع ، وقال : « الخيار ثلاثة أيام »^(٤) ولأن الحاجة تندفع بالثلاث غالباً ، فلو زاد عليها فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر ، ولكنه يعود صحيحاً عند أبي حنيفة إذا أجاز من له الخيار في الثلاثة ، لزوال المفسد قبل أن يتقرر الفساد ، وعند زفر : الفاسد من العقود لا يعود صحيحاً بحال .

ويبطل العقد عند الشافعي « بخلاف ما ذكر في تحفة الفقهاء » . وكونه لا يجوز أكثر من ثلاثة ، لأنه غرر ، وفيما دون الثلاث رخصة ، فلا يجوز الزيادة عليها ، وفي

(١) أي لا خديعة ولا غبن ، أي لا يحل لك خديعتي ، أو لا تلزمني خديعتك ، وقد سبق تخريجه وروايته عند الحاكم والبيهقي والبخاري ومسلم وأبي داود والنسائي والموطأ عن ابن عمر (انظر تحفة الفقهاء بتخريج وتحقيق أحاديثها للمؤلف مع الأستاذ الكتاني : ٢ ص ٨٢) .

(٢) سبل السلام : ٣ ص ٣٥ ، البدائع : ٥ ص ١٧٤ ، المنتقى على الموطأ : ٥ ص ١٠٨ .

(٣) فتح القدير : ٥ ص ٣٧٢ ، المهذب : ١ ص ٢٥٨ .

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه وذكره عبد الحق في « أحكامه » من جهة عبد الرزاق ، وأعله بأبان بن أبي عبيد ، وقال : إنه لا يحتج بحديثه مع أنه كان رجلاً صالحاً (انظر نصب الراية : ٤ ص ٨) .

الجملة : إن الخيار ينافي مقتضى البيع لولا ثبوته بالشرع^(١) .

وقال صاحبان والحناابلة : يجوز اشتراط مدة الخيار بحسب ما يتفق عليه البائع والمشتري من المدة المعلومة ، قلّت مدته أو كثرت . ودليلهم ما روي أن ابن عمر «أجاز الخيار إلى شهرين»^(٢) ولأن الخيار حق يعتمد الشرط ، فرجع في تقديره إلى مشروطه ، كالأجل . وبعبارة أخرى : إن مدة الخيار ملحقه بالعقد ، فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل^(٣) .

وقال المالكية : يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة ، ويختلف ذلك باختلاف الأمور ، فالفاكهة التي لا تبقى أكثر من يوم لا يجوز شرط الخيار فيها أكثر من يوم ، والثياب أو الدابة : ثلاثة أيام ، والأرض التي لا يمكن الوصول إليها في ثلاثة أيام يجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام ، والدار ونحوها تحتاج مدة شهر .

ودليلهم أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع ، وإذا كان الأمر كذلك ، وجب أن يكون الخيار محدوداً بزمان إمكان اختبار المبيع ، وهو يختلف بحسب المبيعات ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى ، وهو أن الخيار لحاجة العاقد ، فيقدر بها ، فيكون النص عندهم من باب الخاص أريد به العام^(٤) .

وعند الشافعية وأبي حنيفة وزفر من باب الخاص أريد به الخاص . وتبدأ مدة الخيار عند العقد .

(١) المبسوط للسرخسي : ١٣ ص ٤٠ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ١٧٤ ، فتح القدير : ٥ ص ١١٠ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤٧ .

(٢) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب جداً (انظر نصب الراية : ٤ ص ٨) .

(٣) المغني : ٣ ص ٥٨٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢٠ ، المبسوط : ١٢ ص ٤١ ، فتح القدير : ٥ ص ١١١ ، البدائع : ٥ ص ١٧٤ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٧ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٩١ ، ٩٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٣ .

حكم الغاية في مدة الخيار :

قال أبو حنيفة : إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد ، فيدخل الليل والغد في مدة الخيار ؛ لأن المقصود من الغاية هنا هو إخراج ما بعدها من حكم ما قبلها ، كما في قوله تعالى : ﴿ فاعسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق ﴾ بدليل أنه لو لم يذكر الوقت أصلاً لاقتضى ثبوت الخيار في الأوقات كلها^(١) .

وقال الصحبان والمالكية والشافعية والحنابلة : لا يدخل الليل أو الغد في مدة الخيار لأن لفظ « إلى » موضوع لانتهاء الغاية ، فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها ، كما في قوله تعالى : ﴿ ثم أتوا الصيام إلى الليل ﴾ والأصل هو حمل اللفظ على موضوعه ، فكأن واضح اللغة قال : متى سمعت هذه اللفظة ، فافهموا منها انتهاء الغاية^(٢) .

المطلب الثالث - طرق إسقاط الخيار :

العقد الذي فيه الخيار عقد غير لازم ، ويصبح لازماً إذا سقط الخيار بعد ثبوته ، وطرق الإسقاط ثلاثة :

١- الإسقاط الصريح : هو أن يقول صاحب الخيار : أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزت البيع أو رضيت به ، ونحوها ، فيبطل الخيار ، سواء علم المشتري بالإجازة أو لم يعلم ؛ لأن الخيار شرع للفسخ ، فإذا سقط يبطل الخيار رجوعاً إلى الأصل في العقد : وهو لزومه ونفاذه .

وكذلك يسقط الخيار إذا قال من له الحق فيه : « فسخت العقد ، أو نقضته ، أو أبطلته » لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة ، فأيهما وجد سقط الخيار^(٣) .

(١) البدائع : ٥ ص ٢٦٧ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٣ ص ٥٨٨ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢١ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٦٤ ، البدائع ، المرجع السابق .

(٣) البدائع : ٢٦٧/٥ ، ٢٧١ .

٢- الإسقاط دلالة : وهو أن يوجد من له الخيار تصرف يدل على إجازة البيع وإثبات الملك ، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة^(١) .

وبناء على هذا :

إذا كان الخيار للمشتري ، والمبيع في يده ، فعرضه على البيع ، يبطل خياره ، لأن عرض المشتري المبيع على البيع معناه اختيار التملك وهو يكون باطل الخيار .

وإذا كان الخيار للبائع فعرضه على البيع ، فالأصح من الروايتين عن أبي حنيفة : أن يكون إسقاطاً للخيار ، لأنه دليل على اختيار إبقاء الملك في المبيع .

وكذلك يسقط خيار المشتري إذا باع الشيء الذي اشتراه أو رهنه أو وهبه - سلم أو لم يسلم - أو أجره ؛ لأن نفاذ هذه التصرفات مختص بقيام الملك ، فيكون الإقدام عليها دليلاً على قصد إبقاء الملك ، وهو يتم بإجازة البيع .

ويسقط الخيار أيضاً بهذه التصرفات في الثمن إذا صدرت من البائع الذي له الخيار ؛ إذ أنه لا تصح هذه التصرفات إلا بعد تقضى التصرف الأول .

إلا أن هناك فرقاً بين البائع والمشتري بالنسبة لتسليم الهبة والرهن ، فإنه إذا كان الخيار للبائع لا يسقط في الهبة والرهن إلا بعد التسليم بخلاف المشتري كما عرفنا^(٢) .

وأما الإجازة فلا فرق فيها بين البائع والمشتري ، فإنها تسقط الخيار من غير شرط القبض ، لأنها عقد لازم ، بخلاف الرهن والهبة قبل القبض ، فإنها عقدان غير لازمين .

ومن مسقطات الخيار دلالة : أن يسكن المشتري الدار المبيعة رجلاً بأجر أو بغير أجر ، أو يرمم شيئاً منها بالتطيين أو التخصيص ، أو يحدث فيها بناء أو يهدم شيئاً منها ؛ لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك .

(١) البدائع : ٢٧٢/٥ .

(٢) البدائع : ٢٦٧/٥ ، تحفة الفقهاء : ج ٩٥/٢ .

ومن مسقطات الخيار دلالة أيضاً: أن يسقي المشتري الزرع والثمار أو يحصدها أو يقطع منها شيئاً لدوابه ، لأنه يعد إجازة للبيع واختياراً للملك كما ذكرنا^(١) .

أما ركوب الدابة لسقيها أو لردها على البائع ، فلا يسقط الخيار استحساناً ؛ لأن الدابة قد لا يمكن تسييرها إلا بالركوب ، ويسقط قياساً ، لأن الركوب دليل اختيار الملك .

وكذا ركوب الدابة لينظر إلى سيرها وقوتها ، لا يسقط الخيار .

وكذا أيضاً لبس الثوب لينظر إلى طوله وعرضه لا يسقط الخيار ، لاحتياجه إلى التجربة والاختبار ، أما لبسه ثانية لنفس الغرض الأول ، فيسقط الخيار .

وركوب الدابة مرة ثانية لمعرفة العدو أو لمعرفة سير آخر كمشي الهملاج (أي السير السهل) لا يسقط الخيار أيضاً ، أما ركوبها لمعرفة الغرض الأول ، فيسقط الخيار .

ويرى بعض مشايخ الحنفية أن ركوب الدابة للمرة الثانية لنفس الغرض الأول : لا يسقط الخيار ؛ لأن الاختبار لا يحصل بالفعل مرة ، لاحتال وقوع ذلك صدفة ، فيحتاج إلى معرفة العادة الثابتة ، بخلاف الثوب : فإن الغرض يحصل بالمرّة الواحدة^(٢) .

٣- إسقاط الخيار بطريق الضرورة :

يسقط الخيار ضرورة بأمور :

١- مضي مدة الخيار : يسقط الخيار بمضي مدته دون اختيار فسخ العقد ، لأن الخيار مؤقت بها ، فيبقى العقد بلا خيار ، فيصبح لازماً^(٣) .

(١) تحفة الفقهاء : ١٠٠/٢ وما بعدها ، البدائع : ٢٧٠/٥ .

(٢) تحفة الفقهاء : ١٠١/٢ وما بعدها ، البدائع : ٢٧٠/٥ .

(٣) البدائع : ٢٦٧/٥ .

وكذلك قال الشافعية والحنابلة: يسقط الخيار إذا انقضت مدته، ولم يفسخ أحدهما العقد ويصبح لازماً؛ لأن مدة الخيار ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل، ولأن الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار في غير المدة المشروطة، والشرط سبب الخيار، فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله، ولأنه حكم مؤقت، فصار بفوات وقته كسائر المؤقتات، ولأن البيع يقتضي اللزوم، وإنما تخلف موجه بالشرط، ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجه لعدم وجود ما ينافي مقتضى العقد كما لو أمضوا العقد^(١).

وقال الإمام مالك: لا يلزم البيع بمضي المدة بل لا بد من اختيار أو إجازة، لأن مدة الخيار جعلت حقاً لصاحب الخيار لا واجباً عليه، فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان، كمضي الأجل في حق المولى بالنسبة للمكاتب، لا يلزم المولى بالعتق بمجرد مضي المدة^(٢).

٢- موت المشروط له الخيار:

إذا مات المشروط له الخيار، يسقط الخيار، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري، أولهما، ويصير العقد لازماً، لأنه وقع العجز عن الفسخ، فيلزم ضرورة، وقد اتفق الفقهاء على أنه يورث خيار العيب وخيار التعيين، ولا يورث خيار الإجازة في بيع الفضولي، ولا خيار الرؤية على الصحيح، كما لا يورث الأجل^(٣) وكذلك لا يورث خيار القبول عند الحنفية والمالكية، ويورث خيار المجلس عند الشافعية^(٤)، فلو مات من له الخيار أو أغمى عليه في المجلس لم يبطل خياره، بل

(١) الميزان: ٦٤/٢، المغني: ٥٩١/٣.

(٢) حاشية التسوقي: ٩٥/٣، ٩٨.

(٣) البدائع: ٢٦٧/٥، بداية المجتهد: ٢٠٩/٢.

(٤) المجموع للنووي: ١٩٦/٩، حاشية الباجوري: ١٦٠/١.

ينتقل إلى وارثه والناظر في أمره . وقال الحنابلة : ينقطع هذا الخيار بالموت لا بالجنون والإغماء^(١) .

أما خيار الشرط فاختلفوا في إرثه :

فقال الحنفية : لا يورث خيار الشرط ، وإنما يسقط بموت المشروط له ، كما بينا ؛ لأن الوارث يستحق الباقي بعد موت المورث ، وخيار المورث لا يبقى بعد موته ؛ لأن خياره يخيره بين الفسخ والإجازة ، ولا يتصور ذلك منه بعد موته ، فلا يورث ، بخلاف خيار العيب والتعيين لأن الموروث هناك محتمل للإرث وهو العين المملوكة ، أما الخيار فهو عرض لا يبقى^(٢) .

والخلاصة : أن خيار القبول والإجازة في بيع الفضولي والأجل وخيار الشرط لا يورث . أما خيار العيب والتعيين والقصاص وخيار الرؤية وخيار الوصف وخيار التفرير ، فإنه يورث^(٣) .

وقال الحنابلة : المذهب أن خيار الشرط يبطل بموت صاحبه ، ويبقى خيار الآخر بحاله ، إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته في مدة الخيار ، فيكون حينئذ لورثته^(٤) .

وقال المالكية والشافعية : إذا مات صاحب الخيار : فلورثته من الخيار مثل ما كان له ؛ لأن الخيار حق ثابت لضمان صلاحية المال المشتري ، فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن ونحوها من الحقوق المالية ، فينتقل إلى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعيب ، ولأنه حق فسخ للبيع ، فينتقل إلى الوارث كالرد

(١) غاية المنتهى : ٣٠/٢ .

(٢) المبسوط : ٤٢/١٣ ، فتح القدير : ١٢٥/٥ ، البدائع : ٢٦٨/٥ ، رد المحتار : ٥٧/٤ .

(٣) رد المحتار : ٥٣٨/٥ .

(٤) المغني : ٥٧٩/٣ ، غاية المنتهى : ٣٣/٢ .

بالعيب، والفسخ بالتحالف^(١).

ويلاحظ أن مرجع الخلاف في إرث الخيار هو: هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أم لا؟

فقال الجمهور: الأصل أن تورث الحقوق والأموال إلا إذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للإرث.

وقال الحنفية: الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إحقاق الحقوق بالأموال.

٣- ما هو في معنى الموت: كالجنون والإغماء والنوم والسكر والردة والحق بدار الحرب^(٢). فإذا ذهب عقل صاحب الخيار بالجنون أو بالإغماء، في مدة الخيار، ومضت المدة على تلك الحال صار العقد لازماً لأنه عجز عن الفسخ فتزول فائدة الخيار، فإن أفاق في مدة الخيار، بقي الخيار، لإمكان ممارسة حق الفسخ والإجازة. وكذا يسقط الخيار لو بقي صاحبه نائماً لآخر مدة الخيار، كما يسقط على الصحيح لو سكر وظل سكراناً حتى مضت مدة الخيار.

ولو ارتد من له الخيار في مدة الخيار، فقتل على الردة أو مات: لزم البيع. وكذا لو لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بلحاظه؛ لأن الردة بمنزلة الموت بعد الالتحاق بدار الحرب.

فإن عاد المرتد إلى الإسلام في مدة الخيار، فهو على خياره.

(١) بداية المجهد: ٢٠٩/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٧٣، المهذب: ٢٥٩/١، مغني المحتاج: ٤٥/٢، والفسخ بالتحالف: يحصل عند اختلاف البائع والمشتري في قدر الثمن أو قدر المبيع، ولم يكن لكل واحد منها بينة، ولم يتراضيا، فيحلف الحاكم كل واحد منها على دعوى الآخر، فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما (انظر نتائج الأفكار: ١٨٢/١ وما بعدها).

(٢) المبسوط: ٤٤/١٣، فتح القدير: ١٢١/٥.

كل ذلك إذا لم يتصرف المرتد بالخيار فسخاً أو اجازة، فإذا تصرف في مدة الخيار ينظر:

إن أجاز البيع جاز بالاتفاق، ولو فسخ يصبح حكم العقد موقوفاً عند أبي حنيفة: فإن عاد مسلماً نفذ، وإن مات أو قتل على الردة، بطل الفسخ.

وقال صاحبان: تنفذ تصرفات المرتد حال رده. ومنشأ الخلاف: هل تصرفات المرتد موقوفة أم نافذة؟

قال أبو حنيفة: هي موقوفة. وقال صاحبان: هي نافذة، سواء أسلم أو مات أو قتل^(١).

وقال الشافعية والحنابلة: لو جن صاحب الخيار أو أغمي عليه أو أصابه خرس فلم تفهم إشارته، ينتقل الخيار إلى وليه من حاكم أو غيره^(٢).

٤- هلاك المبيع في مدة الخيار: فيه تفصيل؛ لأن الهلاك إما أن يكون قبل القبض أو بعد القبض، والخيار إما للبائع، أو للمشتري^(٣).

أ- فإن هلك المبيع قبل القبض أي (في يد البائع) بطل البيع وسقط الخيار، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري، أم لهما معاً، لأنه لو كان العقد باتاً لبطل البيع بسبب العجز عن التسليم، فيبطل إذا كان فيه خيار شرط من باب أولى.

ب- وإن هلك المبيع بعد القبض أي «في يد المشتري»: فإن كان الخيار للبائع، فيبطل البيع أيضاً، ويسقط الخيار، ولكن يلزم المشتري القيمة إن لم يكن له مثل، والمثل إن كان له مثل.

(١) انظر التفصيل في فتح القدير: ٣٩٥/٤ وما بعدها.

(٢) مغني المحتاج: ٤٥/٢، غاية المنتهى: ٣٢/٢.

(٣) انظر المبسوط: ٤٤/١٢، البدائع: ٢٧٢/٥، فتح القدير: ١١٧/٥.

وقال ابن أبي ليلى : إنه يهلك هلاك الأمانات ؛ لأن الخيار منع انعقاد العقد بالنسبة لحكم العقد ، فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري ، فيهلك هلاك الأمانات .

والصحيح قول عامة العلماء ، لأن البيع وإن لم ينعقد بالنسبة لحكم العقد ، لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع ، فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء^(١) وهو مضمون بالقيمة أو بالمثل ، سواء تعدى في القبض أو قصر في الحفظ ، أو لم يحصل منه شيء من ذلك ، فهذا أولى ، لأن العقد موجود هنا ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لم يوجد العقد بالنسبة إليه أصلاً .

وإن كان الخيار للمشتري فهلك المبيع بفعل المشتري أو البائع أو بأفة سماوية : لا يبطل البيع ، ولكن يسقط الخيار ، ويلزم البيع ، ويهلك على المشتري بالثمن ، لأن المشتري وإن لم يملك المبيع عند أبي حنيفة إلا أنه اعترض عليه في يده ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع ؛ لأن الهلاك في يده لا يخلو عادة عن سبب له ، وهذا السبب يكون عيباً ، وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ، ويلزم البيع إذ لا فائدة من بقاء الخيار ، فيهلك بالثمن ؛ لأن العقد قد انبرم .

وقال الشافعية كالحنفية فيما إذا حدث الهلاك بأفة سماوية قبل القبض : يفسخ البيع ويسقط الخيار ، كما يفسخ العقد ويسقط الخيار إذا كان الهلاك بعد القبض ويضمن المشتري القيمة إذا كان الخيار للبائع .

فإن كان الخيار للمشتري فيقرر الشافعية أنه يضمن المبيع في هذه الحالة بقيمته ، لأنه إن فسخ البيع تعذر رد العين ، فوجب رد القيمة ، وإن أمضى العقد فقد هلك من ملكه فيجب عليه قيمته^(٢) .

(١) وهو أن يسمي البائع أو المشتري ثمن شيء ، ثم يقبضه المسام على وجه الشراء ، لينظر فيه أو ليريه غيره ويقول : إن رضيت أخذته بالثمن الذي اتفق عليه . فإذا ضاع أو هلك يضمن قيمته (رد المختار : ٥٢/٤) .

(٢) المهذب : ٢٦٠/١ .

وقال المالكية : إن هلك المبيع بيد البائع ، فلا خلاف في ضمانه إياه وينفسخ البيع . وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية :

إن كان المبيع مما يغاب عليه « أي يمكن إخفاؤه » كالحلي والثياب ، فيضمن المشتري للبائع الأكثر من ثمنه الذي يبيع به ، أو القيمة ؛ لأن من حق البائع إمضاء البيع إن كان الثمن أكثر ، ورد البيع إن كانت القيمة أكثر ، إلا إذا ثبت الهلاك بينة فلا يضمن المشتري .

وإن كان المبيع مما لا يغاب عليه « أي لا يمكن إخفاؤه » كالدور والعقارات فالبائع يضمنه ، حيث لم يظهر كذب المشتري^(١) .

وقال الحنابلة : إن تلفت السلعة في مدة الخيار قبل القبض ، وكان المبيع مكيلاً أو موزوناً انفسخ البيع ، وضمنه البائع ، ويبطل خيار المشتري .

وإن كان المبيع غير مكيلاً ولا موزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه ، فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ، ويكون كتلفه بعد القبض .

وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار ، فهو من ضمان المشتري ، ويبطل خياره . وأما خيار البائع ففيه روايتان :

إحداها : يبطل كخيار الرد بالعيب إذا تلف المبيع ، وهو اختيار الحرقي وأبي بكر .

والثانية : لا يبطل ، وللبائع فسخ البيع ، ومطالبة المشتري بالقيمة^(٢) .

٥- تعيب المبيع : فيه تفصيل أيضاً ؛ لأن الخيار إما أن يكون للبائع أو للمشتري .

(١) بداية المجتهد : ٢٠٨/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٠٤/٣ وما بعدها .

(٢) المغني : ٥٦٩/٣ .

آ- فإن كان الخيار للبائع : فيسقط خياره إذا تعيب المبيع بأفة سماوية أو بفعل البائع ، سواء أكان المبيع في يد البائع أم في يد المشتري ، لأنه هلك بعض المبيع بلا بدل عنه ، إذ لا يجب الضمان على البائع ، لأن المبيع ملكه ، فينفسخ البيع في هذا البعض ، ولا يمكن بقاء العقد في الجزء الباقي ، لما يترتب عليه من تفريق الصفقة على المشتري قبل تمام العقد ، وهو لا يجوز .

فإذا تعيب المبيع بفعل المشتري ، أو بفعل أجنبي لم يبطل البيع ، ويبقى البائع على خياره لأنه يمكنه إجازة البيع فيما بقي وفيما نقص ؛ لأن قدر النقصان انتقل إلى بدل عنه : وهو الضمان بالقيمة على المشتري أو الأجنبي لإتلافها ملك الغير بغير إذن ، فكان قدر النقصان قائماً معنى .

وإذا بقي البائع على خياره والمبيع في يد المشتري : فإما أن يجيز العقد أو يفسخ : فإن أجاز البيع ، وجب على المشتري جميع الثمن ؛ لأن البيع جاز في الكل ، ولا يكون للمشتري خيار الرد بمجرد التغير في المبيع ، لأنه حدث في يده وفي ضمانه .

غير أنه إذا كان التعيب بفعل المشتري ، فلا سبيل له على أحد ، لأنه ضمن القيمة بفعل نفسه ، وإن كان بفعل الأجنبي فلمشتري أن يتبع الجاني بالأرض « أي الغرامة » لأنه باجازه البيع ملك المبيع ، من وقت البيع فحصلت الجناية على ملكه .

وإن فسخ البائع العقد ينظر :

إن كان التعيب بفعل المشتري : فإن البائع يأخذ الباقي ، ويأخذ أرض الجناية من المشتري لأن المبيع كان مضموناً على المشتري بالقيمة ، وقد عجز عن رد ما أتلفه بالجناية ، فعليه رد قيمته .

وإن كان التعيب بفعل أجنبي : فالبائع بالخيار إن شاء اتبع الجاني بالأرض ، لأن الجناية حصلت على ملكه ، وإن شاء اتبع المشتري لأن الجناية حدثت في ضمان المشتري .

فإن اختار اتباع الأجنبي : فالأجنبي لا يرجع على أحد ، لأنه ضمن القيمة بفعل نفسه ، وإن اختار اتباع المشتري ، فالمشتري يرجع بما ضمن من الأرش على الجاني ، لأن المشتري بأداء الضمان قام مقام البائع في حق تملك بدل الشيء المجني عليه ، وإن لم يتم مقامه في حق ملك نفس الشيء المجني عليه .

ب- وإن كان الخيار للمشتري : فيسقط خياره بالتعيب ولا يفسخ البيع سواء حصل بأفة سماوية أو بفعل البائع ، أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي لأن في حالة الأفة السماوية واعتداء البائع حدث التعيب في المبيع في يد المشتري وفي ضمانه ، فيلزمه رد قيمته . وأما في حالة اعتداء المشتري أو الأجنبي فلأنه تعذر رد المبيع ؛ لأنه لا يمكن المشتري أن يرد جميع ما قبض كما قبض سليماً ، وفي رد البعض تفريق للصفقة على البائع قبل تمام العقد^(١) .

وعلى هذا إذا حدث نقص في المبيع في يد المشتري كأن سقط حائط من دار بغير صنع أحد ، يسقط الخيار بهذا النقصان لتعذر رد الشيء على صاحبه كما قبضه سليماً من أي نقص ، ويتقرر على المشتري جميع الثمن لأن النقصان حصل في ضمانه .

المطلب الرابع - حكم العقد في مدة الخيار

يقول الحنفية : لا ينعقد البيع بشرط الخيار في الحال في حق الحكم (أي تقل الملكية) بالنسبة لمن له الخيار من المتعاقدين ، بل يكون موقوفاً إلى وقت سقوط الخيار : إما باجازه البيع أو فسخه ، فإن أجازته ظهر أن العقد كان قد انعقد حال وجوده أي قبل الإجازة متى كان موضوع العقد قابلاً له ، وإن فسخه استمر على عدم انعقاده استصحاباً للحالة الأولى .

(١) انظر تحفة الفقهاء : ١٠٦/٢ - ١٠٩ ، فتح القدير : ١١٧/٥ وما بعدها ، وانظر البدائع : ٢٦٩/٥ ، ٢٧٢ ، مع ملاحظة الفارق بين ما هنا وبين ما اختاره الكاساني من اعتبار التعيب بالأفة السماوية في يد البائع غير مسقط للخيار .

وتفصيله يظهر فيما يأتي^(١).

إن كان الخيار للعاقدين : كان العقد غير منعقد من ناحية حكمه في حقها معاً أي أنه لا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، كما لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع ؛ لأن الخيار المانع من الانعقاد من ناحية الحكم موجود في جانبي البائع والمشتري .

وإن كان الخيار للبائع وحده : كان العقد غير منعقد في حقه من ناحية ثبوت الحكم ، فلا يزول المبيع عن ملكه ويخرج الثمن عن ملك المشتري ؛ لأن العقد لازم في حقه ، ولكنه لا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة حتى لا يجتمع البدلان (المبيع والثمن) في يد واحدة ، وهذا لا يجوز في عقود المبادلة التي تتطلب المساواة بين البائع والمشتري .

وقال الصحابان : إن الثمن يدخل في ملك البائع ويجب له ما دام البيع وقع باتاً أي لازماً بالنسبة لمشتري ، لأنه لم يشترط الخيار لنفسه ، ودليلها : أن الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك .

وهذا يظهر أن العقد من ناحية حكمه : لا ينعقد عند أبي حنيفة في كلا البدلين (المبيع والثمن) . وعند الصحابين : لا ينعقد في بدل من له الخيار فقط .

وإن كان الخيار للمشتري وحده : كان البيع غير منعقد بالنسبة له من ناحية حكمه ، فلا يخرج الثمن عن ملكه ، أما المبيع فيخرج عن ملك البائع فليس له التصرف فيه ، ولكنه لا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة ، ويدخل في ملكه عند الصحابين على النحو السابق .

ويترتب على هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه نتائج ، منها ما يأتي :

(١) البدائع : ٢٦٤/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١١٥/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٥١/٤ وما بعدها .

١- إذا اشترى ذمي من ذمي خمرأً أو خنزيراً على أنه بالخيار وقبض المشتري المبيع، ثم أسلم بطل البيع عند أبي حنيفة؛ لأن المبيع لم يدخل في مدة الخيار في ملك المشتري، والمسلم ممنوع من تملك الخمر أو الخنزير.

وعند الصاحبين: لا يبطل البيع، بل يسقط الخيار ويلزم العقد؛ لأن المشتري ملك المبيع في مدة الخيار وهو ذمي، له أن يملك الخمر والخنزير، وبعد الإسلام: ليس له أن يرد البيع، لأنه ممنوع من تملك شيء مما ذكر.

أما إذا أسلم البائع وكان الخيار للمشتري: فلا يبطل البيع ويبقى المشتري على خياره بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه، وكونه لا يبطل لأن البيع بات في جانب البائع. وأما المشتري فيبقى خياره: فإن أجاز البيع صار لازماً، وعليه الثمن ويملك المبيع، لانه ذمي له أن يملك الخمر والخنزير. وإن رد البيع انفسخ العقد وصار المبيع على ملك البائع، والمسلم قد يملك الخمر أو الخنزير حكماً، كما إذا أسلم الذمي وعنده خمر أو خنزير.

فإن كان الخيار للبائع وأسلم في مدة الخيار بطل الخيار والعقد؛ لأن خيار البائع يمنع اجماعاً خروج المبيع عن ملكه، وإسلامه يمنع إخراج الخمر ونحوها عن ملكه. ولو كان الذي أسلم هو المشتري، لم يبطل العقد، وبقي البائع على خياره، لأن العقد لازم من جهة المشتري إذ لا خيار له، وحينئذ له إجازة البيع، فيتملك المشتري المبيع وهو أهل له أي لتملك الخمر ونحوها حكماً، كما عرفنا، وإن رد البيع انفسخ العقد واستمر المبيع ملكاً للبائع^(١).

٢- إذا كان المبيع داراً: فإن كان للبائع خيار، لم يكن للشفيع الشفعة بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه.

وإن كان الخيار للمشتري ، تثبت الشفعة بالاتفاق أيضاً ؛ لأن خيار المشتري على قول أبي حنيفة ، وإن منع دخول السلعة في ملك المشتري ، لم يمنع زوال ملكيتها عن ملك البائع ، وحق الشفيع يثبت بزوال ملك البائع لا ملك المشتري .

وأما على قول الصاحبين : فإن خيار المشتري لا يمنعه تملك السلعة ، فتثبت الشفعة للشفيع^(١) . هذا هو تفصيل مذهب الحنفية في حكم عقد البيع خلال مدة الخيار . وأما غير الحنفية فذاهبهم ما يأتي :

قال المالكية وفي رواية عن أحمد : للبائع ملك المبيع زمن الخيار ، حتى ينقضي الخيار . وإمضاء البيع : معناه نقل المبيع من ملك البائع للملك المشتري ، وليس تقريراً للملك . ودليلهم أن المبيع على ملك البائع ، وأما المشتري فملكه غير تام لاحتمال رده . وعلى هذا : تكون غلة المبيع الحاصلة في زمن الخيار للبائع^(٢) .

وقال الشافعية في الأظهر عندهم : إن كان الخيار المشروط للبائع فملك المبيع وتوابعه كبن ومهر وثمر وكسب له . وإن كان الخيار للمشتري فيكون الملك له ، لأنه إذا كان الخيار لأحدهما كان هو وحده متصرفاً في المبيع ، ونفوذ التصرف دليل على الملك .

وإن كان الخيار للبائع والمشتري معا ، فالملك موقوف لأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر ، فيحصل التوقف ، فإن تم البيع تبين أن الملك للمشتري من حين العقد ، وإلا فللبائع ، وكأنه لم يخرج عن ملكه^(٣) .

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب : ينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد ، ولا فرق بين كون الخيار لهما ، أو لأحدهما أيها كان . ودليلهم قول النبي ﷺ :

(١) فتح القدير : ١٣٢/٥ ، تحفة الفقهاء : ١١٢/٢ .

(٢) حاشية الدسوقي : ١٠٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٢ .

(٣) معني المحتاج : ٤٨/٢ ، المهذب : ٢٥٩/١ .

« من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع » وقوله عليه السلام :
« من باع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »^(١) فقد جعل
الرسول عليه السلام المبيع للمبتاع (أي المشتري) بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل
بيع ، ولأنه يبيع صحيح ، فنقل الملكية عقبه كالذي لا خيار له ، ولأن البيع تملك
بدليل قوله : « ملكتك » فثبت به الملك كسائر البيوع^(٢) .

ويترتب على هذا الخلاف بين الفقهاء : الخلاف في حكم تسليم الثمن أو استحقاقه
للبيع ، كما أوضحنا عند الحنفية ، فعند الحنابلة : يلزم تسليم الثمن إذا كان الخيار
للمشتري ولا يلزم إذا كان الخيار للبائع أو لهما .

المطلب الخامس - كيفية الفسخ والإجازة :

الفسخ والإجازة إما بطريق الضرورة أو بطريق القصد والاختيار^(٣) :

أما الفسخ والإجازة بطريق الضرورة : فيصح من غير وجود الخصم وعلمه ،
كمضي مدة الخيار وهلاك المبيع ونقصانه ، كما ذكرنا في طرق إسقاط الخيار .

وأما الفسخ والإجازة بطريق القصد : فقد اتفق الحنفية على أن صاحب الخيار
يملك إجازة العقد بغير علم صاحبه ، لأنه كان قد رضي بالبيع ، وتوقف نفاذ البيع على
رضا صاحب الخيار ، فإذا رضي نفذ البيع ، علم الآخر أو لم يعلم .

ولكن يشترط الرضا باللسان بأن يقول : أجزت هذا العقد أو رضيت به ، فإذا
رضي بقلبه فقط ، فإنه لا يسقط خياره ؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالأقوال
والأفعال الظاهرة الدالة على القلوب .

(١) هذا الحديث رواه الموطأ وأصحاب الكتب عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : من باع عبداً وله مال فماله للبائع
إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وهناك ألفاظ أخرى
للحديث (انظر نصب الراية : ٥/٤ ، جامع الأصول : ٣٤/٢ وما بعدها) .

(٢) المغني : ٥٧١/٣ ، غاية المنتهى : ٣٢/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ٣٧٧ .

(٣) فتح القدير : ١٢٠/٥ .

وأما الفسخ: فإنه ينبغي أن يكون باللسان^(١) دون القلب، فإن فسخ بلسانه بعلم صاحبه، فيصح بالاتفاق بين علماء الحنفية، سواء رضي به الطرف الآخر أو أبي. وإن فسخ بغير علم صاحبه فلا يصح عند أبي حنيفة ومحمد، سواء أكان الخيار للمشتري أم للبائع، ويكون الفسخ حينئذ موقوفاً: إن علم به صاحبه في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد؛ لأن الفسخ تصرف في حق الغير؛ لأن العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين، فلم يملك أحدهما فسخه بغير علم صاحبه، لما في ذلك من المضرة. فإن كان الخيار للبائع: فربما يتصرف المشتري بالمشتري اعتداداً منه على نفاذ البيع بسبب مضي المدة دون فسخ، فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن، وفي هذا ضرر.

وإذا كان الخيار للمشتري: فربما لا يطلب البائع لسعته مشترياً آخر اعتداداً على تمام البيع، وهذا ضرر أيضاً.

وقال أبو يوسف: إن كان الخيار للبائع فلا يشترط علم المشتري بالفسخ، وإن كان الخيار للمشتري اشترط علم البائع بالفسخ. وفي رواية عنه: إنه لا يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ مطلقاً؛ لأن الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من صاحبه الذي لا خيار له، فلا يتوقف الفسخ على علمه، كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل^(٢).

ويجري هذا الخلاف في خيار الرؤية، أما خيار العيب فقد اتفق الحنفية على أن الفسخ فيه يشترط أن يكون بعلم البائع^(٣).

وإذا كان الخيار للرجلين - خيار شرط أو رؤية أو عيب - فلا يملك أحدهما دون

(١) يلاحظ أن الاجازة والفسخ كما يكونان قولين بكل لفظ يفيد ذلك كأجزت البيع ونحوه، يكونان فعلين أيضاً كما لو تصرف المشتري المخير في المبيع تصرفاً يعتمد الملكية كرهن المبيع أو إجارته أو عرضه للبيع فيكون إجازة. ولو فعل البائع ذلك كان فسخاً.

(٢) البدائع: ٢٢٣/٥، فتح القدير والعناية: ١٢٢/٥، رد المحتار: ٥٧/٤.

(٣) البدائع، المرجع السابق.

الآخر أن ينفرد بالفسخ عند أبي حنيفة؛ لأن المبيع خرج عن ملك البائع غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده معيباً به، وفي رده ضرر.

وقال صاحبان: يصح لأحد الرجلين اللذين ثبت الخيار لهما أن ينفرد بالفسخ؛ لأن اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما، فلا يسقط باسقاط صاحبه، لما فيه من إبطال حقه^(١).

وعلى هذا: يصح عند أبي حنيفة أن يتفق الرجلان على الإجازة أو الفسخ، فإذا رد أحدهما، وأجاز الآخر، فهو على الخلاف المذكور.

وكذا يجري الخلاف إذا اختارا رد البيع في النصف، وإجازة البيع في النصف الآخر. هذا هو تفصيل كيفية الفسخ والإجازة عند الحنفية، وخالفهم جمهور العلماء في كيفية الفسخ:

فقال المالكية والشافعية والحنابلة: يصح لصاحب الخيار فسخ البيع في حضور صاحبه وفي غيبته، إذ أن صاحبه لما رضي لأخيه بالخيار، فكأنه أذن له في الفسخ متى شاء، فلا يحتاج إلى حضوره (أي علمه) عند الفسخ، ولأن الفسخ رفع للعقد، فلا يفتقر إلى رضا صاحبه، فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق^(٢).

١٣ - خيار العيب

هو خيار ثابت بالشرط دلالة، لذا ذكرناه عقب خيار الشرط. وستتكمّل عن خيار العيب في المطالب الآتية:

المطلب الأول - في مشروعية خيار العيب وحكمه.

المطلب الثاني - في العيوب الموجبة للخيار.

(١) المبسوط: ٥٠/١٣، البدائع: ٢٦٨/٥.

(٢) المغني: ٥٩١/٣، مغني المحتاج: ٤٩٧/٢، الميزان: ٦٤/٢.

المطلب الثالث - في طرق إثبات العيب وشروط ثبوت الخيار .

المطلب الرابع - مقتضى الخيار وكيفية الرد بالعيب .

المطلب الخامس - موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار .

المطلب السادس - اختلاف الفقهاء في شرط البراءة عن العيب .

المطلب الأول - في مشروعية خيار العيب وحكم العقد

مشروعية خيار العيب : الأصل في مشروعية هذا الخيار أحاديث منها - أن النبي ﷺ قال : « المسلم أخو المسلم ، لا يجل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، وفيه عيب إلا بينه له »^(١) .

ومنها - قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يجل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ، ولا يجل لأحد يعلم ذلك إلا بينه »^(٢) .

ومنها - أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه ، فإذا هو مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا »^(٣) .

وقال الكاساني : الأصل في مشروعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله ﷺ أنه

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم والطبراني عن عقبة بن عامر ، قال في الفتح : واسناده جيد (انظر جمع الزوائد : ٨٠/٤ ، نيل الأوطار : ٢١١/٥) ورواه البخاري بلفظ آخر (انظر جامع الأصول : ٤٢٠/١) .

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم في المستدرک ، قال في نيل الأوطار : ٢١٢/٥ « وفي اسناده أحمد أبو جعفر الرازي وأبو سباع ، والأول مختلف فيه ، والثاني قيل : إنه مجهول » .

(٣) نيل الأوطار : ٢١١/٥ وما بعدها ، وقد روى الحديث مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي هريرة ، وفي رواية أبي داود « ليس منا من غش » (انظر جامع الأصول : ٤١٩/١ وما بعدها ، جمع الزوائد : ٧٨/٤ ، نيل الأوطار : ٢١٢/٥) .

قال : « من اشترى شاة محفلة^(١) ، فوجدها مصراة^(٢) ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام » وفي رواية « فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة : إن شاء أمسك ، وإن شاء رد ، ورد معها صاعاً من تمر^(٣) » ، والنظران المذكوران : هما نظر الإمساك والرد ، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت ، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد ، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري .

ويلاحظ أن جمهور الفقهاء يعتبرون تصرية الإبل والغنم تغريراً فعلياً في الوصف ، يوجب للمغرور خياراً في إبطال العقد ، ولو لم يصحبه غبن فهو من خيار الوصف^(٤) .

ويثبتون للمشتري الخيار بين إمساك المبيع إن رضيه ، أو رد المبيع مع صاع من تمر إن سخطه ، ويوافق أبو يوسف الجمهور على هذا الرأي أخذاً بالحديث السابق . وقال أبو حنيفة ومحمد : يرجع المشتري بالنقصان فقط إن شاء .

حكم البيع :

حكم البيع لشيء معيب : هو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال لأن ركن البيع مطلق عن الشرط ، وإنما يثبت فيه دلالة شرط سلامة المبيع عن العيوب ، فإذا لم تتوافر السلامة تأثر العقد في لزومه ، لا في أصل حكمه ، بخلاف خيار الشرط : لأن الشرط المنصوص عليه ورد على أصل الحكم ، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم في مدة الخيار^(٥) .

(١) أي جمع اللبن في ضرعها .

(٢) قال الشافعي : التصرية : هي ربط أخلاف (حلمات) الشاة أو الناقة ، وترك حلبها حتى يجمع لبنها ، فيكثر فيطن للمشتري أن ذلك عادت ، فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها .

(٣) انظر للمقارنة نيل الأوطار : ٢١٤/٥ ، جامع الأصول : ٤٢٠/١ ، وما بعدها ، مجمع الزوائد : ١٠٨/٤ ، الموطأ : ١٧٠/٢ ، ففي هذا الحديث عدة روايات رواها البخاري ومسلم وأحمد والموطأ وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة ، وهذه الرواية المذكورة كما يظهر لي هي ملفقة من أكثر من رواية .

(٤) انظر ابن عابدين : ٤٧/٤ ، والمدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : ج ١ ص ٢٧٤ ، الطبعة السابعة .

(٥) البدائع : ٢٧٣/٥ .

وصفة حكم البيع لشيء معيب : هو أنه يفيد الملك غير لازم ؛ لأن سلامة البديلين في عقد المعاوضة مطلوبة عادة ، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة أي ضمناً ، فكانت كالمشروطة نصاً ، فإذا لم تتحقق صفة السلامة في البديلين ، كان للعاقد الخيار ، فيكون العقد غير لازم^(١) .

المطلب الثاني - العيوب الموجبة للخيار

العيوب : هو كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السلية ويوجب نقصان الثمن في عرف التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعُمى والعمور والحول^(٢) .

وتعريف العيب عند الشافعية : هو كل ما ينقص العين أو القيمة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه . واحترزوا بالقييد الأخير عن قطع أصبع زائدة أو جزء يسير من الفخذ أو الساق لا يورث شيئاً ، ولا يفوت غرضاً ، فلا يرد المبيع به^(٣) . مثال إنقاص القيمة : جماح الدابة عند ركوبها ، ومثال ما يفوت به غرض صحيح : قطع بعض أذن الشاة المشتراة للأضحية ، فلامشترى ردها .

والفرق بين التعريفين : أن تعريف الحنفية ذو معيار مادي ، وتعريف الشافعية ذو معيار شخصي .

والعيوب نوعان :

أحدها - ما يوجب نقصان جزء من المبيع أو تغييره من حيث الظاهر دون الباطن . ثانيهما - ما يوجب النقصان من حيث المعنى ، دون الصورة .

(١) البدائع ، المرجع نفسه : ص ٢٧٤ .

(٢) فتح القدير والعناية : ١٥١/٥ ، ١٥٣ ، البدائع : ٢٧٤/٥ ، رد المحتار : ٧٤/٤ ، والحول : أن تميل إحدى الحدفتين إلى الأنف ، والأخرى إلى الصدغ .

(٣) مغني المحتاج : ٥١/٢ ، وقال الحنابلة : العيب : هو نقص عين مبيع كقطع أصبع ولو زادت قيمته ، أو نقص قيمته عرفاً كمرض ونحوه (غاية المنتهى : ٣٥/٢) .

أما الأول - فكثير نحو العمى ، والعمور ، والحول ، والشلل ، والقرع ، والزمانة (أي الأمراض المزمنة) والأصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة والسن الشاغية (الزائدة) والظفر الأسود ، والصمم والخرس ، والبكم ، والقروح ، والشجاج ، وأثر الجراح ، والحميات وسائر الأمراض التي تعم البدن^(١) .

وأما الثاني - فنحو جراح الدابة ، وبطء غير معتاد في سيارة ونحوها^(٢) .

المطلب الثالث - طرق إثبات العيب وشروط ثبوت الخيار

شروط ثبوت الخيار : يشترط لثبوت الخيار شرائط هي^(٣) :

١- ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم ، فلو حدث بعدئذ لا يثبت الخيار .

٢- ثبوت العيب عند المشتري بعد قبضه المبيع ، ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ .

٣- جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض ، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له ، لأنه يكون راضياً به دلالة .

٤- عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع ، فلو شرط فلا خيار للمشتري ، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه .

٥- أن تكون السلامة من العيب غالبية في مثل المبيع المعيب .

٦- ألا يزول العيب قبل الفسخ .

(١) البدائع : ٢٧٤/٥ .

(٢) انظر البدائع : ٢٧٤/٥ - ٢٧٦ ، فتح القدير : ١٥٤/٥ - ١٥٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٧٨/٤ .

(٣) البدائع : ٢٧٥/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٥٣/٥ .

٧- ألا يكون العيب طفيفاً مما يمكن إزالته دون مشقة ، كالتجاسة في الثوب الذي لا يضره الغسل .

٨- عدم اشتراط البراءة من العيب في البيع ، على التفصيل الآتي في آخر البحث .

طرق إثبات العيب :

يختلف طريق إثبات العيب باختلاف العيب ، والعيب أربعة أنواع :

إما عيب ظاهر مشاهد ، كالأصبع الزائدة والناقصة والسن الساقطة والعمى والورور ونحوها .

أو عيب باطن خفي لا يعرفه إلا الأطباء .

أو عيب لا يطلع عليه إلا النساء .

أو عيب لا يعرف بالمشاهدة ، وإنما يحتاج إلى التجربة والامتحان عند الخصومة .

١- فإن كان عيباً مشاهداً : فلا حاجة لتكليف القاضي للمشتري بإقامة البينة على وجود العيب عنده ، لكونه ثابتاً بالعيان والمشاهدة ، وللمشتري حق خصومة البائع ، بسبب هذا العيب ، وللقاضي حينئذ النظر في الأمر .

فإن كان العيب لا يحدث مثله عادة في يد المشتري كالأصبع الزائدة ونحوها ، فإنه يرد على البائع ، ولا يكلف المشتري إقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع لتيقن ثبوته عنده إلا أن يدعي البائع الرضا به ، والإبراء عنه ، فتطلب البينة منه .

فإن أقام البينة عليه قضي بموجبها ، وإلا فيستحلف المشتري على دعواه ، فإن نكل لم يرد المبيع المعيب على البائع وإن حلف رد على البائع .

وأما إن كان العيب مما يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري : فيقول القاضي للبائع : « هل حدث هذا عندك ؟ » فإن قال : « نعم » قضي عليه بالرد ، إلا أن يدعي

الرضا والإبراء . وإن أنكر فقال : « لا » كان القول قوله إلا أن يقيم المشتري البينة ، فإن أقامها ، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي البائع الرضا والإبراء ، وإن لم يكن له بينة على إثبات العيب عند البائع ، وطلب المشتري يمينه ، فإنه يستحلف بالله بنحو بات قاطع جازم لاعلى مجرد نفي العلم : « لقد بعته وسلمته ، وما به هذا العيب » لأن هذا أمر لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر يحلف ، وإنما يحلف على هذا الوجه بالجمع بين البيع والاستحلاف ؛ لأنه قد يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيثبت للمشتري حق الرد ، فكان الاحتياط هو الجمع بينهما . وهذا ما ذكره محمد في الأصل .

وقال بعض المشايخ : لا احتياط في هذا ، لأنه لو استحلف على هذا الوجه ، فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم ، فيكون البائع صادقاً في يمينه ؛ لأن شرط حنثه : وجود العيب عند البيع والتسليم معاً فلا يحث بوجوده في أحدهما ، فيبطل حق المشتري . والاحتياط للمشتري يتحقق فيما إذا حلف البائع بالله : « ما للمشتري رد السلعة بهذا العيب الذي يدعي » وقال بعضهم : يحلف بالله « لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعي » قال الكاساني : « وهو صحيح ، لأنه يدخل فيه الموجود عند البيع ، والحادث قبل التسليم » .

فإذا حلف برئ ، ولا يرد عليه المبيع ، وإن نكل يرد عليه ويفسخ العقد ، إلا إذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب أو الإبراء عنه .

وقد صحح بعضهم صيغة اليمين الأولى التي ذكرها محمد بإضمار زيادة في الكلام ، فتصير الصيغة : « لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب ، لا عند البيع ولا عند التسليم »^(١) .

(١) البدائع : ٢٧٩/٥ وما بعدها ، تحفة الفقهاء : ١٣٩/٢ وما بعدها ، رد المحتار : ٩٢/٤ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٠ وما بعدها .

آ- وأما إذا كان العيب باطناً خفياً لا يعرفه إلا المختصون :

كالأطباء والبياطرة مثل وجع الكبد والطحال ونحوه ، فإنه يثبت لممارسة حق الخصومة بشهادة رجلين مسلمين أو رجل مسلم عدل ، وبعده يقول القاضي للبائع : « هل حدث عندك العيب المدعى به » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، وإن أنكر أقام المشتري البينة ، فإن لم يكن له بينة استحلف البائع على الوجه السابق ذكره في العيب المشاهد . فإن حلف ، لم يرد عليه ، وإن نكل قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء^(١) .

٣- وإن كان العيب مما لا يطلع عليه إلا النساء : فيرجع القاضي إلى قول النساء ، فيرهن العيب لقوله تعالى : ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون ﴾ ولا يشترط العدد منهن ، بل يكفي بقول امرأة واحدة عدل ، والثنتان أحوط ؛ لأن قول المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع ، كشهادة القابلة في النسب .

نإذا شهدت المرأة على العيب فهناك روايتان عن كل واحد من الصاحبين :

ففي رواية عن أبي يوسف أنه يفرق بين ما إذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري .

فإن كان في يد البائع فيثبت العيب بشهادتها ، ويرد المبيع ، ويفسخ البيع ، لأن ما لا يطلع عليه الرجال ، فقول المرأة الواحدة بمنزلة البينة .

وإن كان في يد المشتري فيثبت حق الخصومة أي « حق الادعاء » بقولها ، ولا يثبت بالنسبة لحق الرد على البائع ؛ لأن المبيع وجد معيباً في ضمان المشتري ، فلا ينتقل الضمان إلى البائع بقول النساء ، ثم يسأل القاضي البائع : « هل كان هذا العيب عندك » كما بينا في صورة العيب الباطن .

(١) البدائع : ٢٧٨/٥ ، رد المحتار : ٩٢/٤ .

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف قال : إن كان العيب مما لا يحدث مثله : يفسخ البيع بقول النساء ؛ لأن العيب قد ثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع ييقين .

وإن كان عيباً يحدث مثله ، لم يثبت حق الفسخ بقولهن ؛ لأن هذا مما يعلم من جهة غيرهن .

والروايتان عن محمد ما يأتي :

قال في رواية : لا يفسخ البيع بقولهن بحال . وفي رواية : يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن ؛ لأن قولهن فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة كما في النسب .

والحاصل أن شهادة المرأة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب الذي لا يطلع عليه الرجال بالنسبة لحق إقامة الخصومة لبالنسبة لحق الرد ، سواء أكان العيب قبل القبض أم بعده في ظاهر الرواية عن علماء الحنفية الثلاث ، فكان هو المذهب المعتمد^(١) .

٤ - وأما العيب الذي ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا بالتجربة :

كالإباق والجنون والسرقة والبول على الفراش ، فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

فإذا أثبت المشتري حدوث العيب عنده ، فيقول القاضي للبائع : « هل أبق عندك » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء ، وإن أنكر الإباق أصلاً ، وادعى اختلاف الحالة في هذا العيب بين الصغر والكبر ، كما أسلفنا بيانه ، يقول القاضي للمشتري : « ألك بينة ؟ » فإن قال : « نعم » وأقام البينة على

(١) البدائع : ٢٧٩/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٩٢/٤ وما بعدها .

ما يدعي، قضى عليه بالرد، وإن قال: « لا » يستحلف البائع بالله: « ما أبق عندك قط » فإن حلف انقطعت الخصومة بينها، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بالرد.

وإذا لم يستطع المشتري إثبات العيب عنده، هل يستحلف القاضي البائع على ذلك أم لا؟

قال صاحبان: يستحلف، وقال أبو حنيفة: لا يستحلف.

دليلهما: أن المشتري يدعي حق الرد ولا يمكنه الرد إلا بإثبات العيب عند نفسه، وطريق الإثبات: إما البينة أو نكول البائع، فإذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل أي (البائع) فيثبت العيب عند نفسه، ولهذا يستحلف أي المشتري عند عدم البينة على إثبات العيب عند البائع فكذا هذا. ودليل أبي حنيفة أن الاستحلاف يكون عقب الدعوى على البائع، ولادعوى له على البائع إلا بعد ثبوت العيب عند نفسه، ولم يثبت، فلم تثبت دعواه على البائع، فلا يستحلف، والنكول لا يكون إلا بعد الاستحلاف^(١).

وكيفية استحلاف البائع:

هي أن يحلف على العلم لا على سبيل البت والقطع، فيقول: « بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا الشيء الآن » والسبب فيه: هو أنه يحلف على غير فعله، ومن حلف على غير فعله، يحلف على العلم لأنه لا علم له بما ليس بفعله، أما من حلف على فعل نفسه، فيحلف على البتات (أي بصيغة البت والحزم) فإن نكل أي البائع عن اليمين، ثبت العيب عند المشتري، فيثبت له حق الخصومة، وإن حلف برئ^(٢).

(١) البدائع: ٢٧٩/٥، رد المحتار: ٩٢/٤.

(٢) البدائع، المرجع السابق.

المطلب الرابع - مقتضى الخيار وكيفية الفسخ والرد بالعيب

مقتضى الخيار : يترتب على ظهور العيب في المبيع أن يكون المشتري مخيراً بين أمرين :

إما أن يمضي العقد ، وفي هذه الحالة يلتزم بأداء الثمن كاملاً ؛ أو يفسخ العقد ، فيسترد الثمن إن كان قد دفعه ، ويعفى من أدائه إن لم يكن قد أداه ، وعليه أن يرد العين المعيبة إذا كان قد استلمها^(١) .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا تعيب المبيع في يد البائع أو تلف بعضه بأمر ساوي ، فيكون المشتري مخيراً بين قبوله ناقصاً بجميع الثمن ، ولا شيء له ، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن^(٢) .

كيفية الفسخ والرد : المبيع لا يخلو من أحد حالين :

١- إما أن يكون في يد البائع ، فينفسخ البيع بقول المشتري : « رددت » ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ، ولا إلى التراضي بالاتفاق بين الحنفية والشافعية .

٢- وإما أن يكون في يد المشتري ، فلا يفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عند الحنفية ؛ لأن الفسخ بعد القبض يكون على حسب العقد ؛ لأنه يرفع العقد ، وبما أن العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ، ومن غير قضاء القاضي ، بخلاف الفسخ قبل القبض ؛ لأن الصفقة ليست تامة حينئذ ، بل تمامها بالقبض ، فكان بمنزلة القبض .

وعند الشافعي : يفسخ العقد بقوله : « رددت » بغير حاجة إلى قضاء ، ولا إلى

(١) فتح القدير : ١٥١/٥ .

(٢) الروضة للنووي : ٥٠٤/٣ ، المغني : ١٠٩/٤ وما بعدها .

رضا البائع؛ لأن الفسخ لا تقتصر صحته إلى القضاء، ولا إلى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاتفاق، وبخيار الرؤية على أصل الحنفية^(١).

هل الفسخ بعد العلم بالعيب على الفور أم على التراخي؟

قال الحنفية والحنابلة: خيار الرد بالعيب على التراخي، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور، ففتى علم العيب فأخر الرد، لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا، وإذا أعلن المشتري البائع بالعيب وخاصمه في رد المبيع، ثم ترك مخاصمته بعدئذ، ورجع إليها وطلب الرد، فإن له أن يرد ما لم يمتنع الرد لمانع، لأنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كالتقصاص، ولا نسلم دلالة الإمساك على الرضا به^(٢).

وقال الشافعية: يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور، فلو علم ثم أخر رده بلا عذر؛ سقط حقه في الرد، والمراد بالفور: ما لا يعد تراخياً في العادة، فلو اشتغل بصلاة دخل وقتها، أو بأكل أو نحوه، فلا يكون تراخياً في العادة، فلا يمنع الرد، وكذا لو علم بالعيب، ثم تراخى لعذر كمرض أو خوف لص أو حيوان مفترس أو نحوه، فإن حقه لا يسقط، وإنما يكون له حق الرد بعد العلم بالعيب إذا لم يفعل ما يدل على الرضا، كاستعمال الحيوان ولبس الثوب أو نحوه.

ودليلهم أن الأصل في البيع اللزوم، وعدم اللزوم عارض، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال، فكان فورياً كالشفعة، فيبطل بالتأخير بغير عذر^(٣).

(١) البدائع: ٢٨١/٥، مغني المحتاج: ٥٧/٢، المهذب: ٢٨٤/١.

(٢) رد المحتار: ٩٣/٤، المغني: ١٤٤/٤، غاية المنتهى: ٤١/٢.

(٣) مغني المحتاج: ٥٦/٢، المهذب: ٢٧٤/١.

المطلب الخامس - موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار

يتمتع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع بأسباب ، منها :
ما يكون بعد ثبوت التزام البائع بضمان العيب . ومنها : ما لا يكون البائع ملتزماً فيها
بضمان العيوب من أول الأمر .

أما ما يكون بعد ثبوت التزام البائع بضمان العيب فهي ^(١) :

١ - الرضا بالعيب بعد العلم به : إما صراحة كأن يقول : رضيت بالعيب أو
أجزت البيع ، أو دلالة كالتصرف في المبيع تصرفاً يدل على الرضا بالعيب كصنغ
الثوب أو قطعه ، أو البناء على الأرض أو طحن الخنطة أو شي اللحم ، أو بيع الشيء
أو هبته أو رهنه ولو بلا تسليم أو استعماله بأي وجه كلبس الثوب وركوب الدابة أو
مداواة المبيع ونحوها كما ذكرنا في مبحث خيار الشرط ، أو وصول عوض العيب إليه
حقيقة ، أو اعتباراً كأن يقتله أجنبي وهو في يده خطأ ، فيأخذ قيمته منه .

وذلك لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد ضمناً ، ولما رضي المشتري
بالعيب بعد العلم به ، دل على أنه ما شرط السلامة ، ولأنه إذا رضي بالعيب فقد رضي
بالضرر : وهو إسقاط ضمان العيب الذي يعرض به عن الجزء المعيب ، وفي حالة
العوض : إذا حصل التعويض ، فكأن الجزء المعيب عاد سليماً معني ، بقيام بدله ، وهذا
في ظاهر الرواية ، لأنه لما وصلت إليه قيمته ، قامت القيمة مقام العين ، فصار كأنه
باعه .

٢ - إسقاط الخيار صراحة أو في معنى الصريح : مثل أن يقول المشتري : أسقطت
الخيار أو أبطلته ، أو ألزمت البيع أو أوجبتة ، وما يجري مجراه .

(١) البدائع : ٢٨٢/٥ ، ٢٩١ ، رد المحتار : ٩٤/٤ ، ١٠٣ .

وأما ما يمنع الرد دون أن يكون البائع ملتزماً بالضمان من أول الأمر فهو ما يأتي :

١- **المانع الطبيعي** : وهو هلاك المبيع بأفة سماوية ، أو بفعل المبيع ، أو باستعمال المشتري كأكل الطعام ، فيمتنع الرد في هذه الحالات لهلاك المبيع ، ويثبت للمشتري حق الرجوع على البائع بنقصان العيب^(١) .

٢- **المانع الشرعي** : وهو أن يحدث في المبيع قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كصبغ الثوب والبناء على الأرض ، أو يحدث بعد القبض زيادة متصلة غير متولدة أو زيادة منفصلة متولدة كالولد والثمرة . وأما بقية أنواع الزيادات فلا تمنع الرد .

وتفصيله ما يأتي^(٢) :

الزيادة في المبيع : إما أن تحدث قبل القبض أو بعده ، وكل منهما إما متصلة أو منفصلة .

فالزيادة الحادثة قبل القبض :

١- إذا كانت متصلة :

فإما أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسمن ونحوها ، فلا تمنع الرد ، لأنها تابعة للأصل حقيقة .

أو تكون غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته ، والبناء أو الغرس على الأرض ، فتمنع الرد ؛ لأنها أصل قام بذاته ، وليست تابعة ، فلا يرد المبيع بدونها ،

(١) البدائع : ٢٨٢/٥ ، رد المختار : ٨٦/٤ ، ٩٩ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦٩ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١١٠ ، مغني المحتاج : ٥٤/٢ .

(٢) البدائع : ٢٨٤/٥ ، وما بعدها ، التقريرات على رد المختار : ٨٥/٤ ، ٩٨ ، عقد البيع المرجع المذكور : ص ١١١ .

لتعذر الرد، ولا يرد معها، لأنها ليست تابعة في البيع فلا تتبع في الفسخ.

٢- وإن كانت منفصلة:

فإما أن تكون أيضاً متولدة من الأصل كالولد والثرة واللبن، فلا تمنع الرد، فإن شاء المشتري ردها جميعاً، وإن شاء رضي بها بجميع الثمن.

أو تكون غير متولدة، كالكسب والصدقة والغلة، فلا تمنع الرد؛ لأنها ليست بمبيعة، وإنما هي مملوكة بملك الأصل.

وأما الزيادة الحادثة في المبيع بعد القبض (أي عند المشتري):

١- إن كانت زيادة متصلة.

فإن كانت متولدة من الأصل كسمن الدابة، فلا تمنع الرد عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية^(١)، ويبقى حكم العيب معها على موجب الأصل: فإن رضي المشتري أن يردها مع الأصل ردها، وإن أبي وأراد أن يأخذ نقصان العيب، وأبي البائع إلا الرد ودفع جميع الثمن، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: ليس للبائع أن يأبى وللمشتري أخذ نقصان العيب منه؛ لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع الفسخ عندهما إذا لم يوجد الرضا من صاحب الزيادة.

وقال محمد: له أن يأبى الرد، وليس للمشتري أن يرجع بالنقصان عليه (أي على البائع) لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ، وأصل الخلاف راجع إلى حكم الزيادة المتصلة بالمهر بعد القبض إذا طلق الزوج امرأته قبل الدخول.

وإن كانت غير متولدة: فإنها تمنع الرد بالاتفاق؛ لأن هذه الزيادة ملك

(١) معني المحتاج: ٦١/٢، المغني: ١١٤/٤، حاشية الدسوقي: ١٢٧/٣.

للمشتري، فلا يحق للبائع عندئذ أخذها بلا مقابل، ويتعين الرجوع بنقصان العيب.

٢- وإن كانت زيادة منفصلة: فإن كانت متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن، فإنها تمنع الرد عند الحنفية؛ لأنها لو رد الأصل دونها تبقى للمشتري بلا مقابل، وهو ممنوع شرعاً، لأنه ربا.

وقال الشافعية والحنابلة: لا تمنع هذه الزيادة الرد، وهي للمشتري بعد القبض، لأنها حدثت في ملك المشتري، فلا تمنع الرد، كالزيادة غير المتولدة، ولما روي «أن رجلاً ابتاع من آخر غلاماً، فأقام عنده ماشاء الله، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال: يا رسول الله، قد استغل غلامي، فقال: الخراج بالضمان»^(١) ومعناه أن فوائد المبيع للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه، وقيس الثمن على المبيع.

وإن كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والصدقة، لم يمتنع الرد، ويرد الأصل على البائع، والزيادة للمشتري طيبة له؛ لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلاً، فأمكن فسخ العقد بدون الزيادة.

٣- المانع بسبب حق البائع: وهو حدوث عيب جديد عند المشتري بعد قبضه، إذا كان المبيع معيباً بعيب قديم عند البائع، كأن انكسرت يد الدابة المبيعة عند المشتري، وظهر فيها مرض قديم كان عند البائع؛ لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد، فلو رد يرد بعيبين، فيتضرر البائع. وشرط الرد أن يرد على الوجه الذي أخذ، وإنما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالنقصان. ولو زال العيب الحادث، كما لو شفيت الدابة المريضة، عاد الموجب الأصلي: وهو حق الرد^(٢).

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها، وهذه رواية أبي داود. ومعنى الخراج بالضمان أي الغنم بالغرم إذ أن الخراج هو الدخل والمنفعة: أي يملك المشتري الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذي عليه أي بسببه، فالباء للسببية (انظر جامع الأصول: ٢٨٢/٢، نيل الأوطار: ٢١٢/٥).

(٢) البدائع: ٢٨٢/٥، رد المحتار: ٨٢/٤، ١٠١، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ١١١.

٤- المانع بسبب حق الغير: كما لو أخرج المشتري المبيع عن ملكه بعقد من عقود التملك كبيع أو هبة أو صلح، ثم اطلع على أنه كان معيباً بعيب قديم، فلا يمكن المشتري الأول أن يفسخ البيع بينه وبين بائعه، لأنه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد، أنشأه المشتري نفسه^(١).

٥- إتلاف المشتري المبيع:

كما لو كان المبيع دابة فقتلها، أو ثوباً فمزقه ونحوه، ثم علم بوجود العيب القديم فيه، فيستقر عليه الثمن المسمى نهائياً دون رجوع بنقصان. والفرق بين هذا العيب وبين المانع بسبب حق الغير: أنه في الحالة الثانية يحتمل زوال المانع، فيعود حق الرد، وفي الحالة الأولى لا يحتمل زواله^(٢).

وإذا حصل في المبيع عيب عند المشتري، ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان على البائع ولا يرد المبيع إلا أن يرى البائع أخذ المبيع بعينه فله أخذه. وتعتبر قيمة النقصان يوم البيع^(٣).

والخلاصة: أنه يجوز الرجوع على البائع للمطالبة بفرق نقصان العيب في حالات ثلاث: هي هلاك المبيع، وتعيبه بعيب جديد، وتغيير صورته بحيث أصبح له اسم جديد.

ويلاحظ أن الكلام في هذه الموانع التي ذكرناها فيما إذا كان المشتري عاقداً لنفسه، فإن كان عاقداً لغيره ففيه تفصيل:

إذا كان العاقد لغيره ممن يجوز أن تلزمه الخصومة (أي الادعاء) في الرجوع بنقصان العيب كالوكيل، والشريك، والمضارب، فتلزمه الخصومة، ويقوم برد

(١) عقد البيع، المرجع السابق.

(٢) عقد البيع: ص ١١٢ وما بعدها.

(٣) مجمع الضمانات: ص ٢٢٠، فتح القدير: ١٦٤/٥.

المبيع المعيب على البائع ؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد ، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان ممن تلزمه الخصومة كالعاقد لنفسه ، فما قضي به على العاقد - إن كان وكيلاً بالبيع - رجع به على من وقع له العقد ، لكونه قائماً مقامه^(١) .

وإذا كان العاقد ممن لا تلزمه الخصومة كالقاضي والإمام إذا عقدا عقداً بحكم الولاية ، فإنه ينصب خصماً يخاصم في العيب ، فما قضي به عليه ، رجع في مال من وقع التصرف له ، وإن كان التصرف للمسلمين رجع في بيت مالهم .

وأما العاقد : إذا كان صيباً محجوراً ، فباع أو اشترى بإذن إنسان ، فلا تلزمه الخصومة ، ولا ضمان عليه ، وإنما الخصومة على من وكله في التصرف ؛ لأن حكم العقد وقع للموكل ، والعاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي حقوق العقد) فيقتصر دوره على مباشرة التصرف لا غير ، كالرسول والوكيل في عقد النكاح .

المطلب السادس - آراء الفقهاء في شرط البراءة عن العيوب

اختلف الفقهاء فيما إذا شرط البائع براءته من ضمان العيب (أي عدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع) ، فرضي المشتري بهذا الشرط ، اعتاداً على السلامة الظاهرة ثم ظهر في المبيع عيب قديم^(٢) .

فقال الحنفية : يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب^(٣) وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها ، سواء أكان جاهلاً بوجود العيب في مبيعه فاشترط هذا الشرط احتياطاً ، أم كان عالماً بعيب المبيع ، فكتمه عن المشتري ، واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته ، فيصح البيع ، لأن الإبراء إسقاط ، لا تملك ،

(١) رد المحتار: ٨٩/٤ .

(٢) المدخل الفقهي العام: ص ٣٧٧ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ١٠٧ .

(٣) وللناس عبارات مختلفة في شرط البراءة عن العيوب مثل بيع الشيء على أنه حاضر حلال ، أو على أنه مكسر محطم ، أو كوم تراب أو عظام ، أو حراق على الزناد ، أو لا يصلح لشيء أو لأجل الطرح . وفي بيع الدابة يقولون : على أنها لحم : أي لا ينتفع من حياتها بعمل (رد المحتار: ١٠٠/٤ ، عقد البيع: ص ١١٧) .

والإسقاط لاتفضي الجهالة فيه إلى المنازعة ، لعدم الحاجة إلى التسليم . ويشمل هذا الشرط كل عيب موجود قبل البيع أو حادث بعده قبل القبض ، فلا يرد المبيع بالعيب حينئذ . وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن غرض البائع إلزام العقد باسقاط المشتري حقه في وصف سلامة المبيع ، ليلزم البيع على كل حال ، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بشمول العيب الحادث قبل التسليم ، فكان داخلاً ضمناً .

وقال محمد وزفر والحسن بن زياد ومالك والشافعي ، وهو المعمول به في قانوننا المدني : يشمل شرط البراءة العيب الموجود عند العقد فقط ، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض ؛ لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود ، بسبب أن الإبراء عن المعلوم لا يتصور ، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع ، فلا يدخل تحت الإبراء^(١) .

وهذا الخلاف فيما إذا قال : « أبرأتك عن كل عيب مطلقاً » فأما إذا قال : « أبيعك على أني بريء من كل عيب به » لم يدخل فيه العيب الحادث بالاتفاق ، لأنه لم يعم البراءة ، وإنما خصها بالموجود عند العقد .

وبناء على قول محمد وزفر والحسن : إذا كانت البراءة من العيوب عامة فاختلف البائع والمشتري في وجود عيب ، فقال البائع : كان موجوداً عند العقد ، فدخل تحت البراءة ، وقال المشتري : بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة ، فقال محمد : القول قول البائع ، مع يمينه ؛ لأن البراءة عامة والمشتري يدعي حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب ، والبائع ينكر ذلك ، فكان القول قوله .

وقال زفر والحسن : القول قول المشتري لأن الأصل هو ثبوت الحق ، والمشتري هو المبرئ ، فيكون القول قوله في مقدار البراءة^(٢) .

(١) البدائع : ٢٢٧/٥ ، فتح القدير : ١٨٢/٥ ، رد المحتار : ١٠٠/٤ .

(٢) البدائع : ٢٧٧/٥ .

ويشمل هذا الشرط أيضاً كل عيب من العيوب الظاهرة والباطنة ؛ لأن اسم العيب يقع على الكل .

فإذا قال : « أبرأتك عن كل داء » فيقع على كل عيب ظاهر ، دون الباطن من طحال ونحوه عند أبي يوسف . وروي عن أبي حنيفة أنه يقع على كل عيب باطن ، وأما العيب الظاهر فيسمى مرضاً .

وقد رجح بعضهم الرأي الثاني اعتماداً على ما هو المعروف في العادة ، إلا أن المشهور في المذهب هو الأول أي على كل مرض ؛ لأن الداء في اللغة هو المرض ، سواء أكان بالجوف أم بغيره ، والعرف الآن موافق للغة ^(١) .

ولو أبرأ البائع عن كل غائلة ^(٢) فيقع على السرقة والإباق والفجور ، وكل ما يعد عيباً عند التجار ^(٣) .

وإذا خصص الإبراء عن بعض العيوب لم يشمل غيرها ، كأن يبرئ من القروح أو الكي أو نحوها ، لأنه أسقط حقه من نوع خاص ^(٤) .

فإذا كانت البراءة خاصة بعيب موجود عند العقد سماه المشتري ، ثم اختلف المتعاقدان ، فقال البائع : « كان بها » وقال المشتري : « حدث قبل القبض » فقال محمد : القول قول المشتري لأن هذه البراءة خاصة بمجال العقد ، لا تتناول إلا الموجود حالة العقد ، والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين ، والبائع يدعيه لأبعدهما ، فكان الظاهر شاهداً للمشتري ^(٥) .

(١) رد المحتار : ١٠٠/٤ ، البدائع : ٢٧٨/٥ .

(٢) الغائلة : الفجور أي (الزنا) ، والإباق ، والسرقة ، ونحو ذلك .

(٣) البدائع : ٢٧٨/٥ ، رد المحتار ، المرجع السابق .

(٤) البدائع : ٢٧٧/٥ .

(٥) البدائع : ٢٧٨/٥ .

هذا هو مذهب الحنفية في شرط البراءة عن العيوب عموماً .

وأما مذاهب غيرهم من حيث العلم بالعيب والجهل به فهي مايلي :

قال المالكية : إن شرط البراءة عن العيوب يصح في كل عيب لا يعلم به البائع ، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة عنه ^(١) .

وقال الشافعية : لو باع بشرط براءته من العيوب ، فالأظهر أنه يبرأ عن كل عيب باطن بالحيوان خاصة ، إذا لم يعلمه البائع ، ولا يبرأ عن عيب بغير الحيوان ، كالثياب والعقار مطلقاً ، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان ، علمه ، أم لا ، ولا عن عيب باطن بالحيوان كان قد علمه . والمراد بالباطن : ما لا يطلع عليه غالباً .

وينصرف الإبراء إلى العيب الموجود عند العقد ، لا الذي حدث قبل القبض . ولو اختلف المتعاقدان في قدم العيب فيصدق البائع .

ولو شرط البائع البراءة عما يحدث من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها ، لم يصح الشرط في الأصح ؛ لأنه اسقاط للشيء قبل ثبوته ، كما لو أبرأ عن ثمن ما يبيعه له ^(٢) .

وأما الحنابلة فعندهم روايتان عن أحمد : رواية تقرر أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب ، ورواية كالمالكية : تقرر أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه .

واختار ابن قدامة وغيره أن من باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب أو من عيب معين موجود : لم يبرأ ، سواء علم به البائع أو لم يعلم ^(٣) .

(١) حاشية الدسوقي : ١٢٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٥٢/٢ .

(٣) المغني : ١٧٨/٤ ، غاية المنتهى : ٢٧/٢ .

١٤- خيار الرؤية

يذكر بعض المؤلفين هذا الخيار قبل خيار العيب ، لكونه أقوى منه ، لأنه يمنع تمام البيع ، أما خيار العيب فيمنع لزوم الحكم ، واللزوم بعد التمام . ونحن قد خالفنا ذلك لتشابه خيار الشرط وخيار العيب ، كما أشرنا سابقاً ، ثم إن خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار التعيين ثبتت باشتراط المتعاقدين ، أما خيار الرؤية فقد ثبت من ناحية الشرع .

خطة الموضوع :

نتكلم في هذا الخيار وفقاً للمطالب الآتية :

المطلب الأول : مشروعية خيار الرؤية .

المطلب الثاني : وقت ثبوت الخيار .

المطلب الثالث : كيفية ثبوت الخيار .

المطلب الرابع : صفة البيع الذي فيه خيار رؤية وحكمه .

المطلب الخامس : شرائط ثبوت الخيار ، وتوابعها .

المطلب السادس : مستقطات الخيار .

المطلب السابع : ما يفسخ به العقد وشروط الفسخ .

المطلب الأول - مشروعية خيار الرؤية

أجاز الحنفية خيار الرؤية في شراء ما لم يره المشتري وله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن ، وإن شاء رده ، وكذا إذا قال : رضيت ، ثم رآه : له أن يرده ، لأن الخيار معلق بالرؤية ، كما في الحديث الآتي ، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم

بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله: « رضيت » قبل الرؤية بخلاف قوله: « رددت » .

وقد استدلوا على خيار الرؤية بقوله عليه السلام فيما يرويه أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهما: « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(١).

واستدلوا أيضاً بما روي أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما، ولم يكونا رأياها، فقيل لسيدنا عثمان: « غبت »، فقال: « لي الخيار، لأنني اشتريت مالم أره » فحكّم في ذلك جبير بن مطعم، ف قضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه^(٢).

وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينكر عليه أحد منهم، فكان إجماعاً منهم على شرعية هذا الخيار.

واستدلوا أيضاً بالمعقول: وهو أن جهالة الوصف تؤثر في الرضا، فتوجب خللاً فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار.

وبناء على هذا، أجازوا بيع العين الغائبة من غير صفة، ويثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤية، أو بصفة مرغوبة، ويثبت له خيار الوصف، كما سبقت الإشارة إليه، فإذا رأى المشتري المبيع، كان له الخيار فإن شاء أنفذ البيع، وإن شاء رده، سواء أكان موافقاً للصفة أم لا، فيثبت الخيار بكل حال.

ولم يجز الحنفية خيار الرؤية للبائع إذا باع مالم يره كما إذا ورث عيناً من الأعيان في بلد غير الذي هو فيه، فباعها قبل الرؤية، صح البيع، ولا خيار له عندهم. وقد

(١) روي مسنداً ومرسلاً، فالسند عن أبي هريرة، والمرسل عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ، نقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه. وقد سبق تخريجه في بيع العين الغائبة.

(٢) أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالا.. الحديث (انظر نصب الراية: ٩٤).

رجع أبو حنيفة عما كان يقول أولاً بأن له الخيار، كما للمشتري، وكما هو الأمر في خيار الشرط وخيار العيب^(١).

والتفرقة بين البائع والمشتري في هذا أمر معقول؛ لأن البائع يعرف ما يبيعه أكثر من المشتري، فلا ضرورة لثبوت الخيار له، وعليه أن يتثبت قبل البيع، حتى لا يقع عليه غبن يطلب من أجله فسخ العقد^(٢).

وأجاز المالكية خيار الوصف للمشتري فقط، فقالوا: يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض، فإذا جاء على الصفة، صار العقد لازماً^(٣).

وكذا الحنابلة أجازوا كالمالكية خيار الوصف فقط فقالوا: يجوز بيع الغائب إذا وصف للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم، لأنه بيع بالصفة، فصح كالسلم. وتحصل بالصفة معرفة المبيع؛ لأن معرفته تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثن ظاهراً، وهذا يكفي كما يكفي في السلم، ولا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية، ومتى وجده المشتري على الصفة المذكورة صار العقد لازماً، ولم يكن له الفسخ.

ولم يجزوا في أظهر الروايتين بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته؛ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»^(٤) ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له، فلم يصح، كبيع النوى في التمر.

وأتت الحنابلة والظاهرية خيار الرؤية للبائع إذا باع ما لم يره.

(١) المبسوط: ٦٩/١٣ وما بعدها، فتح القدير مع العناية: ١٣٧/٥ - ١٤٠، البدائع: ٢٩٢/٥، رد المحتار: ٦٨/٤.

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى: ص ٤٨١.

(٣) بداية المجتهد: ١٥٤/٢، حاشية الدسوقي: ٢٥/٣ وما بعدها.

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة ورواه أيضاً الطبراني في الكبير عن ابن عباس، وفي الأوسط

عن ابن عمر وسهل بن سعد (وقد سبق تخريجه).

وأما حديث خيار الرؤية فهو مروى عن عمر بن إبراهيم الكردي ، وهو متروك الحديث ، ويحتمل أن يراد بالحديث : أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه ^(١) .

وقال الشافعي في المذهب الجديد : لا ينعقد بيع الغائب أصلاً ، سواء أكان بالصفة ، أو بغير الصفة ، لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع الغرر » وفي هذا البيع غرر ، وبما أنه من أنواع البيوع ، فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم ، ثم إنه داخل تحت النهي عن بيع ماليس عند الإنسان أي ماليس بحاضر أو مرئي للمشتري . وأما حديث « من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي ، وقال الدارقطني عنه : « إنه باطل » .^(٢)

وبناء على الأظهر من اشتراط رؤية المبيع قالوا : تكفي رؤية المبيع قبل العقد فيما لا يتغير غالباً إلى وقت العقد كالأرض والحديد ، دون ما يتغير غالباً كالأطعمة ، وتكفي رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه ، كظاهر الصبرة من حنطة ونحوها ، وجوز ونحوه ، وأدقة (جمع دقيق) وكأعالي المائعات في أوعيتها كالدهن ، وأعلى التمر في قوصرته (وعاء من قصب يجعل فيه التمر ونحوه) والطعام في أنيته ، وكأنموذج المتائل أي (المتساوي الأجزاء) كالحبوب ، فإن رؤيته تكفي عن رؤية باقي المبيع ^(٣) .

ورد الحنفية على حجج غيرهم بأن جهالة المبيع غير المرئي لا تؤدي للنزاع مطلقاً مادام للمشتري أن يرد المبيع إذا لم يره محققاً لرغبته ويفسخ العقد .

وحديث النهي عن بيع ماليس عند الإنسان ^(٣) : معناه النهي عن بيع مالا يملك . والنهي عن بيع الغرر ينصرف إلى مالا يكون معلوم العين ^(٤) .

(١) المغني : ٥٨٠/٣ وما بعدها ، المحلى : ٣٩٤/٨ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ١٨٢/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٦٣/١ .

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن وحسنه الترمذي ، وقد سبق تخريجه مختصراً .

(٤) المبسوط : ٦٩/١٣ وما بعدها .

المطلب الثاني - وقت ثبوت الخيار

يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع ، لاقبلها فلو أجاز البيع قبل الرؤية : لا يلزم البيع ، ولا يسقط الخيار ، وله أن يرد المبيع ؛ لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية ، فلو ثبت له خيار الإجازة قبل الرؤية ، وأجاز ، لم يثبت له الخيار بعد الرؤية ، وهذا خلاف نص الحديث .

وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه :

قال بعضهم : لا يملك المشتري الفسخ ، لأنه خيار قبل الرؤية ، ولهذا لم يملك الإجازة قبل الرؤية ، فلا يملك الفسخ .

وقال بعضهم : يملك الفسخ وهو الصحيح ، لالسبب الخيار ، لأنه غير ثابت ، ولكن لأن شراء ما لم يره المشتري عقد غير لازم ، فكان محل الفسخ ، كالعقد الذي فيه خيار العيب ، وعقد الإعارة والإيداع^(١) .

المطلب الثالث - كيفية ثبوت الخيار

اختلف مشايخ الحنفية فيها :

فقال بعضهم : إن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر ، إلا إذا وجد ما يسقطه ، كما سيأتي في بيان المسقطات ، وهو اختيار الكرخي ، والأصح عند الحنفية ، لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع ، فأشبهه الرد بالعيب ، ولأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا ، والحكم يبقى ما بقي سببه .

وقال بعضهم : إنه يثبت مؤقتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو رآه وتمكن من الفسخ بعد الرؤية ، ولم يفسخ ، يسقط خيار الرؤية ، وإن لم توجد

(١) البدائع : ٢٩٥/٥ .

الأسباب المسقطه للخيار^(١) الآتي ذكرها إن شاء الله تعالى .

وقال الحنابلة : يكون خيار الرؤية على الفور^(٢) .

المطلب الرابع - صفة البيع الذي فيه خيار رؤية وحكمه

صفة البيع : إن شراء ما لم يره المشتري غير لازم ، فيخير المشتري بين الفسخ والإجازة إذا رأى المبيع ؛ لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ، ولأن جهالة وصف البيع تؤثر في رضا المشتري ، فتوجب الخيار له ، تداركاً لما عساه ينعدم من أجله ، وذلك سواء أكان المبيع موافقاً للوصف المذكور أم مخالفاً له ، هذا مذهب الحنفية^(٣) . وقال المالكية والحنابلة والشيعة الإمامية : البيع لازم للمشتري إذا وجد المبيع مطابقاً للصفة المذكورة ، فإن كان مخالفاً لما وصف ، فلمشتري الخيار^(٤) .

وقال الظاهرية : البيع لازم إن طابق الصفة ، أما إن خالفها فالبيع باطل^(٥) .

حكم البيع : وأما حكم البيع فهو حكم العقد الذي لا خيار فيه ، فلا يمنع ثبوت الملك في البديلين أي أنه في البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وملكية الثمن للبائع فور تمام العقد بالإيجاب والقبول ، ولكن يمنع لزوم العقد ، بخلاف خيار الشرط .

وسبب التفرقة بين الخيارين : هو أن البيع في خيار الرؤية صدر مطلقاً غير مقيد بأي شرط ، وكان المفهوم أن يكون لازماً ، إلا أن الرد بخيار الرؤية ثبت من جهة الشرع ، أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط المتعاقدين ، فكان له أثره في العقد يمنع استقرار حكمه في الحال ، كما سبق بيانه^(٦) .

(١) فتح القدير : ١٤١/٥ ، البدائع : ٢٩٥/٥ ، رد المحتار : ٦٧/٤ .

(٢) المغني : ٥٨١/٣ .

(٣) البدائع : ٢٩٢/٥ ، فتح القدير : ١٣٧/٥ .

(٤) القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ ، المغني : ٥٨٢/٣ ، المختصر النافع : ص ١٤٦ .

(٥) المحلى : ص ٣٨٩ ، ٣٩٤ .

(٦) البدائع ، المكان السابق .

المطلب الخامس - شرائط ثبوت الخيار

يشترط لثبوت الخيار شروط، وإلا كان العقد لازماً، منها:

١- أن يكون محل العقد مما يتعين بالتعيين، أي أن يكون عيناً من الأعيان، فإذا لم يكن عيناً لا يثبت فيه الخيار، حتى لو كان البيع مقايضة عيناً بعين يثبت الخيار لكل من البائع والمشتري إذا لم ير كل منهما المبيع قبل العقد^(١).

وفي بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف: لا يثبت الخيار لكل من البائع والمشتري، لأنه لا فائدة فيه، كما سنبين.

وفي بيع العين بالدين: يثبت الخيار للمشتري ولا خيار للبائع.

والسبب فيه أن محل العقد إذا لم يكن معيناً لا يصير معيناً للفسخ بموجب الخيار، فلم يكن الرد مفيداً، ولأن ما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد، بل بالقبض، والفسخ إنما يكون فيما يملك بالعقد، ولأن الحق إذا كان عيناً فللناس أغراض في الأعيان، فكان ثبوت الخيار فيه لينظر المشتري في المبيع: هل يصلح له أم لا؟

وبناء عليه، يكون خيار الرؤية في العقود التي تختمل الفسخ، كالبيع والإجارة والصلح عن دعوى المال، والقسمة، ونحوها؛ لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء، فيثبت فيها خيار الرؤية، ولا يثبت فيما لا يحتمل الفسخ، كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد، ونحوها؛ لأن هذه العقود لا تختمل الانفساخ برد هذه الأموال، فصار الأصل: «أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده، يثبت خيار الرؤية فيه، وما لا فلا» كما يقول الكاساني^(٢).

٢- عدم رؤية محل العقد: فإن كان رآه قبل الشراء لا يثبت له الخيار، إذا كان

(١) البدائع، المرجع السابق.

(٢) البدائع، المرجع السابق.

لا يزال على حالته التي رآه فيها ، وإلا كان له الخيار لتغييره ، فكان مشترياً شيئاً لم يره^(١) .

كيفية تحقيق الرؤية :

الرؤية قد تكون لجميع المبيع ، وقد تكون لبعضه ، والضابط فيه : أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود ، ويفيد المعرفة به^(٢) .

وتفصيله : أنه إذا كان غير المرئي تبعاً للمرئي ، فلا خيار له سواء أكان رؤية مارآه تفيد له العلم بحال ما لم يره ، أو لا تفيد ، لأن حكم التبع حكم الأصل .

وإن لم يكن غير المرئي تبعاً للمرئي : فإن كان مقصوداً بنفسه كالمرئي ، ينظر في ذلك :

إن كان رؤية مارأى تعرف حال غير المرئي ، فإنه لا خيار له أصلاً في غير المرئي إذا كان غير المرئي مثل المرئي ، أو فوقه ؛ لأن المقصود العلم بحال الباقي ، فكأنه رأى الكل .

وإن كان رؤية مارأى لم تعرف حال غير المرئي ، فله الخيار فيما لم يره ؛ لأن المقصود لم يحصل برؤية مارأى ، فكأنه لم ير شيئاً أصلاً .

وبناء عليه : تكفي رؤية ظاهر الكومة من الحبوب ، ووجه الدابة وكفلها (أي عجزها) في الأصح ، وهو قول أبي يوسف . واكتفى محمد برؤية الوجه وظاهر الثوب وهو مطوي . وقال زفر : لا بد من نشره كله ، وهو المختار . كما في أكثر معتبرات كتب الحنفية . وعقب عليه ابن عابدين بقوله : لو لم يختلف باطن الثوب عن ظاهره

(١) المبسوط : ٧٢/١٣ ، البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٩٢ - ٢٩٣ .

(٢) البدائع : ٢٩٣/٥ ، رد المختار : ٦٨/٤ .

سقط الخيار إلا إذا ظهر باطنه أردأ من ظاهره ، فله الخيار^(١) .

وفي شراء الشاة للحم لابد من الجس حتى يعرف سمها ، حتى لو رآها من بعيد ، فهو على خياره ؛ لأن اللحم مقصود من شاة اللحم ، والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذا المقصود ، وإن اشتراها للدر والنسل فلا بد من رؤية سائر جسدها ، ومن النظر إلى ضرعها أيضاً ؛ لأن الضرع مقصود من الشاة الحلوب ، والشياه تختلف باختلاف الضرع ، والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بالمقصود ، كما قلنا^(٢) .

وأما البسط والطنافس : فإن كان مما يختلف وجهه وظهره ، فرأى وجهه دون ظهره لا خيار له ، وإن رأى ظهره دون الوجه فله الخيار .

وأما الدور والعقارات والبساتين ، فإن رأى ظاهر الدار وداخلها ورأى خارج البستان ورؤوس الأشجار فلا خيار له ، ولا يكتفي برؤية صحن الدار ، دون الدخول إلى بيوتها في الأصح ، لتفاوت الدور .

وقد كان أئمة الحنفية ماعدا زفر يرون الاكتفاء برؤية ظاهر الدار وبرؤية صحنها ، إلا أن ذلك لا يكفي الآن ، فيكون الحكم متغيراً من باب اختلاف العصر والزمان ، لا اختلاف الحجة والبرهان^(٣) .

هذا إذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً ، فإذا كان أشياء :

فإن كان من العدييات المتفاوتة كالدواب والثياب ، كأن اشترى ثياباً في جراب أو قطيع غنم أو إبلاً أو بقرأ ، وكالبطيخ في الشريحة^(٤) والرمان والسفرجل في القفة ، ونحوها ، فرأى بعضها ، فله الخيار في الباقي ؛ لأن الكل مقصود ، ورؤية مارأى لاتعرّف حال الباقي ، لأنها متفاوتة .

(١) البسوط : ٧٢/١٣ ، البدائع : ٢٩٣/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٤٢/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٦٩/٤ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، رد المحتار : ٧٠/٤ ، فتح القدير : ١٤٢/٥ .

(٣) البدائع : ٢٩٤/٥ ، رد المحتار : ٧٠/٤ ، فتح القدير : ١٤٤/٥ .

(٤) الشريحة : جوالق كالخرج ، ينسج من سعف النخل ونحوه .

وإن كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ، فإن رؤية البعض تسقط الخيار في الباقي إذا كان مالم يرمثل الذي رأى ، لأن رؤية البعض من هذه الأشياء تعرف حال الباقي .

هذا إذا كان المبيع كله في وعاء واحد ، فإن كان في وعاءين : فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف ؛ لأن رؤية البعض من جنس أو على وصف لاتفيد العلم بغيره .

وإن كان الكل من جنس واحد أو على صفة واحدة ، اختلف المشايخ فيه :

قال مشايخ بلخ : له الخيار لأن اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين . وقال مشايخ العراق : لا خيار له ، وهو الصحيح ؛ لأن رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي ، سواء أكان المبيع في وعاء واحد أم في وعاءين ^(١) .

وإن كان المبيع مغيباً في الأرض : لافي الوعاء ، كالجزر والبصل والثوم ، والفجل ، والبطاطا ، ففيه تفصيل مروى عن أبي يوسف رحمه الله :

أ- إذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بعد القلع ، كالثوم والبصل والجزر : فإن قلع المشتري شيئاً بإذن البائع ، أو قلع البائع برضا المشتري ، سقط خياره في الباقي ؛ لأن رؤية بعض المكيل كروية الكل .

وإن حصل القلع من المشتري بغير إذن البائع ، لم يكن له الخيار سواء رضي بالقلوع ، أو لم يرض إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لأنه بالقلع صار معيباً ، وإلا لاستمر في نموه وازدياده ، وبعد القلع لا ينمو ولا يزيد ، ويتسارع إليه الفساد . وحدث العيب في المبيع في يد المشتري بغير صنعه ، يمنع الرد ، فع صنعه أولى .

(١) البدائع : ٢٩٤/٥ ، حاشية الثلي على الزيلعي : ٢٦/٤ .

ب- وإن كان المغيب في الأرض مما يباع عدداً ، كالفجل والجوز ونحوهما فرؤية البعض لا تكون كرؤية الكل ؛ لأن هذا كالعدييات المتفاوتة ، فلا تكفي رؤية البعض ، كما في الثياب .

وإن قلع المشتري شيئاً بغير إذن البائع ، سقط خياره لأجل العيب إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة ، فإن لم يكن له قيمة ، فلا يسقط خياره لأنه لا يتحقق به العيب . وقد ذكر الكرخي حكم المغيب في الأرض بغير هذا التفصيل ، وأثبت الخيار للمشتري برؤية البعض بعد رؤية الكل .

وروي عن محمد أنه قال : قال أبو حنيفة : المشتري بالخيار إذا قلع الكل أو البعض .

وأما محمد : فهو مثل أبي يوسف ، إذا قلع المشتري شيئاً يستدل به على الباقي ، فرضي به ، فهو لازم له ^(١) .

وإذا كان المبيع دهنًا في قارورة ، فرأى خارج القارورة ، فعن محمد روايتان : الرواية الأولى : أنه تكفي الرؤية ، ويسقط الخيار ؛ لأن الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل ، فكأنه رأى الدهن خارج القارورة .

والرواية الثانية : أن له الخيار لأن العلم بما في داخل القارورة لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة ؛ لأن ما في الداخل يتلون بلون القارورة ، فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية ^(٢) .

والرؤية عند بعضهم لا تحصل بالمرأة أو بالماء ، فإذا رأى المشتري المبيع بالمرأة ، فلا يسقط خياره ، لأنه لم ير عين المبيع ، وإنما رأى مثاله . والأصح أنه رأى عين المبيع

(١) تحفة الفقهاء : ١٢٤/٢ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٢٩٤/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ٧٠/٤ - ١٠٦ .

لا غير المبيع؛ لأن المقابلة ليست من شرط الرؤية، فإننا نرى الله عز وجل بلا مقابلة. ولكن بما أنه قد لا يحصل للمشتري العلم بهيئة المبيع لتفاوت المرآة في التكبير والتصغير فيعلم بأصله، لا بهيئته، فيثبت له الخيار، لا لما قالوا^(١).

وبناء عليه لو اشترى سمكاً في بحرة صغيرة يمكن أخذه منها من غير اصطیاد وحيلة، حتى جاز البيع، فرآه في الماء، ثم أخذه: قال بعضهم: يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع.

وقال بعضهم: لا يسقط خياره، وهو الصحيح، لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو، بل يرى أكثر مما هو، فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية، وهو معرفته على حقيقته، فله الخيار^(٢).

مذاهب غير الحنفية:

قال المالكية: يجوز بيع مغيب الأصل كالجزر والبصل واللفت والكربن والقلقاس بشرط رؤية ظاهره، وقلع شيء منه ويرى، وأن يحزر إجمالاً، ولا يجوز بيع شيء منه من غير حزر بالقيراط أو الفدان أو القصبه^(٣).

وقال الشافعية والحنابلة: لا يجوز بيع شيء مغيب في الأرض كالفجل والجزر والبصل والثوم؛ لأنه بيع مجهول مشتمل على الغرر^(٤).

البيع بالنموذج^(٥): قد يرى المشتري بعض المبيع دون سائره، فيصح البيع ويلزم عند جمهور الفقهاء إن كان المرئي يدل على غير المرئي دلالة كاملة، ونذكر

(١) البدائع: ٢٩٥/٥.

(٢) البدائع، المرجع السابق.

(٣) الشرح الكبير والدسوقي: ١٨٦/٢، بداية المجتهد: ١٥٦/٢.

(٤) المجموع: ٣٣٨/٩، المغني: ٩١/٤.

(٥) يعبر أكثر الفقهاء عن هذا البيع ببيع الأتمودج، والأصح النودج، وهو لفظ معرب، أما التعبير الأول فهو لحن شائع.

هنا حكم البيع بالنموذج عند الفقهاء باعتباره صورة متعارفة من صور البيع برؤية بعض المبيع .

مثاله : أن يشتري شخص كمية كبيرة من القمح بعد أن يرى نموذجاً منه . وهذا لا يكون إلا في المثليات كالحبوب والأقطان والكتان ونحوها .

وحكمه : أنه يجوز عند الحنفية والمالكية والشافعية ، ولا يجوز عند الحنابلة والظاهرية على التفصيل الآتي :

قال الحنفية^(١) : يجوز بيع المكيل والموزون برؤية بعضه ، لجريان العادة بالاكْتفاء بالبعض في الجنس الواحد ، ولوقوع العلم به بالباقي ، إلا إذا كان الباقي أردأ ، فيكون للمشتري الخيار فيه ، وفيما رأى ، لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل تمام البيع . والأصح أن هذه الرؤية للبعض تكفي سواء أكان المبيع في وعاء واحد أم في وعاءين كما قدمنا .

ويلاحظ أن الثياب أصبحت في وقتنا الحاضر من المثليات .

وقال المالكية^(٢) : يجوز البيع برؤية بعض المثلي من مكيل وموزون كقطن وكتان ، بخلاف القيمي كعدل مملوء من القماش فلا يكفي رؤية بعضه على ظاهر المذهب .

وقال الشافعية^(٣) : في بيع النموذج ثلاثة أوجه : أحدها الصحة ، والثاني البطلان ، وأصحها : إن دخل النموذج في البيع ، صح ، وإلا فلا .

وقال الحنابلة^(٤) : لا يصح بيع النموذج ، فلو رأى البائع المشتري صاعاً من صبرة

(١) تبين الحقائق للزليعي وحاشية الشلبي عليه : ٢٦/٤ .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٢٤/٣ .

(٣) المجموع للنووي : ٢٢٧/٩ ، ٢٢٣ وما بعدها .

(٤) غاية المنتهى : ١٠/٢ ، كشاف القناع : ١٥٢/٣ ، طمكة .

قح مثلاً، ثم باعه الصبرة على أنها من جنسه، فلا يصح البيع، لأنه يشترط عندهم رؤية المتعاقدين المبيع رؤية مقارنة للبيع، وذلك برؤية جميع المبيع أو بعض منه يدل على بقيته، كأحد وجهي ثوب غير منقوش، وظاهر صبرة متساوية الأجزاء من حب وتمر، وما في ظروف من جنس متساوي.

وقال الظاهرية^(١): لا يجوز بيع النموذج.

التوكيل بالنظر والرؤية أو بالقبض: لو وكل المشتري رجلاً بالنظر إلى ما اشتراه، ولم يره فيلزم العقد إن رضي، ويفسخ العقد إن شاء؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في النظر؛ لأنه جعل الرأي إليه.

وأما إذا وكله بقبض ما اشتراه قبل رؤيته، فتقوم رؤية الوكيل مقام رؤية الموكل، فيسقط خياره عند أبي حنيفة. وعند الصحابين: لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته، لأنه وكله بالقبض لا بإسقاط الخيار، فلا يملك إسقاطه، كما لا يملك إسقاط خيار الشرط، ولا خيار العيب.

ويرى أبو حنيفة أنه لافرق بين الوكيل بقبض الشيء المشتري وبين الوكيل بالشراء، ورؤية هذا كافية عن رؤية الموكل، وبها يسقط الخيار إجماعاً؛ لأن الوكيل بالشيء وكيل باتمام الشيء، ومن تمام القبض إسقاط الخيار^(٢).

واتفقوا على أنه إذا أرسل المشتري رسولاً بقبض المبيع، فرآه الرسول ورضي به، كان المرسل على خياره. والفرق بين الوكيل والرسول: هو أن الوكيل أصل في نفس القبض، وإنما الواقع للموكل حكم فعله، فكان إتمام القبض إلى الوكيل. أما الرسول فهو نائب في القبض عن المرسل، فكان قبضه قبض المرسل، فإتمام القبض إلى المرسل^(٣).

(١) المحلى: ٤٥٧/٨.

(٢) البدائع: ٢٩٥/٥ وما بعدها، فتح القدير: ١٤٥/٥.

(٣) البدائع، المرجع السابق.

واتفقوا في خيار العيب على أنه إذا وكل رجلاً بقبض المبيع ، فقبض الوكيل وعلم بالعيب ورضي به : لا يسقط خيار الموكل .

واختلف مشايخ الحنفية في خيار الشرط ، فقال بعضهم : إن الاختلاف السابق بين أبي حنيفة وصاحبيه يجري هنا . وقال بعضهم : لا يسقط بالاتفاق .
وقال الشافعية : الاعتبار في رؤية المبيع وعدمها بالعائد^(١) .

والذي نخلص منه في تحقق رؤية المبيع : أن الرؤية المقصودة ليست هي النظر بالعين خاصة ، وإنما تكون في كل شيء بحسبه ، وبالحاسة التي يطلع بها على الناحية المقصودة منه ، فشم المشومات ، وذوق المطعومات ولمس ما يعرف باللمس ، وجس مواطن السمن في شاة الذبح وإن لم ينظر لونها ، وجس الضرع في شاة اللبن : يعد رؤية كافية في هذه الأشياء ، وإن لم تشترك العين فيها ، ولا يكفي النظر بالعين فقط^(٢) كما أوضحنا تفصيله .

وهذا بالنسبة للبصير . وكذا الأعمى يعد اطلاعه على هذه الأشياء التي تعرف بغير حاسة النظر رؤية كافية كاطلاع البصير ، فيكتفي بالجلس فيما يجس ، والذوق فيما يذاق ، والشم فيما يشم ، وأما ما يعرف بالنظر فوصفه للأعمى يقوم مقام نظره .
فإن اشترى الأعمى ثماراً على رؤوس الشجر ، فيعتبر الوصف لا غير ، في أشهر الروايات .

وإذا اشترى الأعمى داراً أو عقاراً ، فالأصح من الروايات أنه يكتفي بالوصف .
وعند زوال العمى : لا يعود له الحق في الخيار ؛ لأن الوصف في حقه كالبديل أو « الخلف » عن الرؤية ، لعجزه عن الأصل ، والقدرة على الأصل بعد حصول المقصود

(١) المجموع : ٢٢٩/٩ .

(٢) عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء : ص ٤٦ .

بالبديل ، لا يبطل حكم البديل ، كمن صلى بطهارة التيمم ، ثم قدر على الماء ونحوه^(١) .
أما البصير لو اشترى شيئاً لم يره فوصف له ، فرضي به فلا يسقط خياره ، لأنه
لا عبرة للبديل مع القدرة على الأصل .

الاختلاف في الرؤية :

لو اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع : « بعثك هذا الشيء ، وقد رأيته »
وقال المشتري : « لم أره » فالقول قول المشتري بيمينه ؛ لأن البائع يدعي إلزام العقد ،
والمشتري منكر ، فيكون القول قوله ، ولكن بيمينه ؛ لأن البائع يدعي عليه سقوط
حق الفسخ ولزوم العقد ، وهذا مما يصح الإقرار به ، فيجري فيه الاستحلاف^(٢) .

الرؤية منذ زمن :

من رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة كشهري ، ونحوه : فإن كان على الصفة التي رآه
عليها ، فلا خيار له ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة . وإن وجد
متغيراً فله الخيار ، لأن تلك الرؤية لم تقع مُعلّمة بأوصافه ، فكانت رؤيته وعدمها
سواء .

فإن اختلف البائع والمشتري في التغير ، فقال البائع : « لم يتغير » وقال
المشتري : « تغير » فالقول قول البائع مع يمينه ؛ لأن دعوى التغير دعوى أمر حادث ،
والأصل عدمه ، فلا تقبل إلا ببينة ، بخلاف ما إذا اختلف في الرؤية يكون القول
للمشتري مع يمينه كما بينا ؛ لأن البائع يدعي أمراً عارضاً : هو العلم بصفة المبيع^(٣) .

(١) المبسوط : ٧٧/١٣ ، فتح القدير : ١٤٦/٥ وما بعدها ، البدائع : ٢٩٨/٥ ، رد المحتار : ٧٠/٤ وما بعدها .

(٢) فتح القدير : ١٥٠/٥ ، رد المحتار : ٧٢/٤ .

(٣) فتح القدير : ١٤٩/٥ ، رد المحتار : المرجع السابق .

المطلب السادس - مسقطات الخيار

لا يسقط خيار الرؤية بالإسقاط الصريح ، كأن يقول المشتري : « أسقطت خيارى » لا قبل الرؤية ولا بعدها ، بخلاف خيار الشرط ، وخيار العيب .

والفرق هو أن خيار الرؤية ثبت شرعاً ، لحكمة فيه ، فلا يملك الإنسان إسقاطه ، كما في خيار الرجعة بالنسبة للمرأة المطلقة ، فإن الإنسان لا يملك إسقاطه لثبوته شرعاً ، مادامت المرأة في العدة ، بخلاف خيار الشرط ، فإنه يثبت بشرط المتعاقدين ، فجاز أن يسقط بإسقاطها . وكذلك خيار العيب : فإن سلامة المبيع مشروطة عادة من المشتري ، فكان ذلك كالمشروط صراحة^(١) .

وإنما يسقط خيار الرؤية ويلزم البيع بأحد نوعين : فعل اختياري أو ضروري ، والاختياري نوعان : صريح الرضا ونحوه ، ودلالة الرضا .

فالصريح : كأن يقول : « أجزت البيع ، أو رضيت أو اخترت » أو ما يجري مجرى الصريح ، سواء علم البائع بالإجازة أم لم يعلم .

ودلالة الرضا : هو أن يوجد تصرف في المبيع بعد الرؤية لا قبلها يدل على الإجازة والرضا ، كما إذا قبض المبيع بعد الرؤية ، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع ؛ لأن للقبض شبهة بالعقد^(٢) .

وبناء عليه : إذا وهب المشتري المبيع من غيره ولم يسلمه أو عرضه على البيع ونحوهما قبل الرؤية : لا يسقط الخيار ؛ لأنه لا يسقط بصريح الرضا في هذه الحالة ، فكذا لا يسقط بدلالة الرضا .

ولو رهن المشتري المبيع وسلمه أو أجره من رجل ، أو باعه ، على أن المشتري

(١) البدائع : ٢٩٧/٥ .

(٢) البدائع : ٢٩٥/٥ ، فتح القدير : ١٤١/٥ .

بالخيار: سقط خياره، قبل الرؤية وبعدها، حتى إن المشتري لو افتك الرهن بدفع الدين، أو مضت مدة الإجارة، أو رده على المشتري بخيار الشرط، ثم رآه لا يكون له الرد بخيار الرؤية، لأنه أثبت حقاً لازماً لغيره بهذه التصرفات، فيكون من ضرورته لزوم الملك له، وذلك بامتناع ثبوت الخيار، فيبطل ضرورة لأنه لا فائدة فيه^(١).

وأما الفعل الضروري المسقط لخيار الرؤية: فهو كل ما يسقط به الخيار، ويلزم البيع ضرورة من غير صنع المشتري، مثل موت المشتري عند الحنفية، خلافاً للشافعي كما بينا في خيار الشرط.

ومثل: إجازة أحد الشريكين دون الآخر ما اشترياه ولم يرياه عند أبي حنيفة. وكذا هلاك المبيع كله، أو بعضه، وزيادته زيادة منفصلة أو متصلة متولدة، أو غير متولدة على التفصيل السابق ذكره في خيار الشرط^(٢).

قال الكاساني: « والأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب: يبطل خيار الرؤية إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط، لا قبل الرؤية ولا بعدها^(٣)؛ لأن خيار الرؤية ثبت شرعاً حقاً لله تعالى^(٤)، فلا يسقط بإسقاط المتعاقد قصداً، وخيار الشرط والعيب ثابتان بأشراط المتعاقدين، فكان لمن ثبت له خيار منها إسقاطه قصداً متى أراد، لأنه حقه، كما بينا تفصيله.

وقال المرغيناني: ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية، ثم إن كان تصرفاً لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو تصرفاً يوجب حقاً

(١) البدائع: ٢٩٦/٥، تحفة الفقهاء: ١٣٠/٢ وما بعدها، فتح القدير: ١٤١/٥.

(٢) البدائع: ٢٩٦/٥ وما بعدها، فتح القدير: ١٤١/٥، ١٤٩.

(٣) البدائع: ٢٩٧/٥.

(٤) أي لرعاية مصالح الأفراد العامة أو إن هذا من قبيل النظام العام الذي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافه.

للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها ؛ لأنه لما لزم ، تعذر الفسخ ، فبطل الخيار . وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم ، لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا (أي وصريح الرضا لا يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية) ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا^(١) .

المطلب السابع - ما يفسخ به العقد وشروط الفسخ

ما يفسخ به العقد : يفسخ العقد بسبب خيار الرؤية بالتصريح بالفسخ ونحوه ، كأن يقول ، فسخت العقد ، أو نقضته ، أو رددته ، ونحوه مما يجري هذا المجرى ، أو يهلك المبيع قبل القبض ، لذهاب ركن البيع^(٢) .

شروط الفسخ : يشترط لصحة الفسخ شروط :

١- أن يكون الخيار موجوداً ؛ لأن الخيار إذا سقط بشيء مما تقدم ، لزم العقد ، فلا يحتمل النقض بالفسخ .

٢- ألا يترتب على الفسخ تفريق الصفقة على البائع ، برد بعض المبيع وإجازة العقد في البعض الآخر ؛ لأن في التفريق ضرراً عليه ، ولأن خيار الرؤية - قبل القبض وبعده - يمنع تمام الصفقة ، وتجزئتها قبل تمامها باطل بلا ريب .

٣- أن يعلم البائع بالفسخ ، ليكون على بينة من أمره ، وأمر سلته ليتصرف فيها كما يريد ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . أما أبو يوسف : فلا يشترط علم البائع ، على ما تقدم في خيار الشرط^(٣) .

(١) الهداية مع فتح القدير : ١٤١/٥ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٢٩٨/٥ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

ويلاحظ أخيراً أن خيار الرؤية لا يورث كما لا يورث خيار الشرط إذا مات المشتري مثلاً بعد ثبوت الخيار له ، لأن « الخيار ثبت بالنص للعاقد ، والوارث ليس لعاقده ، فلا يثبت له ، لأن الخيار وصف له ، فلا يجري فيه الإرث » كما قال الزيلعي والحنابلة^(١) .

وقال مالك : يورث خيار الرؤية ، كما يورث خيار التعيين والعيب ؛ لأن الإرث كما يثبت في الأملاك ، يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع^(٢) . وهذا أقرب إلى المنطق ؛ لأن الوارث يخلف المورث في كل ماترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار^(٣) .

المبحث السادس - بعض أنواع البيع

تمهيد : ينقسم البيع بالنسبة للبديلين إلى أنواع أربعة^(٤) :

الأول - بيع المقايضة : وهو بيع العين بالعين ، كبيع السلع بأمثالها ، نحو بيع الثوب بالحنطة ، وغيره .

الثاني - البيع المطلق : وهو بيع العين بالدين ، نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة : وهي الدراهم والدنانير ، وبيعها بالفلوس الرائجة (وهي قطع معدنية اصطلح الناس على أنها تقود صالحة للتعامل) وبالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة ، والعددي المتقارب الموصوف في الذمة .

الثالث - الصرف : وهو بيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق : وهو الدراهم والدنانير ، أو كل عملة نقدية رائجة في الأسواق .

(١) تبين الحقائق : ٣٠/٤ ، غاية المنتهى : ٣٣/٢ .

(٢) البدائع : ٢٦٨/٥ ، الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة : ٢١١/١ ، الشرح الصغير : ١٤٥/٣ .

(٣) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٧٧ ، ٤٨٧ .

(٤) راجع المبسوط : ٨٤/١٥ وما بعدها .

الرابع - السلم : وهو بيع الدين بالدين ، فإن المسلم فيه بمثابة المبيع وهو دين ، ورأس المال بمثابة الثمن ، وقد يكون عيناً ، وقد يكون ديناً ، ولكن يشترط قبضه قبل افتراق العاقدين عن المجلس ، فيصير عيناً .

ولا يشترط القبض في النوعين الأولين : وهما بيع المقايضة ، والبيع المطلق أي العادي الغالب . ويشترط القبض في النوعين الآخرين ، ففي الصرف يشترط قبض البدلين ، وفي السلم يشترط قبض أحد البدلين : وهو رأس المال ، كما ذكرنا .

وينقسم البيع أيضاً بالنظر إلى الثمن إلى أربعة أقسام :

- ١ - بيع المراجعة : وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معين .
 - ٢ - بيع التولية : وهو المبادلة بمثل الثمن الأول (أي برأس المال) من غير زيادة ولا نقصان .
 - ٣ - بيع الوضعية : وهو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه أي البيع بخسارة معينة .
 - ٤ - بيع المساومة : وهو مبادلة المبيع بما يتراضى عليه العاقدان ؛ لأن البائع يرغب كتمان رأس المال ، وهذا هو البيع الشائع الآن .
- وهناك أنواع أخرى من البيوع مثل «الاستصناع» المعروف من قديم ، وهو بيع ماسيصنع قبل صنعه ، ومثل «الضمان» وهو بيع الثمار على أشجارها^(١) .
- وستتكم فيما يلي عن السلم والصرف ، والمراجعة والتولية والاستصناع ، وقد تكلمنا عن البيع المطلق ، ولكن بقي شيئان يتعلقان به وهما الربا وإقالة البيع نذكرهما هنا أيضاً .

(١) البدائع : ١٣٤/٥ ، فتح القدير : ٣٢٢/٥ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١١ ومابعداها .

- ١ -

عقد السلم

خطة الموضوع :

نتكلم عن هذا العقد في المطالب الآتية :

المطلب الأول - مشروعية السلم .

المطلب الثاني - تعريف السلم وركنه .

المطلب الثالث - شروط السلم .

المطلب الرابع - حكم السلم .

المطلب الخامس - أوجه الاختلاف بين البيع والسلم .

المطلب الأول - مشروعية السلم

السلم مشروع في الكتاب والسنة وإجماع الأمة :

أما الكتاب : فقد فسرت به آية الدين : وهي قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَّسْمُومٍ فَاكْتُبُوهُ ﴾ الآية ، قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآية^(١) .

(١) نصب الرأية : ٤٤/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٤٢ ، والحديث رواه الشافعي والطبراني والحاكم والبيهقي .

وأما السنة : فما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قدم المدينة ، وهم يسلفون في الثار السنة والسنتين والثلاث ، فقال : « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(١) .

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ، ولأن بالناس حاجة إليه ؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم أو على الزروع ونحوها حتى تنضج ، فجاز لهم السلم دفعاً للحاجة .

وقد استثنى عقد السلم من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم ، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية ، ترخيصاً للناس ، ونيسيراً عليهم^(٢) .

المطلب الثاني - تعريف السلم وركنه

تعريف السلم : السلم أو السلف : بيع أجل بعاجل ، أو بيع شيء موصوف في الذمة أي أنه يتقدم فيه رأس المال ، ويتأخر المثلن لأجل ، وبعبارة أخرى : هو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل^(٣) .

وعرفه الشافعية والحنابلة بقولهم : هو عقد غلى موصوف بذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس عقد^(٤) .

(١) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن ابن عباس (انظر جامع الأصول : ١٧/٢ ، نصب الراية : ٤٦/٤ ، تخریج أحاديث تحفة الفقهاء : ٤/٢) .

(٢) المبسوط : ١٢٤/١٢ ، فتح القدير : ٣٢٣/٥ ، البدائع : ٢٠١/٥ ، رد المحتار : ٢١٢/٤ ، بداية المجتهد : ١٩٩/٢ ، مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، المغني : ٢٧٥/٤ .

(٣) المراجع السابقة ، ويلاحظ أن السلم والسلف بمعنى واحد في لغة العرب ، والسلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق .

(٤) غاية المنتهى : ٧١/٢ ، مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، كشف القناع : ٢٧٦/٣ .

وعرفه المالكية بأنه بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر الثمن لأجل^(١) .
ويشترط فيه ما يشترط في البيع ، ويزاد فيه شرائط خاصة سنعرّفها .

ركنه : ركن السلم هو الإيجاب والقبول . والإيجاب عند الحنفية والمالكية والحنابلة : هو لفظ السلم والسلف والبيع ، بأن يقول رب السلم : « أسلمت إليك في كذا » أو أسلفت ، وقال الآخر : « قبلت » أو يقول المسلم إليه : « بعت منك كذا » وذكر شرائط السلم ، فقال رب السلم : « قبلت »^(٢) .

وقال زفر والشافعية : لا ينعقد السلم إلا بلفظ السلم أو السلف ؛ لأن القياس ألا ينعقد أصلاً ، لأنه بيع المعدوم ، إلا أن الشرع ورد بجوازه بهذين اللفظين . وفي لفظ البيع وجهان عند الشافعية : بعضهم قال : لا ينعقد السلم بلفظ البيع ، وإلا كان بيعاً ؛ لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه ، وبعضهم الآخر قال : ينعقد ، لأنه نوع بيع ، يقتضي القبض في المجلس ، فانهقد بلفظ البيع كالصرف^(٣) .

ويسمى المشتري : « رب السلم » أو « المسلم » ، والبائع : يسمى « المسلم إليه » ، والمبيع : « المسلم فيه » ، والثمن : « رأس مال السلم » .

وأركان السلم عند غير الحنفية ثلاثة كالبيع : عاقد (مسلم ومسلم إليه) ومعقود عليه (رأس مال السلم والمسلم فيه) وصيغة (ايجاب وقبول) .

المطلب الثالث - شروط السلم

يشترط في السلم شروط منها في رأس المال ، ومنها في المسلم فيه ، وقد اتفق أئمة المذاهب على أن السلم يصح بستة شروط : هي أن يكون في جنس معلوم ، بصفة

(١) الشرح الكبير : ١٩٥/٣ .

(٢) البدائع : ٢٠١/٥ ، غاية المنتهى ، المكان السابق .

(٣) معني المحتاج : ١٠٢/٢ ، المهذب : ٢٩٧/١ .

معلومة ، ومقدار معلوم ، وأجل معلوم ، ومعرفة مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحمله مؤنة ونفقة .

واتفقوا أيضاً على جواز السلم في المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة كالجوز واللوز والبيض ، ونحوها ، كما سنفصل .

واختلفوا في شروط تتعلق برأس المال وبالمسلم فيه ، وفي إقالة بعض السلم ، وسنذكر هذه الشروط والخلاف في أهمها .

شروط رأس مال السلم ، أي (الثمن)

اشترط الحنفية في رأس المال ستة شروط :

١ - بيان الجنس : أي أنه دراهم أو دنانير ، أو من المكيل : حنطة أو شعير ، أو من الموزون : قطن أو حديد ، ونحوها .

٢ - بيان النوع : إذا كان في البلد تقود ، مثل دنانير نيسابورية أو دراهم غطريفية^(١) أو حنطة سقية أو بعلية . فإذا كان في البلد نقد واحد ، فيكتفى بذكر الجنس ، وينصرف إليه لتعيينه عرفاً .

٣ - بيان الصفة : أي أنه جيد أو وسط أو رديء .

واشترط هذه الشروط الثلاثة لإزالة الجهالة في العقد ؛ لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة ، ومثل هذه الجهالة تفسد البيع^(٢) .

٤ - إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد فيه بالتقدير من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ، ولا يكتفى بالإشارة إليه . وهذا الشرط عند أبي حنيفة وسفيان الثوري ، فإذا قال رب السلم : « أسلمت إليك هذه الدراهم أو الدنانير » وأشار

(١) نسبة إلى غطريف بن عطاء الكندي ، أمير خراسان في عهد الرشيد .

(٢) البدائع : ٢٠١/٥ ، فتح القدير : ٣٣٧/٥ ، رد المحتار : ٢١٥/٤ .

إليها ولم يعرف وزنها، أو قال: « هذه الخنطة » ولم يعرف مقدار كيلها، فلا يصح السلم؛ لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة قدر المسلم فيه، وجهالة قدر المسلم فيه تفسد العقد^(١).

فإن أسلم فيما لا يتعلق العقد فيه بالقدر كالذرعيات أي (المقيسة بالذراع كالتياب والبسط والحصر) والعدييات المتفاوتة (كالبطيخ والرمان) فإنه لا يشترط بيان الذرع في الذرعيات ولا بيان القيمة فيها، ويكتفى بالإشارة والتعيين باتفاق علماء الحنفية^(٢).

واتفقوا أيضاً على أن إعلام قدر الثمن في بيع العين المعتاد ليس بشرط إذا كان مشاراً إليه.

وقال صاحبان والشافعية والحنابلة في الأصح عندهم: لا يشترط معرفة قدر رأس المال، فإن رؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره؛ لأنه عوض مشاهد، كالثمن والمبيع المعين^(٣).

وأما الامام مالك: فلم يحفظ عنه في ذلك نص إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف إلا فيما يعظم الغرر فيه، بأن كان كثيراً مثلاً^(٤).

٥- أن تكون الدراهم والدنانير منتقدة^(٥) عند أبي حنيفة؛ لأن كل جهالة تفضي إلى المنازعة، فهي مفسدة للعقد.

وقال صاحبان: ليس هذا بشرط.

(١) المراجع السابقة.

(٢) فتح القدير: ٣٣٨/٥، البدائع: ٢٠٢/٥.

(٣) معني المحتاج: ١٠٤/٢، المهذب: ٣٠٠/١، اللغني: ٢٩٨/٤.

(٤) بداية المجتهد: ٢٠٢/٢، حاشية الدسوقي: ١٩٧/٣، ٢١٨.

(٥) انتقد للدراهم: نظرها ليعرف جيدها وزيفها.

٦- تعجيل رأس المال وقبضه فعلاً في مجلس العقد قبل افتراق العاقدين بنفسيهما ، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً ، فإن تفرق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد وانفسخ ، لأنه يختل عندئذ الغرض المقصود من السلم ، وهو الاستعانة على الإنتاج والتحصيل . فلو كان الثمن عيناً وافترق العاقدان دون قبض ، اختل معنى السلم ؛ لأن الرسول ﷺ يقول : «أسلفوا في كيل معلوم»^(١) والإسلاف : هو التقديم ، ولأنه إنما سمي سلماً لتسليم رأس المال ، فإذا تأخر لم يكن سلماً ، فلم يصح ، فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى اسم السلم .

وإن كان الثمن ديناً في الذمة أي (من النقود مثلاً) فلا بد من تسليمه أيضاً ، حتى لا يكون السلم بيعاً للدين بالدين ؛ لأن المسلم فيه دين في الذمة ، فلو أخر تسليم رأس مال السلم عن مجلس العقد ، لكان التأخير في معنى مبادلة الدين بالدين . وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ^(٢) أي الدين بالدين ، ولأن في السلم غرراً «أي تعريضاً للهلاك أو على خطر الوجود» ، فلا يضم إليه غرر تأخير تسليم رأس المال .

وهذا الشرط متفق عليه بين الحنفية والشافعية والحنابلة^(٣) .

(١) هذا مأخوذ من الحديث السابق تخريجه وهو « من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم .. الحديث » قال الشافعي : « معناه إذا أسلف أحدكم في كيل فليسلف في كيل معلوم .. » (نصب الرأية : ٤٦/٤) .

(٢) رواه الدارقطني في سننه وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبخاري في مسانيدهم عن ابن عمر ، ولفظ البزار « نهى رسول ﷺ عن بيع الغرر ، وعن بيع كالئ بكالئ ، وعن بيع عاجل بأجل . فالغرر : أن تتبع ما ليس عندك ، والكالئ : دين بدين ، والعاجل بالأجل : أن يكون له عليك ألف درهم مؤجل فتعجل عنها بخمسائة » رواه ابن عدي في الكامل ، وأعله بموسى بن عبيدة ، وقد صحح الحاكم رواية الدارقطني المذكورة في صلب الكلام عندنا ، وتعقب بأنه تفرد به موسى بن عبيدة ، وقد ضعفه أحمد إلا أنه قال : ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين .

وقال الشافعي : أهل الحديث يوهنون هذا الحديث (انظر نصب الرأية : ٣٩/٤ ، مجمع الزوائد : ٨٠/٤ ، نيل الأوطار : ١٥٦/٥ ، الموطأ : ١٥٢/٢) .

(٣) فتح القدير مع العناية : ٣٤٢/٥ ، البدائع : ٢٠٢/٥ ، رد المحتار : ٢١٨/٤ ، مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، المهذب : ٣٠٠/١ ، المغني : ٢٩٥/٤ ، غاية المنتهى : ٢٩٦/٢ .

وقال الإمام مالك : يجوز تأخير قبض رأس المال إلى ثلاثة أيام فأقل ، ولو بشرط في العقد ، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً ؛ لأن السلم معاوضة لا يخرج بتأخير قبض رأس المال عن أن يكون سلباً ، فأشبهه ما لو تأخر إلى آخر المجلس ، وكل ما قارب الشيء يعطى حكمه ، ولا يكون له بذلك حكم الكالئ .

فإن أخرج رأس المال عن ثلاثة أيام ، فإن كان التأخير بشرط ، فسد السلم اتفاقاً ، سواء أكان التأخير كثيراً جداً بأن حل أجل المسلم فيه ، أم لم يكثر جداً بأن لم يحل أجله .

وإن كان التأخير بلا شرط : فقولان في المدونة الكبرى لمالك بفساد السلم وعدم فساده ، سواء كثر التأخير جداً ، أو لا ، والمعتمد الفساد بالزيادة عن الثلاثة الأيام ، ولو قلت مدة الزيادة بغير شرط^(١)

شروط المسلم فيه :

اشترط الحنفية في المسلم فيه أحد عشر شرطاً :

أحدها : أن يكون معلوم الجنس : كأن يبين أنه حنطة أو شعير أو نحوهما .

الثاني : أن يكون معلوم النوع : كأن يقال حنطة سقية أو سهلية أو جبلية .

الثالث : أن يكون معلوم الصفة : كأن يقال : حنطة جيدة أو رديئة أو وسط .

ويلاحظ أنه يكتفى ببيان الجنس والنوع والصفة ، فلا يصح أن يذكر في العقد أنه من الناتج الذي سيظهر جديداً ، وهو لم يتكون بعد ، لأنه يكون بيع المعدوم صراحة ، وهو لا يجوز .

الرابع : أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، والسبب

(١) حاشية الدسوقي : ١٩٥/٣ ، المنتقى على الموطأ : ٣٠٠/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٦٩ .

في اشتراط هذه الشروط الأربعة: هو ما ذكرناه في شرط رأس المال: وهو إزالة الجهالة؛ لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية إلى المنازعة، وأنها مفسدة للعقد، وقال عليه السلام: «من أسلف منك فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم»^(١).

الخامس: ألا يكون في البديلين إحدى علة ربا الفضل: وهي إما القدر المتفق أو الجنس المتحد؛ لأن العقد حينئذ يتضمن الربا؛ لأن حرمة ربا النساء تتحقق بأحد هذين الوصفين.

وبعبارة أخرى: إنه يشترط ألا يكون في السلم أحد وصفي علة ربا الفضل: وهو إما الكيل أو الوزن وإما الجنس؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل هو علة ربا النساء، فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين في بدلي السلم يتحقق ربا النساء، والعقد الذي فيه ربا فاسد.

فإن لم يتحقق القدر المتفق، بأن اختلف المسلم فيه ورأس مال السلم كبيع حنطة بنقود، أو زعفران بدراهم أو دنانير، فيصح السلم، لانعدام علة ربا النسيئة: وهي القدر المتفق أو الجنس. أما المجانسة فظاهرة الانتفاء، وأما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن المثلن، فالنقود توزن بالمتاقيل، والزعفران ونحوه يوزن بالرطل أو القبان، وأما الحنطة فهي مكيلة، والنقود موزونة^(٢).

وعبر المالكية عن هذا الشرط بقولهم: أن يكون رأس مال السلم والمسلم فيه مختلفين جنساً تجوز النسيئة فيه بينهما، فلا يجوز إسلاف الذهب والفضة أحدهما في الآخر؛ لأن ذلك ربا، وكذلك لا يجوز تسليم الطعام بعضه في بعض على الإطلاق لأنه ربا، ويجوز إسلاف الذهب والفضة في الحيوان والعروض والطعام، ويجوز

(١) المبسوط: ١٢٤/١٢، فتح القدير: ٣٣٧/٥ وما بعدها، البدائع: ٢٠٧/٥، رد المحتار: ٢١٥/٤.

(٢) البدائع: ٢١٤/٥، ١٨٦، رد المحتار: ٢١٧/٤.

إسلاف العروض بعضها في بعض^(١) .

السادس : أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين : فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير لا يجوز السلم فيه ؛ لأن المسلم فيه مبيع ، والمبيع مما يتعين بالتعيين ، والدرهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات ، فلم تكن مبيعة ، فلا يجوز السلم فيها .

وهل يجوز السلم في التبر والسبائك ؟ فيه روايتان : رواية : لا يجوز ؛ لأن التبر والسبيكة بمنزلة الدراهم المضروبة . ورواية أخرى : يجوز لأنها بمنزلة العروض .

ويخرج على هذا : السلم في الفلوس^(٢) عدداً : يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن الفلوس عندهما ليست بثمن مطلق^(٣) بل مما تتعين بالتعيين في الجملة كالسلع العديدة .

ولا يجوز السلم فيها عند محمد ؛ لأنها أثمان عنده^(٤) .

السابع : أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ، وقد اختلف العلماء في هذا الشرط . وفيه يعرف حكم السلم الحال .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة : يشترط لصحة السلم أن يكون مؤجلاً ، ولا يصح السلم الحال ، لقول النبي ﷺ : « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » فهذا الحديث أمر بالأجل ، والأمر يقتضي

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ .

(٢) الفلاس : قطعة مضروبة من النحاس كان يتعامل بها .

(٣) أي أن ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتل الزوال ، لأنها ثبتت بالاصطلاح ، فتزول بالاصطلاح ، والعقد عليها : معناه الاتفاق على إبطال ثمنيتها في حق العاقدين .

(٤) المبسوط : ١٣٦/١٢ ، البدائع : ٢٠٨/٥ ، ٢١٢ .

الوجوب ، كما أوجب كون المسلم فيه مقدراً بالكيل أو الوزن ، ولأن السلم أجزى رخصة للرفق بالناس ، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل ، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق ، فلا يصح ، وباعتباره رخصة فيقتصر على حال ورودها^(١) .

وقال الشافعي : يصح السلم حالاً ومؤجلاً ، فإن أطلق عن الحلول والتأجيل وكان المسلم فيه موجوداً انعقد حالاً ، لأنه إذا جاز السلم مؤجلاً ، فلأن يجوز حالاً بالأولى ، لبعده عن الغرر . والمراد من الحديث «إلى أجل معلوم» هو العلم بالأجل ، لا الأجل نفسه . وفائدة العدول من البيع إلى السلم الحال حينئذ : هو جواز العقد مع غيبة المبيع ، فإن المبيع إذا لم يكن حاضراً مرئياً لا يصح بيعه عند الشافعية . وإن أجزى العقد لإحضاره ، فربما تلف ، أو لا يتمكن المشتري من الحصول عليه ، كما لا يتمكن حينئذ من فسخ العقد ؛ لأن العقد متعلق بالذمة ، وما ثبت بالذمة يلزم العاقد به^(٢) .

واختلف العلماء أيضاً في مدة أجل السلم :

فقال الحنفية والحنابلة : إن أجل السلم مقدر بشهر أو ما قاربه ؛ لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل .

وقال المالكية : أقل الأجل نصف شهر ؛ لأن هذه المدة مظنة اختلاف الأسواق غالباً ، واختلافها مظنة لحصول المسلم فيه . هذا .. إلا إذا اشترط قبض المسلم فيه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد ، وكانت المسافة يومين من بلد العقد ، لأنها مظنة اختلاف الأسواق في البلدين ، وإن لم تختلف بالفعل ، واشترط في العقد أيضاً الخروج فوراً إلى البلد ، كما اشترط أن يخرج رب السلم والمسلم إليه أو وكيلها بالفعل ، وأن

(١) المبسوط : ١٢٥/١٢ ، البدائع : ٢١٢/٥ ، فتح القدير : ٣٣٥/٥ ، المنتقى على الموطأ : ٢٩٧/٤ ، بداية المجتهد :

٢٠١/٢ ، حاشية الدسوقي : ٢٠٥/٣ وما بعدها ، المغني : ٢٨٩/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٩ ، غاية المنتهى :

٧٨/٢ .

(٢) المهذب : ص ١ ، ٢٩٧ ، مغني المحتاج : ص ٢ ، ١٠٥ .

يعجل قبض رأس المال في المجلس أوقربه ، وأن يكون السفر في يومين برباً أو بغير ربح .
فإذا وجدت هذه الشروط الخمسة ، لا يشترط التأجيل بنصف شهر عند
المالكية .

واتفق العلماء على أن الأجل لا بد من أن يكون معلوماً ، لقوله تعالى : ﴿ إذا
تداينتم بدين إلى أجل مسمى ﴾ وقول النبي ﷺ : « إلى أجل معلوم » ولأنه بمعرفة
الأجل يتحدد الوقت الذي يقع فيه قضاء المسلم فيه ، فإذا جهل الأجل لم يفد معرفة
ذلك ، ووقع رب السلم في الغرر . ولكنهم اختلفوا في كيفية العلم بالأجل .

فقال الحنفية والحنابلة والشافعية : لا بد من تحديد زمان بعينه ، لا يختلف ، فلا
يصح التأجيل للحصاد والدراس والنيروز « اليوم الأول من السنة القبطية ، وهو أول
الربيع » والمهرجان « أول الخريف » وعيد النصرى وقدوم الحاج ، والصيف والشتاء ،
ونحوها^(١) ، ودليلهم : أن الرسول ﷺ قال : « إلى أجل معلوم » والتحديد بهذه
الأوقات مشار النزاع ، لأنه غير معلوم إذ أنه يتقدم ويتأخر ، ويقرب ويبعد ،
ويؤيده ماروي عن ابن عباس أنه قال : « لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس^(٢) ولا
تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم »^(٣) .

وقال المالكية : يجوز السلم إلى هذه الأوقات ، ويعتبر ميقاتها : هو الوقت الذي
يحصل فيه غالب ما ذكر : وهو وسط الوقت المعد لها الذي يغلب فيه الوقوع .
ودليلهم : أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة ، لا يتفاوت فيه

(١) فتح القدير : ٥ ص ٢٢٢ ، ٢٣٦ .

(٢) هو دوس الحب بالقدم ونحوها لينتشر .

(٣) قال الحافظ الزيلعي : روى البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي عن ابن عباس أنه قال : « لا تتبايعوا
إلى العطاء ، ولا إلى الأندر (أي البيدر أو المكس من القمح خاصة) ولا إلى الدياس » (راجع نصب الرأية :
٤ ص ٢١) .

تفاوتاً كثيراً، فأشبه ما إذا قال إلى رأس السنة^(١).

الثامن: أن يكون جنس المسلم فيه أي (المبيع) موجوداً في الأسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس، كالحبوب. فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو وقت حلول الأجل، أو انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن ونحوها، لا يجوز السلم؛ لأن القدرة على التسليم ثابتة للحال، وفي وجودها عند حلول الأجل شك، لاحتمال الهلاك، فإن بقي الشيء المسلم فيه في الأسواق إلى الوقت المؤجل، ثبتت القدرة على التسليم، وإن هلك قبله لا تثبت. وبعبارة أخرى: إن اشتراط هذا الشرط لضمان تنفيذ تسليم المسلم فيه.

وعلى هذا: إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى موضع معلوم: فإن كان مما يحتمل انقطاعه بالآفة كحنطة قرية كذا بعينها أو أرض كذا بعينها: لا يجوز السلم، لعدم تحقق القدرة على التسليم، وهو غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.

وإن كان مما لا يحتمل الانقطاع، كأن يسلم في حنطة إقليم كالعراق أو خراسان، أو في حنطة بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى ومحافظة حوران، فيجوز السلم، إذ لا يتوهم الانقطاع؛ لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن.

وقال بعض مشايخ الحنفية: لا يجوز السلم إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى بلدة كبيرة. والصحيح هو ما ذكرناه أولاً^(٢). هذا هو مذهب الحنفية.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يشترط أن يكون المسلم فيه عام الوجود مأمون الانقطاع، وقت حلول الأجل فقط، سواء وجد عند العقد أم لم يوجد؛ لأن المهم هو القدرة على التسليم، فيعتبر وقت وجوب التسليم، ولأن النبي ﷺ قدم

(١) المنتقى على الموطأ: ٤ ص ٢٩٨، القوانين الفقهية: ص ٢٦٩.

(٢) المسبوط: ١٢ ص ١٢٤، فتح القدير: ٥ ص ٣٣١، البدائع: ٥ ص ٢١١.

المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنين، فقال: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم» ولم يشترط وجود المسلم فيه حال عقد السلم، ولو كان شرطاً لذكره، ولنهام عن السلم سنتين، لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة^(١).

إلا أن المالكية شرطوا أن يكون التزام المسلم فيه مطلقاً في الذمة، فلا يجوز السلم في شيء معين كزرع قرية بعينها، وعليه لم يجز السلم في العقار اتفاقاً لتعيينه^(٢). واجتهاد غير الحنفية أوجه وأوسع^(٣).

وفي اجتهاد الحنفية: إذا حل أجل تسليم المسلم فيه، وانقطع وجود المبيع بحيث يتعذر تسليمه، كان المشتري بالخيار بين أن ينتظر وجوده، أو يفسخ البيع، ويسترد الثمن^(٤).

التاسع: أن يكون العقد باتاً: ليس فيه خيار الشرط للعاقدين أو لأحدهما. فلو أسلم شخص ديناراً في مدحنطة، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وقبض المسلم إليه الثمن (رأس المال)، وتفرقا بيدنيهما، يفسد عقد السلم؛ لأن جواز البيع بشرط الخيار ثبت على خلاف القياس لحاجة الناس إليه، فلا يقاس عليه غيره، إذ لا حاجة في السلم إلى الخيار؛ ولأن شرعية الخيار لدفع الغبن، والسلم مبني على الغبن وتقص الثمن، لأنه يبيع المفاليس كما يسمى، فلم يكن داخلاً تحت مورد النص الذي يجيز الخيار.

فلو اتفق المسلم إليه ورب السلم على إبطال الخيار قبل التفرق من المجلس، وكان

(١) المنتقى على الموطأ: ٤ ص ٢٠٠، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٢١١، مغني المحتاج: ٢ ص ١٠٦، المهذب: ١ ص ٢٩٨،

المغني: ٤ ص ٢٩٢ وما بعدها، غاية المنتهى: ٢ ص ٧٩.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٦٩.

(٣) عقد البيع للأستاذ الزرقاء: حاشية ص ١٢٠.

(٤) رد المحتار والدر المختار: ٤ ص ٢١٤، عقد البيع، المرجع السابق.

رأس المال (الثن) قائماً في يد المسلم إليه ، انقلب العقد جائزاً عند جمهور الحنفية ،
خلافاً لزفر . أما لو كان رأس المال هالكاً فلا ينقلب العقد جائزاً ؛ لأن رأس المال
يصير حينئذ ديناً على المسلم إليه ، والسلم لا ينعقد برأس مال دين .

ويمكن تفريع هذا الشرط على اشتراط قبض رأس المال في مجلس عقد السلم ؛
لأن اشتراط الخيار يؤدي إلى عدم دفع الثمن في مجلس العقد .

ويلاحظ أن خيار الرؤية وخيار العيب في رأس المال (الثن) إذا كان عيناً
قيمة أو مثلية ، لا يفسد عقد السلم ؛ لأن الخيارين المذكورين لا يمنعان ثبوت الملك
في البذل .

وأما بالنسبة للمسلم فيه (المبيع) فلا يثبت خيار الرؤية فيه بالاتفاق ؛ لأن هذا
الخيار لا يجري فيما يملكه الإنسان ديناً في الذمة ، إذ لا فائدة في الخيار حينئذ ؛ لأن
ثمرته في الأصل رد المبيع الغائب عند رؤيته إذا لم يعجب المشتري ، والمبيع المسلم فيه
ليس عيناً معينة ، بل دين في الذمة يقضى بأمثاله ، فعند رؤيته إذا ساغ رده بخيار
الرؤية يعود ديناً كما كان ، ويجب أداء مثل آخر ، فيمكن رده أيضاً بالخيار ، وهكذا
فيتسلسل ، فلذا يكتفى بوصف المبيع لصحة السلم ، فيقوم بيان الوصف مقام
المعاينة .

وأما خيار العيب في المسلم فيه : فإنه يصح ثبوته ؛ لأنه لا يمنع تمام القبض الذي
تم به الصفقة^(١) .

العاشر : بيان مكان الإيفاء إذا كان للمبيع كلفة ومؤونة ، كالخنطة والشعير ،
وهذا الشرط في جواز السلم عند أبي حنيفة ، وأما عند الصاحبين ، فلا يشترط ذلك .

ومنشأ الخلاف هو : هل يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء فيما يحتاج لحمل

(١) فتح القدير: ص٥٣٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ١١٩ .

ومؤونة؟ مع اتفاقهم على أن مكان الإيفاء إذا كان مجهولاً لا يجوز السلم؛ لأنها جهالة مفضية إلى المنازعة^(١).

قال أبو حنيفة: لا يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء؛ لأن العقد إذا وجد مطلقاً عن تعيين مكان، فلا يتعين مكان العقد للإيفاء وإذا لم يتعين مكان العقد للإيفاء، بقي مكان الإيفاء مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة بسبب الخلاف على نفقات النقل.

وقال الصحابان: يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء، فلا يكون هناك جهالة فيصح السلم؛ لأن سبب وجوب الإيفاء هو العقد، والعقد وجد في هذا المكان، فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه كما في بيع العين.

ويرد عليهما: بأن العقد قائم بالعاقدين، لا بالمكان، وهذا مكان المتعاقدين وليس مكاناً للعقد، فلم يوجد العقد في هذا المكان.

ويجري هذا الخلاف في بيان مكان أداء الأجرة في عقد الإجارة إذا احتاج الأمر إلى نفقة نقل، فعند أبي حنيفة: لا يصح العقد إذا لم يعين مكان أداء الأجرة. وعند الصحابين: تصح الإجارة، ويتعين مكان إيفاء الأجرة بتعيين مكان إيفاء المعقود عليه. فإن كان المأجور داراً أو أرضاً، فتسلم الأجرة عند الدار والأرض، وإن كان المأجور دابة فعند بدء انطلاق السير. وإن كان ثوباً دفع إلى مصبغة مثلاً، ففي الموضع الذي يسلم فيه الثوب. ويلاحظ أن مكان العقد يتعين مكاناً للتسليم عند الصحابين إذا أمكن التسليم في مكان العقد. فإذا لم يمكن: بأن كان في البحر أو على رأس الجبل، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم، ولكن يسلم في أقرب الأماكن الذي يمكن التسليم فيه من مكان العقد.

(١) البدائع: ص ٢١٢، المبسوط: ص ١٢، ١٢٨، فتح القدير: ص ٣٤١، رد المحتار: ص ٢١٦.

وأما إذا لم يكن لتسليم المسلم فيه كلفة ومؤونة كالجواهر واللائع ونحوها من المنقولات الخفيفة الحمل ، فهناك روايتان عن الحنفية :

في رواية : يتعين مكان العقد ، وهذا قول صاحبين .

وفي رواية ، وهي الأصح عندهم : يسلم الشيء حيثما لقي أحد العاقدين صاحبه ، ولا يتعين مكان العقد ؛ لأن الأماكن كلها سواء ، إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤونة^(١) . ولو عينا مكاناً آخر للإيفاء سوى مكان العقد : فإن كان فيما له حمل ومؤونة يتعين ، وإن كان فيما ليس له حمل ومؤونة ففيه روايتان :

في رواية : لا يتعين ، وله أن يوفيه في أي مكان شاء .

وفي رواية : يتعين وهو الأصح ، لأنه يفيد رب السلم بعدم تحمل خطر الطريق^(٢) .

وقال المالكية : الأحسن اشتراط مكان الدفع^(٣) .

وقال الشافعية : المذهب أن المسلم فيه إذا سلم بموضع لا يصلح للتسليم ، أو يصلح ولحملة مؤنة ، اشترط بيان محل تسليم المسلم فيه ، لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك . فإن صلح المكان للتسليم ولم يكن لحملة مؤنة ، فلا يشترط ذكر مكان التسليم ، ويتعين مكان العقد للتسليم للعرف^(٤) .

وقال الحنابلة : لا يشترط ذكر مكان الوفاء إن لم يعقد بنحو برية وسفينة . ويتعين مكان العقد للتسليم عند الاختلاف^(٥) .

(١) فتح القدير: ص٣٤٢، البدائع: ص٢١٣ .

(٢) فتح القدير مع العناية: ص٣٤٢، رد المحتار: ص٢١٦ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية: ص٢٧٠ .

(٤) مغني المحتاج: ص١٠٤ .

(٥) غاية المنتهى: ص٨٠ .

الحادي عشر: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً أي أن يكون المبيع من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة : وهي المثليات ، بأن يكون من المكيلات أو الموزونات أو الذرعيات أو الأعداد المتقاربة ، مثل الحبوب والثمار والدقيق والثياب ، والقطن والكتان والحديد والرصاص والأدوية ، والجوز والبيض ؛ لأن المكيلات والموزونات ممكنة الضبط قدرأ وصفة على وجه لا يبقى فيها إلا تفاوت يسير، لأنها من ذوات الأمثال . وأما المتقارب من الذرعيات والعدديات ، فلأن الجهالة فيها يسيرة لاتفضي إلى المنازعة .

فإن كان مما لا يضبط بالوصف ، كالعدديات المتفاوتة ، والذرعيات المتفاوتة ، مثل الدور والعقارات والجواهر واللائئ والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والسفرجل والبطاطيخ ونحوها : لا يجوز السلم فيها ، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة بسبب التفاوت في المالمية بين آحاد هذه الأشياء ، فهناك تفاوت فاحش بين جوهر وجوهر ، ولؤلؤ ولؤلؤ ، وحيوان وحيوان ، وجلد وجلد ، وهكذا لأن أثمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة الضوء والصفاء ، فيقع البيع فيها على مجهول ، وبيع المجهول لا يجوز .

هذا هو مذهب الحنفية . ويلاحظ أنهم أجازوا السلم في العدديات المتقاربة مطلقاً كيلاً ، ووزناً وعدداً . أما العدديات المتفاوتة : فلم يميزوا السلم فيها لا وزناً ولا عدداً^(١) .

وقال المالكية : يصح السلم فيما ينضبط ، وفيما لا ينضبط بالوصف ، إذا اشترط رب السلم منها شيئاً معلوماً جنسه وصفته ومقداره إما بالوزن فيما يوزن وإما بالكيل

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٣١ ، ١٣٦ ، البدائع : ٥ ص ٢٠٨ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٣٢٤ وما بعدها ، ٣٥٤ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٣ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ عمود حمزة : ص ٢٩ .

فما يكال أو بالذرع فيما يذرع، أو بالعدد فيما يعد أو بالوصف فيما لا يوزن ولا يكال ولا يعد؛ لأن شرط صحة السلم: أن يضبط المسلم فيه، وأن يكون ضبطه بما جرت العادة بضبطه به بالوزن أو الكيل أو العدد أو الذرع. أما بالنسبة للعدديات المتقاربة، فيجوز السلم فيها عدداً، لأنها لا تتباين كثيراً^(١).

وقال الشافعية: يصح السلم فيما ينضبط بالوصف دون ما لا ينضبط، أما بالنسبة للعدديات المتقاربة كالجوز واللوز فيصح السلم كيلاً أو وزناً، أو ذرعاً ولا يجوز عدداً؛ لأن ذلك يتباين ويختلف، فلم يجز عدداً كالبطيخ. وأما العدديات المتفاوتة، فيصح السلم فيها وزناً في البطيخ والبادنجان والقثاء والسفرجل والرمان، وما أشبه ذلك مما لا يضبطه الكيل لتفاوت وحداته وتنافرها في المكيال، ولا يكفي فيها العد لكثره التفاوت فيها، فلم يمكن تقديرها بغير الوزن^(٢).

وقال الحنابلة: يصح السلم فيما ينضبط بالوصف كمكيل وموزون دون ما لا ينضبط. أما العدديات المتقاربة: فيجوز السلم فيها عدداً كما قال المالكية، لأنها لا تتباين كثيراً. وأما العدديات المتفاوتة ففيها وجهان: وجه يصح السلم فيها عدداً وتضبط وحداتها بالصغر والكبر. ووجه: لا يصح السلم فيها إلا وزناً، كما قال الشافعية^(٣).

وهكذا يكون مذهب الشافعية والحنابلة قريباً من مذهب الحنفية، والخلاف بينهم محصور في السلم في العدديات المتقاربة عدداً، وفي العدديات المتفاوتة. وأجاز المالكية السلم فيما لا ينضبط بالوصف.

وسنذكر حكم بعض المبيعات التي لها صلة بشرط انضباط الوصف.. ومنها:

(١) بداية المجهد: ٢ ص ٢٠٠، حاشية السوق: ٣ ص ٢٠٧، ٢١٥، المنتقى على الموطأ: ٤ ص ٢٩٢، ٢٩٤، ٢٩٦.

(٢) المهذب: ١ ص ٢٩٧، ٢٩٩، مغني المحتاج: ٢ ص ١٠٧.

(٣) المغني: ٤ ص ٢٧٦، ٢٨٨ وما بعدها.

السلم في الحيوان :

يجوز السلم في الأليات والشحوم وزناً بلا خلاف ، وأما السلم في الحيوان ذاته ، فقد اختلف فيه الفقهاء :

فقال الحنفية : لا يجوز السلم في الحيوان كيفما كان ، لما روي عن ابن عباس « أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان »^(١) ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً في تقدير ماليته ، فلا يمكن ضبطه ، وإن استقصى الواصف صفاته التي يختلف بها الثمن ، والاختلاف فيه يفضي إلى المنازعة مثل سائر العدديات المتفاوتة^(٢) . وعليه فلا يصح السلم في الخرفان كما يفعل بعض الناس ، لأنها لا تنضبط .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يجوز السلم في الحيوان قياساً على جواز القرض فيه ، وقد روى مسلم « أنه ﷺ اقترض بكرراً - وهو الفتي من الإبل »^(٣) وروى أبو داود « أنه ﷺ أمر عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن يشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل »^(٤) وهذا سلم لا قرض لما فيه من الفضل والأجل . وأما حديث النهي عن السلف في الحيوان فقال ابن السمعاني عنه في الاصطلام : « غير ثابت وإن أخرجه الحاكم » ولكن صحة السلم في الحيوان عند هؤلاء مشروطة بذكر

(١) أخرجه الحاكم والدارقطني عن ابن عباس ، قال الحاكم : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . والصحيح أن في إسناده اسحاق بن ابراهيم ابن جوق ، وهو واهي الحديث . وقال عنه ابن حبان : « منكر الحديث جداً ، يأتي عن الثقات بالموضوعات ، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب » (انظر نصب الراية : ٤ ص ٤٦ ، التلخيص الحبير : ص ٢٤٥) .

(٢) المتوسط : ١٢ ص ١٣١ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ٢٠٩ .

(٣) سيأتي تحريجه في باب القرض .

(٤) رواه أبو داود والدارقطني والبيهقي من طريقه ، وفي إسناده ابن اسحاق ، وقد اختلف عليه فيه ، ولكن أورده البيهقي في الخلافات من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وصححه (انظر التلخيص الحبير لابن حجر : ص ٢٣٥) .

نوعه وسنه وذكورته وأنوثنه ولونه وقده طويلاً وقصراً على التقريب^(١).

السلم في اللحم مع العظم :

قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم مع العظم ، لوجود الجهالة المفضية إلى المنازعة من جهتين : جهة السمن والهزال ، وجهة قلة العظم وكثرته . وكذلك لا يجوز في الأصح عنده السلم في اللحم المنزوع العظم ، لوجود الجهالة فيه أيضاً من جهة السمن والهزال ، وهذا كاف لأن الحكم المعلل بعلمتين مستقلتين يثبت مع إحداها ، كما يثبت معها^(٢).

وقال الصحابان والمالكية والشافعية والحنابلة : يصح السلم في اللحم بشرط ضبط صفاته بذكر جنس اللحم : لحم شاة أو بقر ، ونوعه : لحم شاة ذكر أو أنثى ، خصي أو فحل ، معلوفة أو سائمة ، وسنه : لحم شاة ثني أو جذعة ، وصفته : سمين أو مهزول أو وسط ، وموضعه : من الفخذ أو الكتف أو الجنب ، ومقداره : عشرة أرطال مثلاً . ودليلهم قول النبي ﷺ : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم » وظاهره : إباحة السلم في كل موزون ، ولأنه إذا جاز السلم في الحيوان ، فاللحم أولى^(٣).

السلم في السمك :

السلم في السمك عند الجمهور كالسلم في اللحم . وأما عند أبي حنيفة فاختلفت عبارات الروايات ، والصحيح من المذهب : أن السلم يجوز في السمك الصغار ، كيلاً أو

(١) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢٩٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، مغني المحتاج : ٢

ص ١١٠ ، المغني : ٤ ص ٢٧٨ ، ٢٨٢ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٧٢ .

(٢) المسوط : ١٢ ص ١٢٣ ، البدائع : ٥ ص ٢١٠ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٢٣ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٤ .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٧٠ ، ٢٠٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١١ وما بعدها ، المذهب : ١

ص ٢٩٨ ، المغني : ٣ ص ٢٨٠ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٧١ .

وزناً، ويستوي فيه المالح والطري؛ لأن الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال، ولا اختلاف العظم، بخلاف اللحم.

وأما الكبار ففي ظاهر الرواية: يجوز كيفما كان وزناً^(١).

السلم في الثياب:

الثياب من العدييات المتفاوتة، فلا يجوز فيها السلم قياساً عند الحنفية، لأنها ليست من ذوات الأمثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب، ويجوز السلم فيها استحساناً إذا بين الجنس والنوع، والصفة والرقعة «أي القدر من الثخانة والغلظ» والذرع طولاً وعرضاً، فيلحق بالمثلثات لحاجة الناس إليه وتعاملهم به.

وإن كان ثوب حرير فاختلف المشايخ في بيان وزنه، والأصح قول بعضهم: لا بد من بيان وزنه أيضاً؛ لأنه مقصود فيه، وقيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن^(٢).

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً السلم في الثياب كما لاحظنا^(٣)، قال ابن المنذر: وأجمعوا على جواز السلم في الثياب^(٤).

السلم في التبن:

لا يجوز عند الحنفية السلم في التبن أوقاراً (أي أجمالاً) لتفاوت فاحش بين الوقرين. ولكن يجوز فيه بقبان معلوم من قباين التجار، فلا يكون هناك اختلاف. والحكم يجري في الحطب: لا يجوز حزماً، ويجوز وزناً^(٥).

(١) المبسوط: ١٢ ص ١٢٨، البدائع: ٥ ص ٢١١، فتح القدير: ٥ ص ٢٢٢، رد المحتار: ٤ ص ٢١٢.

(٢) المبسوط: ١٢ ص ١٣٣، فتح القدير: ٥ ص ٢٥٢، البدائع: ٥ ص ٢٠٩.

(٣) القوانين الفقهية: ص ٢٦٩، مضي المحتاج: ٢ ص ١٠٧، غاية المنتهى: ٢ ص ٧٢.

(٤) المغني: ٤ ص ٢٧٦.

(٥) المبسوط: ١٢ ص ١٤١، البدائع: ٥ ص ٢٠٩.

السلم في الخبز :

لا يجوز السلم في الخبز عدداً بالاتفاق لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الصغر والكبر . وأما وزناً فقد ذكر الكرخي أن السلم في الخبز لا يجوز، للتفاوت الفاحش بين الخبز في النضوج ، فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة .

وفي نوادر ابن رستم : لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، وهذا قول الشافعية لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط . ويجوز عند أبي يوسف : إذا شرط نوعاً معلوماً ووزناً معلوماً وأجلاً معلوماً^(١) .

وقال المالكية والحنابلة : يصح السلم في الخبز ونحوه مما أمكن ضبطه ومستته النار؛ لأن ظاهر الحديث : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود ، ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالشفافة والرطوبة ، فصح السلم فيه^(٢) .

قرض الخبز :

قال أبو حنيفة : لا يجوز استقراض الخبز ، كالسلم لا وزناً ولا عدداً . وجوز أبو يوسف القرض فيه وزناً لا عدداً كالسلم . وجوز محمد استقراض الخبز عدداً ووزناً لحاجة الناس وتعارفهم إياه ، وإن لم يكن من ذوات الأمثال ، وهذا هو المفتى به عند الحنفية لتعامل الناس وحاجاتهم إليه^(٣) .

وقال المالكية : يجوز قرض الخبز وزناً وعدداً لحاجة الناس إليه ، والمماثلة في العدد مما يتسامح فيه^(٤) .

(١) البدائع : ٥ ص ٢١١ ، المهذب : ١ ص ٢٩٧ .

(٢) المغني : ٤ ص ٢٧٧ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٧٤ .

(٣) تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٩ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤ ص ١٩٥ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٩٩ .

(٤) حاشية السوق : ٣ ص ٢٢٢ .

وقال الشافعية والحنابلة في أصح الوجهين : يجوز قرض الخبز عدداً ويجوز وزناً لإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار^(١) . وقد روت عائشة رضي الله عنها قالت : « قلت : يا رسول الله ، إن الجيران يستقرضون الخبز ، والخبير ، ويردون زيادة وتقصاناً ؟ فقال : لا بأس إن ذلك من مرافق الناس ، ولا يراد به الفضل »^(٢) .

المطلب الرابع - حكم السلم

مقتضى السلم : أنه يثبت الملك في المسلم فيه لرب السلم ، مؤجلاً ، بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال المعين أو الموصوف في الذمة للمسلم إليه .

وقد أجاز حكمه بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس ، ولكن بالشرائط المخصوصة التي ذكرناها والتي هي غير مشروطة في عقد البيع .

المطلب الخامس - أوجه الاختلاف بين البيع والسلم

يترتب على الشروط الخاصة بعقد السلم أن يختلف السلم عن البيع من وجوه :

١ - استبدال رأس مال السلم والمسلم فيه في مجلس العقد :

وهو أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه . وفيه قال الحنفية : لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض . أما الثن فيجوز استبداله إذا كان ديناً ؛ لأن قبض رأس المال شرط في السلم ، وبلاستبدال لا يحصل القبض حقيقة ؛ لأن المسلم إليه يقبض بدل رأس المال حينئذ ، وبدل الشيء غيره . أما الثن في البيع فلا يشترط قبضه ، والبدل يقوم مقامه معنى . كذلك لا يجوز الاستبدال ببدي الصرف ؛ لأن قبضها شرط حقيقة .

(١) المهذب : ١ ص ٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١٩ ، المغني : ٤ ص ٣١٩ .

(٢) ذكره أبو بكر الشافعي بإسناده عن عائشة رضي الله عنها ، وفيه أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل « أنه سئل عن استقراض الخبز والخبير ؟ فقال : سبحان الله ، إنما هذا من مكارم الأخلاق ، فخذ الكبير ، وأعط الصغير ، وخذ الصغير وأعط الكبير ، خيركم أحسنكم قضاء ، سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك » (انظر المغني : ٤ ص ٣١٩) .

وأما استبدال المسلم فيه : فلا يجوز أيضاً قبل القبض كاستبدال المبيع المعين ، لأن المسلم فيه مبيع منقول ، وإن كان ديناً ، ويبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز^(١) .

وإذا انفسخ عقد السلم أو تقايل العاقدان السلم : فلا يجوز الاستبدال برأس مال السلم الموجود مع المسلم إليه ، أي أنه لا يجوز لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه شيئاً برأس المال حتى يقبضه كله ، وهذا قول علماء الحنفية الثلاثة أخذاً بالاستحسان^(٢) ، لقوله عليه السلام : « لا تأخذ إلا سلمك ، أو رأس مالك »^(٣) أي عند الفسخ ، ولأن الإقالة بيع جديد في حق شخص ثالث غير العاقدين ، والثالث هنا هو الشرع . ويعتبر رأس المال : هو المبيع ، وإذا ثبت تشابه رأس المال والمبيع ، فالمبيع لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، فكذا ما أشبهه .

والقياس أن يجوز الاستبدال برأس المال بعد الإقالة أو بعد انفساخ السلم ، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً أي من النقود ، وهو قول زفر لأن رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه ، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين ، ويرد عليه بالحديث والمعقول السابقين^(٤) .

واتفقوا على أن الاستبدال يبدي الصرف بعد الإقالة قبل القبض جائز ؛ لأن بدل الصرف لا يتعين بالتعيين ، فلو تبايعا دراهم بدنانير ، جاز استبدالها قبل القبض

(١) البدائع : ٥ ص ٢٠٢ .

(٢) وذهب مالك إلى أنه لا يجوز ذلك إذا كان المسلم فيه طعاماً ، لنهي الرسول ﷺ عن بيع الطعام قبل أن يستوفى (بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٠) وأجاز الشافعي وفي قول عن أحد هذا البيع ، لأن صاحب المال قد ملك رأس ماله بالإقالة ، وصار ديناً في ذمة المسلم إليه الذي برئ من تسليم المسلم فيه ، فيجوز له أن يشتري به ما أحب من أحب (الأم : ١١٧ / ٣ ، المغني : ٤ / ٣٠٤) .

(٣) نص الحديث كما رواه الدارقطني عن ابن عمر هو « من أسلف في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلف أو رأس ماله » قال إبراهيم بن سعيد الجوهري : « فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله » (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها ، نصب الراية : ٤ ص ٥١) . وروى أبو داود في سننه « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » .

(٤) فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٣٤٦ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٨ وما بعدها .

بأن يسكا ما أشارا إليه في العقد، ويؤديا بدله قبيل الافتراق من مجلس الإقالة .

واتفقوا على أن قبض رأس المال بعد الإقالة في السلم في مجلس الإقالة : ليس بشرط لصحة الإقالة ؛ لأن عقد الإقالة ليس في حكم إنشاء عقد السلم من كل وجه ؛ لأن اشتراط القبض في عقد السلم في مجلس العقد كان للاحتراز عن بيع الكالئ بالكالئ (أي الدين بالدين) والمسلم فيه سقط بالإقالة ، فلم يصبح لازماً على المسلم إليه ، فلا يتحقق فيه بيع الدين بالدين ، فلا يشترط القبض ^(١) .

أما في الصرف فيشترط القبض لصحة الإقالة ، لأنه إذا اعتبرنا الإقالة بيعاً جديداً ، كما يقول أبو يوسف ، فالتعليل ظاهر ، وإذا اعتبرنا الإقالة فسخاً في حق العاقدين ، كما يقول أبو حنيفة فهي في تقدير الشرع بيع ، لأن أبا حنيفة يقول : هي بيع جديد في حق غير العاقدين ، وإذا كانت الإقالة بيعاً فيجب قبض البديلين منعاً من الوقوع في محذور بيع الدين بالدين ^(٢) .

واتفقوا على أن السلم إذا كان فاسداً منذ نشأته ، فلا بأس بالاستبدال فيه قبل القبض ، إذ ليس له حكم السلم ، فيجوز الاستبدال ، كما في سائر الديون .

وعدم جواز استبدال المسلم فيه ورأس مال السلم متفق عليه أيضاً لدى المذاهب الأخرى ^(٣) .

٢- إقالة بعض السلم :

إذا أخذ رب السلم بعض رأس ماله وبعض المسلم فيه بعد حلول الأجل أو قبله برضا صاحبه ، فإنه يجوز ، ويكون إقالة للسلم فيما أخذ من رأس المال ويبقى السلم في الباقي ، وهذا قول جمهور العلماء ؛ لأن أخذ رأس المال إقالة ، ولو أقاله في الكل جاز

(١) فتح القدير، المرجع السابق، رد المختار: ٤ ص ٢١٩ .

(٢) البدائع: ٥ ص ٣٠٨، رد المختار: ٤ ص ٢١٩، ٢٤٥ .

(٣) القوانين الفقهية: ص ٢٦٩، مغني المحتاج: ٢ ص ١١٥، غاية المنتهى: ٢ ص ٨٠ .

اتفاقاً، فكذلك إذا أقال في البعض يجوز أيضاً، كما في بيع العين . والإقالة كما هو معروف : فسخ للعقد ورفع له من أصله ، وليست بيعاً على الراجح .

وقال الإمام مالك والقاضي ابن أبي ليلى : لا يجوز ذلك ويفسد العقد^(١) ويسترد رب السلم ما بقي من رأس المال لقوله ﷺ : « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » فإذا أخذ بعض كل واحد منهما فلم يأخذ لا هذا ولا ذاك ، ولأنه حين أخذ بعض رأس المال ، فقد اختار فسخ العقد ، فينسخ في الكل^(٢) . فيما أن يقيه من الكل ، أو يأخذ الكل .

ورد الجمهور على الحديث بأن المراد به النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه .

وأما البيع فإنه إذا أقاله العاقدان في البعض دون البعض فيجوز بالاتفاق .

واتفقوا على أنه لو أخذ رب السلم جميع رأس المال ، برضا صاحبه أو أقال جميع السلم أو تصالحا على رأس المال ، فإنه يكون إقالة صحيحة ، وينسخ السلم .

ولو أخذ رب السلم بعض رأس المال قبل حلول الأجل ليعجل باقي السلم ، فإنه لا يجوز هذا الشرط ، وتصح الإقالة عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن هذا الشرط يصبح في معنى المعاوضة عن الأجل فهو شرط فاسد ، والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأنها فسخ عندهما ، فتصح ويبطل الشرط ، بخلاف البيع ، فإنه يتأثر بالشروط الفاسدة ؛ لأن الشرط الفاسد فيه يؤدي إلى الربا ، أما الإقالة فلأنها رفع البيع فلا يتصور فيها ربا .

وعند أبي يوسف : تبطل الإقالة بهذا الشرط الفاسد ، ويظل السلم كله باقياً إلى

(١) سداً للذريعة ، لأنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف .

(٢) المبسوط : ١٢ ص ١٣٠ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٣٠٢ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢١٥ ، المهذب : ١ ص ٣٠٢ ،

المغني : ٤ ص ٣٠٢ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٨١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١٠٢ .

أجله ؛ لأن الإقالة عنده بيع جديد ، والبيع يبطل بالشرط الفاسد لتمكن الربا فيه^(١) .
وسياًتي في بحث الإقالة أدلة كل منهم على تكييف الإقالة : هل هي فسخ أم بيع ؟

٣- الإبراء عن رأس المال :

لا يجوز للمسلم إليه إبراء رب السلم عن رأس المال بدون قبوله ورضاه ، فإذا قبل صح الإبراء ، ولكن يبطل السلم ، لأنه يترتب عليه عدم قبض رأس المال ، بسبب الإبراء . وإذا رفض رب السلم الإبراء بقي عقد السلم صحيحاً .

أما البيع : فلو أبرأ البائع المشتري عن ثمن المبيع فيصح من غير قبول إلا أنه يترد بالرد ؛ لأن في الإبراء معنى التملك على سبيل التبرع ، وهو لا يلزم دفعا لضرر المنته .

والفرق بين السلم والبيع : أن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع . وقبض رأس المال في المجلس شرط لصحة عقد السلم ، فلو صح الإبراء من غير قبول الطرف الآخر ، لانفسخ عقد السلم من غير رضا صاحبه ، وهذا لا يجوز ؛ لأن أحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد ، فلا يصح الإبراء ، بخلاف الثمن : لا يترتب على الإبراء منه فسخ البيع لأن قبضه ليس بشرط .

أما لو أبرأ رب السلم عن المسلم فيه ، فيجوز من غير قبول المسلم إليه ، لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط ، فيصح من غير قبول ؛ لأن الإبراء عن دين لا يجب قبضه شرعاً إسقاط لحق المبرئ لا غير ، فيملك الإبراء .

وأما الإبراء عن المبيع فلا يصح ، لأنه عين ، والإبراء إسقاط ، وإسقاط الأعيان لا يعقل^(٢) .

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٧ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ٢١ ، الطبعة القديمة ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٠ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٠٣ . توضيح ذلك أن الفقهاء وضعوا قاعدة وهي : « أن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ، وإنما تقبل النقل » فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لانسقط وتبقى ملكاً له . وقد بنوا عليه عدم صحة الإبراء عن الأعيان لما في الإبراء من معنى الإسقاط مشوباً بمعنى التملك ، فلو كان لأحد عند آخر شيء منغوب أو مودع فأبرأه عنه لا يصح الإبراء ويبقى الشيء لصاحبه (المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٢٣) .

٤- الحوالة والكفالة والرهن برأس المال وبالمسلم فيه :

تجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر، والكفالة به، والرهن به، وكذا بالمسلم فيه أيضاً عند جمهور الحنفية لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه .

وعند زفر يجوز بالمسلم فيه ولا يجوز برأس المال؛ لأن عقود الكفالة والحوالة والرهن شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخر عن المجلس، ورأس المال لا يتأخر، فلا يتحقق ما شرع له العقد، فلا يصح. ورد عليه بأن معنى التوثيق يحصل في الحقين جميعاً، فجاز العقد فيها .

وكذلك في البيع تجوز الحوالة والكفالة والرهن بالثمن والمبيع إلا أن الفرق بين السلم والبيع هو في حالة افتراق العاقدين في السلم بدون قبض كما سنبين .

ففي عقد السلم : يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من المحال عليه، أو من الكفيل أو من رب السلم أو يهلك الرهن قبل أن يتفرق العاقدان عن المجلس، بشرط أن تكون قيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر؛ لأن حق المسلم إليه ينتقل حينئذ إلى قيمة الرهن، فإذا كانت هذه القيمة تساوي رأس المال أو تزيد عنه، فيحصل افتراق العاقدين بعد أن يتم قبض رأس المال؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء؛ لأنه قبض مضمون على المرتهن سواء تعدى أو قصر أو لم يتعد ولم يقصر، وبالهلاك تقرر الضمان عليه، فتحدث مقاصة بين المرتهن والراهن أي بين المسلم إليه ورب السلم هنا . ويترتب عليه أنه يحدث الافتراق بينهما بعد قبض رأس المال .

فإن كانت قيمة الرهن أقل من رأس المال تم العقد بقدر الرهن ويبطل في الباقي .

وإذا افترق رب السلم والمسلم إليه قبل القبض بطل السلم حتى ولو بقي المحال عليه والكفيل مع المسلم إليه، أما لو بقي المسلم إليه مع رب السلم، وذهب المحال عليه والكفيل فلا يبطل السلم؛ لأن العبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما؛ لأن القبض من حقوق العقد، والعقد أساسه العاقدان .

وكذلك في الرهن : إذا لم يهلك حتى تفرق المتعاقدان ، يبطل السلم لعدم قبض رأس المال ، وعلى المسلم إليه رد الرهن على صاحبه .

وكل ما ذكرناه في السلم هنا يجري في عقد الصرف .
هذا بالنسبة لرأس المال .

أما بالنسبة للمسلم فيه فإن المحيل يبرأ بنفس عقد الحوالة ويكون تسليم المسلم فيه واجباً على المحال عليه إذا حل الأجل ، وحينئذ يطالب رب السلم المحال عليه بالتسليم دون المحيل .

وفي الكفالة يكون رب السلم بالخيار : إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل .

وفي الرهن : لرب السلم أن يجبس المرهون حتى يأخذ المسلم فيه ^(١) .

وكذلك لا تجوز الحوالة والكفالة والإبراء والرهن برأس المال عند غير الحنفية ^(٢) ؛ لأن قبضه حقيقة شرط أساسي لصحة السلم ، إلا أن المالكية كما عرفنا أجازوا تأخير القبض مدة ثلاثة أيام . وقد غالى الشافعية فلم يجزوا قبض رأس المال في المجلس من المحال عليه إلا أن يقبضه نفس رب السلم ، ثم يسلمه للمسلم إليه ، لأن الحق بالحوالة يتحول إلى ذمة المحال عليه فهو يؤديه عن نفسه لا عن المسلم .

٥ - قبض رأس المال مشوباً :

إذا قبض المسلم إليه رأس المال ، فوجده مشوباً ، كأن يجده زيوفاً أو نبهرجة ، أو

(١) المبسوط : ١٥١/١٢ وما بعدها ، البدائع ٢٠٢/٥ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ١٩٥/٣ ، مغني المحتاج : ١٠٢/٢ ، غاية المنتهى : ٨٠/٢ ، المغني : ٣٠٢/٤ .

مستحقاً أو ستوقه^(١) أو معيباً : فإما أن يصدقه رب السلم أو يكذبه :

الافتراض الأول - فإن صدقه رب السلم : فله حق الرد ، ثم لا يخلو إما أن يكون رأس المال عيناً وهو ما يتعين بالتعيين ، أو ديناً : وهو ما لا يتعين بالتعيين .

١ - فإن كان عيناً : فوجده المسلم إليه مستحقاً^(٢) أو معيباً : فإن أجاز المستحق جاز العقد ، وإلا بطل ، وإن رضي المسلم إليه بالعيب جاز العقد ، وإلا بطل أي (السلم) ، سواء أكان اكتشاف العيب قبل افتراق العاقدين أم بعده . وسبب بطلانه : أنه انتقض^(٣) القبض فيه بالاستحقاق أو الرد بالعيب ، ولا يمكن إقامة شيء عن غير رأس المال مقامه ، لأنه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس ، فيبطل السلم .

وأما في حال إجازة العقد فلأنه تبين أن قبضه وقع صحيحاً ، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال^(٤) .

٢ - وأما إذا كان رأس المال ديناً : فقبضه المسلم إليه فوجده مشوباً ، فإما أن يجده مشوباً في مجلس السلم أو بعد الافتراق :

أولاً : إن وجده مشوباً في مجلس السلم :

(١) الدرهم أربعة أنواع : جياذ ، ونهجرة ، وزيوف ، وستوقه . واختلفوا في تفسير النهجرة فقيل : هي التي تضرب في غير دار السلطان . والزيوف : هي المغشوشة . والستوقه : نحاس موه بالفضة . وقال عامة المشايخ : الجياذ فضة خالصة تروج في التجارات ، وتوضع في بيت المال . والزيوف : ما زيفه بيت المال أي رده ، ولكن تأخذه التجار في التجارات ، ولأبأس بالشراء بها ، ولكن يبين للبائع أنها زيوف . والنهجرة : ما يرده التجار ، والستوقه : أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينها نحاس ، وليس لها حكم الدرهم . وهكذا : فالزيوف أجود ، ثم النهجرة ، ثم الستوقه (رد المحتار : ٢٢٨/٤) .

(٢) استحقاق المبيع : هو أن يظهر أن المبيع مملوك كله أو بعضه لغير البائع ، كما لو ظهر أن المبيع وقف ومثل ذلك استحقاق رأس المال (عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٩٧) .

(٣) أي لم يتحقق القبض المشروط في عقد السلم بسبب ظهور استحقاق رأس المال لغير رب السلم .

(٤) البدائع : ٢٠٤/٥ .

١- فإن وجد ذلك مستحقاً : فإن صحة القبض موقوفة على إجازة المستحق :
إن أجاز جاز، وإن لم يجز بطل .

٢- وإن وجده ستوقه أو رصاصاً : فلا يجوز العقد وإن قبل به ، لأنه ليس من جنس حقه ، إذ هو ليس من جنس الدراهم ، فيكون استبدالاً برأس المال قبل القبض كما لو استبدل ثوباً من رب السلم مكان الدراهم ، وهو لا يجوز كما عرفنا . وإن لم يقبل به ، ورده وقبض شيئاً آخر مكانه جاز العقد لأنه لما رده ، وانتقض قبضه ، جعل كأن لم يكن ، وكأنه أخر القبض إلى آخر المجلس .

٣- وإذا وجده زيوفاً أو نهرجة : فإن قبل به جاز العقد ؛ لأن الزيوف من جنس حقه ؛ لأنها دراهم ، لكنها معيبة بالزيادة ، وفوات صفة الجودة ، فإن رضي بها فقد أبرأ رب السلم عن العيب ورضي بقبض حقه مع نقصان .
وإن ردها واستبدل شيئاً مكانها في مجلس العقد جاز ، لأنه وجد مثل حقه في المجلس ، فكان القبض متأخراً^(١) .

ثانياً : وإن وجده مشوباً بعد الافتراق عن المجلس :

١- فإن وجده مستحقاً : فالقبض موقوف على إجازة المستحق إن أجاز جاز ، وإن رد بطل السلم .

٢- وإن وجد رأس المال ستوقه أو رصاصاً : بطل السلم ؛ لأن الستوقه ليست من جنس الدراهم ، لأنها لا تروج في معاملات الناس ، فلم تكن من جنس حقه أصلاً ووصفاً ، فقد حصل الافتراق عن المجلس بدون قبض رأس المال ، فيبطل السلم ، ولا يعود جائزاً بالقبض بعد المجلس .

٣- وإذا وجده زيوفاً أو نهرجة : فإن تجوز أي قبل المسلم إليه ، فالسلم ماض

(١) البدائع : ٢٠٤/٥ وما بعدها .

على الصحة؛ لأن الزيوف من جنس حقه؛ لأنها دراهم، لكنها معيبة بالزيافة وفوات صفة الجودة، فإذا رضي بها، فقد رضي بقبض حقه مع النقصان.

وإن لم يتجاوز بها أي لم يقبلها وردها، فاتفق علماء الحنفية على أنه إن لم يستبدلها في مجلس الرد، بطل السلم بقدر مارد.

فأما إذا استبدل مكانها جياداً في مجلس الرد: فالقياس أن يبطل السلم بقدره قل المردود أو أكثر، وبه أخذ أبو حنيفة وزفر؛ لأن الزيوف من جنس حق المسلم إليه أصلاً لا وصفاً، ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه في الوصف، فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً، فإذا لم يتوافرا ولم يرض بما قبض، تبين أنه لم يقبض حقه، فيبطل السلم.

والاستحسان: ألا يبطل السلم وهو قول الصحابين، لأن قبض الزيوف وقع صحيحاً، لأنه قبض جنس الحق، بدليل أنه لو تجوز بها جاز إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيافة، والمعيب لا يمنع صحة القبض، وقد أجاز استبداله في مجلس الرد، لأن للرد شبهة بالعقد، فألحق مجلس الرد بمجلس العقد^(١).

هذا إذا وجد المسلم إليه كل رأس المال زيوفاً أو نبهجة: فإن وجد بعضه دون بعض فاستحسن أبو حنيفة في حالة استبدال جياد مكانه في مجلس الرد: أنه إذا كان قليلاً فرده واستبدل في المجلس، فالعقد ماض في الكل، وإن كان كثيراً بطل العقد بقدر المردود؛ لأن الزيافة في القليل مما لا يمكن التحرز عنه^(٢).

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الحد الفاصل بين القليل والكثير والأصح منها: أن الثلث فصاعداً في حكم الكثير، وما دونه في حكم القليل^(٣).

(١) البدائع: ٢٠٥/٥.

(٢) البدائع: ٢٠٦/٥.

(٣) تحفة الفقهاء: ٢٧/٢.

هذا ما يتعلق بحكم رأس المال .

وأما حكم المسلم فيه فهو : إذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيباً ، بعدما قبضه ، فإن له خيار العيب إن شاء تجوز به ، وإن شاء رده وأخذ المسلم فيه غير معيب ؛ لأن حقه في السلم دون المعيب^(١) ولكن خيار الرؤية وخيار الشرط لا يثبتان في السلم ، كما سبق ذكره .

الافتراض الثاني - وأما إذا كذب رب السلم المسلم إليه ، وأنكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي أعطهاها ، وادعى المسلم إليه أنها من دراهمه ، فهذا لا يخلو من ستة أوجه :

إن كان المسلم إليه أقر بالقبض قبل النزاع ، فقال : قبضت الجياد أو قبضت حقي أو قبضت رأس المال أو استوفيت الدراهم ، أو قبضت الدراهم ، أو قال : « قبضت » ولم يقل شيئاً آخر .

١ - ففي الحالات الأربعة الأولى : لا تسمع دعواه بعدئذ أنه وجدته زيوفاً ، ولم يكن له حق استحلاف رب السلم بالله « أنها ليست من الدراهم التي قبضها منه » لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير متناقضاً في دعواه ، والمناقضة تمنع صحة الدعوى ، والحلف يكون في الدعوى الصحيحة .

٢ - وأما إذا قال المسلم إليه : « قبضت الدراهم » ثم قال : « هي زيوف » فالقياس أن يكون القول قول رب السلم : « أنها ليست من دراهمه » مع يمينه على قوله ، وعلى المسلم إليه البينة أنها من الدراهم التي قبضها منه ؛ لأن المسلم إليه يدعي أنها مقبوضة مع العيب ؛ ورب السلم ينكر أنها مقبوضة ، أو أنها التي قبضها منه ، فيعتبر قول المنكر بيمينه .

(١) المرجع السابق .

وفي الاستحسان : القول قول المسلم إليه مع يمينه ، وعلى رب السلم البينة أنه أعطاه الجياد ؛ لأن رب السلم يأنكاره أنها ليست من دراهمه يدعي إيفاء حقه ، وهو الجياد ، والمسلم إليه بدعواه أن هذه الدراهم زيوف ينكر قبض حقه ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه لم يقبض حقه وعلى المدعي البينة أنه أوفاه حقه .

وهذا هو مقتضى القياس في الحالات الأربعة الأولى ، إلا أنه هناك سبق منه ما يناقض دعواه : وهو الإقرار بالجياد ، وههنا لم يسبق منه شيء مناقض ؛ لأن ذكر قبض الدراهم يقع على الزيوف والجياد بخلاف الحالات الأولى .

٣- وإذا قال المسلم إليه : « قبضت » لا غير ، ثم قال : « وجدته زيفاً » يكون القول قوله ، كما قررنا في الحالة السابقة .

إلا أن ههنا إذا قال : « وجدته ستوقه أو رصاصاً » فإنه يصدق ، بخلاف ما إذا قال : « قبضت الدراهم » ثم قال : « وجدتها ستوقه أو رصاصاً » فإنه لا يقبل قوله ، لأن في قوله : « قبضت » اقراراً بمطلق القبض والستوقه تقبض ، فإذا قال : « ما قبضته ستوقه » لا يكون مناقضاً دعواه ، وفي قوله : « قبضت الدراهم » يصير مناقضاً لقوله : « قبضت الستوقه والرصاص » لأنه خلاف جنس الدراهم ^(١) .

(١) تحفة الفقهاء : ٢٨/٢ وما بعدها ، وقد نقلنا ذلك منها دون تعديل لإيفائه بالغرض مع بساطة العبارة .

عقد الاستصناع

نتكلم في عقد الاستصناع على تعريفه ومشروعيته وشروطه وصفته وحكمه :

تعريف الاستصناع : هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة ، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع وتكون العين والعمل من الصانع ، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لاستصناعاً ، وبعض الفقهاء يقول : إن العقود عليه هو العمل فقط ؛ لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل .

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع . ويقال للمشتري : « مستصنع » وللبائع : « صانع » وللشيء : « مصنوع » كاتفاق شخصين على صنع أحذية أو أنية أو مفروشات ونحوها فهو لا يكون إلا فيما يتعامل فيه الناس ^(١) .

وهو عقد يشبه السلم ، لأنه بيع المعدوم ، وأن الشيء المصنوع ملتزم ، عند العقد في ذمة الصانع البائع ، ولكنه يفترق عنه من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن ، ولا بيان مدة للصنع والتسليم ، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق .

ويشبه الإجارة أيضاً لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله .

(١) البدائع : ٢/٥ ، فتح القدير : ٣٥٤/٥ ، الفتاوى الهندية : ٥٠٤/٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١٢٢ .

والأصح عند الحنفية: أنه بيع لا وعد ببيع ولا إجارة، وأن المعقود عليه هو العين الموصى بصنعها، لا عمل الصانع، أي ليس إجارة على العمل، فلو أتى الصانع بما لم يصنعه هو، أو صنعه قبل العقد وفقاً للأوصاف المشروطة، جاز ذلك^(١).

مشروعيته: مقتضى القياس ألا يجوز الاستصناع، لأنه بيع المعدوم كالسلم، وبيع المعدوم لا يجوز، لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان.

ويجوز عند الحنفية استحساناً لتعامل الناس وتعارفهم عليه في سائر الأعصار من غير تكثير، فكان إجماعاً منهم على الجواز، فيترك القياس^(٢) وقد قال عليه السلام: « لا تجتمع أمتي على ضلالة »^(٣) وقال ابن مسعود: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »^(٤).

ويصح الاستصناع عند المالكية والشافعية والحنابلة على أساس عقد السلم وعرف الناس، ويشترط فيه ما يشترط في السلم، ومن شروطه تسليم جميع الثمن في مجلس العقد.

ويصح عند الشافعية سواء حدد فيه الأجل لتسليم الشيء المصنوع أم لا بأن كان حالاً^(٥).

(١) فتح القدير: ٢٥٥/٥، البدائع: ٢/٥، ٢٠٩، رد المحتار: ٢٢٢/٤، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ١٢٢ ومابعدا.

(٢) المبسوط: ١٣٨/١٢ ومابعدا، البدائع: ٢/٥، ٢٠٩، فتح القدير: ٢٥٥/٥.

(٣) رواه أحمد في مسنده والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً في حديث: « سألت ربي أن لا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها » ورواه ابن ماجه عن أنس مرفوعاً بلفظ « إن أمتي لا تجتمع على ضلالة » وله روايات كثيرة (راجع مجمع الزوائد: ١٧٧/١، ٢١٨/٥، المقاصد الحسنة للسخاوي: ص ٤٦٠)، قال الحوت البيروتي في (أسنى المطالب): ص ٢٥٢: فيه اضطراب وخلاف في صحته، وقد أخذ به الفقهاء، وجعلوه دليل الإجماع.

(٤) قال الزيلعي: غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود، وله طرق: رواه أحمد والبخاري والطبراني في الكبير. وقال الهيثمي: ورجاله موثقون. ورواه أيضاً أبو داود والبيهقي، وهو مروى كذلك عن ابن عباس (راجع نصب الراية: ١٣٣/٤، المقاصد الحسنة: ص ٣٦٧، مجمع الزوائد: ١٧٧/٤).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ٨٩، العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة: ص ١٢١ ومابعدا.

شروطه : يشترط لجواز الاستصناع شرائط منها :

١- بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته ، لأنه مبيع ، فلا بد من أن يكون معلوماً ، والعلم يحصل بذلك .

٢- أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني وأحذية وأمتعة الدواب ونحوها ، ولا يجوز الاستصناع في الثياب لعدم تعامل الناس به .

٣- ألا يكون فيه أجل : فإن حدد أجل لتسليم المصنوع ، انقلب العقد سلباً عند أبي حنيفة ، حتى تشترط فيه شرائط السلم ، مثل قبض البدل في المجلس ، وأنه لا خيار لأحد العاقدين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في العقد . ودليله : أن العاقد إذا حدد أجلاً فقد أتى بمعنى السلم ، والعبرة في العقود لمعانيها ، لا لصور الألفاظ . ولهذا إذا حدد أجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه كأن يستصنع حائكاً أو خياطاً لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه ينقلب العقد سلباً بالاتفاق .

وقال الصحابان : ليس هذا بشرط ، والعقد استصناع على كل حال حدد فيه أجل أولم يحدد ؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع^(١) . ونرى أن قولها هو المتمشي مع ظروف الحياة العملية ، فهو أولى بالأخذ .

صفة عقد الاستصناع : هو عقد غير لازم قبل الصنع ، وبعد الفراغ من الصنع ، ولكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه والعدول عنه قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، فلو باع الصانع المصنوع قبل أن يراه المستصنع جاز ؛ لأن العقد غير لازم والمعقود عليه ليس هو عين المصنوع وإنما مثله في الذمة .

فإذا جاء الصانع بالشيء المصنوع إلى المستصنع فقد سقط خياره لأنه رضي بكونه للمستصنع ، حيث جاء به إليه .

(١) البدائع : ٢/٥ ، فتح القدير : ٢٥٥/٥ ، رد المحتار : ٢٢٢/٤ ، المبسوط : ١٢٩/١٢ .

وحيئنذ إذا رآه المستصنع فله الخيار: إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، وفسخ العقد عند أبي حنيفة ومحمد، لأنه اشترى شيئاً لم يره، فكان له خيار الرؤية، بخلاف الصانع فهو بائع ما لم يره، فلا خيار له.

وقال أبو يوسف: العقد لازم إذا رأى المستصنع المصنوع، ولا خيار له، إذا جاء موافقاً للطلب والشروط، لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه فليس له خيار الرؤية، لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقاً لطلب المستصنع، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة. ورد عليه بأن ضرر المستصنع يبطل الخيار له أكثر من ضرر الصانع، إذ لا يتعذر عليه بيع المصنوع على أية حال^(١). وفي تقديرنا أن هذا الرأي الذي أخذت به المجلة سديد منقاً من وقوع المنازعات بين المتعاقدين ودفعاً للضرر عن الصانع إذ أن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجماً ونوعاً وكيفية، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة، ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن جداً كالسفن والطائرات، فلا يعقل أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم.

حكم الاستصناع: أما حكمه في حق المستصنع إذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة، فهو ثبوت الملك غير لازم في حقه، حتى يثبت له خيار الرؤية إذا رآه: إن شاء أخذه وإن شاء تركه.

وأما في حق الصانع: فحكمه ثبوت الملك اللازم إذا رآه المستصنع ورضي به ولا خيار له، وهذا في ظاهر الرواية^(٢).

الفرق بين السلم والاستصناع: بالرغم من أن الاستصناع كالسلم من صور

(١) المبسوط: ١٣٩/١٢، فتح القدير: ٣٥٦/٥، البدائع: ٣/٥، ٢١٠، رد المحتار: ٢٢٢/٤.

(٢) المراجع السابقة.

بيع المعدوم التي أجزت للحاجة والتعامل بين الناس ، فإن هناك فروقاً بينها أهمها ما يأتي :

أولاً- أن المبيع في السلم دين تحتله الذمة فهو إما مكيل أو موزون أو مذروع أو عددي متقارب . أما المبيع في الاستصناع فهو عين لادين ، كاستصناع أثاث أو حذاء أو خياطة ثوب .

ثانياً- يشترط في السلم وجود أجل بعكس الاستصناع على رأي أبي حنيفة كما بينا .

ثالثاً- عقد السلم لازم ، وأما الاستصناع فهو غير لازم .

رابعاً- يشترط في السلم قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ولا يشترط قبضه في الاستصناع .

عقد الصرف

تعريف الصرف :

الصرف لغة : الزيادة ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً ، قال صلى الله عليه وسلم : « من انتهى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً »^(١) أي لا نفلاً ولا فرضاً .

وشرعاً : هو بيع النقد بالنقد جنساً بجنس أو بغير جنس : أي بيع الذهب بالذهب ، أو الفضة بالفضة أو الذهب بالفضة ، مصوغاً أو نقداً^(٢) .

وشرائطه إجمالاً أربعة : التقابض قبل افتراق المتعاقدين ، والتماثل ، وألا يكون فيه خيار ولا تأجيل .

(١) وقال صاحب القاموس : الصرف في الحديث : التوبة ، والعدل : الفدية . وهذا الحديث رواه الطبراني عن عمرو بن عوف ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من تولى غير لمواليه فعليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً ومن أحدث حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً » قال الهيثمي : وفيه كثير بن عبد الله ، والجمهور على تضعيفه ، قد حسن له الترمذي حديثاً (انظر مجمع الزوائد : ٢٨٥/٦) ورواه الطبراني أيضاً عن خارجة بن عمرو الجمحي بلفظ « من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً يوم القيامة » وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحي وثقه ابن معين ، وضعفه الناس (مجمع الزوائد : ٢١٤/٤) وراجع خطبة حجة الوداع . وقد ورد في معناه أحاديث كثيرة منها : ما رواه أبو داود عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ادعى إلى غير أبيه أو انتهى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله المتابعة إلى يوم القيامة » (راجع فيض القدير شرح الجامع الصغير : ٤٦٦ ، مجمع الزوائد : ٩٧/١) وروى البخاري في صحيحه (٥٠٣) عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من تولى قوماً بغير إذن مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل » والعدل : الفداء .

(٢) فتح القدير مع العناية : ٢٨٤/٥ ، ٣٦٨ ، البدائع : ٢١٥/٥ ، رد المحتار : ٢٤٤/٤ . وعرفه الحنابلة بقولهم : هو بيع نقد بنقد (غاية المنتهى : ٥٩/٢) .

١ - التقابض قبل الافتراق بالأبدان بين المتعاقدين : يشترط في عقد الصرف قبض البدلين جميعاً قبل مفارقة أحد المتصارفين للآخر افتراقاً بالأبدان ، منعاً من الوقوع في ربا النسيئة ، ولقوله ﷺ : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، يداً بيد »^(١) وقوله ﷺ : « لا تتبعوا منها غائباً بناجز »^(٢) فإن افتراق المتعاقدان قبل قبض العوضين أو أحدهما ، بطل العقد ، لفوات شرط القبض ولئلا يصير العقد بيعاً للكالي للكالي أي الدين بالدين فيحصل الربا : وهو الفضل في أحد العوضين^(٣) ، والتقابض شرط سواء اتحد الجنس أو اختلف .

تفسير الافتراق بالأبدان : هو أن يفترق العاقدان بأبدانها عن مجلس العقد ، فيأخذ هذا في جهة ، وهذا في جهة ، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر . فإن بقيا في مجلسهما لم يبرحا عنه ، لم يحصل الافتراق وإن طال مجلسهما لانعدام التفرق بالأبدان ، كذلك لا يحصل التفرق إن ناما في المجلس أو أغمي عليهما أو قاما عن المجلس فذهبا معاً في جهة واحدة وطريق واحدة ومشياً ميلاً أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه ، فلا يعتبران مفترقين ؛ لأن العبرة لتفرق الأبدان ولم يوجد ذلك^(٤) .

٢ - التائل : إذا بيع الجنس بالجنس كفضة بفضة ، أو ذهب بذهب ، فلا يجوز إلا مثلاً بمثل وزناً ، وإن اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر

(١) رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عباد بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، سواءً بسواء ، يداً بيد ، وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » (راجع نصب الرأية : ٤/٤) .

(٢) لهذا اللفظ رواية عند مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه قال : « لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تتبعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز » وقد ورد نص الحديث عند أحد الشيخين عن أبي سعيد الخدري بلفظ « لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا (أي لا تفضلوا) بعضها على بعض ، ولا تتبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا منها غائباً بناجز » (راجع نصب الرأية : ٥٦/٤ ، نيل الأوطار : ١٩٠/٥) .

(٣) المراجع السابقة ، فتح القدير : ص ٣٦٩ - ٣٧١ .

(٤) البدائع : ٢١٥/٥ .

أو أحسن صياغة^(١) لقوله ﷺ في الحديث السابق : «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» أي يباع الذهب بالذهب مثلاً بمثل في القدر، لا في الصفة، للقاعدة الشرعية: «جيدها وردئتها سواء»^(٢).

٣- ألا يكون فيه خيار شرط: لا يجوز في عقد الصرف اشتراط الخيار لكل من المتعاقدين أو لأحدهما؛ لأن القبض في هذا العقد شرط. وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الخلاف الذي ذكرناه في مبحثه، والخيار يخل بالقبض المشروط: وهو القبض الذي يحصل به التعيين، فلو شرط هذا الخيار فسد العقد. ولو أسقط صاحب الخيار خياره في المجلس، ثم افترق المتعاقدان عن تقابض، ينقلب العقد إلى الجواز، خلافاً لزفر، فإذا بقي الخيار حتى افترقا تقرر الفساد.

هذا بخلاف خيار الرؤية والعيب، فإن كلاً منها لا يمنع ثبوت الملك في المبيع، فلا يمنع تمام القبض، فلو افترق العاقدان، وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جاز، إلا أنه لا يتصور في بيع النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينقصد على مثلها، لا عينها^(٣).

٤- ألا يكون فيه أجل: يشترط أن يكون عقد الصرف خالياً عن الأجل لكل من المتعاقدين أو لأحدهما، وإلا فسد الصرف؛ لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق، كما عرفنا، والأجل يؤخر القبض، فيفسد العقد، فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق، ونفذ ما عليه، ثم افترقا عن تقابض، ينقلب العقد جائزاً

(١) المراجع السابقة، فتح القدير: ص ٣٦٩، البدائع: ص ٢١٦، رد المحتار: ص ٢٤٥.

(٢) قال الزيلعي عن هذا الحديث: غريب ومعناه يؤخذ من اطلاق حديث أبي سعيد الخدري الذي أخرجه مسلم قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يبدأ بيد من زاد أو استزاد فقد أربى، الأخذ والمعطي فيه سواء» (راجع نصب الرأية: ٣٦٤).

(٣) مختصر الطحاوي: ص ٧٥، فتح القدير: ٣٦٧/٥، البدائع: ٢١٩/٥، الدر المختار: ٢٤٦/٤.

خلافاً لـزفر^(١).

ويلاحظ أن الشرطين الأخيرين متفرعان عن شرط القبض .

ما يترتب على اشتراط قبض البدلين في مجلس عقد الصرف قبل الافتراق :

إذا كان لابد من قبض عوضي الصرف قبل افتراق العاقدين عن المجلس فإنه يترتب عليه عدم جواز الإبراء أو الهبة أو الاستبدال أو المقاصة بثمن الصرف على التفصيل الآتي^(٢) :

١- الإبراء أو الهبة : إذا تصارف اثنان ديناراً بدينار، وسلم أحدهما الدينار لمستحقه، ثم أبرأ صاحبه عن ديناره أو وهبه له أو تصدق عليه به :

فإن قبل المبرأ أو الموهوب له ما أبرئ منه أو وهب له، سقط التزامه بالدين، وبطل الصرف؛ لأن الإبراء عن الدين يترتب عليه عدم تحقق القبض، وبما أن القبض في عقد الصرف لازم شرعاً، ولم يحصل هنا بسبب الإبراء، فإنه يؤدي إلى بطلان العقد لعدم حصوله .

وإن لم يقبل المبرأ البراءة، لم يصح الإبراء، ويبقى عقد الصرف على حاله؛ لأن قبض البديل مستحق، والإبراء عن الدين إسقاطه، وإذا سقط الدين لا يتصور قبضه، وبما أن الإبراء يؤدي إلى هذه النتيجة، فهو في معنى فسخ العقد، والفسخ لا يصح إلا بتراضي العاقدين، فلا يثبت بإرادة منفردة من أحد العاقدين بعد انعقاد العقد صحيحاً، وإذا لم يصح الإبراء بقي عقد الصرف على حاله، فيتم بتقايض البدلين في المجلس قبل الافتراق .

(١) المراجع السابقة .

(٢) راجع البدائع : ٢١٨/٥ .

ولو امتنع المبرئ أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهب أو تصدق به ، فإنه يجبر على القبض ، لأنه بامتناعه عن القبض يفسد العقد أو يفسخ ، وأحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ أو إفساد عقد الغير .

٢- الاستبدال ببديل الصرف : لو استبدل أحد المتصارفين شيئاً ببديل الصرف ، كأن أعطى عن الدينار شيئاً بخلاف جنسه ، فلا يجوز ، ويبقى الصرف على حاله ؛ لأن قبض بدل الصرف شرط شرعي لبقاء العقد صحيحاً ، وبما أن بدل الشيء غير الشيء ، فإنه يترتب على الاستبدال تفويت القبض حقيقة أي عدم تحقق القبض المطلوب شرعاً . وإذا لم يصح الاستبدال بقي عقد الصرف على حاله ، فإن كان قد تم قبض أحد البديلين فيجب قبض البديل الآخر بعينه .

وإن أدى أحد العاقدين الآخر أجود من حقه ، أو أردأ منه لكن من جنس حقه ورضي به المدفوع له ، فإنه يجوز ، ولا يعتبر الأداء استبدالاً ؛ لأن المقبوض من جنس حقه أصلاً ، إلا أنه أتقص منه في الوصف ، والجيد والرديء في الأموال الربوية سواء ، وبما أن المدفوع له رضي به فقد أسقط حقه في الجيد ، فكان ذلك استيفاء لا استبدالاً .

وعلى هذا إن أخذ صاحب الحق عن الدينار الذي يحق له ديناراً أردأ منه ، أو زائفاً ، ونحوها من كل مقبوض يتفق في الأصل مع الشيء الواجب في المعاوضات بين الناس ، فإنه يصح .

٣- الحوالة ببديل الصرف والكفالة والرهن به : يجوز لأحد المتصارفين أن يحيل صاحبه على رجل آخر لقبض حقه بشرط أن يكون المحال عليه حاضراً في مجلس العقد ، وكذلك يجوز له أن يقدم رهنماً لصاحبه ببديل الصرف ، ويصح له أيضاً تقديم كفيل عنه يكفله بوفاء الحق . ولكن يشترط في هذه الحالات أن يتم فعلاً استيفاء الحق في مجلس عقد الصرف إما بالتسليم الفعلي في الحوالة والكفالة ، أو من طريق تحمل تبعة هلاك المرهون إذا هلك في يد المرتهن .

وهذا المعنى هو ما قرره فقهاء الحنفية فإنهم قالوا: إن قبض صاحب الحق حقه من المحال عليه، أو من الكفيل، أو هلك الرهن في يد المرتهن في مجلس عقد الصرف، فيكون الصرف صحيحاً على حاله. وإن افترق المتصارفان قبل تمام القبض أو لم يهلك الرهن بطل الصرف. والعبرة في بقاء مجلس العقد لبقاء نفس العاقدين فيه وافتراقهما عنه، ولا عبرة ببقاء المحال عليه أو الكفيل مع صاحب الحق ما لم يقبض حقه قبل مفارقة صاحبه المجلس؛ لأن قبض الحق من حقوق العقد، فيتعلق بنفس العاقدين، فيعتبر مجلسها إذاً.

ولو وكل كل واحد من العاقدين رجلاً أن ينقد عنه، يعتبر مجلس الموكلين بقاءً وافتراقاً لا مجلس الوكيل؛ لأن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين كما قلنا.

وهذه الأحكام المقررة هنا هي نفسها التي ذكرناها في الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر في المجلس، والكفالة به، والرهن به، وبالسلم فيه أيضاً، وذلك أثناء بيان الفروق بين عقدي السلم والبيع.

٤- المقاصة في ثمن الصرف:

المقاصة لغة: هي المساواة والمماثلة، ومنه القصاص وهو معاقبة الجاني بمثل جنايته. وعند الفقهاء هي بمعناها اللغوي مع قيود معينة، وقد عرفها بعض المالكية بقوله: هي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك. وعرفها ابن جزى بقوله: هي اقتطاع دين من دين^(١)، وهي نوعان: مقاصة جبرية، ومقاصة اختيارية أو اتفاقية.

مثال المقاصة الجبرية التي تقع بنفسها: أن يكون لدين عند دائئه مثل ما له عليه من الدين جنساً وصفة وحلواً، فتقع المقاصة بينها ويتساقط الدينان إن كانا

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٩٢.

متساويين في المقدار، أو يسقط من الدينين مقدار متماثل إن تفاوتتا في القدر،
فيسقط من الأكثر بقدر الأقل وبقية الزيادة .

وللمقاصة الجبرية شروط أربعة هي :

١- تلاقي الحقين أي أن يكون الشخص دائناً بالنسبة لآخر ومديناً له .

٢- تماثل الدينين أي اتحادهما جنساً ونوعاً وصفة في الحلول والتأجيل والجودة
والرداءة ونحوها .

٣- انتفاء الضرر أي ألا يترتب على وقوعها ضرر لأحد كالمدين أو المرتهن الذي
تعلق حقه بالعين ، أو باقي الغرماء .

٤- ألا يترتب عليها محذور شرعي كالافتراق قبل قبض رأس مال السلم ،
والتصرف في المسلم فيه قبل قبضه ، وعدم التقابض في الصرف وفي الربويات التي
يجب أن تكون يداً بيد .

وقد قال جمهور الفقهاء بوقوع المقاصة الجبرية بنفسها إذا توافرت شروطها ، ولم
يقرها فقهاء المالكية .

ومثال المقاصة الاتفاقية وهي التي تتم بتراضي صاحبي الحق : أن يكون لواحد
دين وللآخر عين ، فيتفق الطرفان على عدم مطالبة أحدهما غيره بحقه . والمالكية
يقولون بالمقاصة الاتفاقية إذا اختلف الجنس أو اختلفت الأوصاف ما لم يترتب على
ذلك محذور ديني . ومن المعلوم أن أئمة المذاهب الأربعة يعتبرون النقدين (الذهب
والفضة وما يماثلها من الدينانير والدرهم) جنسين مختلفين ، فتجوز المقاصة الاتفاقية
بينهما عند المالكية لأنهم يقولون بالمقاصة عند اختلاف الجنس^(١) . وأما أوراق النقد
المتعامل بها في عصرنا الحاضر سواء أكانت مسكوكة من الذهب أو الفضة الخالصين أو

(١) انظر بحث المقاصة في الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور : ص ٤ ، ١٣ ، ٢٣ ، ٥١ ، ٥٥ ، ٧٧ ، ٨٥ ،

٩٧ وما بعدها ، القوانين الفقهية ، المكان السابق ، غاية المنتهى للشيخ مرعي الحنبلي : ٨٢/٢ .

المخلوطين أو المسكوكة من غيرهما كالنحاس وهي المسماة فلوساً ، فإنها تعد جنساً واحداً في باب المقاصة ، عملاً بالعرف وبرأي ابن أبي ليلى وهو اختيار بعض مشايخ الحنفية^(١) .

وبعد هذه المقدمة نبحت حكم المقاصة في عقدي الصرف والسلام .

أما في عقد الصرف : فلو تصارف اثنان بأن باع أحدهما للآخر ديناراً بعشرة دراهم ، وسلمه الدينار ، ولم يقبض العشرة الدراهم ، وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم ، فأراد المقاصة ، فهل تقع ؟ هنا ثلاث حالات^(٢) :

إحداها : أن يثبت الدين بسبب قبل حدوث عقد الصرف : كأن كانت هذه الدراهم العشرة واجبة ديناً على البائع قبل إجراء عقد الصرف بسبب من الأسباب التي تعتبر مصادر للالتزام كالقرض أو الغصب ، أو الشراء ، أي ثمناً لمبيع . فإذا أراد المتصارفان إجراء المقاصة بأن يجعل مقابل الدينار وهو العشرة الدراهم قصاصاً بالدين الثابت في ذمة البائع المتصارف ، جاز الفعل استحساناً إن تراضيا على المقاصة أي لا بد من المقاصة الاتفاقية . وأما قياساً فلا يجوز وهو قول زفر . فإن لم يتفقا على إجراء المقاصة بأن أبي أحدهما ذلك لم تقع المقاصة باتفاق الحنفية .

أما وجه القياس : فهو أن المطلوب في عقد الصرف قبض بدل الصرف بعينه ،

(١) ذكر ابن عابدين طائفة من مسائل المقاصة الاتفاقية فقال : لو كان للوديع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصاً به إلا إذا اتفقا عليه ، وكانت الوديعة في يده ، والمغصوب كالوديعة . وكذلك لا تقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلاً .. وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مئة درهم وللمديون مئة دينار عليه ، فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصاً بمئة من قيمة الدينان ، ويبقى لصاحب الدينان على صاحب الدراهم ما بقي منها . ودين النفقة للزوجة لا يقع قصاصاً بدين للزوج عليها إلا بالتراضي بخلاف سائر الديون ، لأن دين النفقة أدنى (رد المحتار : ٢٥٠/٤) .

(٢) راجع تبیین الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه : ١٤٠/٤ ، البدائع : ٢٠٦/٥ ، ٢١٨ ، الدر المختار ورد المختار : ٢٥٠/٤ ، تحفة الفقهاء : ٣٧/٣ ، فتح القدير والعناية بهامشه : ٣٧٦/٥ وما بعدها ، المبسوط : ١٩/١٤ .

وبالمقاصة يحصل استبدال ببديل الصرف ؛ لأن الذي وجب على المتصارف بالصرف غير الذي كان عليه ، وبالتقاص يأخذ المتصارف ما في ذمته بدل ما وجب عليه من ثمن الدينار ، وهو لا يجوز ، كما لا يجوز أن يأخذ ببديل الصرف عوضاً آخر كما عرفنا سابقاً ، وكما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف .

وأما وجه الاستحسان : فهو أن المتصارفين لما تقاصا فقد تضمنت المقاصة انفساخ عقد الصرف الأول ، وانعقاد صرف آخر غير الأول ، وثمنه هو العشرة الدراهم التي هي دين سابق ، إذ لولا ذلك التقدير لكنت المقاصة استبدالاً ببديل الصرف ، فصار هذا كما لو تباع اثنتان بألف ، ثم جددا العقد بألف وخمسة ، فإن البيع الأول يفسخ ضرورة ثبوت العقد الثاني اقتضاءً أو ضمناً .

الحالة الثانية : أن يثبت الدين بقبض مضمون بعد وجود عقد الصرف : كأن يستقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشتري ويستمها بالفعل ، أو يغصب منه عشرة دراهم ، ففي هذه الحالة تقع المقاصة بثمن الصرف جبراً على المتصارفين ، وإن لم يتقاصا ، أي لا يحتاجان إلى التراضي ؛ لأنه قد وجد القبض من المتصارف فعلاً .

الحالة الثالثة : أن يثبت الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف : كأن يشتري مشتري الدينار من بائع الدينار ثوباً بعشرة دراهم مثلاً ، ففي هذه الحالة إن لم يتقاصا لا تقع المقاصة باتفاق الروايات . وإن اتفقا على مقاصة العشرة بالعشرة في مجلس العقد فهناك روايتان : ففي رواية اختارها السرخسي : لا يجوز لأن النبي ﷺ جوز المقاصة في حديث ابن عمر ^(١) في دين سابق لا لاحق .

(١) نص الحديث رواه أحمد وأصحاب السنن عن ابن عمر قال : « أتيت النبي ﷺ فقلت : إني أبيع الإبل بالبيع ، فأبيع بالدينار وأخذ الدرهم ، وأبيع بالدرهم وأخذ الدينار ، فقال : لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء » وفي لفظ « أبيع بالدينار وأخذ مكانها الورق ، وأبيع بالورق وأخذ مكانها الدينار » (نيل الأوطار : ١٥٦/٥) .

وفي رواية أخرى وهي الصحيحة^(١) : تقع المقاصة لما ذكرناه في وجه الاستحسان وهو أن العاقدين لما قصدا إيقاع المقاصة ، فقد تضمن ذلك انفساخ العقد الأول ، أي إقالته ، وإنشاء عقد جديد مضاف إلى دين قائم وقت تحويل العقد ، فلما أبطلا عقد الصرف ، صار كأنها عقداً عقداً جديداً ، فتصح المقاصة به ؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ ديناً كانت أو عيناً .

والخلاصة : أن الحالتين الأولى والثالثة تقع المقاصة فيهما اختيارية ، وأما الحالة الثانية فتقع المقاصة فيها جبرية .

وأما المقاصة برأس مال السلم بدين آخر على المسلم إليه : كأن وجب على المسلم إليه لرب السلم دين مثل رأس مال السلم ، فهل تقع المقاصة بين رأس المال هذا وبين ذلك الدين ؟ هنا ثلاث حالات أيضاً :

أ- أن يجب الدين بعقد متقدم على السلم : بأن كان رب السلم قد باع إلى المسلم إليه^(٢) ثوباً بعشرة دراهم مثلاً ، ولم يقبضها ، ثم عقداً عقد سلم بينهما ، كأن أسلم رب السلم إلى المسلم إليه عشرة دراهم في مد حنطة ، فإن تراضيا على المقاصة بالدينين (الدين السابق وهو ثمن المبيع ، والدين اللاحق وهو رأس مال السلم) صحت المقاصة استحساناً ، وإن أبي أحدهما لم تقع المقاصة . والقياس يقضي بعدم وقوع المقاصة وهو قول زفر .

وجه القياس : أن قبض رأس مال السلم شرط شرعي لصحة السلم كما هو معروف ، ولكن بالمقاصة لم يحصل القبض فعلاً ، فيبطل السلم إذا افترق العاقدان بدون تحقيق شرط القبض .

ووجه الاستحسان : أن القبض وإن كان مطلوباً في عقد السلم ، إلا أنه إذا تمت

(١) انظر الهداية والعناية بهامش فتح القدير : ٢٨١/٥ .

(٢) أطلق على العاقدين وصف « رب السلم والمسلم إليه » باعتبار ما سيكون .

المقاصة تبين أن عقد السلم لا يتطلب تحقيق قبض رأس المال فعلاً، وإنما يكفي أن يتم القبض بطريق المقاصة، كما لو اتفق البائع والمشتري على الزيادة في الثمن والمثمن، فإن ذلك يلتحق بأصل العقد، ويقع البيع فعلاً على الزيادة.

٢- أن يجب الدين بقبض مضمون متأخر عن عقد السلم كالغصب والقرض، فإنه تقع المقاصة جبراً عن رب السلم والمسلم إليه، كما في الصرف؛ لأن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة، فيجعل نائباً عن قبض رأس مال السلم إذا تساوى الدينان.

٣- أن يجب الدين بعقد متأخر عن السلم، كأن يحدث شراء شيء من المسلم إليه لرب السلم، فلا تصح المقاصة وإن اتفقا عليها إلا في رواية شاذة عن أبي يوسف؛ لأن المقاصة تتطلب وجود دينين، ولم يكن عند انعقاد السلم إلا دين واحد، فتبين أن عقد السلم يتطلب قبضاً في الحقيقة، وما يتم بالمقاصة ليس كذلك.

هذا هو المذكور في البدائع^(١)، فإن صاحبها الكاساني سوى بين رأس مال السلم وبدل الصرف في المقاصة.

لكن المعول عليه ما في كتاب الجامع الصغير للإمام محمد وغيره من كتب الحنفية^(٢)، فإنهم فرقوا بين بدل الصرف ورأس مال السلم، فلم يجزوا المقاصة برأس مال السلم مع دين آخر مطلقاً، سواء وجب الدين بعقد متقدم أو متأخر عن عقد السلم؛ لأن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه، فلو صحت المقاصة بين رأس مال السلم، ودين على المسلم إليه بحيث يصبح هذا الدين رأس مال السلم، وقع العاقدان في محذور شرعي وهو مبادلة الدين بالدين، أو الافتراق عن دين بدين لأن رأس المال لا يتعين بالمقاصة.

(١) البدائع : ٢٠٦/٥ وما بعدها .

(٢) الجامع الصغير : ص ٩٢ ، تبين الحقائق : ١٤٠/٤ ، البسوط : ٢٠/١٤ ، بحث المقاصة للأستاذ محمد سلام

مذكور : ص ١٠٧ وما بعدها .

وهذا بخلاف المقاصة ببديل الصرف مع دين متقدم أو متأخر عنه ثابت بعقد بيع مثلاً؛ لأن المبيع الذي يقابل الدين (أي الثمن) مثلاً هو عين لا دين أي غير مشروط قبضه في مجلس العقد، فتؤدي المقاصة ببديل الصرف مع مقابل هذا المبيع إلى مبادلة عين بدين أو الافتراق عن عين بدين، وهو جائز كما هو معلوم شرعاً، بخلاف ما تؤدي إليه المقاصة برأس مال السلم من مبادلة دين بدين وهو ممنوع شرعاً.

وقفنا على هذا المقام

بيع الجزاف

يحدث التعامل بهذا النوع من البيوع كثيراً في الحياة العملية اليومية ، لذا فيإني سأذكر معناه ودليل مشروعيته ، وحكم أهم حالاته كبيع صبرة الطعام ونحوه ، وبيع النقود والحلي والحلى جزافاً ، وشروطه .

معنى الجزاف : الجزاف - مثلث الجيم والكسر أفصح وأشهر من غيره ، فارسي معرب ، وهو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد ، وإنما بالحزر والتخمين بعد المشاهدة أو الرؤية له . والجزف في الأصل : الأخذ بكثرة ، مأخوذ من قولهم : جزف له في الكيل : إذا أكثر ، ومرجعه إلى المساهلة . وعرف الشوكاني هذا البيع بقوله : هو ما لم يعلم قدره على التفصيل ^(١) .

دليل مشروعيته : ورد في السنة النبوية ما يدل على مشروعية بيع المجازفة ، منها حديثان :

أ - عن جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة ^(٢) من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر » رواه مسلم والنسائي ^(٣) . ففي هذا الحديث دلالة على

(١) نيل الأوطار : ١٦٠/٥ .

(٢) الصبرة - بضم الصاد : ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن . وقوله « لا يعلم كيلها » صفة كاشفة للصبرة لأنه لا يقال لها صبرة إلا إذا كانت مجهولة الكيل .

(٣) نيل الأوطار : ١٩٦/٥ .

أنه يجوز بيع التمر مجازفة إذا كان الثمن جنساً آخر غير التمر، فإن كان الثمن تمراً حرم البيع؛ لاشتاله على ربا الفضل؛ لأن بيع الشيء بجنسه وأحدهما مجهول المقدار حرام، ولا شك أن الجهل بأحد العوضين أو بكليهما مظنة للزيادة والنقصان، وما كان مظنة للحرام وجب تجنبه، ومن المعلوم أن التمر من الأصناف الربوية.

٢- عن ابن عمر قال: «كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه» رواه الجماعة إلا الترمذي وابن ماجه^(١). فهذا الحديث يدل على إقرار النبي ﷺ فعل الصحابة بالبيع جزافاً، إلا أنه نهاهم عن بيع ما اشتروه قبل قبضه واستيفائه.

حكم بيع الجزاف عند الفقهاء:

يتبين حكم الجزاف من الحالتين الآتيتين: بيع الصبرة، وبيع النقود والحلى والمحلى.

بيع الصبرة من الطعام ونحوه: اتفق أئمة المذاهب الأربعة على جواز بيع الصبرة جزافاً، مع اختلافهم في تفصيلات سنذكرها، والصبرة: هي الطعام المجموع. سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض. قال ابن قدامة الحنبلي: يجوز بيع الصبرة جزافاً لا نعلم فيه خلافاً إذا جهل البائع والمشتري قدرها^(٢). ومستنده واضح وهو ما ثبت في السنة النبوية مما أشرنا إليه في مشروعية هذا البيع.

أما تفصيلات المذاهب فهي ما يأتي:

أولاً- مذهب الحنفية: قال فقهاء الحنفية^(٣): إذا باع رجل

(١) المرجع السابق: ١٥٨/٥.

(٢) المغني: ١٢٢/٤.

(٣) راجع البدائع: ١٥٨/٥، فتح القدير: ٨٨/٥ وما بعدها، الدر المختار: ٢٩/٤، تبين الحقائق للزليعي: ٥/٤،

اللباب شرح الكتاب اللبدياني: ٧/٢، تحفة الفقهاء: ٦٢/٢ الطبعة الأولى، مختصر الطحاوي: ص ٧٩.

غيره قفيزاً^(١) من صبرة طعام معينة بدراهم ، أو باع هذا العدل من الثياب بكذا ولا يعرف عددها ، أو باع هذه الصبرة بكذا ولا يعلم عدد القفزان ، جاز البيع ؛ لأن الجهالة فيه يسيرة لا تفضي إلى المنازعة ، إلا أن أبا حنيفة قال : من باع صبرة طعام (وهي الحنطة ودقيقتها خاصة في العرف الماضي)^(٢) كل قفيز بدرهم مثلاً ، وهو البيع بسعر الوحدة جاز البيع في قفيز واحد فقط ، وتوقف البيع في الباقي إلى أن تزول الجهالة في مجلس العقد بأحد أمرين : إما بتسمية جملة القفزان ، أو بكيها في المجلس ، إذ أن ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة . فإن علم مقدار الصبرة بعد انتهاء المجلس ، تقرر فساد البيع ، فلا ينقلب صحيحاً بعدئذ .

ومثل الطعام جميع الحبوب كالشعير والذرة ونحوها .

ودليله : أن الثن والمبيع في هذه الحالة مجهولان ، والجهالة تفسد العقد ، وبما أنه لا جهالة في القفيز الواحد ، فيلزم العقد فيه للتيقن به ، وإذا زالت الجهالة في كل المبيع بتعيين عدد القفزان أو بالكيل في مجلس العقد ، ثبت الخيار للمشتري ، لتفرق الصفقة عليه دون البائع ؛ لأن تجزئة العقود عليه كان بسبب منه ، لعدم تحديده سابقاً مقدار الأقفزة ، فكان راضياً بالبيع على النحو الذي تم .

وثبوت الخيار للمشتري في هذه الحالة يشبه حالة ما لو اشترى رجل شيئاً لم يره ثم رآه ، فتزول الجهالة بالرؤية .

وقال صاحبان : يصح البيع في كل الصبرة ؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة إليه في الجملة ، ومن المقرر أنه لا يشترط لصحة البيع معرفة مقدار المشار إليه . وأما جهالة

(١) القفيز : مكيال وهو ثمانية مكايك ، والجمع أقفزة وقفزان ، والمكوك : مكيال هو صاع ونصف أو هو ثلاث كيلجات ، والكيلجة : منا وسبعة أثمان منا ، والمنا : الذي يكال به السن وغيره ، وقيل : الذي يوزن به : رطلان ، والثنية منوان . والجمع أمناء ، مثل سبب وأسباب (راجع المصباح المنير) وقال النووي في المجموع (٢١٣/٩) : القفيز مكيال معروف يسع اثني عشر صاعاً . وأما الكَرّ فهو ستون قفيزاً .

(٢) راجع فتح القدير : ٨٥/٥ .

الثن فإنها لا تضر إذ أن العلم به ممكن بالعدّة، بأن تكال الصبرة في مجلس العقد .

وقول الصاحبين هو المفتى به تيسيراً على الناس ، وهو الذي رجحه صاحب الهداية لتأخيره دليلهما عن دليل أبي حنيفة كما هي عادته ، وبه قال أئمة المذاهب الآخرين ، ولكن صاحب فتح القدير رجح قول الإمام ودليله .

هذا حكم بيع صبرة الطعام أي وما يشبه ذلك من المثليات ، أما القيميات^(١) كالحيوان والثوب فحكمها ما يأتي :

من باع قطيع غنم كل شاة بدرهم مثلاً ، فالبيع فاسد في الجميع عند أبي حنيفة ، حتى وإن علم عددها في مجلس العقد على الأصح ، للجهالة وقت العقد . ولا يصح حينئذ بيع الشاة الواحدة بما سمي من ثمن لكل واحدة من القطيع ؛ لأن بيع شاة من قطيع لا يصح للتفاوت بين أفراد الشياه ، بخلاف بيع قفيز من صبرة ، فإنه يصح بيع قفيز واحد عنده ، كما بينا ، لعدم التفاوت بين أجزاء الطعام ، ومثله كل مكيل من الحبوب ، فلا تفضي الجهالة في المثليات إلى المنازعة ، ولكنها تؤدي إليها في القيميات التي لا تتماثل أحادها .

وكذلك من باع ثوباً يضره التبعض مزارعة ، كل ذراع بدرهم ، ولم يسم جملة الذرعان ، وكذلك كل معدود متفاوت كإبل وعبيد ونحوهما : لا يصح البيع في الجميع عند أبي حنيفة ، لوجود الجهالة .

وقال الصاحبان : يجوز البيع في كل ما ذكر ؛ لأن الجهالة يمكن إزالتها ورفعها في النهاية بعد تعداد المبيع^(٢) .

(١) المثليات : هي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبعض أنواع الذرعيات ، والقيميات : هي التي تتفاوت أفرادها بحيث يكون لكل فرد منها اعتبار خاص وقيمة معينة كالحیوانات والأراضي والدور والأشجار والطنافس والثياب ونحوها من العدديات المتفاوتة كالبطيخ وأنواع الفاكهة .

(٢) المراجع السابقة : فتح القدير : ص ٩٠ ، الزيلعي : ص ٦ ، اللباب : ص ٧ وما بعدها .

والخلاصة : أن أبا حنيفة أجاز بيع الصبرة المجهولة في كيل واحد في المثليات ، ولم يجزه في القمييات . وخالفه الصحابان في كل ما ذكر ، فأجازا البيع في الكل مثلياً كان المبيع أوقياً ؛ لأن الجهالة المانعة من صحة العقد عند انعقاده تزول في النهاية .

البيع بإناء أو بوزن مجهول القدر : أجاز الحنفية حالة من المجازفة لها صورة الكيل والوزن دون حقيقته على أن يكون البيع غير لازم للمشتري وله خيار كشف الحال : وهي بيع شيء بإناء بعينه لا يعرف مقداره بشرط أن يكون مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد ، أما إذا كان يحتمل وينكس بالكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز إلا في قرب الماء استحساناً للتعامل فيه ، فيصح عند أبي يوسف بيع ملء قربة بعينها حسب عرف البلدان . كما أنهم أجازوا بيع شيء بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره بشرط ألا يتفتت الحجر ، ومثله إذا باعه بوزن شيء يخف إذا جف كالخيار والبطيخ ، فلا يجوز البيع حينئذ^(١) .

حالة النقص والزيادة في الصبرة التي حدد مقدارها :

من اشترى صبرة طعام على أنها مئة قفيز بمئة درهم مثلاً ، فوجدها المشتري أقل مما حدد له ، كان المشتري بالخيار : إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن لأنه يمكن قسمة الثمن على أجزاء المبيع المثلي . وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة عليه قبل تمام العقد فلم يتم رضاه بالموجود . وسبب تفرق الصفقة عليه : هو أن العقد ورد على جملة معلومة ، فإذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لا محالة .

ومثله في الحكم : كل مكيل أو موزون ليس في تبعيضه ضرر .

وإن وجد المشتري أن الصبرة أكثر من القدر المتفق عليه ، فالزيادة للبائع ؛ لأن البيع وقع على مقدار معين ، فما زاد عليه ، لم يدخل في العقد ، فيكون للبائع .

(١) المراجع السابقة : فتح القدير : ص ٨٦ ، الزيلعي : ص ٥ ، اللباب : ص ٧ ، رد المحتار والدر المختار : ٢٩٤ .

ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم مثلاً، أو أرضاً على أنها مئة ذراع بمئة درهم مثلاً ولم يسم لكل ذراع ثمناً^(١) ثم وجده أقل مما حدد له : فلمشتري الخيار : إن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المحدد ، وإن شاء ترك البيع ، لتفرق الصفقة عليه . والفرق بين صورة الطعام ، وصورة الثوب والأرض : هو أن القدر في الطعام جزء أساسي من المبيع وليس بوصف ، فإن كل جزء من مقدار الطعام يقابله جزء من الثمن . أما الذرع في الثوب والأرض فإنه وصف لأنه عبارة عن الطول ، والوصف غير المقصود بالتناول لا يقابله شيء من الثمن ، إلا أن المشتري يخير لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد .

فإن وجد المشتري زيادة في أذرع الثوب أو الأرض ، فالزائد له ، ولا خيار للبائع ؛ لأن الذرع وصف غير مقصود في هذه الحالة في الثوب أو الأرض كما أننا ، لأنه تابع محض ، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن ، فكان ذلك بمنزلة ما إذا باع رجل غيره شيئاً معيناً فإذا هو سليم .

فهذا إذاً حيث لم يكن الذرع مقصوداً ، فإن كان مقصوداً بأن قال : « بعثك الأرض [المذكورة] على أنها مئة ذراع بمئة درهم مثلاً ، كل ذراع بدرهم » فوجدها ناقصة ، فالمشتري بالخيار : إن شاء أخذها بحصتها من الثمن ، لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بانفراده بذكر الثمن ، وإن شاء تركها لتفرق الصفقة .

فإن وجدها زائدة ، فالمشتري بالخيار : إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، وإن شاء فسح البيع لدفع ضرر التزام أخذ الزائد^(٢) .

ثانياً - مذهب المالكية : يجوز عند الإمام مالك أن تباع الصبرة المجهولة على

(١) أي أن غرض المشتري موجه أصالة إلى الشيء المبيع جملة دون أن يكون له هدف أصلي في الطول أو في العرض مثلاً ، فيكون كل الثمن مقابلاً بالعين كلها .

(٢) المراجع السابقة : الفتح : ص ٩٢ ، الزيلعي : ص ٦ ، اللباب : ص ٨ .

الكيل أي كل كيل منها بكذا ، فما بلغت الصبرة من الأكيال بعد الكيل تحسب قيمته الإجمالية بحسب قيمة كل كيلة منها . ولا مانع في هذا البيع عند المالكية من أن يكون المبيع مثلياً أو قيمياً أو عددياً ، فهو يجوز في الطعام والثياب والعبيد والحيوان^(١) بخلاف ما سبق ذكره عن أبي حنيفة ، فإنه لا يميزه في القيمات .
وسياقي مزيد بيان لذلك عند المالكية في شروط بيع الجراف .

ثالثاً - مذهب الشافعية : قال الشافعية : يصح بيع صاع من صبرة^(٢) تعلم صيعانها للمتعاقدين كعشرة مثلاً لعدم الغرر ، كما أنه يصح البيع في الأصح إن جهلت صيعانها للمتعاقدين أو لأحدهما ، لتساوي أجزائها ، وتغتفر جهالة المبيع هنا ، فإنه ينزل على صاع مبهم . ولا يصح بيع ذراع من مجهول الذرعان من أرض أو ثوب لتفاوت الأجزاء كبيع شاة من هذه الشياه .

ويصح أيضاً بيع الصبرة المجهولة الصيعان بأن يقول : كل صاع بدرهم أو أن يقول : بعتك هذه الصبرة ، وإن لم يعرف قفزاتها ، أو يقول : بعتك هذه الدار أو هذا الثوب وإن لم يعرف ذرعانها ؛ لأن المبيع مشاهد ، فيزول غرر الجهالة بالمشاهدة ولا يضر الجهل بجملة الثمن ، لأنه معلوم بالتفصيل ، والغرر مرتفع به ، كما إذا باع بثن معين جزافاً . ومثل الصبرة ما لو قال : بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ، أو هذه الأغنام أو العبيد كل واحد بدرهم . ومن قال لغيره : « بعتك هذه الصبرة » جاز البيع ، وإن لم يعرف قفزاتها . وإن قال : « بعتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الثوب » جاز البيع ، وإن لم يعرف ذرعانها ؛ لأن غرر الجهالة ينتفي عنها بالمشاهدة . قال الشافعي : وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه مجهل قدرها على الحقيقة .

(١) بداية المجتهد : ١٥٨/٢ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ١٨٧٣ - ٢٠ .

(٢) وفسروا الصبرة بالكومة من الطعام وهو تفسير واضح .

ولو باع الصبرة أو الأرض أو الثوب بمئة درهم كل صاع أو ذراع بدرهم، صح البيع إن خرجت مئة لتوافق الجملة والتفصيل، وإن لم تخرج مئة بأن خرجت أقل أو أكثر، فلا يصح البيع على الصحيح لتعذر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله.

ويصح كون الصبرة ثمناً، فلو قال: بعثك بهذه الصبرة وهي مجهولة القدر، صح البيع اعتماداً على المشاهدة مع الكراهة، لأنه قد يوقع في الندم^(١).

والخلاصة: أن الشافعية كالمالكية يميزون بيع الصبرة في المثليات والقيميات، ويخالفون الحنفية في حالة تحديد قدر الصبرة إجمالاً، فيبطلون البيع إن لم يتطابق جملة المبيع مع تفصيله بأن نقص أو زاد، أما الحنفية فإنهم يرون البيع صحيحاً ولكن يعطى المشتري الخيار كما أوضحنا. وفي الجملة: يكره بيع الصبرة جزافاً في أصح القولين عند الشافعي، وبه قطع النووي وآخرون لما فيه من الغرر^(٢).

رابعاً - مذهب الحنابلة: أجاز الحنابلة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها، سواء أكان المبيع طعاماً أم ثياباً أم حيواناً. ويصح عندهم بيع الصبرة أو الثوب أو القطيع كل قفيز أو ذراع أو شاة بدرهم؛ لأن المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لاتتعلق بالمتعاقدين: وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر القفزان ونحوها، فيعلم مبلغه.

ويصح بيع ما بوعاء مع وعائه أو دونه، أو كل رطل بكذا على أن يسقط منه وزن الوعاء^(٣).

نخلص مما ذكرناه في بيع الصبرة جزافاً أن الفقهاء صححوا العقد فيما إذا قال البائع: «بعثك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم» وإن لم يعلم مقدارها حال

(١) راجع مغني المحتاج: ١٦٢/٢ وما بعدها، المهذب: ٢٦٤/١ وما بعدها، المجموع: ٢٤٠/٩ وما بعدها.

(٢) المجموع: ٣٤٣/٩.

(٣) انظر المغني: ١٢٣/٤ وما بعدها، غاية المنتهى: ١٢/٢، ١٥.

العقد . ومثل الصبرة كل مكيل أو موزون أو معدود مثلياً أو قيمياً . وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يصح البيع في قفيز واحد فقط ، ويبطل فيما سواه ؛ لأن جملة الثمن مجهولة ، فلم يصح كبيع الشيء برقمه . ولا يصح عنده بيع الجزاف في القميّات .

بيع النقود والحلي والحلى جزافاً :

يصح بيع الجزاف إذا كان البدلان من جنسين مختلفين ، فإن اتحد جنس البدلين لم يجز البيع جزافاً لاشتغال العقد على الربا ؛ لأن عدم التقدير بالكيل أو بالوزن مظنة للزيادة والنقصان ، وما كان مظنة للحرام وجب تجنبه ، وذلك بكيل المكيل ووزن الموزون في كلا البدلين . وهذا يعني أن البيع مجازفة مقيد بغير الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها ، فأما الأموال الربوية إذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربا وهو مانع من صحة العقد كحقيقة الربا^(١) .

ومن هنا قال الحنفية : الأصل العام في بيع النقود ونحوها جزافاً :

أن ما يجوز البيع فيه متفاضلاً ، يجوز فيه البيع مجازفة ، وما لا يجوز فيه البيع متفاضلاً ، لا يجوز فيه البيع مجازفة^(٢) . ويظهر أن هذا الأصل متفق عليه بين المذاهب الأربعة بحسب ما يجوز فيه التفاضل وما لا يجوز وفقاً لما هو مقرر من علة معينة للربا في كل مذهب ، فلا يجوز مثلاً عند الشافعية بيع الطعام بجنسه أو النقد بجنسه جزافاً تخميناً وإن خرجا سواء ؛ للنهي عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيّلها بالكيل المسمى من التمر^(٣) .

(١) فتح القدير : ١٦/٥ .

(٢) تحفة الفقهاء : ٣٩/٣ .

(٣) راجع مغني المحتاج : ٢٥/٢ ، المغني : ١٥/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٦ ، ٢٥٧ .

وعلى هذا :

١- إذا بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة مجازفة : لا يجوز البيع ، لعدم جواز التفاضل بين هذين المعدنين باعتبارهما من الأموال الربوية ، فلا تجوز المجازفة ، لاحتمال وجود زيادة في أحد العوضين لا يقابلها مثلها في العوض الآخر ، وذلك سواء جهل المتعاقدان أو أحدهما وزن كل عوض منهما ، أو عرفا وزن أحدهما دون الآخر .

فإن وزن العوضان في مجلس العقد ، فكانا متساويين في الوزن ، جاز البيع استحساناً ؛ لأن مجلس العقد حكم حالة انعقاد العقد ، فكان العلم بالتساوي بين البديلين حينئذ كالعلم به عند العقد . أما إذا تفرق العاقدان عن المجلس قبل الوزن ، ثم حصل الوزن ، فكان العوضان متساويين وزناً ، فالبيع فاسد . وقال زفر : البيع صحيح في الحالين إذا كانت هناك مساواة في الوزن ؛ لأن المانع من صحة العقد هو احتمال وجود الزيادة ، وقد تبين أنه لا زيادة .

٢- إذا بيع الشيء بغير جنسه كبيع ذهب بفضة مجازفة : صح البيع ؛ لأنه جاز التفاضل فيها ، ولكن يجب التقابض في العوضين في مجلس العقد كما يجب حالة اتحاد الجنس .

ويتفرع عن هذه القاعدة في حالتي بيع الشيء بجنسه أو بغير جنسه ما يأتي :

- إذا تمت القسمة بين الشريكين فيما يجري فيه الربا : لا تجوز مجازفة في الجنس الواحد ، وتجوز في مختلفي الجنس ؛ لأن القسمة في معنى البيع أو المبادلة ؛ لأن ما يأخذه كل شريك يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في نصيب صاحبه ، فكان ذلك مبادلة من وجه ، وإفرازاً من وجه .

- لو بيع سيف بسيف ، أو إناء نحاس بإناء آخر من جنسه مجازفة ؛ صح البيع إذا كان ذلك مما يباع عدداً ؛ لأن العدّ في العدديات ليس من أوصاف علة الربا (التي هي الكيل أو الوزن) فجاز فيها التفاضل ولا يتحقق الربا عندئذ .

وإن كان ذلك مما يباع وزناً : فلا يجوز، لأنه يبيع مال ربوي بجنسه مجازفة^(١).

- إذا بيعت الفضة مغشوشة بمعدن آخر، أو يبيع الذهب مغشوشاً، فالعبرة للغالب في الشرع، فغالب الفضة فضة، وغالب الذهب ذهب. فإن بيعت فضة مغشوشة يغلب فيها الفضة، فحكمها حكم الفضة الخالصة : لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء، يداً بيد، أي يصح بيع المغشوشة بما يساويها وزناً من الفضة الخالصة لأن كلاً منهما لا يخلوان عن قليل غش، إذ هما لا يطبعان عادة بدونه، وقد يكون الغش فيها طبيعياً فيعسر التمييز بين المخلوط والطبيعي، فيلحق القليل من الغش بالرداءة، والجيد والريء سواء في مبادلة الأموال الربوية، فيعتبر الغش فيها كأن لم يكن.

فإن كان الغش هو الغالب : فحكمها حكم النحاس الخالص، فلا يباع المغشوش بالنحاس إلا مثلاً بمثل، يداً بيد.

وإن استوت الفضة والغش، أو الذهب والغش : فحكمه حكم ما غلب فيه الفضة أو الذهب في التبايع والاستقراض، فلا يجوز البيع بها ولا إقراضها إلا بالوزن، ولا يجوز بيعها مجازفة وعدداً.

وأما في الصرف فالحكم فيه كغالب الغش أي كحكم فضة غلب عليها الغش، فإن بيعت بفضة خالصة يجرأ المبيع في اعتبارنا وتقديرنا : إن كانت الفضة الخالصة أكثر وزناً من الفضة المغشوشة، جاز البيع، حتى يكون قدر الفضة في كلا العوضين مقابلاً بمثله، وأما الزائد عن ذلك القدر في الفضة الخالصة فهي مقابل الغش كما لو كانت الفضة الخالصة ثمناً لمبيع مشتمل على فضة وقطعة نحاس مثلاً. وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة الموجودة في المغشوش أو مثلاً، أو جهل الأمر : فلا يجوز البيع

(١) البدائع : ١٨٥/٥ .

لما فيه من الربا في أحد العوضين^(١) .

- إذا بيع سيف محليّ أي مفضض أو مذهب ، والثن ذهب أو فضة^(٢) : فإن تماثل جنس الحلية والثن ، وكان مقدار الثمن أكثر من الحلية ، جاز البيع ، وتكون الحلية مبيعة بمثل وزنها ، والزائد من الثمن في مقابل الجفن والمائل^(٣) التي تتبع السيف عادة في البيع ؛ لأن الأصل المقرر عند الحنفية في تقسيم الثمن على المبيع : أنه إذا كان المبيع أشياء بعضها من جنس الثمن ، وبعضها ليس من جنسه ، صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه على وجه يصح فيه العقد ما أمكن ؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن . وتصحيح العقد هنا يتم بصرف بعض الثمن إلى جنسه بمثل وزنه ، والبعض الآخر يصرف إلى الجنس الآخر في اعتبارنا وتقديرنا .

فإن كان الثمن مثل الحلية أو أقل ، فلا يجوز البيع ، لاشتماله على ربا الفضل ، إذ أن الجفن والمائل تصبح مبيعة بدون عوض عنها وهذا هو معنى الربا .

وإن جهل مقدار الثمن أو اختلف التجاري في تقديره : فإن تبين أن الثمن أكثر من الحلية ، والحلية أقل وزناً من الثمن في مجلس العقد ، يكون البيع جائزاً عند الحنفية . وإن علم ذلك بعد الافتراق عن المجلس : لا يجوز البيع عند جمهور الحنفية . وقال زفر : ينقلب العقد صحيحاً كما في بيع الجراف ، كما مر سابقاً .

وعلى هذا فإن القاعدة : « متى بيع تقدم مع غيره كمفضض ومزركش^(٤) بنقد من جنسه ، شرط زيادة الثمن ليكون قدر الحلية من الثمن ثنائياً لها والزائد ثنائياً للسيف ، إذ لو لم تتحقق الزيادة بطل البيع ، فلو كان الثمن مثل الحلية أو أقل أو جهل بطل

(١) تبين الحقائق للزلمي : ١٤٠/٤ وما بعدها .

(٢) انظر البدائع : ٢١٧/٥ وما بعدها ، تحفة الفقهاء : ٤١/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٢٤٧/٤ وما بعدها .

(٣) الجفن - بفتح الجيم : غمد السيف . والمائل بفتح الحاء جمع حمالة بكسر الحاء أو حمل بوزن مرجل : وهي علاقة السيف .

(٤) المفضض : مارصع بفضة أو ألبس فضة ، والمزركش هو المطرز بخيوط فضية أو ذهبية .

البيع ، ولو كان الثمن بغير جنس الحلية ، شرط التقابض فقط وجاز التفاضل « كما سيأتي ^(١) .

ومن المعلوم أن صحة البيع فيما إذا كان الثمن أكثر من الحلية تتطلب قبض ما يقابل الحلية من الثمن في مجلس العقد ، فإن تفرق العاقدان قبل أن يتقابضا ، أو يقبض أحدهما حقه دون الآخر ، فإنه ينظر :

أ- إن كانت الحلية مما لا يمكن تخليصها عن السيف إلا بإلحاق ضرر به : فسد البيع كله .

ب- وإن كانت تتخلص بغير ضرر : جاز البيع في السيف ، وفسد في الحلية ؛ لأن العقد بقدر الحلية يكون صرفاً ، وبالنسبة للسيف يكون بيعاً مطلقاً ، والتقابض شرط لصحة الصرف فقط .

فإذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر ، فكأنها والسيف شيئان منفصلان ، فيجوز العقد في أحدهما دون الآخر .

وإن كانت الحلية لا تتخلص إلا بضرر : فسد العقد كله ، أما بالنسبة للحلية فلعدم التقابض ، وأما بالنسبة للسيف ، فلأنه بيع شيء لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع ، ومثل هذا البيع فاسد كبيع جذع في سقف ، فلو فصلت الحلية عن السيف ، وسلم إلى المشتري انقلب العقد صحيحاً .

- يترتب على الشرطين السابق ذكرهما في عقد الصرف (وهما خلو العقد عن خيار الشرط ، وعن تأجيل قبض أحد العوضين) أنه لو بيع السيف المحلى بجنس الحلية ، أو بخلاف جنسها من الذهب أو الفضة ، وكان الثمن أكثر وزناً من الحلية ، واشترط أحد العاقدين خيار شرط ، أو شرط المشتري تأجيل الثمن في صلب العقد ، ثم

(١) الدر المختار ورد المختار : ٢٤٨/٤ .

تفرق المتعاقدان دون أن يتم قبض أحد العوضين : كان العقد فاسداً على التفصيل الآتي^(١) :

أ- إن كانت الحلية مما لا تتميز عن السيف إلا بضرر: فسد البيع في الحلية بسبب الخيار أو الأجل ، وفسد في السيف ، لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ، لما فيه من إلحاق الضرر بالبائع ، بتسليمه منفصلاً عن الحلية .

فإن افترق المتعاقدان بعد التقابض ، بأن أبطلا الخيار أو أسقطا الأجل ، انقلب العقد جائزاً خلافاً لزفر .

ب- وإن كانت الحلية تتميز عن السيف من غير ضرر: فسد العقد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفساد ، والفساد في نفس العقود عليه ، وفي مثل هذا يشيع الفساد في كل المبيع .

وقال محمد : يجوز البيع في السيف ، ويبطل في الحلية ؛ لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفساد ، وللفساد تأثيره ، فيصح العقد في الجزء الصحيح ، ويفسد في الفساد .

- إذا اشترى رجل من صائغ سواراً من فضة بدراهم فضية ، وتماثلا في الوزن ، وتقابضا وافترقا ، أو تصارف رجلان ذهباً بذهب ، أو فضة بفضة مثلاً بمثل ، وتم التقابض بينهما ، وافترقا ، ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيئاً وقبل الآخر: فسد البيع عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف : الحط والزيادة باطلان لاغيان ، والعقد الأول صحيح .

وقال محمد : الحط جائز بمنزلة الهبة المستقبلية ، والزيادة باطلة .

(١) راجع البدائع : ٢١٧/٥ وما بعدها .

ومنشأ هذا الخلاف هو اختلافهم في تأثير الشرط الفاسد على العقد إذا تأخر ذكره عن العقد^(١) :

فعند أبي حنيفة : يلتحق هذا الشرط بالعقد ويفسد العقد ، فإذا وجدت الزيادة أو الحط بعد انعقاد العقد ، التحق بأصل العقد ، فكأن العقد وجد منذ انشائه على هذا النحو مشتتاً على الزيادة في أحد العوضين فيفسد العقد بسبب التفاضل في مال ربوي ؛ لأن العوضين من جنس واحد ، فيتحقق الربا .

وإنما شرط القبول في الحط عند أبي حنيفة ، لأنه يترتب عليه فسخ العقد ، ولا يحق لأحد المتعاقدين إجراء الفسخ إلا برضا الآخر .

وعند أبي يوسف ومحمد : إن الشرط الفاسد لا يلتحق بالعقد إلا أن أبا يوسف التزم هذا الأصل ، فأسقط اعتبار الزيادة والحط جميعاً فبقي البيع الأول صحيحاً .

وأما محمد فإنه فرق بين الزيادة والحط ، فقال : الزيادة باطلة والحط جائز ؛ لأن الزيادة لو صححت لالتحقت بأصل العقد ، فأفسدته ، فبطلت الزيادة .

وأما الحط فلا يشترط لصحته أن يلتحق بالعقد بدليل أن البائع لو حط جميع الثمن صح ، ولا يلتحق بأصل العقد ، إذ لو التحق لكان البيع واقعاً بلا ثمن ، فيجعل خطأ للحال بمنزلة هبة مستأنفة أو مبتدأة بقطع النظر عن البيع الأول .

هذا إذا اتحد جنس البديلين .

فإن اختلف جنسها بأن يبيع سوار فضة وزنه مقدار وزن عشرة دراهم بدينار ذهبي ، أو تصارف اثنان ديناراً بعشرة دراهم فضية ، ثم زاد أحدهما صاحبه درهماً وقبل الآخر ، أو حط عنه درهماً من الدينار ، صح الحط والزيادة باتفاق الحنفية ، ويلتحقان بأصل العقد ؛ لأن المانع من تصحيح العقد هو وجود الربا ، واختلاف

(١) راجع البدائع : ٢١٦/٥ ، الدر المختار : ٢٤٦/٤ .

الجنس في العوضين يمنع تحقق الربا، إذ أن مبادلة الأموال الربوية يجوز فيها التفاضل حال اختلاف الجنس، ويمتنع حال اتحاد الجنس.

إلا أنه يشترط في الزيادة قبضها في مجلس الزيادة، فلو افترق العاقدان قبل القبض، بطل البيع بقدر الزيادة، لأنها لما التحقت بأصل العقد، صار كأن العقد ورد على الزيادة والأصل جميعاً، فصارت جزءاً من ثمن الصرف.

وأما الحط فلا يشترط قبضه في المجلس، لأنه وإن التحق بأصل العقد فأدى إلى حدوث التفاضل في العوضين، فلا يؤثر على العقد؛ لأن التفاضل في الأموال الربوية جائز عند اختلاف الجنس كما بينا.

لكن يجب على العاقد رد ما حط لغيره؛ لأن الحط لما التحق بأصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المحطوط من ابتداء العقد، فيجب رده.

شروط بيع الجزاف:

اشترط فقهاء المالكية لصحة بيع الجزاف شروطاً سبعة^(١)، سنذكرها بإيجاز مع الإشارة إلى ما قد نجد من شروط في كتب فقهاء المذاهب الأخرى وهي:

١- أن يكون المبيع مرئياً بالبصر حال العقد أو قبله، واستمر العاقدان على معرفة المبيع حين التعاقد، فلا يصح بيع غير المرئي جزافاً ولا البيع من الأعمى جزافاً. وتكفي رؤية بعض المبيع المتصل به كغيب الأصل، وتكفي في الصبرة رؤية ما ظهر منها. ولا تشترط الرؤية إذا ترتب عليها فساد البيع كأواني الخل الختومة التي يفسدها الفتح، ولكن لا بد من بيان صفة ما فيها من الخل.

وهذا الشرط متفق عليه أيضاً بين الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢)، قال

(١) راجع الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ٢٠ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢ ص ١٥٧، الفرر وأثره في العقود للزميل الدكتور الصديق محمد الضيرير: ٢٣٤ وما بعدها.

(٢) تبين الحقائق للزليعي: ٤ ص ٥، الهذب: ١ ص ٢٦٥، المغني: ٤ ص ١٢٣.

الزيلعي : شرط جواز الجزاف : أن يكون مميزاً مشاراً إليه . وعبارة الشافعية والحنابلة : تكفي المشاهدة في الصبرة ونحوها ؛ لأن غرر الجهالة ينتفي عنها بها .

٢- أن يجهل كل من البائع والمشتري قدر المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً ، فإن علم قدره أحد العاقدين بإعلام صاحبه بعد انعقاد العقد ، كان الآخر بالخيار ، وإن استوى الاثنان في العلم بمقداره حين التعاقد فسد العقد ، لتعاقدهما على الغرر ، وتركهما الكيل أو الوزن ، فيرد المبيع إن كان قائماً ، وإلا لزم المشتري دفع القيمة^(١) . ووجود هذا الخيار دليل على أن هذا الشرط شرط لزوم وليس شرط صحة .

ويظهر لنا أن الحنفية يوافقون على هذا الشرط^(٢) ، وصرح الشافعية بالموافقة عليه^(٣) ، ونص الإمام أحمد على أن البائع إذا عرف مقدار شيء لم يبعه صبرة ، فإن خالف ذلك وباع مع علمه بمقدار المبيع فالبيع صحيح لازم لكنه مكروه كراهة تنزيه^(٤) .

٣- أن يكون البيع في كل ما كان المقصود منه الكثرة لا الأحاد : فيصح الجزاف في المكيلات والموزونات كالحبوب والحديد ، والمسوحات أو المذروعات كالأرضين والثياب ، ولا يجوز الجزاف في المعدودات إلا إذا كان في عده مشقة ؛ لأن العد متيسر لغالب الناس ، وهذا هو المراد بالمذكور في الشرط : وهو ألا يكون القصد منه أحاد أو أفراد أعيانه . فإن كان في عده مشقة جاز يبعه جزافاً ، وإن كان القصد موجهاً إلى كل فرد من أفرادها على حدة لم يجز يبعه جزافاً .

وعلى هذا يجوز بيع المعدود جزافاً إذا قل ثمن أفرادها كالبيض والتفاح والرمان

(١) انظر القوانين الفقهية لابن جزي : ص ٢٤٦ .

(٢) راجع العناية بهامش فتح القدير : ص ٥ ص ٨٦ .

(٣) المجموع للنووي : ص ٩ ص ٣٤٣ .

(٤) المغني : ص ٤ ص ١٢٥ وما بعدها .

والبطيخ المتائل في الحجم نسبياً بأن كان كله كبيراً أو كله صغيراً، لا ما كان بعضه صغيراً وبعضه كبيراً. ولا يجوز بيع المعدود جزافاً إن قصد كل فرد من أفراد بثن معين كالعبيد والثياب والدواب، وحينئذ لا بد من عده، فإن لم تقصد أفراد هذه الأشياء جاز بيعها جزافاً.

ولا يجوز بيع الدراهم والدنانير جزافاً، ويجوز بيع التبر والفضة الغير المسكوكين جزافاً.

والخلاصة: متى عدّ المعدود بلا مشقة لم يجز جزافاً سواء قصدت أفراده أم لا، قل ثمنها أم لا، ومتى عدّ بمشقة فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه جزافاً قل ثمنها أم لا، وإذا قصدت جاز جزافاً إن قل ثمنها ومنع إن لم يقل^(١).

وأما الحنفية فقد عرفنا الخلاف المذهبي عندهم، فالإمام أبو حنيفة يحصر جواز بيع الجزاف في المكيل والموزون (أي المثليات) في الكيل الواحد منها، والصاحبان يجيزان بيع المجازفة في المكيلات والموزونات والذرعيات كالثياب والأراضي والمعدودات المتفاوتة كالحيوانات والعبيد، والفتوى على رأيها للتيسير على الناس كأوضحنا^(٢).

وفي الجملة: يجيز الشافعية والحنابلة أيضاً بيع المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات جزافاً^(٣).

٤- أن يحزر المبيع بالفعل من أهل الحزر: فلا يصح بيع الجزاف فيما يعسر حزره كعصافير حية ونحوها مما يتداخل مع بعضه كحمام في برج وصغار دجاج في مدجنة كبرى، إلا إذا أمكن معرفتها بالحزر قبل الشراء في وقت هدوها أو نومها، فيجوز عندئذ شراؤها جزافاً.

(١) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ٢١.

(٢) راجع فتح القدير: ٥ ص ٨٨-٩٠، اللباب شرح الكتاب: ٢ ص ٧ وما بعدها.

(٣) انظر مغني المحتاج: ٢ ص ١٦-١٧، المغني: ٤ ص ١٢٤.

وكون العاقدين من أهل الحزر بأنفسها أو بوكيلها يتحقق بالممارسة والخبرة والاعتیاد .

وقد وافق الشافعية على هذا الشرط ، فقرروا أنه لا بد من معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه ، فأجازوا في الأصح بيع النحل في الكندوج^(١) إذا رئي في دخوله وخروجه ، ولم يعرف أنه خرج جميعه^(٢) .

٥- أن يكون المبيع كثيراً كثرة غير هائلة : فإن كان كثيراً جداً يمنع بيعه جزافاً ، سواء أكان مكيلاً أم موزوناً أم معدوداً لتعذر حزره . فإن لم يكثر جداً يجوز بيعه جزافاً مكيلاً كان أو موزوناً أو معدوداً لإمكان حزره . وأما ما قل جداً فيمنع بيعه جزافاً إن كان معدوداً لأنه لامشقة في علمه بالعدد ، ويجوز إن كان مكيلاً أو موزوناً وجهل العاقدان قدر كيله أو وزنه ، ولو كان لامشقة في كيله أو وزنه .

٦- أن تكون الأرض التي عليها المبيع مستوية علماً أو ظناً : فإن لم تكن مستوية فسد العقد . وإن ظن المتعاقدان أنها مستوية ثم تبين في الواقع أن فيها علواً فيمنح المشتري الخيار ، وإن كان فيها انخفاض فالخيار للبائع .

وقد وافق الشافعية على هذا الشرط ، فقرروا في الأصح عندهم أن البيع فاسد إذا كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض ، أو كان المبيع سمناً ونحوه في ظرف مختلف الأجزاء رقة وغلظاً^(٣) .

واشترط الحنابلة أيضاً هذا الشرط ، فقرروا كالمالكية أن المشتري بالخيار إذا بان أن الصبرة على ربوة مثلاً ، وكذلك البائع بالخيار إذا بان أن تحت الصبرة حفرة لم

(١) الكندوج - بضم الكاف وسكون النون : وهو الخلية ، عجمي معرب ، ويقال لها الكوارة أيضاً .

(٢) المجموع : ٩ ص ٣٤٥ ، ٣٥٢ ، المهذب : ١ ص ٢٦٥ .

(٣) المجموع : ٩ ص ٣١٥ ، ٣٤٥ ، ٣٥٠ ، المهذب ، المكان السابق .

يكن يعلم بها^(١) .

ويظهر لنا أن الحنفية يطالبون أيضاً بتحقق هذا الشرط بدليل أنهم شرطوا في بيع شيء بإناء بعينه لا يعرف مقداره ألا يكون الإناء محتملاً للزيادة والنقصان كأن يكون من خشب أو حديد، أما إذا كان يحتمل أو ينكس بالكبس كالزنبيل والجوالق والقفة فلا يجوز كما ذكرنا^(٢) .

٧- ألا يشتمل العقد الواحد على جزاف ومكيل إلا إذا كان كل منهما موافقاً للأصل الذي يصح به ، فلا يصح اجتماع جزاف من حب قمح أو شعير مع مكيل منه سواء أكان من جنسه أم لا ، ك شراء صبرة مجهولة القدر مع صبرة معلومة القدر بثن واحد أو بثنين ، ولا يصح اجتماع جزاف من حب مع مكيل من الأرض مثل : أشترى منك هذه الصبرة جزافاً بكذا ، ومئة ذراع أو فدان من هذه الأرض بكذا . ولا يصح أيضاً اجتماع جزاف من أرض مع مكيل منها ، مثل بعني هذه الأرض مع مئة ذراع من أرضك بكذا . والسبب في منع هذه الصور الثلاثة هو تأثر الشيء المعلوم بجهالة المجهول .

وأما الصورة المستثناة الجائزة فقط فهي اجتماع جزاف أصله أن يباع جزافاً كالأرض مع ما أصله أن يباع كيلاً كمكيل حب ، مثل أشترى منك هذه الصبرة المعلومة القدر وهذه الأرض المجهولة القدر بمئة ليرة مثلاً ، فيجوز البيع لموافقة كل منهما للأصل الذي يباع به^(٣) .

(١) المغني : ٤ ص ١٢٤ وما بعدها .

(٢) تبين الحقائق : ٤ ص ٥ ، فتح القدير : ٥ ص ٨٦ .

(٣) راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٣ .

- ٥ -

الربا

خطة الموضوع :

كلامنا مقصور على الربا الذي هو أحد أنواع البيوع المنهي عنها قطعاً على ما يأتي :

المطلب الأول - تعريف الربا وأدلة تحريمه .

المطلب الثاني - أنواع الربا .

المطلب الثالث - مذاهب الفقهاء في علة الربا .

المطلب الرابع - أثر الاختلاف في علة الربا .

المطلب الأول - تعريف الربا وأدلة تحريمه :

الربا في اللغة : الزيادة ، قال الله تعالى : ﴿ فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت ﴾ أي زادت ونمت ، وقال سبحانه : ﴿ أن تكون أمة هي أربى من أمة ﴾ أي أكثر عدداً ، يقال : « أربى فلان على فلان » أي زاد عليه ^(١) .

وهو في الشرع : الزيادة في أشياء مخصوصة ، وهذا تعريف الحنابلة . وعرفه في الكنز عند الحنفية بأنه : فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال . ويقصد به فضل

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١ ، نهاية المحتاج : ٣ ص ٢٩ .

مال ولو حكماً، فيشمل التعريف حينئذ ربا النسيئة والبيوع الفاسدة، باعتبار أن الأجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض مادي محسوس، والأجل يبذل بسببه عادة عوض زائد^(١).

والربا محرم بالقرآن والسنة والإجماع.

أما القرآن: فقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾^(٢)، ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ﴾. ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ . فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ، وَإِن تَبتم فَلِكُم رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْمُونُ وَلَا تَظْمُونَ ﴾.

وكان تحريم الربا سنة ثمان أو تسع من الهجرة.

وأما السنة: فقوله ﷺ: « اجتنبوا السبع الموبقات - وذكر منها أكل الربا »^(٣) وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال: « لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله وشاهده وكتبه »^(٤) وروى الحاكم عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: « الربا ثلاثة

(١) رد المحتار: ٤ ص ١٨٤.

(٢) بهذا رد الله تعالى على العرب في الجاهلية الذين كانوا يقولون: إنما البيع الذي لا ربا فيه مثل البيع الذي فيه ربا أي أن الزيادة عند حلول أجل الدين آخر كمثل أصل الثمن في أول العقد، فبين الله الفرق بين النوعين بأن الزيادة في أحدهما لتأخير الدين وفي الآخر لأجل البيع، وأيضاً فإن البيع بدل البديل لأن الثمن فيه بدل الثمن، والربا زيادة من غير بدل للتأخير في الأجل، أو زيادة في الجنس. (راجع تفسير القرطبي وجمع البيان للطبرسي).

(٣) أخرجه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: « اجتنبوا السبع الموبقات، قلنا، وما هن يا رسول الله؟ قال: « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » (راجع الإمام بأحاديث الأحكام لابن دقيق العيد: ص ٥١٨).

(٤) رواه أبو داود وغيره أن النبي ﷺ « لعن أكل الربا وموكله وكتبه وشاهده » ورواه مسلم عن جابر قال: « لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله وكتبه وشاهده، وقال: هم سواء » وللبخاري نحوه من حديث أبي جحيفة، وروى الترمذي وابن ماجه عن أنس قال: « لعن رسول الله ﷺ في الحر عشرة .. الحديث » (راجع مجمع الزوائد: ٤ ص ١١٨، سبل السلام: ٣ ص ٢٦، نيل الأوطار: ٥ ص ١٥٤).

وسبعون باباً أسرها مثل أن ينكح الرجل أمه ، وإن أربى الربا عرض الرجل المسلم^(١) « وستأتي أحاديث أخرى في بحث علة الربا .

وأجمعت الأمة على أن الربا محرم ، قال الماوردي : « حتى قيل : إنه لم يحلَّ في شريعة قط » ، لقوله تعالى : ﴿ وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ﴾ يعني في الكتب السابقة^(٢) .

والربا المحرم في الإسلام نوعان : أولهما : ربا النسيئة الذي لم تكن العرب في الجاهلية تعرف سواه ، وهو المأخوذ لأجل تأخير قضاء دين مستحق إلى أجل جديد ، سواء أكان الدين ثمن مبيع أم قرضاً .

وثانيهما : ربا البيوع في أصناف ستة هي الذهب والفضة والحنطة والشعير والملح والتمر وهو المعروف بربا الفضل . وقد حرم سداً للذرائع أي منعاً من التوصل به إلى ربا النسيئة ، بأن يبيع شخص ذهباً مثلاً إلى أجل ثم يؤدي فضة بقدر زائد مشتمل على الربا .

والنوع الأول هو المحرم بنص القرآن وهو ربا الجاهلية ، وأما الثاني فقد ثبت تحريمه في السنة بالقياس عليه لاشتتاله على زيادة بغير عوض ، وأضافت السنة تحريم نوع ثالث وهو بيع النساء إذا اختلفت الأصناف ، فاعتبرته ربا ؛ لأن النساء في أحد العوضين يقتضي الزيادة . ويساويه في المعنى القرض الذي يجر نفعاً ؛ لأنه مبادلة الشيء نفسه^(٣) .

(١) رواه ابن ماجه مختصراً والحاكم بتمامه وصححه . وفي معناه أحاديث كثيرة في بعضها : «الربا سبعون باباً» وفي

بعضها : «الربا اثنان وسبعون باباً» (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ١١٧ ، سبل السلام : ٣ ص ٢٧) .

(٢) معني المحتاج : ٢ ص ٢١ ، المهذب : ١ ص ٢٧٠ ، اللقي : ٤ ص ١ ، المبسوط : ١٢ ص ١٠٩ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٧٤ ،

حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ١٦٦ .

(٣) راجع الموافقات للشاطبي : ٤ ص ٤٠ ط مصطفى محمد .

المطلب الثاني - أنواع الربا :

ربا البيع عند جمهور الفقهاء نوعان : ربا الفضل وربا النسيئة^(١) . وقد عرف فقهاء الحنفية ربا الفضل^(٢) الذي هو بيع : بأنه زيادة عين مال في عقد بيع على المعيار الشرعي (وهو الكيل أو الوزن)^(٣) عند اتحاد الجنس . ولم تقل : « شرطت في عقد بيع » كما ذكر الكاساني ؛ لأن ترك ذلك أولى فإن الربا يتحقق بالزيادة المشروطة وغير المشروطة في البيع أو في القرض ، والقصد من قوله « عين مال » هو أنه ينظر في تحقيق الفضل أو الزيادة إلى المقدار والكمية لا إلى القيمة ، واحتراز بقيد « المعيار الشرعي » عن المذروع والمعدود ، فإنه لا يتحقق فيها ربا . كما لا ربا في الأموال القيمة مثل أنواع الحيوان والبسط والطنافس والأثاث والأراضي والشجر والدور ، فلا تحرم فيها الزيادة ، فيجوز فيها أخذ كثير مقابل قليل من جنسه ؛ لأن القيمات ليست من المقدرات أي مما لا تخضع في مبادلتها لمقدار كيلي أو وزني موحد . وإنما يختص الربا في كل مكيل أو موزون ، فلو باع خمسة أذرع من قماش معين بستة أذرع منه ، أو بيضة ببيضتين أو شاة بشاتين ، جاز بشرط التقابض في المجلس ، فإذا كان أحدهما نسيئة لم يجز البيع ؛ لأن وجود الجنس فقط كاف لتحريم ربا النساء ، أي تأجيل أحد البدلين .

ويمكن تعريف ربا الفضل بعبارة أخرى : هو بيع ربوي بثله مع زيادة في أحد المثليين .

(١) البدائع : ٥ ص ١٨٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٢٩ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٤٧ ، المغني : ٤ ص ١ ، أعلام الموقعين : ٢ ص ١٣٥ .

(٢) ساه ابن القيم الربا الحفي الذي كان تحريمه من باب سد الذرائع كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ : « لا تبعوا الدرهم بالدرهمين فإني أخاف عليكم الرِّبَاء » أي الربا .

(٣) المعيار الشرعي أي بحسب العادة في بيع الأشياء عند أبي يوسف : وهو الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن أي أن الربا محصور في دائرة المكيلات والموزونات والمقصود بقوله « زيادة عين مال » الزيادة المادية للموسسة في أحد العوضين عن الآخر بقطع النظر عن الزيادة في القيمة ، فإذا حصلت زيادة عينية في مال وجد الربا ، وإن كان اللان مختلفين أو متساويين في القيمة الشرائية .

والخلاصة : أن تبادل الأموال الربوية يجب فيه التساوي في الكميات المبادلة في الجنس الواحد . والتساوي عند أبي يوسف يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف على حدة ، فما كان وزنياً عرفاً كالزيت والسمن يجب تساوي الكميتين فيه بالوزن ، وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل .

وتحريم الربا في النقدين (الذهب والفضة أو ما يحل محلها من النقود الورقية الرائجة) لافرق فيه بين المسكوك المصنوع أو التبر غير المصنوع . لذا قال الفقهاء عن الدراهم : تبرها وعينها سواء . إلا أن ابن القيم أجاز بيع المصوغات الذهبية والفضية المباحة الاستعمال كالحاتم والحلية للنساء بأكثر من وزنها ذهباً أو فضة ، رعاية للصناعة ولحاجة الناس إلى ذلك^(١) .

وأما ربا النسيئة^(٢) الذي هو بيع ، فقد عرفه الحنفية بأنه : فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين على الدين في المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس^(٣) ، أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس^(٤) ، أي أن يباع الجنس الواحد ببعضه ، أو بجنس آخر مع زيادة في الكيل أو الوزن في نظير تأخير القبض ، كبيع صاع من الحنطة بصاع ونصف يدفع له بعد شهرين ، وكبيع صاع من القمح بصاعين من الشعير يدفعان له بعد ثلاثة أشهر ، أو بدون زيادة كبيع رطل من التمر ناجز تسليمه برطل آخر من التمر مؤجل التسليم ، وهذه أمثلة المكيل أو الموزون عند اختلاف الجنس أو اتحاده . وأما مثال غير المكيل أو الموزون عند اتحاد الجنس فهو بيع تفاحة بتفاحتين أو سفرجلة بسفرجلتين

(١) أعلام الموقعين : ٢ ص ١٤٠ .

(٢) سماه ابن القيم الربا الجلي : وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية ، فيقول الدائن للسدين عند حلول الأجل :

أتقضي أم تربني ؟ وهذا هو الربح المركب .

(٣) أي وكذا عند اتحاد الجنس من باب أولى .

(٤) البدائع : ٥ ص ١٨٣ ، رد المحتار : ٤ ص ١٨٤ وما بعدها .

لشهر مثلاً^(١). ففي كل هذه الأمثلة يوجد ربا النسيئة لاشتماله على زيادة في أحد العوضين بدون مقابل، وأما سبب التحريم عند التساوي قدرأ فهو بسبب الزيادة في القيمة، إذ لا يقبل أحد العاقدين عادة تأجيل تسليم أحد العوضين إلا عند وجود الزيادة به في القيمة^(٢). والمعجل عادة أكثر من المؤجل، كما أن العين أفضل من الدين، إذ قد لا يقوم الدين بالتسليم، وقد يكون مخالفاً للمتفق عليه.

وقد ذهب ابن عباس وأسامة بن زيد بن أرقم والزبير وابن جبير وغيرهم إلى أن الربا المحرم فقط: هو ربا النسيئة لقوله عليه السلام فيما يرويه الشيخان من حديث أسامة: « لا ربا إلا في النسيئة » وهؤلاء يرد عليهم بالأحاديث التي ثبت بها تحريم ربا الفضل، لذا نقل جابر بن زيد أن ابن عباس رجع عن قوله، ثم جاء إجماع التابعين على تحريم الربا بنوعيه، فرفع الخلاف. وأما تأويل الحديث السابق فهو أن النبي ﷺ سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب بالفضة إلى أجل، فقال النبي ﷺ « لا ربا إلا في النسيئة » فهذا بناء على ما تقدم من السؤال، فكأن الراوي سمع قول رسول الله ﷺ، ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله^(٣) أو أن القصد من

(١) فالزيادة المادية التي سيحصل عليها البائع بعد مدة كانت في مقابل تسليم المشتري في الحال مداً من الحنطة. وهذا هو المقصود بفضل الحلول على الأجل أي أن المال المدفوع في الوقت الحاضر أكثر أهمية من المدفوع في المستقبل، وأما المقصود بفضل العين على الدين فهو أن الشيء المعين بذاته يكون أكثر أهمية من الشيء المعين بنوعه إذ قد يختلف هذا عن الوصف، وقد لا يقوم البائع بتسليم ما يجب عليه، كما في شراء كمية محددة المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما في مقابل مقدار معين من الشعير مثلاً، فالبيع في هذه الحالة يكون من قبيل الدين لا العين، والثمن هو العين. وبه يتبين أن المساواة بين البديلين في العينية مطلوبة احترازاً عن شبهة الفضل الذي هو ربا، لأن العين خير من الدين، وإن كان حالاً، ولهذا لم يجز أداء زكاة العين من الدين، واشترائط التعيين مأخوذ من نص الحديث « يبدأ بيد » لأن اليد آلة التعيين، كالإحضار والإشارة، كما أن شرط المائلة مأخوذ من قوله « مثلاً بمثل » فأصبح التعيين في البديلين الربويين أمراً مطلوباً، لتحقيق المساواة بينها، كما أن تعيين أحد البديلين شرط لجواز كل بيع، احترازاً عن الدين بالبدين الذي هو نسيئة بنسيئة، وهو ربا.

(٢) الموافقات للشاطبي: ٤ ص ٤٢.

(٣) راجع المبسوط للرخسي: ١٢ ص ١١٢، تكملة المجموع للسبكي: ١٠ ص ٤٨.

قوله « لا ربا » الربا الأكل الأعظم خطورة، الأكثر وقوعاً، الأشد عقوبة، كما تقول العرب: « لا عالم في البلد إلا فلان » مع أن فيها علماء غيره، وإنما القصد نفي الأكل علماً، لانفي أصل العلم.

وربا البيع عند الشافعية ثلاثة أنواع :

١- ربا الفضل : وهو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر أي أن الزيادة مجردة عن التأخير. وهو لا يكون إلا في بدلين متحدي الجنس مثل كيلة قمح بكيلة ونصف مثلاً من القمح، وهذا باتفاق العلماء.

٢- وربا اليد : وهو البيع مع تأخير قبض العوضين أو قبض أحدهما من غير ذكر أجل أي أن يتم بيع مختلفي الجنس كالقمح بالشعير من غير تقابض في مجلس العقد. وهذا النوع داخل في تعريف ربا النسيئة عند الحنفية في قولهم: « فضل العين على الدين » وهو مفرع على شرط التقابض في المالين الربويين.

٣- وربا النسيئة : وهو البيع لأجل أي البيع نسيئة إلى أجل ثم الزيادة عند حلول الأجل، وعدم قضاء الثمن في مقابلة الأجل، أي أن الزيادة في أحد البديلين من غير عوض في مقابلة تأخير الدفع.

وكل من ربا اليد وربا النسيئة لا يكون عند الشافعية إلا في بدلين مختلفي الجنس. والفرق بينهما أن ربا اليد في حالة تأخير القبض. وربا النسيئة في حالة تأخير الاستحقاق بذكر الأجل في العقد ولو قصيراً، يعني أن الشافعية قصرُوا ربا النسيئة على حالة البيع الذي يصاحبه أجل. وأما ربا اليد فهو في حالة البيع الحال المنجز مع تأخير القبض. وزاد المتولي من الشافعية: ربا القرض المشروط فيه جر نفع، قال الزركشي: ويمكن رده لربا الفضل^(١).

(١) نهاية المحتاج: ٣٩٣/٣، مغني المحتاج: ٢١١/٢، حاشية قليوبي وعميرة: ١٦٧/٢، حاشية الشرقاوي: ٣٠٢/٢ وما بعدها.

والخلاصة: أن ربا النسيئة هو تأخير الدين في مقابل الزيادة على مقداره الأصلي (وهذا هو ربا الجاهلية)، أو تأخير قبض أحد البديلين في بيع المال الربوي بجنسه. وأما ربا الفضل: فهو زيادة أحد البديلين على الآخر في مبادلة المال الربوي بجنسه مناجزة^(١). فإن قال تاجر عن سلعة: ثمنها حالياً خمس ليرات مثلاً، ومؤجلاً إلى شهر «كذا» بستة، فهذا البيع المؤجل جائز، إذ ليس فيه شيء من الربا، لاختلاف الجنس في البديلين، وبعض العلماء من الزيدية يجرمه لوجود الربا فيه.

ذرائع الربا وشبهاته: قال ابن كثير: وإنما حرمت الخابرة: وهي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض، والمزابنة: وهي اشتراء الرطب في رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض، والمحاقلة: وهي اشتراء الحب في سنبله في الحقل بالحب على وجه الأرض، وإنما حرمت هذه الأشياء وما شاكلها حسماً لمادة الربا، لأنه لا يعلم التساوي بين الشيئين قبل الجفاف، ولهذا قال الفقهاء: الجهل بالمائلة كحقيقة المفاضلة. ومن هذا حرّموا أشياء بما فهموا من توضيق المسالك المفضية إلى الربا، والوسائل الموصلة إليه.. إلخ^(٢).

المطلب الثالث - مذاهب الفقهاء في علة الربا:

اتفق الفقهاء على تحريم ربا الفضل في سبعة أصناف منصوص عليها: الذهب، والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والزبيب، والملح. فيحرم التفاضل فيها مع اتحاد الجنس، واختلفوا فيما عداها:

فطائفة: قصرت التحريم عليها، وهم الظاهرية.

وطائفة: حرّمته في كل مكيل أو موزون بجنسه، وهذا مذهب أحمد في ظاهر مذهبه، وأبي حنيفة.

(١) أصول البيوع المنوعة: ص ٩٥.

(٢) راجع تفسير ابن كثير: ٢٢٧/١.

وطائفة : خصته بالنقدين أو بالطعام وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً ، وهو قول الشافعي ، ورواية عن الامام أحمد . والطعام عندهم : كل ما يؤخذ اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً .

وطائفة : خصته بالطعام إذا كان مكيلاً أو موزوناً ، وهو قول سعيد بن المسيب ، ورواية عن أحمد وقول للشافعي .

وطائفة : خصته بالقوت ، وما يصلحه : وهو قول مالك ، واعتبره ابن القيم أرجح الأقوال^(١) .

وسنفضل أهم هذه الآراء :

١ - مذهب الحنفية : قال الحنفية : علة ربا الفضل أو الضابط الذي تعرف به الأموال الربوية : هي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس ، فعند اجتماعها : يحرم الفضل والنساء^(٢) أي أن العلة في الأشياء الأربعة المنصوص عليها (البر والشعير والتر والملح) : هي الكيل مع الجنس . وفي الذهب والفضة : العلة هي الوزن مع الجنس ، فلا تتحقق علة ربا الفضل إلا باجتماع الوصفين معاً : وهما القدر والجنس أي القدر المعهود في الشرع بكييل أو وزن^(٣) مع الجنس ، أي أن الربا يكون في الأموال التي يجمعها جنس وقدر واحد ، كبيع الذهب بالذهب إذا زاد أحد البديلين على الآخر ، فإن الزيادة تكون حينئذ ربا ؛ لأن كلاً من البديلين موزون ، وهو المراد بالقدر .

(١) أعلام الموقعين : ١٣٦/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٣/٥ ، فتح القدير : ٢٧٤/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ ، المبسوط : ١١٠/١٢ ، الدر المختار :

١٨٦/٤ .

(٣) والمعتبر في الموزون والمكييل : ما كان عليه عرف المسلمين في صدر الإسلام لما روى أبو داود والنسائي عن ابن

عمر رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « الوزن وزن أهل مكة ، والمكيال مكيال أهل المدينة » . (راجع

جامع الأصول : ٣٧١/١ ، التلخيص الحبير : ص ١٨٢) ، ويرى أبو يوسف أن المقياس المعتبر في الأصناف

الربوية هو المقياس العرفي الحاضر وأنه يتبدل بتبدل العرف في كل زمان ومكان (المدخل الفقهي للأستاذ

الزرقاء : ف ٥١٤) .

وعلى هذا فإن الأموال المثلية (المكيلات والموزونات) هي التي يجري فيها الربا .
وأما الأموال القيمة كالحيوان والدور وأنواع الطنافس والجواهر واللائع ، فلا يجري
فيها الربا ، فيجوز مبادلة الكثير بالقليل كغنمة بغنمتين ؛ لأن القيمات ليست من
المقدرات أي التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار .

والأصل في هذا حديث صحيح رواه أبو سعيد الخدري وعبادة بن الصامت
رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : «الذهب بالذهب^(١) مثلاً بمثل ، يداً بيد ،
والفضل ربا ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والحنطة بالحنطة
مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل
ربا ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، يداً
بيد ، والفضل ربا .»

وعلى هذا فإن ربا الفضل يختص بالمقدرات المثلية من مكيل أو موزون فقط ،
لا مذروع أو معدود ، فليس فيه ربا . وأما الأموال القيمة كأفراد الحيوان والطنافس
والأراضي والدور والأشجار ، فلا يجري فيها ربا الفضل ، لأنها ليست من المقدرات
(أي التي تجمع بين أفرادها وحدة مقياس ومقدار معين) ، فيجوز إعطاء الكثير منها
في مقابل القليل من جنسه كبيع غنمة بغنمتين معينتين ؛ لأن ربا الفضل زيادة أحد
المتجانسين على الآخر في المقدار والكمية ، والقيمتان ليست من المقدرات^(٢) .

وحكمة التحريم : هي دفع الغبن عن الناس ، وعدم الإضرار بهم ، مما قد يظن
بأن في أحد الجنسين معنى زائداً عن الآخر . والأصل في تحريمه هو من باب سد
الذرائع ، لأنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للفتاوت الذي بين
النوعين : إما في الجودة ، وإما في نوع السكة ، وإما في الثقل والخفة وغيرها ، تدرجوا

(١) أي يبيع الذهب بالذهب .

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء : ص ١٢٩ ، الدر المختار : ١٨٥/٤ .

بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر : وهو عين ربا النسيئة ، أي أن تحريم ربا الفضل عند اختلاف الجنسين كبيع القمح بالشعير ، هو من قبيل سد الذرائع ، كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة إلى ربا النسيئة ، فيستقرض الشخص ذهباً مثلاً إلى أجل ، ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد . وبذلك وضع الشرع الحكيم مقياساً مبسطاً في يد أكثر الناس لتقويم الأصناف المختلفة ، دون حاجة إلى البحث عن الفروق النوعية في الصنف الواحد .

وقد لا يكون سبب التحريم هو سد الذرائع ، كما في أخذ كثير رديء في قليل جيد ، فزيادة الرديء تقابل بمجودة الجيد ، لكنه مع ذلك حرام ؛ لأن هناك غرراً كبيراً لا يعلم معه أيها غبن^(١) .

وربا الفضل قليل الوقوع في المعاملة ، مثاله : أن يشتري رجل مداً من القمح بمدين من القمح مقايضة : بأن استلم كل من البائع والمشتري ماله .

قدر ربا الفضل : القدر الذي يتحقق فيه الربا من الطعام : هو ما كان نصف صاع^(٢) فأكثر ، لأنه لا تقدير في الشرع بما دون ذلك^(٣) . فإذا كان أقل من نصف صاع ، فإنه يصح فيه الزيادة ، فيجوز أن يشتري حفنة من القمح بحفنتين^(٤) يداً بيد ، أو تفاحة بتفاحتين مع التقابض ، وهكذا إلى أن يبلغ نصف صاع ، لعدم وجود المعيار المبيّن للمساواة ، فلم يتحقق الفضل أي الزيادة .

-
- (١) الموافقات للشاطبي وتعليقاته : ٤٢/٤ ، القياس لابن القيم : ص ١١٤ ، أعلام الموقعين ، المرجع السابق ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٤٧/٢ وما بعدها ، المدخل الفقهي ، المرجع السابق .
- (٢) نصف الصاع حوالي ١٢٥٠ غم أي كيلو وأوقيتان إلا ربعاً ، أو سبع أواق إلا ربعاً ، أو ٥٤٠ درهماً .
- (٣) فتح القدير : ٢٧٨/٥ ، الدر المختار : ١٨٨/٤ .
- (٤) الحفنة : ملء الكفين .

وأما القدر الذي يتحقق فيه الربا من الموزون : فهو ما دون الحبة^(١) من الذهب والفضة .

ولكن يشترط في صحة البيع في مثل ذلك تعيين البدلين ، فلو كانا غير معينين أو أحدهما لم يجز اتفاقاً^(٢) .

نوع العلة : وهكذا كل ما تحققت فيه هذه العلة (القدر المتفق مع الجنس المتحد) فإنه يشتمل على الربا ، سواء أكان مطعوماً أم غير مطعوم ، فيقاس على القمح والشعير المذكورين في حديث ربا الفضل : كل ما يباع بالكيل كالذرة والأرز والسَّمِمْ والحَلْبَة والجص ، إذا كان يباع بالكيل . ويقاس على الذهب والفضة : كل ما يباع بالوزن كالرصاص والنحاس والحديد .

وأما الذي لا يباع بالكيل ولا بالوزن كالمعدود والمذروع : فإنه لا يشتمل على ربا الفضل ، فيصح بيع البيضة بالبيضتين ، والذراع من قماش بذراعين من قماش من جنسه ، بشرط القبض .

مقياس الأموال الربوية : ويلاحظ أن ما نص الشارع على كونه كيلياً كبر وشعير وتمر وملح ، أو وزنياً كذهب وفضة ، فإنه يظل كذلك لا يتغير أبداً ، وإن ترك الناس التعامل فيه كما كان في الماضي . وهذا رأي جمهور الحنفية ، والشافعية والحنابلة ، لقول النبي ﷺ : « المكيال مكيال أهل المدينة ، والوزن وزن أهل مكة »^(٣) ، فلا يصح بيع الحنطة بالحنطة بوزن متساو ، ولا يبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة بكيل متساو ؛ لأن النص أقوى من العرف ، والأقوى لا يترك بالأدنى .

(١) المراد منها حبة شعير معتدل قطع من طرفيها ما دق وطال ، مع العلم بأن الدرهم يساوي خمسين حبة وخمسي حبة ($\frac{2}{50}$) أي (٢,٩٧٥ غم) .

(٢) الدر المختار : ١٨٩/٤ ، ١٩١ .

(٣) رواه أبو داود والنسائي عن عبد الله بن عمر ، وأخرجه أيضا البزار ، وصححه ابن حبان والدارقطني (نيل الأوطار : ١٩٨/٥) .

وقد أشرنا إلى أن أبا يوسف ذهب إلى أن المقياس المعتبر في الأموال الربوية في المنصوص عليه وغيره هو المقياس العرفي وأنه يتبدل بتبدل العرف، ورأيه أقوى حجة؛ لأن النص الذي ورد بلزوم التساوي في الربويات كيلاً أو وزناً، مراعى فيه المقياس المتعارف في عهد النبي عليه الصلاة والسلام، وإثبات العلة في المقياس على النص مما يدرك هنا بالعرف، ويؤيده أن المالكية قالوا: إذا اختلفت عوائد الناس في الكيل أو الوزن اعتبرت عادة البلد الذي تم فيه التعاقد. وأما ما لم ينص عليه الشارع فهو محمول على عادات الناس وأعرافهم في التعامل في الأسواق^(١).

جيد المال وردئته:

ويلاحظ أيضاً أن جيد مال الربا وردئته سواء، فلا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل؛ لأن الجودة ساقطة في الأموال الربوية، للقاعدة الشرعية: «جيدها وردئتها سواء»^(٢). والحكمة من ذلك هي ألا يؤدي مبادلة الجيد بالرديء إلى تقض ما شرعه الشارع من منع التفاضل؛ لأن الناس عادة لا يبادلون شيئاً بآخر، إذا كانا متساويين من كل الوجوه، وإنما يبادلون الجنس بجنسه لما بينها من التفاوت، فلو أجزئهم مبادلة شيء بآخر من جنسه لما فيه من صفة هي أجود، لم يحرم عليهم ربا الفضل، وكان تحريم مبادلة الجيد بالرديء دفعاً لشبهة الربا، وسداً للذرائع^(٣). وبناء عليه حرم المالكية بيع المراطلة: وهي بيع النقد بصفه وزناً، وكان هناك اختلاف بين الذهبين في الجودة والرداءة.

(١) فتح القدير: ٢٨٢/٥، الدر المختار: ١٨٩/٤، الفروق للقرافي: ٢٦٤/٣ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص

٢٥٤، مغني المحتاج: ٢٤/٢، المغني: ١٧/٤، الأم: ٧٠/٣.

(٢) ذكرها الحنفية حديثاً، وهو غريب كما قال الزيلعي، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث ابن المسيب عن أبي

سعيد الخدري وأبي هريرة في مبادلة التمر الجنيب (الطيب) بتمر رديء من خبير، وقوله عليه السلام: «لا تفعل ولكن بع هنا، واشتر بئنه من هنا» (نصب الراية: ٣٦/٤ - ٣٧).

(٣) أعلام الموقعين: ١٤٣/٢، مصادر الحق للسهنوري: ٢٠٦/٣.

علة ربا النسيئة :

إن علة ربا النسيئة وهو ربا الجاهلية : هي أحد وصفي علة ربا الفضل : إما الكيل أو الوزن المتفق ، أو الجنس المتحد^(١) ، ومثاله : أن يشتري إنسان صاعاً من القمح في زمن الشتاء بصاع ونصف يدفعهما في زمن الصيف ، فإن « نصف الصاع » الذي زاد في الثمن ، لم يقابله شيء من المبيع ، وإنما هو في مقابل الأجل فقط ، ولذا سمي ربا النسيئة أي التأخير في أحد البدلين ، فالزيادة في أحد العوضين في مقابلة « تأخير الدفع » سواء اتحد المقدار أم اختلف . وقد كان أهل الجاهلية إذا دأب الرجل منهم أخاه ، ثم حل أجل الدين ، قال له : (إما أن تقضي أو تربي) ، فإما قضاؤه ، وإما أجله وزاده شيئاً على رأس ماله ، وفي هذا إرهاب للمدين ، وإضرار به ؛ لأن الدين قد يستغرق ماله .

وعلى هذا : إذا وجد القدر المتفق وحده كالحنطة بالشعير ، أو الجنس المتحد وحده كتفاحة بتفاحتين ، أو شعير بشعير ، حرم النساء^(٢) ، ولو كان البدلان متساويين ، حتى لو باع ملحاً بملح مثله إلى أجل ، لم يجوز ، لوجود اتحاد الجنس . وهكذا فإن حرمة ربا الفضل تتحقق بوصفين ، وحرمة النساء بأحد الوصفين .

وبما أن اتحاد الجنس كاف وحده لتحريم ربا النسيئة ، فلا يعتبر القدر هنا (وهو نصف صاع فأكثر) فلا يجوز بيع حفنة قمح بحفنتين إلى أجل ، ولا تفاحة بتفاحتين ،

(١) البدائع : ١٨٢/٥ ، فتح القدير : ٢٧١/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ . والمقصود بالقدر المتفق : أن يكون البدلان من فئة واحدة : إما فئة الكيلات أو فئة الموزونات . وأما الجنس المتحد فعناه أن يكون جنس أحد البدلين من جنس الآخر كحنطة مقابل حنطة أو ذهب مقابل ذهب مثلاً .

(٢) الحكمة في أنه يجوز بيع مد حنطة بمد شعير حالاً ولا يجوز نسيئة : هو أن البيع في الحالة الأولى لم يكن القصد منه : هو الاستغلال ، وإنما تأمين الحاجة ، وفي إلزامهم المساواة بالبيع إضرار بالناس ، وأما في الحالة الثانية فالبيع أقرب إلى القرض ، فهو مظنة لاستغلال الحاجة عند المحتاج ، وتكون الزيادة مقابل الأجل ، فيحرم النساء سداً لذريعة « إما أن تقضي وإما أن تربي » . أما إذا بيعت الحنطة مثلاً بالدرهم نساءً فذلك جائز لحاجة الناس إليه .

ولا بطيخة بيطيختين إلى أجل ونحوها، لاتحاد الجنس، بخلاف ربا الفضل كما بينا .
فإذا انتفى الجنس كحفنة بر بحفنتي شعير، يحل في الأرجح البيع مطلقاً: حالاً
ونسئته، لعدم وجود علة كل منها. وذكر عن الإمام محمد أنه حرم ذلك كله، وقال:
كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام.

حكمة التحريم:

إن حكمة تحريم ربا النسئته إجمالاً: هي ما فيه من إرهاق المضطرين، والقضاء
على عوامل الرفق والرحمة بالإنسان، ونزع فضيلة التعاون والتناصر في هذه الحياة،
واستغلال القوي لحاجة الضعيف، وإلحاق الضرر العظيم بالناس، فإذا صارت النقود
محلاً للتعامل بزيادة ربوية، كالسلع العادية حالاً أو نسئته، اختل معيار تقويم
الأموال الذي ينبغي أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض. وإذا جاز
ربا النسئته في الطعومات ببيع بعضها ببعض لأجل، اندفع الناس إلى هذا البيع،
طمعاً في الربح، فيصبح وجود الطعام حالاً عزيز المنال، فيقع الضرر في أقوات
العالم^(١).

ربا المصارف: من ربا النسئته: ما هو معروف اليوم في المصارف أو البنوك
من إعطاء مال أو قرض مال لأجل بفائدة سنوية أو شهرية كسبعة في المئة أو خمسة
أو اثنين ونصف، فهو أكل لأموال الناس بالباطل. وإن مضار الربا متحققة فيه،
فحرمته كحرمة الربا، وإثمته كإثمته^(٢)، أي أنه ربا نسئته، بدليل قوله تعالى: ﴿فإن
تبتم فلم رؤوس أموالكم﴾. وقد أصبح الربا في عرف الناس اليوم، لا يطلق إلا على
ربح المال عند تأخيره، وهو ربا النسئته الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه. وأما ربا

(١) القياس لابن القيم: ص ١١٤، الفقه على المذاهب الأربعة: ٢٤٦/٢، أعلام الموقعين: ١٣٧/٢ وما بعدها، الدر

المختار: ١٨٩/٤، فتح القدير: ٢٨٦/٥، ٢٧٨.

(٢) الفقه على المذاهب، المرجع السابق: ٢٤٧، أصول البيوع المنوعة للأستاذ عبد السميع: ١١٨.

الفضل فهو نادر الحصول ، وبه يظهر المقصود من الحديث السابق : «إنما الربا في النسيئة» وهو التنبيه على خطره وكثرة وقوعه ، كما بينا سابقاً .

الجنس المتحد والمختلف : يحرم كما بينا بيع الجنس بجنسه متفاضلين ، ويجوز التفاضل بين مختلفي الجنس عند الحنفية ، إلا في لحم الطير ، فيجوز بيع لحم الجنس الواحد منه ، كالسماني والعضاير متفاضلاً ، لأنه ليس مالاً ربوياً ، إذ لا يباع وزناً ولا كيلاً ، لكن يستثنى لحم الدجاج والإوز ، لأنه يوزن عادة ، فيحرم بيعه متفاضلاً .

والضابط لاختلاف الجنس عند الحنفية : هو بحسب اختلاف الأصل كخل التمر مع خل العنب ، ولحم البقر مع لحم الضأن ، أو باختلاف المقصود كشعر المعز وصفو الغنم ، فإنه يختلف القصد من استعمال كل منهما في الصناعات ، أو بتبدل الصفة كالخبز مع الخنطة ، فإن الخبز صار عددياً أو موزوناً ، والخنطة مكيلة . وعلى هذا فتعتبر لحوم الإبل والبقر والغنم وألبانها أجناساً مختلفة ، فيجوز التفاضل فيما بينها ، والخنطة والشعير والذرة ونحوها أجناس مختلفة ، والخبز مع الدقيق أو الخنطة جنسان ، والشحم مع اللحم جنسان ، والزيت مع الزيتون ، والزيت المطبوخ بغير المطبوخ ، جنسان لاختلاف المقصود والغرض منها ، وهكذا حسب الضابط المذكور^(١) .

أدلة الحنفية : استدلت الحنفية على أن علة الربا هي الكيل أو الوزن : بأن التساوي أو المائلة في العوضين شرط في صحة البيع ، وحرمة الربا لوجود فضل مال خال عن العوض ، وهذا يوجد في غير المنصوص عليه في الحديث السابق ، مثل الجص والحديد ونحوهما . والتساوي أو المائلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى . والقدر المتفق (وهو الكيل أو الوزن) يحقق المائلة صورة ، والجنس يحقق المائلة

(١) فتح القدير : ٢٩٧/٥ وما بعدها ، الدر المختار ورد المختار : ١٩٢/٤ وما بعدها .

معنى ؛ لأن المجانسة في الأموال عبارة عن تقارب المالية ، فالقفيز يماثل القفيز^(١) ، والدينار يماثل الدينار ، فيكون القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة ، فكان ربا ، وهذا المعنى لا يخص المطعومات والأثمان ، بل يوجد في كل مكيل يباع بجنسه ، وموزون يبادل بمثله^(٢) .

وبعبارة أخرى : إن المراد من الحنطة مثلاً في الحديث السابق هو أنها مال متقوم ، لأن البيع لا يصح إلا على مال متقوم ؛ ولا يعلم ماليتها ، إلا بالكيل ، فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص ، فكأنه عليه السلام قال : الذهب الموزون بالذهب ، والحنطة المكيلة بالحنطة . وإذا كان المطلوب للتخلص من الربا هو المماثلة بين العوضين ، فإن المماثلة في الكيل أو الوزن هي طريق الخلاص من الحرام ، والحنطة والتفاحة لا تقبل المماثلة ، فلم تكن من أموال الربا^(٣) أي ربا الفضل ، لا ربا النسيئة فإنها من أموال الربا فيها .

ويلاحظ أن الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد ، وكذلك الشعير ودقيقها ، وكذلك التمر ، والملح ، والعب ، والزبيب ، والذهب ، والفضة ، فلا يجوز بيع كل مكيل أو موزون من ذلك بجنسه متفاضلاً في الكيل أو الوزن ، وإن تساوى في النوع والصفة^(٤) .

٢- مذهب المالكية :

قال المالكية في ظاهر المذهب : علة تحريم الزيادة في الذهب والفضة هي النقدية (أي الثمنية) ، أما في الطعام : فإن العلة عندهم تختلف بين ربا النسيئة وربا الفضل .

(١) القفيز : مكيال ، وهو ثمانية مكايك والمكوك : صاع ونصف .

(٢) المبسوط : ١١٦/١٢ ، البدائع : ١٨٤/٥ ، فتح القدير : ٢٧٧/٥ .

(٣) مصادر الحق للسنهوري : ١٨٠/٣ .

(٤) البدائع : ١٨٧/٥ ، المبسوط : ١٢٢/١٢ .

فالعلة في تحريم ربا النسيئة : هي مجرد المطعومية على غير وجه التداوي ، سواء وجد الاقتيات والادخار ، أو وجد الاقتيات فقط ، أو لم يوجد واحد منهما ، مثل أنواع الخضر من قثاء وبطيخ وليون وخس وجزر ، وقلقاس ، وأنواع الفاكهة الرطبة كالتفاح والموز .

وأما العلة في تحريم ربا الفضل فهي أمران : الاقتيات والادخار ، أي أن يكون الطعام مقتاتاً أي أن الانسان يقتات به غالباً بحيث تقوم عليه بنيته ، بمعنى أنه لو اقتصر عليه يعيش بدون شيء آخر ، دون أن تفسد البنية كالحبوب كلها والتمر والزبيب واللحوم والألبان وما يصنع منها . وفي معنى الاقتيات : إصلاح القوت كملح ونحوه من التوابل والخل والبصل والثوم والزيت .

ومعنى كونه صالحاً للادخار : أنه لا يفسد بتأخيره مدة من الزمن ، لا حد لها في ظاهر المذهب ، وإنما بحسب الأمد المبتغى منه عادة في كل شيء بحسبه ، فالمرجع فيه إلى العرف دون تحديد بمدة ستة أشهر أو سنة ، كما رأى بعضهم .

ودليلهم على أن هذه هي علة تحريم الربا : هو أنه لما كان حكم التحريم معقول المعنى في الربا وهو ألا يغبن بعض الناس بعضاً ، وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش : وهي الأقوات ، كالحنطة والشعير والأرز والذرة والكِرْسَنَة والتمر والزبيب ، والبيض ، والزيت ، والبقول السبعة : وهي (العدس ، واللوييا ، والحمص ، والترمس ، والفل ، والجلبان ، والبسلة)^(١) .

وأما اتفاق الجنس واختلافه فيلاحظ أن الامام مالك يعتبر القمح والشعير والسُّلْت (وهو نوع من الشعير ليس له قشر) صنفاً واحداً ، وأن الذرة والدُّخْن والأرز صنف واحد ، وأن القَطَّاني أو البقول كالفل والعدس والحمص وشبه ذلك كلها صنف واحد ، وعلى هذا لا يجوز التفاضل بين القمح والشعير ، ويجوز بين القمح

(١) المنتقى على الموطأ : ١٥٨/٤ ، بداية المجتهد : ١٣١/٢ ، حاشية الدسوقي : ٤٧/٣ ، الخطاب : ٣٤٦/٤ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٥١/٢ .

والذرة . وأما اللحوم عند مالك فهي ثلاثة أصناف : فلهم ذوات الأربع صنف ، ولحم الطيور صنف ، ولحم الحيتان صنف^(١) .

٣- مذهب الشافعية :

قال الشافعية : العلة في الذهب والفضة : هي النقدية أو الثمنية ، أي كونها أثماً للأشياء ، سواء أكانا مضروبين ، أم غير مضروبين (مسكوكين) ، ولا أثر لقيمة الصنعة في الذهب والفضة ، فلو اشترى رجل بدنانير ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير ، اعتبرت المائثة في الكمية ، ولا نظر إلى القيمة . والمقصود بعله الربا في الذهب والفضة على المعتمرو جنسية الأثمان غالباً ، وهي منتفية عن الفلوس (وهي القروش وغيرها المصنوعة من معادن غير الذهب والفضة كالنيكل والبرونز والنحاس) وغيرها من سائر عروض التجارة ، لأنها قيم الأشياء ؛ لأن الأواني والتبر والحلي يجري فيها الربا وليس مما يقوم بها ، واحترز بغالباً : عن الفلوس إذا راجت فإنه لا ربا فيها . ولا أثر لقيمة الصنعة في ذلك ، حتى لو اشترى بدنانير ذهباً مصوغاً ، قيمته أضعاف الدنانير ، اعتبرت المائثة ، ولا نظر إلى القيمة .

وبما أن الفلوس ومنها النقود الورقية الحالية أصبحت هي أثمان الأشياء غالباً ، فإنني أرى جريان الربا فيها ، وهو الموافق لمذهب الحنفية .

وأما العلة في الأصناف الأربعة الباقية ، فهي الطعمية - بضم الطاء ، أي كونها مطعومة . والمطعوم يشمل أموراً ثلاثة :

أحدها : ما قصد للطعم والقوت كالبر والشعير ، فإن المقصود منها القوت أي الأكل غالباً ، ويلحق بهما ما في معناهما كالقول والأرز والذرة والحمص والتمرس ونحوها من الحبوب التي تجب فيها الزكاة .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٥٢ .

ثانيها : أن يقصد به التفكه ، وقد نص الحديث على التمر ، فيلحق به ما في معناه ، كالزبيب والتين .

ثالثها : أن يقصد به إصلاح الطعام والبدن : أي للتداوي . وقد نص الحديث على الملح ، فيلحق به ما في معناه من الأدوية القديمة كالسنامكي والسقمونيا والزنجبيل ، ونحوها من العقاقير المتجانسة كالحبة اليابسة .

وعلى هذا فلا فرق بين ما يصلح الغذاء أو يصلح البدن ، فإن الأغذية لحفظ الصحة ، والأدوية لرد الصحة . وبه يكون المطعوم : كل ما قصد للطعم (أي الأكل غالباً) اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً . وتكون علة الربا عند الشافعية هي : الطعم أو التقدية ؛ أما ما ليس بطعم كالجس أو الحديد ، فإنه يصح بيعه بجنسه متفاضلاً ، كعروض التجارة ، لأنها أي المذكورة كلها ليست أثماناً .

ودليلهم : أن الحكم إذا علق باسم مشتق دلّ على أن المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم ، مثل قوله سبحانه : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ففهم أن السرقة هي علة قطع اليد ، وإذا كان هذا هو المقرر ، فقد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال : كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : « الطعام بالطعام مثلاً بمثل »^(١) فتبين أن الطعم هو علة الحكم ، لأن الطعام مشتق من الطعم ، فهو يعم المطعومات ، وهذا وصف مناسب ، لأنه ينبئ عن زيادة الخطر (أي الأهمية) في الأشياء الأربعة التي نص عليها الحديث ؛ لأن حياة النفوس بالطعام . وكذلك الثنية معنى مناسب ، لأنه ينبئ عن زيادة خطر ، وهو شدة الحاجة إلى التقدين (الذهب والفضة) أو ما يقوم مقامهما من النقود الورقية ، وفقاً للتخريج والتصحيح الذي رأيت ، خلافاً للمعتمد في المذهب الشافعي في العرف الماضي .

أما القدر الذي قال به الحنفية ، فلا ينبئ عن زيادة خطر في الأشياء .

(١) رواه مسلم وأحمد عن معمر بن عبد الله (راجع نصب الراية : ٣٧/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٣٥ ، نيل الأوطار : ١٩٢/٥) .

وعلى هذا : إذا بيع الطعام بالطعام أو النقد بالنقد ، حالة اتحاد الجنس كحنطة بحنطة ، وفضة بفضة ، مضروبين كانا أو غير مضروبين كالحلي والتبر ، اشترط في صحة البيع ثلاثة أمور : الحلول « بأن لا يذكر في العقد أجل مطلقاً » والمماثلة يقيناً بحسب المعيار الشرعي « وهو الكيل فيما يكال ، - الوزن فيما يوزن ، بحسب عادة أهل الحجاز في عهد الرسول عليه السلام ، وفي غير ذلك تعتبر عادة بلد البيع حالة البيع » والتقابض « أي القبض الحقيقي للعوضين مطلقاً » قبل التفريق من المجلس . واشترط التقابض زيادة عما اشترطه الحنفية من المساواة في العينية أي تعيين كل من البديلين ، سواء في حالة اتفاق الجنس أو اختلاف الجنس ، لقوله عليه السلام « يبدأ بيد » في كل من الحالتين .

فإذا اختلف الجنس كحنطة وشعير جاز التفاضل ، ويشترط الحلول والتقابض قبل التفريق . قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواءً بسواء ، يبدأ بيد ؛ فإذا اختلفت هذه الأجناس ، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يبدأ بيد » أي مقابضة ، ويؤخذ من ذلك اشتراط الحلول . فإذا بيع الطعام بغيره كنقد أو ثوب ، أو غير الطعام بغير الطعام ، وليساً نقدين ، كحيوان بحيوان ، لم يشترط شيء من الشروط الثلاثة السابقة ، أي فلا ربا فيه . والسبب في أنه لا ربا في الحيوان مطلقاً : هو أنه لا يعد للأكل على هيئته ، وقد اشترى ابن عمر رضي الله عنهما بغيراً بغيرين بأمره صلى الله عليه وسلم ^(١) .

اتحاد الجنس واختلافه : كل شيئين متفقين في الاسم الخاص من أصل الخلقة كتمر وتين من نوعين ، أو متحدين في أصلها كدقيق من حنطتين : هما جنس واحد عند الشافعية ، وكل شيئين مختلفين في الاسم من أصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر

(١) معني المحتاج : ٢٢/٢ - ٢٥ ، حاشية قليوبي وعميرة : ١٦٧/٢ وما بعدها ، حاشية الشرقاوي : ٢٢/٢ وما بعدها ، المهذب : ٢٧٢/١ .

والزبيب ، أو متخذين من أصلين مختلفين كأدقة الأصول المختلفة الجنس وخلوها وأدهانها واللحوم والألبان ، هما جنسان مختلفان .

وعلى هذا فدقيق البر ودقيق الشعير ، وخل التمر وخل العنب ، ولحم البقر ولحم الضأن ، ودهن الجوز ودهن اللوز ، ولبن البقر ولبن الضأن ، والإنسي من البقر والوحش ، هما جنسان مختلفان يجوز بيعهما مع التفاضل ، ويؤوض الطيور أجناس ، والكبد والطحال والقلب والكرش والرئة والمخ : أجناس ، وإن كانت من حيوان واحد لاختلاف أسمائها وصفاتها ، وشحم الظهر والبطن واللسان والرأس والأكارع : أجناس ، والبطيخ الأصفر والأخضر والخيار والقثاء : أجناس ، وأما الطيور : فالعصافير على اختلاف أنواعها جنس ، والبطوط جنس ، وأنواع الحمام جنس واحد على الأصح ^(١) .

٤ - مذهب الحنابلة :

في هذا المذهب ثلاث روايات بالنسبة لعله الربا : أشهرها مثل مذهب الحنفية : وهي أن الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس هو علة الربا ، فيجري الربا في كل مكيل أو موزون يجنسه ، مطعوماً كان أو غير مطعوم ، كالحبوب والأشنان والنورة والقطن والكتان والصوف والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحوها ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن ، لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تبيعوا الدينار ، بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين ، ولا الصاع بالصاعين ، فإني أخاف عليكم الرماء » (والرماء : هو الربا) فقام إليه رجل فقال : « يا رسول الله ، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس ، والنجبية بالإبل ؟ فقال : لا بأس إذا كان يداً بيد » ^(٢)

(١) معني المحتاج : ٢٣/٢ وما بعدها ، المهذب : ٢٧٢/١ .

(٢) رواه أحد الطبراني في الكبير بنحوه ، قال الهيثمي : وفيه أبو جناب وهو ثقة ولكنه مدلس (راجع جامع

الأصول : ٤٦٩/١ ، مجمع الزوائد : ١١٣/٤ ، نصب الراية : ٥٦/٤) .

وروى أنس أن النبي ﷺ قال : « ما وزن مثلاً بمثل ، إذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل فمثل ذلك ، فإذا اختلف النوعان ، فلا بأس به »^(١) .

الأ أن الحنابلة خلافاً للحنفية قالوا : يحرم ربا الفضل في كل مكيل أو موزون بجنسه ، ولو كان قليلاً كتمر بتمر ، وما دون الأرزة من نقد « ذهب أو فضة » ، لا في ماء ، ولا فيما لا يوزن عرفاً : لصاعته من غير ذهب أو فضة ، كعمول من نحاس أو حديد أو قطن ونحوه .
والرواية الثانية : كذهب الشافعية .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والفضة : كونه مطعوماً إذا كان مكيلاً أو موزوناً ، فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالتفاح والرمان والخوخ والبطيخ والكثرى والسفرجل والإجاص والخيار والجوز والبيض ، ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد والرصاص ونحوه . وهذا قول سعيد بن المسيب كما قدمنا^(٢) . ودليله قوله عليه السلام : « لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب »^(٣) .

اتحاد الجنس واختلافه : مذهب الحنابلة في هذا الموضوع مثل مذهب الشافعية فإنهم قالوا^(٤) : كل نوعين اجتمعا في اسم خاص ، فهما جنس واحد كأنواع التمر ، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيها حكم الشرع بتحريم التفاضل ، وإن اختلفت الأنواع ، لقوله ﷺ : « التمر بالتمر مثلاً بمثل » فاعتبر المساواة في جنس التمر ، ثم قال : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » وفي لفظ « فإذا اختلف الجنس .. » وفي لفظ « إلا ما اختلفت ألوانه » .

(١) رواه الدارقطني عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك (راجع نيل الأوطار : ١٩٣/٥) .

(٢) المغني : ٣/٤ - ٥ ، أعلام الموقعين : ١٣٦/٢ وما بعدها ، غاية المنتهي : ٥٤/٢ .

(٣) رواه الدارقطني في سننه عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : « لا ربا إلا في ذهب أو فضة ، أو ما يكال ، أو يوزن ، أو يؤكل ، أو يشرب » وهو حديث مرسل . ورواه البيهقي موقوفاً على ابن المسيب (انظر نصب الراية : ٣٦/٤) .

(٤) راجع المغني : ٢٠/٤ ، غاية المنتهي : ٥٥/٢ .

فإن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصليين مختلفين ، فهما جنسان ، أي أن كل شيئين أصلهما واحد ، فهما جنس واحد ، وإن اختلفت مقاصدهما خلافاً للحنفية . وعلى هذا فالتمور كلها جنس واحد ؛ لأن الاسم الخاص يجمعها ، ودهن الورد والبنفسج والزئبق ودهن الياسمين المأخوذ من أصل واحد وهو الزيت أو الشيرج : جنس واحد^(١) ، والأدقة والأخباز والخلول والأدهان واللحم واللبن والجبن والسمن وعصير الأشياء المختلفة ، كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، ودقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان ، وكذا أنواع الزيوت من الزيتون والقطن ، والأدهان من السمك والشيرج والبرز ونحوها : أجناس مختلفة .

٥- مذهب الظاهرية :

قال الظاهرية وأبو بكر بن الطيب : الربا غير معلل ، وهو مخصص بالمنصوص عليه فقط^(٢) ، وذلك لأنهم ينكرون القياس ، وقد بين الشارع أن الربا يجري في الأصناف الستة ، فيبقى ما عداها على الأصل وهو الإباحة .
والخلاصة : أن العلة في تحريم التفاضل في الطعام عند الحنفية والحنبلية الكيل والوزن ، وعند مالك الاقتيات والادخار ، وعند الشافعي : الطعمية .

وأما جواز الزيادة في غير النقدين والمطعمات عند المالكية والشافعية أو غير المكيل والموزون عند الحنفية والحنابلة فلأنها لا تمس حياة الناس الضرورية ، سواء في أقواتهم أم في نشاطهم الاقتصادي ، إذ أن الطمع في الربح لا يؤدي إلى إلحاق الضرر الكبير بهم .

(١) أما عند الحنفية : دهن البنفسج ودهن الورد ، وإن كان أصلهما واحداً لكن المقصود منها مختلف ، فهما جنسان ، فيجوز بيع أحدهما بالآخر مع التفاضل بينها ، كالزيت مع الزيتون ، والشيرج مع السمك ، والزيت المطبوخ بغير المطبوخ ، يجوز التفاضل بينها وزناً لاختلاف أجناسها ، فلو اتحد الجنس لم يميز متفاضلاً (الدر المختار : ١٩٤/٤) .

(٢) راجع المحلى لابن حزم : ٤٦٨/٨ .

ترجيح :

قال ابن رشد المالكي : ولكن إذا تؤول من طريق المعنى ظهر- والله أعلم- أن علة الحنفية أولى العلل وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا : إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوي ، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات ، جعل الدينار والدرهم لتقويمها « أعني تقديرها » ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات « أعني غير الموزونة والمكيلة كالثياب » : العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه كنسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه . فإذا اختلفت هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة ، والعدل في المكيلات والموزونات إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن^(١) . إلا أن هذا الرأي وسع كثيراً من نطاق دائرة الربا باجتهاد لا يؤيده العقل والنقل .

وقد رجح ابن القيم مذهب الإمام مالك في أن علة الربا هي القوت والادخار فيما يتعلق بغير النقدين . وأما النقدان فالعلة فيها الثمنية كما قال الشافعية ، إذ لو كان النحاس والحديد ربويين لم يجوز بيعها إلى أجل بدراهم تقدماً ، فإن ما يجري فيه الربا إذا اختلف جنسه جاز التفاضل فيه دون النساء أي التأخير .

وأيضاً فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة ، بخلاف التعليل بالثمنية ، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات ، والثن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال ، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض ، حتى لا تفسد معاملات الناس ، ويقع الاختلاف ، ويشتد الضرر ، فلا تكون الدراهم والدنانير مجالاً صالحاً للتجارة^(٢) .

ورجح الأستاذ السنهوري مذهب الشافعي في علة الربا ، لأنه نظر إلى اعتبار

(١) بداية المجتهد : ١٣١/٢ .

(٢) أعلام الموقعين : ١٣٧/٢ .

اجتماعي اقتصادي ، فننفذ بذلك إلى لب الموضوع ووقف عند المعنى البارز الذي ينبغي الوقوف عنده . أما اعتبار الحنفية فهو اعتبار منطقي أقرب إلى الشكل منه إلى الجوهر^(١) .

أصول الربا : قال ابن رشد : أصول الربا خمسة : أنظرني أزدك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، وبما أنه عرفنا هذه الأصول ما عدا قاعدتين فقد وجدنا ضرورة لشرحها .

قاعدة « أنظرني أزدك » : حرام باتفاق العلماء : وهي : أن يكون للرجل دين عند آخر ، فيؤخره به على أن يزيده في قدر الدين ، وذلك كان ربا الجاهلية ، سواء أكان الدين طعاماً أم نقداً ، وسواء أكان من سلف أم يبيع أم غيرها . ووسيلة ذلك أن يبيع الدائن للمدين سلعة بثمن مؤجل إلى وقت معين يشتمل الثمن على زيادة عن الثمن النقدي .

قاعدة « ضع وتعجل » : حرام أيضاً عند أئمة المذاهب الأربعة ؛ لأن نقص ما في الذمة لتعجيل الدفع شبيه بالزيادة ؛ لأن المعطي جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلاً منه .

ومعنى القاعدة : أن يكون لشخص على آخر دين لم يحل ، فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه . ومثل ذلك أن يعجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر ، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه نقداً وبعضه عرضاً^(٢) . ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق ، ويجوز أن يعطيه في دينه المؤجل عرضاً قبل الأجل وإن كانت قيمته أقل من دينه^(٣) .

(١) مصادر الحق : ١٨٤/٣ .

(٢) النقد : الذهب والفضة أو ما يحل محلها من الأوراق النقدية ، والعرض ما سوى ذلك من السلع والأمتعة .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٥٢ ، ٢٨٩ ، بداية المجتهد : ١٢٧/٢ ، ١٤٢ ، أعلام الموقعين : ١٣٥/٢ ، الربا والمعاملات

في الإسلام للشيخ رشيد رضا : ص ٧٠ .

المطلب الرابع - ما يترتب على الاختلاف في علة الربا

يترتب على الاختلاف في علة الربا بين الحنفية والشافعية أمور كثيرة، منها ما يتعلق بربا الفضل، ومنها ما يتعلق بربا النسيئة.

أما ما يتعلق بربا الفضل، فيظهر أثر الخلاف فيما يأتي:

١- في بيع مطعوم بجنسه غير مقدر: أي « غير مكيل ولا موزون »، كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها، أو بطيخة ببطيختين، أو تفاحة بتفاحتين، أو بيضة ببيضتين، أو جوزة بجوزتين أو أكثر ونحو ذلك، يجوز هذا عند الحنفية لعدم العلة: وهي القدر، إذ لا تقدير في الشرع بأقل من نصف صاع بالنسبة للمكيلات، وأما في الموزون: وهو الذهب والفضة، فلا تقدير بما دون الحبة، إذ لا قيمة له^(١).

ولا يجوز ذلك عند الشافعية لوجود علة الربا عندهم وهي الطعم؛ لأن الأصل عندهم هو تحريم بيع المطعومين ببعضها، أخذاً من حديث: « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » والمساواة بين المطعومين في البيع مخلص من الحرمة، فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة، لأنها هي الأصل، فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين ونحوهما.

والتعليل بالقدر عند الحنفية يقتضي تخصيص نص الحديث السابق: « البر بالبر مثلاً بمثل ... »^(٢) فيجوز عندهم بيع الحفنة بالحفنتين ونحوهما.

٢- في بيع مقدر بمقدر غير مطعوم: أي بيع مكيل بجنسه غير مطعوم، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا نقد، كبيع قفيز حص بقفيزي حص، أو رطل حديد برطلين منه ونحوهما.

فلا يجوز ذلك عند الحنفية لوجود علة الربا، وهي الكيل مع الجنس في بيع

(١) المبسوط: ١١٤/١٢، فتح القدير: ٢٧٨/٥ وما بعدها، البدائع: ١٨٥/٥، رد المحتار: ١٨٨/٤.

(٢) فتح القدير: ٢٧٦/٥.

الجص ، أو الوزن مع الجنس في بيع الحديد^(١) .

ويجوز ذلك عند الشافعية لعدم وجود علة الربا ، وهي الطعم أو الثنية . واتفق الحنفية مع الشافعية على أنه لو باع قفيز^(٢) أرز بقفيزي أرز لا يجوز ، لوجود الكيل مع الجنس عند الحنفية ، ولوجود الطعم مع الجنس عند الشافعية .

واتفقوا أيضاً على أنه إذا باع رطل زعفران^(٣) برطلين منه ، أو رطل سكر برطلين من السكر : لا يجوز لوجود الوزن والجنس عند الحنفية ، ولوجود الطعم والجنس عند الشافعية .

واختلف الفقهاء فيما يتعلق بشرط الجنس في بعض النواحي المتعلقة بتحقيقه ، منها ما يأتي :

أ - بيع الدقيق بمثله أو بالحب :

قال الحنفية : لا يصح بيع الدقيق المأخوذ من جنس بجنسه ، فلا يصح بيع الدقيق المأخوذ من القمح بالقمح ، وكذا المأخوذ من الذرة بالذرة وهكذا ، سواء أكانا متساويين أم لا ؛ لأن التساوي في مثل ذلك غير محقق .

أما بيع الدقيق المأخوذ من جنس بغير جنسه ، فإنه يصح كالدقيق المأخوذ من القمح إذا بيع بالشعير ، فإنه يصح ، لاختلاف الجنس متى كان يبدأ بيد .

وأما بيع الدقيق بالدقيق المتحد الجنس ، فإنه يجوز بشرط التساوي في الكيل والنوعية والخشونة .

(١) البسوط : ١١٤/١٢ ، البدائع : ١٨٥/٥ ، فتح القدير : ٢٧٩/٥ ، الدر المختار : ١٨٨/٤ .

(٢) القفيز مكيال يبلغ حوالي ٢٧,٨١٧ كيلو غراماً ، والجريب : مكيال قدره أربعة أقفزة . والقفيز في المساحة من الأرض عشر الجريب ، والجريب عشرة آلاف ذراع .

(٣) الزعفران غير العصفر . فالأول من نبات أصفر الزهر له أصل كالبصل . والثاني من نبات معروف له زهر برتقالي في وعاء له شوك ناعم .

ويجوز بيع الخبز بالحنطة أو بالدقيق وبالعكس متساوياً ومتفاضلاً؛ لأن الخبز صار بالصنعة جنساً مختلفاً مع الحنطة، حتى خرج من أن يكون مكيلاً، والحنطة والدقيق مكيلان، فلم يجمع بين الخبز والحنطة أو الدقيق القدر ولا الجنس، فجاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة، ولا يشترط فيه التقابض، وإنما يشترط التعيين^(١).

وقال المالكية: لا يصح بيع الحب والدقيق، أحدهما بالآخر، إلا مثلاً بمثل بدون زيادة، فلو باع قحاً بدقيق مأخوذ منه، فإنه يصح إذا كانا متساويين بالوزن.

فإذا اختلف الجنس، كأن باع دقيقاً من الذرة بحب من القمح، فإنه يصح بيعه متفاضلاً بشرط التقابض في المجلس.

وكذلك يصح بيع الخبز بالحنطة؛ لأن صنعة الخبز جعلته جنساً منفرداً.

وأما بيع الدقيق بمثله فلا يصح مطلقاً^(٢).

وقال الشافعية: لا يصح بيع دقيق بجنسه، فلا يصح بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة مثلاً، لانتفاء الماثلة اليقينية بينهما، بسبب النعومة الطارئة عليه، إذ قد يكون أحد البدلين أنعم من الآخر، فلا ينكسب في الكيل.

وكذلك لا يصح بيع دقيق الحنطة بحب الحنطة، كما لا يصح بيع الخبز بهما، ويصح بيع الخبز ببعضه، والدقيق ببعضه، إذا اختلف الجنسان، كأن يكون خبز قمح بخبز شعير أو دقيق قمح بدقيق ذرة، لاختلاف الجنس^(٣).

وقال الحنابلة: لا يصح بيع الدقيق بالحب المأخوذ منه مطلقاً، لأنه يشترط

(١) البدائع: ١٨٩/٥، فتح القدير: ٢٨٨/٥ وما بعدها، الدر المختار ورد المختار: ١٩٤/٤ وما بعدها، الفقه على

المذاهب: ٢٥٤/٢.

(٢) بداية الجتهد: ١٢٦/٢، حاشية الدسوقي: ٥٢/٣، الفقه على المذاهب: ٢٥٢/٢.

(٣) المهذب: ٢٧١/١، مغني المحتاج: ٢٢/٢، الفقه على المذاهب: ٢٥٥/٢.

التساوي في بيع الجنس الواحد ببعضه ، ولا يصح بيع الخبز بالحب المأخوذ منه ، كما لا يصح بيعه بدقيقه .

وأما بيع الدقيق بمثله من نفس الجنس ، فإنه يجوز كيلاً كما يقول الحنفية ، بشرط التساوي في النعومة^(١) .

والخلاصة : أن في بيع الدقيق بمثله رأيين :

رأي يميز ذلك : وهم الحنفية والحنابلة .

ورأي لا يميز ذلك : وهم المالكية والشافعية .

٢- بيع الحيوان بلحم :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه ، لأنه بيع ماهو موزون بما ليس بموزون ، وهو جائز كيفما كان بشرط التعيين^(٢) .

وقال الأئمة الثلاثة غير الحنفية : لا يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه ، فلا يجوز بيع شاة مذبوحة بشاة حية يقصد منها الأكل^(٣) لما روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم^(٤) وروى عن النبي ﷺ أنه نهى أن يباع حي بميت^(٥) ؛ ولأن اللحم نوع فيه الربا ، بيع بأصله الذي فيه منه ، فلم يجوز بيع

(١) المغني : ٢٤/٤ ، الفقه على المذاهب : ٢٥٥/٢ .

(٢) فتح القدير : ٢٩٠/٥ ، الدر المختار : ١٩٢/٤ ، البدائع : ١٨٩/٥ .

(٣) بداية المجتهد : ١٣٦/٢ ، حاشية الدسوقي : ٥٤/٣ ، المهذب : ٢٧٢/١ ، مغني المحتاج : ٢٩/٢ ، المغني : ٣٢/٤ ، أعلام الموقعين : ١٤٥/٢ .

(٤) رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب مرسلًا ، وله شواهد عن ابن عمر عند الزبار ، وعن الحسن عن سمرة عند الحاكم والبيهقي وابن خزيمة وله لفظ آخر : « نهى عن بيع الحي بالميت » قال في نيل الأوطار : ٢٠٣/٥ : « ولا يخفى أن الحديث ينتهز للاحتجاج بمجموع طرقه » (راجع جامع الأصول : ٤١٣/١ ، نصب الرأية : ٢٩/٤) .

(٥) رواه البيهقي عن رجل من أهل المدينة ، قال البيهقي : وهذا مرسل يؤكد مرسل ابن المسيب أي الحديث السابق (راجع نصب الرأية : ٢٩/٤) .

السَّمِيمَ بِالشَّيْرَجِ ، للجهل بالمائثة فيما تطلب فيه المائثة ، والجهل بالمائثة كحقيقة المفاضلة^(١) .

وأما ما يترتب على الاختلاف في ربا النسيئة بين الشافعية والحنفية فيظهر فيما يأتي :

أولاً- بعض الخلافات ترجع إلى أصل الخلاف في علة الربا التي هي عند الحنفية كما عرفنا الكيل أو الوزن ، وعند الشافعية : الطعم .

إذا باع شخص قفيز حنطة بقفيز شعير نسيئة مؤجلة ، أو ديناً موصوفاً في الذمة غير مؤجل^(٢) : لا يجوز بالاتفاق ، لوجود علة ربا النسيئة : وهي أحد وصفي علة ربا الفضل وهو هنا الكيل عند الحنفية ، والطعم عند الشافعية .

وتظهر ثمرة الخلاف في حالتين :

١- في بيع غير المطعوم : إذا باع قفيز حص بقفيز نورة^(٣) مؤجلاً عن طريق السلم ، أو غير مؤجل عن طريق البيع ديناً في الذمة : لا يجوز عند الحنفية لوجود الكيل ، وعند الشافعية : يجوز لعدم الطعم .

ولو أسلم رطل حديد برطلي حديد : لا يجوز عند الحنفية لوجود الوزن المتفق لكونها موزونين ، وعند الشافعية يجوز لعدم الطعم أو الثنية .

ولو باع رطل سكر برطل زعفران ديناً في الذمة : لا يجوز بالاتفاق لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل ، وهو هنا الوزن المتفق عند الحنفية ، ولوجود الطعم عند الشافعية .

(١) تخريج الفروع على الأصول : ص ٧١ .

(٢) أي أن الثن شيء غير معين ، فيحصل الربا ، لأن العين خير من الدين ، لأن الدين قد يختلف عن الوصف وقد لا يقوم الملتزم بشيء بتسليم ما يجب عليه .

(٣) النورة : حجر الكلس ، ثم غلب على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنينخ وغيره ، ويسمى عمل لإزالة الشعر .

أما لو أسلم الدراهم أو الدنانير في زعفران ، أو في قطن أو حديد : فإنه يجوز بالاتفاق لانعدام علة الربا : وهي القدر المتفق أو الجنس المتحد . أما المجانسة فغير متحققة كما هو واضح ، وأما القدر المتفق فغير متحقق أيضاً ؛ لأن وزن الثمن يخالف وزن المثلن ، فإن الدراهم توزن بالمثلث ، والقطن والحديد والزعفران يوزن بالقبان ، فلم يتحقق القدر ، فلم توجد العلة ، فلا يتحقق الربا .

ولو أسلم نقرة^(١) فضة في نقرة ذهب ، أو تبر ذهب في نقرة فضة ، أو المصوغ من أحدهما في ذهب أو فضة : لا يجوز بالاتفاق لوجود الوزن المتفق عند الحنفية ، فإنها يوزنان بالثاقيل^(٢) ، ولوجود الثمنية عند الشافعية ، لأنها أصل الأثمان .

٢- في بيع المطعوم بالمطعوم من قدر مختلف :

لو أسلم الخنطة في الزيت : جاز عند الحنفية ؛ لأن أحدهما مكيل والآخر موزون ، فكانا مختلفين قدراً . وعند الشافعية : لا يجوز لوجود الطعم^(٣) .

ثانياً - بعض الخلافات ترجع إلى الخلاف في الجنس وحده : هل هو علة أم لا ؟:

سبقت الإشارة إلى أن الجنس وحده يصلح علة لربا النسيئة عند الحنفية ؛ لأن علة الربا هي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس ، وكل علة ذات وصفين مؤثرين لاتم العلة إلا بهما ، فيكون لكل منهما شبهة العلية ، وشبهة العلية تثبت بها شبهة الحكم ، أي أن الجنس ركن في العلة ، لا مجرد شرط .

وعند الإمام الشافعي : الجنس بانفراده لا يصلح علة لتحريم ربا النسيئة ؛ لأن

(١) النقرة : هي القطعة المذابة من الفضة أو الذهب .

(٢) المثقال : درهم وثلاثة أسباع الدرهم وهو (٢٤) قيراطاً ، ويساوي (٤,٨٠) غم .

(٣) انظر البدائع : ١٨٦/٥ وما بعدها .

الجنس محل التحريم أو هو شرط فقط في علة الربا ، والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الإحصان ، والسبب فيه : أن العلة هي اسم لوصف مناسب للحكم ، فيعلل الحكم بعلة تناسب المقصود منه ، وهي الطعم لبقاء الإنسان به ، والثنية لبقاء الأموال التي هي مناط مصالح الناس بها ، ولا أثر للجنسية ، فجعل شرطاً^(١) .

ويترتب على ذلك ما يأتي :

لا يجوز إسلاف الجوز في الجوز ، والبيض في البيض ، والتفاح في التفاح ، والحفنة في الحفنة بالاتفاق لوجود الجنس عند الحنفية ، ولوجود الطعم عند الشافعي .

ولا يجوز إسلاف الثوب المهرّوي مثلاً في الثوب المهرّوي عند الحنفية لوجود الجنس . وعند الشافعي : يجوز ؛ لأن الجنس عنده لا يكفي وحده لتحريم الربا .

ويجوز أن يسلم ثوباً هروياً في ثوب مَرّوي بالاتفاق ، لعدم وجود الجنس عند الحنفية ، ولعدم وجود الطعم أو الثنية عند الشافعية .

، ولو أسلم الفلوس في الفلوس لا يجوز عند الحنفية لوجود الجنس . وعند الشافعية : لا يجوز أيضاً لوجود الثنية .

والسبب في أن الجنس وحده يحرم الربا عند الحنفية ، كما في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة أي إلى أجل : هو أن عقد البيع يقتضي المساواة في البدلين ، ولا مساواة بين المدفوع حالاً ، والمدفوع نسيئة ؛ لأن العين خير من الدين ، والمعجل أكثر قيمة من المؤجل ، وهذا المعنى كما هو موجود في المطعومات والأثمان أي (النقود) موجود في غيرها . يؤكد قوله عليه السلام : « لا ربا إلا في النسيئة » وقوله ﷺ :

(١) فتح القدير : ٢٧٦/٥ ، ٢٨٠ ، المبسوط : ١٢٢/١٢ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ ، المهذب : ٢٧١/١ وما بعدها .

« إنما الربا في النسيئة »^(١) والنص مطلق لم يفرق بين المطعوم والأثمان وغيرها ، فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الإطلاق^(٢) لتحقق علة الربا عندهم : وهي اتفاق الجنس .

وقال مالك : لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة أي إلى أجل فيما تشابهت منافعه كشاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل . ويجوز فيما اختلفت منافعه ، كبيع البعير النجيب ببعيرين للحمولة^(٣) ، وعمدته في حالة المنع سد الذريعة إلى الربا .

أما الشافعية فقالوا : كل ما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيه الربا ، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ونسيئة ، ويجوز فيه التفرق قبل التقابض ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً فنفتد الإبل ، فأمرني أن أخذ على قلاص^(٤) الصدقة ، فكنت أخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة »^(٥) .

وعن علي كرم الله وجهه أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً^(٦) . وباع ابن عمر

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي ، فهو حديث صحيح ، وله ألفاظ منها « الربا في النسيئة » وفي رواية « إنما الربا في النسيئة » وفي رواية « لا ربا فيما كان يداً بيد » قال البيهقي : يحتل أن الراوي اختصره ، فيكون النبي ﷺ سئل عن الربا في صنفين مختلفين : ذهب بفضة ، أو تمر بحنطة ، فقال « إنما الربا في النسيئة » فأداه الراوي دون ذكر سؤال السائل (راجع جامع الأصول : ٤٦٧/١ ، نصب الراية : ٢٧/٤) .

(٢) البدائع : ١٨٧/٥ .

(٣) بداية المجتهد : ١٣٢/٢ .

(٤) القلاص جمع قلوص وهي من الإبل : الفتية الشابة بمنزلة الجارية من النساء .

(٥) أخرجه أحمد وأبو داود والدارقطني بمعناه والحاكم في المستدرک ، وقال : صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه ، وضعفه بعضهم بمحمد بن إسحق إلا أن الحافظ ابن حجر قوّى إسناده ، ورواه البيهقي في سننه من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (راجع نصب الراية : ٤٧/٤ ، نيل الأوطار : ٢٠٤/٥ ، جامع الأصول : ٤٧٣/١) .

(٦) رواه الامام مالك في الموطأ (راجع تنوير الحوالك شرح موطأ مالك : ١٤٨/٢ ، جامع الأصول : ٤٧٤/١) .

رضي الله عنهما بعيراً بأربعة أبعرة^(١) ونحو ذلك كثير^(٢) .

وأصح الروايات الأربعة عن الإمام أحمد^(٣) مثل الشافعية أي جواز بيع الحيوان بجنسه أو بغيره متساوياً ومتفاضلاً ، واتفق الأئمة على بيع الحيوان بالحيوان متفاضلاً إذا كان يداً بيد أي كان البيع حالاً ، غير مؤجل .

وبعد : فإن ربا النسيئة الجاهلي محرم لذاته منعاً من إلحاق غبن كبير بأحد الطرفين ، نتيجة للتقلبات المفاجئة في أسعار السلع بسبب أو آخر ، وللقضاء على استغلال عجز المدين عن وفاء الدين . وربا الفضل محرم سداً للذريعة أي منعاً من التوصل به إلى ربا النسيئة ، وما حرم لذاته لا يباح إلا للضرورة كالميتة والدم ولحم الخنزير ، وما حرم سداً للذريعة أيبح للحاجة إليه وللمصلحة الراجعة على المفسدة^(٤) ، والمسلم وحده يمكن أن يقدر الضرورة أو الحاجة المحدقة به .

ويمكن القول بأن تحريم ربا الفضل ليس لكونه مجرد وسيلة إلى ربا النسيئة ، وإنما هو ربا حقيقي ، لقول النبي ﷺ لبلال : « عين الربا » حينما باع صاعين من تمر رديء بضاع من تمر جيد هو التمر البرني . وذلك لأنه يعتمد تارة على استغلال جهل الناس بأصناف الأنواع ، وتارة يعتمد على استغلال حاجتهم إلى نوع معين .

(١) أخرجه الموطأ والبخاري عن عبد الله بن عمر (المرجعان السابقان) .

(٢) المهذب : ٢٧١/١ .

(٣) المغني : ٤ / ١١ وما بعدها .

(٤) راجع كتاب « الربا والمعاملات في الإسلام » للسيد رشيد رضا : ص ٩٧ ، ٩٩ ، ومقدمته : ص ٥ لأستاذ بهجت البيطار ، وراجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف لمعرفة الفرق بين الضرورة والحاجة .

بيوع الأمانة المرابحة والتولية والوضيعة

أشرنا سابقاً إلى أن البيع ينقسم من ناحية البدل إلى خمسة أقسام :

- ١- بيع المساومة : هو البيع بأي ثمن كان من غير نظير إلى الثمن الأول الذي اشترى به الشيء ، وهو البيع المعتاد .
- ٢- بيع المربحة : هو البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح . وصورة المربحة كما ذكر المالكية : هي أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ، ويأخذ منه ربحاً إما على الجملة مثل أن يقول : اشتريتها بعشرة وتربحني ديناراً أو دينارين ، وإما على التفصيل وهو أن يقول : تربحني درهماً لكل دينار ، أو نحوه^(١) ، أي إما بمقدار مقطوع محدد ، وإما بنسبة عشرية .
- ٣- بيع التولية : هو البيع بمثل الثمن الأول أي برأس المال من غير زيادة ربح ، فكأن البائع جعل المشتري يتولى مكانه على المبيع .
- ٤- بيع الإشارك : هو كبيع التولية ، إلا أنه بيع بعض المبيع ببعض الثمن .
- ٥- بيع الوضيعة : هو بيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان شيء معلوم منه^(٢) .

(١) راجع القوانين الفقهية لابن جزي : ص ٢٦٣ .

(٢) انظر درر الحكم : ١٨٠/٢ .

بيع المراجعة

خطة الموضوع :

نفسل الكلام عن المراجعة في المطالب الآتية :

المطلب الأول - شرائط المراجعة .

المطلب الثاني - رأس المال وما يلحق به وما لا يلحق .

المطلب الثالث - ما يجب بينانه في المراجعة .

المطلب الرابع - حكم الخيانة إذا ظهرت .

ويلاحظ أن الكلام في هذه المطالب يتناول حكم غير المراجعة : وهي التولية ، والإشراك ، والوضعية .

المطلب الأول - شرائط المراجعة

يشترط في المراجعة شروط هي ما يأتي^(١) :

١ - العلم بالثمن الأول : يشترط أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني ، لأن العلم بالثمن شرط في صحة البيوع . وهذا الشرط يشمل جميع أخوات المراجعة من التولية والإشراك والوضعية ؛ لأنها تعتمد كلها على أساس الثمن الأول أي رأس المال ، فإذا لم يعلم الثمن الأول فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس ، فلو لم يعلم حتى افترق العاقدان عن المجلس ، بطل العقد لتقرر الفساد .

٢ - العلم بالربح : ينبغي أن يكون الربح معلوماً ، لأنه بعض الثمن ، والعلم بالثمن شرط في صحة البيوع .

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٠ - ٢٢٢ .

٣- أن يكون رأس المال من المثليات : كالمكيلات ، والموزونات والعدييات المتقاربة ، وهذا شرط في المراجعة والتولية ، سواء تم البيع مع البائع الأول ، أو مع غيره ، وسواء كان الربح من جنس الثمن الأول ، أم لم يكن بعد أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً ، كدرهم ونحوه . فإن كان مما لا مثل له كالعروض^(١) لا يجوز بيعه مراجعة ولا تولية ممن ليس العرض في ملكه ؛ لأن المراجعة والتولية يبع بمثل الثمن الأول ، مع زيادة ربح عليه في المراجعة .

وعلى هذا إذا كان الثمن الأول غير مثلي كأن يكون من الأعداد المتفاوتة كالردور والثياب والرمان ، والبطيخ ، ونحوها ، فإما أن يبيعه ممن في يده وملكه أو من غيره .

فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده ، لم يجوز ، لأنه لا يمكن بيعه مراجعة بالعرض عينه ؛ إذ أنه ليس في يده ولا ملكه ، ولا يبيعه منه بقيته ؛ لأن قيمته مجهولة تعرف بالحرز والظن ، وفيه يختلف أهل التقويم .

وإن باعه مراجعة ممن كان العرض في يده وملكه فينظر :

أ- إن جعل الربح شيئاً متميزاً عن رأس المال ، معلوماً ، كالدرهم ، وثوب معين مثلاً ، جاز ؛ لأن الثمن الأول معلوم ، والربح معلوم ، مثل أن يقول : « أبيعك مراجعة بالثوب الذي في يدك وبيع عشرة دراهم » .

ب- وإن جعل الربح جزءاً من رأس المال ، كأن يقول : كل عشرة رجحها واحد أي أن الربح بالعشر وهو المعروف قديماً بربح « ده يازده » لم يجوز ، لأنه جعل الربح جزءاً من العرض ، والعرض ليس متماثل الأجزاء ، وإنما يعرف بالتقويم ، والقيمة مجهولة ، لأن معرفتها بالحرز والظن^(٢) .

(١) العروض جمع عرض والعرض : يسكون الراء ، المتاع ، وكل شيء سوى الدرهم والدنانير . وعرض الدنيا بفتحتين : ما كان من مال قل أو أكثر .

(٢) فتح التقدير : ٥ ص ٢٥٤ ، المبسوط : ١٣ ص ٩١ .

وأما بيعه وضيعة من العرض في يده وملكه، فالحكم فيه على عكس المراجعة: وهو أنه إن جعل الوضيعة شيئاً متميزاً عن رأس المال معلوماً كالدرهم ونحوه: لا يجوز، لأنه يحتاج إلى حط ذلك القدر عن رأس المال، وهو مجهول.

وإن جعل الوضيعة من جنس رأس المال، بأن باعه بوضع العُشْر أي أن كل عشرة ينقص منها واحد، جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من رأس المال، لأن الجزء الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم^(١).

٤- ألا يترتب على المراجعة في أموال الربا وجود الربا بالنسبة للثن الأول، كأن يشتري المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل، فلا يجوز له أن يبيعه مراجعة؛ لأن المراجعة يبيع بالثن الأول وزيادة، والزيادة في أموال الربا تكون رباً، لارجحاً. وكذلك لا يجوز بيعه مواضعة، ولكن يجوز بيعه تولية أو إشراكاً، إذ أنها بمثل الثن في كل المبيع أو بعضه، فلا يتحقق الربا.

فإن اختلف الجنس فلا بأس بالمراجعة، كأن يشتري ديناراً بعشرة دراهم، فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه، جاز^(٢).

٥- أن يكون العقد الأول صحيحاً: فإن كان فاسداً لم يجز بيع المراجعة؛ لأن المراجعة يبيع بالثن الأول مع زيادة ربح، والبيع الفاسد يثبت الملك فيه بقيمة المبيع أو بمثله، لا بالثن، لفساد التسمية.

المطلب الثاني- رأس المال وما يلحق به وما لا يلحق

رأس المال: هو ما لزم المشتري الأول بالعقد، أي ما ملك المبيع به ووجب بالعقد، لا ما تنقده بعد العقد بدلاً عن المسمى في العقد؛ لأن المراجعة يبيع بالثن الأول.

(١) البدائع: ٥ ص ٢٢١.

(٢) المبسوط: ١٣ ص ٨٢، ٨٩.

والثمن الأول : هو ما وجب بالبيع ، فأما ما تقده بعد البيع ، فذلك وجب بعقد آخر : وهو الاستبدال ، فيكون الواجب على المشتري الثاني هو المتفق عليه بالعقد ، لا المدفوع بعدئذ بموجب اتفاق آخر .

ومثل ذلك - التولية :

وبيان هذا : إذا اشترى إنسان ثوباً بعشرة دراهم وتقده مكانها ديناراً أو ثوباً ، فيكون رأس المال : هو العشرة لا الدينار أو الثوب ؛ لأن العشرة هي التي وجبت بالعقد ، وإنما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب .

وكذلك من اشترى ثوباً بعشرة دراهم جياذ ، ثم إنه دفع إلى البائع عشرة دراهم زيوف أو بعضها جياذ وبعضها زيوف ، فقبلها البائع ، ثم أراد أن يبيعه مرايحة ، فيجب على المشتري الثاني أن يدفع الثمن من الجياذ ؛ لأن المضمون بالعقد الأول هو الجياذ لكن جعل الزيوف بدلاً عن الثمن الأول بعقد آخر .

ولو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد ، ثم باعه مرايحة ، فإن ذكر الربح مطلقاً (أي بدون تحديد صفة معينة) بأن قال : « أبيعك بالثمن الأول ، وربح درهم » كان على المشتري الثاني عشرة مثل التي وجبت بالعقد الأول وهي عشرة ليست من نقد البلد ، وأما الربح فيكون من نقد البلد ؛ لأنه أطلق الربح ، فينصرف المطلق إلى المتعارف ، وهو نقد البلد .

وإن نسب الربح إلى رأس المال ، فقال : « أبيعك بربح العشرة أو بربح العشر - ده يازده » فالربح والعشرة من جنس الثمن الأول لأنه جعل الربح جزءاً من العشرة ، فكان من جنسها ضرورة^(١) .

وأما ما يلحق برأس المال : فهو كل نفقة أنفقت على السلعة وأوجبت زيادة في

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٢ .

المعقود عليه سواء في العين أو في القيمة ، وكان ذلك معتاداً إلحاقه برأس المال عند التجار ، مثل أجرة القصار^(١) والصباغ ، والغسال ، والخياط ، والسماز ، وسائق الغنم ، وعلف الدواب اعتباراً للعرف ، والعرف حجة لما ورد من الأثر : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

ويباع ذلك مرابحة وتولية ، إلا أن البائع لا يقول عند البيع : اشتريته بكذا ، ولكن يقول : « قام علي بكذا ، فأبيعتك مع ربح كذا » حتى لا يكون كاذباً في كلامه .

وأما ما لا يلحق برأس المال : فهو أجرة الراعي والطبيب والحجام ، والختان ، والبيطار وأجرة تعليم القرآن ، والأدب والشعر ، والحرف بالنسبة للرقيق في الماضي . ويباع مرابحة وتولية بالثمن الأول الواجب بالعقد الأول لا غير ؛ لأن التجار لم يتعارفوا إلحاق هذه المؤن برأس المال ، وقد ورد : « ما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح »^(٢) .

المطلب الثالث - ما يجب بيانه في المرابحة ومألا يجب

إن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة ؛ لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة ، ولا استحلاف ، فيجب صيانتها عن الخيانة ، وعن سبب الخيانة والتهمة ، قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ .

وقال ﷺ : « ليس منا من غشنا »^(٣) .

(١) هو محور الثياب ومبيضا بواسطة آلة ، فإن لم يستعمل آلة فهو الصباغ .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٥٥ ، البدائع : ٥ ص ٢٢٢ ، الدر المختار : ٤ ص ١٦٦ .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث وله ألفاظ منها هذا : ومنها : « من غشنا فليس منا » ومنها : « ليس منا من

غش » (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ٧٨) .

وبناء على هذا : إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري فأراد أن يبيعه المشتري مراجعة ينظر :

إن حدث العيب بأفة سماوية : له أن يبيعه مراجعة بجميع الثمن من غير بيان العيب عند جمهور الحنفية ؛ لأن الجزء المتعيب لا يقابله شيء من الثمن ، فكأنه دفع الثمن مقابل المبيع على حالته التي آل إليها ، فكان بيان العيب والسكوت عنه على حد سواء^(١) .

وقال زفر وجمهور العلماء : لا يبيع الشيء المعيب مراجعة حتى يبين العيب الحادث منعاً من شبهة الخيانة ؛ لأن غرض الناس يختلف بذلك العيب ، ولأن العيب الحادث ينقص به المبيع^(٢) .

وإن حدث العيب بفعل المشتري الأول أو بفعل أجنبي ، لم يجز بيعه مراجعة حتى يبين العيب بالاتفاق .

ولو حدث في المبيع زيادة كالولد ، والثمرة ، والصوف ، واللبن : لم يبعه مراجعة حتى يبين ؛ لأن الزيادة المتولدة مبيعة عند الحنفية ، ولا يحط ذلك من الثمن ، وإنما يخبر عادة بالثمن من غير زيادة^(٣) .

ولو استغل الأرض جاز أن يبيعه من غير بيان ؛ لأن الزيادة التي ليست بتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاتفاق .

ولو اشترى شيئاً نسيئاً كثوب بعشرة دراهم : لم يبعه مراجعة حتى يبين ذلك ، لأن الأجل سبب في زيادة الثمن عادة ، فإن ثمن المبيع يختلف بين النسيئة والنقد .

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٢ .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١٦٤ ، المهذب : ١ ص ٢٨٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٧٩ ، المغني : ٤ ص ١٨٢ .

(٣) المراجع السابقة .

ولو اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه : فله أن يبيعه ، مراجعة من غير بيان ، لأنه اشترى بمثن في ذمته ، لأن الدين لا يتعين ثمناً .

وإن أخذ شيئاً صلحاً من دين له على إنسان : فليس له أن يبيعه مراجعة على ذلك الدين ؛ لأن مبنى الصلح على الخط والتساهل ، فلا بد من البيان ليعلم المشتري أنه سامح أم لا ، فيحترز عن التهمة ... بخلاف الشراء في الحالة الأولى ؛ لأن مبنى الشراء على المماكسة^(١) ، فلا حاجة إلى البيان .

ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ثم رقه^(٢) بأكثر من الثمن إذا كانت قيمته أكثر من عشرة ، ثم باعه مراجعة على الرقم ، من غير بيان جاز ، ولا يكون خيانة ، لأنه صادق حيث ذكر الرقم ، ولكن لا يقول : اشتريته بكذا ، لأنه يكون كاذباً فيه . هذا إذا علم المشتري بأن الثمن والرقم متغايران ، فإن علم أنها سواء ، فيكون خيانة يوجب له الخيار .

وكذلك لو ملك مالا بالميراث أو الهبة ، فقومه رجل عدل ، ثم باعه مراجعة على قيمته : فيجوز ، لأنه صادق في مقالته^(٣) .

المطلب الرابع - حكم الخيانة إذا ظهرت

إذا ظهرت الخيانة في المراجعة بإقرار البائع في عقد المراجعة أو ببرهان عليها أو بنكوله عن اليمين : فإما أن تظهر في صفة الثمن أو في قدره .

فإن ظهرت في صفة الثمن : بأن اشترى شيئاً نسيئة ، ثم باعه مراجعة على الثمن الأول ، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة ، أو أنه باعه تولية ، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة ، ثم علم المشتري : فله الخيار باتفاق علماء الحنفية إن شاء أخذ المبيع ، وإن شاء رده ؛ لأن

(١) مأكسه مأكسة : استطحه الثمن واستنقصه إياه .

(٢) سبق تفسير الرقم في البيوع الفاسدة .

(٣) البدائع : ٢٢٤/٥ .

المراجعة عقد مبني على الأمانة، إذ أن المشتري اعتمد على أمانة البائع في الإخبار عن الثمن الأول، فكانت صيانة البيع الثاني عن الخيانة مشروطة دلالة، فإذا لم يتحقق الشرط ثبت الخيار، كما في حالة عدم تحقق سلامة المبيع عن العيب.

وكذا إذا لم يخبر أن الشيء المبيع كان بدل صلح، فلمشتري الثاني الخيار.

وإن ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المراجعة والتولية بأن قال:

اشترت بعشرة، وبعثتك بربح كذا، أو اشترت بعشرة ووليتك بما توليت، ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة، فاختلف فقهاء الحنفية:

فقال أبو حنيفة رضي الله عنه، وقوله هو الأرجح عند الحنفية: المشتري بالخيار في المراجعة: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك. وأما في التولية: فلا خيار له لكن يحط قدر الخيانة، ويلزم العقد بالثمن الباقي. ووجه الفرق بين المراجعة والتولية: هو أن الخيانة في المراجعة لا تخرج العقد عن طبيعته: وهو كونه مراجعة؛ لأن المراجعة بيع بالثمن الأول، وزيادة ربح. وهذا المعنى متوفر بعد ظهور الخيانة، فيصبح بعض الثمن رأس مال، وبعضه ربحاً مما يوجب خللاً في الرضا، فيثبت الخيار، كما في الخيانة في صفة الثمن.

وأما التولية فالخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية؛ لأن التولية بيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان. فإذا ظهر النقصان في الثمن الأول، وأثبتنا الخيار للمشتري، فإننا نخرج العقد عن كونه تولية ونجعله مراجعة، وهذا إنشاء عقد جديد لم يترافق عليه وهو لا يجوز فحططنا قدر الخيانة، وألزمنا العقد بالثمن الباقي.

وعليه: لو هلك المبيع في يد المشتري الثاني، أو استهلكه قبل رده، أو حدث به ما يمنع من الرد كعيب مثلاً، لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره.

وقال أبو يوسف: لا خيار للمشتري، ولكن يحط قدر الخيانة في المراجعة والتولية. وقدر الخيانة في المثال المذكور: هو درهم في التولية ودرهم في المراجعة

وحصة من الربح : وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم ؛ لأن الثمن الأول أصل في بيع المراجعة والتولية ، فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح ، فتلغو التسمية في قدر الخيانة ، ويبقى العقد لازماً بالثمن الباقي .

وقال محمد : للمشتري الثاني الخيار في المراجعة والتولية : إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن ، وإن شاء رده على البائع ، ودليله : أن المشتري لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمى من الثمن ، فلا يلزم بدونه ، ويثبت له الخيار ، لوجود الخيانة ، كما يثبت الخيار بعدم تحقق سلامة المبيع عن العيب^(١) .

ويلاحظ أن المفتي به عند الحنفية وفقاً للناس : هو أنه يجوز رد المبيع أو الثمن على صاحبه بالغبن الفاحش إذا كان هناك تغير من أحد العاقدين للآخر أو من شخص آخر أجني عنها كالدلال ونحوه .

والمراد بالغبن الفاحش : هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين كزيادة ثلاثة بالعشرة مثلاً ، وأما مادونها فهو غبن يسير لا رد فيه ، كما أنه لا رد إذا لم يوجد التغير^(٢) .

الإشراك : والإشراك حكمه حكم التولية فيما ذكرنا ، ولكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن . وتفصيل الكلام في القدر الذي تثبت فيه الشركة يعرف في المطولات^(٣) .

المواضعة : والمواضعة كما عرفنا : هي بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم منه ، وتطبق عليها شروط المراجعة وأحكامها^(٤) .

(١) الميسوط : ٨٦/١٣ ، البدائع : ٢٢٥/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٢٥٦/٥ ، الدر المختار : ١٦٣/٤ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ١٦٦/٤ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٢٢٦/٥ .

(٤) المصدر السابق : ص ٢٢٨ .

الإقالة

إذا كان البيع صحيحاً، لازماً: خالياً من الخيار، واتفق المتعاقدان على رفعه وإنهائه، فيتم فسخه عن طريق الإقالة. والإقالة وإن كانت متفرعة عن البيع لأنها أكثر ماتقع فيه، إلا أنها تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا الزواج فهي بتعبير أعم: عقد يرفع به عقد سابق^(١).

وستتكم عن مشروعية الإقالة وتعريفها وركنها ثم عن ماهيتها وحكمها، ثم عن شروط صحتها.

مشروعية الإقالة وتعريفها وركنها: الإقالة مندوبة لقوله عليه الصلاة والسلام عن أبي هريرة: « من أقال نادماً بيعته، أقال الله عسرته يوم القيامة » رواه البيهقي. وفي رواية أبي داود: « من أقال مسلماً، أقال الله عثرته »^(٢).

والإقالة لغة: الرفع. وشرعاً: رفع العقد ولو في بعض المبيع. مثل أن يبيع إنسان مائة رطل من الخنطة بخمسين ليرة سورية، ويسلمها إلى المشتري، ثم يفترق المتعاقدان، ثم يقول البائع للمشتري: ادفع إلي الثمن أو الخنطة التي دفعتها إليك، فدفعها أو بعضها، فيكون ذلك فسخاً في المردود إلى البائع.

(١) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٩٠.

(٢) ورواه هكذا ابن ماجه وزاد (يوم القيامة) ورواه أيضاً ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . (انظر نصب الراية : ٢٠/٤ ، جامع الأصول : ٣٧١/١ ، سبل السلام : ٣٢/٣) .

وركنها: الإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر.

وأما صيغة العقد فلا خلاف في أنه ينعقد بلفظ يعبر بهما عن الماضي بأن يقول أحد العاقدين: أقلت، ويقول الآخر: قبلت أو رضيت ونحوها.

فإن كان أحد اللفظين يعبر به عن الماضي، والآخر عن المستقبل، كأن يقول أحد العاقدين: أقلني، فيقول الآخر: أقلتك، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: ينعقد كما هو المقرر في عقد النكاح إذ أنه في العادة ليس في الإقالة مساومة بخلاف البيع، فيحمل اللفظ على الإيجاب.

وقال محمد: لا تنعقد الإقالة إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي، كما في البيع؛ لأن ركن الإقالة وهو الإيجاب والقبول، كركن البيع، والبيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي.

ولا يتعين لفظ الإقالة وإنما تصح أيضاً بألفاظ أخرى مثل: فاسختك، وتركت البيع، وتاركتك، ورفعت. وكذا تصح بالتعاطي، ولو من أحد الجانبين، كما في المبيع، كأن يقطع البائع القماش قيصاً بمجرد قول المشتري: «أقلتك»^(١).

ماهية الإقالة وحكمها: اختلف الفقهاء في ماهية الإقالة، فقال المالكية والظاهرية: إنها بيع ثان؛ لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه، فهي تتم إذا بتراضي العاقدين، يجوز فيها ما يجوز في البيوع ويحرم فيها ما يحرم في البيوع^(٢).

وقال الشافعية والحنابلة: إنها فسخ؛ لأن الإقالة هي الرفع والإزالة ولأن المبيع

(١) البدائع: ٥ ص ٢٠٦، فتح القدير: ٥ ص ٢٤٦ وما بعدها، الدر المختار: ٤ ص ١٥١، درر الحكام لملاخسرو: ٢ ص ١٧٨.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٧٢، المحلى: ٩ ص ٧.

عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع ، فكان فسخاً ، كالرد بالعيب^(١) .

وأما الحنفية فاختلفوا فيما بينهم ، فقال أبو حنيفة رحمه الله ، وقوله هو الصحيح عند الحنفية :

الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث غيرها ، سواء قبل القبض أو بعده ، إلا إذا لم يمكن جعلها فسخاً فتبطل ، كأن تلد البهيمه المبيعة بعد القبض لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة . ودليله على أن الإقالة فسخ هو أنها رفع لغة وشرعاً ، ورفع الشيء فسخه ، وأما إنها بيع فلأن كل واحد من المتعاقدين يأخذ رأس ماله ببذل ، وهذا معنى البيع . إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق العاقدين للتنافي^(٢) ، فأظهرناه في حق ثالث غيرها . وعلى هذا ، فمن اشترى داراً ، ولها شفع فلم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، ثم أقال العاقدان البيع ، فيثبت للشفع حق طلب الشفعة ثانياً ؛ لأن الإقالة عقد جديد في حقه وهو المراد بالشخص الثالث هنا .

وقال أبو يوسف : الإقالة بيع جديد في حق العاقدين وغيرها ، إلا أن يتعذر جعلها بيعاً ، فتجعل فسخاً ، كأن تقع الإقالة قبل القبض في مبيع منقول ؛ لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز ، بخلاف العقار فإنه يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبي حنيفة ، فإقالته بيع . ودليله أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال ، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل ، وقد وجد ، فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها ، والعبرة للمعنى لا للصورة .

وقال محمد : الإقالة فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً ، فتجعل بيعاً للضرورة ، كما

(١) المغني : ٤ ص ١٢١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص ٥٢ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٩٦ ، قال النووي في المجموع (٩ ص ١٥٦) : إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب : وهي خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الخلف بأن كان شرطه كاتباً فخرج غير كاتب ، والإقالة والتحالف ، وتلف المبيع .

(٢) أي لاختلاف البيع والإقالة في الاسم ، لأن البيع إثبات ، والرفع نفي ، وبينهما تناف .

مثلنا أثناء بيان قول أبي حنيفة . ودليله أن الأصل في الإقالة الفسخ ، لأنها عبارة عن رفع الشيء لغة وشرعاً .

وقال زفر والشافعية والأكثر من الحنابلة : إنها فسخ في حق الناس كافة^(١) .

وتظهر ثمرة الاختلاف بين الحنفية فيما إذا تقايل العاقدان البيع بأكثر من الثمن الأول أو بأقل أو بجنس آخر ، أو أجلاً الثمن في الإقالة :

فعلى قول أبي حنيفة : تصح الإقالة بالثمن الأول ويبطل ما شرطه المتعاقدان من الزيادة أو النقص أو الأجل ، أو الجنس الآخر ، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أم بعدها ؛ لأنها فسخ في حق العاقدين ، والفسخ رفع العقد ، والعقد وقع بالثمن الأول ، فيكون فسخه بالثمن الأول ، ويبطل الشرط الفاسد ، فإذا تقايل العاقدان على أكثر من الثمن الأول أو أقل أو على جنس آخر ، يلزم الثمن الأول لا غير .

والحكم هكذا على قول زفر ؛ لأن الإقالة عنده فسخ محض في حق الناس كافة . وعلى قول الشافعية والحنابلة : تبطل الإقالة في هذه الحالات بسبب الشرط الفاسد كما في البيع . وعلى هذا فلا يجوز في الإقالة الزيادة ولا النقصان عند الحنفية والشافعية والحنابلة ؛ لأن الإقالة فسخ على أي حال . وقال مالك : الإقالة بيع ، فيجوز فيها الزيادة أو النقصان . كما إذا باع شيئاً بمئة دينار ، ثم ندم البائع ، فطلب من المشتري رد المبيع على أن يدفع إليه عشرة دنانير مثلاً ؛ لأن الإقالة حينئذ بيع مستأنف . ولا يجوز عند مالك أن يشتري شيئاً بمئة دينار مثلاً إلى أجل ، ثم ندم المشتري ، فسأل البائع الإقالة على أن يعطيه عشرة دنانير نقداً أو إلى أجل ؛ لأن ذلك ذريعة إلى بيع وسلف ، كأن المشتري باع الشيء بتسعين ، وأسلف البائع عشرة^(٢) . وأما إن كان البيع

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٦ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٤٧ ، الدر المختار ورد المختار : ٤ ص ١٥٤ ، القواعد لابن رجب : ٣٧٩ ، المراجع السابقة ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ٦٨ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، المغني : ٤ / ١٢١ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ١٤٠ .

الأول تقدماً فلا خلاف في جواز ذلك .

وعلى قول أبي يوسف : تصح الإقالة بما ذكرنا من الثمن ، وشرطاً من الزيادة والنقصان والأجل ، لأنها بيع جديد .

وعلى قول محمد : إذا كانت الإقالة بغير الثمن الأول ، أو بأكثر منه فهي بيع إذ لا يمكن جعلها فسخاً ؛ لأن شأن الفسخ أن يكون بالثمن الأول ، وإن كانت بمثل الثمن الأول أو أقل فهي فسخ بالثمن ، ويبطل شرط النقصان ، وكذلك إن أجل يبطل الأجل^(١) .

شروط الإقالة : يشترط لصحة الإقالة شروط :

أولاً - رضا المتقايين : وسبب هذا الشرط على رأي أبي يوسف ظاهر ؛ لأن الإقالة بيع عنده ، والرضا شرط من شروط صحة البيوع . وأما على رأي جمهور الحنفية ، فلأن الإقالة فسخ العقد ، والعقد وقع بتراضي العاقدين ، فكذا فسخه .

ثانياً - تقابض بدلي الصرف في مجلس إقالة عقد الصرف : وهذا واضح على أصل أبي يوسف . وأما على أصل أبي حنيفة فلأن قبض البدلين إنما وجب حقاً لله تعالى ، والإقالة وإن كانت فسخاً في حق العاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث ، وحق الشرع هنا بمثابة ثالث ، فتكون الإقالة بيعاً في حقه .

ثالثاً - أن يكون محل العقد محتملاً للفسخ عند أبي حنيفة وزفر ؛ لأن الإقالة فسخ للعقد عندهما ، فإن لم يكن محتملاً للفسخ بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ لا تصح الإقالة .

وعند صاحبين : لا يشترط هذا الشرط ؛ لأن الإقالة على أصل أبي يوسف بيع ، والزيادة تحتمل البيع ، فيظل محل العقد محتملاً للإقالة .

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٧ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٤٩ ، الدر المختار : ٤ ص ١٥٥ .

وأما على أصل محمد : فإن الإقالة وإن كانت فسخاً ، لكن عند الإمكان ولا إمكان هنا لأنه إذا حصلت زيادة في المبيع يتعذر الفسخ .

رابعاً - قيام المبيع وقت الإقالة ؛ لأن الإقالة رفع العقد ، والمبيع محله ، فإن كان هالكاً كله وقت الإقالة لم تصح ، وإن هلك بعضه لم تصح الإقالة بقدره .
وأما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط .

وجه الفرق أن رفع البيع يستدعي قيام البيع ، فإن رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن ؛ لأن الأصل هو المبيع ، ولهذا شرط وجوده عند البيع ، بخلاف الثمن . فإذا هلك المبيع لم يبق محل حكم المبيع ، فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة ، وإذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم ، فتصح الإقالة^(١) .
ويترتب على الإقالة انحلال العقد وزوال آثاره أو ارتفاع حكمه .

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٨ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٢٥٠ وما بعدها ، الدر المختار : ٤ ص ١٥٧ .

الفصل الثاني

القرض

إن القرض في معناه العام يشبه البيع ؛ لأنه تمليك مال بمال^(١) وهو أيضاً نوع من السلف^(٢). قال جماعة من العلماء : القرض نفس البيع ، لكن ذكر القرافي ثلاثة فروق بين القرض والبيع ، فالقرض حولفت فيه ثلاث قواعد شرعية :

١- قاعدة الربا : إن كان القرض في الأموال الربوية وهي المكيلات والموزونات عند الحنفية والحنابلة في الأصح ، والنقدان أو الاقتيات عند المالكية والنقدية أو الطعم عند الشافعية .

٢- وقاعدة المزابنة : وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه ، إن كان القرض في غير المثليات كالحيوان ونحوه .

٣- وقاعدة بيع ماليس عند الإنسان ، إن كان القرض في المثليات .

والسبب في هذه المخالفات هو مراعاة مصالح الناس والتيسير عليهم في القيام بصنائع المعروف ، ولذا يحرم القرض إن لم يكن القصد منه عمل المعروف كتحقيق منفعة للمقرض مثلاً^(٣) .

(١) البدائع : ٧ ص ٢١٥ .

(٢) المغني : ٤ ص ٣١٣ ، الموافقات للشاطبي : ٤ ص ٤٢ .

(٣) الفروق وتهذيبه : ٤ ص ٢ وما بعدها .

والكلام عن القرض يظهر في بيان تعريفه ومشروعيته وعاقده وصيغته ، وحكم الخيار فيه وما يصح فيه وحكمه وحكم القرض الذي يجزئ منفعة .

تعريف القرض : القرض لغة : القطع ، وسمي المال المدفوع للمقترض قرضاً ، لأنه قطعة من مال المقرض ، تسمية للمفعول باسم المصدر .

واصطلاحاً عند الحنفية : هو ما تعطيه من مال مثلي لتتقاضاه . أو بعبارة أخرى : هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله ^(١) .

مشروعيته : القرض جائز بالسنة والإجماع :

أما السنة - فما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين ، إلا كان كصدقة مرة » ^(٢) وعن أنس قال : قال رسول الله ﷺ : « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً : الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر ، فقلت : يا جبريل ، ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال : لأن السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » ^(٣) وعن أبي رافع حديث سيأتي في القرض الذي يجزئ منفعة .

وأجمع المسلمون على جواز القرض ^(٤) .

وهو مندوب إليه في حق المقرض ، مباح للمقترض ، للأحاديث السابقة ، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « من نَفَسَ عن مسلم كربة من

(١) الدر المختار : ٤ ص ١٧٩ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٢٢ .

(٢) رواه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً عن عبد الله بن مسعود . وفي رواية ابن ماجه في اسناده سليمان بن بشير وهو متروك ، وعلى كل فله مؤيدات وشواهد كثيرة من القرآن والحديث (راجع الترغيب والترهيب : ٢ ص ٤١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٢٩) .

(٣) رواه ابن ماجه والبيهقي عن أنس بن مالك وقد روى الطبراني والبيهقي قريباً من هذا اللفظ عن أبي أمامة رضي الله عنه (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص ١٢٦ ، الترغيب والترهيب ، المرجع السابق) .

(٤) المغني : ٤ ص ٢١٢ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١٧ .

كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»^(١)، وعن أبي الدرداء رضي الله عنه أنه قال: «لأن أقرض دينارين ثم يردا، ثم أقرضها أحب إلي من أن أتصدق بها» وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنها قالا: «قرض مرتين خير من صدقة مرة»^(٢). وقال الحنابلة: الصدقة أفضل من القرض ولا إثم على من سئل فلم يقرض^(٣).

عاقده وصيغته: ولا يصح القرض إلا من جائز التصرف، لأنه عقد على المال، فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع.

ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لأنه تمليك آدمي، فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة.

ويصح بلفظ القرض والسلف؛ لأن الشرع ورد بهما، ويصح بما يؤدي معناه: وهو أن يقول: «ملكته هذا على أن ترد علي بدله»^(٤).

هل يثبت فيه خيار أو أجل؟ لا يثبت فيه خيار المجلس عند القائلين به وهم الشافعية والحنابلة، ولا خيار الشرط؛ لأن المقصود من الخيار هو الفسخ، وفي القرض يجوز لكل واحد من العاقدين أن يفسخ إذا شاء، فلا معنى للخيار^(٥).

ولا يجوز عند جمهور الفقهاء اشتراط الأجل في القرض، فإن أجل القرض إلى أجل مسمى معلوم، لم يتأجل وكان حالاً، لأنه في معنى بيع الدرهم بالدرهم، فلا يجوز

(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وحسنه والنسائي وابن ماجه مختصراً والحاكم وقال: صحيح على شرطها وفي لفظ «من كثف عن مسلم...» (انظر الترغيب والترهيب: ٢ ص ٤٤، مجمع الزوائد: ٤ ص ٢٣).

(٢) المهذب: ١ ص ٣٠٢، المغني: ٤ ص ٣١٣.

(٣) غاية المنتهى: ٢ ص ٨٣.

(٤) المهذب: ١ ص ٣٠٢، المغني: ٤ ص ٣١٤، الدر المختار: ٤ ص ١٧٩، غاية المنتهى: ٢ ص ٨٤.

(٥) المهذب: ١ ص ٣٠٣، المغني: ٤ ص ٣١٥، تكملة المجموع: ١٣ / ١٦٥، الدر المختار ورد المختار: ٤ / ١٧٧ - ١٧٨.

التأجيل منعاً من الوقوع في ربا النسيئة، وباعتبار أن القرض محض تبرع، فيحق للمقرض المطالبة ببذله في الحال، لأنه عقد يوجب رد المثل في المثليات، فأوجب رد بذله حالاً كالإتلاف. وهكذا كل دين حل أجله لم يصير مؤجلاً بتأجيله. هذا بخلاف البذل في البيع وفي الإجارة، إذا أجل إلى أجل مسمى معلوم، فإنه لا يحق له المطالبة به، قبل حلول الأجل. لكن قال الحنفية: يلزم أجل القرض في أربع حالات:

الأولى - الوصية: وهي أن يوصي شخص بإقراض آخر مبلغاً من المال إلى سنة مثلاً، فليس للورثة مطالبة المقترض قبل حلول الأجل.

الثانية - الجحد: وهو أن يكون القرض مجحوداً، فأجله صاحبه، فإن الأجل يكون لازماً.

الثالثة - الحكم القضائي: وهو أن يحكم القاضي بلزوم القرض، عملاً بمذهب مالك وابن أبي ليلى، فإنه يلزم أيضاً.

الرابعة - الحوالة: بأن أحال المدين الدائن على آخر، فأجله المقرض، أو أحاله على مديون مؤجل دينه؛ لأن الحوالة مبرئة، أي يبرأ بها ذمة المحيل، ويثبت بها للمحال أي المقرض دين على المحال عليه بحكم الحوالة، فهو في الحقيقة تأجيل دين لا قرض.

وقال الإمام مالك: يتأجل القرض بالتأجيل، لقول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١)، ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة والإمضاء، فلما الزيادة فيه^(٢). وهذا الرأي هو المعقول الموافق لمقتضى الواقع.

(١) رواه أبو داود وأحمد والترمذي والدارقطني عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده مرفوعاً وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة، وروى عن أنس عند الحاكم، وعن رافع بن خديج عند الطبراني، وعن ابن عمر عند البزار، وعن عطاء بلاغا عند ابن أبي شيبة، وجزم به البخاري (راجع سبل السلام: ٢ ص ٥٩، المقاصد الحسنة: ص ٢٨٥).

(٢) اعتمدنا في هذا على المغني لابن قدامة: ٤ ص ٢١٥، المهذب: ١ ص ٣٠٢.

ما يصح فيه القرض : اختلف العلماء فيما يصح فيه القرض :

فقال الحنفية : يصح القرض في المثلي : « وهو ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً تختلف به القيمة » كالكيل والموزون ، والمعدود المتقارب كالجوز والبيض ، والورق من مقياس واحد ، والذرع كالقماش ، وجاز قرض الخبز وزناً وعدداً ، على ما هو المقتضى به من رأي الإمام محمد لحاجة الناس المتعينة إليه ، ولا يجوز القرض في غير المثلي من القيمات كالحيوان والحطب والعقار ، والعددي المتفاوت ، لتعذر رد المثل ^(١) .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يجوز قرض كل مال يصح فيه السلم ، سواء أكان مكيلاً أم موزوناً ، كالذهب والفضة والأطعمة ، أم من القيمات ، كعروض التجارة والحيوان ونحوها ، كالمعدود ؛ لأن النبي ﷺ فيما يرويه أبو رافع : « استسلف بكرة » ^(٢) (البكرة : الثني من الإبل) وذلك ليس بمكيل ولا موزون ، ولأن ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف ، فجاز قرضه كالمكيل والموزون . وأما ما لا يجوز فيه السلم كالجواهر ونحوها ، فلا يصح قرضه في الأصح ؛ لأن القرض يقتضي رد المثل ، وما لا ينضبط ، أو يندر وجوده ، يتعذر أو يتعسر رد مثله ^(٣) . وعلى هذا يصح القرض عند جمهور الفقهاء في كل عين يصح بيعها إلا بني آدم ، ولا يصح قرض المنافع ، خلافاً لابن تيمية ، كأن يحصد معه يوماً ليحصد الآخر معه مثله ، أو يسكنه داره ليسكنه الآخر داره بدلها .

حكم القرض : يثبت الملك في القرض عند أبي حنيفة ومحمد بالقبض ، فلو اقترض انسان مدّ حنطة وقبضه ، فله الاحتفاظ به ، ورد مثله وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له في ذمة المقرض مثله لا عينه ، ولو كان قائماً .

(١) الدر المختار : ٤ ص ١٧٩ ، ١٩٥ .

(٢) سيأتي تخريجه في حديث أبي رافع في بحث (القرض بمنفعة) .

(٣) الشرح الكبير للردديري : ٣ ص ٢٢٢ ، القوانين الفقهية : ٢٨٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١٨ وما بعدها ، المهذب :

١ ص ٣٠٣ ، المغني : ٤ ص ٢١٤ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٨٤ وما بعدها .

وقال أبو يوسف : لا يملك المقرض القرض مادام قائماً^(١) .

وقال المالكية : إن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة والعارية ، يثبت الملك فيه بالعقد ، وإن لم يقبض المال . ويجوز للمقرض أن يرد مثل الذي اقترضه ، وأن يرد عينه ، سواء أكان مثلياً أم غير مثلي ، وهذا ما لم يتغير بزيادة أو نقص ، فإن تغير وجب رد المثل^(٢) .

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة : يثبت الملك في القرض بالقبض ، ويرد المقرض عند الشافعية المثل في المثلي ، لأنه أقرب إلى حقه ، ويرد في القيمي المثل صورة ، لأنه ﷺ اقترض بكرة ورد رباعياً ، وقال : « إن خياركم أحسنكم قضاء »^(٣) .

ويجب عند الحنابلة رد المثل في المكيل والموزون ، كما هو اتفاق الفقهاء . وفي غير المكيل والموزون وجهان : أحدهما - يجب رد قيمته يوم القرض . والثاني - يجب رد مثله بصفاته تقريباً^(٤) .

مكان الوفاء : اتفق علماء المذاهب الأربعة على أن وفاء القرض يكون في البلد الذي تم فيه الإقراض ، ويصح إيفاءؤه في أي مكان آخر إذا لم يحتج نقله إلى حمل ومؤنة أو وجد خوف طريق ، فإن احتاج إلى ذلك لم يلزم المقرض بتسلمه^(٥) .

القرض الذي جرّ منفعة : قال الحنفية في الراجح عندهم : كل قرض جرّ نفعاً حرام إذا كان مشروطاً ، فإن لم يكن النفع مشروطاً أو متعارفاً عليه في القرض ، فلا بأس به ، وعلى هذا فلا يجوز للمرتهن الدائن الانتفاع بالرهن إذا كان مشروطاً أو

(١) الدر المختار ورد المختار : ٤ ص ١٨١ .

(٢) الدردير وحاشية السوقي عليه : ٣ ص ٢٢٦ ، الشرح الصغير : ٢ / ٢٩٥ ، ط دار المعارف .

(٣) سيأتي تحريجه في بحث القرض الذي جرّ منفعة في حديث أبي رافع .

(٤) مغني المحتاج : ٢ ص ١١٩ ، وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٣٠٣ ، المغني : ٤ ص ٣١٤ .

(٥) الدر المختار : ٤ / ١٨٠ ، الشرح الصغير : ٢ / ٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٢ / ١١٩ ، المغني : ٤ / ٣٢٥ .

متعارفاً ، وإن لم يكن كذلك فيجوز مع الكراهة التحريمية إلا أن يأذن الراهن فيحل ، كما جاء في معتبرات كتب الحنفية ، وقال بعضهم : لا يحل وإن أذن الراهن بالاتفاق . وهذا هو المتفق مع الروح العامة في الشريعة في تحريم الربا .

وكذلك حكم الهدية للمقرض : إن كانت بشرط كره أي تحريماً ، وإلا فلا^(١) .

وقال المالكية : يحرم الانتفاع بشيء من أموال المقرض كركوب دابته ، والأكل في بيته لأجل الدين ، للإكرام ونحوه ، كما تحرم هدية المقرض لرب المال ، إن قصد المهدي هديته تأخير الدين ونحوه ، ولم تكن هناك عادة سابقة قبل القرض بإهداء الدائن بالمثل صفة وقدرًا ، أو حدث موجب جديد كصهارة ، أو جوار ، وكان الإهداء لذلك لا للدين . والحرمات تتعلق بكل من الأخذ والدفع ، وعندئذ يجب عليه ردها إن كانت باقية ، فإن تلفت وجب عليه رد المثل في المثل ، والقيمة في التقييم ، هذا في حال بقاء علاقة الدين ، أما عند وفاء الدين : فإن قضى المدين أكثر من الدين ، فإن كان مدين بسبب بيع ، جاز مطلقاً ، سواء أكان المؤدى أفضل صفة أم مقداراً ، في الأجل أم قبله أم بعده . وإن كان وفاء الدين بسبب سلف (أي قرض) : فإن كانت الزيادة بشرط أو وعد أو عادة منعت مطلقاً ، وإن كانت بغير شرط ولا وعد ولا عادة ، جازت اتفاقاً عند المالكية في الأفضل صفة ؛ لأن النبي ﷺ استسلف بكرًا ، وقضى جملاً بكرًا خياراً ، كما سيأتي ، واختلف في الأفضل مقداراً ، ففي المدونة لمالك لا يجوز إلا في اليسير جداً ، وأجازه ابن حبيب مطلقاً^(٢) .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يجوز قرض جرّ منفعة ، مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره ، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه ؛ لأن النبي ﷺ « نهى عن

(١) رد المحتار : ٤ ، ١٨٢ ، مجمع الضمانات : ص ١٠٩ ، مذكرات في الرهن للدراسات العليا لأستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ٩٦ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢ ص ٢٢٤ ، وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٨ ، وما بعدها .

سلف وبيع»^(١) والسلف: هو القرض في لغة الحجاز. وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم «نهوا عن قرض جر منفعة»^(٢) ولأن القرض عقد إرفاق (أي منفعة) وقربة، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه، فيكون القرض صحيحاً والشرط باطلاً، سواء أكانت المنفعة تقداً أم عيناً كثيرة أو قليلة.

فإن أقرض شخص غيره مطلقاً من غير شرط، فقضاه خيراً منه في الصفة، أو زاده في القدر، أو باع منه داره، جاز. ولا يكره للمقرض أخذه، لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال: «استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكراً»^(٣)، فجاءته إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكراً، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً»^(٤)، فقال النبي ﷺ: أعطه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاء»^(٥). وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه، قال: «كان لي على رسول الله ﷺ حق، فقضاني وزادني»^(٦) وأما النهي عن قرض جر نفعاً،

(١) سبق تخريج هذا الحديث، وقد رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ «لا يملك سلف ولا بيع» وله رواية أخرى عند الطبراني في معجمه عن حكيم بن حزام قال: «نهاني رسول الله ﷺ عن أربع خصال في البيع: عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وبيع ماليس عندك، وبيع مالم يرضن» (راجع نصب الراية: ٤ ص ١٩، مجمع الزوائد: ٤ ص ٨٥).

(٢) هكذا ذكر ابن قدامة في المغني: ٤ ص ٣١٩. ورواه البيهقي في السنن الكبرى كذلك عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم. وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بن أبي طالب بلفظ: «أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر منفعة» وفي رواية «كل قرض جر منفعة فهو ربا» وإسناده ساقط، لأن في إسناده سوار بن مصعب الهمداني المؤذن الأعمى وهو متروك. ورواه البيهقي في المعرفة بلفظ: «كل قرض جر نفعاً فهو وجه من وجوه الربا» قال عمرو بن بدر في المغني: لم يصح فيه شيء (راجع التلخيص الجبير: ص ٢٤٥، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٢٢، سبل السلام: ٣ ص ٥٢) وعلى كل فعناه صحيح تؤيده قواعد الشريعة.

(٣) البكر: هو الثني من الإبل، والأنتى بكرة، وقال أبو عبيد: البكر من الإبل بمنزلة الفتى من الناس.

(٤) الخيار: أي المختار، والرباعي: هو الذي ألقى رباعيته: وهي السن التي بين الثنية والتاب: وهو الذي استكمل ست سنين ودخل في السابعة.

(٥) رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة (راجع التلخيص الجبير: ص ٢٤٥، الموطأ: ٢ ص ١٦٨، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٣٠).

(٦) رواه البخاري ومسلم وأحمد (راجع نيل الأوطار: ٥ ص ٢٣١).

فهو ليس بمحدث ، كما أثبت الحافظ الزيلعي في نصب الراية ، وكما ذكرنا في الحاشية السابقة ، ويمكن فهمه على أنه في القرض الذي شرط فيه النفع أو جرى عليه العرف ، كما قرر الكرخي وغيره .

والإقراض ممن تعود رد الزيادة ، فيه وجهان : أوجهها عند الشافعية الكراهة . وعند الحنابلة : روايتان أصحهما الجواز بدون كراهة^(١) .

والخلاصة أن القرض جائز بشرطين^(٢) :

١- ألا يجز نفعاً ، فإن كانت المنفعة للدافع ، منع اتفاقاً للنهي عنه ، وخروجه عن باب المعروف ، وإن كانت للقباض جاز ، وإن كانت بينهما لم يجز لغير ضرورة . واختلف في الضرورة وهي حالة السفاتج الآتية .

٢- ألا ينضم إلى السلف عقد آخر كالبيع وغيره .

وأما هدية المديان : فلا يجوز عند المالكية للدائن قبولها ؛ لأنه يؤول إلى زيادة على التأخير ، وأجازها الجمهور ، إن لم تكن مشروطة ، كما تجوز إن كان بين المقرض والمقترض من الصلات ما يعلم أن الهدية له لا للدين .

ويلاحظ أن ايداع المال في صندوق التوفير ، وشهادات الاستثمار يطبق عليه حكم القرض ، فلا تحل الفائدة التي يدفعها الصندوق لو اضعي أموالهم فيها ، إذ ليست العلاقة مجرد وديعة كما زعم بعض المفتين ، إذ لو كان هذا المال وديعة محضة ، لما جاز شرعاً للقائمين على هذا الصندوق أن يستغلوه ويستثمروه في الأعمال ، إذ الذي يملكه الوديع من الوديعة حفظها فقط ، لا التصرف فيها ، لكن المودع إذا أذن بالتصرف في الوديعة كانت قرضاً ، لأن العبرة للمعاني . وكذلك الربح المقطوع المحدد بفائدة سنوية

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ١١٩ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٢٠٤ ، للفي : ٤ ص ٢٢١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ ص ٨٥ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٨٨ .

معينة في شهادات الاستثمار ليس مشروعاً؛ إذ لا يجوز ذلك في الشركات وبخاصة شركة المضاربة، وطريق الجواز: أن يكون الربح غير محدد المقدار وأن يتفق على المساهمة في الخسارة الحادثة لو وقعت الخسارة أثناء الاستثمار في مشروع معين .

السُّفْتَجَة^(١): هي معاملة مالية يقرض فيها إنسان قرضاً لآخر في بلد ليوفيه المقرض أو نائبه أو مدينه إلى المقرض نفسه أو نائبه أو دائئه في بلد آخر معين .

وحكمها عند الحنفية: الكراهة التحريمية إذا كانت المنفعة المقصودة منها (أي الوفاء في بلد آخر لتفادي خطر الطريق) مشروطة في صلب العقد، أو بمقتضى العرف. قال المرغيناني: ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق، وهذا نوع نفع استفيد به، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جر نفعاً^(٢). وقال الشافعية بمنع السفتجة؛ لأنها من قبيل القرض الذي يجزى منفعة للمقرض بربحه فيها خطر الطريق^(٣).

وكذلك قال المالكية، فهي عندهم ممنوعة لأنها قرض جر نفعاً إلا في حالة الضرورة حفظاً لماله^(٤).

والراجح عند الحنابلة هو جواز تلك المعاملة إن كانت بلا مقابل، واختار ابن تيمية وابن القيم وابن قدامة القول بالجواز مطلقاً؛ لأن المنفعة لا تخص المقرض بل ينتفعان بها جميعاً^(٥).

(١) بفتح السين والتاء أو بضمها، أو ضم السين وفتح التاء، وهذا الأخير هو الأشهر وهي كلمة فارسية معربة وهي رقعة يكتبها المقرض إلى من يقبض عنه عوض القرض في المكان الذي اشترطه. وهذه الرقعة كورقة (الشيك) الآن، وتعتبر نوعاً من (الكبيلة) المعروفة في الوقت الحاضر.

(٢) الهداية مع فتح التقدير: ٥٥٢ / ٥.

(٣) المهذب: ٣٠٤ / ١.

(٤) الحُرشي علي خليل: ٤ / ١٤١ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٢٥٠، ٢٨٨، الشرح الكبير للدردير: ٣ / ٢٢٥.

(٥) مطالب أولي النهى: ٢ / ٢٤٦، المغني: ٤ / ٣٢١، أعلام الموقعين: ١ / ٣٦١، ط التجارية.

الفصل الثالث

عقد الإيجار

عقد الإجارة كالبيع من العقود المسماة^(١) التي عني التشريع الإسلامي ببيان أحكامها الخاصة بها بحسب ما تقتضيه طبيعة عقدها ، وهي تختلف عن عقد البيع في أنها مؤقتة المدة ، بينما عقد البيع لا يقبل التأقيت ، وإنما هو مؤبد ، لأنه يترتب عليه انتقال ملكية العين .

وعقد الإجارة من العقود المهمة في الحياة العملية ، لذا فإننا سنتكلم عن أهم خصائصها وأحكامها في المباحث الآتية :

المبحث الأول - مشروعية الإجارة وركنها ومعناها .

المبحث الثاني - شروط الإجارة .

المبحث الثالث - صفة عقد الإجارة وحكمه .

المبحث الرابع - نوعا الإجارة وأحكامها .

المبحث الخامس - ضمان الأجير وسقوط أجره بهلاك العين .

المبحث السادس - اختلاف المتعاقدين في الإجارة .

المبحث السابع - انتهاء عقد الإجارة .

(١) وهي التي سماها المشرع ونظمها مثل البيع والإجارة والشركة والكفالة والمهبة فتطبق عليها القواعد العامة للعقود ، والقواعد الخاصة بها ، أما العقود غير المسماة وهي التي لم ينظمها المشرع مثل العقود الحديثة الظهور كمقد التوريد وعقد النزول في فندق ، فهي تخضع للقواعد العامة .

المبحث الأول - مشروعية الإجارة وركنها ومعناها :

مشروعية الإجارة : اتفق الفقهاء على مشروعية عقد الإجارة ما عدا أبا بكر الأعم وإسماعيل بن علية والحسن البصري والقاشاني والنهرواني وابن كيسان فإنهم لم يجزوه ؛ لأن الإجارة بيع المنفعة ، والمنافع حال انعقاد العقد معدومة القبض ، ثم تستوفي شيئاً فشيئاً مع الزمن ، والمعدوم لا يحتمل البيع ، ولا يجوز إضافة البيع إلى شيء في المستقبل . ورد عليهم ابن رشد بأن المنافع ، وإن كانت معدومة في حال العقد ، فهي مستوفاة في الغالب . والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب ، أو يكون استيفاءؤه وعدم استيفائه على السواء ^(١) .

واستدل الجمهور على جواز عقد الإيجار بالقرآن والسنة والإجماع :

أما القرآن : فقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتَحِنَا لَهُنَّ كَمَا تَرَ » وقوله عز وجل حاكياً قول إحدى ابنتي شعيب عليه السلام : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ ، إِنْ خَيْرٌ مِنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِي الْأَمِينُ . قَالَ إِنْ أَرِيدُ أَنْ أَنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرْنِي ثَمَانِي حَجَجٍ ، فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ والاستدلال بهذه الآية صحيح عند القائلين : بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ .

وأما السنة : فقوله عليه السلام : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » ^(٢) .

فالأمر بإعطاء الأجير دليل على صحة الإيجار ، وقوله ﷺ : « من استأجر

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٢١٨ .

(٢) روي من حديث أبي هريرة ، ومن حديث ابن عمر ومن حديث جابر ومن حديث أنس ، فحديث أبي هريرة رواه أبو يعلى في مسنده ، وحديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه في سننه ، وحديث جابر رواه الطبراني في معجمه الصغير ، وحديث أنس رواه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في كتاب نوادر الأصول . قال ابن حجر : كلهما ضعاف (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٢٩ وما بعدها ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٧ ، سبل السلام : ٣ ص ٨١) .

أجيراً فليعلمه أجره»^(١) .

وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال : « كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع ، فهى رسول الله ﷺ عن ذلك ، وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق »^(٢) .

وروى ابن عباس رضي الله عنه : أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره^(٣) .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة في زمن الصحابة على جواز الإيجار قبل وجود الأسم وابن عليّة وغيرهما ، لحاجة الناس إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان المحسوسة ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان ، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع^(٤) .

ركن الإجارة ومعناها : ركن الإيجار عند الحنفية : الإيجاب والقبول ، وذلك بلفظ الإجارة والاستئجار والاكتراء والإكراء .

وأركانها عند الجمهور^(٥) أربعة : عاقدان (مؤجر ومستأجر) ، وصيغة (إيجاب وقبول) ، وأجرة ومنفعة .

ومعنى الإيجار لغة : بيع المنفعة . ومعناه الشرعي هو معناه اللغوي ، ولذا قال

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري ، ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وفيه انقطاع ، ووصله البيهقي من طريق أبي حنيفة . قال أبو زرعة : الصحيح موقوف أي على أبي سعيد . (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣١ ، سبل السلام : ٣ ص ٨٢ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٩٢) .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن سعد بن أبي وقاص بلفظ : « أن أصحاب المزارع في زمن النبي ﷺ كانوا يكرّون مزارعهم بما يكون على السواقي وما سعد بالماء مما حول التبت ، فجاءوا رسول الله ﷺ فاختصموا في بعض ذلك ، فنهام أن يكرّوا بذلك ، وقال : أكرّوا بالذهب والفضة » (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ٢٧٩) .

(٣) رواه أحمد والبخاري ومسلم ، زاد البخاري في لفظ : « ولو كان سحتاً لم يعطه » (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٤ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٨٥ ، سبل السلام : ٣ ص ٨٠) .

(٤) انظر المبسوط للرخسي : ١٥ ص ٧٤ ، تكلّة فتح القدير : ٧ ص ١٤٧ ، البدائع : ٤ ص ١٧٣ ، بداية المجتهد :

٢ ص ٢١٨ ، المهذب : ١ ص ٣٩٤ ، المغني : ٥ ص ٣٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٢ .

(٥) القوانين الفقهية : ص ٢٧٤ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣٣٢ .

الحنفية: الإيجار: عقد على المنافع بعوض^(١). وكما لا يصح تعليق البيع، لا يصح تعليق الإجارة، إلا أن الإجارة يصح إضافتها إلى زمن في المستقبل عند جمهور الفقهاء، بعكس البيع كما ذكرنا سابقاً. ولم يجز الشافعية إضافة إجارة العين للمستقبل كالبيع. وأجازوا إضافة الإجارة في الذمة، مثل: ألزمت ذمتك حمل متاعي هذا إلى بلد كذا أول شهر كذا؛ لأن الدين يقبل التأجيل، كما لو أسلم في شيء إلى أجل معلوم. وكذلك يصح عندهم في الأصح في إجارة العين: أن يؤجر المالك مدة جديدة لمستأجر عين مدة سابقة قبل انقضائها، لاتصال المدتين مع اتحاد المأجور^(٢).

وعرف الشافعية الإيجار فقالوا: هو عقد على منفعة مقصودة معلومة مباحة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم. ومحترزات قيود التعريف هي أنه خرج بقولهم: «منفعة»: العين، فالعقد عليها بيع أو هبة، وبقولهم: «مقصودة»: المنفعة التافهة كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب، وبقولهم: «معلومة»: المضاربة والجمالة على عمل مجهول. وأما قيد «قابلة للبدل والإباحة» فهو لإخراج منفعة البضع، فإن العقد عليها لا يسمى إجارة، والقيد الأخير (أي بعوض) لإخراج هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة^(٣).

وقال المالكية: الإيجار: تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض^(٤).

(١) تكملة فتح القدير: ٧ ص ١٤٥، البدائع: ٤ ص ١٧٤، تبين الحقائق: ٥ ص ١٠٥، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ١. وقد أثرنا لفظ الإيجار على لفظ الإجارة لأن الإجارة اسم للأجرة: وهي ما أعطيت من كراء الأجير، وهي ليست مصدرًا لفعل «أجر» إذ لم تسمع مصدرًا قط، ومن المعروف أن مصدر الفعل الثلاثي ساعي لا قياس فيه. وإذا استعملنا لفظ الإجارة أحياناً فهو مجازة للاصطلاح الشائع.

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٢٨ الإجارة عند الشافعية نوعان: إجارة واردة على عين أي على منفعة مرتبطة بعين إجارة العقار، أو إجارة دابة أو شخص معينين، ويلاحظ أن إجارة العقار لا تكون إلا من إجارة العين، لأنه لا يثبت في الذمة. وإجارة واردة على ذمة، كاستئجار دابة موصوفة لمحل مثلاً، أو كأن يلزم ذمة شخص عملاً معيناً كخياطة أو بناء أو غير ذلك (مغني المحتاج: ٢ ص ٢٢٢).

(٣) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٢٢.

(٤) الشرح الكبير للدردير: ٤ ص ٢، الفروق للقرافي: ٤ ص ٤.

و يمثل ذلك قال الحنابلة^(١) .

وإذا كانت الإجارة بيع المنافع فلا يجوز عند أكثر الفقهاء إجارة الشجر والكرم للثر؛ لأن الثرعين ، والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين . ولا تجوز إجارة الشاة للبها أو سمنها أو صوفها أو ولدها ؛ لأن هذه أعيان ، فلا تستحق بعقد الإجارة . ولا تجوز إجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين ؛ لأن الماء عين ، ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد ؛ لأن كل ذلك عين . وعلى هذا فلا تجوز إجارة البرك أو البحيرات للاصطياد أي ليصاد منها السمك^(٢) .

ولا تجوز إجارة المراعي ؛ لأن الكلاء عين فلا تحتل الإجارة .

ولا يجوز عند جمهور الفقهاء استئجار الفحل للضراب ؛ لأن المقصود منه النسل ، بإنزال الماء وهو عين ، وقد ثبت أنه ﷺ : « نهى عن عَسْب الفحل »^(٣) أي كرائه . وقد حذفت كلمة « الكراء » من باب المجاز المرسل مثل : ﴿ وأسأل القرية ﴾ . ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات ؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد استهلاك أعيانها ، والمعقود عليه في الإجارة هو المنفعة لا العين^(٤) . لهذا كله فإن المقرر أن : « كل ما ينتفع به مع بقاء عينه تجوز إجارته وما لا فلا » .

رأي ابن القيم في إجارة الأعيان : قال ابن القيم : إن الأصل الذي سار عليه الفقهاء (وهو أن المستحق بعقد الإجارة إنما هو المنافع لا الأعيان) أصل فاسد ، فهو لم يدل عليه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس صحيح ، بل الذي دلت عليه الأصول

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٥ ص ٣٩٨ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١٩٠ ، كشاف القناع : ٣ ص ٥٣٧ .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٤ ص ١١٠ وما بعدها .

(٣) رواه البخاري وأحمد والنسائي وأبو داود عن ابن عمر ، وروي عن آخرين بألفاظ ستأتي الإشارة إليها (نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٦) .

(٤) البدائع : ٤ ص ١٧٥ .

أن الأعيان التي تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع كالثمر في الشجر، واللبن في الحيوان، والماء في البئر، ولذلك سوي بين العين والمنفعة في الوقف، فجاز وقف المنفعة كالسكنى، وجاز وقف العين كوقف الماشية للانتفاع بلبنها، وكذلك سوي بينهما في التبرعات كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده، والمنيحة لمن يشرب الشاة ثم يردها، والقرض لمن ينتفع بالدرهم ثم يرد بدله، فكذلك في الإجارة تارة تكون على منفعة، وتارة تكون على عين تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصل كلبن الظئر ونفع البئر، فإن هذه الأعيان لما كانت تحدث شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصل كانت كالمنفعة، والجامع بينهما هو حدوث المقصود بالعقد شيئاً فشيئاً، سواء أكان الحادث عيناً أم منفعة^(١).

المبحث الثاني - شروط الإجارة

يشترط في عقد الإيجار أربعة أنواع من الشروط كما في عقد البيع: وهي شروط الانعقاد، وشروط النفاذ، وشروط الصحة، وشروط اللزوم. ونشير هنا إلى بعض هذه الشروط، ونحيل ما بقي منها على ما هو مقرر في عقد البيع.

شروط الانعقاد: وهي ثلاثة أنواع: بعضها يرجع للعاقد، وبعضها يرجع لنفس العقد، وبعضها يرجع لمكان العقد. وتقتصر على ذكر ما يرجع للعاقد: وهو العقل، أي أن يكون العاقد عاقلاً، فلا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي غير العاقل كما لا ينعقد البيع منها. ولا يشترط البلوغ للانعقاد ولا للنفاذ عند الحنفية، فلو أجر الصبي المميز ماله أو نفسه: فإن كان مأذوناً في ذلك وغيره ينفذ عقده، وإن كان محجوراً عن التصرفات يقف على إجازة وليه^(٢).

وقال المالكية: إن التمييز شرط في الإيجار والبيع، والبلوغ شرط للنفاذ،

(١) انظر أعلام الموقعين: ٢ ص ١٥.

(٢) البدائع: ٤ ص ١٧٦.

فالصي المميز إذا أجر نفسه أو سلعته صح عقده ، وتوقف العقد على رضا وليه^(١) .

وقال الشافعية والحنابلة : يشترط التكليف : وهو البلوغ والعقل لانعقاد الإيجار ، لأنه عقد تمليك في الحياة ، فأشبه البيع^(٢) .

شروط النفاذ : يشترط لنفاذ عقد الإجارة توافر الملك أو الولاية ، فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم الملك أو الولاية ، وإنما العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المالك عند الحنفية والمالكية كما في عقد البيع ، خلافاً للشافعية والحنابلة .

والإجازة تلحق الإجارة الموقوفة بشروط ، منها قيام المعقود عليه . فإذا أجر الفضولي ، وأجاز المالك العقد ينظر^(٣) :

إن أجاز العقد قبل استيفاء المنفعة ، جازت إجازته ، وكانت الأجرة للمالك ، لأن المعقود عليه قائم .

وإن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته ، وكانت الأجرة للعاقد ، لأن المنافع المعقود عليها تلاشت في الماضي ، فتكون عند الإجازة معدومة ، فلا يبقى العقد بعدئذ ، لفوات محله ، فلا تصح الإجازة ، كما عرفنا في عقد البيع ويصير العاقد الفضولي حينئذ غاصباً بالتسليم .

وقد قال الحنفية : إن الغاصب إذا أجر ما غصبه وسلم ذلك ، ثم قال المالك : «أجزت ما أجزت» : فإن كانت مدة الإجارة قد انقضت فللغاصب الأجر ؛ لأن المعقود عليه قد انعدم ، والإجازة لاتلحق المعدوم كما قلنا . وإن كانت الإجازة بعد مضي بعض المدة فالأجر كله للمالك عند أبي يوسف ، لأنه إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد ، فكان محلاً للإجازة ، فهو قد نظر إلى المدة .

(١) الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٢ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٢٢٢ ، المغني : ٥ ص ٢٩٨ .

(٣) انظر البدائع : ٤ ص ١٧٧ .

وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر ما بقي للمالك ؛ لأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه مستقل عن غيره ، فإذا مضى بعض مدة الإجارة ، كان الماضي منعدياً حين الإجارة ، فلا يصح إلحاق الإجارة به لانعدامه ، فهو قد نظر إلى المعقود عليه .

ويجري هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيمن غصب أرضاً فأجرها للزراعة ، فأجاز صاحب الأرض عقد الإجارة .

وقال محمد : إن أعطاه الغاصب مزارعة فهنا تفصيل : إن كان الزرع قد سنبل ، ولم يبيس ، فأجاز صاحب الأرض ، جازت المزارعة ، ولا شيء للغاصب من الزرع ، لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد ، لا ينفصل بعض عملها عن بعض ، فكانت إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد . وأما إذا كان الزرع قد يبس فقد انقضى عمل المزارعة ، فلا تلحق الإجارة العقد ، ويكون الزرع حينئذ للغاصب .

شروط صحة الإجارة : يشترط لصحة الإجارة شروط تتعلق بالعائد والمعقود عليه والمحل المعقود عليه ، والأجرة ، ونفس العقد وهي :

١- رضا المتعاقدين : يشترط توافر رضا المتعاقدين كما في البيع ، لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ والإجارة تجارة ، لوجود معنى مبادلة المال بالمال فيها^(١) . وهذا الشرط يتعلق بالعائد ، وما سذكه متعلق بالمعقود عليه .

٢- أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع من المنازعة ، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لا يصح العقد ؛ لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم ، فلا يحصل المقصود من العقد .

(١) انظر البدائع : ٤ ص ١٧٩ .

والعلم بالمعقود عليه : يكون ببيان محل المنفعة وبيان المدة وبيان العمل في استئجار الصناع والعمال .

أما بيان محل المنفعة : فيحصل بمعرفة العين المستأجرة بعينها ، فلو قال إنسان لآخر : أجرتك إحدى هاتين الدارين ، أو أحد هذين المركبين أو أحد هذين الصانعين ، لم يصح العقد لجهالة المعقود عليه جهالة فاحشة . ولو استأجر إنسان من آخر نهراً يابساً أو موضعاً من الأرض معلوماً ليسوق منه الماء إلى أرض له ، فيسقيها ، لم يجز في المشهور عند الحنفية ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن مقدار ما يسيل من الماء في النهر مختلف قلة وكثرة ، والكثير منه مضر بالنهر ، والمضر منه مستثنى ضمناً ، وغير المضر غير منضبط ، فصار محل المعقود عليه مجهولاً .

وروي عن محمد أنه يجوز ؛ لأن المانع من جواز العقد جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين^(١) .

وأما بيان المدة : فهو مطلوب في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر (المرضع) ؛ لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه ، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة .

وتصح الإجارة على أي مدة طال أو قصرت وهو قول أكثر العلماء ومنهم الشافعية على الصحيح^(٢) ، فإنهم قالوا : يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالباً بحسب رأي أهل الخبرة ، ولا يقدر للإجارة أقصى مدة ، إذ لا دليل من الشرع على ذلك^(٣) .

(١) البدائع ، المصدر السابق : ٤ ، ١٨٠ ، المبسوط : ١٦ ص ٤٢ ، الفروق : ٤ ص ٤ ، تكلية فتح القدير : ٧ ص ١٤٨ .

(٢) يقول الحنفية : تصح الإجارة على أي مدة معلومة سواء أكانت طويلة أم قصيرة ، لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً ، إلا في الأوقاف ، فلا تجوز الإجارة الطويلة فيها على ما هو مختار ، كيلا يدعي المستأجر ملكها : (وهي مازاد على ثلاث سنين في الضياع أي العقارات ، وعلى سنة في غيرها) ومثل ذلك إجارة أرض اليتيم (راجع اللباب شرح الكتاب : ٢ ص ٨٨ ، تكلية فتح القدير : ٧ ص ١٥٠) .

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٢٤٩ ، المهذب : ١ ص ٣٩٦ ، المغني : ٥ ص ٤٠١ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢٠١ .

ولا يشترط عند الحنفية تعيين ابتداء مدة الإجارة، فإذا كان العقد مطلقاً عن تعيين ابتداء المدة، تعين الزمن الذي يعقب العقد، وهو الشهر الذي يأتي بعد العقد. وقال الشافعية: يشترط تعيين مدة الابتداء التي تلي العقد نصاً؛ لأن عدم التعيين يؤدي إلى جهالة الوقت الموجبة لجهالة المعقود عليه^(١).

وإن وقعت الإجارة شهراً أو شهوراً أو سنين معلومة في أول الشهر يعتبر الشهر بالأهلة، وإن وقعت في بعض الشهر يعتبر الشهر بالأيام ثلاثين يوماً لتعذر اعتبار الأهلة، فتعتبر الأيام. وكذلك الأمر في الشهور والسنين فإذا كان العقد في أول الشهر فشهور السنة كلها بالأهلة، لأنها هي الأصل، وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة، وفي رواية عن أبي يوسف.

وهناك رواية أخرى عن أبي حنيفة وهو رأي محمد ومذهب الشافعية: إذا استأجر داراً لمدة سنة في بعض الشهر، فإنه يسكن بقية هذا الشهر بالأيام، ويكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير، والباقي من السنة وهو أحد عشر شهراً بالأهلة؛ لأن الأيام يصار إليها ضرورة، والضرورة قائمة في الشهر الأول فقط من السنة. ووجه الرواية الأولى أنه متى تم الشهر الأول بالأيام ابتداءً الثاني بالأيام ضرورة، وهكذا إلى آخر السنة^(٢).

الإجارة مشاهرة: تشدد الشافعية في شرط معرفة المدة، فقالوا في الصحيح عندهم: إن أجر شخص داره كل شهر بدينار مثلاً، أو كل يوم أو كل جمعة أو كل سنة بكذا، فالإجارة باطلة؛ لأن كل شهر يحتاج إلى عقد جديد لإفراجه بأجرة معينة، ولم يوجد عقد، وذلك يقتضي البطلان، هذا بالإضافة إلى جهالة مدة الإجارة،

(١) المهذب، المصدر السابق.

(٢) تكملة فتح القدير: ٧ ص ١٧٨، البدائع: ٤ ص ١٨١، المبسوط: ١٥ ص ١٣٢، تبيين الحقائق: ٥ ص ١٢٢،

المهذب: ١ ص ٣٩٦، رد المحتار على الدر المختار: ٥ ص ٣٥.

فصار كما لو قال : أجرتك مدة أو شهراً^(١) .

وقال جمهور الفقهاء : تصح الإجارة في الشهر الأول وتلزم ، وأما ما عداه من الشهور فلا يلزم إلا بالدخول فيه أو التلبس فيه ؛ لأن شروعه مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضا ببذله جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كبيع المعاوضة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها^(٢) .

وأما بيان العمل في استئجار الصناع والعمال فهو أمر مطلوب منعاً من الجهالة ؛ لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد ، فلو استأجر عاملاً ، ولم يسم له العمل من الخياطة والرعي وعزق الأرض ونحوه لم يجز العقد .

وإذا كان الأجير مشتركاً فلا بد من بيان الممول فيه إما بالإشارة والتعيين ، أو بيان الجنس والنوع والقدر والصفة ، فلو استأجر شخص حفاراً لحفر بئر فلا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر ونوعها وعرضها ؛ لأن عمل الحفر يختلف باختلاف هذه الأوضاع^(٣) .

تعيين المدة والعمل : إذا كان لا بد من تعيين المدة في إجارة المنافع كإجارة المنازل ونحوها ، وتعيين نوع العمل في الإجارة على الأعمال كالخياطة ونحوها ، فهل يجوز الجمع بين اشتراط المدة والعمل معاً ؟

قال الحنفية : لا يشترط في إجارة المنافع تعيين العمل ، فلو استأجر رجل داراً أو حانوتاً ، ولم يسم ما يعمل فيه ، جازت الإجارة ، وله أن يسكن فيه بنفسه مع غيره ، وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة ، وله أن يضع فيه متاعاً وغيره ، غير أنه لا يستعمل البناء بما يضره ويوهنه ولا يجعل فيه حداداً ولا قصاراً ولا

(١) المهذب : ١ ص ٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢٤٠ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٥ .

(٢) البدائع : ٤ ص ١٨٢ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٢٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٤٤ ، المغني : ٥ ص ٤٠٩ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٤ ص ١٨٤ ، المبسوط : ١٦ ص ٤٧ .

طحاناً؛ لأن العقد المطلق عن الشرط مقيد بالعرف المؤلف .

وأما في الإجارة على الأعمال ، فيشترط بيان المدة في استئجار الراعي المشترك لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه . وأما في استئجار القصار المشترك والحيايط المشترك ، فلا يشترط بيان المدة ؛ لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه . وأما الأجير الخاص ، فلا يشترط في العقد معه بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته ، وإنما يشترط بيان المدة فقط . كذلك يشترط بيان المدة في استئجار الظئر .

واختلف أبو حنيفة مع صاحبيه في اجتماع المدة مع العمل^(١) ، فقال أبو حنيفة : متى تعينت المدة لم يجز تقدير العمل . وقال الصحابان : يجوز التقدير بهما معاً . وعلى هذا : إذا قال رجل لآخر : استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم ، أو لتقصر هذا الثوب اليوم ، أو لتخبز قفيز دقيق اليوم ، فالإجارة فاسدة عند أبي حنيفة . وجائزة عند الصحابين .

وإذا استأجر شخص دابة إلى بلد أياماً معينة ، فالإجارة فاسدة عند الإمام . وعند صاحبيه جائزة .

ووجه قول الصحابين : أن المعقود عليه هو العمل لأنه هو المقصود ، والعمل معلوم ، والقصد من ذكر المدة هو التعجيل ، فلم تكن المدة معقوداً عليها ، فلا يمنع ذكرها جواز العقد . وإذا وقعت الإجارة على العمل : فإن فرغ الأجير منه قبل تمام المدة فله كمال الأجر ، وإن لم يفرغ منه في اليوم ، فعليه أن يعمل في الغد .

ووجه قول أبي حنيفة : أن المعقود عليه مجهول ، لأن العاقد ذكر أمرين : هما العمل والمدة ، وكل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد . هذا مع العلم بأنه لا يمكن الجمع بين العمل والمدة في كون كل واحد منهما معقوداً عليه ؛ لأن حكمها مختلف ؛ إذ أن العقد على المدة يقتضي وجوب

(١) راجع البدائع : ٤ ص ١٨٤ وما بعدها .

الأجر من غير عمل؛ لأن الأجير يصبح أجيراً خاصاً؛ والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل؛ لأن الأجير يصبح أجيراً مشتركاً، فكان المعقود عليه أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكان المعقود عليه مجهولاً.

وقال الحنابلة: إذا عقدت الإجارة على عمل كبناء حائط، وخياطة قميص، وحمل إلى موضع معين، فإذا كان المأجور مما له عمل ينضبط كالحيوان، جاز تقدير إجارته بمدة وعمل؛ لأن المأجور له عمل تتقدر منافعه به. وإن لم يكن المأجور له عمل كالدار والأرض، لم تجز إجارته إلا على مدة، ومتى تقدرت المدة، لم يجز تقدير العمل، لأن الجمع بينهما يزيد الإيجار غرراً، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، فإن استعمل المأجور في بقية المدة، فقد زاد على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل في بعض المدة. وقد لا يفرغ الأجير من العمل في المدة، فإن أتمه بعدها عمل في غير المدة، وإن لم يعمل، لم يأت بما وقع عليه العقد، وهذا غرراً مكن التحرز عنه^(١).

وقال المالكية والشافعية في الأصح: لا يجوز في إجارة الأعمال كخياطة الثوب ونحوها الجمع بين الزمان والعمل، فلا يصح أن يعين زمان الخياطة بأن يقول الشخص للخياط: اليوم أو بعد أسبوع مثلاً، فتفسد الإجارة؛ لأنه يوجب الغرر بتوقع تعذر العمل في ذلك اليوم أو الأسبوع، فقد يتقدم العمل أو يتأخر، كما لو أسلم رجل في قفيز حنطة بشرط كون وزنه كذا، لا يصح العقد لاحتمال أن يزيد الوزن أو ينقص. وعلى هذا فالصلحة ونفي الغرر عن العقد يوجبان بقاء العقد مطلقاً دون تحديد مدة معينة^(٢).

٣- أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً: فلا تجوز إجارة متعذر التسليم حقيقة كإجارة البعير الشارد والأخرس للكلام، أو شرعاً كإجارة

(١) المغني: ٥ ص ٤٠٢، غاية المنتهى: ٢ ص ٢٠٢.

(٢) الفروق للقرافي: ٤ ص ١٢، القوانين الفقهية: ص ٢٧٥، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤٠.

الحائض لكنس المسجد، والطبيب لقلع سن صحيحة، والساحر على تعليم السحر. وهذا باتفاق الفقهاء. ولا تجوز إجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة وزفر والحنابله، كأن يؤجر نصيباً من داره، أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك، سواء أكان النصيب معلوماً كالربع ونحوه، أم مجهولاً؛ لأن منفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع، والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه؛ لأنه سهم شائع ضمن كل، وإنما يتصور تسليمه مع غيره وهو غير معقود عليه، فلا يتصور تسليمه شرعاً. وأما الإجارة من الشريك فهي جائزة على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة؛ لأن المعقود عليه مقدور الاستيفاء بدون المهايأة، إذ منفعة كل الدار تحدث مثلاً على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين: بعضها بسبب الملك، وبعضها بسبب الإجارة. وأما الشيوع الطارئ فلا يؤثر على الإجارة في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة أيضاً؛ لأن المانع من جواز العقد وهو الشيوع كان بسبب عدم القدرة على التسليم، والقدرة على التسليم ليست بشرط لبقاء العقد ودوامه، إذ ليس كل ما يشترط في إنشاء العقد عند ابتدائه يشترط لبقاء العقد^(١).

وقال صاحبان وجمهور الفقهاء: تجوز إجارة المشاع مطلقاً من الشريك وغيره؛ لأن للمشاع منفعة، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ، كما يجوز ذلك في البيع، والإجارة أحد نوعي البيع^(٢).

ويترتب على اشتراط القدرة على الاستيفاء عند الحنفية مسائل:

أ- لو استأجر إنسان طريقاً في دار غيره لير فيها وقتاً معلوماً لم يجز عند أبي حنيفة، ويجوز في قول الصحابين؛ لأن إجارة المشاع فاسدة عند الإمام، وجائزة عند الصحابين.

(١) تكللة فتح القدير مع العناية: ٧ ص ١٨٠، البدائع: ٤ ص ١٨٧، تبين الحقائق: ٥ ص ١٢٥، رد المحتار على

الدر المختار: ٥ ص ٢٢، غاية المنتهى: ٢ ص ١٩٧، الشرح الكبير: ٤ ص ١٩.

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٢٢٥، الميزان: ٢ ص ٩٦، المهذب: ١ ص ٢٩٥.

ب- لو استأجر شخص أرضاً فيها رطوبة^(١) (فصفصة) لمدة سنة مثلاً فلا تجوز الإجارة، وإنما تقع فاسدة، لأنه لا يمكن تسليم الأرض إلا بإحداث ضرر، وهو قلع الرطوبة، والإنسان لا يجبر على إلحاق الضرر بنفسه، فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً، فلم تجز. فإن قلع صاحب الأرض الرطوبة، وسلم الأرض بيضاء، جاز العقد، لأن المانع قد زال، مثل أن يشتري إنسان جذعاً في سقف إذا نزع البائع وسلمه إلى المشتري جاز العقد، ويجبر المشتري على القبول في الحالتين.

ج- لو استأجر شخص رجلاً للقيام بالبيع والشراء، فلا تجوز الإجارة؛ لأن البيع والشراء لا يتم بشخص واحد، بل بعاقدين هما البائع والمشتري، وذلك غير مقدور للشخص، فتفسد الإجارة على هذه المهمة، إذ أن الأجير لا يقدر على إيفاء المنفعة بنفسه، والمستأجر لا يقدر بالتالي على الاستيفاء، فصار العقد، كما لو استأجر رجلاً ليحمل خشبة بنفسه، وهو لا يقدر على حملها بنفسه.

فإن عين المستأجر للقيام بمهمة البيع والشراء مدة، كأن استأجره شهراً لبيع له ويشترى، جاز العقد؛ لأن الإجارة وقعت على منفعة المدة، وهي معلومة.

د- لا يصح استئجار الفحل للإنزاء، واستئجار الكلب المعلم، والبازي المعلم للاصطياد؛ لأن المنفعة غير مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر إذ لا يمكن إجبار الفحل على الضراب والإنزال، ولا إجبار الكلب والبازي على الصيد.

هذا رأي جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢)؛ لأن الرسول ﷺ نهى عن عسب الفحل أي أجره ضرابه^(٣). وأجاز الإمام مالك العقد إذا كانت الإجارة

(١) الرطوبة - بفتح الراء : الفصة ، فإذا بيست فهي قت (الجت) .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٩ ، البدائع : ٤ ص ١٨٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٢٨ ، المغني : ٥ ص

٥٠٠ ، المهذب : ١ ص ٣٩٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١٩٧ .

(٣) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي وأحمد عن ابن عمر ، وروى أيضاً عن عدة من الصحابة مثل

أنس وابن عباس وعلي وأبي هريرة . وفي بعض ألفاظه : « نهى النبي ﷺ عن ثمن عسب الفحل » (انظر

نصب الراية : ٤ ص ١٣٥ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٦) .

على مدة معلومة تشبيهاً للمذكور بسائر المنافع^(١).

٤- أن تكون المنفعة المعقود عليها مباحة شرعاً: كاستئجار كتاب للنظر والقراءة فيه والنقل منه، واستئجار دار للسكنى فيها، وشبكة للصيد ونحوها.

يتفرع على هذا الشرط أنه باتفاق الفقهاء^(٢): لا يجوز الاستئجار على المعاصي كاستئجار الإنسان للعب واللهو المحرم وتعليم السحر والشعر المحرم وانتساخ كتب البدع المحرمة، وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح، لأنه استئجار على معصية، والمعصية لا تستحق بالعقد. أما الاستئجار لكتابة الغناء والنوح فهو جائز عند الحنفية فقط؛ لأن المنوع عنه نفس الغناء والنوح، لا كتابتها. فالقاعدة الفقهية إنذا: «الاستئجار على المعصية لا يجوز»^(٣).

وكذلك لا يجوز استئجار رجل لقتل رجل أو سجنه أو ضربه ظلماً أو لأي مظلمة أخرى، لأنه استئجار لفعل المعصية، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً. فإن كان الفعل بحق كأن استأجر رجل غيره لقطع عضو فيجوز؛ لأنه مقدور الاستيفاء؛ لأن محله معلوم. أما الاستئجار على القصاص فلا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن القتل بضرب العنق قد يصيب العنق فيكون مشروعاً، وقد يصيب غير العنق فيكون محظوراً؛ لأنه مثله بالإنسان. ويجوز العقد عند محمد؛ لأن القصاص هو حز الرقبة، والرقبة معلومة، فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء^(٤).

وكذلك لا يجوز لذمي استئجار دار من مسلم في بلد إسلامية ليتخذها مصلى

(١) بداية المجتهد: ٢ ص ٣٢٢، القوانين الفقهية: ص ٢٧٥.

(٢) تكملة فتح القدير: ٧ ص ١٨٠، البدائع: ٤ ص ١٨٩، تبيين الحقائق للزليبي: ٥ ص ١٢٥، الشرح الكبير:

٤ ص ٢١، بداية المجتهد: ٢ ص ٢١٨، المهذب: ١ ص ٣٩٤، المغني: ٥ ص ٥٠٢، القوانين الفقهية: ص

٢٧٥، غاية المنتهى: ٢ ص ١٩٦، الفروق للقرافي: ٤ ص ٤.

(٣) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حزة: ص ٧٦.

(٤) البدائع: ٤ ص ١٨٩.

للناس أو لبيع الخمر أو للقفار؛ لأنه استئجار على المعصية، وهذا رأي جمهور العلماء .
وكان أبو حنيفة يميز الاستئجار للمصلى في سواد العراق؛ لأن أكثر أهل السواد في
زمانه كانوا أهل ذمة من المجوس، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف
بالمسلمين^(١).

٥- ألا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الإجارة: .

ويترتب عليه أنه لا تصح الإجارة إذا كانت واردة على القيام بفرض أو واجب
على الأجير قبل العقد؛ لأن من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الأجرة على فعله،
كمن قضى ديناً عليه، فلا تصح الإجارة إذاً على القرب والطاعات كالصلاة والصوم
والحج والإمامة والأذان وتعليم القرآن؛ لأنه في الفرائض استئجار على عمل مفروض،
ولأن الاستئجار على الأذان والإقامة والإمامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفيذ الناس
عن الصلاة بالجماعة، وعن تعليم القرآن والعلم^(٢) وقد روي أن عثمان بن أبي العاص
قال: «إن آخر ما عهد إلى النبي ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجرًا» قال
الترمذي: حديث حسن^(٣)، وهذا محل اتفاق بين الحنفية والحنابلة. ومن قواعد
الحنفية في هذا «لا يستحق الأجر من استؤجر على الطاعة» «الاستئجار لما هو
مستحق عليه لا يجوز» فمن استأجر امرأته شهراً لخدمة البيت لا تجوز هذه الإجارة
لأنها مستحقة عليها.

-
- (١) البدائع: ٤ ص ١٧٦، المبسوط: ١٦ ص ٢٨، المغني: ٥ ص ٥٠٣.
(٢) البدائع: ٤ ص ١٩١، المغني: ٥ ص ٥٠٦ وما بعدها، المبسوط: ١٦ ص ٢٧، تبين الحقائق: ٥ ص ١٢٤،
رد المختار على الدر المختار: ٥ ص ٢٨، غاية المنتهى: ٢ ص ٢٠٥، ٢١٧، الفرائد البهية في القواعد الفقهية
للشيخ محمود حمزة: ص ٧٥، ٢٨٤، الإفصاح لابن هبيرة: ص ٢٢٦.
(٣) أخرجه أصحاب السنن الأربع بطرق مختلفة، وهذا اللفظ للترمذي وابن ماجه (راجع نصب الراية: ٤ ص
١٣٩).

ثم أفق المتأخرون من العلماء بجواز أخذ المعلم أجره المثل في زمانه على تعليم القرآن .

وقال الإمامان مالك والشافعي^(١) : تجوز الإجارة على تعليم القرآن لأنه استئجار لعمل معلوم ببذل معلوم ولأن رسول الله ﷺ « زوج رجلاً بما معه من القرآن »^(٢) فجاز جعل القرآن عوضاً ، وقد قال رسول الله ﷺ : « إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله »^(٣) وهو حديث صحيح . وثبت أن أبا سعيد الخدري رقى رجلاً بفتح الكتاب على جعل ، فبرئ ، وأخذ أصحابه الجعل ، فاتوا به رسول الله ﷺ فأخبروه وسألوه فقال : « لعمرى من أكل برقية باطل (أي كلام باطل) فقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم »^(٤) .

قال صاحب الكنز الحنفي : والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن ، وهو مذهب المتأخرة من مشايخ بلخ^(٥) .

وأجاز المالكية أخذ الأجرة على الأذان مع الإمامة والقيام بالمسجد لا على الصلاة بانفرادها قياساً على الأفعال غير الواجبة ، كما أجازوا هم والشافعية الإجارة على الحج لإقرار الرسول عليه السلام حج صحابي عن غيره ، أما الإمامة في الفروض فلا يجوز فيها الإجارة عند الشافعية ، ولا يجوز ذلك بانفرادها عن الأذان في المشهور

-
- (١) الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٦ ، بداية المجتهد : ١ ص ٢٢١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢٤٤ ، المهذب : ١ ص ٣٩٨ ، الميزان : ٢ ص ٩٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ .
- (٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد ولفظه « قد زوجتكها بما معك من القرآن » (انظر نيل الأوطار : ٦ ص ١٧٠) .
- (٣) أخرجه البخاري في كتاب الطب عن ابن عباس وروي في معناه أحاديث كثيرة (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٤ ، سبيل السلام : ٣ ص ٨١) .
- (٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا النسائي عن أبي سعيد الخدري ، ورويت واقعة أيضاً عن خارجة بن السلط عن عمه ، كما رويت أخرى عن جابر (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٨٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٦) .
- (٥) تبين الحقائق : ٥ ص ١٢٤ .

عند المالكية^(١) .

ويجوز بالاتفاق الاستئجار على تعليم اللغة والأدب والحساب والخط والفقہ والحديث ونحوها وبناء المساجد والقناطر والرباطات ؛ لأنها ليست بفرض ولا بواجب . وقد تقع قربة تارة ، وتارة غير قربة .

ولا يجوز عند الحنفية الاستئجار على غسل الميت ؛ لأنه واجب ، ويجوز على حفر القبور ، وعلى حمل الجنائز . وأجاز الشافعية الإجارة لتجهيز ميت ودفنه . والتجهيز يشمل الغسل والتكفين ؛ لأن ذلك من فروض الكفايات ، ولا يضر طرؤه تعيين الواجب كالمضطر ، فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البذل .

ولا يجوز استئجار الرجل الزوجة على رضاع ولده منها ؛ لأنه استئجار على خدمة الولد ، وإنما اللبن يدخل فيه تبعاً ، فكان الاستئجار على أمر واجب عليها فيما بينها وبين الله تعالى^(٢) .

٦- ألا ينتفع الأجير بعمله : فإن كان ينتفع به لم يجز^(٣) ، فلا تصح الإجارة على الطاعات ؛ لأن القائم بها عامل لنفسه ، كما لا يصح استئجار رجل ليطحن لآخر قفيزاً من حنطة بجزء من دقيقتها ، أو ليعصر له قفيزاً من سمس بجزء معلوم من دهنه ، لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر ، فيكون عاملاً لنفسه ، وقد روي أن

(١) انظر سيل السلام : ٢ ص ١٨١ ، ١٨٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢٤٤ ، الفروق للقرافي : ٣ ص ٢ ، الوسيط في الأصول للمؤلف : ص ٣٧٩ ط أولى .

(٢) البدائع : ٤ ص ١٩٢ .

(٣) قال الشافعية : الإجارة للقرآن على القبر مدة معلومة ، أو قدراً معلوماً ، جائزة ، للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ، ويكون الميت كالحَي الحاضر ، سواء أعقب القرآن الدعاء ، أم جعل أجر قراءته له ، أم لا ، فتعود منفعة القرآن إلى الميت في ذلك ، ولأن الدعاء يلحقه ، وهو بعدها أقرب إلى الاجابة وأكثر بركة . فقول الشافعي رضي الله عنه : إن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك (مغني المحتاج : ٢٤١/٢) .

رسول الله ﷺ وسلم نهى عن قفيز الطحان^(١) وهو أن يعطي الرجل الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها . وهذا هو رأي الشافعية أيضاً^(٢) عملاً بالنهي في هذا الحديث ، ولأن فيه تقصراً لشرط من شرائط الإجارة وهو القدرة على تسليم الأجر وقت التعاقد .

فالقاعدة المقررة عند الحنفية في هذا الشأن هي : « تعيين الأجر مما يعمل فيه الأجير مفسد للعقد » .

وقال الحنابلة والمالكية : يجوز ذلك إذا كان الكيل معلوماً ، والحديث لم تثبت صحته عندهم^(٣) .

ومنه : ما يتعامل به الزراع في الريف من إعطاء بعض القمح لدارسه أو حامله فقد أجازته الحنابلة .

٧- أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفائها بعقد الإجارة ، ويجري بها التعامل بين الناس ، فلا يجوز استئجار الأشجار لتجفيف الثياب^(٤) عليها

(١) روه الدارقطني عن أبي سعيد الخدري قال : « نهى رسول الله ﷺ عن عصب الفحل (أي كرائه) وعن قفيز الطحان » وفسر قوم قفيز الطحان بطحن الطعام بجزء منه مطحوناً لما فيه من استحقاق طحن قدر الأجرة ، لكل واحد منها على الآخر ، وذلك متناقض (راجع نيل الأوطار : ٥ ص ٢٩٢ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٥) .

(٢) البدائع ، المصدر السابق ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ٧٨ .

(٣) المغني : ٥ ص ٤٤٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٦ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٤) ذكر القرافي المالكي في الفروق (٢/٤ - ٤) ثمانية شروط في المنفعة التي تجوز عليها الإجارة وهي : الأول - الإباحة : احترازاً من الغناء وآلات الطرب ونحوها . الثاني - قبول المنفعة للمعاوضة ، احترازاً من النكاح . الثالث - كون المنفعة متقدمة ، احترازاً من التافه الحقير الذي لا يقابل بعوض . واختلف في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب ، فمنعه ابن القاسم . الرابع - تكون مملوكة ، احترازاً من الأوقاف الموقوفة للسكنى كبيوت المدارس ، الخامس - ألا يتضمن استيفاء عين ، احترازاً من اجارة الأشجار لثأرها أو الغنة لنتاجها ، واستثني من ذلك إجارة المرضع للنبها للضرورة في الحضانة . السادس - أن يقدر على تسليمها ، احترازاً من استئجار الأخرس . السابع - أن تحصل للمستأجر احترازاً من الاستئجار على العبادات كالصوم ونحوه . الثامن - كونها معلومة احترازاً عن المجهولات من المنافع كمن استأجر آلة لا يدري ما يعمل بها .

والاستغلال بها ؛ لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر^(١) .

وأما شرط المحل المعقود عليه : فهو أن يكون مقبوضاً إذا كان منقولاً ، وإن لم يكن مقبوضاً فلا تصح إجارته لنهي النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض^(٢) ، والإجارة نوع من البيع فيشملها النهي^(٣) .

فإن كان الشيء المؤجر عقاراً فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في مبحث البيع الفاسد .

وأما شروط الأجرة فهي^(٤) :

أولاً- أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً : وهذا باتفاق العلماء . ومحتزمات هذا الشرط معروفة كما مر في عقد البيع . والأصل في اشتراط العلم بالأجرة قول النبي ﷺ : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » والعلم بالأجرة لا يحصل إلا بالإشارة والتعيين ، أو بالبيان^(٥) .

ولا بد من معرفة مكان إيفاء الأجرة فيما يحتاج لحمل ومؤنة عند أبي حنيفة . وأما عند الصحابين : فلا يشترط ذلك ، ويتعين مكان العقد للإيفاء^(٦) .

ومما يتفرع على شرط العلم بالأجرة أنه لو استأجر إنسان شخصاً بأجر معلوم

(١) البدائع ، المصدر السابق .

(٢) في هذا أحاديث منها ما رواه أحمد ومسلم عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٧ وقد سبق ذكر بعض رواياته) ومنها ما أخرجه أصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه » (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٨٣ وما بعدها) .

(٣) البدائع : ٤ ص ١٩٣ .

(٤) البدائع ، المصدر السابق : ١٩٣ - ١٩٤ .

(٥) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٤٨ ، ١٨٧ ، البدائع : ٤ ص ١٩٣ ، المغني : ٥ ص ٤٠٤ .

(٦) المبسوط : ١٥ ص ١١٣ .

وبطعامه ، أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها ، لم تجز الإجارة ؛ لأن الطعام أو العلف يصير أجرة ، وهو قدر مجهول ، فكانت الأجرة مجهولة .

وأجاز المالكية استئجار الأجير للخدمة ، والدابة ونحوها بالطعام والكسوة ونحوها عملاً بالمتعارف بين الناس^(١) .

استئجار الظئر : ولو استأجر شخص ظئراً (مرضعاً) بطعامها وكسوتها لا تجوز الإجارة بمقتضى الأخذ بالقياس ؛ وهو قول صاحبين ، لجهالة الأجرة وهي الطعام والكسوة ، إلا أن أبا حنيفة استحسّن الجواز بالنص ؛ وهو قوله تعالى : ﴿ وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ﴾ فقد نفى الله سبحانه الجناح في الاسترضاع مطلقاً . وجهالة الأجرة في تلك الحالة لا تفضي إلى المنازعة ؛ لأن العادة جرت بالمساحة مع الأطار والتوسعة عليهن شفقة على الأولاد ، فأشبهت حالة جهالة القفيز من الصبرة^(٢) . وبهذا الرأي قال المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً^(٣) .

كون الأجرة جزءاً من المعقود عليه : قال الجمهور : تفسد الإجارة لو استأجر السلاح بالجلد ، والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق ؛ لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليماً أو لا ، وهل هو ثخين أو رقيق ، وما مقدار الطحين ، فقد تكون الحبوب مسوسة ، فلا تصح الإجارة لجهالة العوض^(٤) ، ولأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عَسْب الفحل وعن قفيز الطحان^(٥) ، وأجازه المالكية^(٦) لأنه استأجره على جزء من الطعام

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٤ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٨٥ ، البدائع : ٤ ص ١٩٣ وما بعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١١٩ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٢٧ .

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٤ ص ١٣ ، الفروق للقرافي : ٤ ص ٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١٩٢ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٥٠ ، ٤٥٣ .

(٤) المغني : ٤٠٥/٥ .

(٥) رواه الدارقطني عن أبي سعيد (نيل الأوطار : ٢٩٢/٥) .

(٦) بداية المجتهد : ٢٢٢/٢ وما بعدها .

معلوم ، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضاً ، وأجابوا عن الحديث بأن مقدار القفيز مجهول . ووافق الهادوية والإمام يحيى من الزيدية والمزني والحنابلة مذهب المالكية إذا كانت الأجرة بقدر من الدقيق معلوم .

مقابل الخلو: إن ما يؤخذ اليوم مما يسمى « بالفروغ أو خلو الرجل أو اليد » لا مانع منه شرعاً في تقديرنا ، فللمالك المؤجر أن يأخذ من المستأجر مقداراً مقطوعاً من المال مقابل الخلو أو الفروغ . ويعد المأخوذ جزءاً معجلاً من الأجرة المشروطة في العقد . وأما ما يدفع في المستقبل شهرياً أو سنوياً فهو بالإضافة إلى ما تم تعجيله يعد جزءاً آخر مكملاً من الأجرة مؤجل الوفاء .

وأما ما يأخذه المستأجر من الفروغ مقابل تنازله عن اختصاصه بمنفعة العقار المأجور لشخص آخر يحل محله فهو جائز أيضاً ، فقد صرح الشافعية أثناء كلامهم عن صيغة عقد البيع بما يقارب هذا المعنى فقالوا : « لا يبعد اشتراط الصيغة في نقل اليد في الاختصاص - أي عند التنازل عن حيازة النجاسات لتسميد الأرض - كأن يقول : رفعت يدي عن هذا الاختصاص ، ولا يبعد جواز أخذ العوض عن نقل اليد ، كما في النزول عن الوظائف »^(١) إلا أن ذلك كله مقيد شرعاً ضمن مدة الايجار المتفق عليها ، وتنازل المستأجر لغيره بعوض مرهون برضا المالك . وبالرغم من أن أصل المذهب الحنفي لا يميز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة ، وكذا لا يجوز بيع الحق ، فإن كثيراً من الحنفية أفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال كالإمامة والخطابة والأذان ونحوها ، وتستند هذه الفتوى إلى الضرورة وتعارف الناس وبالقياص على ترك المرأة قسماً لصاحبته ؛ لأن كلاً منهما مجرد إسقاط للحق ، وقياساً على أنه يجوز لمتولي النظر على الأوقاف عزل نفسه عند القاضي ، ومن العزل : الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره ، وقد جرى العرف بالفراغ بعوض^(٢) .

(١) حاشية البجيرمي على شرح الخطيب « الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع » : ٣ ص ٣ ، مطبعة البايي الحلبي .

(٢) الدر المختار ورد المختار : ٤ ص ١٥ .

هذا وقد وجدت رسالة للمتأخرين من علماء المالكية بعنوان « جملة تقارير وفتاوى في الخلوات والإنزالات^(١) عند التونسيين » لمفتي المالكية إبراهيم الرياحي بتونس (المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ) والشيخ محمد بيرم الرابع التونسي ، والشيخ الشاذلي بن صالح باس مفتي المالكية بتونس ، والشيخ محمد السنوسي قاضي تونس يقررون فيها جواز المعاوضة عن الخلوات عملاً بالعرف والعادة ، ولأن المستأجر يملك المنفعة ، فله أن يتنازل عنها بعوض كالإجارة وبغير عوض كالإعارة^(٢) ، فقد نقل البناني عن البرزلي في النزول عن الوظيفة ما يقتضي جوازه ، ونقل فتوى الفاسيين بجواز بيع الخلو . وقال الشيخ محمد بيرم : وما أشبه الخلو بالمغارسة ، غير أن الخلو لا تحصل به ملكية الرقبة لتعلقه بالمنفعة .

ثانياً - ألا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه : كإجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ، والركوب بالركوب ، والزراعة بالزراعة . وهذا الشرط متفرع عند الحنفية على الربا ، فإنهم يعتبرون اتحاد الجنس وحده صالحاً لتحريم العقد في ربا النسئة ، كما عرفنا في بحث الربا . وتطبيق المبدأ في الإجارة : هو أن انعقاد هذا العقد عندهم ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة ، فتكون المنفعة وقت العقد معدومة ، فيتأخر قبض أحد العاقدين ، فيتحقق ربا النساء^(٣) . وقد عرفنا أن الجنس بانفراده لا يحرم العقد بسبب الربا عند الشافعية ، فيجوز هذا العقد عندهم ، ولا يشترط هذا الشرط .

-
- (١) الخلو والإنزال والجلسة بمعنى واحد : وهو المنفعة التي يملكها دافع الدراهم المالك الأصل مع بقاء ملكه للرقبة . فإن كانت الرقبة التي هي الأصل أرضاً عبر عن تلك المنفعة بالإنزال في اصطلاح بعض الناس . وإن كانت في حوانيت أو دور عبر عنها بالخلو في غير اصطلاح أهل فاس ، وفي اصطلاحهم يعبر عنها في الحوانيت بالجلسة .
- (٢) راجع الفروق للقرافي : ١٨٧/١ .
- (٣) انظر البدائع : ٤ ص ١٩٤ .

وأما الشرط العائد لركن العقد :

فهو أن يخلو العقد من شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه : فلو أجر المالك داره على أن يسكنها هو شهراً ، ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أجر أرضاً على أن يزرعها ، ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أجر دابة على أن يركبها شهراً ونحوه ، فالإجارة فاسدة ؛ لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ؛ إذ أن فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين مشروطة في العقد ، لا يقابلها عوض ، فتكون ربا ، أو فيها شبهة الربا ، وهو مفسد للعقد^(١) .

شروط لزوم الإجارة :

يشترط لبقاء عقد الإجارة لازماً شرطان :

أولهما - سلامة العين المؤجرة عن حدوث عيب يخل بالانتفاع بها :

ويترتب عليه أنه لو حدث عيب يخل بالانتفاع^(٢) ، فيكون المستأجر بالخيار بين الإبقاء على الإجارة ودفع كامل الأجرة وبين فسخها ، كما إذا حدث بالدابة المؤجرة مرض أو عرج أو انهدم بعض بناء الدار^(٣) ؛ لأن المعقود عليه وهو المنافع يحدث شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب بالشيء المستأجر كان هذا عيباً قبل القبض ، فيوجب الخيار كما في عقد البيع^(٤) .

فإذا انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن الرحى (الطاحون) أو انقطع الشرب

(١) البدائع : ٤ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٢) العيب الذي يخل بالانتفاع : هو الذي يفوت كلياً على المستأجر المنفعة المقصودة من المأجور كانهدم الدار ، أو يخل بها على وجه صحيح كهبوط سطح الدار (انظر المادة ٥١٤ مجلة) .

(٣) هذا ما يراه بعض الحنفية ومشى عليه صاحب الدر المختار ، لكن قال ابن الشحنة : ظاهر الرواية أنه لا يسقط من الأجر شيء بانهدام بيت أو حائط من دار .

(٤) البدائع ، المصدر السابق : ص ١٩٥ ، تكللة فتح القدير : ٧ ص ٢٢٠ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٤٣ .

عن الأرض انفسحت الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد هلك، والهلاك موجب لفسخ العقد؛ إلا أن الأصح عند الحنفية هو أن العقد لا يفسخ ولكن يثبت حق الفسخ، لأن المعقود عليه قد فات على وجه يتصور عوده، فصار كمن اشترى شيئاً فهرب قبل القبض، ويمكنه الانتفاع في المأجور في الجملة بأن يضرب فيه خيمة.

وإن زال العيب قبل أن يفسخ المستأجر عقد الإجارة بأن صح المريض، وزال العرج عن الدابة وبني المؤجر ما سقط من الدار، بطل خيار المستأجر بالفسخ؛ لأن الموجب للخيار قد زال، والعقد قائم، فيزول الخيار.

وحق الفسخ يثبت للمستأجر إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع؛ لأن النقصان حينئذ يرجع للمعقود عليه. فإن كان العيب مما لا يضر بالانتفاع المستأجر كسقوط حائط من الدار لا ينتفع فيه في سكنها فلا يثبت حق الفسخ.

والمستأجر يمارس الفسخ إذا كان المؤجر حاضراً أثناء الفسخ، فإن كان غائباً فحدث بالشيء المستأجر ما يوجب الفسخ، فليس للمستأجر الفسخ؛ لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما.

أما في حالة سقوط الدار أو انهدامها فلمستأجر أن يخرج منها، سواء أكان المؤجر حاضراً أم غائباً، وهذا دليل الانفساخ.

ويثبت أيضاً للمستأجر حق الفسخ بحدوث تفرق الصفقة في المنافع بعد حصولها مجتمعة؛ لأن الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع، وتفرق الصفقة يوجب الخيار. مثاله أن يستأجر شخص دارين صفقة واحدة، فتسقط إحداها، أو يطرأ مانع يمنع المستأجر من إحداها، أو أن يستأجر شخص داراً واحدة ثم يمتنع المؤجر عن تسليم بيت منها، فيحق للمستأجر فسخ العقد لتجزئة الصفقة عليه^(١).

(١) البدائع : ٤ ص ١٩٦ وما بعدها .

ثانيتها - عدم حدوث عذر يجيز فسخ الإجارة : كما إذا حدث عذر بأحد العاقدين أو بالشيء المأجور فيحق للمتعاقد فسخ العقد . وسنبين فيما يلي الأعدار التي تفسخ الإجارة بها .

أعدار فسخ الإجارة :

تفسخ الإجارة بالأعدار عند الحنفية ؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . والعذر: هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع بدون الفسخ . قال ابن عابدين : كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ^(١) .

وقال جمهور العلماء : الإجارة عقد لازم كالبيع ، فلا تفسخ كسائر العقود اللازمة من أي عاقد بلا موجب كوجود عيب أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وعبارة الشافعية هي : لا تفسخ الإجارة بعذر كتعذر وقود (بفتح الواو) حمام على مستأجر ، وسفر عرض لمستأجر دار مثلاً ، ومرض مستأجر دابة لسفر عليها ، إذ لا خلل في المعقود عليه ، والاستنابة من كل منهما ممكنة ، وإنما تفسخ الإجارة فقط عند فوات المعقود عليه وهو المنفعة كأنهدام الدار وموت الدابة والأجير المعينين .

والفسخ بالنسبة للمستقبل لا في الزمن الماضي ، أو عند وجود عيب في الشيء المؤجر مثل جموح الدابة أو نفورها ، أو كونها عضواً ، أو تعثر الظهر في المشي ، أو العرج أو ضعف البصر أو الجذام أو البرص^(٢) .

(١) رد المحتار : ٥ ص ٥٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٤٠٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٧ ، المغني : ٥ ص

٤١٨ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢٠٩ .

وقد قسم الحنفية الأعدار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أنواع^(١) :

١- عذر من جانب المستأجر: مثل إفلاس المستأجر، أو انتقاله من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة، أو من حرفة إلى أخرى؛ لأن المفلس أو المنتقل من عمل لا ينتفع به إلا بضرر، لا يجبر على البقاء في الحرفة الأولى مثلاً. ومثله السفر أي انتقال المستأجر عن البلد؛ لأن في إبقاء العقد مع السفر ضرراً به.

ويترتب عليه أنه إذا لم يحصل النفع للمستأجر إلا بضرر يلحقه في ملكه أو بدنه فله فسخ الإجارة، كما إذا استأجر شخص رجلاً لتنظيف ثياب وكيها، أو خياطتها، أو داراً له، أو ليقطع شجراً أو ليزرع أرضاً، أو ليحدث في ملكه شيئاً من بناء أو حفر أو ليحتجم أو يفتصد أو يقلع ضرباً له، ونحوه، ثم بدا له ألا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر على شيء مما ذكر؛ لأنه تبين له ألا مصلحة له في العمل، فبقي الفعل ضرراً في نفسه.

٢- عذر من جانب المؤجر: مثل لحوق دين فادح به لا يجد طريقاً لقضائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه، هذا إذا ثبت الدين قبل الإجارة بالبينة أو بالإقرار، أو ثبت عقد الإجارة بالبينة، وكذا بالإقرار عند أبي حنيفة؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقر بالدين على نفسه كاذباً. وأما عند الصحابين: فلا يقبل ثبوت الدين بالإقرار بعد الإجارة، لأنه متهم في هذا الإقرار.

ومثل أن يشتري المؤجر شيئاً ثم يؤجره، ثم يطلع على عيب به، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب.

ولا يعد السفر أو النقلة عن البلد عذراً للمؤجر يبيح له فسخ الإجارة على

(١) انظر البدائع: ٤ ص ١٩٧ وما بعدها، الفتاوى الهندية: ٤ ص ١٩٨ وما بعدها، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٣، تكلفة فتح القدير: ٧ ص ٢٢٢ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص ١٣٠، البسوط: ١٦ ص ٢ وما بعدها، تبين الحقائق: ٥ ص ١٤٥ وما بعدها، رد المختار: ٥ ص ٥٤ وما بعدها.

عقار؛ لأن استيفاء منفعة العقار في غيبته لا ضرر عليه فيه .

وأما مرض الجمال والجمال بحيث يضره الحمل فيعد عذراً في رأي أبي يوسف؛ لأن غير الجمال أو الجمال لا يقوم مقامهما على الدابة أو الإبل إلا بضرر، والضرر لا يستحق بالعقد .

وأما محمد: فقد ذكر في كتاب «الأصل» أن مرض الجمال لا يعتبر عذراً؛ لأن خروج الجمال بنفسه مع الإبل غير مستحق بالعقد، فإن له أن يبعث غيره معها .

٣- عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيء المأجور: مثال الأول: أن يستأجر رجل حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم هاجر أهل القرية فلا يجب عليه الأجر للمؤجر .

ومثلوا للثاني بعق العبد المأجور كأن يؤجر رجل عبده سنة، فلما مضت ستة أشهر، أعتقه، فيكون العبد بالخيار بين الإبقاء على الإجارة وبين فسخها .

وقال الشافعية: الأصح أنه لا تنفسخ الإجارة؛ لأن العتق انصب على الرقبة، وأما المنافع فلم تكن للسيد وقت العتق، فكان العتق واقعاً على الرقبة مسلوبة المنفعة، والأصح أنه لا خيار للعبد في فسخ الإجارة بعد العتق؛ لأن سيده تصرف في خالص ملكه، فلا ينقض، والأظهر أنه لا يرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق^(١) .

المبحث الثالث - صفة الإجارة وحكمها

صفة الإجارة: الإجارة عند الحنفية عقد لازم، إلا أنه يجوز فسخه بعذر كما عرفنا، لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ والفسخ بحسب الأصل ليس من الإيفاء بالعقد^(٢) .

(١) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٥٩ .

(٢) البدائع: ٤ ص ٢٠١، المبسوط: ١٦ ص ٢ .

وقال جمهور العلماء : الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة ، لقوله تعالى : ﴿ أو فوا بالعقود ﴾ ولأن الإجارة عقد على منافع ، فأشبهه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة ، فلم يفسخ كالبيع^(١) .

ويترتب على هذا الخلاف أن الحنفية يقولون : تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين : المستأجر أو المؤجر ، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد أو الأجرة التي ملكها المؤجر مستحقة لغير العاقد بالعقد وهو لا يجوز ؛ لأن الانتقال من المورث إلى الوارث لا يتصور في المنفعة أو الأجرة المملوكة ، إذ عقد الإجارة ينقصد ساعة فساعة على المنافع . فلو قلنا بالانتقال كان قولاً بانتقال ما لم يملك المورث إلى الوارث ؛ لأن ملكية العين انتقلت إلى الورثة ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحقها المستأجر ، لأنه لم يعقد العقد مع الوارث^(٢) . وقال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة : لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين ؛ لأن الإجارة عقد لازم ، وعقد معاوضة ، فلا يفسخ بموت العاقد كالبيع^(٣) .

حكم الإجارة :

حكم الإجارة الصحيحة : هو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر ، وثبوت الملك في الأجرة المسماة للمؤجر ، لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة^(٤) .

وحكم الإجارة الفاسدة أنه إذا استوفى المستأجر المنفعة يجب أجر المثل ، بحيث لا

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٥ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٠٩ ، ٤١١ ، غاية المنتهى : ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) تكملة فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدي جليبي : ٧ ص ٢٢٠ ، البدائع : ٤ ص ٢٢٢ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٤٤ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٨ ، رد المختار : ٥ ص ٥٧ .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٦ ، المغني : ٥ ص ٤٢٨ .

(٤) البدائع : ٤ ص ٢٠١ .

يجاوز به الأجر المسمى أي أن الواجب عند الحنفية هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد، لا باعتبار جهالة المسمى، ولا باعتبار عدم التسمية، فإنه في هاتين الحالتين يجب الأجر بالغاً ما بلغ^(١).

وقال زفر والشافعي: يجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل بالغاً ما بلغ، كما في البيع، فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت^(٢).

وستتكم عن كيفية ثبوت حكم الإجارة الصحيحة في المطلب التالي عند الكلام على نوعي الإجارة.

المبحث الرابع - نوعا الإجارة وأحكامها:

الإجارة نوعان: إجارة على المنافع أي أن المعقود عليه هو المنفعة، وإجارة على الأعمال أي أن المعقود عليه هو العمل.

أحكام إجارة المنافع:

إجارة المنافع كإجارة الدور والمنازل والخوانيت والضياع، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني والظروف للاستعمال.

ويجوز العقد على المنافع المباحة، أما المنافع المحرمة كما عرفنا فلا تجوز الإجارة عليها، لأنها محرمة، فلا يجوز أخذ العوض عليها كالميتة والدم، وذلك باتفاق العلماء.

وكيفية ثبوت حكم عقد الإجارة على المنافع المباحة عند الحنفية

(١) البدائع: ٤ ص ١٩٥، تكملة فتح القدير مع العناية: ٧ ص ١٧٤ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥ ص ١٢١، رد المحتار: ٥ ص ٣١، درر الحكم: ٢ ص ٢٣١. وسبب التفرقة بين البيع والإجارة في حالة الشرط الفاسد المنوع: هو أن المبيع ذو قيمة في ذاته، فتجب قيمته حال فساد العقد أما المنافع فهي غير متقومة في ذاتها عند الحنفية، وإنما تصبح متقومة في ذاتها بالعقد فتجب القيمة في الإجارة الفاسدة بشرط عدم مجاوزة المتفق عليه بين العقادين (البدائع: ٤ ص ٢١٨).

(٢) تكملة فتح القدير، المصدر السابق، مغني المحتاج: ٢ ص ٣٥٨.

والمالكية : هو أنه يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث ووجود محل العقد وهو المنفعة ؛ لأنها تحدث أو تستوفي شيئاً فشيئاً^(١) .

وقال الشافعية والحنابلة : يثبت حكم الإجارة في الحال ، وتجعل مدة الإجارة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة^(٢) .

ويترتب على هذا الخلاف :

١- أن الأجرة تثبت الملكية فيها بمجرد العقد إذا أطلق عند الشافعية والحنابلة ؛ لأن الإجارة عقد معاوضة ، والمعاوضة إذا كانت مطلقة عن الشرط تقتضي الملك في العوضين عقب العقد ، كما يملك البائع الثمن بالبيع .

وعند الحنفية والمالكية لا تملك الأجرة بنفس العقد ، وإنما تلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع ، فلا يستحق المؤجر المطالبة بها إلا تدريجياً يوماً فيوماً ؛ لأن المعاوضة المطلقة عن الشرط إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر ؛ لأن المساواة في العقود مطلوبة بين المتعاقدين .

متى تجب الأجرة وتملك عند الحنفية والمالكية ؟ تجب الأجرة وتملك بأحد أمور ثلاثة :

أحدها : بأن يشترط تعجيلها في نفس العقد .

ثانيها : بتعجيلها من غير شرط ؛ لأن تأخير التزام المستأجر بالأجرة ثبت حقاً له ، فيملك إبطاله بالتعجيل ، كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله .

(١) البدائع : ٤ ص ٢٠١ ، بداية المجتهد ٢ ص ٢٢٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٤ ص ٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٠٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٤ ، المهذب : ١ ص ٣٩٩ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٤ ، غاية المنتهى : ٢ ص ١١٦ .

ثالثها : باستيفاء المعقود عليه وهو المنافع شيئاً فشيئاً ، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ، وتسليم المفتاح أيضاً ؛ لأن المستأجر يملك حينئذ المعوض ، فيملك المؤجر العوض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد .

وإذا تم الاتفاق بين العاقدين على أن الأجرة لا تجب إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فهو جائز ، إذ أنه يكون تأجيلاً للأجرة بمنزلة تأجيل الثمن .

وأما إذا لم يشترط في العقد شيء فلا يحنيفة قولان : متقدم ومتأخر ، فأما قوله المتقدم أولاً وهو قول زفر : فهو أن الأجرة لا تجب إلا في آخر مدة الإجارة ؛ لأن منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقود عليها شيء واحد ، فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها . وأما قول أبي حنيفة المتأخر وهو المشهور الذي استقر عليه ، وقول الصحابين : فهو أن الأجرة تجب حالاً فحالاً ، كلما مضى يوم يسلم المستأجر أجرته ؛ لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع ، وملك المنافع يحدث شيئاً فشيئاً على ممر الزمان ، فتملك الأجرة شيئاً فشيئاً بحسب ما يقابلها^(١) .

وبما أن هذه القاعدة توجب تسليم الأجرة ساعة فساعة ، وهو أمر متعذر ، فتقدر الأجرة باليوم أو بالمرحلة استحساناً .

وأما بالنسبة لتأجيل الأجرة وتعجيلها عند الشافعية والحنابلة : فقد قرروا أنه إذا كانت الإجارة إجارة ذمة فيشترط فيها تسليم الأجرة في مجلس العقد ؛ لأنها بمثابة رأس المال في عقد السلم . كأن يقول المستأجر : أسلمت إليك عشر ليرات في جمل صفته كذا يحمل لي متاعي إلى جهة كذا ، أو يقول : استأجرت منك بكذا .. إلخ ، لأن تأخير الأجرة حينئذ من باب بيع الدين بالدين .

(١) راجع البدائع : ٤ ص ٢٠١ وما بعدها ، تكلية فتح القدير : ٧ ص ١٥٢ وما بعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٨ ،

تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ١٠٩ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ ، بداية المجتهد : ٢٢٦/٢ .

وإن كانت الإجارة إجارة عين : فإن كانت الأجرة فيها معينة مثل : استأجرتك لتخدمني سنة بهذا الجمل ، فإنه لا يصح تأجيلها ، وإن كانت الأجرة في الذمة كأن يقول : بجمل صفته كذا ، فيجوز تأجيلها وتعجيلها وفي حالة الإطلاق يجب تعجيلها ، كما في عقد البيع يصح بثن حال أو مؤجل^(١) .

٢- ويترتب أيضاً على الخلاف السابق في كيفية وجوب الأجرة أنه يجب على المؤجر عند الحنفية والمالكية تسليم العين المستأجرة عقب العقد ، وليس له أن يجلسها عن المستأجر لاستيفاء الأجرة ؛ لأن الأجرة لا تجب بمجرد العقد عندهم ، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً فيوماً ؛ لأن المعقود عليه وهو المنافع لم يستوفها المستأجر ، فكانت معدومة ، فلا يجب عليه الأجر ، وذلك بعكس البيع ، فإن الثمن واجب الدفع عقب العقد .

٣- ويترتب على الخلاف أيضاً أن الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل تجوز عند الحنفية والمالكية والحنابلة :

كأن يقول شخص لآخر : أجزتلك هذه الدار رأس شهر كذا ، أو أجزتلك هذه الدار سنة وأولها غرة شهر رمضان ، وكان العقد في رجب مثلاً ؛ لأن عقد الإيجار ينقذ شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً فشيئاً ، فكان العقد مضافاً إلى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة الضمنية ، وقد أجزت الإضافة في الإجارة دون البيع للضرورة^(٢) . وترتب على مذهب الحنفية أن المؤجر لو باع الدار المؤجرة لا يصح في حق المستأجر ، وإن لم يجئ الوقت الذي أضيف إليه عقد الإجارة .

واستدل الحنابلة على صحة هذا الحكم عندهم : بأن هذه المدة في المستقبل يجوز

(١) معني المحتاج : ٢ ص ٣٣٤ ، المهذب : ١ ص ٣٩٩ ، المغني : ٥ ص ٤٠٨ .

(٢) البدائع : ٤ ص ٢٠٣ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٤٨ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٤ ، بداية المجتهد : ٢ ص

٢٢٤ ، المغني : ٥ ص ٤٠٠ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٦ .

العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة، واشترط القدرة على التسليم إنما يكون عند وجوب التسليم كالمسلم فيه .

وقال الشافعية: لا تصح إجارة عين لمنفعة مستقبلية كإجارة الدار السنة المستقبلية أو سنة أولها من الغد، ما لم تكن المدة متصلة بالعقد؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، وطريق جوازها عندهم أن تجعل منافع المدة موجودة تقديراً عقيب العقد، إذ لا بد من أن يكون محل حكم العقد موجوداً فجعلت المنافع كأنها أعيان قائمة بنفسها، وإضافة البيع إلى عين ستوجد لا تصح، كما في بيع الأعيان .

أما إجارة الذمة: فيصح تأجيل المنفعة فيها إلى أجل معلوم في المستقبل مثل: ألزمت ذمتك الحمل إلى مكة أول شهر كذا^(١) .

وهناك أحكام أخرى لإجارة المنافع نبينها فيما يأتي:

كيفية الانتفاع بالعين المؤجرة: إذا استأجر شخص داراً أو حانوتاً ونحوها من المنازل فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى بنفسه أو إسكان غيره بالإجارة أم بالإعارة، وله أن يضع فيه متاعه وغيره، غير أنه لا يسكن فيه حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر البناء ويوهنه من آلات المعامل الحديثة . والدليل عليه أن الإجارة للانتفاع، والدور ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى، والناس في العادة لا يتفاوتون في السكنى، فكانت أوجه الانتفاع معلومة من غير تسمية أو تعيين . وإنما يصح إسكان الحداد ونحوه؛ لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف بين الناس، وذوو الحرف يؤثرون على البناء بآلاتهم، مما قد يؤدي إلى اتلاف العين المؤجرة، والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين .

وبما أن المستأجر ملك المنفعة فله أن ينتفع بها بنفسه أو بغيره بواسطة الإجارة أو الإعارة .

(١) مغني المحتاج: ٢ ص ٣٢٨، المهذب: ١ ص ٣٩٦ .

وأما في إجارة الأرض : فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغيرها وإلا كانت الإجارة فاسدة ، وكذلك إذا كانت الإجارة للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها ، أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء ، وإلا فسدت الإجارة ؛ لأن منافع الارض تختلف باختلاف البناء والزراعة والمزروعات ، والزرع مختلفة التأثير في الأرض .

وفي إجارة الدواب : لا بد من بيان أحد الشئيين : المدة أو المكان فإن لم يبين أحدهما فسدت الإجارة ، كذلك لا بد من بيان ما تستأجر له الدابة من الحمل أو الركوب ، لأنها منفعتان مختلفتان . ولا بد أيضاً من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها ؛ لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول ، والناس يتفاوتون في الركوب ، فترك البيان يفضي إلى المنازعة وتكون الإجارة فاسدة ، وحينئذ إذا استوفى المستأجر المنفعة بعقد فاسد ، فيجب عليه أجر المثل بمقتضى القياس ؛ لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ، كما عرفنا في بيان حكم الإجارة ، إلا أنه بمقتضى الاستحسان يجب الأجر المسمى ؛ لأن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال ، وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد^(١) .

إصلاح العين المؤجرة : قد تحتاج الدار المؤجرة مثلاً في مدة الايجار إلى بعض الإصلاحات كتطيين الجدران ، وانسداد مجاري المياه ، وتعطل الأدوات الصحية ، فمن هو الملتزم بالإصلاح والترميم ؟

قرر الحنفية أن المؤجر صاحب الدار هو الملزم وحده دون المستأجر بتطيين الجدران وإصلاح ميازيب الدار وما ينهدم ويسقط من بنائها ، حتى تكون صالحة للانتفاع ؛ لأن الدار ملك للمؤجر ، وإصلاح الملك يكون على المالك ، لكن لا يجبر

(١) راجع لكل ما ذكر تكلة فتح القدير : ٧ ص ١٦٦ وما بعدها ، البدائع : ٤ ص ١٨٣ ، ٢٠٧ ، تبين الحقائق للزليعي : ٥ ص ١١٣ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ١٩ ، ٥٥ .

على الإصلاح؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، وإنما يثبت للمستأجر الخيار في فسخ الإجارة؛ لأن هذا الخلل يعتبر عيباً في المعقود عليه.

وكذلك على المؤجر إصلاح دلو الماء والبئر والبالوعة والمخرج، وإن امتلأ من فعل المستأجر، لكن لا يجبر عليه لما عرفنا.

وأما المستأجر: فيلزم برفع التراب الذي يحدث من كنسه إذا انقضت مدة الإجارة؛ لأن التراب حدث بفعله، فصار كتراب وضعه في الدار.

والقياس يقضي بأن المستأجر هو المطالب بنقل ما يتلحق به المخرج والبالوعة، لأن الملاء حدث بفعله، فيلزمه نقله كالكناسة والرماد، إلا أن الحنفية استحسنا وجعلوا نقله على صاحب الدار أخذاً بمقتضى العرف والعادة، إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيباً في الأرض فنقله على صاحب الدار.

فإن أصلح المستأجر شيئاً مما ذكر يكون متبرعاً به، ولا يحتسب له؛ لأنه أصلح ملك غيره بغير طلب منه ولا ولاية عليه، فإن فعل ذلك بطلب من المؤجر أو نائبه احتسب له^(١).

التزامات المستأجر بعد انتهاء الإجارة:

إذا انتهت مدة الايجار فعلى المستأجر بعض الالتزامات، وأهمها ما يأتي^(٢):

أولاً - يلتزم المستأجر بتسليم مفتاح الدار والحانوت إلى المؤجر بعد انتهاء المدة.

ثانياً - إذا استأجر شخص دابة من موضع معين في البلد ليركبها، أو يحمل عليها شيئاً إلى مكان معلوم غادياً ورائحاً، فإن على المستأجر أن يأتي بها إلى الموضع

(١) البدائع: ٤ ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٢) انظر البدائع: ٤ ص ٢٠٩.

الذي قبضها منه ؛ لا لأن الزاد واجب عليه بل لأجل المسافة التي تناولها العقد ؛ لأن عقد الإجارة لا ينتهي إلا برد الدابة إلى موضعها ، فإن ذهب بالدابة إلى منزله ، فأمسكها حتى عطبت ، ضمن قيمتها ، لأنه تعدى في أخذها إلى غير موضع العقد .

فإن قال المستأجر : « أركبها من هذا الموضع إلى موضع كذا وارجع إلى منزلي » فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤجر ؛ لأنه لما عاد إلى منزله ، فقد انقضت مدة الإجارة ، فبقيت الدابة أمانة في يده ، فلا يلزم بردها كالوديعة .

أما إذا استأجر الدابة ليركبها في حوائجه في بلد ما وقتاً معلوماً ، فمضى الوقت ، فليس على المستأجر تسليمها إلى صاحبها : بأن يذهب بها إلى منزله ، وإنما على المؤجر أن يتسلمها من منزل المستأجر ؛ لأن المنفعة التي حصل عليها المستأجر كانت مقابلة بعوض وهو الأجر المستحق للمؤجر فلم يكن على المستأجر الرد ، فبقيت في يده أمانة كالوديعة ، حتى إنه لو أمسكها أياماً فهلكت في يده ، لم يضمن شيئاً . وهذا بخلاف المستعير والغاصب ، فإنها ملزمان برد الشيء على صاحبه ؛ لأن المستعير ينتفع بالعارية بدون مقابل ، والغاصب لا حق له في المغصوب .

أحكام الإجارة على الأعمال :

الإجارة على الأعمال : هي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين وصبغة ثوب وإصلاح حذاء ونحوه .

والأجير نوعان : أجير خاص وأجير مشترك .

فالأجير الخاص أو أجير الوَحْد : هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة .
وحكمه : أنه لا يجوز له العمل لغير مستأجره .

والأجير المشترك : هو الذي يعمل لعامة الناس كالصباغ والحداد والكواء ونحوهم . وحكمه أنه يجوز له العمل لكافة الناس ، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن

العمل لغيره^(١) .

ويلاحظ أن الظئر التي تستأجر للإرضاع هي بمنزلة الأجير الخاص ، لا يجوز لها أن ترضع صبياً آخر ، فإن أرضعته مع الصبي الأول فقد أساءت وأثمت إن كانت أضرت بالصبي ، ولها الأجر على إرضاع الصبيين استحساناً ؛ لأن المعقود عليه مطلق الإرضاع ، وقد وجد . والقياس ألا يكون لها الأجر ؛ لأن العقد وقع على عملها ، فلا تستحق الأجر بعمل غيرها .

وعلى الظئر القيام بالرضاع ، وبأمر الصبي مما يحتاج إليه من غسله وغسل ثيابه وطبخ طعامه ، وعلى الأب نفقات الطعام ، وما يحتاج إليه الصبي من الريحان والدهن ونحوهما . وأما ما ذكر في كتاب الأصل من أن على الظئر ما يعالج به الصبي من الريحان والدهن ، فهو محمول على عادة أهل تلك البلاد في الماضي^(٢) .

المبحث الخامس - ضمان الأجير وسقوط أجره بهلاك العين :

تتكلم هنا عن ضمان الأجير العين التي استؤجر عليها ، وعن ضمان العين التي يستأجرها أحد الناس للانتفاع بها .

ضمان الأجير : عرفنا أن الأجير نوعان : خاص وعام ، فالأجير الخاص (وهو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة ، وإن لم يعمل) كالخادم في المنزل والأجير في المحل ، اتفق أئمة المذاهب وهم (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) على أنه لا يكون ضماناً العين التي تسلم إليه للعمل فيها ؛ لأن يده يد أمانة كالوكيل والمضارب ، كما إذا استأجر إنسان خياطاً أو حداداً مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده ،

(١) البدائع : ٤ ص ١٧٤ ، تكلية فتح القدير : ٧ ص ٢٠٠ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٢٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٦ .

(٢) البدائع : ٤ ص ٢٠٩ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٢٩ .

فلا يضمن العين التي تهلك في يده ، ما لم يحصل منه تعدٍ أو تقصير في حفظه ، سواء تلف الشيء في يده أو أثناء عمله .

وأما الأجير المشترك وهو الذي يعمل لعامة الناس أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصبّاع والقصار ونحوهم فقد اختلفوا فيه : فقال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد والحنابلة في الصحيح من مذهبهم ، والشافعي في الصحيح من قوله إلا أنه لم يكن يفتي به لفساد الناس : إن يده يد أمانة كالأجير الخاص ، فلا يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير ؛ لأن الأصل ألا يجب الضمان إلا بالاعتداء لقوله تعالى : ﴿ فلا عدوان إلا على الظالمين ﴾ ولم يوجد التعدي من هذا الأجير ، لأنه مأذون في القبض ، والهلاك ليس هو سبباً فيه ^(١) .

وقال الصحابان وأحمد في رواية أخرى : يد الأجير المشترك يد ضمان ، فهو ضامن لما يهلك في يده ، ولو بغير تعدٍ أو تقصير منه ، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام ، أو غرق غالب ونحوهما ، واستدلوا بفعل عمر وعلي الآتي بيانه ^(٢) .

قال البغدادي عن بعض كتب الحنفية : وبقول الصحابين يفتى اليوم لتغير أحوال الناس ، وبه يحصل صيانة أموالهم ^(٣) .

وقال المالكية : يضمن الأجير المشترك الذي يؤثره الأعيان بصنع ، ما تلف بيده ولو بغير تعدٍ أو تقصير ، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده ، والطباخ ضامن لما أفسد

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٢٩ ، الفتاوى الهندية : ص ٤ ، ٤٨٦ ، تبين الحقائق : ص ٥ ، ١١٠ ، ١٣٤ ، البدائع : ص ٤

(٢) ص ٢١١ ، تكلّة فتح القدير : ص ٧ ، ٢٠٧ ، البسوط للرخسي : ص ١٥ ، ١٠٣ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧ ، الشرح الكبير : ص ٤ ، ٢٨ ، بداية المجتهد : ص ٢ ، ٢٣٠ ، مغني المحتاج : ص ٢ ، ٣٥١ ، المهذب : ص ١ ، ٤٠٨ ، المغني : ص ٥ ، ٤٧٩ وما بعدها ، ٤٨٧ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٦ ، ٣٣٦ ، رسائل ابن عابدين : ص ٢ ، ١٧٨ .

(٣) البدائع : ص ٤ ، ٢١٠ ، تكلّة فتح القدير : ص ٧ ، ٢٠١ ، مختصر الطحاوي ، والبسوط : المرجعان السابقان ، مغني المحتاج : ص ٢ ، ٣٥١ ، المهذب ، المرجع السابق ، المغني : ص ٥ ، ٤٨٧ ، القوانين الفقهية ، المكان السابق ، غاية المنتهى : ص ٢ ، ٢١٣ وما بعدها .

(٣) مجمع الضمانات : ص ٢٧ .

من طبيخه ، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه ، والجمال يضمن ما يسقط من حملة عن رأسه ، أو تلف أثناء عثرته ، والجمال يضمن ما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حملة الذي يشد به بعيره ، والملاح يضمن ما تلف من يده أو مما يعالج به السفينة^(١) .
 ودليلهم قول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(٢) وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول : « لا يصلح الناس إلا هذا » وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس^(٣) ، ولأن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق ، فيضمن كالمستعير^(٤) .

وكذلك عند الإمام مالك يضمن الأجير الطعام الذي يحمله إذا كانت تتوق النفس إلى تناوله سداً للذرائع .

ما يغير الشيء من صفة الأمانة إلى صفة الضمان : إذا كان الشيء المأجور ، كثوب الصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة ، يعتبر أمانة في يد الأجير ، فذلك بحسب الأصل العام عند أبي حنيفة ومن وافقه ، وبناء

(١) وفصل ابن جزى المالكي فقال : يضمن الصناع ما غابوا عليه أي أخفوه ، سواء عمل بأجرة أو بغير أجرة ، ولا يضمنون ما لم يغيبوا عليه .

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب ، ورواه أيضاً الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة (انظر جامع الأصول : ٩ ص ١١٠ ، نصب الراية : ٤ ص ١٦٧ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٣ ، المقاصد الحسنة : ص ٢٩٠ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٩٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٦٧) .

(٣) حديث عمر أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه أن عمر ضمن الصناع . وأما حديث علي فرواه البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف ، قال الشافعي : هذا لا يثبت أهل الحديث مثله ، ولفظه : أن علياً ضمن الغسال والصباغ ، قال الشافعي : « لا يصلح الناس إلا ذلك » وروي عن عثمان من وجه أضعف من هذا ، وروى البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصانع ، وقال : « لا يصلح الناس إلا ذلك » (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٦ ، سنن البيهقي : ١٢٢/٦ ، كنز العمال : ١٩١/٢ وما بعدها) .

(٤) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : ٤ ص ٢٧ وما بعدها ، المغني : ٥ ص ٤٧٩ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٦ ، الفروق للقرافي : ٢ ص ٢٠٧ ، ٤ ص ١١ ، ٢٧ .

عليه فقد تتغير صفة الأمانة إلى الضمان في الأحوال الآتية^(١) :

أولاً- ترك الحفظ : أي أن الأجير يهمل في حفظ المتاع ، فيلتزم بضمانه ؛ لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه ، وترك الحفظ موجب للضمان ، كالوديع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت .

ثانياً- الإتلاف والإفساد : إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلاً ، ضمن سواء أكان الأجير مشتركاً أم خاصاً .

وإن لم يكن الأجير متعمداً في الإفساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده : فإن كان الأجير خاصاً لم يضمن اتفاقاً ، وإن كان مشتركاً كالتقصر إذا دق الثوب فتخرق ، أو ألقاه في المواد الكيماوية فاحترق ، أو كالملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، أو الحمال إذا سقط على الأرض وفسد الحمل ، أو الراعي المشترك إذا ساق الدواب ، فضرب بعضها بعضاً في حال سوقه حتى هلك بعضها ، ففي كل هذه الحالات يكون المالك مضموناً عند أبي حنيفة وصاحبيه ؛ لأن العمل المأذون فيه هو العمل المصلح لا المفسد ؛ لأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله ولا يلتزم الأجرة بمقابلة الفاسد ، فيتقيد الأمر بما يصلح دلالة .

وقال الشافعية وزفر : لا يضمن الأجير في تلك الحالات ما لم يحصل منه تعدٍ أو تقصير في عمله ؛ لأن عمله مأذون فيه في الجملة ، وإذا لم يكن مأذوناً فيه فلا يمكنه التحرز عن هذا الفساد ؛ لأنه ليس في وسعه القيام بأصل مهمته إلا بمرح ، والمرح منفي^(٢) .

(١) راجع البدائع : ٤ ص ٢١١ ، تكللة فتح القدير : ٧ ص ٢٠١ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٣٠ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٣٥ ، رد المحتار : ٥ ص ٤٦ ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٤ ، ١٦١ ، ج ١٦ ص ٩ وما بعدها ، جامع الفصولين : ٢ ص ١٧٢ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٢٨ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥١ ، المبسوط ، البدائع ، تكللة فتح القدير ، المراجع السابعة ، مجمع الضمانات : ص

تلميذ الأجير المشترك : إذا تلف الشيء المأجور في الحالات السابقة بيد تلميذ « صانع » الأجير ، فلا ضمان عليه ، وإنما الضمان على معلمه ، لأنه هو المسؤول أصالة ، فكأنه فعل بنفسه .

وإذا وطئ التلميذ ثوباً في مهنة القصار « أي المصبغة في عرفنا » فخرقه ، يضمن لأن وطئ الثوب غير مأذون فيه .

ولو وقع من يد التلميذ سراج فأحرق ثوباً من القصار ، فالضمان على المعلم ، لا على التلميذ ؛ لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فيكون المعلم هو المسؤول ، كأنه فعل الفعل بنفسه .

وكذلك لو وقعت مدقة القصار من يد التلميذ على ثوب فخرقته ، فالضمان على المعلم ، لأن هذا من عمل القصار فيضاف الفعل إليه .

فإن كان الثوب الذي وقعت المدقة عليه وديعة فخرقته ، فالضمان على الغلام ، لأن المعلم يسأل عن عمل التلميذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه ، وهو ما يتعلق بشؤون الصنعة فقط^(١) .

البراغ والفساد والختان^(٢) : يلاحظ أن حكم هؤلاء بخلاف حكم الحالات السابقة ، فإذا كانوا يقومون بعملهم ، ثم سرى أثر العمل إلى تلف النفس والموت فلا ضمان عليهم ، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك^(٣) .

(١) مجمع الضمانات للبغدادي : ص ٤٣ - ٤٥ .

(٢) البراغ : هو البيطار ، يقال : بزغ الحاجم : شق وشرط ، وبزغ دمه : أساله . والفساد : الذي يشق العرق ويسحب الدم ، يقال : فصد المريض : شق عرقه ، واقتصد العرق : شقه ، والختان : هو الذي يختن الأولاد أي (المطهر) .

(٣) تكلية فتح القدير : ص ٧ ، ٢٠٦ ، المبسوط : ص ١٥ ، ١٠٤ ، تبين الحقائق : ص ٥ ، ١٣٧ ، رد المحتار : ص ٥٧ ، ٤٧ ، مجمع الضمانات : ص ٤٧ .

ثالثاً - مخالفة المستأجر شرط المؤجر نصاً أو دلالة : المخالفة سبب لوجوب الضمان . ولمخالفة صور وهي إما في الجنس أو في القدر أو في الصفة ، أو في المكان أو في الزمان ، وتحصل المخالفة إما في استئجار الدواب وإما في استئجار الصانع .

أما استئجار الدواب : فإما أن يكون ضرر الدابة من جهة الخفة والثقل أو بسبب اختلاف الجنس^(١) .

آ - فإن كان ضرر الدابة من حيث قدر الخفة والثقل : فإن كان الشيء المحمول مثل المتفق عليه من المؤجر أو أخف فلا شيء على المستأجر بهلاك الدابة ، لأن التعيين بشيء محمول لا فائدة فيه ، وليس هناك مخالفة في المعنى في تحميل مثل الشيء أو دونه .

وإن كان الشيء المحمول أثقل من المتفق عليه : فإن كان بخلاف جنسه ، بأن حمل مكان الشعير الحنطة ، فعطبت الدابة ، فهو ضامن قيمتها ، ولا أجر عليه ، لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر ؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان ؛ إذ وجوب الضمان لصيرورته غاصباً ، ولا أجره على الغاصب^(٢) .

وإن كان الشيء المحمول الذي هو أثقل : من جنس المتفق عليه بأن حمل أحد عشر رطلاً مثلاً مكان عشرة أرطال ، فإذا سلمت الدابة ، فعليه ما سمي من الأجرة ، ولا ضمان عليه . وإن عطبت ضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة وعليه الأجر الذي سمي ؛ لأن الدابة ماتت بفعل مأذون فيه وغير مأذون فيه ، فيقسم التلف على قدر ذلك أي أحد عشر جزءاً ، ويضمن بقدر الزيادة .

(١) انظر البدائع : ٤ ص ٢١٢ وما بعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٧٠ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٥ ص ١١٨ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٠ وما بعدها ، رد المختار : ٥ ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) المبسوط : ١٥ ص ١٤٧ .

ب- وإن كان ضرر الدابة لا من حيث الخفة والثقل ، وإنما بسبب اختلاف الجنس : كأن يستأجر إنسان دابة ليحمل عليها قنطاراً من قطن فحمل عليها قنطاراً من حديد أو أقل ، فتلفت الدابة ، فيضمن قيمتها لأن ثقل القطن ينسبط على ظهر الدابة ، وأما ثقل الحديد فيجتمع في موضع واحد ، فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها ، فلم يكن مأذوناً فيه فصار غاصباً ، فيضمن ، ولا أجره لما عرفنا قريباً .

ويترتب عليه أنه لو استأجر إنسان دابة ليركبها بنفسه ، فأركبها غيره من هو مثله في الثقل أو أخف منه ضمن قيمتها بالتلف ؛ لأن المخالفة ههنا ، لا من جهة الخفة والثقل ، بل من حيث الحدق والعلم ، فالناس يختلفون فيه اختلافاً واضحاً .

ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه فأركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها إذا كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان ؛ لأن التلف حصل بركوبها المشتمل على مأذون فيه وغير مأذون فيه ، فإن كانت الدابة لا تطيق أن يركبها اثنان ، فيضمن جميع قيمتها ، لأنه أتلّفها ياركاب غيره .

وإذا استأجر دابة ياكاف « أي بردعة » فنزعه منها ، وأسرجها ، فلا ضمان عليه ، لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف ، لأنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الإكاف .

وإن استأجر حماراً بسرج فأسرجه سرجاً آخر : فإن كان مثل السرج الأصلي الأول لا يضمن ، إذ لا تفاوت بين السرجين في الضرر ، وإن أسرجه بسرج الفرس يضمن ؛ لأن ضرره أكثر بسبب كبره ، فكان إتلافاً للدابة .

ولو استأجر حماراً بسرج ، فنزع منه السرج وأوكفه فعطب ، ففي كتاب الأصل لمحمد : يضمن قدر ما زاد الإكاف على السرج . وفي كتاب الجامع الصغير ذكر محمد اختلافاً بين أئمة الحنفية فيه ، ففي قول أبي حنيفة : يضمن كل القيمة ؛ لأن الإكاف لا

يخالف السرج في الثقل ، وإنما يخالفه من وجه آخر: وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج ، والمخالفة إذا لم تكن بسبب الثقل توجب الضمان لجميع الشيء التالف .

وفي قول الصحابين : يضمن بمقدار الزيادة ؛ لأن الإكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة ، وإنما يختلفان بالثقل والخفة ؛ لأن الإكاف أثقل ، فيضمن بقدر الثقل .

ولو استأجر حماراً عرياناً فأسرجه ، ثم ركب فعطب ، كان ضامناً ؛ لأن السرج أثقل على الدابة ، وقيل : هذا إذا استأجره ليركبه في داخل مصر ، وهو ممن يركب في المصر عادة بغير سرج ، أما إذا استأجره ليركبه خارج المصر ، أو هو من ذوي الهيئات لا يضمن ؛ لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف ، وذو الهيئة لا يركب عادة بغير سرج ، فكان الإسراج مأذوناً فيه دلالة ، فلا يضمن .

ج- وإن كانت المخالفة في المكان : كأن يستأجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم ، فجاوز المكان ، فيضمن كل القيمة^(١) .

د- وأما المخالفة في الزمان : كأن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة ، فانتفع بها زيادة على المدة ، فعطبت في يده ، فيضمن القيمة أيضاً ، لأنه صار غاصباً بالاتفاق بها فيما وراء المدة المحدودة .

وأما استئجار الصناعات : كالحائك والحائط والصباغ ونحوهم^(٢) :

ففي حالة المخالفة في الجنس كأن يسلم إنسان ثوباً إلى صباغ ليصبغه لوناً معيناً فصبغه لوناً آخر : يكون صاحب الثوب بالخيار : إن شاء ضمن الصباغ قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه . ومثله أن يسلم شخص

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٢٨ .

(٢) انظر البدائع : ص ٤ ، وما بعدها ، المبسوط : ص ١٥ ، ١٠٦ ، تكملة فتح القدير : ص ٧ ، ١٧٠ ، مجمع

الضمانات : ص ٤٥ وما بعدها .

خياطاً قماشاً ليخيطه قيصاً ، فخطه معطفاً مثلاً ، فيكون صاحب القماش بالخيار بين أن يضمن الخياط قيمة القماش ، أو أن يأخذ الخياط ويعطي أجر المثل .

هـ- وأما المخالفة في الصفة : كأن يسلم صباغاً ليصبغه بصيغ معين ، فصبغه بصيغ آخر من جنس اللون المتفق عليه ، فيكون صاحب الثوب أيضاً مخيراً بين تضمين قيمة الثوب أو أخذه وإعطاء أجر المثل .

وكذلك الخلاف في القدر مثل أن يسلم شخص غزلاً إلى حائك ينسجه بغلظ معين : ثخين أو رفيع ، فخالف بالزيادة أو بالنقصان ، يكون صاحب الثوب حال الزيادة مخيراً بين تضمين مثل الغزل ، أو أن يأخذ الغزل ويعطي الأجر المسمى . وفي حال النقصان يوجد روايتان : رواية في كتاب الأصل : مفادها أن لصاحب الثوب أن يأخذه ، ويعطي الحائك من الأجر بحسابه . ورواية أخرى : مفادها أن على صاحب الثوب أجر المثل . وأدلة كل ما سبق ذكره يمكن ملاحظتها ، ويرجع إلى « البدائع » وغيرها من الكتب عند العجز عن إدراك المقصود .

سقوط أجر الأجير بهلاك العين في إجارة الأعمال :

عرفنا فيما سبق رأي الجمهور في صفة يد الأجير المشترك وهي أنها يد أمانة ، فلا يضمن هلاك العين إلا بالتعدي أو بالتقصير .

وأما غير الجمهور وهم المالكية والصاحبان من الحنفية ، فيرون أن يد الأجير المشترك هي يد ضمان ، فيضمن الشيء التالف ، ولو بغير تعد أو تقصير^(١) .

أما العين المستأجرة ، فلا خلاف بين العلماء في أنها أمانة في يد المستأجر ، فلا يضمنها إن تلفت بغير تفريط منه لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ،

(١) انظر الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٥ ، المعنى لابن قدامة : ٥ ص ٤٨٧ .

فكانت أمانة^(١) .

وبناء على الخلاف في صفة يد الأجير : هل تسقط الأجرة بهلاك العين في عقد إجازة الأعمال ؟

قال الشافعية : إذا عمل الأجير في ملك المستأجر أو بحضرة وجبت له الأجرة ، لأنه تحت يده ، فكما عمل شيئاً صار مسلماً له . وإن كان العمل في يد الأجير لم يستحق الأجرة بهلاك الشيء في يده ، لأنه لم يسلم العمل^(٢) .

وقال الحنابلة بنحو مذهب الشافعية : وهو أن الأجير لا أجر له فيما عمل في يده ، لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر ، فلم يستحق عوضه^(٣) .

وقال الحنفية بنحوه أيضاً ، ولكن يحتاج مذهبهم إلى شيء من التفصيل ، فقالوا : إن العين التي يعمل فيها الأجير إما أن تكون في يد الأجير أو في يد المستأجر^(٤) .

فإن كانت العين في يد الأجير ففيه حالتان :

١- إن كان لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالخياطة والصبغة والقصارة فيجب الأجر بتسليم الأثر المطلوب ، فإن هلك الشيء قبل التسليم في يد الأجير سقط الأجر ؛ لأن الأثر المعقود عليه وهو صيرورة القماش مثلاً مخيطاً لم يسلم ، والبدل يقابل ذلك الأثر ، فكان كالمبيع .

(١) انظر المغني : ٥ ص ٤٨٨ ، البدائع : ٤ ص ٢١٠ ، جامع الفصولين : ٢ ص ١٦٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٨ ،

المهذب : ١ ص ٤٠٨ .

(٢) المهذب : ١ ص ٤٠٩ .

(٣) المغني : ٥ ص ٤٨٧ .

(٤) انظر البدائع : ٤ ص ٢٠٤ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٥ ص ١٠٩ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين والدر

المختار : ٥ ص ١٢ .

٢- وإن لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح فيجب الأجر بمجرد انتهاء العمل ، وإن لم يسلم العين لصاحبها ؛ لأن البدل يقابل نفس العمل ، فإذا انتهت مدة الإجارة ، فقد فرغ من العمل ، وصار مسلماً للعين التي هي ملك صاحبها ، فلا يسقط الأجر بالهلاك بعدئذ .

حبس العين لاستيفاء الأجرة : وبناء على اختلاف الحكم في الحالتين السابقتين قال الحنفية : إن كان للعمل أثر في العين المملوكة لصاحبها يجعل للأجير حق حبس العين ، حتى يستوفي الأجر ؛ لأن البدل مستحق بمقابلة الأثر المطلوب . وما لا أثر له لا يثبت فيه حق الحبس ، إذ العمل المعقود عليه ليس في العين .

ولهذا قال الحنفية : إن الحمال إذا حبس المتاع الذي هو في يده ليستوفي الأجر فهلك يضمن ؛ لأن العين أمانة في يده ، فإذا حبس صار غاصباً ، فيضمن .

وأما إذا كانت العين المعمول فيها في يد المستأجر : بأن يعمل الأجير في ملك المستأجر أو فيما في يده من فناء ملكه ونحوه ، فيستحق الأجير أجرته بعد الفراغ من العمل إذا أكمله ، وإن لم يكمله وعمل بعض العمل فيستحق من الأجر بقدر ما أنجزه من العمل ، ويصير المعمول مسلماً إلى صاحبه ، ويملك المطالبة بقدره من المدة . فلو استأجر شخص رجلاً ليبني له بناء في داره أو فيما في يده كأن يستأجره لبناء حجرة في داره أو لبناء سقيفة أو إيوان أو لحفر بئر أو قناة أو نهر في ملكه أو فيما في يده ، فعمل بعضه ، فله أن يطالب بقدر العمل من الأجرة .

ولكن يجبر على إتمام العمل حتى إنه لو انهدم البناء أو انهارت البئر أو سقط الإيوان ، فإن كان بعد الفراغ من العمل لم يسقط شيء من الأجرة ، وإن كان قبل الفراغ من العمل يجب بقدر حصة العمل .

هذا بخلاف ما إذا كان العمل في غير ملك المستأجر أو في يده ، فإن الأجرة حينئذ يتوقف وجودها على تمام العمل ، فما لم يسلم الأجير العمل لا يصير المستأجر

قابضاً للمعقود عليه ، ويسقط الأجر إذا فسد المعقود عليه أو هلك قبل التسليم .

وبناء عليه : إذا استأجر شخص إنساناً ليضرب له لبناً في ملكه أو فيما في يده فلا يستحق اللبّان الأجرة ، ولا يصير المستأجر قابضاً حتى يحف اللبّن وينصبه في قول أبي حنيفة ؛ لأن ذلك من تمام هذا العمل . وفي قول الصحابين : لا يستحق الأجرة حتى يشرجه^(١) ؛ لأن تمام العمل به ، ويترتب على هذا الخلاف أنه لو تلف اللبّن قبل نصبه في قول أبي حنيفة ، وقبل التشريح في قول الصحابين ، فلا أجر له لأنه تلف قبل تمام العمل^(٢) .

أما إذا كان ضرب اللبّن في غير ملك المستأجر أو في غير يده ، فلا يستحق الأجر الأجرة إلا بالتسليم إلى صاحب اللبّن ، والتسليم : هو أن يخلي الأجير بين اللبّن وبين المستأجر ، بعد نصبه عند أبي حنيفة ، وبعد تشريحه عند الصحابين ؛ لأن اللبّن لم يكن في يد المستأجر ، حتى يصير العمل مسلماً إليه ، فلا بد من التخلية بعد الفراغ من العمل .

ومثله إذا استأجر إنسان خياطاً ليخيط له في منزله قميصاً : فإن خاط بعضه لم يكن له أجر ؛ لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه ، فإذا فرغ منه ، ثم تلف ، فله الأجر ، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ؛ لأنه صار مسلماً للعمل لحصوله في ملك صاحبه . وفي قول الصحابين : تكون العين مضمونة ، فلا يبرأ عن ضمانها إلا بتسليمها إلى مالِكها ، فإن هلك الثوب فإن شاء ضمنه قيمته صحيحاً ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الأجر .

(١) شُرّج اللبّن : نضد بعضه إلى بعض .

(٢) المبسوط : ١٦ ص ٥٨ ، تبين الحقائق : ٥ ص ١١٠ .

المبحث السادس - اختلاف المتعاقدين في الإجارة

إذا اختلف المتعاقدان في عقد الإجارة في مقدار البدل أو المبدل ، وكانت الإجارة صحيحة فإما أن يحصل الاختلاف قبل استيفاء المنافع أو بعد استيفائها^(١) .

فإن اختلفا قبل استيفاء المنافع تحالفاً أي حلف كل منهما الآخر ، لقول النبي ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً »^(٢) .

وبما أن الإجارة نوع من البيع فيتناولها الحديث ، وإذا تحالفاً تفسخ الإجارة ، وإذا نكل أحدهما عن اليين لزمه ما ادعى به صاحبه .

وإن أقام كل منهما بينة على مدعاه : فإن كان الاختلاف في البدل فبينة المؤجر أولى ؛ لأنها تثبت زيادة الأجرة ، وإن كان الاختلاف في المبدل فبينة المستأجر أولى ؛ لأنها تثبت زيادة المنفعة .

وإن كان اختلاف العاقدين بعد استيفاء المستأجر بعض المنفعة بأن سكن الدار المستأجرة بعض المدة ، أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه ، ويتحالفان وتفسخ الإجارة فيما بقي ؛ لأن العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيئاً فشيئاً ، فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقوداً عليه عقداً مبتدئاً ، فيجعل ما بقي من المدة والمسافة منفرداً بالعقد ، فيتحالفان فيه .

وإن كان اختلافهما بعد انتهاء مدة الإجارة أو بعد بلوغ المسافة التي تم العقد

(١) راجع البدائع : ٢١٨/٤ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٢١٨/٧ ، المبسوط : ١٠/١٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥١/٥ .

(٢) أخرجه اصحاب السنن الأربعة وأحمد والشافعي من طرق بألفاظ منها « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة ، فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان » وزاد ابن ماجه : « والمبيع قائم بعينه » وكذلك أحمد في رواية : « والسلعة كما هي » وقد صححه الحاكم وابن السكن (انظر نصب الراية : ٤/٥ وما بعدها ، نيل الأوطار : ٢٢٢/٥) قال الشوكاني : والظاهر عدم الفرق بين بقاء المبيع وتلفه لعدم انتهاز الرواية المصرح فيها باشتراط بقاء المبيع للاحتجاج ، والتراد مع التلف ممكن بأن يرجع كل واحد منهما بمثل الثلي وقيمة القبي .

عليها لا يتحالفان ، والقول قول المستأجر في مقدار البدل مع يمينه ، ولا يمين على المؤجر ؛ لأن التحالف يؤدي إلى فسخ الإجارة ، والمنافع غير الموجودة لا تحتمل فسخ العقد ، فلا يثبت التحالف .

وإن اختلف الخياط وصاحب الثوب ، فقال صاحب الثوب : أمرتك أن تعمله قَبَاءً^(١) وقال الخياط : أمرتني أن أعمله قيصاً ، أو قال صاحب الثوب للصباغ : أمرتك أن تصبغه بلون أحمر ، فصبغته بلون أصفر ، وقال الصباغ : لا ، بل أمرتني بلون أصفر ، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه . وهذا هو القول الأظهر في مذهب الشافعية^(٢) ؛ لأن أصل الإذن صادر من المالك ، فلو أنكر الإذن مطلقاً كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر صفة الإذن .

وإذا حلف المالك في هذه الحالة يكون الخياط ضامناً أي أن المالك بالخيار : إن شاء ضمن الخياط ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطى الخياط أجر المثل ، والخيار ثابت أيضاً للصباغ .

وإذا اختلف مالك الثوب مع الصانع في وجود الأجرة ، فقال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر ، وقال الصانع : بأجر ، فالقول قول صاحب الثوب عند أبي حنيفة ؛ لأنه ينكر تقوم عمله ؛ لأن تقومه بالعقد ، وينكر الضمان ، والصانع يدعيه ، والقول قول المنكر .

وقال أبو يوسف : إن تكررت تلك المعاملة بينها بأجر ، فللصانع الأجر وإلا فلا ؛ لأن ما سبق بينها يعين جهة الطلب بأجر ، جرياً على المعتاد بينهما .

وقال محمد : إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر ، فالقول قوله ؛ لأنه لما

(١) ثوب يلبس فوق الثياب .

(٢) مغني المحتاج : ٢٥٤/٢

فتح الحانوت لأجل أخذ الأجور جرى فعله مجرى التنصيص على الأجر، أخذاً بظاهر الأمور، قال المرغيناني في الهداية ما معناه: والقياس ما قاله أبو حنيفة، لأن المالك منكر. والجواب عن استحسان الصاحبين: أن ظاهر الحال يتسك به لدفع الحق لا للاستحقاق، والمطلوب هنا إثبات الاستحقاق^(١)، وهو لا يكفي في إثباته مجرد التسك بظاهر الحال أو القرينة، بل لا بد من حجة أقوى كالبينة والإقرار.

المبحث السابع - انتهاء عقد الإجارة

١ - تنتهي الإجارة عند الحنفية كما عرفنا في مبحث صفة الإجارة بموت أحد المتعاقدين؛ لأن الإرث يجري في الموجود المملوك، وبما أن المنافع في الإجارة تحدث شيئاً فشيئاً، فتكون عند موت المورث معدومة، فلا تكون مملوكة له، وما لم يملكه يستحيل توريثه فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث، حتى يكون العقد قائماً مع المالك. ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الإجارة؛ لأن العقد لم يقع له، وإنما هو عاقد، ولو ماتت الظئر أو الصبي انتقضت الإجارة لأن كل واحد منهما معقود له.

وقال الجمهور: لا يفسخ عقد الإيجار بموت أحد المتعاقدين؛ لأنه عقد لازم كالبيع، أي أن المستأجر ملك المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً فيورث عنه، ولكن تنفسخ الإجارة بموت الظئر أو الصبي لفوات المنفعة بهلاك محلها وهو الظئر، ولتعذر استيفاء المعقود عليه؛ لأنه لا يمكن إقامة غير هذا الصبي مقامه^(٢).

٢ - تنتهي الإجارة أيضاً بالإقالة؛ لأن الإجارة معاوضة مال بمال، فكانت محتملة للإقالة كالبيع.

٣ - الإجارة تنقضي بهلاك العين المؤجرة المعينة كالدار أو الدابة المعينة وهلاك

(١) الهداية: ٢٠١/٣.

(٢) بداية المجتهد: ٢٢٧/٢، الشرح الكبير للدردير: ٣٠/٤، المهذب: ٤٠٦/١، المغني: ٤٥٦/٥، القوانين الفقهية:

المؤجر عليه كالثوب المؤجر للخياطة أو للقصاراة لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه ، فلم يكن في بقاء العقد فائدة . فإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها للحمل أو الركوب ، فتسلم المستأجر الدواب ، فهلكت لا تبطل الإجارة ، وعلى المؤجر أن يأتي بغيرها لتحمل المتاع وليس له أن يفسخ العقد ؛ لأن الإجارة وقعت على منافع في الذمة ، ولم يعجز المؤجر عن وفاء ما التزمه بالعقد ، وهو حمل المتاع إلى موضع كذا ، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة^(١) .

وقال الزيلعي أخذاً برأي الإمام محمد بن الحسن : والأصح أن الإجارة لا تنفسخ في هذه الحالة ؛ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها ، وساحة الدار بعد انهدام البناء يتأتى فيها السكنى بنصب فسطاط (خيمة) ونحوها . ويظهر أن هذا الرأي عند الحنفية هو الأصح ، أي أن الإجارة لا تنفسخ بالقوة القاهرة ، كانهدام الدار كلها ، بدليل ما قاله صاحب الدر المختار وأيده ابن عابدين : لو خربت الدار ، سقط كل الأجر ، ولا تنفسخ به مالم يفسخها المستأجر ، هو الأصح . وأضاف ابن عابدين : وبانهدام الدار كلها للمستأجر الفسخ بغيبه المؤجر ، ولا تنفسخ مالم يفسخ هو الصحيح ، لصلاحتها لنصب الفسطاط .

٤ - تنتهي الإجارة بانقضاء المدة إلا لعذر ؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية ، فتنتفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان هناك عذر بأن انقضت المدة ، وفي الأرض زرع لم يستحصد ، فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل^(٢) . وانتهاء الإيجار بانقضاء المدة في الجملة محل اتفاق بين الفقهاء .

(١) البدائع: ١٩٦/٤ ، ٢٢٣ ، تبين الحقائق: ١٤٤/٥ ، تكملة فتح القدير: ٢٢٠/٧ ، الدر المختار ورد المختار: ٣٠/٥ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حزة: ص ٨٤ ، بداية المجتهد: ٢٢٨/٢ ، الشرح الكبير: ٢٩/٤ ، القوانين الفقهية: ص ٢٧٧ ، مغني المحتاج: ٣٥٧/٢ ، المهذب: ٤٠٥/١ ، المغني: ٤١٥/٥ ، ٤٢١ ، ٤٣٤ ، غاية المنتهى: ٢١٠/٢ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، غاية المنتهى: ٢١٨/٢ .

الفصل الرابع

الجمالة

- أو الوعد بالجمالة -

الكلام فيها يتناول تعريفها، ومشروعيتها، وصيغتها، الفرق بينها وبين الإجارة على الأعمال، شروطها، صفة حكمها، الزيادة والنقص في الجعل، حكم اختلاف العامل ورب المال.

تعريف الجمالة: الجمالة أو الجُعَلُ أو الجعيلة لغة: هي ما يجعل للإنسان على فعل شيء أو ما يُعطاه الإنسان على أمر يفعله. وتسمى عند القانونيين: الوعد بالجمالة (أي المكافأة أو الجُعَلُ أو الأجر المعين)، فهي عقد أو التزام بإرادة منفردة.

وشرعاً: التزام عوض معلوم على عمل معين، أو مجهول، عسر علمه^(١).

وعرفها المالكية^(٢): بأنها الإجارة على منفعة مظنون حصولها. مثل قول القائل: من رد علي دابتي الشاردة، أو متاعي الضائع، أو بنى لي هذا الحائط أو حفر لي هذا البئر حتى يصل إلى الماء، أو خاط لي قميصاً أو ثوباً، فله كذا.

ومنها ما يخصص من المكافآت لأوائل الناجحين، أو المتسابقين فيما يحل فيه السباق، أو ما يلتزمه القائد من مبلغ معين أو سهم من الغنيمة لمن يقتحم حصناً للعدو، أو يسقط عدداً من الطائرات.

(١) مغني المحتاج: ٤٢٩/٢، كشاف القناع: ٢٢٥/٤، الشرح الصغير: ٧٩/٤

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٧٥، الشرح الكبير للدردير: ٦٠/٤، بداية المجتهد: ٢٢٢/٢

ومنها الالتزام بمبلغ مالي لطبيب يشفي مريضاً من مرض معين ، أو لمعلم يحفظ
ابنه القرآن .

ويمثل لها الفقهاء عادة بحالة رد الدابة الضالة (الضائعة) ، والعبد الآبق
(الهارب) .

مشروعية الجعالة :

لا تجوز الجعالة عند الحنفية^(١) لما فيها من الغرر أي جهالة العمل والمدة قياساً
على سائر الإجازات التي يشترط لها معلومية العمل والمأجور والأجرة والمدة . وإنما
أجازوا فقط استحساناً دفع الجعل لمن يرد العبد الآبق^(٢) ، ولو بلا شرط ، من مسيرة
ثلاثة أيام فصاعداً ، ومقدار الجعل أربعون درهماً ، تغطية للنفقة في مدة السفر . وإن
رده لأقل من ذلك المقدار ، فبحسابه ، اعتباراً للأقل بالأكثر ، فإذا رده مثلاً من
مسافة يومين فله ثلثاها ، ومن يوم ثلثها ، ومن رده من أقل منه ، أو وجدته في البلد
يرضخ له أي يعطى بنسبة عمله . وسبب استحقاق الجعل : هو أخذ الآبق لصاحبه .
فدفع الجعل طريق للمالك لصيانة ماله .

وتجوز الجعالة شرعاً عند المالكية والشافعية والحنابلة^(٣) ، بدليل قوله تعالى في
قصة يوسف مع إخوته : ﴿ قالوا : نفقد صواع الملك^(٤) ، ولن جاء به حمل بعير ، وأنا
به زعيم ﴾ أي كفيل . وبدليل ما جاء في السنة من أخذ الأجرة على الرقية بالفاتحة
(أم القرآن) ، وهو ما رواه الجماعة إلا النسائي عن أبي سعيد الخدري : « أن ناساً من

(١) الدر المختار : ٢٤٢/٣ ، ٣٥٥ - ٣٥٩ ، ٦/٥ ، ٣٢ ، البدائع : ٢٠٣/٦ - ٢٠٥ ، اللباب شرح الكتاب : ٢١٧/٢ وما
بعدها .

(٢) الإباق : انطلاق الرقيق تمرداً . سواء هرب من مستأجره أو وديعه المودع لديه ، أو مستعيره ، أو الوصي
عليه .

(٣) بداية المجتهد : ٢٣٢/٢ ، القوانين الفقهية ، الشرح الكبير ، المكان السابق ، مغني المحتاج : ٤٢٩/٢ ، المغني :
٦٥٦/٥ ، كشاف القناع : ٢٢٥/٤ ، المهذب : ٤١١/١ .

(٤) الصواع والصاع : مكيال يكال به ، أو هو إناء يشرب فيه ، كان سقاية الملك .

أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب ، فلم يُقروهم (يضيفوهم) ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك ، فقالوا : هل فيكم راقٍ ؟ فقالوا : لم تقرونا ، فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلاً ، فجعلوا لهم قطيع شاء ، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ، ويجمع بزاقه ، ويتفل ، فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء ، فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ ، فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك ، فضحك ، وقال : وما أدراك ، إنها رقية ؟ خذوها واضربوا لي فيها بسهم ^(١) .

والمعقول يؤيد ذلك : وهو أن الحاجة تدعو إلى الجعالة ، من رد ضالة ، وأبق ، وعمل لا يقدر عليه صاحبه ، فجاز بذل الجعل ، كالإجارة والمضاربة ، إلا أن جهالة العمل والمدة لا تضر بخلاف الإجارة ؛ لأن الجعالة غير لازمة ، والإجارة لازمة ، وتفتقر إلى تعيين المدة .

صيغة الجعالة :

الجعالة التزام بإرادة واحدة فلا تتحقق إلا بصيغة ^(٢) من الجاعل من الصيغ السابقة في تعريفها ونحوها ، تدل على إذن بالعمل بطلب صريح ، بعوض معلوم مقصود عادة ملتزم به ، فلو عمل العامل بلا إذن ، أو أذن الجاعل لشخص ، فعمل غيره ، فلا شيء له ؛ لأن الأول عمل متبرعاً ، والشخص المعين في الحالة الثانية لم يعمل ولا يشترط في الجاعل كونه مالكاً ، فيصح لغيره أن يلتزم بجعل ويستحقه العامل الذي رد الشيء .

كما لا يشترط قبول العامل ، وإن عينه الجاعل ؛ لأن الجعالة التزام من جانب واحد ، كما أوضحنا . ويصح أن تكون الجعالة لواحد معين ، أو لغير معين ، كما يصح أن يجعل الجاعل للمعين عوضاً ولسائر الناس عوضاً آخر .

(١) نيل الأوطار : ٢٨٩/٥

(٢) مغني المحتاج : ٤٢٩/٢ وما بعدها ، المهذب : ٤١٧/١ ، المغني : ٦٥٨/٥ ، الشرح الصغير : ٨١/٤ ، الشرح الكبير :

الفرق بين الجعالة والإجارة على الأعمال :

تفترق الجعالة عن الإجارة على عمل معلوم كبناء وخياطة ثوب وحمل شيء إلى موضع معلوم من نواح أربعة هي^(١) :

أولاً- لا يتم استيفاء المنفعة للجاعل إلا بتمام العمل كرد الشارد وبرء المريض . أما في الإجارة فيتم استيفاء المنفعة للمستأجر بمقدار ما عمل الأجير . وبعبارة أخرى : لا تتحقق المنفعة للمالك في الجعالة إلا بتمام العمل ، أما في الإجارة فتتحقق المنفعة للمستأجر بجزء من العمل . وبناء عليه لا يستحق العامل في الجعالة شيئاً إلا بتمام العمل . وإذا عمل الأجير في الإجارة بعض العمل استحق من الأجر بحساب (أو مقدار) ما عمل .

ثانياً- إن الجعالة عقد يحتمل فيها الغرر، وتجاوز جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة، فالعمل في الجعالة قد يكون معلوماً، أو مجهولاً غير معلوم، كرد بهيمة ضالة، وحفر بئر حتى يخرج منها الماء، وكما تصح الجعالة على عمل مجهول أو معلوم، تصح جهالة المدة . أما الإجارة فلا بد من أن يكون العمل فيها معلوماً كالخياطة والبناء، والمدة معلومة . وإذا قدرت الإجارة بمدة لزم الأجير العمل في جميع المدة، ولا يلزمه العمل بعدها . أما الجعالة فالمهم فيها إنجاز العمل دون تقييد بالمدة .

ثالثاً- لا يجوز اشتراط تقديم الأجرة في الجعالة، بخلاف الإجارة .

رابعاً- الجعالة عقد جائز غير لازم، فيجوز فسخه، بخلاف الإجارة، فإنها عقد لازم لا يفسخ .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٢٢/٢ ، مغني المحتاج : ٤٢٠/٢ ، كشاف القناع :

٢٢٥/٤ وما بعدها ، المغني : ٦٥٧/٥ وما بعدها

شروط الجعالة :

يشترط في الجعالة ما يأتي^(١) :

أولاً- أهلية العاقد : يشترط في الجاعل مالكاً كان أو غيره أن يكون مطلق التصرف (بالغاً عاقلاً رشيداً) ، فلا يصح من صبي ومجنون ومجور سفه . وأما العامل : فإن كان معيناً اشترط فيه أهلية العمل ، فلا يصح كونه عاجزاً عن العمل كصغير لا يقدر على العمل ؛ لأن منفعته معدومة . وإن كان غير معين ميبهاً كفى علمه بإعلان النداء على الجعل .

ثانياً- كون الجعل (أو الأجرة) مالاً معلوماً . فإن كان الجعل مجهولاً فسد العقد لجهالة العوض ، مثل من وجد سيارتي فله ثوب ، أو أرضيه ، ونحوه ، ويكون للواجد (الراد) أجرة مثله ، كالإجارة الفاسدة .

وإن كان الجعل حراماً كخمر أو مغصوب ، فسد العقد أيضاً لنجاسة عين الخمر ، وعدم القدرة على تسليم المغصوب .

ثالثاً- أن تكون المنفعة معلومة حقيقة ، مباح الانتفاع بها شرعاً ، فلا تجوز الجعالة على إخراج الجن من شخص ، ولا على حل سحر مثلاً ، لأنه يتعذر معرفة كون الجن خرج أم لا ، أو انحل السحرام لا . كما لا تجوز الجعالة على ما يحرم نفعه كالغناء والزم والنواح وسائر المحرمات . والقاعدة في ذلك^(٢) : أن كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال ، جاز أخذ العوض عليه في الجعالة ، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة ، لا يجوز أخذ الجعل عليه ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ وأضاف المالكية : « كل ما جاز فيه الجعل كحفر الآبار في فلاة ،

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٦ ، مغني المحتاج : ٤٢٠/٢ وما بعدها ، المهذب : ٤١١/١ ، المغني : ٦٥٦/٥ وما بعدها ،

٦٦٠ ، كشف القناع : ٢٢٥/٤ - ٢٢٨ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٤/٤ ، الشرح الصغير : ٨١/٤ .

(٢) كشف القناع : ٢٢٨/٤ ، الشرح الكبير : ٦٢/٤ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٨٤/٤ .

جازت فيه الإجارة ، لا العكس ، فليس كل ما جازت فيه الإجارة ، جاز فيه الجعل «
مثل بيع سلع^(١) وخدمة شهر ، وحفر بئر بملك ، تصح فيه الإجارة دون الجعالة ،
فالإجارة أعم ، من ناحية المحل المعقود عليه . والسبب في عدم صحة الجعالة فيما ذكر :
أن الجعالة تكون فيما لا يحصل للجاعل نفع إلا بتمام العمل ، وهذه الأمور يبقى فيها
للجاعل منفعة إذا لم يتم العامل العمل .

وأما أعمال العبادة البدنية التي لا يتعدى نفعها غير فاعلها كالصلاة والصيام
ونحوهما من القربات الدينية ، فلا يجوز أخذ الجعل عليه .

وما يتعدى نفعه لغير فاعله كالأذان وتعليم الفقه والقرآن والقضاء والإفتاء
فيجوز أخذ الجعل عليه ، لحديث أبي سعيد السابق في الرقية بالفتحة .

والمشهور عند المالكية أنه لا بد من تحقيق منفعة مقصودة للجاعل ، فمن جعل
ديناراً لمن يصعد جبلاً مثلاً ، لا لشيء يأتي به ، لا يصح التزامه ولا جعالته . واشترط
الشافعية في العمل : أن يكون فيه كلفة ، وإلا فلا يستحق شيئاً ؛ لأن ما لا كلفة فيه
لا يقابل بعوض .

رابعاً - اشترط المالكية ألا يحدد للجعالة أجل ، وقال غيرهم : يصح الجمع بين
تقدير المدة والعمل ، مثل من خاط لي هذا الثوب في يوم فله كذا ، فإن أتى به في
المدة استحق الجعل ، ولم يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها فلا يلزمه شيء له ،
وذلك بخلاف الإجارة .

وأضاف بعض المالكية شرطاً خامساً : وهو أن تكون الجعالة في العمل اليسير ،
ولو كان متعدداً كإبل كثيرة شردت .

(١) بيع سلع من ثياب أو إبل إذا لم يأخذ العامل الجعل إلا على بيع الجميع ، لأن تعدد السلع بمنزلة عقود متعددة
يستحق الجعل في كل سلعة بانتهاء عملها .

صفة حكم الجعالة ووقت استحقاق الجعل :

اتفق الفقهاء القائلون بجواز الجعالة^(١) على أنها بخلاف الإجارة عقد جائز غير لازم، فيجوز لكل من المالك والعامل فسخها، لكنهم اختلفوا في وقت جواز الفسخ. فقال المالكية: يجوز الفسخ قبل الشروع في العمل، ويلزم الجاعل دون العامل بالشروع في العمل. أما العامل المجمعول له فلا يلزم بشيء قبل العمل أو بعده أو بعد الشروع فيه.

وقال الشافعية والحنابلة: يجوز الفسخ في أي وقت شاء الجاعل والمجمعول له المعين، كسائر العقود الجائزة مثل الشركة والوكالة، قبل تمام العمل. فإن فسخ العقد من المالك أو العامل المعين قبل الشروع في العمل، أو فسخ العامل بعد الشروع في العمل، فلا شيء له في الحالتين، لأنه في الأولى لم يعمل شيئاً، وفي الثانية لم يتحقق غرض المالك. أما إن فسخ المالك بعد الشروع في العمل، فعليه للعامل أجره مثل عمله في الأصح عند الشافعية، لأنه عمل بعوض، ولم يسلم له أجره عمله، كما لو فسخ رب المال المضاربة بعد الشروع في العمل ويستحق العامل الجعل أو الأجر المعين بإتمام العمل، فإن فسخ العامل قبل الفراغ من العمل، لم يستحق شيئاً^(٢).

وإن حدد المالك مكاناً لرد المتاع المفقود، فرده العامل من مكان أقرب منه، فله قسطه من الجعل، كما يرى الشافعية^(٣).

ولو اشترك اثنان في رد المتاع، اشتركا في الجعل، لحصول الرد منهما^(٤).

(١) بداية المجهد : ٢٢٣/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٦٠/٤ ، ٦٥ ، مغني المحتاج : ٤٣٢/٢ ، المهذب : ٤١٢/١ ،

كشاف القناع : ٢٢٨/٤ ، المغني : ٦٥٧/٥ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٧٥ ، الشرح الكبير : ٦١/٤ ، مغني المحتاج : ٤٣٢/٤ ، المهذب : ٤١٢/١ ، كشاف

القناع : ٢٢٥/٢ ، المغني : ٦٥٨/٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٤٣١/٢ .

(٤) الشرح الكبير : ٦١/٤ ، مغني المحتاج : ٤٣١/٢ ، المغني : ٦٥٨/٥ .

وإذا رد العامل الشيء المجهول عليه فليس له حبسه لقبض الجعل ، كما لا يحبسه لاستيفاء ما أنفقه عليه بإذن المالك ؛ لأن استحقاق الجعل بتسليم الشيء ، ولا حبس قبل الاستحقاق^(١) .

الزيادة والنقص في الجعل :

يرى الشافعية والحنابلة^(٢) أنه يجوز للمالك الجاعل أن يزيد أو ينقص من الجعل ؛ لأن الجعالة عقد جائز غير لازم ، فجاز فيه ذلك كالمضاربة ، إلا أن الشافعية أجازوا ذلك قبل الفراغ من العمل ، سواء أكان قبل الشروع ، أم بعده ، كأن يقول : من رد متاعي الفلاني فله عشرة ، ثم يقول : فله خمسة ، أو بالعكس . وتظهر فائدة ذلك بعد الشروع في العمل ، فتجب حينئذ أجره المثل ، لأن هذا التعديل بالزيادة أو النقص فسخ للإعلان السابق ، والفسخ من المالك يقتضي الرجوع إلى أجره المثل ؛

وقيد الحنابلة هذا التعديل بما قبل الشروع في العمل ، فيجوز ويعمل به .

حكم اختلاف المالك والعامل :

إذا حدث اختلاف بين المالك والعامل فأيهما يصدق بيمينه ؟ في الأمر تفصيل^(٣) : إن اختلفا في أصل اشتراط الجعل بأن أنكره أحدهما ، فيصدق المنكر بيمينه ، كأن يقول العامل : شرطت لي جعلاً ، وأنكر المالك ، صدق المالك بيمينه ؛ لأن الأصل عدم اشتراط الجعل .

وكذلك يصدق المنكر إن اختلفا في سعي العامل ، بأن قال المالك : لم ترده ، وإنما رجع بنفسه ، يصدق المالك ؛ لأن الأصل عدم الرد .

(١) معني المحتاج : ٤٣٤/٢ .

(٢) معني المحتاج : ٤٣٣/٢ وما بعدها ، المهذب : ٤١٢/١ ، كشاف القناع : ٢٢٩/٤ .

(٣) الشرح الكبير : ٦٤/٤ ، معني المحتاج : ٤٣٤/٢ ، المهذب : ٤١٢/١ ، المغني : ٦٦٠/٥ وما بعدها ، كشاف القناع :

وإن اختلفا في قدر الجعل أو في قدر المسافة أو المكان المحدد لوجود الضائع فقال
المالكية والشافعية : تحالف الطرفان ، وفسخ العقد ، ووجب أجره المثل ، كما لو
اختلفا في عقد الإجارة .

وقال الحنابلة : القول قول المالك يبينه ؛ لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ،
ولأن القول قوله في أصل العوض ، فكذلك في قدره ، كرب المال في المضاربة ، ولأنه
منكر لما يدعيه العامل زيادة عما يعترف به ، والأصل براءته منه . ويحتمل أن
يتحالفا كالتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن ، والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر
الأجر . فإن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل .

الفصل الخامس

الشركات

يتضمن مبحثين - الأول : شركات الأموال ، والثاني - شركة المضاربة

المبحث الأول - شركات الأموال :

تمهيد في تعريف الشركة ومشروعيتها :

الشركة لغة : هي الاختلاط أي خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضها . ثم أطلقت عند الجمهور على العقد الخاص بها ، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين ؛ لأن العقد سبب الخلط^(١) .

واختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة اصطلاحاً ، فقال المالكية : هي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع إبقاء حق التصرف لكل منهما^(٢) .

وقال الحنابلة : الشركة : هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف^(٣) .

وقال الشافعية : الشركة : ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ^(٤) .

(١) فتح القدير مع العناية : ٢/٥ ، تبين الحقائق للزيلعي : ٣١٢/٣ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٤٨/٣ .

(٣) المغني : ١/٥ .

(٤) مغني المحتاج : ٢١١/٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٣٣٢/٢ .

وقال الحنفية : الشركة : عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح ^(١) .
وهو أولى التعاريف لأنه يعبر عن حقيقة الشركة في أنها عقد ، أما التعاريف الأخرى
فهي بالنظر إلى هدف الشركة وأثرها أو النتيجة المترتبة عليها .

مشروعية الشركة : قد ثبتت مشروعية الشركة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وإن كثيراً من الخُطَاء ليبغى بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، وقليل ما هم ﴾ والخُطَاء : هم الشركاء .

وأما السنة ففي الحديث القدسي فيما يروى عن أبي هريرة رفعه إلى النبي ﷺ
قال : إن الله عز وجل يقول : « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا
خانه خرجت من بينهما » رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده ^(٢) والمعنى : أنا معها
بالحفظ والإعانة ، أمدهما بالمعونة في أموالهما وأنزل البركة في تجارتها ، فإذا وقعت
بينها الخيانة رفعت البركة والإعانة عنها .

وقد بعث رسول الله ﷺ ، والناس يتعاملون بالشركة فأقرهم عليها ، كما ثبت
في أحاديث كثيرة ^(٣) وقال عليه السلام : « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » ^(٤) .

والمسلمون أجمعوا على جواز الشركة في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها ^(٥) ولذا
فإننا سنتكلم عن الشركة بأنواعها .

(١) رد المحتار : ٣٦٤ / ٢ .

(٢) وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حبان وقد ذكره ابن حبان في الثقات ، وسكت أبو داود والسندي عن
هذا الحديث ، وأخرج نحوه أبو القاسم الاصبهاني في الترغيب والترهيب عن حكيم بن حزام (انظر جامع
الأصول : ١٠٨٦ ، نيل الأوطار : ٢٦٤ / ٥) .

(٣) انظر نصب الراية للحافظ الزيلعي : ٤٧٤ / ٣ ، جامع الأصول ، المرجع السابق ، التلخيص الحبير : ص ٢٥١ .

(٤) ذكره ابن قدامة في المغني : ١ / ٥ .

(٥) المغني ، المرجع السابق .

تقسيم الشركة : الشركة قسمان : شركة أملاك : وهي الشركات الإجبارية في القوانين الوضعية ، وشركة عقود : وهي الشركات الاختيارية في القوانين .

شركة الأملاك : هي أن يملك شخصان فأكثر عيناً من غير عقد الشركة ، وهي نوعان^(١) :

١ - شركة اختيار : وهي التي تنشأ بفعل الشريكين ، مثل أن يشتري شيئاً أو يوهب لهما شيء أو يوصى لهما بشيء ، فيقبلا ، فيصير المشتري والموهوب والموصى به مشتركاً بينها شركة ملك .

٢ - شركة جبر : وهي التي تثبت لشخصين فأكثر بغير فعلها ، كأن يرث اثنان شيئاً ، فيكون الموروث مشتركاً بينها شركة ملك .

وحكم هذه الشركة بنوعيتها : هو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه ، فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه ، إذ لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر^(٢) .

شركة العقود : هي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه^(٣) ، وهو تعريف الحنفية السابق . وهي أنواع خمسة عند الحنابلة : شركة العنان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه ، والمضاربة . وقسمها الحنفية إلى ستة أنواع : وهي شركة الأموال ، وشركة الأعمال ، وشركة الوجوه . وكل نوع من هذه الأنواع إما مفاوضة وإما عنان^(٤) . وفي الجملة فإن الشركة عند فقهاء الأمصار ومنهم المالكية والشافعية أربعة أنواع : شركة العنان ، وشركة المفاوضة ،

(١) البدائع : ٥٦/٦ ، فتح القدير : ٢/٥ ، رد المحتار : ٣٦٤/٢ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٤ .

(٢) البدائع : ٦٥/٦ ، المبسوط : ١٥١/١١ ، تبين الحقائق : ٣١٢/٣ .

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة : ٨٢/٣ . أما الاشتراك في الربح دون الاشتراك في رأس المال فهو شركة المضاربة التي سيأتي بحثها .

(٤) تبين الحقائق للزليعي : ٣١٢/٣ .

وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه^(١) .

واتفق العلماء على أن شركة العنان جائزة صحيحة . وأما الأنواع الأخرى فقد اختلفوا في مشروعيتها :

فالشافعية والظاهرية والإمامية يجعلون كل الشركات باطلة ما عدا شركة العنان وشركة المضاربة .

والحنابلة أجازوا كل الشركات ما عدا شركة المفاوضة .

والمالكية أجازوا كل الشركات ما عدا شركة الوجوه ، وما عدا شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية .

وأما الحنفية والزيدية فأجازوا كل هذه الشركات دون استثناء إذا توافرت شروط معينة . وسأبحث شركة العقود وفقاً لمنهج الحنفية في التقسيم ، في المطالب الآتية . وأما شركة المضاربة فأخصص مبحثاً مستقلاً لها .

خطة الموضوع :

المطلب الأول - كيفية انعقاد شركات العقود .

المطلب الثاني - شرائط شركة العقود .

المطلب الثالث - أحكام شركة العقود .

المطلب الرابع - صفة عقد الشركة ويد الشريك .

المطلب الخامس - مبطلات عقد الشركة .

المطلب السادس - الشركة الفاسدة .

(١) بداية المجتهد: ٢٤٨/٢ ، مغني المحتاج: ٢١٢/٢ .

المطلب الأول - كيفية انعقاد شركات العقود

ركن شركة العقود عند الحنفية: الإيجاب والقبول: وهوان يقول أحد الشريكين للآخر: شاركتك في كذا وكذا، ويقول الآخر: قبلت وهي ثلاثة أنواع: شركة أموال، وشركة وجوه، وشركة أعمال أو صنایع^(١). وسنذكر تعاريف كل نوع منها.

وأركان الشركة عند الجمهور ثلاثة: عاقدان ومعقود عليه وصيغة.

أولاً - تعريف شركة الأموال:

وهي أن يشترك اثنان في مال، فيقولان: اشتركتنا فيه على أن نبيع ونشترى معاً، أو أطلقنا (أي لم يحدد البيع أو الشراء)، على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا، أو يقول أحدهما ذلك، ويقول الآخر: قبلت. وهي إما مفاوضة أو عنان.

١- شركة العنان^(٢): وهي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما^(٣)، وهي جائزة بالإجماع كما ذكر ابن المنذر^(٤).

وإنما اختلف في بعض شروطها، كما اختلف في علة تسميتها، فقليل: سميت بالعنان؛ لأن الأصل في الشريكين أن يتساويا في المال والتصرف، كالفارسين إذا

(١) فتح القدير: ٤/٥ وما بعدها، البدائع: ٥٦٦، رد المحتار: ٣٦٨/٢، مجمع الضمانات: ص ٢٩٧.

(٢) العنان بكسر العين وتفتح.

(٣) أي والخسارة عليهما أيضاً، فالشركاء يشتركون في الربح والخسارة، ولا يصح إعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسارة مع مقاسمته في الربح، وهذا المبدأ مقرر شرعاً وقانوناً.

(٤) معنى شركة العنان هذا متفق عليه بين الحنفية والشافعية والزيدية والجعفرية والظاهرية والحنابلة في أحد قولين عندهم، فلا تنشأ الشركة إلا بالتصرف برأس المال بالشراء. وقال المالكية وفي قول راجح عند الحنابلة: تنعقد شركة المال بمجرد إنعقاد العقد بين الشركاء. وهذا هو المقرر قانوناً. (الشركات في الفقه الإسلامي

للأستاذ علي الحقييف: ٣٣/٣٥، ٤٨).

سويا بين فرسيهما وتساويا في السير، فإن عناني فرسيهما يكونان سواء . وشركة العنان : اتفاق الرجلين على الاشتراك في شيء معلوم من مالهما، وانفراد كل بيباقي ماله ، فهما متساويان فيما يشتركان فيه . وقال الفراء : هي مشتقة من عَن الشيء : إذا عرض ، يقال : عَنَّت لي حاجة : إذا عرضت ، فسميت الشركة عناناً ؛ لأن كل واحد منهما عنَّ له أن يشارك صاحبه ، أو أنها تقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها . قال السبكي : المشهور أنها مأخوذة من عنان الدابة وهو ما تقاد به ، كأن كل واحد من الشريكين أخذ بعنان صاحبه ، لا يطلقه يتصرف حيث شاء^(١) .

وهذا النوع من الشركات هو السائد بين الناس^(٢) ؛ لأن شركة العنان لا يشترط فيها المساواة لا في المال ولا في التصرف ، فيجوز أن يكون مال أحد الشريكين أكثر من الآخر ، كما يجوز أن يكون أحدهما مسؤولاً عن الشركة والآخر غير مسؤول ، وهي من أجله ليس فيها كفالة ، فلا يطالب أحدهما إلا بما عقده بنفسه من التصرفات ، أما تصرفات شريكه فهو غير مسؤول عنها ، ويجوز مع ذلك أن يتساويا في الربح أو يختلفا ، فيوزع الربح بينهما حسب الشرط الذي اتفقا عليه ، أما الخسارة فتكون بنسبة رأس المال فحسب ، عملاً بقاعدة : «الربح على ما شرطنا ، والوضيعة على قدر المالين» .

٢- شركة المفاوضة : المفاوضة في اللغة : المساواة . وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح وفي القدرة على التصرف

(١) مختصر الطحاوي: ص ١٠٧ ، المبسوط : ١٥١/١١ ، فتح القدير : ٢٠/٥ ، البدائع : ٥٧/٦ ، رد المحتار : ٣٢٢/٣ ،

الشرح الكبير : ٣٥٩/٣ ، المغني : ١٣/٥ ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ .

(٢) يختلف معنى شركة العنان بين الحنفية والمالكية ، فعند الحنفية تتضمن هذه الشركة توكيل كل شريك لصاحبه في التصرف ، وذلك ما يجعل له حق الاستقلال به إذا أراد . أما عند المالكية فلا تتضمن ذلك ، ولا يملك أحد الشركاء أن يتصرف منفرداً إلا بإذن صاحبه . وفي هذه الحالة تكون الشركة شركة أملاك عند الحنفية وإذا كان الشريك مطلق التصرف في رأس المال مستقلاً بدون إذن صاحبه فالشركة مفاوضة عند المالكية (راجع الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف) .

وغيرها ، قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع التجارات ، يفوض كل واحد من الشريكين أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق . وقيل : هي من التفويض ؛ لأن كل واحد منها يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال في غيبته وحضوره . وقال المالكية والشافعية : سميت مفاوضة من تفاوض الرجلان في الحديث : شرعا فيه جميعاً .

وهي في الاصطلاح : أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط أن يكونا متساويين في رأس مالهما وتصرفهما ودينهما أي (ملتها) ، ويكون كل واحد منها كفيلاً عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع ، أي أن كل شريك ملزم بما ألزم شريكه الآخر من حقوق ما يتجران فيه ، وما يجب لكل واحد منها يجب للآخر ، أي أنها متضامنان في الحقوق والواجبات المتعلقة بما يتجران فيه ، ويكون كل واحد منها فيما يجب لصاحبه بمنزلة الوكيل له ، وفيما يجب عليه بمنزلة الكفيل عنه .

فهما يتساويان في رأس المال وفي الربح ، فلا يصح أن يكون أحدهما أكثر مالاً من الآخر ، كأن يملك أحدهما ألف دينار والآخر خمسمائة ، ولو لم يكن المبلغ مستعملاً في التجارة ، أي أنه لا يجوز أن يبقى شيئاً من جنس مال الشركة إلا ويدخلانه في الشركة . ويشترط التساوي في التصرف فلا تصح بين صبي بالغ ، ولا بين مسلم وكافر^(١) ، ولا يصح أن يكون تصرف أحدهما أكثر من تصرف الآخر . فإذا تحققت المساواة الكاملة انعقدت الشركة ، وكان كل واحد منها وكيفلاً عن صاحبه وكفيلاً عنه يطالب بما يعقده صاحبه ، ويسأل عن جميع تصرفاته . فإذا اختل شرط من هذه الشروط ، أو تملك أحد الشركاء مالاً يصلح أن يكون رأس مال لشركة العقد ، تحولت الشركة إلى شركة عنان ، لعدم تحقق المساواة^(٢) .

(١) أجاز أبو يوسف هذه الشركة مع اختلاف الملة مع الكراهة (الدر المختار: ٣١٩/٣) .

(٢) يلاحظ أنه لا يشارك أحد المتفاوضين صاحبه فيما يرث من ميراث عيني ولا جائزة يمنحها الحاكم له أو هبة أو هدية إلا عند ابن أبي ليلى .

وعلى هذا فإن هذه الشركة تتطلب الاشتراك بين الشريكين في كل مالهما من الحقوق كإرث تقدي وركاز ولقطة ، وما عليهما من الواجبات التي يلتزم بها كل واحد من دين بسبب التجارة واستقراض وضمان غضب وقية متلف وأرش^(١) جنائية على الدابة أو الثوب مثلاً ونحوها من مغارم الأموال^(٢) في قول أبي حنيفة ومحمد^(٣) .

وبعبارة أخرى : تنعقد شركة المفاوضة على أساس الاشتراك فيما يملكه كل شريك من مال يصح أن يكون رأس مال للشركة وهو النقود الحاضرة ، مع تساوي جميع الشركاء في الربح وفي رأس المال ، وعلى أن يعمل كل شريك في مال صاحبه مستبداً برأيه .

فإذا اختص أحد الشركاء فيها بملك مال يصلح أن يكون رأس مال لشركة العقد كالنقود لا تكون شركة مفاوضة ، وإن عقدت بلفظها ، لانعدام المساواة في المال ، ولكن إذا اختص أحدهم بملك عرض أو دين على إنسان ، أو بملك عقار لم يؤثر المملوك في صحتها ؛ لأن كل ذلك لا يصلح أن تعقد عليه الشركة ، فكان كاختصاص الشريك فيها بالزوجة^(٤) . فإذا استحق الشريك مالاً من إرث ونحوه ، تفسد المفاوضة إذا كان المال نقوداً دراهم أو دنانير وتم قبضه فعلاً ، أما إذا قبض عروضاً أو عقاراً فلا تفسد المفاوضة .

وقد أجاز الحنفية والزيدية هذه الشركة لقوله عليه السلام : « إذا تفاوضتم

(١) الأرش : هو العوض المحدد شرعاً لما دون النفس بسبب الجناية على عضو مثلاً .

(٢) لأن الجنائي يملك المجني عليه بالضمان (رد المختار : ٣ / ٢٧١) .

(٣) المبسوط : ١٥٣/١١ ، ١٧٧ ، ١٨٩ ، فتح القدير : ٥/٥ وما بعدها ، البدائع : ٥٨/٦ ، تبيين الحقائق : ٣١٣/٣ ،

مجمع الضمانات : ٢٩٤/ ، رد المختار : ٣٦٩/٣ ، ٢٧٢ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٦ ، بداية المجتهد : ٢٥١/٢ ،

الشرح الكبير : ٣٥١/٣ ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ ، المهذب : ٣٤٦/١ ، المغني : ٢٦/٥ ، الفقه على المذاهب

الأربعة : ٨٩/٣ ، الميزان : ٨٢/١ ، المنتزح المختار : ٣٥٤/٣ .

(٤) حاشية الثلبي على الزيلعي : ٣١٤/٣ ، الشركات للأستاذ الحنفي : ص ٥٨ وما بعدها .

فأحسنوا المفاوضة»، «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»^(١) ولأن الناس يتعاملون بها في سائر الأعصار من غير تكبير من أحد. وأما الجهالة الحاصلة فيها وهي أنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، والكفالة بمجهول، فإنها متحملة، لأنها تثبت تبعاً، والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً، كما هو الحال في المضاربة، فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس.

وأما المالكية فقد أجازوا شركة المفاوضة بغير هذا المعنى الذي ذكره الحنفية: وهو أن تعقد الشركة على أن يكون كل شريك مطلق التصرف في رأس المال استقلالاً، دون حاجة إلى أخذ رأي شركائه، حاضرين أم غائبين، بيعاً وشراءً وأخذاً وعطاءً وكراءً واستكراءً، وضماناً وتوكيلاً وكفالةً وقراضاً وتبرعاً وغيرها مما تحتاج إليه التجارة من تصرف. ويلزم كل شريك بكل ما يعمله شريكه. ولا تكون إلا فيما تم العقد عليه من أموالهم، دون ما ينفرد به كل منهم من مال لم يدخله في الشركة.

أما إذا عقدت الشركة على ألا يستبد (ينفرد) أحد الشركاء بالتصرف في رأس المال، وليس له إلا أن يعمل مع شركائه جميعاً، فإنها حينئذ تسمى عندهم شركة عنان^(٢).

وعلى هذا فشركة المفاوضة بمفهومها عند المالكية، لا خلاف فيها عند الفقهاء.

أما شركة المفاوضة بالمعنى الذي ذكره الحنفية والزيدية، فلا يجيزها الشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء، لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله، ولأن تحقق المساواة بالمعنى

(١) قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث وما قبله: غريب أي لا أصل له، ثم حاول أن يجد أصلاً للحديث، فقال: أخرج ابن ماجه في سننه عن صهيب قال: قال رسول الله ﷺ: ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاق البر بالشعير، لا للبيع، ثم قال الزيلعي: ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه (المفاوضة) بدل (المقارضة) (راجع نصب الراية: ٤٧٥/٣).

(٢) الشركات في الفقه الإسلامي لأستاذنا المرحوم علي الحفيف: ٣٤/، الإفصاح: ٢٥/، القوانين الفقهية: ٢٨٢/، الشرح الكبير للدردير: ٣٥١/٣، ٣٥٩، الحارثي: ٤٣/٦.

المطلوب في هذه الشركة أمر عسير، ولأن فيه غرراً كثيراً وجهالة، فلم يصح كبيع الغرر. وبيان وجه الغرر فيه : هو أنه يلزم كل واحد منها ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه : « إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، فلا باطل أعرفه في الدنيا » وأما الحديث السابق فهو غير معروف، ولا رواه أصحاب السنن؛ بل إنه ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد، فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث، ولهذا روي فيه : « ولا تجادلوا فإن الجادلة من الشيطان »^(١).

والواقع أن شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية غير متيسرة الوجود، إن لم تكن متعذرة التحقيق^(٢).

ثانياً - تعريف شركة الوجوه أو الشركة على الذم :

هي أن يشترك وجيهان عند الناس، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشتريا في ذمهما بالنسيئة « أي بمؤجل »، ويبيعا بالنقد، بما لهما من وجهة عند الناس، فيقولان : اشتركتنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد، على أن ما رزق الله سبحانه من ربح أي (من فرق الأثمان)، فهو بيننا على شرط كذا.

وسمي هذا النوع شركة الوجوه، لأنه لا يباع بالنسيئة إلا لوجيه من الناس عادة. وهي معروفة بالشركة على الذم من غير صنعة ولا مال.

(١) المراجع السابقة . قال الحنابلة : شركة المفاوضة الصحيحة : هي تفويض كل شريك إلى صاحبه شراءً وبيعاً في الذمة، ومضاربةً وتوكيلاً، ومسافرةً بالمال، وارتهاناً وضماناً، ما يرى من الأعمال، أو يشتركان في كل ما يثبت لهما وعليهما إن لم يدخلوا كسباً نادراً أو غرامةً كوجدان لقطعة أو ركاز وما يحصل من ميراث أو ما يلزم أحدهما من ضمان غضب أو أورش أو جنابة وعارية ومهر (غاية النتهى : ١٨٢/٢) وانظر المغني : ٢٦/٥ . وقد تطلق شركة المفاوضة عند الحنابلة على أن يشترك الشريكان في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان، فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده، فصح مع غيره . (انظر المغني : ٢٥/٥) .

(٢) الشركات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق : ٦٧ .

وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة والزيدية ، لأنها شركة عقد تتضمن توكيل كل شريك صاحبه في البيع والشراء ، وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشتري بينهما صحيح ، فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك . هذا بالإضافة إلى أن الناس تعاملوا بها في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد . والخلاصة : أن ما اتفقا عليه يعد عملاً من الأعمال ، فيجوز أن تنعقد عليه الشركة^(١) .

وقال المالكية والشافعية والظاهرية والإمامية والليث وأبو سليمان وأبو ثور : إن هذه الشركة باطلة ؛ لأن الشركة تتعلق بالمال أو بالعمل ، وكلاهما معدومان في هذه المسألة^(٢) ، مع ما فيها من الغرر إذ أن كل شريك يعاوض صاحبه بكسب غير محدد بصناعة ، أو بعمل مخصوص .

وبناء على الرأي الأول يصح تباين الشريكين في حصتها في ملكية الشيء المشتري ، فيصح أن يكون لأحدهما النصف أو أكثر من النصف ، لحديث الرسول عليه السلام : « المسلمون على شروطهم » . وأما الربح فيكون بينهما على قدر الحصة في الملك ، ولا يجوز أن يزيد أحدهما على ربح حصته شيئاً ؛ لأن الربح في هذه الشركة يستحق بقدر ضمان ثمن السلع المشتراة^(٣) بالمال والعمل ، والضمان يكون بقدر الحصة في الملك ، فيكون الربح بقدر ذلك ، فإن زاد الربح على مقدار الضمان ، زاد بلا مقابل وهو لا يجوز .

وأما الخسارة : فهي على قدر ضمان كل من الشركاء اتفاقاً .

-
- (١) غاية المنتهى : ١٨٠/٢ ، المغني : ١٢/٥ ، البدائع : ٥٧/٦ ، فتح القدير : ٢٠/٥ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ٣٠٢/ ، المبسوط : ١٥٤/١١ . ويمكن اعتبار هذه الشركة صحيحة قانوناً على أساس أن رأس مالها هو ما يشتري من السلع نسيئة .
- (٢) بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، الحرشي : ٥٥/٦ ، ط ثانية ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ ، المهذب : ٢٤٦/١ ، الميزان للشعراني : ج ٨٢/١ ، القوانين الفقهية : ٢٨٤/ .
- (٣) أي أن كل شريك يعد ضامناً لحصة من الثمن بقدر ما يخصه من الملك .

ثالثاً- تعريف شركة الأعمال أو الأبدان :

وهي أن يشترك اثنان على أن يتقبلا في ذمهما عملاً من الأعمال ، ويكون الكسب بينهما كالخياطة والحداة والصباغة ونحوها ، فيقولوا : اشتركتنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة ، فهو بيننا على شرط كذا ، وهي المعروفة بشركة الحمالين وسائر المحترفة كالخياطين والنجارين والدلالين ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متفاوتاً ، سواء اتحدت حرفتهما كنجار ونجار ، أو اختلفت كخياط ونجار . وتسمى شركة الصنایع وشركة التقبل وشركة الأبدان وشركة الأعمال . وهي اليوم شائعة في ورشة الحداة أو النجارة ونحوها ، وتعتبر شركة التنقيب عن النفط ، وشركة التفریغ والشحن ونحوها من شركات الأعمال .

وهي جائزة عند المالكية والحنفية والحنابلة والزيدية ؛ لأن المقصود منها تحصيل الربح ، وهو ممكن بالتوكيل ، وقد تعامل الناس بها ولأن الشركة تكون بالمال ، أو بالعمل كما في المضاربة ، وهذا ههنا عمل من الأعمال^(١) . وقد قال ابن مسعود : « اشتركت أنا وعمار وسعد يوم بدر ، فأصاب سعد أسيرين ، ولم أصب أنا وعمار شيئاً ، فلم ينكر النبي ﷺ علينا^(٢) » . فهذه شركة فيما يصيبون من سلب في الحرب .

إلا أن المالكية يشترطون لصحة هذه الشركة اتحاد الصنعة ، فتجوز بين محترفي صنعة واحدة ، ولا تجوز بين مختلفي الصنائع إلا إذا كان عملاً الشريكين متلازمين ، بأن يتوقف وجود عمل أحدهما على وجود عمل الآخر كنساج وغزال . ويشترطون لها

(١) البدائع : ٥٧/٦ ، ٧٦ ، فتح القدير : ٢٨/٥ ، مختصر الطحاوي : ١٠٧/١ ، المبسوط : ١٥٤/١١ وما بعدها ، جمع الضمانات : ٣٠٢/٢ ، رد المحتار : ٢٨٠/٣ ، بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، المغني : ٣/٥ ، ١١ ، الحاشي : ٢٨٧/٦ ، ٥١ - ٥٢ ، الشركات للأستاذ الحقيف : ٩٩/١ ، القوانين الفقهية : ٢٨٤/١ ، غاية المنتهى : ١٨٠/٢ .

(٢) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن أبي عبيدة عن عبد الله ، قال ابن تيمية في « منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار » عن هذا الحديث : « وهو حجة في شركة الأبدان وتلك المباحات » (راجع جامع الأصول : ١٠٨/٦ ، نيل الأوطار : ٢٦٥/٥) .

أيضاً اتفاق المكان الذي يعملان فيه ، فإن كان الشريكان في موضعين لم تجز الشركة .
ويجب عندهم أن يكون اقتسام الربح مناسباً لمقدار العمل المشترك على كل
شريك . ويكفي فيه التقارب عرفاً بين الربح والعمل .

ويرى الحنابلة جواز هذه الشركة حتى في المباحات كالخطب والحشيش
ونحوها ، فتجوز عندهم فيما يشترك فيه الشريكان بأبدانها من مباح كالاحتشاش
والاصطياد والتلصص على دار الحرب ، وأخذ سلب قتلى الحرب ، إلا أنهم قالوا :
لا تصح شركة الدالين .

وقال الشافعية والإمامية وزفر من الحنفية : هي شركة باطلة ؛ لأن الشركة
تختص عندهم بالأموال لا بالأعمال^(١) ؛ لأن العمل لا ينضبط ، فكان فيه غرر وعدم
انضباط ، إذ لا يدري أحدهما أن صاحبه يكسب أم لا ، ولأن كل واحد منها متميز عن
الآخر ببذنه ومنافعه ، فيختص بفوائده ، كما لو اشتركا في الاحتطاب والاصطياد
وسائر المباحات ، فإن ذلك لا يجوز حتى عند الحنفية ؛ لأن الشركة مقتضاها
الوكالة ، ولا تصح الوكالة في تملك المباح ، لأنه يملك بالاستيلاء^(٢) .

المطلب الثاني - شرائط شركة العقود

اشترط علماء الحنفية شروطاً في شركات العقود ، منها ما هو عام لكل أنواع
شركة العقود ، ومنها ما هو خاص .

(١) أبطل القانون المدني هذه الشركة لأنها لا تقوم على رأس مال ، فلا يجوز أن يكون رأس مال الشركة عبارة عن

مجرد أعمال الشركاء ، ولذا يجب أن يتضمن جزءاً مادياً .

(٢) فتح القدير : ٣١/٥ ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ .

أولاً- الشروط العامة في شركات العقود :

يشترط لصحة شركات العقود شرائط هي ^(١) :

١- قابلية الوكالة : وهي أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ^(٢) ؛ لأن من حكم الشركة : ثبوت الاشتراك في الربح المستفاد بالتجارة ، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينها ، إلا أن يكون كل واحد منها وكيلاً عن صاحبه في بعض أموال الشركة ، وعاملاً لنفسه في البعض الآخر . وبناء عليه تتطلب الشركة أن يأذن كل شريك لصاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال ، والوكيل هو المتصرف بإذن غيره . وبما أن الشركة على اختلاف أنواعها تتضمن معنى التوكيل ، أي وكالة كل شريك عن صاحبه ، فيشترط في الشركة قابلية الوكالة ، وأن يكون كل شريك أهلاً للوكالة والتوكيل . وما لا يجوز التوكيل فيه عند الحنفية خلافاً للجمهور : هو الاستيلاء على المباحات .

٢- أن يكون الربح معلوم القدر بجزء محدد : أي بحيث تكون حصة كل شريك من الربح نسبة معلومة منه ، كخمسه أو ثلثه أو عشرة في المائة ، فإن كان الربح مجهولاً تفسد الشركة ؛ لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه تستوجب فساد العقد .

٣- أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً : فإن عيناً ربحاً معيناً لأحدهما كعشرة أو مائة ، كانت الشركة فاسدة ؛ لأن العقد يقتضي تحقق الاشتراك في الربح ، ومن الجائز ألا يتحقق الربح إلا في القدر المعين لأحد الشريكين ، فكان التعيين منافياً لمقتضى عقد الشركة .

(١) راجع فتح القدير مع العناية : ٥/٥ وما بعدها ، البدائع : ٥٨/٦ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ ، الخرشني :

٢٩/٦

(٢) هذا عند الحنفية احتراز عن الشركة في المباحات كالاكتشاف والاحتطاب والاصطياد ، فإن الملك في هذه الحالات يقع لمن يباشر سبب الملك بخصوصه . وأجاز الجمهور في الأظهر عند الشافعية التوكيل في تملك المباحات .

ثانياً- الشروط الخاصة بشركة الأموال :

يشترط في شركات الأموال شروط خاصة بها ، سواء أكانت الشركة عناناً أم مفاوضة ، وهي ^(١) :

١- أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضرة ، إما عند العقد أو عند الشراء ، وهو رأي جمهور الفقهاء : فلا يجوز أن يكون رأس المال ديناً ولا مالاً غائباً ؛ لأن المقصود من الشركة الربح ، وذلك بواسطة التصرف ، والتصرف لا يمكن في الدين ولا في المال الغائب ، فلا يتحقق المقصود من الشركة ، ولأن المدين ربما لا يدفع الدين ، وقد لا يحضر المال الغائب .

وعلى هذا : لو دفع إنسان لآخر ألف درهم ، وقال له : أخرج مثلها ، واشتر بها وبع ، فما ربحت يكون بيننا ، فأخرج ألفاً واشترى بها ، جاز ، وإذا فالهمهم هو حضور المال عند الشراء ، ولا يشترط عند العقد ؛ لأن الشركة تتم بالشراء ، فيطلب الحضور عندئذ .

هل يشترط خلط المالين ؟

قال الجمهور (وهم الحنفية والمالكية والحنابلة) ^(٢) : لا يشترط خلط المالين ، لأن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال ، ومورد العقد هو العمل ، والربح نتيجته والمال تبع ، فلا يشترط خلط المال كالمضاربة ، ولأن الشركة عقد على التصرف ، ففيها معنى الوكالة ، والوكالة جائزة في المالين قبل خلطهما ، فتجوز الشركة كذلك ^(٣) ، فإن

(١) البدائع : ٥٩٦/٦ وما بعدها ، غاية المنتهى : ١٦٦/٢ .

(٢) مختصر الطحاوي : ١٠٧/١ ، فتح القدير : ٢٤/٥ ، البدائع : ٦٠/٦ ، المبسوط : ١٧٧/١١ ، بداية المجتهد : ٢٥٠/٢ ، القوانين الفقهية : ٢٨٣/١ ، المغني : ١٦/٥ ، الخرشبي : ٤١/٦ ، ط ثانية ، غاية المنتهى : ١٦٢/٢ .

(٣) يلاحظ أنه لا محل لاشتراط خلط الأموال في التشريع الوضعي ، لأن من آثار نشوء عقد الشركة وجود شخص اعتباري وهو الشركة ، تنتقل إليه ملكية رأس المال جميعه (الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الحفيف : ٤٦) .

الشركاء إذا صرحوا بأن يشتري أحدهم بهذه الدراهم، والآخر بهذه الدينانير على أن المشتري بينهما صح .

إلا أن المالكية قالوا: إن عدم اشتراط اختلاط المالين لا يعني عزلها من كل الوجوه، بل لا بد من أن يكون الخلط إما حساً أو حكماً، مثل أن يكون المالان في صندوق واحد، وأيديها مطلقة عليهما .

وقال زفر والشافعية والظاهرية والزيدية والإمامية: يشترط خلط المالين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، ولا بد من كون الخلط قبل العقد، فإن وقع بعده لم يكف في الأصح؛ لأن الشركة تعني الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين، فلا يتحقق معنى الشركة، ولأن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون من المالين، وإذا هلك أحد المالين قبل الخلط يهلك على صاحبه وحده، وهذا ليس من مقتضى الشركة^(١) .

ويترتب على هذا الخلاف أن الشركة تصح عند الجمهور إذا كان المالان من جنسين مختلفين كدراهم ودينانير، أو من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كحنطة جديدة وحنطة عتيقة، أو بيضاء وسوداء، أو بيضاء وحمراء، إذ لا يشترط عندهم خلط المالين .

ولا يصح ذلك عند الشافعية وزفر، لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر، لأنه يشترط خلط المالين خلطاً تاماً بحيث يتعذر التمييز بين المالين، وهو لا يتحقق في مختلفي الجنس أو الصفة .

قال ابن رشد المالكي: « والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم؛ لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه »^(٢) .

(١) معني المحتاج : ٢١٣/٢ ، المهذب : ٣٤٥/١ ، المنتزع المختار : ٣٥٤/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٥٠/٢ .

٢- أن يكون رأس مال الشركة أثماً مطلقاً^(١) أي تقدماً وهي الدراهم والدنانير في الماضي ، والنقود المتداولة الآن . وهذا الشرط باتفاق المذاهب الأربعة^(٢) فلا تجوز الشركة في العروض^(٣) من عقار أو منقول ، لأنها ليست من ذوات الأمثال ، وإنما هي من ذوات القيمة التي تختلف باختلاف أعيانها ، والشركة فيها تؤدي إلى جهالة الربح عند قسمة مال الشركة ؛ لأن رأس المال يتكون من قيمة العروض لا عينها ، والقيمة مجهولة ؛ لأنها تعرف بالحزر والظن ، وهو يختلف باختلاف التقويم ، فيصير الربح مجهولاً ، فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة . ثم إن الشركة تتضمن الوكالة ، والوكالة لا تصح في العروض ، فلو قال شخص لغيره : بع عرضك (أي متاعك أو دارك) على أن يكون ثمنه بيننا ، لا يجوز إذ الولاية عليه له وحده دون غيره ، أما لو قال : اشتر بألف درهم من مالك على أن ما اشتريته يكون بيننا ، وأنا أشتري بألف درهم من مالي على أن ما أشتري يكون بيننا ، جاز ؛ لأن الشركة تكون في النقود .

وقال الإمام مالك : لا يشترط كون رأس مال الشركة تقدماً ، وإنما تصح الشركة في الدراهم والدنانير ، كما تصح في العروض سواء اتفقا جنساً أو اختلفا ، وتكون الشركة في العروض مقدره بقيمتها ، ودليله أن الشركة عقدت على رأس مال معلوم ، فأشبهه النقود^(٤) .

ويترتب على هذا الشرط عند الحنفية في الرواية الراجحة ، وعند الحنابلة : أنه لا تصح الشركة في التبر (أي ما لم يضرب من الذهب والفضة) والنقرة (أي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة) بناء على أنه كالعروض .

(١) وهي التي لاتعين بالتعيين .

(٢) البدائع : ٥٩/٦ ، فتح القدير : ١٤/٥ ، تبين الحقائق : ٣١٦/٣ ، مختصر الطحاوي : ١٠٧/ ، المبسوط : ١٥٩/١١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢١٣/٢ ، المغني : ١٣/٥ وما بعدها ، المهذب : ٣٤٥/١ ، رد المحتار : ٣٧٢/٣ ، الخرشبي : ٤٠/٦ ، ط ثانية

(٣) قال في القاموس : العرض (أي بسكون الراء) : المتاع ، ويحرك أي يفتح الراء .

(٤) الشرح الكبير : ٣٤٩/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٩/٢ .

أما في الرواية الأخرى عند الحنفية فتجوز الشركة فيه ؛ لأنه كالأثمان المطلقة ، والمدار على تعامل الناس به ، فإذا تعاملوا به فحكمه حكم النقود ، وإن لم يتعاملوا به فحكمه حكم العروض . وأما الشافعية فقد أجازوا الشركة فيه ؛ لأنهم عدوه من المثليات^(١) .

وأما الفلوس^(٢) : فلا تجوز الشركة فيها في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنها إذا كانت كاسدة فهي كالعروض ، وإن كانت نافقة (أي رائجة) فهي ليست أثماناً مطلقة عندها (أي لاتلازمها صفة الثنية) لأنها تتعين بالتعيين في الجملة ، وتصير مبيعاً باصطلاح العاقدين . وإذا لم تكن أثماناً مطلقة لاحتمالها التعيين بالجملة في عقود المعاوضات ، لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض . وهذا هو رأي الشافعية والحنابلة وابن القاسم من المالكية ؛ لأنها تنفق مرة وتكسد مرة أخرى فأشبهت العروض .

وقال محمد : يصح أن تكون الفلوس الرائجة رأس مال الشركة ؛ لأنها بحسب الأصل عنده تعتبر من الأثمان المطلقة ، لأن الثنية لازمة لها^(٣) .

وأما الشركة على المثليات التي ليست بأثمان مطلقة من المكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض : فتصح الشركة فيها عند الشافعية والمالكية ؛ لأن الشافعية جعلوا العدديات المتقاربة من المثليات فتصح الشركة فيها على الأظهر عندهم ؛ ولأن المكيل أو الموزون إذا اختلط بجنسه ارتفع التمييز بينهما ، فأشبهه النقدين . وأما المالكية فأجازوا الشركة فيها بحسب قيمتها عند الخلط ، لا قيمتها عند البيع ، كما في العروض ؛ لأن خلط الطعامين مثلاً يجعل من المتعذر

(١) المراجع السابقة عند الحنفية .

(٢) الفلوس جمع فلس وهو قطعة مضروبة من النحاس كان يتعامل بها .

(٣) البدائع : ٥٩٦ ، المغني : ١٥٠/٥ ، المبسوط للسرخسي : ١١٠/١١ ، رد المحتار : ٣٧٢/٣ ، غاية المنتهى : ١٦٦/٢ .

فصلها بخلاف العروض ، فإنه يمكن تمييز كل عرض عن غيره^(١)

وقال الخنابلة : لاجتياز الشركة في ظاهر المذهب في المكيل والموزون والعديدات المتقاربة ، كما لاجتياز في سائر العروض^(٢) .

وقال الحنفية والشيعة الإمامية والزيدية : لاجتياز الشركة في المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة قبل الخلط ؛ لأنها إنما تتعين بالتعيين إذا كانت عيناً ، فكانت كالعروض ، فهي ليست أثماناً مطلقة ، مع العلم بأن شرط جواز الشركة أن يكون رأس المال مما لا يتعين بالتعيين ، فلو قال شخص لغيره : بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز ، وأما بعد الخلط : فإن كانت الشركة في جنسين مختلفين كالحنطة والأرز والشعير فلا تجوز ، وإن كانت من جنس واحد فلا تصح أيضاً عند أبي يوسف ، وإنما تصير شركة أملاك .

وقال أبو حنيفة ومحمد : تصح الشركة فيها بعد الخلط ، فيكون مذهب الحنفية قريباً من مذهب الشافعية .

وتظهر فائدة الخلاف عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح ، بأن كان المكيل نصفين بين شريكين ، ولكنها شرطاً أن يكون الربح أثلاثاً ، فخلطاه ، واشترى به ، فعلى قول أبي يوسف : يكون الربح بينهما على قدر المالكين نصفين . وعلى قول محمد : يكون الربح بحسب ما شرطاً .

وجه قول أبي يوسف : هو أنه متمشٍ مع الأصل الذي بنى عليه الحنفية عدم جواز الشركة في المكيلات والموزونات ونحوها قبل الخلط : وهو أنها ليست أثماناً مطلقة على كل حال ، بل قد تكون تارة ثمناً ، وتارة مبيعاً ؛ لأنها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس ، وشرط جواز الشركة ألا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين .

(١) مغني المحتاج : ٢١٣/٢ ، الشرح الكبير : ٣٤٩/٣ .

(٢) المغني : ١٣/٥ وما بعدها .

ووجه قول محمد : هو أن معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت في هذه الأشياء بعد الخلط ، فأشبهت الدراهم والدنانير ، بخلاف ما قبل الخلط ؛ لأن الوكالة التي هي من مقتضيات الشركة لاتصح في هذه الأشياء قبل الخلط .

والحيلة عند أبي يوسف في جواز الشركة بهذه الأشياء : أن يخلط المالان حتى تصير شركة ملك بينهما ، ثم يعقدا عليها عقد الشركة^(١) .

ثالثاً- الشروط الخاصة بشركة المفاوضة :

اشترط الحنفية شروطاً خاصة بشركة المفاوضة وهي^(٢) :

١- أن يكون لكل من الشريكين أهلية الوكالة والكفالة : بأن يكونا حرين بالغين عاقلين راشدين ؛ لأن من أحكام المفاوضة أن ما يلزم أحدهما من الحقوق والواجبات فيما يتجران فيه يلزم الآخر ، ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه ، كما أنه يكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل .

٢- المساواة في رأس المال قدرأً وقيمة ابتداءً وانتهاءً ، في الرواية المشهورة : فلو كان المالان متفاضلين قدرأً لم تكن مفاوضة ؛ لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن . وإذا كان المالان متفاضلين قيمة في الرواية المشهورة ، كأن تفاضل النقدان في قيمة الصرف لم تجز المفاوضة ؛ لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن ، فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد .

٣- أن يكون كل ما يصلح أن يكون رأس مال للشركة لأحد المتفاوضين داخلياً

(١) انظر البدائع : ٦٠/٦ ، فتح القدير : ١٦/٥ ، المبسوط : ١٦١/١١ وما بعدها .

(٢) انظر البدائع : ٦٠/٦ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٦٩/٢ وما بعدها .

في الشركة^(١) : فإن لم يكن داخلاً في الشركة لم تكن مفاوضة ؛ لأن ذلك يتنافى مع مبدأ المساواة . أما ما لا تصلح فيه المفاوضة كالعروض والعقارات والديون والأموال الغائبة ، فلا تلزم المشاركة فيه كالتفاضل في الزوجات والأولاد .

ولا تشترط المجانسة في المال ما دامت القيمة متحدة خلافاً للزيدية . وعليه إذا كان رأس مال أحدهما ذهباً ورأس مال الآخر فضة ، وهما متساويان قيمة ، صحت المفاوضة على أشهر الروايتين . كذلك لا يشترط كما ذكرنا اختلاط المالكين خلافاً لزفر .

٤- المساواة في الربح في المفاوضة : فإن شرطاً للتفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة .

٥- أن تكون المفاوضة في جميع التجارات : فلا يختص أحد الشريكين بتجارة دون شريكه ؛ لأن في الاختصاص إبطالاً لمعنى المفاوضة : وهو المساواة . وعلى هذا : يفهم سبب اشتراط أبي حنيفة ومحمد أن تكون المفاوضة بين مسلمين ، فلا تصح بين مسلم وكافر ؛ لأن الكافر الذمي مثلاً يختص بتجارة لا تجوز للمسلم : وهي تجارة الخمر والخنزير .

وقال أبو يوسف : تجوز المفاوضة بين مسلم وكافر ، لاستوائها في أهلية الوكالة والكفالة .

٦- أن تكون الشركة بلفظ المفاوضة : لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها .

(١) قال في كنز الدقائق والدر المختار : تبطل المفاوضة إن وهب لأحد الشريكين أو ورث ما تصح فيه الشركة ، ووصل إلى يده وهو النقدان ، لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال ، إذ المساواة في هذه الشركة شرط عند ابتدائها وفي حال استمرارها (تبين الحقائق : ٣١٦/٣ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٧٢/٣) .

هذه هي شروط شركة المفاوضة ، فإذا فقد شرط منها انقلبت الشركة عناناً ؛ لأن شركة العنان لا تتطلب هذه الشروط^(١) .

فلا يشترط في شركة العنان أهلية الكفالة ، فتصح ممن لا تصح منه الكفالة ، كالصبي المأذون بالتجارة ، ولا المساواة في رأس المال ، فتجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ، وأن يكون لأحدهما مال آخر لم يدخل في عقد الشركة .

ولا يشترط أن تكون في عموم التجارات ، فتجوز أن تكون عامة أو خاصة ببعض أنواع التجارة كالحبوب والأقمشة والحديد ونحوها ، كما أنها تجوز بين المسلم والذمي ؛ لأنه لا تشترط المساواة في شركة العنان .

كما لا يشترط التساوي في الربح ، فيجوز تفاضلها وتساويها فيه .

قال أستاذنا الشيخ علي الخفيف : والواقع أن شركة المفاوضة على ما ذهب إليه الحنفية والزيدية لاتعد شركة واقعية ، وليس لوجودها بقاء إذا ما وجدت ، فإن اشتراط تساوي أموال الشركاء في القيمة ، وعدم اختصاص كل شريك بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة في جميع مراحل وجودها لا يبقى عليها زمناً طويلاً . فإن استمرار كل شريك على ما كان له من نقود عند تكوينها وعدم زيادتها بعد ذلك ، أمر يكاد أن يكون أمراً عسيراً^(٢) .

رابعاً - شروط شركة الأعمال :

إذا كانت شركة الأعمال مفاوضة ، فيشترط فيها شرائط المفاوضة السابق ذكرها ، مثل أهلية الكفالة ، والتساوي في الأجر ، ومراعاة لفظ المفاوضة .

أما إذا كانت الشركة عناناً ، فلا يشترط لها شيء من شروط المفاوضة وإنما

(١) البدائع : ٦٢/٦ ، رد المحتار : ٣٧٣/٣ .

(٢) الشركات في الفقه الإسلامي : ٦٢/ .

تشرط أهلية الوكالة فقط . قال أبو حنيفة : ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة ،
وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة .

وإذا احتاجت الصنعة إلى استعمال آلة ، فاستعملها أحد الشريكين فلا يؤثر
ذلك في ثبوت الشركة ، وهذا بشرط ألا يكون من عمله إجارتها لغيره . أما إذا أجرها
فإن أجرتها تكون له خاصة ، لا مشتركة ، لأنها مقابل استعمال آلة مملوكة له ، فكانت
مختصة به . وبناء عليه تفسد الشركة بين رجلين لأحدهما بغل وللآخر بغير على أن
يؤجرها ، كما سنفصل في بحث الشركة الفاسدة ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية
والحنابلة^(١) .

خامساً - شروط شركة الوجوه :

إذا كانت شركة الوجوه مفاوضة ، فيشترط أن يكون الشريكان من أهل
الكفالة ، وأن يلتزم كل منهما بنصف ثمن الشيء المشتري ، وأن يكون المشتري بينهما
نصفين ، وأن يكون الربح بينهما نصفين ، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة ؛ لأن هذه
الشركة قائمة على المساواة التامة بين الشريكين .

وأما إذا كانت الشركة عناناً ، فلا تشرط الشروط المذكورة في المفاوضة ، فيصح
تفاضلها في الشيء المشتري ، ويكون التزامها بثن المشتري على قدر ملكيها ، كما يكون
الربح بينهما على قدر تحملها ثمن المشتري ، فإذا شرط لأحدهما زيادة ربح على حصته
يكون الشرط باطلاً ؛ لأن الربح يتقدر بقدر ضمانها ثمن المشتري^(٢) .

(١) البدائع : ٦٢/٦ وما بعدها ، المغني : ٦/٥ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ٦٥ .

المطلب الثالث - أحكام شركة العقود

شركة العقود إما أن تكون صحيحة أو فاسدة .

فإن كانت فاسدة : وهي التي اختل فيها شرط من شرائط الصحة السابق ذكرها ، فلا تفيد شيئاً مما سنذكره في أحكام الشركة^(١) الصحيحة .

وفي الجملة قال الحنفية والشافعية والحنابلة : إن فسدت الشركة يقسمان الربح على قدر رأس أموالهما ، ويرجع كل شريك على الآخر بأجرة عمله في ماله ؛ لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد^(٢) .

وأما الشركة الصحيحة : وهي التي استوفت شروط صحتها ، فيعرف حكمها بحسب كل نوع من أنواع الشركة ، كما يتبين مما يأتي .

أولاً - أحكام شركة العنان في الأموال :

١- شرط العمل : يجوز في شركة العنان أن يشترط الشريكان العمل عليها أو على أحدهما دون الآخر ، كأن يشتركا على أن يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله من التجارة فهو بينهما على شرط كذا ، أو أن يبيع ويشترى أحدهما دون الآخر .

٢- توزيع الربح : وأما الربح فيكون على قدر رأس المال متساوياً أو متفاضلاً ، فإن كان رأس المال متساوياً بينهما (أي مناصفة) يكون الربح بينهما متساوياً ، سواء شرط العمل عليها أو على أحدهما ؛ لأن استحقاق الربح عند الحنفية

(١) البدائع : ٧/٦ .

(٢) معني المحتاج : ٢١٥/٢ ، المعني : ١٧/٥ ، فتح القدير : ٣٢/٥ ، تبيين الحقائق : ٣٢٢/٢ ، غاية المنتهى : ١٦٩/٢ وما بعدها .

إما بالمال أو بالعمل أو بالتزام الضمان^(١) ، وقد وجد التساوي في رأس المال ، فينبغي التساوي في الربح .

ويصح أيضاً عند الحنفية ما عدا زفر أن يتفاضل الشريكان في الربح حالة التساوي في رأس المال ، بشرط أن يكون العمل عليهما أو على الذي شرط له زيادة الربح ؛ لأن الربح كما قلنا يستحق إما بالمال أو بالعمل أو بالضمان ، وزيادة الربح في هذه الحالة كانت بسبب زيادة العمل ؛ لأنه قد يكون أحد الشريكين أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فيستحق زيادة ربح على حساب شريكه ، لحديث : « الربح على ما شرطاً ، والوضعية على قدر المالين »^(٢) .

وإن شرط العمل على أقلهما ربحاً ، فلا تجوز الشركة ؛ لأنه شرط لأحد الشريكين زيادة ربح بغير عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان . وكذلك لا تصح الشركة إذا شرط جميع الربح لأحد الشريكين ، ويلاحظ أنه ليس المراد بالعمل وجوده ، وإنما يكفي شرط العمل^(٣) .

ورأي الحنابلة والزيدية كالحنفية : يجوز أن يتفاضل الشريكان في الربح^(٤) .
وأما الخسارة فهي على قدر رأس المال باتفاق المذاهب .

وقال المالكية والشافعية والظاهرية والإمامية وزفر من الحنفية : يشترط لصحة شركة العنان أن يكون الربح والخسران على قدر المالين أي نسبتها ؛ لأن الربح نماء مالهما

(١) أما استحقاقه بالمال فلأنه يعد نماء للمال . وأما استحقاقه بالعمل في المال فلأنه شبيه بالأجرة ، لأنه جزء العمل وناتج عنه . وأما استحقاق الربح بالضمان فلقوله ﷺ : « الحراج بالضمان » أي مستحق بسببه ، فإذا صار المال مضموناً على الشريك بسبب من الأسباب التي توجب ضمانه ، وأصبح غير أمين فيه ، فإن جميع الربح يكون له لضمانه إياه ، لأنه خراج المال . ويعرف استحقاق الشريك من الربح بهذه الأسباب بالشرط .

(٢) أي الخسارة في الشركة على كل واحد منها بقدر ماله . قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث : غريب جداً (أي لا أصل له) ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول علي (راجع نصب الراية : ٤٧٥/٣) .

(٣) فتح القدير : ٢١/٥ ، البدائع : ٦٢/٦ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٢١٨/٣ .

(٤) المغني : ٢٧/٥ ، المنتزح المختار : ٣٥٩/٣ ، غاية المنتهى : ١٦٥/٢ .

والخسران نقصان مالهما ، فكانا على قدر المالين ، أي أن الربح يشبه الخسران ، فكما أنه لو اشترط أحد الشريكين أن يتحمل فقط جزءاً من الخسران لم يجز ، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح زائداً عن رأس ماله لا يجوز ، فكان الربح والخسران تابعين للمال . ويترتب عليه أنه لو شرط الشريكان التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين ، أو التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة ، فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما^(١) .

٣- هلاك مال الشركة : قال الحنفية والشافعية : إذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل الشراء وقبل الخلط ، بطلت الشركة ؛ لأن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال ، وقد تعينت الشركة فيه ، وإذا هلك المعقود عليه يبطل العقد ، كما في البيع . هذا إذا هلك المالان . وأما بطلان العقد حال هلاك أحد المالين ، فلأن الشريك الذي لم يهلك ماله ، ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات المقصود لم يكن راضياً بشركته ، فيبطل العقد لعدم فائدته ، وأي مال هلك يهلك من مال صاحبه . وهذا بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة .

وإن اشترى أحد الشريكين بماله ، وهلك مال الآخر بعد الشراء ، فيكون ما اشتراه بينهما ؛ لأنه اشتراه حالة قيام الشركة ، فيصبح مملوكاً للشريكين ، فهلاك المال بعدئذ لا يغير حكم المالك ، وإذا وقع المشتري على الشركة يرجع الشريك على شريكه بحصته من الثمن ، لأنه اشترى نصفه بوكالته ، ونقد الثمن من مال نفسه^(٢) .

وقال المالكية والحنابلة : تنشأ الشركة بمجرد العقد ويصير به رأس المال مشتركاً بين الشركاء . فإذا هلك أحد المالين قبل الخلط أو قبل التصرف يهلك على حساب الشركاء^(٣) .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨٤ ، بداية المجتهد : ٢٥٠/٢ ، مغني المحتاج : ٢١٦/٢ ، المهذب : ٣٤٦/١ .

(٢) فتح القدير : ٢٣/٥ ، المبسوط : ١٦٧/١١ .

(٣) غاية المنتهى : ١٦٦/٢ .

٤- التصرف بمال الشركة : لكل واحد من شريكي العنان أن يبيع مال الشركة ؛ لأنها بعقد الشركة أذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ، ولأن الشركة تتضمن الوكالة ، فيصير كل واحد من الشريكين وكيلًا عن صاحبه بالبيع .

ولكل شريك أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة (أي بالدفع حالاً أو مؤجلاً) لأنه وجد الإذن بالبيع مطلقاً بمقتضى الشركة ، ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ، ومن عاداتهم البيع نقداً ونسيئة .

ولا يجوز البيع نسيئة عند الشافعية . وعند الحنابلة فيه روايتان ، أرجحها أنه يجوز البيع نسيئة^(١) .

وللشريك أن يبيع بقليل الثمن وكثيره إلا بما لا يتغابن الناس في مثله ؛ لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به ، فكان مستثنى من العقد دلالة .

وللشريك أيضاً أن يشتري بالنقد والنسيئة إذا كان في يده نقود «دراهم أو دنانير» أو مكيل أو موزون ، فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة ، أو اشترى بالمكيل أو الموزون شيئاً نسيئة ؛ لأن الشريك وكيل بالشراء ، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة ، ولأنه يمكنه حينئذ وفاء الثمن مما تحت يده من هذا المال في الحال .

فإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير ، وصار رأس مال الشركة كله أعياناً وأمتعة ، فاشترى بدراهم أو بدنانير شيئاً نسيئة ، فيكون المشتري له خاصة دون شريكه ؛ لأنه لو صح في حق شريكه صار مستديناً على مال الشركة ، والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بها ، كالشريك المضارب ؛ لأنه يصير رأس مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه ، فلا يجوز من غير رضاه^(٢) .

(١) غاية المنتهى : ١٦٧/٢ ، مغني المحتاج : ٢١٤/٢ .

(٢) البدائع : ٦٨/٦ ، رد المحتار : ٣٧٧/٣ .

ونذكر هنا أهم أنواع التصرفات :

أ- **إبضاع مال الشركة وإيداعه** : للشريك أن يبضع^(١) مال الشركة ؛ لأن الشركة تنعقد على عادة التجار ، والإبضاع من عاداتهم ، ولأن له أن يستأجر على العمل في البضاعة بأجر ، فيكون الإبضاع أولى ، إذ أن من يملك الأعلى يملك الأدنى ، وللشريك أيضاً أن يودع مال الشركة ؛ لأن الإيداع من عادة التجار ، ومن ضرورات التجارة أيضاً .

وخالف الشافعية في ذلك ، وللحنابلة في جواز الإبضاع روايتان .

ب- **المضاربة بمال الشركة** : وللشريك أن يدفع المال إلى شخص للمضاربة فيه ، وهو ظاهر الرواية عند الحنفية والأصح ؛ لأن الشريك يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة ، فلأن يملك الدفع مضاربة أولى ؛ لأن الأجير يستحق الأجر ، سواء حصل في الشركة ربح أم لم يحصل ، والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح ، فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى .

ج- **التوكيل بالبيع وبالشراء** : وللشريك أن يوكل بالبيع ؛ لأن التوكيل دون المضاربة ، كما له أن يوكل بالشراء ؛ لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات ، إذ التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه ، فيحتاج إلى التوكيل ، فكان التوكيل من ضرورات التجارة .

د- **الرهن والارتهان** : وله بإذن شريكه أن يرهن متاعاً من الشركة بدين

(١) أي أن يدفع مالا من الشركة لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا بدون جعل (الشرع الكبير للدردير : ٣٥٢/٢ ، ٥٢١ ، غاية المنتهى : ١٦٦/٢) قال ابن عابدين في رد المحتار : ٣٧٧/٣ : في القاموس : الباضع : الشريك ا هـ . والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء للعامل . وعرف الشافعية الإبضاع بتعريف أوضح مما سبق : وهو بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً . والبضاعة : المال المبعوث (راجع مغني المحتاج : ٣١٢/٢) . انظر أحكام المباشرة في مجمع الضمانات : ص ٣١٣ .

وجب بعقد مارسه وهو الشراء ، وأن يرتهن بما باعه ؛ لأن الرهن إيفاء الدين ،
والارتهان استيفاؤه ، وأنه يملك الإيفاء والاستيفاء^(١) .

هـ- الحوالة بئمن البضاعة : وله أن يقبل الحوالة بالثمن وأن يحيل ؛ لأن
الحوالة من أعمال التجارة ؛ لأن التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الغنى
والإعسار ، فكانت الحوالة وسيلة إلى الاستيفاء ، فكانت في معنى الرهن في التوثق
للاستيفاء .

ح- الالتزام بحقوق العقد : وكل ما يتعلق بحقوق العقد من القبض وتسليم
المبيع والخصومة^(٢) يلتزم بها الشريك الذي مارس العقد دون شريكه ، فلو باع
أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن ، وكذلك كل دين لزم إنساناً
بعقد مارسه أحدهما ليس للآخر قبضه ، وللمدين أن يمتنع عن دفعه إليه ؛ لأن
القبض من حقوق العقد ، وهي متعلقة بالعائد ، وليس لأحد الشريكين أن يخاصم في
أمر صدر من شريكه كبيع أو إدانة ؛ لأن الخصومة من حقوق العقد ، وحقوق العقد
تتعلق بالعائد . ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن ، وليس للشريك
قبض المبيع لما ذكرنا .

ط- السفر بمال الشركة : وأما السفر بمال الشركة فيجوز عند أبي حنيفة
ومحمد في أصح الروايات والمالكية والحنابلة ؛ لأن الإذن بالتصرف يثبت بمقتضى
الشركة ، والشركة صدرت مطلقة عن المكان ، والمطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل .
وعند أبي يوسف والشافعي : لا يجوز له السفر إلا بإذن شريكه ، لأن السفر له
خطر ، فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه .

ي- التبرع بمال الشركة أو الإقراض : وليس لأحد الشريكين أن يهب

(١) فتح القدير : ٢٦٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٧٨/٣ .

(٢) أي كل ما يتعلق بالدعوى التي تثار لدى القضاء بسبب منازعة تنشأ من العقد .

شيئاً من مال الشركة ؛ لأن الهبة تبرع ، وهو لا يملك التبرع على شريكه ، كما ليس له أن يقرض شيئاً من مال الشركة ؛ لأن القرض لا عوض له في الحال ، فهو بمثابة التبرع ، وهو لا يملك التبرع على شريكه^(١) .

وخلاصة كلام الشافعية : أن الشريك يتصرف بلا ضرر كالوكيل ، فلا يبيع نسيئة للغرر ، ولا بغير نقد البلد ، ولا بغير فاحش ولا يسافر بالمال ولا يبعثه بغير إذن ؛ لأن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل .

ثانياً- أحكام شركة المفاوضة في الأموال :

إن كل ما ذكرناه من الأحكام مما يجوز لأحد شريكي العنان أن يفعله ، يجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله ، وإذا فعله فهو جائز على شريكه ؛ لأن المفاوضة أخص من العنان ، وكذلك كل ما كان شرطاً لصحة العنان فهو شرط لصحة المفاوضة ، وكل ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة ؛ لأن المفاوضة عنان وزيادة .

أما الأحكام الخاصة بشركة المفاوضة فهي ما يأتي^(٢) :

١- الإقرار بالدين :

يختص شريك المفاوضة بأنه يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه ويطالب المقر له أيها شاء ؛ لأن كل واحد منها كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره

(١) انظر هذه الأحكام التي ذكرناها في الميسوط : ١٧٤/١١ وما بعدها ، تبين الحقائق : ٣٢٠/٣ ، فتح القدير : ٢٥/٥ وما بعدها ، البدائع : ٦٨/٦ - ٧٢ ، مجمع الضمانات : ص ٢٩٨ وما بعدها ، رد المحتار : ٣٧٧/٣ وما بعدها ، انظر أيضاً الشرح الكبير عند المالكية : ٣٥٢/٢ ، الحرشي : ٤٢/٦ ، بداية المجتهد : ٢٥٢/٢ ، وعند الخبابة : غاية المنتهى : ١٦٧/٢ ، وعند الشافعية : مغني المحتاج : ٢١٤/٢ .

(٢) الميسوط : ١١ / ٢٠٣ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، البدائع : ٦ / ٧٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٩ / ٥ وما بعدها ، ٢٦ ، رد المحتار : ٣ / ٣٦٩ ، ٣٧٨ ، مجمع الضمانات : ص ٢٩٧ .

ويلزم شريكه بكفالاته . وكذلك يختص بجواز الرهن والارتهان على شريكه بدون إذن شريكه ، خلافاً لما هو مقرر في شركة العنان .

٢- الالتزام بديون التجارة وما في معناها :

ويختص أيضاً بأن كل ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة أو ما في معنى التجارة يجب على الآخر تحقيقاً للمساواة بينهما ، وذلك كالتزامات الثابتة بسبب عقود التجارة كتمن المبيع في البيع الصحيح ، وقيمه في البيع الفاسد ، وأجرة الشيء المأجور ، أو ما في معنى التجارة كضمان الشيء المغصوب ، وضمان الودائع والعواري^(١) بسبب مخالفة طلب المودع في كيفية الحفظ ، وضمان الاستهلاكات والإجازات والرهن والارتهان .

والسبب في التزام كل شريك بدين التجارة : هو أنه دين بسبب الشركة ؛ لأن من مقتضيات عقد الشركة وجود البيع أو التجارة ، وكل شريك منها كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة . وأما ضمان الغصب فلأنه في معنى ضمان التجارة ، لأن تقرر الضمان فيه يفيد تملك الشيء المضمون ، فكان في معنى ضمان البيع . وأما المخالفة في الودائع والعواري والإجازات ونحوها فضاهاها في معنى ضمان الغصب ، لأنه من باب التعدي على مال الغير بغير إذن مالكه .

٣- الالتزام بالكفالة المالية :

ويلتزم كل شريك بما يقوم به أحدهما من كفالة مالية عن شخص أجنبي عند أبي حنيفة ؛ لأن الكفالة وإن كانت تبرعاً في مبدأ الأمر ، فهي في النتيجة معاوضة لوجود معنى التملك والتملك بين الكفيل والمكفول عنه ، فيرجع الكفيل عن المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكفالة بطلب منه .

(١) جمع عارية .

وقال صاحبان : الكفالة لا تلزم الشريك ، لأنها تبرع بدليل أنها لا تصح من الصبي ، وتعتبر من ثلث التركة فقط إذا صدرت من الكفيل في حالة مرضه .

٤ - المطالبة بحقوق عقد البيع والشراء :

ويطالب كل شريك بكل ما يتعلق بحقوق عقد البيع والشراء ، فلو اشترى أحد الشريكين شيئاً يطالب الآخر بالثمن ، كما يطالب المشتري نفسه ، وله أن يقبض المبيع كما للمشتري نفسه ، وله أن يرد المبيع على البائع إذا وجد فيه عيباً ، وله حق المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع لغير البائع ، وله إقامة البينة عند حصول منازعة على شيء ، كما له أن يحلف الطرف المتنازع معه في حالة إنكاره العيب على عدم علمه به .

٥ - ضمان الجناية على الإنسان والمهر ونحوه والنفقة ونفقات المنزل :

أما أرش^(١) الجنایات على الآدمي ، والمهر ، والنفقة ، وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ، فلا يؤخذ بها الشريك ؛ لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه ، فلا يلزم إلا المباشر لسببها ؛ لأن كل واحد لم يلتزم عن صاحبه بالعقد إلا بديون التجارة ، وهذه الأشياء ليست متعلقة بالتجارة ولا بما في معنى التجارة ، لعدم وجود معنى معاوضة المال بالمال .

وكذلك كل ما يشتريه أحد الشريكين من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد منه ، ويشمل شراء بيت للسكنى ، واستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالخج وغيره ، فهو كله جائز ، وهو له خاصة استحساناً للضرورة ؛ لأن ذلك مما لا بد منه ، فكان مستثنى من المفاوضة ، لأن المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال . لكن للبائع أن يطالب بثن المشتريات أي شريك شاء ، وإن وقع المشتري للذي اشتراه خاصة ،

(١) أي دية الجراحات ، وقد سبق شرح ذلك .

لأن هذا مما يجوز فيه الاشتراك ، وكل واحد من الشريكين كفيل عن الآخر ببذل ما يجوز فيه الاشتراك ، إلا أنهم قالوا : إن الشريك يرجع على شريكه بما أدى بقدر حصته ؛ لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما لا على وجه التبرع بإذنه دلالة .

ومقتضى القياس أن يكون ما اشتراه أحد الشريكين من الطعام والكسوة والإدام لأهله مشتركاً بينهما ؛ لأن هذه من عقود التجارة ، فكانت من جنس ما يتناوله عقد الشركة .

ثالثاً - أحكام شركة الوجوه :

الشريكان في شركة الوجوه مفاوضة أو عناناً فيما يجب لهما وما يجب عليها وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز : هما بمنزلة شريكي العنان والمفاوضة في الأموال . فإذا أطلقا الشركة بينهما كانت شركة عنان ؛ لأن الشركة المطلقة تقتضي العنان .

وإذا اشتركا بوجوهها شركة مفاوضة فيجوز ؛ لأنها ضما إلى الوكالة المطلقة الكفالة ، وهو جائز ، إلا أنه لا بد من التساوي فيما يتبايعانه ؛ لأن المفاوضة تمنع من التفاضل ^(١) .

ويلاحظ أن الحنابلة وإن أجازوا شركة الوجوه إلا أنهم قصروها على ما إذا كانت الشركة شركة عنان ، أما إذا كانت الشركة شركة مفاوضة فلا تجوز عندهم مطلقاً ، لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله ، لما فيه من الغرر ، فلم يصح كبيع الغرر . ووجه الغرر كما قلنا : أنه يلزم كل واحد مالزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به .

رابعاً - أحكام شركة الأعمال :

أ - إذا كانت شركة الأعمال مفاوضة : بأن ذكر لفظ المفاوضة أو ما هو في معنى

(١) راجع البدائع : ٦ / ٧٧ ، رد المحتار : ٣ / ٣٨٢ ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٣ .

المفاوضة ، فيلزم كل شريك بما لزم صاحبه بسبب هذه الشركة ، ويطالب به ، ويجوز إقرار أحد الشريكين بالدين كثن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت على نفسه وعلى شريكه ، وللمقر له أن يطالب بالدين أي شريك شاء ؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، فيلزم المقر بمقتضى إقراره ، والشريك بسبب كفالته^(١) .

ومثال شركة المفاوضة في الأعمال : أن يشترك صانعان مثلاً في أن يتقبل كل منهما الأعمال ، وأن يضمننا جميعاً العمل على التساوي ، وأن يتساويا في الربح والخسارة (أي الوضيعة) ، وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما لزمه بسبب هذه الشركة .

ب - وإذا كانت شركة الأعمال عناناً : فما يتقبله كل شريك من العمل يلزمه ويلزم شريكه^(٢) ، وهي تشبه شركة المفاوضة بالنسبة لضمان العمل استحساناً ، فلصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيها شاء لوجوبه على كل واحد منهما ، كما أنه لكل شريك أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل ، فكان له المطالبة بكل الأجرة ، ويبرأ صاحب العمل بالدفع إلى أي شريك شاء .

وأما القياس : فلا يحق لصاحب العمل أن يطالب بالعمل أي شريك شاء ، كما أنه ليس للشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب صاحب العمل بالأجرة ، ووجه القياس ظاهر : وهو أن هذه الشركة هي شركة عنان ، لا شركة مفاوضة ، وحكم شركة العنان أن ما يلزم كل شريك بعقده لا يطالب به الآخر .

ووجه الاستحسان : أن هذه الشركة تقتضي وجوب العمل على كل واحد من الشريكين ، وإذا كانت كذلك كانت مقتضية وجوب ضمان العمل^(٣) ، فكانت في معنى

(١) البدائع : ٦ / ٧٧ ، تبيين الحقائق : ٢ / ٣٢١ ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٢ وما بعدها .

(٢) أي أنه يلزمه العمل معه فيه .

(٣) أي ضمان ما يقبله صاحبه إن ادعى تلفه أي يشترك معه في ضمانه .

المفاوضة بالنسبة لوجوب الضمان عن الشريك الآخر، ولكنها ليست مفاوضة حقيقية، بدليل أن غير هذين الشئيين (وهما مطالبة كل واحد منهما بالعمل واقتضاء البديل) تطبق عليه أحكام شركة العنان . فإذا أقر أحد الشريكين بدين كثن صابون أو أشنان صار مستهلكاً ، أو أقر بأجر أجير أو حانوت بعد مضي مدة الإجارة ، فلا يصدق إقراره على صاحبه إلا بإقراره بنفسه أو بالبينة ؛ لأن نفاذ الإقرار على الآخر من مقتضيات المفاوضة ولم ينصا عليها . أما إذا كان المشتري لم يستهلك أو المدة لم تمض ، فإنه يلزمها الدين بإقرار أحدهما ، مما يدل على أنه ليس لهذه الشركة حكم المفاوضة من جميع الأوجه ، وإنما من ناحية حق وجوب العمل فقط ، فيكون كل شريك كفيلاً عن الآخر فيما تقبله من عمل . وهذا مذهب الحنابلة أيضاً^(١) .

وأما الزيدية فإن هذه الشركة تتضمن عندهم التوكيل لا الكفالة على أصح القولين عندهم .

جـ - اقتسام الربح في هذه الشركة : أما اقتسام الربح في هذه الشركة فيكون بحسب الضمان لا بالعمل حقيقة ، فإذا عمل أحد الشريكين دون الآخر بأن مرض أو سافر فالأجر بينهما بحسب ما شرطوا ؛ لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل فعلاً ؛ لأن العمل قد يكون من نفس الشريك ، وقد يكون من غيره كالخياط إذا استعان برجل على الخياطة ، فإنه يستحق الأجر ، وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه ، ويكفي اشتراط العمل عليهما .

ويجوز في هذه الشركة شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في ضمان العمل ، بأن شرطوا لأحدهما ثلثي الكسب وهو الأجر ، وللآخر الثلث ، وشرطوا العمل عليهما أيضاً ، سواء عمل الذي شرط له الزيادة في الكسب أم لم يعمل ؛ لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل .

(١) المغني : ٥ / ٥ .

وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل في الواقع ، كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل ، فلو كان عمل الذي شرط له الأجر القليل أكثر جاز؛ لأن الربح بقدر ضمان العمل لا بمحقيقة العمل .

د - اقتسام الخسارة في هذه الشركة : وأما الوضعية^(١) ، فهي أيضاً على قدر الضمان ، حتى إنه لو شرط الشريكان أن ما يتقبلانه من أعمال : ثلثاه على أحدهما ، وثلثه على الآخر ، والخسارة بينهما نصفان ، كان هذا الشرط العائد للخسارة باطلاً ، والشركة جائزة على ما شرطاً على كل واحد منها من ضمان العمل ؛ لأن الربح إذا انقسم على قدر الضمان ، كانت الوضعية على قدر الضمان أيضاً .

ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعاً ؛ لأن ضمان الجناية مبني على ضمان العمل ، وهذا قد ضمنه جميعاً^(٢) .

المطلب الرابع - صفة عقد الشركة ويد الشريك :

أولاً - حكم لزوم الشركة :

يرى جمهور الفقهاء أن عقد الشركة عقد جائز غير لازم^(٣) ، فيجوز لكل شريك أن يفسخ العقد ، إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بعلم الشريك الآخر ؛ لأن الفسخ من غير علم الشريك إضرار به ، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه ، وبما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل ، فيشترط العلم في الوكالة التي تضمنتها الشركة .

(١) الوضعية : أي الخسران ، سواء أكانت لتلف أو نقصان ثمن أو غيره .

(٢) راجع البدائع : ٦ / ٧٦ وما بعدها ، المبسوط : ١١ / ١٠٧ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ / ٢٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٢ / ٢٨١ .

(٣) البدائع : ٦ / ٧٧ ، المهذب : ١ / ٣٤٨ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٥ ، المغني : ٥ / ٢١ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٣ ، الدردير : ٣ / ٣٤٩ ، الحطاب : ٥ / ١٢٢ ، الحرشي : ٦ / ٣٩ ، الشركات في الفقه للأستاذ الحقيف : ص ٤٩ وما بعدها .

وكون الشركة عقداً غير لازم عند المالكية هو كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد وفي المقدمات . لكن جاء في مختصر خليل وشراحه أن المذهب المشهور لزومها بالعقد ، حصل خلط بين أموال الشركاء أم لا . وقال ابن عبد السلام : المذهب لزومها بالعقد ، ولا يتوقف ذلك على الشروع فيها بالتصرف . وهذا رأي الكثيرين من فقهاء المالكية ، ورجح بعضهم أنها تلزم بالشروع .

ثانياً - يد الشريك يد أمانة :

واتفق الفقهاء على أن يد الشريك في المال يد أمانة كالوديعة ، لأنه قبض المال بإذن صاحبه ، لا لأجل أن يدفع ثمنه كما في المقبوض على سوم الشراء ، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع الثمن ، ولا لأجل التوثق به كما في الرهن ، فإنه مقبوض لأجل التوثق بدينه ، وبناء عليه فإنه إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن ؛ لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف ، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه . ويقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران وضياع بعض المال أو كله ، ولو من غير تجارة . ويضمن بالتعدي أو التقصير ، كما في سائر الأمانات^(١) .

المطلب الخامس - مبطلات عقد الشركة :

هناك مبطلات تعم كل الشركات ، ومبطلات تخص بعضها دون بعض .

فأما المبطلات التي تعم الشركات كلها فهي^(٢) :

١ - فسخ الشركة من أحد الشريكين ، لأنه عقد جائز غير لازم ، كما عرفنا ، فكان محتملاً للفسخ . قال الحنابلة : من قال من الشركاء : عزلت شريكي ، ولو لم

(١) المبسوط : ١١ / ١٥٧ ، تبين الحقائق : ٣ / ٢٢٠ ، فتح القدير : ٥ / ٢٧ ، رد المحتار لابن عابدين : ٣ / ٣٧٩ ، المهذب : ١ / ٢٤٧ ، المغني : ٥ / ١٨ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٣ .
(٢) البدائع : ٦ / ٧٨ ، تبين الحقائق : ٣ / ٢٢٣ ، فتح القدير : ٥ / ٢٤ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٨ ، المبسوط : ١١ / ٢١٢ ، رد المحتار : ٣ / ٢٨٤ ، المهذب : ١ / ٢٤٨ ، المغني : ٥ / ٢١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٥ .

ينض (١) المال انعزل ، ويتصرف المعزول في قدر نصيبه . ولو قال : فسخت الشركة : انعزلا ، فلا يتصرف كل شريك إلا في قدر نصيبه .

٢- موت أحد الشريكين : فإذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة لبطلان الملك ، وزوال أهلية التصرف بالموت ، سواء علم الشريك الآخر بالموت أو لم يعلم ؛ لأن كل شريك وكيل عن صاحبه ، وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم ؛ لأن الموت عزل حكمي .

٣- ارتداد أحد الشريكين وحوقه بدار الحرب ، لأن ذلك بمنزلة الموت .

٤- جنون الشريك جنوناً مطبقاً ؛ لأن الجنون يخرج الوكيل عن الوكالة ، وقد عرفنا أن الشركة تتضمن الوكالة . والإغماء مثل الجنون ، ويقدر إطباق الجنون بشهر أو بنصف حول على الخلاف عند الحنفية .

وأما المبطلات التي تخص بعض الشركات دون بعض فهي (٢) :

١- هلاك مال الشركة كله أو مال أحد الشريكين قبل القيام بشراء شيء في شركة الأموال ، سواء أكان المالان من جنسين أم من جنس واحد قبل خلط المالين . والسبب فيه هو أن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال ، والمال في الشركة يتعين بالتعيين (٣) ، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في عقد البيع . هذا إذا هلك مال الشركة .

(١) النض : أن تتحول أموال الشركة تقوداً بعد أن كانت أمتعة . وأهل الحجاز يسمون الدرهم والدنانير : النض والناض .

(١) المراجع السابقة ، فتح القدير : ٤ / ٢٢ ، المبسوط : ١١ / ١٦٤ ، ١٧٨ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، تبين الحقائق : ٢ / ٣١٩ ، رد المحتار : ٣ / ٣٧٥ .

(٢) نص الحنفية على أن التقود بالقبض تتعين بالتعيين في الشركات والوكالات والأمانات والهبات والوصايا والغصب ، ولا تتعين في المعاوضات ولا في المضاربة . والفرق بين الشركة والمضاربة أن تعين رأس المال يجب أن يكون لأنه محل العقد ، غير أنه في المضاربة يمكن أن يجعل تعيينه بالقبض لاشتراطه لتام المضاربة إذ لا بد فيها من تسليم رأس المال إلى المضارب ، فكان هلاكه قبل القبض لا يعد هلاكاً محل العقد لعدم تعينه ، فلا تبطل المضاربة بهلاكه في هذه الحال بخلاف هلاكه بعد قبضه ، فتبطل حينئذ المضاربة لزوال محل العقد . أما =

أما إذا هلك أحد مالي الشريكين فتبطل الشركة أيضاً؛ لأن الشريك لم يرض بشركة صاحبه إلا ليشركه في ماله، فإذا هلك ماله لم يكن راضياً بشركته عند عقد الشركة، فيبطل العقد لعدم فائدته. ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه، لأنه إذا كان المال في يده، فالأمر ظاهر، وإذا كان في يد صاحبه فإنه أمانة في يده كما عرفنا.

فإن حصل الهلاك لمال شريك بعد خلطه بمال الشريك الآخر، فإنه يهلك على الشركة؛ لأنه لا يتميز عن غيره، فيجعل الهلاك من المالين. وكذلك إن اشترى أحد الشريكين بماله، وهلك مال الآخر بعد الشراء قبل أن يشتري به شيئاً، فإن المشتري يكون بين الشريكين بحسب ما شرطوا؛ لأن تملك الشيء المشتري حيث حدث أي (بالشراء) حدث مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء، فلا يتغير حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعدئذ.

ثم الشركة الواقعة في هذا الشيء المشتري بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند الإمام محمد خلافاً للحسن بن زياد، فإنها شركة ملك عنده، فلا ينعقد بيع أحدهما إلا في نصيبه؛ لأن شركة العقد بطلت بهلاك المال كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر، ولم يبق إلا حكم الشراء وهو الملك، فكانت شركتها في المتاع شركة ملك.

وعلى قول محمد وهو الراجح: يجوز لأي منهما بيع كل المتاع، وينفذ بيعه، لأن الشركة قد تمت في المشتري، فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها، كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعاً.

وإذا وقع الشيء المشتري على الشركة فيرجع المشتري على صاحبه بحصته من الثمن؛ لأنه اشترى نصفه له بوكالته، وتقد الثمن من مال نفسه، فيرجع عليه بحسابه.

= في الشركة فليس يجب فيها قبض، وعليه لا سبيل إلى تعيين محل العقد فيها إلا بالعقد، فكانت النقود بذلك متعينة بناء على العقد عليها، فيعد هلاكها قبل القبض في يد الشريك الآخر وبعده سواء في أنه يبطل للعقد فيها (الشركات في الفقه الإسلامي: ص ١١٣).

وإن هلك مال أحد الشريكين ثم اشترى الآخر بماله الذي في يده ينظر: إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة بأن نصا في العقد على أن «ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا» فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطنا؛ لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصريح بها قائمة، فتكون شركة ملك.

وإن لم يصرحا بالوكالة في العقد وذكرنا مجرد الشركة، كان المشتري للمذي اشتراه خاصة؛ لأن الشركة لما بطلت بطل ما في ضمنها من الوكالة^(١).

٢- عدم تحقق المساواة بين رأسي المال في شركة المفاوضة بعد وجودها في ابتداء العقد؛ لأن وجود المساواة بين المالين في ابتداء العقد شرط في انعقاد هذا العقد على الصحة، فيكون بقاء تلك المساواة شرطاً لبقاء هذه الشركة منعقدة؛ لأنها شركة مفاوضة، سواء في ابتداء العقد أم في أثناء بقاءه.

ويترتب على هذا أنه إذا انعقدت شركة المفاوضة، وكان رأس المال متساوياً بين الشريكين، ثم ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير، وصار المبلغ في يده، فتبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد.

وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء، بأن كان أحدهما دراهم، والآخر دنانير، فزادت قيمة أحدهما قبل الشراء، بطلت المفاوضة.

المطلب السادس - الشركة الفاسدة عند الخنفية:

عرفنا حكم الشركة الفاسدة، ونذكر هنا أنواع الشركة الفاسدة عند الخنفية

وهي:

أولاً - الاشتراك في أعمال جميع المباحات التي تملك بالأخذ، مثل الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش، والاستقاء، واجتناء الثمر، وحفر الأرض لاستخراج المعادن.

(١) راجع فتح القدير: ٥ / ٢٣ وما بعدها، رد المحتار: ٣ / ٣٧٦.

فإن اشترك اثنان في تلك الأعمال على أن ما أصابا من المباح فهو بينهما ، فالشركة فاسدة عند الحنفية ، ولكل واحد منهما ما أخذه ؛ لأن الشركة تتضمن معنى الوكالة ، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل ؛ لأن أمر الموكل بأخذه غير صحيح ، لعدم ملكه وولايته ، والوكيل يملك أخذ المباح بدون توكيل ، فلا يصلح الوكيل نائباً عن الموكل في المباح ؛ لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل ، وهذا غير متحقق ههنا ، فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة .

وإذا كانت الشركة في المباحات فاسدة ، فيثبت الملك لكل واحد منهما بالأخذ ، وإحراز المباح ، ثم ينظر :

أ- إن أخذه جميعاً معاً ، فهو بينهما نصفان ، لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، فيستويان في الاستحقاق .

ب- وإن أخذ كل واحد منهما شيئاً من المذكور على الانفراد ، كان المأخوذ ملكاً له ؛ لأن سبب ثبوت الملك في المباحات هو الأخذ والاستيلاء ، وكل واحد منهما انفرد بالأخذ والاستيلاء فينفرد بالملك .

ج- وإن أخذ كل واحد منهما شيئاً على الانفراد ، ثم خلطاه ، وباعاه : فإن كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن الذي لكل واحد منهما . وإن كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة ، فيأخذ كل واحد منهما بقيمة الذي له ؛ لأن المكيل والموزون من الأشياء المتماثلة ، فتمكن قسمه الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن ، أما غير المكيل والموزون من الأشياء المتفاوتة ، فلا تمكن قسمه الثمن بينهما بحسب العين ، فيقسم بحسب القيمة .

وإن لم يعلم الكيل والوزن والقيمة ، يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه إلى النصف من المأخوذ ، مع اليمين على دعوى صاحبه . فإن ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله إلا ببينة .

د- وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله ، بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر ، أو قلعه وجمعه أحدهما وحمله الآخر ، فكله للعامل وللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد ؛ لأن المسمى مجهول ، إذ لم يدر أي نوع من الحطب يصيبان ، وأي قدر منه يجمعان ، ولا يدر يان أيضاً هل يصيبان شيئاً أولاً ، والرضا بالمجهول لغو ، فسقط اعتبار رضا بالنصف للجهالة ، وصار مستوفياً منفعه بعقد فاسد ، فله أجر مثله بالغاً ما بلغ .

وقال أبو يوسف : له أجر مثله على ألا يجاوز به نصف المسمى أوقيته أي (نصف الشيء الذي أعانه فيه أوقيته) ؛ لأنه رضي بنصف مجموع ماسياً خذانه . وقاس حكمه على سائر الإجازات الفاسدة ؛ لأنه لا يزداد على المسمى هناك ، كذا الأمر هنا ، والجامع بينهما : أنه رضي بأن لا يكون له زيادة على المسمى ، فلا يستحق الزيادة ، وصار حكمه كمن قال لرجل : « بع هذا الثوب على أن لك نصف ثمنه فباعه » كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن ^(١) .

ويرى الجمهور في الأظهر عند الشافعية صحة الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء وما يؤخذ من الجبال والمعادن وشبهه من المباحات ، لجواز التوكيل بها ، فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل به ؛ لأن تملك المباحات أحد أسباب الملك ، فأشبهه الشراء ، كما يقول الشافعية ^(٢) .

ثانياً- من أنواع شركات الأعمال الفاسدة أن يكون لأحد الشريكين بغل وللآخر حمار مثلاً ، فيشترك اثنان على أن يؤجر الدابتين ، فما رزق الله من شيء يكون بينهما ، فأجراهما جميعاً بأجر معلوم وحمل معلوم ، فهذه الشركة فاسدة ؛ لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه لا تصح ؛ لأن كل واحد منهما

(١) تبين الحقائق : ٢ / ٢٢٣ ، فتح القدير : ٥ / ٣١ وما بعدها ، البدائع : ٦ / ٦٣ وما بعدها ، المبسوط :

١١ / ٢١٦ وما بعدها ، رد المحتار : ٣ / ٢٨٢ .

(٢) الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة : ص ٢٠٥ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٦ ، ٢٢١ ، روضة الطالبين :

٤ / ٢٩١ ، المغني : ٥ / ٨١ ، كشاف القناع : ٣ / ٤٥٢ .

في المعنى موكل لصاحبه بأن يؤجر دابته ليكون نصف الأجر له ، وهذا التوكيل باطل ، كما إذا قال لرجل : (أجر بعيرك على أن أجره بيننا) فإن التوكيل فاسد ، فكذا الشركة ؛ لأن الوكالة والشركة يشتركان في معنى واحد : وهو أن التوكيل إنما يكون فيما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل ، وللمالك أن يبيع دابته ويؤجرها قبل التوكيل . فإذا لم يؤجر دابتيهما ، ولكنها تقبلا حولة معلومة ببدل معلوم ، فحُملا المحولة عليها ، فالأجر على حسب الشرط ؛ لأن الشركة حينئذ صحيحة ، إذ أن الحمل صار مضموناً عليها بالعقد بمنزلة أي عمل يتقبلانه .

غير أنه إذا فسدت الشركة بالإجارة صحيحة ، لوقوعها على منافع معلومة ببدل معلوم ، فيقسمان ما أخذوا من الأجر على قدر مثل أجر البغل وأجر الحمار^(١) .

وهناك مثال آخر : وهو أن يكون لاثنتين سيارتان ، فلا يصح لصاحبي هاتين السيارتين الاشتراك من أجل قسمة الربح الناتج من المحولة من طريق إجارة السيارتين للناس ؛ لأن كل واحد يختص بثمرة ما يملكه .

ولم يجز الشافعية^(٢) أيضاً هذه الشركة ؛ لأنها تقوم على منافع أشياء متميزة ، وعلى كل شريك لصاحبه أجره مثل ماله .

ثالثاً - من أنواع الشركة الفاسدة أن يدفع شخص إلى رجل دابة ليؤجرها على أن الأجر بينهما ، فتكون الشركة فاسدة ، والأجر كله أي (الربح) لصاحب الدابة ؛ لأن المدفوع إليه هو وكيله في إيجارها ، وإجارة الوكيل كإجارة الموكل . ومثله إيجار السفينة أو الدار .

وسبب الفساد : هو أن العقد ورد على ملك الغير بإذنه ، وإذا فسد العقد وجب

(١) انظر تحفة الفقهاء ، الطبعة الأولى : ٣ / ١٩ وما بعدها ، المبسوط : ١١ / ١٧٠ ، ٢١٨ وما بعدها ، رد المحتار :

٣ / ٢٨٣ - ٢٨٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢١٦ .

للذي أجرها أي (العامل) أجر المثل؛ لأنه ابتغى عن منافع الدابة عوضاً، ولم ينل العوض لفساد العقد، فكان له أجر مثله.

رابعاً - من أنواع الشركة الفاسدة أيضاً أن يشتري رجل شيئاً، فيقول له آخر: «أشركني فيه» فهذا بمنزلة البيع والشراء بمثل ما اشتري في النصف، فإن تم ذلك قبل أن يقبض المشتري الأول المبيع لم يجز الإشراك، لأن الإشراك والتولية كما عرفنا في عقود البيع لا يجوزان قبل القبض، ويكون العقد فاسداً؛ لأنه بيع لمبيع منقول قبل القبض، وهو لا يجوز كما عرفنا سابقاً.

وإن كان ذلك بعد القبض جاز، ويلزم المشتري الشريك نصف الثمن، فإن كان الشريك لا يعلم بمقدار الثمن فهو بالخيار إذا علم: إن شاء أخذ حصته من المبيع وإن شاء ترك.

ولو اشترى رجلان فرساً فأشركا فيها رجلاً بعد القبض فمقتضى القياس: أن يكون للشريك النصف؛ لأن كل واحد منها لو أشركه في نصيبه على الانفراد استحق نصفه، فكذا إذا أشركاه جميعاً معاً.

ومقتضى الاستحسان، أن يكون للشريك الثلث؛ لأن الشركة تقتضي المساواة، فإذا قالا للرجل: «أشركناك في الفرس» فكأنها قالا: «شاركناك».

فإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه، فأجاز شريكه قوله كان للشريك الجديد النصف، وللأولين النصف، لأنه لما أجاز شريكه في نصيبه صار نصف نصيبه له، وقد أشركه في نصيب نفسه هذا، فيكون مجموع ما استحقه الشريك الجديد هو النصف، وبقي لكل واحد منهما الربع.

وكل شركة فاسدة يقسم الربح فيها على قدر رأس المال، ويبطل شرط التفاضل^(١) كما عرفنا في حكم الشركة.

(١) فتح القدير: ٥ / ٢٢، رد المحتار: ٢ / ٢٨٢.

المبحث الثاني - شركة المضاربة :

المضاربة أو القراض أو المعاملة من أنواع الشركات . وهي في لغة أهل العراق تسمى مضاربة وفي لغة أهل الحجاز تسمى قراضاً ، وهو مشتق من القرض وهو القطع ؛ لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ويعطيه قطعة من الربح ، أو مشتق من المقارضة : وهي المساواة لتساويها في استحقاق الربح ، أو لأن المال من المالك والعمل من العامل ، وهي لهذا تشبه الإجارة ؛ لأن العامل فيها يستحق حصته من الربح جزاء عمله في المال .

وأهل العراق يسمون القراض مضاربة ؛ لأن كلاً من العاقدين يضرب بسهم في الربح ، ولأن العامل يحتاج إلى السفر ، والسفر يسمى ضرباً في الأرض ^(١) .

والكلام عن هذا العقد في المطالب الخمسة الآتية :

المطلب الأول - تعريف المضاربة ومشروعيتها وركنها وصفة عقدها .

المطلب الثاني - شرائط المضاربة .

المطلب الثالث - أحكام المضاربة .

المطلب الرابع - حكم اختلاف رب المال والعامل المضارب .

المطلب الخامس - مبطلات المضاربة ...

المطلب الأول - تعريف المضاربة ومشروعيتها وركنها وصفة

عقدها :

تعريف المضاربة : المضاربة : هي أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه ، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطاً ^(٢) . وأما الخسارة فهي على رب المال وحده ،

(١) معني المحتاج : ٣٠٩ / ٢ ، تكملة فتح القدير : ٥٧ / ٧ وما بعدها ، المبسوط : ١٨ / ٢٢ ، تبين الحقائق

للزليعي : ٥٢ / ٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤٠٤ / ٤ ، جمع الضمانات : ص ٣٠٣ .

(٢) المراجع السابقة .

ولا يتحمل العامل المضارب من الخسران شيئاً وإنما هو يخسر عمله وجهده . وعرفها صاحب الكنز بقوله : هي شركة بمال من جانب ، وعمل من جانب .

ومحتزات التعريف الأول : هي أنه بكلمة « يدفع » : تبين أن المضاربة لا تصح على منفعة كسكنى الدار ، وأنها لا تصح على دين ، سواء أكان على العامل أم على غيره . وبكلمة « الريح مشتركاً » تبين أن الوكيل ليس مضارباً . والسبب في اشتراك العاقدين في الربح : هو أن رب المال يستحق الربح بسبب ماله ؛ لأنه نماء ماله ، والمضارب يستحقه باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح .

وعليه إذا شرط جميع الربح لرب المال كان العقد مباحة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً .

مشروعية المضاربة : اتفق أئمة المذاهب على جواز المضاربة بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والقياس ، إلا أنها مستثناة من الفرر والإجارة المجهولة .

أما القرآن : فقوله تعالى : ﴿ وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ﴾ والمضارب : يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل ، وقوله سبحانه : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله ﴾ وقوله تعالى : ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾ . فهذه الآيات بعمومها تتناول إطلاق العمل في المال بالمضاربة .

وأما السنة : فما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بجرأ ، ولا ينزل به وادياً ، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة ، فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ ، فأجازه »^(١) ، وروى ابن ماجه عن صهيب رضي الله عنه أن النبي

(١) رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس . قال الهيثمي : وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب (راجع مجمع الزوائد : ٤ / ١٦٦) .

صلى الله عليه قال : « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمقارضة ، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع »^(١) .

وأما الإجماع : فما روي عن جماعة من الصحابة أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة^(٢) ولم ينكر عليهم أحد ، فكان إجماعاً ، وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش العراق ، فلما قفلا مرا على عامل لعمر : وهو أبو موسى الأشعري ، فرحب بهما وسهل ، وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله ، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكما ، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، ثم تبيعانه في المدينة ، وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه . فقالا : وددنا ، ففعل ، فكتب إلى عمر أن يأخذ منها المال ، فلما قدما وباعا وربحا ، فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما ؟ فقالا : لا . فقال عمر : ابنا أمير المؤمنين ، فأسلفكما ! أديا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين ، لو هلك المال ضمناه . فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضاً (أي لو عملت بحكم المضاربة : وهو أن يجعل لها النصف ، ولبيت المال النصف) فرضي عمر ، وأخذ رأس المال ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال^(٣) .

(١) إسناده ضعيف (راجع سبل السلام : ٢ / ٧٦) والحق ما قال ابن حزم في مراتب الإجماع : « كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب أو السنة حاشا القراض ، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد ، والذي تقطع به أنه كان في عصره صلى الله عليه ، فعلم به وأقره ، ولولا ذلك لما جاز » (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٥) .

(٢) انظر نصب الراية : ٤ / ١١٣ .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن أبيه ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده ، ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في « المعرفة » وأخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده (راجع تنوير الحوالك شرح موطأ مالك : ٢ / ١٧٣ ، نصب الراية : ٤ / ١١٣ ، التلخيص الحبير : ص ٢٥٤) .

وأما القياس : فالمضاربة قيست على المساقاة لحاجة الناس إليها ، لأن الناس بين غني وفقير ، والإنسان قد يكون له مال ، لكنه لا يهتدي إلى أوجه التصرف والتجارة به ، وهناك من لا مال له ، لكنه مهتم في التصرفات ، فكان في تشريع هذا العقد تحقيق للحاجتين ، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم^(١) .

ركن المضاربة وألفاظها ونوعاها : ركن عقد المضاربة عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول ، بألفاظ تدل عليها .

فألفاظ الإيجاب : هي لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة ، وما يؤدي معاني هذه الألفاظ بأن يقول رب المال : « خذ هذا المال مضاربة على أن مارزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة » .

وكذا إذا قال : مقارضة أو معاملة ، أو قال « خذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله من شيء فهو بيننا على كذا » ولم يزد على هذا فهو جائز ، لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد ، والعبرة في العقود لمعانيها ، لا لصور الألفاظ .

وألفاظ القبول : هي أن يقول العامل المضارب : أخذت ، أو رضيت أو قبلت ، ونحوها . وإذا توافر الإيجاب والقبول انعقد العقد^(٢) .

وأركان المضاربة عند الجمهور ثلاثة : عاقدان (مالك وعامل) ومعقود عليه (رأس المال ، والعمل والربح) ، وصيغة (إيجاب وقبول) وعدها الشافعية خمسة : مال وعمل وربح^(٣) وصيغة وعاقدان .

(١) البدائع : ٦ / ٧٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٥٨ ، البسوط : ٢٢ / ١٨ ، المهذب : ١ / ٢٨٤ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٩ .

(٢) البدائع : ٦ / ٧٩ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٦ / ٨٧ .

نوعاها : المضاربة نوعان : مطلقة ومقيدة^(١) :

فالمطلقة : هي أن يدفع رجل المال إلى آخر بدون قيد ، ويقول : « دفعت هذا المال إليك مضاربة على أن الربح بيننا كذا مناصفة أو أثلاثاً ، ونحو ذلك » .

والمقيدة : هي أن يدفع شخص إلى آخر ألف دينار مثلاً مضاربة على أن يعمل بها في بلدة معينة ، أو في بضاعة معينة ، أو في وقت معين ، أو لا يبيع ولا يشتري إلا من شخص معين . وهذان النوعان الأخيران « حالة التأقيت وتخصيص شخص » جائزان عند أبي حنيفة وأحمد ، وغير جائزين عند مالك والشافعي . كذلك يجوز إضافتها إلى المستقبل عند الأولين ولا يجوز عند الآخرين كأن يقول رب المال : ضارب بهذا المال ابتداء من الشهر الآتي . وأما تعليق المضاربة على شرط كما إذا قال صاحب المال : إذا جاءك فلان بالدين الذي لي في ذمته (ومقداره ألف دينار) وسلمك إياه فضارب به ، فقد أجازته الحنابلة والزيدية ولم يجزه الحنفية والمالكية والشافعية ؛ لأن المضاربة تفيد تمليك جزء من الربح ، والتملك لا يقبل التعليق^(٢) .

صفة عقد المضاربة :

اتفق العلماء على أن عقد المضاربة قبل شروع العامل في العمل غير لازم ، وأنه لكل من المتعاقدين فسخه . واختلفوا فيما إذا شرع العامل في المضاربة ، فقال الإمام مالك : هو عقد لازم بالشروع ، وهو عقد يورث ، فإن المضارب إذا كان له بنون أمناء كانوا في المضاربة أو القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين . وإن شرع العامل لا يفسخ العقد حتى ينض المال أي يتحول نقوداً لا عروضاً .

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢١٠ .

(٢) الميزان للشعراني : ٢ / ٩٢ ، المغني : ٥ / ٦٢ - ٦٣ . المنتزع المختار للزيدية : ٢ / ٢٢٠ ، المهذب : ١ / ٣٨٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ / ٥٢١ ، غاية المنتهى : ٢ / ١٧٣ ، كشاف القناع : ٣ / ٤٩٧ .

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : العقد غير لازم ، ولكل من العاقدين الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقداً يورث .

ومرجع الخلاف بين الفريقين : أن الإمام مالك جعل العقد لازماً بعد الشروع في العمل لما يترتب على الفسخ من ضرر ، فكان من العقود الموروثة . وأما الفريق الثاني فقد شبهوا الشروع في العمل بما قبل الشروع في العمل ؛ لأن المضاربة تصرف في مال الغير بإذنه ، فيملك كل واحد من العاقدين فسخ العقد ، كما في الوديعة والوكالة^(١) .

ولكن الحنفية ومن وافقهم اشتروا لصحة الفسخ وانتهاء المضاربة علم المتعاقد الآخر بالفسخ ، كما في سائر أنواع الشركات ، وأن يكون عند الحنفية رأس المال ناضاً أي تقوذاً^(٢) وقت الفسخ ، فإن كان من العروض من عقار أو منقول ، لم يصح الفسخ عندهم .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا انفسخت المضاربة ورأس المال عروض ، فاتفق المتعاقدان على بيعه أو قسمته جاز ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما . وإن طلب العامل البيع ، وأبى رب المال ، أجبر رب المال على البيع ؛ لأن حق العامل في الربح ، وهو لا يحصل إلا بالبيع^(٣) .

تعدد المضارب : قال المالكية^(٤) : إذا تعدد عامل القراض ، فإن الربح يوزع عليهم على قدر العمل كشركاء الأبدان ، أي فيأخذ كل منها من الربح بقدر عمله ، فلا يجوز أن يتساويا في العمل ، ويختلفا في الربح ، أو بالعكس ، بل الربح على قدر العمل على المشهور .

(١) انظر بداية المجهد : ٢ / ٢٣٧ ، الحرشي : ٦ / ٢٢٣ ، ط ثانية ، البدائع : ٦ / ١٠٩ ، المهذب : ١ / ٣٨٨ ،

مغني المحتاج : ٢ / ٣١٩ ، المغني : ٥ / ٥٨ .

(٢) نصّ المال : أي صار مثل حاله وقت العقد عليه دنانير أو دراهم .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الحرشي : ٦ / ٢١٧ .

حكم الشركات القانونية الحديثة : إن شركات الأشخاص التجارية في القانون الوضعي وهي شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة تعتبر جميعها في الجملة من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي مع اختلاف بعض الأحكام بين القانون والشريعة حسبما تقتضيه مصلحة الناس وطبيعة التطور . ففي شركة التضامن حيث يكون المال من جميع الشركاء ، والعمل من بعضهم ، يكون العامل مضارباً في مال غيره . وفي شركة التوصية البسيطة حيث تتكون الشركة من شركاء متضامنين مسؤولين عن التزامات الشركة ، وشركاء موصين تنحصر مسؤولية كل واحد فيما يقدمه من حصة في المال ، تكون الشركة مضاربة في مال الموصين . وفي شركة المحاصة إذا سلمت الحصة لأحد الشركاء لاستثمارها ، يكون هذا الشريك وكيلاً عنهم في استثمار هذا المال ، وعمله في مال غيره يكون قراضاً (مضاربة) .

وكذلك شركات الأموال أو شركات المساهمة حيث يكون العمل في مالها عادة لغير أرباب الأموال فيها ، تعد من قبيل القراض في هذه الحال . وكذلك الشركات ذات المسؤولية المحدودة التي لا يزيد عدد الشركاء فيها على خمسين شريكاً ، يكون عمل المدير فيها قراضاً ، كما يرى أستاذنا الشيخ علي الحقيف^(١) . والأدق أن يعتبر عمله من باب التوظيف ، فهو يعمل بأجر بحكم التوظيف لا بحكم المشاركة . ولا مانع شرعاً في شركة المساهمة وشركة التضامن من اعتبار مدير الشركة أجيراً موظفاً على العمل ، ولا مانع من وجود صفتي الشركة والإجارة في شيء واحد ؛ لأن المنع من وجود عقدين أو شرطين في عقد يزول إذا زالت علته أو حكته وهو عدم إثارة النزاع والخلاف ، وعدم التنازع جرى عليه العرف والعادة ، فلم يعد شرطاً مفسداً . وسنوضح ذلك قريباً .

(١) راجع الشركات في الفقه الإسلامي لأستاذنا الشيخ علي الحقيف : ص ٩٢ - ٩٧ .

المطلب الثاني - شرائط المضاربة :

يشترط لصحة المضاربة شروط في العاقدين وفي رأس المال وفي الربح .

أما ما يشترط في العاقدين وهما رب المال والمضارب : فهو أهلية التوكيل والوكالة ؛ لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال ، وهذا معنى التوكيل ، ولا يشترط كونها مسلمين ، فتصح المضاربة بين المسلم والذمي والمستأمن في دار الإسلام ، والمذهب عند المالكية الكراهة بين مسلم وذمي إذا لم يعمل بحرم كالربا .

وأما شروط رأس المال فهي :

أولاً- أن يكون رأس المال من النقود الرائجة أي الدراهم والدنانير ونحوها ، كما هو الشرط في شركة العنان . فلا تجوز المضاربة بالعروض من عقار أو منقول عند جمهور العلماء ، ولو كان المنقول مثلياً عند الحنفية والحنابلة ، وأجازها ابن أبي ليلى والأوزاعي ، وتنقذ حينئذ على قيمها عند انعقاد المضاربة . وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً ؛ لأن المضاربة تؤدي حينئذ إلى جهالة الربح وقت القسمة ، إذ أن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن ، وتختلف باختلاف المقومين ، والجهالة تفضي إلى المنازعة ، والمنازعة تفضي إلى الفساد^(١) ، وللعامل حينئذ أجر مثله في ذمة رب المال .

وكون القراض لا يجوز بالعروض عند المالكية مع جواز ذلك في شركة العنان ، فلأن القراض رخصة يقتصر على ما ورد فيها .

أما إذا كان رأس المال ما به تباع العروض ، بأن دفع إنسان لآخر عروضاً ، وقال : بعها واعمل بثمنها مضاربة ، فباعها بنقود ، وتصرف فيها ، جاز العقد عند أبي

(١) المبسوط : ٣٣/٢٢ ، تبيين الحقائق : ٥٣/٥ ، البدائع : ٨٢/٦ ، بداية المجتهد : ٢٣٤/٢ ، المهذب : ٣٨٥/١ ، مغني المحتاج : ٣١٠/٢ ، تكللة فتح القدير : ٥٨/٧ ، الخرشبي : ٢٠٣/٦ - ٢٠٩ ، ط ثانية ، الدردير : ٥١٨/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٢ .

حنيفة ومالك وأحمد، لأنه لم يصف المضاربة إلى العروض، وإنما أضافها إلى الثمن، والثن تصح به المضاربة.

ولم يجز العقد عند الشافعي، لأنه قارضه على ما تباع به السلعة، وذلك مجهول، فكأنه قارضه على رأس مال مجهول.

وكأنه لا تصح المضاربة على العروض لا تصح أيضاً على تبر الذهب والفضة والنقرة (القطعة الخالصة من الذهب والفضة)، ولا على الفلوس عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك، لأنها لا تعتبر أثماناً مطلقاً، وعند محمد: تجوز، لأنها أثمان للأشياء عنده، كما عرفنا في بحث شركات الأموال.

والخلاصة: أن كل ما يصلح رأس مال في الشركة، ويصح به عقد الشركة، تصح به المضاربة، وإلا فلا.

ثانياً- أن يكون رأس المال معلوم المقدار: فإن كان مجهولاً لا تصح المضاربة؛ لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، وكون الربح معلوماً شرط لصحة المضاربة.

ثالثاً- أن يكون رأس المال عيناً^(١) حاضرة لا ديناً: فلا تصح المضاربة على دين ولا على مال غائب. وعليه لا يجوز أن يقال لمن عليه دين: ضارب بالدين الذي عليك. وهذا الشرط والذي قبله باتفاق العلماء. والمضاربة بالدين فاسدة؛ لأن المال الذي في يد من عليه دين له، وإنما يصير لدائنه «أو غريمه» بقبضه، ولم يوجد القبض ههنا^(٢).

(١) أي معيناً.

(٢) راجع البدائع: ٨٣/٦، فتح القدير: ٥٩/٧، رد المحتار على الدر المختار: ٥٠٦/٤، بداية المجتهد: ٣٣٥/٢، مغني المحتاج: ٣١٠/٢، المغني: ٦٧/٥، كشاف القناع: ٢٦٣/٢، القوانين الفقهية، المكان السابق، الحرشي: ٢٠٢/٦، ٢٠٤، ط ثانية.

والشرط أن يكون المال حاضراً عند التصرف ، فلا يشترط الحضور في مجلس العقد ، فلو وفي الدين ، وسلم إلى المضارب أو أحضر المال الغائب ، فسلم إليه ، صحت المضاربة .

وبناء عليه : إذا كان لرب المال دين على رجل ، فقال له : « اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف » فقال أبو حنيفة : إذا اشترى المدين بذلك وباع ، فجميع ما اشترى وباع يملكه هو ، وله ربحه وعليه وضيعته « خسارته » والمدين يظل قائماً في ذمته بحاله ، وهذا مبني على الأصل المقرر عنده فيمن وكل رجلاً ليشتري له بالدين الذي في ذمته : وهو أنه لا يجوز .

وهذا متفق مع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً ، فلا تصح عندهم المضاربة بما في ذمة المضارب من دين لآخر ، وإنما لا بد من تسليمه إلى الدائن ، ثم يسلمه الدائن مرة أخرى للمضارب .

وقال الصحابيان : إن جميع ما اشترى وباع لرب المال ، له ربحه وعليه خسارته . وهذا مبني على الأصل المقرر عندهما في الوكالة السابقة : وهو أن هذا التوكيل جائز ، ويبرأ المدين من الدين ، ولكن المضاربة فاسدة ؛ لأن الشراء وقع للموكل ، فتصير المضاربة بعدئذ مضاربة بالعروض ، كأنه وكله بشراء العروض ، ثم دفعه إليه مضاربة ، والمضاربة بالعروض لا تصح .

قبض الدين : أما إذا قال إنسان لرجل : « اقبض ما لي على فلان من الدين واعمل به مضاربة » جاز باتفاق العلماء ؛ لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده ، فكان رأس المال عيناً لا ديناً ، أي أن المضارب يكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه ؛ لأنه قبضه بإذن مالكة من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربة ، كما لو قال : اقبض المال من غلامي وضارب به .

الوديعة : وكذلك تجوز المضاربة عند الحنفية والشافعية والحنابلة إذا كان في

يد شخص وديعة ، فقال له المودع : ضارب بها ؛ لأن الوديعة ملك رب المال ، فجاز أن يضاربه عليها ، كما لو كانت حاضرة ، فقال : « قارضتك على هذا الألف » وأشار إليه في زاوية البيت . والفرق بين هذه الحالة والدين : أن عين المال في حالة الدين لا يصير ملكاً للدائن إلا بقبضه .

وقال المالكية : المرهون أو الوديعة لا يجوز أن يكون أحدهما رأس مال القراض ؛ لأنه شبيه بالدين .

المغصوب : والمضاربة تجوز أيضاً فيما إذا كان المال مغصوباً ، فضارب به الغاصب ؛ لأنه مال لرب المال يباح له يبعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه ، فأشبه الوديعة^(١) .

رابعاً- أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل : ليتمكن من العمل فيه ، ولأن رأس المال أمانة في يده ، فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ، ولا تصح المضاربة مع بقاء يد رب المال على المال ، لعدم تحقق التسليم مع بقاء يده . ويترتب عليه أنه لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة .

وهذا الشرط محل اتفاق بين الجمهور (أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي والأوزاعي وأبي ثور وابن المنذر) . وأما الحنابلة فقد أجازوا اشتراط بقاء يد المالك على المال .

وأجاز المالكية للعامل أن يشترط عمل رب المال مجاناً أي يعمل معه في مال القراض ، أو يشترط دابة رب المال حيث كان المال كثيراً . كما أجازوا أيضاً لمريد القراض أن يدفع مالين متعاقبين ، أي واحداً بعد واحد لعامل واحد ، إذا شرطاً خلط

(١) انظر البدائع : ٨٢/٦ ، المغني : ٦٨/٥ وما بعدها ، المهذب : ٢٨٥/١ ، مغني المحتاج : ٣١٠/٢ .

المالين عند دفع الثاني؛ لأنه يرجع حينئذ إلى أجر واحد معلوم .

وفي هذا الشرط تختلف المضاربة عن شركات الأموال، فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله . والفرق هو أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين، وعلى العمل من الجانب الآخر، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروج المال من يد صاحبه ليتمكن من التصرف فيه . أما الشركة فإنها انعقدت على العمل من الجانبين، فإذا شرط زوال يد رب المال عن العمل، فيكون هذا الشرط مناقضاً لمقتضى العقد، كما لو شرط في المضاربة عمل رب المال، فإن المضاربة تفسد، سواء عمل رب المال مع المضارب، أم لم يعمل؛ لأن شرط عمله معه معناه اشتراط بقاء يده على المال، وهذا شرط فاسد، لأنه يمنع المضارب من التمكن من التصرف، فلا يتحقق المقصود من العقد^(١) .

وهذا الشرط مطلوب، سواء أكان المالك عاقداً أم غير عاقد، فلا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة .

ويترتب عليه أن الأب أو الوصي إذا ضارب في مال الصغير، وشرط عمل الصغير، لم تصح المضاربة؛ لأن يد الصغير ثابتة له، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب^(٢) . وكذلك أحد شريكي المضاربة أو العنان إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب، فالمضاربة فاسدة لقيام الملك لشريكه، وإن لم يكن عاقداً، فيمنع تحقق التسليم^(٣) .

(١) يلاحظ أن الخلاف في هذا الشرط إذا كان عمل رب المال مشروطاً في العقد . أما إذا عمل متبرعاً من غير شرط، كأن استعان به المضارب فلا يؤثر ذلك في صحة المضاربة اتفاقاً (الشركات للأستاذ الحنيف: ص ٧٠) .

(٢) أما إذا اشترط على المضارب أن يعمل معه نفس الأب أو الوصي فذلك جائز اتفاقاً (المرجع السابق) .

(٣) انظر المبسوط: ٨٣/٢٢ وما بعدها، تبين الحقائق: ٥٦/٥، البدائع: ٨٤/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير:

٦٣/٧، الدر المختار: ٥٠٦/٤، مغني المحتاج: ٣١٠/٢، كشاف القناع: ٢٦٢/٢، الشرح الكبير للدردير:

٥٢٠/٢ وما بعدها، نهاية المحتاج: ١٦٣/٤، الحرشي: ٢١٠/٦، ٢١٢، ط ثانية .

ويترتب على هذا الشرط أن المضارب لو دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة ، والمضاربة الأولى على حالها جائزة .

وأما شروط الربح فهي ما يأتي :

أولاً- أن يكون الربح معلوم القدر : لأن المعقود عليه أو المقصود من العقد هو الربح ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد^(١) . وإذا دفع شخص لآخر ألف درهم على أن يشتركا في الربح ، ولم يبين مقدار الربح ، جاز العقد ، ويكون الربح بينها نصفين ؛ لأن الشركة تقتضي المساواة كما في قوله تعالى : ﴿ فَهَمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَثِ ﴾ .

حالة فساد المضاربة وحالة فساد الشرط فقط عند الحنفية :

إن كان هناك شرط يؤدي إلى جهالة الربح فسدت المضاربة ، لاختلال المقصود من العقد : وهو الربح .

وإن كان الشرط لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد . مثل أن يشترط المالك أن تكون الخسارة على المضارب أو عليها ، فالشرط يبطل ، ويبقى العقد صحيحاً ، والخسارة تكون على المالك في مال المضاربة . والسبب في أن شرط الخسارة عليها شرط فاسد : هو أن الخسارة تعتبر جزءاً هالكاً من المال ، فلا يكون إلا على رب المال ، لا أنه يؤدي إلى جهالة الربح ، فيؤثر في العقد فيجعله فاسداً .

ومثله أيضاً : أن يدفع شخص لآخر ألف دينار مضاربة على أن الربح بينهما نصفان ، وعلى أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو داراً ليسكنها سنة فالشرط باطل ، والمضاربة جائزة ، لأنه - أي رب المال - ألحق بها شرطاً فاسداً

(١) المبسوط : ٢٧/٢٢ ، البدائع : ٨٥/٦ ، تبين الحقائق : ٥٥/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ٥٠٥/٤ ، بداية المجتهد : ٢٣٤/٢ ، مغني المحتاج : ٢١٢/٢ ، المهذب : ٢٨٥/١ ، المغني : ٢٠/٥ ، نهاية المحتاج : ١٦٢/٤ ، الحرشي : ٢٠٩/٦ ، ط ثانية .

لا يقتضيه العقد . أما لو كان المضارب هو المشروط عليه بأن شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة ، فإن المضاربة تفسد ، لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجره الدار أو الأرض ، فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد ، فلم يصح العقد^(١) .

وخلاصة ضابط الفساد عند الحنفية باقتران شرط في المضاربة : هو أنه إذا كان الشرط مؤدياً إلى عدم توافر شرط من شروط صحة المضاربة ، فإنه يفسدها ، كجهالة الربح أو عدم كمال تسليم المال إلى المضارب . أما إذا كان الشرط لا يمس شروط صحة المضاربة ، فإن اشتراط شرط فاسد في المضاربة ، لا يفسدها ، وإنما يفسد الشرط ويلغو ، وتصح المضاربة ، كاشتراط الوضعية (الخسارة) على المضارب ، يبطل الشرط ، وتصح المضاربة .

ولو جعل الربح كله لرب المال وقبل المضارب أن يعمل فيه بالمجان لم يكن العقد مضاربة ، ولكن صار إبطاعاً أو مباحضة ، والعامل فيه مستبضعاً .

ولو شرط في المضاربة كون جميع الربح للمضارب ، فالعقد قرض عند الحنفية والحنابلة ، وهو مضاربة فاسدة عند الشافعية ، وحينئذ يكون للعامل أجره مثل عمله ؛ لأن مقتضى المضاربة الاشتراك في الربح ، فإذا شرط استثثار العامل بالربح ، كان الشرط فاسداً .

ويجوز عند الحنفية أن يشترط لأحد العاقدين دراهم معدودة معلومة إن زاد الربح على مقدار كذا من الدراهم ، فذلك شرط صحيح لا يؤثر في صحة المضاربة ؛ لأنه لا يؤدي إلى جهالة الربح^(٢) .

(١) البدائع : ٨٦/٦ ، تكله فتح القدير : ٦٢/٧ .

(٢) الشركات للأستاذ الحقيف : ص ٧١ .

وقال المالكية : يجوز أن يشترط العامل الربح كله له^(١) ، وعبارتهم : يجوز اشتراط الربح كله في القراض لرب المال أو للعامل أو لغيرهما ؛ لأنه من باب التبرع ، وإطلاق القراض عليه حينئذ مجاز ، وليس هو بقراض حقيقة ، أي أن العامل يضمن المال إذا أخذه على أن الربح كله له ، لأنه حينئذ يشبهه السلف .

ووجه قول الحنفية والحنابلة : أنه إذا لم يمكن تصحيح العقد مضاربة يجعل قرضاً ؛ لأنه أتى بمعنى القرض ، والعبرة في العقود لمعانيها^(٢) . ويترتب على هذا أنه إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو مباحة عندهم ، لوجود معنى الإبضاع^(٣) كما بينا .

ثانياً - أن يكون الربح جزءاً مشاعاً : أي نسبة عشرية أو سهماً من الربح ، كأن يتفقا على ثلث أو ربع أو نصف ، وهذا مستثنى من حكم الإجارة المجهولة ؛ لأن جواز عقد المضاربة كان للرفق بالناس ، فإذا عين المتعاقدان مقداراً مقطوعاً محددًا ، بأن شرطاً مثلاً أن يكون لأحدهما مئة دينار أو أقل أو أكثر ، والباقي للآخر ، فلا يصح هذا الشرط ، والمضاربة فاسدة ؛ لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح ، وهذا الشرط يمنع الاشتراك في الربح ، لاحتمال ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور ، فيكون الربح لأحدهما دون الآخر ، فلا تتحقق الشركة ، وبالتالي لا يكون التصرف مضاربة .

ولا تجوز المضاربة إذا جعل للعامل جزء من ربح غير المال المتجر فيه ، وصرح المالكية أنه يجوز أن يتراضى العاقدان بعد العمل على جزء قليل أو كثير .

وكذلك تفسد المضاربة إذا شرط زيادة ربح كعشرة مثلاً لأحد الشريكين ، لاحتمال ألا يربح العامل إلا هذا القدر ، فلا تتحقق الشركة في الربح . وحينئذ يلزم

(١) بداية المجتهد : ٢٣٥/٢ ، الحارثي : ٢٠٢/٦ ، ٢٠٩ ، ط ثانية ، بولاق .

(٢) البدائع : المصدر السابق ، مغني المحتاج : ٣١٢/٢ ، المهذب : ٢٨٥/١ ، المغني : ٣٠/٥ .

(٣) الإبضاع هنا : أي التوكيل بلا جعل أو أجر . وبعبارة أخرى : هو استعمال شخص في المال بغير عوض (البدائع :

للعامل أجر المثل كما في سائر أنواع المضاربة الفاسدة^(١).

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة.

وبناء عليه: لا تصح المضاربة بربح محدد كالفائدة التي تقدمها المصارف على الودائع؛ لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح بدون تحديد نسبة مقطوعة كسبعة في المائة مثلاً.

المطلب الثالث - أحكام المضاربة:

المضاربة إما صحيحة أو فاسدة، ولكل واحد منهما أحكام، وسنبداً في أحكام المضاربة الفاسدة التي اختل فيها شرط من شروط صحتها، لأن الكلام فيها يسير.

حكم المضاربة الفاسدة: إذا كانت المضاربة فاسدة كأن يقول شخص لآخر: صد بشبكتي والصيد بيننا، فليس للمضارب عند الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢) أن يعمل شيئاً مما تقتضيه المضاربة الصحيحة، ولا يثبت بها شيء من أحكام المضاربة الصحيحة التي سنعرفها، ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى، وإنما له أجر مثل عمله، سواء أكان في المضاربة ربح أم لم يكن؛ لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة، والأجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة، وإنما يستحق أجر المثل. وعلى هذا إذا لم يربح المضارب، فله أجر مثل عمله؛ لأن رب المال استعمله مدة في عمله، فكان عليه أجر العمل.

وأما الربح الحاصل حينئذ أو الصيد في مثالنا، فيكون كله لرب المال؛ لأن

(١) انظر المبسوط: ٢٧/٢٢، تبيين الحقائق: ٥٤/٥، البدائع: ٨٥/٦ وما بعدها، تكلية فتح القدير: ٦٠/٧، مجمع الضمانات: ص ٣٠٣، الشرح الكبير للدردير: ٥١٧/٣، معني المحتاج: ٣١٣/٢، بداية المجتهد: ٢٣٤/٢، المعني: ٣٤/٥، نهاية المحتاج: ١٦٥/٤.

(٢) البدائع: ١٠٨/٦، تكلية فتح القدير: ٥٨/٧، مختصر الطحاوي: ص ١٢٤، المبسوط: ٢٢/٢٢، مجمع الضمانات: ص ٣١١، غاية المنتهى: ١٧٩/٢، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص ١٦٥.

الربح نماء ملكه ، ولم يستحق المضارب منه شيئاً نظراً لفساد العقد . وكذلك الخسران يكون على رب المال .

والقول قول المضارب مع يمينه إذا فسد العقد ، وذلك في دعوى الهلاك والضياع ، والمال في يده أمانة ، كما في المضاربة الصحيحة .

ومذهب الشافعية والحنابلة في المضاربة الفاسدة كالحنفية إلا أنهم قالوا :

إذا تصرف المضارب نفذ تصرفه ، لأنه أذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقي الإذن ، فملك به التصرف كما في الوكالة الفاسدة ، وهذا بخلاف البيع ، فإنه لو فسد لا ينفذ تصرف المشتري ، مع أن البائع قد أذن له في التصرف ، والفرق هو أن المشتري إنما يتصرف بالملك لا بالإذن ، ولا ملك في البيع الفاسد .

والربح جميعه في هذين المذهبين حين الفساد لرب المال ؛ لأنه نماء ملكه ، وعليه الخسران أيضاً . ويكون للمضارب أجره مثل عمله ، وإن لم يكن ربح ، لأنه عمل طامعاً في المسمى ، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه ، وهو متعذر ، فتجب قيمته وهي أجره مثله ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقايبضا وتلف أحد العوضين في يد القابض له ، وجب رد قيمته^(١) .

وقال المالكية : يرد العامل في جميع أحكام المضاربة الفاسدة إلى قراض مثله في الربح والخسارة وغيرهما في أحوال معدودة ، وله أجر مثل عمله في غيرها من الحالات . وعليه إذا حدث ربح في الحالات الأولى ، فيثبت حق المضارب في الربح نفسه ، لا في ذمة رب المال ، حتى إذا هلك المال لم يكن للمضارب شيء ، وإذا لم يكن ربح فلا شيء له^(٢) .

(١) مغني المحتاج : ٢/٢١٥ ، المهذب : ١/٢٨٨ ، المغني : ٥/٦٥ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣/٥١٩ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٢٤٠ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٢ ، الخرشبي :

٢٠٥/٦ - ٢٠٨ ، ط ثانية بيولاقي ١٣١٧ هـ .

وأهم حالات رد المضاربة الفاسدة إلى قراض المثل : حالة القراض بالعروض ، وحالة جهالة الربح وليس هناك عادة يحتكم إليها ، وحالة توقيت القراض كسنة مثل : اعمل به سنة ، أو إضافة القراض للمستقبل مثل : إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل به ، وحالة الاشتراط على العامل ضمان رأس المال إن تلف بلا تفريط ، أو قال له : اشتر بدين مؤجل فاشترى نقداً ، فالربح له والخسارة عليه ؛ لأن الثمن صار قرضاً في ذمته ، أو شرط عليه ما يقل وجوده ، بأن يوجد تارة ويعدم أخرى ، أو اختلف العاقدان بعد العمل في جزء الربح ، وادعى كل من رب المال والعامل مالاً يشبه أن يكون له ، كأن يقول العامل : الثلثين ، ورب المال : الثلث .

وأهم حالات وجوب أجرة المثل في الذمة (أي ذمة رب المال) سواء حصل ربح أم لا في المضاربة الفاسدة ما يأتي :

اشتراط يدرب المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء . أو اشتراط مشاورته عند البيع والشراء بحيث لا يعمل عملاً فيه إلا بإذنه . أو اشتراط أميناً على العامل يراقبه . أو اشتراط على العامل أن يخيط ثياب التجارة ، أو يخز الجلود المشتراة لها . أو يشترط عليه أن يشارك غيره في مال القراض ، أو يخلط المال بماله أو بمال قراض عنده ، أو أن يبضع بمال القراض (أي يرسله أو بعضه مع غيره ليشتري به ما يتجر العامل به) ففي كل هذه الحالات يجب للعامل أجرة مثله .

وأما أحكام المضاربة الصحيحة : فكثيرة ، منها ما يرجع إلى حال يد المضارب ، وبعضها يرجع إلى عمل المضارب ، وبعضها يرجع إلى ما يستحقه المضارب بالعمل ، وما يستحقه رب المال بالمال .

١- أما حال يد المضارب : فقد اتفق أئمة المذاهب^(١) على أن العامل المضارب

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٢٤ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٥٨/٧ ، البدائع : ٨٧/٦ ، المبسوط : ١٩/٢٢ ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٣ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٥٣٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٣٤/٢ ، الحرشي : ٢١٣/٦ ، ٢٢٣ ، مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ ، المهذب : ٢٨٨/١ ، المغني : ٦٩/٥ ، تبين الحقائق : ٥٣/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٣ ، غاية المنتهى : ١٧٨ ، ١٧١/٢ .

أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة ، لأنه قبضه بإذن مالكة ، لا على وجه البديل (أي المبادلة) كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن .

وإذا اشترى المضارب شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع ، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه وهو معنى الوكيل ، فتطبق عليه أحكام الوكالة المعروفة بالنسبة للشراء : وهو أن يكون الشيء بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء . وأما بالنسبة للبيع فيعتبر كالوكيل بالبيع المطلق ، كما سنعرف .

فإذا ربح المضارب صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح ؛ لأنه ملك جزءاً من المال بعمله ، والباقي لرب المال ، لأنه نماء ماله ، فهو له .

وإذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب صارت إجارة ، والمضارب بمنزلة الأجير لرب المال ، ويستحق حينئذ أجر المثل .

وإذا خالف المضارب شرط رب المال ، كأن فعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً منع من شرائه ، صار بمنزلة الغاصب ، ويصير المال مضموناً عليه ؛ لأنه تعدى في ملك غيره .

وإذا تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن ؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف ، فلم يضمن من غير تفريط ، كالوديع .

وإذا ظهرت خسارة كانت على رب المال وحده ، واحتسبت أولاً من الربح إن كان في المال ربح .

وإن شرط على العامل ضمان رأس المال إن تلف ، بطل الشرط والعقد صحيح عند الحنفية والحنابلة . وبناء عليه : يكون تشغيل المال على حساب الربح مع ضمان رأس المال صحيحاً والشرط باطل .

وقال المالكية والشافعية : تفسد المضاربة حينئذ ، لأنه شرط فيه زيادة غرر

يتنافى مع طبيعة العقد^(١) .

٢- وأما تصرفات المضارب : فيختلف حكمها بحسب ما إذا كانت المضاربة مطلقة أو مقيدة .

والمطلقة كما عرفنا : أن يدفع المالك المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله . والمقيدة : أن يعين المالك شيئاً من ذلك .

فإذا كانت المضاربة مطلقة : فلامضارب أن يتصرف في مال المضاربة ما بدا له من أنواع التجارات ، في سائر الأمكنة ، مع سائر الناس ، لإطلاق العقد ، فله أن يشتري به ويبيع ؛ لأن المقصود من المضاربة : هو تحصيل الربح ، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع ، إلا أنه في الشراء مقيد بالمعروف ، وهو أن يكون بمثل قيمة المشتري ، أو بأقل منه مما يتغابن الناس في مثله ؛ لأنه وكيل ، وشراء الوكيل يقع على ما هو متعارف .

وأما بيعه فهو على الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في التوكيل بمطلق البيع .

فعند أبي حنيفة رضي الله عنه : يملك البيع نقداً ونسيئةً وبغبن فاحش .

وعند الصحابين : لا يملك البيع بالنسيئة ، ولا بما لا يتغابن الناس في مثله ، وإنما يتقيد بالمتعارف وهذا هو الرأي الأرجح . وهو ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة ، إلا أن الحنابلة أجازوا للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئةً كما يقول أبو حنيفة .

وللمضارب أن يدفع المال بضاعة ؛ لأن الإبضاع من عادة التجار ، ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح ، والإبضاع طريق إليه ، ولأنه يملك الاستعجاراً للإبضاع أولى ؛ لأن الاستعجار استعمال شخص في المال بعوض ، والإبضاع استعماله فيه بغير عوض ، فكان أولى .

(١) تحفة الفقهاء : ٢٥/٣ ، المغني : ٢٥/٥ ، بداية المجتهد : ٢٣٦/٢ .

ولا يجوز عند الملكية الإبضاع إلا بإذن رب المال، وإلا ضمن^(١).

وللمضارب أن يودع، لأن الإيداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة.

وله أن يستأجر أجيراً ليعمل في المال؛ لأن الاستئجار من عادة التجار وضرورات التجارة. كما له أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها؛ لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا به. وله أيضاً أن يستأجر السفن والدواب للعمل؛ لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق لتحصيل الربح، ولا يمكنه النقل بنفسه.

وله أن يوكل بالشراء والبيع؛ لأن التوكيل من عادة التجار، ولأنه طريق الوصول إلى الربح. وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة، وأن يرتهن بدين له منها على رجل؛ لأن الرهن بالدين والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه، وهو يملكها. ولكن ليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته؛ لأن المضاربة تبطل بالنهي والموت.

وللمضارب أن يسافر بالمال في الرواية المشهورة عند الحنفية، وكذلك عند المالكية وفي وجه عند الحنابلة^(٢)؛ لأن المقصود من المضاربة استثناء المال، ولأن العقد مطلق، كما أن اسم المضاربة دليل على جواز السفر؛ لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير^(٣). وقال الشافعي وفي وجه آخر عند الحنابلة: لا يسافر به إلا بإذن رب المال.

(١) الشرح الكبير: ٥٢١/٣.

(٢) قال القاضي أبو يعلى: قياس المذهب جوازه (أي سفر المضارب بالمال إذا لم يكن مخوفاً) بناء على السفر في الوديعة.

(٣) راجع هذه الأحكام في البدائع: ٨٧/٦ وما بعدها، تكلية فتح القدير: ٦٣/٧، ٧٩. مختصر الطحاوي: ص ١٢٥، المبسوط: ٢٨/٢٢ وما بعدها، ٦٨، تبيين الحقائق: ٥٧/٥، ٦٨، مجمع الضمانات: ص ٣٠٥ وما بعدها، الدر المختار بهامش رد المحتار: ٥٠٦/٤، الشرح الكبير للدردير: ٥٢٤/٣، ٥٢٨، مغني المحتاج: ٣١٥/٢، ٣١٧، كشف القناع: ٢٦٣/٢، المغني: ٣٥/٥-٣٨، الحرشي: ٢١١/٦، ط ثانية.

ما لا يجوز للمضارب فعله : ليس للمضارب في المضاربة المطلقة أن يفعل بعض الأفعال إلا بالنص عليها صراحة^(١) ، فليس له أن يستدين على مال المضاربة إلا بإذن صريح ، ولو استدان لم يجز على رب المال ، ويكون ديناً على المضارب في ماله ؛ لأن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال ، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه ؛ لأن ثمن المشتري مضمون على رب المال ، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به ، وهذا لا يجوز .

وإذا كانت الاستدانة لا تجوز ، فلا يجوز الإقراض من رأس المال من باب أولى .
وعدم جواز الاستدانة إلا بإذن صاحب المال هو مذهب الحنابلة والشافعية أيضاً .

وقال المالكية : لا يجوز للمضارب أن يشتري سلعاً بالدين وإن أذن له رب المال بالشراء ، فإن فعل ضمن ما اشتراه ، وكان الربح له وحده ، ولا شيء منه لرب المال ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن ، فكيف يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته ؟!

ولا يجوز للمضارب أيضاً أن يشتري سلعاً للقراض بأكثر من مال المضاربة تقدماً أو إلى أجل ، للنهي عن ربح ما لم يضمن ، وذلك لأن العامل يضمن ما زاد في ذمته .

فإن فعل كان ما يشتريه شركة بينه وبين رب المال بنسبة ما زاد على مال القراض . وهذا إذا لم يرض رب المال ، فإذا رضي بالتصرف ، كان ذلك من جملة القراض . ولا يجوز للمضارب أن يهب شيئاً كثيراً من مال القراض بغير ثواب^(٢) .

وليس للمضارب أخذ المال على سبيل القرض ليسلمه إلى مدين في بلد آخر

(١) البدائع : ٩٠/٦ وما بعدها ، تكللة فتح القدير : ٨٠/٧ ، البسوط : ١٧٨/٢٢ ، تبين الحقائق : ٦٩/٥ ، الدر المختار : ٥٠٧/٤ .

(٢) كشف القناع : ٢٥٦/٤ ، مغني المحتاج : ٢١٦/٢ ، الدردير : ٥٢٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢٢٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٣ ، الحرشي : ٢١١/٦ ، ٢١٦ ، ٢٢٦ ، ط ثانية .

يريده المقرض؛ لأنه يكون متحملاً بتبعة مخاطر الطريق، ولأن دافع المال (وهو المقرض) استفاد من هذه العملية، وقد ثبت النهي عن قرض جر نفعاً. وهذه هي المسألة المعروفة في الفقه بمسألة السفاتج^(١).

وكذلك ليس للمضارب أن يدفع المال إلى غيره مضاربة، أو أن يشارك به، أو أن يخلطه بماله نفسه أو بماله غيره، إلا إذا قال له رب المال: اعمل برأيك، أو أذن له بالتصرف. أما المضاربة فلا تجوز لأنها مثل المضاربة الأولى، والشيء لا يستتبع مثله، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، كما لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد. وأما الشركة فهي أولى ألا يملكها بمطلق العقد؛ لأنها أعم من المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله فما فوقه أولى. وأما الخلط فلأنه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره، فلا يجوز إلا بإذنه^(٢).

المضارب يضارب:

أولاً- مذهب الحنفية: لا يجوز للمضارب أن يضارب بالمال مع شخص آخر، إلا إذا فوضه رب المال، فإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال، فإن المال لا يكون عند أبي حنيفة مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني، ولا يتصرف المضارب الثاني فيه حتى يربح. فإذا ربح ضمن المضارب الأول لرب المال، أما قبل الربح فلا يضمن. فلو هلك المال في يد الثاني قبل أن يربح، هلك هلاك الأمانات.

وجه الحالة الأولى (أي قبل العمل): أن مجرد الدفع من المضارب إيداع منه،

(١) السفاتج: جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء، فارسي معرب: وهي سلف الخائف من غرر الطريق يعطى بموضع ويؤخذ حيث يكون متاع الآخر، فينتفع الدافع والقابض في ذلك (راجع القوانين الفقهية لابن جزي: ص ٢٥١، غاية المنتهى: ١٦٧/٢).

(٢) البدائع: ٩٥/٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٦٤/٧، تبين الحقائق: ٥٨/٥، الدر المختار بهامش رد المختار: ٥٠٧/٤.

وهو يملك إيداع مال المضاربة ، فلا يضمن بالدفع .

ووجه الحالة الثانية (أي بعد العمل) : أن الدفع من المضارب الأول إلى المضارب الثاني يعتبر إبطاعاً ، وهو يملك الإبطاع .

فإذا ربح الثاني فقد أثبت للأول شركة في المال ، فيضمن الأول لرب المال كما لو خلط المال بغيره .

هذا إذا كانت المضاربة صحيحة . فإن كانت فاسدة فلا يضمن المضارب الأول بعد الربح ؛ لأن المضارب الثاني أجير في المال حينئذ ، وله أجر مثله ، فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان .

وقال زفر : يضمن المضارب الأول بمجرد الدفع ، عمل الثاني أو لم يعمل ؛ لأن المضارب يملك الدفع على وجه الإيداع ، وهذا الدفع على وجه المضاربة ، فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً ، فصار ضامناً كالوديع إذا أودع الوديعة عند غيره .

وقال صاحبان وهو ظاهر الرواية : إذا عمل المضارب الثاني ضمن الأول المال ، ربح أولم يربح ؛ لأن المضارب الثاني لما عمل فقد تصرف الأول في المال بغير إذن المالك ، فيتعين به الضمان سواء ربح أم لم يربح^(١) . وحينئذ إذا عمل المضارب الثاني بخير رب المال : إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله ، وإن شاء ضمن الثاني .

فالراجح عند الحنفية : أن المضارب الأول لا يضمن في المضاربة الصحيحة بمجرد دفع المال إلى المضارب الثاني ، وإنما يضمن إذا عمل الثاني ، ربح المال أو لم يربح .

وأما الربح الناتج من المضاربة فيوزع حسب الشرط ، فيعطى لرب المال ربحه على حسب شرطه في عقد المضاربة الأولى ؛ وما يبقى من الربح بعدئذ يكون

(١) البدائع : ٩٦/٦ ، تكملة فتح القدير : ٧٠/٧ وما بعدها ، البسوط : ٩٨/٢٢ . تبين الحقائق : ٦٣/٥ ، الدر

المختار : ٥٠٩/٤ .

بين المضارب الأول والثاني على حسب شرطيهما في عقد المضاربة الثاني .

هذا ما ذهب إليه الحنفية والقاضي أبو يعلى من الخنابلة^(١) .

وقال ابن قدامة : ليس هذا موافقاً لأصول المذهب ، ولا لنص أحمد ، فإن أحمد قال : لا يطيب الربح للمضارب^(٢) .

ثانياً - مذهب غير الحنفية : قال المالكية : يضمن العامل إذا قارض في مال القراض بغير إذن رب المال ، أي دفعه لعامل غيره يعمل فيه ، لتعديده ، والربح حينئذ للعامل الثاني ولرب المال ، ولا ربح للعامل الأول ؛ لأن ربح القراض جُعِل لا يستحق إلا بتمام العمل ، والعامل الأول لم يعمل ، فلا ربح له ، ويغرم العامل الأول للثاني ما شرطه له من زيادة في الربح المستحق له من رب المال .

وقال الشافعية في الأصح : لا يجوز للعامل أن يقارض آخر ليشركه في العمل والربح ، ولو كان ذلك يأذن رب المال .

وحينئذ يظل القراض مع العامل الأول صحيحاً ، ويستحق العامل الثاني من الأول أجر المثل إذا عمل^(٣) ؛ لأن القراض على خلاف القياس ، وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالاً لا عمل له ، والآخر عاملاً ولو متعدداً ، فلا يعدل عما ذكر إلى أن يعقده عاملان مع نفسيهما ، فيصير القراض بين عاملين فلا يصح .

والخلاصة : أن المذاهب الأربعة متفقة على أن الضمان بمضاربة العامل غيره يستقر على الأول .

وأما خلاصة أحكام تصرفات المضارب في المضاربة المطلقة عند الحنفية فهي ثلاثة أنواع :

(١) المراجع السابقة ، الشركات للأستاذ الحفيف : ص ٨١ ، المغني : ٤٤/٥ .

(٢) المغني ، المكان السابق .

(٣) مغني المحتاج : ٣١٤/٢ ، المغني : ٤٣/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٣ ، الحرشي : ٢١٤/٦ .

١- نوع يملكه المضارب عرفاً: وهو جميع ماتتناوله أعمال التجارة عادة، كالبيع والشراء، والتوكيل فيها، وإن لم يؤذن له بذلك صراحة، ويكون شراؤه على المعروف، فلا يتجاوز ما يتغابن فيه الناس عادة، لأنه وكيل، وشراء الوكيل يقع بحسب المعتاد، أما البيع ففيه خلاف بين الحنفية، والراجح أنه يتقيد أيضاً بالمعتاد.

٢- ونوع لا يملكه إلا إذا فوض إليه العمل في المضاربة برأيه، فقال له: اعمل فيها برأيك، أو كما ترى: وهو ما يحتمل أن يلحق بأعمال التجارة، كإعطاء المال مضاربة لشخص آخر يضارب فيه، أو جعله رأس مال لشركة عنان، فإذا فوض له ذلك صح.

٣- ونوع لا يملكه المضارب إلا بالنص عليه صراحة، كالتبرعات، من هبة أو محابة بالبيع والشراء، والإقراض، والشراء لأجل عند الشافعية والمالكية والحنابلة، والشراء بأكثر من رأس المال والربح عند أكثر الفقهاء.

وأما المضاربة المقيدة: فتحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع الأحكام التي ذكرناها، وإنما تفارقها في قدر القيد الذي قيدت به، فإن خص رب المال تصرف المضارب في بلد بعينه، أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها، لأنه توكيل، وفي التخصيص بما ذكر فائدة، فيتخصص به.

أ- تعيين المكان: وعلى هذا إذا كان القيد متعلقاً بالمكان، كأن دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة على أن يعمل به في بلدة معينة كدمشق مثلاً، فليس له أن يعمل في غير دمشق؛ لأن قوله «على أن» من ألفاظ الشرط، وهو شرط مفيد؛ لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء، وفي السفر خطر.

وكذا لا يعطيها بضاعة^(١) لمن يخرج بها من دمشق، لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه فلأن لا يملك الإذن به أولى.

(١) أي أن يدفعها إلى شخص ليتجر في المال تبرعاً أي (بغير عوض).

فإن أخرجها من دمشق : فإن اشترى بها وباع ضمن ؛ لأنه تصرف لاعلى الوجه المأذون فيه فصار مخالفاً فيضمن ، وكان ما اشتراه لنفسه له ربحه وعليه خسارته ، لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : يطيب .

وإن لم يشتر بمال المضاربة شيئاً حتى رده إلى البلدة المعينة المذكورة برئ من الضمان ، ورجع المال مضاربة على حاله ، كالوديع إذا خالف أمر المودع ثم عدل عن المخالفة^(١) .

ولو دفع المال إلى رجل ليعمل في سوق دمشق العام ، فعمل في دمشق نفسها في غير سوقها ، فهو جائز على أساس المضاربة استحساناً عند الحنفية . والقياس ألا يجوز . وجه القياس : أنه شرط عليه العمل في مكان معين ، فلا يجوز في غيره ، كما لو شرط العمل في بلد معين .

ووجه الاستحسان أن التقييد بسوق دمشق غير مفيد غالباً ؛ لأن البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة ، فلا فائدة في هذا الشرط ، فيلغو ، ومن المقرر أن الشرط معتبر إذا كان مفيداً .

ولو قال له : « لاتعمل به إلا في سوق دمشق » فعمل في غير السوق ، فباع واشترى ، فهو ضامن ؛ لأن قوله السابق حجر له ، فلا يجوز تصرفه بعد الحجر . وفي المثال الأول لم يحجر عليه ، وإنما شرط عليه أن يكون عمله في السوق ، والشرط غير مفيد ، فيلغو .

وكذلك إذا قال له : « خذ هذا المال تعمل به في دمشق أو فاعمل به في دمشق » لم يجز له العمل في غيرها ؛ لأن « في » كلمة ظرف ، فتصبح دمشق ظرفاً للتصرف الذي

(١) البسوط : ٢٢ / ٤٢ ، ٤٦ ، تبين الحقائق : ٥ / ٥٩ ، البدائع : ٦ / ٩٨ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٦٤ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٥ .

أذن له فيه ، فلو جاز في غير دمشق لم تكن دمشق ظرفاً لتصرفه . وأما قوله « فاعمل به .. » فالفاء للوصل والتعقيب ، والمتصل المتعقب لمبهم تفسيره له .

وكذا قوله : « خذه بالنصف بدمشق » لأن الباء تفيد الإلصاق ، فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف : يعني أنه يجب عليه العمل بالمال ملصقاً بدمشق ، وهو أن يكون العمل فيها .

أما لو قال : « خذ هذا المال واعمل به بدمشق » فله أن يعمل به فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف ، وهو مما يجوز الابتداء به ، فيجعل مشورة ، كأنه قال : « إن فعلت كذا كان أنفع » .

ب - تعيين الشخص : ولو قال : « على أن تشتري من فلان وتبيع منه » صح التقييد عند الحنفية والحنابلة لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة . وخالف في هذا المالكية والشافعية كما عرفنا ؛ لأن هذا التقييد يمنع مقصود المضاربة وهو التقلب في الأسواق وطلب الربح .

ج - توقيت المضاربة : ولو وُتت المضاربة بوقت معين ، على أنه إذا مضى بطل العقد ، صح العقد عند الحنفية والحنابلة ؛ لأنه توكيل ، فيتأقت بما وقته ، والتوقيت مفيد ، وأنه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع والمكان^(١) .

و لم يصح العقد عند الشافعية والمالكية كما عرفنا لإخلال التأقيت بمقصود القراض ، إذ قد لا يربح في المدة ، وقد يكون الربح والحظ في إبقاء المتاع وبيعه بعد المدة المعينة^(٢) .

والضابط في تقييد المضاربة عند الحنفية : هو أن المضاربة تقبل التقييد المفيد

(١) البدائع : ٩٩ / ٦ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٦٥ / ٧ .

(٢) مغني المحتاج : ٢١٢ / ٢ ، المغني : ٦٢ / ٥ ، الشرح الكبير للدردير : ٥٢١ / ٣ .

ولو بعد العقد مالم يصر المال عرضاً؛ لأنه إذا صار المال من العروض التجارية، لا يملك رب المال عزل المضارب، فلا يملك تخصيصه. أما التقييد بغير المفيد فلا يعتبر أصلاً كنهيه عن بيع المال حالاً^(١).

ويرى الشافعية والمالكية: أن وظيفة المضارب هو التجارة في المال للاسترباح والتنية، وهو بالبيع والشراء مما جرت العادة بأن يتولاه التجار. وعليه فكل شرط يحول دون عمله المعتاد المتعارف مفسد للقراض عندهم^(٢).

التقييد الطارئ على المضاربة المطلقة: قال الحنفية: إذا كانت المضاربة مطلقة فخصصها رب المال بعد العقد:

فإن كان رأس المال بمجمله تقدماً أو اشترى به المضارب متاعاً ثم باعه وقبض ثمنه من النقود: فإن تخصيصه جائز، كما لو خصص المضاربة في الابتداء؛ لأن رب المال يملك التخصيص إذا كان فيه فائدة.

أما إذا كان مال المضاربة عروضاً فلا يصح تقييد رب المال للمضارب أو نهيه عن أمر حتى يصير رأس المال تقدماً، مثل أن يقول له: «لا تبع بالنسيئة» لأن المضاربة تمت بالشراء.

٣- وأما حقوق المضارب: التي يستحقها بعمله في مال المضاربة فهي شيئان: النفقة، والربح المسمى في العقد.

أولاً- أما النفقة من مال المضاربة: فاختلف الفقهاء في وجوبها للمضارب على أقوال ثلاث، فقال الإمام الشافعي في الأظهر من قولييه: لا نفقة للمضارب على نفسه من مال المضاربة لا حضراً ولا سفراً إلا أن يأذن له رب المال؛ لأن للمضارب

(١) الدر المختار: ٤ / ٥٠٨.

(٢) المراجع السابقة، الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الحنيف: ص ٧٤.

نصيياً من الربح ، فلا يستحق شيئاً آخر ، ويكون المأخوذ زيادة منفعة في المضاربة ، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح ، فيؤدي أخذه إلى انفراده به ، وقد تكون أكثر ، فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهذا ينافي مقتضى العقد ، فلو شرطت النفقة للمضارب في العقد فسد^(١) .

وقال قوم منهم إبراهيم النخعي والحسن البصري : له نفقته حضراً وسفراً^(٢) .

وقال جمهور الفقهاء منهم أبو حنيفة ومالك والزيدية : للمضارب النفقة في السفر من مال المضاربة بما يحتاج إليه من طعام وكسوة^(٣) ، إلا أن الإمام مالك قال : إذا كان المال يحمل ذلك .

وأما الحنابلة فأجازوا اشتراط المضارب نفقة نفسه في الحضراً أو في السفر^(٤) ، أي أنهم في هذا كالشافعية لا يوجبون النفقة للمضارب في السفر أو الحضراً إلا بالشرط .

ودليل هؤلاء المجيزين : هو أنه لو لم تجعل نفقة المضارب من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها . والسبب في استحقاق المضارب النفقة في السفر دون الحضراً : هو أنه حبس نفسه عن الكسب وسافر لأجل المضاربة ، فأشبهه حبس الزوجة التي تستحق النفقة بالاحتباس بخلاف الحضراً ، فلو أنفق المضارب في السفر من ماله الخاص تضرر بذلك .

والنفقة الواجبة للمضارب في مال المضاربة ، كما ذكر الحنفية : هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبية وهي الطعام والكسوة والإدام والشراب ، وأجر الأجير وأجرة الحمام ،

(١) المهذب : ١ / ٢٨٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٣١٧ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ٢٣٨ .

(٣) البداية ، المرجع السابق ، البدائع : ٦ / ١٠٥ ، تكللة فتح القدير : ٧ / ٨١ ، المبسوط : ٢٢ / ٦٣ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٥ ، الدردير : ٣ / ٥٣٠ ، المنتزح الختار : ٥ / ٣٢٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٢ ، الحرشي : ٦ / ٢١٧ وما بعدها ، ط ثانية .

(٤) المغني : ٥ / ٦٤ ، كشف القناع : ٢ / ٢٦٥ .

ودهن السراج والخطب ، وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه ، وغسل ثيابه ونحوه مما لا بد في السفر منه عادة . أما ثمن الدواء ففي مال المضارب خاصة في ظاهر الرواية ؛ لأن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع ، وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ، ودواؤها في مالها .

وعن أبي حنيفة رحمه الله : أن الدواء يدخل في نفقة المضارب ؛ لأنه لإصلاح بدنه ، ولا يتمكن من التجارة إلا به ، فصار كالنفقة^(١) .

وأما قدر النفقة : فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف ، فإن جاوز المعروف ضمن الفضل ؛ لأن الإذن ثابت بالعادة ، فيعتبر القدر المعتاد .

ولو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد ، وعاد بالمال ، فنفقته مادام مسافراً في مال المضاربة ؛ لأن عمل التجارة على هذا ، وهو أن الشراء قد يحصل في وقت دون وقت ، ومكان دون مكان .

ويكون للمضارب النفقة ، سواء سافر بمال المضاربة وحده ، أو بماله ومال المضاربة ، أو بمال المضاربة لواحد أو لاثنتين ، إلا أنه إذا سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين ، كانت النفقة من المالين بالحصص ؛ لأن السفر لأجل المالين ، فتكون النفقة فيهما^(٢) .

وأما ما تحتسب النفقة منه : فالنفقة تحتسب من الربح إن حدث ربح ، فإن لم يحدث فهي من رأس المال ؛ لأن النفقة جزء هالك من المال ، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربح .

(١) البدائع ٦ / ١٠٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٨١ ، تبين الحقائق : ٥ / ٧٠ ، الدر المختار : ٤ / ٥١٢ ، مجمع

الضمانات : ص ٣٠٨ .

(٢) البدائع : المصدر السابق .

ولو أقام المضارب في بلد من البلدان للبيع والشراء، ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً، فنفقته من مال المضاربة، ما لم يتخذ من البلد داراً للتوطن. وقال المالكية: ما لم يتزوج.

وإذا رجع المضارب إلى بلده: فما فضل عنده من الكسوة والنفقة رده إلى مال المضاربة؛ لأن الإذن له بالنفقة كان لأجل السفر، فإذا انقطع السفر لم يبق الإذن، فيجب رد ما بقي إلى مال المضاربة.

وإذا أنفق المضارب من ماله على نفسه فيما يحق له أن ينفقه من مال المضاربة، فما أنفقته فهو دين في مال المضاربة، كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه؛ لأن تدير أمره مفوض إليه^(١).

ثانياً- وأما الحق الثاني للمضارب فهو الربح المسمى: يستحق المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة الربح المسمى إن كان في المضاربة ربح، فإن لم يكن ربح فلا شيء للمضارب، لأنه عامل لنفسه فلا يستحق الأجر.

وإنما يظهر الربح بالقسمة، وشرط جواز القسمة قبض رأس المال، فلا تصح قسمة الربح قبل أخذ رأس المال من يد المضارب.

فلو دفع رجل إلى آخر ألف دينار مضاربة بالنصف، فربح ألفاً فاقسما الربح، ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال، فهلك^(٢) في يد المضارب بعد قسمة الربح، فلا تصح هذه القسمة، ويكون ما قبض رب المال محسوباً عليه من رأس ماله، وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلى رب المال حتى يستوفي رأس ماله، فإن فضل ربح فهو بينهما.

والدليل على أن رب المال يأخذ رأس ماله قبل قسمة الربح: هو ما روي عن

(١) البدائع، المصدر السابق: ص ١٠٧.

(٢) أي رأس المال.

الرسول ﷺ أنه قال : « مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله ، كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه »^(١) فدل الحديث على أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ؛ لأن الربح زيادة ، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل .

وإذا اختلف المضارب مع رب المال في رد المال ، فقال المضارب : قد كنت دفعت إليك رأس مالك قبل قسمة الربح ، وقال رب المال : لم أقبض رأس المال قبل القسمة ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ، ويرد المضارب ما قبضه لنفسه لإتمام رأس المال . فإن بقي شيء بعدئذ مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين . وإنما كان الحكم هو قبول قول رب المال ؛ لأن المضارب في هذه الحالة مدعي ، ورب المال منكر ، والمضارب وإن كان أميناً لكن القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه ، لا في التسليم إلى غيره^(٢) .

ويتفق الحنفية مع المالكية والشافعية في الأظهر عندهم ، في أنه لا يملك العامل حصة من الربح الحاصل بعمله إلا بقسمة المال لا بظهور الربح . وقال الحنابلة والزيدية : إن العامل يملك حصته من الربح بظهوره ولو لم يقسم المال . واتفق الفقهاء على أنه يجب على العامل أن يسلم لرب المال أولاً رأس ماله ، فلا يستحق شيئاً من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه . وما زاد عنه فهو ربحه ، ويكون بين العامل ورب المال بحسب الشرط^(٣) .

٤- وأما حق رب المال : فهو أن يأخذ حصته من الربح المسمى إذا كان في المال ربح ، وإن لم يكن فلا شيء له على المضارب^(٤) .

(١) ذكره الكسافي في البدائع : ١٠٧/٦ ، ولم أجده في كتب الحديث المشهورة .

(٢) البدائع : ١٠٧/٦ وما بعدها ، البسوط : ٢٠/٢٢ ، ١٠٥ ، تبين الحقائق : ٦٨/٥ ، رد المحتار : ٥١١/٤ .

(٣) مغني المحتاج : ٢١٨/٢ ، المؤني : ٥١/٥ ، غاية المنتهى : ١٧٥/٢ .

(٤) البدائع . المرجع المذكور : ص ١٠٨ .

المطلب الرابع - حكم اختلاف رب المال والعامل المضارب :

قد يختلف رب المال والمضارب في أمور تتعلق بتنفيذ مقتضى المضاربة كالإختلاف في عموم التصرفات أو خصوصها ، وفي تلف المال ، وفي رد المال ، وفي قدر الربح المشروط ، وفي قدر رأس المال .

فإن اختلفا في عموم التصرفات أو خصوصها ، فيقبل قول من يدعي العموم ، كأن ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الأمكنة أو مع عموم الأشخاص الذين يضارب معهم ، وادعى الآخر نوعاً دون نوع ، ومكاناً دون مكان ، وشخصاً دون شخص ، فيقبل قول مدعي العموم ؛ لأنه يتفق مع مقصود عقد المضاربة ، إذ المقصود من العقد هو الربح ، وهذا المقصود يتحقق بنحو أو فر في التعميم .

وكذلك يقبل قول من يدعي الإطلاق إذا اختلفا في الإطلاق والتقييد كأن قال رب المال : أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها ، وقال المضارب : ما سميت لي تجارة بعينها ، فيقبل قول المضارب مع يمينه ؛ لأن الإطلاق أقرب إلى تحقيق المقصود من العقد .

أما لو اختلف المتعاقدان في النوع المخصص للمضاربة فيه ، فقال رب المال : دفعت المال إليك مضاربة في القماش ، وقال المضارب : في الحبوب ، فالقول قول رب المال ؛ لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد ؛ لأن المضاربة تصلح في النوعين فيرجح أحدهما بالإذن الصادر من رب المال^(١) .

ب- وإن اختلف رب المال والمضارب في تلف المال ، فادعاه المضارب وأنكره رب المال ، أو اختلفا في الحيانة أو «التعدي» فادعاه رب المال وأنكر المضارب ،

(١) البدائع : ١٠٩/٦ ، تكملة فتح القدير : ٨٧/٧ ، المبسوط : ٤٢/٢٢ ، تبين الحقائق : ٧٥/٥ .

فالقول قول المضارب باتفاق العلماء ؛ لأن المضارب - كما عرفنا - أمين ، والأصل عدم الخيانة ، فكان القول قوله كالوديع .

ج- وإن اختلف العاقدان في رد المال ، فادعاه العامل وأنكره رب المال ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ، كما بينا ، ولأن المضارب قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله بالنسبة للرد كالمستعير .

وعند المالكية والشافعية في الأصح : القول هو قول المضارب ، لأنه مأمون كالوديع^(١) .

د- وإن اختلفا في قدر رأس المال يقبل قول المضارب باتفاق الفقهاء^(٢) كأن قال رب المال : دفعت إليك ألفين ، وقال المضارب : دفعت إلي ألفاً ، فيقبل قول المضارب ؛ لأن المتعاقدين اختلفا في مقدار المقبوض ، فكان القول قول القابض بدليل أنه لو أنكر القبض أصلاً ، وقال : لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله ، فكذا لو أنكر البعض دون البعض .

ولو اختلف المتعاقدان في قدر رأس المال وفي مقدار الربح أيضاً ، كأن قال رب المال : رأس المال ألفان ، والمشروط ثلث الربح . وقال المضارب : رأس المال ألف ، والمشروط نصف الربح ، فقال الحنفية والحنابلة : القول قول المضارب أيضاً في قدر رأس المال ، وقول رب المال في مقدار الربح .

هـ- وإذا اختلف رب المال مع المضارب في مقدار الربح المشروط في العقد : فقال الحنفية والحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد : القول قول رب المال ، مثل أن

(١) البدائع : ١٠٨/٦ ، المغني : ٧٠/٥ ، مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ ، المهذب : ٢٨٩/١ ، الشرح الكبير : ٥٢٦/٢ ، غاية المنتهى : ١٧٨/٢ .

(٢) تبين الحقائق : ٧٤/٥ ، البدائع : ١٠٩/٦ ، تكلية فتح القدير : ٨٦/٧ ، البسوط : ٢٧/٢٢ ، بداية المجتهد : ٢٤١/٢ ، مغني المحتاج : ٢٢١/٢ ، المهذب : ٢٨٩/١ ، المغني : ٦٩/٥ ، غاية المنتهى : ١٧٨/٢ .

يقول المضارب : شرطت لي نصف الربح ، فيقول رب المال : بل ثلثه ، فيقبل قول رب المال ؛ لأن صاحب المال ينكر الزيادة على النصف والقول قول المنكر^(١) ؛ لأن النبي ﷺ قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه »^(٢) .

وقال المالكية : القول قول المضارب يبيئه في قدر جزء الربح ؛ لأنه أمين ، وذلك بشرطين : أولهما - أن يأتي بما يشبه أحوال الناس في المضاربة . وثانيهما - أن يكون المال ما زال موجوداً في يد المضارب حساً أو معنى ، ككونه وديعة عند شخص أجنبي^(٣) .

وقال الشافعية : إذا اختلفا في القدر المشروط للعامل من الربح ، كأن قال : شرطت النصف ، فقال المالك : بل الثلث ، تحالفا ، كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن ، فلا يفسخ العقد بالتحالف ، بل يفسخه أحدهما أو الحاكم . ويكون للعامل حينئذ أجره المثل لعمله ، بالغة ما بلغت ، لتعذر رجوع عمله إليه ، فوجب له قيمته وهو الأجرة^(٤) .

و- وإن اختلف المتعاقدان في صفة رأس المال ، فقال رب المال : دفعت إليك مضاربة أو وديعة أو بضاعة لتشتري به وتبيع^(٥) ، وقال العامل : بل أقرضتني المال ، والربح لي ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ؛ لأن الشيء المدفوع ملكه ،

(١) المبسوط : ٨٩/٢٢ ، البدائع : ١٠٩/٦ ، المغني : ٧٠/٥ ، غاية المنتهى : ١٧٨/٢ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس ، ولفظه عند البيهقي في سننه : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البيئته على المدعي ، واليمين على من أنكر » (انظر نصب الراية : ٩٦/٤) وهناك حديث أخرجه الترمذي والدارقطني في سننهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته : « البيئته على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » (راجع نصب الراية : ٣٩٠/٤) .

(٣) الشرح الكبير : ٥٣٧/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤١/٢ .

(٤) مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ ، المهذب : ٣٨٩/١ .

(٥) أي أن الربح جميعه لرب المال ، لأن العامل لم يطلب لعمله بدلاً ، وعمله لا يتقوم إلا بالتسمية ، فكان وكيلاً متبرعاً ، وهذا هو معنى البضاعة .

فالقول قوله في صفة خروجه عن يده ، ولأن المضارب يدعي على رب المال التليك ، وهو منكر^(١) ، وذلك كالحلاف في نوع رأس المال .

ولو قال رب المال : أقرضتك ، وقال المضارب : دفعت إلي مضاربة فالقول قول المضارب باتفاق العلماء^(٢) ؛ لأنها اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال ، ورب المال يدعي على المضارب الضمان ، وهو ينكر ، فكان القول قوله .

المطلب الخامس - مبطلات المضاربة

تبطل المضاربة في الحالات التالية^(٣) :

١- الفسخ والنهي عن التصرف أو العزل : تبطل المضاربة بالفسخ ، وبالنهي عن التصرف أو العزل إذا وجد شرط الفسخ والنهي : وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي ، وأن يكون رأس المال ناضباً أي نقداً وقت الفسخ والنهي ، حتى يتبين ما إذا كان هناك ربح مشترك بين المضارب ورب المال ، فإن كان متاعاً لم يصح العزل . ويترتب عليه أنه إذا لم يعلم المضارب بالفسخ أو بالنهي وتصرف ، جاز تصرفه ، وإذا علم بالعزل وكان المال أمتعة « عروضاً » فله أن يبيعه لينض رأس المال ويظهر الربح ، ولا يملك رب المال عندئذ نهيته عن البيع لما فيه من إبطال حقه . وهذا متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة .

٢- موت أحد العاقدين : إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة عند الجمهور ؛ لأن المضاربة تشتمل على الوكالة ، والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل .

(١) تبين الحقائق : ٧٥/٥ ، تكلة فتح القدير : ٨٦/٧ ، البدائع : ١١٠/٦ ، البسوط : ٩١/٢٢ ، المغني : ٧١/٥ .

(٢) المراجع السابقة ، الشرح الكبير : ٥٣٦/٢ ، مغني المحتاج : ٣٢١/٢ .

(٣) البدائع : ٦ ص ١١٢ وما بعدها ، تكلة فتح القدير : ٧ ص ٧٤ وما بعدها ، تبين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ٦٦

وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٣٠٨ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ ص ٥١٠ ، وانظر مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٩

وما بعدها ، المهدب : ١ ص ٣٨٨ ، المغني : ٥ ص ٥٨ ، كشف القناع : ٢ ص ٢٦٩ ، الشرح الكبير للدردير :

٣ ص ٥٣٥ .

ويتم بطلان المضاربة سواء علم المضارب بموت رب المال أم لم يعلم؛ لأن الموت عزل حكيم، فلا يقف على العلم، كما في الوكالة.

وقال المالكية: لا تنفسخ المضاربة بموت أحد العاقدين، ولورثة العامل القيام بالمضاربة إن كانوا أمناء، أو يأتوا بأمين^(١).

٣- جنون أحد العاقدين: تبطل المضاربة بجنون أحد المتعاقدين إذا كان عند غير الشافعية مطبقاً؛ لأن الجنون يبطل الأهلية، وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة، مثل الإغماء والحجر على رب المال نفسه. أما الحجر على المضارب للسفه فإنه لا ينعزل عند الحنفية؛ لأنه يصبح حينئذ كالصبي المميز، والمميز عندهم أهل لأن يوكل عن غيره، فكذلك السفه.

٤- ارتداد رب المال عن الإسلام: إذا ارتد رب المال عن الإسلام، ومات أو قتل على الردة، أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه، بطلت المضاربة من يوم الردة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن اللحوق بدار الحرب بمنزلة الموت، وهو يزيل أهلية رب المال بدليل أن المرتد يقسم ماله بين ورثته.

وإذا ارتد المضارب فالمضاربة على حالها لتوافر أهليته، حتى إنه لو اشترى وباع وربح، ثم قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل مما ذكر جائز، والربح بينها على ما شرط؛ لأن عبارة المرتد صحيحة لتوافر التمييز والأدمية دون خلل فيهما.

ويلاحظ أنه إذا صار رأس المال متاعاً، فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال «أي يتحول إلى النقدية»، وحينئذ لا ينعزل المضارب بالعزل والنهي ولا بموت رب المال ولا برده أيضاً^(٢).

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٨٣.

(٢) المبسوط: ص ١٩، ١٠٤، ٢٢، ٨٦، تكملة فتح القدير: ص ٧، ٧٦، البدائع، المرجع السابق.

٥- هلاك مال المضاربة في يد المضارب : إذا هلك رأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً بطلت المضاربة ؛ لأن المال تعين لعقد المضاربة بالقبض ، فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة .

وكذا تبطل المضاربة باستهلاك المضارب مال المضاربة أو إنفاقه أو دفعه إلى غيره ، فاستهلكه ، حتى إن المضارب لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة . فإن أخذ المضارب مثل المال من الذي استهلكه ، كان له أن يشتري به على المضاربة .

هذه هي الحالات التي تبطل بها المضاربة كما ذكر الحنفية . وإذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس ، وامتنع المضارب عن تقاضي الديون وقبضها : فإن كان المضارب قد ربح ، أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لأنه بمنزلة الأجير ، والربح كالأجر له ، والأجير مجبور على العمل فيما التزم . وإن لم يكن هناك ربح لم يلزمه اقتضاء الدين ، لأنه يعتبر وكيلاً ، والوكيل متبرع ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ماتبرع به ، غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين ، حتى يمكنه قبضه ؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد ، فلا تثبت ولاية القبض لرب المال إلا بالحوالة من العاقد ، فيلزمه أن يحيله حتى لا يضيع حقه .

وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ؛ لأن الربح تابع للمال ، ورأس المال أصل له ، ولا يعتبر التبعية قبل حصول الأصل ، فيكون صرف الهلاك إلى التابع أولى . فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب ؛ لأنه أمين .

الشركات بين القديم والحديث في الفقه الإسلامي

الإسلام دين الحياة كما هو معروف ، فما من كسب مشروع حلال إلا أقرته الشريعة ، وما من كسب مشبوّه يوقع في النزاع والجدال ، ويحطم علاقات الود والتعاون بين الناس إلا حظرتّه الشريعة ، وأوصدت الباب أمامه ، فالشريعة مع الناس يسراً وساحة إذا تحققت مصالحهم دون تصادم بينهم ، وهي لا تقرهم إذا هم أوقعوا أنفسهم في متاهات الجهالة والمنازعات والظلم والاستغلال ، وعليه نظمت الشركات في الإسلام على أساس التراضي المشترك ، والعدل ، ومراعاة المصالح ، والأعراف الصحيحة المشروعة ، وأن الأصل في العقود هو الإباحة والحل ، وما أجمل قول الفقهاء في هذا الصدد : « الشركة تنعقد على عادة التجار » .

ومن أهم موارد الكسب المشروع ثلاثة هي : التجارة والصناعة والزراعة ، وقد يقوم الفرد عند استطاعته بها ، والغالب أنه يحتاج إلى التعاون مع غيره ، لعدم توافر القدرات والإمكانات المالية أو البشرية لديه ، سواء بالنسبة للخبرة الفنية ، أو الجهد ، أو من أجل التخفيف من احتمالات المخاطر التي قد تصادف المرء في خضم الحياة الرهيب . ومن هنا شرعت الشركة في الشرائع السماوية ؛ لأن التعاون بين الناس أمر ضروري ، وقد قص القرآن الكريم علينا على لسان داود عليه السلام نبأ الشركاء فقال تعالى : ﴿ وإن كثيراً من الخلقاء ليبيغي بعضهم على بعض ، إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، وقليل ما هم ﴾^(١) ، وأشرك الله بعض الورثة في بعض الأنصبة فقال عن الإخوة لأم : ﴿ فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ .

(١) الخلقاء هنا أي الشركاء .

وأكدت السنة النبوية مبدأ مشروعية الشركة ، ففي الحديث القدسي : « إن الله عز وجل يقول : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانته خرجت من بينهما » والمعنى : أنا معهما بالحفظ والإعانة ، أمدهما بالمعونة في أموالهما ، وأنزل البركة في تجارتها ، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما . وقد أقر النبي ﷺ تعاون الناس بالشركة ، كما في أحاديث كثيرة ، وقال : « يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا » وصح أن السائب بن أبي السائب قال للنبي ﷺ بعد بعثته : « كنت شريكاً في الجاهلية ، فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني » [أي لا تمنعني ولا تحاورني] رواه أبو داود . ولفظ ابن ماجه : « كنت شريكاً ونعم الشريك ، كنت لا تداري ولا تماري » وجاء السائب يوم الفتح ، فقال له النبي عليه السلام : « مرحباً بأخي وشريكي ، كان لا يداري ولا يماري » .

والشركة كما أبان الحنفية هي : عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح .

وتعددت أنواع الشركات قديماً وحديثاً ، إما على أساس الاشتراك في الأموال ، أو في الأعمال والتصرفات ، أو في الضمان (الالتزام) .

فشركة الأموال تعتمد على عنصر الاشتراك في رأس المال . وشركة الأعمال تعتمد على الحرفة والصناعة وضمان العمل ، وشركة الوجوه تتركز على عنصر ثقة الناس بالشريكين ، من غير أن يكون لهما رأس مال .

وقد أجاز فقهاء الحنفية والزيدية كل أنواع الشركات : الإجبارية وهي شركات الأملاك ، والاختيارية وهي شركات العقود . ومن أهم أنواع الشركات في الماضي والحاضر : شركة المضاربة وهي التي يكون المال فيها من جانب ، والعمل من جانب آخر ، أجازها الشرع لحاجة الناس إليها ، إذ قد يوجد ذو المال الذي لا يتمكن من التصرف فيه ، ويوجد من يحسن التصرف ولا مال له ، ويوزع الربح بينهما

حسب الاتفاق ، ويتحمل صاحب رأس المال الخسارة وحده ، ويكفي العامل ضياع جهده وعمله .

وتعارف الناس في عصرنا الحاضر أنواعاً جديدة من الشركات ، نظم القانون المدني بعضها كشركة التضامن والتوصية البسيطة والمساهمة وغيرها ، وأغفل تنظيم بعضها الآخر كشركة المحاصة والشركة على البهائم ، وشركة السيارات إما مع إجارة أو بدون إجارة ، ولا بد لنا من بيان حكم هذه الشركات في الشريعة ، لكثرة سؤال الناس عنها ، وتعارفهم ألواناً من الشركات قد تكون معقدة وغير جائزة .

واكتفى القانون المدني الأردني المستمد من الشريعة ببيان أحكام بعض أنواع الشركات بنحو خاص وهي شركة الأعمال ، وشركة الوجوه ، وشركة المضاربة في المواد ٦١١ - ٦٢٥ بعد بيان الأحكام العامة للشركات بوجه عام في المواد ٥٨٢ - ٦١٠ وقد استقى هذا القانون أحكام شركتي الأعمال والوجوه من المذهب الحنفي والحنبلي ، وأحكام شركة المضاربة من المذهب الحنفي .

والقانون المدني الوضعي في سورية ومصر قسم الشركات إلى قسمين : شركات أشخاص وشركات أموال .

أما شركات الأشخاص : فهي التي يبرز فيها العنصر الشخصي ، فتقوم على شخصية الشركاء والثقة المتبادلة بينهم ، بصرف النظر عن المال الذي يقدمه كل شريك . وهي تشمل شركة التضامن ، وشركة التوصية البسيطة ، وشركة المحاصة .

وأما شركات الأموال فهي التي تعتمد عند تكوينها على عنصر المال ، بقطع النظر عن شخصية الشريك ، وهي تشمل شركة المساهمة ، وشركة التوصية بالأسهم ، والشركة ذات المسؤولية المحدودة .

فما حكم كل نوع من هذه الأنواع في الشريعة الإسلامية ؟

١- شركة التضامن : وهي الشركة التي يعقدها اثنان أو أكثر بقصد الاتجار في جميع أنواع التجارات أو في بعضها ، ويكون الشركاء فيها مسؤولين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة ، ليس في حدود رأس المال فقط ، بل قد يتعدى ذلك إلى الأموال الخاصة لكل شريك .

ويلاحظ أن لعنصر الضمان (أو الكفالة أو الالتزام) في هذه الشركة شهاً فيما تتميز به شركة المفاوضة التي لم يجزها غير الحنفية والزيدية ، وهي التي تتطلب الاشتراك في عوم التجارات ، بشرط التساوي بين الشركاء في رأس المال والتصرف والدين أي الملة ، ويكون كل شريك كفيلاً عن الآخر فيما يلتزم به من التزامات تتعلق بالشركة . وبما أن تحقيق المساواة بين الشركاء أمر عسير ، لاحتمال حدوث زيادة في أموال كل من الشركاء ، فتصبح هذه الشركة نادرة الوجود ، أو قصيرة الأجل واعدة الاستمرار ، مما يجعلها سريعة التحول والانقلاب إلى شركة عنان .

وشركة العنان لا تتطلب المساواة في المال ولا في التصرف ولا في الملة ، وهي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه ، والربح بينهما . فيجوز أن يكون مال أحدهما أكثر من الآخر ، كما يجوز أن يكون أحدهما مسؤولاً عن الشركة ، والآخر غير مسؤول ، فليس فيها كفالة ، فلا يطالب أحدهما إلا بما عقده بنفسه من التصرفات ، أما تصرفات شريكه فهو غير مسؤول عنها . ويقسم الربح بينهما حسب شرطها الذي اتفقا عليه عند جمهور الفقهاء (خلافاً للشافعي فإن الربح عنده على قدر المال) ، فيجوز أن يزيد ربح أحدهما عن الآخر بسبب خبرته في التجارة ، مع التساوي في رؤوس الأموال أو التفاوت فيها ، وتكون الوضعية أو الخسارة على قدر رأس المال باتفاق المذاهب عملاً بالحديث « الربح على ما شرطنا ، والوضعية على قدر المالين » ولا مانع في تقديري خلافاً لرأي الكمال بن الهمام الحنفي من اشتراط الكفالة في شركة العنان ، فيصبح كل شريك كفيلاً عن صاحبه وضامناً له ؛ لأن الكفالة عقد تبرع ، وقد شرطها الشريكان ، وهي جائزة في غير الشركة ، وإذا جازت الكفالة بين

شخصين لا علاقة مالية بينها ، فلأن تجوز بين شخصين ارتبطا بعقد الشركة أولى .
ويؤكد ذلك أن الأصل في العقود هو التراضي ، والشركة عقد يقوم على التراضي ،
فيلزم الوفاء بكل شرط لا يصادم النصوص الشرعية .

٢- شركة التوصية البسيطة : هي الشركة التي تعقد بين شركاء بعضهم متضامنون ، وبعضهم موصون ، فالمتضامنون هم الذين لهم أموال ويقومون بأعمال إدارة الشركة ، وهم مسؤولون عن الإدارة ، متحملون لالتزاماتها ، متضامنون في هذه المسؤولية وفي إيفاء ديون الشركة . والموصون : يقدمون المال ، ولا يسألون عن إدارتها ، ولا يتحملون التزاماتها .

وهذه الشركة جائزة أيضاً ، لأن فقهاءنا أجازوا في شركة العنان أن يشترط العمل لأحد الشركين ، ويسأل عنه دون غيره ، ويجوز بناء على ذلك أن تشترط زيادة الربح للعامل ، أو يقدر له مرتب خاص ، ويكون أجيراً . ولا فرق بين أن يكون المسؤول عن إدارة الشركة شريكاً واحداً أو أكثر ، وغير المسؤول واحداً أو أكثر ، فاشتراط الكفالة والمسؤولية بين الفريق الأول دون الثاني جائز ، كما بينا في شركة التضامن .

كما أنه يمكن جعل هذه الشركة نوعاً من أنواع شركة المضاربة ، الشريك المتضامن هو المضارب ، المتصرف في الشركة ، المسؤول عن الحقوق المتعلقة بها أمام الغير . والشريك الموصي هو رب المال في شركة المضاربة ، وهو غير مسؤول عن إدارة الشركة ، ولا يضمن لأصحاب الحقوق المتعاملين حقوقهم ، ولا يتحمل من الالتزامات إلا خسارة رأس ماله في حالة الخسارة ، ولا يسأل العامل المضارب عن الخسارة فيما يسمح له من التصرفات ، ويكون المضارب حر التصرف بحسب عادة التجار ، وتوزع الأرباح على حسب الاتفاق بين المشاركين في شركة المضاربة .

والخلاصة : أن هذه الشركة تعتبر شركة مضاربة مع بعض الفروق الطفيفة

بينها في الأحكام الفقهية . ويلاحظ أن انتشار شركات المساهمة حدّ كثيراً من انتشار شركات التوصية ؛ لأن شركات المساهمة تمارس عادة نشاطاً واسعاً في الاستثمارات ، وكثيراً ما يكون التوفيق حليفها لما يتوفر لها من رؤوس أموال كبيرة . ومزية شركة التوصية تتحقق في شركة المساهمة ، وهذه المزية هي أن المساهم لا يكتسب صفة التاجر ، ولا يسأل إلا في حدود قيمة الأسهم التي اكتتب فيها .

٣- شركة المحاصة : هي عقد كباقي العقود ، بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال ، أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ، إلا أنها تمتاز بخفائها عن الجمهور ، فليس لها رأس مال شركة ، ولا عنوان شركة ، فهي غير معروفة من الناس ، وليس لها وجود ظاهر ، وليس لها شخصية معنوية مستقلة كباقي الشركات . فهي شركة وقتية كالتي تنشأ في مزاد مثلاً أو في صفقة خاصة تنتهي بانتهائها ، وتصفى الأرباح عقب الفراغ منها . فالذي يبرز منها شريك واحد يتعامل في الظاهر باسمه ، وتبقى الشركة مستترة ، ليس لها شخصية اعتبارية .

وهذه الشركة إجمالاً جائزة شرعاً ؛ لأنها نوع من أنواع شركة العنان ، ليست فيها مساواة ، ولا تضامن ، ولا تكافل ، وهي مغفودة على نوع خاص من أنواع التجارات ، والربح يوزع فيها حسب الاتفاق ، والخسارة تكون حسب رؤوس الأموال التي استعملت فيها .

وبصفة دقيقة تعد شركة المحاصة شركة عنان إذا كانت حصص الشركاء شائعة الملكية بين الشركاء . وتعد شركة عنان ومضاربة إذا احتفظ كل شريك بملكية حصته ، لكنه ساهم لواحد لاستثمارها مع بقية الحصص لمصلحة الكل ، على أن يقتسموا الربح أو الخسارة فيما بينهم بحسب الاتفاق أو الحصص . فالمال المقدم من أصحابه إلى أحدهم يعد مضاربة ، ويكون الشريك المتصرف مضارباً ، لكنه لما كان متقدماً بجزء من رأس المال فهو شريك عنان أيضاً ، كما أنه إذا تصرف معه بعض

الشركاء في إدارة الشركة ، كانت الشركة شركة عنان بينهم . وأما الذين لم يساهموا في الإدارة فهم شركاء مضاربون . ومن المعلوم أن شركة المفاوضة : هي اشتراك أنواع من شركة العنان والوجوه والأبدان ؛ لأن ماصح بانفراده ، صح مع غيره . فيجوز بناء عليه تعدد أنواع من الشركات في شركة واحدة .

٤- شركة المساهمة : هي أهم أنواع شركات الأموال ، وهي التي يقسم فيها رأس المال إلى أجزاء صغيرة متساوية ، يطلق على كل منها سهم غير قابل للتجزئة ، ويكون قابلاً للتداول . وتتحدد مسؤولية المساهم بقدر القيمة الاسمية لأسهمه . ويعتبر مدير الشركة وعمالها أجراء عند المساهمين ، لهم مرتبات خاصة ، سواء أكانوا مساهمين أم غير مساهمين . وليس لمدير الشركة أن يستدين عليها بأكثر من رأس مالها ، فإن فعل ضمن هو ، ولا ضمان على المساهمين إلا في حدود أسهمهم . وتوزع الأرباح بنسبة الأسهم أي بنسبة رؤوس الأموال . وتسمى شركة مغفلة لإغفال الاعتبار الشخصي فيها ، وإنما الاعتبار الأول في تكوينها هو للمال ، وليس لشخصية الشركاء ، بل لا يعرف الشركاء بعضهم بعضاً ، ولا يعرفون شيئاً عن إدارة الشركة إلا ما يعرضه مجلس إدارتها على الجمعية العمومية عند اجتماعها كل سنة . ورأى المشرع الوضعي قصر نشاط الشركات المساهمة على المشروعات الكبيرة نسبياً التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة لا تتوافر عادة لدى الأشخاص ، كصناعة الغزل والنسيج ، والمنسوجات القطنية وغيرها ، والحديد والصلب ، والخزف ونحو ذلك .

وهذه الشركة جائزة شرعاً ؛ لأنها شركة عنان ، لقيامها على أساس التراضي ، وكون مجلس الإدارة متصرفاً في أمور الشركة بالوكالة عن الشركاء المساهمين ، ولا مانع من تعدد الشركاء ، واقتصار مسؤولية الشريك على أسهمه المالية مشابهة لمسؤولية رب المال في شركة المضاربة . ودوام الشركة أو استمرارها سائغ بسبب اتفاق الشركاء عليه ، والمسامون على شروطهم فيما هو حلال . وإصدار الأسهم أمر جائز شرعاً . أما إصدار السندات أي القروض بفائدة فلا يحل شرعاً .

٥- شركة التوصية بالأسهم: هي التي تضم نوعين من الشركاء: متضامنين ومساهمين، والمساهمون كالشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة، لا يسأل الواحد منهم إلا في حدود الحصة التي يقدمها، إلا أن المساهمين عددهم أكثر بحيث يسمح بقيام جمعية عمومية منهم، ويختلف المساهم عن الموصي في أن الأول يملك أسهماً قابلة للتداول، بعكس الثاني. ولا اعتبار لأشخاص الشركاء، وإنما الاعتبار لأموالهم في هذه الشركة.

وهي شركة جائزة شرعاً؛ لأنها نوع من شركات العنان التي يشترط فيها التضامن بين بعض الشركاء، وتلك كفالة جائزة. وحرية الشريك المتضامن بالتصرف مستمدة من إذن الشركاء الآخرين. وعمل المتضامنين في أموال المساهمين خاضع لأحكام شركة المضاربة، ولأمانع من كون بعض الشركاء مساهمين كما بينا في شركة المساهمة؛ لأن تقديم الحصة بالأسهم جائزة شرعاً، خصوصاً إذا انحصر عدد المساهمين، وعرف بعضهم بعضاً.

٦- الشركة ذات المسؤولية المحدودة: هي شركة تجارية كباقي شركات الأموال، ولا اعتبار فيها لشخصية الشركاء، واشترط القانون فيها ألا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكاً، لا يكون كل منهم مسؤولاً إلا بقدر حصته. فهي تجمع بين خصائص شركات الأموال وشركات الأشخاص. ففيها من شركات الأموال أن مسؤولية الشريك محدودة بمقدار حصته، وأن حصته تنتقل إلى ورثته، وإدارتها كما في شركات المساهمة، يجوز أن يعين لها مدير من المساهمين أو من غيرهم بمرتب محدد، ويكون أجيلاً، أو يديرها أحد الشركاء نظير جزء من الأرباح. وفيها من شركات الأشخاص أن الشريك يكون صاحب حصة في الشركة وليس مساهماً، ولا تكون حصص الشركاء قابلة للتداول كالأسهم التجارية. وأهم ما يميزها أنها تتم بالاشتراك الشخصي لا بالاكتمال العام.

وكل ذلك جائزة شرعاً، وتعتبر هذه الشركة من شركات العنان، وقد يكون

فيها بعض خصائص المضاربة كما في تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته ، كما أن رب المال في المضاربة لا يسأل إلا في حدود رأسماله .

والخلاصة : أن هذه الشركات التي أقرها القانون المدني ليست غريبة عن قواعد الفقه الإسلامي ، وإنما هي منسجمة مع أنظمة الشركات التي عرفها فقهاؤنا ، ولكنها متطورة بحسب حاجة العصر وعرفه ، فشركات الأشخاص تعتبر جميعها من قبيل شركة المضاربة في الفقه الإسلامي مع اختلاف في بعض الأحكام بين الشريعة والقانون حسباً تقتضيه مصلحة الناس وطبيعة التطور . وشركات الأموال تعتبر في الغالب من قبيل شركات العنان ، مع بعض أوصاف شركة المفاوضة في حال التضامن ، أو أوصاف شركة المضاربة في حال تحديد مسؤولية الشريك بمقدار حصته فقط . والإدارة توكيل في القيام بالأعمال ، إذا كان المدير شريكاً مساهماً ، والوكالة تصح بأجر أو بغير أجر أو أن المدير أجير بعقد الاستئجار أو التوظيف إذا كان غير مساهم ، فهو يعمل بأجر بحكم التوظيف ، لا بحكم المشاركة .

شركات السيارات : كثيراً ما تنعقد الشركة في ملكية سيارة شاحنة أو صغيرة سياحية أو لنقل الركاب ، ويكون بعض الشركاء ملاكاً لحصص معينة ، وواحد منهم سائق للسيارة وشريك يملك بعض الأسهم معاً ، ويتقاضى السائق عادة أجراً أو راتباً شهرياً معيناً ، وقد يوافق مالك السيارة على أن يتنازل عن ربعها مثلاً للسائق على أن تسدد قيمة الربع من الأرباح في المستقبل . وهذا كله جائز لتعارف الناس ؛ لأن الشركة تنعقد على حسب العادة ، وهي مبنية على التوسع والمساحة ، وتنعقد أيضاً على الضمان أو على ذمم الشركاء أو على عملهم ، والشركة تنبني على الوكالة أو على الوكالة والكفالة . ويأخذ السائق حصته من الأرباح ، كما يتقاضى الأجر المتفق عليه ، ولا مانع من أن يكون الأجر مقطوعاً محددًا أو مسمى ، أو جزءاً نسبياً من الربح . وقد بينا في بحث شركة المساهمة وشركة التضامن أنه لا مانع شرعاً من اعتبار مدير الشركة أجيراً موظفاً على العمل . ولا مانع من وجود صفتي الشركة والإجارة ، في

شيء واحد ، لأن المنع من وجود عقدين في عقد أو شرطين في عقد يزول إذا زالت علته أو حكته وهو عدم إثارة النزاع والجدال ، وعدم المنازعات جرى عليه العرف والعادة ، فلم يعد الشرط مفسداً ، وللناس فيها حاجة .

شركة البهائم : تقوم شركات متعددة في وقتنا الحاضر بين الناس لرعي الماشية أو لتربية الأبقار والأغنام ، فيقدم المال من شريك ، والعمل من الشريك الآخر ، وقد يشترك الشريكان في دفع ثمن البهائم ، ثم ينفرد أحدهما في العمل إما بالرعي أو بتقديم الطعام والشراب ، والحراسة والتنظيف . وذلك كله جائز شرعاً بشرط انتفاء الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع والخصام ، ولا تضر الجهالة اليسيرة التي لا تفضي إلى النزاع ، ويتسامح الناس فيها عادة . وبناء على هذا المبدأ يعرف حكم الصور الآتية :

١- إذا اشترى شخص بعض البهائم ، ودفع ثمنها كله من ماله ، وتعهد شخص آخر بتربيتها وشراء الطعام لها ، فهذه الشركة لا تصح ؛ لأن ما يشتريه العامل من الطعام مجهول جهالة فاحشة تؤدي إلى المنازعة فيفسد أو يبطل العقد .

٢- إذا كان ثمن العلف يستوفى مما تنتجه البهائم من ألبان ، ويوزع باقي ريع اللبن على الشريكين ، فلا تصح الشركة ، إذ قد يكفي اللبن للطعام وقد لا يكفي . فإذا تكفل صاحب رأس المال بما قد تحتاجه من طعام ، صح العقد .

٣- إذا اقتصر عمل العامل على التربية والرعاية والإطعام . وتكفل أو تعهد رب المال بأثمان النفقات والطعام ، صححت الشركة ، وتكون شركة مضاربة . ولا يقال : إن تناول الحيوان طعامه باختياره أمر طبيعي ، لأثر له في نمو وزيادة الحيوان ، كما تصور الحنفية ؛ لأن عمل العامل ضروري من تقديم الطعام بنسب معينة وفي وجبات مخصصة ، والقيام بالخدمة والإشراف والتنظيف والرعاية ، وفي ذلك أثر ملحوظ في تسمين الحيوانات وزيادة سعرها ، وتحسين نتاجها .

٤- إذا اشترك اثنان في دفع ثمن الحيوان ونفقة الطعام والشراب ، وتبرع أحدهما

بالخدمة ، صحت الشركة ؛ لأنها اقتضت على المشاركة في رأس المال ، دون العمل .

٥- الصورة الغالبة الآن : هي الاشتراك في أثمان الماشية ، وأخذ الراعي أو العامل ألبان الماشية وأسنانها نظير القيام بما يلزمها من خدمة وعناية ورعاية ، وأما النتاج من أولاد وأصواف فيقسم بين الشريكين مناصفة . هذه الشركة جائزة شرعاً كما قررت لجنة الفتوى بالأزهر عام ١٩٤٨ ، لتعامل الناس بها وتعارفهم عليها ، وحاجتهم إليها ، ولم يوجد نص يحظرها من كتاب أو سنة أو إجماع ، ولا يترتب عليها حدوث منازعات وعداوات ، فتجوز تسييراً على الناس ، وأما الجهالة فهي يسيرة لا تفضي إلى المنازعة .

والخلاصة : أن دين الله يسر لا عسر ، والأعراف الصحيحة التي لا تصادم الشريعة معتبرة ، والاجتهاد في ذلك متعين ، والتجديد والتطور أمران ضروريان .

انتهى الجزء الرابع
ويتبعه الجزء الخامس
تمة العقود، الملكية وتوابعها

وقفه
للإسلام
مكتبة

فهرس

الجزء الرابع

الصفحة	الموضوعات
٥	تقديم
	القسم الثاني- النظريات الفقهية
٧	الفصل الأول- نظرية الحق
٨	المبحث الأول- تعريف الحق وأركانه
٨	المطلب الأول- تعريف الحق
١٠	المطلب الثاني- أركان الحق
١٣	المبحث الثاني- أنواع الحق
١٣	التقسيم الأول- باعتبار صاحب الحق (حق الله وحق العبد والحق المشترك)
١٦	تقسيم حق العبد أو الشخص
١٦	الأول- حقوق تقبل الإسقاط وحقوق لا تقبل الإسقاط
١٧	الثاني- حقوق تورث وحقوق لا تورث
١٨	التقسيم الثاني- باعتبار محل الحق
١٨	١- الحقوق المالية وغير المالية
١٩	٢- الحق الشخصي والحق العيني وخصائهما
٢١	٣- الحقوق المجردة وغير المجردة

٢٢	التقسيم الثالث- باعتبار المؤيد القضائي وعدمه
٢٢	المبحث الثالث- مصادر الحق أو أسبابه
٢٥	المبحث الرابع- أحكام الحق
٢٥	١- استيفاء الحق- الظفر بالحق
٢٨	٢- حماية الحق
٢٩	٣- استعمال الحق بوجه مشروع
٢٢	قواعد منع التعسف في استعمال الحق
٢٨	آثار أو أحكام التعسف
٣٩	٤- نقل الحق
٣٩	٥- انقضاء الحق
٤٠	الفصل الثاني- الأموال
٤٠	المبحث الأول- تعريف المال وإرثه
٤٢	الأشياء غير المادية- الحقوق والمنافع
٤٣	المبحث الثاني- أقسام المال
٤٤	المطلب الأول- المال المتقوم وغير المتقوم
٤٦	المطلب الثاني- العقار والمنقول
٤٩	المطلب الثالث- المال المثلي والقيمي
٥٢	الذمة المالية وخصائصها
٥٣	انتهاء الذمة
٥٥	المطلب الرابع- المال الاستهلاكي والاستعمالي
٥٦	الفصل الثالث- الملكية وخصائصها
٥٦	المطلب الأول- تعريف الملكية والملك
٥٧	المطلب الثاني- قابلية المال للتملك وعدمها

٥٨	المطلب الثالث - أنواع الملك
٥٩	المطلب الرابع - أنواع الملك الناقص
٥٩	١- ملك العين فقط
٦٠	٢- ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع
٦١	خصائص حق المنفعة أو الملك الناقص
٦٢	انتهاء حق المنفعة
٦٣	٣- ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق
٦٤	أنواع حقوق الارتفاق
٦٧	أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق
٦٧	الأول- الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع
٦٧	الثاني- خصائص حقوق الارتفاق
٦٨	الثالث- أسباب حقوق الارتفاق
٦٨	المطلب الخامس- أسباب الملك التام
٦٩	١- الاستيلاء على المباح
٧٠	أنواع الاستيلاء على المباح
٧٠	أولاً- إحياء الموات
٧١	ثانياً- الاصطياد
٧١	ثالثاً- الاستيلاء على الكلاً والآجام
٧١	رابعاً- الاستيلاء على المعادن والكنوز
٧٣	حكم المعادن
٧٤	حكم الكنز
٧٥	٢- العقود الناقلة للملكية
٧٦	٣- الخلفية
٧٧	٤- التولد من المملوك
٧٨	الفصل الرابع- نظرية العقد
٧٨	تمهيد وتخطيط للبحث

٨٠	المبحث الأول- تعريف العقد، والفرق بينه وبين التصرف والالتزام والإرادة المنفردة
٨٢	العقد والالتزام
٨٣	العقد والتصرف
٨٤	العقد والإرادة المنفردة
٨٧	العقد بإرادة منفردة
٨٨	البيع بعاقده واحد
٨٩	الزواج بعاقده واحد
٩٢	المبحث الثاني- تكوين العقد
٩٢	المطلب الأول- ركن العقد
٩٣	تعريف الإيجاب والقبول
٩٤	المطلب الثاني- عناصر العقد
٩٤	العنصر الأول- صيغة العقد
٩٤	الفرع الأول- أساليب صيغة الإيجاب والقبول
٩٥	أولاً- اللفظ أو القول
٩٩	ثانياً- التعاقد بالأفعال (العقد بالمعاطاة)
١٠٢	ثالثاً- التعاقد بالإشارة
١٠٣	رابعاً- التعاقد بالكتابة
١٠٤	الفرع الثاني- شروط الإيجاب والقبول لانعقاد العقد
١٠٦	مجلس العقد
١٠٧	هل تشترط الفورية في القبول؟
١٠٨	التعاقد بالهاتف والمراسلة
١٠٩	التعاقد حالة المشي أو الركوب
١١٠	متى يصير المجلس قد تغير؟
١١٢	تعيين مدة للقبول

١١٣	العقود التي لا يشترط فيها اتحاد المجلس
١١٤	مبطلات الإيجاب
١١٤	العنصر الثاني- العاقد
١١٦	أولاً- الأهلية
١١٨	نوعاً أهلية الوجوب
١٢١	نوعاً أهلية الأداء
١٢٣	أدوار الأهلية
١٢٧	عوارض الأهلية
١٢٧	١- الجنون
١٢٨	٢- العته
١٢٨	٣- الإغماء
١٢٨	٤- النوم
١٢٩	٥- السُّكْر
١٢٩	٦- السفه
١٣٠	الحجر على السفيه
١٣١	الغفلة والسفه
١٣٢	٧- الدين أو المديونية
١٣٣	٨- مرض الموت
١٣٩	ثانياً- الولاية
١٣٩	تعريف الولاية وصلتها بالعقد والفرق بينها وبين الأهلية
١٤٠	أنواع الولاية
١٤١	الأولياء ودرجاتهم
١٤٣	من يحتاج إلى الولاية
١٤٧	مبدأ الولاية
١٤٧	شروط الولي

١٤٩ تصرفات الولي ومدى صلاحياته

١٥٠

الوكالة

١٥٠

تعريف الوكالة ومشروعيتها

١٥١

الوكالة بأجر

١٥٢

ركن الوكالة

١٥٣

شروط الوكالة

١٥٥

أنواع الوكالة

١٥٧

حكم تصرفات الوكيل

١٥٧

١- الوكيل بالخصومة

١٥٨

٢- الوكيل بالبيع

١٥٩

٣- الوكيل بالشراء

١٦٠

٤- الوكالة في الزواج والطلاق والإجارة والرهن

١٦٠

٥- هل للوكيل توكيل غيره؟

١٦٠

٦- تعدد الوكلاء

١٦١

الفرق بين الوكالة والرسالة

١٦٢

حكم العقد وحقوقه في الوكالة

١٦٥

انتهاء الوكالة

١٦٦

الفضالة

١٦٧

تعريف الفضولي وحكم تصرفاته

١٦٩

شروط إجازة تصرف الفضولي

١٧٠

أثر إجازة تصرف الفضولي

١٧١

فسخ تصرف الفضولي

١٧٢

هل لفضولي واحد أن يعقد العقد عن الطرفين؟

١٧٢

العنصر الثالث- محل العقد

١٧٥

بيع الثمار أو الخضار أو الزروع

١٨٢	العنصر الرابع- موضوع العقد
١٨٥	السبب في النظرية الحديثة عند القانونيين
١٨٥	موقف الفقهاء من نظرية السبب بالمعنى الحديث
١٨٨	المطلب الثالث- الإرادة العقدية
١٩٠	الفرع الأول- صورية العقود
١٩٦	الفرع الثاني- سلطان الإرادة العقدية أو مدى الحرية في العقود والشروط
١٩٧	الأولى- حرية التعاقد ورضائته
٢٠٠	الثانية- حرية الاشتراط وترتيب آثار العقود والقوة الملزمة للعقد
٢٠٣	مذهب الحنفية في الشروط
٢٠٦	مذهب الحنابلة في الشروط
٢٠٩	مزايا الفقه الحنبلي في الشروط
٢١٢	الفرع الثالث- عيوب الإرادة أو عيوب الرضا
٢١٣	١- الإكراه
٢١٦	٢- الغلط
٢١٨	٣- التدليس أو الغلط
٢٢١	٤- الغبن مع التفرير
٢٢٤	المبحث الثالث- شروط العقد
٢٢٥	أ- شرائط الانعقاد
٢٢٨	ب- شرائط الصحة
٢٢٩	ج- شرائط النفاذ
٢٣١	د- شرائط اللزوم
٢٣١	المبحث الرابع- آثار العقد
٢٣٤	المبحث الخامس- تصنيف العقود

٢٣٤	التقسيم الأول- بحسب وصف العقد شرعاً
٢٣٤	أ- العقد الصحيح
٢٣٥	ب- العقد غير الصحيح
٢٣٥	منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور
٢٣٧	العقد الباطل
٢٣٧	العقد الفاسد
٢٣٨	العقد المكروه تحريماً
٢٣٩	١- بيع النجش
٢٣٩	٢- تلقي الركبان أو الجلب
٢٣٩	٣- بيع الحاضر للبادي
٢٤٠	٤- البيع وقت النداء لصلاة الجمعة
٢٤٠	أنواع العقد الصحيح
٢٤٠	١- النافذ
٢٤٠	٢- الموقوف
٢٤١	أنواع العقد النافذ- اللازم وغير اللازم
٢٤٢	التقسيم الثاني- بالنظر إلى التسمية وعدمها- مسماة وغير مسماة
٢٤٤	التقسيم الثالث- بالنظر إلى غاية العقد وأغراضه
٢٤٥	التقسيم الرابع- بالنظر إلى العينية وعدمها
٢٤٦	التقسيم الخامس- باعتبار اتصال الأثر بالعقد وعدم اتصاله
٢٤٦	١- العقد المنجز
٢٤٦	٢- العقد المضاف للمستقبل
٢٤٨	٣- العقد المعلق على شرط
٢٥٠	المبحث السادس- الخيارات
٢٥٠	خيار المجلس
٢٥٢	خيار التعيين

٢٥٤	خيار الشرط
٢٦١	خيار العيب
٢٦٧	خيار الرؤية
٢٧٥	خيار النقد
٢٧٦	المبحث السابع - انتهاء العقد
٢٧٦	انتهاء العقد بالفسخ
٢٧٧	انتهاء العقد بالموت
٢٧٩	انتهاء العقد بعدم إجازة الموقوف
٢٨٠	الفصل الخامس - المؤيدات الشرعية
٢٨١	أولاً - المؤيدات المدنية
٢٨١	أهم الفروق بين البطلان والفساد
٢٨٤	ثانياً - المؤيدات التأديبية أو العقوبات
٢٩٠	ملحق - ما اقتبسه القانون المدني من الفقه الإسلامي
٢٩٤	مدى الاعتداد على الشريعة في القانونين المصري والسوري
٢٩٥	بعض المبادئ والنظريات العامة المقتبسة من الفقه الإسلامي
٢٩٥	بعض الأحكام التفصيلية المستقاة من الفقه الإسلامي
٢٩٦	بيان أهم المبادئ والنظريات المقتبسة من الفقه الإسلامي
٢٩٦	١ - النزعة الموضوعية
٢٩٨	٢ - أحكام الأهلية ومسؤولية عديم التمييز
٢٩٩	٣ - نظرية التعسف في استعمال الحق
٣٠١	٤ - نظرية الظروف الطارئة
٣٠٤	٥ - حوالة الدين
٣٠٨	٦ - لاتركة إلا بعد سداد الدين
٣١٢	بيان بعض الأحكام المأخوذة من الفقه الإسلامي

٣١٢	أولاً- في عقد البيع
٣١٩	ثانياً- في عقد الإيجار
٣٢٤	ثالثاً- حقوق الارتفاق
٣٢٧	رابعاً- عقد الهبة
٣٣٢	خامساً- تصرف المريض مرض الموت
٣٣٥	سادساً- أحكام متفرقة (الإبراء، مدة التقادم)
٣٣٨	خاتمة في بحث النظريات الفقهية
٣٤١	القسم الثالث- العقود أو التصرفات المدنية المالية
٣٤٣	الفصل الأول- عقد البيع
٣٤٤	المبحث الأول- تكوين عقد البيع
٣٤٤	المطلب الأول- تعريف البيع ومشروعيته
٣٤٧	المطلب الثاني- ركن البيع أو كيفية انعقاده
٣٤٧	الكلام عن الإيجاب والقبول
٣٤٨	١- صيغة الإيجاب والقبول
٣٤٩	الفرق بين البيع والزواج في استعمال لفظ الأمر
٣٥٠	بيع المعاطاة
٣٥٢	٢- صفة الإيجاب والقبول (الكلام في خيار المجلس)
٣٥٤	المبحث الثاني- شروط البيع
٣٥٤	أولاً- شرائط الانعقاد
٣٥٤	شروط العاقد
٣٥٧	شروط نفس العقد
٣٥٧	شروط مكان العقد
٣٥٧	شروط المعقود عليه
٣٥٨	شروط الإيجاب والقبول
٣٥٩	١- الأهلية

٣٥٩	بيع الصبي المميز
٣٦٠	بيع المكره
٣٦١	بيع الثلجئة
٣٦٢	٢- توافق القبول والإيجاب
٣٦٢	٣- اتحاد مجلس العقد
٣٦٣	التعاقد حالة المشي أو الركوب
٣٦٤	التعاقد على ظهر سفينة أو طائرة
٣٦٤	التعاقد مع غائب
٣٦٥	التعاقد بواسطة رسول
٣٦٥	التعاقد بالمراسلة
٣٦٦	مبدأ وحدة الصفقة وتفريقها
٣٧١	ثانياً- شروط النفاذ
٣٧١	١- الملك أو الولاية
٣٧٢	٢- ألا يكون في المبيع حق لغير البائع
٣٧٣	تقسيم البيع من حيث النفاذ والتوقف
٣٧٣	البيع النافذ والبيع الموقوف
٣٧٣	آراء العلماء في تصرف الفضولي
٣٧٦	شروط إجازة تصرف الفضولي
٣٧٧	فسخ عقد الفضولي
٣٧٨	هل للفضولي الواحد أن يعقد العقد عن الطرفين؟
٣٧٨	تصرف الصبي المميز
٣٧٩	ثالثاً- شروط صحة البيع
٣٧٩	الشروط العامة
٣٧٩	الأول- الجهالة
٣٨٠	الثاني- الإكراه
٣٨٠	الثالث- التوقيت

٣٨١	الرابع- الفرر
٣٨١	الخامس- الضرر
٣٨١	السادس- الشرط المفسد
٣٨٢	الشروط الخاصة
٣٨٣	رابعاً- شروط لزوم البيع
٣٨٣	خلاصة أنواع شروط البيع
٣٨٣	الشروط في مذهب الحنفية
٣٨٧	شروط البيع في مذهب المالكية
٣٨٩	شروط البيع في مذهب الشافعية
٣٩٣	شروط البيع في مذهب الحنابلة
٣٩٨	أوجه الاتفاق والاختلاف في شروط البيع
٣٩٩	المبحث الثالث- حكم البيع والكلام عن المبيع والتمن
٣٩٩	المطلب الأول- حكم العقد
٤٠٠	حقوق البيع التابعة للحكم
٤٠١	المطلب الثاني- الثمن والمبيع
٤٠١	تعريف المبيع والتمن
٤٠٢	تعيين المبيع
٤٠٢	الفرق بين الثمن والقيمة والدين
٤٠٣	التمييز بين الثمن والمبيع
٤٠٥	أحكام المبيع والتمن أو نتائج التمييز بينهما
٤٠٦	حكم هلاك المبيع وهلاك الثمن وكساده
٤٠٦	هلاك المبيع
٤٠٩	هلاك الثمن عند الحنفية
٤١٠	كساد الثمن عند الحنفية
٤١١	التصرف في المبيع وفي الثمن قبل القبض

٤١٣	تسليم المبيع والثن
٤١٥	حق حبس المبيع
٤١٦	ما يسقط حق الحبس وما لا يسقطه
٤١٨	معنى التسليم أو القبض وكيفية تحققه
٤٢٣	المبحث الرابع - البيع الباطل والبيع الفاسد
٤٢٣	تمهيد في تعريف النوعين
٤٢٦	الضابط الذي يميز الفاسد عن الباطل
٤٢٧	المطلب الأول - أنواع البيع الباطل
٤٢٧	١ - بيع المدوم
٤٢٩	٢ - بيع معجوز التسليم
٤٣٢	بيع الدين
٤٣٥	٣ - بيع الغرر
٤٤١	التأمين مع شركات التأمين في الإسلام
٤٤٦	٤ - بيع النجس والمنتجس
٤٤٨	٥ - بيع العربون
٤٥٠	٦ - بيع الماء
٤٥٤	المطلب الثاني - أنواع البيع الفاسد
٤٥٤	١ - بيع الجهول
٤٦١	٢ - البيع المعلق على شرط والبيع المضاف للمستقبل
٤٦٢	٣ - بيع العين الغائبة أو غير المرئية
٤٦٤	بيع ما يمكن في الأرض أو بيع ما في رؤيته مشقة أو ضرر
٤٦٥	٤ - بيع الأعمى وشراؤه
٤٦٥	٥ - البيع بالثن المحرم
٤٦٦	٦ - البيع نسيئة ثم الشراء نقداً - بيوع الآجال
٤٦٧	بيع العينة

- ٤٧٠ - ٧ - بيع العنب لعاصر الخمر
- ٤٧١ - ٨ - البيعتان في بيعة أو الشرطان في بيع واحد
- ٤٧٣ - ٩ - بيع الأتباع والأوصاف مقصوداً
- ٤٧٣ - ١٠ - بيع الشيء المملوك قبل قبضه من مالك آخر
- ٤٧٦ - ١١ - اشتراط الأجل في المبيع المعين والثن المعين
- ٤٧٦ - ١٢ - البيع بشرط فاسد
- ٤٧٦ أنواع شروط البيع
- ٤٧٧ أ- الشرط الصحيح
- ٤٨١ ب- الشرط الفاسد
- ٤٨١ ج- الشرط اللغو أو الباطل
- ٤٨٢ حكم البيع وشروط عند غير الحنفية
- ٤٨٥ - ١٣ - بيع الثار أو الزروع
- ٤٨٧ حكم ترك الثار بعد بدو الصلاح حالة الشراء مطلقاً
- ٤٨٨ حكم الثمرة المتجددة في مدة الترك غير المشروطة
- ٤٩٠ بدو الصلاح أو الإزهاء عند الجمهور
- ٤٩١ بيع الثار المتلاحقة الظهور أو المقائي والمباطن
- ٤٩٣ بيع الحنطة في سنبلها
- ٤٩٤ حكم البيع الفاسد
- ٤٩٥ التصرف في المشتري شراء فاسداً
- ٤٩٦ ما يبطل حق الفسخ
- ٥٠٠ خلاصة البيوع المنوعة في الإسلام
- ٥٠٠ أولاً- البيوع المنوعة بسبب أهلية العاقد
- ٥٠١ ثانياً- البيوع المنوعة بسبب الصيغة
- ٥٠٣ ثالثاً- البيوع المنوعة بسبب المعقود عليه (محل التعاقد)
- ٥٠٨ رابعاً- البيوع المنوعة بسبب وصف أو شرط أو نهي شرعي
- ٥١٥ البيوع الفاسدة أو الباطلة عند المالكية

البيع الباطلة لدى الشافعية

٥١٥

المبحث الخامس - الخيارات

٥١٩

عدد الخيارات

٥١٩

١- خيار الوصف أو خيار فوات الوصف المرغوب فيه

٥٢٢

٢- خيار التقيد

٥٢٤

٣- خيار التعيين

٥٢٦

٤- خيار الغبن

٥٢٨

٥- خيار كشف الحال

٥٣١

٦- خيار الخيانة

٥٣١

٧- خيار تفرق الصفقة

٥٣١

٨- خيار إجازة عقد الفضي

٥٣٤

٩- خيار تعلق حق الغير بالمبيع

٥٣٥

١٠- خيار الكمية للبائع

٥٣٥

١١- خيار الاستحقاق

٥٣٥

١٢- خيار الشرط

٥٣٦

المطلب الأول- الخيار المفسد للبيع والخيار المشروع

٥٣٦

المطلب الثاني- آراء الفقهاء في مدة الخيار المشروع

٥٣٨

المطلب الثالث- طرق إسقاط الخيار

٥٤٠

المطلب الرابع- حكم العقد في مدة الخيار

٥٥٠

المطلب الخامس- كيفية الفسخ والإجازة

٥٥٤

١٣- خيار العيب

٥٥٦

المطلب الأول- في مشروعية خيار العيب وحكم العقد

٥٥٧

المطلب الثاني- العيوب الموجبة للخيار

٥٥٩

المطلب الثالث- طرق إثبات العيب وشروط ثبوت الخيار

٥٦٠

المطلب الرابع- مقتضى الخيار وكيفية الفسخ والرد بالعيب

٥٦٦

المطلب الخامس- موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار

٥٦٨

٥٧٢	المطلب السادس- آراء الفقهاء في شرط البراءة عن العيوب
٥٧٦	١٤- خيار الرؤية
٥٧٦	المطلب الأول- مشروعية خيار الرؤية
٥٨٠	المطلب الثاني- وقت ثبوت الخيار
٥٨٠	المطلب الثالث- كيفية ثبوت الخيار
٥٨١	المطلب الرابع- صفة البيع الذي فيه خيار رؤية وحكمه
٥٨٢	المطلب الخامس- شرائط ثبوت الخيار
٥٨٣	كيفية تحقيق الرؤية
٥٨٧	البيع بالنموذج
٥٨٩	التوكيل بالنظر والرؤية أو بالقبض
٥٩١	الاختلاف في الرؤية
٥٩١	الرؤية منذ زمن
٥٩٢	المطلب السادس- مستقطات الخيار
٥٩٤	المطلب السابع- ما يفسخ به العقد وشروط الفسخ
٥٩٥	المبحث السادس- بعض أنواع البيع
٥٩٧	١- عقد السلم
٥٩٧	المطلب الأول- مشروعية السلم
٥٩٨	المطلب الثاني- تعريف السلم وركنه
٥٩٩	المطلب الثالث- شروط السلم
٦١٥	السلم في الحيوان
٦١٦	السلم في اللحم مع العظم
٦١٦	السلم في السمك
٦١٧	السلم في الثياب
٦١٧	السلم في التبن
٦١٨	السلم في الخبز
٦١٨	قرض الخبز

٦١٩	المطلب الرابع- حكم السلم
٦١٩	المطلب الخامس- أوجه الاختلاف بين البيع والسلم
٦١٩	١- استبدال رأس مال السلم والمسلم فيه في مجلس العقد
٦٢١	٢- إقالة بعض السلم
٦٢٣	٣- الإبراء عن رأس المال
٦٢٤	٤- الحوالة والكفالة والرهن برأس المال وبالمسلم فيه
٦٢٥	٥- قبض رأس المال مشوباً بعيب
٦٣١	٢- عقد الاستصناع
٦٣١	تعريفه
٦٣٢	مشروعيته
٦٣٣	شروطه
٦٣٣	صفته
٦٣٤	حكمه
٦٣٤	الفرق بين السلم والاستصناع
٦٣٦	٣- عقد الصرف
٦٣٦	تعريفه
	ما يترتب على اشتراط قبض البديلين في مجلس عقد الصرف قبل الافتراق
٦٣٩	١- الإبراء أو الهبة
٦٤٠	٢- الاستبدال ببديل الصرف
٦٤٠	٣- الحوالة ببديل الصرف والكفالة والرهن به
٦٤١	٤- المقاصة في ثمن الصرف
٦٤٨	٤- بيع الجزاف
٦٤٨	معناه
٦٤٨	دليل مشروعيته
٦٤٩	حكم بيع الجزاف عند الفقهاء .

٦٤٩	بيع الصبرة من الطعام ونحوه
٦٥٦	بيع النقود والحلي والمحلى جزافاً
٦٦٣	شروط بيع الجزاف
٦٦٨	٥- الربا
٦٦٨	المطلب الأول- تعريف الربا وأدلة تحريمه
٦٧١	المطلب الثاني- أنواع الربا
٦٧٥	المطلب الثالث- مذاهب الفقهاء في علة الربا
٦٩٣	أصول الربا
٦٩٤	المطلب الرابع- ما يترتب على الاختلاف في علة الربا
٧٠٣	٦- بيع الأمانة- المراجعة والتولية والوضيعة
٧٠٤	بيع المراجعة
٧٠٤	المطلب الأول- شرائط المراجعة
٧٠٦	المطلب الثاني- رأس المال وما يلحق به وما لا يلحق
٧٠٨	المطلب الثالث- ما يجب بيانه في المراجعة وما لا يجب
٧١٠	المطلب الرابع- حكم الخيانة إذا ظهرت
٧١١	التولية
٧١٢	الإشراك
٧١٢	المواضعة
٧١٣	٧- الإقالة
٧١٣	مشروعية الإقالة وتعريفها وركانها
٧١٤	ماهية الإقالة وحكمها
٧١٧	شروط الإقالة
٧١٩	الفصل الثاني- القرض
٧٢٠	تعريف القرض ومشروعيته
٧٢١	عاقده وصيغته

٧٢١	هل يشبث فيه خيار أو أجل ؟
٧٢٣	ما يصح فيه القرض
٧٢٣	حكم القرض
٧٢٤	مكان الوفاء لبدل القرض
٧٢٤	القرض الذي جرّ منفعة
٧٢٨	السفتجة

٧٢٩ الفصل الثالث- عقد الإيجار

٧٣٠	المبحث الأول- مشروعية الإجارة وركنها ومعناها
٧٣٣	رأي ابن القيم في إجارة الأعيان
٧٣٤	المبحث الثاني- شروط الإجارة
٧٣٨	الإجارة مشاهرة
٧٥٠	استئجار الظئر (المرضع)
٧٥٠	كون الأجرة جزءاً من المعقود عليه (قفيز الطحان)
٧٥١	مقابل الخلو (الفروغ)
٧٥٥	أعذار فسخ الإجارة
٧٥٧	المبحث الثالث- صفة الإجارة وحكمها
٧٥٩	المبحث الرابع- نوعا الإجارة وأحكامها
٧٥٩	أحكام إجارة المنافع
٧٦٦	أحكام الإجارة على الأعمال
٧٦٧	المبحث الخامس- ضمان الأجير وسقوط أجره بهلاك العين
٧٦٧	ضمان الأجير الخاص
٧٦٨	ضمان الأجير المشترك
٧٦٩	ما يغير الشيء من صفة الأمانة إلى صفة الضمان
٧٧١	تلميذ الأجير المشترك
٧٧١	البزاع والفساد والختان

٧٧٢	ضمان ضرر الدواب المأجورة
٧٧٥	سقوط أجر الأجير بهلاك العين في إجارة الأعمال
٧٧٩	المبحث السادس- اختلاف المتعاقدين في الإجارة
٧٨١	المبحث السابع- انتهاء عقد الإجارة
٧٨٣	الفصل الرابع- الجعالة أو الوعد بالجائزة
٧٨٣	تعريفها
٧٨٤	مشروعيتها
٧٨٥	صيغتها
٧٨٦	الفرق بين الجعالة والإجارة على الأعمال
٧٨٧	شروط الجعالة
٧٨٩	صفة حكم الجعالة ووقت استحقاق الجعل
٧٩٠	الزيادة والنقص في الجعل
٧٩٠	حكم اختلاف المالك والعامل
٧٩٢	الفصل الخامس- الشركات
٧٩٢	المبحث الأول- شركات الأموال
٧٩٢	تمهيد في تعريف الشركة ومشروعيتها
٧٩٤	تقسيم الشركة
٧٩٦	المطلب الأول- كيفية انعقاد شركات العقود
٧٩٦	أولاً- تعريف شركة الأموال
٧٩٦	١- شركة العنان
٧٩٧	٢- شركة المفاوضة
٨٠١	ثانياً- تعريف شركة الوجوه أو الشركة على الذمم
٨٠٣	ثالثاً- تعريف شركة الأعمال أو الأبدان
٨٠٤	المطلب الثاني- شرائط شركة العقود

- ٨٠٥ أولاً- الشروط العامة في شركات العقود
- ٨٠٦ ثانياً- الشروط الخاصة بشركة الأموال
- ٨٠٦ هل يشترط خلط المالين؟
- ٨١١ ثالثاً- الشروط الخاصة بشركة المفاوضة
- ٨١٣ رابعاً- شروط شركة الأعمال
- ٨١٤ خامساً- شروط شركة الوجوه
- ٨١٥ **المطلب الثالث- أحكام شركة العقود**
- ٨١٥ أولاً- أحكام شركة العنان في الأموال
- ٨٢١ ثانياً- أحكام شركة المفاوضة في الأموال
- ٨٢٤ ثالثاً- أحكام شركة الوجوه
- ٨٢٤ رابعاً- أحكام شركة الأعمال
- ٨٢٧ **المطلب الرابع- صفة عقد الشركة ويد الشريك**
- ٨٢٧ أولاً- حكم لزوم الشركة
- ٨٢٨ ثانياً- يد الشريك يد أمانة
- ٨٢٨ **المطلب الخامس- مبطلات عقد الشركة**
- ٨٣١ **المطلب السادس- الشركة الفاسدة عند الحنفية**
- ٨٣٦ **المبحث الثاني- شركة المضاربة**
- ٨٣٦ **المطلب الأول- تعريف المضاربة ومشروعيتها وركنها وصفة عقدها**
- ٨٤٢ حكم الشركات القانونية الحديثة
- ٨٤٣ **المطلب الثاني- شرائط المضاربة**
- ٨٤٣ شروط رأس المال
- ٨٤٨ شروط الربح
- ٨٥١ **المطلب الثالث- أحكام المضاربة**
- ٨٥١ حكم المضاربة الفاسدة

٨٥٣	أحكام المضاربة الصحيحة
٨٥٣	١ - حال يد المضارب
٨٥٥	٢ - تصرفات المضارب
٨٥٧	مالا يجوز للمضارب فعله
٨٥٨	المضارب يضارب
٨٦٠	خلاصة أحكام تصرفات المضارب في المضاربة المطلقة
٨٦١	خلاصة أحكام تصرفات المضارب في المضاربة المقيدة
٨٦٤	٣ - حقوق المضارب
٨٦٤	أولاً- النفقة من مال المضارب
٨٦٧	ثانياً- الربح المسمى
٨٦٨	٤- حق رب المال
٨٦٩	المطلب الرابع- حكم اختلاف رب المال والعامل المضارب
٨٧٢	المطلب الخامس- مبطلات المضاربة
٨٧٥	الشركات بين القديم والحديث في الفقه الإسلامي