

الفصل الثاني

الضوابط الفقهية المتعلقة بأحكام العوض

وتحتة ستة عشر مبحثاً :

- § المبحث الأول: الإيجاب يمنع من استقرار الملك بالأعواض .
- § المبحث الثاني: الأجل يقتضي جزءاً من العوض.
- § المبحث الثالث: العمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة.
- § المبحث الرابع: الإسقاط بغير عوض تبرع كالتمليك بغير عوض.
- § المبحث الخامس: انتقال الملك بعوض يوجب تملك المعوض.
- § المبحث السادس: كل جزء في العوض يقابله جزء من المعوض.
- § المبحث السابع: تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد.
- § المبحث الثامن: لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد.
- § المبحث التاسع: كل عوض تعجل بالشرط بإطلاقه يوجب حله كالثمن.
- § المبحث العاشر: كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل القبض حرم النسأ فيهما وما لا فلا.
- § المبحث الحادي عشر: كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة جاز أخذه في الجعالة.
- § المبحث الثاني عشر: تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته.
- § المبحث الثالث عشر: العقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح.
- § المبحث الرابع عشر: ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض.
- § المبحث الخامس عشر: الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها.
- § المبحث السادس عشر: كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته.

المبحث الأول : الإيجابار يمنع من استقرار الملك بالأعواض .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : صيغ الضابط .

بالنظر في صيغ هذا الضابط، تجد أن الشافعية ذكروه بنصه .
قال الماوردي: (القسم الثاني: وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عبده، ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه، فينظر فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير، فالقول قول الغاصب، ولا يجبر على بذل القيمة؛ لأن العبد المغصوب مقدور عليه ، وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل، فالقول قول المغصوب منه، ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلاً ، فإذا أخذ القيمة ملكها ملكاً مستقراً، وملك الغاصب العبد ملكاً مراعى لتملكه بعد القدرة عليه إن شاء ، أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء؛ لأن الإيجابار يمنع من استقرار الملك بالأعواض) (١) .

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (٢) .

وقد اعتمد المالكية هذا الضابط في كثير من المسائل، لكنهم لم يذكروه بصيغته هذه، فمن ذلك :

قول صاحب كتاب الشرح الكبير: (أن من غصب عبداً فأبق من الغاصب فإنه يلزمه قيمته لربه، ولا يجوز له أن يصالح عنها بعرض مؤخر ولا بعين أكثر منها مؤخرة) (١) .

(1) كتاب الحاوي الكبير (٢١٥/٧) .

(2) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

وقد اعتمد الحنابلة هذا الضابط أيضا، إلا أنهم لم يذكروه بهذه الصيغة، بل ذكروا أنه إن زاد المغصوب في يده شيئا، فالزيادة للمالك مضمونه على الغاصب؛ لأنها حصلت في يده بالغصب فأشبهت الأصل.

قال ابن قدامة: (وإن زاد المغصوب في يده كجارية سمنت، أو ولدت، أو كسبت، أو شجرة أثمرت، أو طالت، فالزيادة للمالك مضمونه على الغاصب؛ لأنها حصلت في يده بالغصب فأشبهت الأصل، وإن ألفت الولد ميتا، ضمنه بقيمته يوم الوضع لو كان حيا؛ لأنه غصب بغصب الأم، وإن صاد العبد والجارية صيدا فهو للمالكهما لأنه من كسبهما^(٢)).

إلا أن الحنفية خالفوا في ذلك، وأن الإيجاب عندهم لا يمنع من استقرار الملك بالأعواض، ولكنهم لم يذكروه بهذه الصيغة، بل اعتمدوه في مسائل أكثر، منها: ما ذكر ابن نجيم حيث قال: (أن الغصب إزالة يد المالك عنه، وإثبات يد الغاصب، ولا يتحقق ذلك في الزيادة، لأنها لم تكن في يد المالك فلا تضمن)^(٣).

ومعنى ثبوت يد الغاصب هو استقرار ملكه للمغصوب، والغصب قد يكون بالإيجاب، فيصبح أن الإيجاب يثبت استقرار الملك بالأعواض وبغيرها، وسيأتي بيان لذلك في دراسة الضابط.



(1) الشرح الكبير للدردير (٣/٣٢٤) .

(2) الكافي في فقه ابن حنبل (٣/٥٠٣) .

(3) البحر الرائق شرح كتر الدقائق (٨/١٣٧) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان معنى ومستند هذا الضابط .
معنى الإجبار في اللغة: هو القهر والإكراه، من الإجبار ، وهو القهر والإكراه ، لا من جبر^(١) .

ولم أجد عند الفقهاء تعريفاً له، ولعل التعريف اللغوي هو المعتمد عند الفقهاء، فتبين لنا أن الإجبار هو عدم الاختيار، إذ إن الاختيار هو الأصل، والإجبار أمر زائد عنه، ومن المعلوم أن الاختيار يثبت به استقرار الملك بالأعواض، لكن إن طرأ الإجبار على الأملاك فهل تستقر بالأعواض أم لا ؟، في المسألة خلاف بين الفقهاء سيأتي بيانه في دراسة الضابط .



(1) تاج العروس من جواهر القاموس (٣٥٣/١٠).

المطلب الثالث : دليل الضابط .

من خلال دراستنا لمعنى الضابط، تبين لنا أن الإكراه والقهر هو الأساس في قيام استقرار الملك بالأعواض كما تقدم، وعليه فمن استند إلى هذا الضابط، إنما بنوا استنادهم على أدلة من ذلك :

- أ- قوله الله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١).
- ب- ما جاء في حديث أنس رضي الله عنه أنه قال: كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب، فأتى بقصعة من ثريد بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام، فضربت عائشة القصعة بيدها فكسرتها، وجاءت بقصعة مثل تلك القصعة في يدها، فاستحسن رسول الله ﷺ ذلك منها^(٢)، وهذا دليل على أن الإكراه يمنع من استقرار الملك بالأعواض، وأنه إذا عدم رد المغصوب مثلاً فإن المثلية تجب، وإلا فالقيمة تعويضاً عن الحق الفاتت، وليست معاوضة بيع وشراء .
- ت- قال ابن قدامة: و (لقول رسول الله ﷺ: (من أعتق شركاً له في عبد فكان له ما يبلغ ثمن العبد قوم وأعطى شركاؤه حصصهم) متفق عليه^(٣) . فأوجب القيمة؛ لأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن لاختلاف الجنس والواحد، فكانت القيمة أقر إلى إبقاء حقه^(٤) . وأيضاً فإن المعتق هو مجبر، والمجبر لما تعسر عليه رد عين العبد قوم عليه ورد قيمته، فلو أنه ملك بعينه جاز له أن يملكه، أو يرده بعينه ليأخذ الثمن، ولا خيار للشركاء؛ إلا إن رده عليهم ليأخذ الثمن، فيجوز لهم ارجاع الثمن ليقبضوا العبد، أو أن يبقوا على الثمن.



(1) سورة البقرة آية ١٩٤ .

(2) أخرجه البخاري (٢٤٨١).

(3) أخرجه البخاري (٢٥٢٢)، ومسلم (٣٨٤٣).

(4) الكافي في فقه ابن حنبل (٢١٧/٢).

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

لدراسة هذا الضابط لا بد من بيان للمسألة التي سيتم بحثها لتوضيح هذا الضابط، وهذه المسألة إنما تعتبر ثمرة من ثمرات هذا الضابط، وهي: هل الزيادة أو النقصان في العيب المغصوبين تضمن أم لا ؟، في المسألة خلاف بين الفقهاء على قولين :

• الأقوال في المسألة :

القول الأول^(١): الزيادة أو النقصان في العيب المغصوبين لا تضمن، وبه قال الحنفية.
القول الثاني^(٢): الزيادة أو النقصان في العيب المغصوبين تضمن، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة.

• الأدلة والمناقشة :

أدلة أصحاب القول الأول :

قال ابن نجيم: (وقالوا في كتاب الغصب: إن المضمونات يملكها الضامن مستنداً إلى وقت التعدي، حتى لو غيب الغاصب العين المغصوبة وضمنه المالك، ملكها مستنداً إلى وقت الغصب، فنفذ بيعه السابق)^(٣).

قال صاحب كتاب الجوهرة النيرة: (وعندنا لم توجد إزالة اليد المحقة)^(٤).

(1) انظر الجوهرة النيرة (٢٦/٢).

(2) انظر الشرح الكبير للدردير (٣ / ٣٢٤)، وانظر الحاوي الكبير (٧ / ٢١٥)، وانظر الكافي في فقه ابن حنبل (٢١٧/٢).

(3) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (٢٠٤/١).

(4) الجوهرة النيرة (٢٦/٢).

أدلة أصحاب القول الثاني:

قال القرافي: (لأنه غاصب في الاستمرار كما هو غاصب ابتداءً بدليل الحقيقة والحكم والاسم)^(١). فهذا دليل من القرافي على استصحاب الحال، فيبقى الملك للمغصوب، وعليه فتبقى الزيادة للمغصوب؛ لأن الزيادة تابعة لأصلها، ولا يحق للغاصب شيء، وعليه الضمان. قال الدسوقي في معرض استدلاله بأن الملك للمغصوب: (لأن الغاصب يضمن القيمة بالاستيلاء على المغصوب، كما يضمن المستأجر والمستعير ونحوهما)^(٢) أي: فكذا الزيادة والنقصان في الغصب، فهما مرتبطان بالأصل وهو المغصوب، ويؤكد ذلك قول ابن قدامة: (لأنها حصلت في يده بالغصب، فأشبهت الأصل)^(٣).

مناقشة أصحاب القول الثاني للأدلة القول الأول:

بالنسبة إلى ما ذكره ابن نجيم، من استقرار الملك للغاصب، فقد قال الماوردي: (لأنها زيادة لم يستقر ملكه عليها)^(٤) أي: فلا يستحقها، بل يضمن ما نقص. وعليه فلا يصح استدلالهم بذلك مع وجود المخالف. وأما ما ذكره من إبرام البيع السابق من جهة الغاصب، فنجيب عن ذلك: بأن ذلك مبني على ما ذكرتم من استقرار ملكه على المغصوب وقد رددنا ذلك.

• الترجيح:

يترجح مما سبق رجحان القول الثاني وهو القائل بتضمين الغاصب في الزيادة أو النقصان في العبيد المغصوبين، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة، والله أعلم.

(1) الذخيرة (٢٨٣/٨).

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٦٥/١٣).

(3) الكافي في فقه ابن حنبل (٢١٧/٢).

(4) الحاوي الكبير (٢١٦/٧).

المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط.

من خلال دراستنا لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، من ذلك ما يلي:

المسألة الأولى: لو غصب ما يساوي مائتين فردها وهي تساوي مائة، فهل يضمن؟
القول الأول: إن كانت قيمتها يوم غصبها مائتين فردها وهي تساوي مائة، لم يضمن الزيادة، وبه قال الحنفية^(١).

والقول الثاني: بل يضمن، لوجود حد الغصب، وبه قال الجمهور^(٢).

المسألة الثانية: إن زاد المغصوب في يد الغاصب كجارية سميت، أو ولدت، أو كسبت، أو شجرة أثمرت، أو طالت، فلمن الزيادة؟
القول الأول: الزيادة للغاصب، وبه قال الحنفية^(٣).
القول الثاني: الزيادة للمالك مضمونه على الغاصب، لأنها حصلت في يده بالغصب فأشبهت الأصل، وبه قال الجمهور^(٤).



(1) انظر الجوهرة المنيرة (٢٧/٢).

(2) انظر الذخيرة (٢٨٣/٨)، وانظر الحاوي الكبير (٢١٦/٧)، وانظر الكافي في فقه ابن حنبل (٢١٧/٢).

(3) انظر الجوهرة المنيرة (٢٦-٢٧).

(4) انظر البحر الرائق شرح كتر الدقائق (١٣٧/٨)، وانظر الحاوي الكبير (٢١٦/٧)، وانظر الكافي في فقه ابن حنبل (٢١٧/٢).

المبحث الثاني : الأجل يقتضي جزءاً من العرض .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط، وجدت أن ابن قدامه ذكره بنصه عن الحنفية.

قال ابن قدامه : (لأن الأجل يقتضي جزءاً من العرض)^(١).

ولم أجده في كتب الحنفية.

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٢).

لكن الحنفية اعتمدوا هذا الضابط في بعض المسائل، كثمن المبيع والأجرة والصدّاق وعوض الخلع، لكنهم لم يذكروه بصيغته هذه، فمن ذلك قول السرخسي^(٣) : (ولكننا نقول: ما كان ديناً على الحقيقة إذا لم يكن مستحق القبض في المجلس، فإسقاط القبض فيه بالإبراء صحيح، فكذلك بالتأجيل)^(٤) ثم قال: (أن بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة، فاشتراط الأجل فيه يلزم كسائر الديون، بخلاف المستقرض فإنه في حكم العين، والقرض بمثالة العارية كما بينا)^(٤).

(١) المغني (٤٣٢/٦).

(٢) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣).

(٣) هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، السرخسي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان، ويلقب بشمس الأئمة، كان إماماً في فقه الحنفية، وعلامة حجة متكلماً ناظراً أصولياً مجتهداً في المسائل، أخذ عن الحلواني وغيره، سجن في حب في أوزجند بسبب نصحه لبعض الأمراء، وأملى كثيراً من كتبه على أصحابه وهو في السجن، أملاها من حفظه. من مؤلفاته: " المبسوط "، و" الأصول "، و" شرح السير الكبير ".

انظر في ترجمته: الفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص ١٥٨)، والأعلام للزركلي (٣١٥/٥).

(٤) المبسوط (٣٠/١٤).

وقد اعتمد المالكية هذا الضابط في مسائل، فقالوا: أن العقد الذي يملك فيه الإمضاء والإقالة يملك الزيادة فيه، فقال ابن قدامة في معرض حديثه عن استدلالهم: (المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة والإمضاء فملكا الزيادة فيه)^(١).

إلا أن المذهب عند الشافعية اعتمدوا فيه صيغة أخرى، لمخالفتهم ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، ولفظ صياغتهم للضابط هو: ما منع من التفاضل منه منع من دخول الأجل فيه. قال الماوردي: (ولأن ما منع من التفاضل منه منع من دخول الأجل فيه، كالصرف)^(٢).

وقد ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية، فقالوا: أن الحق يثبت حالاً، والتأجيل تبرع منه ووعد، فلا يلزم الوفاء به، قال ابن قدامة في ذلك: (ولنا أن الحق يثبت حالاً، والتأجيل تبرع منه ووعد، فلا يلزم الوفاء به، كما أعاره شيئاً)^(٣)، وسيأتي التفصيل في ذلك في دراسة الضابط.



(1) المغني (٤٣٢/٦).

(2) الحاوي الكبير (٣٥٦/٥).

(3) المغني (٤٣١/٦).

المطلب الثاني: معنى الضابط.

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان أن الأصل في المعاوضات أنها تكون حالة، ولا تكون مؤجلة إلا إذا اشترط ذلك الطرفان ولم يكن ذلك ممنوعاً شرعاً، ففي صورة ما إذا كانت المعاوضة مؤجلة، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأجل يقتضي جزء من العوض إلا في القرض والإتلافات ونحوهما، ومعنى ذلك أن العوض متعلق بأجله، فإذا أجل تسليم المعوض صح تأجيل تسليم بعض العوض؛ لأن العوض مجزئ عندهم على وقت تسليم المعوض، ويبيّن قول ابن قدامة في معرض حديثه عن مسألة اشتراط الأجل في القرض: (وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا، وفي ثمن المبيع والأجرة والصدّاق وعوض الخلع كقولهما، لأن الأجل يقتضي جزء من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عضوه، وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص، فلذلك لم يتأجل، وبقيّة الأعواض تجوز الزيادة فيها، فجاز تأجيلها)^(١)، وسيأتي الكلام على هذه المسألة مفصلاً.



(١) المغني (٤٣٢/٦).

المطلب الثالث: دليل الضابط.

- من المعلوم أنه لبيان دليل أي ضابط لا بد من بيان أصله الذي ينبني عليه، وهذا الضابط إنما يرجع إلى مسألة تسليم العوض، والأصل في ذلك أن العوض يثبت حالاً، وقد يثبت العوض مؤجلاً، فإن ثبت مؤجلاً فالشارع قد بين جواز التأجيل في صور منها:
- قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾^(١) الآية.
 - وحديث ابن عباس قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: (من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)^(٢).
 - لكن يبقى لنا صورة وهي: فيما إذا صح التأجيل، فهل الأجل يقتضي جزء من العوض أم لا ؟، في المسألة خلاف بين الفقهاء، سيأتي بيانه.



(1) سورة البقرة آية ٢٨٢.

(2) أخرجه البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (٤٢٠٢).

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

إن دراسة هذا الضابط تعتمد في الدرجة الأولى على معرفة محل النزاع وتحريره، وذلك إنما يكون عن طريق معرفة المسألة التي ذكر فيها الضابط، وقد ذكر هذا الضابط الحنفية في مسألة اشتراط التأجيل في القرض، وإليك ما نقله ابن قدامة عنهم حيث قال: (وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا، وفي ثمن المبيع والأجرة والصدّاق وعوض الخلع كقولهما، لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض)^(١). وقبل الدخول في بيان المسألة، لا بد من بيان محل الخلاف فيها، فنقول:

• تحرير محل النزاع^(٢):

- اتفق الفقهاء على أن القرض إذا تلف فإن للمقرض المطالبة ببذله في الحال؛ لأنه سبب يوجب رد المثل في المثليات، فأوجبه حالاً كالإتلاف.
- واتفقوا على أنه لو أقرضه تفاريق ثم طالبه بها جملة، فله ذلك، لأن الجميع حال، فأشبهه ما لو باعه بيوعاً حالة، ثم طالبه بثمنها جملة.
- واتفقوا أيضاً على أنه لو أجل القرض من غير اشتراط صح ذلك.
- إلا أنهم اختلفوا فيما إذا اشترط تأجيل القرض على أقوال:

• الأقوال في المسألة:

القول الأول: ولا يصح التأجيل في القرض والإتلافات ونحوهما، أما ثمن المبيع والأجرة والصدّاق وعوض الخلع فيصح التأجيل، وبه قال الحنفية، وبعض الشافعية^(٣).

(١) المغني (٤٣٢/٦).

(٢) انظر الذخيرة (٢٩٥/٥)، والمغني (٤٣١/٦).

(٣) انظر المبسوط (٣٠/١٤)، والحاوي الكبير (٣٥٦/٥)، والمغني (٤٣٢/٦).

القول الثاني : يصح التأجيل مطلقا، وبه قال المالكية^(١).

القول الثالث : لا يصح التأجيل مطلقا، وبه قال الشافعية والحنابلة^(٢).

• الأدلة والمناقشة :

أدلة أصحاب القول الأول :

قال السرخسي: (ولنا فيه طريقان :

(١) أحدهما: أن المقرض متبرع، ولهذا لا يصح الإقراض ممن لا يملك التبرع، كالعبد والمكاتب، فلو لزم الأجل فيه، لصار التبرع ملزما المتبرع شيئا، وهو الكف عن المطالبة إلى مضي الأجل، وذلك يناقض موضوع التبرع، وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح، وكذلك إلحاقه به لا يصح، فلهذا لا يلزم الأجل فيه وإن ذكر بعد العقد .

(٢) والثاني: أن القرض بمتلة العارية على ما قررنا، والتوقيت في العارية لا يلزم، حتى إن المعير وإن وقته سنة، فله أن يسترده من ساعته، فكذلك الأجل في القرض^(٣) .

(٣) والثالث: (لأن الأجل يقتضي جزءا من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه ، وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص، فلذلك لم يتأجل، وبقيّة الأعواض تجوز الزيادة فيها، فجاز تأجيلها^(١) .

(1) انظر الذخيرة (٢٩٥/٥) .

(2) انظر الحاوي الكبير (٣٥٦/٥)، المغني (٤٣١/٦) .

(3) المبسوط (٣٠/١٤) .

أدلة أصحاب القول الثاني :

(١) قول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم)^(٢) .

(٢) القياس على الأئمان، قالوا: لأن حقوق المراضاة إذا صح ثبوتها في الذمة معجلاً، صح ثبوتها في الذمة مؤجلاً، كالأئمان^(٣) .

أدلة أصحاب القول الثالث :

(١) استدلوا بما استدل به الحنفية ومن معهم، من قياس القرض على العارية، وقالوا أيضاً: لأن الحق يثبت حالاً، والتأجيل تبرع منه ووعد، فلا يلزم الوفاء به^(٤) .

(٢) ولأن من حكم القرض أن يملك كل واحد منهما به مثل ملك صاحبه ، فلما كان المقترض قد ملك القرض معجلاً وجب أن يكون المقرض قد ملك بدله معجلاً^(٥) .
إلا أنهم خالفوا الحنفية في بعض المسائل كما سيأتي في المناقشة لهم.

(١) المغني (٤٣٢/٦) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٦)، البيهقي في الكبرى (١١٧٦١)، وقال الألباني في إرواء الغليل (١٤٢/٥): حديث صحيح.

(٣) انظر الحاوي الكبير (٣٥٦/٥).

(٤) المغني (٤٣٢/٦).

(٥) انظر الحاوي الكبير (٣٥٦/٥).

مناقشة أصحاب القول الثالث لأدلة القول الأول :

اتفق الشافعية والحنابلة على ما استدل به الحنفية، إلا أنهم خالفوا في المسائل التي أجازوا فيها التأجيل، فقال ابن قدامه إجابة على استدلالهم: (ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبهه القرض، وأما الإقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر، بخلاف مسألتنا)^(١).

مناقشة أصحاب القول الثالث لأدلة القول الثاني :

(١) قال الماوردي مجيباً عن استدلالهم بالحديث: (وأما الخبر الذي استدلوا به فمخصوص بخبرنا)^(٢)، وقال أيضاً: (وهذا خطأ: لقوله ﷺ: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط)^(٣)، فأثبت أحكام الشروط إذا جاء النص بها ودل الكتاب عليها)^(٤).
(٢) قال الماوردي أيضاً مجيباً عن استدلالهم بالقياس على الأئمان: (وأما قياسهم على الأئمان فمنتقض بالصرف ، ثم المعنى في الأئمان أنه لما جاز الزيادة فيها صح دخول الأجل فيها ، والقرض لما لم تجز الزيادة فيه لم يصح دخول الأجل فيه)^(٥)، وقال أيضاً: (ولأن ما منع من التفاضل منه منع من دخول الأجل فيه كالصرف)^(٦).

(١) المغني (٤٣٢/٦).

(٢) الحاوي الكبير (٣٥٦/٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٥٥).

(٤) الحاوي الكبير (٣٥٦/٥).

(٥) الحاوي الكبير (٣٥٦/٥).

(٦) ارجع المصدر السابق.

• الترجيح :

يتبين مما تقدم رجحان القول الثالث، وهو القول بعدم التأجيل مطلقاً، وذلك لقوة أدلتهم، وضعف ما استدل به المخالفون، وإليه ذهب الشافعية والحنابلة - والله أعلم - .
المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

من خلال دراسة لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، من ذلك ما يلي :

(١) اختلف الفقهاء في مسألة اشتراط المقترض تأجيل القرض على قولين :

القول الأول : لا يجوز له التأجيل، بل لا بد أن يكون حالاً، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة^(١) .

القول الثاني : يجوز له التأجيل، وبه قال المالكية^(٢) .

(٢) اختلف الفقهاء في مسألة اشتراط الزوج على زوجته تأجيل الصداق على قولين :

القول الأول : يجوز له التأجيل، وبه قال الحنفية والمالكية وبعض الشافعية^(٣) .

القول الثاني : لا يجوز له التأجيل، بل لا بد أن يكون حالاً، وبه قال الشافعية والحنابلة^(٤) .



(١) المبسوط (٣٠/١٤)، الحاوي الكبير (٣٥٧/٥)، المغني (٤٣٢/٦).

(٢) الذخيرة (٢٩٥/٥).

(٣) المبسوط (٣١/١٤)، الذخيرة (٢٩٥/٥)، الحاوي الكبير (٣٥٧/٥).

(٤) الحاوي الكبير (٣٥٦/٥)، المغني (٤٣٢/٦).

المبحث الثالث : العمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : صيغ الضابط .

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط، وجدت أن الشافعية ذكروه بنصه .
حيث قال الماوردي: (العمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة)^(١).
وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في
المعاملات المالية^(٢).

واعلم أن الحنفية ذكروا صياغة أخرى لهذا الضابط، فقالوا: أن جهالة العمل والأجر
توجب فساد المعاوضة، كما ذكر الشلبي في حاشيته، قال: (اعلم أن التسليم إلى المضارب
شرط صحة المضاربة، وشرط عمل رب المال في عقد المضاربة يفسدها؛ لأن المال أمانة فلا
يتم إلا بعد تسليم رأس المال إلى المضارب كالوديعة، وإذا شرط عمل رب المال معه لا
يتحقق التسليم؛ لأن يده تبقى على الحل فيمنع من تمام التسليم)^(٣)، وقال أيضا: (والقياس
أن يكون عقد المضاربة فاسدا؛ لأنه في الحقيقة استئجار العامل بأجر مجهول أو معدوم على
عمل مجهول)^(٤).

(1) كتاب الحاوي الكبير (٣٧٥/٧).

(2) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣).

(3) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٥٦/٥).

(4) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٥٢/٥).

وقد ذهب المالكية إلى معنى هذا الضابط أيضاً، لكن ساقوه بصياغة جديدة، فقالوا: والمناسب أن يحال المستقبل المجهول على الحال المعلوم، ولذلك قال العدوي^(١): (لأن العمل مستقبل مجهول، وبيان الربح حال معلوم، والمناسب أن يحال المستقبل المجهول على الحال المعلوم)^(٢).

وقد ذهب الحنابلة إلى معنى هذا الضابط أيضاً، فقالوا: أن العمل أحد ركني المضاربة، لا يكون إلا من المضارب لا رب المال. قال ابن قدامة: (أن العمل أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر، كالمال)^(٣).

وعلى كل فالفقهاء متفقون على معنى هذا الضابط، كما سيأتي بيانه.



(١) هو: علي بن أحمد العدوي الصعدي. فقيه مالكي محقق. ولد في صعيد مصر سنة: اثنا عشر ومائة وألف، وتوفي سنة: تسع وثمانين ومائة وألف. من مؤلفاته: "حاشية على شرح أبي الحسن المسمى كفاية الطالب على الرسالة"، و"حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل"، و"حاشية على شرح الخرشي على المختصر نفسه"، و"حاشية على شرح السلم. انظر في ترجمته: شجرة النور الزكية (٣٤١/١-٣٤٢)، والأعلام للزركلي (٢٦٠/٤).

(٢) حاشية العدوي على شرح خليل للخرشي (١٧٣/٧).

(٣) المغني (١٣٧/٥).

المطلب الثاني: معنى الضابط.

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان أن الأصل في العمل المعاوض عليه أن يكون معلوماً. ولذلك جاء في كلام الماوردي قوله: (وهذا صحيح؛ إذا شرط العامل أن يعمل معه رب النخل في المساقاة ورب المال في المضاربة، بطل العقد في المساقاة والمضاربة. واختلف أصحابنا في علة بطلانه ، فذهب المزني إلى أن العلة فيه اشتراكهما في العمل مع اختلافهما فيه يفضي إلى جهالة ما يستحق على العامل من عمله ، والعمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة)^(١).

ومع هذا فإن العمل المعاوض عليه يمكن أن لا يكون معلوماً، وإذا لم يكن معلوماً بأن أصبح مجهولاً، فإن العقد لا يصح بوجودها فيه، على اختلاف بين المذاهب في بعض الفروع، والخلاصة أن القاعدة في ذلك كله هي كون العمل المعاوض عليه معلوم لدى الطرفين كليهما علماً لا يختلفان عليه .



(1) كتاب الحاوي الكبير (٣٧٥/٧).

المطلب الثالث: دليل الضابط.

بالنظر فيما سبق من معنى الضابط، يتبين لنا أن هذا الضابط هو الذي دلت عليه أصول الشريعة الإسلامية، وذلك أن جهالة العمل المعاوز عليه يفضي إلى الغرر، وقد ثبت في الحديث الصحيح: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر)^(١) ، وعليه فإن العمل المجهور لا تصح المعاوضة عليه.

ولذلك ذكر الفقهاء أن المضاربة مثلاً تبطل أو تفسد بذلك.

قال الشلبي في حاشيته: (إن اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سواء كان رب المال عاقداً كالبالغ أو غير عاقد كالصغير مثل الأب أو الوصي إذا دفع مال اليتيم مضاربة وشرط عمل الصغير يفسد عقد المضاربة؛ لأن الصغير مالك للمال فبقاء يده فيه يمنع صحة المضاربة كالكبير وكذلك كل من يستحق الربح بمال إذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد كأحد المتفاوضين أو شريكي العنان إذا دفعا مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب؛ لأن الشريك يستحق الربح بماله كالدافع)^(٢).

وسياقي الكلام عن هذه المسألة في دراسة الضابط.



(١) سبق تخريجه في ص ٤١ .

(٢) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٥٦/٥) .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

من خلال بحث صيغ هذا الضابط، والنظر في أدلته التي استدلت بها الفقهاء، تبين لنا أن الفقهاء متفقون على معنى ما جاء في هذا الضابط، وهو أن العمل المجهول لا تصح المعاوضة عليه، وسأبين ذلك من خلال ذكر كلامهم في مسألة اشتراط العمل من رب المال في عقد المضاربة، فأقول:

قال الشلي من الحنفية قولهم: (قال في شرح الكافي: وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالا مضاربة بالنصف، فرده المضارب على رب المال وأمره أن يبيع ويشترى على المضاربة، ففعل وربح، فهو جائز على المضاربة والربح على ما اشترط؛ لأنه لم يوجد صريح النقض ولا دلالة؛ لأنه صار مستعينا به على العمل. ومتى وقع العمل من رب المال إعانة لا يجعل هذا استرداداً، فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب، بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال في حال العقد؛ لأن يده مانعة من تمام التسليم، والتسليم شرط صحة المضاربة، فرق بين هذا وبين الأجير المشترك إذا استعان بالمستأجر ففعل حيث لا يستحق الأجرة؛ لأن المعقود عليه في باب الإجارة هو العمل، فإذا لم يعمل لم يستحق الأجرة، أما هاهنا فالعمل غير معقود عليه؛ لأن المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح، فافترقا وصار كأن المالك وهب للمضارب رأس المال ثم اشتركا ، ولو فعل كذلك كان الربح بينهما كذا هاهنا ^(١).

وقال العدوي من المالكية: (فالعمل كالربح وذلك؛ لأن العمل مستقبل مجهول وبيان الربح حال معلوم والمناسب أن يحال المستقبل المجهول على الحال المعلوم فإذا دفع القراض على أن لواحد نصف الربح وللآخر السدس فعلى صاحب السدس ربع عمل القراض وعلى صاحب النصف ثلاثة أرباعه؛ لأن النصف ثلاثة أسداس يضم لها السدس الرابع ثم ينسب واحد لمجموع الأربعة فالعمل كله عليهما بتلك النسبة وليس على رب المال عمل ^(٢).

(1) حاشية الشلي على تبين الحقائق (٥٦/٥).

(2) حاشية العدوي على شرح الخرشي (١٧٣/٧).

وأما الشافعية فقد قال النووي^(١): (ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه فسد على الصحيح، وقال أبو يحيى البلخي يجوز على سبيل المعاونة والتبعية)^(٢)، ولكنهم اختلفوا في تعليلهم لبطلان هذه المسألة.

قال الماوردي: (واختلف أصحابنا في علة بطلانه، فذهب المزي إلى أن العلة فيه اشتراكهما في العمل مع اختلافهما فيه يفضي إلى جهالة ما يستحق على العامل من عمله، والعمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة، ولهذا المعنى بطلت شركة الأبدان لاختلاف عمل الشريكين. وهذا التعليل مدخول باشتراط عمل غلام رب المال؛ لأن عمله مخالف لعمل العامل كما يخالف عمل سيده. وذهب إلى أن علة بطلانه أنه إذا شرط عمل رب النخل صار مستحقاً للعوض على عمله وعمل غيره فبطل.

وهذا مدخول بمثل ما دخل به تعليل المزي ويدخل على العلتين جميعاً إذا ساقى رجلين. وذهب أبو علي بن أبي هريرة^(٣) إلى أن العلة فيه أن المساقاة ما تميز فيها رب النخل بالمال، والعامل بالعمل، فإذا شرط العمل على رب المال فسدت، كما لو شرط المال على العامل بطلت، لتغيير ما أوجبه العقد من أحكامه في المتعاقدين. وهذا التعليل أيضاً مدخول بما ذكرنا من عمل غلمان رب النخل. والذي أذهب إليه أن تعليل بطلانه هو أن اشتراط عمل رب النخل فيها يقتضي لزوم ذلك، والإنسان لا يلزمه العمل في ماله فصار هذا الشرط

(١) هو: شيخ الإسلام، أبو زكريا، يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام النووي ثم الدمشقي، الشافعي، الفقيه، المحدث، ويلقب بمحيي الدين. ولد سنة: إحدى وثلاثين وستمائة بنوى، وتوفي سنة: ست وسبعين وست مائة بنوى، وله: خمس وأربعين سنة.

من مؤلفاته: "المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج"، و"رياض الصالحين"، و"المجموع في شرح المهذب"، و"روضة الطالبين"، و"التيبان في آداب حملة القرآن".

انظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى (٣٩٥/٨)، وطبقات الفقهاء الشافعيين (٩٠٩/٢)، وشذرات الذهب (٦١٨/٧).

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١٩/٥).

(٣) هو: شيخ الشافعية، أبو علي، الحسن بن الحسين أبي هريرة البغدادي القاضي، انتهت إليه رئاسة المذهب، توفي سنة: خمس وأربعين وثلاث مائة. من مؤلفاته: "شرح مختصر المزي".

انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (٤٣٠/١٥).

باطلا ، وأبطل ما شرطه فيه ، وليس عمل غلمانته مستحقا على بدنه ، وإنما هو حق تعلق بماله كما يتعلق به غير ذلك من الحقوق (١).

وعلى أي حال كان تعليلهم فإن المسألة باطلة عندهم، وليس أحد من الشافعية يخالف في صحة هذا الضابط، بل اعتراض الماوردي متوجه إلى تكييف المزني له. وقد ذهب الحنابلة لما ذهب إليه أصحاب المذاهب الأخرى.

قال ابن قدامة: (إذا شرط أن يعمل معه رب المال ، لم يصح، وهذا مذهب مالك (٢)، والأوزاعي (٣) ، والشافعي (٤)، وأصحاب الرأي ، وأبي ثور ، وابن المنذر (٥).

قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ، ويخلي بينه وبينه؛ لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب ، فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه ، فيخالف موضوعها.

(1) الحاوي الكبير (٣٧٥/٧).

(2) هو: أبو عبدالله، إمام دار الهجرة، مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الأصبحي المدني ولد سنة ثلاث وتسعين، وهو أحد الأئمة الأربعة المجتهدين، توفي سنة تسع وسبعين ومائة من مؤلفاته: "الموطأ"، و"رسالة في القدر"، و"رسالة في النجوم ومنازل القمر"، و"رسالة إلى الليث في إجماع أهل المدينة". انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء ٤٨/٨، والنجوم الزاهرة ٩٦/٢.

(3) هو: عبد الرحمن بن عمرو بن محمد الأوزاعي، نسبته إلى "الأوزاع" من قرى دمشق، وأصله من سبي السند، الإمام، الفقيه، المحدث، المفسر. ولد سنة: ثمان وثمانين، ونشأ يتيمًا وتأدب بنفسه، فرحل إلى اليمامة والبصرة، وبرع. وأراد أبو جعفر المنصور على القضاء فأبى، ثم نزل بيروت مرابطًا، وتوفي بها سنة: سبع وخمسين ومائة. انظر في ترجمته: شذرات الذهب (٢٥٦/٢)، وحلية الأولياء (١٣٥/٦).

(4) هو: أبو عبد الله، محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب، يجتمع نسبه مع رسول الله ﷺ في عبد مناف، أحد الأئمة الأربعة، وإليه ينسب مذهب الشافعية، ولد بعسقلان سنة: خمسين ومائة، وتوفي سنة: أربع ومائتين. من مؤلفاته: "الأم"، و"الرسالة". انظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى (٧١/٢).

(5) هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الحافظ، الفقيه، من كبار الفقهاء المجتهدين، لم يكن يقلد أحداً؛ وعده الشيرازي في الشافعية. لقب بشيخ الحرم. أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء. ولد سنة: اثنين وأربعين ومائتين، وتوفي سنة: تسعة عشر وثلاثمائة. من مؤلفاته: "المبسوط"، و"الأوسط في السنن"، و"الإجماع والاختلاف"، و"الإشراف على مذاهب أهل العلم"، و"اختلاف العلماء". انظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى (١٠٢/٣)، ووفيات الأعيان (٢٠٧/٤).

وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي^(١) ، على أن رب المال عمل من غير اشتراط .
ولنا: أن العمل أحد ركني المضاربة ، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من
الآخر ، كالمال . وقولهم: إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل . ممنوع ، إنما تقتضي
إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه ، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ،
ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ، ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما^(٢) .
وبهذا يتبين لك أن الفقهاء يتفقون على أن العمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة ،
وذلك لإبطلان هذه المسألة لما يكون فيها من جهالة ، والله أعلم .



(1) هو: أبو القاسم، عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، الحنبلي، كان علامة، بارعاً في مذهب أبي عبد الله.
توفي سنة: أربعة وثلاثون وثلاثمائة، ودفن بدمشق .
من مؤلفاته : " مختصر الخرقي على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل "، وله مصنفات أخر في المذهب ولكنها لم
تنشر . انظر في ترجمته: طبقات الحنابلة (١٤٨/٣ - ١٥٠)، وشذرات الذهب (١٨٦/٤) .
(2) المغني (١٣٧/٥) .

المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط.

لهذا الضابط تطبيقات إنما هي نتيجة لما مر معنا من دراسة له، فمن هذه التطبيقات ما يلي:

١/ مسألة اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة، فالفقهاء - كما سبق بيانه - متفقون على منع ذلك، ومما عللوا به على منع ذلك، أن العمل ستدخله الجهالة، وإذا كان كذلك فإن العمل المجهول لا تصح المعاوضة عليه^(١).

٢/ مسألة ما لو ساقاه على نخل سنين معلومة على أن يعملها فيها جميعا لم يجز عند الفقهاء جميعا، وعلل به بعضهم بالقياس على شرط المضاربة يعملان في المال جميعا، فمعنى ذلك أنه أعانه معونة مجهولة الغاية بأجرة مجهولة، وهذا التعليل هو بمعنى هذا الضابط^(٢).



(1) انظر حاشية الشلي على تبين الحقائق (٥٦/٥)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (١٧٣/٧)، والحاوي الكبير (٣٧٥/٧)، والمغني (١٣٧/٥).

(2) انظر حاشية الشلي على تبين الحقائق (٥٢/٥)، وحاشية العدوي على شرح خليل للخرشي (١٧٣/٧)، والحاوي الكبير (٣٧٥/٧).

المبحث الرابع: الإسقاط بغير عوض تبرع كالتملك بغير عوض.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط، وجدت أن الحنفية ذكروه بنصه. قال السرخسي: (وإذا باع المأذون جارية ودفعها ثم وهب الثمن للمشتري أو بعضه قبل القبض أو بعده أو حط عنه فذلك باطل، لأن الإسقاط بغير عوض تبرع كالتملك بغير عوض، وهو منفك الحجر في التجارات دون التبرعات)^(١). وإلى هذا المعنى ذهب الحنابلة، فقال ابن قدامة: (أن الهبة والصدقة والهبة والعطية معانيها متقاربة وكلها تملك في الحياة بغير عوض، لأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعق، وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف)^(٢). وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٣).

وأما المالكية فقد ذكروه بصياغة أخرى، فقالوا: أن الإسقاط بغير عوض يسقط الثابت لا المنتقل، ومن قال بذلك القرافي: (الإسقاط: إما بعوض كالخلع والعفو على مال والكتابة وبيع العبد من نفسه والصلح على الدين والتعزير، فجميع هذه تسقط الثابت ولا تنقله إلى البازل ما كان يملكه المبدول له من العصمة وبيع العبد ونحوهما. وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والتعزير وحد القذف والطلاق والعناق وإيقاف المساجد، فجميع هذه تسقط الثابت ولا تنقله)^(٤).

(١) المبسوط (١٤٥/٢٥).

(٢) المغني (٢٧٣/٦).

(٣) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣).

(٤) أنوار البروق في أنواء الفروق (٥٨٤/٢).

وقد ذهب الشافعية إلى أن الإسقاط بغير عوض ليس كالتملك، وهذا مخالف لما ذهب إليه الأحناف، حيث قال السيوطي^(١): (القاعدة الثامنة: الإبراء هل هو إسقاط أو تملك ؟ قولان: والترجيح مختلف في الفروع)^(٢)، ومعنى قوله: إسقاط أو تملك. أن الإسقاط غير التملك^(٣)، وعلى كل فهذا ما يختص بصياغات المذاهب الأربعة لهذا الضابط.



(1) هو : جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي المصري الشافعي ، عالم مشارك في أنواع من العلوم ، لما بلغ أربعين سنة اعتزل الناس ، فألف كتبه.

من تصانيفه : الدر المنثور في التفسير بالمأثور ، المزهري في اللغة ، وغيرها كثير ، توفي سنة ٩١١ هـ .

انظر في ترجمته : شذرات الذهب، ابن العماد، (٥١/٨)، معجم المؤلفين، كحالة، (١٢٨/٥).

(2) الأشباه والنظائر (١٧١/١).

(3) انظر كلام ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين عن رب العالمين (١٠٢/٤) .

المطلب الثاني: معنى الضابط.

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان المراد بلفظ الإسقاط.
فالإسقاط في اللغة: كما قال ابن فارس^(١): (السين والقاف والطاء أصل واحد يدل على الوقوع)^(٢).

وقال غيره: (وقول الفقهاء: سقط الفرض. معناه: سقط طلبه والأمر به)^(٣).
فلذلك قال بعض الفقهاء أن الإسقاط بغير عوض يعتبر تبرعا كالتملك بغير عوض، وسيأتي بيان ذلك في دراسة الضابط، لكن المراد به عندهم كما أن التملك بغير عوض يعتبر تبرعا فكذلك الإسقاط بغير عوض يعتبر تبرعا، والتبرع عند الفقهاء له صور عديدة، منها: الهبة، والصدقة، والهدية، والعطية، والوقف، والعق، ونحو ذلك، ولكنهم مختلفون فيما هو تملك منها مما هو إسقاط^(٤)، هذا فيما يتعلق بمعنى هذا الضابط.



-
- (1) هو: أبو الحسين أحمد بن فارس القزويني الشافعي ثم المالكي، إمام في اللغة، وشارك في علوم أخرى، من أهم كتبه: مقاييس اللغة، والجمل، توفي سنة ٣٩٥هـ، وقيل غير ذلك.
- انظر في ترجمته: شذرات الذهب، (١٣٢/٣)؛ الأعلام، (١٩٣/١)؛ معجم المؤلفين، (٤٠/٢).
- (2) معجم مقاييس أهل اللغة (٨٦/٣).
- (3) التوقيف على مهمات التعاريف (٤٠٨/١).
- (4) انظر في ذلك إلى الأشباه والنظائر للسيوطي (١٧١/١) فما بعدها، والموافقات لتحقيق مشهور آل سلمان (٩٠/٣).

المطلب الثالث: دليل الضابط.

من المعلوم أنه لبيان دليل أي ضابط لا بد من بيان أصله الذي ينبني عليه، وهذا الضابط إنما يرجع إلى مسألة التبرع والإبراء، ولا شك أن أصول الشريعة السمحة دالة على ذلك، فمن ذلك جواز مسائل الوقف والهبة والعطية والصدقة والوصية والعنق ونحوها، فقد روى البخاري من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال:

(كان أبو طلحة رضي الله عنه أكثر الأنصار بالمدينة مالا ، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء وكانت مستقبله المسجد ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، فلما نزلت:

﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾^(١) قام أبو طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، إن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾^(١)، وإن أحب أموالي إلي بيرحاء، وإنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث شئت. فقال: بخ، ذلك مال رابح ذلك مال رابح، قد سمعت ما قلت فيها، وأرى أن تجعلها في الأقربين، قال: أفعل يا رسول الله. فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه^(٢).

ومما لا شك فيه أيضا أن الإسقاط بغير عوض تبرع، ومما يبين ذلك قياس العلماء له بالتمليك بغير عوض، فكما أن التملك بغير عوض يعتبر تبرعا، فكذا الإسقاط بغير عوض يعتبر تبرعا، بجامع النقل والإبراء بغير عوض فيهما^(٣)، هذا ما يتعلق بدليل الضابط.



(1) سورة آل عمران آية ٩٢.

(2) البخاري (٢٣١٨).

(3) انظر المبسوط (١٤٥/٢٥).

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لدراسة هذا الضابط لا بد من بيان أقوال الفقهاء فيها، ولمعرفة ذلك فلا بد من النظر في المسألة التي استشهد بها الحنفية في موضوع هذا الضابط، وهي مسألة هبة المأذون ثمن ما باعه، وقد اتفق الفقهاء على أن المأذون لا يجوز له التبرع والهبة من غير إذن^(١)، وقد اختلفوا في التعليل لذلك:

قال السرخسي: (إذا باع المأذون جارية ودفعها، ثم وهب الثمن للمشتري، أو بعضه قبل القبض، أو بعده، أو حط عنه، فذلك باطل، لأن الإسقاط بغير عوض تبرع كالتمليك بغير عوض، وهو منفك الحجر في التجارات دون التبرعات)^(٢).

وقال الماوردي: (فلما لم تصح من الوكيل في البيع هبة المال أو بعضه، لم تصح منه المحاباة فيه، وتحريره: أنه عقد استهلك به شيئاً من مال موكله بغير إذنه، فوجب أن يكون باطلا كالهبة)^(٣).

وسبب اختلاف تعليلاتهم ليس راجعاً إلى عدم الاعتبار بهذا الضابط، بل هو راجع إلى اجتهاد الفقيه في استنباط التعليل للمسألة، وإلا فإن ابن قدامة نقل تعليلاً للشافعية مختلف عما ذكره الماوردي، فقال: (وقال الشافعي: لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده، لأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه)^(٤).

وبالعموم فإن الفقهاء يرون أن الإسقاط بغير عوض تبرع، لما سبق بيانه من إجازتهم لمسائل الوقف والصدقات والهبات ونحوها، والله أعلم.



(1) انظر في ذلك المبسوط (١٤٥/٢٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٠٦/٣)، والحاوي الكبير

(٥٣٩/٦)، والمغني (١٩٥/٧).

(2) المبسوط (١٤٥/٢٥).

(3) الحاوي الكبير (٥٣٩/٦).

(4) المغني (١٩٥/٧).

المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط.

إن تطبيقات كل ضابط تمثل النتيجة لدراسة هذا الضابط، وقد ذكر الفقهاء فروعاً تطبيقية لهذا الضابط، فمن ذلك:

(١) إذا باع المأذون له في بيع جارية ودفعها للمشتري، ثم وهب المأذون له الثمن للمشتري، فذلك باطل اتفاقاً^(١)، لأن الإسقاط بغير عوض تبرع كالتمليك بغير عوض، وهو منفك الحجر في التجارات دون التبرعات.

(٢) المأذون له في التجارة من العبيد له الأخذ بالشفعة، لأنه مأذون له في الشراء، وإن عفا عنها لم ينفذ عفوّه، لأن الملك للسيد ولم يأذن في إبطال حقوقه^(٢).



(١) انظر المبسوط (١٤٥/٢٥)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٠٦/٣)، والحاوي الكبير (٥٣٩/٦)، والشرح الكبير (٤٨٩/٥).

(٢) انظر حاشية رد المختار على الدر المختار (٤٩٣/٦)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٠٦/٣)، والأشباه والنظائر للسيوطي (١٧٢/١)، والمغني (١٩٥/٧).

المبحث الخامس : انتقال الملك بعوض يوجب تمليك المعوض .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن الشافعية ذكروه بنصه.

قال الماوردي: (ودليلنا: هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري، بدليل أنه لو تركه لكان مقرا على ملك المشتري، ولو حدث منه نماء لكان للمشتري، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري، وتحريره قياساً: أن انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض فوجب أخذه بالعهدة كالبائع)^(١).

وذهب المالكية إلى معنى هذا الضابط، ولم يذكروه بصيغته، بل ذكروا أن بينة الشراء قد أحقت انتقال الملك بالبيع.

قال ابن رشد^(٢): (لأن بينة الشراء قد أحقت انتقال الملك بالبيع)^(٣).

وذهب الحنابلة إلى معنى هذا الضابط أيضاً، فقالوا: أن الملك يكون للمشتري بالشراء، فقال شمس الدين: (أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري)^(٤).

(١) الحاوي الكبير (٢٨٣/٧).

(٢) هو: ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، أبو الوليد، الفقيه، القاضي، الفيلسوف، الطبيب، يكنى بأبي الوليد، ولد في قرطبة سنة: عشرون وخمسمائة، توفي سنة: خمس وتسعين وخمسمائة. من مؤلفاته: " بداية المجتهد ونهاية المقتصد "، و" الضروري في أصول الفقه "، و" الكليات في الطب ". انظر في ترجمته: شجرة النور الزكية (١٤٦/١)، وسير أعلام النبلاء (٥٠١/١٩).

(٣) البيان والتحصيل (٢١٩/١٤).

(٤) الشرح الكبير (٥٤١/٥).

إلا أن الحنفية ذهبوا إلى أن انتقال الملك بالقبض يوجب التملك، فقال السرخسي :
(بعد القبض إنما يملك على المشتري والملك في حقه)^(١)، هذا ما يتعلق بصيغ هذا
الضابط عند فقهاء المذاهب الأربعة .



المطلب الثاني: معنى الضابط.

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان أن الأصل في الأملاك ثبوتها في يد مالئها، ولا
تنتقل منه إلا بعوض، ولذلك قال الماوردي: (أن انتقال الملك بالعوض يوجب تملك
المعوض)^(٢)، ومعنى الانتقال: هو التحول من مكان إلى آخر^(٣)، والمراد من ذلك: هو انتقال
الملك من يد البائع إلى يد المشتري، وثبوته في يد المشتري بالثمن الذي يقبضه البائع،
فيقتضي ذلك ثبوت الملك للمشتري ثبوتاً تاماً، ولا يرجع إلى البائع بأي حال، إلا ما استثناه
الشارع كالخيار والشفعة ونحوهما، وقد عبر القرافي عن هذا الضابط بقوله: (ثبوت الملك
على العوض فرع ثبوته على ملك المعوض)^(٤) .

وعلى كل فإن نتيجة العبارتين واحدة، إذ أن كلا من البائع والمشتري يملكان أحد
العوضين في مقابل الآخر، ويثبت في ملكه ثبوتاً تاماً، فأما العوض فيخرج من ملك المشتري
إلى ملك البائع، ويثبت في ملكه ثبوتاً تاماً، وأما المعوض فيخرج بسبب ذلك من ملك البائع
إلى ملك المشتري، ويثبت في ملكه ثبوتاً تاماً .



(١) المبسوط (١٤/١٨٧) .

(٢) الحاوي الكبير (٧/٢٨٣) .

(٣) المعجم الوسيط (٢/٩٤٩) .

(٤) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/٣٨٧) .

المطلب الثالث: دليل الضابط.

بالنظر فيما سبق من بيان لمعنى الضابط، يتبين لنا أن هذا الضابط هو الذي دلت عليه أصول الشريعة الإسلامية من الكتاب والسنة والإجماع:

● فمن الكتاب:

أ- قول الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾^(١).

ب- وقوله: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(٢).

● ومن السنة:

أ- قوله ﷺ: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا)^(٣).

ب- وقوله ﷺ: (إلا يداً بيد)^(٤).

ت- والنبي ﷺ: كان يبيع ويشترى، فقد اشترى بعيراً من جابر^(٥).

ث- وتوفي ﷺ: ودرعه مرهونة عند يهودي^(٦).

● وقد أجمعت الأمة على جواز البيع^(٧)، وهو نتيجة ما يفيد الضابط.



(1) سورة البقرة آية ٢٧٥.

(2) سورة البقرة آية ٢٨٢.

(3) أخرجه البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (٣٩٣٧).

(4) أخرجه مسلم (٤١٣٩).

(5) أخرجه البخاري (٢٦٠٤)، ومسلم (١٦٩٠).

(6) أخرجه البخاري (٢٩١٦).

(7) انظر الشرح الكبير لابن قدامة (٣/٤).

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لدراسة هذا الضابط لا بد من بيان المسألة التي ذكر فيها الشافعية هذا الضابط، وتحريرها وبيان أقوال الفقهاء فيها، وهي مسألة عهدة الشفيع على المشتري أم على البائع أم يخير بينهما؟، فأقول:

• الأقوال في المسألة :

القول الأول:

أن عهدة الشفيع على البائع إن أخذ المبيع من يده، وإن أخذ من يد المشتري فعهدة الشفيع على المشتري، وبه قال الحنفية.

تحرير القول :

قال الحنفية: إن بيعت الدار للمشتري وقضى القاضي للشفيع بالشفعة ، فإن كانت أخذت من يد البائع فالعهدة على البائع؛ لأنه هو القابض للثمن ، وقد انفسخ البيع بين البائع والمشتري ، أما إذا أخذت الدار بالشفعة من يد المشتري ، فالبيع الأول صحيح ، ويدفع الشفيع الثمن إلى المشتري ، وعهدة الشفيع على المشتري ، لأنه هو القابض للثمن؛ ولأن الشيء انتقل من ملك المشتري^(١).

القول الثاني:

أن عهدة الشفيع على المشتري، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة.

(١) انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٢٤٦/٥).

تحرير القول :

ذكر المالكية والشافعية أن عهدة الشفيع على المشتري لا على البائع ، سواء أخذ الشفعة من يد البائع قبل القبض أم من يد المشتري بعد القبض . وزاد المالكية أنه إذا أخذ الحاضر الجميع بالشفعة ، ثم جاء الغائب كان مخيرا في كتب عهده إن شاء على المشتري ، وإن شاء على الشفيع الأول^(١) . وأما الحنابلة فالأصل عندهم أن عهدة الشفيع على المشتري ، لأن الشفيع ملك الشقص من جهته ، فهو كبائعه ، وعهدة المشتري على البائع ، إلا إذا أقر البائع وحده بالبيع، وأنكر المشتري الشراء وأخذ الشفيع الشقص من البائع ، ففي هذه الحالة العهدة على البائع ، لحصول الملك للشفيع من جهته^(٢) .

• الأدلة والمناقشة :

دليل أصحاب القول الأول :

قال الشلبي: (إن كانت الدار أخذت من يد البائع فالعهدة عليه؛ لأن العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن ، وكان رده عليه؛ ولأن البيع انفسخ بين البائع والمشتري، وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهده عليه. وأما إذا أخذت من المشتري فإن العهدة عليه، لأنه هو القابض للثمن؛ ولأن الشيء انتقل من ملكه^(٣)) .

(1) انظر البيان والتحصيل (١٠٦/٣)، الحاوي الكبير (٢٨٢/٧).

(2) انظر الشرح الكبير (٥٤١/٥).

(3) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٤٦/٥).

الجواب عن دليل أصحاب القول الأول :

قال الماوردي في الجواب عن استدلال الحنفية: (فمن وجهين: أحدهما: أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ، ولا يملك دفع عقده فكذلك قبل القبض. والثاني: أنه بالعقد ملك الشفعة، وفي رفعه إبطال الشفعة)^(١).

دليل أصحاب القول الثاني :

قال الماوردي: (دليلنا: هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري، بدليل أنه لو تركه لكان مقرا على ملك المشتري، ولو حدث منه نماء لكان للمشتري، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري، وتحريره قياسا: أن انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض فوجب أخذه بالعهدة كالبائع، ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة، فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقا على المشتري دون البائع، وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقا على المشتري دون البائع ، وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسا: أحدهما: أنه أحد نوعي ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع، قياسا على الرد بالعيب. والثاني: أن من استحق عليه الثمن في الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن في الاستحقاق بالعيب، قياسا على المشتري لو كان بائعا)^(٢).



(1) الحاوي الكبير (٢٨٣/٧) .

(2) الحاوي الكبير (٢٨٢/٧) .

المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط .

لهذا الضابط تطبيقات يذكرها الفقهاء في كتبهم، وهي تبين نتيجة هذا الضابط في الفروع الفقهية، ومن تلك التطبيقات من تكون عليه عهدة المبيع ما لو اشترى أحدهم شقصا في دار، وقام الشفيع على شفيعته، فمن تكون عليه عهده ؟

القول الأول: إن كان قبضها المشتري فهي عليه، وإلا على البائع، وبه قال الحنفية^(١).
القول الثاني: العهدة على المشتري، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة^(٢).



(١) انظر المبسوط (١٨٧/١٤).

(٢) انظر البيان والتحصيل (١٠٦/٣)، والحاوي الكبير (٢٨٢/٧)، والشرح الكبير (٥٤١/٥).

المبحث السادس: كل جزء في العوض يقابله جزء من العوض.

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن فقهاء المذاهب الأربعة متفقون على معنى هذا الضابط، ووجدت أن الحنابلة ذكروه بنصه.

فقال ابن مفلح^(١): (إذا ثبت له الخيار بظهور المبيع معينا، استدراكا لما فاتته وإزالة لما يلحقه من الضرر في بقاءه في ملكه ناقصا عن حقه، وأما الإمساك مع الأرش، فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة العوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من العوض، ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببذله وهو الأرش)^(٢).

وذكره أيضا بنصه صاحب كتاب هداية الراغب^(٣).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٤).

وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الحنابلة، فقالوا: أن كل جزء من العوض في مقابل ما يعادله ويقابله من أجزاء العوض.

(1) هو : شمس الدين، أبو عبد الله، محمد بن مفلح بن مفرج الراميني المقدسي الحنبلي، الفقيه، المحدث، الضابط، المتفنن، ولد سنة: عشر ومائة، وتوفي سنة: ثلاثة وستين وسبعمائة بدمشق، وله بضع وخمسون سنة .

من مؤلفاته : " الآداب الشرعية الكبرى " ، و " النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر للمجد ابن تيمية " ، و " الفروع " . انظر في ترجمته : السحب الوابلة (١٠٩٣/٣)، وشذرات الذهب (٣٤٠/٨).

(2) المبدع شرح المقنع (٨٧/٤) .

(3) انظر هداية الراغب (٤٤٧/٢) .

(4) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

قال صاحب كتاب الفواكه الدواني: (لأن كل جزء من الأجرة في مقابلة ما يعادله ويقابله من أجزاء المنفعة ، ولذلك قال ابن عرفة في التعريف: يتبع بعض بتبعيضها ، والمراد بالإجارة في كلامه الأجر الذي هو العوض)^(١).

وقد اعتمد الحنفية معنى هذا الضابط، ولكنهم ذكروه بصياغة أخرى، فقالوا: أن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض. فقال المحبوبي: (فيكون الألف عوضاً لا شرطاً، وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض)^(٢).

وذهب الشافعية إلى معنى هذا الضابط أيضاً، فقالوا: أن جميع المبيع في مقابلة جميع الثمن.

قال الماوردي: (أنه لما كان جميع المبيع في مقابلة جميع الثمن ، وجب أن تكون أجزاؤه الناقصة في مقابلة أجزاء الثمن)^(٣).

وبهذا يتبين صيغ المذاهب الأربعة فيما يتعلق بهذا الضابط.



(1) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١١٦٩/٣) .

(2) التوضيح في حل عوامض التنقيح (٢١٣/١) .

(3) الحاوي الكبير (٢٤٧/٥) .

المطلب الثاني: معنى الضابط.

إن من أساليب بيان المعاني ضرب الأمثلة والاستشهاد بأقوال العلماء، وسأبين هذا الضابط والمراد منه من خلال ضرب المثال عليه، فأقول:

لو أن رجلاً اشترى من رجل جارية، ثم علم أنها معيبة:

فالمشهور في مذهب الحنابلة: أن له الخيار بين الرد وأخذ المعوض، وبين الإمساك مع الأرض، وذلك؛ لأن رده للمعوض لاستدراك ما فاتته وإزالة ما يلحقه من ضرر بوجود هذا العيب، وأما الإمساك مع الأرض فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابل المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض، ومع وجود العيب فات جزء من المعوض، فيرجع عليه بجزئه. ومن خلال هذا المثال يتبين لنا أن المراد من الضابط هو أن أجزاء العوض مقسمة على أجزاء المعوض.

ولذلك قال صاحب كتاب التقرير والتحجير: (لكل جزء من العوضين في مقابلة الآخر، لأن ثبوت العوضين بطريق المقابلة اتفاقاً، وهي إنما تتحقق بالمقارنة؛ لأن المتأخر لا يقابل المتقدم، فيثبت كل جزء من أحدهما في مقابلة كل جزء من الآخر، ويمتنع تقدم أحدهما على الآخر، كالتضايقين)^(١) ثم قال: (إن الأصل فيما علمت مقابله) بمال (العوضية)، وهذا مما علمت مقابله به فيتعين فيه العوضية، والاتفاق على أن العوض تنقسم أجزاؤه على أجزاء المعوض)^(١).

وقال ابن قدامه مبيناً المراد من هذا الضابط:

(وعلة ذلك: أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه، ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن أيضاً، ولأننا لو ضمنناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئاً بنصف قيمته، فوجد به عيباً بنقصه نصف قيمته، مثل:

(1) التقرير والتحجير (٨٢/٢) .

أن يشتريه بعشرة وقيمته عشرون، فوجد به عيبا ينقصه عشرة فأخذها، حصل له المبيع ورجع بثمنه، وهذا معنى قول الخرقي أو يأخذ ما بين الصحة والعيب، وقد نص أحمد على ما ذكرناه^(١).

وبذلك يتبين لك المراد من هذا الضابط .



(١) المغني (٤/٢٥٩) .

المطلب الثالث: دليل الضابط .

من المعلوم أنه لبيان دليل أي ضابط لا بد من بيان أصله الذي ينبنى عليه، ولمعرفة أصل هذا الضابط لا بد من تحديد صور استعمالاته، والناظر إلى من ذكر هذا الضابط يجد أنه يورده في مسائل - سأذكر بعضها في تطبيقات هذا الضابط - ، والجدير بالذكر أن هذا الضابط يدخل في عدة أبواب كالأرش في الخيار والشرط في الطلاق وتفريق الصفقة ونحوها، وذلك لأن العوض يتجزء على المعوض ليصحح العقد من الفاسد الطارئ عليه، ومما يدل على ذلك قول ابن مفلح للاستدلال على صحة أخذ الأرض في خيار العيب:

(فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض، ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببذله وهو الأرض)^(١).

ويتبين لك أن أصل المسألة راجع إلى مسألة تصحيح العقد، وقد جاء الوحي بما يدل على ذلك، فمن ذلك حديث عائشة رضي الله عنها قالت: أتتها بريرة تسألها في كتابتها، فقالت: إن شئت أعطيت أهللك ويكون الولاء لي، فلما جاء رسول الله ﷺ ذكرته ذلك، قال النبي ﷺ: ابتاعوها فأعتقيها، فإنما الولاء لمن أعتق. ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر، فقال: (ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن اشترط مائة شرط)^(٢).

وبهذا يتبين لنا دليل الضابط.



(١) المبدع شرح المقنع (٤٢٥/٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٣٥) .

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

إن دراسة هذا الضابط تعتمد في الدرجة الأولى على معرفة محل النزاع وتحريره، وذلك إنما يكون عن طريق معرفة المسائل التي ذكر فيها الضابط. وقد ذكر هذا الضابط بنصه الحنبلة في مسألة الإمساك مع أخذ الأرض في خيار العيب، وإليك ما نقله ابن مفلح في ذلك:

(أما الإمساك مع الأرض، فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض، ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببدله وهو الأرض^(١).

وقبل الدخول في بيان المسألة، لا بد من بيان محل الخلاف فيها، فأقول:

• تحرير محل النزاع^(٢) :

اتفق الفقهاء على أن من اشترى معييا لم يعلم بعيبه، فإن له رد المبيع وأخذ ثمنه، واختلفوا في مسألة إمساك المعيب وأخذ الأرض على العيب على أقوال :

• الأقوال في المسألة :

القول الأول:

لا يصح أخذ الأرض على المبيع المعيب، وبه قال الحنفية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد^(٣).

(1) المبدع شرح المقنع (٤٢٥/٣) .

(2) انظر المرجع السابق .

(3) انظر المبسوط (٦٨/١٢) ، والحاوي الكبير (٢٤٧/٥) ، والمغني (٢٥٩/٤) .

تحرير القول :

أنه إذا اختار الإمساك ، فلا أرش ، إذا لا أرش لممسك له الرد. أما إذا تعذر الرد فإنه يثبت الأرش في حق المشتري. وقد ذهب إلى هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) فقال: (وإذا اشترى شيئاً فظهر به عيب فله أرشه إن تعذر رده ، وإلا فلا ، وهو رواية عن أحمد، ومذهب أبي حنيفة والشافعي ، وكذا يقال في نظائره ، كالصفقة إذا تفرقت)^(٢).

القول الثاني :

لا يصح أخذ الأرش على المبيع المعيب، لكنهم فصلوا القول فيه كما سيأتي بيانه، وبه قال المالكية^(٣).

تحرير القول :

ذهب المالكية إلى ما ذهب إليه القول الأول، لكنهم ذكروا تفصيلات أخرى، فقالوا: إذا كان العيب قليلاً جداً فلا حكم له، وإذا كان العيب عيب قيمة ، وهو اليسير الذي ينقص من الثمن ، ففيه يحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب ، كالخرق في الثوب، وإذا كان العيب عيب رد ، وهو الفاحش ، فالمشتري بالخيار بين أن يرده على بائعه ، أو يمسكه ولا أرش له.

(١) هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية النميري الحاراني الدمشقي، تقي الدين، وشيخ الإسلام، المجتهد. ولد سنة: إحدى وستين وستمائة، وتوفي سنة: ثمان وعشرين وسبعمائة.
من مؤلفاته: " اقتضاء الصراط المستقيم "، و " درء تعارض العقل والنقل "، و " منهاج السنة النبوية "، و " العدة في شرح العمدة ".

انظر في ترجمته: الجامع لسيرة شيخ الإسلام ابن تيمية خلال سبعة قرون إشراف لبكر أبو زيد فقد أجاد وأفاد.

(٢) مجموع الفتاوى (١٨٦) .

(٣) انظر الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١١٦٩/٣) .

القول الثالث:

أن له الخيار بين الرد ، والإمساك مع الأرض، وبه قال الحنابلة^(١).

تعريف القول :

ذهب الحنابلة إلى القول بأن للمشتري الخيار بين الرد، والإمساك مع الأرض، لكنهم استثنوا ما إذا كان الإمساك مع الأرض يؤدي إلى الربا ، فحينئذ يكون التخيير بين الرد أو الإمساك مجانا ، ومثاله: شراء حلي فضة بزننه دراهم فضة ، وشراء قفيز مما يجري فيه الربا ، إذا اشتراه بمثله ، ثم وجدته معيبا ، وذلك لأن أخذ الأرض يؤدي إلى ربا الفضل ، أو إلى مسألة (مد عجوة)^(٢).

خلاصة ما سبق :

عند التأمل في هذه المسألة يتبين لك أن الحنابلة أعملوا فيها هذا الضابط. فقال ابن مفلح: (أما الإمساك مع الأرض، فلأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض، ومع العيب فات جزء منه فيرجع ببذله وهو الأرض)^(٣).

وأما أصحاب القولين الآخرين فإنهم لم يعملوا هذا الضابط، وقد يشكل ذلك على ما ذكرنا من اتفاقهم عليه، ولكن مرجع ذلك ليس لعدم اعتبارهم به، بل لأنهم عملوا بضابط غيره، وعليه يتبين عدم اختلاف الفقهاء باعتبار هذا الضابط، بل جاء ذكر اتفاقهم عليه في أكثر من موضع، من ذلك ما قاله صاحب كتاب التقرير: (والاتفاق على أن العوض تنقسم أجزاؤه على أجزاء المعوض)^(٤).

وقد بينت في صيغ الضابط نقولات لبعض الفقهاء من كل مذهب تبين اعتمادهم هذا الضابط، والله أعلم.



(1) انظر المغني (٢٥٩/٤) ، والمبدع شرح المقنع (٤٢٦/٣) .

(2) مسألة (مد عجوة) وضابطها: أن يبيع ربوي بجنسه ومعهما أو مع أحدهما ما ليس من جنسه. انظر البحوث العلمية لهيئة كبار العلماء بالملكة (٢٥/٥) .

(3) المبدع شرح المقنع (٤٢٥/٣) .

(4) التقرير والتحريير (٨٢/٢) .

المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط.

من خلال الدراسة لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، من ذلك ما يلي :

(١) في من اشترى دارا فوجدها معيبة، فإن له الرد - على قول الجميع -، أو الإمساك وأخذ الأرش - على قول من عمل بهذا الضابط في هذه المسألة^(١) -.

(٢) في الطلاق :

إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثا بألف. فطلقها واحدة، فله ثلث الألف - على قول من عمل بهذا الضابط في هذه المسألة^(٢) -.



(١) انظر المغني (٢٥٩/٤) ، والمبدع شرح المقنع (٤٢٦/٣) .

(٢) انظر شرح فتح القدير (٢٠١/٤) ، والحاوي الكبير (٤٧/١٠) ومنح الجليل (١٩٩/٢) .

المبحث السابع : تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط .

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن الشافعية ذكروه بنصه .
فقال الماوردي: (أن يعقدها بحلال وحرام مكاتبه النصراني فالكتابة فاسدة ، لأن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد)^(١) .
وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٢) .
وذهب الحنفية إلى معنى هذا الضابط، ولكن بصياغة أخرى، فقالوا: المعاوضة لا يمكن تنفيذها بعوض محرم ، فقال السرخسي: (الكتابة لا تتجزى، ولا يمكن تنفيذها في نصيب المسلم بالخمر فكذلك في نصيب الكافر)^(٣) .
وذكر المالكية هذا الضابط بالمعنى نفسه أيضا، ولكن باختلاف في الصيغة، فقالوا: أن المنافع المقصودة إن كان بعضها حلال وبعضها حرام لم يصح البيع. جاء في مواهب الجليل: (المنافع المقصودة إذا كان بعضها محلا وبعضها محرما لم يصح البيع)^(٤) .
وذهب الحنابلة أيضا إلى معنى هذا الضابط، فقالوا: المعاوضة على عوض محرم باطلة، فقال ابن قدامة: (الكتابة على العوض المحرم باطلة)^(٥) .
وبهذا يتبين لنا صيغ هذا الضابط عند فقهاء المذاهب الأربعة.

(1) الحاوي الكبير (٢٥٥/١٨) .

(2) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

(3) المبسوط (١٠٢/٨) .

(4) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (٦٥/٦) .

(5) المغني (٤٨٤/١٢) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

ليبين معنى هذا الضابط لا بد من بيان الأصل الذي ينبني عليه، فالأصل الذي ينبني عليه هذا الضابط هو مسألة إباحة العوض، وقد دلت أصول الشريعة الإسلامية على كون العوض مباحا، ولذلك قال الماوردي: (أن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد)^(١)، ومعنى ذلك: أنه كما أن من المعلوم أن العوض المحرم كله يفسد العقد، فكذلك إذا كان بعض العوض محرما فإن العقد يفسد بذلك، والذي يؤيد ذلك ما ذكره الماوردي حيث قال: (أن يعقدها بحلال وحرام مكاتبه النصراني ، فالكتابة فاسدة)^(١)، وهذا لأن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد.



(1) الحاوي الكبير (٢٥٥/١٨) .

المطلب الثالث : دليل الضابط .

من المعلوم أن كل أصل يندرج تحته عدة فروع، فالأصل الذي ينبني عليه هذا الضابط هو مسألة إباحة العوض، وقد دلت أصول الشريعة الإسلامية على كون العوض مباحاً، من ذلك:

- قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾^(١).
- ومن السنة قوله ﷺ: (ثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ، وَكَسْبُ الْحِجَامِ خَبِيثٌ)^(٢).
- ولذلك أطبقت عبارات الفقهاء على اشتراط إباحة العوض، وذكروا أن العوض المحرم مفسد للعقد.
- فقال شمس الدين: (فقد روي عن أحمد رحمه الله ما يدل عليه أن الكتابة على العوض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها)^(٣).
- وقد جاء في هذا الضابط أن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد، لأن ذلك كما قال الخطاب الرعيني^(٤): (هو عقد واحد لا سبيل إلى تبغيضه، والتعاوض على المحرم ممنوع، فمنع الكل لاستحالة التمييز ، ولأن الباقي من المنافع يصير ثمنه مجهولاً لو قدر جواز انفراذه)^(٥).



(1) سورة البقرة آية ١٨٨ .

(2) أخرجه البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (٤٠٩٥) .

(3) الشرح الكبير (٤٧٩/١٢) .

(4) هو: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، أبو عبدالله، المعروف بالخطاب، فقيه مالكي من علماء المتصوفين، أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب، توفي سنة: ٩٥٤هـ . من مؤلفاته: "قرة العين بشرح ورققات إمام الحرمين" ، و "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" ، و "مواهب الجليل في شرح مختصر خليل" .
أنظر في ترجمته: كتاب هداية القاري إلى تجويد كلام الباري (٧٢٠/٢) .

(5) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (٦٥/٦) .

المطلب الرابع: دراسة الضابط .

إن دراسة هذا الضابط تنبني على فساد العقد في كون بعض العوض محرماً، وهذا قول المذاهب الأربعة^(١)، ولكن بعض الفقهاء ذهبوا إلى إجازة ذلك في بعض المسائل، فمن ذلك قول أبي حنيفة في مسألة ما إذا ملك مسلم وذمي عبداً كافراً، ثم كاتب الذمي العبد بإذن المسلم على خمر، أن الكتابة تجوز في ذلك، وخالفه أبو يوسف ومحمد^(٢) (٣). وسبب ذلك ليس راجعاً إلى كون الفقيه لا يرى صحة هذا الضابط، بل هو راجع إلى اعتماده ضابطاً آخر في بناء حكم هذه المسألة، وإلا فإن أبا حنيفة اشترط كون العوض مباحاً^(٤)، وعلى هذا يتبين لنا اتفاق فقهاء المذاهب على هذا الضابط .



(١) انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٣٠٧/٤) ، ومواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (٦٥/٦) ، والحاوي الكبير (٣١٢/٥) ، والمغني (٣٠٩/٤) .

(٢) هو: محمد بن الحسن بن فرقد ، هو العلامة فقيه العراق، أبو عبدالله الشيباني الكوفي، صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط ونشأ بالكوفة، أخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه، وتمم الفقه على القاضي أبي يوسف، أخذ عنه الشافعي وآخرون، توفي سنة: ١٨٩هـ بالري . من مؤلفاته: "الجامع الصغير" . انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (١٣٤/٩).

(٣) انظر المسبوط (١٠٢/٨) .

(٤) انظر حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٣٠٧/٤) .

المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

درج الفقهاء عند ذكر ما يقررونه من مسائل على ذكر تطبيقات فقهية، وهي إنما تكون نتيجة لدراسة المسائل والضوابط الفقهية، وقد ذكر الفقهاء تطبيقات لهذا الضابط، فمن ذلك ما يلي :

- (١) مكاتبة النصراني عبده بعوض حلال وحرام، فالكتابة فاسدة، وسبب ذلك أن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد^(١).
- (٢) ما لو اشترى أحدهم دارا بعوض حلال وحرام، فإن البيع فاسد، وسبب ذلك أن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد، وفساد العوض يقتضي رد المعوض^(٢).



(١) انظر الحاوي الكبير (٢٥٥/١٨) .

(٢) انظر المبدع شرح المقنع (١٢٣/٧) .

المبحث الثامن : لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : صيغ الضابط .

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن فقهاء المذاهب الأربعة متفقون على معنى هذا الضابط.

ووجدت أن المالكية ذكروه بنصه.

فقال القرافي: (اعلم أن القاعدة الشرعية الأكثرية أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد)^(١)، وذكرها في درة الغواص^(٢).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٣).

وذكر الحنفية هذا الضابط بمعناه، ولكن بصيغة أخرى، فقالوا: لا يجتمع العوضان عن معوض واحد.

فقال ابن نجيم: (ولنا أن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد)^(٤).

وذكر الشافعية هذا الضابط أيضا بمعناه، ولكن بصيغة أخرى، فقالوا: لا يجتمع العوضان للمشتري .

فقال النووي: (لأنه لو ملك المشتري لزال ملكه عن الصيد إلى البائع، ولو جب رده عليه لثلا يجتمع العوضان للمشتري)^(٥).

(1) أنوار البروق في أنواع الفروق (٢/٣) .

(2) درة الغواص في محاضرة الخواص لابن فرحون (٢٦٠)

(3) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

(4) البحر الرائق شرح كتر الدقائق (١٩٦/٤) .

(5) المجموع شرح المذهب (٣١١/٧) .

وكذلك الحنابلة ذهبوا إلى القول بمعنى هذا الضابط، ولكن بصياغة أخرى هي قريية من صياغة الشافعية، فقالوا: لا يجتمع للمشتري العوض والمعوض.
فقال الزركشي^(١) في معرض حديثه عن الأرش: (وإنما نسب إلى الثمن ، ولم يجعل ما بين القيمتين من غير نسبة ، لئلا يجتمع للمشتري العوض والمعوض)^(٢).
وهذا يتبين صيغ المذاهب الأربعة لهذا الضابط .



(1) هو: محمد بن عبد الله بن محمد المصري الحنبلي، كان إماماً في المذهب، أبو عبد الله، الفقيه، اللغوي، ولقب بـشمس الدين، ولد سنة: اثنتين وعشرين وسبعمائة، وتوفي سنة: اثنتين وسبعين وسبعمائة .
من مؤلفاته: " شرح مختصر الخرقى " ، و " شرح المحرر " . انظر في ترجمته: مقدمة شرح الزركشي (٧٧-٨٢)، وشذرات الذهب (٣٨٤/٩-٣٨٥)، والسحب الوابلة (ص ٣٩٩ - ٤٠٠) .
(2) شرح الزركشي (٦٦/٢) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان صورة إحدى مسائله، وصورته: لو استأجر مستأجر منفعة ما، ثم أخذ الأجرة أيضا ولم يسلمها للمؤجر، فلا يصح منه ذلك، لئلا يجتمع العوضان لشخص واحد^(١).

ومعنى ذلك:

أن العوض والمعوض وهما في المثال المنفعة والأجرة، لا يجوز أن يجتمعا في ملك شخص واحد وهو في المثال المستأجر، وكذلك لا يصح أن يجتمعا في ملك المؤجر أيضا، لأن من شروط المعاوضة تسليم الثمن للمؤجر أو البائع، وتسليم المنفعة أو المبيع للمستأجر أو المشتري^(٢)، وإذا لم يسلم فسدت المعاوضة، لأن اجتماع العوضان لشخص واحد مفسد للعقد، وبهذا يتبين المراد بالضابط .



(١) انظر أنوار البروق في أنواع الفروق (٢/٣) .

(٢) انظر الروض المربع (٢٠٧/١) .

المطلب الثالث : دليل الضابط .

من المعلوم أن دليل كل ضابط هو الأصل الذي يستند عليه، ومستند هذا الضابط هو: اشتراط تسليم العوض للبائع والمعوض للمشتري، وبيان ذلك :
 أنه إذا لم يؤدي أحدهما ما عليه فيصبح ذلك من أكل أموال الناس بالباطل، وقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(١)، ويصبح ذلك أيضا من الغرر الذي نهى عنه النبي ﷺ^(٢)، وهذا دليل على أن اجتماع العوضان لشخص واحد لا يجوز .



(١) سورة البقرة آية ١٨٨ .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٤٣) ، ومسلم (٣٨٨١) .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

تبين لنا مما سبق أن الفقهاء متفقين على معنى هذا الضابط، إلا أنهم في بعض الأبواب يخالف بعضهم حكم هذا الضابط، وليس هذا بسبب رجوعه عن حكم هذا الضابط، بل إن فقهاء المذاهب قد صرحوا باعتمادهم هذا الضابط .

ومن ذلك ما ذكره ابن نجيم عن الحنفية حيث قال: (ولنا أن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد)^(١).

وقال القرافي عن المالكية: (اعلم أن القاعدة الشرعية الأكثرية أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد)^(٢).

وقال النووي عن الشافعية: (لأنه لو ملك المشتري لزال ملكه عن الصيد إلى البائع، ولو جب رده عليه لثلا يجتمع العوضان للمشتري)^(٣).

وكذلك الحنابلة قال عنهم الزركشي في معرض حديثه عن الأرض: (وإنما نسب إلى الثمن ، ولم يجعل ما بين القيمتين من غير نسبة ، لثلا يجتمع للمشتري العوض والمعوض)^(٤)، إلا أنهم مع ذلك كله اختلفوا في حكم بعض المسائل، والسبب في ذلك راجع إلى اعتمادهم ضابطا آخر أكثر ملائمة من هذا الضابط، فمن ذلك ما قاله ابن فرحون: (باب الإجارة، فإن قلت: القاعدة أنه لا يجوز اجتماع العوضين لشخص واحد: فلا يكون للمستأجر الأجرة والمنفعة، فهل يجتمع العوضان لشخص واحد ؟

قلت: استثنوا من هذه القاعدة صورا :

منها: الإجارة على الصلاة على القول بجوازها، فله أجرة وثواب الصلاة.

ومنها: أخذ الخارج من القاعد جعلاً في الجهاد إذا كان من أهل ديوانه، فيجتمع له الأجر والأجرة.

(1) البحر الرائق شرح كتر الدقائق (٤/١٩٦) .

(2) أنوار البروق في أنواع الفروق (٢/٣) .

(3) المجموع شرح المذهب (٧/٣١١) .

(4) شرح الزركشي (٢/٦٦) .

ومنها: الإجارة على الحجة، فيجتمع للحاج الأجر والأجرة، على الصحيح أن الحج لا يسقط فرض الميت، وإنما يحصل له الدعاء وثواب النفقة^(١).

ولكن قال صاحب كتاب أنوار البروق عن هذه المستثنيات: (قلت: في هذا الفرق نظر يفتقر إلى بسط، وما ذكره من المسائل الثلاث لقائل أن يقول: ليس المبذول فيها عوضاً عن الثواب، بل هو معونة على القيام بتلك الأمور، فللقائم بها ثوابه ولمن تولى المعونة ثوابه، فلم يجمع العوضان لشخص واحد بوجه، والله تعالى أعلم)^(٢).

وبهذا يتبين لك أن هذا الضابط مجمع على العمل به، وقد استثنيت بعض صوره، إلا أن بعض المحققين خالف في ذلك، والله أعلم .



(١) درة الغواص في محاضرة الخواص (٢٦٠) .

(٢) شرح أنوار البروق في أنواع الفروق لابن الشاط (٣/٣) بتحقيق خليل المنصور .

المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

من خلال دراستنا لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، من ذلك ما يلي :

- (١) لو أن بائعا يبيع ثمرا، فاشترى منه مشتر ثمرة بدرهم، فليس له قبض الثمن والسلعة معا، دون أن يسلم للمشتري أحد العوضين^(١).
- (٢) من هذه التطبيقات ما ذكره الزركشي حيث قال: (لو اشترى شيئا بمائة ، ثم وجد به عيبا ، وكانت قيمته وهو صحيح مائتين، وقيمته وهو معيب مائة ، فما بينهما مائة ، فلو أوجبت المائة للمشتري لاجتمع له العوض والمعوض)^(٢).



(١) انظر أنوار البروق في أنواع الفروق (٣/٣) .

(٢) شرح الزركشي (٦٦/٢) .

المبحث التاسع : كل عوض تعجل بالشرط بإطلاقه يوجب حله كالثمن .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن الشافعية ذكروه بنصه.
فقال الماوردي: (ودليلنا: هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح، ولأن كل عوض تعجل بالشرط بإطلاقه يوجب حله كالثمن)^(١).
وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٢).

وخالف الحنفية في هذا الضابط، فقالوا: إذا أطلق العوض فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما في مقابلته من العوض، ولذلك قال السمرقندي^(٣) : (أن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع ساعة فساعة)^(٤).

وذكر المالكية مذهبا آخر، فقالوا: أن إطلاق العوض يوجب أدائه بمضي المدة، ولهذا قال النفراوي^(٥): (إن استجاره على مداواته مدة معلومة بأجرة معلومة ، فإن تمت المدة وبرئ أو لم يبرأ فله الأجرة كلها)^(٦).

وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه المالكية، ولكن بصياغة أخرى، فقالوا: العوض لا يستحق إلا بمضي المدة. فقال ابن قدامة: (إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل)^(١)، وبهذا يتبين صيغ المذاهب الأربعة بالنسبة لهذا الضابط .

(1) الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

(2) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

(3) هو: الإمام الفقيه أبو الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي الحنفي، يروي عن: مهدي البخاري وجماعة، أخذ عنه: الترمذي وغيره، توفي سنة: ٣٧٥هـ . من مؤلفاته: "تنبيه الغافلين" و"الفتاوى". انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (٣٢٢/١٦) .

(4) تحفة الفقهاء (٣٤٨/٢) .

(5) هو: أحمد بن غنيم (أو غانم) بن سالم بن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي، توفي سنة: ١١٢٦هـ . من مؤلفاته: "الفواكه الدواني" و"شرح الرسالة النورية". انظر في ترجمته: الأعلام للزركلي (١٩٢/١) .

(6) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١١٧٤/٣) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان صورة إحدى مسائله، وصورته: لو أن مستأجرا استأجر منفعة ما، فإن عليه أداء ما افترضته عليه الإجارة حالة، فلا يصح تأخير أداء العوض، لأن كل عوض تعجل بالشرط بإطلاقه يوجب حله كالثمن^(٢)، ومعنى ذلك: أن إطلاق العوض في عقد المعاوضة وعدم اشتراط تحديده بوقت للأداء فإن ذلك يقتضي كون العوض حالا، وهذا هو رأي الشافعية^(١) كما سيأتي بيانه، وبهذا يتبين المراد بالضابط.



(١) المغني (١١٧/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

المطلب الثالث : دليل الضابط .

من المعلوم أن دليل كل ضابط هو الأصل الذي يستند عليه، ومستند هذا الضابط هو اشتراط تسليم العوضين، وقد بينا أنه لا بد من تسليم العوضين في المبحث السابق، فمن ذلك قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾^(١)، لكن تبقى هنا مسألة إطلاق العوض هل يوجب الحلول؟، فمن قال بهذا الضابط استدل على ذلك بأدلة سيأتي بيانها، من تلك الأدلة قول الماوردي: (لأن الأصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض، ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض، فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر، كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن)^(٢)، وسيأتي التفصيل في المسألة في المطلب التالي .



(1) سورة البقرة آية ١٨٨ .

(2) الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

إن دراسة هذا الضابط تعتمد في الدرجة الأولى على معرفة محل النزاع وتحريره، وذلك إنما يكون عن طريق معرفة المسائل التي ذكر فيها الضابط، وقد ذكر هذا الضابط بنصه الشافعية في مسألة إطلاق العوض في عقد الإجارة، وإليك ما ذكره الماوردي في ذلك حيث قال: (أما الأجرة فلها ثلاثة أحوال في عقد الإجارة: أحدها: أن يشترط حلولها فتكون حالة اتفاقا. والثاني: أن يشترط تأجيلها ، أو تنجيمها فتكون مؤجلة ، أو منجمة إجماعا. والثالث: أن يطلقها فلا يشترط فيها حلولا ، ولا تأجيلا فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب ^(١)، وقبل الدخول في بيان المسألة، لا بد من بيان محل الخلاف فيها، فأقول:

• تحرير محل النزاع ^(٢) :

اتفق الفقهاء على أنه إذا اشترط الطرفان في العوض شرطا في تحديد وقت تسليم العوض فهو على ما شرطا، واختلفوا في مسألة إطلاق وقت تسليم العوض وعدم تحديده على أقوال :

• الأقوال في المسألة :

القول الأول :

لا تعجل الأجرة، بل تكون في مقابلة المنفعة، فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما في مقابلته من الأجرة، لكن لما شق أن يستوفي ذلك على يسير الأجزاء، استحق أجرة يوم بيوم، وبه قال الحنفية ^(٣).

(1) الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

(2) انظر المصدر السابق .

(3) انظر تحفة الفقهاء (٣٤٨/٢) .

القول الثاني:

لا يستحق الأجرة إلا بمضي جميع المدة، وبه قال المالكية والحنابلة^(١).

القول الثالث:

أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين، وبه قال الشافعية^(٢).

• الأدلة والمناقشة :

أولاً : أدلة أصحاب القول الأول :

قال صاحب كتاب اللباب: (وجه المرجوع إليه أن القياس يقتضي استحقاق الأجرة ساعة فساعة لتحقيق المساواة ، إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به ، فقدّر بما ذكرناه)^(٣)، أي: من استحقاق أجرة يوم بيوم.

ثانياً : أدلة أصحاب القول الثاني :

- لأنه عقد معاوضة فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد إقباض المعوض كالبيع.
- لأن ما استحق من الأعواض على المنافع يلزم أدائه بعد تسليم المنافع كالجعالة والقراض^(٤).

(1) انظر الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١١٦٩/٣) ، والمغني (١١٧/٦) .

(2) انظر الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

(3) اللباب في شرح الكتاب (١٨٢/١) .

(4) انظر الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١١٧٤/٣) ، والمغني (١١٧/٦) ، والحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

ثالثاً : أدلة أصحاب القول الثالث :

قال الماوردي: (دليلنا هو: أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح، ولأن كل عوض تعجل بالشرط بإطلاقه يوجب حله كالثمن، ولأن الأصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن)^(١).

مناقشة أصحاب القول الثالث لأصحاب القولين الآخرين :

قال الماوردي: (والمنافع هاهنا بالتمكين مقبوضة حكماً وإن لم يكن القبض مستقراً لأموال أربعة :

أحدها: ما ذكره الشافعي أنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز تأجيل الأجرة؛ لأنه يصير ديناً بدين ، وقد ورد النهي عنه وفي إجماعهم على جواز تأجيلها دليل على حصول قبضها.

والثاني: أنها لو لم تكن مقبوضة لما جاز لمستأجر الدار أن يؤجرها؛ لأن بيع ما لم يقبض باطل وفي إجماعهم على جواز إجارتها دليل على حصول قبضها.

والثالث: أن الزوجة لا يلزمها التمكين من نفسها إلا بعد قبض صداقها ولو كان صداقها سكنى دار تسلمتها لزمها تسليم نفسها فلولا حصول قبضها لصداقها ما ألزمت تسليم نفسها.

والرابع: أن الأجرة لو لم تملك بتسليم الدار ، والتمكين من السكنى لما جازت المضاربة عليها وأن يأخذ عن الذهب ورقاً وعن الورق ذهباً كما لا يجوز مثل ذلك في الديون)^(٢).

(١) الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

(٢) الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

الترجيح :

الراجح - والله أعلم - ما ذكره أصحاب القول الثالث، وهو أن يكون العوض حالا يملك بالعقد ويستحق بالتمكين، لقوة أدلتهم، وضعف أدلة القولين الآخرين، وهذا مذهب الشافعية .



المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

من خلال دراستنا لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، ولعلنا نذكر مسألة ما لو استأجر مستأجر داراً، فمتى يدفع الأجرة ؟، اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

لا تعجل الأجرة، بل تكون في مقابلة المنفعة، فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما في مقابلته من الأجرة، فيستحق أجرة يوم بيوم، وبه قال الحنفية^(١).

القول الثاني :

لا يستحق الأجرة إلا بمضي جميع المدة، وبه قال المالكية والحنابلة^(٢).

القول الثالث :

أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين، وبه قال الشافعية^(٣).



(١) انظر الباب شرح الكتاب (١٨٢/١) .

(٢) انظر الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١١٦٩/٣) ، والمغني (١١٧/٦) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٣٩٦/٧) .

المبحث العاشر : كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل القبض حرم النساء فيهما وما لا فلا .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن الشافعية ذكروه بنصه. فقال ابن السبكي: (إذا جاز البيع نسيئة تبعه جواز التفرق قبل التقابض، لأن كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل التقابض حرم النساء فيهما، وما لا فلا)^(١).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٢).

وذهب الحنفية إلى معنى هذا الضابط، ولكن بصياغة أخرى، فقالوا: أن التفرق قبل التقابض يحرم حرمة النساء.

فقال صاحب كتاب اللباب: (وجب التقابض لحرمة النساء) (وإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات شرط الصحة - وهو القبض قبل الافتراق -)^(٣).

وذكر المالكية هذا الضابط بالمعنى نفسه أيضا، ولكن باختلاف في الصياغة، فقالوا: إذا دخل ما دليل عليه الدليل النسيئة حرم إلا أن يكون يدا بيد .

(1) التكملة للسبكي (١٠/١٦٠) .

(2) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (٣/١٢٥١) .

(3) اللباب شرح الكتاب (١/١٣٢) .

قال ابن عبد البر ^(١) : (فإن دخل شيء منه النسيئة حرم ودخله الربا، لنهي النبي عليه السلام عن الطعام بالطعام إلا يدا بيد) ^(٢).

وذهب الحنابلة أيضا إلى معنى هذا الضابط .

فقال ابن قدامه : (لأنهما مالان من أموال الربا علتها واحدة فحرم التفرق فيهما قبل القبض) ^(٣).

وبهذا يتبين لنا صيغ هذا الضابط عند فقهاء المذاهب الأربعة .



(1) هو: شيخ الإسلام، أبو عمر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النميري الأندلسي، عربي الأصل، المالكي، الحافظ، الفقيه، المحدث، المؤرخ. ولد سنة: ثمان وستين وثلاثمائة في قرطبة، وتوفي سنة: ثلاث وستين وأربعمائة، بمدينة شاطبة شرق الأندلس. من مؤلفاته : " الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار "، و " الاستيعاب في معرفة الأصحاب "، و " جامع بيان العلم وفضله "، و " الكافي على مذهب مالك "، و " التمهيد في شرح موطأ مالك ". انظر في ترجمته : تذكرة الحفاظ (٣/١١٣٠)، وسير أعلام النبلاء (١٥٣/١٨).

(2) الكافي في فقه أهل المدينة (٦٤٧/٢) .

(3) المغني (٤/١٤١) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان أنه يبين ما يدخل في باب ربا النسيئة مما لا يدخل، ولذلك وجدنا ابن السبكي يستدل به في باب الربا^(١)، وقد يدخل في باب السلم وغيره ولكن بتحديد الصورة ربوية من عدمها، وعلى كل فإن المراد من هذا الضابط اشتراط التقابض قبل التفرق في مجلس العقد فيما يحرم فيه النسيئة، وكذلك عدم اشتراط التقابض في مجلس العقد فيما لا يحرم فيه النسيئة، فهذا الضابط يشتمل على معنيين كما بينا، فهو عبارة عن ضابطين، ومعنى التقابض: هو مفاعلة من القبض، ففيه معنى المشاركة، وقال الزبيدي: (قبض قبضه بيده يقبضه: تناوله بيده ملامسة)^(٢)، ثم قال: (ويستعار القبض للتصرف في الشيء، وإن لم يكن فيه ملاحظة اليد والكف، نحو: قبضت الدار والأرض)^(٣)، وقد بينا أن من شروط تسليم أحد العوضين تسليم الآخر، وهو ما يشترطه هذا الضابط في قسمه الأول، لكنه يختلف ذلك الاشتراط بتحديدده فيما تحرمه النسيئة، والخلاصة أن هذا الضابط يبين ما يشترط فيه تسليم العوضين قبل التفرق من مجلس العقد - وهو ما يحرم فيه النسيئة -، ويبين أيضا ما لا يشترط فيه تسليم العوضين قبل التفرق من مجلس العقد - وهو ما لا يحرم فيه النسيئة - .



(١) التكملة للسبكي (١٦٠/١٠) .

(٢) تاج العروس من جواهر القاموس (٥/١٩) .

المطلب الثالث : دليل الضابط .

قد تبين في معنى هذا الضابط أن موضع هذا الضابط في ما يدخله الربا مما لا يدخله، ولذلك فإن المعول في هذا الباب كله هو قول الله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾^(١)، وعليه فقد جاءت السنة المطهرة مبينة لأحكام الشريعة كلها، ومن ذلك ما يتعلق بموضوع هذا الضابط، فقد قال الرسول ﷺ: (الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء)^(٢)، وجاء في رواية أيضا عنه ﷺ أنه قال: (لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضه على بعض، ولا تبيعوا شيئا غائبا منه بناجز إلا يدا بيد)^(٣)، وهذا كله مبينا ما يتعلق بموضوع هذا الضابط، فقوله: (هاء وهاء) و (يدا بيد) فيه دليل على اشتراط التقابض وتحريم النساء، ولذلك قال ابن دقيق العيد^(٤) في شرحه هذا الحديث: (في الحديث أمران: أحدهما: تحريم التفاضل في الأموال الربوية عند اتحاد الجنس وصنفه في الذهب بالذهب من قوله: (إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض) . والثاني: تحريم النساء من قوله: (و لا تبيعوا منها غائبا بناجز) وبقية الأموال الربوية ما كان منها منصوبا عليه في غير هذا الحديث أخذ فيه بالنص، وما لا قاسه القائسون. وقوله: (إلا يدا بيد) في الرواية الأخرى: يقتضي منع النساء)^(٥)، هذا ما يتعلق بدليل الضابط، والله أعلم .



(1) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

(2) أخرجه البخاري (٢١٣٤) ، ومسلم (٤١٤٣) .

(3) أخرجه مسلم (٤١٣٩) .

(4) هو: الإمام تقي الدين أبو الفتح، محمد بن الشيخ محمد الدين علي بن وهب بن مطيع القشيري القوصي، ولد

بقوص ٦٢٥هـ وتفقها، وتوفي سنة: ٧٠٢هـ . من مؤلفاته: "الإمام في الحديث وشرحه" و"شرح عمدة

الأحكام" و"الاقتراح في مصطلح الحديث". انظر في ترجمته: حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (٣١٧/١).

(5) إحكام الأحكام (٣٦٩/١) .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

لدراسة هذا الضابط لا بد من بيان لتحرير محل النزاع وما سبب النزاع فيه، وأقول: إن الفقهاء أجمعوا على تحريم الربا بالجملة، حتى أن ابن المنذر قال: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد، لقول النبي ﷺ: (الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء)^(١)، وقوله عليه السلام: (يبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد)^(٢)، ونهى النبي ﷺ عن بيع الذهب بالورق ديناً^(٣)، ونهى أن يباع غائب منها بناجز^(٤)، وكلها أحاديث صحاح^(٥). واشترط الفقهاء أيضا التقابض قبل التفرق من مجلس العقد فيما يحرم فيه النسيئة، لقوله ﷺ: (يدا بيد)، ومما يدل على ذلك: قول الحنفية: (ووجب التقابض لحرمه النساء)^(٦)، وقال النفراوي من المالكية: (وبيع الفضة بالذهب ربا، فيحرم في كل حال إلا يدا بيد، أي: إلا أن يكون على وجه المقابضة والمناجزة فيجوز)^(٧)، وقال ابن السبكي من الشافعية: (كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل التقابض حرم النساء فيهما، وما لا فلا)^(٨)، وقال شمس الدين: (وأما الصرف فهو بيع الأثمان بعضها ببعض ، والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف)^(٩)، ويمكن أن نحمل القول في ذلك بأن نذكر ما قاله ابن رشد حيث قال: (واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء: هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الرويات ؟، بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة، لقوله عليه الصلاة والسلام: (لا تبيعوا منها غائبا بناجز)، فمن شرط فيها التقابض في المجلس شبهها بالصرف، ومن لم يشترط ذلك قال: إن القبض قبل التفرق ليس شرطا في البيوع إلا

(١) سبق تخريجه في المطلب السابق .

(٢) أخرجه مسلم (٤١٥٦) و (٤١٤٧) .

(٣) الشرح الكبير (١٦٥/٤) .

(٤) اللباب شرح الكتاب (١٣٢/١) .

(٥) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (١٠٨٩/٣) .

(٦) التكملة للسبكي (١٦٠/١٠) .

(٧) الشرح الكبير (١٦٥/٤) .

ما قام الدليل عليه، ولما قام الدليل على الصرف بقيت سائر الرويات على الأصل^(١)، وبذلك يتبين اشتراط الفقهاء للتقايض فيما يحرم فيه النسيئة . ويبقى بيان أن سبب هذا التراجع يعود لأمرين :

١/ أن أهل العلم من المذاهب الأربعة اختلفوا في تحديد الربوي من غيره، ومسألة تحديد الربا مسألة فيها خلاف كبير بين الفقهاء كما هو معلوم، لكن ممكن أن نذكر كلام لخليل المنصور ليلخص لنا ذلك حيث قال: (وأما ما يجوز فيه التفاضل والنساء: فعند الشافعي: ما لم يكن ربويا، وعند مالك: ما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا، عند أبي حنيفة: ما كان صنفا واحدا بإطلاق، فمالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الرويات وفي النساء في غير الرويات اتفاق المنافع واختلافها، فإذا اختلف جعلها صنفين وإن كان الاسم واحدا، وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي، وإن كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثرا إلا في الرويات فقط، أعني أنه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة النساء أصلا . وفي كشف القناع على الإقناع ما حاصله - مع المتن - إن ربا النساء يحرم بين كل شيئين من جنس أو جنسين بشرطين: أحدهما: أن يكون أحدهما نقدا ذهابا أو فضا، وثانيهما: أن تتحد علة ربا الفضل، وهو الكيل والوزن فيهما، كمكيل بمكيل من جنسه أو غيره، بأن باع مد بر بجنسه، أي: بر أو بشعير ونحوه، وموزون بموزون، بأن باع رطل حديد بجنسه، أي: بحديد أو بنحاس ونحوه، فيشترط لصحة البيع في ذلك الحلول والقبض في المجلس لما ذكر، ثم إن اتحد الجنس اعتبر التماثل وإلا جاز التفاضل، ويجوز النساء بين كل شيئين أحدهما نقدا واختلف علة ربا الفضل فيهما^(٢)، فهذا الخلاف أثر على تحديد النسيئة من غيرها.

(١) بداية الاجتهاد (١٣٥/٢) .

(٢) إدرار الشروق حاشية شرح أنوار البروق (٤١٩/٣-٤٢٠) .

٢/ أن أهل العلم من المذاهب الأربعة اختلفوا أيضا في مسألة تأجيل نقد الثمن ليومين أو ثلاثة، مع اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا، واتفاقهم أيضا على اشتراط ذلك في المصارفة، ولذلك جاء في مجلة البحوث الإسلامية: (واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا ، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط، وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن من شرطه التقابض في المجلس، كالصرف فهذه ستة متفق عليها^(١)، وهذا الخلاف أثر على شرط التقابض، وهل يصح كون تأجيل اليومين والثلاثة جائزا؟.



(1) مجلة البحوث الإسلامية (٣٦/٤٧) .

المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط.

من خلال الدراسة لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، ولعلنا نذكر مسألة تبين ثمره هذا الضابط، فأقول: لو اشترى أحدهم تمرا بشعير نسيئة إلى أجل فما الحكم؟، ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز ذلك، لأن كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل التقابض حرم النساء فيهما، ومالا فلا .



المبحث الحادي عشر : كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة جاز أخذه في الجعالة .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط، وجدت أن الحنابلة ذكروه بنصه. جاء في كشف القناع: (كل ما جاز أن يكون عوضا في الإجارة جاز أن يكون عوضا في الجعالة) (١).

وقد ذكره ابن قدامة في المغني والزرکشي في شرحه (٢). وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (٣).

وقد ذهب المالكية إلى معنى هذا الضابط أيضا، لكنهم ساقوه بصيغة العموم، فقالوا: كل ما جاز فيه الإجارة جاز فيه الجعالة، ولذلك قال ابن الدردير: (كل ما جاز فيه عقد الإجارة جاز فيه الجعالة) (بلا عكس)، فليس كل ما جاز فيه الجعالة جاز فيه الإجارة (٤). وقد ذهب الشافعية إلى معنى هذا الضابط، فقالوا: وما جازت الإجارة عليه جازت الجعالة عليه.

فقال النووي: (فما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال لكونه مجهولا تجوز الجعالة عليه للحاجة ، وما جازت الإجارة عليه جازت الجعالة أيضا على الصحيح) (٥).

(1) كشف القناع (٤٨٣/٩) .

(2) انظر المغني (٣٢٧/٨) تحقيق التركي، وشرح الزركشي (٣٤١/٥) .

(3) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

(4) الشرح الكبير للدردير (٦٣/٤) .

(5) روضة الطالبين (٣٣٧/٤) .

واعلم أن الحنفية لا يرون مشروعية الجعالة إلا في العتق فقط، وعليه فالضابط ليس له اعتبار عند الحنفية^(١). وعلى كل فالفقهاء متفقون على معنى هذا الضابط، كما سيأتي بيانه.



المطلب الثاني: معنى الضابط.

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان أن الأصل في العمل المعاوض عليه أن يكون معلوماً، ولذلك جاء في كلام الماوردي قوله: (وهذا صحيح؛ إذا شرط العامل أن يعمل معه رب النخل في المساقاة ورب المال في المضاربة، بطل العقد في المساقاة والمضاربة. واختلف أصحابنا في علة بطلانه، فذهب المزني إلى أن العلة فيه اشتراكهما في العمل مع اختلافهما فيه يفضي إلى جهالة ما يستحق على العامل من عمله، والعمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة)^(٢)، ولذلك ذكر بعض الفقهاء أن ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة جاز أخذه في الجهالة، وقد بين الشريبي^(٣) معنى الجعالة فقال: (لغة اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء. وشرعا: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول عسر علمه)^(٤)، وصورة هذه المسألة: لو أن أحدهم أخذ على تعليمه للقرآن عوضا من طريق الإجارة، فإن له أن يأخذ على تعليمه القرآن عوضا من طريق الجعالة^(٥)، والخلاصة أن القاعدة في ذلك كله هي كون العمل المستأجر فيه، يصح أخذ الجعالة عليه.

(١) المغني (١٤/٨) تحقيق التركي .

(٢) الحاوي الكبير (٣٥٧/٧) .

(٣) هو : محمد بن محمد الشريبي القاهري الشافعي، المفسر، الغوي، من أهل القاهرة . لقب بشمس الدين، توفي سنة: سبع وسبعين وتسعمائة. من مؤلفاته : " الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع "، و " مغني المحتاج في شرح المنهاج "، و " تقريرات على المطول "، و " شرح شواهد القطر ". انظر في ترجمته : شذرات الذهب (٥٦١/١٠)، والأعلام للزركلي (٦/٦).

(٤) الإقناع (٢٠/٢) .

(٥) انظر كشف القناع (٤٨٣/٩) .

المطلب الثالث : دليل الضابط .

بالنظر فيما سبق من معنى الضابط، يتبين لنا أن هذا الضابط هو الذي دلت عليه أصول الشريعة الإسلامية ، وذلك أن جهالة العمل المعاوض عليه يفضي إلى الغرر ، وقد ثبت في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر^(١) ، وعليه فإن العمل المجهول لا تصح المعاوضة عليه، ولذلك ذكر بعض الفقهاء ضابطاً وهو أن كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة جاز أخذ العوض عليه في الجعالة، ومستندهم في ذلك من الكتاب قول الله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(٢) وقوله: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾^(٣)، وبهذا يتبين دلالة هذا الضابط على ما جاء فيه .



(١) سبق تخريجه ص ٤١ .

(٢) سورة المائدة آية ٣ .

(٣) سورة يوسف آية ٧٢ .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

من خلال بحث صيغ هذا الضابط، والنظر في أدلته التي استدلل بها الفقهاء، تبين لنا أن الفقهاء متفقون على معنى ما جاء في هذا الضابط، وهو أن كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة جاز أخذ العوض عليه في الجعالة، وسأبين ذلك من خلال ذكر بعض نقولاتهم في ذلك، فأقول :

قال ابن الدردير من المالكية: (والجعل يصح (في كل ما جاز فيه الإجارة) أي: كل ما جاز فيه عقد الإجارة جاز فيه الجعالة، (بلا عكس) فليس كل ما جاز فيه الجعالة جاز فيه الإجارة، فالجعالة أعم باعتبار المتعلق، وإلا فهما عقدان متباينان، وهذا سهو من المصنف. والذي في المدونة عكس ما قال المصنف، فالإجارة أعم، والحق أن بينهما العموم والخصوص الوجهي، فيجتمعان في نحو بيع أو شراء ثوب، أو أثواب قليلة، أو حفر بئر بفلاة واقتضاء دين، وتنفرد الإجارة في خياطة ثوب، وبيع سلع كثيرة، وحفر بئر في ملك، وسكنى بيت، واستخدام عبد ودابة، وتنفرد الجعالة فيما جهل حاله ومكانه كأبق ونحوه ، نعم كلام المدونة أقرب للصواب لجواز أن يقال: إن ما جهل مكانه تصح فيه الإجارة)^(١).

وقال النووي من الشافعية: (الركن الثالث: العمل ، فما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال لكونه مجهولاً تجوز الجعالة عليه للحاجة ، وما جازت الإجارة عليه جازت الجعالة أيضاً على الصحيح. وقيل: لا ، للاستغناء بالإجارة)^(٢).

وقال البهوتي: ((وكل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه) أي: العوض (عليه في الجعالة، وما لا يجوز أخذ العوض عليه في الإجارة كالغناء والزمير وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه) لقوله تعالى: ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾^(٣)، وما يختص أن يكون فاعله من أهل القرية بأن اشترط إسلام فاعله (مما لا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة والصيام لا يجوز أخذ الجعل عليه)، كما تقدم في الإجارة (فأما ما يتعدى نفعه،

(1) الشرح الكبير (٦٣/٤) .

(2) روضة الطالبين (٣٣٧/٤) .

(3) سورة المائدة آية ٣ .

كالأذان ونحوه)، كتعليم فقه، وقرآن، وقضاء، وإفتاء - على تفصيل يأتي في القضاء - ورقية فيجوز^(١)، وبهذا يتضح لنا قول فقهاء كل مذهب فيما يتعلق بمسألة هذا الضابط، والله أعلم.



المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط.

لدراسة أي ضابط لا بد له من تطبيقات، وهذه التطبيقات إنما هي نتيجة وثمره لكل ضابط تتم دراسته، فمن تطبيقات هذا الضابط ما يلي :

١/ مسألة ما لو أخذ أحدهم على تعليمه للقرآن عوضاً من طريق الإجارة، فإن له أن يأخذ على تعليمه القرآن عوضاً من طريق الجعالة^(٢).

٢/ مسألة ما لو استأجر أحدهم على حفر بئر في فلاة، فإن له أن يضرب عليه جعلاً لمن عمله بمثل ذاك الأجر^(٣).



(1) كشف القناع (٤٨٣/٩) .

(2) انظر كشف القناع (٤٨٣/٩) .

(3) انظر الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني (١١١٦/٣) .

المبحث الثاني عشر : تلف المعوض يوجب الرجوع في المعوض فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط، وجدت أن الحنابلة ذكروه بنصه.
فقال ابن قدامة: (لأن تلف المعوض يوجب الرجوع في المعوض، فإذا تعذر رده رجع إلى
قيمه كالمبيع)^(١).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في
المعاملات المالية^(٢).

وإلى هذا المعنى ذهب الشافعية، فقال ابن السبكي: (لأنه عوض معين تلف قبل القبض
وتعذر الرجوع إلى المعوض، فوجب الرجوع إلى بدل المعوض، لا إلى بدل العوض)^(٣).
وقد ذهب الحنفية إلى صياغة أخرى، فقالوا: أن العوض إذا تلف فإن له مثله فقط،
وهذا مخالف لما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، حيث قال ابن تيمية: (لأن كل عين يجب
تسليمها فلا يسقط ضمانها بتلفها، فإذا تلف ضمنت ببدها كالعين المغصوبة)^(٤)، وعلى
كل فهذا ما يختص بصياغات المذاهب الأربعة لهذا الضابط .



(١) المغني (١٢٩/١٠) .

(٢) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

(٣) التكملة للسبكي (٣٤٣/١٦) .

(٤) المجموع (٣٤٤/١٦) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان صورة مسألة الضابط، فأقول: إذا كان الصداق من ضمان الزوج وليس من جهة الزوجة، وكان الضمان متعلقا بما كان قبل القبض وليس بعده، فإذا تلف الصداق قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه، وبم يكون الضمان فيه، هل يكون بمثله إن كان مثليا فقط، أو يكون بمهر المثل؟، في المسألة خلاف بين الفقهاء سيأتي بيانه، وعلى كل فإن بعض الفقهاء قالوا: أن الزوج يضممه بمهر المثل، وسبب ذلك أن تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته^(١)، وبهذا يتبين لنا معنى هذا الضابط .



(١) انظر المغني (١٢٩/١٠) .

المطلب الثالث : دليل الضابط .

من المعلوم أنه لبيان دليل أي ضابط لا بد من بيان أصله الذي ينبنى عليه، وهذا الضابط إنما يرجع إلى مسألة الضمان في المتلفات، وقد جاءت الشريعة بضمان المتلفات، فمن ذلك قول الله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾^(١)، وجاء في الصحيح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: في المملوك بين الرجلين فيعتق أحدهما: (يضمن)^(٢)، وذكر بعض الفقهاء من الحنابلة والشافعية^(٣) بناء على ذلك مسألة ما إذا تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته، هذا ما يتعلق بدليل الضابط، وسيأتي مزيد بحث في دراسة الضابط .



(1) سورة النحل آية ١٢٦ .

(2) أخرجه مسلم (٤٤٢١) .

(3) انظر التكملة للسبكي (٣٤٣/١٦) ، والمغني (١٢٩/١٠) .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

لدراسة هذا الضابط لا بد من بيان أقوال الفقهاء فيها، ولمعرفة ذلك فلا بد من النظر في المسألة التي استشهد بها الحنابلة في موضوع هذا الضابط، وهي مسألة تلف الصداق، وصورة المسألة: ما إذا كان الصداق من ضمان الزوج وليس من جهة الزوجة، وكان الضمان متعلقًا بما كان قبل القبض وليس بعده، فإذا تلف الصداق قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه، وبم يكون الضمان فيه ؟، اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال :

القول الأول :

يضمنه بمثله، إن كان مثلياً فقط، وبهذا قال أبو حنيفة^(١) والشافعي في القديم^(٢) ورواية عن أحمد^(٣).

القول الثاني :

يرجع إلى مهر المثل، وبهذا قال الشافعي في الجديد^(٤)، ورواية عن أحمد^(٥).

(1) بدائع الصنائع (٣٠١/٢) وما بعدها.

(2) الحاوي الكبير (٤٢٤/٩)، والمهذب للشيرازي (٢٠١/٤).

(3) المغني (١٢٩/١٠).

(4) المهذب للشيرازي (٢٠١/٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٥٨٤/١)، والمجموع شرح المهذب (٣٤٣/١٦).

(5) المغني (١٢٩/١٠).

• الأدلة والمناقشة :

دليل أصحاب القول الأول :

لأن كل عين يجب تسليمها مع وجودها، فإذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها، كالمغصوب والقرض والعارية. قال الشيرازي: (قال في القديم: ترجع إلى بدل العين؛ لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع إلى بدلها كالمغصوب فعلى هذا إن كان مما له مثل وجب مثله وإن لم يكن له مثل وجبت قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى أن تلف كالمغصوب) (١).

دليل أصحاب القول الثاني :

لأن تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع، ومهر المثل هو القيمة، فوجب الرجوع إليه. قال ابن السبكي: (قال في الجديد: ترجع عليه بمهر مثلها؛ لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع إلى المعوض فوجب الرجوع إلى بدل المعوض، لا إلى بدل العوض، كما لو اشترى فرسا بثوب وقبض الفرس وتلف الفرس والثوب عنده، فإنه يجب عليه قيمة الفرس لا قيمة الثوب، فقولنا: عوض معين احتراز من العوض في الذمة، وقولنا: تعذر الرجوع إلى المعوض؛ لأن الشرع قد منع الزوجة من الرجوع إلى بضعها بتلف الصداق، فرجعت إلى بدله. وفيه احتراز من المبيع إذا تلف قبل القبض والتمن باق) (٢).



(١) المذهب للشيرازي (٢٠١/٤).

(٢) المجموع شرح المذهب (٣٤٣/١٦).

المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

إن تطبيقات كل ضابط تمثل النتيجة لدراسة الضابط، وقد ذكر الفقهاء فروعاً تطبيقية لهذا الضابط، فمن ذلك :

١/ لو اشترى فرساً بثوب وقبض الفرس وتلف الفرس والثوب عنده، فما الحكم ؟

القول الأول :

يضمنه بمثله، وبهذا قال أبو حنيفة^(١) والشافعي في القديم^(٢) ورواية عن أحمد^(٣).

القول الثاني :

يرجع إلى قيمة المثل، وبهذا قال الشافعي في الجديد^(٤)، ورواية عن أحمد^(٥).

٢/ كان الصداق من ضمان الزوج وليس من جهة الزوجة، وكان الضمان متعلقاً بما كان قبل القبض وليس بعده، فإذا تلف الصداق قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه، على أي شيء يكون الضمان فيه ؟

القول الأول :

يضمنه بمثله، إن كان مثلياً فقط، وبهذا قال أبو حنيفة^(٦) والشافعي في القديم^(٧) ورواية عن أحمد^(٨).

القول الثاني :

يرجع إلى مهر المثل، وبهذا قال الشافعي في الجديد^(٩)، ورواية عن أحمد^(١٠).

(١) بدائع الصنائع (٣٠١/٢) وما بعدها.

(٢) الحاوي الكبير (٤٢٤/٩)، والمهذب للشيرازي (٢٠١/٤).

(٣) المغني (١٢٩/١٠).

(٤) المهذب للشيرازي (٢٠١/٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٥٨٤/١)، والمجموع شرح المهذب (٣٤٣/١٦).

(٥) المغني (١٢٩/١٠).

(٦) بدائع الصنائع (٣٠١/٢) وما بعدها.

(٧) الحاوي الكبير (٤٢٤/٩)، والمهذب للشيرازي (٢٠١/٤).

(٨) المغني (١٢٩/١٠).

المبحث الثالث عشر : العقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم

الصحيح .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

بالنظر في صيغ هذا الضابط تجد أن الشافعية ذكره بنصه.

حيث قال الماوردي: (إذا بطلت المساقاة بما ذكرت وجب أن تكون الثمرة بينهما نصفين بالملك. قال المزني^(٣): ولا أجرة للعامل في عمله؛ لأنه لما بذل العمل على غير بدل صار متطوعاً به وبهذا قال، وجمهور أصحابنا. وقال أبو العباس بن سريج^(٤): له أجرة مثله؛ لأنها مساقاة فاسدة، والعقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح، وإن شرط فيه إسقاط البدل)^(٥).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٦).

وقد اعتمد الحنفية هذا الضابط، وهو أن العقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح، ولكنهم لم يذكروه بهذه الصيغة، بل اعتمدوه في مسائل أكثر، منها ما ذكر ابن نجيم حيث بين قول الحنفية فيه، وهو أن العامل يستحق أجرة مثل عمله في العقد الفاسد كالصحيح^(٧).

(1) المذهب للشيرازي (٢٠١/٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٥٨٤/١)، والمجموع شرح المذهب (٣٤٣/١٦).

(2) المغني (١٢٩/١٠).

(3) هو: الإمام العلامة أبو إبراهيم، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم المزني المصري، تلميذ الشافعي، توفي سنة: ٢٦٤هـ . من مؤلفاته: "مختصر المزني" و"الجامع الكبير". انظر: سير أعلام النبلاء (٤٩٢/١٢) .

(4) هو: الإمام شيخ الإسلام فقيه العراقيين أبو العباس، أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، القاضي الشافعي، توفي سنة: ٣٠٦هـ . انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (٢٠٤/١٤) .

(5) الحاوي الكبير (٣٨٠/٧) .

(6) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

(7) البحر الرائق شرح كثر الدقائق (٣١١/٧) .

وقد اعتمد المالكية هذا الضابط أيضا، إلا أنهم لم يذكروه بهذه الصيغة، بل ذكروا أن العامل يستحق أجره مثل عمله في العقد الفاسد كالصحيح^(١).
وقد اعتمد الحنابلة هذا الضابط في كثير من المسائل، لكنهم لم يذكروه بصيغته هذه، فمن ذلك قول ابن قدامة: (العوض في الفاسد من العقود له حكم الصحيح من العقود)^(٢).
وبهذا يتبين صيغ هذا الضابط عند فقهاء المذاهب الأربعة.



(١) الذخيرة (٤٥/٦-٤٦)، والتلقين (١٦١/٢).

(٢) المغني (١٨١/٧).

المطلب الثاني: معنى الضابط.

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان صورة المسألة، وسأتطرق لمسألة المساقاة، فأقول: صورة المسألة: إذا ساقا أحد الشريكين في النخل صاحبه على أن للعامل الثلث من جميع الثمرة كانت المساقاة فاسدة؛ لأن المساقاة عقد معاوضة توجب استحقاق عوض في مقابلة عمل، فإذا شرط إسقاط العوض فيها نافي موجبها فبطلت، فإذا بطلت المساقاة فما حكم عوض العامل فيها؟، اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب بعضهم إلى أن للعامل أجره المثل؛ لأنها مساقاة فاسدة، والعقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح، وإن شرط فيه إسقاط البدل^(١). ومعنى ذلك: أن عمل الشريكين إذا لم يحدد فيه عوض العامل من الربح، فإن للعامل أجره مثل من عمل عمله في الإجارة، بناء على أن العقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح، وقد خالف بعضهم وسيأتي بيان ذلك في دراسة الضابط، والخلاصة: أن عوض العامل المضارب إذا لم يحدد، فإن العقد يصبح فاسداً، وعليه فيستحق أجره على هذا العمل الذي قام به، كمثل أجره العامل المستأجر للقيام بمثل هذا العمل، وبهذا يتبين معنى هذا الضابط.



(1) الحاوي الكبير (٣٨٠/٧) .

المطلب الثالث: دليل الضابط.

من خلال الدراسة لمعنى الضابط تبين أن الجهالة في العوض هي الأساس في قيام العمل بهذا الضابط، وأن ارتباط العمل بهذا الضابط متعلق بمسائل المشاركة بالعمل والمال كالمساقاة والمزارعة ونحوها، وقد جاءت نصوص الشريعة الإسلامية على بيان حكم المشاركة في العمل، وكذلك بيان عوض المتعاضين، فمن ذلك قول الله تبارك وتعالى: ﴿أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿لقد ظلمك بسؤال نعجتك إلى نعاجه وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض﴾^(٢)، والأدلة في ذلك كثيرة، لكن المراد من ذلك كله بيان أصل المشاركة والعوض، ويبقى الحديث عن مسألة هذا الضابط، وسنرجئ الحديث عنه إلى المطلب التالي، لما فيه من خلاف بين الفقهاء سيأتي بيانه.



(١) سورة القصص آية ٢٧ .

(٢) سورة ص آية ٢٤ .

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لدراسة هذا الضابط لا بد من بيان للمسألة التي سيتم بحثها لتوضيح هذا الضابط، وهذه المسألة إنما تعتبر ثمرة من ثمرات هذا الضابط، وصورة المسألة: إذا ساقا أحد الشريكين في النخل صاحبه، فإذا شرط إسقاط العوض فيها نافي موجبها فبطلت، فإذا بطلت المساقاة فما حكم عوض العامل فيها؟، في المسألة خلاف بين الفقهاء على أقوال. وقبل الدخول في المسألة لا بد من بيان لحل الخلاف فيها، فأقول: إن الفقهاء متفقون على أن الشركة إذا فسدت قبل العمل فإنها تنفسخ، ويرد المال لصاحبه، وأما إذا بدأ العمل ثم فسدت الشركة، فاختلف قولهم فيها على أقوال، من أبرز هذه الأقوال ما يلي:

• الأقوال في المسألة :

القول الأول:

أن للعامل أجرة مثله، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١).

القول الثاني:

أن الربح بينهما على ما شرطاه، وهذا قول لبعض أصحاب الإمام أحمد ورجحه شيخ الإسلام وغيره^(٢).

(1) انظر البحر الرائق شرح كتر الدقائق (٣١١/٧)، والذخيرة (٤٥/٦-٤٦)، والحاوي الكبير (٣٨٠/٧)، المغني (١٨١/٧).

(2) انظر المغني (١٨١/٧-١٨٢)، مجموع الفتاوى (٨٥/٣٠-٩١).

• الأدلة والمناقشة :

أدلة أصحاب القول الأول :

قال ابن سريج: (ألا ترى أنه لو باعه ثوبا بخمر ، أو خنزير كان ضامنا لقيمته ، وإن لم يكن للخنزير والخنزير قيمة؛ لأن عقد البيع موجب لاستحقاق العوض ، وهكذا لو قال بعثك هذا الثوب على أن لا ثمن عليك كان المشتري ضامنا لقيمته ، وإن شرط سقوط العوض؛ لأن البيع موجب للضمان وهكذا لو قال أجرتك هذه الدار على أن أجرة عليك ضامنا للأجرة اعتبارا بحال العقد دون الشرط ، كذلك في المساقاة)^(١).

وقال القرافي: (لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح وإلغاء الفاسد بالكلية)^(٢) فأعطي حكم الإجارة.

أدلة أصحاب القول الثاني :

قال ابن تيمية: (والعوض في العقود الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيح عرفا وعادة، كما يجب في البيع والإجارة الفاسدة ثمن المثل وأجرة المثل، وفي الجعالة جعل المثل. ومعلوم أن الصحيح من هذه المشاركات إنما يجب فيه قسطه من الربح إن كان، لا أجرة مقدرة)^(٣).

وقال ابن قدامة: (العوض في الفاسد من العقود له حكم الصحيح من العقود، وهذا يسلم به المخالفون في الضمان وما في معناه)^(٤).

ومن الأدلة التي احتجوا بها إجماع الصحابة على معنى ذلك، كما ذكره شيخ الإسلام^(٥).

(1) الحاوي الكبير (٣٨٠/٧).

(2) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣٨/٤).

(3) مجموع الفتاوى (٨٥/٣٠).

(4) المغني (١٨١/٧).

(5) مجموع الفتاوى (٨٥/٣٠).

مناقشة أصحاب القول الثاني للأدلة القول الأول :

قال الماوردي: (وهذا الذي قاله أبو العباس وإن كان له وجه ، فالفرق بينه وبين المساقاة ممكن ، وهو أن مشتري الثوب على أن لا يثمن عليه ومستأجر الدار على أن لا أجره عليه، هما المستهلكان ملك غيرهما ، فضمننا العوض مع ما شرط من شروط العوض تغليباً لحكم العقد ، وفي المساقاة هو المستهلك عمل نفسه ، فغلب فيه حكم التطوع بالشرط على حكم العقد^(١) .

ويمكن مناقشة الدليل الآخر الذي ذكره القرافي، بأن إعطاء العقد الفاسد حكم الإجارة غير صحيح، إذ إن إعطائه حكماً من أحكام العقود بغير رضى مردود شرعاً، والبيع مبنية على التراضي، فلا يصح لكم الاستدلال بذلك.

الترجيح :

يترجح مما سبق رجحان القول الثاني وهو القائل بأن له الربح بينهما على ما شرطاه، لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين، وبه قال بعض الأصحاب من الحنابلة ورجحه شيخ الإسلام، والله أعلم.



(1) الحاوي الكبير (٧/٣٨٠).

المطلب الخامس: التطبيقات على الضابط.

من خلال دراستنا لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، من ذلك إذا ساقا أحد الشريكين في النخل صاحبه، فإذا شرط إسقاط العوض فيها نافي موجبها فبطلت، فإذا بطلت المساقاة فما حكم عوض العامل فيها؟، اختلف الفقهاء على أقوال:

القول الأول:

أن للعامل أجرة مثله، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١).

القول الثاني:

أن الربح بينهما على ما شرطاه، وهذا قول لبعض أصحاب الإمام أحمد ورجحه شيخ الإسلام وغيره^(٢).



(1) انظر البحر الرائق شرح كتر الدقائق (٣١١/٧)، والذخيرة (٤٥/٦-٤٦)، والحاوي الكبير (٣٨٠/٧)، المغني (١٨١/٧).

(2) انظر المغني (١٨١/٧-١٨٢)، مجموع الفتاوى (٨٥/٣٠-٩١).

المبحث الرابع عشر : ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن الحنابلة ذكروه بنصه.

قال ابن قدامة: (لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع)^(١).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٢).

وقد اعتمد الشافعية هذا الضابط، فقالوا : أن العقد الذي يملك فيه الإمضاء والإقالة يملك الزيادة فيه.

قال صاحب كتاب أسنى المطالب (ولأن قضية ارتفاع العقد قبل تسليم المعقود عليه سقوط كل العوض كما في البيع)^(٣).

إلا أن الحنفية اعتمدوا فيه ضابطا آخر، لمخالفتهم ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، ولفظ صياغتهم للضابط هو: أن العقد الموجب للثمن يلزم، فقال شيخه زاده^(٤): (يلزم العقد الموجب الثمن المسمى خلافا للشافعي)^(٥).

قال ابن نجيم: (لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك في فضل الربا فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا)^(٦).

وقد ذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الحنفية، فقالوا: إن فات المبيع فلا يرد البيع ويجعل الثمن رهنا.

(١) المغني (١١٧/١٠).

(٢) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥٢/٣).

(٣) أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢١١/٣).

(٤) هو: مولانا زاده شهاب الدين أحمد بن أبي يزيد بن محمد السراي الحنفي، كان إماما في فنون العلم لاسيما دقائق المعاني والعربية، توفي سنة: ٧٩١هـ . انظر في ترجمته: حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (٥٤٧/١) .

(٥) مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر (٣٨/٣) .

(٦) البحر الرائق شرح كثر الدقائق (١٣٦/٦) .

قال صاحب كتاب الشرح الكبير: (أن البيع يرد إذا لم يفت المبيع ويبقى ذلك المبيع رهنا على حاله، وإن فات المبيع فلا يرد البيع ويجعل الثمن رهنا)^(١).
وبهذا يتبين لنا صيغ هذا الضابط عند فقهاء المذاهب الأربعة .



(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٣/١٣) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان أن الحديث فيه يتعلق بمسائل العوض في حالة ما إذا ارتفع العقد، ومعنى الضابط: أن فسخ العقد وبطلانه يقتضي فسخ العوض وبطلان استحقاقه بناء على العقد المنفسخ، والذي يؤكد هذا المعنى ما ذكره ابن قدامة في المسألة التي استدل بها بهذا الضابط.

صورة المسألة: لو أن رجلاً سمى لامرأة أراد زواجها صداقاً محرماً أو لم يسم لها صداقاً، ثم طلقها قبل الدخول فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فمن قال أن لها المتعة؛ استدل بهذا الضابط، فقال: لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع، لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه فكان ما تراضيا عليه أولى، ففي مهر المثل يبقى على الأصل في أنه يرتفع وتجب المتعة^(١)، فتبين أن مراده بارتفاع العقد هو انفساخه كما انفسخ في المسألة، وارتفاع العوض تبين في المسألة حيث بنى الحكم على المتعة، ولم يجعل لها مهر المثل كما هو القول الثاني، وبهذا يتبين لنا المراد من هذا الضابط .



(١) انظر المغني (١٠/١١٧) .

المطلب الثالث : دليل الضابط .

من المعلوم أنه لبيان دليل أي ضابط لا بد من بيان أصله الذي ينبني عليه، وهذا الضابط إنما يرجع إلى مسألة فساد العقود، والأصل في ذلك أنه إذا فسد العوضين أو أحدهما، فإن لكل منهما ما عاوض عليه صاحبه، وأما ما جاء في هذا الضابط فهو يقتضي عند فساد العقد فساد العوض، والذي يدل على ذلك أن الأصل عند المتبايعين التراضي، ويبينه قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١). وقد حصل كما بين ذلك ابن قدامة حيث قال: (لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع، لكن تركناه في نصف المسمى لتراضييهما عليه، فكان ما تراضيا عليه أولى، ففي مهر المثل يبقى على الأصل في أنه يرتفع وتجب المتعة)^(٢)، وبهذا يتبين دليل الضابط .



(١) سورة النساء آية ٢٩ .

(٢) المغني (١١٧/١٠) .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

إن دراسة هذا الضابط تعتمد في الدرجة الأولى على معرفة محل النزاع وتحريه، وصورة المسألة التي تبين المذهب في هذا الضابط هي: لو أن رجلاً سمى لامرأة أراد زواجها صداقاً محرماً أو لم يسم لها صداقاً، ثم طلقها قبل الدخول فما الحكم؟، في المسألة أقوال لأهل العلم سأبينها بما يلي:

• الأقوال في المسألة :

القول الأول :

لها المتعة، وبه قال الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة^(١).

القول الثاني :

لها نصف مهر المثل، وبه قال الشافعية وبعض الحنابلة^(٢).

استدل أصحاب القول الأول بـ^(٣) :

لأنه لو لم يسم لها صداقاً كان لها المتعة فكذلك إذا سمى لها تسمية فاسدة لأن هذه التسمية كعدمها .

واستدل أصحاب القول الثاني بـ^(٤) :

لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه فيتنصف به كالمسمى .

(1) انظر حاشية الشلي على تبين الحقائق (١٣٦/٢) والبيان والتحصيل (٢٧٤/٤)، والمغني (١١٧/١٠).

(2) انظر أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢٠٨/٣)، والمغني (١١٧/١٠).

(3) انظر المغني (١١٧/١٠)، وحاشية الشلي على تبين الحقائق (١٣٦/٢).

(4) انظر المغني (١١٧/١٠) وأسنى المطالب شرح روض الطالب (٢٠٨/٣).

• المناقشة :

ويمكن مناقشة أصحاب بالقول الأول بأن الأصل وجوب مهر المثل؛ لأنه وجب بالعقد بدليل أنه يستقر بالدخول والموت.

• الترجيح :

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، وهو قول الشافعية وبعض الحنابلة، لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين .



المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

من خلال دراستنا لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، من ذلك ما يلي :

المسألة الأولى :

لو أن رجلاً سمى لامرأة أراد زواجها صداقاً محرماً أو لم يسم لها صداقاً، ثم طلقها قبل الدخول فما الحكم؟، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول: لها المتعة، وبه قال الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة^(١).
القول الثاني: لها نصف مهر المثل، وبه قال الشافعية وبعض الحنابلة^(٢).

المسألة الثانية :

من اشترى شيئاً بضمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فما يجب عليه؟، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول: له أخذ القيمة رهناً، وبه قال الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة^(٣).
القول الثاني: رد قيمته، وبه قال الشافعية وبعض الحنابلة^(٤).



-
- (1) انظر حاشية الشلي على تبين الحقائق (١٣٦/٢) والبيان والتحصيل (٢٧٤/٤)، والمغني (١١٧/١٠).
 - (2) انظر أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢٠٨/٣).
 - (3) انظر حاشية الشلي على تبين الحقائق (١٣٦/٢) والبيان والتحصيل (٢٧٤/٤)، والمغني (١١٧/١٠).
 - (4) انظر أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢٠٨/٣).

المبحث الخامس عشر : الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

بالنظر في صيغ هذا الضابط تجد أن الحنفية ذكروه بنصه.
حيث قال ابن نجيم : (الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها)^(١).
وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٢).

وقد اعتمد الشافعية هذا الضابط، لكنهم لم يذكروه بصيغته هذه، فقالوا: أن ما كان في مقابلة حق مجرد لا يجوز الاعتياض عنه.
فمن ذلك قول النووي : (ومقتضى ذلك أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج فانه ليس في مقابلة حق مجرد)^(٣).

وقد اعتمد الحنابلة هذا الضابط، ولم يذكروه بهذه الصيغة.
فقال ابن مفلح: (لأن الرفع إلى السلطان ليس حقا يجوز الاعتياض عنه فلم يجوز كسائر ما لا حق فيه)^(٤).

وقد خالف المالكية هذا الضابط، فقالوا: أن الحقوق المجردة يجوز الاعتياض عنها.
فقال ابن رشد: (وسئل : عمن حضر جارية تباع في السوق فقال له رجل : كف عني فيها فإن لي بها حاجة، فقال: أما الرجل الخاص يقول لصاحبه: إن لي بهذه الجارية حاجة

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢١٢/١).

(2) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣).

(3) المجموع شرح المذهب (١٦٩/١٢).

(4) المبدع شرح المقنع (١٧٣/٤).

فكف عني فيها. فليس بذلك بأس، أرجو ذلك، فأما الأمر العام فلا أحبه، إن تواطأ الناس بهذا فسدت السلع، فأما الرجل الواحد الخاص فأرجو ألا يكون به بأس^(١).
وبهذا يتبين صيغ هذا الضابط عند فقهاء المذاهب الأربعة.



(1) البيان والتحصيل (٢٩٣/٨).

المطلب الثاني : معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط لا بد من بيان صورة إحدى مسأله.
صورته : لو أن زوجا صالح إحدى زوجته بمال لتترك نوبتها فهل يصح هذا الاعتياض.

المسألة محل نزاع بين الفقهاء، وقد ذهب من قال بهذا الضابط إلى عدم جواز ذلك؛ لأن الحقوق المجردة عندهم لا يجوز الاعتياض عنها. وسيأتي ترجيح أن الصواب جواز الاعتياض في دراسة الضابط، وعلى كل فإن من قال بهذا الضابط قد جعل أن مبيت الزوج عند زوجته حق مجرد، وأن المال هو العوض كما هو معلوم، وعليه فإن اعتياض الزوج لأحدى زوجته بمال على أن تترك نوبتها لا يجوز عند الجمهور^(١).



(١) انظر الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (٢١٢/١)، ومواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (٣٨٢/٧).

المطلب الثالث : دليل الضابط .

من المعلوم أن دليل كل ضابط هو الأصل الذي يستند عليه، ولا شك أن أعظم دليل لهذا الضابط عدم ورود النص بالتحريم، ومعلوم أن الأصل في الأشياء الإباحة، وقد جاء في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يقسم لكل امرأة منهن يومها وليلتها غير أن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة زوج النبي ﷺ، تبتغي بذلك رضا رسول الله ﷺ ^(١)، وهذا دليل على جواز الاعتياض عن هذه الحقوق، وسيأتي للمسألة مزيد بيان بإذن الله.



(١) البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٣١٨٠).

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

إن دراسة هذا الضابط تعتمد في الدرجة الأولى على معرفة محل النزاع وتحريره، وذلك إنما يكون عن طريق معرفة المسائل التي ذكر فيها الضابط، وقد ذكر هذا الضابط بنصه الحنفية.

حيث قال ابن نجيم : (الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها، كحق الشفعة ؛ فلو صالح عنه بمال بطلت ورجع به ولو صالح المخيرة بمال لتختاره بطل ولا شيء لها ، ولو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم ولا شيء لها ، هكذا ذكره في الشفعة. وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف في الأوقاف)^(١).

وقبل الدخول في بيان المسألة، لا بد من بيان محل الخلاف فيها، فأقول :

• تحرير محل النزاع^(٢) :

اتفق الفقهاء على أن الحقوق غير المجردة يجوز الاعتياض عنها، واختلفوا في الحقوق المجردة كحق الشفعة، هل يجوز الاعتياض عنها أم لا ؟، على قولين :

• الأقوال في المسألة :

القول الأول :

لا يجوز الاعتياض عنها، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة^(٣).

القول الثاني :

يجوز الاعتياض عنها، وبه قال المالكية^(١).

(1) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (٢١٢/١).

(2) صناعة الفتوى وفقه الأقليات (١٤٠/١).

(3) انظر الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (٢١٢/١)، والمجموع شرح المذهب (١٦٩/١٢)، المبدع شرح المقنع (١٧٣/٤).

• الأدلة والمناقشة :

أولا : دليل أصحاب القول الأول :

قال الشلبي: (لأن ملكه في هذه الأشياء متقرر في الحل ولهذا يستوفيه وينفرد به. ألا ترى أن للولي أن يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا فعلم أن حقه ثابت في الحل في حق القتل، ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا. ونظير ما نحن فيه ما إذا قال للمخيرة: اختاريني بألف، أو قال العنين لامرأته : اختاري ترك الفسخ بألف، فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمثلة الشفعة في رواية) (٢).

ثانيا : أدلة أصحاب القول الثاني :

١/ جاء في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم لكل امرأة منهن يومها وليتها غير أن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليتها لعائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، تبتغي بذلك رضا رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣).

٢/ إلا أن المالكية قد أجازوا المعاوضة في بعض المعاملات فقالوا عن ابن رشد: إذا قال شخص يسوم سلعة لآخر يريد أن يسومها : كف عني ولك دينار. جاز ولزمه الدينار اشترى أو لم يشتر. ولو قال: كف عني ولك بعضها على وجه الشركة جاز (٤).

٣/ ومن المعلوم أن السمك في الماء لا يجوز بيعه، لأنه من الغرر والجهالة، ولكن حق الإصطياد تجوز المعاوضة فيه .

(1) انظر البيان والتحصيل (٢٩٣/٨)، ومواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (٣٨٢/٧).

(2) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٢٥٧/٥).

(3) البخاري (٢٥٩٣)، ومسلم (٣١٨٠).

(4) انظر البيان والتحصيل (٢٩٣/٨).

مناقشة أصحاب القول الثاني لأصحاب القول الأول :

يمكن الإجابة على دليل القول الأول بأن نقول: أن قولكم أنه: مختص بالحل متقرر له. غير صحيح، وذلك لعدم الدليل الصحيح على ذلك، بل إن الحق على ما ذكرنا من حديث عائشة السابق.

وكذلك قد ذكر الحنفية روايتين في بيع حق المرور في الطريق وأفتوا بجواز التزول عن الوظائف بمال على خلاف أصل المذهب، وقالوا: إن العلماء والحكام أفتوا به للضرورة^(١).

• الترجيح :

الراجح - والله أعلم - ما ذكره أصحاب القول الثاني، وهذا مذهب المالكية، لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين.



(1) انظر حاشية رد المحتار على الدر المختار (١٤/٤).

المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

من خلال الدراسة لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط، ولعلنا نذكر مسألة تبين ثمره هذا الضابط، وصورتهما: لو أن زوجا صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها فهل يصح هذا الاعتياض ؟

القول الأول :

لا يجوز الاعتياض عنها، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة^(١).

القول الثاني :

يجوز الاعتياض عنها، وبه قال المالكية^(٢).



(١) انظر الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان (٢١٢/١)، والمجموع شرح المذهب (١٦٩/١٢)، والمبدع شرح المقنع (١٧٣/٤).

(٢) انظر البيان والتحصيل (٢٩٣/٨)، ومواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (٣٨٢/٧).

المبحث السادس عشر : كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط وجدت أن فقهاء المذاهب الأربعة متفقون على معنى هذا الضابط ، ووجدت أن المالكية ذكروه بنصه .

فقال التلمساني : (كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته)^(١) ، وذكره أيضا بمعناه صاحب إعداد المهج^(٢) .

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٣) .

وذهب الحنفية إلى معنى هذا الضابط، فقالوا: لا بد من القبض في الهبات .
فقال ابن نجيم: (لا بد من القبض فيها لثبوت الملك لا للصحة والتمكن من القبض)^(٤) .

وقد اعتمد الشافعية معنى هذا الضابط ، ولكنهم ذكروه بصياغة أخرى ، فقالوا : أن الهبات يشترط فيها القبض^(٥) .

وذهب الحنابلة إلى معنى هذا الضابط أيضا، فقالوا: أن الهبات لا تملك إلا بالقبض .
قال الزركشي : (الهبة لا تملك إلا بالقبض)^(١) . وبهذا يتبين صيغ المذاهب الأربعة فيما يتعلق بهذا الضابط .

(1) عدة البروق (٢٤٤) .

(2) انظر إعداد المهج (١٦٨) .

(3) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥٢/٣) .

(4) البحر الرائق شرح كتر الدقائق (٢٨٥/٧) .

(5) انظر الأم للإمام الشافعي (٦٤/٤) ، ومعني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشرييني (٥٦١/٣) .

المطلب الثاني : معنى الضابط .

إن من أساليب بيان المعاني ضرب الأمثلة والاستشهاد بأقوال العلماء ، وسأبين هذا الضابط والمراد منه من خلال ضرب المثال عليه ، فأقول : إذا أهدى أحدهم هدية لآخر ، فلم يقبضها المهدى إليه، فلا يملكها حتى يقبضها؛ لأن كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته، ولا شك أن الهدية ملك انتقل بغير عوض كما ذكر ابن نجيم^(٢)، والحيازة هي القبض كما عبر بذلك بعض الفقهاء^(٣)، وبذلك يتبين لك المراد من هذا الضابط .



(١) المنشور في القواعد (٤٠٦/٢).

(٢) انظر البحر الرائق شرح كتر الدقائق (٢٨٤/٧).

(٣) انظر المنشور في القواعد (٤٠٦/٢).

المطلب الثالث : دليل الضابط .

تبين لنا في المطلب السابق أن انتقال الملك بغير عوض من صورته الهبة، وكذلك الصدقات والوقف والعطايا ونحو ذلك^(١)، ومن المعلوم أن الأدلة على ذلك كثيرة، لكن ما يتعلق منها بموضوع البحث من ذلك ما جاء عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : إن أبا بكر الصديق رضي الله عنه نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة ، فلما حضرته الوفاة ، قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدي منك ، ولا أعز علي فقرا بعدي منك ، وإني كنت نحلته جاد عشرين وسقا ، فلو كنت جدتيه واحترزتيه كان لك ذلك ، وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هما أخواك وأختاك ، فافتسموه على كتاب الله تعالى ، قالت عائشة : يا أبت ، والله لو كان كذا وكذا لتركته ، وإنما هي أسماء ، فمن الأخرى ؟ فقال أبو بكر : ذو بطن بنت خارجة ، أراها جارية ، قالوا : فلولا توقف الملك في الموهوب على القبض لما قال إنه مال وارث^(٢) . وجاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الأنحال: أن ما قبض منها فهو جائز ، وما لم يقبض فهو ميراث^(٣) ، وبهذا يتبين لنا دليل الضابط .



(١) انظر عدة البروق (٢٤٤) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢١٨٩)، قال الألباني: هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين. انظر إرواء الغليل (٦٢/٦) .

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (١١٧٢٩)، قال الألباني: رجاله ثقات. انظر إرواء الغليل (٦٩/٦) .

المطلب الرابع : دراسة الضابط .

إن دراسة هذا الضابط تعتمد في الدرجة الأولى على معرفة محل النزاع وتحريره ، وذلك إنما يكون عن طريق معرفة المسائل التي ذكر فيها الضابط ، وقد ذكر هذا الضابط بنصه المالكية، فقال التلمساني : (وضابطه كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته)^(١)، وسأخذ مسألة قبض الهبة لبيان كلام الفقهاء، فأقول :

• الأقوال في المسألة :

القول الأول :

وهو أنه يشترط القبض لانتقال الملكية إلى الموهوب ، وأن الهبة لا يملكها الموهوب إلا بقبضها، واشترط الشافعية إذن الواهب في القبض، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢).

القول الثاني :

وهو أنه لا يشترط القبض لانتقال الملكية إلى الموهوب بل تثبت له بالعقد وعلى الواهب إقباضه وفاء بالعقد، حتى إن المالكية نصوا على إجبار الواهب على تسليم الموهوب إن امتنع ، وبه قال المالكية^(٣).

وخلاصة المسألة ما ذكره ابن رشد، فقال: (وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروي عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة. وما روى مالك عن عمر أيضا أنه قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وإن مات قال هو لابني قد

(١) المبدع شرح المقنع (٤٢٥/٣) .

(٢) انظر الأشباه والنظائر في مذهب أبي حنيفة النعمان (٣٥٣/١) ، وروضة الطالبين (٣٧٥/٥) ، والقواعد لابن رجب (٧١) .

(٣) انظر الشرح الكبير للدردير (١٠١/٤) .

كنت أعطيته إياه فمن نحل نخلة فلم يحزها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة وهو قول علي قالوا وهو إجماع من الصحابة لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف. وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً أعني القياس وما روي عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه^(١).

وعلى كل فإن المراد أن الفقهاء يجعلون القبض مما لا بد منه في الهبات، وهذا هو معنى ما جاء في هذا الضابط .



(١) بداية المجتهد (٢/٣٢٩ - ٣٣٠).

المطلب الخامس : التطبيقات على الضابط .

من خلال دراستنا لهذا الضابط نجد أن له تطبيقات كثيرة ذكرها العلماء ، وهي إنما تبين الثمرة والنتيجة لهذا الضابط ، من ذلك لو أن أحدهم أهدى هدية لآخر ، فلم يقبضها المهدي إليه، فهل يملكها المهدي إليه ؟ :

القول الأول :

وهو أنه يشترط القبض لانتقال الملكية إلى الموهوب ، وأن الهبة لا يملكها الموهوب إلا بقبضها، واشترط الشافعية إذن الواهب في القبض، وبه قال الحنفية والشافعية والحنابلة^(١) .

القول الثاني :

وهو أنه لا يشترط القبض لانتقال الملكية إلى الموهوب بل تثبت له بالعقد وعلى الواهب إقباضه وفاء بالعقد، حتى إن المالكية نصوا على إجبار الواهب على تسليم الموهوب إن امتنع ، وبه قال المالكية^(٢) .



(1) انظر الأشباه والنظائر في مذهب أبي حنيفة النعمان (٣٥٣/١) ، وروضة الطالبين (٣٧٥/٥) ، والقواعد لابن رجب (٧١) .

(2) انظر الشرح الكبير للدردير (١٠١/٤) .

الخاتمة

الحمد لله الذي بكرمه تتم الصالحات، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

فإن أهم النتائج التي توصلت إليها في ختام هذا البحث العلمي عن موضوع الضوابط الفقهية المتعلقة بالعرض، ما يلي :

١. أن جميع الضوابط التي ورد ذكرها في هذا البحث لم تتفق فيها صياغات الفقهاء، لكن يبقى الحديث عن المعنى وهو يختلف من ضابط إلى آخر.
٢. أن الضابط الذي ذكره الحنابلة وهو أن العقد لا يتعدد بتعدد العوض فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما جاء في هذا الضابط، وهو قول بعض المالكية والحنابلة.
٣. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو أن الجهالة في العوض تمنع صحة العقد إذا تضمنها العقد لم أجد له مخالفا من أصحاب المذاهب الأربعة.
٤. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو أن حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة لم أجد له مخالفا من أصحاب المذاهب الأربعة.
٥. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو أن الإيجاب يمنع من استقرار الملك بالأعواض فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما جاء في هذا الضابط، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة.
٦. أن الضابط الذي ذكره الحنفية وهو أن الأجل يقتضي جزءا من العوض فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما جاء في هذا الضابط، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.
٧. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو أن العمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة لم أجد له مخالفا من أصحاب المذاهب الأربعة.
٨. أن الضابط الذي ذكره الحنفية وهو أن الإسقاط بغير عوض تبرع كالتملك بغير عوض لم أجد له مخالفا من أصحاب المذاهب الأربعة.

٩. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو أن انتقال الملك بغير عوض يوجب تمليك المعوض فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما جاء في هذا الضابط، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة.

١٠. أن الضابط الذي ذكره الحنابلة وهو أن كل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض لم أجد له مخالفاً من أصحاب المذاهب الأربعة، وأما اختلافهم في بعض المسائل فليس ذلك راجع إلى الاختلاف في هذا الضابط كما تبين.

١١. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو أن تحريم بعض العوض كتحريم جميعه في فساد العقد لم أجد له مخالفاً من أصحاب المذاهب الأربعة، وأما اختلافهم في بعض المسائل فليس ذلك راجع إلى الاختلاف في هذا الضابط.

١٢. أن الضابط الذي ذكره المالكية وهو أنه لا يجوز أن يجتمع العوضان لشخص واحد لم أجد له مخالفاً من أصحاب المذاهب الأربعة، وأما اختلافهم في بعض المسائل فليس ذلك راجع إلى الاختلاف في هذا الضابط كما بينا.

١٣. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو أن كل عوض تعجل بالشرط بإطلاقه يوجب حله كالثمن فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما جاء في هذا الضابط، وهو قول الشافعية.

١٤. أن الضابط الذي ذكره الحنفية وهو أن كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل القبض حرم النساء فيهما وما لا فلا لم أجد له مخالفاً في الجملة من أصحاب المذاهب الأربعة، وأما الخلاف فسببه ليس راجعاً إلى ذات الضابط بل إلى ما ذكرنا من اختلافهم في تحديد الربوي من غيره، وكذلك اختلافهم تأجيل نقد الثمن ليومين أو ثلاثة.

١٥. أن الضابط الذي ذكره الحنابلة وهو أن كل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة جاز أخذه في الجعالة لم أجد له مخالفاً من أصحاب المذاهب الأربعة، إلا أن الحنفية لا يرون مشرعية الجعالة أصلاً.

١٦. أن الضابط الذي ذكره الحنابلة وهو أن تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته محل إشكال بين أصحاب المذاهب الأربعة، لكن الأقرب القول بهذا الضابط ، والله أعلم بالصواب.

١٧. أن الضابط الذي ذكره الشافعية وهو العقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما جاء في هذا الضابط، وهو قد قال بهذا القول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، لكن المسألة المشار إليها في دراسة الضابط تبين الاختلاف في وجه استدلال الضابط من الفقهاء.

١٨. أن الضابط الذي ذكره الحنابلة وهو أن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما جاء في هذا الضابط، وهو قول الشافعية والحنابلة.

١٩. أن الضابط الذي ذكره الحنفية وهو أن الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها فيه خلاف بين الفقهاء، والراجح ما قال به المالكية وهو أن الحقوق المجردة يجوز الاعتياض عنها.

٢٠. أن الضابط الذي ذكره المالكية وهو أن كل ملك انتقل بغير عوض فلا بد من حيازته لم أجد مخالفا له من أصحاب المذاهب الأربعة.

هذا ما تم جمعه من نتائج لهذا البحث، فإن كان من صواب فمن الله وحده، فله الحمد في الأولى والآخرة، وإن كان من تقصير فمن نفسي والشيطان، فأستغفر الله وأتوب إليه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

