الدكتور ياسين أحمد إبراهيم دراداكه

نظرية الغرر

في

الشريعة الإسلامية

«دراسة مقارنة»

الجزء الأول

منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية

نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية

« دراســة مقارنة »

المقدمة من الأستاذ الفاضل

ياسين احمد ابراهيم درادكه

لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن

مقدم من أعضاء لجنة المناقشة ، الاساتذة

محمد علي الســـايس　　عبد الله محمد عبد النبي

عبد الغني محمد عبد الخالق

مقتطفات من تقرير اللجنة

عن رســــــــالة

نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية

« دراســة مقارنة »

المقدمة من الأستاذ الفاضل

ياسين احمد ابراهيم درادكه

لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن

مقدم من أعضاء لجنة المناقشة ، الاساتذة

محمد علي الســايس　　عبد الله محمد عبد النبي

عبد الغني محمد عبد الخالق

بسم الله الرحمن الرحيم

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

يسر وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية أن تتقدم بهذه الرسالة العلمية القيمة **(نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية)** تأليف الدكتور ياسين أحمد ابراهيم درادكه الى المسلمين عامة وبخاصة المهتمين بالدراسات الإسلامية ، قياماً منها بواجب نشر الثقافة الإسلامية ، التي جرت مناقشتها في الحادي والعشرين من آذار سنة ألف وتسعمائة وثلاث وسبعين ميلادية في كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر .

وقد منح بها مؤلفها درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية **(الفقه المقارن)** مع مرتبة الشرف الأولى ، وفيما يلي ذكر لمقتطفات من نص التقرير الجماعي الذي قدمته لجنة المناقشة الى عمادة كلية الشريعة ، تبياناً لقيمة هذه الرسالة .

وزارة الأوقاف
والشؤون والمقدسات الإسلامية

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

بسم الله الرحمن الرحيم

حضرة صاحب الفضيلة ، الأستاذ الكبير : عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر
(حفظه الله وأبقاه ، وأدام عزه وعلاه)

سلام الله عليكم ورحمته ، وأمانه وبركته .

وبعد : فإن رسالة **نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة)** المقدمة من الأستاذ الفاضل : «ياسين أحمد ابراهيم دَرادْكَه» ،لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن ـ قد اجتمعت اللجنة العلمية ،المكونة من الأساتذه : الشيخ محمد علي السايس ، والشيخ عبدالله محمد عبد النبي ، والشيخ عبد الغني محمد عبد الخالق ، في تمام الساعة السادسة والنصف من مساء يوم الأربعاء : ١٦ من صفر سنة ١٣٩٣ هـ ، (٢١ من مارس سنه ١٩٧٣ م) ، وبمبنى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ، لمناقشتها بعد أن أجمعت على أنها صالحة للمناقشة .

وهي رسالة كبيرة وقعت في مجلدين ضخمين : بلغت صفحاتها نحو ٩٥٨ صفحة ، بضميمة صفحات الإفتتاحية التي بلغت عشر صفحات مستقلة .

هذه الرسالة النفيسة العظيمة ، قد بذل واضعها مجهوداً كبيراً يشكر له ، في سبيل وضعها وصنعها ، وصوغها وترتيبها ، واخراجها على هذه الصورة الجميلة المتماسكة ، السليمة المتكاملة .

ولقد بذل صاحبها الفاضل جهده ، وأفرغ وسعه ـ في الكتابة عن سائر محتويات هذه الرسالة من الناحيه الاصطلاحية ، والناحية العلمية ، والناحية الشكلية . فلم يترك شيئاً محتاجاً الى تعريف معناه وشرح حقيقته ،بدون أن يبينه ويذكر أقوال أهل اللغة والاصطلاح فيه . ولم يترك مسئلة فقهية خلافية ، من غير أن يصور موضوعها تصويراً في غاية الدقة والسلامة ، ويحدد موضوع النزاع فيها ، ويذكر الأقوال المعتبره التي تعلقت بها سواء أكانت أقوال الأئمة الأربعة أم أقوال غيرهم: من الصحابة والتابعين ، والظاهرية والزيدية والامامية والإباضية . ويشرح أدلتها ويناقشها ، ويأخذ بالراجح منها ، الذي ثبت رجحانه

في نظره ، بدون تعنت أو تعصب لمذهبه ، وقد ذكر في أواخر المباحث والمسائل المهمة رأي القانون فيها نقلاً عن أوثق مصادره ، بدون تعرض للمقارنة أو الرد عليه . من باب تتميم الفائدة فقط . لأن مقصود بحثه ، وموضوع رسالته — انما هو الجانب الشرعي الفقهي . ولأنه لا يرى معنى ، ولا كبير فائدة لمثل هذه المقارنة .

ولقد ناقشته اللجنة مناقشة ، موضوعية وشكلية . وكانت المناقشة مفيدة للغاية . إذ تبين منها بجلاء : أنه فاهم لما كتبه ، واع لما قرره ، متثبت مما حكم به ، مستعد لقبول كل نقد يوجه اليه ، ولتلافي أي خطأ أو نقص ينبه عليه. مما يدل على نصحه للعلم ، واخلاصه في البحث ، ورغبته في أن تظهر رسالته قوية سليمة ، وأن تكون خالية مما يعيبها ويشوه محاسنها ، ويخفض قيمتها .

ولم تأخذ عليه شيئاً يتعلق بمقصود رسالته ، وجوهر بحثه ، أو يتعارض مع المخطط الذي خططه ، والمنهج الذي التزمه . وان أخذت عليه أموراً شكلية تختلف فيها أنظار الباحثين ، وأذواق المؤلفين .

وقد رأت اللجنة أن موضوع الغرر ، موضوع عظيم الخطر ، بليغ الأثر ، صعبة مسائله ، متنوعة مشاكله ، وأن هذه الرسالة جامعة لشتات مباحثه ، شاملة لما تفرق ، في بطون الكتب الأصيلة — المخطوطة والمطبوعة ، النادرة وغير النادرة — : مما يتصل بهذا الموضوع الحيوي الذي يتصل بحياة الناس اليومية ، ويفرض نفسه على كثير من معاملاتهم وتصرفاتهم المالية . وقد استوعبت كل مباحثه ، وسائر مسائله ، استيعاباً في غاية التنظيم والحسن ، وأعطتها حقها من التمحيص والبحث . . ففيها فوائد جمة ومنافع جليلة ، لا توجد في كتابة أخرى عن هذا الموضوع ، قديمة كانت أو حديثة ، عامة أو خاصة .

ورأت أن ما أخذته عليه شيء لا يذكر، بالنسبة الى محاسن هذه الرسالة الكثيرة التي لا تنكر ، وأنه لا يحط من قدرها ، ولا يغض من قيمتها . فلأمر ما قيل : لكل عالم هفوة ، ولكل جواد كبوة ، ولكل سيف نبوة . والعصمة المطلقة الكاملة ، لله سبحانه ولرسوله صلوات الله عليه .

فلم يسع اللجنة إلا أن تشيد بما بذله فيها : من مجهود مشكور ، وجهاد مضن مبرور.

وأن تقرر باجماع الآراء : أن يمنح صاحبها ، « الأستاذ الفاضل : ياسين أحمـــد ابراهيم دَرادْكَه » ، الأردني الجنسية ، درجة العالمية (الدكتوراه) في الفقه المقارن ، مع مرتبة الشرف الأولى . سائلة الله لهُ المزيد من التوفيق والتسديد ، والعون والتأييد . وأن يجزيه سبحانه عن العلم وأهله خير الجزاء ، إن شاء الله .

والسلام عليكم ورحمة الله .

في ٢٠ من صفر سنة ١٣٩٣ هـ
٢٤ من مارس [redacted] ١٩٧٣ م

محمد علي السايس	**عبدالله محمد عبد التي**	**عبد الغني عبد الخالق**
عضو لجنة المناقشه	عضو لجنة المناقشة والمشرف على اعداد الرسالة	عضو لجنة المناقشة

افتتاحيـــة

بسم الله الرحمن الرحيم

من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين

الحمد لله نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات اعمالنا ، من يهد الله فهو المهتدي ، ومن يضلل فلا هادي له .

وأشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله بلغ الرسالة وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وتركها على المحجة البيضاء ، ليلها كنهارها ، لايزيغ عنها الا هالك ، فصلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته الى يوم الدين.

أما بعد : فان الاشتغال بالعلم من أهم الفضائل التي يقوم بها الانسان في حياته الدنيا ، وينال بها رضاء الله سبحانه وتعالى في الآخرة ؛ وقد تواترت النصوص والأخبار في الحث على طلبه وتعلمه وتعليمه ، ومن هذه النصوص :

أولا : النصوص من القرآن :

قال الله تبارك وتعالى : قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لا يَعْلَمُونَ (١) وقال تعالى : وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْماً (٢) ، وقال تعالى : إنَّمَا يَخْشَى اللهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ (٣) ، وقال تعالى : يَرْفَعِ اللهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ (٤) .

ثانياً : النصوص من السنة :

عن معاوية رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين (٥) ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ : لا حسد الا في اثنتين،

---

(١) سورة الزمر ٩ . (٢) سورة طه ١١٤ .

(٣) سورة فاطر ٢٨ . (٤) سوره المجادلة ١١ .

(٥) رواه البخاري ومسلم وابن ماجه ، ورواه أبو يعلى وزاد فيه ومن لم يفقهه لم يبال فيه ، ورواه الطبراني في الكبير ، ولفظه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : يا أيها الناس انما العلم بالتعلم ، والفقه بالتفقه ، ومن يرد الله به خيرا يفقهه في الدين ، وانما يخشى الله من عباده العلماء وفي اسناده راو لم يسم . الترغيب والترهيب ١ : ٩٢ .

رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق ، ورجل آتاه الله الحكمة فهـو يقضي بها ويعلمها (١) .

وعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال : سمعت رسـول الله ﷺ يقول : من سـلك طريقايبتغي فيه علمـا سـهل الله له طريقا الى الجنـة ، وان الملائكه لتضع أجنحتهـا لطالب العلم رضاً بمـا يصنع وأن العـالم ليستغفر له من في السموات ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء ، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سـائر الكواكب ، وأن العلماء ورثة الأنبياء ان الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهمـا وانما ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر» (٢) .

ثالثاً : من الآثار :

فقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قـال : « كفى بالعلم شرفاً أن يدعيه من لا يحسنه ويفرح اذا نسب اليه ، وكفى بالجهل ذما أن يتبرأ منه من هو فيه» .

وعن معاذ رضي الله تعالى عنه قال : « تعلموا العلم فإن تعلمه لله حسنة وطلبـه عباده ، ومذاكرته تسبيح والبحث عنه جهاد وتعليمه من لا يعلمه صدقة وبذله لأهله قربه» (٣) .

وغيرها من النصوص الكثيرة التي تحث على طلب العلم والتزود بـه وتعليمه وأن العلم أشرف ما خلق في الوجود ، وأعز ما ينعم الله به على عبـاده ويجود ، فقد شرف الله من اختاره من عباده بهذا الشعار وملكهم به ملابس التقوى والوقار ، وفضلهم على كثير من خلقه ، وأرشد بهم عباده الى سبيل الحق وطرقه ،وأراد بهم خيرا حيث فقههم في الدين،

---

(١) رواه البخاري ومسلم . والحسد يطلق ويراد به تمني زوال النعمة عن المحسود وهـذا حرام ، ويطلق ويراد به الغبطة وهو تمني مثل ماله وهذا لا بأس به وهو المراد هنا . الترغيب والترهيب ١ : ٩٨ .

(٢) رواه مسلم بهذا ، ورواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبـان في صحيحه ، وقال : صحيح على شرطها ، والبيهقي عن أبي الدرداء . أنظر أحكام الاحكام لابن دقيـق العيد ١ : ٤٠٦ والترغيب والترهيب ١ : ٩٤ .

(٣) المجموع ١ : ٣٣ .

وأكرمهم بأن جعلهم ورثة أنبيائه ، وفضل العلم على العبادة مالم تكن به مقترنه ، وقال ﷺ : بين العالم والعابد مائة درجة بين كل درجتين حُضْر الجواد المضمَّر سبعين سنه . (١) وماأراد بذلك الاالعلم النافع الذي ينفع معه القليل من العمل .

سبب اختيار هذا الموضوع :

نشأ الفقة الاسلامي العظيم وترعرع في أزمنة كفلت للعالم الحرية الفكريه ضمن اطار دين يخاطب العقل ويدعو الى العلم والمعرفه ، ويتصف هذا الدين بسمات أصيلة وعميقه بسمات الجدية والحركية ، فهو دين حركي ، يواجه واقعا بشريا ، يواجه أنظمة متعددة ، وأفكارا مستجدة ، وأحداثا ووقائع قد تكون ضمن اطار هذا الدين وقد تكون جاءت خارجه عنه من أنظمة مستوردة ، تحميها سلطات ذات قوة مادية ، تخضع الناس بالقهر والتضليل ، وتفرض عليهم هذه الأنظمة التي لم تكن من عند الله لاخراج الناس من العبودية لله الى عبودية الناس .

ونتيجة لعدم العمل بهذا الدين فقد ركد فقهه وتعطلت أحكامه ، اللهم الا في بعض المسائل تركت في محاكم الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقات ، هذا الركود للفقه الاسلامي مع ماجاوره من نهضة غربية ماديه بمفاتنها وجبروتها ، وتقدم الآلة فيها ، مماحدا بالكتاب الى مجاراة الأنظمة الغربيه ، وبدأوا يدافعون عن هذا الدين دفاع المهزومين المغلوبين ، بأن وضعوا هذا الدين موضع الاتهام ، يوم أن فتحوا باب المقابلة بينه وبين غيره من الأنظمة الوضعية المادية ، وقالوا عن نظريات الأنظمة المستوردة بأنها موجودة ، في هذا الدين ، وقد سبقهم بقرون عديدة ، والذي يقول بهذا القول انما هو جاهل بطبيعة الاسلام ، ويصدق فيه قول الشاعر :

ألم تر أن السيف يزرى بقدره ... اذا قيل هذا السيف أمضى من العصا

---

(١) رواه الاصبهاني عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، بلفظ « فضل العالم على العابد سبعون درجة ما بين كل درجتين حضر الفرس سبعين عاماً » والحضر : بضم الحاء وسكون الضاد العدو والمضمر المعد للسباق بأن يكلف بطريقة خاصة . أحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١ : ٤٤ .

وغاب عنهم أن الاسلام دين قائم بذاته لا نحتاج ان ندلل عليه بشهادة القوانين الوضعية له ، فانما هي كشهادة المنافقين التي قال الله فيها : « اذا جاءَكَ المنافقونَ قالُوا نَشْهدُ انَّكَ لَرسولُ الله ، واللهُ يَعْلَمُ إنَّكَ لَرَسُولُه ، واللهُ يَشْهَدُ إنَّ المُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ » (١) .

وانه لمن الواجب علينا أن نعود الى تحكيم كتاب الله وسنة رسوله والفقه المستنبط منها ، فنعمل لاستئناف الحياة الاسلامية ، وبذلك تنشط الحركه الفقهيه وعندها سيعلم المقارنون المكانة الحقيقية السامية لهذا الدين ، كما سيعرفون قيمة هذا الغثاء الوضعي المادي والسراب الذي يظنه الظمآن ماء ، حتى اذا جاءه لم يجده شيئا .

وقياما بالواجب نحو هذا الفقه العظيم فقد تقربت الى الله تعالى بالكتابة فيه ، في موضوع رأيت الحاجة ماسة الى جمعه وتقرير أحكامه ، وتيسيره للاطلاع عليه ، والبحث فيه ، راجياً ان يكون تلبية لمطلب من مطالب الحياة الاسلامية يوم أن يحرص المسلمون على معرفة ما يحل لهم ، وما يحرم عليهم من العقود ، وهذا الموضوع هو موضوع « نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية » .

ولقد وجدت الغرر في العقود منثورا في مسائل شتى في الفقه الاسلامي بمختلف أبوابه ، لذا فانني رأيت أن اجمع صوره واخرجه في ثوب جديد مستعينا بالله سبحانه وتعالى ، راجياً منه التوفيق .

هذا ولست بالذي يزعم أني أسير في طريق لم يسلكه غيري من قبل ، فقد سار في هذا الطريق الوعر الشاق كثير من أفاضل العلماء والمحدثين ، فقد تكلم فيه بصفة عامة الامام ابن تيمية في كتبه وشمل جميع العقود ، ولكن لم يف بالغرض المرجو ، وانار الطريق للدارس والباحث (٢) .

وكتب في هذا العصر بعض المحدثين عن الغرر وقد أفدت من أعمالهم جميعاً فجزاهم الله عنا خير الجزاء .

---

(١) سورة المنافقون ١ .

(٢) لقد كتب كثير من الفقهاء عن الغرر في أبواب صغيرة كابن رشد الجد وابن رشد الحفيد والامام مالك في الموطأ والمدونة الكبرى ، والشيرازي من الشافعية في كتابيه التنبيه والمهذب =

والذي أرجو الله أن يوفقني اليه هـو جمع مسائل هذا الباب من المذاهب الثمانية (١) ونقل آراء كل مذهب من مؤلفات علمائه ،واثبات أدلتهم ومناقشتها والبحث عن المواضع المتفق والمختلف فيها والترجيح فيما بينها ما أمكن الى ذلك سبيلا .

واني قد استعنت في كتابة موضوعي هذا بأصناف مختلفة من الكتب :

١ ـ فقد رجعت الى قسم المخطوطـات في دار الكتب المصرية ومكتبة جامعـة الأزهر الشريف فاستفدت منها، وأذكر على سبيل المثال كتاب الحاوي للماوردي من كتب السادة الشافعية وهو خير معين للقارىء والكاتب ، اذ كثيرا مـا كان يتطرق الى المقارنة بين المذاهب ، مما يلزمني الرجـوع الى كتب كل مذهب والتحقق من ذلك لأرى أصح الأقوال وأضعفها والأدلة التي اعتمدوا عليهـا ، والواضح النبيه في شرح التنبيه لمؤلفه محمد بن ابراهيم السلمي يقـع في تسع مجلدات كبار وغيرهما من المخطوطات في فقه الشافعية والحنفية .

٢ ـ واعتمدت أيضاً على الكتب المطبوعة لمختلف المذاهب .

٣ ـ واعتمدت أيضاً على كتب التفسير كالطبري ، والجصاص ، والأحكام لابن العربي وغيرها من كتب التفسير .

= ففصل الغرر في البيوع خير تفصيل ولم أر مثله من الفقهاء جودة في هذا التصنيف ، ثم شرح الامام النووي رحمه الله المهذب شرحاً وافياً فجزاهم الله عنا خير الجزاء ، ومن المحدثين فقد كان السابق الأول الى كتابة (الغرر في محل الالتزام التعاقدي) عبدالله بن جبير وهو مطبوع على الآلة الكاتبة في معهد الدراسات العربيه واعقبه الاستاذ الضرير وكتب عنـه في جامعة القاهرة . وفي القانون المصري أفرد له بابا مستقلا تحت اسم (عقود الغرر) وشرحه الاستاذ الدكتور السنهوري في الجزء السابع المجلد الأول من الوسيط ، كما أنه كتب عن الغرر في الجزء الثالث من مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري الا أنه غير مستوف للموضوع وانما تناول بعض الجزئيات . ومن المحدثين من بوبوا للغرر النسائي وابن ماجه ، وابو داود والترمذي ومعظم المحدثين بوبوا للغرر ما عدا البخاري رحمه الله فلم أجد له بابا في الغرر ، الا أن هـذه الابواب مقصورة على نص الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولم يتعرضوا الى بقية العقود ومواطن الغرر فيها . لأن كتبهم في النصوص عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، والنص انما ورد في البيع فقط .

(١) الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والإمامية ، والزيدية ، والاباضية ، والظاهرية .

٤ ــ واعتمدت أيضاً على كتب الحديث وشروحها كصحيح مسلم ، وفتح الباري ،ومعالم السنن للخطابي وغيرها .

٥ ــ واعتمدت أيضا على كتب القانون لأرى رأي القانون في هذه المسائل الا انني لم أقارن بينهما وبين الشريعة الاسلامية ، لأنه لا يجوز لي أن أقارن بين شرع وضعه الانسان وفق حاجته يتبدل بتبدل هذه الحاجة وبين شرع الله المحيط بحاجات الانسان وما يصلح له وما يفسده الى قيام الساعة ، وأن شرع الله سبحانه وتعالى كامل لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، بينما التشريع الوضعي قاصر في تفكيره مهما بلغ من العلم ، ولذا فان تشريعه يحتمل الخطأ .

وأن شرع الله سبحانه وتعالى منزه عن الهوى والغرض ، بينما التشريع الوضعي قد يراعى فيه مصلحة جماعة معينة من الناس ، وأن شرع الله سبحانه وتعالى يحث على طهارة القلب ومراقبة الله جل وعلا ، فاذا فعل أمراً فانما يفعله رغبة بطاعة ربه ، واذا ما انتهى انما يكون مراقباً الله سبحانه وتعالى ، بينما التشريع الوضعي لا يخضع الا للرؤية البصرية من قبل منفذي هذا التشريع .

وبحق فان التشريع الاسلامي فريد من التشريعات والقوانين التي عرفها العالم حتى الآن سواء من ناحية الأسس التي قام عليها ، والمقاصدوالغايات التي استهدفها والأحكام والحلول التي جاء بها على مر العصور .

خطة البحث :

ولقد قسمت رسالتي الى تمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة :

الباب الأول ــ في التعريف بالغرر وأقسامه .

الباب الثاني ــ في أثر الغرر في عقد البيع .

الباب الثالث ــ في أثر الغرر في بقية العقود الأخرى ما عدا عقد البيع .

أما التمهيد : فقد بحثت فيه عن تعريف العقد وتكوينه ، وعن مدى حرية الانسان في الشروط والعقود وقد تكلمت فيه عن أربعة أمور في أربعة مباحث .

المبحث الأول : في تعريف العقد لغة واصطلاحاً وتكوينه :

أذكر فيه تعريف العقد لغة واصطلاحاً مع تحليل لتعريف العقد ، والفرق بين العقد والتصرف ، وتكوين العقد ، وهل الارادة المنفردة تكون عقدا من العقود ، واذا انفرد شخص واحد بتكوين العقد فهل ينعقد العقد ام لا ؟ .

المبحث الثاني : في مدى حرية الانسان في انشاء العقـــود والشروط ومكان الغرر منها

أذكر فيه اختلاف الفقهاء فيما يختص بحرية المتعاقدين في انشاء العقود والشروط وأنهم على ثلاثة آراء ، الرأي الأول : رأي الموســـعين ، والثاني رأي المضيقين والثالث وأي المتوسطين ، ثم أذكر رأي الحنابـــلة ومزايا فقههم . وقد بينت أدلة كل رأي على حدة ، ثم بينت مكان الغرر من العقـــود والشروط وأنه قيـــد من القيود التي تحد ارادة المتعاقـــدين .

المبحث الثالث : في تعريف العقد وتكوينه في القانون :

أذكر فيه تعريفه وتحليله ، والارادة المنفردة وانشاء الالتزام وكيف أن الارادة المنفردة انتقدت ، والمراحل التي مر بهـــا الايجاب ، والعقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبين .

المبحث الرابع : في مبدأ سلطان الارادة في القانون .

أذكر فيه معنى سلطان الارادة ، والمراحل التي مر بهـــا مبدأ سلطان الارادة ونقد نظرية مبدأ سلطان الارادة .

ويحتوي الباب الأول على فصلين :

الفصل الأول : في التعريف بالغرر والآيات والأحاديث الواردة فية :

وقد جعلته في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الغرر لغة واصطلاحـــا عنـــد المذاهب الثمانية ، والتعريف الذي اخترته .

المبحث الثاني : في الآيات والأحاديث الواردة في الغرر .

أذكر فيه الآيات الواردة في الغرر ، وما المراد من الباطل في الآيات ورأي المفسرين في الآيات . واذكر الأحاديث الواردة في الغرر ، وتفسير الأحاديث .

المبحث الثالث : في تعريف الغرر في القانون .

الفصل الثاني : في أقسام الغرر :

وقد جعلته في مبحثين :

المبحث الأول : في الغرر اليسير والمتوسط والكثير .

اذكر فيه تقسيم الفقهاء للغرر اليسير والمتوسط والكثير ، والأمثلة على الغرر اليسير والأمثلة على الغرر الكثير ، وبين هذين القسمين يقع الغرر المتوسط وضربت له أمثلة متعددة . وبينت ضابط الغرر اليسير والمتوسط والكثير .

المبحث الثاني : في الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر :

ان اختلاف الفقهاء في الغرر اليسير والمتوسط والكثير ، نتج عنه تقسيم الغرر الى قسمين الى مؤثر والى غير مؤثر ، وأذكر فيه ما يستثنى من الغرر المؤثر في عدة أمثلة وأن الحاجة والضرورة سواء في الغرر .

ويحتوي الباب الثاني على ثلاثة فصول :

يتقدم الباب تمهيد فيه تقاسيم الفقهاء للغرر في عقد البيع ثم أذكر التقسيم المختار الذي سرت عليه في الرسالة .

الفصل الأول : في أثر الغرر في صيغة العقد :

وأتكلم فيه عن أثر الغرر في البياعات التي يكون الغرر فيها واقعاً في صيغة العقد كالمنابذة ، والملامسة ، وبيع الحصاة ، وبيع العربون ، وبيعتان في بيعة ، وصفقتان في صفقة ، والعقد المعلق والعقد المضاف ، وأجعل كل بيع في مبحث مستقل .

الفصل الثاني : في أثر الغرر في المبيع :

وقد تكلمت عن أثر الغرر في المبيع سواء كان ناتجا عن جهالة صفة المبيع أم جهالة مقدار المبيع أو جهالة العين أو الأجل أو عدم رؤية المبيع أو بيع المعدوم أو عدم القدرة على التسليم ، وقد جعلت كل واحد منها في مبحث مستقل ، وقد عرضت في كل مبحث عدة صور في مطالب وفروع مستقلة بينت أثر الغرر فيهـــا وأقوال الفقهاء والادلة التى اعتمدوا عليها .

الفصل الثالث : في أثر الغرر في الثمن :

وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في الثمن سواء كان ناتجا عن جهالة صفة الثمن او مقداره أو أجله ،وقد جعلت كل واحد في مبحث مستقل وقد أفردت هذا عن المبيع لأهمية البحث في هذه الأبحاث الثلاثة ، وان كان ما يصدق على المبيع يصدق على الثمن .

ويحتوي الباب الثالث على سبعة فصول :

الفصل الأول : في أثر الغرر في عقود المعاوضات الماليه وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في عقد السلم ، والاستصناع ، والاجارة ، والجعالة ، وعقد الصلح . وجعلت كل واحد في مبحث مستقل .

الفصل الثاني : في أثر الغرر في عقود المشاركات :

وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في عقد الشركة ، والمزارعة، والمساقاة ، وجعلت كل واحد من هذه العقود في مبحث مستقل .

الفصل الثالث : في أثر الغررفي عقود الاستيثاق :

وقد تكلمت في هذا الفصل عن أثر الغرر في الرهن ، والكفالة ، وجعلت كل واحد من هذين العقدين في مبحث مستقل .

الفصل الرابع : في أثر الغرر في عقود الاطلاقات :

وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في عقد الوكالة في الشريعة الاسلامية وفي عقد الوكالة عند القانونيين ، وقد جعلت كل واحد منها في مبحث مستقل .

الفصل الخامس: في أثر الغرر في عقد النكاح :

وقد تكلمت فيه عـــن أثر الغرر في المسائل المـالية فقط ويكون ذلك في الصداق ، والخلع ، وجعلت كل واحد في مبحث مستقل .

الفصل السادس: في أثر الغرر في عقود التبرعات :

وقد تكلمت في هذا الفصل عن أثر الغرر في عقد الهبـــة ، والوصية ، وجعلت كل واحد منها في مبحث مستقل .

الفصل السابع : في أثر الغرر في العقود المالية المعاصرة :

وقد تكلمت فيه عن عقود الغرر في هذا العصر الحديث ، وقد اهتم القانون فيها وهي المقامرة والرهان ، والمرتب مدى الحياة ، وعقد التأمين ، وقـــد جعلته في خمسة مباحث وهي : المقامرة والرهان في الفقه الاسلامي ، والمرتب مـــدى الحياة في الفقه الاسلامي ، والمرتب مـــدى الحياة في القانون ، وعقد التامـين في القانون ، وعقد التامين في الشريعة الاسلامية .

وأختم الرسالة بأهم ما ورد فيها ، ثم أترجم لأهم الأعلام التي وردت في الرسالة ثم أتبعها بجريدة للمصادر ، وبفهرس تفصيلي لمحتوياتها .

وأسأل الله العلي القدير أن يوفقني لما فيه الخير وأن يجنبني الرياء وأن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه ، وأن ينفع به ، ويغفر لي ، ولمـــن علمني أو سهل لي طريق العلم آمين يـــا رب العالمين .

هذا ولا يفوتني أن أقدم شكري وتقديري الى استاذي الفاضل فضيلة الشيخ عبدالله عبد النبي ، لتفضله بقبول الاشراف على هذه الرسالة ، وقـــد منحني مـــن وقته الثمين في قراءتها ، ومناقشته لي في محتوياتها ، ووجهني بتوجيهاته التي كان لها الأثر القوي ، فجزاه الله عنا خير الجزاء .

ياسين أحمد ابراهيم درادكه

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

تعريف العقد وتكوينه ومدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط ومكان الغرر منهما

في هذا التمهيد أبحث عن تعريف العقد وتكوينه ومدى حرية الإنسان في انشاء العقود والشروط على أساس ان المتعاقدين هل لهما الحق في انشاء ما يشاءان من العقود والشروط ؟ ، ام انهما يمنعان من ذلك ، وليس لهما ان ينشئا ما يتراضيان عليه من العقود والشروط الا ما ورد النص بجوازه ؟ هذا ما سنراه ان شاء الله .

ولذا سأتكلم عن هذا في أربعة مباحث :

المبحث الاول : تعريف العقد لغة واصطلاحا وتكوينه .

المبحث الثاني : مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط.

المبحث الثالث: تعريف العقد وتكوينه في القانون .

المبحث الرابع : مبدأ سلطان الإرادة في القانون .

المبحث الاول

تعريف العقد لغة واصطلاحا وتكوينه

تعريف العقد لغة :

العقد في اللغة له معان كثيرة : منها الشد ، والتوثيق ، والإحكام ، والجمع بين أطراف الشيء وربطها ، تقول : عقدت الحبل عقداً اذا شددته وقويته ، وتقول في العادة : اعقد هذا الحبل بذاك اي اربط بينهما ، وفلان عقد صلة طيبة بفلان او بهذه الجماعة ، بمعنى انه قوى ووثق ما بينهما من روابط وعلاقات .

وجاء في المصباح المنير : (عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فانعقد والعقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل : عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقّدتها بالتشديد . توكيد . . ومعقد الشيء : موضع عقده وعقدة النكاح وغيره ، إحكامه وابرامه) (١) .

قال الله تعالى : (وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَه) (٢) .

من هذا نرى ان المعاني للعقد تدور كلها حول الربط والإحكام والتقوية ، سواء كان ذلك في الامور المحسوسة ، ام الامور المعنوية . وقد صرح كثير من العلماء بهذا المعنى للعقد : فمن ذلك ما جاء في تفسير الألوسي : (وأصل العقد ، الربط محكماً ثم تجوز به عن العهد الموثق) (٣) .

وفي الشهاب على البيضاوي : (وأصل العقد الربط محكماً ثم تجوز به عن العهود وعقود المعاملات) (٤) .

---

(١) المصباح المنير : ٦٤٤ ــ وانظر القاموس المحيط ١ : ٣١٥ في مادة عقد .
(٢) سورة البقرة : ٢٣٥ .
(٣) روح المعاني للألوسي : ٢ : ٢٣٩ .
(٤) أنوار التنزيل وأسرار التأويل : ٣ : ٢٠١ .

وفي فتح القدير للشوكاني : (العقود : العهود ، وأصل العقود الربوط واحدها عقد : يقال عقدت الحبل والعهد . فهو يستعمل في الأجسام والمعاني ،واذا استعمل في المعاني افاد أنه شديد الإحكام والتوثيق (١) .

وفي الكشاف للزمخشري : (العقد هو العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه) وهي : عقود الله التي عقدها على عباده وألزمها اياهم من مواجب التكليف . وقيل : هي ما يعقدون بينهم من عقود الأمانات ويتحالفون عليه من البياعات ونحوها) (٢) .

وفي تفسير البحر المحيط لابي حيان :

(وقال الزجاج : العقود أوكد من العهود وأصله في الأجرام ثم توسع فأطلق في المعاني) (٣) .

وفي مجمع البيان في تفسير القرآن : (والعقود جمع عقد بمعنى معقود وهو أوكد العهود ، والفرق بين العقد والعهد ؛ أن العهد فيه معنى الاشتيثاق والشد ولا يكون الا بين متعاقدين ، والعهد قد ينفرد به الواحد فكل عهد عقد ولا يكون كل عقد عهدا . وأصله عقد الشيء بغيره ، وهو وصله به كما يعقد الحبل) (٤) .

من هذه الأقوال نرى ان العلماء يطلقون كلمة العقد على مطلق الربط من غير فرق بين المحسوسات كعقدت الحبل ، او المعنويات كعقدت عقد البيع ، وعقدت العهد ، وكل ما يعقده المكلف على نفسه فيلزمها به في المستقبل ، من اثبات فعل ، او تركه ، ومن هذا سمي اليمين عقدا .

---

(١) فتح القدير للشوكاني : ٢ : ٣ .

(٢) الكشاف للزمخشري : ويشبه هذه التعاريف أيضاً ما جاء في تفسير أبي السعود (والعقد هو العهد الموثق المشبه بعقد الحبل ونحوه) تفسير أبي السعود : ٣ : ٧٢ وما جاء في تفسير الطبري : قال ابو جعفر : والعقود جمع عقد وأصل العقد ، عقد الشيء بغيره وهو ما وصله به كما يعقد الحبل بالحبل اذا وصل به شدا . يقال : عقد فلان بينه وبين فلان عقدا فهو يعقده . جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري٩ : ٤٤٩ .

(٣) البحر المحيط لابي حيان : ٣ ٤١٠ .

(٤) مجمع البيان في تفسير القرآن لابي علي الفضل بن الحسن الطبرسي من أكابر علماء الامامية في القرن السادس : ٦ : ٧ .

وقد اختلف المفسرون في المراد من العقود في قوله تعالى : يا أيُّها الَّذين آمنوا أوفُوا بالعُقُودِ) (١) .

على أقوال :

١ ــ يروى عن ابن عباس أن المراد بالعقود ، العهود التي أخذها الله تعالى على عباده بالايمان به وبطاعته فيما أحل أو حرم.

٢ ــ وذهب ابن زيد وزيد بن اسلم الى ان المراد بالعقود ، العقود التي يتعاقدها الناس بينهم كعقد الأيمان وعقد النكاح وعقد البيع ونحو ذلك .

٣ ــ وروي عن مجاهد ، والربيع وقتادة أن المراد بالعقود ، العهود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على مناصرة من ظلم .

٤ ــ ويروى عن ابن جريج ، هي العهود التي أخذها الله تعالى على أهل الكتاب بالعمل في التوراة والانجيل مما يقتضي التصديق بالنبي ﷺ (٢) .

واختار بعض المفسرين : (أن المراد بها ما يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الامانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به) (٣).

والذي أميل اليه هو اختيار بعض المفسرين : ان العقد ، هو جميع ما ألزمه الله عباده من التكاليف وغيرها اذ في كل ذلك يسمى عقدا .

العقد في اصطلاح الفقهاء : (٤)

ان معظم الفقهاء وخاصة الحنفية يطلقون العقد بمعنيين :ــ

الأول : تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر اثره في المحل .

---

(١) سورة المائدة : ١ .

(٢) روح المعاني للآلوسي : ٢ : ٢٣٩ .

(٣) المصدر السابق : ٢ : ٢٤٠ .

(٤) المتتبع لكتب الفقه الاسلامي لا يجد للفقهاء المتقدمين بحثاً مستقلا وخاصا بالعقد وأننا نستطيع ان نفهم من خلال كلامهم عن عقد من العقود معنى للعقد لا يختلف عن التعبير اللغوي .

الثاني : العقد هو ما يتم به الارتباط بين ارادتين من كلام وغيره كالاشارة والكتابة ويترتب على ذلك التزام بين طرفين (١) .

فالعقد عند الفقهاء بهذين المعنيين لا يكون الا بين اثنين او أن الالتزام الناتج يتوقف على اجتماع ارادتين .

وبعض الفقهاء يتوسعون في معنى العقد فينظرون اليه نظرة غير النظرة الضيقة لمعنى العقد ، بل يشمل العقد بنظرهم ، كل التزام يتم بتلاقي الارادتين كالوكالة ، ويشمل ما كان الالتزام فيه من طرف واحد من غير توقف على شيء آخر كاطلاق المجرد عن المال ، الا انني أرى أن هذا لا يسمى عقدا وإنما يسمى تصرفاً او التزاما ، ويشمل ما كان الالتزام من الجانبين كالبيع والاجارة .

وهذا التعميم نراه اكثر شيوعا في كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه في كتب الحنفية (٢) .

ومن الذين يجعلون العقد عاما الجصاص اذ يقول : العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه ، فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لان كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به ، ويسمى اليمين على المستقبل عقدا ، لان الحالف الزم نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد (٣) .

وبعض الفقهاء الذين نظروا النظرة الضيقة لهذا العقد نراهم يقولون على النحو التالي :

١ ــ يقول الدسوقي أحد فقهاء المالكية : العقود ما تتوقف على ايجاب وقبول وأما غيرها كالطلاق فهي اخراجات ولا تتوقف على ايجاب وقبول (٤) .

٢ ــ ويقول ابن رشد الحفيد : العقد هو الايجاب والقبول (٥) .

---

(١) العناية على هامش فتح القدير : ٥ : ٨٤ ودرر الحكام في شرح غرر الاحكام ١ : ٣٢٦ والمدخل للفقه الاسلامي للاستاذ ــ محمد سلام مدكور ٥٠٦ والفقه الاسلامي له ايضا ٣٥٦ .

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ١٨ ، ١٩ ، ٢١ ، ٨٧ وانظر صفحة ٤ من رسالتنا وما يقوله الزمخشري في أول سورة المائدة ١١ : ١٢٣ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ٢ ٢٩٤ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥ ــ ٦ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٨٥ .

٣ ـ ويقول النجفي أحد فقهاء الشيعة : العقد شرعا قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المعقود عليه . وتعريف الأولى : بأنها المشتملة على الايجاب والقبول ، او بأنهـا المشتملة على رضا الطرفين ، او بأنها المتضمنة لعقد من الجانبين (١) .

هذا وقد عرف العقد صاحب مرشد الحيران بقوله :

(العقد هو عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه ، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر (٢) .

وعرفته مجلة الاحكام العدلية : بأنه هو ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت مره في محله (٣) .

وهذا هو التعريف الذي اختاره وأرجحه على بقية التعاريف ؛ لكونه اخصر التعاريف وشاملا لكل ما يحتاجه العقد وهو الذي أتناوله بالتحليل والشرح ان شاء الله .

تحليل التعريف الفقهي :

اذا نظرنا الى العقد فاننا نجده عبارة عن ارتباط بين شخصين نتيجة لاتفاق ارادتيهما

---

(١) النجفي في العقود ٢ .
(٢) مرشد الحيران م (٢٦٣) صفحة ٦٦ .
(٣) مجلة الأحكام العدلية م (١٠٣) ، (١٠٤) ويقول صاحب درر الحكام في شرح غرر الاحكام : المراد بالعقد : ارتباط أجزاء التصرف الشرعي ، مثلا اذا قيل زوجت وتزوجت ، وجد معنى شرعي هو النكاح يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة وكذا مثل بعت واشتريت وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين : درر الحكام في شرح غرر الاحكام ١ : ٣٢٦ .

المعبر عنهما بالايجاب والقبول . قال المرغيناني : البيع ينعقد بالايجاب والقبول (١) ثم وضح البابرتي معنى هذا بقوله : (الانعقاد ها هنا ، تعلق احد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر اثره في المحل ، والايجاب الاثبات ، ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجاباً لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا (٢)) .

فالبادىء اولا من أحد المتعاقدين يسمى كلامه ايجاباً والآخر يسمى قبولا سواء كان البادىء أولا البائع أولا المشتري،وسواء كان ذلك في عقدالبيع او الإجارة او غيرهما من العقود .

ومتى حصل الايجاب والقبول في عقدالبيع وهما لفظا بعت واشتريت اذا صدرا من ذي اهلية في البيع ترتب عليهما تبادل الملك في المعقود عليه .وكذلك اذا صدر منهما الايجاب والقبول في عقد الإجارة (آجرت واستأجرت) او عقد الرهن كذلك .

فنتيجة لهذا الايجاب والقبول صار المؤجر ملزماً بتخلية ما أجره ، وصار المستأجر ملزماً بدفع ما يقابل المنفعة ، وحق المرتهن في احتباس المال المرهون ، والراهن في اخذ الدين ، وهكذا في سائر العقود .

يقول صاحب الدرر : المراد بالعقد ارتباط اجزاء التصرف الشرعي مثلا : اذا قيل زوجت وتزوجت ، وجد معنى شرعي هو النكاح يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة،

---

(١) ويقول الاستاذ محمد ابو زهرة : (ان للفقهاء في معنى العقد نظرين) :

١ ــ فنهم من يخص العقد بما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين كالبيع والاجارة والشركة . . . .

٢ ــ ومنهم من يتوسع في معناه فيطلقه على كل ما يعقده الشخص العزم عليه ولو كان ينعقد بكلام طرف واحد اي بالارادة المنفردة كالطلاق والاعتاق والابراء . ثم يقول : ان العقد بهذا الاعتبار الثاني اي بالمعنى الواسع يكون مرادفاً للفظ التصرف لان التصرف الشرعي ، هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القوليه ويرتب عليه الشارع اثرا شرعيا في المستقبل . الملكية ونظرية العقد لابي زهرة ف ١٠١ ، ١٠٢ .

٣ ــ الهداية مع فتح القدير ٥ : ٧٤ (ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه شرعا) فتح القدير ٥ : ٧٤ .

(٢) حاشية العناية مع فتح القدير ٥ : ٧٤ .

وكذا مثل بعت واشتريت وجد معنى شرعي ، هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين «١» .

ومع ذلك فهناك فكرة تعترض هذه القاعدة وتقول بأن التصرف الذي يتم تنفيذه بمجرد انعقاده لا يسمى عقدا ، وانما يسمى العقد الذي يبقى مدة من الزمن قبل ان يتم تنفيذه «٢» .

وعلى هذا ، فإن البيع بالتعاطي ، وهو استلام البائع للثمن والمشترى للملك دون ان يتكلما عقد ، لأن التنفيذ قد تم بمجرد الإنعقاد .

ومن يقول بهذا المعنى سعدي جلبي من فقهاء الحنفية اذ يقوم : (العقد قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقد في صورة التعاطي) «٣» .

ويقول الشيرازي احد فقهاء الشافعية : (فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع) «٤» .

ويقول العاملي أحد فقهاء الشيعة :(المعاطاة في البيوع والإجارات ونحوها ليست من العقود قطعاً ؛ لانها اباحة محضة لا يشترط فيها شيء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد) «٥» .

غير ان هذه الفكرة لم تسد في الفقه الإسلامي ؛ لأن فقهاء الحنفية يجيزون العقد بالتعاطي «٦» .

---

(١) درر الحكام في شرح غرر الاحكام ١ : ٣٢٦ وانظر مصادر الحق للسنهوري ١ : ٧٤ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١ : ٧٤ .

(٣) حاشية سعدي جلبي على شرح العناية والهداية ٥ : ١٧٢ .

(٤) المهذب مع المجموع ٩ : ١٧٠ وانظر اعانة الطالبين ٣ : ٤ .

(٥) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٣ ويشير الاستاذ شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية الى هذا المعنى ١ : ١٢٤ .

(٦) فتح القدير ٥ : ٧٧ ، وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان توافق الارادتين لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح الا اذا كان من شأنه خلق حال جديدة في وقت مستقبل ، اما اذا تحقق اثر العقد بمجرد انعقاده فلايكون عقداً بالمعنى الصحيح ، ووصفه بالعقد يعتبر من لغو الكلام اذ لا يفيد كما هو الحال في البيع بالتعاقد .

الفرق بين العقد والتصرف :

لقد ورد في بعض التعاريف السابقة كلمة التصرف ، فما المراد منها ؟ وما العلاقة بين العقد والتصرف ؟

علمنا من التعاريف السابقة للعقد انه يستلزم لوجوده حصول التزامين من طرفين بحيث يحتاج تمامه الى وجود هذين الالتزامين«١» . وعلى ذلك فالواحد لا يستقل بهذا العقد

اما التصرف : فالمراد به ما يستقل الشخص بايجاده لكونه ملكا له فقط ولا يشاركه فيه احد ولا يحق لاحد ان يمنعه ولا ان يكون له دخل في وجوده كالطلاق ؛ فإن الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح، فيحق له ان يطلق متى اراد حتى ولو كانت الزوجة رافضة لذلك.

ويشمل ايضاً ما يكون له علاقة مع الغير بحيث لا يتم الا برضاه ، كما في صورة البيع ايضاً ، فإن البائع يستطيع ان يبيع سيارته لزيد ولكن البيع لا يتم الا برضى زيد ويسمى مع ذلك بأنه قد تصرف في بيع سيارته .

ولذا فاننا نجد أن العلاقة بين العقد والتصرف العموم والخصوص ؛ لأن كلمة التصرف اعم من كلمة العقد ؛ لأنهما يتحققان في كل ربط بين كلامين يترتب على هذا الربط حكم شرعي .

وأما التصرف فينفرد عن العقد في كل التزام ينشأ عن ارادة واحدة ، كما مثلنا في الطلاق «٢» .

الايجاب والقبول وتكوين العقد :

قلنا ان تعريف العقد عبارة عن ارتباط ايجاب بقبول ، ولصحة العقد لا بد من توافرهما من العاقدين ، واذا وجد الإيجاب والقبول فقد لزم البيع ولا يجوز لأحدهما فسخه ، قال المرغناني : (واذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ، ولا خيار لواحد منهما

---

(١) أحكام العقود في الشريعة الاسلامية للشيخ علي قراعه ص : ٧ .

(٢) نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون للدكتور زكي شعبان : ١٣ .

الا من عيب أو عدم رؤية ، وخالف في ذلك الشافعي ؛ بأنه يثبت لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » . وكذلك السادة الحنابله «١» وقال مالك - رحمه الله - : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيارلهما ؛ لأنه روي عن عمر رضي الله عنه انه قال : البيع صفقة واحدة او خيار) ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرده كالنكاح والخلع «٢» .

ومن هذا يتضح ان العقد لا بد ان يكون من طرفين ولكن ليس هذا الأمر مطرداً في كل العقود ، فعقود المعاوضات المالية لا بد ان تكون من طرفين كالبيع ، بينما عقود التبرعات والإسقاطات المحضة تكون من طرف واحد .

قد يوجدالايجاب والقبول، وهما مظنة الرضا ولكن الرضا الحقيقي غير متوفر في بعض الصور فهل بذلك ينعقد العقد ام لا ؟ فالواقع ان الرضا الحقيقي غير متوفر سواء كان بالبيع ام بغيره فبعض المبيعات يكون الإنسان مضطراً لسد حاجته فيضطر الي بيع متاع له وهو راغب فيه ولذلك فإن الشريعة لم تنظر لمثل هذا الرضا، بل نظرت الى الشوائب التي تشوب العقد ، وعلى هذا لا تعتبر الارادة غير الظاهرة .

ومن الأمثلة على ذلك

١ - **المكره** : والاكراه وهو ما يفعله الانسان بغيره ليدفعه الى فعل شيء طلبه منه دون ان يكون راغباً فيه .

فاذا اكره انسان على بيع او شراء شيء غير راغب في ذلك فان عبارة الايجاب والقبول غير معتبرة ، اذا كان الاكراه واقعاً ممن تهدده ، وهو قادر على تنفيذ ما توعد به ، ولكن الحنفية في هذا الأمر قالوا : ان عقد المكره موقوف على اجازة المتعاقد حال السعة ، فإذا اجاز العقد انعقد والا فلا ، ويعتبر الاكراه من أهم عيوب الرضاء

---

(١) المغني لابن قدامة : ٣ : ٤٨٢ .
(٢) المغني لابن قدامة : ٣ : ٤٨٢ .

٢ ــ الخلابة : وأصل هذا ان حبّان بن منقذ بن عمرو كان رجلا ضعيفاً ، وكان قد اصابته في رأسه مأمومة ، فجعل له رسول الله ﷺ الخيار الى ثلاثة ايام ، فقال له النبي ﷺ : اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام «١» . والخلابة معناها ، الخداع والغش ، ففي هذا الحديث ينص على أن البيع اذا حصل فيه غش أو خديعة فإن البيع غير جائز ، أي لا ينعقد ، وينص على وجود الخيار الى ثلاثة أيام ويسمى خيار الشرط .

الارادة المنفردة وتكوين العقد :

لقد ذكرنا آنفاً ان في بعض العقود لا بد من توافر عبارة الايجاب والقبول وهي دلالة الرضا في العقد ، وانه لابد من توافر الارادتين ، ولكن يوجد في الفقه الاسلامي بعض العقود المستثناه من القاعدة العامة وهي توفر الارادتين فينعقد بارادة منفردة ممن له هذه الإرادة .

ومن الأمثلة على ذلك :

١ ــ الطلاق : يصح ايقاع الطلاق بمجرد التلفظ بذلك ممن له الطلاق شرعاً .

٢ ــ الرجعة : وكذلك لو أراد المطلق الذي طلق زوجته دون الثلاث ، وقبل انتهاء العدة ان يراجع زوجته بقوله راجعت زوجتي او ما يدل على ذلك الارجاع ، فإنها تعود الى الزوجية ، ولا يستطيع احد أن يمنعها .

٣ ــ الابراء من الحقوق المجردة : فلو قال المشتري للبائع أبرأتك من العيوب في المبيع فإن هذا الاسقاط صحيح ، ولا يتوقف على قبول البائع ، وهذا معنى عبارة القاعدة الفقهية : « الساقط لا يعود » .

أما الاسقاط في معنى التمليك فلا بد من توافق الارادتين على ذلك ، وذلك فيما اذا ابرأ الدائن المدين فإنه لا بد من رضا المدين؛ اذ تأبى على المدين كرامته ولا يرضى بتحمل المنة في ذلك .

---

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي وأبو داود ، انظر صحيح البخاري مع العيني ١١ : ٢٣٣ ومختصر سنن ابي داود ٥ : ١٤١ وانظر فتح القدير ٥ : ١١١ .

٤ ــ الوقف : فإن الوقف يتم بالإرادة المنفردة فيما لو وقف على الفقراء والمساكين من غير حصر لهم ولا تعيين .

٥) **الوصية :** فانها تصح بالإرادة المنفرد من قبل الموصي ، وذلك اذا كان لجهة الخير لا لاشخاص معينين ، فاذا أوصى اوقف لمعين فان الموصى له والموقوف له لا بد من قبوله الوصية والوقف لامرين .

١ ــ مخافة ان يلحقه ضرر من تلك الوصية ، كأن يوصي له بعبد أعمى او زمن .

٢ ــ ان يلحقه المنة منه او من ورثته .

الايجاب وحده غير ملزم للعقد :

هذا في العقد الذي يحتاج فيه الى ول ، فان جمهور الفقهاء متفقو على ا الايجاب بمفرده غير ملزم لصاحبه ، ما دام لم يتصل به القبول في المجلس وللموجـ ايهما كان بائعاً او مشتريا ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب ، لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض اقوى ، وذلك لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك ، والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فللموجب ان يرفع هذه الولاية كعزل الوكيل (١) .

لكن المالكية يرون ان الموجب يلتزم بايجابه امام من وجه اليه الإيجاب حتى ينتهي مجلس العقد ، او يظهر رأيه في الإيجاب (٢) .

وبناء على رأى الجمهور فان الايجاب قبل اتصاله بالقبول لا يكون ملزماً في الفقه الاسلامي ، الا في مسألة واحدة فلا يستطيع صاحب الايجاب الرجوع في ايجابه ، وذلك بأن يقول الزوج لزوجته : ملكتك تطليق نفسك ، لأن ايجابه يعتبر تطليقاً من قبله معلقا على قبولها (٣) .

---

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ٥ : ٧٨ وبدائع الصنائع ٥ : ١٣٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٨٥ ومواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤ : ٢٤١

(٣) المغني لابن قدامة المقدسي . ٣ : ٤٨٦ .

العقد يباشره شخص واحد :

كما ينعقد العقد بإيجاب وقبول من الطرفين يصح حصوله من طرف واحد ، ولكن الذي يتولى طرفي العقد بنفسه له أحوال :ـ

١ ـ ان يكون أصيلا يعقد لنفسه ووليا عن الجانب الآخر ، كما في بيع الاب لابنه الصغير فإنه ولى ابنه ولوفور شفقته لا يحتاج الى القبول ، ويكون أصيلا في حق نفسه ونائباً عن ابنه .

٢ ـ ان يكون أصيلا يعقد لنفسه ووكيلا عن الطرف الآخر كما اذا وكلته امرأة بأن يزوجها من نفسه .

٣ ـ ان يكون ولياً للجانبين ، كتزويج الجد أولاد أولاده ، بنت ابنه لابن إبنه (١) .

٤ ـ ان يكون وكيلا للجانبين ، كما اذا وكله رجل أن يزوجه ووكلته امرأة ان يزوجها فقال زوجت فلانة من فلان .

٥ ـ ان يكون ولياً من جهة ، ووكيلا من جهة اخرى ، كأن يوكله رجل بأن يزوجه ابنته الصغيرة (٢) .

من الملاحظ في هذه الصور جميعاً أن عبارة الشخص تدل على ارادتين متوافقتين ؛ لأنها صادرة من شخص ذي صفتين ، ويكون الشخص في جميع هذه الحالات صاحب صفة شرعية من الجانبين .

وليس هناك من خلاف حول صدور الارادتين من شخص واحد ، وانما الخلاف ناتج عن التزام الوكيل بحقوق العقود التي يباشرها .

فالحنفية يرون ان الوكيل هو الملزم بكل ما يتبع عقود المعاوضات من آثار ؛ كالمطالبة بالثمن او المطالبة بتسليم المبيع او رده إن ظهربه عيب،لأنه هو الذي يباشر العقد

---

(١) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية محمد حلمي عيسى ٤٥ .
(٢) تحفة الفقهاء : ٣ : ٤٧ـ٤٨ وانظر الفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي احمد عيسوي ٤١٩

ولم تكن للموكل صفة في العقد ، خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء ، أمـــا غير المعاوضات فالحقوق ترجع الى الأصيل اتفاقا (١).

وللعلماء في تولي الشخص وحده طرفي العقد ثلاثة آراء .

الرأي الأول : وهو قول المالكية والحنابلة بأنه يصح تولي الشخص الواحد طرفي العقد ، ما دام هذا صاحب صفة شرعية من الجانبين ، سواء أكان في عقود المعاوضات أم في الزواج ، وحجة هؤلاء ان عبارة العاقد انما هي في الحقيقـــة تمثـــل عبارتين : الاولى بوصفه أصيلا وتقوم مقام الايجاب ، والثانية بوصفه وكيلا وتقوم مقام القبول، ولا ضير في ذلك على رأيهم في المعاوضات المالية وغيرها ،لأن الحقوق عندهم انما ترجع الى الموكل لا الى الوكيل (٢) .

الرأي الثاني : رأي زفر والإمام الشافعي ، ان الشخص الواحد لا يتولى طرفي العقد سواء أكان عقد زواج ام غيره ، وسواء أكان بصفة واحدة أم بصفتين ، وسواء كان ذا صفة شرعية للجانبين . وحجتهما في ذلك : أن العقد اسم للإيجاب والقبول والواحدجواب للآخر فلا بد من ان يصدرا من جهتين متقابلتين ، واذا صدرا من واحد فلا يتحقق ذلك لا عبارة الايجاب فقط وهو لا يتم به العقد .

وحجة زفر بالنسبة لعقود المعاوضات أن موجبات العقد إنما ترجع الى العاقد نفسه ولو كان وكيلا عن غيره (٣) .

والإمام الشافعي استثنى صورة واحدة تكون عبارة الواحد عن عبارتين ، فيما اذا زوج الجد حفيديه أحدهما للآخر ، بان يزوج بنت ابنه المتوفى لابن ابنه المتوفى اذا كان في تزويجه مصلحة .

الرأي الثالث : رأى الحنفية أنهم لا يجوزون ان تكون عبارة الواحد بدلا من عبارتين في المعاوضات المالية ، وحجتهم في ذلك كما ذهب اليه الإمام زفر رحمه الله من أن

---

(١) تحفه الفقهاء : ٣ : ٤٧ ــ ٤٨ وانظر الفقة الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ٤١٨ .
(٢) تحفة الفقهاء : ٣ : ٤٨ والمغني لابن قدامه ٥ : ٨٦ .
(٣) فتح القدير ٥ : ٧٨ وانظر نيل الاوطار ٦ : ١٤٢ .

موجبات العقد انما ترجع الى العاقد نفسه (١)

وخالفوا زفر في مسائل وهي ما لو باع الولي مال ابنه لنفسه او لغيره ، وكـذا بيع القاضي من مال وقف الى جهة وقف آخر كلاهما في ولايته، وبالنسبة لعقد الزواج، فإن الحقوق انما ترجع الى الموكل فقط والوكيل في هذا الأمر انما هو سفير ومعبر، بخلاف البيع واستدل بحديث عن النبي ﷺ فقد روي عن عقبة بن عامر ان النبي ﷺ قال لرجل : أترضى ان أزوجك فلانة ؟ قال : نعم وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت : نعم فزوج احدهما صاحبه (٢) .

والذي أراه هو الرأي الذي يفرق بين عقود المعاوضات المالية وعقد الزواج ؛ لأن عقود المعاوضات المالية ترجع الى العاقد نفسه ؛ لأنه يطالب بالمبيع ان كان بائعاً ويطالب بالثمن ان كان مشترياً ، ويلزمه ان كان حقاً مستحقاً الى غير ذلك من موجبات العقد .

أما الزواج ، فالعاقد إنما هو معبر وسفير ولا يعود عليه من موجبات العقد شيء ، فالمهر وجميع تكاليف الزواج على الزوج لا على العاقد ، واذا حصل فسخ لعقد الزواج وهو الطلاق فإن العهدة تعود على الزوج وحده لا على العاقد ، بينما في المعاوضات المالية، حينما تعود العهدة على العاقد والآخر لادخل له والله أعلم .

---

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٦ : ١٤٢

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ٦ : ١٤١ قال الشوكاني : سكت عنه ابو داود والمنذري وفي اسناده عبد العزيز بن يحيى صدوق يهم . وانظر تحفة الفقهاء ٣ : ٤٨ ، والفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي احمد عيسوي ٤٢١

المبحث الثاني

مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط ومكان الغرر منهما

لقد عرفنا مما سبق أن العقد وسائر التصرفات الشرعية تنشأ عن ارادة المتعاقدين ، فاذا تم العقد ترتب عليه آثاره الشرعية . ولكن الشارع هو الذي يرتب آثارا معينة على كل عقد من العقود .

ويقول الفقهاء : ان العقد أسباب جعلية . ولهذا فإن ارادة العاقد فقط تكون مقصورة على إنشاء العقد حتى لا يبغى بعضهم على بعض بما يشترطون من شروط تكون جائزة او فاسدة وحتى يكون لكل عقد او تصرف من التصرفات حكمه الشارع الحكيم (١) .

وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية : ان الأحكام الثابتة بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح ؛ نحن أحدثنا أسباب تلك الاحكام ، والشارع اثبت الحكم بثبوت سببه منا لم تثبته أبتداء (٢) .

ويقول أيضاً : ان العقود جعلت أسباباً الى احكام قصدها الله وناطها بها : فشرع البيع سبباً لملك الأموال بطريق المعاوضة ، والهبة سبباً لملك المال تبرعاً ، والنكاح سبباً لملك البضع ، والخلع سبباً لحصول البينونة (٣) .

---

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٢٢ ـ ٤٢٠ وأحكام الاحكام لابن حزم ٦ : ٦ ـ ٥٠ والمجموع للنووي ٩ : ٤٠٤ ـ ٤٢٥ والمدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ١ : ٤٩٠ والمدخل للفقه الاسلامي للاستاذ محمد مدكور ٤٢٤ والمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ٣٩٢ والأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى .

(٢) فتاوي ابن تيمية ٣ : ٣٣٥ والقواعد النورانية لابن تيمية ٢٠٢ .

(٣) فتاوي ابن تيمية ٣ : ٢١٤ وفي مواضع اخرى له نفس هذا المعنى .

والإمام الغزالي رحمه الله يقرر : ان الله سبحانه وتعالى أضاف الأحكام الى أسبابها ، لان الاسباب لا توجب الحكم لذاتها بل بإيجاب الله سبحانه وتعالي والسبب عند الامام الغزالي رحمه الله يوجد في العبادات والمعاملات .

فأما في قسم المعاملات فيقول : فلحل الاموال والابضاع وحرمتها أيضاً أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره (٢) .

والامام الشاطبي يذكر أن السبب قد يوجد من الانسان بارادته ، ولكن السبب لا يكون موقوفاً على ارادته وحدها ،بل قد يحدث شيء دون ان يحدث ما نسميه سبباً له ، فيقول : (ان الذي للمكلف تعاطي الأسباب وانما المسببات من فعل الله سبحانه وتعالى وحكمه لا كسب فيه للمكلف وهذا يتبين في علم آخر ،والقرآن والسنة دالان عليه) (٢).

واننا لنجد في كتاب كشف الاسرار للبزدوي ما نصه : (ان العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها فان هذه العلل كانت موجودة قبل وجود الشرع ولم تكن موجبة لهذه الاحكام ، بخلاف العلل العقلية فانها موجبة بأنفسها وانما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، اذ له ولاية الايجاب وهو قادر على أن يشرع الاحكام بلا علل ، ولكن إيجابه لما كان غيباً عن العباد وهم عاجزون عن دركها،شرع العلل التي يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام في حق العمل ونسب الوجوب اليها فيما بين العباد تيسيراً ، فصارت العلل موجبة في الظاهر بجعل الله تعالى اياها كذلك اي موجبة لا بأنفسها (٣) .

نخلص من هذه النصوص الى ان الفقهاء لا يختلفون من حيث الجملة في أن الشارع هو الذي يرتب آثارا معينة على كل عقد ،ولكنهم يختلفون فيما يختص بحرية المتعاقدين في انشاء العقود والشروط المتصلة بهما ، وقد قدمنا ان الشارع ينص على بعض العقود ، وأن آثارها

---

(١) المستصفى للغزالي ١ : ٩٣ — ٩٤ .

(٢) الموافقات للشاطبي ١ : ١٣١ وانظر ما بعدها ايضاًمن الموافقات الى هذا المعنى .

(٣) كشف الاسرار للبزدوي ١٢٩١ ، ٦٧٨ في زيادة بيان السبب ، والمراد بالعلة هنا هي العلة التي تواضع الناس عليها . ولذا فإننا نراه قد حدد مفهوم العلة بقوله : ويدخل في هذا الحد العلل الوضعية التي جعلها الشرع علالا كالبيع للمالك والنكاح للحل . هذا ويجدر بي التنبيه على السبب والمسبب بأنه لا يستلزم وجود احدهما بوجود الاخر وفيما اذا كان معجزة من الله سبحانه وتعالى قال الله تعالى للنار المحرقة حينما ألقي فيها ابراهيم الخليل عليه السلام : « يا نار كوني برداً وسلاماً على ابراهيم » فلم تضر ابراهيم عليه السلام . الأنبياء ٦٩ .

مسببة عنها ، فهل هذا التنصيص على بعض العقود يعتبر مانعاً من انشاء غيرها من العقود؟ وأن الآثار قد حددها الشارع وعينها بالنسبة لكل عقد من العقود ، والشروط قد تزيد او تنقص من هذه الآثار لمصلحة واحد من المتعاقدين ، واذ كان كذلك فهل يستطيع العاقد أن يعدل من هذه الآثار بما يشترطه من شروط ام انه لا يستطيع ؛ لان الله سبحانه وتعالى قد حدد هذه الآثار وليس لارادة الانسان دخل في ذلك ؟ فهذا ما اختلف الفقهاء فيه .

فمنهم المضيقون الذين يلتزمون صراحة النص على اباحة العقد او الشرط ليقولوا بالجواز ، ومنهم الموسعون الذين لا يشترطون وجود النص الصريح على اباحة العقد او الشرط ، ويكتفون بعدم وجود النص على تحريم العقد او الشرط ليقولوا بالجواز .

ومنهم من توسط بين هؤلاء وأولئك ، ولذا فإني اكتفي ببيان الآراء التالية :

١ ـ رأي المضيقين .
٢ ـ رأي الموسعين .
٣ ـ رأي المتوسطين .
٤ ـ رأي الحنابلة ومزايا فقههم .

هذه المسألة كثرت الآراء والمذاهب فيها ، فيما يحل وما يحرم ، وما يصح وما يفسد ، ولذلك يجدر بنا ان نبين مبدأين ذهب الى كل منهما جماعة من الفقهاء ووقف بعض الفقهاء وسطاً بينهما .

المذهب الأول : رأي المضيقين :

فقد قالوا : الاصل في العقود والشروط الحظر الا ما ورد الشرع به وهؤلاءيقيدون ارادة الانسان ويضيقون عليه المجال في باب العقود والشروط فلم يصححوا لا عقدا ولا شرطاً الا ما أجازه نص أو اجماع وفي حالة عدم ثبوت الجواز أبطلوه واستصحبوا الحكم الذي قبله وطردوا ذلك طرداً جارياً ، وخرجوا فيذلك في كثير من الاقوال ينكرها عليهم غيرهم (١) .

ومعنى ذلك ان ارادة الانسان مقيدة لا يستطيع الانسان انشاءعقد او أشتراط شرط ما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى وقال به أصل من اصوله.

«١» القواعد النورانية لابن تيمية ١٨٥ وفتاوي ابن تيمية ٣ : ٣٢٣ .

المذهب الثاني : رأي الموسعين :

فقد قالوا : إن الأصل في ذلك الجواز والصحة فلا يحرم، ويبطل من الشروط والعقود الا ما دل على ابطاله وتحريمه نص من الكتاب او السنة او اجماع صحيح او قياس معتبر(١).

فهؤلاء على نقيض أصحاب المبدأ الأول اذ يطلقون حرية الانسان في العقود والشروط. وأصحاب المبدأ الأول ، هم أهل الظاهر اتباع داود بن علي اولا ، ثم ابن حزم الأندلسي ثانياً ، (فلم يصححوا لا عقدا ولا شرطاً الا ما ثبت جوازه بنص او اجماع واذا لم يثبت جوازه أبطلوه) (٢) .

ويقول تقي الدين ابن تيمية : (وكثيرا من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا وكثيراً من أصول الشافعي وطائفة من أصول اصحاب مالك وأحمد) (٣) .

اذ يعلل بعضهم أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس كما قال أحمد بن حنبل في احدى الروايتين في وقف الانسان على نفسه ، وبعض أصحاب أحمد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد ويقولون : (ما خالف مقتضى العقد فهو باطل) «٤».

وأصول أبي حنيفة تصحح بعض الشروط وان كانت مخالفة لمقتضى العقد لورود السنة او الأثر بها كاشتراط الخيار «٥».

ويوافق الشافعي أبا حنيفة ببطلان الشرط لمخالفته مقتضى العقد ، الا انه يستثني مواضع للدليل الخاص كعدم جواز شروط الخيار أكثر من ثلاث «٦» .

ومع ذلك فان اصحاب هذه الفرق الثلاث يخالفون اهل الظاهر ويتوسعون في العقود والشروط لقولهم بالقياس والمعاني ، وآثار الصحابة ، ولما يفهمونه من معاني النصوص ، التي ينفردون بها عن اهل الظاهر الذين ضيقوا في العقود والشروط مما افقد الشريعة مرونة

«١» القواعد النورانية ١٨٨ والفتاوي لابن تيمية ٣ : ٢٢٦ .

«٢» القواعد النورانية ١٨٤ ـ ١٨٥ .

«٣» القواعد النورانية ١٨٤ .

«٤» المصدر السابق ١٨٥ ـ ١٨٦ .

«٥» المصدر السابق ١٨٥ ـ ١٨٦ .

«٦» القواعد النورانية ١٨٦ الا ان الامام محمد رحمه الله يجيز الخيار الى شهرين وابا يوسف في احدى الروايتين ورواية اخرى له مع ابي حنيفة في عدم زيادة الخيار اكثر من ثلاث .

نصوصها ، اذ بمرونة نصوصها كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان وعدم اعطائها هذه المرونة ، فإنها تضيق على الانسان المعاملات المالية والعلاقات بين الناس ، هذه المعاملات التي يحدث الكثير الجديد منها باختلاف الزمان والمكان .

والذين يقولون بظواهر النصوص يرون ، أن الشريعة الاسلامية الصالحة لكل زمان ومكان جاءت بنصوص واضحة ظاهرة عادلة منظمة لشؤون الامة جميعاً في حياتهم الدنيا ولذلك فعليها ان تأتي بالعدل سواء كان بالعبادات او المعاملات ، والا لو تركت الحرية للناس لبغى بعضهم على بعض لما يشترطون من شروط وما يعقدون من عقود ، وخاصة بعدما امرنا الله سبحانه وتعالى ان نوفي بالعقود قال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)«١»

فاذا تعاقدنا على ما لم يرد في الشريعة من نص وأوجبنا على انفسنا بما التزمناه من عقود وشروط ، نكون قد حللنا او حرمنا على غير ما شرع الله سبحانة وتعالى ، وهذ مما لا يصح القول به من مؤمن بشريعة الله حقا .

أدلة أهل الظاهر (المضيقين) :

استدل اهل الظاهر على رأيهم بالكتاب والسنة . فمن الكتاب قوله تعالى :

١ ـ قال الله تعالى : اليومَ أكملتُ لكمْ دينكمْ «٢» .

٢ ـ قال الله تعالى : ومن يتعدَّ حدودَ الله فأولئكَ هُمُ الظالمونَ «٣» .

٣ ـ قال الله تعالى : ومَنْ يعصِ اللهَ ورسولَهُ ويتعدَّ حدودَهُ يُدخلْهُ ناراً خالداً فيها ولَهُ عذابٌ مهينٌ «٤» .

ومن السنة :

١ ـ بما روي عن عائشة ام المؤمنين ان رسول الله ﷺ قال : (من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد) «٥» .

٢ ـ وفي قصة بريرة المشهورة وهو ما أخرجاه في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها

«١» سورة المائدة : ١ .

«٢» سورة المائدة : ٣ .

«٣» سورة البقرة ٢٢٩ .

«٤» سورة النساء ١٤ .

«٥» أخرجه البخاري ومسلم انظر جامع العلوم والحكم لابن رجب . ورياض الصالحين ٥٠ .

قالت : (جاءتني بريرة فقالت : كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقلت : إن أحب أهلك أن أعدّها لهم ، ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم ، فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت: اني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا الا ان يكون لهم الولاء ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال : خذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد ، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ! ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن اعتق) «١» .

وفي رواية للبخاري : (اشتريها فاعتقيها وليشترطوا ما شاؤا . فاشترتها فأعتقتها واشترط أهلها ولاءها ، فقال النبي ﷺ : الولاء لمن أعتق وان اشترط مائة شرط «٢» .

وفي لفظ شرط الله احق وأوثق «٣» .

٣ ــ وفي الصحيحين عن عبد الله بن عمر (ان عائشة ام المؤمنين ارادت ان تشتري جارية لتعتقها : فقال اهلها : نبيعكها لها على ان ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن اعتق) .

٤ ــ وفي مسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه: ارادت عائشة ان تشتري جارية فتعتقها : فأبى اهلها الا ان يكون لهم الولاء ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن اعتق «٤» .

٥ ــ وقد جاء الحديث في رواية البخاري هكذا (عن عائشة رضي الله عنها ان بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً قالت لها عائشة : ارجعي الى اهلك فان احبوا ان اقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت : فذكرت ذلك بريرة لاهلها فأبوا وقالوا : ان شاءت ان تحتسب عليك فلتفعل ، ويكون ولاؤك لنا قالت : فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال لها رسول الله ﷺ : ابتاعي فأعتقي فإنما الولاء لمن اعتق . ثم قام رسول الله ﷺ فقال : ما بال أناس يشترطون

«١» متفق عليه انظر نيل الاوطار ٥ : ١٩١ والمغنى لابن قدامة ٤ : ١٧١ ــ ١٧٢ والقواعد النورانية ١٨٦ .

«٢» نيل الاوطار ٥ : ١٩١ .

«٣» نيل الاوطار ٥ : ١٩١ .

«٤» المصدر السابق ١٩٢ .

شروطاً ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله عز وجل فليس له ، وان اشترط مائة شرط ، شرط الله احق وأوثق) «١» .

فهذه الآيات ، وهذا الخبر عن رسول الله ﷺ ، تؤكد على ابطال كل عقد وكل عهدوكل شرط لم يؤمر به في كتاب الله عز وجل،ولا في سنة رسوله ﷺ ، او دل النص على اباحة ذلك ، ولان العهود والعقود والوعود شروط ،واسم الشرط يقع على جميع ذلك «٢».

يقول ابن حزم بعد ان رضي حديث (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) : (فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه الا ما صح ان يكون عقدا جاء النص او الاجماع بالزامه باسمه او بإباحة التزامه بعينه «٣» .

وحجتهم في حديث بريرة :

١) قوله : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) ، أن كل شرط ليس له وجود في الكتاب ولا في الحديث ولا في الاجماع فليس في كتاب الله بخلاف ما كان في الاجماع او السنة فانهما في كتاب الله ، لأن دلالته دلت على اتباع السنة والاجماع «٤» .

٢) جميع الشروط التي تنافي مقتضى العقد ، يقيسونها على اشتراط الولاء ؛ لان العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، والعقود مقتضياتها واجبة في الشرع فتغييرها تغيير لما اوجبه الشرع «٥» .

يقول ابن تيمية : (وهذا نكتة القاعدة وهي ان العقود مشروعة على وجه فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع «٦» .

أدلة المذهب الثاني الموسعين :

وهؤلاء يطلقون ارادة الانسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا ، ولا يقيدونه ويضيقون عليه المجال ، ولذا فان مبدأهم الذي صدروا عنه هو : أن الاصل في

«١» التجريد الصحيح لاحاديث الجامع الصحيح للزبيدي ١ : ١٤٧ من طبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٣٥ هـ .
«٢» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ٣٢ .
«٣» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ٣٢ .
«٤» القواعد النورانية ١٨٧ .
«٥» المصدر السابق ١٨٧ .
«٦» المصدر السابق ١٨٧ .

سعقود والشروط الجواز والصحة ولا يبطل منها ولا يحرم الا اذا دل الشرع على تحريمه الواء كان نصاً أو قياساً «١» .

والذين قالوا بهذا الرأي فريق من الحنابلة وعلى رأسهم الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم . واصول احمد اكثرها يجري على هذا القول ومذهب مالك قريب منه الا انه أكثر تصحيحاً للشروط .

ادلة الموسعين :

وهؤلاء قد استدلوا بدلالة الكتاب والسنة والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي .

اما الكتاب :

وقد استشهدوا بآيات كثيرة «٢» يدور معناها على الوفاء بالعهود وتمدح الموفين وتذم مخلفي العهود والوعود ومن هذه الآيات :

١ ـ وَأَوْفُوا بالعَهْدِ إنَّ العَهْدَ كانَ مَسْؤولاً «٣» .

٢ ـ وَبِعَهْدِ اللهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصّاكُمْ بِهِ لعلَّكُمْ تَذَكَّرون «٤» .

٣ ـ بَلى مَنْ أَوْفى بِعَهْدِهِ واتَّقى فإنَّ اللهَ يُحِبُّ المُتَّقِينَ . إنَّ الذينَ يَشْتَرونَ بعَهْدِ اللهِ وَأَيْمانِهِمْ ثَمَناً قَليلاً أولئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ في الآخِرَةِ ولا يُكَلِّمُهُمُ اللهُ ولا يَنْظُرُ اليهِمْ يَوْمَ القيامة ولا يُزَكيهِمْ وَلَهُمْ عَذابٌ أليمٌ «٥» .

٤ ـ يا أَيُّهَا الذينَ آمنوا أَوْفُوا بالعقودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بهيمةُ الأنعامِ الاَّ ما يُتْلى عَليْكُمْ «٦» .

«١» المصدر السابق ١٨٨ .

«٢» لقد ورد استشهادهم في ست وعشرين آية : ومنها يا ايها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون الصف (٢) او كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم البقرة ١٠٠ ـ والذين يوفون بعهد الله الرعد ٢٠ ولا تشتروا بعهد الله ـ النحل ٩٥ ـ ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن التوبة ٧٥ : ٧٧ واوفوا بعهدالله اذا عاهدتم النحل ٩١ : ٩٢ ، وبراءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين ـ التوبة ١ .

«٣» سورة الاسراء ٣٤ .

«٤» سورة الانعام ١٥٢ .

«٥» سورة آل عمران ٧٦ : ٧٧ .

«٦» سوره المائدة ١ .

٥ ــ وَمَنْ أَوْفَى بِما عَاهَدَ عليهُ اللهَ فَسَيُؤْتِيهِ أجراً عظيماً «١» .

٦ ــ يوفونَ بالنذرِ ويخافون يوماً كان شَرُّهُ مُستطيراً «٢» .

٧ ــ الا الذينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ المشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنقُصوكُمْ شيئاً وَلَمْ يُظاهِروا عليْكُمْ أحداً فَأَتِمُّوا اليْهِمْ عَهْدَهُمْ إلى مُدَّتِهِمْ انَّ اللهَ يحبُّ المتقِينَ . فإذا انسلخَ الاشهُرُ الحُرُمُ فاقتلوا المشركينَ حيثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ واحْصُروهُمْ واقْعُدوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فإنْ تابُوا وأقاموا الصلاةَ وآتوا الزكاةَ فخلُّوا سبيلَهُمْ انَّ اللهَ غفورٌ رحيمٌ «٣» .

٨ ــ والموفونَ بعهدِهِمْ اذا عَاهَدُوا والصابرينَ في البأساءِ والضَّراءِ وحينَ البأسِ اولئكَ الذينَ صدقوا واولئكَ هُمُ المتَّقونَ «٤» .

٩ ــ والذينَ هُمْ لاماناتهم وعهدِهِمْ راعون «٥»

١٠ ــ وما يُضلُّ بهِ الا الفاسقينَ الذينَ يَنقُضُونَ عهدَ اللهِ مِنْ بَعْدِ ميثاقِهِ وَيقْطَعونَ ما امرَ اللهُ بهِ أنْ يوصَلَ ويفسدونَ في الارْضِ اولئكَ هم الخاسرُونَ «٦» .

اما السنة :

وقد ورد بهذا المعنى أحاديث كثيرة منها :

١) ما في الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : اربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا عاهد غدر ، واذا خاصم فجر «٧» .

«١» سورة الفتح ١٠ .

«٢» سورة الدهر ٧ .

«٣» سورة التوبة ٤ .

«٤» سورة البقرة : ١٧٧ .

«٥» سورة المعارج ٣٢ والمؤمنون ٨ .

«٦» سورة البقرة ٢٦ : ٢٧ .

«٧» تابعة شعبة عن الاعمش ووصل المؤلف هذه المتابعة في كتاب المظالم ورواية قبيصة عن سفيان هذه وهو الثوري ، ضعفها يحيى بن معين وقال الشيخ محي الدين انما أوردها البخاري على طريق المتابعة لا الاصالة ورجال هذا السند كلهم كوفيون الا الصحابي وقد دخل الكوفة ايضاً انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري ١ : ٩٨ : ٩٩ ، وانظر رياض الصالحين ٣٠٥ ، ٥٨٠ .

٢) وفي صحيح مسلم عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال : لكل غادر لواء عند أسته يوم القيامة (وفي رواية لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به بقـــدر غدرته الا ولا غادر أعظم غدرة من أمير عامة «١» .

٣) الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا ، والمسلمون على شروطهم : قال الترمذي حديث حسن صحيح «٢» .

٤) وفي الصحيحين عن عقبة بن عامر ان رسول الله ﷺ قال : إن أحـــق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج «٣» .

٥) روى ابو بكر البزار ايضا عن محمد بن عبد الرحمن السلماني عن ابيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : (الناس على شروطهم ما وافق الحق) «٤» .
وغير ذلك من الاحاديث التي وردت في هذا المعنى في الوفاء بالعهود والنذور «٥» .

واما الاعتبار على صحة العقود والشروط فمن وجوه :

أحدها : (أن العقود والشروط من باب الافعال العادية . والاصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل ذلك على التحريم ، كما ان الاعيان : الاصل فيها

«١» صحيح مسلم ٢ : ٤٤ واللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ٢ : ٢٠١ .

«٢» هذا الحديث عن ابي هريرة رواه احمد وابو داود انظر سنن ابي داود ٢ : ٢٧٣ ، ونيل الاوطـــار للشوكاني : ٥ : ١٩٧ .

«٣» اخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه أنظر مختصر سنن أبي داود ٦٥ : ٦٦ .

«٤» رواه البزار : مجمع الزائد ٤ : ٦ .

«٥» ومن الاحاديث : ١ عن ابن عمر قال : قال عمر يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام قال أوف بنذرك اخرجه ابو داود انظر سنن ابي داود ٢ : ٢١٧ — ٢ — عن ابي رافع قال بعثتني قريش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم القى في قلبي الاسلام فقلت يارسول الله اني والله لا ارجع اليهم ابداً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لا أخيس بالعهد ولا احبس البرد ولكن ارجع اليهم فإن كان في نفسك الذي في نفسك الآن فارجع قال : فذهبت ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاسلمت : رواه ابو داود انظـــر سنن ابي داود ٢ : ٧٥ — ٣ — وفي الصحيحين عن ابن عباس عن ابي سفيان بن حرب لما سأله هرقل عن صفة النبي صلى الله عليه وسلم هل يغدر ؟ فقال لا يغدر ونحن معه في مدة لا ندري ما هو صانع فيها قال : ولم يمكني كلمة ادخل فيها شيء الا هذه الكلمة ، وقال هرقل في جوابه سألتك هل يغدر ؟ فذكرت انه لا يغدر وكذلك الرسل لا تغدر . البخاري بهامش فتح الباري ١٠ : ١٣٣ — ١٣٤ الا ان لفظ البخاري بهذا المعنى وقد ذكر هذا الحديث مطولا في اول باب بدء الوحي في البخاري ١ — ٥٠ وغيرها من الاحاديث التي بلغت ما يزيد على عشرين حديثاً كلها في الوفاء بالعهود والنذور .

عدم التحريم فقوله (وقَدْ فصَّلَ لَكُمْ مَا حرّمَ عَلَيْكُمْ) «١» عام في الاعيان والافعال واذا لم يكن حراماً لم تكن فاسدة وكانت صحيحة «٢» .

فالعقود من العادات في لسان الفقهاء لا من العبادات، ولذلك فانه ينظر فيها الى عللها ومعانيها لا الى النصوص والآثار فقط فأحكامها معللة بمصالح الناس وجلب المنافع ودفع المضار ، والعاقدان ما اشترطا شرطاً الا ولأحدهم جلب منفعة أودفع مضرة ولو منعنا الشروط لضيقنا من حيث وسع الله على الناس ونكون بذلك قد حرمنا ما يجري بين الناس في المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله سبحانه وتعالى والله قد حرم ان يشرع من الدين ما لم يؤذن به، فلا يحرم عادة الا بتحريم الله ولا يشرع عبادة الا بشرع الله . والعقود من العادات التي يشترك فيها المسلم والكافر وليست من العبادات التي يفتقر فيها الى شرع كالعتق والصدقة «٣».

والثاني : (ان الاصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها الا ما دل الشرع على تحريمه وابطاله نصاً او قياساً عند من يقول به) «٤» .

وعلى هذا فباح للشخص ان يباشر من العقود والشروط ما يرى فيه مصلحة وما يحقق رغبة وان يشترط من الشروط ما شاء مالم ترد ادلة على تحريمه، وعندئذ يكون المنع والفساد والبطلان .

والثالث: الأصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على انفسهما بالتعاقد فكل عقد يتحقق فيه الرضا وفيه اسقاط حق او نقل واجب فهو واجب ولولم يرد دليل خاص بذلك ، ومن منع فقد حارب قاعدة الرضا التي قررها القرآن الكريم وبينتها السنة «٥».

قال الله تعالى في كتابه الكريم (الا ان تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكُمْ «٦») .
وقال تعالى (فإن طِبنَ لكُمْ عَنْ شيءٍ منهُ نفساً فكُلوهُ هنيئاً مريئاً) «٧» .
فبالآية الاولى نستدل ان التراضي هو المبيح للتجاره ، وبالآية الثانية (علق جواز

«١» سورة الانعام ٦ : ١١٩ .
«٢» القواعد النورانية ٢٠٠ .
«٣» المصدر السابق ٢٠٠ : ٢٠١ .
«٤» القواعد النورانية ١٨٨ .
«٥» ومعلوم من عموم الشريعة أن الرضا على ما لم تجزه الشريعة باطل لا قيمة له كالاتفاق على الربا او بيع الخنزير والخمر
«٦» سورة النساء : ٢٩ .
«٧» سورة النساء : ٣ .

الا كل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على انه سبب له وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب ، فدل على ان ذلك الوصف سبب لذلك الحكم) «١» .

فثبت ان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق وعلى هذا جميع التبرعات يجوز أكلها اذا تحققت العلة الذي دل عليه القرآن الكريم .

ويكاد ابن تيميه لا يستثني من هذا الاصل او الحكم العام الا عقداً يناقض حكم الله ورسوله او شرطاً يتعارض والمقصود من العقد ، وقد استشهد لذلك بما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها (من أحدث في امرنا ــ او ديننا ــ هذا ما ليس منه فهو رد) وفي رواية : من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد «٢» .

ولهذا اتفق العلماء على بطلان الشرط الذي يناقض حكم الله ورسوله مثل ان يشترط احد المتعاقدين ان يكون نسب الولد لغير ابيه الواطىء أو ولاء العبد لغير المعتق كما كان عليه في الجاهلية :

قال ﷺ : (من ادعى الى غير ابيه او تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلا) «٣» .

واما الشرط المنافي للمقصود من العقد، وهو الشرط الذي فيه الزام المشتري بعدم الانتفاع بما اشتراه او شرط في بيع او نكاح اجارة حل ما حرمه الله ورسوله او اسقاط ما اوجبه الله ورسوله فالشرط باطل ، مثل اشتراط على مشتري الجارية تمكين غيره من الوطء معه «٤» .

والرابع : ان الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر ، والنذر لا يبطل منه الا ما خالف حكم الله وكتابه ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله ، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر «٥» .

والنذر انما هو التزام عبادة والعبادات من شرع الله لا من شرع الناس وليس لهم ان يوجبوا على انفسهم ما ليس واجبا ولكن الله سبحانه وتعالى قال: (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ) «٦» كان الوفاء بالنذر واجباً وان كان من جنس العبادات المقررة الثابته .

«١» القواعد النورانية ٢٠٣ .

«٢» نظرية العقد لابن تيمية : ١٤ ورياض الصالحين ٦٥٠ . اخرجه البخاري ومسلم

«٣» القواعد النورانية ١٩٩ ونظرية العقد له : ١٥ وهذا الحديث متفق عليه . انظر رياض الصالحين ٦٥٠

«٤» اعلام الموقعين ٣ ٢٩٠ ونظرية العقد ١٥ .

«٥» اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣ : ٢٩٠ .

«٦» سورة الحج ٢٩ .

٥) واما المعاملات فانها باب اوسع من باب العبادات ومع ذلك فإن الوفاء بالنذر قد وجب مع هذا التضييق فاذن يجب الوفاء بالعقد عند هذه التوسعة المقررة في باب التعامل من باب أولى .

مناقشة أدلة المجوزين (الموسعين) :

قال أهل الظاهر : ان ما استدل به اصحاب المبدأ الذين يقولون بالصحة والجواز لا حجة لهم في شيء منه .

١) اما قوله عز وجل : (وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولا) و (كبر مقتاً عند الله ان تقولوا ما لا تفعلون) و (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) و (أو كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم) و (والموفون بعهدهم اذا عاهدوا) و (بلى من اوفى بعهده واتقى) و (ومن اوفى بما عاهد عليه الله) و (وأوفوا بالعقود) و(يوفون بالنذر) وغيرها . . .

والحديثان اللذان فيهما أوفوا بالنذر ، وذم الذين ينقضون ولا يوفون ، والخبر فيمن اعطى به ثم غدر . (فانها جمل قد جاء نص آخر يبين انها كلها ليست على عمومها . ولكنها في بعض العهود ، وبعض العقود ، وبعض النذور ، وبعض الشروط) «١» .

وهذه النصوص هي : قول رسول الله ﷺ : لا نذر في معصية الله تعالى ، ولا فيما لا يملك العبد وقوله ﷺ : من نذر ان يطيع الله فليطعه ، ومن نذر ان يعصي الله تعالى فلا يعصه .

هذه النصوص مع قوله عليه السلام : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) تؤكد ان ما استدل به من النصوص تكون فيمن عقد او شرط او عاهد على ما جاء بالقرآن الكريم او السنة بالزامه فقط .

ولذلك فاننا نجدهم يوافقوننا فيمن نذر في معصية ، أو عقد على معصية ، او شرط ان يزني أو ان يترك صلاة فلا يحل له الوفاء بذلك ؛ لأنه معصية ولا فرق بين هذا وبين من شرط وعاهد وعقد على ان يبطل حقاً وأن يمنع مباحاً «٢» .

٢) واما احتجاجه بقول الرسول ﷺ : كان منافقاً خالصاً ، وقوله لكل غادر لواء

«١» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ١٤ .
«٢» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ١٥

فلم يقل الرسول ﷺ عن المنافق أنه يكون كافراً ،ولأن المنافق اصله من نافقاء اليربوع وهو باب يعده اليربوع في جحره مخفياً مغطى بالتراب ولما كان المنافق مسراً للكفر مظهراً للايمان سمي منافقاً ولكن الذي يسر شيئاً ويعلن غيره ففعله نفاق وليس بكافر ، ولذلك يكون الحديث من اذا عاهد غدر واذا خاصم فجر . . . يسرون خلاف ما يعلنون ففعلهم هذا نفاق وليس بكفر ، ومعلوم ان المرتد عن دين الاسلام حكمه القتل وهؤلاء لا قتل عليهم ولم يقل احد بذلك «١» .

وكذلك الحديث الآخر لكل غادر لواء .

٣) واحتجاجهم بحديث رسول الله ﷺ :(احق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج) فهذا الحديث في الشروط التي أمر الله بها من حيث الصداق والنفقة والكسوة والاسكان والمعاشرة ، وليس بما نهى الله عن ان يستحل به الفروج بالشروط الفاسدة . فقد جاءت الاحاديث بهذا :

أ ــ عن ابي هريرة عن النبي ﷺ قال : لا يحل لامرأة ان تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها فانما لها ما قدر لها «٢» .

ب ــ عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله ﷺ عن التلقي وان يبتاع المهاجر للاعراب ، وان تشترط المرأة طلاق اختها وذكر باقي الحديث «٣» .

ثم يقول ابن حزم:ان اشتراط المرأة طلاق اختها وهي في عصمة الناكح ، أو طلاقه من يتزوجها بعد ان يتزوجها باطل وحرام ومنهي عنه وشرط مفسوخ فاسد لا يحل عقده وكل عقد عقد على ما لا يحل فانه لا يحل؛ لانه عقد لصحة ما لا صحة له ، وهذا مصداق قول الرسول ﷺ : من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد «٤» .

٤) وقال : لمن يوجب عقداً او عهداً او شرطاً ليس في نص القرآن او السنة الثابتة ايجابه أو نفاذه ، فكل عقد وعهد وشرط ووعد التزمه احد لآخر على وجهين لا ثالث لهما.

الوجه الأول : اما ان يكون ذلك العهد او الوعد او العقد ايجابه ونفاذه في نص القرآن الكريم او السنة الكريمة وبهذا لا خلاف بيننا وبينكم .

«١» المصدر السابق : ٢٠ .

«٢» صحيح مسلم ٩ : ١٩٨ ط الاولى المطبعة المصرية بالازهر ، ونيل الاوطار ٦ : ٥٣ .

«٣» المصادر السابقة .

«٤» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ٢٢

الوجه الثاني : واما ان لا يكون ذاك العهد او الوعد او العقد ايجابه ونفاذه في نص القرآن الكريم او السنة فهذا نخالفكم فيه ولا ينفك من احد اربعه اوجه لا خامس لها :

١ ــ اما التزام في حل ما حرم الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم او على لسان رسول الله ﷺ وهذا امر عظيم لا يحل بحال قال الله تعالى: (ولا يُحَرِّمونَ ما حَرَّمَ اللهُ ورسولُه ولا يَدينونَ دينَ الحقِّ) «١» .

وعلى هذا ما حكم من اباح الخنزير والخمر والامهات وقتل النفس بغير حق؟ : فان اباح ذلك كفر ،ومن فرق بينها فهو تناقض ، وتحكم في الدين بالباطل .

٢ ــ واما التزام في تحريم ما احل الله سبحانه وتعالى في القرآن او على لسان رسول الله ﷺ وهذا امر عظيم لا يحل بحال قال الله تعالى : (يا أيُّها النبيُّ لم تُحَرِّمُ ما أحَلَّ اللهُ لَكَ)«٢».
وعندئذ ما حكم من حرم الخبز والمـاء وسائر المباحات ؟ علماً بأن محرم الحلال كمحلل الحرام .

٣ ــ وإما التزام اسقاط ما أوجبه الله تعالى في القرآن او على لسان رسول الله ﷺ ، وعندئذ ما حكم من التزم في عهده اسقاط الصلاة والصوم ؟ ومن التزم ذلك فقد كفر .

٤ ــ وإما التزام ايجاب ما اسقطه الله سبحانه وتعالى في القرآن او على لسان رسول الله ﷺ ، كمن التزم على نفسه صلاة سادسة او حجاً في غير أشهر الحج . وجميع هذه الوجوه تعد لحدود الله وخروج عن الدين ومن يفرق بين هذه الأشياء فانه يقول في الدين بالباطل نعوذ بالله من ذلك «٣» .

مناقشة أدلة أهل الظاهر (المضيقين) «٤» :

اذا نظرنا الى ما استدل به اهل الظاهر فاننا نستطيع ان نجمل ادلتهم في نقطتين :

١ ــ الاستدلال بالحديث : ايما شرط . . .

٢ ــ إلا إلزام لا ما ورد به نص من الشارع بالالزام .

«١» سورة التوبة : ٢٩ .

«٢» سورة التحريم : ١

«٣» الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ١٣ ــ ١٤ .

«٤» انظر القواعد النورانية لابن تيمية ٢٠٦ ــ ٢٠٩ ، ١٩٨ ــ ٢٠٣ .

فالأول : في قوله ﷺ : ايما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط كتاب الله احق وشرط الله اوثق .

ان المراد : المشروط لا نفس التكلم بالشرط ،بدليل قوله عليه الصلاة والسلام (وان كان مائة شرط) اي وان كان قدشرط مائة شرط فليس المراد تعديد التكلم بالشرط ، وانما المراد تعديد الشروط (١) ، وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام (كتاب الله احق وشرط الله اوثق) . اي ان كتاب الله احق من هذا الشرط وشرط الله اوثق منه . ويكون فيما اذا خالف الشرط كتاب الله ويكون المشروط مما حرمه الله .

فاذا لم يكن المشروط مما حرمه الله لم يخالف كتاب الله وشرطه ، وبذلك يكون معنى الحديث(كتاب الله احق وشرط الله اوثق) من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله سواء كان بواسطة ام بغير واسطة فهو باطل ؛ لانه لا بد ان يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط ، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط ، وبما ان الولاء لم يكن في كتاب الله لغير العتق كان الولاء لغير المعتق شرطاً ليس في كتاب الله .

وعلى هذا فاننا ننظر الى المشروط اصلا او حكما ،فاذا كان الله قد اباحه جاز اشتراطه ووجب ،وان لم يبحه لم يجز اشتراطه ،فالذي شرط ان لا يسافر بزوجته كان المشروط في كتاب الله بأن كتاب الله يبيح ان لا يسافر بها ، فاذا شرط عدم السفر فقد شرط مشروطاً مباحاً في كتاب الله (٢) .

واذا لم يرد النبي ﷺ ان العقود والشروط التي لم يبحها الشارع تكون باطلة ،بمعنى: انه لا يلزم بها شيء لا ايجاب ولا تحريم ، فان هذا خلاف الكتاب والسنة ، بل العقود والشروط المحرمة قد يلزم بها احكام ، فان الله قد حرم عقد الظهار في نفس كتابه وسماه (منكراً من القول وزوراً) (٣) ثم انه اوجب به على من عاد الكفارة ومن لم يعد جعل في حقه مقصود التحريم من ترك الوطء او ترك العقد » (٤) .

وقد يجاب ايضاً عن هذا بطريقة ثانية : (ان كان النبي ﷺ اراد الشروط التي لم يبحها وان كان لم يحرمها باطلة فنقول :

«١» القواعد النورانية ٢٠٦ .

«٢» القواعد النورانية ٢٠٧ .

«٣» سورة المجادلة : ٢ .

«٤» القواعد النورانية ٢٠٧ .

لقد ذكرنا من الآيات والأحاديث ما يدل على وجوب الوفاء بالعهود والشروط ، وان المقصود هو وجوب الوفاء بها . وبذلك يكون التقدير : ان وجوب الوفاء بهـا يقتضي ان تكون مباحة وتكون غير باطلة (وذلك، لان قوله ليس في كتاب الله انما يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه ، وان ما دل كتاب الله على اباحته بعمومه فانه في كتاب الله ، لان قولنا هذا في كتاب الله يعم ما هو فيه بالخصوص او بالعموم) «١» .

والثاني : اما قول اهل الظاهر لا الزام الا ما ورد به نص من الشارع بالإلزام ، فنرد عليه بأن الافعال العادية غير العبادات ، فالعادات ينظر فيها الى عللها ومعانيهـا لا الى النصوص والآثار فقط فأحكامها معللة بمصالح الناس وجلب النافع لهم ودفع الضار عنهم، واما العبادات فيفتقر في ذلك الى الشرع الحكيم وقد سبق توضيح ذلك «٢» .

ويجدر بنا بعد ان راينا المذهبين المتعارضين مذهب المضيقـين للعقـود والشروط المانعين الا ما جاء الشرع بجوازه ، ومذهب الموسعين المبيحين لكل ما يجوزه شرع من ذلك ان نبين راينا في هذا الامر فأقول :

---

(١) القواعد النورانية ٢٠٨ .

(٢) وفي بيان التفرقة بين العادات ومنها العقود وبين العبادات حيث يشترط للثانية النص ولا يشترط للاول فقد كتب الامام الشاطبي رحمه الله فصلا من كتابه الموافقات يذكر فيه ما نصه :

ان الاصل في العادات الالتفات الى المعاني لامور :

اولها : الاستقرار فان وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد ، والاحكام العادية تدور معه حيثما دار ، فنرى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة ، فاذا كان فيه مصلحة جاز . . فبيع الرطب باليابس يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربا من غير مصلحة ، ويجوز اذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوماً كما فهمناه في العادات .

والثاني : ان الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات كما تقدم تمثيله واكثر ما علل فيها بالمناسب الذي اذا عرض على العقول تلقته بالقبول ، ففهمنا من ذلك ان الشارع قصد فيها اتباع المعاني لا الوقوف على النصوص ، بخلاف باب العبادات فان المفهوم خلاف ذلك . وقد توسع في هذا القسم مالك رحمه الله حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة . وقال فيه بالاستحسان ، ونقل عنه انه قال انه اي الاستحسان تسعة اعشار العلم .

والثالث ان الالتفات بالمعاني قد كان معلوماً في الفترات بـ « اي التي خلت من الرسل » واعتمد عليها العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم فدل هذا على ان المشروعات في هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل في العادات على اصولها المعهودات ، ومن ها هنا اقرت هذه الشريعة جملة من الاحكام التي جرت في الجاهلية كالدية والقسامة . . والقراض . . واشباه ذلك مما كان عند اهل الجاهلية محمودا . . وهي كثيرة الموافقات ٢ : ٢١٣ — ٢١٤ .

أرى اختيار مذهب المضيقين في مسألة عقد الزواج ؛ لأن له حرمة وقداسة وتنشأ عنه اسرة تتطلب الاستقرار فاذا اطلقنا العنان واخذنا بمطلق الشروط فلربما تتدخل الأهواء وتتحكم بالشروط ، وبالنتيجة يكون عقد الزواج قد خرج عن قدسيته ، وخاصة فان عقد الزواج من جانب العبادات لا من جانب العادات،والعبادات كما قلنا تتطلب اذنا من الشارع الحكيم والسير وفق نصوصه ومنهجه .

اما المعاملات المالية فاني أرى ان نأخذ بمذهب الموسعين ، لأن الاعراف كثيرة لكل بلد ولكل زمن والمعاملات مستجدة وكثيرة ومعقدة فاذا اخذنا بمبدا المضيقين فان الاعمال التجارية تتعطل وخاصة في هذا الظرف ، اللهم ما لم يكن مخالفاً لنص من كتاب الله وسنة رسوله ، فنكون بذلك قد يسرنا على الامة ولم نجعل عليها حرجاً اذ يقول الله تعالى (يريدُ اللهُ بكمُ اليُسْرَ ولا يريد بكمُ العُسْرَ) (١) .

المذهب الثالث : (رأي المتوسطين) :

بعدان عرضنا المبداين الأساسيين المتعارضين مبدا المضيقين ــ الذي اخذ به الظاهرية وهو المنع ،ومبدا الموسعين الذي اخذ به ابن تيمية وهو الإباحة ، وبين هذين المذهبين نجد جمهور الفقهاء من المالكيه ، والشافعية ، والحنفية ، يتوسطون في الأمر ، فلا يشترطون في الإباحة ورد نص كما ذهب الظاهرية ،ولايجعلون الأصل الإباحة كما ذهب الي ذلك ابن تيمية ، وانما يميلون الى ان الأصل هو الحظر ، ولكنهم توسعوا في الإستثناء . وأخص بهذا الذكر مذهب الحنفية فأبين الشروط عندهم ثم اذكر مذهب الحنابلة بعد ذلك .

مذهب الحنفية في الشروط «٢» :

قسم الحنفية الشروط عندهم الى ثلاثة اقسام :

أ ــ الشرط الصحيح ب ــ الشرط الفاسد جـ ــ الشرط الباطل

(١) سورة البقرة : ١٨٥ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢١٥ وتحفة الفقهاء ٣ : ٦٩ ــ ٦٥ والمبسوط للسرخسي ١٣ : ١٤ ــ ٢٨ والزيلعي ٤ : ٥٧ والهداية ٣ : ٣٩ ومن المحدثين الفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي احمد عيسوي ٤٢٨ ، والفقه الاسلامي للاستاذ محمد سلام مدكور ٤٢٢ ونظام المعاملات للشيخ مصطفى شلبي ، والمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ٣٩٧ والاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للاستاذ محمد يوسف موسى ٤٢٢ .

الشرط الصحيح : وله اربع صور :

١) ان يكون شرطاً يقتضيه العقد . . كمن شرط أن يسلم البائع المبيع او يسلم المشتري الثمن ، او ان يحبس البائع المبيع حتى يقبض الثمن ، او ان تشترط الزوجة على زوجها الانفاق عليها ، او اشتراط رد المبيع اذا ظهر فيه عيب ، او اشتراط حل المعاشرة الزوجية . فهذه الشروط كلها لا تزيد في العقد الا وكادة ولم تثبت شيئاً جديداً في العقد غير ما يقتضيه ويوجبه ، ولأن مضمون هذه الشروط ثابت واجب الوفاء به سواء وجد الشرط ام لم يوجد من المتعاقدين او من احدهما .

وفي رأيي ان هذا النوع كان من المستحسن الا يعد من ضمن الشروط ، لان المقصود من الشرط هو الذي يثبت شيئاً زائداً عن العقد او ينقص شيئا مما يجب به .

٢) ان يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه :

كاشتراط الأجل في الثمن ، او اشتراط الأجل في المبيع كما في السلم ، او اشتراط خيار الرؤية اذ لم يكن المشتري قد رآه ، او اشتراط الخيار المسمى خيار الشرط وكل هذا من قبيل الرخصة والتيسير ، فان هذا الشرط لا يفسد العقد ؛ لان الشرع قد ورد به مما يدل على انه من باب المصلحة دون المفسدة ، اما من ناحية القياس ، فان هذا الشرط يفسد العقد لكونه مخالفاً لموجب العقد ، وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين «١» كاشتراط تأجيل الثمن او المثمن .

وقد اخذت الحنفية بالإستحسان للحديث الوارد عن النبي ﷺ : عن حبان بن المنقذ . . . ولي الخيار .

٣) ان يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ، ولم يرد الشرع به ايضا لكنه يلائم العقد ويوافقه . .

وهذا الشرط في الواقع مكمل للعقد اذ يقصد منه التوثيق ، كاشتراط البائع على المشتري كفيلا بالثمن او رهنا بالثمن وهذا على وجهين :

أ ــ إما ان يكون الكفيل اوالرهن معلوماً بالإشاره والتسمية .

ب ــ إما ان لا يكون الكفيل او الرهن معلوماً بالإشارة والتسمية .

---

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٦٩ وفتح القدير ٥ : ٢١٥ .
(٢) تحفة الفقهاء ٢ : ٧٠ .

أ ــ فإن لم يكن معلوما : كأن قال أبيعك سيارتي بشرط ان تعطيني رهناً بالثمن ، او قال بشرط ان تعطيني كفيلا بالثمن ، ولم يبين من هو الكفيل ولم يشر اليه ولم يسمه او لم يبين نوع الرهن ولا مقداره ولم يسلم الرهن للبائع ، فالواقع انهذا بيع فاسد ، لأن هذا جهالة تفضي الى المنازعة بين المتبايعين ومانعه من التسليم والتسلم (١).

ب ــ اذا كان معلوماً بالتسمية او بالاشارة : فهذا جائز على الصحيح خلافا لزفر (٢) اما زفر فأخذ بالقياس،واماجمهور الحنفية فقد اخذوا بالاستحسان ، ودليل جمهور الحنفية على أن الشرط صحيح ، ان هذا انما هو توثيق بالثمن فمثله كمثل من اشترط على المشتري الجودة في الثمن فيكون بذلك مقررا لمقتضى العقد معنى ، وذلك اذا كان الكفيل بالثمن حاضرا وقبل .

اما اذا كان الكفيل غائباً فانه لا يجوز وان بلغه الخبر فقبل ، والسبب في ذلك ان وجوب الثمن في ذمة الكفيل مضاف الي البيع، فكان الكفيل مشترياً ايضا،وذلك اذا كانت الكفالة مشروطة في عقد البيع فيكون حضور الكفيل شرطا كما انحضور المشتري شرط في عقد البيع لكي يتقرر الايجاب (٣) .

اما الرهن فلا يشترط فيه احضاره في المجلس،لأن المشتري قد حصل منه العقد من البائع (اي حصل الايجاب والقبول) وقد التزم المشتري بالرهن ، فالرهن صحيح الا انه لا يثبت الا بالقبض على ما عرف ، فان سلم مضى العقد على مـــا عقدا وان امتنع المشتري عن تسليم رهنه فانه لا يجبر عند جمهور الحنفية بل يؤمر بدفع الثمن ، ويقال للمشتري اما ان تدفع الثمن او الرهن او قيمته أو تفسخ البيع ، لأن البائع ما رضي بعقد البيع ، وبقاء الثمن فيذمة المشتري الا بوثيقة الرهن،فاذا لم يفعل المشتري شيئاً من تلكالوجوه فللبائع ان يفسخ البيع ،لأنهفات غرضه فلا يكون العقد لازما وله ان يفسخ .

قال زفر : يجبر المشتري على تسليم الرهن (٤) .

قال الكمال بن الهمام : وشرط الحوالة كالكفالة (٥) .

---

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٧٠ وفتح القدير ٥ : ٢١٥ .

(٢) تحفة الفقهاء ٢ : ٧٠ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢ : ٧١

(٤) تحفة الفقهاء ٢ : ٧١ ــ ٧٢ وفتح القدير ٥ : ٢١٥ .

(٥) فتح القدير ٥ : ٢١٥ .

٤) ان يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة الا انـــه متعارف : ـــ

وهو كما يقول الزيلعي (او شرطاً فيه ما جرى التعامل به بين الناس ، كشراء النعل على ان يحذوها البائع (١) او ان يشترط المشتري على البائع تصليح الراديو أو الساعة او الغسالة مدة معينة بعد الشراء اذا جرى على ذلك العرف ، وهذ بالاستحسان كما في الاستصناع .

هذا : ونلاحظ ان الحنفية باعتبارهم العرف تفتح جزءاً كبيرا من باب الشروط امام المتعاقدين ،وتجعل مذهبهم قريباً من مذهب ابن تيمية القائل بأن الأصل في الشروط الصحة والاباحة ما لم يقم دليل معين يدل على تحريمها وبطلانها . وفي الأخذ بالعرف هنا رحمة بالناس واسعة وجزى الله الحنفيـــة خيرا حينما قالـــوا بقاعدة الأخذ بالعرف : فاننا نلاحظ من واقع مجتمعنا في هذا اليوم ـــ بعد ان كُثر فيـــه الغش ـــ نرى التجار يبيعون ويشترطون على انفسهم التصليح لمدة سنة وفي هذا حماية للمشتري ، اذ ليس كل مشتر حاذق في جميع المبيعات .

الشرط الفاسد :

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لأحـــد المتعاقدين : كمن يشتري حنطة ويشترط طحنها على البائع اويتركها في داره شهرا، او يشتري ثوباً ويشترط خياطته على البائع(٢)، او تتزوج امرأة وتشترط الا يخرجها من بيت أهلها او تشترط بأن تستمر في وظيفتها ان كانت موظفة ، او ان يبيع سيـــارته ويشترط على المشتري ان يستخدمها شهراً بعد البيع ، او تشترط المرأة ان يطلق امراته الاولى وماشبه ذلك من الشروط .

فكل هذه الشروط ليست من مقتضى العقد ، ولا ملائمة له ولم يرد بـــه شرع ولم يتعارفها الناس ، وفيه منفعة لبعض الناس ، وبذلك يكون البيع فاسداً خلافا لابن ابي ليلى الذي يرى ان البيع جائز والشرط باطل .

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٥٧ .
(٢) فتـــح القدير ٥ : ٢١٥ وتحفـــة الفقهاء ٢ : ٧٤ .

ولابن شبرمة الذي يرى ان البيع جائز والشرط جائز (١) .

الا ان الحنفية يقولون اذا اقترن بعقد معاوضة مالية افسده وفسد معـــه ، كالبيع والقسمة والصلح عن مال ، والاجارة والمزارعة والمساقاة ، والإبراء من الدين .

اما اذا اقترن بعقد من عقود المعاوضات غير المالية كالزواج ،والخلع ،او بعقد من عقود التبرعات كالهبة ،والوصية ،والصدقة ،والقرض ،والإعارة ، او من عقودالتوثيقات كالكفالة ، والحوالة، والرهن، وما شابه ذلك فانه يبقى صحيحا ويلغى الشرط وحده (٢) .

والعلة في هذه التفرقة كما ذكرنا انعقودالمعارضات المالية اذا دخلهاالشرط افسدها ، لأن هذا الشرط يؤدي الى الربا او شبه الربا . وقال السمرقندي : (لأن اشتراط المنفعة الزائدة في عقد المعاوضة لاحد العاقدين من باب الربا او شبه الربا وانها ملحقة بحقيقـــة الربا في باب البيع احتياطيا) ٣ .

---

(١) هو عبد الله بن شبرمه المحدث الثقة وفقيه أهل الكوفة وقاضي ابي جعفر المنصور على سوادها وقد توفي سنة ٢٤٤ هـ. انظر تحفة الفقهاء ٢ : ٧٤ .

(٢) راجع الفتاوي الهندية : ٤ : ٣٩٦ وانظر جامع الفصولين ٢ : ٤ وكتاب احكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ٧٢ ــ ٧٣ والفقه الاسلامي مذكور ٤٢١ ، والفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي أحمد عيسوي ٤٣٠ ونظام المعاملات للشيخ مصطفى شلبي ٢٨٦ والاموال ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للاستاذ محمد يوسف موسى ٤٢٣ .

(٣) ويعلل البابرتي : في اشتراط المنفعة الزائدة بقوله : يكون العقد فاسداً لوجهين : لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهوالربا وايضاً فان القصدفي العقود المالية هو تعادل الطرفين فلذلك يسعى كل منهما الى اشتراط شروط تعادل الآخر فاذا شرط احدهم شرطاً فيه منفعة ولم يشترط الاخر فات الرضا المقصود فيضار صاحب الشرط والرسول صلى الله عليه وسلم قال : لا ضرر ولا ضرار .

ويقول السرخسي : وان كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فان كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد لان الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلهذا فسد به البيع وكذلك اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كن اشترى عبداً على أنه لا يبيعه فان العبد يعجبه ان لا تتناوله الأيدي وتمام العقد بالمعقود عليه . : المبسوط ١٣ : ١٥ :

وبعضهم يعلل فساد العقد لاقترانه بالشرط الفاسد لكون النهي الوارد عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ نهى عن بيع وشرط أو لأنه صفقتان في صفقة وقد نهى عنه أيضاً او لأنه يؤدي الى الربا ولذا فإني انقل نصاً عن كتاب البداية وهذا نصه : (ومن باع عبداً على ان يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على ان يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الإستحقاق يفسده كشرط الا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا =

جـ ـ الشرط الباطل :

هو الذي لم يتوفر فيه ما قلناه في الشرطين السابقين اي التي يقتضيها العقد ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد بهاالشرع ولم يجر العرف بها وليس فيها منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما. كمن شرط على مشتري الدار ان لا يسكنها مدة شهر في كل سنة ، أو يبيع كتاباً ويشترط على المشتري ان لايقرا فيه الا بعد سنة .

فمثل هذه الشروط لغو لا فائدة فيه فيلغو الشرط وحده ، ولا يؤثر في العقد ، ويبقى العقد صحيحاً سواء أكان من عقود المعاوضات أم من العقود الاخرى كالهبة أو الكفالة أو الزواج .

الشروط في المذهب الحنبلي

لقد مر سابقاً عن مذهب ابن تيمية في الشروط وهو من أئمة الفقه الحنبلي والذي قال عن أحمد بن حنبل في الشروط : (فليس في الفقهاء الاربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه) وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يشتبه بدليل خاص من اثراو قياس لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة ، ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى

أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط الا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلايؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذاثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيها العقد ، لأن قضية الإطلاق في التصرف والتخير لاإلزام حتماً والشرط يقتضي ذاك وفيه منفعة للمعقود عليه : وكذلك لو باع عبداً على ان يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على ان يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع وقد نهى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن صفقتين في صفقة : البداية مع فتح القدير ٥ : ١٦ ، ١٧ ، ١٨ .

أما العقود غير المعاوضات المالية فلا يشترط فيها الرضا اذ لما خلت من معنى المعاوضة والموازنة بين الطرفين قلنا بصحة العقد وأبطلنا الشرط الفاسد مثل الزواج والتبرعات كالهبة والوصية والتوثيقات كالكفالة فليس فيه معاوضة مالية حتى يخشى أن يفوت تعادل الطرفين فيها : فتح القدير والبداية ٥ : ٢٢ .

العقد ،أو لم يرد به نص وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة (١) .

ونذكر الآن اقسام الشروط عند الحنابلة ثم نذكر خصائص او مزايا المذهب الحنبلي :

أقسام الشروط (٢) :

يقسم الحنابلة الشروط الى اربعة أقسام :

القسم الأول : ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم والرد بالعيب فهذا لا أثر له ولا يؤثر في العقد فوجوده كعدمه .

القسم الثاني : ما يتعلق به مصلحة العاقدين كالاجل ، والخيار ، والرهن ، او اشتراط صفة مقصودة بالبيع كالصناعة ، والكتابة ، فهذا شرط صحيح لازم ورد الشرع به .

القسم الثالث : شرط ينافي مقتضى العقد على ضربين :

أ) اشتراط ما بنى على التغليب والسراية ،كأشتراط البائع على المشتري عتق العبد، أو ان لا يتصرف في المبيع وان عتق فالولاء له ،فهذا شرط باطل،لقول النبي ﷺ لعائشة عند شراء بريرة واشتراط أهلها الولاء فقال ﷺ: اشتريها فاعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق، ثم قال: من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط (٣) متفق عليه . وما حكم البيع في هذه الصور ؟ فيه روايتان :

١ ــ يصح البيع لحديث بريرة .

٢ ــ يفسد البيع لانه شرط ينافي مقتضى العقد وبفساد الشروط وجب رد ما يقابله من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا (٤) .

---

(١) القواعد النورانية ١٨٨ و ١٨٩ .

(٢) المغني لإبن قدامه ٤ : ١٧١ ــ ١٧٢ والكافي ٢ : ٣٧ ــ ٤٠ وكشاف القناع ٣ : ٣٦ ــ ٤٤ ومن المحدثين المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ٤٨٢ ــ ٥٠٠ والأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف موسى ٧ ٤ ــ ٨ ٤ ، ونظام المعاملات مصطفى شلبي ٢٢٧ ــ ٢٢٩ .

(٣) الكافي ٢ : ٣٧ .

(٤) المغني لابن قدامه ٤ : ١٧١ .

ب ــ ان يشترط غير العتق : مثل ان يشترط ان لا يبيع ولا يهب ولا يعتق وما أشبهها فهذه شروط فاسدة وما حكم البيع مع هذه الشروط ؟ .

١ ــ البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي وهو المنصوص عن أحمد لحديث بريرة .

٢ ــ البيع فاسد،لان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ،ولان الشرط فاسد واذا فسد الشرط وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن (١) وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا .

وقال ابن قدامة : ولأن البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشترى كذلك اذا كان الشرط له . فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي (٢) .

القسم الرابع: ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحتة ولا ينافي مقتضاه (٣). وهذا على ضربين :

أ ــ اشتراط منفعة البائع .

ب ــ أن يشترط عقدا في عقد : نحو ان يبيعه بشرط ان يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، فهذاشرط فاسد يفسد به البيع ، سواء كان الشرط من البائع أو المشتري (٤) .

والخلاصة ان الحنابلة يجيزون كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين في العقد الا في حالتين :

أ ــ ان يشترط في العقد ما ينافي مقتضاه ، كأن لا يبيع المبيع ولا يهبه ولا يعتقه .

ب ــ ان يشترط احدهماعلى صاحبه عقدا آخر كسلف، أو قرض، أو بيع، أو اجارة.(٥) فالشروط هنا فاسدة واشتراطها في العقود يفسدها .

مزايا المذهب الحنبلي :

لقد ذكرنا أن الحنابلة يجيزون كل الشروط الا في حالتين فيكونون بذلك أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده ، ولذلك فإنهم يعتبرون مصلحة العاقد من الشروط هي

---

(١) المغني لابن قدامه ٤ : ١٧١ .
(٢) المرجع السابق ٤ : ١٧١ .
(٣) المرجع السابق ٤ : ١٧١ .
(٤) المرجع السابق ٤ : ١٧١ .
(٥) كشاف القناع ٣ : ٤٠ .

من مصلحة العقد ما لم تصادم نصاً تشريعياً فلا يبطل الشرط عندهم الا اذا ترتب عليه تعطيل العقد وعلى ذلك :

١) يبطل العقد فيما لو شرط في عقد نكاح عدم حل الاستمتاع لعدم بقاء معنى الزواج ولو شرط عدم ممارسة الاستمتاع صح العقد ولغا الشرط لمنافاته لمقتضى العقد .

٢) اشتراط الزوجة على الزوج عدم السفر معها اذا سافرت وحدها كان هذا الشرط باطلا ، لان الشريعة لا تجيز لها السفر وحدها ، اما لو شرطت ان لا تسافر مع زوجها اذا اراد السفر او لا ينقلها من دارها ، فشرطها صحيح ويثبت لها خيار الفسخ اذا لم يف لها الزوج به (١) .

واما من رأى ان مثل هذا الشرط ليس من مصلحة العقد، فقد ردوا عليهم رداً هذا نصه : فقالو : والقول بأن هذا الشرط ليس من مصلحة العقد قول مردود ، لان هذا الشرط من مصلحة المرأة ،وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد ، كاشتراط الرهن في البيع (٢) ، وعللو للرهن بأن (هذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود) (٣) .

وكذلك اشتراط الخيار للراهن وتوقيت الرهن .

واما المزايا التي تجلى بها المذهب الحنبلي فهي ما يأتي :

الميزة الأولى :

أجاز أحمد ان يشترط الزوجان ما شاؤا من الشروط في عقد النكاح ، فلم يفرق في ذلك بين النكاح وغيره .

فقداجازللمرأةانتشترط على زوجها ان لا يخرجها من دارها ، أوان لا يتزوج عليها أو ان لا يتسرى أو ان يكون غنياً ، أوان يكون سليما،او ان لا يشرب مسكراً، او ان يكون عالماً واذ ظهر خلاف ذلك فأمرها بيدها ،ان شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته وتشهد

---

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفي الزرقاء ٤٨٣ .

(٢) أ ــ كشاف القناع ٣ : ط المطبعة الشرقية

ب ــ وقد قالوا بأن اشتراط ما ينافي مقتضي الرهن لا يصح نحو ان يشترط الا يباع الرهن عند حلول الحق او لا يستوفى الدين من ثمنه ولا يباع ما خيف تلفه او بيع الرهن بأي ثمن كان او ان لايبيعه الا بما يرضيه انظر المغني لابن قدامه ٤ : ٢٨٦ .

(٣) المغني لابن قدامه ٤ : ٢٨٧ .

عليه بذلك (١) .

وعمدتهم في ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج » (٢) وفي روايه « أن احق الشروط أن توفوا به ما استحللتم بـه الفروج » (٣) متفق عليه وقول النبي ﷺ : « المسلمون على شروطهم (٤) ، وروى الاثرم باسناده ان رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال : لها شرطها فقال الرجل : اذا تطلقينا . فقال عمر : « مقاطع الحقوق عند الشروط » (٥) ، ولأن هذا الشرط فيه منفعة للزوجة وليس هذا مصادما لنص تشريعي فاذاً فهومشروع .

واذا ثبت ان هذا الشرط لازم ولم يف الزوج بما شرطت ، كان لها الفسخ ، ولهذا قال الذي قضى عليه عمر رضي الله تعالى عنه بلزوم الشرط « اذا تطلقينا » فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال جملته الدستورية « مقاطع الحقوق عند الشروط » .

الا ان هذه الشروط وان كانت مصادمة لنص تشريعي لان الله سبحانه وتعالى اباح للحر ان يتزوج اربعا من الحرائر وأطلق له حرية السعي والتنقل ، لانه أدرى بمواطن رزقه وتحصيله . فاذا لم يف لها بما وعد بأن تزوج عليها او سافر عنها كان لها فسخ النكاح لما التزمه من شرط .

الميزة الثانيـة :

جواز تعليق العقود والالتزامات وغيرها بالشروط ، وهذا أمر قد تدعوا اليه الضرورة ، او الحاجة ، او المصلحة ، فلا يستغني عنه الكلف وقد صح تعليق الضمان بالشرط ، وتعليق النكاح بالشرط وذلك في تزويج موسى عليه السلام بابنة صاحب مدين وهو أصح نكاح على وجه الارض ولم يأت ما ينسخ هذا في الشريعة الاسلامية (٦) ، ونص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط وهذا هو الصحيح ، كما يعلق الطلاق والجعالة والنذر (٧) .

وعلق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط ، فكان يقول

---

(١) اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٤ والمغني ٧ : ١٢
(٢) المغني لابن قدامه ٧ : ٩٢ .
(٣) القواعد النورانية لابن تيمية ١٩٠ والمغني ٧ : ٩٣ واعلام الموقعين ٣ : ٣٨٧ .
(٤) المغني لابن قدامه ٧ : ٩٣ .
(٥) المغني لابن قدامه ٧ : ٩٣ وانظر كشاف القناع ٣ ٥٣ .
(٦) اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٧ .
(٧) المصدر السابق ٣٨٨ .

لمن يريد ان يعمل في أرضه : ان جئت بالبذر فلي كذا، وان جاء العامل بالبذر فله كذا (١).

الميزة الثالثة :

اجاز أحمد رضي الله تعالى عنه تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده بشروط تحفظية تمنع تصرف المالك الجديد ، او تستثني بعض الحقوق ، او تحدد طرق الانتفاع ، او تلزمه ببعض الواجبات ، مثل من يبيع جارية واشترط على المشتري ، اذا اردت بيعها فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني ، ولكن قال أحمد لا يحق له وطأها وله فيها شرط ، لأن ابن مسعود قال لرجل (لا تقربها ولأحد فيها شرط) (٢) .

او اشترط على من اشترى جارية ان يتسرى بها : تكون جارية نفيسة يحب أهلها ان يتسرى بها ولا تكون للخدمة (٣) .

وعن سفينه قال : « كنت مملوكاً لام سلمه فقالت : اعتقتك واشترطت عليك ان تخدم رسول الله ﷺ ما عشت ، فقلت ولو لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله ﷺ ما عشت فأعتقتني واشترطت علي (٤) » .

وقال جابر : بعت رسول الله ﷺ بعيراً واشترطت حملانه الى أهلي (٥) .

فهذه الاجتهادات لا يقبلها الا الفقه الحنبلي ، لانها تعارض ما يقتضيه العقد .

وقد ذكر ابن القيم في هذا المجال ما نصه : « والمقصود ان للشروط عند الشارع شأنا ليس عند كثير من الفقهاء فايهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع ، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل ، فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ، ان كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم .

ويوضحه ان الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر ، والنذر لا يبطل منه الا ما خالف حكم الله وكتابه ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله والالتزام به،

---

(١) القواعد النورانية ١٩١ واعلام الموقعين ٣ : ٣٨٨ .

(٢) القواعد النورانية ١٩١ .

(٣) القواعد النورانية ١٩١ .

(٤) سنن ابي داود ٢ : ٣٤٨ وانظر مختصر سنن ابي داود للمنذري ٥ : ٣٩٤ .

(٥) متفق عليه ، أحكام الإحكام لابن دقيق العيد ٢ : ١٤٩ والتحقيق في أحاديث الخلاف لإبن الجوزي ٧٠

أوفى من الالتزام بالنذر (١)

الميزة الرابعة :

اجاز أحمد بيع ما ينقطع به السعر ، وفي هذا يكون الإمام أحمد قد توسع في العقود توسعاً نظن أنه قد سبق الفقه الحديث الذي لم يتوصل اليه الا في الآونة الاخيرة من الزمن، وبذلك يكون قد قطع عليهم بجحهم بحداثة فقههم وذلك كمعاملة الخبازين ، والمحامين وغيرهم دون ذكر الثمن وانما ينظر في آخر وقت متفق عليه على اداء الثمن ما هو السعر في ذلك اليوم فيجري الحساب على ذلك .

قال ابن القيم الجوزية : « اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد ، وصورتها البيع ممن يعامله من خباز او لحام او سمان او غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوما ثم يحاسبه عند رأس السنة او الشهر على الجميع ويعطيه ثمنه ، فمنعه الاكثرون وجعلوا القبض به غير ناقل للملك ،وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب ، لأنه مقبوض بعقد فاسد . هذا وكلهم الا من شدد على نفسه يفعل ذلك ، ولا يجد منه بداً وهو يفتي ببطلانه وأنه باق على ملك البائع ،ولا يمكنه التخلص من ذلك الا بمساومته له عند كل حاجة يأخذها قل ثمنها او كثر ،وان كان ممن شرط الايجاب والقبول لفظا فلا بد مع المساومة ان يقرن بها الايجاب والقبول لفظاً .

والقول الثاني ــ وهو الصواب المقطوع به ، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر ، جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الامام أحمد، واختاره شيخنا ، وسمعته يقول هو أطيب لقلب المشتري من المساومة ، ويقول : لي اسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري قال : والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه ، بل هم واقعون فيه ،وليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ ولا اجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه (٢) .

من هذا النص الذي أتى به ابن القيم، نرى ان أحمد بن حنبل قد أجاز الشروط السابقة على العقد مع نية ملحقة به ،ويكون حكمها حكم الشروط المقترنة بالعقد ، وهذا هو عمل أهل المدينة . وبذلك يكون أحمد قد تأسى بآثار السلف الصالح ،واهتدى بهديها ، وسلك سبيلها ، ووصل بها الى التوسعة على الناس والرحمة بهم ، وأثبتت الحجة على الناس في هذا

(١) اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٩ ــ ٣٩٠

(٢) اعلام الموقعين ٤ : ٥ ، ٦ .

العصر ان من يعود الى الشريعه الإسلامية الغراء لا يعود الى ضيق وحرج وانما يعود الى سعة ورحمه .

والجدير بالذكر أن اكثرالمعاملات المالية في هذا العصر، قد كان في فقه الإمام أحمد متسع لها ولا حاجة لنا بالقوانين المستوردة من النظم المادية الغربية او المادية الشرقية .

اما بقية المذاهب فلم تجز ما أجازه أحمد ، الا ان متأخري الحنفية جوزوا بيع الاستجرار وهو ان يأخذ الانسان حساباته اليومية من غير اتفاق على سعر معين ثم يحاسب كل مدة ويسمى في العرف الحديث بطريقة الحساب الجاري (١) .

الميزة الخامسة :

اجاز الإجتهاد الحنبلي بيع العربون ، وهو ان يشتري الانسان السلعة ويدفع جزءاً من الثمن او شيئا آخر يسمى عربوناً ، فإن أخذ السلعة احتسب من الثمن وإن لم يأخذ السلعةفذلك للبائع (٢) .

قال أحمد : لا بأس به وفعله عمر ، وعن ابن عمر انه اجازه ، وقال ابن سيرين لا بأس به . وحجتهم في ذلك « ما روي عن نافع بن عبد الحارث » أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن امية ، فان رضي عمر والا فله كذا وكذا (٣) .

وقال ابن القيم : « وقال ابن عوف عن ابن سيرين قال : قال رجل لكريه ارحل ركابك فان لم أرحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه غير مكره فهو عليه (٤) .

واجاز الفقه الحنبلي في جواز إن خطته اليوم فلك كذا، وان خطته غدا فلك كذا ، وجواز بعتكم بعشرة نقداً ،أو بعشرين نسيئة (٥).

---

(١) حاشية رد المختار على الدر المختار ٤ : ١٨ .

(٢) المغني ٤ : ١٧٠ ، ١٧٥ وبداية المجتهد ٢ : ١٧٦ واعلام الموقعين ٣ : ٣٩٣ ، يقال : عربون واربون وعربان واربان . انظر موضعه في رسالتنا ص ١٣٠ .

(٣) المغني لابن قدامه المقدسي ٤ : ١٧٥ ـ ١٧٦ وانظر اعلام الموقعين ٣: ٣٨٩ ، وذلك ان عاملا اشترى من صفوان دارا بأربعة آلاف درهم . . وان لم يرض عمر فلصفوان اربعمائة درهم .

(٤) اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٨ ـ ٣٨٩ ، والكري : هو الذي يؤجر دوابه للسفر .

(٥) المغني لابن قدامه ٤ : ١٧٧ واعلام الموقعين ٣ : ٣٨٩ .

اما الجمهور مالك والشافعي وأصحاب الرأي : فانه لا يصح ، لان النبي ﷺ نهى عن بيع العربون (١) ، وفي ذلك يكون قد شرط للبائع شرطاً بدون عوض فلم يصح وبمثابة الخيار المجهول لاشتراطه الرد من غير ذلك المدة فصار بمثابة ولي الخيار متى شئت رددت المبيع ومعه العربون وهذا هو القياس (٢) .

قال ابن رشد : وانما صار الجمهور الى منعه ، لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض (٣) .

وبهذا يكون الفقه الحنبلي خير معين لمعاملات هذا العصر الذي يعتبر العربون وثيقة ارتباط بين التجار ،والعرف التجاري يقرها وهي تقابل الضرر الناجم عن الانتظار والتعطيل .

تنبيه : لقد تركنا الكلام عن المذهب المالكي في الشروط لقربه من مذهب الحنابلة وعن مذهب الشافعية لقربه من مذهب الحنفية .

---

(١) رواه ابن ماجه وانظر المغني ٤ : ١٧٥ .
(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ١٧٥ .
(٣) بداية المجتهد لابن رشد ٢ : ١٧٦ .

مكان الغرر في العقود والشروط

لقد مر بنا آراء الفقهاء في حرية المتعاقدين في انشاء العقود والشروط ، وأن الرأي الراجح ؛ هو ان الانسان حر في انشاء ما يشاء من العقـود والشروط ، الا اذا ورد نص يحد من هذا الاطلاق فيحرمه عليه ويمنع من انشائه ، فحرم الربا والميسر والقمار وبيـع الجنين في بطن امه وغيرها ، وقد نهى الشارع الحكيم عنها بنص خاص يخص هذا البيع .

وقد يكون النهي عن بعض المبيعات عاماً ، كأكل مال الانسان بالباطل ، قال تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل (١)،وأحاديث النهي عن بيع الغرر التي سنراها فيما بعد .

اذن . فالعقود التي تحد من ارادة الانسان في انشاء العقود والشروط ، انما هي النصوص التي منها ما هو المتفق عليه ، ومنها ما هو المختلف فيه ، وقد رأينا النصوص المتفق عليها والمختلف فيها واسباب الاختلاف في ذلك .

والغرر من هذه القيود التي تحد من ارادة الانسان،الا انه تارة يكون غرراً كثيراً مؤثراً في العقد ، وتارة يكون يسيراً لا يؤثر في العقد ، وتارة يكون متردداً بـين الغرر الكثير المانع من صحة العقد ، واليسير الذي لا يمنع من صحة العقـد ، وسنراه ان شاء الله في اثناء بحثنا في هذه الرسالة .

هذا والغرر كما رأينا ، انما هو نهي ثابت بنصوص الشريعة ، ولذا فهو من حقوق الله لا من حقوق العباد ، واسقاط العقد وعدم الاعتداد به انما هـو للشارع لا لمصلحة العبد (٢) ، ولذا فاذا ثبت ان العقد فيه غرر يلزم من ذلك ان يكون العقد باطـلا ، ولا ينظر الى ارادة المتعاقدين في انشائه والرضا به (٣) .

---

(١) النساء : ٢٩ .

(٢) مع العلم ان الشارع الحكيم اذا نهى عن عقد من العقود فأبطله فان في ذلك حق للعبـاد لإن الله سبحانه وتعالى انما ابطلها ونهى عنها صونا لمال الانسان من الضياع .

(٣) الفروق ١ : ١٤٠ ـ ١٤٢ الفرق (٢٢) .

ولذا فـــان الغرر ينتفي عن العقد اذا كان المبيع معلوم الوجود ، معلوم الصفة ، معلوم القدر ، مقدوراً على تسليمه ، وذلك في الطرفـــين الثمن والمثمن ، معلوم الأجل أيضاً ان كان بيعاً مؤجلا (١) .

[illegible]

[illegible]

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٨٦ .

[illegible]

(١) [illegible] .

(٢) [illegible] .

المبحث الثالث

تعريف العقد في القانون

إن بعض فقهاء القانون يميزون بين الاتفاق والعقد على أساس أن الاتفـــاق : هو توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام البائع والمشتري ، أو نقله ، أو انهائه ، أو تعديله .

فمثال إنشاء الالتزام ، عقد البيع مثلا اذا حصل فانما ينشىء التزامات في كل من جانب البائع والمشتري . فيلزم البائع بتسليم المبيع والمشتري بتسليم الثمن .

وأما نقل الإلتزام : فمثله الحوالة : فالحوالة تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر «١» .

فالعقد هنا لم ينشىء التزاماً ، ولكن اقتصر أثره على فعل ذات الالتزام الموجود من شخص الى آخر .

وأما تعديل الالتزام : كما في إضافه أجل الدين .

وأما إنهاء الالتزام : كالاتفاق بين العامل ورب العمل على فسخ عقد العمل .

أما العقد : فهو أخص من الاتفاق : اذ هو توافـــق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله .

ولهذا نجد بعض شراح القانون يفرقون بين الاتفاق والعقد ، فيعتبرون كلمة الاتفاق جنساً ، والعقد نوعاً ،وبهذا يكون الاتفاق أعم من العقد ، اذ العقد هو توافق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله «٢» .

---

(١) الوسيط للسنهوري فقره ٣٦ .

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور انور سلطان (دار المعارف) بتصرف ف ٢٥ .

وبعض الفقهاء يقولون لا داعي للتفرقة بينه وبين الاتفاق اذ لم يعرف التقنين القديم العقد ، وانما عرفه التقنين الفرنسي في المادة (١١٠١) التي تقول ان « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء ».

وكذلك لم يعرف التقنين ا ني العقد ، وهذا مسلك سليم لأن التعريف مسألة فقهية يجب ان يترك أمرها للإجتهاد «١» ، وبهذا يكون قيمة لهذه التفرقة من الناحية العلميـة بدليل ان الفقه الحديث قد هجرها .

وأخيراً استقر الأمر عندهم على ان كلمة عقد ، وكلمة اتفاق ، في معنى واحد وهو التعبير عن الارادة . ولذلك تضمن المشروع التمهيدي للتقنين المدني تعريفاً للعقد في المادة ١٢٢ التي تقول : (ان العقد اتفاق ما بين شخصين او اكثر على انشاء رابطة قانونية او تعديلها او انهائها «٢» .

فهذا التعريف لا يفرق بين العقد والاتفاق وهو تعريف المشروع الفرنسي الايطالي في المادة الاولى منه «٣» .

وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية ، ان ايراد هذا التعريف قصد منه نفي كل تفرقة بين العقد والإتفاق وجعلها شيئاً واحداً (٤) .

وقد حذف هذا التعريف في المشروع النهائي ،ولكن لا يعني هذا الحذف عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل تجنباً للتعريفات التي تعتبر مجرد عمل فقهي.

وعليه يمكن تعريف العقد بأنه : (توافق ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام ،او نقله ،او تعديله، او انهاؤه) (٥) .

تحليل العقـــد :

اذا نظرنا للتعريف السابق فاننا نحدد فيه نقطتين اساسيتين :

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٩ بالهامش .
(٢) مصادر الالتزام عبد المنعم فرج الصده ف ٣٧ والوسيط للسنهوري ف ١٣٧ .
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ١٠ في الهامش .
(٤) المصدر السابق ٢ : ٩ ، ١٠ ، ١١ في الهامش ،
(٥) الوسيط للسنهوري ١ : ف ١٣٨ .

الأولى : توافق ارادتين أو أكثر

الثانية : إحداث أثر قانوني نتيجة لتوافق الإرادتين .

فالأولى : يجب ان يكون هناك توافق ارادتين من الطرفين ، اي تتقابل الارادتان، ويتقابلهما يكونان العقد ، فلو مثلنا بالبائعين فلا بد من توافق ارادة المشتري والبائع في نقطتين هامتين أيضا ويكونان : في صيغة العقد ، وفي المعقود عليه .

فلو أرار احدهما البيع وأرادلآخر الايجار فلا ينعقد العقد، لافي البيع ولا في الايجار.

وأما في المعقودعليه فكذلك فلابد من توافق ارادتيهما على ذلك (فلو اراد شخص أن يبيع أحدمنزليه وقصد من يريدالتعاقد معه أن يشتري المنزل الآخر فلا ينعقد فيهما بيع (١).

وايضاً لا بد من مراعاة الشروط الأخرى للعقد اذ هي جوهرية بالنسبة للعقد بحسب ما يتبين من ارادة الطرفين ، ومن ثم تكون المسألة حينئذ مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع في ضوء ما يتضح له من ظروف التعاقد وملابساته (اذ يتعين اتفاق الارادتين على الأمور الجوهرية في العقد فإنه لا يصح ان يترك لأحد الطرفين تحديد هذه الأمور(٢).

مثال ذلك : ما لو حصل العقد بين الطرفين فلا يترك البائع للمشتري تحديد الثمن اذ لا يتم العقد عندئذ الا بعد قبول البائع في ذلك وانما يصح هذا الأمر فيما اذا ترك التحديد للغير

والخلاصة : انه يجب في جميع الأمور ان يتوفر لدى العاقدين إرادة العقد من جهة معينة على ناحية معينة من أشياء يقصدونها) :

والثانية : وجوب الاتفاق على احداث اثر قانوني

إن المهم في العقد ان تتجه ارادتا الطرفين إلى احداث اثر قانوني، فاتفاق ارادتين على أمر لا يكفي لقيام العقد ما دام انهما لم يتجها إلى انشاء رابطة قانونية ، ويتبين ذلك من الظروف والملابسات ؛ ومن الأمثلة على ذلك :

أ ــ قد يدعو شخص آخر إلى وليمة في نطاق المجاملات الاجتماعية ، فيقبل المدعو ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشئا التزاما قانونيا فيما بينهما ، فإذا

(١) مصادر الالتزام عبد المنعم فرج الصده ف ٣٨ .

(٢) المصدر السابق .

ب ـ قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً ، فيما اذا كان تقديمه للعامل متفقاً عليه والا فلا .

ج ـ قد يكون هناك اعمال لا يقصد منها انشاء عقد ما دام ان النية لم تنصرف إلى الالتزام ، وامثلة ذلك كثيرة ، كركوب الصديق مع صديقه في سيارته او مساعدة الجار لجاره في اطفاء الحريق الذي نشب في بيته .

د ـ وهناك اتفاقات بين اعضاء الاسرة لا تعتبر عقوداً ملزمة إذا تبين من الملابسات عدم توفر قصد الالتزام بها . فمثلا الابناء الكبار قرر عادتهم رعاية الاسرة وجلب الرزق اليها حتى يكبر الولد الثاني وهكذا ، فهذا لا يدل ان مساعدة الابن الكبير إلى ابيه تشكل عقداً ، وكذلك مساعدة الزوجة زوجها في اعماله ، اما اذا كان القصد من عمل الابن مع ابيه يشكل عقداً ، او الزوجة مع زوجها يشكل عقداً ، فإنه يؤدي إلى قيام عقد منشىء لرابطة قانونية ، اذ قد يعمل الابن اجيراً عند ابيه والزوجة عاملة عند زوجها .

الارادة المنفردة ، وانشاء الالتزام :

الإرادة المنفردة ليست كالعقد من ناحية انها مصدر عام للالتزام الارادي ، وانما هي مصدر استثنائي ينص عليها القانون في حالات خاصة ، وهذا هو الراي الذي اخذ به القانون المدني الايطالي م ١٣٧٢ ، ١٣٨٧ والقانون الالماني م ٥ : ٣ والقانون المدني الحالي (م ١٦٣) والتي نصها :

١ ـ من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين ، التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى وعد بالجائزة او دون علم بها .

٢ ـ وإذا لم يعين الواعد اجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده باعلان للجمهور على الا يؤثر ذلك في حق من اتم العمل قبل الرجوع في الوعد ، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال ستة اشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور (١) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٣٣٧ .

إن الإرادة المنفردة (اي التصرف الآحادي) يتم بارادة واحدة دون توقفه على ارادة اخرى ، ويمثل مصلحة طرف واحد فليست كالعقد ينطوي على مصلحتين متعارضتين (١) ولأن العقد يصدر عن ارادة منفردة للموجب وعن ارادة منفردة للقابل غير ان هاتين الارادتين تنتجان وحدهما الآثار المترتبة على العقد ، لان هذه الآثار الناتجة عن ارادة منفردة يتوقف حصولها على انتفاء ارادة منفردة اخرى .

وان العقد لا ينشأ نتيجة لارادتين منفردتين كل منهما مستقلة عن الارادة الاخرى ، بل لا بد من تقابل الارادتين (فكل من الارادتين في العقد شرط للأخرى) (٢) .

إن الإرادة المنفردة التي تتضمن طرفاً واحداً ومصلحة فردية انما هي مسألة تدور حول مصلحة منفردة ، وأنه لا يستطيع انسان ان يلزم انساناً آخر بعمل ارادي مقابل ، فكل شخص يستطيع التصرف في مصالحه وان يحدد بإرادته دائرة التزامه كالوصية ، والوعد بجائزة ، وان الارادة المنفردة لا تدور حول تعارض مصالح ، كما في العقد .

نقد نظرية الارادة المنفردة :

لقد اهتم القانون بأن الالتزامات لا تنشأ الا من توافق ارادتين ، وان الإرادة المنفردة لا تستطيع انشاء التزام بمفردها ، اذ لو صح ان تنشىء التزاماً لكان لها الحق في ان تسقط التزاماً بمفردها وهذا هو منطق القول ، اي ان الارادة المنفردة تعجز عن انشاء التزام .

والقانون الفرنسي وهو اشد الخصوم على الارادة المنفردة لم يستطع ان ينكر الأثر المنشىء التي يترتب على الإرادة المنفردة اذا اقترنت بعنصر آخر ، ولكن الارادة المنفردة لا تستطيع انشاء التزام ما لم ينص القانون على ذلك (٣) .

والقانون المدني الجديد كما رأينا سابقاً حيث نص على الوعد بجائزة فاذا وعد انسان لقاء عمل يقوم به فان الوعد يولد التزاماً في ذمة الواعد ، مثل من وعد بجائزة لمن يعثر على اشياء ضائعة ، او لمن يقوم بعمل عسير ، ونلاحظ هنا ان الشيء الجوهري هو أن القانون نص صراحة على ذلك .

---

(١) النظرية العامة للالتزام عبد الحي حجازي ٢ : ٤٤ :
(٢) العقد والارادة المنفردة للدكتور محمد حسني عباس ٣٠٣ .
(٣) المصدر السابق ٣٠٥ ــ ٣٠٧ .

توافق الارادتين :

ينشأ العقد من تبادل طرفين عن ارادتين متطابقتين ، واول هذين التعبيرين يسمى الايجاب ، وهو الذي يستشير الطرف الثاني فيظهر له إما بالقبول وإما بالرفض ، فاذا وافقه بالقبول فينعقد العقد ، واذا قابله بالرفض فذاك البطلان(١) وقد نصت على ذلك المادة ٨٩ من القانون المدني بقولها (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد .

ولا يشترط في الايجاب ان يكون موجهاً لشخص معين ، بل يجوز ان يكون الايجاب موجها الى شخص غير معين ، او الى جماعة غير معينين ، وذلك كالتاجر الذي يذكر ثمن بضاعته في الصحف والاعلانات ، او يكتب ثمنها عليها وهي موجودة في واجهة المحل (٢) او تناول الطعام في مطعم او النزول في فندق ، وكما هي الحال ايضا في عقود الاذعان كركوب سيارة عامة او قطار والاشتراك في المياه او النور .

المراحل التي يمر بها الايجاب :

قلنا ان بعض العقود كما ذكرنا لاتحتاج أن تمر في مراحل لسهولتها ، ولكن بعض العقود الهامة تحتاج ان تمر في مراحل تتفاوت درجاتها ولا تصل جميعها الى مستوى الايجاب الذي يقصد ابرامه ، وهذه المراحل التي يمر بها الأيجاب ثلاثة :

اولا : المفاوضات

ان بعض العقود تحتاج الى مفاوضات مثل اجراء العقد ، فمثلا إن من يريد ان يبيع بيتا او يؤجر بيتا تراه يعلن عنه في الصحيفة اليومية فهذه المسائل تعرض مثلا دون ان يذكر مقدار الاجرة او ثمن البيت وقد تطول هذه المفاوضات وقد تقصر ، وفي هذه المفاوضات يتناقش الطرفان حول الموضوع الذي يقصد ابرام عقده .

---

(١) النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد الحي حجازي : ٤٦٦ .

(٢) العقد والإرادة المنفردة للدكتور محمد حسني عباس ٣٠٣ .

ومع ذلك اذا كانت شخصيه المتعاقد محل اعتبار، فلا يعتبر ايجابا ان يعرض شخص المتعاقد حتى لو بدا له كان العقد ، بل يكون وعده للتفاوض كاعلان وزارة تربية من قطر عربي شقيق لمؤهل على معين وخدمة معينة براتب معين .

ثانياً : الايجاب المعلق :

وقد يخرج الطرفان من المفاوضات الاولية إلى ايجاب معلق مع بعض التحفظات صريحة كانت او ضمنية ، كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع احتفاظه بحقه في تعديل هذا الثمن تبعاً لتغير الاسعار ، فيكون هذا معلق على تغير الأسعار ، أو ان تاجراً يعرض بواسطة الصحف للجمهور عن سعر متاعه ويجعل الحق لمن يسبق اولا فالسابق هو الذي يكون له .

(ومن هذا يتبين ان الايجاب المعلق هو ايجاب لا مفاوضة ولكنه ايجاب لا ينفذ الا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه) (١) .

ثالثاً : الايجاب الثابت :

فإذا انتهى العقد من دوري المفاوضة والتعليق اصبح الايجاب باتا ، وتطور المتعاقد بأن الايجاب صار باتا بعد أن مر بمراحله النهائية ، يكون امر الفصل فيه لقاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا يعقب على حكمه .

القوة الملزمة للايجاب :

نصت المادة ٩٣ من التقنين المدني بما يأتي :

١ ـ اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد .

٢ ـ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة .

وجاء في المادة ٩٤ انه (اذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون ان يعين

(١) الوسيط للسنهوري ٢٠٨ : ف ١٠١ .

ميعاداً للقبول فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا ،وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون او بأي طريق آخر مماثل) .

نخلص من هاتين المادتين السابقتين أن الايجاب يكون ملزماً اذا حـــدد الميعاد ، سواء كان الميعاد صريحا ام كان ضمنيا ، وسواء كان قد صدر التعاقد بين حاضرين ام بين غائبين ، فيلزم الموجب ان يبقي على ايجابه المدة التي حددها ما لم يكن ايجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة (١).

اقتران الايجاب بالقبول :

القبول وهي الارادة الثانية المساوية للإرادة الاولى ، ويشترط في القبول كي ينعقد العقد ،الشروط التي في الإرادة الاولى ، وأن يكون الايجاب ما زال قائماً وأن يكون القبول مطابقـــاً للايجـــاب .

العقد الملزم للجانبين في القانون :

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي ، هو العقد الذى ينشيء التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين قبل بعضهما البعض ، فيصبح كل منهما دائناً ومديناً للطرف الآخر (٢) .

ومن الامثلة على ذلك عقد البيع ،فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع ،ويلتزم المشتري بدفع الثمن . وكذلك عقد الايجار يلتزم فيه المؤجر بتسليم العين المؤجرة مقابل التزام المستأجر بدفع الاجرة ورد عينها عند الانتهاء .

والمسألة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين ، هو التقابل الموجود مـــا بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

---

(١) مصادر الالتزام عبد المنعم فرج الصده ٤٨٧ .

(٢) مصادر الإلتزام عبد المنعم فرج الصدة ف ٤٨ ، والوسيط للسنهوري ف ٤٥ .

العقد الملزم لجانب واحد :

هو العقد الذي يولد التزامات في ذمة احد الطرفين دون الآخر ويكون مدنياً غير دائن .

مثال ذلك : الوديعة غير المأجورة ، يلتزم بمقتضاها المودع عنده ان يحفظها ويردها عند الطلب دون ان يلتزم المودع للمودع عنده بشيء .

والعقد الملزم لجانب واحد هو كسائر العقود لايتم الا بتوافق ارادتين ، ولذا نلاحظ فرقاً واجب التمييز : بين العقد الملزم لجانب واحد ، والتصرف الصادر من جانب واحد .

فالأول : ينشأ باتفاق ارادتين ولكن لايترتب التزامات الا في ذمة احد الطرفين دون الآخر .

اما الثاني : فهو التصرف الانفرادي الذي ينعقد بارادة واحدة كما في الوصية ، والوقف ، والوعد بجائزة . واذا فكونه صادراً من جانب واحد ، مسألة تتعلق بالتكوين وليس بالأثر (١) .

وتظهر أهمية هذا التقسيم من حيث آثار العقد كالتالي :

فالعقد الملزم للجانبين اذا لم يحصل من أحد الطرفين الوفاء جاز للآخر ان يمتنع عن تنفيذ ماالتزم به ،ولا يتصور ذلك في العقد الملزم لجانب واحد .

وفي العقد الملزم للجانبين اذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه ، انقضى الالتزام وتحمل الدين تبعة الهلاك ، وقد نصت المادة ١٥٩ من التقنين المدني الجديد على ذلك :

فقالت : (في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابله له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) .

---

(١) مصادر الالتزام عبد المنعم فرج الصده ف ٤٩ .

مثال ذلك : اذا هلك المبيع قبل تسليمه ولا يد للبائع في الهلاك ، تكون التبعة على المشتري فقط . بخلاف العقد الملزم لجانب واحد ،فان التبعة تكون على المدين فقط ، مثال ذلك : هلاك الموهوب قبل تسليمه تكون التبعة فقط على الدائن اي الموهوب له .

وفي العقد الملزم للجانبين اذا لم يقم أحدالطرفين تنفيذ ما التزم به ، جاز للمتعاقد الآخر ان يطلب فسخ العقد حتي يتخلص من التزامه طبقاً للمادة ١٥٧ (١) .

وفي العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام احد المتعاقدين سبباً في التزام الجانب الآخر، بينما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً (٢) .

هذا ويلاحظ أن بعض العقود قد لا يترتب عليها التزامات بمجرد العقد الا في جانب واحد، غير انه تبعاً لحدوث وقائع لاحقة لتكوين العقد تولد التزامات في ذمة الطرف الثاني ، وبذلك تقترب من العقود الملزمة للجانبين (٣)

مثل الوديعة فإنها في بادىء الامر عبارة عن عقد ملزمة لجانب واحد ، ولكن اذا حدث ضرر على الوديعة عند المودع، او تكلف المودع عليها بعض النفقات لحفظها من الهلاك، فإننا نكلف صاحبها ، د ما انفق ونلزم المودع بتعـ الضرر .

هذا النوع من العقود كان يسمى بالعقدالملزم للجانبين غير التام في القانون الروماني ، وقال السنهوري :(والصحيح ان العقد الملزم للجانبين غير التام انما هو عقد ملزم لجانب واحد وما عسى ان ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد، بل هو التزام مصدره سبب آخر، هو العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر، والإثراء بلاسبب .

---

(١) العقد والارادة المنفرده للدكتور محمد حسني عباس ٥٦ ومجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٣١٩ .

(٢) مصادر الالتزام للدكتور السنهوري ف ٥٦ .

(٣) العقد والارادة المنفرردة للدكتور محمد حسني عباس ص ٥١ .

في حالة رد المصروفات الضرورية) (١) .

والآن لما صارت هذه العقود عقوداً رضائية أصبحت بذلك عقوداً ملزمة للجانبين، لانه صار التزاماً في ذمة المودع ،ولم يعد التسليم هو الركن في العقد،فاذا انعقد عقد الوديعة نشأ التزام بين الطرفين ، الطرف الاول بتسليمها ، والطرف الثاني بالمحافظة عليها وردها . اللهم الا في الوديعة بغير أجر فهي دائماً عقد ملزم لجانب واحد (٢)

---

(١) مصادر الالتزام للدكتور السنهوري ف ٥٧ .

(٢) مصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصده ف ٤٩ .

---

(١) م ٢٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي (ظهير ٢٥ رمضان ١٣٣١ هـ) .

(٢) م ٢٠ .

(٣) م ١٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

المبحث الرابع

مبدأ سلطان الارادة في القانون[1]

معنى سلطان الارادة :

لقد مر معنا بأن الإرادة اذا اقترنت بأختها من العاقد الآخر ، نشأ عنها انعقاد العقد ونشأ عنها الالتزامات . وعلى وذلك فان الارادة قادرة على ان تنشيء التصرف القانوني، وان تحدد الآثار المترتبة عليه ، دون ان تتقيد بانواع معينة من العقود يحددها الشارع . فارادة الطرفين هي التي تعين بمحض سلطانها مضمون العقد ، ومدى الالتزامات التي ينشأ عنه .

ولقد فرعوا على هذا المبدأ النتائج الآتية :

١) حرية التعاقد : فالأفراد احرار فيما يتعاقدون ، أو يمتنعون عن التعاقد ، ولا يوجد اجبار على عقد ولا منع من عقد (٢)

٢) واذا انعدمت الحرية كان العقد باطلا وكانت الارادة مشوبة بعيب من عيوب الارادة ويكون العقد قابلا للابطال .

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ١ : ١٤١ ـ ١٤٩ ، وانظر ايضاً مصادر الالتزام . د . عبد المنعم فرج الصده ٤٢ ـ ٤٩ وانظر مصادر الالتزام عبد الحي حجازي ج ١ ص ١٨٣ ـ ١٨٨ وانظر العقد والارادة المنفردة للدكتور محمد حسني عباس من ٢٧ ـ ٤٧ وانظر ايضا نظرية العقد د . حسين النوري من ٢٩ ـ ٣٧ وانظر أصول الالتزامات علي بهجت بدوي من ٦٤ ـ ٦٨ وانظر ايضاً التصرف الانفرادي والارادة المنفردة علي الخفيف من ١ ـ ٣ .

(٢) نظرية العقد : ٢٩ للدكتور حسين النوري .

٣) واطراف العقد احرار بما يعقدون واشتراط ما يشترطون وللارادة ان تخلق عقدا لم ينص عليه القانون فلها كما يقول الشارع (تقضي بأن الملكية والحقوق العينية تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها) ولها ان تبطل التزامات يقضي القانون بنشوئها كالاعفاء من الالتزام بالضمان في عقد البيع) (١) .

٤) ولأطراف العقد ان يتفقا بانشاء عقد وأن يجعلا قانوناً اجنبياً يحكم العلاقة الناشئة عن تعاقدهما (٢) .

٥) لا يلزم اتباع الشكليات لتعبير كل متعاقد عن أرادته، ولا لاثبات توافق الارادتين وان الشكليات استثناء ، والسبب في ذلك أن الاصل هو كفاية التراضي لانشاء العقد (٣) فقد يقع باللفظ ،او بالكتابة، او حتى بالاشارة ، ويجوز ان يكون ضمنياً (٤) .

٦) العقد شريعة المتعاقدين ، فليس لأحدهما ان يعدل، او ينهي العقد ، الا بموافقة الطرف الآخر ، وأن القاضي ايضاً لا يستطيع ان يعدل من شروط العقد حتى ولو تغيرت الظروف وأصبح تنفيذ العقد مرهقاً لأحد الطرفين (٥) .

٧) إن آثار الالتزامات التعاقدية انما هي اردة الطرفين ، والقاضي ليس له الا تفسير نيه الطرفين عند حالة النزاع، ولا يجوز له ان يغلب ارادته (٦) .

المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الارادة

لقد مر مبدأ سلطان الارادة بمراحل مختلفة كان يعتبر في كل مرحلة صدى لما يسود في ذاك العصر من تيارات فكرية ، واقتصادية ، واجتماعية ، وسياسية (٧) .

---

(١) أصول الالتزامات حلمي بهجت بدوي ص ٦٤ ـ ٦٥ .
(٢) انظر : نظرية العقد . د حسين النوري : ٢٩ .
(٣) عبد الحي حجازي ص ١٨٣ وانظر مادة (٩٠) مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٣ : ٢
(٤) الوسيط للسنهوري : ١٤٩ .
(٥) الدكتور حسين النوري نظرية العقد ص ٢٩ وانظر ايضا مادة ١٤٧ مجموعة الاعمال التحضيرية ص ٢٧٨ .
(٦) عبد الحي حجازي ص ١٨٣ مصادر الالتزام .
(٧) الالتزام . د . عبد المنعم فرج الصده ٤٣ .

هذا المبدأ لم يعرفه القانون الروماني في أي عصر من عصوره ، اذ بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة ،من حركات ، واشارات ، والفاظ ، وكتابه .

اما مجرد توافق الارادتين فكان لا يولد التزاما ولا عقدا ، وكان المدين يلتزم اذا استوفى الاشكال المرسومة ،حتى ولو كان السبب الحقيقي الذى من أجله التزم لم يوجد،أو لم يتحقق ، أو كان مخالفاً للآداب العامة ، فالعقد الشكلي كان عقدا مجردا صحته تستمد من شكله لا من موضوعه (١) .

الا ان القانون الروماني لم يستمر على هذه الطريقة لكثرة المعاملات والحاجة الى سرعة المعاملات ، مما أدى الى التميز بين الشكل والارادة ، ودعا الى اعتبار الاتفاق موجودا بمجرد توافق الارادتين ، والشكل ليس الا سببا قانونيا للالتزام .

ومن ثم ظهر الى جانب العقود الشكلية عقود رضائية أربعة وهي :البيع ، والاجارة والشركة ، والوكالة . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية ، والعقود الشرعية .

ومع ذلك لم يبلغ في تطوره حد الاعتراف بالمبدأ بوجه عام ،بل ظل العقد الشكلي هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدوا الحاجة اليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة

وفي العصور الوسطى أخذ سلطان الارادة يقوى تدريجيا والشكلية تتجه الى التناقص وذلك بفضل عوامل مختلفة تظافرت في هذ السبيل .

١ ـ تأثير المبادىء الدينية وقانون الكنيسة :

تقضي تعاليم الكنيسه أن من نكث بعهده يعتبر خطيئة دينية،ثم يصبح اخلالا بالتزام قانوني ، وأن يصبح بمجرد الاتفاق جواز تنفيذه بدعوى امام المحكمة الكنسية (٢) .

---

(١) الوسيط للسنهوري ١ : ١٤٢ ، وانظر دراسات اسلامية بين الشريعة والقانون الروماني . د . صوفي حسن ابو طالب ١٥٨ ـ ١٦٢ .

(٢) الوسيط للسنهوري : ١ : ١٤٣ وأنظر أيضا مصادر الالتزام . د . عبد المنعم فرج الصده من ٤٣ ـ ٤٤ ، نظرية العقد د . حسين النوري ٣٠ .

٢ ــ فهم القانون الروماني خطأ عندما تطورت الحياة والمعاملات المالية كما رأينا، مما ساعد على قبول هذا المبدأ وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني .

٣ ــ العوامل الاقتصادية : وعندما كثرت المعاملات وانتشرت التجارة، اقتضى الامر التخلص من القيود والأوضاع التي تعوق من سرعة التداول

٤ ــ العوامل السياسية : وكانت الدولة تأخذ مكانها في حماية العقود التي تنشأ بين الافراد وتتدخل شيئا فشيئا، مما ساعد على هجر تلك الاوضاع القديمة ،وحل محلها اشكال اخرى اقل انخراما في الفطرية والسذاجة . ولذلك ما ان جاء القرن السابع عشر حتى ظهرت نظريات اقتصادية ، وفلسفية، وسياسية، تشبعت بروح الفردية فساعدت على اقرار مبدأ سلطان الارادة ، وبلغت هذه النظريات اوجه الكمال في القرن الثامن عشر وكانت تنادي بوجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد ووجوب استقلال ارادته

ونادى بهذا الفيزيوقراطيون بوجوب الحرية الاقتصادية قانونا طبيعياً ويقولون : لو ترك الناس احراراً في معاملاتهم فلا تلبث الامور الا وان تحدد الاسعار ،وتستقر الامور نتيجة التنافس الحر بينهم

وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية حمل لواءها روسو في كتابه المعروف العقد الاجتماعي واعتبر الاتفاقات اساساً لكل سلطة بين الناس ، فكانت حرية الفرد واستقلال ارادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العصر ، ولما جاء نابليون احتضن هذه الحرية وجعل قانونه على اساس تقديس حرية الفرد والامعان في احترام ارادته «١» .

وقد سار القانون على هذا المبدأ واصبح يشمل كل الالتزامات ،بل كل النظم القانونية، ترجع الى الارادة الحرة ، وان الارادة هي المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

«١» الوسيط للسنهوري ١ : ١٤٣ ــ ١٤٤ ونظرية العقد د. حسين النوري ٣٠ ، ود. عبد الحكم فرج الصده ٤٤ .

فكل التصرفـات القانونية مردهـا الى الارادة ، وتتجلى الارادة قوية في العقد ، فالعاقدان لا يلتزمان الا بارادتيهما . وشبه العقد مبني على ارادة مفروضة ، والجريمةوشبه الجريمة مردها الى الارادة الحرة .

وليس سلطان الاراده مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل توليد كل الحقوق الاخرى ، فالملكية مبنية على الارادة، وحقوق الاسرة مبنية على الارادة ، والميراث مبني على وصية مفروضة ، والعقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتهـا الا في الارادة ، لان المجرم الذي خرج عن المجتمع قد ارتضى لنفسه مقدماً ان ينال هذا الجزاء .

نقد نظريه مبدأ سلطـان الارادة :

لقد انتقد مبداء سلطان الارادة التي جعلت الارادة هي سبب كل الالتزامات حتى ولو لم يكن مصدرها العقد ، وكان سبب انتصارها كما قلنا عوامل اقتصـادية التي ادت الى انتصار روح الفردية ،الا ان هذه العوامل ذاتها بعدً تطورها بأن قامت الصناعات الكبيرة مما ادى الى ظهور المبادىء الاشتراكية وانتصار الروح الجماعية،فامتد سلطة الدولة الى كثير من الشؤون الخاصة بالصناعة والزرعة والتجارة والصحة وغيرذلك ، وكان تدخلهـا لحماية الضعفاء من الاقوياء . . مما ادى الى انتكاص مبدأ سلطان الارادة .

ثم قام خصوم مبدأ سلطان الارادة في تفنيد النتائج التي وصلوا اليها وهي:

١) ليس صحيحاً ان قوة العقد تنشأ من الارادة وحدها بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرهما في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقـد في نفوس المتعاقدين . فليست الارادة في نظرهم هي الاساس الملزمـة للعقد ، وانما اساسها اعتبارات تتصل بالصالح العام ، فالعقد نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي ، وليس الغرض منه تحقيق ماللارادةمن سلطان ، وشبه العقدلايقوم علىالارادة.

٢) اذا كان أنصار مبدأ سلطان الارادة قالوا بالعقوبة الجنائية منشأها الارادةفليس

هذا صحيحاً ، اذ هي التزامات يفرضها القانون على من وقع الضرر بفعـــله ولا يقال بأن الفاعل اراد هذا (١) وهي بعكس ارادة من صدر منه الفعل .

٣) اما الملكية والميراث وروابط الاسرة ، فليس صحيحاً أن مردهما الى الارادة اذ الملكية مقيدة بحسن الجوار،والميراث انما ينشأ عن مشاركة الاسرة في ملكيةالاموال بدليل لوكان المورث طفلا او مجنوناً أصحيح بأنهما قد تركا وصية بذلك وهما ليس من اهلها .

اما الزواج فان المشرع نفسه نظم هذا طبقـــاً لصالح الاسرة وصالح المجتمع ، ولا دخل لارادة الزوجين في ذلك (٢) .

وضع الامور في نصابها :

مما سبق راينا ان انصار مبدأ سلطـــان الارادة قد غالوا فيه الى حد كبير كمـــا في الامثلة السابقة ، وراينـــا ان خصوم المبدأ قد غالوا في الحط من شأنه . وبين الاطلاق في مبدأ سلطانالارادة،والمبالغة في رده الى اضيق الحدود ، وجدالمعتدلون مجالا لوضعالامور في نصابهـــا على الوجه الصحيح بأن جعلوا الامر وسطاً بين هذين الطرفين . فقد اخذوا بمبدأ سلطان الارادة ولكن وقفوا به عند حدوده المعقولة وهي :

١) ان دائرة القـــانون العـــام لاسلطان للارادة فيه ، لان الروابط الاجتماعية تقوم قواعده على اعتبار الصالح العام لا ارادة الفرد ، والعقد الاجتماعي المزعوم قد اصبح نظرية عتيقـــة مهجورة .

٢) وأن دائرة القانون الخاص لا مجال للارادة الا في قدر محدود ، فعقد الزواج مثلا ينشأ عن ارادة الطرفين ولكن القانون هو الذي يرتب أثرهطبقاً لمصلحة الاسرة والمجتمع، وما يتعلق بالأموال فان الارادة لها دورها الهام وهي في الحقوق العينية اضعف نشاطاً منها

---

(١) نظرية الالتزامات العامة لعبد الحي حجازي ١٨٤ ، ومصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصده ٤٥ ، والوسيط للسنهوري ١٤٦ ــ ١٤٧ .

(١) نظرية الالتزامات العامة لعبد الحي حجازي ١٨٤ والوسيط للسنهوري ١ : ١٤٧ ، مصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصده ٤٥ ــ ٤٦ .

في الحقوق الشخصية ، لأن الحقوق العينية محصورة لا تستطيع الارادة ان تخلق شيئاً جديداً فيها ،وان آثار هذه الحقوق لاتستطيع الارادة انتعدل فيها الا في احوال نادرة والقانون هو الذي يحدد مداها .

٣) وأما الحقوق الشخصية فالارادة لها المجال الواسع فهي التيتنشئها وترتب آثارها، ومع ذلك فانه يوجد بجانبها مصادراخرى قد تعادلها في الاهمية وهي غير ارادية كالاثراء بلا سبب ، والعمل غير المشروع .

ومن هذا يتبين ان اقصى ما يكون لسلطان الارادة من قوة هو في مجـــال التصرف القانوني (١) .

مدى الدور الذي تقوم به الارادة في التصرف القانوني : «١»

تبين لنا ان مجال الارادة الواسع انما يتجلى في التصرفات القانونية، ومع ذلك فقـــد وردت عليه قيود ولا بد من الوقوف على هذه القيود كي يتضح لنا حقيقة ما هو الدورالذي تقوم به الارادة في هذا المضمار وهي :

١) قيد النظام العام والآداب العامـــة : فاذا كان الاساس في سلطـــان الارادة أن الانسان حر في انشاء العقود فقد اصطدم بقيد خطير وهو مخالفـــة النظام العام والآداب العامة فلا يجوز له أن يبرم عقدا مخالفاً لما قلنا .

وثمة قيود أيضاً على حرية الشخص في ألا يتعاقد : نجد أن الشخص يجبر على بعض العقود كالواجب الذي يقع على أولئك الذين يمارسون احتكاراً قانونياً أو فعلياً ممن تقرر لهم امتياز تولى مرفق عام(٢) ،أو أن هذا الشخص له مؤسسة يجبر على عدد من العمال من أجل تنشيط الناحية الاقتصادية بمقتضى القانون .

---

(١) نظرية الالتزامات العامة لعبد الحي حجازي ١٨٤ ، الوسيط للسنهوري ١ : ١٤٧ ، مصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصده ٤٥ ــ ٤٦ .

(٢) النظرية العامه للالتزامات لعبد الحي حجازي ١٨٦ .

وكذلك عقد العمل الجماعي الذي يبرمه قلة من العمال وقلة من ارباب العمل ويسمى العقد الجبري ، فهذا قيد على حرية الفرد في الا يتعـــاقد ، الا ان هذا القيد فيه كثير من المبالغة اذ يجوز للعامل ان يفسخ العقد وترك العمل . ومن الامثلة ايضاً عقد الايجار الذي يتجدد تلقائياً دون ارادة المالك ، وهذا العقد من العقود الجبرية بالمعنى الصحيح .

٢) قيود ترد على حرية الفرد في تحديد شروط التعاقد : فقد يكون الدائن قد اشترط على المدين شروطاً ، الا ان هذه الشروط اصبحت مرهقة له ،فقد اجاز الشارع للقاضي ان يرد الالتزام الى الحد المعقول م ١٤٧ ونص الشـــارع على ان كل اتفـــاق خلاف مقتضى تلك المـــادة يقع باطلا «٣» وعقود الاذعـــان من هذا القبيل وهي عقود لا يستطيع احد المتعاقدين ان يناقش الشروط التي وضعها الطرف الآخر ،فإما قبولها وإمـــا رفضها «٤» .

٣) وهناك تصرفات شكلية يطلب القانون اتباعها ، كما في هبة العقار ورهن العقار رهناً تأمينياً ، وكذلك العقد في نقل ملكية لم يعد بمجرد الارادة كافياً بل لابد من تسجيله بالسجل العقاري الا ان هذا التسجيل لا يعتبر شكلية لازمة ،بل شرطاً قانونياً لنقل الملكية.

يتبين لنا مما تقدم أن حرية الأفراد في انشاء الالتزامات عن طريق العقود هي القاعدة الأساسية ، ولكن يحصرها في دائرة معقولة تتوازن فيها الارادة مع العدالة والصالح العام.

ثم ازدادت هذه القيود وكثرت اهميتها بسبب انتشار المذاهب الاشتراكية ممـــا ادى الى حماية المستهلكين من استغلال المنتجين «٣» .

«١» مجموعة الاعمال التحضيرية م ١٤٧ ، ص ٢٧٨ .

(٢) النظرية العامة للالتزامات لعبد الحي حجازي ١٨٧ .

(٣) وينبغي لنا ان نشير الى ان العاقدين اذا اتفقا على انشاء عقد يخالف النظام العام والآداب وهي الاحكام المفسرة لارادة المتعاقدين فانها تكون مقدمة على القانون وعندئذ يكون تعاقدهما صحيحاً رغم أن القانون نص على خلافه .

الباب الاول

التعريف بالغـــرر وأقسامه

يحتوي هذا الباب على فصلين :

الفصل الاول : التعريف بالغرر والآيات والأحاديث الواردة فيه

الفصل الثاني : أقسام الغرر .

الفصل الأول

التعريف بالغرر والآيات والأحاديث الواردة فيه

وفيـــه ثلاثـــة مباحث :

المبحث الأول

تعريف الغرر لغةً واصطلاحاً

تعريف الغرر لغة :

والغرر : الخطر ، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، وغرته الدنيا غرورا من باب قعد ، خدعته بزينتها ، فهي غرور مثل رسول اسم فاعل مبالغة ؛ وغر الشخص يغر من باب ضرب غرارة بالفتح فهو غار (١)،وغرر بنفسه تغريراً وتغرة كنحلة،عرضها للهلكة والاسم الغرر (٢) .

تعريف الغـــرر في اصطلاح الفقهاء :

١ ــ الحنفيـة :

قال الزيلعي : الغرر ما يكون مجهول العاقبه لا يدرى أيكون أم لا (٣) .

وقال المغرب في الحديث : « هو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا » (٤) .

وقال البابرتي : « الغرر ما طوى عنك علمه » (٥) .

---

(١) المصباح المنير : ٢ : ٦٨٢ .

(٢) القاموس المحيط : ١٠١ وكشاف اصطلاحات الفنون ولسان العرب .

(٣) الزيلعي : ٤ : ٤٦ وتعريفات السيد الجرجاني : ١٤١ .

(٤) و (٥) العناية بهامش فتح القدير : ٥ : ١٩٢ .

وقال الكاساني : « الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجـود والعـدم بمنزلة الشك » (١) .

وقال السرخسي : « الغرر ما يكون مستور العاقبة » (٢) .

وقال ابن عابدين : « الغرر هو الشك في وجود المبيع » (٣) .

هذه التعاريف التي استطعنا ان نحصل عليهـا في كتب الحنفية يمكن تصنيفها الى الأصناف التالية :

١) تعريف البابرتي ، وتعريف السرخسي ، والزيلعي ، والمغرب في الحـديث ، معناها واحد اذ كل منهما ينطوي على جهالة المبيع والشك .

٢) تعريف الكاساني ، وابن عابدين ، معناهما واحـد ايضاً ، الا أن تعريف ابن عابدين هو اختصار لتعريف الكاساني ، وكلاهما يدور على الشك في وجود المبيـع ، أو عدم وجوده ، الا ان التعاريف في الفئة الاولى يلاحظ فيها العموم والشمول ، والجهالةفي المعقود عليه ، والشك في وجود المبيع ، او عدمه ، بينما تعاريف الفئة الثانية انما تدور على الشك فقط .

وقد ذكر الامام محمد رحمه الله تعليلا لمنع بيع بعض البيوع كالصوف على ظهر الغنم ، واللحم قبل الذبح ، واللبن في الضرع ،والتمر قبل بدو الصلاح ، فقال : « هذا كله فاسد لأنه يبتاع ما لم يكن بعد او لم يدر ما هو ، وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ انه نهى عن بيع الغرر وهذا عندنا من الغرر » (٤) .

٢ ـ المالكيـة :

قال المازري ، الغرر ما تردد بين السلامة والعطب (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٦٣ .

(٢) المبسوط للسرخسي : ١٢ : ١٩٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ٦٢ .

(٤) الأصل : ٩٤ .

(٥) جواهر الاكليل : ٢ : ٢١ .

وقال الآبي : الغرر هو الخطر ، والتردد بين ما يوافق الغرض وما لا يوافقه (١) .

وقال ابن رشد الجد : وبيع الغرر ، هو البيع الذي يكثر فيه الغرر ويغلب عليه حتى يوصف به ، لأنه الشيء اذا كان مترددا بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر الا ان يكون اخص به واغلب عليه (٢) .

وقال العدوي : والغرر ماتيقن وجوده وشك في تمامه ، كبيع الثمار قبل بدو صلاحها (٣)

وقال الشاذلي : والغرر ما جهلت عينه ، وقيل : ما تردد بين السلامة والعطب (٤)

وقال ابن عرفه : الغرر ما شك في حصول احد عوضية ، او المقصود منه غالبا (٥)

وقال الدسوقي : الغرر التردد بين امرين احدهما على الغرر والثاني على خلافه (٦).

وقال القرافي : اصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل ام لا ، كالطير في الهواء ، والسمك في الماء (٧) .

وجاء في المدونة : قال ابن وهب : وقال لي مالك : « وتفسير ما نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع الغرر ، ان يعمد الرجل الى الرجل قد ضلت راحلته ، او دابته ، اوغلامه ، وثمن هذه الاشياء خمسون ديناراً ، فيقول : أنا آخذها بعشرين دينارا ، فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع بثلاثين ديناراً ، وان لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين ديناراً ، وهما لا يدريان كيف يكون حالهما في ذلك الوقت ولا يدريان ايضاً اذا ردت تلك الضالة كيف توجد ، وما حدث فيها من امر الله ، مما يكون فيه نقصها او زيادتها ، فهذا اعظم المخاطرة » (٨) .

---

(١) المصدر السابق : ٢ : ٢١ .
(٢) المقدمات الممهدات : ٢ : ٢٢١ .
(٣) كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .
(٤) رسالة ابي زيد القيرواني بهامش كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .
(٥) كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .
(٦) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٥٥ .
(٧) الفروق للقرافي : ٣ : ٢٦٥ .
(٨) المدونة الكبرى : ١٠ : ٣٨ والمنتقى للباجي : ٥ : ٤١ .

وجاء في الموطأ : قال مالك : « والأمر عندنا ان من المخاطرة والغرر اشتراء ما في بطون الاناث من النساء والدواب ، لأنه لا يدرى ايخرج ام لا يخرج ، فان خرج لم يدر ايكون حسنا ، ام قبيحاً ، أم تاما ، ام ناقصا ، ام ذكراً ،ام انثى ، وذلك كله تفاضل.ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا » (١) .

وهذه التعاريف التي رايناها سابقا على كثرتها متقاربة المعنى ،بل ان بعضها متحد في اللفظ ايضا ، كتعريف المازري والتعريف الثاني للشاذلي ، الا انهما لا يشملان الأجل،لأنه ليس فيه تردد بين السلامة والعطب ، وقد قال ابن عرفه عن هـــذا التعريف : « انه غير جامع لخروج فاسد بيع الجزاف وبيعتين في بيعة » (٢) .

٣ ـ الشافعية :

قال البجيرمي : الغرر ما انطوت عنا عاقبته ، او الغرر ما تردد بين امرين اغلبهما اخوفهما (٣) .

وقال الشرقاوي : العقد الذي فيه غرر هو ما انطوت عنـــا عاقبته ، او ما تردد بين أمرين اغلبهما أخوفهما » (٤) .

وقال الرملي : الغرر هو ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهـــما ، وقيل مـــا انطوت عناعاقبته (٥) .

وقال الماوردي : الغرر ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما ، وقيل : ما انطوت عنا عاقبته (٦) .

وقال الشيرازي : والغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته،ولهذا قالت عائشة رضي الله تعالى عنها في وصف أبيها أبي بكر الصديق رضي الله تعـــالى عنه : فرد نشر الاسلام على غره ، أي على طيه وهو مشهور من جملة خطبتها المشهورة التي ذكرت فيها

---

(١) الموطأ على هامش تنوير الحوالك : ٢ : ١٥٧ .
(٢) العدوي على كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .
(٣) البجيرمي : ٢ : ١٨٣ واعانة الطالبين : ٣ : ١٠ .
(٤) الشرقاوي على تحفة الطلاب : ٢ : ٩ .
(٥) نهاية المحتاج للرملي : ٣ : ٤٠٥ .
(٦) الحاوي للماوردي : ٦ : ١٧ ومغني المحتاج : ٢ : ١٢ .

احوال أبيها وفضائله،والمرادبقولهانشر،أي ردما، نتشرمن الاسلام ودخله من الاختلاف، وتفرق الكلمة الى ما كان عليه في زمن النبي ﷺ وهو المراد بقولها على غره (١) .

وهذه التعاريف في جملتها تفيد معنى واحـــد ، هو انطواء العاقبة والتردد بين امرين أغلبها أخوفها .

٤ ـ الحنابلة :

قال القاضي وجماعة : الغرر ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر (٢) .

٥ ـ الإمامية :

وقد ارتضت لنفسها تعريف ابن الأثير : الغرر هـــو مـــا كان له ظاهر يعرفه المشتري وباطن مجهول .

وقال الأزهري : بيع الغرر ماكان على غير عهدة ولا ثقة(٣).

٦ ـ الزيدية :

وجاء في البحر الزخار : ومعنى الغرر التردد في وجوده ، أو إمكان قبضه كالطير في الهواء (٤) .

وفيه أيضا : الغرر هو التردد في حصول المبيع وعدمه بلا ترجيح (٥) .

---

(١) المهذب : ١ : ٢٦٩ والواضح النبيه في شرح التنبيه : ٥ : ٥٢ ، والمجموع : ٩ : ٢٨٠ .

(٢) مطالب أولي النهي : ٣ : ٢٥ .

(٣) مفتاح الكرامة : ٤ : ٢٨٣ ونهاية ابن الأثير ط ١ : ٣ : ٣٥٥ والتعريف الوارد في ابن الأثير بهـــذا النص هو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول .

(٤) البحر الزخار : ٣ : ٣٠٩ .

(٥) المصدر السابق : ٣ : ٢٩٣ .

فمدار التعريفين انما هو على المعدوم ، كبيع المعدوم ، والمعاومة والطير في الهواء وان اعتاد الرجوع ، بينما المجهول لم يتعرض له .

٧ ـ الظاهرية :

عرف ابن حزم الغرر : بأنه ماعقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد (١) وعرف الغرر في موضع آخر : بأنه لا يدرى ما ابتاع ولا ماباع (٢) .

وفي موضع آخر : بأنه لا يدرى ما اشترى أو باع (٣) .

فهذه التعاريف الثلاثة لابن حزم في مواضع مختلفة كلها تفسير للغرر ، فالتعريف الأول يحدد الغرر بأنه المجهول المقدار والصفات ،وما عدا ذلك فليس من الغرر عنده، فالبعير الشارد ، والطير الطائر ـ وهذه من أمور الغرر ـ لم يشملها التعريف ، والتعريفان الثاني والثالث ، فانهما أشمل من التعريف الاول ، لأنهما يشملان مجهول الذات، والجنس ، والنوع ، أما مالا يقدر على تسليمه فلا يدخل في بحث الغرر .

٨ ـ ابن تيمية :

وعرف ابن تيمية الغرر : بأنه هو المجهول العاقبة(٤) . وعرف الغرر في نظرية العقد: هو ما خفيت عاقبته ، وطويت مغبته أو انطوى أمره ، وقيل : ما تردد بين السلامة والعطب .

ويذكر ابن تيمية أن التفسير الثاني أوضح من الاول على أساس أن الغرر من التغرير والمغرور بالشيء : المخاطر، والمخاطر المتردد بين السلامة والعطب،وهو الذي خفيت عاقبته.

---

(١) المحلى لابن حزم : ٩ : ٣٨٩ .

(٢) المصدر السابق : ٨ : ٤٣٩ .

(٣) المصدر السابق : ٨ : ٣٤٣ .

(٤) القواعد النورانية لابن تيمية : ١١٦ والفتاوى له : ٣ : ٢٧٥ .

ويذكر في نفس الكتاب بأن ما يسمى غرراً: هو مالا يدرى أيحصل أم لا يحصل(١).

٩ ـ ابن القيم :

أورد ابن القيم في كتابه زاد المعاد : أن الغرر هو ماتردد بين الحصول والفوات ، أو هو ماطويت معرفته وجهلت عينه ،وفي موضع آخر: بأن الغرر هو التردد بين الوجود والعدم(٢). وفي أعـــلام الموقعين يعرف الغرر : هو مالا يقدر على تسليمه ، سواء كان موجوداً أو معدوماً ، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد (٣) .

وابن القيم في هذه التعاريف مضطرب ، اذ تارة يجعل الغرر عبـــارة عن التردد بين الوجود والعدم ، وتارة يجعل الغرر مقصوراً على ما لا يقدر على تسليمه ، كالبعير الشارد، اذ ان التعريف الاول جعل في شق منه بأنه شامل لمـــا تردد بين الحصول والفوات ، وفي التعريف الثاني شامل لما طويت معرفته وجهلت عينه أي المجهول ،الا ان طويت وجهلت بمعنى واحـــد .

رأينا في التعريف :

وبعد دراستنـــا للتعاريف عند الفقهاء أرى أن الفقهـــاء قد جعـــلوا الغرر يدور حول هذه المعـــاني .

الأول : ان الغرر يقوم على جهـــالة المبيع كمـــا في تعريف السرخسي ، والزيلعي ، والمغرب في لحديث من الحنيفة ،وهو رأي الشاذلي من المالكية ، وهو رأي الظاهرية ،وقد قصروا الجهالة على الجهل بمقداره وصفاته حين العقد ، وأحد آراء ابن القيم الجوزيه .

الثـــاني : ان الغرر يقوم على الشك : وهذا تعريف الكاســـاني ، وابن عابدين من الحنفية ، وابن عرفة من المالكية .

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية : ٢٢٤ .
(٢) زاد المعاد لابن قيم الجوزية : ٤ : ٢٦٨ .
(٣) اعلام الموقعين : ٢ : ٢٨ .

فقد اقتصرا على الشك في تعريفها ، بينما أكثر العلماء جعلوا الغرر مبنياً على الشك وعبروا عنه بقولهم: يدرى أم لا يدرى كالزيلعي، والمغرب في الحديث، واحد الآراء عند الظاهرية.

الثالث : انهم جعلوا الغرر ما كان مستور العاقبة ، ومعظمهم على هذا .

وبعد تتبعي لهذه التعاريف كلها، ارى اختيار تعريف الماوردي من علماء الشافعية رحمه الله وقد سار معظم علماء الشافعية على هذا التعريف ، كالبجيرمي ، والشرقاوي ، والرملي ، وهو : « ما انطوت عنا عاقبته » .

وهذا التعريف كما نرى أخصر التعاريف وأجمعها لانواع الغرر اذ يشمل المجهول ، والشك ، وعدم القدرة على التسليم ، والمعدوم ، وما لا يرى ، وجميع أبواب الغرر كما سنرى في حينه ان شاء الله .

المبحث الثاني

الآيات والأحاديث الواردة في الغرر

الآيـات :

والأصل في ذلك أن الله حرم اكل اموالنا بيننا بالباطل فقال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكُلوا أمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ الاّ انْ تكونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ (١)

وقال تعالى : « ولا تأكلوا أموالكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ (٢) وذم الأحبار والرهبان الذين يأكلون أموال الناس بالباطل ، فقال تعالى : يا أيها الذين آمنوا إنّ كثيراً من الأحبار والرُّهبانِ لَيَأكُلون امْوالَ الناسِ بالباطِلِ (٣) . وذم اليهود على أخذهم الربا وقد نهوا عنه ، وأكلهم أموال الناس بالباطل فقال تعالى : « وأخذهم الربا وقد نُهو عَنْهُ وأكلهِمْ أمْوالَ الناسِ بالباطلِ » (٤) .

فهذه الآيات الكريمة كما يقول ابن تيمية « تعم كُل ما يؤكل بالباطل في المعاوضات والتبرعات ، وما يؤخذ بغير رضا المستحق والاستحقاق » (٥) .

فالقرآن الكريم لم ينص على الغرر في آية مستقلة ، ولا في حكم جزئية من جزئيات الغرر ، وانما وردت هذه الآيات الكريمة التي تدل على تحريم أكل أموال الناس بالباطل

---

(١) سورة النساء : ٢٩ .

(٢) سورة البقرة : ١٨٨ .

(٣) سورة التوبة : ٣٤ .

(٤) سورة النساء : ١٦١ .

(٥) القواعد النورانية لابن تيمية : ١١٥ .

عامة ، والغرر المنهي عنه في الحديث الشريف الذي فصل ما جمعه الله في كتابه داخل تحت هذا العموم فقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر .

المراد من الباطل في الآيات السابقة :

والمراد من الباطل لغة : الباطل : الذاهب الزائل ، يقال بطل يبطل بطولا ، وبطلانا ، وجمع الباطل بواطل (١) .

وقد اتفق المفسرون على ان الغرر من الباطل ، الا انهم اختلفوا في تفسير كلمة الباطل ، فالقرطبي قال في تفسير « وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ » بأن لا يأكل بعضكم مال بعض بغير حق فيدخل فيه : القمار ، والخداع ، والغصوب ، وجحد الحقوق ، وما لا تطيب به نفس مالكه ، كالغرر ، او حرمته الشريعة وان طابت به نفس مالكه ، كمهر البغي ، وحلوان الكاهن ، واثمان الخمور .

وقال ايضاً : والآية دليل على ان الباطل في المعاملات لا يجوز ، والغرر من المعاملات الباطلة (٢) .

وقد نقل الطبري عن السدي قوله : لا يأكل بعضكم أموال بعض ، بما حرم عليه من الربا والقمار وغير ذلك من الأمور التي نهاكم الله عنها ، فان الله لم يحل قط أكل الأموال بالباطل (٣)

والجصاص : يرى أن النهي عن أكل مال الغير معقود بصفة ، وهو ان يأكله بالباطل وقد تضمن ذلك أكل أبدال العقود الفاسدة ، كأثمان البياعات الفاسدة ، وثمن كل ما لا قيمة له ولا ينتفع به . (٤)

وقال في موضع آخر : وأكل المال بالباطل على وجهين : أحدهما أخذه على وجه الظلم ، والسرقة ، والخيانة ، والغصب وما جرى مجراه . والثاني : أخذه من جهة

---

(١) تفسير القرطبي : ٢ : ٣٣٩ وج ٥ ١٥٠ .
(٢) تفسير القرطبي : ٢ : ٣٣٨ .
(٣) تفسير الطبري : ٥ : ٣٠ و ٣١ .
(٤) احكام القرآن للجصاص : ٣ : ١٢٨ .

محظورة نحو القمار ، وأجرة الغناء ، والقيان ، والملاهي ، ومـــا لا يجوز أن كان بطيبة نفس من مالكه(١) .

والزمخشري يرى : أن الباطل مـــا لم تبحه الشريعة من نحو السرقة والغصب ، والقمار ، وعقود الربا(٢) .

وابن العربي يفسر الباطل « بما لا يحل شرعاً ولا يفيد مقصوداً ، لأن الشرع نهـــى عنه ، ومنع منه وحرم تعاطيه كالربا والغرر ونحوهما »(٣) .

ويقول في موضع آخر : عند الكلام على أقسام البيع المنهي عنها : « إن هذه الأقسام لا تخرج عن ثلاثة هي : الربا ، والباطل ، والغرر ، ويرجع الغرر بالتحقيق الى الباطـــل فيكون قسمين على الآيتين : يريد آية النهي عن الربا « وأحلَّ اللهُ البيـــعَ وحرَّمَ الربا » وآية النهي من أكل المال بالباطل : (ولا تأكلوا أموالكُمْ بَيْنَكُمْ بِالباطِلِ) .

وقد نقل عن الماوردي لتفسير تأكلو أموالكم بينكم بالباطل رأيان :

الاول : أنه أراد مال كل انسان في نفسه أن لا يأخذه فيصرفه في المحظورات .

الثاني : أن معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى « ولا تَقْتُلوا أنفسَكُم»(٤)، لا يقتل بعضكم بعضاً .

وأما قوله تعالى بالباطل : ففيه ثلاث تأويلات :

الأول : أنه لا يصرف في المحظورات .

الثاني : أن المراد به أن لا يؤخذ بالانتهاب والغارات على عادتهم في الجاهلية .

الثالث: أن المراد بالباطل التجارات الفاسدة المألوفة عندهم في بيوع الجاهلية (٥) .

---

(١) المصدر السابق : ١ : ٣١٢ وأنظر أيضاً : ٤ : ٣٠٠ وانظر ايضاً : ٣ : ٨١
(٢) الكشاف : ١ : ٥٢١ ــ ٥٢٢ .
(٣) أحكام القرآن لابن العربي : ١ : ٩٦ .
(٤) سورة النساء : ٢٩ .
(٥) الحاوي للماوردي : ٥ : ١٠٤ ــ ١٠٥ والمجموع للنووي : ٩ : ١٥٣ .

تفسير قوله « الا أن تكون تجارة » :

وقد اختلف في هذا الإستثناء عند القراء ، وعند المفسرين ، والفقهاء ، فالقراء قرأوها كالتالي :

١ ــ بالرفع : « الا أن تكون تجارة » بمعنى الا أن توجد تجارة ، أو تقع تجارة عن تراض منكم ، فيحل لكم أكلها حينئذ بذلك المعنى ، وبهذه القراءة فإن لفظ تكون تامة ههنا لا حاجة بها الى خبر على ما وصفت، وبهذه القراءة قرأ أكثر أهل الحجاز، وأهل البصرة ، وقرأ ذلك آخرون وهم عامة قراء الكوفيين(١) .

٢ ــ بالنصب : « الا أن تكون تجارة » ويكون المعنى : الا أن تكون الأموال التي تأكلونها بينكم تجارة عن تراض منكم ، فيحل لكم هنالك أكلها ، وبذلك تكون الأموال مضمرة في قوله « الا أن تكون وتكون التجارة منصوبة على الخبر ، ويرجح الطبري قراءة النصب على الرفع (٢) .

ويعجبني في هذا المقال ما فصله الماوردي حيث يرى أن لفظ الا موضوع في اللغة للاستثناء ، لكن اختلف الناس في المراد في هذا الموضع على أربعة أقاويل :

أحدها : أن الا في هذا الموضع لم يرد بها الاستثناء ، وانما معناها معنى لكن ،فيصير تقدير الآية لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولكن كلوها تجارة عن تراض منكم ، كقوله تعالى : « وما كان لِمُؤْمنٍ أن يَقْتُلَ مؤمناً الا خطأً »(٣) معناه وما كان لمؤمن أن يقتل عمداً ولا خطأً لكن ان قتله خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ، وبهذا قال أبو اسحق المروزي .

الثاني : ان معنى الا في هذا الموضع معنى الواو ويكون تقدير الآية « لا تأكلوا

---

(١) تفسير الطبري : ٥ : ٣١ ، وأحكام القرآن للجصاص : ٣ : ١٣١ ــ ١٣٢ والكشاف للزمخشري ٥ : ٥٢٢ .

(٢) تفسير الطبري : ٥ : ٣١ ــ ٣٢ وأحكام القرآن للجصاص : ٣ : ١٣١ ــ ٢٣٢ والكشاف للزمخشري ١ : ٥٢٢ .

(٣) سورة النساء : ٩٢ .

أموالكم بينكم بالباطل وكلوها تجارة عن تراض كقوله تعالى « لو كانَ فيهِما آلهةٌ الاّ اللهُ لفَسَدَتا » (١) .

وكما قال الشاعر :

وكل أخ مفارقه أخوه لعمر أبيك الا الفرقدان

أي والفرقدان سيفترقان ولو أراد الاستثناء لقال الا الفرقدين .

الثالث : أن إلا في هذا الموضع معناها الاستثناء غير ان الاستثناء من مضمر دل عليه مظهر فيصح أن يكون استثناء من جنسه ويكون بذلك تقدير الكلام « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولا بالتجارة إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وهذا على رأي من منع من الاستثناء من غير جنسه وجعلوا ذلك كقوله تعالى : « أحِلَّتْ لكُمْ بَهيمَةُ الأنعامِ إلاّ ما يُتْلَى عليكُم غيرَ مُحِلِّي الصيدِ وأنتُمْ حُرُمٌ » (٢) ويكون المعنى أحلت لكم بهيمة الانعام والصيد الا أن تكونوا محرمين فيحرم عليهم الصيد .

الرابع : أن ذلك استثناء من غير جنسه وقد أجاز هذا الاستثناء المذهب الشافعي واستدلوا على رأيهم بالآيات التالية :

١ ـ لا يَسْمَعُونَ فيها لَغْواً إلا سَلاماً (٣) « وليس السلام من جنس اللغو .

٢ ـ فَسَجَدَ الملائكةُ كُلُّهُمْ أجْمَعُونَ الا ابْليسَ (٤) « وليس ابليس من الملائكة .

٣ ـ « فَانَّهُمْ عَدُوٌّ لي الا رَبَّ العالَمينَ » (٥) وتعالى الله ان يكون من جنس من استثنى منه .

وقال الشاعر :

وليلة ليس بها انيس الا اليعافير والا العيس (٦)

---

(١) سورة الانبياء : ٢٢ . أي أن الواو بمعنى مع .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) سورة : مريم : ٢٦ .

(٤) سورة : الحجر ٣٠ .

(٥) سورة : الشعراء : ٧٧ .

(٦) الانيس : الناس ، واليعافير : حمير الوحش ، والعيس : الابل .

وليس الحمير والابل من جملة الناس (١) .

الاحاديث الواردة في الغرر :

الاحاديث الواردة في الغرر كثيرة جداً اذ كل جزئية من جزئيات الغرر وردت فيها أحاديث كثيرة الا ان الغرر بصفة عامة قد ورد فيه أحاديث نذكرها الآن، وأما الاحاديث التي وردت عن الجزئيات فاننا سنتكلم عنها مستشهدين فيها في محلها :

١) عن ابي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر (٢) . وفي رواية عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر (٣).

٢) عن عمران بن حصين مرفوعا عند أبي بكر بن أبي عاصم بلفظ « نهى عن بيع ما في ضروع الماشية قبل أن تحلب ، وعن الجنين في بطون الانعام ، وعن بيع السمك

---

(١) الحاوي للماوردي : ٥ : ١٠٥ ــ ١٠٦ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٥٦ ــ ١٥٧ والفتح الكبير ٣ : ٢٧٧ وورد هذا الحديث في سنن الترمذي بهذا النص : « عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وبيع الحصاة » « فقد تقدم بيع الغرر على بيع الحصاة ولم تذكر «عن» قبل بيع الحصاة ». قال الترمذي وفي الباب عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبي سعيد ، وأنس . والنسائي ٧ : ٢٣٠ وهو مثل ما في صحيح مسلم وورد في سنن ابن ماجه عن أبي هريرة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة » سنن بن ماجه ٢ : ١٠ وقال أبو عيسى في الجامع الصحيح للترمذي ٣ : ٥٣٢ ط مصطفى الحلبي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي : حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم أنهم كرهوا بيع الغرر . وورد هذا الحديث في السنن الكبرى ٥ : ٣٤٢ ، وقد أورد هذا الحديث ابن تيمية في المنتقى بتقديم بيع الحصاة على بيع الغرر ، وقال ابن تيمية : رواه الجماعة الا البخاري المنتقى ٥ : ٢٤٣ .

وورد هذا الحديث في سنن ابي داود : عن أبي هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ــ زاد عثمان ، وهو ابن ابي شيبه ــ ، « والحصاة » مختصر سنن ابي داود للحافظ المنذري ومعالم السنن للخطابي ٥ : ٤٥ وورد هذا الحديث في نيل الأوطار : عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » رواه الجماعة الا البخاري . نيل الأوطار ٥ : ١٥٦ وقال الشوكاني : وقد ثبت النهي عنه في احاديث : منها المذكور في الباب ، ومنها عن ابن عمر عند احمد وابن حبان ، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني. نيل الأوطار ٥ : ١٥٦ــ١٥٧ وورد في سبل السلام مثل ما في مسلم ٣ : ١٥ .

(٣) السنن الكبرى : ٥ : ٣٣٧ قال البيهقي : حديث ابي هريرة أخرجه مسلم في الصحيح .

في الماء ، وعن المضامين ، والملاقيح ، وحبل الحبلة ، وعن بيع الغرر »(١).

٣) وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عنيه وسلم قال : «لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر » (٢) .

٤) عن بن عباس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٣)

٥) عن سعيد بن المسيب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر. (٤)

٦) عن عبد الله بن عمر : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٥)

٧) عن عامر الشعبي قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٦)

٨) عن سهل بن سعد : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر (٧) .

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني : ٥ : ١٥٨ .

(٢) رواه احمد موقوفا ومرفوعا ، والطبراني في الكبير كذلك ورجال الموقوف رجال الصحيح وفي رجال المرفوع شيخ احمد بن محمد بن السماك ولم اجد من ترجمه وبقيتهم ثقات . مجمع الزوائد ٨٤ . وانظر نيل الاوطار ٥ : ١٥٦ وذكر الشوكاني ان حديث ابن مسعود في اسناده يزيد ابن ابي زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود، وقال البيهقي ،فيه ارسال بين المسيب وعبد الله والصحيح وقفه ، وقال الدارقطني في العلل : اختلف فيه والموقوف اصح ، وكذلك قال الخطيب وابن الجوزي ، وقال البيهقي، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفا على عبد الله ، وقال سفيان الثوري ، عن يزيد موقوفاً على عبد الملك انه كره بيع السمك في الماء . السنن الكبرى ٥ : ٣٤٠ وقال الشوكاني: وقد روى ابو بكر بن ابي عاصم عن عمران بن حصين حديثاً مرفوعاً وفيه النهي عن بيع السمك في الماء فهو شاهد لهذا . انظر الحديث الثالث . الشوكاني ٥ : ١٥٦ .

(٣) رواه الطبراني في الكبير وفيه النضر ابو عمر وهو متروك ، انظر مجمع الزوائد ٤ : ٨ وانظر سنن ابن ماجه مع حاشية السندي ٢ : ١٠ .

(٤) السنن الكبرى : ٥ : ٣٣٨ ، قال البيهقي : هذا الحديث مرسل وقد أخرجه بهذه الصيغة « انبأنا مالك وغيره عن أبي حازم أخبره عن سعيد بن المسيب » ثم قال : وقد رويناه موصولا من حديث الاعرج عن أبي هريرة ، ومن حديث نافع عن ابن عمر . السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ ، وقد ورد هذا الحديث في الموطأ : عن مالك عن أبي حازم ابن دينار عن سعيد بن المسيب . « الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤١ .

(٥) السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ ، رواه الطبراني في الاوسط ورجاله ثقات . انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : ٤ : ٨٠ .

(٦) روى هذا الحديث أبو يوسف عن ابن أبي ليلى عن عامر . أنظر الخراج لابي يوسف : ٨٨ .

(٧) رواه الطبراني في الاوسط ورجاله رجال الصحيح خلا اسماعيل بن ابي الحكم الثقفي وثقه ابو حاتم ولم يتكلم فيه أحد . أنظر مجمع الزوائد : ٤ : ٨٠ .

٩) عن شيخ من بني تميم ، قال : خطبنا علي بن ابي طالب ــ أو قال : قال علي : سيأتي على الناس زمان عضوض ، يعض الموسر على ما في يديه ، ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى : ولا تنسوا الفضل بينكم (١) ويبايع المضطرون ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر ، وبيع الغرر ، وبيع الثمرة قبل أن تدرك (٢) .

تفسير الأحاديث :

لقد تكلمنا عن معنى الغرر وبينا آراء العلماء فيه ، وقد وردت الأحاديث تشتمل على النهي ، وتشتمل على لفظ (بيع الغرر) ولذلك فانه يتطلب منا أن نبحث عن حكم النهي وعن اضافة كلمة بيع الى الغرر .

حكم العقد المنهي عنه :

وصيغة النهي تدل على التحريم ولا تستعمل في غير التحريم الامجازاً (٣) وهو القول المختار عند الأصوليين لفهم المنع الحتم من الصيغة المجرده عن القرائن وهو أمارة الحقيقة ، وهو مجاز في غيره لعدم التبادر والحاجة الى القرينه . وقد اختلفوا في النهي عن التصرفات والعقود المفيدة لأحكامها ، بمعنى هل تقتضى فسادها أولا ؟ (٤) .

وقد ذهب جمهور الفقهاء من أصحاب الشافعي ، ومالك ، وأبي حنيفة ، والحنابله ، وجميع أهل الظاهر ، وجماعة من المتكلمين الى فسادها (٥) ، وذلك ان النهي اذا ورد عن السبب الذي يفيد حكما اقتضى فساده ، سواء كان النهي عنه لعينه أو لغيره في العبادات ، أو في المعاملات ، وذلك كالنهي عن بيع الغرر ، وعن بيع المزابنه ، والنهي عن نكاح

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٧ .

(٢) مختصر وشرح تهذيب سنن أبي داود : ٥ : ٤٧ ــ ٤٨ ، قال الخطابي : وفي اسناد الحديث رجل مجهول لا ندري من هو ؟ الا ان عامة أهل العلم قد كرهوا البيع على هذا الوجه .

(٣) المدخل الى مذهب أحمد بن حنبل لابن بدران ١٠٥ ، والمنتهى لابن الحاجب وحواشيه ٢ : ٩٥ والأحكام للآمدي ٢ : ٤٨ ، وتيسير التحرير ١ : ٣٧٥ وأصول الفقه للخضري ١٩٦ ،وتفسير النصوص في الفقه الاسلامي للدكتور محمد أديب صالح ٨٧٩ .

(٤) المستصفى : ٣١٥ .

(٥) الاحكام للآمدي : ٢ : ٤٨ .

المتعة ، فانه يقتضي الفساد (١) .

ثم اختلفوا في جهة الفساد على النحو التالي :

الأول : انما يكون الفساد من جهة اللغة .

الثاني : انما يكون من جهة الشرع دون اللغة .

ويرى جماعة من الأصوليين أن النهي لا يقتضي الفساد وهو اختيار القفال ، وإمام الحرمين ، والغزالي ، وكثير من الحنفية، وبه قال جماعة من المعتزلة ، كأبي عبدالله البصري، وأبي الحسن الكرخي ،والقاضي عبدالجبار ، وأبي الحسين البصري ، وكثير من مشايخهم(٢).

حجة من قال بالفساد :

فقد استدلوا على الفساد بالنص والاجماع والمعنى :

١ ــ النص : قول النبي ﷺ : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا ، فهو رد » وفي رواية « من أدخل في ديننا ما ليس منه فهورد » والمردود ما ليس بصحيح ولامقبول والمنهى عنه ليس بمأمور به ولا هو من الدين ، فكان مردوداً .

٢ ــ الاجماع فالصحابة رضوان الله تعالى عليهم استدلوا على فساد العقود بالنهي ، فمن احتجاج ابن عمر على فساد نكاح المشركات بقوله تعالى : « ولا تَنْكِحُوا المشْرِكاتِ »(٣) . ولم ينكر عليه منكر فكان اجماعا . وكذلك احتجاج الصحابة على فساد عقود الربا بقوله تعالى : (وذَرُوا ما بقيَ من الربا) (٤) وبقوله ﷺ :لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق . . الحديث الى آخره .

٣ ــ المعنى : وأما الاستدلال من جهة المعنى فمن وجهين .

أ ــ حصول الاجماع على حمل بعض المناهي على الفساد كالنهي عن بيع الجزء المجهول ولو لم يكن ذلك يقتضي النهي لكان الفساد لأمرخارج والأصل عدمه فكان ذلك مقتضى النهي ، ويلزم منه الفساد حيث وجد ، والا كان فيه نفي المدلول مع تحقق دليله وهو ممتنع مخالف للأصل .

---

(١) الموافقات للشاطبي : ٣ : ١٥١ ، ١٤٩ والمدخل لابن بدران : ١٠٥ .

(٢) الاحكام للآمدي : ٢ : ٤٨ .

(٣) سورة البقرة : ٢٢١ .

(٤) سورة البقرة : ٢٧٨ .

ب) مشاركة النهي للأمر في الطلب والاقتضاء ، ومخالفته في طلب الترك ، والامر دليل الصحة (فليكن النهي دليل الفساد المقابل للصحة ، ضرورة كون النهي مقابلا للأمر وأنه يجب أن يكون حكم أحد المتقابلين مقابلا لحكم الآخر)(١).

هذا والنهي عن الشيء قد يكون الفساد فيه لعينه ، وقد يكون لصفته .

المنهي عنه لعينه:

فالنهي عنه لعينه يكون الفساد فيه في الأمور التالية:

١) يكون الفساد فيه شرعا لا لغة : لأن علماء الأمصار في الأعصار لم يزالوا يستدلون على الفساد بالنهي في أبواب الربا ، والأنكحة ، والبيوع ، وغيرها .

٢) وقيل يكون الفساد فيه لغة لاشرعاً ، واستدلوا على ذلك بما استدل به الجمهور على الفساد شرعا ، ويقول الجمهور عنهم : (وأما لغة فلا، بل ذلك لفهمهم دلالته شرعا كما تقدم من دليلنا على عدم دلالته لغة) .

٣) وقيل يكون الفساد فيه اذا استعمل الفساد في مقابلة الأجزاء وهو موافقة العبادة للأمر أو اسقاطها للقضاء،لا اذا استعمل في مقابلة السببية وهو استتباع المعاملة أثرها وذلك كون الفساد مستعملا في المعنيين ، لأنه مقابل الصحة المستعملة في الأمرين .

المنهى عنه لصفته :

وقد مثلوا له بعقد الربا حرام لاشتماله على الزيادة فهو يدل على الفساد خلافا للاكثر(٢)

---

(١) الاحكام للآمدى : ٢ : ٥٠ .

(٢) المنتهى لابن الحاجب ٢ : ٩٥ ــ ٩٨ .

المبحث الثالث

تعريف الغرر في القانون

لم تذكر كلمة الغرر في القانون الوضعي ما عدا القانون المصري ، وانما الذي ذكر في القانون العقود الاحتمالية ، أما القانون المصري فقد استبدل العقود الاحتمالية بعقود الغرر مجاراة للفقه الاسلامي ، ولأن المعنى الموجود في كلمه غرر لايتحقق في غير الفقه الاسلامي لاداء المعنى ذاته ، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية : (وقد غيرت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اصطلاح العقود الاحتمالية بعقود الغرر،لأنه يستعمل في الفقه الاسلامي لاداء المعنى ذاته) (١) .

وبما ان القانون المصري الوحيد الذي جعل كلمة الغرر عنواناً له بدلا من العقود الاحتمالية ثم ساير بقية القوانين في الكلام عن العقود الاحتمالية ، لذا فاني اتكلم عن العقود الاحتمالية في القانون المصري ، واليك جملة من التعاريف للعقد الاحتمالي .

عرف العقد الاحتمالي الدكتور أنور سلطان بقوله : « فهو العقد الذي لايتحدد فيه وقت التعاقد مقدار الاداء الذي يبذله او يأخذه كل متعاقد لوجود عنصر احتمالي فيه ، كعقد التأمين ، وعقد الرهان ، وعقد اليانصيب ، وعقد بيع الاشياء المستقبلة في بعض الحالات ، كبيع الثمر قبل انعقاده ، او الزرع قبل نباته بثمن جزاف » (٢) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٠ بالهامش .

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان : ٤٣ .

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري : « هو العقد الذي لايستطيع فيـــه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد الذي اخذ او القدر الذي اعطى ولا يتحدد ذلك الا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول او غير معروف وقت حصوله » (١).

ويعرفه الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بأنه : « هو العقد الذي لايستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من منفعة » (٢) .

ويعرفه الدكتور عبد السلام ذهني : « هو العقد الذي لايستطيع فيه العاقـــد ان وقت انعقاد العقد لا كلاهما ولا أحدهما معرفة مبلغ الفوائد او الاضرار التي تعود منه » (٣).

ويعرفه الدكتور عبد الحي حجازي : « هو العقد الذي لايعرف فيـــه وقت ابرامه مقدار الغرم بالنسبة للغنم او مقدار الإحتمال الذي يستهدف له كل من المتعاقدين، ولايتبين ذلك الا فيما بعد ، وفقاً لمجرى الحوادث » (٤) .

ويعرفه الدكتور محمد كامل مرسي : « هو العقد الذي يكون تقدير المقابل فيـــه موكولا للحظ والمصادفة » (٥) .

ويعرفه الدكتور حسين النوري : « هو الـــذي لايستطيع المتعاقدان ان يحددا وقت عقده ما يناله او مـــا يعطيه الواحد منهما ،مثال ذلك عقد التأمين على الحياة : فهو احتمالي بالنسبة لطرفية : المؤمن وشركة التأمين » (٦) .

---

(١) مصادر الالتزام للسنهوري ١٦٤ ، والموجز له ايضا : ٤٠ ، ونظرية العقد له : ١٤٠

(٢) نظرية الالتزام في القانون المدني المصري للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت : ٦٤ .

(٣) الالتزامات للدكتور عبد السلام ذهني : ٩٦ .

(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي : ٣٤٣ .

(٥) شرح القانون المدني الجديد : ١ : ٣٣ .

(٦) نظرية العقد للدكتور حسين النوري : ٤٠ .

فمن هذه التعارف نرى انها تدور كلها على ان الاحتمال يكون فية المقدار الذي يعطيه او يأخذه احد المتعاقدين مجهولا أو ما يأخذه أو يعطيه كل من المتعاقدين مجهولا ايضاً، ولا يتحدد ذلك الا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول او غير معروف وقت حصوله.

جهالة المتعاقدين لمقدار ما يأخذانه او يعطيانه :

وقد مثل لهذا الدكتور أنور سلطان بعقد التأمين، وعقد الرهان، وعقد اليانصيب ؛ فان هذه العقود وان كان يحدد فيها في ابتداء العقد مقدار ما يدفعه كل منهما الا ان المقدار الذي يأخذه المستأمن او المراهن او المقامر غير معروف ولايعرف الا مؤخراً ، نتيجة لامر غير محقق الوقوع ، ففي التأمين يكون المبلغ نتيجة الحادثة المؤمن عليها والمراهنة نتيجة كسبها ، والمقامرة نتيجة نجاحها ، وكذلك ايضاً بيع الاشياء المستقبلة في بعض الحالات كبيع الثمر قبل انعقاده او الزرع قبل نباته بثمن جزاف (١) .

جهالة أحد المتعاقدين لمقدار ما يأخذ أو يعطي :

وقد مثل لهذا الدكتور السنهوري بالبيع بثمن هو ايراد مرتب مدى الحياة ، فالبائع وان كان يعرف وقت البيع المقدار الذي أعطى فانه لا يستطيع ان يعرف في ذلك الوقت المقدار الذي أخذ ، لان الثمن لايتحدد الا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله ، وكذلك المشتري فانه يباشر أيضاً عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القدر الذي أخذ ، ولكن لايعرف القدر الذي أعطى وهو الثمن الذي لايعرف تحديده وقت البيع وانما يعرف وقت الموت للبائع، وهو غير معروف وقته ولكنه محقق الوقوع (٢) .

---

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان : ٤٣

(٢) مصادر الالتزام للسنهوري : ١٦٤ .

موطن عقـــد الاحتمال :

فعقد الاحتمال عند القانونيين لا يكون الا في عقود المعاوضة (١) ، أمـــا عقود التبرع فلا تدخل في عقود الاحتمال وتعتبر من العقود المحددة ، الا ان الدكتور السنهوري خالف في هذا ويرى ان عقد التبرع قد يكون عقداً احتمالياً اذا كان الموهوب له لايستطيع ان يحدد وقت تمام العقد مقدار مايأخذ . مثال ذلك : اذا وهب شخص لاخر مرتباً طول حياته فان الموهوب له لايستطيع في هذه الحالة معرفة مقدار ما يأخذه .

أما الدكتور أنور سلطان فانه يميل الى الرأي المخالف للسنهوري فيقول : « ولعـــل اختلاف الرأي يرجع الى ان العقـــد الاحتمالي يكون الاحتمال فيـــه في جانب كل من المتعاقدين وهذا لا يتصور الا اذا كان كل منهما دائناً ومديناً في آن واحد ، ولذا يكون الاصح القول بأن تقسيم العقد الى محدد واحتمالي لايكون الافي العقود الملزمة للجانبين(٢) » .

وقد وافق جمهور فقهاء القانون(٣) الدكتور عبد الحي حجازي فقد قال: «ويلاحظ أنه لايكون عقداً احتمالياً الا الملزم للجانبين: اما العقد الملزم لجانب واحد فلا يكون عقداً احتمالياً ، لان الاحتمال يستلزم اداءين بينهما ارتباط يمكن ان يؤول عند التنفيذ الى غرر لم يكن من الممكن معرفته وقت انعقاد العقد » (٤).

مشابهة العقد الاحتمالي بالعقد الشرطي :

اذا اتفق شخص مع آخر على ان يدفع له مبلغاً من المال اذا حدث أمر معين ، فهذا

---

(١) انظر الى تعريفي الدكتور محمد كامل مرسي ، وأبـــي ستيت
(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور انور سلطان ٤٣ ــ ٤٤ .
(٣) محمد كامل مرسي ، وابي ستيت ، وانور سلطان .
(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي٣٤٦ .

الاتفاق يتشابه مع عقد التأمين الذي بمقتضاه يتعهد المؤمِّن بأن يدفع للمستأمن مبلغاً من المال اذا احترق منزله او اذا احدثت سيارته ضرراً لاحد ، (تأمين على الاشياء او من المسئولية).

وجه التشابه:

مسألة حادثة غير محققة الوقوع في العقدين، فهل يترتب على ذلك أن يعتبر العقد الاحتمالي شرطيا؟ فيجيب الدكتور عبد الحي حجازي على هذا السؤال « كلا ، ذلك لأن الاحتمال في العقد الاحتمالي ليس عنصراً مستقلا أضيف الى مجموع عناصر العقد كما هي حال الشرط ، وانما هو سبب الالتزام أو جزء من السبب . والذي يدل على كون الاحتمال سبباً في الالتزام أو جزء من السبب ، أنه لو ثبت ان الاحتمال لم يكن موجوداً من أول الامر كان العقد باطلا » . والمثال على ذلك أن يقرر ايراد لمدة حياة شخص كان قد مات وقت ابرام عقد الايراد . وكذلك فان فاعلية العقد تقف الى أن يتحقق الشرط في العقد الشرطي ، أما في العقد الاحتمالي فله فاعلية منذ انعقاده كعقد التأمين ، لان المستأمن يجب عليه أن يدفع أقساط التأمين كل شهر منذ انعقاده والمؤمن يتحمل الخطر الذي يمكن أن يقع في كل لحظة طوال المدة المحددة للعقد منذ انعقاد العقد ، ولذا يجب ألا يعتبر العقد الاحتمالي عقدا معلقا على شرط واقف (١) .

الاحتمال وطرفا العقد :

اذا نظرنا الى كل من تعريف الدكتور السنهوري، وتعريف الدكتور أبي ستيت، وتعريف الدكتور حسين النوري ، والدكتور عبد الحي حجازي، نرى أن الاحتمال لا بد أن يكون موجودا لكل طرف من طرفي العقد حتى يكون العقد احتماليا . أما تعريف الدكتور عبد السلام ذهني فقد اكتفى في تعريفه أن يكون الاحتمال من طرف واحد ليكون العقد

---

(١) النظرية العامة للدكتور عبد الحي حجازي ٣٤٥ ـ ٣٤٦

احتماليا ، ويمثلون لذلك بعقد التأمين فانه احتمالي بالنسبة للمؤمن له ، اما الشركة فـان العقد محدد لها لانها تستطيع أن تعرف على وجه التقريب بواسطة حسابات دقيقة مقدار ما تأخذه من مجموع العقد التي عندها .

هذا صحيح اذا كان مجموعة عقود ، اما اذا كان عقد واحدبين مؤمِّنْ ومؤمَّنْ له فالعقد احتمالي قطعا ، لان كلا الطرفين لا يستطيعان تقدير ما يأخذ وما يعطي » .

الفصل الثاني

أقسام الغـــرر

وفيه مبحثـــان

المبحث الأول

الغرر اليسير والمتوسط والكثير [1]

قسم فقهاء المالكية الغرر الى ثلاثة أقسام، يسير ، ومتوسط ، وكثير .

فالغرر اليسير : هو الذي يغتفر ويجوز بيعه اجماعا للحاجة ، فاذا وجد في العقد فانه لايؤثر في صحة العقد لأنه لم يقصد، ولأن الغرر الذي لا تنفك البيوع منه مستخف مستجاز .

ومن الامثلة للغرر اليسير :

١ ـ اجارة الدار مشاهرة مع احتمال نقصان الشهور فان الشهر تارة يكون ثلاثين يوماً ، وتارة يكون تسعاً وعشرين .

٢ ـ بيع أساسات الدار دون رؤية أساس الدار وأنها من باب بيع المغيب في الارض .

٣ ـ بيع الجبة المحشوة، واللحاف المحشو،والحشو مغيب .

---

(١) يذكر العز بن عبد السلام تقسيما للغرر فيقول : الغرر في البيوع ثلاثة اقسام : احدها : ما يعسر اجتنابه كبيع الفستق ،والبندق، والرمان،والبطيخ في قشورها فيعفى عنه . القسم الثاني: ما لا يعسر اجتنابه فلا يعفى عنه . القسم الثالث : ما يقع بين المرتبتين وفيه اختلاف فنهم من يلحقه بما عظمت مشقته لارتفاعه عما خفت مشقته ومنهم من يلحقه بما خفت مشقته لانحطاطه عما عظمت مشقته ، الا انه تارة يعظم الغرر فيه فلا يعفى عنه على الأصح كبيع الجوز الاخضر في قشرته ، وتارة يخف العسر فيه لمسيس الحاجة الى بيعه فيكون الأصح جوازه كبيع الباقلاء الأخضر في قشرته . (قواعد الاحكام في مصالح الانام للعز بن عبد السلام ٢ : ١١) .

٤ ــ الشرب من السقاء مع عدم العلم بمقدار ما يشرب .

٥ ــ دخول الحمام مع اختلاف الاستعمال ومكثهم فيه .

٦ ــ شراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر ، وذكر أو أنثى ، وكامل الاعضاء أوناقصها .

٧ ــ شراء الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك (١) .

أما الغرر الكثير فان وجوده لا يغتفر في العقود فاذا وجد بطل العقد ، ومن الامثلة على الغرر الكثير :

١ ــ بيع الطير في الهواء .
٢ ــ بيع السمك في الماء .
٣ ــ بيع المزابنة .
٤ ــ بيع حبل الحبلة .
٥ ــ بيع المضامين والملاقيح .
٦ ــ بيع الجنين دون أمه .
٧ ــ بيع ضربة القانص أو الغائص .
٨ ــ بيع الثمر قبل ظهوره .
٩ ــ بيع الحصاة .
١٠ ــ بيع المنابذة .
١١ ــ بيع الملامسة .
١٢ ــ بيع المحاقلة .
١٣ ــ بيع مجهول الجنس أو النوع .
١٤ ــ تأجيل الثمن الى الحصاد أو الدياس .
١٥ ــ بيع مجهول الذات بدون تعيينه .
١٦ ــ بيع المرء ما ليس عنده .
١٧ ــ السلم فيما يتعذر وجوده عند حلول الاجل .

ومن الامثلة السابقة للغرر اليسير والغرر الكثير يتبين المدى الواسع بين القسمين وبين هذين القسمين يقع الغرر المتوسط :

الغرر المتوسط :

وهو الغرر المختلف فيه على أساس : هل يلحق بالكثير أم بالغرر القليل : فلارتفاعه

---

(٢) الخرشي ٥ : ٧٥ : ، والفروق : ٣ : ٣٦٥ وتهذيب الفروق : ٣ : ٢٧٠ـ٢٧١ والمقدمات الممهدات : ٢ : ٢٢٢ ، وجواهر الاكليل : ٢ : ٢٣ ، والدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٦٠ ، ونهاية المحتاج : ٣ : ٤٢١ ، والفواكه الدواني : ٢ : ١٢٠ ، والمجموع : ٩ : ٢٨٠ ـ ٢٨١ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٦٧ ، وتهذيب الفروق ١ : ١٧٠ وبلغة السالك : ٢ : ٣٢ .

عن الغرر القليل ألحق بالكثير ، ولانحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا الالحاق هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر .

أمثلة الغرر المتوسط :

١ ــ بيع اللبن في الضرع .
٢ ــ بيع العرايا .
٣ ــ البيع بغير ذكر الثمن.
٤ ــ البيع المعلق والمضاف .
٥ ــ بيع العين الغائبة .
٦ ــ الجعالة .
٧ ــ المساقاة .
٨ ــ المزارعة .
٩ ــ بيع الجزاف
١٠ــ بيع مايكمن في الارض .
١١ــ بيع الصوف على ظهر البهيمة .
١٢ــ بيع مايختفى في قشره .
١٣ــ بيع الآبق .
١٤ــ بيع السمك في الماء والطير في الهواء.
١٥ــ البيع بسعر السوق .
١٦ــ البيع بدون ذكر الثمن .
١٧ــ تأجيل الثمن الى الميسرة
١٨ــ تأجيل الثمن الى العطاء .
١٩ــ بيع المبيع قبل قبضه .
٢٠ــ بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك
٢١ــ بيع المتلاحق من الثمار .
٢٢ــ السلم الحال أجله .
٢٣ــ شركة الأبدان .
٢٤ــ شركة الوجوه .
٢٥ــ شركة المفاوضه .
٢٦ــ شركة المضاربة المحددة بوقت .
٢٧ــ إجارة الارض .
٢٨ــ إجارة الشجر لأجل الثمر .
٢٩ــ بيع المغصوب

من هذه الأمثلة للغرر اليسير ، والغرر المتوسط ، والغرر الكثير ، يتبين لنا أن مسائل الغرر المختلف فيه اكثر من الغرر الكثير والمتوسط ، ومسائل الغرر الكثير أكثرها ورد فيها نص خاص (١) . وقد ذكر ابن رشد الحفيد مسألتين وضح فيهما اختلاف العلماء تبعاً لاختلافهما في الغرر المتوسط وهما :

الاولى : قال : «مسألة» المبيعات على نوعين : بيع حاضر مرئي ، وهذا لاخلاف

---

(١) انظر هذه المسائل مشروحة في رسالتنا شرحاً وافياً مبيناً أوجه الاختلاف عند العلماء .

في بيعه ، وبيع غائب او متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء،فقال قوم : بيع الغائب لايجوز بحال من الاحوال لاماوصف ولامالم يوصف ، وهذا أشهر قولي الشافعي ، وهوالمنصوص عند أصحاب الشافعي ، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز ، وقال مالك واكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذاكانت غيبته مما يؤمن أنتتغير فيه قبل القبض صفته، وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده ، وكذلك البيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤيه وإن جاء على الصفة ، وعند مالك أنه إذا جاء على الصفه فهو لازم ، وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين ، وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار — خيار الرؤية — وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال : هو مخالف لأصولنا وسبب الخلاف، هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه ؟ .

فالشافعي رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير ، وأما ابو حنيفة فإنه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية أنه لاغرر هناك وإن لم تكن له رؤية (١) ، وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع (٢) .

المسألة الثانية : ولو قال أبيعك أحد هذين الثوبين أو العبدين من صنف واحد وقد لزمه شراء أحدهما على أن يختار مايريد وافترقا قبل الخيار ،فأبو حنيفة والشافعي يلحقها بالغرر الكثير فيمنع صحة البيع المذكور ، لأنهما افترقا على بيع غير معلوم،وبعضهم كمالك يلحقها بالغرر القليل فيجيز البيع المذكور ، لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك .

فإذا قلنـــا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوبين المشتري على أن يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب مما يصيبه ، فقيل تكون المصيبة بينهما ، وقيل بل يضمنه كلـــه المشتري ، الا ان تقوم البينة على هلاكه، وقيل يضمن فيما يغلب عليه كالثياب ، ولايضمن فيما لا يغلب عليه كالعبد ، وأما أخذ الباقي فقيل يلزم ، وقيل لايلزم (٣) .

---

(١) لانهم يثبتون خيار الرؤية شرعاً .
(٢) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٧ — ١٦٨ .
(٣) المرجع السابق : ٢ : ١٦٦ — ١٦٧ .

هل وضع الفقهاء ضابطاً للغرر اليسير والمتوسط والكثير ؟ .

حاول الباجي أن يضع ضابطاً للغرر الكثير والغرر اليسير فقال : « ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لاخلاف في المنع منـــه ، وأما يسير الغرر لأنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه » (١) وهذا الضابط الذي ذكره الباجي للغرر الكثير والغرر القليل غير كاف ، لأنـــه لا يضع حداً مميزاً بين النوعين اذ العقد الذي غلب عليه الغرر حتى صار يوصف به ، والعقد الذي لايكاد يخلو عقد منه بينهما فرق واسع .

وابن رشد الجد وضع ضابطاً للغرر اليسير : بأن الغرر الذي لا تنفك البيوع منه (٢) وقال الدسوقي الغرر اليسير : « ما شأن الناس التسامح فيه » (٣).

أرى ان هذه المحاولة من الفقهاء لوضع حد معين للغرر اليسير والغرر الكثير أنهم لم يأتوا بالثمرة المرجوة الا ما كان من الباجي الذي وضع ضابطاً للغرر الكثير حيث يقول : « ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لاخلاف في المنع منه » . ولذا نرى ان العقد الذي فيه كثير غرر قد نهى عنه النبي ﷺ وهي بيوع جاهلية كانت تتعامل العرب بها كبيع الحصاة ، وبيع الملامسة ، والمنابذة ، والمعاومة ، والسنين ، والثمر قبل بدو الصلاح ، فهذه البياعات قد تكون فيها الغرر وصارت موصوفة به ولذا جاءت الاحاديث في النهي عنها (٤) ولذا فاني أرى تأييداً للباجي مانهى عنه النبي ﷺ في نهيه عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح بعد أن اشتدت خصوماتهم الى النبي ﷺ عن ذلك ، لأن فيها غرراً كثيراً ، وكذلك في المزارعة واشتراط احدهم ان له ما على الماذيانات ، أو أن له ماتنبت هذه الجهة دون الجهة الاخرى ، أو أن له ثمرة شجرة بعينها ، أو مقداراً معيناً من الثمر او الزرع ، كل ذلك نهى عنه لما فيه غرر .

أما حد الغرر اليسير فلم أر من وفق لهذا من الفقهاء ، وإن كان ضابط الدسوقي يشير الى الدقة الا أن اذواق الناس تختلف في التسامح مما يجعل المعيار غير منضبط ولذا فإني

---

(١) المنتقى للباجي : ٥ : ٤١ .
(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد : ٢ : ٢٢٢
(٣) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٦٠ .
(٤) انظر اماكنها من رسالتنا ان شاء الله.

أرى أن يجعل الضابط للغرر اليسير متروكاً للأزمنة والبيئة ولتطور الحضارة ،إذ أن كثيراً من البياعات في زماننا نرى ان الغرر فيها يسير ، أو كثير ، أو متوسط ، وبعد فترة نراه قليلا ، أو كثيراً ، أو متوسطاً ، بعكس الزمن الماضي ، ولذا لا أرى ضابطاً معينـــاً للغرر اليسير والكثير ، ومن باب أولى للغرر المتوسط ولذا نرى ترك هذا الضابطللظروف الملائمة لكل عصر وللعرف . ويكون الغرر من القواعد المرنة في الشريعة الاسلامية ، وقد اعتبر الدكتور السنهوري الغرر حسنة من حسنات الفقه الاسلامي فقـــال : « على أن الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقه الاسلامي حسنة من حسناته الكبرى،فهو قد اتخذ للغررمعايير مرنة ، أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات. فيستطيع الفقه الاسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر . ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة ــ دون القواعد الجامدة ــ انما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجاري بها مايستحدثه التطور ، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتقابلة » (١) .

---

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور احمد السنهوري : ٣ : ٥١

المبحث الثاني

الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر

واختلاف الفقهاء في الغرر اليسير والغرر الكثير سببه هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ؟

فقال ابن رشد الحفيد : « وذلك أنهم اتفقوا على أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين » (١) .

فالغرر اليسير هو الذي لا يؤثر في العقد بل يبقى العقد صحيحاً ، ولذا قال النووي في الغرر الذى لا يؤثر في العقد : (وهو أنه اذا دعت الحاجة الى ارتكاب الغرر ولايمكن الإحتراز عنه الا بمشقة ، أو كان الغرر حقيراً جاز البيع) (٢) .

أما الغرر المؤثر فإنه بعكس ذلك تقريباً : اذا لم تدع الحاجة إلى ارتكابه ويمكن الإحتراز عنه بدون مشقة وكان الغرر كثيراً فإن البيع لا يجوز .

والآن نطبق تأثير الغرر على المعقود عليه فنقول : (٣)

١ ــ عقود المعاوضات المالية : فالغرر انما يؤثر في عقود المعاوضات المالية وخاصة

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ١٧٠ ومصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري ٣ : ٤٩ ، والفروق للقرافي الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ماتؤثر فيه الجهالات والغرر ، وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات) فروق ١ : ١٥٠ وتهذيب الفروق ١ : ١٧٠ .

(٢) المجموع للنووي ٩ : ٢٨١ .

(٣) يكتفي في هذا المقام بالتمثيل فقط لما يتطلبه منا التمثيل للغرر المؤثر وسنعود اليه في حينه مفصلا في البابين الثاني والثالث ان شاء الله .

في البيع فقد وردت النصوص في ذلك ، وكذلك في الإجارات والشركات .

٢ ـ العقود الأخرى ما عدا المعاوضات المالية فالغرر لا يؤثر فيها مهما كان كثيراً ، لأنه لا ضرورة من الغرر ولو كان كثيراً على من يتلقى التبرع ، لأنه لم يبذل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر وخاصة في عقود التبرعات كالهبة مثلا، فهما جاء الموهوب من مال فلا أثر للغرر فيه ، وكذلك الوصية ، الا في الوصية بالعبد الزمن أو الأعمى ، أو الدابة ، فإذا وهبنا ثمر شجرة فإن الغرر لا يؤثر فيها باعتبار أن الخصام والنزاع منتف بهذه الثمرة ، ولو أصابتها آفة لا يلحق الموهوب أي ضرر ، أما لو كانت الصورة صورة بيع فإن الغرر يكون له تأثير باعتبار أن الثمرة اذا هلكت تكون على حساب المشتري، ويكون البائع قد أخذ الثمن بدون مقابل وهو باطل ، قال الله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » .

اما عقد الزواج فإن الغرر لا يؤثر فيه ، لأن الزواج ليس معاوضة صرفة او تبرعاً صرفاً ، بل بين بين يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر في المعاوضات وأيسر مما يغتفر في التبرعات للتوسط بين هذين الطرفين، فالمهر وبدل الخلع لا يؤثر الغرر فيهما ،لأنهما مبنيان على المسامحة والمكارمة في الناحية المالية .

ويستثنى من الغرر المؤثر في العقود كما في هذه القاعدة الفقهية التالية :

يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها : (١)

والمقصود من هذه القاعدة أن الغرر لا يؤثر في التوابع بينما يؤثر الغرر في الأصل والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

١ ـ بيع المعدوم تبعاً للموجود : اختلف الفقهاء في بيع ما يتلاحق بعضه بعد بعض كبيع المقاثي ، والمطابخ اذا طابت على قولين :

فالمجيزون لهذا البيع : يرون بأنه يجوز بيعها جملة ويأخذ المشتري شيئاً بعد شيء كما جرت به العادة ويجري مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها ، وهذا هو الصحيح من

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم : ١٢١ والاشباه والنظائر للسيوطي : ١٢٠ والمجلة العدلية ٥٤

القولين الذي استمر عليه عمل الامة ولا غنى لهم عنه ولم يأت بالمنع منه كما يقول ابن القيم كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع ، ولا أثر ، ولا قياس صحيح ،وقد أفتى بهذ االقول السرخسي، والإمام مالك رحمه الله ، واهل المدينة ، واحد القولين في مذهب احمد رحمه الله ، وهو إختيار ابن تيمية . (١)

وهكذاحكي عن الشيخ الإمام ابي بكر محمد بن الفضل قال: « أجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً قال أستحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج بين (٢).

والمانعون لهذا البيع : احتجوا بأن المعدوم الذي لم يوجد، لا يصلح أن يكون تابعاً للموجود ، وقالوا : وطريق دفع ذلك بأن يبيع اصولها معها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل للبائع ان ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق (٣) .

٢ ــ بيع اللبن في الضرع مع الشاة : وبيع اللبن في الضرع لا يجوز منفرداً ، لأنه مجهول القدر ، ولأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن انه من اللبن ، ولأنه مجهول الصفة . أما بيع الشاه وما في ضرعها من اللبن فقد اختلف في هذا البيع على وجهين مشهورين :

الأول : لا يصح البيع ، لأنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم بخلاف البيع بشرط انها حامل فانه يصح ، لأن هذا وصف بائع فاحتمل ، وهذا الرأي بعدم الصحة هو رأي ابن الحداد والشيخ ابو علي السنجي وهو الأصح .

الثاني : يصح البيع ، لأنه يدخل عند الإطلاق في البيع فلا يضر ذكره ، بل يكون توكيداً وبياناً لمقتضاه ، وصار كما لو قال : بعتك هذه الرمانة وحبها أو هذا الجوز ولبه فانه يصح قطعاً مع أنه لو أفرد اللب بالبيع لم يصح ، والمذهب الجزم بالصحة فيهما (٤) .

---

(١) زاد المعاد : ٤ : ٢٦٢ .
(٢) المبسوط للسرخسي . ١٢ : ١٩٧ .
(٣) المصدر السابق : ١٩٧ وزاد المعاد : ٤ : ٢٦٣ .
(٤) المجموع : ٩ : ٣٥٥ ــ ٣٥٦ .

اما اذا باع الشاه وفي ضرعها لبن بدون اشتراطه فإن هذا البيع يصح بالإجماع ، لأن اللبن تابع للشاة وليس هو المقصود ، قال النووي : « أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وان كان اللبن مجهولا ، لأنه تابع للحيوان ، ودلياه من السنة حديث المصراة » (١)

٣ ـ بيع الشاة مع الحمل : اذا بيع الحمل بدون أمه فإنه بيع باطل بالإجماع ، سواء كان بيعه لمالك الام أم لغيره ، اما اذا باع حاملا بيعاً مطلقا دخل الحمل في البيع بالإجماع ، شأنها في ذلك شأن بيع اللبن في الضرع مع الشاة والإختلاف فيه هو نفس الإختلاف في بيع الشاة مع اللبن (٢) .

٤ ـ بيع الزرع تبعاً للارض : اذ بيع الزرع الأخضر فقط بدون اشتراط القطع فالبيع لا يصح ، أما إذا باع الزرع الأخضر مع الأرض جاز البيع ، لأنه جعل الزرع الأخضر تبعاً للأرض فلم يؤثر الغرر في هذا البيع (٣) .

قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة ، وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي فإن باعه مع الأرض جاز وإن باعه لمالك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة تباع من مالك الاصل (٤) .

٥ ـ إن عقد البيع لا يصح بدون الايجاب والقبول إذا كان البيع مستقلا ولكن في البيع الضمني يغتفر فيه ترك الايجاب والقبول (٥) .

٦ ـ لو اشترى شيئاً لم يره ، وقال الآخر كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته ، فلو قال الوكيل اسقطت خيار رؤية موكلي ، لا يصح اسقاطه قصداً ، لكن لو قبضه وهو يراه ، سقط خيار موكله عند الإمام ، فهنا قد سقط خيار رؤية الموكل ضمناً ولم يسقط قصداً ، وقال : الوكيل بالقبض كالرسول ، رؤيته لا تسقط خيار الموكل (٦) .

---

(١) المجموع للنووي : ٩ : ٣٥٩ ، ٢٨٠ .
(٢) المجموع : ٩ : ٣٥٧ .
(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي : ١٢١ .
(٤) المغني لابن قدامة : ٤ : ٦٤ .
(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي : ١٢٠ .
(٦) الاشباه والنظائر لابن نجيم : ١٢٢ .

٧ ــ بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مع الأصل : اذا اشترى الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط التبقية فلا يصح البيع اجماعاً ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » متفق عليه (١) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث .

اما إذا بيعت الثمرة قبل بدو الصلاح ولكن مع الاصل فهذا البيع يجوز بالإجماع ، لقول النبي ﷺ من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر ، فثمرتها للذي باعها ، الا أن يشترط المبتاع ، ولأنه اذا باعها مع الاصل حصلت تبعاً في البيع ، فلم يضر احتمال الغرر فيها كما يقول ابن قدامة ، وهذ الاحتمال كاحتمال الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة ، والنوى في التمر مع التمر ، وأساسات الحيطان في بيع الدار (٢) .

ومن هذا يتبين لنا ان المشتري إذا شرط أن تكون الثمرة له جاز ، واذا لم يشترط المشتري ذلك فالثمرة انما تكون للبائع بمقتضى الحديث ، وجاز ذلك رغم أن الثمرة لم يبد صلاحها بعد .

٨ ــ بيع الثمرة مفردة لمالك الاصل قبل بدو الصلاح : صورة المسألة : أن تكون الثمرة للبائع ، وذلك ان تؤبر الشجرة فتكون للبائع ، لأن المشتري لم يشترط الثمرة له ثم يبيعها البائع له بعد ذلك ، أو أن يوصي لرجل بثمرة نخلة فيبيع الموصى له الثمرة لورثة الموصي ، فقد اختلف الفقهاء في هذا البيع فأجازه البعض ومنعه آخرون ، وقد قرر ابن قدامة هذا الخلاف فقال : ففيه وجهان :

أحدهما : يصح البيع ، وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشتري ، فيصح كما لو اشتراها معا ، ولأنه اذا باعها لمالك الاصل حصل التسليم الى المشتري على الكمال ، لكونه مالكاً لاصولها ، وقرارها ، فصح كبيعها مع اصلها .

الثاني : لا يصح وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن العقد تناول الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة ، كما لو كانت الاصول لأجنبي ، ولأنها

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم . انظر اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٣٧ .
(٢) المغني لإبن قدامة : ٤ : ٦٣ .

تدخل في عموم النهي ، بخلاف ما اذا باعهما معا ، فانه مستثنى بالخبر المروي فيـــه ، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة ، وفيما اذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعا ، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع ، كما يجوز بيع اللبن في الضرع ، والحمـــل مـــع الشاة وغيرهما ، وان باعه الثمرة ، بشرط القطع في الحال ، صح وجها واحدا ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط ، لأن الأصل له (١) .

٩ ــ بيع الجبة وحشوها : فاذا قال بعتك هذه الجبة وحشوها أو بحشوها فطريقان: الأول : لا يصح كما في بيع الشاة مع حملها ، والثاني : يصح قولا واحدا . وأصح القولين الصحة قطعا ، لأن الحشو داخل في مسمى الجبة ،فيكون ذكره توكيداً للفظ الجبة بخلاف الحمل ، ولأن الحشو متيقن وجوده بخلاف الحمل ، أما اذا بيعت بدون ذكر الحشو فالأمة أجمعت على صحة بيع الجبة المحشوة وان لم ير حشوها ، لأن ذلك غرر حقير ، ويكون بيع التابع تبعاً للأصل (٢) .

١٠ ــ بيع أساس الدار تبعاً لها وان لم ير الأساس ، وقد أجمعوا على جواز هـــذا البيع ، لأن الغرر لا يؤثر في التابع بينما عدم الرؤية في الاصل يؤثر الغرر فيه (٣) .

١١ ــ بيع ما يكمن في الارض : قال بعض فقهاء الحنفية أنه يجوز بيع ما يكمن في الأرض اذا كان الموجود منه أكثر من المعدوم ، لأن المعدوم يكون تابعاً للموجود،وكذلك أجازته الحنابلة اذا كان المقصود منه ظاهراً ، لأن الكامن يكون تابعاً فلا تضر جهالته ، وأن هذا البيع ليس من الغرر بل أهل الخبرة يستدلون بما يظهر على المغيب،قال ابن تيمية : « وكان في اظهار باطنه مشقة وحرج ، اكتفى بظاهره كالعقار فإنـــه لا يشترط رؤيـــة أساسه ودواخل الحيطان » (٤) .

١٢ ــ ان بعت فلك درهـــم وان لم تبع فلك نصف درهم : وترى الزيدية انه لا يصح الاستئجار على البيع ، لأن البيع لايتم الا بالقبول وليس بمقدور الاجير ان يحصل منه

---

(١) المغني لابن قدامة : ٤ : ٦٤ .
(٢) المجموع للنووي : ٩ : ٣٥٦ ، ٢٨٠ــ٢٨١ ، ٣٣٠
(٣) المصدر السابق : ٩ : ٢٨٠ ، ٣٣٠ .
(٤) مجموعة فتاوى ابن تيمية : ج ٢٩ : ٤٨٨ .

القبول فكان فيه غرراً وقد نهى عن بيع الغرر ، فان قال: ان بعت فلك درهم والا فنصف درهم صحت الإجارة ، لأن البيع دخل تبعاً للاجـــارة وليس مقصوداً فأشبه الحقوق ، والجهالة تغتفر فيما يدخل تبعاً من الحقوق (١) .

وذلك لأن الاجارة انما تكون على العمل وقد حصلت الاجارة على عرض المبيع للبيع لا على نفس البيـع ، والبيع انما جاء تبعاً للعمل فلم يؤثر فيه الغرر عند ئذ .

نفي الغرر عن بعض العقود للحاجة :

لقد مر بنا سابقاً ان الامام النووي رحمه الله قال : إن الغرر الذي لايؤثر في العقد : وهو أنه اذا دعت الحاجة الى ارتكاب الغرر ، ولا يمكن الاحتراز عنه الا بمشقة ، أو كان الغرر حقيراً جاز البيع ، وأن الغرر المؤثر هو بعكس ذلك تقريباً : اذا لم تدع الحاجة الى ارتكابه ، ويمكن الاحتراز عنه بدون مشقة ، وكان الغرر كثيراً ، فان البيع لا يجوز . .

ولذا اذا كان الناس بحاجة الى هذ العقد فان الشارع الحكيم لم يجعل حرجاً قال تعالى: وما جَعَلَ عَلَيكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٢) . فقد اجاز الشارع الحكيم دفع الحرج، ففي العقود فقد اجازها ولو كان فيها غرراً اذا كان الناس يحتاجون اليها . فقد اباح الشارع اجارة البيوت للحاجة ، اذ لايستطيع كل انسان ان يجد بيتاً يسكنه ، وكذلك الجعالة جوزت على خلاف القياس لما فيها من الجهـــالة جوزت للحاجة ، وكذلك الحوالة جوزت على خلاف القياس للحاجة ، اذ انها من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة الى ذلك ، وكذلك جواز السلم على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم دفعاً لحاجة المفاليس، وكذلك الاستصناع اجيز للحاجة ، وكذلك دخول الحمام مع جهالة مكثه فيها وبما يستعمله من مائها ، وشربة السقاء ، ومنها ضمان الدرك فقد جوز على خلاف القياس اذ البـــائع اذا باع ملك نفسه ، ليس ما أخذه من الثمن دينا عليه ، حتى يضمن ، لكن لاحتياج الناس الى معاملة من لا

---

(١) البحر الزخار : ٤ : ٥٠

(٢) سورة الحج : ٧٨ .

يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً (١)

المراد بالحاجة :

يقول السيوطي : « والحاجة لحائع الذي لولم يجدما يأكله لم يهلك ،غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في الصوم » (٢) وبالنسبة للعقود فاذا كان الناس بحاجة الى عقد من العقود ولو لم يباشر هذا العقد لكان الناس في حرج ومشقة كما رأينا سابقاً من الأمثلة .

الحاجة والضرورة سواء في الغـــرر :

لقد ذكرنا آنفاً ان الجائع لو لم يجد مايأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة كما يقول السيوطي ، ويقول عن الضرورة : « بلوغـــه حداً إن لم يتناوله الممنوع هلك أو قارب » (٣) ، والمقصود من قارب أي أنه يصل الى درجة يخاف على نفسه الهلاك. يقول الزرقاني : (حدّ الاضطرار أن يخاف على نفسه الهلاك علماً او ضناً ولا يشترط ان يصير الى حال يشرف معها على الموت (٤) .

الا انهم في الكلام عن الغرر لايفرقون بين الحاجة والضرورة،فيستعملون الضرورة مكان الحاجة والمشقة ، ولذا فإني سأسرد بعضـــاً من النصوص الفقهية مبينة استعمالهم الضرورة بدل الحاجة ، والحاجة بدل الضرورة ، الا انه لا يغرب عن البال ان الضرورة في عقد الغرر لم يصل الى حد التعريف الذي ذكرناه .

يقول الدردير في شرحه لمتن خليل (وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الاوصاف

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي : ٨٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم : ٩١ ـ ٩٢ ، ويذكـــر ابن نجيم نقلا عن القنية والغنية أنه يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح. الاشبـــاه والنظائر لابن نجيم : ٩٢ ، وفي هذا الرأي نظر ، اذ هذا صريـــح في الربا اذ هو مقابلة مال بمـــال مع التفاضل ، والآيات والاحاديث لم يرد فيها ما يخصصها بالحاجة ، ولعل هذا القول تصحيف وتكون الجملة لا يجوز للمحتاج . . . والله أعلم .

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي : ٨٥ .

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي : ٨٥ .

(٤) الزرقاني على الموطأ : ٣ : ٩٥ ويقول محمد سلام مدكور : (والاضطرار أقوى انواع الحاجة وأبرزها) . نظرية الإباحة : ٣٤٢ .

المكتوبة في البرنامج (اي الدفتر المكتوب فيه اوصاف مافي العدل من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصفة للضرورة) ويقول الدسوقي شارحاً للضرورة : اي لما في حـــل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه ومؤنة شده) (١) .

اما من فسر الحاجة بالضرورة الشيخ الدردير رحمه الله في شرح متن خليل فقال : (واغتفر غرر يسير اجماعاً للحاجة) اي للضرورة(٢) وكذلك الشيخ صالح عبدالسميع يفسر ذلك بالضرورة (٣) والشيخ محمد الصاوي يقول في هذا الصدد : (واغتفر للضرورة غـــرر يسير اجماعاً (٤) .

اما الشافعية فانهم اكثر الناس استعمالا لكلمة الحاجة في مسائل الغرر ، فيقول الشيرازي: (ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد ، وثوب من اثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة) (٥) ويقول ايضاً : نهى رسول الله ﷺ عن الحجر . . . . ، ولأنه قد يكون حملا وقد يكون ريحا وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، ولأنه ان كان حملا فهو مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز) (٤) ويقول ايضاً : ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم . . . لأنه قد يموت الحيوان قبل فيتنجس شعره وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز) (٦) .

ويقول النووي: (الاصل أن بيع الغرر باطل للحديث ، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه .

فأما ما تدعو اليه الحاجه ،ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار ، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد او اكثر ، وذكر او انثى ، وكامل الاعضاء أو ناقصها ، وكشراء

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ ٢٤
(٢) المرجع السابق : ٣ : ٦٠ .
(٣) جواهر الاكليل : ٢ : ٢٣ .
(٤) بلغة السالك : ٣ : ٣٢ .
(٥) المهذب للشيرازي : ١ : ٢٧٠
(٦) المرجع السابق : ١ : ٢٧٢ .

الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك ،فهذا يصح بيعه بالاجماع) (١)

اما الحنفية فيقول السرخسي في صدد خيار الشرط : (والقياس يأبى ذلك ، لأن شرط الخيار تعليق للعقد،وعقود المعاوضات لاتحتمل التعليق ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك ولكنا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس الى ذلك (٢) .

ويقول الحصكفي : (ولا تصح عند الامام ، لأنها كقفيز الطحان ، وعندهما تصح وبه يفتى للحاجة) (٣) اما الحنابلة فيقول ابن تيمية : (ومفسدة الغرر اقل من الربا فلذلك رخص فيما تدعو اليه الحاجة منه، فان تحريمه اشد ضرراً من ضرر كونه غرراً مثل بيع العقار جملة ، وان لم يعلم دواخل الحيطان والاساس ، ومثل بيع الحيوان الحامل او المرضع ، وان لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن ، وان كان قد نهى عن بيع الحمل مفرداً ، وكذلك اللبن عند الأكثرين ، وكذلك بيع الثمرة بعد بدو صلاحها فانه يصح مستحق الابقاء كما دلت عليه السنـــة) (٤) .

ويقول ابن القيم : (فليس كل غرر سبباً للتحريم ،والغرر اذا كان يسيراً أو لا يمكن الاحتراز منه لم يكن مانعاً من صحة العقد، فان الغرر الحاصل في أساسات الجدران ، ودواخل بطون الحيوان ، أو آخر الثمار التي بدا صلاح بعضها دون بعض لا يمكن الاحتراز منه ، والغرر الذي في دخول الحمام ، والشرب من السقاء ونحوه غرر يسير ، فهذان النوعان لا يمنعان البيع ، بخلاف الغرر الكثير الذي يمكن الاحتراز منه وهو المذكور في الانواع التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما كان مساوياً لها لا فرق بينها وبينه فهذا هو المانع من صحة العقد ، فاذا عرف هذا فبيع المغيبات في الأرض انتفى عنه الامـــران فان غرره يسير ولا يمكن الاحتراز منه . . .) (٥) .

---

(١) المجموع للنووي ٩ : ٢٨٠ .
(٢) المبسوط للسرخسي ١٣ : ٤٠ ـ ٤١
(٣) حاشية ابن عابدين ٦ : ٢٧٤ ـ ٢٧٥
(٤) القواعد النورانية ١١٨ ، ١٣٢ ، ١٣٧ .
(٥) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ .

ويقول ابن قدامة بعد ذكر حديث الرقية على جواز الجعالة : (ولأن الحاجة تدعو الى ذلك فان العمل قد يكون مجهولا كرد الآبق، والضالة ، ونحو ذلك، ولا تنعقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردهما ، وقد يجد من يتبرع به ، فدعت الحاجة الى اباحة بذل الجعل فيه ، مع جهالة العمل ، لأنها غير لازمة) (١) .

والزيدية كما يقول المرتضى : (الجعالة جائزة لمس الحاجة الى رد الضال ونحوه كالاجاره) (٢) .

والامامية كما يقول العاملي في صدد جواز إجارة الفحل للضراب : (والقصد من الضراب وان كان هو الماء الا أنه جوز للضرورة) (٣) .

تعيين الحاجة تنزلها منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة :

لقد ذكرنا سابقاً الضرورة والحاجة ،والمراد هنا معنى الحاجة الخاصة وهي أن يكون الاحتياج فيها الى طائفة خاصة كأهل قرية أو حرفة ، والحاجة العامة وهو أن يكون الاحتياج اليها شاملا جميع الناس (٤) .

والمراد من الحاجة التي لها علاقة بالغرر والتي تجعل الغرر غير مؤثر في العقد أن تكون معينة بحيث لا يستطيع أن يوجد عقد آخر يحقق الغرض ، فاذا تعينت فعندئذ لا أثر للغرر في العقد نظراً للحاجة ،واذا كان بالامكان الحصول عليها من عقد آخر دون ان يكون فيه غرر فالحاجة عندئذ غير موجودة في العقد الذي فيه غرر ، فعقد الاجارة على شرب اللبن لايجوز وبيع اللبن في الضرع لا يجوز ، لأن الحاجة فيها غير معينة ، لأنه من السهل الوصول الى اللبن بعقد الاجارة على الظئر ، وهذه الاجارة متفق عليها والارضاع لايكون الا بهذه الطريقة .

اما اذا تعينت الحاجة فالعقد عندئذ يجوز ، كبيع ما يؤخذ بعضه بعد بعض وقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٩٤ .
(٢) البحر الزخار ٤ : ٦٢ .
(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ١٤٤ .
(٤) مجلة الاحكام العدلية م ٣٢ والاشباه والنظائر لابن نجيم : ٩١ والمدخل الفقهي العام للزرقاء : ٩٨٣ .

اختلف الفقهاء فيها ، فالمجيزون لها أجازوها دفعاً للحرج والمشقة ، لأن منع بيعه الا شيئاً فشيئاً كلما أخرج شيئاً باعه ففي ذلك من الحرج والمشقة وتعطيل مصالح ارباب تلك الأموال ومصالح المشتري مالا يخفى وذلك مما يوجبه الشارع ولا تقوم مصالح الناس بذلك (١) .

والمانعون يقولون أنه يجوز شراء هذه لقطة لقطة ، وجزة جزة ، فان الحاجة غير متعينة .

وكذلك جوز الفقهاء بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدا بعضها وأمن العاهة نظراً للحاجة .

وجاء في فتح القدير : (ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه ، فاما باذن البائع اذنا مجرداً ، او باذن في ضمن الاجارة ، بأن استأجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ، ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل ، أما في الاذن المجرد فظاهر ، وأما في الاجارة فلأنها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة ، فان الحاجة ليست بمتعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستئجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها عليها) (٢) .

فالحنفية لم ترجواز استئجار الاشجار وابقاء الثمار عليها حتى يبدو صلاحها لعدم تعيين الحاجة ، وعللوا ذلك بأنه بالامكان شراء الشجر والثمر ولذلك لا تكون الحاجة متعينة ، ويعجبني رأي الكمال بن الهمام في عدم قبول هذه العلة فإنه يقول : (ولا يخفى مافي هذا من العسر فانه يتسدعي شراء مالا حاجة له اليه ، وما لا يقدر على ثمنه ، وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار . . واصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا ان الشرع اجازها للحاجة ، فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز) (٣) .

تقييد الحاجة :

لقد قلنا سابقاً ان الحاجة اذا تعينت في عقد من العقود انتفى الغرر الا ان هذه الحاجة مقيدة ومقدرة بمقدار معين ومن الأمثلة على ذلك : ما قاله المرغيناني : (ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز ، وكذلك

(١) زاد المعاد لابن القيم الجوزيه ٤ : ٢٦٧
(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٣ .
(٣) فتح القدير ٥ : ١٠٣ .

الثلاثة ، فان كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد ، والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي ، وجه الاستحسان أن الخيار شرع للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والأوفق ، والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة ، لأنه يحتاج الى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ، ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع، غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والمتوسط والرديء فيها ، والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار ، وكذا في الأربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة) (١) .

وبهذا النص نري أن الحنفية قيدت الحاجة بمقدار ما يحتاج اليها ، فعندما زاد على الثلاث اندفعت الحاجة فبطل فرد الى الاصل ، لأن الحاجة تندفع بالتحري في الثلاث لا في الاربعة ،وكذلك فان اشتراط الخيار انما يكون للمشتري لا للبائع ،لأن المشتري هو المحتاج الى معرفة المبيع بينما البائع يعلم بالمبيع وكنهه،ولذا يقول الكمال بن الهمام: (واذا ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشترى ، لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والأرفق ، لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه فيرد جانب البائع الى القياس) (٢) . ويرى الكرخي ان الخيار يجوز للبائع كما يجوز للمشتري الا ان جوازه للبائع من باب الاستحسان ، لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع (٣) ، الا ان النص في المجرد على أنه لا يجوز خيار التعيين في جانب البائع) (٤) وكذلك فانه لا يجوز خيار الشرط اكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وزفر الشافعي ، لانه شرع للحاجه

---

(١) الهداية مع فتح القدير : ٥ : ١٣٠ وانظر بدائع الصنائع للكاساني : ٥ : ١٥٧ .

(٢) فتح القدير : ٥ : ١٣١ .

(٣) يذكر محمد سلام مدكور (غير أن الفقيه الكرخي أجازه للبائع أيضاً وهو ما أميل اليه ، لان ما أجيز للمشتري من أجله يصح ان يتوفر له ، فلو فرضنا ان شخصاً يملك سيارتين فعرض عليه من له خبرة فيهما ان يبيعه احداهما وحدد لكل ثمناً ، وكان هو في حاجة الى التخلص من أحداهما ورغب ان يعرض الامر على من له خبرة فقبل البيع على ان يكون له خيار التعيين) المدخل للفقه الاسلامي : ٦٦١ ، والذي أراه أن هذا خيار الشرط لا خيار التعيين ، لان ترك الخيار للبائع انما هو اعطاؤه فرصة التروي والاختيار وهذا هو معنى خيار الشرط ، وأرى أن البائع ليس له خيار التعيين ،لان المفروض بالبائع ان يكون عالماً بالمبيع باعتبار أنه مالك له، بخلاف المشتري الذي يجهله .

(٤) فتح القدير : ٥ : ١٣١ .

الى التروي ليندفع الغبن ، والحاجه انما تندفع بالثلاث ومـــا عدا الثلاث لا نهايةله ، وانما أجيز بخلاف القياس، لان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ؛ ولذا فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (١) .

والمالكية ترى تقدير الحاجة بمقدار معين فمن ذلك ما يقوله الباجي : (ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا،لانه لا ضرورة تدعو الى ذلك ، وانما جاز أن يكون العمل مجهولا للضرورة الداعية الى ذلك) (٢) . فقد أجازت الجعالة مع جهالة العمل وعدم جواز جهالة الجعل ، لان الحاجة الى جهالة العمل بينما لا تدعو الحاجة الى جهالة الجعل لعدم الضرورة الداعية الى ذلك .

وقد اشترطت المالكية ان ينتفع الجاعل بما جعل له فمن قال من رد آبقي أو بعيري الشارد فان ردهما يعود على الجاعل بالمنفعة ، أما اذا لم يعد على الجاعل بالمنفعة فانه لايصح قال عبد الملك :(من جاعل رجلا على رقيه الى موضع في الجبل سماه له فلا يجوز الا فيما ينتفع به الجاعل) . وقد اعتبر المال الذي يؤخذ مقابل عمل بدون عود منفعة على الجاعل أنه أخذ مال بالباطل (٣) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ١١٠ – ١١٢ ، ورأي الصاحبين أنه يجوز الى شهرين،لأن الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن ؛ والذي أميل اليه هذا الرأي وخاصة بعد ظهور المصانع الكبيرة والآلات المعقدة فان مدة الثلاث لا تكفي الى فحصها ومعرفة حقيقتها ، وما شرع الخيار لاجله عندئذ منتف .

(٢) المنتقي للباجي : ٥ : ١١٣ .

(٣) جواهر الاكليل : ٢ : ٢٠١ .

الباب الثاني

أثـــــر الغرر في عقـــــد البيع

ويحتوي على ثلاثة فصول :

الفصل الأول	:	أثر الغـــــرر في صيغة العقـــــد
الفصل الثاني	:	أثـــر الغـــــرر في المبيـــــع
الفصل الثالث	:	أثـــر الغـــــرر في الثمـــــن

الباب الثاني

أثر الغرر في عقد البيـــع

تمهيـــد

قد بوّب بعض الفقهاء للغرر في كتبهم أبواباً بسيطة لا تمكن الدارس لها من أن يلم بالموضوع ، وانما تنير للطالب الطريق فيهتدي بها ، الا ان المذاهب من هذا الأمر منهم المقل ومنهم المكثر .

فالحنفية لم تفرد بابـــا مستقلا ولا نجد للغرر في ثنـــايا كتبهم الا مسائل مبعثرة ، والمالكية اكثر المذاهب تبويباً لذلك ، فالامام مالك يبوب له في كتابه الموطأ ، والباجي في كتابه المنتقى شرح الموطأ ، وابن رشد الجد والحفيد وابن جزيء وغيرهم .

ومن الشافعية فقد بوب للغرر الشيرازي في كتابه المهذب وشرحه النووي في المجموع شرحاً وافياً أفاض في قسم البيع مما اعطى ثروة ضخمة للبـــاحث في بحث الغرر في قسم البيع فقط ، أما بقية العقود فلم يبوب لها بابا .

ومن الحنـــابلة ابن تيمية في كتبه، فقد بوب للغرر في كل العقود ، الا انه لم يرتب التبويب كما فعل بعض الفقهاء ، وتبعه تلميذه ابن قيم الجوزية في كتابه زاد المعاد .

والزيدية منهم زيد بن على في كتابه المجموع .

هذا وإني أعرض لكم التقاسيم المختلفة لعلماء المذاهب ثم أبين رأيي في التقسيم الذي أختاره وأسير عليه في هذا الباب .

أولا ـ تقسيم الحنفية :

لم أعثر للحنفية في كتبهم على باب مستقل للغرر ،وإنما تكلم ابو العلاء السمرقندي

عرضاً في باب البيع الفاسد عن أنواع الغرر ولذا نذكر البيع الفاسد الذي فيه غرر فقط(١).

١ ـ ان يكون المبيع مجهولا أو الثمن مجهولا ، جهالة توجب المنازعة ومثل له بما يلي :

ا) شراء شاة من قطيع.

ب) باع بالنسيئة كذا وبالنقد كذا .

ج) باع الى الحصاد والدياس.

د) باع برأس ماله أو برقمه ولا يعلم المشتري رقمه ولا رأس ماله .

٢ ـ اذا كان المبيع غير مقدور التسليم . مثل :

ا) الطير الذي طار عن يده .

ب) العبد الآبق .

ج) المغصوب .

٣ ـ بيع المعدوم الذي انعقد سبب وجوده او ما هو على خطر الوجود مثل:

ا) بيع المضامين .

ب) بيع الملاقيح .

ج) بيع حبل الحبلة (٢) .

ثانياً ـ تقسيم المالكية :

تقسيم ابن رشد الجد :

ذهب ابن رشد الى تقسيم الغرر الكثير المانع من صحة العقد الى ثلاثة أقسام :

اولا : الغرر في العقد مثل :

ا) بيعتان في بيعه .

ب) بيع العربون .

ج) بيع الحصاة .

(١) وسار على هذا النهج ابن نجيم في البحر الرائق ، والزيلعي ، في كتابه تبيين الحقائق ، وكذلك المرغيناني في الهداية ، الا ان صاحب التحفة أجود تبويباً لذلك وقد فصله خير تفصيل الكاساني في البدائع .

(٢) تحفة الفقهاء ج ٢ : ٦٢ ـ ٦٨ .

د) بيع المكيل والجزاف في صفقة واحدة (١) .

ثانياً : الغرر في الثمن والمثمون ويكون في ثلاثة اشياء :

أ) الجهل بصفة ذلك او بمقداره مثل :

١ ــ الجنين في بطن امه .

٢ ــ بيع الغائب على غير صفة .

٣ ــ بيع سلعة بدنانير من غير صفة ونقد البلد مختلف .

٢ ــ العبد الآبق .

٥ ــ الجمل الشارد .

٦ ــ السلعة بيد غاصب منكر للغصب او مقر ممتنع من دفعه (٢).

ثالثا : الغرر بالأجل في الثمن والمثمن : مثل : بيع السلعة الى قدوم زيد او إلى موته (٣) .

تقسيم ابن رشد الحفيد :

ذهب ابن رشد في تبويبه للبيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر فقال :

(والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه)

---

(١) تفسير بيع المكيل والجزاف صفقة واحده ويتحصل فيما يأتي :

أولا : أن من الاشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلا ويجوز بيعه جزافا ويكون ذلك في الحبوب فيجوز أن يباع مجازفة كأن تقول بعتك هذه الصبرة على الارض المتساوية ولا يعلم عدد قفزانها مجازفة بثلاثين دينارا فقال الاخر قبلت فهذا البيع صحيح ، وكذلك يجوز ان تبيع الحبوب مكايلة كل كيل بخمسة دنانير ويقول الاخر قبلت مع أن الاصلح في بيع الحبوب انما يكون بالكيل لامجازفة

ثانياً : وإن من الاشياء ما الأصل فيه ان يباع جزافا ويجوز بيعه كيلا وذلك في الثياب والأرضين : مثال ذلك : بعتك هذه الأرض بمائة دينار فيقول الاخر قبلت وهذا هو الاصل أن تباع مجازفه لا كيلا ، ويجوز ان تقول بعتك فداناً من هذه الارض معروفة الحدود والموقع ولكن كل متر بدينار ، أو بعتك هذا الثوب كل ذراع بدرهم .

ثالثا : وان من الاشياء عروضا لا يجوز بيعها كيلا ولا وزنا كالعبيد والحيوان .

والممنوع : أن يباع في الصفقة كيل مما أصله أن يباع جزافا كالارض مع الجزاف مما أصله ان يباع كيلا كالبر ، كمن يبيع أرضاً مع صبرة مجهولة الصيعان صفقة واحدة .

(٢) لم يورد ابن رشد الاشياء الثلاثة وانما ذكر أحدها ولا أعلم هل هناك من نقص عند طبع كتابه أم انه اكتفى بالتمثيل عن الانوع الثلاثة .

(٣) المقدمات الممهدات : ص ٢٢٣ .

أولا ــ من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه .
ثانيا ــ من جهة الجهل بتعيين العقد .
ثالثا ــ من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع .
رابعا ــ من جهة الجهل بقدر الثمن والمثمون المبيع .
خامسا ــ من جهة الجهل بأجله .
سادسا ــ من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه .
سابعاً ــ من جهة الجهل بسلامته .

ثم ذكر بعض البيوع التي توجد فيها هذه الصفات أو بعضها فقسمها الى بيوع منطوق بها ، وبيوع مسكوت عنها .

فأما البيوع المنطوق بها فيذكر أن أكثرها متفق عليها بين الفقهاء وانما وقع الخلاف في شرح أسمائها .

وأما المسكوت عنها فمختلف فيها بين الفقهاء .

البيوع المنطوق عنها في الشرع :

لم يصنف ابن رشد البيوع المنطوق بها حسب التقسيم السابق لكل قسم ،وانما عدها فقط ثم يشرح بعض هذه البيوع ، فمن المنطوق بها ما نذكره .

١ ــ حبل الحبلة .
٢ ــ بيع ما لم يخلق .
٣ ــ بيع الثمار حتى تزهى .
٤ ــ بيع الملامسة .
٥ ــ بيع المنابذة .
٦ ــ بيع الحصاه .
٧ ــ بيع المعاومة .
٨ ــ بيعتان في بيعة .
٩ ــ بيع وشرط .
١٠ ــ بيع وسلف .
١١ ــ بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود .
١٢ ــ بيع المضامين .
١٣ ــ بيع الملاقيح (١) .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ١٥٩ ــ ١٦٠ .

البيوع المسكوت عنها :

ويذكر ابن رشد أن البيوع المسكوت عنها كثيرة ، وقد اختلف الفقهاء فيها ويذكر اهمها لتكون كالقانون للمجتهد النظار . فيقول : ان المبيعات على نوعين : بيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في بيعه ، واختلف فيه ما نذكره كالتالي :

١ ــ بيع غائب او متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فيه .
٢ ــ بيع الدين بالدين .
٣ ــ بيع الثمر الذي يثمر بطوناً مختلفة .
٤ ــ بيع المغيب في الارض كاللفت والجزر .
٥ ــ بيع الجوز واللوز والباقلاء في قشره .
٦ ــ بيع السمك في الغدير
٧ ــ بيع الآبق .
٨ ــ بيع اللحم في جلده .
٩ ــ بيع المريض .
١٠ ــ بيع تراب المعدن والصواغين .
١١ ــ بيع الجزاف .
١٢ ــ أن يأخذ الرجل من غريمه (في دين له عليه) تمرا قد بدا صلاحه (١) .

تقسيم ابن جزيء :

يقسم ابن جزيء الغرر الى نوعين : ممنوع ،ويسير ، والغرر الممنوع يقسمه الى عشرة انواع :

النوع الاول ــ تعذر التسليم ومثل له :
١ ــ بيع البعير الشارد .
١ ــ بيع الجنين في البطن دون أمه .
٣ ــ بيع ما لم يخلق ــ كبيع حبل الحبلة ــ وكبيع المضامين .

النوع الثاني ــ الجهل بجنس الثمن أو المثمون ومثل له : بعتك ما في كمي .
النوع الثالث ــ الجهل بصفة أحدهما ومثل له :
١ ــ بعتك ثوباً من منزلي .
٢ ــ بيع شيء من غير تقليب ولا وصف .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٧ ــ ١٧٢ والفروق للقرافي : ٢ : ٢٧٣ ــ ٢٧٤ .

النوع الرابع ـ الجهل بمقدار أحدهما ومثل له :

١ ـ البيع بسعر اليوم أو بما تبيع به الناس أو بما يقول فلان.

٢ ـ بيع القمح في سنبله .

النوع الخامس ـ الجهل بالأجل ومثل له :

١ ـ البيع الى قدوم زيد .

٢ ـ البيع الى موت عمرو .

النوع السادس ـ بيعتان في بيعة ومثل له :

١ ـ بعتك هذا الثوب نقدا بعشرة او بعشرين الى أجل والبيع لازم في احدهما .

٢ ـ بعتك أحد هذين الثوبين بكذا والبيع لازم في احدهما .

النوع السابع ـ ما لا ترجى سلامته ومثل له : بيعُ المريض في السباق .

النوع الثامن ـ بيع الحصاة .

النوع التاسع ـ بيع المنابذة .

النوع العاشر ـ بيع الملامسة (١) .

تقسيم القرافي :

ان العلماء يتوسعون فيستعملون الغرر والجهالة احداهما موضع الأخرى ، ولذلك نجده في تقسيمه للغرر والجهالة يقول : (الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء) .

١ ـ في الوجود كالآبق قبل الإباق .

٢ ـ في الحصول ان علم الوجود كالطير في الهواء .

٣ ـ في الجنس كسلعة لم يسمها .

٤ ـ في النوع كعبد لم يسمه .

٥ ـ في المقدار كالبيع الى مبلغ رمي الحصاة .

٦ ـ وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين .

٧ ـ وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها .

---

(١) القوانين الفقهيه لابن جزيء من ص ٢٤٧ ـ ٢٤٩ .

ثم يقول : وسبب استعمال العلماء الغرر والجهالة إحداهما موضع الاخرى ، لأن الغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل بأخذ تسعة أشياء .

الاول : الجهل بتعيين المعقود عليه كثوب من ثوبين مختلفين .
الثاني : الجهل بتعيين العقد أي الجهل بوجود المعقود عليه كالآبق قبل الإباق .
الثالث : الجهل بجنسه كسلعة لم يسمها .
الرابع : الجهل بنوعه كعبد لم يسمه .
الخامس: الجهل بالحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء .
السادس: الجهل بالمقدار كالبيع الى مبلغ رمي الحصاة .
السابع : الجهل بالبقاء كالثمار قبل بدو صلاحها .
الثامن : الجهل بالأجل إن كان هناك أجل .
التاسع : الجهل بالصفة . (١)

ثالثا ــ الشافعية : (٢)

وممن ذهب الى تبويب الغرر الشيرازي في كتابيه المهذب والتنبية فقد قسم الغرر الى الأقسام التالية :

أولا ــ بيع المعدوم ومثل له :

أ ــ بيع الثمرة التي لم تخلق ب ــ بيع العربون .

ثانياً ــ بيع ما لا يملكه من غير اذن مالكه واستشهد بحديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال : « لا تبع ما ليس عندك » ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فصار كالطير في الهواء ، والسمك في الماء .

ثالثاً ــ بيع ما لا يستقر ملكه عليه، كبيع الأعيان المملوكة بالبيع، والاجارة، والصداق.

---

(١) الفروق للقرافي : ج ٣ : ص ٢٦٥ .
أما تعبير القرافي بالآبق قبل الإباق فاني لم أعثر لتفسير له عند القرافي وغير المالكية . وكأنني أرى أنه بيع المعدوم ، كن يبيع عبداً على أساس أنه آبق وهو موجود عنده الآن . وفي نظري أن هذا الافتراض لا معنى له . أما اذا كان يجهل ان العبد موجود لديه الآن ويبيعه على أساس أنه آبق فهذا جهالة في وجود المبيع فيستقيم المعنى .

(٢) ويقرب من هذا التقسيم تقسيم الماوردي في كتاب الحاوي في الجزء الخامس .

وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض ، لحديث حكيم: (لا تبع ما لا تقبضه) ولأن ملكه غير مستقر ، لانه ربما هلك فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز (١)

رابعاً ــ بيع ما لا يقدر على تسليمه : ومثل له .

أ ــ بيع الطير في الهواء . ب ــ بيع السمك في الماء .

ج ــ بيع الجمل الشارد . د ــ بيع الفرس العائر .

هـ ــ بيع العبد الآبق و ــ بيع المال المغصوب في يد الغاصب .

خامساً ــ بيع العين المجهولة ومثل له :

أ ــ بيع عبد من عبيد ب ــ بيع ثوب من أثواب .

سادساً ــ بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها أو نوعها ومثل له :

أ ــ بيع الثوب المروي الذي في كمي .

ب ــ بيع العبد الزنجي الذي في داري .

ج ــ بيع الفرس الأدهم الذي في اسطبلي (٢) .

سابعاً ــ بيع مجهول القدر ومثل له .

أ ــ بعتك بعض هذه الصبرة ب ــ بيع السمن مع الظرف .

ج ــ بيع النحل في الكندوج د ــ بيع الصبرة جزافاً .

هـ ــ بعتك هذه الصبرة الا قفيزا مع جهالة عدد قفزانها (٣) .

ثامنا ــ بيع ما يجهل صفته ومثل له :

أ ــ بيع الحمل في البطن .

ب ــ بيع اللبن في الضرع .

ج ــ بيع السمك في الفأرة .

د ــ بيع ذراع من دار وهما لا يعلمان ذرعان الدار .

هـ ــ بيع الأعيان التي لم يرها (٤) .

---

(١) المهذب للشيرازي : ج ١ : ٢٧٠ .

(٢) المصدر السابق : ٢٧١ .

(٣) المهذب : ١ : ٢٧١ ــ ٢٧٢ .

(٤) التنبيه للشيرازي : ٦٣ .

تاسعـــاً ــ البيع بثمن مجهول القدر ومثل له :

أ ــ بيع السلعة برقمها .

ب ــ بيع السلعة بما باع به فلان .

عـــاشراً ــ البيع بثمن مجهول الصفة ومثل له : البيع بثمن مطلق (١).

حادي عشر ــ البيع بثمن الى أجل مجهول ومثل له :

أ ــ البيع الى العطاء .

ب ــ البيع الى حبل الحبلة (٢) .

ثاني عشر ــ تعليق البيع على شرط مستقبل ومثل له :

أ ــ بيع المنابذة .

ب ــ بيع الملامسة .

ج ــ البيع الى مجيء الشهر .

د ــ البيع الى قدوم الحاج .

هـ ــ بيع الحصاة .

و ــ بيع حبل الحبلة .

ز ــ بيعتان في بيعه على أساس التعليق(٣) .

رابعاً ــ الحنابلة :

ذكر ابن تيمية في كتابه القواعد النورانية عن بيع الغرر فقسمه الى ثلاثة أنواع:

النوع الأول : بيع المعدوم ومثل له ببيع حبل الحبلة وبيع السنين .

النوع الثاني : بيع المعجوز عن تسليمه ومثل له بالعبد الآبق .

النوع الثالث : بيع المجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه، أو قدره، ومثل له بعتك عبداً ، أو بعتك ما في بيتي ، أو بعتك عبيدي (٤) .

---

(١) المهذب ١ : ٢٧٣ .

(٢) التنبيه : ٦٣ .

(٣) المهذب : ١: ٢٧٣ ــ ٢٧٤ .

(٤) القواعد النورانية لابن تيمية : ١١٧ وقد تكلم عن الغرر في جميع العقود في كتابيه الفتاوى والقواعد النورانية الا أنه غير منظم ، وغير كاف للباحث ، وانما ينير الطريق للدارس

خامساً ـ الزيدية

تقسيم زيد بن علي :

لقد بوب للغرر باباً صغيراً ذكر فيه بيع الغرر الا أنه قال فيه : وقد تقدم لحديث النهي عن بيع الغرر شواهد وأمثله ومن ذلك:

أولاً بيع العبد الآبق ، وبيع مافي بطون الانعام حتى تضع ، وشراء المغانم حتى تقسم ، وشراء الصدقات حتى تقبض ، وضربة الغائص .

ويرد هذه الأمثلة الى : الجهالة وعدم استقرار العقد .

ثانياً وكل بيع كان المقصود منه مجهولا غير معلوم ، أو معجوزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر ، مثل :

١ ـ بيع السمك في الماء .
٢ ـ بيع لؤلؤ في البحر .
٣ ـ بيع البعير الشارد .
٤ ـ بيع طعام في بيت لم يفتحه .
٥ ـ بيع الطير في الهواء .
٦ ـ بيع العبد الآبق .
٧ ـ بيع الثوب في الجراب لم ينشره .
٨ ـ بيع ولد بهيمة لم تلده .
٩ ـ بيع ثمر شجرة لم تثمر (١) .

أما الباب فقال :

قال زيد :

١ ـ بيع ما في بطن الأمة غرر .
٢ ـ بيع ماتحمله الانعام هذا العام غرر .
٣ ـ بيع ضربة القانص غرر .
٤ ـ بيع ما في بطون الانعام غرر .
٥ ـ بيع ما يحمله النخل هذا العام غرر .
٦ ـ بيع ما تخرجه شبكة الصياد غرر .

---

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ج ٣ : ٢٤٠ ـ ٢٤٢ .

ووجهه إما لكونه معدوماً ، أو مما ليس عند البائع ، أو مجهولا لا يدرى ما هو ، أو لا يتم ملك البائع له (١) .

رأينـــا في التقسيم :

لقد تتبعت التقاسيم السابقة وما ورد في الكتب الكثيرة من مختلف المذاهب فخرجت بتقسيم جديد يحتوي على جميع التقاسم السابقة وجعلته مخططاً لهذا الباب الذي أسير عليه ، والله أسأل أن يوفقنا الى ذلك .

الفصل الاول : أثر الغرر في صيغة العقد ، ويحتوي على الأبحاث التالية :

المبحث الأول : بيع المنابذة .

المبحث الثاني : بيع الملامسة .

المبحث الثالث : بيع الحصاة .

المبحث الرابع : بيع العربون .

المبحث الخامس: بيعتان في بيعة وصفقتان في صفقة .

المبحث السادس : العقد المعلق والعقد المضاف .

الفصل الثاني : أثر الغرر في المبيع ويحتوي على الأبحاث التالية :

المبحث الأول : الجهل بصفة المبيع .

المبحث الثاني : الجهل بمقدار المبيع .

المبحث الثالث : جهالة العين .

المبحث الرابع : جهالة الأجل في المبيع .

المبحث الخامس: عدم رؤية المبيع .

المبحث السادس: بيع المعدوم .

المبحث السابع : عدم القدرة على التسليم .

الفصل الثالث : أثر الغرر في الثمن ويحتوي على الأبحاث التالية :

المبحث الأول : الجهل بصفة الثمن .

المبحث الثاني : الجهالة في الثمن ومقداره .

المبحث الثالث: جهالة الأجل في الثمن .

---

(١) الروض النضير شرح مجمع الفقه الكبير : ٣ : ٢٨٤ ، وكثير من المحدثين من بوب للغرر ما عدا البخاري رحمه الله الا أنهم اقتصروا على الغرر في باب البيع وفي رأيي أن هذا الاقتصـــار مرده وجود النص عن الرسول صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الغرر» .

الفصل الأول

أثر الغرر في صيغة العقد

تمهيـــد

صيغة العقد :

ومعنى صيغة العقد : هي الكاشفة عن إرادة المتعاقدين في الوصول الى الأثر الذي رتبه الشارع ، وتدل على الزمن الذي يرغب فيه ظهور الحكم .

والصيغة قد تكون منشئة لها في الحال غير مؤخرة لأحكامها وآثارها ، وقـد تكون منشئة لها في الحال ولكن تؤخر أحكامها الى المستقبل ، وقـد لا تكون منشئة لها في الحال بل مؤخرة لوجودها الى المستقبل .

وبناء على ما مر فان الصيغة لها ثلاثة أحوال في العقود :

الاول ــ العقد المنجز : وهو ما يصدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى المستقبل فاذا كان العقد مستوفيا للاركان والشرائط المعتبرة شرعاً فـان أحكامه وآثاره تترتب عليه نحو : بعتك داري بكذا فقال الآخر قبلت فقد وجب جميع مايترتب عليه من احكام .

الثاني ــ العقد المضاف : ما أفادت صيغته وجود العقد في الحال مع اضافة الايجاب الى زمن المستقبل ، سواء أكانت مطلقة ام مقترنة بشرط .

فالاطلاق نحو : آجرتك داري هذه مدة سنه بكذا ابتداء من اول الشهر المقبل وقبل الآخر .

والاقتران بالشرط : ان يقول له آجرتك داري هذه مدة سنة بكذا ابتـداء من اول الشهر المقبل بشرط ان تدفع الاجرة اعتبارا من ابتداء المدة ويقول الآخر قبلت .

وحكم هذا العقد : ان العقد ينعقد ولكن لا يترتب عليه حكمه الا اذا جـاء الوقت الذي اضيف العقد اليه .

الثالث ــ العقد المعلق : هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر بأداة من ادوات الشرط او معناها ، نحو : بعتك ثوبي هذا اذا لمسته ، أو اذا نبذت اليه حجرا ، وغير ذلك من أدوات التعليق ، وعلى هـذا فاني أقسم فصل أثر الغرر في صيغه العقد الى المباحث التالية :

المبحث الأول

بيع المنابذة

والمنابذة بيع من بيوع الجاهلية وقد نهى الشارع عنه ، وقـد اختلفت كلمة الفقهاء في تفسير هذا البيع على النحو التالي :

الحنفـية :

ذهب علماء الحنفية الى أن بيع المنابذة كان من بيوع الجاهلية وقد نهى الشارع عنها(١) وفسروها كالتالي :

أ ـ هو أن ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراوض بين الطرفين (٢) .

ب ـ أن يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فـاذا نبذها اليه البائع لزم البيع رضي المشترى او لم يرض (٣) .

علة الفساد :

١) تعليق للتمليك بالخطر فيكون قمارا ، فكأنه قال للمشترى : اذا نبذت اليك الثوب او نبذته الي فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس (٤) .

---

(١) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر : ٢ : ٥٧ وانظر ابن عابدين : ٥ : ٦٥ وتبيين الحقائق للزيلعي : ٤ : ٤٨ والدرر الحكام شرح غرر الاحكام : ٢ : ١٧١ .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٤ : ٤٨ وكشف الحقائق : ٢ : ١٩ ، والبحر الرائق : ٦ : ٨٣ ، والسراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج : ٤/ب .

(٣) المصادر السابقة .

(٤) الزيلعي ٤ : ٤٨ وانظر ابن عابدين ٥ : ٦٥ وانظر فتح القدير ٥ : ١٩٧ والعناية على الهدايـة مع فتح القدير ٥ : ١٩٦

٢) جهالة الثمن : فالفساد لعدم ذكر الثمن ان سكتا عن ذكره ، أما اذا جرى العقد على اساس نفي الثمن كان البيع باطلا (١) .

المـالكية :

ذهب علماء المالكية في تفسير بيع المنابذة : ان ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما، ثم يقول كل واحد منهما للآخر هذا بهذا (٢) ويكون هذا البيع على سبيل الالزام .

وابن رشد الحفيد فسر المنابذة بأن ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق (٣) .

قال ابن وهب عن يونس بن ربيعة فكان هذا كله من أبواب القمار .

وفسرها الخرشي : أن ينبذ كل منهما ثوبه الى الآخر بالليل او بالنهار ، ولا يقلبه الا بذلك ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض بينهما .

ويقول المازري : ولو حصل التنابذ ، واشتراط النظر اليها والتأمل ، فان رضي الآخر امسك وجاز البيع (٤) .

علة فساد هذا البيع :

١) اعتبار المنابذة من أبواب القمار كما روي عن ابن وهب عن ابن لهيعة عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة .

والمنابذة ان يتنابذ القوم السلع لا ينظرون اليها ولا يخبرون عنها فهذا من أبواب القمار والتغبيب في البيع (٥) .

٢) أن هذا البيع من الغرر ، كمـا صرح بذلك ابن رشد (٦) .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٦٦ والبحر الرائق ٦ : ٨٣ .

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢ : ٢٢١ والمدونة ١٠ : ٢٠٦ وبلغة السالك على الشرح الصغير ٢ ٣١ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ والدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٥٦ .

(٤) الخرشي على مختصر خليل ٧ : ٥ وانظر جـواهر الاكليل ٢ : ٢١ ، والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٦ .

(٥) المدونة الكبرى ١٠ : ٢٠٦ .

(٦) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ ـ ١٦٠ .

الشافعيـــة :

وذهب الشافعية الى أن بيع المنابذة فيه تأويلات ثلاث :

الأول : ان يجعل النبذ بيعا فيقول أحدهما للآخر أنبذ اليك ثوبي وتنبذ الي ثوبك على أن كل واحد بيع بالآخر .

أو يقول أحدهما أنبذ اليك ثوبي بعشرة فيأخذه الآخر فيكون النبذ بيعا . وهذا تأويل الشافعي رضي الله عنه (١) .

قال الرافعي : فان المنابذة مع قرينة البيع هي نفس المعاطاة (٢) .

الثاني : ان يقول بعتك هذا بكذا على أني اذا نبذته اليك فقد وجب البيع وانقطع الخيار ولزم البيع وهو بيع باطل (٣) .

الثالث : نبذ الحصاة (٤) .

علة بطلان هـــذا البيع :

١ ــ عدم الصيغة : أي أنه جعل الصيغة مفقودة لانتفاء شرطها وهـــو عدم التعليق . اذ أن قوله بعتكه صيغة من قوله اذا نبذته فقد بعتكه فأجاب عميرة عن هذا بأنه يعلم من هذا الكلام أن قوله فقد بعتكه اخبار لا انشاء (٥) .

٢ ــ الشرط الفاسد : لأن خيار المجلس لا ينقطع الا بالتفرق او الزام العقد وقد قطعه بالنبذ مع كونها في محلها لم يلزما العقد فكأنه سلب خيار المجلس ونفى هـــذا الخيار مفسد للبيع (٦) .

---

(١) الواضح النبيه شرح التنبيه :٥:٨٦ وانظر فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١٠ : ١٦٤ وفتح العزيز على شرح الوجيز بهامش المجموع ٨:١٩٣ وانظر المجموع : ٩:٢٧٦ . والسراج الوهاج :١٨٠.

(٢) هكذا نقله الرافعي عن الائمة حتى قيل ان النص على المنع هنا نص على ابطال المعاطاة الا ان السبكي رد على ذلك بقوله : لأن المعاطاة فعل معه قرينة تدل على قصد البيع حتى كأنه وضع عرفا على ذلك وحالة النبذ لم توجد قصداً . ولا قرينة وليس ذلك حقيقة المعاطاة (انظر مغني المحتاج :٢:٣١ وقليوبي وعميرة ٢:١٧٦ .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع :٨:١٩٣ والواضح النبيه شرح التنبيه :٥:٨٦، والمجموع :٩:٢٧٦ والوجيز للغزالي : ٨٣ والمهذب للشيرازي : ٢ : ٢٧٣ .

(٤) والوجه الثالث لم يذكر الا بهذه الصورة في الواضح النبيه والمجموع وفتح العزيز ولم تتعرض لـــه بقية كتب المذهب .

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٣:٤٤١ــ٤٥٠ وانظر البجيرمي على المنهج :٢:٢٠٧

(٦) البجيرمي على المنهج ٢:٢٠٧ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ .

٣ ـ للجهالة : وذلك اذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولا (١) .
٤ ـ للغرر : ذكر ذلك الماوردي بأن الغرر فيه كثير من غير حاجة (٢) .

الحنابلـــة :

وذهب الحنابلة في تفسير بيع المنابذة : ان ينبذ الرجـــل الى الرجل ثوبه وينبذ الاخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض (٣) .

علة فساد هـــذا البيع :

من تعريفنا للمنابذة عندهم لا يصح البيع فيها للاسباب التالية :
١) كونه معلقاً على شرط : لأنه اذا علق البيع على نبـــذ الثوب فقد علقه على شرط وهو غير جائز (٤) .

٢) الجهالة : واذا باعه قبل نشره فقد باعهُ غير معين ولا موصوف فأشبه ما لو قال : بعتك واحدا منها (٥).

٣) للغرر: اعتبر هذا البيع من بيوع الغرر (٦) . ويقول ابن قيم الجوزيه :وليست العلة تعليق البيع على شرط بل ما تضمنه من الخطر والغَرر (٧) .

الشيعة الامامية :

وقد فسرت الامامية بيع المنابذة : أن يقول المشتري إن نبذته الي فقد اشتريته بكذا، كأنه جعل نفس النبذ بيعاً (٨) .

وربما يكون المراد ان النبذ موجب للبيع ومسقط للخيار ، ولا يدخل شيء مـــن الملامسة والمنابذة في المعاطاة فيما اذا جعل النبذ بيعاً .

---

(١) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٤ .
(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٩ .
(٣) زاد المعـــاد لابن قيم الجوزية ٤ : ٢٦٦ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ والكافي ٣ : ١٨ ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٣ : ٣١ وهذا التعريف هو نفس التعريف عند الحنفية .
(٤) الكافي ٣ : ١٨ .
(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ والكافي ٣ : ١٨ .
(٦) القواعد النورانية : ١١٦ .
(٧) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ .
(٨) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ١٥٩ وهذا يوافق الرأي الاول عند الشافعية .

الشيعة الزيدية :

ما نقل عن الامام هو ان يتساوم بالسلعة الرجلان فأيهما نبذها الى صاحبه فقدوجب البيع (١) أو ما نبذته اليك فقد بعته منك أو ما نبذته اليك فـلا خيار لك فيه أو أن ينبذ اليه أثواباً ليختار أيها فما اختاره نفذ البيع فيه (٢)

وقيل : هي طرح الرجل ثوبه بالبيع الىالرجل الآخر قبل أن يقلبه أو ينظر اليه(٣).

الحكمة في تحريم المنابذة :

١ ـ العدول عن الصيغة .

٢ ـ لما فيها من الغرر .

٣ ـ للتعليق بشرط فاسد ، لأن اشتراط النبـذ ووجوب البيع مستلزم لقطع الخيار (٤) .

الاباضيه :

والمنابذة أن يرمي الرجل ثوبه لآخر ويرمي الآخر ثوبه له دون أن ينظر كل واحد منها الى ثوب صاحبه (٥) . أو أن يقولا هذه بهذه وبلا نظر فيها وبلا عقد .

فالقول ليس شرط في تسمية المنابذه بل يكفي أن يقول أحـدهما ويرضى الآخر ، أو أن لا يقول واحد منهم أصلا ولكن يتفقان بالفعل .

وليس عدم النظر شرطاً في تسمية المنابذه لكن عدمه أعظم للجهل بالمبيع اذ لو نظر كل واحد أو أحدهما سلعة الآخرمن غير ان تدخل يده أو دخلتها ونظرثم ردها لصاحبها وبعد ذلك تنابذا كان بيعها منابذة منهياً عنها .

ولو حصل التنابذ فيما بين سلعة وثمن وفيما بين ثمنين عـد منابذة وانما خص السلعة بالذكر لأن الغالب وقوع ذلك فيها (٦) .

علة البطلان :

النهي الوارد عن النبي ﷺ .

---

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ٣ : ٢٤٤ .

(٢) البحر الزخار : ٣ : ٢٩٤ .

(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ٣ : ٢٤٤ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) شرح النيل : ٤ : ٥٦ .

(٦) المرجع السابق .

حكم بيع المنابذة :

بيع المنابذة باطل بالاتفاق عند جميع الفقهاء لما ورد من السنة المطهرة على النهي عن هذه المعاملة وقد استدلوا على ذلك بهذه الاحاديث .

١) بما روي عن ابى سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة في البيع (١) .

وفي رواية اخرى عنه: قال: نهى رسول ﷺ عن بيعتين : عن الملامسة والمنابذة(٢).
وفي رواية أخرى له قال : نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة في البيع، والملامسة: لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبة ، والمنابذة : أن ينبذ الرجل الى الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض متفق عليه(٣).

٢) وعن انس قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة (٤) .

وقد فسر المحدثون بيع المنابذه بعدة تفسيرات كمارأينا عنـــد الفقهاء ولا حاجة لنا باعادة ذكرها هنا .

وبناء على تفسيراتهم نرى أن العلة في النهي عن بيع المنابذة في الاحاديث الآنفة هو الغرر والجهالة وابطال خيار المجلس (٥) .

---

(١) رواه النسائي ومسلم . انظر سنن النسائي : ٧ : ٢٢٨ والموطأ : ٢ : ١٥٨ على تنوير الحوالك وصحيح مسلم : ١٠ : ١٥٤ .

(٢) سنن النسائي : ٧ : ٢٢٨ ومسلم : ١٠ : ١٥٥ وزاد في سنن أبي داود وعن لبستين وأما اللبستان فاشتمال الصماء وأن يحتبي الرجل في ثوب واحد كاشفاً عن فرجه ، أو ليس على فرجه منه شيء. انظر سنن أبي داود : ٢ : ٢٢٨ وابن ماجه : ٢ : ٧٣٣ . ورواة هذا الحديث هم النسائي، وأبو داود وابن ماجه ومسلم .

(٣) نيل الأوطار للشوكاني : ٥ : ١٥٩ وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٥٥ .

(٤) رواه البخاري . انظر نيل الأوطار للشوكاني ٥ : ١٥٩ ، والمخاضرة : بيع الثمرة خضراء قبل بدء صلاحها .

(٥) نيل الأوطار للشوكاني : ٥ : ١٦٠ .

المبحث الثاني

بيع الملامسة

الحنفيـــة :ـ

ذهب علماء الحنفية الى تفسير بيع الملامسة بتفاسير كثيرة متقاربة منها :

١ ـ لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقلبه (١) .

٢ ـ أن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية (٢) ، والملامسة من بيوع الجاهلية التي نهى الشارع عنها (٣) .

ولا بد في بيـــع الملامسة أن يسبق تراوضهما على الثمن واللمس يكون مـن قبل المشتري (٤) .

علة فساد بيع الملامسة :

١) تعليق التمليك بالخطر : والتمليكات لا تحتمل الخطر لأدائه الى معنى القمار وصار بمنزلة أن يقول البائع للمشتري اي ثوب لمسته بيدك فقد بعته ووجب البيع (٥) .

٢) جهالة الثمن : اذا تراوضا على الثمن قبل عقد بيع الملامسة وعند العقد سكتا عن ذكر الثمن فان البيع فاسد لجهالة الثمن أما اذا جرى العـــقد بينهما على أساس نفي ذكر

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٤ : ٤٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٥ : ٦٥ وفتح القدير : ٥ : ١٩٦ .

(٣) السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج : ١ : ٤ ـ ب والبحر الرائق ٦ : ٨٣ وابن عابـــدين : ٥ : ٦٥ وفتح القدير ٥ : ١٩٦ والدرر شرح الغرر : ٢ : ١٧١ وكشف الحقائق ٢ : ١٩ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر : ٢ : ٥٧ .

(٤) مجمع الأنهر : ٢ : ٥٧ وابن عابدين : ٥ : ٦٥ وفتح للقدير ٥ : ١٩٧ والبحر الرائق ٦ : ٨٣ ، والتراوض : سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها سوماً ، ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لايشتري كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت التزاماً لأنه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء .

(٥) العناية على الهداية بهامش فتح القدير : ٥ : ١٩٦ .

الثمن كان البيع باطلا (١) .

المالكيـــة :

فسر علماء المالكية بيع الملامسة بعدة تفسيرات .

١) تفسير الامام مالك رحمه الله اذ يقول : والملامسة شراؤك الثوب لا تنشره ولا تعلم ما فيه أو تبتاعه ليلا ولا تتأمله او ثوبا مدرجاً لا ينشر من جرابه (٢) .

٢) ان يبيعه الثوب مثلا على اللزوم بمجرد لمسه من غير تفتيش ولا تأمل فيه (٣) .

٣) وفسر ابن رشد الملامسة : أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره (٤) أو يبتاعه ليلا ولو مقمرا ولا يتأمله بل يكتفي في لزوم البيع بلمسه (٥) .

٤) واما الباجي فقد قال عن الملامسة : وانما سمى بيع ملامسة لأن المشتري لاحظ له من النظر والمعرفة لصفاته الا لمسة ، واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج الى معرفته من صفات المبيع الذي يختلف ثمنه باختلاف اللمس ويتفاوت . وكان العقد بينهما على هذا الشرط .

أما لو مكن البائع المشتري من تقليب المتاع والنظر اليه ولم يشترط عليه شيئاً فلمس المشتري الثوب واقتنع بلمسه دون نشره عد هذا البيع صحيحاً ولا يعتبر من بيع الملامسة اذ التقصير انما حصل منه (٦) .

علة فساد هذا البيع :

١ ــ الجهل بصفة المبيع لأن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع (٧) .

٢ ــ اشتراط البائع على المشتري لزوم البيع بمجرد لمسه له نفي لخيار الرؤية (٨) .

٣ ــ للغرر واعتبار ذلك من أبواب القمار والتغيب في البيع (٩) .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٥ : ٦٦ .

(٢) جواهر الاكليل : ٢ : ٢١ والمدونة : ١٠ : ٢٠٥ والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١ والشرح الكبير للدردير بهامش الدسوقي : ٣ : ٥٦ وبلغة السالك : ٢ : ٣١ .

(٣) الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك : ٢ : ٣١ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٠ .

(٥) الشرح الكبير للدردير بهامش الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٥٦ .

(٦) المنتقى شرح الموطأ للباجي : ٥ : ٤٤ .

(٧) بداية المجتهد ــ ٢ : ١٦٠ و ١٦٨ .

(٨) بلغة السالك ــ ٢ : ٣١ .

(٩) المدونة ــ ١٠ : ٢٠٦ .

الشافعيـــة :

وذهب علماء الشافعية الى تفسير بيع الملامسة الى ثلاث تأويلات :

الاول : بأن يلمس ثوباً مطوياً أو في ظلمة ثم يشتريه على أن لا خيار له اذا رآه اكتفاء بلمسه عن رؤيته (١) وهذا تأويل الشافعي رحمه الله .

الثاني : ان يجعلا نفس اللمس بيعا فيقول اذا لمسته فهو بيع لك (٢) .

الثالث : ان يبيعه بيعاً على أنه اذا لمسه انقطع خيار المجلس وغيره ولزم البيع (٣) هذهأشهر التأويلات عند الشافعية .

علة الفساد عند الشافعية :

١) بالنسبة للتأويل الأول فالبيع باطل ، وهو تأويل الشافعي رضي الله تعالى عنه في المختصر وعلل البطلان لعدم الرؤية (٤) .

٢) بالنسبة للتفسير الثاني البيع باطل لما فيه من التعليق والعدول عن الصيغة الشرعية وهو تعليق البيع على شرط وذلك لا يجوز (٥) .

٣) وجود الشرط الفاسد : وهذا بيع فاسد لوجـــود الشرط الفاسد ، ولأن خيار المجلس مثلا لا ينقطع الا بالتفرق او الزام العقد وقد قطعه باللمس فكأنه نفى خيارالمجلس ونفيه مفسد للبيع ويلزم عليه ايضا بأن ينفي خيار العيب باللمس مع أنهلاينتفي بذلك (٦).

٤) للغرر : لأنه اذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولا وذلك غرر من غير حاجة (٧).

---

(١) منهاج الطالبين على حاشية قليوبي وعميرة ٢ : ١٧٦ وقليوبي وعميرة ١٧٦ ومغني المحتاج ٢ : ٣١ ونهاية المحتاج للرملي ٣:٤٤٩ والسراج الوهـــاج ١٨ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ ومنهج الطلاب بهامش البجيرمي ٢ : ٢٠٧ .

(٢) الواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٨٦ .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٣ والحاوي للماوردي ٥ : ٢٨

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨:١٩٣ وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١ : ١٦٤

(٥) فتح العزيز شرح الوجيزبهامش المجموع ٩:٢٧٦ وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١ : ١٦٤

(٦) المجموع شرح المهذب ٩ : ٢٧٦ وفتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٣ والحاوي للماوردي ٥ : ٢٩

(٧) البجيرمي على المنهج ٢ : ٢٠٧ والحاوي للماوردي ٥:٢٩ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٤

الحنابـــلة :

اختلفت الحنابلة في تفسير بيع الملامسه على أقوال :

١) أن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، وهذا يوافق ما فسره أبو هريرة لحديث رسول الله ﷺ حيث قال : أن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل (١) .

٢) والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه الا بذلك (٢) كأن يقول : بعتك ثوبي هذا على أنك متى لمسته فعليك بكذا ،أو إن لمسته فبكذا (٣) . أو يقول : أي ثوب لمسته فعليك بكذا (٤) .

علة فساد هذا البيع :

ان فساد هذا البيع على ما فسرناه يرجع للأسباب التالية :

١ ــ الجهالة : لأن البيع انعقد على غير معلوم فاذا باعه قبل نشر المبيع فقد باعه مجهولا .

٢ ــ التعليق : أي كون المبيع معلقا على شرط ،وهو لمس المشتري للثوب ، والتعليق يفهم من قول البائع متى لمسته أو إن لمسته فعليك بكذا (٥) .

٣ ــ الغرر : ذكر ذلك ابن قدامه (٦) .

الاماميـــة :

وفسرت الشيعة الامامية بيع الملامسة : بأن يبيعه شيئاً غير مشاهد على أنه متى لمسه صح البيع ، الا أنهم جعلوا لعبارة (متى لمسه) احتمالات :

الاول : إحتمال أن يكون أراد ان يقوم لمسه مقام نظره (٧)

الثاني : إحتمال متى لمسه صح البيع ووجب وسقط الخيار .

وزاد ابن الأثير إحتمالين آخرين :

---

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ وزاد المعاد ٤ : ٢٦٦–٢٦٧

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ .

(٣) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ ومطالب أولي النهي ٣ : ٣٢.

(٤) مطالب أولي النهي ٣ : ٣١ .

(٥) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٦ ومطالب اولى النهي ٣ : ٣١

(٦) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ والكافي ٢ : ١٨ .

(٧) لمسه : المراد به الجس لا اللمس بمعنى وضع اليد .

الاول : قول البائع اذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقـــد وجب البيع فيكون بذلك نفس اللمس بيعاً ،وهذا يوافق الشافعيه في أحد آرائهم .

الثاني : جعل اللمس بالليل قاطعاً للخيار . (١)

علة الفساد :

يفهم من تفسيرهم لبيع الملامسة أن علة فساد البيع عندهم ترجع للاسباب التالية :

١ ــ عدم الرؤية ، من قولهم أن يبيعه غير مشاهد .

٢ ــ للتعليق ، من قولهم متى لمسه .

٣ ــ اسقاط الخيار ، ومعلوم أنهم في خيار المجلس كالشافعية .

الزيديـــة :

ذهبت الزيدية الى تفسير بيع الملامسة وهو ما نقل عـــن الامام زيد بن عـــلي :

١) أنه بيع كان في الجاهلية، يتساوم الرجلان بالسلعة فأيهما لمس صاحبه وجب البيع ولم يكن له أن يرجع .

٢) أن يلمس المشتري المتاع من وراء ثوب ولا ينظر اليه ،ثم يوقع البيع عليه مع عدم الخيار .

٣) القاء الثوب على المبيع ثم يلمسه أمارة للعقد ولا لفظ (٢) .

٤) أن يلمس المشتري المتاع على أن المشتري متى لمس المبيـــع نفذ البيع ولا خيار (٣) .

علة الفساد :

١) الجهالة لأنه بيع ما لم يره كما يفهم من التفسير الثاني .

٢) العدول عن الصيغة الشرعية .

٣) تعليق اللزوم وهو غير نافذ (٤) .

الاباضيـــة :

والملامسة : أن يلمس الرجل طرف الثوب ولا ينشرة ولا يعلم ما فيه فيلزمه البيع . واستدل بعضهم بتفسير الملامسه بلمس الثوب بلا نظر اليه على بطلان بيع الغائب .

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ١٥٩ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

(٣) المصدر السابق ٣ : ٢٩٤ .

(٤) الروض النضير ٣ : ٢٤٤ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

وهذا قول يوافق الامام الشافعي في مذهبه الجديد (١) .

حكم بيع الملامسة :

بيع الملامسة من بيوع الجاهلية التي نهى الشارع عنها ، وهي باطلة باتفاق جميع الفقهاء وانما حصل الخلاف بينهم في تفسيرها كما رأيت ، وسبب بطلانها نهى رسول الله ﷺ عنها بالاحاديث الصحيحة التي قد مر بعضها في بيع المنابذة والآن أورد بقية الأدلة :

١ ــ بما روي عن أبي سعيد الخدري (أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين وعن لبستين ، أما البيعتان فالملامسه والمنابذه ، وأما اللبستان : فاشتمال الصماء ، وان يحتبي الرجل في ثوب واحد كاشفاً عن فرجه ، أو ليس على فرجه منه شيء) .

وفي رواية (واشتمال الصماء : يشتمل في ثوب واحد ، يضع طرفي الثوب على عاتقه الأيسر ، ويبرز شقه الأيمن ، والمنابذه : أن يقول : اذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع) .

والملامسة : أن يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه ، إذا مسه وجب البيع (٢) .

وفي رواية أخرى عن أبي سعيد الخدري أيضاً أن رسول ﷺ نهى عن المنابذة ، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر اليه ، ونهى عن الملامسة ، والملامسة لمس الثوب لا ينظر اليه (٣) .

٢ ــ بما روي عن أبي هريرة قال : نهى عن لبستين : أن يحتبي الرجل في الثوب الواحد ، ثم يرفعه عن منكبه ، وعن بيعتين : اللماس والنباذ (٤) .

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل : ٤ : ٥٦ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه . انظر سنن أبي داود : ٢ : ٤٦ ، وأخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث أبي هريره مختصراً ومطولا .

(٣) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٢٦٢ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ بهامش المنتقى : ٥ : ٤٤ .

المبحث الثالث

بيع الحصاة

الحنفيـــة :

وفسرت الحنفية بيع الحصاة بعدة تفسيرات :

١ ــ بأن يلقي حصاة وثمة أثواب ،فأي ثوب وقع عليه كان المبيع، بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك (١) .

٢ ــ أن يقول المشتري أو البائع اذا القيت الحجر وجب البيع (٢) .

٣ ــ أن يتساومـــا في السلعة فاذا وضع الطـــالب عليها حجرا أو حصـــاة تم البيع وان لم يرض صاحبها (٣) .

علة الفساد :

وعلة الفساد عندهم لأمرين :

١ ــ تعليق التمليك بالخطر :أي اذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أوبعتنية بكذا(٤)، ومعنى تعليق التمليك بالخطر أى بسبب تعليق التمليك بالقاء الحجر .

٢ ــ الجهالة : لعدم معرفة المبيع، اذ لا يعلم الا بعد استقرار الحجر (٥) .

ويشترط في بيع الحصاة أن يسبق تراوض بين البائع والمشتري ،وأن يسبق ذكر الثمن على العقد . وعند العقد يسكتـــان عنه فيكون فاسداً ، أمـــا لو تعمدا نفي الثمن فيكون البيع باطلا .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٦٥ وفتح القدير ٥ : ١٩٦ .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٤٧ .

(٣) السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ٤/ب والبحر الرائق ٦ : ٨ .

(٤) حاشيه ابـــن عابدين ٥ : ٦٥ والزيلعي ٤ : ٤٨ وكشف الحقائـــق ٢ : ١٩ والـــدرر في شرح الغرر ٢ : ١٧٠ وفتح القدير ٥ : ١٩٧ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٩٧ .

المـــالكية :

جاء في كتب المالكية أربع تفسيرات لبيع الحصاة وهي :

١ ــ بيع قدر من أرض مبدؤه من الرامي بالحصاة الى منتهاها .

٢ ــ بيع يلزم بوقوعها من يدأحد المتبايعين أوغيرهما متي سقطت ممن هي معه ولو باختياره.

٣ ــ بيع يلزم على ما يقع عليه الحصاة بلا قصد من الرامي ، أما اذا كان بقصد جاز ان كان من المشتري أو من البائع ، جعل الخيار للمشتري بشرط أن تكون السلع مختلفة ، أما اذا كانت متفقة جـــاز ، سواء كان الوقوع بقصد أم بغير قصد ، وهو موافق لتفسير ابن رشد الحفيد .

٤ ــ بيع يلزم بعدد ما يقع من الحصاة .

ويحتمل أن المراد بالحصاة الجنس كأن يقول : خذ جملة من الحصى وضعها في كفك أو كفيك ، وحركه مرة أو مرتين بحسب الاتفاق فمـــا وقع من الحصى فعلي بعددها دراهم أو دنانير (١) .

علة الفســـاد :

١ ــ جهالة بقدر المبيع لاختلاف الرمي ومحل الفساد اذا وقع البيع على جهة اللزوم .

٢ ــ جهالة زمن وقوعها ففيه تأجيل بأجل مجهول .

٣ ــ أنه قمار : وقد علل ذلك ابن رشد (٢) .

الشـــافعية :

وفسر علماء الشافعية بيع الحصاة بثلاث تفسيرات :

الأول : أن يقول له بعتك من هذه الاثواب ما تقع هذه الحصـــاة عليه ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا الى ما انتهت اليه هذه الحصاة (٣).

الثاني: أن يجعلا الرمي لها بيعا ، كأن يقول اذا رميت هذه الحصاة ، فقد بعتك الثوب هذا بكذا .

---

(١) الشرح الكبير للدردير بهامش الدسوقي ٣ : ٥٦ ــ ٥٧ وانظر جواهر الاكليل شرح مختصر خليل ٢ : ٢٢ وبداية المجتهد ٢ : ٣١ و ١٦٠ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ .

(٣) مغـني المحتـــاج ٢ : ٣١ ونهـــاية المحتاج للرمـــلي ٣ : ٤٤٩ والبجيرمي على المنهـــج ٢ : ٢٠٧ والسراج الوهـــاج ١٨٠ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٤ والواضح النبيه ٥ : ٨٧ والمجمـــوع ٩ : ٣٧٧ والحـــاوي للماوردي ٢٨٥ وفتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٤ .

الثالث: أن يقول بعتك هذا بكذا ،على أنك بالخيار الى أن ارمي بهذه الحصاة (١) .

علة بطلان بيع الحصاة :

وبيع الحصاة باطل لأحد معان ثلاث هي :

١ ــ التفسير الاول : البيع باطل ، للجهل بالبيع .

٢ ــ التفسير الثاني ، لوجود الاختلال في الصيغة .

٣ ــ التفسير الثالث : لأن الخيار مجهول (٢) .

ويلاحظ أن الحنفية ، والمالكية ، يوافقون الشافعية في رمي الحصاة من حيث جهالة المبيع ،وتشترك المالكية ،والحنفيه، بأن رمي الحصاة من باب القمار، كما ذكر ذلك ابن رشد الحفيد والبابرتي ؟ وتنفرد الشافعية في جهالة مدة الخيار .

الحنابلة :

وذهب فقهاء الحنابلة في تفسير بيع الحصاة الى ثلاث تفسيرات :

١ ــ ارم بهذه الحصاة ، فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم .

٢ ــ أن يقول بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا .

٣ ــ بعتك هذا بكذا ، على أني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع (٣) .

واقتصر ابن تيمية في فتاويه على تفسيرين فقط ، وهما الاول والثاني (٤) .

علة بطلان هذه البيوع :

وكل هذه البيوع باطلة عند الحنابلة ، لوجود الغرر ، والجهالة ، وتعليق البيع (٥) .

الشيعة الامامية والزيدية والاباضية :

يفسرون بيع الحصاة بتفاسير ثلاثة :

١) أن يقول ارم هذه الحصاة ، فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا . وزاد في نهاية الأحكام الى أي موضع بلغت من الارض ، يكون مبيعاً منك .

---

(١) مغني المحتاج ٣١ ، ونهاية المحتاج : ٣ : ٤٤٩ ومنهج الطلاب على حاشية البجيرمي ٢ : ٢٠٧ ، والسراج الوهاج ١٨٠ ، وقيلوبي وعميرة ٢ : ١٧٦ والمجموع شرح المهذب ٩ : ٢٧٧ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٨٧ وفتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٤ .

(٢) فتح العزيز ٨ : ١٩٤ والمجموع شرح المهذب ومعظم كتب الشافعية مثل هذا .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ ومطالب أولى النهي ٣ : ٣١ والكافي ٢ : ١٨ .

(٤) مجموعة فتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٢٧ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ ومطالب أولي النهي ٣ : ٣١ .

٢ ـ بعتك هذا بكذا ، على أنك بالخيار الى أن أرمي هذه الحصاة .

٣ ـ أن يجعل نفس الرمي بيعاً ، فيقول البائع : اذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب بيع منك بعشرة .

علة بطلان هـــذا البيع :

١ ـ الجهالة في المبيع .

٢ ـ الجهالة في الخيار .

٣ ـ وجود الاختلال في الصيغة التي تؤدي الى الغرر (١) .

وبهذا تكون الشيعة تكاد تتفق مع الشافعية فيما ذهبوا اليه من تفسيرات .

حكم بيع الحصاة :

بيع الحصاة من بيوع الجاهلية المتفق على بطلانها ، وقـــد وردت السنة النبوية بالنهي عنها ،واستدل الفقهاء بهذا الحديث وهو :

بما روي عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عـــن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر (٢) .

الا أن المحدثين اختلفوا في تفسير بيع الحصاة وعنهم أخذ الفقهاء هذه الاختلافات وقد رأيناها سابقاً ولا حاجة لنا لاعادتها مرة ثانية .

البياعات التي تشبه بيع الحصاة في زماننا :

وفي معنى بيع الحصاة في زماننا البياعات التالية :

١) أن تكون الامتعة مفروشة على طاولة ، ثم يأخـــذ المشتري مقداراً من الحصى ويرميها عليها فـــا وقع عليها الحصى كـــان مبيعاً بالثمن الذي اتفقا عليه ، وهذا ممنوع للأسباب التالية :

أ ـ لأن البائع يجهل السلعة المبيعة .

ب ـ لأن المشتري يجهل ما يصير له منها بالثمن قبل رميه بالحصى .

جـ ـ لأنه نوع من القمار .

٢) عمل مربع أو مستطيل ، فيعطي المشتري سبع حصيات ثم يرميها فـــا وقع في هذه الدائرة كان هو المبيع المتفق عليه ، وهذا النوع ممنوع أيضاً لما علمت .

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملي : ٤ : ١٥٩ والروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ٣ : ٢٤٤ـ٢٤٥ والبحر الزخار :٣ : ٢٩٤ وشرح النيل :٤ : ٥٦ـ٥٧ .

(٢) رواه الجماعة الا البخاري ، نيل الاوطار : ١٥٦:٥ والنسائي :٧ : ٢٣٠ وأبو داود : ٥ : ٤٥ ومسلم : ١٠ : ١٥٦ وابن ماجه : ٢ : ٧٣٩ .

٣) دائرة من الخشب أوالحديد،وفي وسطها عمودعلىرأسه مؤشر مائل الى جوانب الدائرة التي عليها خطوط كثيرة متعددة، يقابلهامبيعات مختلفة منها الثمين وغيره ،يدفعها البائع أو المشتري بقوه فتدور بسرعةثم تقف ، وحيث استقر المؤشر كان هو المبيع وهو ما يسمى بزماننا (حظك بختك) وهذا ممنوع .

٤) مبيعات كثيرة على طاولة يعطى المشتري دائرة من الخشب كالغربال في مقابل من المال يدفعه ثم يقال له ارم هذه الدائرة وأي متاع تلبسه الدائرة فهو لك وهو مايسمى (لبس تكسب) واذا لم يلبس فلا شيء له وهو ممنوع ولا يخفى ما في ذلك من المقامرة .

المبحث الرابع

بيع العربون [1]

تعريف بيع العربون :

وهو أن يشتري سلعة ويعطي البائع دراهم مثلا لتكون من الثمن ان رضي السلعة والا فهبه (٢) وهو موافق لما نقل عن ابن اطفيش من الاباضية والزيدية (٣) .

وعرفه ابن رشد الجد : أن يشتري الرجل السلعة ويعطيه ديناراً أو درهماً فيقول له : ان اخذتها فذلك من الثمن وان تركتها كان ذلك باطلا بغير شي (٤) .

أما ابن رشد الحفيد فقال : وصورته : أن يشتري الرجل شيئا فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً ، على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به (٥) .

---

(١) قال اهل اللغة : في العربان ست لغات عربان وعربون بضم العين واسكان الراء فيهما وعربون بفتحهما وأربان وأربون وأربون بالهمزة بدل العين والوزن كالوزن . وفي الفاظ التنبية افصحهن عربون ــ بفتحهما ــ وهو أعجمي معرب وأصله في اللغة التسليف والتقديم ، ويقال منه عربت في الشيء وأعربت ، وهو أن يشتري شيئاً ويعطي درهما أو دراهم ويقول : ان تم البيع بيننا فهو من الثمن ، والا فهو هبة لك . المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٦٨ ـ ٣٦٩ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٥٧ ـ ٥٨ .

(٢) مغني المحتاج ٣ : ٣٩ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ ومنهج الطلاب بهامش البجيرمي ٢ : ٢٠٨ ، ونهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٧٦ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٥ .

(٣) شرح النيل ٤ : ٨٧ وهو دفع بعض الثمن لبائع يكون بيعه لوقت فان رجع فيه فذلك ، والا لم يرتجعه منه .

(٤) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ١٠ : ٢٢٢ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٧٦ .

اما الامام مالك فقال: (وذلك فيما نرى والله أعلم، أن يشتري الرجل العبد، أو الوليدة، أو يتكارى الدابة، ثم يقـــول للذي اشترى منه، أو تكارى منـــه، أعطيك دينارا، أو درهما، أو أكثر من ذلك، أو اقل، على أني ان اخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وان تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة فما اعطيتك لك باطل بغير شيء) (١).

أما ان وقع العقد على اللزوم لا على الاختيار، ويدفع بعض الثمن ويترك السلعة تحت يد البائع حتى يكمل له، فهذا يمنع وهو الواقع في زماننا، واذا لم يرجع المشتري فهو ظالم، فللبائع ان يرفع الامر الى القاضي فيبيع السلعة ويطلب بقية الثمن، بعد أن يثبت الشراء على الحلول وغيبة المشتري ويتبعه بالباقي ان لم يوف متى لقيـــه، او أن المشتري اشتراه على شرط أن البائع اذا أتاه بالثمن، فالمبيع مردود على البائع، وهي مسألة الثنيا (٢).

وعرف ابن قدامة العربون: هو أن يشتري السلعة فيدفع الى البائع درهماً او غيره على أنه ان اخذ السلعة احتسب به من الثمن، وان لم يأخذها فذلك للبائع (٣).

التفسير المختار:

أن يشتري المشتري السلعة، ويعطي البائع قسطاً من الثمن، ويتفقا على الزمن فان أخذها احتسب ذلك من الثمن والا فللبائع، وهذا التفسير متفق عليه عند جميع الفقهاء وخاصة بالنسبة لتحديد الزمن خوفاً من جهالته.

صفة هذا العقد:

الواقع أن عقد البيع الذي فيه العربون، فيه الزام للبائع بمجرد العقد وانتفى حقه من الخيار وأعطي المشترى الخيار، لأن المشتري اذا قبل المبيع فالبائع لا يسعه الا التسليم وليس له حق الرفض، اما المشتري فيثبت له خيار الشرط، أي ان رضي بالبيع ثبت ولزم، والا فلا بيع.

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥ : ١٦٣ والمنتقى ٤ : ١٥٧ وسبل السلام ٣ : ١٧ وتنوير الحوالك ٢ : ١١٨. ومعنى (باطل بغير شيء): لا معنى لباطل في ورودها في النص ويكون المعنى لما اعطيته لك بغير شيء؛ تؤيدها الروايات السابقة.

(٢) البهجة في شرح التحفة للتسولي: ٢ : ٨.

(٣) المغني لابن قدامة: ٤ : ١٧٥.

رأي الفقهاء في بيع العربون :

والفقهاء في بيع العربون على رأيين :

فالمانعون : هم الامام مالك،والشافعي ، وأبوحنيفة ، والشيعةالزيدية ، وأبو الخطاب من الحنابلة (١) ، وهو مذهب ابن عباس ، والحسن ، وأبطله ايضاً أصحاب الرأي (٢) .

والمجوزونلبيع العربون:عمر بن الخطاب، وابن عمر،ومحمدبن سيرين،واحمدبن حنبل، ونافع بن عبد الحارث ، وزيد بن أسلم ، ومجاهد (٣) .

أدلة المانعين :

استدل المانعون على بطلان بيع العربون بما يأتي :

أولا : بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : (نهى النبي ﷺ عن بيع العربان) رواه احمد ، والنسائي ، وابو داود ، وهو لمالك في الموطأ (٤) .

ثانيا : لما فيه من الشرط الفاسد :

ان هذا البيع يشتمل على شرطين فاسدين :

الأول : اشتراط المشتري على البائع على أنه اذا لم يرضَ بالمبيع، كان مادفع ملكاللبائع مجانا .

---

(١) المرجع السابق ٤ : ١٧٥ وسبل السلام ٣:١٧ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٧٦ والبحر الزخار٣:٢٩٥ ومغني المحتاج ٣ : ٣٩ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ ومنهج الطلاب بهامش البجيرمي ٢ : ٢٠٨ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٦٩ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٦٩ وسبل السلام ٣ : ١٧ ونيل الاوطار ٥ : ١٦٣ وشرح النيل ٤ : ٨٧ ، واعلام الموقعين ٢ : ٣٨٩ .

(٤) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦٢ ، وسبل السلام ٣ : ١٧ والمنتقى ٤ : ١٥٧ وابو دواد ٥ : ١٤٢ .

راوي هذا الحديث الامام مالك في الموطأ قال :

أ ــ اخبرني الثقه عن عمرو بن شعيب وذكر الحديث ومثل هذا لا يحتج به عند اصحابنا ولا عند جماهير العلماء .

ب ــ ورواه أبو داود في سننه عن العقبي عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب،وهذا أيضاً منقطع لا يحتج به . انظر المجموع ٩ : ٣٦٨ .

ج ــ ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخامي عن حبيب بن أبي ثابت كاتب مالكعن عبدالله بن عامر الاسلمي عن عمرو بن شعيب وسبب رد الحديث أن حبيب بن ثابت هذا وعبد الله بن عامر الأسلمي ضعيفان باتفاق المحدثين .

الثاني : اشتراط المشتري على البائع رد المبيع اذا لم يرض به (١) .

ومعلوم أن النهي يقتضي الفساد اذا شرط شيئا للبائع بغير عوض (٢) . الا أن الشافعية قالوا : اذا وقع الشرط في نفس العقد فالبيع باطل ، وان كان الشرط قبل العقد وعند العقد لم يتلفظ به فالبيع صحيح ، لعدم المنافي للعقد (٣) .

ثالثاً : للغرر وأكل المال بالباطل : لأنه من المخاطرة وأكل المال بغير عوض، كما قال ابن رشد الحفيد (٤) .

وقال ابن اطفيش من الاباضية : هذا البيع لا يجوز حتى ولو أتى المشتري للبائع ببقية الثمن ، لأنه عقدلا يحل ، وعلى البائع أن يرد له ذلك البعض إن لم يرجع في الوقت ، وأن

= د ــ ذكر البيهقي رواية مالك وهي قوله : بلغني عن عمرو بن شعيب ثم قال البيهقي هكذا كانت رواية مالك في الموطأ فلم يسم راويه الذي رواه عنه ، فالحديث منقطع ، لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ولم يدركه منها راو ولم يسم .

هـ ــ ورواه حبيب بن أبي ثابت عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب وقيل : انما رواه مالك عن ابن لهيعه عن عمرو بن شعيب ، كذا قاله أبو احمد بن عدي الحافظ ، قال بن عدي : والحديث عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مشهور .

و ــ قال البيهقي : وقد روي هذا الحديث عن الحارث بن عبد الرحمن بن أبي ذباب عن عمرو بن شعيب ثم رواه البيهقي باسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو. الا أن الطعن وجه من البيهقي عن عاصم فقال : هذا فيه نظر .

١ ــ عن عاصم فيه نظر .

٢ ــ حبيب بن أبي ثابت ضعيف .

٣ ــ عبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما .

ز ــ ذكر البيهقي في كتابه السنن والآثار : أن مالكا اخذه عن عبد الله بن عامر وقيل عن ابن لهيعه وقيل: عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب ، وقال عنهم جميعاً فيهم ضعف. مما تقدم نرى ان هذا الحديث ضعيف ويقول النووي : وانما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة الى معرفته .

المجموع: ٩ : ٣٦٨ ونيل الاوطار للشوكاني: ٥ : ١٦٢ والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٥٨.

(١) نيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٦٢ والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٥٨ و ٢ : ٣٩ .

(٢) البحر الزخار : ٣ : ٢٩٥ .

(٣) المجموع : ٩ : ٣٦٩ ونهاية المحتاج للرملي : ٣ : ٤٧٦ والبجيرمي على المنهج : ٢ : ٢٠٩ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ : ١٧٦ والمجموع : ٩ : ٣٦٩ والدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٦٣ .

يرد الباقي إن أخذه أيضا ،وعلى كل حال لزمتها التوبة وقال : إنه غرر، ومخاطرة،وأكل مال بلا عوض (١) .

وابن رشد الجد : قال إن بيع العربون من بيوع الجاهلية التي نهى النبي ﷺ عنها ، لأنها من أكل المال بالباطل، واستشهد لذلك بقوله تعالى : (وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ الاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٢) ، وفسرها بتجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولاقمار ، لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر او قمار لايحل ولا يجوز ، لأنه من الميسر الذي حرمه الله سبحانه في كتابه حيث يقول : (إِنَّمَا الخَمْرُ وَالمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (٣) ثم يذكر العقد الذي فيه غرر كثيرلايصح . والغرر المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء : أحدها العقد ، والثاني أحد العوضين والثالث الأجل فيهما أو في احدهما ، ومثل للغرر بقوله : نهى النبي ﷺ عن بيعتين وعن بيع العربان) (٤).

أدلة المجوزين :

استدل المجوزون بما يأتي :

أولا ـ السنة :

١) بما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن اسلم (انه سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله) (٥) .

٢) بما روي عن نافع بن عبد الحارث عامل عمر على مكة أنه اشترى من صفوان بن اميه دارا لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف درهم ، واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم (٦) .

---

(١) شرح النيل : ٤:٨٧ .
(٢) سورة النساء : ٢٩ .
(٣) سورة المائدة : ٩٠ .
(٤) المقدمات الممهدات : ١ : ٢٢٢ .
(٥) نيل الاوطار ٥:١٦٢ وفي اسناده ابراهيم بن يحيى قال عنه الشوكاني ضعيف .
(٦) المجموع شرح المهذب : ٩:٣٦٩ واعلام الموقعين : ٣ : ٣٨٩ وكشاف القناع : ١٩٥ ج ٣ .
والمغني لابن قدامة ٤:١٧٥-١٧٦ ومطالب أولي النهى. ٣:٧٨ .

قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب اليه ؟ فقال الامام أحمد : أي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه . ثم ضعف حديث ابن ماجه (نهى عن بيع العربون) .

ان من دفع للبائع قبل البيع درهما، وقال له لا تبع هذه السلعة لغيري، وان لم اشترها منك فالدرهم لك، ثم اشتراه منه بعد ذلك بعقد مبتدأ ثم حسب الدرهم من الثمن، فالبيع صحيح، لخلو العقد من الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذي حصل لعمر كان على هذا الوجه، فيكون بذلك جمعاً بين من منعه، وبين فعل عمر، والخبر، وموافقة القياس (١) .

ولا يصح جعل العربون عوضاً عن انتظار البائع ، لأنه لو كان كذلك لما جاز جعله من الثمن عند العقد، والانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت المعاوضة لوجب أن يكون الزمن معلوم المقدار كما في الاجارة (٢) .

وليس للبائع ومؤجر، الزام مشتر ، أو مستأجر ، بدفع بقية ثمن وأجرة في مدة الاشتراط ، لاحتمال عدم تمام العقد وهو متجه (٣) .

٣) بما روي عن ابن سيرين ، وسعيد بن المسيب أنهما قالا : لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئا ، وأحمد قال هذا في معناه وهذا هو القياس (٤) .

والذي أراه أن الاحاديث الواردة من كلا الطرفين لا تنهض دليلا قوياً يحتج به ، وبذلك فان العربون يكون من قبيل اشتراط شرط على المشتري وهو مضطر الى قبوله لحاجته وهو شرط فاسد ، لأنه شرط في بيع ، ولكن حديث المانعين رغم ما ورد عليه من طعون الا ان العلماء احتجوا به وعملوا به ، ولذا فاني أرى منع بيع العربون (٥) .

---

(١) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٦ وكشاف القناع : ٣ : ١٩٥ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٦ وكشاف القناع : ٣ : ١٩٥ .

(٣) مطالب أولى النهي : ٣ : ٧٨ — ٧٩ .

(٤) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٥ .

(٥) وهناك صور تشبه العربون دون أن تأخذ حكمها منها :

١ — من اشترى سلعة ثم ندم فقال أحدهما لصاحبه أقلني أقال الله عثرتك يوم القيامة وتم الاتفاق على أن يدفع لصاحبه شيئاً من المال . قال الحطاب : ان وقعت بأقل من الثمن أو انها وقعت بأكثر فبيع باتفاق ، ولا يعتبر من صور العربون البهجة . شرح التحفة ٢ : ١٤٦

٢ — قال مالك رحمه الله : فالرجل يبتاع العبد او الوليدة بمائة دينار الى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع ان يقيله بعشرة دنانير يدفعها اليه نقداً او الى اجل ويمحو عنه المائة دينار=

بيـــع العربون في القانـــون المصرى :

كان المشروع الأصلي للتقنين الجديد ينص على أن (دفع العربون وقت ابرام العقديفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه الا إذا قضى الاتفاق او العرف بغير ذلك) م (١٠٥)الا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأت ان العرف في مصر قد استقر على خلاف ذلك فعدلت عن هذا الحكم الى ماثبت عليه العرف .

وفي التقنين القديم لم يرد نص يبين حكم العربون عندالشكفي نية المتعاقدين من دفعه، ولذا فان بعض المحاكم قضت بأن دفع العربون وقت ابرام العقد دليل على أن العقد أصبح باتا، وعلى أن المبلغ المدفوع جزء من الثمن ، ومحاكمأخرى قضت بـأن العرف يجري على أن دفع العربون عند انشاء العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه (١) .

اما القانون المدني الجديد فقد ورد نص في التعاقد بالعربون بوجه عام ، فقـــد نصت المادة (١٠٣) من التقنين المدني على أن :

١ ــ دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العـــدول عنه ، الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ ــ فاذا عدل من دفع العربون فقده،واذا عدل من قبضه رد ضعفه،هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر .

= التي له . قال مالك رحمه الله : لا بأس بذلك وسواء كانت الزيادة مـــن البائع نقداً أو مؤجلا ولم يتفرقا لأنه: كأن البائع اشترى الجارية بالثمن الذي وجب على المبتاع وبزيادة زادها اياه ولا فساد في ذلك الا اذا كانت الزيادة من جنس المبيع ، فان كانت الزيادة من جنس المبيع فقد زاد نقداً ولم يجز مؤجـــلا ، لأنه بيع الشيء بجنسه مؤجلا . المنتقى ٤ : ١٦٤ .

٣ ــ أما اذا ندم المشتري وسأل الاقالة على أن يعطي البائع العشرة دنانير نقدا أو الى أجـــل ابعد من الأجل الذي وجبت فيه المائة فهنا اختلف الفقهاء .

قال مالك : لا يجوز لأن ذلك ذريعة الى قصد بيع النقد بالنقـــد الى أجل،وبيع نقد وعرض بنقد ويدخله بيع وسلف ، كأنه باعه بتسعين وأسلفه عشرة الى أجـــل . وقال الشافعي: جائز عنده باجماع، لانه شراء مستأنف وذلك جائز باجماع،وحمل الناس على التهم لا يجوز . بداية المجتهد : ٢:١٥٢ والمنتقى : ٤ : ١٦٤ .

(١) شرح عقدي البيع والمقايضة للدكتور انور سلطان : ١١٠ ــ ١١١ .

وتقضي هذه القرينة بأن الاصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، الا اذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا أن دفع العربون معناه البت ،والتأكيد ، والبدء في تنفيذ العقد . أما عند توقيع البيع النهائي فالذي يدفع هو الثمن اذا كان معجلا ، أو قسط منه اذا كان مقسطاً أولا يدفع منه شيء أصلا اذا كان مؤجلا ، واذا لم يتبين من العقد ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ، فالقرينة من العربون يراد به ان يكون لكل من المتبايعين حق الرجوع في البيع ،وعدم ابرام البيع النهائي ، فالبائع يستطيع ان يرجع في البيع ويكون الجزاء على هذا العدول بأن يدفع المشتري قيمة العربون ، فيرد المشتري للبائع أولا العربون الذي أخذه منه ثم مقدارا معادلا له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه ، وكذلك فللمشتري أن يرجع في البيع وبهذه الحالة يخسر العربون الذي دفعه الى البائع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع ، والعربون لا يعتبر تعويضاً عن ضرر أصاب البائع ،وانما هو جزاء حتى يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر.

واذا كانت النية على أنها للبت والتأكيد لم يجز لأي من المتبايعين الرجوع في البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وعندئذ يجوز لأي الطرفين الزام الطرف الآخر بابرام البيع النهائي (١) .

طبيعة البيع بالعربون :

فالتقنين العصري كما حددته المادة (١٠٣) يعتبر العربون بيعاً معلقاً على شرط ، الا أن شراح القانون الفرنسي : اعتبر العربون شرطاً فاسخاً أي أن البيع ينعقد وتترتب عليه جميع آثاره،ومنها نقل الملكية الا أنه ينفسخ اذا استعمل أحد الطرفين حقه في نقضه . وبعضهم يرى أن البيع بالعربون يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف. لأن خيار العدول يدل على أن رضاء المتعاقدين بالعقد ليس نهائياً ، وعليه أن جميع آثار البيع توقف حتى يسقط خيار العدول بعدم استعماله في الأجل المحدد له ، فتحقق عندئذ هذه الآثار بأثر رجعي ، وهذا الرأي هو الرأي الراجح عند القانونيين (٢) .

العقود التي يحصل فيها دفع العربون :

دفع العربون يحصل عادة عند البيع ،أو الوعد بالبيع ، ويحصل كذلك في أي عقد

---

(١) الوسيط ٤ : ٨٦ ـ ٩٠ ، ومصادر الحق ٢ : ٨٧ـ٨٨ ، وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ٧٠ـ٧٢ ومحاضرات في القانون المدني للاستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصده ١ : ١٢٨ـ١٣٠ وانظر شرح البيع في القوانين المصرية محمد حلمي عيسى بك ٨٦ـ٩١ . وأحمد نجيب الهلالي ١٤٥ـ١٤٩ .

(٢) شرح البيع والمقايضة للدكتور أنور سلطان ١١٣ـ١١٤ وحاشية الوسيط ٤ : ٩١ وسليمان مرقص فقره ٤٢ ـ ٦٣ .

آخر وخاصة في عقد المقايضة أو الوعد بها . ولكن باعتبار أن العربون وسيلة لنقض العقد لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين ، واذا كان العربون في عقـــد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع فلا يفيد خيار العدول ، لأن أحـــد المتعاقدين وهو الموعود له ليس ملزماً ابتداء بتنفيذ الوعد ، ومع ذلك يجوز للواعد دفع العربون واشتراط خيار العدول لنفسه ، الا أن الموعود له لا يلزم في حالة عدم استيفاء الوعد برد ضعفه (١) .

وقد ساير القانون المصري كل من التقنين المدني السوري في المادة (١٠٤) ، والتقنين المدني الليبي في المادة (١٠٣) فانهما يطابقان النص المتقدم من التقنين المدني المصري (٢) .

التقنين العراقي لبيـــع العربون :

تنص المادة ٩٢ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

١ ــ يعتبر دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ ــ فاذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عـــن العقد ، كان لكل منهما حق العدول ، فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وان عدل من قبضه رد مضاعفاً .

فالقانون العراقي يجعل دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه جزاء للعدول عن العقد ، والقانون العراقي في هذا يتفق مع القوانين الجرمانية (٣) ومن الملاحظ أن نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة متطابقة ما عدا التقنين العراقي كما رأينا .

العربون في الفقه الغربـــي الحديث :

والغرض من العربون في الفقه الغربي للمتعاقدين :

ــ إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد ، وذلك بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر .

ــ وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفـــع العربون .

والقوانين الأجنبية بين هاتين الدلالتين انقسمت الى قسمين :

فالقوانين اللاتينية تأخذ بدلالة العدول ، والقوانين الجرمانية تأخـذ بدلالة البت . وكلا القسمين قابل لأن يأخذ باثبات العكس ، أي ان المقصود هو الوقوف عندما أراده المتعاقـــدان .

---

(١) شرح البيع والمقايضة للدكتور أنور سلطان ١١٢ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري ٢ : ٨٨ .

(٣) ملتقى البحرين ١٦٢ ــ ١٦٣ والوسيط ١ : ٢٦٠ .

ويمكن حصر مسائل العربون في الفقه الغربي الحديث كما ذكره السنهوري فيما يأتي :

أولا ــ العربون قد يكون دليلا على البت في ابرام العقد ، أو على جــواز العدول عنه .

ثانياً ــ فاذا كان دليلا على البت فقد أبرم العقد نهائيا ، ولا يجوز العدول عنه .

ولذا فالعربون يعتبر جزءاً من الثمن عجل دفعه اذا كان في عقد البيع ، ويجيز على التنفيذ اذا امتنع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته . فالمشتري يجبر على دفع الثمن بعد خصم ما دفعه عربونا ، والبائع يجبر على تسليم المبيع .

ثالثاً ــ أما اذا كان العربون دليلا على جواز العدول،فكل من المتعاقدين يجوز له العدول عن العقد في المدة المحددة لذلك ، فاذا عدل من دفع العربون فانه يفقده،واذا عدل من أخذ العربون رده ورد مثله معه ، دون ان يشترط وقوع ضرر ينجم عن هذا العدول سواء كان للدافع أو للآخذ .

واذا لم يعدل أي من المتعاقدين عن العقد في المدة المحددة ، أصبح العقد باتاً ووجب تنفيذه على الوجه المبين فيما تقدم (١) .

---

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري ٢ : ٨٨ ــ ٩٠ .

المبحث الخامس

بيعتان في بيعه وصفقتان في صفقه

وفيه مطلبـــان

المطلب الأول

بيعتا ن في بيعه

اختلف الفقهاء في تفسير بيعتين في بيعه على عدة تفـــاسير ، ولذا فـــاني أذكر هذه التفاسير مبينا حكمها :

التفسير الأول :

ان يقول بعتك هذه السلعة بألف أو ألفين الى سنة أيهـــا شئت انت وشئت انا ، وهذا أحد تفسيري الامام الشافعي رضي الله عنه (١) .

وهذا التفسير هو تفسير الامام مالك رحمه الله فقد قال : قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقداً أو بخمسة عشر ديناراً الى أجل وقد وجبت للمشتري بأحد الثمنين أنه لاينبغي ذلك ، لأنه ان أخر العشرة دنانير أصبحت خمسة عشر دينارا الى أجل(٢) .

---

(١) وسميت بيعتين من قبل التسامح لأنها بيعة واحدة وانما سماها بيعتين باعتبار الترديد في الثمن . قليوبي وعميره ٢ : ٢٠٩ وفتح العزيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٤ ومغني المحتاج ٢ : ٣١ وفتح الوهاب ١ : ١٦٥ والتنبيه للشيرازي ٦٣ والواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٩٧ والحـــاوي للماوردي ٥ : ٣٢ وحاشية البجيرمي على المنهج ٢ : ٢٠٩ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٤ والمجموع ٩ : ٢٧٢ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٧٧ ونيـــل الاوطـــار للشوكاني ٥ : ١٦١ وسبل السلام للصنعاني ٣ : ١٦ وزاد الرملي (أو شاء فلان) نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٥٠ وذكر الماوردي أن تقول بعتك داري هذه بألف صحاحا وبألفين غلة تأخذها شئت أنت ان شئت أنا ويفترقان على هذا (وفي سبل السلام فأيهما شئت أخذت به) .

(٢) موطأ الامام مالك بهامش تنوير الحوالك ٢ : ١٥٦ .

وهو تفسير الزيدية فقد قال زيد بن علي : بيعتان في بيعة ،أن يقول بعتك هذه السلعة على أنها بالنقد بكذا أو بالنسيئة بكذا . أو يقول على أنها الى أجل كذابكذا ، أو إلى أجل كذا بكذا (١) .

وهو تفسير الظـاهرية ، فقد قال ابن حزم في تفسيره الثاني لبيعتين في بيعة : أبيعك سلعتي هذه بدينارين نقداً أو بثلاثة نسيئة (٢) .

وابن اطفيش من الاباضية فسره بقوله : كبيع سلعة أو غيرها من العروض بدينار نقداً يداً بيد عاجلا ، أو بدينارين نسيئة لأجل مسمى، أو عاجل برضى من متبايعين على الترديد والتخيير ،لا على قطع ثمن معين،فكأنه قال:إن شئت فخذها نقدا بدينار، وانشئت فبدينارين لشهر ، أو بعتها بدينار نقدا ، أو قال بدينارين لشهر ، أو بثلاثة لشهرين (٣) .

وقد فسر النسائي من المحدثين بـأن يقول : أبيعك هذه السلعة بمـائة درهم نقدا وبمائتي درهم نسيئة (٤) .

حكم هذا البيع :

لاخلاف عند الفقهاء في بطلان هذا البيع مستدلين بما يأتي :

١ ـ الأحاديث :

أ) بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قـال : نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعه . رواه الخمسة الا ابن ماجه (٥) .

ب) بما روي عن أبي هريرة فانه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعه . رواه أحمد والنسائي وصححه الترمذي وابن حبان (٦) .

وفي رواية أخرى لأبي هريرة قـال : نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعه وعن لبستين ، أن يشتمل أحدكم الصمـاء في ثوب واحد أو يحتبـي بثوب ليس بينه وبين السماء شيء (٧) .

---

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٤ : ٢٤٧ .
(٢) المحلى لابن حزم ٩ : ١٥ .
(٣) شرح النيل ٤ : ٧٤ .
(٤) النسائي ٧ : ٢٦٠ .
(٥) نيل الاطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ وصححه ابن خزيمه والحاكم .
(٦) سبل السلام للصنعاني ٣ : ١٦ ونيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦١ والنسائي ٧ : ٢٦٠ .
(٧) رواه ابو داود . سنن أبي داوود . ٢ : ٢٢٨ .

ج) بما روي عن مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعه (١) .

د) بما روي عن ابن عمر قال : رسول الله ﷺ . مطل الغني ظلم واذا أحلت على مليء فأتبعه،ولا بيعتين في واحدة (٢) .

٢ ـ جهالة الثمن :

فان من يشتري سلعة بخمسة نقدا ، أو بعشرة الى أجل، والسلعة قد لزمته بأحد الثمنين فقد حصل بذلك الغرر ويمنع البيع ، لأن البائع لا يدري بم باع والمشتري لا يدري بما اشترى (٣) . فالثمن مجهول ، كالبيع بالرقم المجهول ، مما يقتضي بطلان البيع (٤) .

ولو قال : أبيعك بالنقد بكذا،وبالنسيئة بكذا فذهب على أحدهما،فقد روي عن طاووس والحكم وحماد أنهم قالوا : لا بأس ، وحملوا ذلك على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكأن المشتري قال : أنا آخذ المبيع بالنسيئة بكذا فقال البائع خذه، أو قد رضيت بذلك أو قبلت ، ونحو ذلك من دلالة الرضى ، فيكون بذلك عقدا كافياً (٥) .

ويرى الشوكاني : أن العلة في تحريم بيعتين في بيعة هي عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين (٦) .

وأما اذا لم يكن البيع لازما في أحدهما : فقد أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعي لافتراقهما على ثمن غير معلوم .

فالشافعي وأبوحنيفة اعتبرا هذا البيع من بيوع الغرر التي نهى عنها من جهة جهل الثمن.

ويرى الامام مالك رحمه الله ،أن العلة هي سد الذريعة الموجبة للربا ، لامكان الذي له الخيار قد اختار أولاً انفاذ العقد بأحد الثمنين ، إما المعجل أو الثمن المؤجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك . وبهذا يكون قد ترك احد الثمنين للثمن الثاني ، أو كأنه باع احد الثمنين بالثاني وعندئذ يدخله ثمن بثمن نسيئة،أو بنسيئة ومتفاضلا . وهذا فيما اذا كان الثمن نقدا،

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٣٦ .

(٢) رواه أبو داود . انظر معالم السنن لابي داود ٥ : ٩٨ .

(٣) الفواكه الدواني : ٢ : ١٤٠ ويوافق هذا ما قاله الشيرازي : ان يقول بعتك هذا بألف نقدا او بألفين نسيئة فلا يجوز للخبر .

(٤) المغني لابن قدامه : ٤ : ١٧٧ .

(٥) المنتقى للباجي : ٥ : ٣٧ والمغني لابن قدامه . ٤ : ١٧٧ .

(٦) نيل الاوطار للشوكاني . ٥ : ١٦٢ .

اما اذا كان الثمن طعاما ، دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا (١) .

التفسير الثاني:

أن يقول بعتك هذه السلعة بألف على أن تبيعني دارك بكذا ، وهو التفسير الثاني للامام الشافعي رضي الله تعالى عنه لبيعتين في بيعة (٢) . وقد ذكر الامام الشافعي رحمه الله هذا التفسير في قوله : ولا خير في أن أبيعك تمرا بعينه ولا موصوفاً بكذا على أن تبتاع تمرا بكذا ، وهذان بيعتان في بيعة (٣) . وفسر الشافعي : بأن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا فاذا وجب في غلامك وجبت لك داري (٤) .

ومن الحنابلة من فسر هذا التفسير ابن قدامة اذ يقول : بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا أو على ان تبيعني دارك أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا ، على أن تزوجني ابنتك ، أو على أن أزوجك ابنتي ونحو هذا (٥) .

ومن الحنفية السرخسي اذ يقول : واذا اشتراه على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقه أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد (٦).

وفسره ابن حزم من الظاهرية بقوله : أبيعك سلعتي هذه بكذا وكذا على أن تبيعني سلعتك هذه بكذا وكذا (٧) . والزيدية فسرت : أن يقول بعت منك بهذا الثمن على أن تبيعني به كذا (٨) .

فكل هذه التفسيرات مآلها واحد أي بمعنى واحد وكلها ترجع الى احدى تفاسير الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه كما رأيت .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٦٦ .

(٢) المجموع شرح المهذب ٩:٣٧٢ وفتح العزيز بهامش المجموع :٨:١٩٤ والتنبيه للشيرازي : ٦٣ وقليوبي وعميرة :٢:٢٠٩ والدسوقي على الشرح الكبير :٣:٥٨ والمغني لابن قدامة : ٤ :١٧٧ وسبل السلام ٣ : ١٦ .

(٣) الأم ٣ : ٧٧ .

(٤) الأم ٣ : ٧٧ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٦ .

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣ : ١٦ وفتح القدير ٥ : ٢١٨ .

(٧) المحلى لابن حزم ٩ : ١٥ .

(٨) التاج المذهب ٢ : ٣٧١ .

حكم هذا النوع من البيع :

لا خلاف بين الفقهاء أن البيع على هذه الصورة باطل للاحاديث الآنفة الذكر الذي يفهم منها النهي . والنهي يقتضي الفساد ، وأيضا لأن العقدلا يجب بالشرط لكونهلايثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد ، ولأن البائع لم يرض به الا بذلك الشرط. فاذا فات الشرط فات الرضا به (١) ، واذا سقط الشرط وجب ان يضاف الى ثمن السلعة بازاء ما سقط من الشرط وذلك مجهول ، واذا أضيف الشرط الى الثمن صار مجهولا فبطل ، وهي مسألة داخلة في النهي عن بيع الغرر (٢) .

ويعلل الشوكاني بطلان هذا البيع بالتعليق بالشرط المستقبل في صورة بيع هـذا على أن يبيع منه ذاك (٣) .

والشافعي يعلل : بأن الصفقة وقعت على ثمن معلوم وحصة في الشرط في هـذا البيع مجهولة وكذلك وقعت في البيع الثاني ، والبيوع لا تكون الا بثمن معلوم (٤) .

التفسير الثالث :

هو ما يفسر حديث أبي هريرة الذي سنراه فيما بعد : فقد فسره ابن رسلان في السنن بقوله :(هو أن يسلفه دينارا في قفيز حنطة الى شهر فلما حل الأجل وطالبه بالحنطة قال : بعني القفيز الذي لك على الى شهرين بقفيزين فصار ذلك بيعتين في بيعة) (٥) .

قال الخطابي وغيره : يحتمل أن يكون ذلك في قصة بعينها وساق تفسير ابن رسلان .

وعلى هذا التعليل يكون بيع ثان دخل على البيع الأول فصار بيعتين في بيعة فـيرد الى أوكسهما وهو الأصل، فاذا عقد البيع الثاني قبل الفسخ الأول يكونا قد دخلا في الربا .

حكم هذا النوع من البيع :

الحكم في هذا البيع باطل والعلة في ذلك الربا، وقد استدل على ذلك بحديث أبي هريرة، فقد روى أبو داوود عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ (من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا) (٦) .

---

(١) المغني لابن قدامة . ٤ : ١٧٦ .
(٢) المجموع : ٩ : ٣٧٥ والواضح النبية في شرح التنبيه : ٥ : ٩٧ .
(٣) نيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٦٢ .
(٤) الأم : ٣ : ٧٧ .
(٥) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦١ .
(٦) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦١ ومختصر سنن ابي داود ٥ : ٩٧ الا ان في اسناده محمد بن عمرو بن علقمة وقد تكلم فيه غير واحد ، والمشهور عنه انه من رواية الدراوردي ومحمد بن عبدالله الانصاري .

التفسير الرابع :

اذا قال المشتري للبائع : أشتري منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه مني الى أجل، فهذا من باب بيعتين في بيعة ولكنه لا يجوز بالاجماع .

علة بطلانه :

لأنه من باب العينة وهو بيع ما ليس عنده ، ولأن الثمن مجهول (١) .

التفسير الخامس :

اذا قال البائع للمشتري أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما رأيهما أختار وافترقا قبل الخيار .

وفي هذه المسألة ينظر : ان كان الثوبان من صنفين مما يجوز أن يحصل السلم أحدهما في الآخر ، فالامام مالك والشافعي قالا : لا يجوز وعلة المنع عندهم الجهل والغرر .

وعبد العزيز بن أبي سلمه قال : أنه يجوز .

وان كانا من صنف واحد فقد حصل الخلاف .

فالامام مالك : أجازه لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك، وأبو حنيفة والشافعي قالا : لا يجوز لأنهما اعتبراه بالغرر الذي لا يجوز ، لأن المتبايعين افترقا على بيع غير معلوم (٢) .

التفسير السادس :

(قال مالك في رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين أن ذلك مكروه لا ينبغي،لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة وهذا من بيعتين في بيعة) (٣) .

حكم هذا النوع من البيع :

البيع باطل لا خلاف فيه وعلة الفساد : أن الثمنين قد اختلفا في الجنس والقدر وان اختلفا في الاجل والنقد .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ :١٦٦ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٦ ـ ١٦٧ .

(٣) تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك : ٢ : ١٥٦ .

أما لو حصل الاختلاف في أحدهما لفسد العقد. ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود ، أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين في بيعه الذي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه (١) .

التفسير السابع :

عن مالك رضي الله عنه : (أنه بلغه أن رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه) (٢) .

هذه الصورة أدخلت في باب بيعتين في بيعه ووصفت بذلك باعتبار أن العقد قد جرى بين المتعاقدين على أساس أن المشتري بالنقد قد ألزم المشتري بالاجل بأكثر من ذلك الثمن فحصل بذلك عقد تضمن بيعتين ، احداهما وهي الاولى بالنقد ، والثانية المؤجلة .

علة فساد هذه الصورة :

١) لأنه بيع ما ليس عنده ،لأن المشتري بالنقد باع الثاني بالاجل قبل تملك البعير .

٢) يعتبر هذا البيع من باب العينه ، لأن المشترى الاول يشتري البعير بعشرة فيبيعه الى الثاني بعشرين كأنه سلفه عشرة في عشرين الى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع (٣) .

التفسير الثامن :

(قال مالك في رجل قال لرجل أشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعاً ،أو الصيحاني في عشرة أصوع ،أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعاً أو الشامية عشرة أصوع ، بدينار قد وجبت لي احداهما أن ذلك مكروه لا يحل) (٤) .

وعلة ذلك :

اختلاف جنس وأحد العوضين يمنع صحة العقد، اذ لما كان العقد على أحد التمرين وكان صيحانياً وعشرة أصوع ، والتمر الآخر عجوة :خمسة عشر صاعاً فقد دخله الفساد

---

(١) المنتقى شرح الموطأ ٥ : ٤٠ .
(٢) تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٦ .
(٣) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٥ : ٣٨ ـ ٣٩ .
(٤) تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٦ .

من وجهين :

أ ــ من جهة القدر المقصود .

ب ــ من جهة الجنس .

أما لو كان مع ذلك المطعوم من جنس واحد وقــدر واحد فيقول البائع للمشتري ابتع هذه الصبرة عشرة أصوع بدينار ، وان شئت مــن هذه الصبرة التي هي من جنسها عشرة أصوع بدينار ، وعقدا بيعها على ذلك لم يجز ، ووجه ذلك أنه قد دخل على العقد بيع الطعام قبل استيفائه ، لأنه يجوز على المشتري أنه قد رضي بأحد الطعامين ثم انتقل عنه الى الآخر فباع الاول قبل استيفائه الثاني (١) .

التفسير التاسع :

وهو ان يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو أبيعك هذه بدينارين على أن البيع قــد لزم في أحدهما ، فالبيع باطل عند الجميع سواء كان النقد واحــداً أو مختلفاً ، وخالف في ذلك عبد العزيز بن أبي سلمه فقد أجازه اذا كان النقد واحداً أو مختلفاً .

علة منع هــذه الصورة :

أ ــ الجهل عند الجميع .

ب ــ وعند مالك من باب سد الــذرائع ،لأن المشتري يمكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين وبذلك يكون قد باع ثوباً ودينارا بثوب ودينار وهذا البيع لا يجوز على أصل مالك (٢) .

رأينا في تفسير بيعتين في بيعة :

من خلال تتبعنا لتفاسير بيعتين في بيعه عنــد الفقهاء فاننا نقول : إن بيعتين في بيعه معناه هو العقد الذي يضم بيعتين في بيعه واحدة سواء كــان العقد الذي يقول بعتك هذه السلعة بألف نقداً أو الفين الى نسيئة ، أو العقد الذي يضم بعتك هذه السلعة بألف على ان تبيعني دارك بكذا ، أو أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا وتبيعه مني الى أجل ، أوأبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما وافترقا قبل الخيار ، هذه الصور كلها تندرج في عقد واحد وصيغة واحدة .

---

(١) المنتقى شرح الموطأ ٥ : ٤٠ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٦٦ .

ولذلك فان الفساد انما حصل بالصيغة في العقد ، لأننا لو تتبعنا التفسير الاول لوجدنا في صفته غرراً،اذ لا يعلم هل العقد يستقر على الثمن الاول أو الثاني فأورث جهالة في البيع.

والصورة الثانيه بعتك هذه السلعة على ان تبيعني دارك ، فهل يا ترى يكون العقد في هذه الصورة منجزاً أم أن البيع غير منجز ، الواقع ان المبيع غير منجز بدليل لو أن الآخر امتنع عن البيع كان الاول كذلك . وفي بعض التفاسير فانه يظهر فيها مظنة الربا كما في صورة العينة ،كما في صورة أشترى منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه مني الى أجل والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني

صفقتان في صفقة

معنى صفقتان في صفقة :

فقد فسر أبو عبيد القاسم بن سلام : بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا ويفترقا عليه (١) .

اما تفسير سماك راوي الحديث فقد فسره : هـو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ كذا ، وهو بنقد كذا وكذا (٢) .

وهذا التفسير يوافق تفسير أبي عبيد القاسم بن سلام ، ويوافق إحدى تفاسير الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه في بيعتين في بيعه .

أما رواية ابن حبان للحديث موقوفاً (الصفقة في الصفقتين ربا) فتؤيد تفسير المصنف مع انه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة ، وذلك لأن كون الثمن على تقدير النقد ألفا وعلى تقدير النسيئة ألفين في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة(٣).

قـال ابن مسعود : (الصفقتان في صفقة ربا) وهـذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء .

ومالك : جوزه وقال لا ألتفت الى اللفظ الفاسد (٤) اذا كـان البيع معلوماً حلالاً . وفسر ذلك بقوله : كأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير .

---

(١) فتح القدير ٥ : ٢١٨ .

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦١ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٢١٨ .

(٤) لا التفت الى اللفظ الفاسد: لا يصح لأن البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً، ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق والله سبحانه وتعالى أعلم . المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٦ ـ ١٧٧ .

بيعتان في بيعة أخص من صفقتين في صفقة :

ذكر المرغيناني تفسيراً لصفقتين في صفقة فقال : (لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري دراهم ، أو على أن يهدي له هدية ، أو ثوباً على أن يقطعه المشترى قميصاً او قباء فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) (١) .

وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو قوله ﷺ عن بيع وسلف ، ثم بوجه معنوي جاء الخصوص لشرطي الاستخدام والسكنى ، ولو قابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع وعدم المقابله يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة ، فقد تناول الحديث كلا من الاعتبارين المذكورين وبذلك يكون بيعتان في بيعة أخص من صفقتين في صفقة كما لاحظنا اذ أن الصفقتين يشمل البيع وغيره بينما بيعتان في بيعة فلا يشمل الا صورة البيع فقط ، ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع (٢) .

اذ الجمع بين بيع عبد واستخدامه ، ودار وسكناها أو أن يقرضه المشتري دراهم أو بيع وهديه ، ونحو ذلك ، أو بيع وسلف ، كل ذلك من باب صفقتين في صفقة (٣) .

حكم بيع صفقتين في صفقه :

اتفق الفقهاء على أن بيع صفقتين باطل للاسباب التالية

١ ـ للأحاديث الواردة في النهي عن بيع صفقتين في صفقة وهي:

أ) بما رواه الجاحظ في التلخيص عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة .

قال سماك : هو الرجل يبيع الرجل فيقول هو بنسأ بكذا ، وهو بنقد بكذا . رواه أحمد (٤) . في سنده .

---

(١) الهداية على فتح القدير ٥ : ٢١٧ ـ ٢١٨ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢١٨ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٢١٧ ـ ٢١٨ والمبسوط للسرخسي ١٣ : ١٦ .

(٤) أورده الجاحظ في التلخيص وسكت عنه .

وقال في مجمع الزوائد : رجال أحمد ثقات ، وأخرجه أيضاً البزار والطبراني في الكبير والأوسط ، ورواه البزار في مسنده عن أسود بن عامر ورجح وقفه ورواه أبو نعيم وابو عبيد القاسم بن سلام .

ب) رواه ابن حبان للحديث موقوفا : (الصفقة في الصفقتين ربا) (١) .

٢ ـ جهالة الثمن مما يؤدي الى الغرر :

وأرى أن الغرر انما وقع في صيغة العقد. ويتفرع على بيع صفقتين في صفقة فروع وهي. شرطان في بيع ـ سلف وبيع ـ بيع وشرط ـ بيع وقرض ـ بيع واجارة ونحوها وأكتفى بذكر ثلاثة فقط لأهميتها وهى : شرطان في بيع ـ سلف وبيع ـ وبيع وشرط .

الفرع الاول

شرطـــان في بيع

تفسير شرطين في بيع :

ذهب العلماء الى تفسير شرطين في بيع :

قال الكاســـاني : أن يقول البـــائع بعتك هذا العبد بألف درهم الى سنة أو بألف وخمسمائة الى سنتين (٢) .

وفسر الامام أبو العلاء السمرقندي بقوله : (إن أعطيتني حالا فبألف ، وان أجلت شهرا فبألفين) أو قال (أبيعك بقفيز حنطه أو بقفيزين شعير) (٣) .

قال البغوي : هو أن يقول بعتك هذ العبد بألف نقدا أو بألفين نسيئة . أو الى أجل كذا بكذا والى أجل كذا بكذا (٤) .

فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود فيه باختلافهما ، وهذا التفسير مروي عن زيد بن علي وأبي حنيفة .

وقيل معناه : أن يقول بعتك ثوبي بكذا ، وعلي قصارته وخياطته (٥) .

من هذه التفاسير نرى أنها تشبه تفاسير بيعتين في بيعة وصفقتين في صفقة، أما التفسير الآخر فقد ظهر فيه شرطان في بيع واحد ، وهو ضمان البائع بقصارة الثوب وخيـــاطة .

---

(١) فتح القدير : ٥ : ٢١٨ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني : ٥ : ١٥٨ والتاج المذهب : ٢ : ٣٨١ .

(٣) تحفة الفقهاء لأبي العلاء السمرقندي ٢ : ٦٧ .

(٤) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ والروض النضير شرح المجموع الكبير ٣ : ٢٤١ .

(٥) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ وسنن النسائي ٧ : ٢٥٩ .

حكم هذا البيع :

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : المجوزون لهذا البيع وهو الامام احمد بن حنبل .

الرأي الثاني : مذهب الأكثرين أن هذا البيع لا يصح واستشهدوا على ذلك بما يأتي:

١ ـ بحديث رسول الله ﷺ : عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : (لايحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك) رواه الخمسة الا ابن ماجه فان له منه (ربح مالم يضمن ، بيع ماليس عندك) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . (١) .

٢ ـ جهالة الثمن ، لانه مع التخيير لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره المشتري منهما فيقع به العقد ، واذا جهل الثمن بطل البيع .

الرأي الثالث : ان شرط في البيع شرطاً واحداً صح العقد ، وان شرط شرطين او اكثر لم يصح العقد .

فيصح مثلا : أن يقول البائع بعتك ثوبي على أن أخيطه لك ولا يصح أن يقول على أن أقصره وأخيطه .

قال الشوكاني : ومذهب الأكثرين عدم الفرق بين الشرط والشرطين ، واتفقوا على عدم صحة ما فيه شرطان (٢) .

الفرع الثاني

سلف وبيع

معنى السلف :

قد يكون السلف بمعنى السلم وذلك كأن يقول البائع أبيعك عبدي هذا بألف على ان تسلفني مائة في كذا وكذا ، أو يسلم اليه في شيء ويقول : إن لم يتهيأ المسلم فيه عندك فهو بيع لك (٣) . وقد يكون بمعنى القرض .

---

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٧٧ والنسائي ٧ : ٢٥٩ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ ـ ١٩١ والحديث السابق صححه ايضاً ابن خزيمة والحاكم وابن الحاكم وابن حبان أخرجاه ، بلفظ (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ وسنن أبي داود ٢ : ٨٣ والترمذي ٣ : ٥٣٥ والمجموع شرح المهذب ٩ : ٢٨٦ ويقول النووي رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة) .

(٣) نيل الاوطار ٥ : ١٩٠ والنسائي ٧ : ٢٥٩ . واخرجه ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم والطبراني في الاوسط والحاكم في علوم الحديث من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ (نهى عن بيع وشرط (وقد استغربه النووي وابن أبي الفوارس . نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩١ .

قال البغوي : المراد بالسلف هنا القرض

قـال أحمد : هو أن يقرضه قرضا ثم يبايعه عليه بيعا يزداد عليه ، وذلك أنه انمـا يقرضه على أن يحابيه المشتري في الثمن (١) .

وقال احمد بن قاسم العنسي : (أن يشتري الرجل سلعة باكثر من ثمنها لأجل النساء) والحيلة في ذلك : (بأن يستقرض المشتري الثمن من البائع بجعله اليه حيلة (٢) .

والشيعة الزيدية فسروا (السلف والبيع) بالمعنيين السلم والقرض .

قال في المنهاج : (يريد عليه السلام بيع السلم قبل أن يقبضه المسلم فيه) ومثل لذلك كأن يقول قد بعتك هذا بمائة درهم الى شهر وأسلمت اليك المائة درهم في كذا الى وقت كذا قبل أن يقبض الدراهم (٣) .

وتفسير القرض لا يختلف عن التفاسير السابقة له .

والشيعة الامامية : تفسر (السلف والبيع) بالسلم والقـرض أيضاً وتمثل لصورة السلف والبيع : بعتك هذا العبد وعشرة أقفزة حنطة موصوفة بكذا مؤجلا الى كذا بمائة درهم : أو يقول المشتري للبائع أسلمت اليك هـذا الدينار في هذا المتاع وفي قفيز حنطة الى كـذا .

أما في صورة القرض فتوافق أهل السنة بالتمثيل أيضاً (٤) .

أما مالك :فإنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف ، قـال مالك وتفسير ذلك : أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكـذا على أن تسلفني كذا وكذا (٥) .

وفي كتب جماعة من أهل البيت عليهم السلام : صوروا السلف والبيع بـأن يريد الشخص أن يشتري السلعة بأكثر من ثمنها لأجل النساء فيحتال فيستقرض الثمن من البائع ليعجله اليه حيلة .

حكم هـذا البيع :

ذكر ان ابن رشد اتفاق الفقهاء على بطلان هذا العقد (٦) وذلك للاسباب التالية :

---

(١) نيل الاوطار ٥ : ١٩٠ وشرح النيل ٤ : ٤٠ وشرح الازهار : ٨١ .
(٢) التاج المذهب ٢ : ٢٨٧ وشرح الازهار ٣ : ٨١ .
(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٣ .
(٤) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٧٥٣ .
(٥) تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٨ .
(٦) بداية المجتهد ٢ : ١٧٥ .

١) وردت الأحاديث الدالة على النهي وقد سبق أحد الحديثين في بيع وشرطين ، والثاني فيما نذكره الآن .

٢) بما روي عن عبدالله بن عمر وقد مر (١) .

٣) جهالة الثمن : بما روي عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف (٢) .

أ ـ فان كان السلف من المشتري فالانتفاع بالسلف من جملة الثمن وهو مجهول فقد أوجب اشتراط السلف الجهل بمقدار الثمن .

ب ـ وان كان السلف من البائع فالانتفاع به من الثمن وهو مجهول فقد أوجب اشتراط السلف الجهل به وهو ثمن أيضاً (٣) .

٤) أنه اشتراط عقدي عقد: ففسد :

أ ـ لأنه اذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض عندئذ وربا له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به .

ب ـ لأن الجمع بين السلف والبيع بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهماً بدرهمين ثم ترك أحدهما (٤) .

واختلف الفقهاء فيما اذا ترك الشرط قبل القبض على رأيين :

الرأي الأول : المانعون وهم أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء محمد بن عبد الحكم من المالكية وهو رواية عن الامام مالك رضي الله عنه . وحجتهم في ذلك :

١) ان النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع ان الثمن يكون في البيع مجهولا لاقتران السلف به .

٢) روي ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل اسماعيل بن إسحق المالكي عن هذه المسألة بقوله : (ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق .

فقال اسماعيل هذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع ، ثم أجاب عن البيع والسلف فيما اذا ترك الشرط قبل القبض بجواب لا تقوم به حجة ، وذلك أن شرط السلف هو مجز في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسألة الزق مع العلم بأن نفس التعليل يمكن أن يصدق على مسألة الزق من الخمر .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٧٥ والموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٢٩ .

(٢) انظر (شرطان في بيع) من الرساله . ص ١٦٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٧ .

(٤) جواهر الاكليل ٢ : ٢٥ .

تعليل الجمهور لذلك :

ان التحريم لم يكن بشيء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح ، ولكن وقع التحريم من أجل اقتران البيع بالسلف ، وكذلك البيع في نفسه جائز والامتناع لاقتران الشرط به . بينما في مسألة الزق أن الامتناع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به ، لا أنه شيء محرم من قبل الشرط .

ونكتة المسألة كما يصورها ابن رشد : هل اذا لحق الفساد بالبيع لأجل الشرط فاذا ارتفع الفساد أم لا كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ، أي هل هذا الفساد حكمي أو معقول ؟ .

فاذا علل الفساد بأنه حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان علل بأنه معقول ارتفع بارتفاع الشرط .

فالجمهور : رأوه غير معقول وقالوا : ان الفساد الذي يكون في بيوع الربا والغرر أكثر ذلك حكمي وعلى هذا ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر.

الرأي الثاني :

أجازه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم. وحجتهم في ذلك أنهم رأوا الفساد معقول لا حكمي (١) .

صور أخرى مشابهة لبيع وسلف :

١) لا تجوز الاجارة والكراء ونحوهما بشرط السلف ، إذهما بيع أو كالبيع ويجري فيهما ما سبق في اجتماع السلف والبيع وقد نهى رسول ﷺ عن قرض جر منفعه.

ويعم ذلك مثل أن يسلف له ليخدمه وما أشبه ذلك أما لو كان قد جرى بينهما قبل ذلك ولم يكن لأجله جاز (٢) .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٧٥ ـ ١٧٦ (بتصرف) .
(٢) شرح النيل ٤ : ٤١ .

الفرع الثالث

بيـع وشـرط (١)

اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافاً كبـيرا ، نتيجة لتفسير الحديث المروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط (١) واليك آراؤهم جميعا .

ترى الحنفية أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة الا أنه متعارف كشراء النعل بشرط حذوه ، فالبيع جائز استحسانا ، ولكن من ناحية القيـاس فان البيع لا يجوز ، وترى أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمـه ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ، كاشتراط المشتري على البائع طحن الحنطة فالبيع فاسـد . وكذلك الشرط الذي فيه ضرر لأحد العاقدين كاشـتراط المشتري على البائع عدم بيع المبيع أو هبته (٣) .

وترى المالكية أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ولا يهـب ولا يتخذها أم ولد ، والشرط الذي يخل بالثمن كالبيـع في هذين الشرطين لا يجوز (٤) .

وترى الشافعية أن الشرط المنافي لمقتضى العقد كأن لا يسلم المشتري المبيـع أو لا ينتفع المشترى به ، مبطل للبيع والشرط (٥) .

---

(١) انظر ص ١٧ ـ ٤٧ من رسالتنا عن الشروط في العقد مفصلة فارجع اليها . والذي يهمنا هنا مدار النهي الوارد في الحديث .

(٢) رواه عبد الحق في أحكامه : قال ابن عرفه لا اعرف هذا الحديث الا من طريق عبد الحق . الحطاب ٤ : ٣٧٣ ورواه أبو حنيفة وقال ابن رشد : روي عن ابي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . بداية المجتهد ٢ : ١٧٥ وقال في مجمع الزوائد في طريق عبد الله بن عمرو مقال . مجمع الزوائد ٤ : ٨٥ . وقال ابن قدامة المقدسي حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل . وقد انكره احمد ولا نعرفه مرويا في مسنده ، فلا يعول عليه . الشرح الكبير على المقنع ٤ : ٥٣ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢ : ٦٩ ـ ٧٤ والمبسوط ١٣ : ١٣ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٥ والحطاب ٤ : ٣٧٣ .

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي ٤٥٣ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٦٩ .

وترى الحنابلة ضرباً من الشروط بأنه فاسد يحرم اشتراطه وهو ثلاثة أنواع :

أ) أن يشترط أحدهما على صاحبه عقدا آخر كسلف أو قرض أو بيع أو اجارة او شركة أو صرف الثمن واشتراط هذا الشرط يبطل البيع ، وقد مر في بيعتين في بيعه .

ب) شرط في العقد ما ينافي مقتضاه ، ومثل له كأن يشترط البائع أن لا خسارة عليه او أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع أو لا يهبه ، فهذا الشرط لا يبطل البيع بل يبطل الشرط نفسه .

ج) أن يشترط البائع شرطا يعلق البيع عليه كقول البائع بعتك ان جئتني بكذا ، او بعتك ان رضي فلان وكذا تعليق الشراء . فهذا الشرط مبطل للبيع ،لان مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع (١) .

وترى الزيدية أن البيع والشرط اذا عقدها فاقتضى جهالة في العقد أو المبيع أو الثمن أو رفع موجبه أو علقه بمستقبل فسد العقد وبيان ذلك :

أ) جهالة في العقد : كمن شرط خيارا مجهول المدة أحدهما أو الاثنان ،فسد للجهالة في العقد .

ب) جهالة في المبيع : كمن شرط ارجاح المبيع فسد للجهالة ، الا قدرا معلوما ومنه كون البقرة لبونا لجهالة المبالغة .

ج) جهالة في قدر الثمن : كمن شرط ارجاح الثمن فسد للجهالة ، الا قدرا معلوما أو تبرعاً لقوله ﷺ « زن وأرجح » (٢) .

د) ولو شرط على ان لا يبيع المبيع أو لا يعتقه أو لا خسارة عليه فسد ايضا لرفعه موجب العقد (٣) .

وترى الاباضة أن جهل الشرط يبطل البيع والشرط ، كبيع نخل واشتراط اكلها أو بيع دار واشتراط سكناها بلا تحديد مدة أو نحو ذلك مما يجهل ، وقد باع تميم الداري دارا وشرط سكناها فأبطل النبي ﷺ البيع والشرط معا لجهل الشرط ،لأنه لم يشترط مدة معلومة ، ولم يكن ابطال النبي ﷺ لمجرد الشرط ولذلك لم يكن دليلا لمن يقول بابطال كل بيع وشرط ، وانما ابطاله لكونه مجهولا ولذلك فلا دليل .

---

(١) كشاف القناع ٣ : ١٨٨ ـ ١٩٥ . ومطالب أولي النهى ٣ : ٦٦ ـ ٦٧ .

(٢) اخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حسن صحيح هذا آخر كلامه .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٤١ ـ ٣٤٤ .

وأما من جعل هذه المسألة دليلا على ابطال البيع والشرط مطلقا الا أنهـا تتعارض مع حديث جابر رضى الله عنه من اشتراطه ظهر الجمل الى المدينة ، الا أن ابن عباس يقول كان الاشتراط بعد العقد فأجاز النبي ﷺ البيع والشرط معا .

وذكر ابن بركه أن اشتراط الظهر في هذا الحديث قد روي أنه كان بعد العقد على سبيل العارية ولكن كونه شرطا يبعد أن يكون عارية بعد العقد .

وان كان الشرط في غير نفس المبيع كبيـع سلعة على أن يبيعه قفيز حنطة واشتراط طحنها أو حمله لمكان معين ، ففي مثل هذا منع البيع لجهل في الثمن واستلزام من منـع البيع منع الشرط (١) .

تعدد الصفقة في القانون

نظرية اهرنج في تعدد الصفقة :

ويلخص الدكتور السنهوري ما يذكره اهرنج في كتابه المعروف (روح القانـون الروماني) الجزء الرابع ص ١٠ ـ ٢٣٤) عن فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني متخذ تطور القانون الروماني مثلا له في ذلك ، ويرى اهرنج ان الصناعة القانونية المهذبة تقتضي تبسيط الفكرة القانونيـة عن طريق التقسيم والتحليـل ، القصد منها الوصول الى العناصر الاولى التي تتكون منها ادوات الصناعة القانونية ، وأهم هذه لادوات العقد وهو الذي ينشىء الحق ، والدعوى التي هي جزاء الحق .

والصناعة القانونية في الشرط الأول التبسيط في هذه الادوات ، وأول مبادىء هذا التبسيط هي الوحدة : الوحدة في الدعوى والوحدة في التصرف القانوني : (ذلك أن أول ضرورات الصناعه القانونية هو الاستقرار وثبات التعامل ، ثم إن حاجات الحياة تقتضى التجديد والتطور ، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة والتجديد والتطور من جهة أخرى ، ومبـدأ الوحدة يهيىء الفرص لهذا التوفيق ، فالوحدة ترسـى دعائم الاسـتقرار والثبات ، ثم هي تصلح أسـاسا صلبا يقوم عليه بنـاء شامخ من التجديد والتطور) (٢) .

فالعقد عند الرومان كان لا يشتمل الا على صفقة واحدة ولا ينشىء الا حقا واحدا

---

(١) شرح النيل ٤ : ٨٣ ـ ٨٦ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٩ .

واذا كانت منها الصفقات والحقوق متعددة وكان من الواجب ان تتعدد العقود وكان لا يجوز ان يجتمع حقان من طبيعة مختلفة ، حق عيني وحق شخصي في عقد واحد ، بل كان لا يجوز ان يجتمع حقان من طبيعة واحدة في عقد واحد ، سواء كانا حقين عينيين أو او حقين شخصيين . فاذا اراد المولى ان يعتق عبده واراد في الوقت ذاته ان يخدمه العبد بعد العتق ، لم يكن المولى يستطيع في عقد واحدان يجمع بين العتق واشتراط الخدمة ، وانما يكون عليه ان يعتق العبد بتصرف قانوني مستقل غير مقترن بشرط ، ثم في عقد آخر يشترط عليه الخدمة .

وكذلك لا يجوز ان يجتمع حقان عينيان في عقد واحد ، كأن يجتمع حق الملكية مع حق الارتفاق ، فلا يجوز للمالك اذا أراد أن ينقل ملكية العقار الى شخص آخر على أن ينشىء لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار أن ينقل ملكية العقار كاملة ثم يشترط في العقد ذاته انشاء حق ارتفاق بل كان ينقل حق الملكية منقوصا منه حق الارتفاق الذي يستبقيه لنفسه ، فالعقد كان يتضمن صفقة واحدة هي نقل الملكية الناقصة بعد الاحتفاظ بحق الارتفاق ، وحق الارتفاق لم يكن ينشأ بالعقد ، بل يستبقى على أصل الملك الأول ، فالعقد لم يتضمن صفقتين ، احداهما نقل حق الملكية والاخرى انشاء حق الارتفاق .

وكان العقد لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان في عقد واحد ، كبيع وايجار أو بيع وقرض ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضي بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا ينعقد الا بها ، ولا ينعقد بها غيره من العقود ، والمراد بذلك تبسيط التعاقد ، فلا تجمع صفقات متعددة في عقد واحد حتى لا ينعقد التعامل « ومن ثم كان المتعاقد ان لا يستطيعان استعمال صيغة عقد البيع في الوقت الذي يستعملان فيه صيغة عقد الايجار أو صيغة عقد القرض . وكان لا يمكن تبعاً لذلك ان يجمع المتعاقدان صفقتين في صفقة واحدة » (١) .

ولعل فكرة وحدة الصفقه في العقد الواحد لم يخلص منها أي نظام قانوني مهذب في مراحله الأولى من التطور كما يقول السنهوري ، ففكرة التطور هي التي تلائم العقل القانوني عندما يبدأ في تشييد صرح من النظم القانونية ، لأن القانون يتحرى لها الثبات والاستقرار عن طريق وحدة العقد ، « اذ أن حاجة القانون الى الثبات والاستقرار تسبق في تاريخ تطوره حاجته الى المرونة والتجدد » .

الا أن الفقه الاسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها ــ كفكرة اللفظية وفكرة مجلس

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ٤٤ ــ ١٤٥ .

العقد ـ عن الشكلية في العقود ، تلك الشكلية التي بدأت في القانـون الروماني رسـوماً وأوضاعاً ساذجة ، وجاءت في الفقه الاسلامي ضرباً من الشكلية أكثر تهذيبا (١) .

ويقول الدكتور السنهوري : « ولو كان الفقه الاسلامي نقل عن القانون الروماني ، كما يزعم بعض المستشرقين ، لما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثرا ، بل لرأيناه قد أغفلها كما أغفلها القانون الروماني عندما وصل الى المرحلة التي قيل ان الفقه الاسـلامي نقل عنه فيها » .

ولكن على النقيض من ذلك نرى الفقه الاسلامي ، لا سيما المذهب الحنفي ، متأثرا بهذه الفكرة كل التأثر ، مما يقطع في أنه تطور تطورا مستقلا بعيدا عن القانون الروماني ، واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به(٢) وهذا مما يدل على أن الفقه الاسلامي لم ينقل عن القانون الروماني .

والذي أراه أن الفقه الاسلامي قد أخذ بعدم تعدد الصفقة في العقد الواحد فقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة ، وعن بيعتين في بيعه وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف ، مما يجعل المعاملات في الفقه الاسلامي مستقره ثابتة ، ولا يحـول دون التطور المنشود للمعامـلات ، ويعجبني في هذا قول السنهوري : (الواقع مـن الامر أن فكرة النهي عن تعـدد الصفقة ـ فضلا عن أنهـا وردت في أحاديث عن النبي ﷺ ـ هي الفكرة الطبيعية التي تتفق مع تطور القانـون ، فهي الفكرة الاولى التي يقف عندها نظام قانوني ناشىء ، في توخيه الدقة في التعاقد يتحرى البساطة في العقد ، وتكون وحـدة العقد مبدأ جوهرياً من مبادئه ، ومن ثم لا يجوز أن يتضمن العقد أكثر من صفقة واحدة والا أخل ذلك بوحدته) (٣) .

هذا والأحاديث التي وردت في النهي عن صفقتين في صفقة مختلفة متضاربة ولا بد من التوفيق بينها ، وكان من الممكن ان يكون هذا التوفيق لمصلحة اقتران الشرط بالعقد .

وهذا الاختلاف يفتح المجال للاجتهاد في تطبيق النص .

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٨ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٨ .

(٣) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٨ .

المبحث السادس

العقد المعلق والعقد المضاف

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الاول

العقد المعلق

العقد المعلق : وهو ما علق وجوده على حصول أمر آخر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها . فاذا قال : بعتك ثوبي هذا اذا لمسته ، فقد علق البيع على حصول اللمس فلا يكون ملتزما للبيع الا اذا لمس الثوب أو ان سافرت الى الخارج فانت وكيلي في بيع داري هذه ، فانه قد علق وجود الوكالة بالبيع على حصول السفر الى الخارج ، وبهذا التعليق لا تنعقد الوكالة في الحال ولا يترتب عليها حكمها الا اذا سافر الى الخارج .

شروط صحة التعليق :

يشترط لصحة التعليق ما يأتي :

أولا ــ أن يكون الشيء المعلق عليه معدوما على خطر الوجود ، أي محتملا أن يكون وألا يكون ، أما اذا كان المعلق عليه متحقق الوجود لم يكن التعليق حقيقيا بل كان التعليق صوريا وكان العقد منجزا ، كأن يقول شخص لآخر : وهبتك كتابي ان نجحت في الامتحان وكان في ذلك الوقت ناجحا .

أما اذا كان الشيء غير موجود ولكنه مستحيل الوجود فان العقد لا ينعقد أصلا ، والغرض منه عندئذ استحالة انشاء العقد للمخاطب كأن يقول : ان انشق القمر نصفين فانت وكيلي في بيع كتبي .

اما اذا كان المعلق عليه أمرا واجب الحصول كان تعليقا في الصورة، واضافة في المعنى : نحو أن يقول شخص لآخر ان طلعت الشمس غدا فأنت وكيلي في بيع هذ االمنزل (١) .

ثانيا ــ أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها الا لضرورة ، كأن يقول رجل لزوجته : أنت طالق ان دخلت دار فلان من غير فصل بين الشرط والجزاء ، فلو قال لها انت طالق ثم سكت لغير ضرورة ولو فترة قصيرة ثم قال لها : إن دخلت دار فلان فالطلاق في هذه الحالة في العبارة الصريحة الأولى لا في التعليق ، أما لو كان الفصل لضرورة ، كأن وقعت عليه أفعى من السقف أو ما أشبه ذلك فلا يمنع الاتصال . ويكون تعليقا للطلاق (٢) .

ثالثاً ــ ألا يكون التعليق على مشيئة غير معلومة كمشيئة الله تعالى : كأن قال لزوجته : أنت طالق ان شاء الله فالطلاق لا يقع ، لأن هذا ربط للطلاق بشيء مجهول ولا تمكن معرفته (٣) .

ويرى أبو يوسف من الحنفية أنه تعليق ولهذا شرط كونه متصلا كسائر الشروط .

واذا كان التعليق بمشيئة العاقد الآخر :

أ ــ فان كان في العقود التي تتوقف على قبول ذلك العاقد كما في قولك لآخر وهبتك هذاالكتاب إن شئت ، وبعتك هذه الدار إن رغبت فهذا في حكم المنجز ، لأنها لا تتم الا بالقبول من الطرف الآخر .

ب ــ وان كان العقد لا يتوقف على قبول الطرف الآخر كما في الطلاق والعتاق فالتعليق على مشيئة الطرف الآخر يكون تعليقا حقيقيا ولا يكون في حكم المنجز كأن يقول لزوجته : أنت طالق ان شئت : كان هذا تعليقا لطلاقها على مشيئتها فتطلق ان رغبت فيه أما اذا لم ترغب فلا يقع ذلك الطلاق المعلق (٤) .

تقسيم العقود بالنسبة للتعليق :

والعقود من هذه الناحية ثلاثة أقسام :

الأول : ما يجوز تعليقه بالشرط وهذا مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٥ : ٢٤١ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٢ : ٢٠٠ – ٢٠٣ وحاشية ابن عابدين ٣ : ٣٤١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣ : ٣٧١ . والاختيار لتعليل المختار ٢ : ٢٠٢ ــ ٢٠٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٣ : ٣٧٢ .

كأن يقول الرجل لزوجته : ان دخلت بيت فلان فأنت طالق ، وكأن يقول لعبده : ان فعلت كذا فانت حر .

فاذا تحقق الشرط المعلق عليه وقع الطلاق والعتاق والى هذا ذهب الشافعي أيضاً .

ويختص كذلك بالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة، نحو ان نجحت لأحجن ومنها الوكالة والوصية ، والوكالة بطبيعتها لا تفيد آثارها وقت صدورها بل حين مزاولة العمل .

الثاني : عقود لا تقبل التعليق بحال ما : وهي كل عقد يفيد الملك بطريق التبرع كالهبة ، أو بطريق المعاوضة كالبيع ومن هذه العقود أيضاً عقود الزواج والخلع والرهن والحجر على المأذون له في التجارة . فلا يصح التعليق في هذه الصور كلها ، فلا يصح أن تقول : تزوجتك إن رضي أهلي ، أو وهبتك مكتبتي ان سافرت للأردن هذا العام ، لأن التعليق بأمر قد يوجد وربما لا يوجد يجعلها على خطر . فكان الامر أشبه بالقمار ، لأن مصلحة طرفي العقد أن يكون كل منهما على بينة من أمره (١) .

يقول القرافي : (أن انتقال الاملاك يعتمد الرضا ، والرضا انما يكون مع الجزم ولاجزم مع التعليق فأن شأن المعلق عليه أن يكون : يعترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ولكن الاعتبار في ذلك يمس الشرط دون أنواعه وأفراده) (٢) .

الثالث : عقود تجوز مع التعليق ولكن على الشرط المناسب أو الملائم لها لا على كل شيء كيف كان ، ويشمل الكفالة والحوالة والاذن للصبي بالتجاره .

والشرط الملائم ، هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، كقولك : إن أفلس فلان فأنا كفيل بالدين أو إن لم أؤد اليك الدين غدا فقد أحلتك به على فلان .

أما التعليق بما لا يكون ملائما للعقد من شروط فلا يصح كتعليق الكفالة أو قبول الحوالة بالدين بموت زيد أو نجاح عمرو فالتعليق في مثل هذه الشروط ضربا من العبث أو الهزل والعقود لا تصح مع الهزل (٣) .

---

(١) الدرر شرح الغرر ٢ : ١٩٩ - ٢٠٢ والزيلعي ٤ : ١٣٤ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٣٤١

(٢) الفروق للقرافي ١ : ٢٢٩ وفتح القدير ٥ : ٢١٨ - ٢١٩ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٤٠٤ ويراجع لهذا البحث في حاشية ابن عابدين ٥ : ٣٤١ - ٣٥٧ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ١١ وزاد الرابع عشر التحكيم : اذا أهل الشهر فاحكم بيننا . وزاد السابع والعشرون : عزل القاضي .

أ) والخلاصة فالعقود التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر

١ ـ البيع
٢ ـ القسمه
٣ ـ الاجاره
٤ ـ الاجازه
٥ ـ الرجعه
٦ ـ الصلح عن مال
٧ ـ الابراء عن الديون
٨ ـ عزل الوكيل
٩ ـ تعليق ايجاب الاعتاق بالشرط
١٠ـ المعاملة
١١ـ المزارعة
١٢ـ الاقرار
١٣ ـ الوقف في روايه .

ب) وما لا يبطل بالشروط الفاسده ستة وعشرون :

١ ـ الطلاق
٢ ـ الخلع ولو بغير مال
٣ ـ العتق بمال وبلا مال
٤ ـ الرهن
٥ ـ القرض
٦ ـ الهبه
٧ ـ الصدقه
٨ ـ الوصايه
٩ ـ الشركه
١٠ـ القضاء
١١ـ الإماره
١٢ـ التحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لأبي يوسف
١٣ـ كفاله
١٤ـ حواله
١٥ـ وكاله
١٦ـ اقاله
١٧ـ نسب
١٨ـ كتابه
١٩ـ المضاربه
٢٠ـ دعوت الولد
٢١ـ الجراحه التي بها القصاص حالا او مؤجلا .
٢٢ـ اذن العبد
٢٣ـ الصلح عن دم العمد
٢٤ـ جناية الغصب
٢٥ـ الوديعه
٢٦ـ العارية (١)

حكم بيع العقد المعلق :

العقد المعلق على شرط فاسد يكون باطلا عند عامة الفقهاء ما عدا أحمد(٢) فقد نص

(١) فتح القدير ٥ : ٢١٨ وجامع الفصولين ٢ : ٤ ـ ٥ والدرر شرح الغرر ٢ : ١٩٩ ـ ٢٠٢ والزيلعي ٤ : ١٠١ ـ ١٣٤ .
(٢) المهذب مع المجموع ٩ : ٣٧٤ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٤٢ والبحر الزخار ٣ : ٣٩٣ . والفروق للقرافي ١ : ٢٢٩ .

على جواز تعليق البيع بالشرط ، كأن يبيعه الجارية ويقول له : ان بعت هذه الجاريه فانا أحق بها بالثمن واحتج بأنه قول ابن مسعود ، أو بعتك مكتبتي ان قدم زيد (١) ويكون فساد البيع إن علق العقد بكلمة إن الا في صورة واحدة ، وهي أن يقول : بعت منك هذا إن رضي فلان فانه يجوز ذلك التعليق ولكن بشرط أن يكون التعليق مؤقتا بثلاثة أيام ، لأنه اشتراط الخيار الي اجنبي وهو جائز (٢) وان كان التعليق بكلمة على، فان كان مما يقتضيه العقد صح البيع ، وان كان مما يخالف مقتضى العقد أو فيه منفعة لأحد المتعاقدين فسد البيع(٣)

وعلة فساد هذا البيع ما يأتي :

أولا : الغرر الناشيء عن التعليق : والأصل في العقود عند الحنفية أن تترتب آثارها عليها في الحال ، وتأخير هذه الآثار ينافي أصل وضعها الشرعي .

فان ما كان مبادلة مال بمال فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرطه ، وان ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات فانه لا يبطل بالشرط ، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو في المعاوضات المالية لاغيرها من المعاوضات والتبرعـــات ، وذلك لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض ، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون في الشرط الفاسد فضل خال عن العوض وهو الرباء

أما التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات ، لأنه من باب القـــمار (٤) ولأن تاخير آثار العقد ينافي أصل وضعهـــا ، ولأنه قد يوجد الشرط وقد لا يوجد فلا يكون العاقدان على بينة من أمرهما ، وأيضـــاً فان تعليق هذه العقود على أمر محتمل وجوده أو عدم وجوده ممـــا يسبب التردد فيكون بذلك غرراً ، وعلى افتراض وجوده عند تحقق الشرط قد تكون رغبته في العقد قد زالت فيتزعزع الرضا أو يزول من نفسه ، ومعلوم أن أساس العقود هو الرضا وبفواته لا يتحقق العقد .

ثانياً : تمليك على سبيل المخاطره : فان في تعليق البيع الذي يكون تمليكا للحال لم يصح تعليقه بالخطر لوجود معنى القمار(٥) .

---

(١) زيلعي ٤ : ١٣١ .

(٢) قول ابن عابدين ـ ان وقته بثلاثة ايام اشارة الى مدة خيار الشرط عند أبي حنيفة والشافعي وزفر ، أما أبو يوسف ومحمد رضي الله تعالى عنهما فقد جعلا مدة خيار الشرط اذا سميا مدة معلومة لحديث ابن عمر أنه اجاز الخيار الى شهرين . فتح القدير ٥ : ١١١ .

(٣) جامع الفصولين ٢ : ٤ .

(٤) الدرر شرح الغرر ٢ : ٢٠٠ ومجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر ٢ : ١١١ ، ١١٥ وحاشيه ابن عابدين ٥ : ٢٥٧ والزيلعي ٤ : ١٣٤ ، ١٣١ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٧ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٣ .

مناقشة أدلة الحنفية :

ويمكن أن نناقش ما استدل به الحنفية من وجوه :

الأول : كون الحنفية جعلت الاصل في العقود هو ترتب آثارها عليها فور التعاقد لا يمنع الخروج على ذلك الاصل اذا دعت حاجة الناس الى ذلك وكان في مخالفة ذاك الأصل تحقيق مصالح المتعاقدين، لأن العقود انما شرعت لحاجة الناس والتوسعة عليهم وتحقيق مصالحهم وطالما أن الخروج لا يخالف نصاً ولا يحرم حلالا أو يحل حراماً فانه يكون مشروعاً تحقيقاً لمصالح الناس وتيسيراً عليهم في باب المعاملات وقد وجدنا في الشريعة الاسلامية مخالفة ذلك الأصل من أجل مصالح الناس .

مثال ذلك : ان خيار الشرط الذي أقرته الشريعة الاسلامية بالواقع هو خروج على ذلك الاصل ، اذ العقد الذي فيه خيار الشرط لاتترتب عليه آثاره فور التعاقد، وهو عرضه للابطال من جانب من له الخيار ومع ذلك فانه لا يضر التعامل شيء بسبب تأخر الآثار عن العقد ما دام ذلك محققاً لمصلحة المتعاقدين وبناء على رغبتهما .

الثاني : أن ما ذكروه من أن التعليق فيه معنى المقامرة غير قاصر على العقود التي منعوا تعليقها (١) بل هو موجود في العقود التي أجازوا تعليقها كالوصية ونحوها مع أن المنطق يقضي اما بمنع التعليق في الكل أو جوازه في الكل اذا لا يظهر لنا وجه قوي للتفرقة بينهما .

الثالث : انه لا يتحقق بالتعليق أي ضرب من ضروب المقامرة كما اذا علق شخص مراجعة زوجته أو عزل وكيله على مجيء زمن مستقبل، وقد لا تكون المقامرة ضارة ، فأي ضرر في أن يعلق شخص هبة كتاب على نجاحه أو يعلق اعارة كتاب على مجيء كتاب آخر أو يعلق عزل وكيله على حضور وكيل آخر وهكذا .

الرابع : لقد ثبت بالسنة النبوية المطهرة تعليق الهبة على أمر محتمل(فقد روى الامام احمد عن أم كلثوم بنت أبي سلمه قالت : لما تزوج النبي ﷺ أم سلمه قال لها: اني قدهديت الى النجاشي حلة وأواقي من مسك ولا أرى النجاشي الا قد مات ولا أرى هديتي الا مردودة ، فان ردت علي فهو لك) (٢) فالحديث صريح في صحة تعليق الهبة ولذلك فلا نرى فرقاً بين الهبة وغيرها من والعقود .

---

(١) انظر ذلك في موضعه من رسالتنا وقد مر سابقاً ١٨٠ .

(٢) انظر نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ٣٦٦ .

وفي الواقع لقد رجعت للكثير من كتبهم فلم أجد لهؤلاء نصاً قد اعتمدوا عليه ، ولعمري لا أدري ما الغرر الذي يكون من أن أهب انساناً اذا عدت الى بلدي أونجحت في امتحاني ، ولو كانت المعاملات المالية لا تقبل التعليق لما كا من رسول ﷺ أن أقدم على تعليق الهبة ، ولما صح تعليق الوصية والايصاء ، والتفريق بين البيع والوصية تفريق لا مبرر له ، والنصوص على اطلاقها لا تمنع التعليق .

رأي ابن تيمية في التعليق :

يرى ابن تيمية أنه يجوز تعليق العقود بالشروط اذا كان في ذلك منفعة للناس ما لم تتضمن ذلك نهياً عن الله ورسوله هو من الحلال الذي ليس لأحد تحريمه .

وقد ذكر عن أحمد رحمه الله جواز تعليق البيع بشرط (١) وأنه لم يجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً بخلاف ذلك ، وأن بعض متأخري المذهب الحنبلي لا يجوزون ذلك كما ذكر ذلك أصحاب الشافعي . واحتجت الطائفتان على ذلك بأن هذا غرر .

واحتج بعض أصحاب الشافعي وأحمد بأن هذا عقد معاوضة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالنكاح . وحجتهم في ذلك (نهيه ﷺ عن الملامسة والمنابذة) معللا بأنه تعليق للبيع على شرط مع العلة الاخرى وهي الجهالة وهذه حجج ضعيفة جداً .

ثم يقول : أما قول القائل ان هذا غرر فيقال : ان النبي ﷺ نهى أن يكون الغرر مبيعاً ، ونهى عن أن يباع ما هو غرر ومثل لذلك كبيع السنين وحبل الحبلة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وكان تعليله لذلك لما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل كما قال الرسول ﷺ (أرأيت ان منع الله الثمرة بما يأكل احدكم مال أخيه بغير حق) وهذا هو القمار وهو المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل ، لأنه متردد بين أن يحصل مقصوده بالبيع ، وبين أن لا يحصل مقصوده علماً بأن ماله يؤخذ على التقديرين ، فاذا لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل ، أما البيع من حيث هو فليس غرراً بل هو عقد واقع لا يسمى غرراً سواء كان العقد منجزاً أو معلقاً بشرط ، فالنذر المعلق بالشرط لا يسمى غرراً ، وتعليق العتق بشرط لا يسمى غرراً وأمثال ذلك .

وذلك (أن هذا عقد على صفة معينة لا يتناول غير تلك الصفة ، فان حصلت تلك الصفة حصل العقد ، وان لم يكن هناك عقد ، فهذا ليس بتغرير وانما التغرير (٢) : أن يعقد له عقداً يأخذ فيه ماله ، ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطره . فان لم يحصل

---

(١) اعلام الموقعين ٣ : ٢٨٨ .

(٢) التغرير - ويقصد ابن تيمية بالتغرير هنا - الغرر لا التغرير الذي هو التدليس .

كان قد أكل ماله بالباطل ، فهذ هو الغرر الذي يدخل بيعه في معنى القمار والميسر الذي حرمه الله ورسوله ﷺ).

وكون العقد جائزاً أن ينعقد ان شرط انعقاده ويجوز أن لا ينعقد ويجوز أن يلزم ان وجد شرط لزومه ويجوز أن لا يلزم وهذا ليس مما دخل في نهيه ﷺ وليس هذا من القمار وسبب ذلك أن العقد ان حصل أو لزم حصل المقصود بحصوله ولزومه ، وان لم يحصل أو لم يلزم لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه . وعلى كلا التقديرين فلا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلا ولا أحدهما قمر الآخر .

ويضرب لذلك أمثلة في بيع الملامسة والمنابذة بأنا قد أوجبنا البيع قبل رؤية المشتري للمبيع كان هذا مخاطرة وقماراً اذ قد يكون المبيع جيداً يرضاه المشتري وقد لايكون ، فاذا النزم به المشترى قبل معرفته به كان قماراً وهذا لا يجوزه أحد من الأئمة .

ثم يرد عن الامام أحمد بن حنبل في مسألة لزوم بيع الغائب قبل الرؤية : (قد عرف أنها خلاف مذهبه المتواتر عنه ، وعرف الخطأ والاضطراب الذي في نقل ناقلها).

أما مسألة شراء الثوب المطوي على أن المشترى بالخيار اذا رآه : فهذه المسألة المتنازع فيها بين العلماء وليس هذا هو الذي كان يفعله أهل الجاهلية والذي نهاهم عنه النبي ﷺ .

ثم يقول ابن تيميه : (أما اذا رأيا الثوب ، وقال اذا نبذته اليك فقد بعتك هذا فهذا تعليق للبيع على اقباضه له ، وهو من جنس بيع المعاطاة فانه ينعقد بالاعطاء) وكذلك فلا فرق بين قول المشترى آخذ هذا الثوب بدرهم وبين قول البائع : ان أخذته فهو عليك بدرهم ، وكذلك لا فرق بين قوله : انبذ الي هذا الثوب أو ألقه الي أو اطرحه الي « أو سلمه الي » أو أعطنيه بدرهم وبين قول المشترى : ان نبذته أو القيته ، أو طرحته الي فهو علي بدرهم ، فاذا كان قد نشر الثوب وعلماه : لم يكن في هذا من المقامرة شيء (١) انتهى بتصرف .

رده على الحنفية :

ويرد ابن تيميه على الحنفية القائلين بأن الأصل في العقود أن تترتب آثارها عليها بأنه أصل ضعيف والشرع لم يدل على هذا الأصل ولإعتبر ابن تيميه أن القبض في الاعيان والمنافع كالقبض في الدين ، اذ تارة يكون موجب العقد قبض المبيع عقب العقد بحسب الامكان، وتارة يكون موجب العقد تأخير التسليم لمصلحة من المصالح، التي تستوجب التاخير.

(١) نظرية العقد لابن تيميه ٢٢٧ ـ ٢٢٩ .

وقال: ان الشرع دل على خلاف ما يقولون اذ جوز النبي صلى الله عليه وسلم بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق الابقاء الى كمال الصلاح مع أن اصحاب أبي حنيفة يقولون بوجوب قطع الثمرة ، لأنه آثار العقد المترتبة عليه فيكون عقيبه .

وقال ابن تيمية (فنتكلم معهم في ذلك الاصل ، ونبين أن مقتضى العقود وموجبها ما تراضى به المتعاقدان : من تقدم قبض وتأخر ، وأن من قال : موجبها القبض عقبها فليس له على ذلك حجة سليمة) (١) .

رأي ابن القيم في التعليق :

يرى ابن القيم أن التعليق واقع في العقود فيقول : (وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط امر قد يدعو اليه الضرورة ، أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف وقد صح تعليق النظر بالشرط بالاجماع ونص الكتاب) ثم ذكر طائفة من العقود صح تعليقها ، منها تعليق الضمان ، وتعليق النكاح بالشرط ومثل له بزواج موسى عليه السلام وكذا الطلاق والجعاله ، والنذر ، وغيرها من العقود ، واستشهد لذلك تعليق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في المزارعة (٢) .

ثم يقول : (ونص الامام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط في قوله : ان بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن ، واحتج بأنه قول ابن مسعود، وذكر طائفة من العقود المعلقة فصح عنده تعليق الرهن وتعليق الابراء بالشرط ، وثبت أن النبي ﷺ علق ولاية الامارة بالشرط (٣) .

وكان رد ابن القيم على أن الأصل في العقود أن يعقبه ترتب آثاره فقد وافق استاذه ابن تيمية ونص في هذا الصدد :

١) (وقوله : «ان موجب العقد التسليم في الحال» جوابه أن موجب العقد اما ان يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه ، وكلاهما منتف في هذه الدعوى ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد، ولا العاقدان التزما ذلك ، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه ، وتارة يشترطان التأخير:

---

(١) القياس لابن تيمية . ٣١ ، ونظرية العقد له . ٢٣٤ .

(٢) أي ان جاء عمر بالبذر فله كذا وكذا وان جاء العامل بالبذر فله كذا .

(٣) اعلام الموقعين . ٣ : ٣٨٧ ـ ٣٨٨ .

إما في الثمن وإما في المثمن،وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة في تأخير التسليم كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره الى المدينة ، فكيف يمنعه الشارع ما فيه مصلحة له ولا ضرر على الآخر فيها ؟ اذ قد رضي بها كما رضي ﷺ على جابر بتأخير تسليم البعير ، ولو لم ترد السنه بهذا لكان محض القياس يقتضي جوازه) (١) .

وبناء على الاصل الذي قد تبين فساده وهو أنه لابد من استحقاق القبض للمبيع عقيب العقد قالوا لا تصح الاجاره الا على مدة تلي العقد ؛ وبنوا ما اذا باع العين المؤجوة فمنهم من أبطل هذا البيع لعدم امكان التسليم ، لأن المنفعة لاتدخل في البيع ومنهم من جعل هذا مستثنى بالشرع بخلاف المستثنى بالشرط .

(وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة وان كانت منفعة البضع للزوج ولم تدخل في البيع واتفقوا على جواز تأخير التسليم اذا كان العرف يقتضيه كما اذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة ، بل قالوا : هذا مستثنى بالعرف فيقال : وهذا من أقوى الحجج عليكم،فان المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف ، كما أنه اوسع من المستثنى بالشرع ، فانه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع ، كما أن الواجب بالنذر أوسع من الواجب بالشرع) (٢) .

٢) هل التسليم يكون عقيب العقد المطلق أو مطلق العقد؟ .

فان كان في العقد المطلق فهذا صحيح وان كان مطلق العقد فانه ينقسم الى المطلق والمقيد .

(وموجب العقد المقيد ما قيد به ، كما أن موجب العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به .

وان كان موجبه عند اطلاقه خلاف ذلك ، فموجب العقد المطلق شيء وموجب العقد المقيد شيء ، والقبض في الأعيان والمنافع كالقبض في الدين والنبي ﷺ جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الابقاء الى كمال الصلاح ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها) (٣) .

---

(١) اعلام الموقعين . ٣ : ٣٨٧ ـ ٣٨٨ .
(٢) اعلام الموقعين . ٢ : ٢٩ ـ ٣٠ .
(٣) اعلام الموقعين . ٢ : ٣٠ .

هذه خلاصة الآراء التي جاء بها ابن تيمية، وتلميذه ابن قيم الجوزية في الرد على مذهب الحنفية ، الا أن ابن تيمية يجعل الغرر في نقطتين رئيسيتين في رده :

الأولى : ان الغرر في المبيع ، ومثل له كبيع السنين وحبل الحبلة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وعلل ذلك بما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل .

الثانية : اما كون الغرر في التعليق ، فان ابن تيمية ينفي ذلك ويقول : وتعليق العتق بشرط لايسمى غررا ، والنذر المعلق بالشرط لايسمى غررا ، وذلك لأن العقد انما عقد على صفة معينة فان حصلت الصفه حصل العقد وهذا ليس بتغرير، وانما التغرير : ان يعقد له عقدا يأخذ فيه ماله ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطره فان لم يحصل العقد كان قد أكل ماله بالباطل .

المطلب الثاني

العقد المضاف

ما صدر بصيغة أضيف فيها الايجاب الى زمن مستقبل سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط ، ومثاله في الاطلاق : آجرتك سيارتي هذه مدة سنة بكذا اعتبارا من أول الشهر القادم وقبل الآخر .

ومثاله في حالة الاقتران بالشرط : أن يقول له : آجرتك سيارتي هذه مدة سنة بكذا ابتداء من أول الشهر المقبل بشرط أن تدفع أجرتها عند ابتداء المدة فيقول الاخر قبلت :

العقود مع الاضافة :

تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة لقبولها الاضافة وعدم قبولها الى ثلاثة أقسام :

الأول ــ عقود بطبيعتها لا تكون الا مضافة لزمن مستقبل : وهي الوصية والايصاء ، لأن حكمها لا يكون الا بعد الوفاة للموصي وان لم يصرح بذلك في كلامه غير أن كلامنها قد يكون مع هذا معلقا على شرط أو لا يكون .

فمثال التعليق : كأن يقول : ان ربحت تجارتي هذه خمسة آلاف دينار فداري وصية للفقراء بعد موتي . فعلى ذلك : إن تحقق الربح وجد العقد .

ومثال الوصية غير المعلقة كأن يقول ثلث ما أملك وصيـة للفقراء والعقود التي تصح اضافتها الى المستقبل : أربعة عشر :

١ ـ الاجاره	٢ ـ فسخها	٣ ـ مزارعة
٤ ـ معامله	٥ ـ مضاربة	٦ ـ وكالة
٧ ـ كفالة	٨ ـ الايصاء	٩ ـ الوصية
١٠ـ القضاء	١١ـ الاماره	١٢ـ الطلاق
١٣ـ العتاق	١٤ـ الوقف(١) .	

وزاد ابن عابدين نقلا عن العمادية : العارية والاذن .

الثاني ـ عقود لا تصح مع الاضافة : وهي العقود التي تفيد تمليك الاعيان في الحال فلا يجوز اضافتها الى الزمان وكذلك لا يجوز تعليقها بشرط (٢) فلا يجوز أن نقول بعتك داري ان قدم الحاج . وهذه العقود عشرة :

١ ـ البيع	٢ ـ اجازة البيع	٣ ـ فسخ البيع
٤ ـ القسمه	٥ ـ الشركه	٦ ـ الهبه
٧ ـ النكاح	٨ ـ الرجعه (٣).	٩ ـ الصلح عن مال
١٠ـ الابراء من الدين .		

وذلك لأن هذه العقود يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها فتأخير الحكم عنها يكون اهمالا وابقاء لها من غير عمل مـــدة من الزمان ، ولأنها في الأصل موضوعة لافادة أحكامها في الحال والصيغة المضافة لا تفيد ذلك فتكون بعيدة عن كونها سبباً فلا ينعقد بها العقد (٤) .

الثالث ـ عقود تقبل الاضافة فتكون تارة مضافة وتارة تكون منجزه فان كانت مضافة وجد العقد وتأخر حكمه الى زمن الاضافه ، وان كانت منجزه ترتب عليها أثرها في الحـــال .

---

(١) جامع الفصولين ٢ : ٥ والدرر شرح الغرر ٢ : ٢٠٢ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٥-٢٥٦ .
(٢) الدرر شرح الغرر ٢:٢٠٢ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٦ .
(٣) جامع الفصولين ٢ : ٥ والدرر شرح الغرر ٢ : ٢٠٢ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٦-٢٥٧.
(٤) الزيلعي ٤ : ١٣٤ .

والمضافة تشمل ما ياتي :

ا) ما يفيد التمليك حقاً ، الا انه تمليك منفعه تتحقق ساعـــة فساعة فلا يمكن أن تفيد جميع آثارها في الحال كالاجارة والعارية والمزارعة والمساقاة . فالمنافع في هذه العقود لا توجد دفعةواحدة بل تتجدد فكانت الاضافة منفعة مع طبيعتها ومن ثم صحت اضافتها .

ب) الكفالة والحوالة لأنها ايضاً لا تفيد أثرها كامـــلا في الحال ، فقد ينعقد كل منهما ولا يؤدي الكفيل أو المحال عليه الدين الا في المستقبل ، ولذلك يصح اضافتها لزمن يكون بعد العقد .

ج) الاسقاطات كالطلاق والعتاق والوقف والخلع مـــن الزوج ، ففي كل منها اسقاط لما يملكه العاقد ، فله أن يؤخره الى الزمن الذي يريد اضافتة اليه .

د) الإطلاقات كالوكالة والقضاء ونحوها من الاعمال الـــتي تتصل بغير القائم بها والاذن للصبي أو العبد في التجارة فلا تتنافى في هذه العقود الاضافة لأنها لا تفيد أحكامها دفعة واحدة بل تثبت شيئاً فشيئاً (١) .

الفرق بـــين التعليق والاضافة :

يفرق بين الاضافة والتعليق من عدة وجوه :

الأول : ان التعليق يكون على أي أمر من الأمور ، سواء أكان فعلا من أفعال المتعاقدين أم غيرهما ، أم كـــان التعليق على أمر من الأمور الكونية التي لا دخل فيها لأحد من الناس ، أم كان زمناً من الازمنة .

بينما الاضافة فانها تكون الى الزمن المستقبل خاصة .

الثاني : التعليق لا بد وان يكون عبارته مشتملة على أداة من أدوات الشرط أو ما هو في معناها وعبارة الاضافة ليست كذلك .

الثالث : المعلق يمنع عن السببيه للحكم في الحال فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة وانما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه .

فاذا قال : أنت طالق ان دخلت الـــدار منع انعقاده سبباً للحال وجعله متأخراً الى

---

(١) يرجع في ذلك الى حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٤١ـ٢٥٧ والدرر شرح الغرر ٢ : ٩٩ـ٢٠٢ والزيلعي ٤ : ١٣١ ـ ١٣٤ .

وجود الشرط . فاذا وجد الشرط انعقد سبباً مفضياً الى حكمه وهو الطلاق،أما في الاضافه فان الصيغة تنعقد سبباً بمجرد التلفظ بها ولكن لا يترتب عليها أثرهـــا الا بمجيء الزمن المضاف اليه : أي أن الاضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه .

فاذا قال : ان جاء غد فلله علي أن أتصدق بكـــذا لا يجوز له التصدق قبل الغد ، لأنه لا تعجيل قبل السبب بينما لو قال لله علي أن أتصدق بكذا غدا له التعجيل قبله ،لأنه بعد السبب ذلك ، لأن الاضافة دخلت على الحكم لا السبب (١) .

حكـــم العقد المضاف :

عقد البيع لا يقبل الاضافـــة كشأنة في التعليق فاذا أضيف عقد البيع الى زمن فسد البيع فمثاله : بعتك مكتبتي هذه من أول السنة القادمة فقال الآخر قبلت فان البيع لا يصح.

علة الفساد :

هي نفس العلل التي ذكرتها في التعليق والردود وكذلك أيضاً :

١) الغرر الناشيء عن الاضافة :وهو غرر يسير اذ ان الغرر في التعليق أظهر وأقوى، لأن في ذلك ترددا ظاهراً بينما في الاضافة محدد الزمان ،لو قال : بعتك مكتبتي في أول السنة القادمة وقال الآخر قبلت ، فاذا جاءت السنة القادمة ثبت البيع وانتفى الغرر بينما لو كان بصورة التعليق فالغرر كثير وحاصل نحو : لو قلت لزيد بعتك مكتبتي ان جاء خالد من الحج ، فالبيع غير صحيح للتعليق .

٢) عدم صحة اضافة البيع الى زمن مستقبل: فقد ذكرت ذلك في الفرق بين التعليق والاضافة والايجاب بالاضافة لا تخرجه عن السببية بـل تؤخر حكمه ، اذ هي غير مانعة من صحة البيع مع الاضافة بخلاف التعليق ولذلك فاني لا أرى ذلك مانعا .

٣) لعدم توفر الرضا بين الطرفين : الواقع أن الرضا بـــين الطرفين لعقد البيع مع الاضافة غير محققة في الغالب ،لأن البيع في مثل هذه الحالة تكون شبه قسرية اذ عندما يقول بعتك مكتبتي في أول السنة القادمة ويقول الآخر قبلت ، معناه انه مضطر الى شراء المكتبة لعدم توفر وجود غيرها مثلا أو بعدالة سعرها او غبنه بالسعر الاقل والا لما قبل ، وعليه فالرضا غير محقق تماماً ولذلك فالغرر أراه في هذه الحالة أكثر من الحالتين السابقتين والله اعلم .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٥ ــ ٢٥٧ ، وتيسير التحرير للكمال ابن الهمام ٢ : ١٢٠ ــ ١٢٤ .

المطلب الثالث

البيع المعلق والمضاف في القانون

تنص المادة (٢٦٥) من التقنين المدني على ما يأتي « يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

وتنص المادة (٢٦٦) على ما يأتي :

١ ــ لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب او النظام العام هذا اذا كان الشرط واقفاً ، أمـــا اذا كان فاسخاً ، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم) .

٢ ــ ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شـــرط فاسخ مخالف للآداب أوالنظام العام ، اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام) .

وتنص الماده ٢٦٧ على ما يأتي :

(لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم) (١) .

فمن هذه القوانين السالفة يتبين أن مقومات الشرط ثلاثة أمور :

١ ــ أمر مستقبل .

٢ ــ غير محقق الوقوع .

٣ ــ غير مخالف للنظام العام ولا للآداب .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ٦ ، ٨ ، ١٠ .

ويذكر السنهوري مقوما رابعا : هو أن الشرط أمـــر عارض اضافي يمكن تصور الالتزام بدونه ، واننا نبحث في ما يتلعق ببحثنا هنا .

١ ـ غير محقق الوقوع .

فاذا كان الأمر محقق الوقوع فانه لا يكون شرطا ، وكذلك لا يكون شـــرطا أمر مستحيل الوقوع وانما الشرط أن يكون أمرا محتمل الوقوع لا محققا ولا مستحيـــلا فاذا كان الامر مستحيلا ولكنه محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطا ، وانمايكون أجلا ، كأن يضيف الملتزم التزامه الى موسم الحصاد فهـــذا الالتزام مقترناً بأجل لا معلقا على شرط ، لأن موسم الحصاد لا بد آت وهو محقق الوقوع فيكون أجلا لا شرطا ، وكذلك لا يكون شـــرطا الامر مستحيل الوقوع ، فاذا علق الملتزم على أمر مستحيل استحالة مطلقة فان الالتزام لا يكون موجوداً اصلا، ويضرب السنهوري مثلا في عصره : فاذا وعد الشخص آخر باعطائه جائزة اذاوصل الى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة ، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزا مطلقاً عن الوصول الى القمر (١) .

وقد تكون الاستحالة قانونية فالالتزام المعلق على شرط ان يبيع المشترط عليه تركة مستقبلة او على شرط أن يتزوج محرما ، فهذا الالتزام لا يكون قائماً ، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة ، وهذه الاستحالة قانونية لأن بيـــع التركة المستقبلة باطـــل ، وكذلك باطل ، الزواج المحرم (٢) .

غير مخالف النظام العام أو الآداب :

فاذا كان الشرط مخالفا للنظام العـام ، فانه في هذه الحالة يكون باطلا ولا يقـــوم الإلتزام الذي علق وجوده عليه ، كأن يعلق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن اطلاقا ، فهذا الشرط مخالف للنظام العام ، لانه لم يكن هناك غرض مشروع يرمي اليه المشترط من وراء هذا الشرط ، ، أو اذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن تكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هي لا على دين زوجها والا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فان هـــذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام .

---

(١) والآن في هذا العصر وصل الانسان الى القمر واكتشف جباله ووديانه .

(٢) الوسيط للسنهوري ٣ : ١٥ ـ ١٧ .

واذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها عدم تطليقها ، فهذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، وله أن يطلق زوجته بسبب مشروع ، أما اذا اشترطت أن يكون لهـا مبلغ معلوم من المال فيما اذا طلقها تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر ويقول السنهوري : (وفي هذه الحالة ينظر ان كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض والا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق) .

والتمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية وان كان كل من الشرطين باطلا . فاذا شرطت الزوجة على زوجها بأن لا يتزوج عليها فهذا شرط مخالف للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ؛ امـا اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام ، لأن الاستحالة القانونية كثيرا ما ترجع الى مخالفة النظام العام

اما الشرط المخالف للآداب فانه يكون باطلا ويسقط الالتزام الذي علق عليه قيامه كان يلتزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود مقابل ان يقوم بارتكاب عمل غير مشروع ، فان الشرط يكون مخالفاً للآداب ويكون باطـلا ، وكذلك اذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة ، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبت كأن يعيـد مخطوفا أو يرد مسروقا ، فهذا الشرط يعتبر مخالفاً للآداب ،لأنه جزاء مادي على القيام بالواجب ، والوجب يتعين القيام به دون جزاء (١) .

أثر الشرط في مرحلة التعليق :

١ ـ الشرط الواقف :

تنص المادة (٢٦٨) من التقنين المدني على ما يأتي :

(اذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابـلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه) (٢) .

ومن هذا النص يتبين ان الالتزام المعلق على شرط واقف وهو في مرحلة التعليق ،

---

(١) الوسـيط للسنهوري ٢ : ٢١ ـ ٢٣ وانظـر شـرح القانون المدني القديم لاحمـد نجيب الهلالي ١٣٨ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ١٣

لا يكون نافذا بل هو لا يكون موجودا وجودا كاملا ، فالحق من حيث الوجود والنفاذ يتدرج بين مراتب سبع :

١ ــ مرتبة الحق المعدوم : وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده .

٢ ــ مرتبة الحق الاحتمالي : وهو ما لا وجود له ويحتمل وجوده ، فهو معدوم على خطر الوجود .

٣ ــ مرتبة الحق المعلق على شرط واقف،وهو حق موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود

٤ ــ مرتبة الحق المؤجل : وهو حق موجود وجودا كاملا ولكنه غير نافذ .

٥ ــ مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ : وهو حق موجود وجودا كاملا وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه موجود على خطر الزوال .

٦ ــ مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجـــودا كاملا وهو نافذ الى اجل ثم ينقضي بانقضاء هذا الاجل .

٧ ــ مرتبة الحق المنجز وهو حق موجود وجوداً كاملا وهو نافذ الى غير أجل.

ونخلص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكن وجوده غير كامل (١) ويظهر وجود الحق على شرط فيما ياتي :

١) يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجري الاعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف ، ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف ان يقوم باي عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة .

٢) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل في التوزيع ويطالب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ من خزانة المحكمة وتعليق قبضه اياه على تحقق الشرط ، ولا يجوز لصاحب المعلق على شرط واقف حجز ما للمدين لدى الغير ولا أن يقوم بأي حجز تحفظي آخر، لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود .

٣) ينتقل الحق المعلق على شرط من صاحبـــه الى الغير بالميراث وغيره من أسباب

---

(١) الوسيط للسنهوري ٣ : ٣٧ ــ ٣٩ .

انتقال الحقوق كالوصية والبيع والهبة ، فالحق المعلق على شرط واقف يورث ، ويجوز لصاحب الحق المعلق على شرط ان ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول .

ووجود الحق المعلق على شرط واقف ناقص لم يتكامل ، ولا يتكامل اذا تحقق الشرط ، فالحق الناقص يفقد المزايا التي للحق الكامل من وجوه عدة نذكر منها :

١) الحق المعلق على شرط واقف لا يكون قابلا للتنفيذ القهري وهو في حالة التعليق فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضي جبرا من المدين الدين المعلق على هذا الشرط .

٢) الدائن تحت شرط واقف لا يجوز ان يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري ، أي أن الوفاء يكون وفاء لغير المستحق ، فاذا وفى المدين وهو يعتقد خطأ ان الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق .

٣) التقادم المسقط لا يسري بالنسبة الى الحق المعلق على شرط ما دام حقاً معلقا لأن وجوده لم يتكامل وغير مستحق الاداء .

٤) اذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية ، كان لهذا الحق مالكان:

١ ــ مالك تحت شرط واقف ، وهو الذي انتقلت له الملكية معلقة على هذ الشرط فهذا حقه غير كامل الوجود كما قدمنا .

٢ ــ مالك تحت شرط فاسخ ، وهو من انتقلت منه الملكية الى المالك تحت شرط واقف فهذا كامل الوجود ، ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين ، وأن يتصرف فيها، وأن يطهر العقار ، وهو الذي يتحمل هلاك العين ويستطيع دائنوه ان ينفذوا بحقوقهم عليها (١) .

٢ ــ الشرط الفاسخ :

لقد قلنا ان الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجودا كاملا ، ونافذا لكنه موجود على خطر الزوال ، فصاحب هذا الحق يملكه حالا وله أن يديره ويتصرف فيه

(١) الوسيط للسنهوري ٣ : ٤٠ ــ ٤٢ .

ولكن هذه التصرفات تكون على خطر الزوال كحقه ، لأنه معلق على تحقيق هذا الشرط الفاسخ فبتحققة يزول حقة وتزول معه جميع التصرفات . الا أن هناك أعمـالا تبقى بعد تحقق الشرط الفاسخ يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهي الاعمال المقترنة بحسن النية ، وقد ذكرنا سابقاً أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذي يتحمل تبعة هلاك العين وتطهير العقار المرهون ... الخ ويستطيع ايضاً تحت شرط فاسخ أن يحسب مـدة حيازتة للعين في التقادم ، فاذا أكمل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقي ولحساب المالك تحت شرط واقف ، فاذا ما تحقق الشرط رجعت العين بعد أن تمت مدة التقادم الا أنها لا تعود للمالك الاصلي بل تعود الى المالك تحت شرط واقف .

والدائن تحت شرط فاسخ يكون حقه حالا واجب الاداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعا أو كرها ، أي بطريق التنفيذ الاختياري أو بطريق التنفيذ الجبري .

هذا والحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال ، فانه يزول بتحقق الشرط ، فالدائن تحت شرط فاسخ اذا استوفى الدين من مدينه ثم تحقق الشرط ، جاز للمدين أن يسترد ما دفع وفقا للقواعد العامة في دفع غير المستحق . وليس لصاحب الحق المعلق على شرط فاسخ أن يأتي من الأعمال ما من شـأنه أن يعوق الجانب الآخر صاحب الحق المعلق على شرط واقف من استعمال حقه اذا نفذ هذا الحق تحقق الشرط (١) .

أثر تحقق الشرط الواقف أو تخلفه .

فالشرط الواقف اذا تحقق نفذ الالتزام المعلق عليه ، وكان تحققة موقوفا ، وبعـد تحقق الشرط يجوز للدائن أن ينفذ بحقه اختيارا او اجبارا ، هذا ويعتبر الالتزام بتحقق الشرط موجودا ، لا منذ تحقق الشرط فحسب بل منذ نشوء الالتزام؛ فاذا تم العقد معلقا على شرط واقف لم يجز لأحد المتعاقدين أن يرجع في تعاقده ما بين تمام العقـد وتحقق الشرط ،فاذا تحقق الشرط تم العقد وترتب عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط.

اما اذا تخلف الشرط الواقف فالالتزام المعلق عليه ينمحي ويصبح كـأن لم يكن ولا يعتبر له وجود لا كامل ولا ناقص منذ البداية ، وينبني على ذلك ان المدين اذا لم يكن قد وفى شيئاً من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلا واذا وفى كان له استرداده .

---

(١) الوسيط للسنهوري ٣ : ٤٣ ـ ٤٥ .

أثر تحقق الشرط الفاسخ أو تخلفه :

والشرط الفاسخ اذا تحقق فانه يزيل الالتزام المعلق عليه ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية وينفسخ بقوة القانون دون حاجة الى حكم أو اعذار ويترتب على ذلك ما يأتي :

١) لا حاجة لطلب الفسخ ، واذا حصل نزاع وجب الالتجاء الى القضاء ليقرر بأن العقد قد انفسخ ولا يجوز له أن يمنح أية مهلة .

٢) ولكل ذي مصلحة يجوز له التمسك بانفساخ العقد ، ولذا يستطيع دائنوا البائع بعد انفساخ عقد المشتري أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ .

٣) عدم جواز تنازل الطرفين عن الفسخ لأنه مفسوخ من تلقاء نفسه ، ولا بد من ابرام عقد جديد ينعقد من وقت ابرامه .

اما اذا تخلف الشرط الفاسخ ، فان الالتزام الذي كان معلقاً عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتا غير معرض للزوال . وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هي ايضاً باته غير قابلة للنقض . وتصرفات الطرف الآخر المعلقة على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ فانها تزول بأثر رجعي . كل هذا يتم بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة الى حكم او اعذار (١) .

الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

تنص المادة (٢٧٠) من التقنين المدني على ما يأتي :

(١ ــ اذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط) .

(٢ ــ ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لابد للمدين فيه) (١) .

والشرط يختلف عن الأجل بأن له أثراً رجعياً وليس للأجل ، والشرط أمر غير محقق

---

(١) الوسيط للسنهوري : ٥٤ ــ ٥٧ .

الوقوع والأجل أمر محقق . والكلام في الأثر الرجعي للشرط يكون في المسائل الآتية :

١ ــ الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي وتقدير هذا المبدأ .

٢ ــ ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي .

٣ ــ ما يستثنى من أعمال الأثر الرجعي .

الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي :

اختلف الفقهاء في بيان هذا الأساس .

فمن الفقهاء من يذهب الى أن الاثر الرجعي لتحقق الشرط ليس الا تعبيراً ملائما للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه الا تثبيت حق كان موجودا من قبل . فالأثر استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق وتحقق الشرط يثبت بوجوده وليس بمنشىء له .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمي من جانب المشرع ، والغرض منه تفسير بعض النتائج التي تترتب على تحقق الشرط .

وكولان وكابيتان يريان أن الأثر الرجعي للشرط ليس الا تطبيقا للمبدأ القاضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه . وعليه فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق الا تحت الشرط الواقف الفاسخ والا أعطي اكثر مما يملك .

وبعض رجال الفقه الحديث ينكرون الأثر الرجعي للشرط ، اذ يرونه مجافياً للواقع ومعطلا لحرية التصرف وضارا بالغير اذ يبقى على الدوام مهددا بهذا الأثر الرجعي وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق .

ويرى السنهوري : أن فكرة الأثر الرجعي لتحقق الشرط تستجيب في أكثر الاحوال لظروف التعاقد وللنية المحتملة للمتعاقدين ،لأن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد على أساس أن الشرط يتحقق او لا يتحقق ، ولذا فالأثر الرجعي عند المشرع لم يجعله من النظام العام فلا تجوز مخالفته ، وانما جعل لهما الحق في أن يفصحا عن نيتهما .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية : ٣ : ١٨ .

النتائج المترتبة على الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

ونشير الى بعض النتائج الهامة :

١) يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات مدينه ولو كان منها سابقا على تحقق الشرط ، فحقه معتبر بفضل الأثر الرجعي موجودا منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقا على تصرف المدين .

٢) ارتهان الدائن تحت شرط واقف عقارا ضمانا لدينه وتقييد الرهن قبل تحقق الشرط فرتبة الرهن انما تكون من يوم تقييده لا من يوم تحقق الشرط ، لأن الدين يعتبر موجودا وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعي بتحقق الشرط .

الاستثناءات من الأثر الرجعي :

لقد أوردت المادة (٢٧٠) كما راينا ثلاثة استثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

١) اذا تبين من ارادة المتعاقدين أنهما استبعدا الاثر الرجعي .

٢) اذا كانت طبيعة العقد تستعصي على الأثر الرجعي ، وهو العقد الزمني كعقد الايجار اذ لا يمكن الرجوع في الزمن ، وما تم من العقد يبقى ولا يفسخ العقد الا عن المستقبل .

٣) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فان كان الشرط واقفاً كما لو كان المالك لعين معينة قد باعها تحت شرط واقف وهلكت العين في يده لسبب اجنبي قبل تحقق الشرط ، وهنا يستوي أن يكون للشرط أثر رجعي أو لا يكون .

أما اذا كان الشرط فاسخاً كما لو كان المشتري تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت في يده لسبب أجنبي ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فاذا نظرنا الى مقتضى الأثر الرجعي فان العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فتهلك عليه ، ولكن النص صريح في وجوب استبعاد الأثر الرجعي في هذه الحالة ، ويكون هلاك العين على المشتري لا على البائع(١)

(١) الوسيط للسنهوري : ٥٩ ـ ٧٣ .

الأثر المترتب على الأجل :

تنص المادة (٢٧٤) من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فانه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضي فيه الاجل. على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشي افلاس المدين أو اعساره واستند في ذلك الى سبب معقول) .

(٢) ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي) (١) .

واذا نظرنا الى هذا النص فاننا نرى مرحلتين: الأولى: السابقة على حلول الأجل أي وقت قيام الأجل ، والثانية : مرحلة حلول الأجل وهي أن يحل الأجل فعلا .

الآثار قبل حلول الأجل :

١ ــ الأجل الواقف :

فالحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كامل الوجود ، ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما يترتب على وجود الحق المعلق على شرط واقف ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده.

النتائج المستمدة من كمال الوجود :

١) يسقط الأجل الواقف ، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء ، اذا شهر افلاس المدين أو اعساره .

٢) يسقط الأجل اذا أضعف بفعله التأمينات التي أعطاها للدائن أو لم يقدم ما وعد به من تأمين.

٣) هلاك الشيء المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل فان الهلاك يكون على الدائن لا على المدين فاذا حدد اجل لتسليم العين المبيعة الى المشتري وهلكت العين

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ٣٣ ـ ٣٥ .

قبل التسليم فان الهلاك يكون على البائع لا على المشتري .

على أن الحق المقترن بـأجل واقف اذا كان حقا موجودا كامل الوجود ، فـانه مع ذلك حق غير نافذ .

ويترتب على عدم نفاذه الى حين حلول الأجل ، ما يأتي :

١) عدم اجبـار الدائن المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، فلا يقبل التنفيذ الجبري .

٢) لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختياري ، فاذا أداه غلطـا جاز له استرداده طالما أن الأجل لم يحل .

٣) لا يجوز للدائن أن يوقع بالمدين حجزا تحفظيـا اذا كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء .

٤) لا يجوز للدائن استعمال الدعوى البوليصية اذا كان حقه مؤجلا .

٥) عدم سريان التقادم المسقط في حقه ما دام الأجل قائمـا ولا يسري الا منذ حلول الأجل .

٢ ـ الأجل الفاسخ :

فالحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال عند حلول الأجل ، فهو أضعف من الحق المعلق على شرط فاسخ في هذه الناحية ، وفي ناحية أخرى أقوى منه اذ أنه عندمـا يزول لا يزول بأثر رجعي كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لا بد أن يوجد مدة من الزمن ، فصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ يملكه حالا وتنتقل اليه جميع التصرفـات الجائزة ، الا أن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال فهو حق مؤقت بطبيعته وينتهي حتما بانتهاء الأجل .

وعلى ذلك فجميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيده بحدود هذا الحق اذ هي مؤقتة مثله (١) .

---

(١) الوسيط للسنهوري ٣ : ٩٧ ـ ١٠٧ .

الفصل الثاني

أثر الغرر في المبيع

تمهيد :

أعني بالمبيع هنا العين لا الثمن ، لأنني افردت له فصلا مستقلا سنراه فيما بعد ان شاء الله في الفصل الثالث من هذا الباب ، أما هذا الفصل فاني أقسمه للمباحث التالية :

المبحث الأول : الجهل بصفة المبيع .

المبحث الثاني : الجهل بمقدار المبيع .

المبحث الثالث : جهالة العين .

المبحث الرابع : جهالة الأجل في المبيع .

المبحث الخامس : عدم رؤية المبيع .

المبحث السادس : بيع المعدوم .

المبحث السابع : عدم القدرة على التسليم .

وسأتكلم في كل مبحث من المباحث السابقة مبينا آراء العلماء في كل جزئية من جزئياته ، لأنهم يختلفون في مقدار الجهالة في المبيع التي تنفي العقد ، أما جهالة المبيع جهالة فاحشة فلا خلاف عند الفقهاء أنها مفسدة للعقد (١) .

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٦ والمهذب ١ : ٢٦٣ ، والقوانين الفقهيه ٢٣٩ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٤ ، والمحرر في الفقه ١ : ٢٩١ ، والبحر الزخار ٤ : ٢٢٤ ، والمحلى ٨ : ٤٣٩ .

المبحث الأول

الجهل بصفة المبيـــــع

اختلف الفقهاء في اشتراط وصف المبيع ، فهل هو شـــرط لصحة البيع بعد العلم بالذات ، وهل هو مانع من الصحة اذا جهل بها ؟ وفيما يلي نورد آراء الفقهاء ثم أستعرض بعض الصور الموجودة بعدها .

الحنفيـــة :

ذهب الحنفية الى أن الأعواض المشار اليها غير الربوية ، ورأس مـــال السلم ، لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع ، لأن بالاشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم (١) .

فاذا قال : بعتك هذه الصبرة من الحنطة ، أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات ، وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية لـــه فقبل جـــاز ، لأن الباقي في جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم والتسلم .

فالمبيع المشار اليه لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه ، (٢)لأن الاشارة أبلغ أسباب التعريف (٣) .

وجاء في فتح القدير : قال لغيره لك في يدي أرض خربه لا تساوي شيئاً فبعها مني

---

(١) الهداية مع فتح القدير وفتح القدير والعناية بهامش فتح القدير ٥ : ٨٢ والزيلعي ٤ : ٥ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ وفتح القدير ٥ : ٨٢ .

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٥ .

بتسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع (١) .

أما الربوي فلا يجوز اذا بيع بجنسه جزافا كالحنطة بالحنطة ، لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا شرعا ، وبخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا أن يكون معروف القدر عند أبي حنيفة (٢) .

والخلاصة : فان المسأله مقيده بغير الاموال الربويه ، وبالربوية أيضـــاً اذا قوبلت بغير جنسها .

أما الاعواض غير المشار اليها ، فقد اختلف فقهاء الحنفية في اشتراط وصفه وعدم اشتراط وصفه . فالمشترطون لذكر الوصف في المبيع .

وهم ابن عابدين ، وابن مالك من الحنفية ، وصاحب نفيس المتجر ، وابن نجيم .

فقد جاء في حاشية ابن عابدين : وفي حاوي الزاهدي : باع حنطة قدرا معلوماً ولم يعينها لا بالاشارة ، ولا بالوصف لا يصح (٣) .

وجاء في نفيس المتجر : ان صاحب الاختيار والبرهان قال : وان كان المبيع غائباً ولا يعرف بالأنموذج ، كالثياب ، والحيوان ، فلا بد من ذكر جميع الاوصاف قطعـا للمنازعة ، ويكون للمشتري خيار الرؤية (٤) .

ومنهم أيضاً ابن مالك قال : (وشرط في صحة المبيع معرفة المبيع بما ينفي الجهالة لأن المعاملات شرعت لقطع المنازعات وجهالة قدره ووصفه تفضي الى المنازعة) (٥) .

وصحح بعضهم جواز البيع بدون الاشارة ، لكنه محمول على ما اذا حصل انتفـــاء الجهالة بدونها ، ولذا قال في النهاية : هناك : صح شراء مـــا لم يره أي شيئـــاً مسمى موصوفا ، أو مشارا اليه ، أو الى مكانه ، وليس فيه غيره بذلك الاسم (٦) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ٦ .
(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٥ .
(٣) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .
(٤) نفيس المتجر بشراء الدرر ٢ .
(٥) المصدر السابق ٨ .
(٦) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

ومن المشترطين ابن نجيم ، قال في البحر : والحق ان معرفة وصف المبيع ليست شرطا بعد الاشارة اليه ، او الى مكانه ، واما اذا لم يكن مشار اليه فلا بد من بيان وصفه(١).
وأخيراً ابن عابدين فقد قال: (والذي يظهر من كلامهم تفريعا وتعليلا ، أن المراد بمعرفة القدر ، والوصف ، ما ينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره وذلك بالاشارة اليه لو حاضرا في مجلس العقد ، والا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من المقدرات، كبعتك كر حنطة بلدية مثلا بشرط كونه في ملكه، أو ببيان مكانه الخاص كبعتك ما في هذا البيت ، أو ما في كمي ، أو بإضافته الى البائع كبعتك عبدي ، ولا عبد له غيره ، أو ببيان حدود أرض ، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع ، وتبقى الجهالة اليسيرة التي تنافي صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية فان خيار الرؤية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته، فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والاوهام ، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم) (٢).

الذين لا يشترطون ذكر الوصف يقولون :

ان العلم بأوصاف المبيع والثمن ليس بشرط لصحة البيع بعد العلم بالذات ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة الا انهم قالوا : لكنه شرط اللزوم ولذلك فانه يصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم (٣) .

---

(١) البحر الرائق ٦ : ٢٧٦ .
(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .
(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٦٣ ومنهم الحصكفي فقد قال في تنوير الأبصار : (وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن) كمصري او دمشقي ، فانه قد شرط لصحة البيع معرفة القدر ولم يشترط للمبيع الوصف بل جعل الوصف خاصاً للثمن .ابن عابدين ٤ : ٥٢٩ — ٥٣٠ والعلامة الشرنبلالي قال : ان المبيع المسمى جنسه ، لا حاجة فيه الى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار اليه او الى مكانه .
فقد ذكر ذلك : (هذه نبذة لتحرير صحة البيع المسمىٰ جنسه دون قدره ووصفه كالمشار اليه واظهار النص الشاهد بان المخالف له لا يعول عليه) . ثم يذكر في آخر رسالته ايضاً (فتلخص مما ذكرنا ان جهالة قدر المبيع الذي سمى جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواء كان المبيع مشاراً اليه او غير مشار اليه) وعلق على ذلك ابن عابدين : . . لأن الجهالة المانعة من الصحة فانها تنتفي بثبوت خيار الرؤية لأن المشتري اذا لم يوافقه المبيع يرده فلم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة — ابن عابدين ٤ : ٥٢٩ .

وقد استدل الحنفية على صحة هذا البيع بـــما يأتي :

١) عمومات المبيع من غير فصل،منها أن الجهالة في بيع ما في البيت؛أو الصندوق، يسيرة لا تفضي الى المنازعة ، والمقصود اثبات جهالة فاحشة .

ومنها : شراء ما في يده من غصب او وديعـــة ، ومنها : بيع الارض مقتصراً على ذكر حدودها ، ومنها شراء الارض الخربة الماره عـن القينه ، ومنها بعتك عبدي وليس له الا عبد واحد صح ، ومنها : بعتك كراً من الحنطة فان كان كله في ملكه بطل ، ولو قبضه في ملكه بطل في المعدوم وفسد في الموجود ، ومنها . بعتك مـا في كمي فعامتهم على الجواز وبعضهم على عدمه ، ومنها بيع جميع ما في هذا البيت أو الصندوق (١) .

٢) ما روي عن النبي ﷺ: أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه(٢). والخيار شرعاً لا يكون الا في بيع مشروع ، لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً الى محل هو خالص ملكه ، ولذلك يصح كشراء المرئي ووجود التصرف انما يكون حقيقة بوجود ركنه ، ووجوده شرعاً لصدوره من اهله وحلوله في محله .

٣) عدم الافضاء للمنازعة لجهالة الوصف، لأن المشتري صدق البائع في خـــبره بدليل شرائه منه (٣) .

٤) مبايعة عثمان بن عفان ، وطلحة بن عبدالله ، وقول كل واحد منهم لصاحبه لقد غبنت في البيع ، مما يدل على ان المبيع غـــير معلوم لا بوصفه ولا بقدره ، وكل منهم كان يعلم صحة البيع بدليل اتفاقهما على اشتراط الخيار لكل منهما .

المالكية .

ذهب المالكية الى اشتراط معرفة صفة المبيع ، لأن الجهالـة بصفة المبيع غرر (٤) . واذا كان المبيع حاضراً مجلس العقد فلا بد من رؤيته ولا تكفى فيه الصفة، الا اذا

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٢٩ _ ٥٣٠ .

(٢) رواه البيهقي والدار قطني وابن شـــيبة . أنظـــر السنن الكـــبرى للبيهقـــي ٥ : ٢٦٨ ، ونصب الراية ٤ : ٩ والمحلى ٨ : ٣٤١ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ والمنتقى ٥ : ٤١ .

كان في فتحه مشقة ، كعدل البرنامج الذي يشق فتحه وشده (١) .

الشافعية :

وللشافعية آراء في بيع الصفة :

١) ذهب الشافعية الى أن جهل المشتري بصفات المبيع يمنع صحة العقد كالسلم اذا لم يوصف ، ولأنه بيع مجهول الصفة عند المتعاقدين فوجب أن يكون البيع باطلا .

كقول البائع بعتك ثوباً أو عبداً ، فالبيع باطل لكونه مجهول الصفة ، ولانه بيع عين لم ير شيئاً منها ، فوجب أن لا يصح ، كالسمك في الماء ، والطير في الهواء (٢) .

٢) ان بيع العين المجهولة لا تصح حتى تذكر الصفات المقصودة .

٣) يصح البيع ولا يفتقر الى ذكر شيء من الصفات ، لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت للمشتري الخيار اذا رأى المبيع ، وعلى ذلك فلا حاجة الى ذكر الصفات فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار .

أما اذا وصفه فوجده كما وصف أو أعلى مما وصف ففيه وجهان :

أحدهما :لا خيار للمشتري،لانه وجد المبيع على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه.

الثاني : أن المشتري له الخيار ، لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار (٣) . وذهب العز بن عبد السلام الى أن بيع العين الغائبة المستقصية للاوصاف فيها غرر ، لأن الغرر باق فيه ، ولأن كل صفة ذكرها مترددة بين الرتبة العليا والرتبة الدنيا والرتبة المتوسطة وتتفاوت القيم بتفاوت هذه الصفات (٤) .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى عدم جواز بيع ما تجهل صفته ، كالحمل في البطن ، واللبن في

---

(١) البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢ : ٢٠ .
(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ١١٣ .
(٣) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣١٦ . وانظر نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤١٦ – ٤١٧ .
(٤) قواعد الاحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢ : ١٧٧ .

الضرع والبيض في الدجاج ، والنوى في التمر (١) .

أما الموصوف المعين فان البيع فيه يصح، كبعتك عبدي فلانا ويستقصي صفته بكذا. وينفسخ العقد الموصوف اذا فقد صفة من الصفات المشروطة فيه ، لوقوع العقد على عينه بخلاف السلم ، لانه موصوف في الذمة (٢) .

قال الشيخ مجد الدين ابو البركات : (ولا يصح البيع الا بشرط معرفة المبيع برؤية وقت العقد او قبله بزمن لا يتغير فيه غالباً أو بصفة تكفي في السلم ان كان مما يجوز السلم فيه ، ومتى وجده بخلاف الصفة او الرؤية السابقة فله الفسخ) (٣) .

قال ابن قدامة : (ولا يجوز بيع ما تجهل صفته كالسمك في الفأرة) (٤) .

الشيعة الامـــامية :

وذهب الشيعة الامامية الى أن بيع العين الغائبة تفتقر الى ذكر الجنس والوصف، فلو قال بعتك ما في كمي لم يصح ما لم يذكر الجنس ، والوصف الرافع للجهالة ، فلو وصف للبائع أو للمشتري أو لهما صح البيع .

والوصف الذي يرفع الجهالة هو أن يذكر جميع الصفات التي يختلف الثمن باختلافها وتتطرق الجهالة بترك بعضها ، وعلى ذلك فكل ما يمكن ضبط أوصافه صح بيعه به ، وما لا يمكن فيه ذلك أصلا كالخبز ، واللحم ، واللآلي ، والجواهر ، لا يصح بيعـــه بذلك ، وعندهم أنه يصح بيع اللآلي الكبار اذا ضبط جميع أوصافها .

وبالجملة : الشأن فيه كالشأن في السلم في أنه لا بـــد من ذكر الاوصاف التي يتفاوت بها الثمن وامكان ضبطها، لا أن كل ما يصح فيه السلم يصح بيعة هنا وما لا يصح فإنـــه يتخلف عنه في مواضع ، منها العقارات لعدم ضبطها فلا يجوز السلم فيها (٥) .

---

(١) الكافي ٢ : ١١ .
(٢) غاية المنتهى ومطالب اولي النهى ٣ : ٢ .
(٣) المحرر في الفقة ١ : ٢٩١ ـ ٢٩٤ .
(٤) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٨ .
(٥) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٤ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ وشـــرائع الاســـلام : ١٦٦ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٨٥ ط النجف الاشرف .

الشيعة الزيدية :

ذهب الشيعة الزيدية الى أن من اشترى مشاراً اليه موصوفاً غير مشروط في العقد كونه على تلك الصفة ، كأن يقول بعت منك هـذا البر وهو في جوالق فكشفه فاذا هو شعير ، او هذه نعجة فاذا هو كبش ، أو بالعكس صح العقد وخير المشتري في المخالف .

أما اذا وجد المشتري المبيع على صفة افضل :

قال زيد بن علي : الأقرب عندي أن العبرة بغرض المشتري ، فان انكشف خلاف غرضه خير ولو كان ادنى . فإن شرط كون المبيع على تلك الصفه فخالف فإنه ينبغي أن ينظر في تلك المخالفة ، ففي مخالفته معظم المقصود والغرض ومنافاته لذلك فسد العقد ، ولو كانت تلك المخالفة على الصفة فقط ، نحو أن يشتري غنما على أنها كباش فـاذا هي نعاج ومقصودة اللحم فوجدها فحولا وما اشبه ذلك صح العقد ، وخير في النعـاج اذا كانت هي الادنى وقبضها مع الجهل فان قبضها عالماً فلا خيار له . واذا أعطـاه الأعلى فلا خيار له سواء كان عالما أو جاهلا (١) .

الاباضيـة :

وذهب الاباضية الى أن بيع العين المجهولة الصفة لا يجوز لأنه غرر .

قال العاملي : « وانما يكون الغرر للجهل اما بصفة ثمن ، أو صفة مثمن ، أوبقدره أي بقدر واحد منها ، أو أجله ، أي أجل واحد منهما » (٢) .

اما اذا وصفت العين فان كان الوصف من البائع قيل لا يجوز ، لأنه قـد يقصد الزيادة فلا يوثق بوصفه .

ويخير المشتري في المبيع الموصوف بعد الرؤية ولو خرج كما وصف ، لأن الخبر ليس كالعيان .

وقيل : لزمه البيع .

واستحسن القول بتخيير المشتري بعد رؤيته ولو خـرج كما وصف له وذلك اذا

---

(١) شرائع الأزهار ٣ : ١٣٧ ـ ١٣٩ .

(٢) شرح النيل ٤ : ٥٤ .

كان التعريف من قبل البائع(١) .

الظاهرية :

والظاهرية تشترط لصحة البيع العلم بأوصاف المبيع ، فإن بيع شيء من الغائبات بغير صفة ولم يكن المبيع قد عرفه المشتري من البائع لا برؤية ولا صفة ، فالبيع فاسد مفسوخ أبدا لا خيار في جوازه أصلا .

اما المبيع الموصوف من البائع فيجوز شراؤه صدقه المشتري أم لم يصدقه ،وكذلك يجوز بيع المبيع الموصوف من قبل المشتري صدقه البائع أم لم يصدقه ، ولكن اذا وجد المبيع في الصورتين السابقتين بتلك الصفة فالبيع لازم وان وجد بخلافها فالبيع باطل الا بتحديد صفة اخرى يرضاهما جميعاً .

برهان ذلك في هذا الامر أن المشتري قد اشترى شراء صحيحا اذا وجد الصفة كما اشترى ، أما أذا وجدها بخلاف ما عقد عليه فيكون المشترى بالتعيين أنه لم يشتر تلك السلعة ، لأنه اشترى سلعة موصوفة بصفة كذا لا سلعة بالصفة التي وجد .

ادلة البطلان :

اما الدليل على بطلان بيع ما لم يعرف برؤيته ولا صفته ، قول النبي ﷺ (نهى رسول ﷺ عن بيع الغرر) .

وهذا البيع من الغرر ، لأنه لا يدري ما اشترى أو باع .

وبالآية الكريمة (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وهل يكون هناك تراض المبيع الذي لا يدرى قدره ولا صفاته .

أما اذا وصف المبيع غيرهما ممن لا يصدقه الموصوف له فالبيع ههنا لم يقع على صفاته أصلا فوقع العقد على مجهول من أحدهما ، أو وقع من كليهما وهذا حرام لا يحل (١) .

---

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٤١ ـ ٣٤٤ .

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٤١ ـ ٣٤٤ .

الجهل بصفة المبيع في القانون :

نصت المادة (١٣٣) من التقنين المصري على ما يأتي :

١ ــ « اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره الا اذا كان العقد باطلا » .

٢ ــ ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعــه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعين مقداره . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١) .

فاذا كان محل الالتزام شيئاً وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين الا بالنوع أي أن المبيع ، إما أن يكون من الاشياء القيميه واما أن يكون من الاشياء المثليه .

المبيع من الاشياء القيمية :

فاذا كان المبيع من الاشياء المعينة بالذات فيجب تعيينه تعيينا يميزه عما عداه بأن يوصف الشيء وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة ، وطريقة التعيين تختلف باختلاف طبيعة الاشياء ، فالأرض مثلا تعين بموقعها وحدودها ومساحتها وأحواضها ان كانت مــن الاراضي الزراعية ، واذا باع شخص دارا وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى ، واذا باع آلة ميكانيكية وجب أن يعين نوعهـا وأوصافها المميزه . واذا باع جوادا وجب عليه أن يبين جنسه وسنه ولونه ومميزاته وهكذا .

قد يقع خطأ مادي عند ذكر حدوده في المحرر المثبت للتعاقد كما لو ذكر حد مكان حد آخر ومع ذلك لا يمنع من اعتبار المبيع معينا تعيينا كافيــاً . وكذلك يجوز للقاضي أن يقوم بتحديد المبيع ، اذا كان في عمله انما يفسر نية المتعاقدين .

المبيع من الأشياء المثلية :

فاذا كان المبيع من المثليات أي من غير الاشياء المعينة بالذات ، فانه يجب أن يكون

---

(٢) مادة ١٣٣ ، ٤١٩ ، مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٢١٤ ، ٤ : ١٧ ونص المادة ٤١٩ :

١ ــ يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً ، ويعتبر العلم كافياً اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسيه بيانا يمكن من تعرفه .

٢ ــ واذا ذكر في عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليس البائع .

معينا بجنسه ونوعه ومقداره ، مثال ذلك أن أبيع منك مائة قنطـار من القطن الاشموني واذا لم تذكر في العقد درجة جودته بجانب أوصاف المبيع ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد ، التزم البائع بتسليم شيء من الصنف المتوسط ، أي أن البائع لا يلزم بتسليم شيء من أجود صنف كما لا يجوز له تسليم شيء من أردأ صنف . فاذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد مايستطاع به تحديده كما اذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة وان لم يحدد في العقد .

واذا بيع الشيء جزافاً فلا حاجة لتحديد مقداره في العقد ، لأن المبيع جزافاً يعتبر عينا معينة لا يحتاج الى الوزن أو العد أو الكيل لتعينه ، كأن يبيع شخص لآخر منتجات مصنعه ، أو محصولات أرضه في مدة معينة ، واذا قدر المحصول على وجـه التقريب في العقد ، فلا يلزم البائع الا بتسليم ما انتجته الأرض ،فعلا بشرط أن يثبت أنـه لم يقصر في زيادة انتاجها ، وبشرط أن يخطر المشتري بنقص المحصول بمجرد علمه به وفي وقت ملائم وهذا ما استقر عليه القضاء في محاكم مصر (١) .

الفرق بين تعيين المبيع والعلم به :

ولا بد من التفرقة بين أحكام العلم بالمبيع وأحكام تعيين المبيـع ، لأن المبيع اذا لم يكن معينا أو قابلا للتعيين فان العقد يبطل بطلاناً مطلقا ، على حين أن عـدم العلم به لا يمنع من انعقاد العقد وان كان يخول المشتري وحده الحق في طلب ابطاله كما نصت عليه المادة (٤١٩) ذلك لأن عدم التعيين للمبيع يترتب عليـه تخلف ركن من أركان البيع فلا ينعقد ، كأن يبيع شخص لآخر قمحـا دون تحديد مقدار المبيع فان البـائع يستطيع ان يبرأ من التزامه بتسليم حبة واحدة من القمح ،أما عدم علم المشتري بالمبيع فـان هذا يؤدي الى الغلط ، وبالتالي يؤدي الى بطلان العقد بطلانا نسبيا (٢) .

---

(١) الوسيط ٤ : ٢٢٥ ـ ٢٢٦ ، وشرح البيع والمقايضة للدكتور أنـور سلطان ١٤١ ـ ١٤٣ وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ٢٤٢ والنظرية العامـة للالتزام للدكتور أنور سـلطان ٢٠١ ـ ٢٠٣ ، ومصادر الحق ٣ : ٥٨ـ٦٠ وشرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية ٢٤٣ـ١٤٨ .

(٢) شرح البيع والمقايضة للدكتور انور سلطان ١٤٣ .

هذا وأقسم هذا البحث الى المطالب التالية :

المطلب الأول : بيع المضامين والملاقيح .

المطلب الثاني : بيع الحجـــــــــر .

المطلب الثالث : بيع الحمـــــــــل .

المطلب الرابع : عســـب الفحـــل .

المطلب الخامس : بيع المغيب في الارض .

المطلب السادس : بيع المغيب في قشره .

المطلب السابع : بيع ذراع من الدار وهما لا يعرفان ذرعان الدار

المطلب الأول

بيع المضـــامين والمـــلاقيح (١)

تفسير اللغويين للمضامين والملاقيح :

قالوا : الملاقيح بيع ما في بطون الحوامل من الأجنة .
والمضامين : بيع مافي أصلاب الفحول من الماء (٢)
أما تفسير الفيروز بادي : فقد ذكر أن الملاقيح تطلق أيضاً على الأمهات .
أما تفسير الفقهاء : فيذكر الماوردي تأويلين :

الأول : أن المضامين ما في بطون الاناث ، والملاقيح مافي أصلاب الفحول وهذا قول طـائفه .

الثاني : المضامين مافي أصلاب الفحول والملاقيح ما في بطون الانـاث ، وينسب هذا القول للامام الشافعي رضي الله تعالى عنه ، واستشهد لذلك :

قال المزني : وأنشدني ابن هشام لصحة قول الشافعي قول الشاعر :
ان المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحدب (٣).
وفسر مالك : المضامين بيع ما في بطون اناث الابل

---

(١) وواحدة الملاقيح ملقوحه ، وأما المضامين : فواحدها يجوز أن يكون مضـــانا ومضمونـا الأول كقدام ومقاديم والآخر كمجنون ومجانين وقد أشار الى الاول صـاحب الحكم والى الثاني الأزهري .
قال الازهري : سميت بذلك لان الله تعالى اودعها ظهورها فكأنها ضمنتهـا . مجموع ٩ : ٣٥٨ .

(٢) وممن قاله من اهل اللغة أبو عبيده وابو عبيد والأزهري والجوهري وخلائق لايحصون . انظر المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٥٨ ، والحاوي للماوردي ٦ : ٣١ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٦١ .

(٣) الحاوي للماوردي ٦ : ٣١ ونهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٤٩ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ وفتح العزيز ٨ : ١٩٢ .

والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال (١) .

قال الباجي : ان تفسير مالك أظهر من بقية التفاسير (٢) .

وفسرت الحنفية : المضامين : بما في ظهور الآبـــاء من المني ، والملاقيح بمـــا في البطن من الجنين (٣) .

وفسر ابن اطفيش من الاباضية : أن الملاقيح بيع جنين الناقة قبل وجوده في البطن جمع ملقحه صفة للفحل ، ويقدر مضاف أي ماء الملاقيح ، أو : هو بيع مـــاء أي نطفة في ظهر جمل .

وتفسير آخر : المضـــامين ما تضمنته بطون الانعام وأصلاب الفحول والملاقيح : ما في بطون الابل (٤) .

معنى بيع المضامين :

أي بيع ما في ظهر الفحل، أي أن البائع يحمل الفحل على ناقته فما أنتجه كان للمشتري، أو أن يعطي المشتري البائع ثمنا على أن يحمل فحله على ناقة المشتري، (٥) أو بما في بطن الناقة وما يضر به الفحل في عام أو أعوام وهو بيع جاهلي (٦) .

حكم بيع الملاقيح والمضامين :

بيع الملاقيح والمضامين باطل بالاجماع وللأحاديث الواردة :

---

(١) تنوير الحوالك ٢ : ١٥ والمنتقى ٥ : ٢٢ .

(٢) المنتقى للباجي ٥ : ٢٢ .

(٣) حـاشية ابن عـابدين ٥ : ٥٣ والدرر شرح الغرر ٢ : ١٦٨ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٥ وتحفة الفقهاء ٢ : ٦٨ والمبسوط ١٣ : ٢٣ والبحر الرائق ٦ : ٨٠ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٥٨ .

(٥) المنتقى للباجي ٥ : ٢٢ .

(٦) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٥٧ وكشاف القنـاع ٣ : ١٦٦، ومطالب اولي النهي ٣ : ٢٩ والمجموع ٩ : ٣٥٥ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٦٢ .

الاحاديث : والأحاديث الواردة في النهي عنها ما يأتي:

أ) عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : لا ربا في الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة : عن المضامين والملاقيح وحبلة الحبلة (٢) .

ب) عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : نهى النبي ﷺ عن المضامين والملاقيح (٣) .

الاجماع : اجمع العلماء على بطلان بيع الجنين وبيع ما في أصلاب الفحول ، وقد نقل هذا الاجماع ابن المنذر والماوردي وغيرهما (٤) .

علة المنع :

١) للغرر الناتج عن جهالة الصفة .

٢) تعذر التسليم .

هذا وإن في وجود أحدهما يفسد العقد وافسادهما اذا اجتمعا أوكد (٥)

---

(٢) تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٠ والمنتقى شرح الموطأ ٥ : ٢٢ والموطأ عليهما .
(٣) رواه مالك في الموطأ . انظر الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢ .
(٤) المجموع ٩ : ٣٥٥ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٥٧ ، والواضح النبيه ٥ : ٦٢ .
(٥) المنتقى للباجي شرح الموطأ ٥ : ٤٢ .

المطلب الثاني

بيع المجر

المجـــر لغة : بفتح الميم ـ ثم جيم ساكنه ثم راء وهو بيع الجنين :

قال ابن الاعرابي : المَجْر مـــافي بطن النـــاقة ،والمجر : الربـــا ، والمجر القـــمار، والمجـــر : المحاقلة والمزابنة (١) .

وفي الصحاح المَجْر أن يباع الشيء بما في بطن هذهالناقةونحوه .

وفي القاموس المجر ما في بطون الحوامل من الابل والغنم وأن يشترى ما في بطونها وأن يشترى البعير بما في بطن الناقة ، الا أن المصباح المنير قد اقتصر على الاخيرين (٢) .

قال ابن قتيبة : رأيت أهل اللغة يجعلون المجر في الغنم دون الابل ويروي ابن قتيبة عن الاصمعي أنه قال : االمَجْر أن يشتد هزال الشاة ويصغرجسمها ويثقلولدها في بطنها وتربض فلا تقوم فيقال شاة ممجر .

وأنشد لابن لحاء في وصف راعية :

وتحمل المجر في كسائها .

والهروي ينتقد ابن قتيبه لقوله بأن المجر بفتح الجيم (قـــال الهروي ذهب ابن قتيبة فيه الى ان المجر بفتح الجيمفلم يصب) .

وقال الهروي : والمجر ان تعظم بطن الشاة الحامل وتهزل . يقال شاة ممجر وغـــنم مماجير ، وذلك اذا كان بفتح الجيم، أما باسكانها فيوافق الفقهاء في تفسيرهم وهو اشتراء

---

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ وغاية المنتهى ٣ : ٢٨ .

(٢) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ١٣٤ وشرح النيل ٤ : ٥٩ .

ما في الارحام . وفسر أبو عبيد المجر : بأن يباع البعير أو غيره بما في بطن الناقة يقال منه المجر في البيع باسكان الجيم ، واما المجر بالتحريك : فهو عظم البطن من الحمل (١) .

وقد فسر النووي بيع المجر : اشتراء ما في الارحام ، ولأنه قد يكون حملا وقد يكون ريحـــاً (٢) .

ومن الحنفية : أبو بكر الحدادي فقد فسر المجر بأنه ما في البطون (٣) .

وفسر العاملي : المجر بأنه بيع ما في الأرحام.

قال ابن الأثير : يجوز أن يكون سمى بيـــع المجر مجراً اتساعاً وكان من بياعات الجاهلية يقال : أمجرت امجاراً أو يقال ما جرت مماجرة ، ولمـــا في البطن مجراً الا اذا أثقلت الحامل ، فالمجر اسم للحمل الذي في بطن الناقة .

ونقل عن القتيبي للمَجَر بفتح الجيم بأنه داء في الشاة الى آخر ما قال (٤) .

وفسره ابن المرتضى :ان بيع المجر هي المضامين وقد يطلق أيضاً على المحاقلة والمزابنة والربا والقمار (٥) .

من هذه التفسيرات السابقة نلاحظ أن بيع المجر يطلق على المعاني التالية :

أ ــ ما في الارحام
ب ــ الربـــا
ج ــ القـــمار
د ــ المحاقلة
هـ ــ المزابنة
و ــ المضامين
ز ــ شراء ما في الارحام .

حكم بيـــع المجر :

اتفق الفقهاء على بطلان بيع المجر ، لأنها من بيوع الجاهلية ولورود النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم .

---

(١) النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن بطال الركبي بذيل المهذب ١ : ٢٧٢ .
(٢) المجموع للنووي ٩ : ٣٥٥ .
(٣) السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ٤/ ب .
(٤) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ١٤٣ وشرح النيل ٤ : ٥٩ :
(٥) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

فقد روى عـــن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر (٣) .

علة البطلان :

١ ــ الغرر : لأنه قد يكون حملا وقد يكون ريحاً ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز .

٢ ــ جهالة القدر .

٣ ــ جهالة الصفة : وذلك ان كان حملا وهذا أيضاً غرر من غير حاجة فلم يجز (٤) .

٤ ــ غير مقدور على تسليمه .

---

(٣) رواه مالك في الموطأ . انظر الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢ وانظر الفتح الكبير ٣ : ٢٧٦ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٢ وشرح النيل ٤ : ٥٨ .

(٤) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٢ وغاية المنتهى ٣ : ٢٨ والمجموع ٩ : ٣٥٤ .

المطلب الثالث

بيـــع الحمْل

الحمل : بسكون الميم ما في البطن من الجنين (١) .

حكم بيع الحمل :

لا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز بيع الحمل لورود النهي عن ذلك ، فقد روى شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قـال : نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع ، وعما في ضروعها الا بكيل أو وزن ، وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة الغائص (٢) رواه ابن ماجه ، وللترمذي منه (شراء المغانم) وقال غريب .

علـة المنع :

١) الغرر : لوجود الجهالة ، لأنه لا يدري هل تنتج الناقة أم أنها لا تنتج ان بقيت وربما تهلك الناقة قبل ان تنتج ولدها (٣) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ٢٩٢ والزيلعي ٤ : ٤٦ والفواكـه الدواني ٢ : ١٣٨ والبحر الرائق ٦ : ٨٠ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٥٧ والموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢ والمحلى ٨ : ٣٩٠ .

(٢) نيل الاوطار ٥ : ١٥٨ وزاد المعاد ٤ : ٢٧١ والزيلعي ٤ : ٤٦ .
أخرج الحديث البزار والدارقطني ، والحافظ ضعف الاسناد ، وأما عـن شهر بن حوشب ففيه مقال : وقال ابن قيم الجوزيه ولكن هذا الاسناد لا تقوم به حجة والشوكاني يشهد لهذا الحديث بقوله (ويشهد لأكثر) الاطراف التي اشتمل عليها أحاديث أخر . منها احاديث النهي عن بيع الغرر وما ورد في النهي عن بيع الملاقيح والمضامين وما ورد في حبل الحبلة على أحد التفسيرين) وابن حزم يقول عن هذا الحديث ان رجال هذا الحديث مجهولون وشهر متروك . المحلى ٨ : ٣٩٠ .

(٣) الزيلعي ٤ : ٤٦ ونيل الاوطار ٥ : ١٥٦ والحاوي للماوردي ٦ : ١٧ .

ويقول احمد بن حنبل : إن بيع الحمل مجهول (فانـــه لا تعلم صفته ولا حياته) (١)
وقال مالك : (الامر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء مـا في بطون الاناث من النساء والدواب ، لأنه لا يدرى أيخرج أم لا يخرج فان خرج لم يـدر أيكون حسنا أم قبيحاً ، أم تاماً أم ناقصاً ، أم ذكراً أم أنثى ، وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا) (٢) .

٢) بيع المعدوم لأنه اذا باع الحمل فهو بيع المعدوم (٣) .

٣) انعدام المالية والتقوم فيه مقصود قبل الانفصال (٤) .

٤) غير مقدور على تسليمه (٥) .

وزاد زيد بن علي فوق هذا فقال : (اما لكونه معدوماً ، أو مما ليس عند البائع . أو مجهولا لا يدرى ما هو ، أو لا يتم ملك البائع له) (٦) .

---

(١) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٧ .
(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤ .
(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٨ وا اج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ، والروض النضير شرح مجـوع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٤ .
(٤) المبسوط ١٢ : ١٩٥ .
(٥) نيل الاوطار ٥ : ١٥٨ والمغني ٤ . ١٥٧
(٦) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٤

المطلب الرابع

عسْب الفحل

معنى عسب الفحل : ماؤه ، فرساً كان أو بعيرا أو غيرهما ، وضرابه أيضا (١) .

وفي الصحاح : العسب الكراء الذي يؤخـــذ على ضراب الفحل ، وعسب الفحل ايضا ضرابه ويقال ماؤه .

وفي المصباح المنير : عسب الفحل الناقة عسبا من باب ضرب طرقهـــا ، وعسبت الرجل عسبا أعطيته الكراء على الضراب ، وضرب الفحل الناقة ضراباً بالكسر نزا .

وذكر الماوردي تفسيراً لعسب الفحل : بأنه أجرة طرق الفحل ونزوه .
والصحيح عنده : أن عسب الفحل هو ماؤه الذي يطرق به الاناث وينزو عليها (٢)
وفي الشرح الكبير للدردير : يستأجر على عقوق الأنثى حتى تحمل (٣) .
اما الدسوقي فقد فسر عسيب الفحل فقال : (يطلق العسيب على الذكر وعلى ضراب الفحل وهو المراد) (٤) .

والحاصل فان عسب الفحل يطلق على المعاني الآتية :

١ ــ ماء الفحل
٢ ــ ضراب الفحل
٣ ــ اجرة طرق الفحل ونزوه
٤ ــ الذكر الذي يؤخذ على ضرابه .

---

(١) زهر الربى على المجتبى بهامش سنن النسائي ٧ : ٢٧٣ .
(٢) الحاوي للماوودي ٦ : ١٦ .
(٣) العقوق : أي حمل الانثى والمسموع اعقاق . الشرح الكبير للدردير وجواهر الاكليل ٢ : ٢٢ .
(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٨ .

حكم بيع عسب الفحل :

اختلف العلماء في بيع عسب الفحل على ثلاثة آراء :

الاول ـ الجمهور : وهم أبو حنيفة ، والشافعي ، واحمد ، قالوا انالعقد باطل سواء كان العقد واردا على البيع أو الاجاره (١) .

الثاني ـ لابن عقيل من الحنابلة قال : ويحتمل عندي الجواز وعلل ذلك بأن العقد انما ورد على منافع الفحل ونزوه على الانثى ، وهي منفعة مقصودة وماء الفحل يدخل تبعاً ، والغالب حصوله عقيب نزوه وبذلك يكون العقد كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي ، أو كاستئجار الارض ومنها بئر ماء فإن الماء يدخل تبعاً ، وقد يغتفر في الاتباع ما لا يغتفر في المتبوعات (٢) . أو كإبار النخل ، وهذا البيع من باب المصلحة ولو منعنا منه لانقطع النسل (٣) .

الثالث ـ التفصيل وهو رأي الامام مالك : قال بجواز ذلك ان قدر في العقدزمان كتقدير يوم أو اسبوع أو قدر مرات كثلاث أو سبع ، ومنع الجمع بين المرات والأيام(٤).

والصحيح : أن بيع عسب الفحل وان لم يحدد حرام فـلا يصح مطلقاً ، وفساد العقد به على كل حال ، ويحرم على البائع أخذ أجرة ضرابه ، ولا سيا ان النبي ﷺ نهى عما يعتادونه من استئجار الفحل للضراب ويسمى ذلك بيع عسبه ، فلا يجوز حمل كلامه على غير الواقع والمعتاد ، واخلاء الواقع من البيان مع أنه الذي قصد بالنهي .

اما المعطي للأجرة أو الثمن فلا حرمة عليه ، لأنه بذل ماله في تحصيل مباح يحتاج اليه ولا يمنع من هذا ، فمثله كما في كسب الحجام ، علماً بأن الملاحظ أن المستأجر ليس له غرض صحيح في نزو الفحل على الانثى الذي له دفعات معلومة وانما غرضه نتيجة ذلك النزو وثمرته ولأجل هذه النتيجة بذل ماله (٥) .

الادلة :

وقد استدلوا على منع بيع عسب الفحل بالاحاديث التالية :

---

(١) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٩ وزاد المعاد ٤ : ١٥٧ ومعالم السننللخطابي ٥ : ٧٦

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٥٧ .

(٣) معالم السنن للخطابي بهامش سنن أبي داود ٥ : ٧٧ والنووي على صحيح مسلم ١٠ : ٢٢ .

(٤) جواهر الاكليل ٢ : ٢٢ ومعالم السنن ٥ : ٧٧ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٥٩ .

(٥) زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٤ : ٢٥٧ .

أ) بما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال : (نهى النبي ﷺ عن ثمن عسب الفحل . رواه أحمد والبخاري والنسائي وأبو داود) (١) .

ب) بما روي عن جابر (أن النبي ﷺ نهى عن بيع ضراب الفحل) رواه مسلم والنسائي (٢) .

وفي روايه أخرى له أنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل وعن بيع الماء والأرض لتحرث فعن ذلك نهى النبي ﷺ) (٣) .

ج) عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل (٤) .

د) عن أبي حازم قال : نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعسب الفحل (٥) .

هـ) عن المغيرة قال : سمعت ابن أبي نعيم قال : سمعت أبا هريرة يقول : نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام ، وعن ثمن الكلب ، وعن عسب الفحل (٦) .

و) عن علي رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير ، وعن ثمن الميتة ، وعن لحم الحمر الأهليه ، وعن مهر البغي وعن عسب الفحل ، وعن المياثر الأرجوان (٧) .

حكم الهدية على عسب الفحل :

اذا أهدى صاحب الأنثى الى صاحب الفحل هديـة أو سـاق اليه كرامة فهل له أخذها ؟ ينظر :

ان كان ذلك الاهداء على وجه المعاوضة بدل ماء الفحل وكان ذلك اشتراطا بينهما في الباطن دون ذكره لم يحل له أخذه .

---

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ والنسائي ٧ : ٢٧٣ وسنن أبي داود ٥ : ٧٦ .
(٢) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ ومسلم ١٠ : ٢٥٩ والنسائي ٧ : ٢٧٣ .
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ٢٢٩ – ٢٣٠ والنسائي ٧ : ٢٧٣ .
(٤) سنن النسائي ٧ : ٢٧٤ .
(٥) المصدر السابق ٧ : ٢٧٤ .
(٦) المصدر السابق ٧ : ٢٧٤ .
(٧) مسند الامام احمد ١ : ١٤٩ .

وان لم يكن كذلك فلا بأس بأخذه (١) .

وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه : وان أعطى صاحب الفحل هدية أو أكرمه من غير اجارة جاز واستدل على ذلك بما روي عن أنس عن النبي ﷺ أنه قال (اذا كان اكراماً فلا بأس) ولأنه سبب مباح كالحجام فجاز أخذ الهدية عليه .

وقال أحمد في رواية ابن القاسم : لا يأخذ ، ثم قيل لأحمد : ألا يعطى الحجام وان كان منهيا عنه ؟ فقال الامام أحمد ان ذلك لم يبلغنا عن النبي ﷺ أنه أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجام .

ووجه أحمد في المبيع : أن ما منع أخذ الأجرة عليه منع قبول الهدية كمهر البغي وحلوان الكاهن .

قال القاضي : (هذا مقتضى النظر ، لكن ترك مقتضاه في الحجام ، فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، والذي ذكرناه أرفق بالناس، واوفق للقياس وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم) (٢) .

أدلة من يقولون بأخذ الهدية :

بما روي عن أنس بن مالك قال : جاء رجل من بني الصعق أحد بني كلاب الى رسول الله ﷺ فسأله عن عسب الفحل فنهاه عن ذلك فقال : انا نكرم على ذلك (٣) .

وفي رواية في الشوكاني : فقال يا رسول الله انا نطرق الفحل فنكرم ، فرخص له في الكرامة . رواه الترمذي وقال: حديث حسن غريب (٤) .

فهذه الاحاديث تبين لنا النهي عن عسب الفحل وعن أجرة ضرابه وأنها لا تجوز. كما دل الحديث الأخير وما زاده الترمذي في رواية الشوكاني أنه يجوز أخذ الهدية على عسب الفحل .

---

(١) زاد المعاد ٤ : ٢٥٨ .
(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٩ ـ ١٦٠ .
(٣) النسائي ٧ : ٢٧٣ ونيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ .
(٤) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ .

علة المنع :

١ ـ عدم القدرة على التسليم فانه يشبه اجارة الآبق ، والأمـــر أيضا متعلق باختيـــار الفحل وشهوته (١) .

٢ ـ الجهالة : وذلك لأن المقصود هو الماء وهو مما لا يجوز افراده بالعقد ، لأنه مجهول القدر والعين (٢) .

٣ ـ غير متقوم اذ أن ماء الفحل لا قيمة له والنهي عـــن ذلك من محاسن الشريعة (٣) .

٤ ـ ان عسب الفحل عند العقد معدوم كما قال السرخسي (٤) .

الرأي المختار :

إن بيع عسب الفحل أو استئجاره مستقبح ومستهجن عند العقلاء وفاعل ذلك عندهم ساقط من أعينهم ، وان من يتعاطى مثل هـــذا الفعل تترفع النفوس من تزويجه كرائهم ويلحقهم العار بسبب هذا الفعل الشنيع ، واني لألاحظ هذا مايجري في ربوع بلادنا ـ الاردن ـ أن فئة من الناس تسمى بالبرامكة اعتادت أن تعيش على نـــزو الخيول فسقطت من أعين الناس وترفع الناس عنهم حتى أنهم يأنفون من أكل طعامهم بل حتى الجلوس في بيوتهم . ولا سيا ان الله سبحانه وتعالي جعل لعباده ميزاناً للحسن والقبح فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح .

هذا ومن المعلوم والمتعارف أن ماء الفحل لا قيمة له بدليل لو نزا فحل رجل على رمكة(٥) رجل آخر فأولدها فالولد لصاحب الرمكة اتفاقاً ، لأنه لم ينفصل عن الفحل الا مجرد الماء فسقط وهو لا قيمة له .

---

(١) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٩ وزاد المعاد ٤ : ٢٥٧ والنووي بصحيح مسلم ١٠ : ١٥٥ وفتح العزيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٢ .

(٢) المغني ٤ : ١٥٩ وزاد المعاد ٤ : ٢٥٧ وفتح العزيز ٨ : ١٩٢ :

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٤٧ والمغني المحتاج ٢ : ٣٠ وفتح العزيز ٨ : ١٩٢ والام ٣ : ١٢ . والحاوي للماوردي ٦ : ١٦ .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٩ .

(٥) الرمكه : الانثى الحائل .

ولهذا فان الشريعة الاسلامية حرمت المعاوضة على ضرابه لأجل أن يتداول هذا فيما بين حيوانات الناس مجاناً ولما فيه من تكثير النسل المحتاج اليه من غير أن يضر بصاحب الفحل من حبس الفحل أياماً مثلا ، أو أنه ينقص من ماله كما نشاهده في تيس الغنم فانه في أيام نزوه يصيبه الهزال ويكون لحمه كالفقاع (١) .

ومن محاسن الشريعة ايجاب بذل هذا مجاناً كما قال النبي صلى الله عليه وسلم إن من حقها اطراق فحلها واعارة دلوها ، فهذه حقوق يضر بالناس منعها الا بالمعاوضة فأوجبت الشريعة بذلها مجاناً .

---

(١) من الفطريات التي تظهر في فصل الشتاء يعرفها العرب .

المطلب الخامس

بيع المغيب في الأرض

اختلف الفقهاء في بيع المغيب في الأرض فمنهم المجيز ومنهم المانع ولهذا فسأذكر آراء المذاهب في بيع المغيب .

والمقصود بالمغيب في الأرض هو ما كان المقصود منه ما في باطن الارض لاظاهرها . كالبصل ، والثوم والجزر والفجل والكرات ، واللفت ، والكرنب والقلقاس .

١ ــ الحنفية :

ذهبت الحنفية الى جواز بيع ما أصله غائب (١) كجزر وفجل ولفت ، أو ما كان بعضه معدوماً اذا كان الموجود أكثر من المعدوم، فيجوز بيع المعدوم تبعاً للموجود ، كورد وياسمين وورق فرصاد (٢) أفتى بذلك العقيلي وغيره (٣) .

أما الجزر والفجل واللفت اذا لم ينبت أو ينبت ولم يعلم وجوده فانه لا يجوز بيعه لأنه معدوم (٤) وأفتى بجوازه بعض الحنفية عملا بالاستحسان (٥) .

ويثبت خيار الرؤية للمشتري عند قلع المغيب في الأرض فيما يلي :

أ) ان كان المغيب في الارض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل

---

(١) أي ما ينبت في باطن الارض .

(٢) ورق الفرصاد ، قيل هو التوت الاحمر وقال أبو عبيد : هو التوت وذكر الليث أن الفرصاد الشجر معروف — ابن عابدين ٥ : ٥٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٢ .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٤ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٢ .

فاذا كان المقلوع كثيراً أي يدخل تحت الكيل أو الوزن ورآه المشتري ورضي به لزم البيع في الكل وبهذا تكون رؤية البيع تنوب عن رؤية الكل اذا وجـد الباقي كالمقلوع وكان القلع باذن البائع أو قلع البائع له .

أما اذا كان المقلوع يسيراً ولا يدخل تحت الكيل أو الوزن فلا يبطل خيار المشتري ، لأنه لا ينوب عنه .

ب) وان كان المغيب بعد القلع يباع عدداً كالفجل فقلع المشتري بـاذن البائع أو قلع البائع فالبيع غير لازم ، لأنه من العدديات المتفاوتة فصار بمنزلة الثياب والعبيد .

وان قلع المشتري بغير اذن البائع لزم البيع الا اذا كان المقلوع يسيراً .

ج) وان أبى القلع كل من المشتري والبائع ،فان تبرع متبرع بالقلع جاز البيع وبطل الخيار اذا كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل والوزن ،وان لم يتبرع بالقلع فسخ القاضي العقد .

وقد نبه ابن عابدين الى بيع مغيب لم ير من نبه عليه وهو مـا يكون أصله تحت الأرض ويبقى سنين متعدده مثل الفصفصة ،فاذا باع ذلك الاصل وعلم وجوده في الارض الا أنه لا يرى ولا يقصد قلعه وانما اعـد للبقاء فهل للمشتري فسخ البيع بخيار الرؤية ؟ الظاهر أن خيار الرؤية يثبت للمشتري والسبب في ذلك أن خيار الرؤية انما يثبت قبل البيع لا بعـده .

وبقي حكم هذا البيع هل يثبت فيه البطلان أم الجواز ؟ يذكر ابـن عابدين جواز هذا البيع (١) .

٢ ـ المالكية :

وذهبت المالكية الى جواز بيع المغيب في الأرض .

قال ابن رشد : واللفت والجزر والكرنب جائز بيعه عند مالك اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل)(٢) . الا أن المالكية أجازت بيع المغيب في الأرض بشروط ثلاثة وهي :

١) أن يرى المشتري ظاهر المبيع المغيب .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٢ ـ ٥٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٧٠ والفروق للقرافي ٣ : ٢٧٤ .

٢) أن يقلع المشتري منه ويراه ولا يكفي رؤية ما ظهر منه بدون قلع .

٣) أن يحزر اجمالا ولا يجوز بيعه من غير حزر بالقيراط أو الفدان أو القصبة ،

وخالف بعض المالكية من أن مغيب الاصل لا يجوز أن يباع منه الا ما كان مقلوعاً بالفعل ،لأن ما لم يقلع كان مجهولا والمجهول لا يجوز بيعه(١) .

٣ ـ الشافعية :

وذهبت الشافعية الى أن بيع المغيب في الأرض كالجزر والبصل والفجل والثوم لا يجوز للغرر (٢) . وذلك :

١ ـ لأن المغيب من هـذه الاشياء يقل ويكثر ويكون ولا يكون ويكبر ويصغر وليس بعين مرئية حتى يجوز شراؤها .

٢ ـ وليس المغيب مضموناً بصفة حتى يجوز شراؤه .

٣ ـ ولا المغيب بعين غائبه فاذا ظهرت هذه العين للمشتري كان له الخيار اذا رآه (٣) .

أما الظاهر منها كبيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع فانه يجوز (٤) .

وبيع الجزر واللفت والفجل والشلجم وهو الـذي يقال له في دمشق اللفت والبصل ونحوها في الأرض قبل قلعه على شرط خيار الرؤية،فقد كـان بعض أصحابنا قد خرج جواز بيعه على قولين كالعين الغائبة (٥) .

وقال جمهور الشافعية : أن بيع ذلك باطل قولا واحداً .

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٨٦ .

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٢٣ .

(٣) الأم للامام الشافعي ٣ : ٨٣ و ٦٦ .

(٤) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٣٨ والأم ٣ : ٦٦ .

(٥) فاذا بيع الجزر واللفت والبصل كما تباع العين الغائبه اذا رآها المشتري فله الخيار في أخذها ، أو تركها فله قلع جزره أو فجله أو بصله،وجعلت للمشتري الخيار فتكون قد أدخلت على البائع ضرراً في أن يقلع جميع بصله أو فجله ثم جعلت الحق للمشتري بأن يرد بدون عيب فيبطل أكثره على البائع ، وان أجزت بيعه على أن لم يكن فيه عيب لزم المشتري، كـان في المبيع الصغير والكبير ويكون المشتري قد اشترى ما لم ير وألزمته ما لم يرض بشرائة قط ـ الأم ٢ : ٦٦ .

الفرق بين بيـــع العين الغائبة والمغيب في الأرض :

والفرق بين المغيب والعين الغائبة من وجهين :

الأول : ان وصف الغائب ممكن لتقدم الرؤية له ، ووصف المغيب في الأرض قبل قلعه غير ممكن .

الثاني : أن المشتري اذا فسخ بيع الغائب أمكن رده الى حـــاله ،واذا فسخ بيع هذا المقلوع من الأرض لم يكن رده الى حاله (١) .

٤ ـ الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى عدم جواز بيع ما المقصود منـــه مستور في الأرض ، كالجزر والفجل والثوم واللفت والبصل قبل قلعه ومشاهدته (٢) .

وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي .

وأباحه مالك ، والاوزاعي ، واسحق، وعلتهم فيذلك، أن الحاجة داعية اليه فأشبه بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه (٣) .

أما اذا كان المبيع المغيب في الأرض تقصد أصوله وفروعه ، كالبصل المبيع أخضر، والكرات ، والفجل ، أو كان المقصود من البيع فروعه فالأولى جواز بيعه ، لأن القصد منه ظاهر فأشبه بيع الحيطان التي لها أساسات مدفونة .

أمـــا اذا كان المبيع المغيب في الأرض معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الأرض ، لأن الحكم للأغلب .

وان تساويا بالمقصود أي بأن كان المقصود منه الأصول والفروع على حد سواء لم يجز بيعه ، لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع (٤) .

---

(١) الحـــاوي للماوردي ٥ : ١٢٠ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٧٩ ـ ٨٠ والمجموع شرح المهذب ٩ : ٣٢٩ .

(٢) غاية المنتهى ٣ : ٣٠ وكشاف القناع ٣ : ١٦٦ والمغني لابن قدامة ٤ : ٧٠ .

(٣) المغني لابن قدامه ٤ : ٧٠ .

(٤) المغني لابن قدامه ٤ : ٧٠ والقواعد النورانية لابن تيمية ١٢٣ .

رأي ابن تيمية :

ويذكر ابن تيمية أن كلام أحمد بن حنبل يحتمل وجهين وذلك : (ان ابـا داود قال : قلت لأحمد بيع الجزر في الأرض ؟ قال لا يجوز بيعه الا مـا قلع منه . هذا الغرر شيء ليس يراه كيف يشتريه ؟ فعلل بعدم الرؤية) .

فظهر أن بيع المغيب في الارض :

١ ـ ان لم يره كله لم يبع

٢ ـ رؤية بعض المبيع تكفي اذا دلت على الباقي كرؤية وجه العبد .

ويروي ابن تيمية تخريج ابن عقيل وغيره في بيع المغيبات على وجهين أيضاً :

أحدهمـا : جواز بيع المغيبات ، بناء على احدى الروايتين عنه في بيع مالم يره ، فيذكر ابن تيمية على هذا القول تعليقاً لطيفا (ولا شك أنه ظاهر فان المنع انما يكون على قولنـا : لا يصح بيع ما لم يره فاذا صححنا بيع الغائب فهذا من الغائب) .

الثـاني : أنه يجوز بيع المغيبات مطلقا كمذهب مالك الحاقا لها بلب الجوز وهذا القول هو قياس أصول أحمد وغيره لوجهين :

أ) أن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها ويعلمون ذلك أجود مما يعلمون العبد برؤية وجهه . والمرجع في كل شيء الى الصالحين من أهل الخبرة والمعرفة وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الاشياء كمـا يعرف غيرهـا ممـا اتفق المسلمون على جواز بيعه .

ب) أن مـا احتيج الى بيعه فانه يوسع فيه مالا يوسع في غيره ، فيبيحه الشـارع للحاجة مع قيام السبب الخاص . كما أرخص في بيع العرايا بخرصها وأقام الخرص مقام الكيل عند الحاجة ولم يجعل ذلك من المزابنة التي نهى عنها ، فحاجة البائع هنـا أوكد بكثير . (١) وزاد ابن تيمية وجها ثالثاً في الفتاوى وهو :

أن العلم في جميع المبيع يشترط في كل شيء بحسبه ، ، فما ظهر بعضه وخفي بعضه وكان في اظهار باطنه مشقة وحرج : اكتفي بظاهره كالعقار ، فانه لايشترط رؤية أساسه ، وداخل الحيطان (٢) .

---

(١) القواعد النورانيه لابن تيمية ١٢٣ ـ ١٢٥ وفتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٨٨ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٨٨ .

رأي ابن قيم الجوزيه :

ويأتي ابن قيم الجوزيه فيتابع شيخه ابن تيمية في مسألة بيع المغيبات في الأرض من البصل والثوم ونحوها على قولين :

الأول : المنع من بيعه كذلك ، لأنه مجهول غير مشاهد وظاهره من الورق لا يدل على باطنه وعلى ذلك فلا يباع حتى يقلع .

الثاني : جواز بيع ذلك اعتبارا بما جرت به عادة أصحاب الحقول ويعزى ذلك الى قول أهل المدينة ، وهذا هو أحد الوجهين في مذهب الامام أحمد وهو الذي اختاره ابن تيمية لأن المنع من بيع ذلك حتى يقلع أعظم الضرر والحرج والمشقه وفي ذلك فساد لا تاتي به شريعة ، لأنه اذا قلعه دفعة واحدة في وقت واحد تعرض للتلف والفساد .

وان قيل : (كلما أردت بيع شيء منه فاقلعه كان فيه من الحرج والعسر ما هومعلوم)

وان قيل : (اتركه في الأرض حتى يفسد ولا تبعه فيها) فهذا لا تأتي به شريعة ويدلل ابن القيم على جواز ذلك : بأن المانعين لو حصل لهم الابتلاء بذلك لما وسعهم أن يعملوا بحقولهم الا بيعه في الأرض ولا بد أو اتلافه وعدم الانتفاع به .

وأما من قال : (ان هذا غرر ومجهول فهذا ليس حظ الفقيه ولا هو من شأنه وانما هذا من شأن أهل الخبرة بذلك . فاذا اعتبروه بأنه قمار وغرر فهم أعلم بذلك

وحظ الفقيه انما معرفة ما أحل الله وحرمه ، أحله لأجل كذا ، وحرمه لأجل كذا ، وقال الله كذا وقال رسوله كذا ، وقال اصحابه كذا ،أما افتراض الفقيه لهذه المبيعات بأنه خطر ومقامره فليس من شأنه ، فأهل الخبرة أدرى بها منه والمرجع في ذلك اليهم كما يرجع اليهم في أن هذا الوصف عيب أم لا وكون هذا البيع مربحا أم لا أو كون هذه السلعة نافقه في السوق أم لا أو في بلد كذا أو في زمن كذا ، فالفقهاء بالنسبة اليهم فيها مثلهم بالنسبة الى ما في الاحكام الشرعية (١) .

علة المنع عند الحنابلة :

١) لجهالة المبيع :أي أن المبيع المغيب في الأرض مجهول لم يره المشتري ولم يوصف له فأشبه بيع الحمل .

٢) وجود الغرر : والنبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ، وهذا غرر (٢) .

---

(١) اعلام الموقعين ٤ : ٤ ـ ٥ ـ بتصرف .

(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ٧٠ وغاية المنتهى ٣ : ٣٠ وكشاف القناع ٣ : ١٦٦ .

٥ ـ الشيعة الزيدية :

اختلفت فقهاء الزيدية في بيع المغيب في الأرض على رأيين :

الرأي الأول : وهو المعتمد بأنه لا يجوز بيع كامن في الأرض كأصل البصل والجزر والثوم والفجل للجهالة ، كالحوت في الماء .

الرأي الثاني : يصح بيع كل كامن يدل فرعه عليه كالبصل والثوم والبصل في منابتها وسواء قد كانت ظهرت فروعه أم لم تظهر فروعه اذا قد بلغ مدة الانتفاع به ولكن المشتري يخير اذا رآه كالغائب ان لم يتضرر بالقلع (١) .

الا أنهم يفرقون أيضاً بين بيع الغائب وبيع المغيب في الأرض بأن خيار الرؤية فيما يرد على حاله وبيع المغيب يرد بعد القلع فلا يصح (٢) .

وقال الناصر : انه يجوز اذا كانت أوراقهُ قد ظهرت لا اذا لم تظهر (٣) .

وقال في البحر الزخار : (والحيلة في شرائه أن تشترى الأرض فيدخل تبعا ثم يردها بعد قطعه ، قال يحيى وهذا غلط اذ لا يدخل تبعا كالزرع) .

أما لو اشترى الأرض مع ما هو مغيب في الأرض معا فسد البيع أيضاً للغرر (٤).

٦ ـ الاباضية :

وذهبت الاباضية في بيع المغيب في الأرض بأن العقد اذا وقع على ما بطن لم ينعقد الا على المتامه .

ومعنى المتامه : أن يقلع المغيب في الأرض ويراه المشتري ثم يتم الرضا بين الطرفين وأما اذا وقع العقد على الورق فقط فان البيع يجوز .

ومنهم من توهم أن العقد اذا انعقد على ما بطن بأنه صحيح ولا يحتاج الى القلع الا أنهم دفعوا هذا التوهم وذكروا بأنه غلط لا يصح .

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٣١٧ وشرح الازهار ٣ : ٢٤ ـ ٢٥ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) شرح الازهار ٣ : ٢٥ .
(٤) البحر الزخار : ٣ ٣١٧ .

وكذلك دفعوا توهم من قال بصحة البيع في الذي يعرف به بدو الصلاح بأن المغيب في الأرض كاللفت والجزر والبصل والثوم والفجل يعرف بورقه اذ صار لحال يعرف بها صلوحه للقطع .

فليس هذا دليلا على صحة البيع وانما هو بيان لحاله الذي لا يكون قطعه افسادا فيجوز حينئذ قطعه ليباع ظاهرا أو ليتم بيعه الواقع قبل القطع .

والخلاصة عندهم بأن أحاديث النهي فيما اذا كانت العلة الغرر كحديث النهي عن بيع الملاقيح وغيره كلها أدله على بيع الجزر واللفت والفجل والبصل ونحوها في الأرض (١) .

٧ ـ الظاهرية :

ذهبت الظاهرية الى عدم جواز بيع المغيبات في الأرض كالجزر والبصل والكرات والفجل قبل قلعه لا مع الأرض ولا دونها .

١ ـ لأن كل ذلك بيع غرر لا يدرى مقداره ولا صفته ولا رآه أحد فيصفه .

٢ ـ أن بيع المغيبات في الأرض أكل مال بالباطل والله سبحانه وتعالى يقول (ولا تَأْكُلُوا أموالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالباطِلِ الا أن تكونَ تجارةً عنْ تراضٍ مِنكُمْ)

ومن المعلوم أن التراضي على المجهول غير محقق وانما التراضي عادة يكون على ماعلم لاعلى ما جهل ، والمغيبات في الأرض لاسبيل الى معرفة صفات كل ما ذكرنا ولا مقداره فلا سبيل عندئذ الى التراضي به وحيث لا سبيل الى التراضي به فلا يحل بيعه وهو أكل مال بالباطل .

وأما بيع المغيبات في الأرض مع الأرض فبيعه جائز مع الأرض ودون الأرض :

١) لأن المغيب في الأرض ليس مما ابتدأ الله تعالى خلقه في الأرض فيكون بعضها وانما المغيب هو شيء من مال الزارع لها أودعه الزارع في الأرض كما لو أودع فيها شيئاً من سائر ماله .

٢) ولأن المغيب في الأرض موصوف معروف القدر وقد رآه بائعه أو من وصفه له والتراضي على مثل هذا العلم ممكن فيصح البيع .

---

(١) شرح النيل ٤ : ٧١ .

أما اذا استحال المغيب عن حاله فقد بطل أن يعرف المغيب كيف هـو وما صفته وليس هو من الأرض (ولكنه شيء مضاف اليها فهو مجهول الصفة جملة ولا يحل بيـع مجهول الصفة بوجه من الوجوه ، لأنه بيع غرر حتى يقلع وبالله تعالى التوفيق) (١) .

رأينـا : ـ

يتبين مما ذكرناه لاقوال الفقهاء المختلفة في بيع المغيبات في الأرض أنها تدور حول ربعة آراء رئيسية مع الاختلاف في التفصيل :

الرأي الأول : رأي الحنفية الذي يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع وهذا أمر متعذر كمـا ذكرته السادة الشافعية ، وأيضا تحديدهم بالجواز اذا كان المبيع قد شـوهد بواسطة الأنموذج ، وتحديدهم بأقل ما يقع في المكاييل ، ولربما يتخذ الباعـة مكاييل صغارا جدا وما عهدنا بالجزر والفجل يقعان في الكيل ، ولذا يكون تحديدهم بهذا الحد فاسدا لا اعتبار له ولذا فاني لا أميل اليه .

الرأي الثاني : عدم جواز بيع المغيبات في الأرض الا بعد قلعه وفي هذا أيضاً ضرر بالبائع والمشتري والحاجة تدعوا الى الشراء والبيع ، ولذا لا أميل اليه أيضاً .

الرأي الثالث : الذي يجوز البيع ولكن بشروط كما ذكرتها المالكية ، ووافق على هذا الرأي ابن تيمية وابن القيم واعتبرا هذا العقد ممـا تدعوا اليه الضرورة والحاجة وانني أميل الى هذا الرأي للضرورة .

الرأي الرابع : جواز بيع المغيبات في الأرض وقد ذهب الى هذا الرأي ابن حزم والاباضية والزيدية ، وانني لا أميل الى هذا الرأي، لأن المغيب غير معلوم المقدار والشيوع بالثمن الدائر بين الأرض وبين المغيب ، ولأن المغيب لا يعلم حاله على التحديد هل مـا زال على الصلاح أم لا ، وأني لأذكر مناقشة ابن حزم في هذه النقطة :

قال ابن حزم : (وليت شـعري من أين وقع لهم جواز بيـع هذه المغيبات دون الأرض ؟ ومنعوا من بيع الجنين دون أمه وكلا الأمرين سـواء لا فرق بين شيء منهما

---

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٩٠ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ .

وكلاهما غرر وبيع مجهول ، ثم أطرف من هذا كله ومنعهم من بيع الصوف على ظهور الغنم وذراع محدودة من هذا الطرف من هـذا الثوب من أوله إلى آخره ، أو ذراع محدودة الى طرفه من خشبة حاضرة وحلية هذا السيف دون جفنه ونصله ورأوا هذا غررا وعمـلا مشترطا يفسد البيع ، ولم يروا الدوس والتصفية والسلخ غـررا ولا عمـلا مشترطاً يفسد البيع . . . وهل يشك في أن ادخال الجلم (١) الى حاشية محدوده من ثـوب وقطعه وقلع حلية على غمد سيف لا يتعذر على غلام مراهق أسهل وأخف من درس ألف كر وتصفيتها ومن سلخ ناقه ؟ والله سبحانه وتعالى أعلم (٢) .

---

(١) الجلم : المقراض والجلمان بلفظ التثنية مثله كما يقال فيه المقراض والمقراضان والقلم والقلمان ، يقال: جلمت الشيء جلما من باب ضرب قطعته فهو مجلوم وجلمت الصوف والشعر قطعته بالجلمين . المصباح المنير ١ : ١٦٦ – ١٦٧ والمختار الصحاح ١٠٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٩٦ .

المطلب السادس

بيع المغيب في قشره

اختلف الفقهاء في بيع المغيب في الأرض وفيما يلي أذكر آراءهم :

١ ـ الحنفية :

ذهبت الحنفية الى جواز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء (١) في قشره وكـــذا الأرز والسمسم (٢) وعلى البائع اخراج المبيع أي الحب وتسليمه الى المشتري في جميع هذه المسائل الا اذا كان البيع انعقد على الحب والنشر معا (٣) .

ويلحق بهذه المبيعات الجـــوز واللوز والفستق في قشره الأول وفي كل هذه الصور يثبت للمشتري خيار الرؤية (٤) .

أما بيع حب القطن في القطن والنوى في التمر : أي باع ما في هذا القطن من الحب أو مافي هذا التمرمن النوى،فان هذا البيع لا يجوز مع العلم بأن المبيع أيضاً بغلافه كالحنطة

---

(١) الباقلاء : هو الفول وعلى وزن فاعـــلاء يشدد فيقصر وتخفف فيمد الواحده باقلاء في الوجهين ، ابن عابدين ٤ : ٥٥٩ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٦ والهداية مع فتح القدير ٥ : ١٠٦ وحاشـــية البابرتي ٥ : ١٠٦ والزيلعي على الكنز ٤ : ١٢ والدرر شرح الغرر ٢ : ١٥٠ وغنية ذو الاحكـــام في بغية درر الحكام بهامش الدرر ٢ : ١٥٠ وشرح مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ٢ : ٢٠ وابن عابدين ٤ : ٥٥٩ .

(٣) حاشية شهاب الدين احمد شلبي على الزيلعي ٤ : ١٣ ودر المنتقى في شـــرح الملتقى بهامش ملتقى الابحر ٢ : ٢٠ .

(٤) ابن عابدين ٥ : ٥٥٩ ودر المنتقى في شرح الملتقى بهامش الملتقى ٢ : ٢٠ وفتح القدير ٥ : ١٠٧ وابن عابدين ٥ : ٥٥٩ والمصباح المنير .

في سنبلها والباقلاء في قشره وقد أشـــار أبو يوسف الى أن بيع هذه الأشياء لا تجوز ، لأنه معدوم عرفا فانه يقال هذا ثمر قطن وقطن ، ولا يقال هذا نوى في ثمره ولا حب في قطنه ، بينما جواز بيع الحنطة وما شاكلها فانه يقال : هذه حنطة في سـنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال عنها هذه قشور فيها لوز وفستق (١) .

ويخرج بدفع ابن عابدين والكمال بن الهمام على تفرقـــة أبي يوسف (ولا يذهب اليه وهم وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتنـــاع بيع اللبن في الضرع ، والمحم والشحم في الشاة والأليه والاكارع والجلد فيها ، والدقيق في الحنطة ، والزيت في الزيتون ، والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز ، لأن كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقي) (٢) .

اللؤلؤ في الصدف :

ان بيع اللؤلؤ في الصدف فاسد للغرر ، لأنه مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه الا بضرر ، وهو كسر الصدف (٣) .

الا أن هذا التعليل بأن البيع فاسد للجهالة يعطي إشكالا ، لأن المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضي أن يكون بيعه باطلا (٤) الا أن الكمال بن الهمام يقول : (فالشارحون على أن الفاسد أعم من الباطل) وبهذا يندفع أشكال مجمع الأنهر (٥) .

ويروى عن أبي يوسف أن بيع اللؤلؤ في الصدف جائز ، لأن الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد كسره ضرراً وللمشتري الخيار اذا رأى .

وقال محمد : لا يجوز وعليه الفتوي (٦) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٠٧ ودر المنتقى في شرح الملتقى ٢ : ٢٠ وابن عابدين ٤ : ٥٥٩ . والزيلعي ٤ : ١٣ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٧ وابن عابدين ٥ : ٥٦٠ .

(٣) البحر الرائق ٦ : ٨١ والزيلعي ٤ : ٤٦ ودرر الحكار شرح غـــرر الاحكام ٢ : ١٧٠ ومجمع الانهر ٢ : ٥٦ ؛ والسراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ٤ : ٣ .

(٤) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ٥٦ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٨٥ .

(٦) الزيلعي ٤ : ٤٦ والبحر الرائق ٦ : ٨١ وحاشية شهاب الدين أحمـــد شلبي على الزيلعي ٤ : ٤٦ وغنية ذو الاحكام في بغية درر الحكام بهامش الدرر ٢ : ١٧٠ .

وفي السراج الوهاج : لو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع (١) أما لو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري، لأنها تتولد من الصدفة كالبيضة تتولد من الدجاجة فكانت اللؤلؤة بمنزلة أجزاء الصدفة ، وكذلك لو اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة لأن السمك يأكل الصدفة فكأنه اشترى سمكة فوجد في بطنها سمكة (٢) .

٢ – المالكية :

وذهبت المالكية الى جواز بيع الجوز واللوز والباقلاء (٣) .

أمـا بيع القمح في سنبله جاز بيعه جزافاً في القت والقائم دون المنفوش ودون ما في تبنه (٤) ما لم يكن رآه وهو في سنبله قائماً وحزره والاجاز فيها (٥) .

أما بيع الحنطة وحدها سواء كانت قتا أو منفوشا جاز ذلك بشروط :

أ – بأن تباع بعد اليبس والمراد باليبس كُل ما يتوصل الى معرفة جودته ورداءته برؤية بعضه بفرك ونحوه .

ب– وأن لا يتأخر تمام حصده ودرسه وذروه أكثر من خمسة عشرة يوماً لئلا يكون سلما في معين .

جـ – أن يكون البيع بالكيل أى كأن يقول المشتري: اشترى كل هـذه الحنطة كل أردب بكذا درهماً .

وأما بيع الزرع القت : فان البيع يجوز اذا كانت ثمرتـه في رأس قصبة كالقمح ، أما الفول فلا يجوز ، لأن ثمرته في جميع قصبته حتى ولو رآه قائماً لعدم امكان حزره .

وأما بيع الزرع المنفوش : فلا يجوز بيع الزرع جزافاً بعـد حصده منفوشاً بعضه ببعض في الجرين (٦) أو في موضع حصده اذا لم يكن رآه قبل حصده قائماً وحزره .

---

(١) السراج الوهاج ٤ : و ٣ وانظر بدائع الصنائع ٥ : ١٦٧ .
(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٧ .
(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٧٠ .
(٤) والزرع عند المالكية له خمسة أحوال : أ – اما قائم ولهـا غير قائم –ب– اما قت واما منفوش – جـ – أما في تبن واما مخلص – د – والمبيع اما الحب وحده . – هـ – واما السنبل بما فيه من الحب – انظر الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٦ .
(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٦ .
(٦) مكان مجمع الزرع ليداس ويخرج منه الحب والتبن .

وأما اذا بيع الحب قائماً مع سنبله جزافاً بعد افراكه وقبل يبسه واشترط على البائع ابقاؤه حتى الحصاد أو لم يشترط الابقاء فإن بيعه لا يجوز ابتداء لأنه مغيب .

٣ ـ الشافعية :

اختلف الشافعية في بيع المغيب بأكمامه أو قشره من الثمار وفيما يلي تفصيل للثمار مع ذكر أوجه الاختلاف :

الأول : الاختلاف في أنواع الثمار :
والثمار ضربان :

أ) ضرب يكون بارزاً من شجره من غير حائل يمنع من مشاهدته كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى فبيعه جائز اذا بدا صلاحه قائماً في شجره وبعد اجتنائه .

ب ـ ضرب يكون مستوراً بقشره وكمام يمنع من مشاهدته وهذا على ضربين :
١ ـ أن يكون مستوراً بقشرة واحدة ويتنوع الى نوعين :

أ ـ نوع لا يحفظ الا بقشرة فاذا خرج منه ذهبت رطوبته وتغير طعمه وأسرع اليه الفساد كالرمان فبيع هذا في قشوره جائز لما فيه من كمال منفعة ودوام مصلحة .

ب ـ نوع يحفظ بغير قشره كالقطن والسمسم والعدس فلا يجوز بيعه في قشره الا اذا أخرجوه من قشره ، لأن هذا الحائل ليس من مصلحته كما لو كان مستوراً بثوب (٢).
٢ ـ أن يكون مستوراً بقشرتين ويتنوع الى نوعين :

أ ـ نوع لا يبقى في رطبه ، بقشرتيه نفع ، ولا يؤكل معها عرفا كالفستق والبندق والجوز فلا يجوز بيعه في قشرتيه يابساً ولا رطباً ويجوز بيعه وعليه القشرة السفلى ، لأنه يصلح بغير العليا ولا يصلح بدون السفلى .

ب ـ نوع يبقى في رطبه ، بقشرتيه نفع ، ويؤكل معها عرفا كالباقلاء واللوز الأخضر فاذا يبس لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه القشرة العليا ويجوز بيعه بالقشرة السفلى(٣).
وان كان رطباً في قشرتيه فقد حصل الاختلاف بين السادة الشافعية :

---

(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٩٣ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٩٤ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٢٢٥ والام ٣ : ٥١ .

فذهب البصريون : الى جواز بيعه في قشرتيه رطباً اعتباراً بكمال بيعه واستطابة أكله وأنه يباع في جميع البلدان من غير انكار أحد ، وهذا قول أبي سعيد الاصطخري .

وذهب البغداديون ، الى المنع من بيعه في قشرتيه رطباً كما يمنع من بيعه اذا كان يابساً وهو المنصوص في الام ، ولأن الحب قد يكون صغاراً وقد يكون كباراً وقد يكون في بيوته وقد لايكون وقد يكون حب جيد وحب متغير (١) .

ويذكر الماوردي رأياً للامام أبي حنيفة في جواز بيع الثمرة المغيبة في قشرة أو قشرتين .

قال أبو حنيفة : (كل قشر أو كمام كان ساتراً للثمرة جاز بيعها معه بكل حال سواء كان فيه مصلحة أم لا يعود،لا على أنه من أصل الخلقة فجرى مجرى أجزاء الثمرة) وعلل ذلك بأنه لما جاز بيعه في احدى قشرتيه وهي مانعة من مشاهدته جاز بيعه في قشرتيه اذ ليس فيهما اكثر من المنع من مشاهدته ، لأن ما كانت رؤيته شرطا لم يقع الفرق فيه بين ما يكون مستوراً بحائل أو بحائلين في بطلان العقد عليه كالعروض المبيعة .

وما لم تكن رؤيته شرطا لم يقع الفرق فيه مستوراً بحائل أو اكثر من حائل (٢) .

واستدل الماوردي على بطلان هذا البيع ومفندا رأي أبي حنيفة : بأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وفي بيعه مستورا بقشرة ليست من مصلحته .

وكونه غرراً لأنه يمنع من معرفة جيده ورديئه، ولأن ما يمنع من مشاهدته وليس من مصلحته فلا فرق فيه بين أن يكون من أصل خلقته أو من غير خلقته في بطلان البيع به ، فمثله كمثل لحم الشاة المذبوحة في جلدها ، والحنطة في تبنها ، والفضة والذهب في تراب معدنها ، ومعلوم أن هذه الأمثلة كلها بيوع فاسدة ،لأنها مستورة بما يمنع من مشاهدتها ، وان كانت من خلقة أصلها وجب أن يكون حكم القمار مثلها .

وأما الجواب بأن القشر من أجزائه ففاسد بالجلد ، اذ هو من أجزاء اللحم ويمنع من جواز البيع ،لأن المعتبر برؤية الأجزاء المقصوده دون ما ليس بمقصوده .

وأما الجواب بأنه مستور باحدى قشرتيه فجاز أن يكون مستورا بالقشرة الأخرى ، وهو أن احدى القشرتين من مصلحته وفي رؤيتها تنبيه على جودته ورداءته ولا يعني جواز

---

(١) الحاوي : ٥ : ٢٩٤ والواضح النبيه : ٥ : ٢٢٥ والمهذب للشيرازي : ١ : ٢٧١ .
(٢) الحاوي للماوردي : ٥ : ٢٩٤ والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٢٢٥ ـ ٢٢٦ .

ستره بحائل من ثوب فكذا بالقشرة العليا التي بهذا الحكم (١) .

ويؤيد هذا الرأي بالمنع قول الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه : (وكل ثمرة وزرع دونها حائل من قشر أو كمام وكانت اذا صارت الى مالكيها أخرجوها من قشرها وكمامها بلا فساد عليها اذا ادخروها (٢) فالذي أختار فيها أن لا يجوز في شجرها ولا موضوعة للحائل) (٣) .

أما المجوزون فقالوا : ان بيع الباقلاء في القشر الأسفل يجوز بلا خـــلاف سواء كان الباقلاء أخضراً أم يابساً .

وأما بيعه في قشرتيه العليا والسفلى ، فان كان يابساً لم يجز قياساً على منع الغائب صرح بهذا امام الحرمين والبغوي والجمهور .

وان كان رطباً ففيه وجهان ذكرهما الشيرازي بدليليها وهما:

١) قول الاصطخري بالجواز : حكى الرافعي عن امام الحرمين أن الا ظهر الصحة في بيع الباقلاء في قشرته العليا في حال خضرته واستدلوا على ذلـك ، أن الشافعي أمر بعض أصحابه أن يشتري له الباقلاء الأخضر في مرض موته .

٢) لا يجوز وهو الأصح عند البغوي وآخرين وقطع به الشيرازي في التنبيه (٤) .

بيع الجوز واللوز :

ولا يجوز بيع الجوز وعليه القشرة العليا ، والجوز عليه قشرتان واحدة فوق الأخرى، أما اذا رفعت القشرة العليا وبقيت القشرة السفلى جاز البيع ، لأنه يصلح بغير العليا ولا يصلح بدون السفلى لانه يدخر فيها رطباً كان أو يابساً وكل ما كانت عليه قشرتان كذلك، ولأنه اذا طرحت عنه القشرة السفلى ذهبت رطوبته وتغير طعمه وأسرع الفساد اليه مثل البيض والموز في قشره .

---

(١) الواضح النبيه : ٥ : ٢٢٦ والحاوي للماوردي : ٥ : ٢٩٥ .

(٢) هذه الكلمة في الحاوي للماوردي : ٥ : ٢٩٣ وفي الأم (اخرجوها) فلا يستقيم المعنى .

(٣) الام : ٣ : ٥٠ .

(٤) المجموع شرح المهذب : ٩ : ٢٣٥ والواضح النبيه : ٥ : ٢٢٧ والتنبيه : ٦٣ .

أما اللوز : فحكمه حكم الباقلاء عليه قشرتان :

أ) فان كان مستترا لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه القشرة العليا فاذا زالت عنه جاز بيعه في القشرة الثانية .

ب) وان كان رطبا ففي جواز بيعه في قشرتيه وجهان على اختلاف أصحابنا في بيع الباقلاء الرطب وذلك أن قشرة اللوز العليا يستطاب أكلها مع اللوز قبل اشتداده لمرارة فيها اذا كان اللوز مرا أو لحموضة اذا كان اللوز حلوا (١) .

والقول المعتمد البطلان مطلقاً (٢) .

بيع الحنطة في سنبلها :

اختلفت أقوال الشافعي في بيع الحنطة في سنبلها والعدس، والحمص، والسمسم، والحبة السوداء ، فما دامت في قشورها ، لا يجوز بيعها منفردة بلا خلاف (٣) وهو القول الجديد للامام الشافعي رضي الله تعالى عنه، ولأنه لا يعلم قدر مافيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لاتدعو الحاجة اليه .

وفي المذهب القديم : قال الشافعي يجوز واستدل على ذلك بما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد (٤) والرأي الأصح عندهم هو الجديد (٥) .

المسك في فأره :

ولا يجوز بيع المسك في فأره ، لأنه مجهول لا يدرى كم وزنه من وزن جلوده ، والمسك من حيث عينه طاهر واستعماله حلال وبيعه جائز .

---

(١) الام : ٣ : ٥١ـ٥٢ والحاوي للماوردي : ٥ : ٢٩٧ .

(٢) المجموع : ٩ : ٣٣٨ .

(٣) المجموع : ٩ : ٣٣٨ .

(٤) اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه وقال الترمذي حسن غريب لايعرفه مرفوعا الا من حديث حماد . انظر مختصر سنن ابي داود ٥ : ٤٣ ، المهذب للشيرازي ١ : ٢٧١ .

(٥) المجموع : ٩ : ٣٣٨ .

قالت طائفة من الشيعة أنه نجس لا يحل استعماله ولا يجوز بيعه ، لأنه دم جامد في جلد حيوان غير مأكول . الا أن هذا القول مردود للأسباب التالية :

١ ــ أن رسول الله ﷺ قد أستعمله وأهداه الى النجاشي وقبله في هدية المقوقس العجلي.

٢ ــ قالت عائشة رأيت وميض المسك في فرق رسول الله ﷺ قد استعمله وأهداه .

وهذا ينفي عن المسك حكم النجاسة والتحريم مع الاجماع الظاهر في الخاصة والعامة على استعماله وترك الفكر فيه .

وأما قولهم انه دم جامد فليس كذلك،فانما كان دما ثم استحال وصار مسكا ولايمنع بعد الاستحالة أن يصبح طاهراً كاللبن الذي أخبر الله تعالى عنه أنه خارج من بين فرث ودم وهما نجسان فلم يمنع من أن يكون طاهراً .

وقولهم أنه من حيوان غير مأكول فلا يستقيم لهم أيضاً للأسباب التالية :

١ ــ أنه مأكول ، لأنه من غزال والغزال مأكول بالاتفاق قال المتنبي :

فان تفق الأنام وأنت منهم فان المسك بعض دم الغزال

٢ ــ عدم كونه غير مأكول لا يمنع من طهارة المسك المتولد عنه ، لأن العسل طاهر وان خرج من النحل الذي لا يؤكل (١) وقياسهم مغاير للسنة فلا يلتفت اليه .

حكم بيعه :

اما أن يكون في فأره أو خارجاً عن فأره فان كان خارجاً عن فأره صح بيعه وزنا وجزافاً . وان كان في فأره ، فاما ان يكون مشاهدا أو غير مشاهد .

فالمشاهد المفتوح : يجوز بيعه جزافاً ، وبيعه وزناً فعلى رأيين :

الأول : أن يشترط ابراز ظروفه من بيع الوزن وهذا يجوز كالسمن في ظروفه .

الثاني : ان كان مع ظروفه فالبيع باطل للجهالة بثمن المسك المقصود .

وغير المشاهد المفتوح : لايجوز بيعه بحال (٢) .

---

(١) الحاوي للماوردي ٦ : ٢٦ــ٢٧ والواضح النبيه ٥ : ٦٣ والمجموع : ٩ : ٣٣٦ .

(٢) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٧ .

ذكر النووي : لا يصح بيعه فيها مطلقاً سواء بيع معها أو دونها مفتوحة وغير مفتوحة وهو الرأي الصحيح (١) .

ولو باع المسك المخلوط بغيره لم يصح قولا واحداً ، وذلك أن المقصود صار مجهولا كما لا يصح اللبن المخلوط بالماء .

أما اذا كان خلط المسك على وجه التركيب ، فان كان معجوناً مع غيره كالغالية والند جاز بيعه ولم يجز السلم فيه ، لعدم معرفة قدره (٢) .

الزباد :

هو لبن سنور يكون في البحر يحلب لبنا كالمسك ريحا ، واللبن بياضاً ، يستعمله أهل البحر طيبا . وقد اختلف في طهارته على رأيين :

الاول : أنه نجس ، لأن الحيوان المتولد منه نجس :

الثاني : انه طاهر ، لأن حيوانات البحر كلها طاهره ، قال رسول الله ﷺ عن البحر : هو الطهور ماؤه الحل ميتته (٣) .

حكم بيعه :

اذا قلنا بنجاسة ما لا يؤكل لحمه فوجهان :

١ ـ نجس لا يجوز بيعه .

٢ ـ طاهر يجوز بيعه كما مر في الاختلاف في المسك .

قال النووي : « والصواب طهارته وصحة بيعه ، لأن الصحيح حل لحم كل حيوان البحر ، وحل لبنه» (٤) .

---

(١) المجموع : ٩ : ٣٣٦ .

(٢) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٤ .

(٣) الحاوي للماوردي ٦ : ٢٧ .

(٤) المجموع شرح المهذب : ٩ : ٣٣٧ .

٤ ـ الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى جواز بيع ما مأكوله في جوفه كرمان وبيض وجوز ولوز وبندق لأن الحاجة تدعو الى ذلك ولم يفسد اذا أخرج من قشره (١) .

ويجوز بيع الباقلاء الأخضر واللوز والحمص في قشرته مقطوعاً وفي شجره،وذلك أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها» (٢) فاذا بدا الصلاح جاز البيع فسواء كانت الثمرة مستورةأم غير مستورة (٣) وكذلك يجوز بيع السنبل اذا ابيض وأمن العاهه ، ولأن السنبل مستور بحائل من أصل خلقته ، كالرمان والبيض ، وأما من اعتقد بأنه لا يصح باعتبار أنه ليس من مصلحته فانه لا قوام له في شجره الا به ،والباقلاء يؤكل رطبا وقشره انما يحفظ رطوبته، ولأن الباقلاء تباع في أسواق المسلمين من غير نكير فدل على أن بيعهم هذا اجماع (٤)

أما من كره بيع ذلك يظنه من الغرر ،فذهب ابن تيمية في تفنيد هذا الظن لوجهين: الأول : أن المشترين يعلمون ذلك كما يعلمون كثيراً من المبيعات المتفق على جواز بيعها ، بل علمهم بذلك أقوى من علمهم بكثير منها .

الثاني : أنه لو فرض أن في ذلك جهلا فالشريعة استقرت على ما يحتاج الى بيعه مع الغرر ، ولهذا أذن النبي ﷺ في بيع الثمار بعد بدو صلاحها مبقاة الى كمال الصلاح ، ثم أنه بعد ذلك أمر بوضع الجوائح اذا اصابتها ، واستدل ابن تيمية أيضاً بجواز بيع العقار مع أن أساس الحيطان وداخلها مغيب . وبيع الثمار قبل بدو صلاحها تبعا للاصل لقول النبي ﷺ (من باع نخلا مؤبرا فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع) (٥) . متفق عليه وعلل ذلك ايضاً : (أن بيع الغرر نهى عنه لما فية من الميسر والقمار ، المتضمن لأكل المال بالباطل . فاذا كان في بعض الصور من فوات الأموال وفسادها ونقصها على أصحابها

---

(١) غاية المنتهى : ٣ : ٣٢ وكشاف القناع : ٣ : ١٧٢ والمغني لابن قدامة : ٤ : ٧١ ، ومجموعة فتاوى ابن تيمية : ٢٩ : ٤٨٥ ـ ٤٩٠ والمحرر في الفقه : ١ : ٣١٧ .

(٢) اخرجه البخاري ومسلم . انظر اللؤلؤ والمرجان : ٢ : ١٣٧ .

(٣) كشاف القناع ٣ : ١٧٣ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٧١ .

(٥) اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٤٠ .

بتحريم البيع أعظم مما فيهـــا مع حله لم يجز دفع الفساد القليل بالتزام الفســـاد الكثير : بل الواجب ما جاءت به الشريعة ، وهو تحصيل أعظم الصلاحين بتفويت أدناهما ، ودفع أعظم الفسادين بالتزام أدناهما ، والفتيا لا تحتمل البسط أكثر من هذا (١) .

المسك في فأره :

ذهبت الحنابلة الى أن بيع المسك في فأره لا يصح ما لم يفتح ويشاهد ، لأنه مجهول وهذا هو الرأي المفتى به عندهم (٢) .

أما ابن القيم فقد ذهب الى جواز بيعه ولم يعتبره من الغرر بل جعله نظير ما مأكوله في جوفه ، كالجوز واللوز والفستق وجوز الهند ، ويعتبر أن فأرة المسك وعاء له تصونه من الآفات وتحفظ على المسك رطوبته ورائحته وبقاء المسك في فأرته أقرب الى صيانته من الغش والتغيير ، وأن التجار اعتادوا بيعه وشراءه في الفـــأرة ويعرفون قدره وجنسه معرفة لاتكاد تختلف فليس من الغرر في شيء .

ثم يقول الذين منعوا بيع المسك في الفأره جعلوه مثل بيع النوى في التمر ، والبيض في الدجاج ، اما الذين أجازوه فانهم قد اعتبروه مثل بيع قلب الجوز واللوز في صوانه ، لأنه من مصلحته ، والمسك أشبه بهذا من النوى في التمر ، وأيضاً فان المسك ليس مما نهى عنه الشارع ولا في معناه فلم يشمله نهيه لفظا ولا معنى . (٣)

٥ ـ الشيعة الامامية :

ذهبت الامامية الى عدم جواز بيع الثمرة قبل بروزها للوجود ، سواء كانت الثمرة في طلع أو كمام وهو موضع وفاق عندهم ، وسواء ضم اليها شيئاً أم لا .

ولا يجوز بيعها كذلك قبل ظهورها أزيد من عام على الأصح للغرر . أما بيعهـــا بعد بدو صلاحها فعلى جوازها الاجماع .

أما بيعها بعد الظهور وقبل الصلاح فالأقرب الكراهة عندهم ، أمـــا اذا بيع الثمر

---

(١) مجموعة فتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٩١ ـ ٤٩٢ .

(٢) كشاف القناع ٣ : ١٦٦ وغاية المنتهى ٣ : ٣٠ .

(٣) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ ـ ٢٦٨ .

بعد الظهور وقبل الصلاح مع وجود هذه الشروط .

أ ـ وجود ضميمه .

ب ـ أو شرط القطع .

جـ ـ أو بيعها مع الاصول .

فان الكراهية تزول .

وان كانت الثمرة في كمام كالرمان والجوز واللوز يجوز بيعها بعد بدو صلاحها(١).

المسك في فأره :

المسك طاهر يجوز بيعه في فأره وان لم يفتق وفتقه أحوط فان ظهر بعد فتقه معيبا يخير المشتري (٢) .

وفي الرياض : أنه يجوز بيعه بشرط العلم بمقداره ونحوه مما تعتبر معرفته في معاملته وتتفاوت قيمته بتفاوته بلا خلاف (٣).

وحكي عن بعض الناس منع المسك في فأره ، لأنه نجس لقوله ﷺ ما أبين من حي فهو ميت ، وقد قيل انه دم وهو خطأ ، لانه لا دلالة في الخبر ، لأن الغزال يلقيه كما يلقى الولد ويلقي الطير البيض والدم المحرم هو المسفوح .

والرأي الوجيه عندهم : هو الصحه ، لأن صفة المسك معلومة فيشتريه بشرط الصحة كالمذوق قبل ذوقه فترتفع الجهالة بالكلية (٤) .

وصورة فتقه : بأن يدخل فيه خيط بابره ثم يخرج ويشم ، وهذا أحوط لترتفع الجهالة رأسا (٥) .

---

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣٠٣ ـ ٣٠٤ .

(٢) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٣٧ ، وشرائع الاسلام ١٠٦٧ والروضه البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٨٨ .

(٣) نقلا عن مفتاح الكرامه ٤ : ٢٣٧ .

(٤) مفتاح الكرامه ٤ : ٢٣٧ .

(٥) الروضة البهيه شرح اللمعه الدمشقيه ٣ : ٢٨٨ ومفتاح الكرامه ٤ : ٢٣٧ .

الدر في الصدف :

لا يجوز بيع الدر في الصدف لوجود الجهـالة وأن الدرة تتفـاوت صغرا وكبرا وصفاء وكدورة (١) .

٦ ـ الشيعة الزيدية :

ذهبت الشيعة الزيدية الى جواز بيع ما يأتي :

) الشجر والثمر اذا لم يكن ذا قشر كالتين والعنب .

٢) ذو قشرة تصحبه لحفظ رطوبته كالرمان والموز .

٣) ماله زهر كالمشمش والتفاح والخوخ .

ففي الصورتان الاوليان تكون الثمرة للبائع وفي الصورة الثالثة ، ان كان البيع بعد تناثر ورده فللبائع ، وان كان قبل تناثر ورده فللمشتري ،لأنها حدثت في ملكه .

أما الجوز واللوز والباقلاء الأخضر في قشرها فيجوز بيعها لفعل المسلمين وان كان فيها الصغير والكبير والصحيح والفاسد (٢) .

المسك في فأره :

ويجوز بيعه على رأيين :

الاول : ويجوز بيع المسك . وقال جمهور الزيدية : لقد تطيب به ﷺ في حياته وحنط به في مماته وأهداه للنجاشي ووهبه لنسائه .

الثاني : لا يجوز لنجساته اذ هو منفصل من حي ومنعقد من دم غزال .

أما بيعه في فأرته : فعلى رأيين :

الأول : يصح بيعه كقشر الرمان .

الثاني : لا يصح بيعه لجهالة قدره وصفته (٣) .

---

(١) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٣٧ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣١٧ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٢١ .

٧ ـ الظاهرية :

ذهب ابن حزم بأن بيع حب الجوز واللوز والفستق والصنوبر والبلوط وكل ذي قشر دون قشره قبل اخراجه من قشره بأنه لا يجوز ، لأن كل ذلك بيع غرر لا يدرى مقداره ولا صفته .

أما بيع الظاهر دون المغيب فيها فحلال فأجاز بيع الثمرة واستثناء نواهـا وقشر البيض واللوز والجوز والفستق وكل قشر لا تحاشى شيئاً دون ما تحتها .

ودليل ذلك : أن ما ظهر من ماله ورؤي أو وصفه من رآه فبيعه جائز .

أما مالم يره هو ولا غيره فله أن يمسك عن بيعه ، لأنه لا يحل بيع المجهول ، والذي يخفى في بيع الجوز واللوز هو الدهن فقط فلا يحل بيعه قبل ظهوره ، أمـا استثنـاؤه فجائز ، لأنه ابقاء له في ملك مالكه وهذا مباح حسن (١) .

بيع المسك في نافجته :

بيع المسك في نافجته وكل ذي قشر مع قشره وكل ما خلقة الله تعـالى كما هو ممـا يكون ما في داخله بعضاً له جائز حسن .

أما الذي لا يحل : هو بيع شيء مغيب في غيره وقد غيبه النـاس وكان من الذي لا يراه أحد مع وعائه ولا دونه .

وقد روى ابن حزم ان صحت السنن على بيع التمر وفيهـا النوي والعنب والزبيب والبيض والغرض هو ما في داخله ، وقد دخل قشر البيض في المبيع بلا خلاف ، ولا فرق بين هذا وبيع المسك في نافجته مع النافجه . ثم قال : ولا يحل بيع شيء مـن المغيبات دون ما عليها كالمسك دون النافجه قبل اخراجه من النافجة .

أما بيع الظاهر دون المغيب فيها فحلال إلا أن يمنع من شيء منه نص ولذلك فجاز بيع جلد النافجة دون المسك الذي فيها (٢) .

---

(١) المحلى ٨ : ٣٩٤ : ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٢) المحلى لابن حزم : ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٨ .

المطلب السابع

بيع ذراع من الدار وهما لا يعرفان ذرعان الدار

ذهبت الحنفية الى أن من اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالعقد فاسد عند أبي حنيفه وجائز عند أبي يوسف ومحمد .

أما اذا اشترى عشرة أسهم من مائة سهمٍ جاز عند الجميع (١) .

مبنى الخلاف فيما بين أبي حنيفه وصاحبيه ، يدور فيما اذا كان المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع .

فأبو يوسف ومحمد : أن هذا شائع وصار كأنه باع عشر مائه وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع سهم من عشرة أسهم أو جزء من عشرة أجزاء (٢) .

وعند أبي حنيفة : ان المؤدى من ذلك مقدار معين والقيمة مختلفة ، لأن الذرعان تتفاوت في مقدم الدار ومؤخرها ، ولا يمكن تصحيح العقد في تعيين مكان العشرة ففسد البيع ، فلو اتفقوا على أن يؤدى عشرة أذرع من مائه من هذه الدار شائع لم يختلفوا ،ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا (٣) .

والذراع عند أبي حنيفة حقيقة في الآله التي يذرع بها وإرادتها متعذرة فيصير مجازاً لما يحله بطريق ذكر الحال أي الذراع وارادة المحل أي المبيع وما يحله الذراع لا يكون الا معيناً مشخصاً ، لأنه فعل حسي يقتضي محلا حسياً ، والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعاً فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز .

---

(١) الهدايه للمرغيناني مع فتح القدير : ٥ : ٩٣ ، والمبسوط : ١٣ : ٦ .
(٢) الهداية مع فتح القدير ، وفتح للقدير ٥ : ٩٣ ، والمبسوط ١٣ : ٦ .
(٣) فتح القدير : ٥ : ٩٣ ، المبسوط : ١٣ : ٦ .

والسبب في ذلك : ان العشرة الأذرع غير معلوم هنا ، اذا لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعه ، بخلاف السهم فانه أمر عقلي لا يقتضي محلا حسياً فيجوز أن يكون في الشائع وبذلك تكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة.

ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان وبين ما اذا لم يعلم في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز (١) .

وذكر الخصاف : أن الفساد عنده ، فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان ، وأما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح (٢) ،

وروي عن أبي يوسف: أنه اذا اشترى ذراعاً من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعاً ، وبعد ذلك يذرع الدار ، فان وجدت عشرة أذرع كان لـــه العشر بخلاف ما لو اشترى سهماً ولم يقل من كذا سهماً لأن تلك الجهالة لا يمكن ازالتها (٣) .

قال الشافعي رضي الله عنه : لـــو اشترى مائة ذراع من دار لم يجز لجهله بالاذرع من الدار .

ولو علما ذرعها فاشترى منها أذرعا مشاعة جاز وهـــذا صحيح ، أما لو اشترى داراً أو أرضاً بحدودها وهما لا يعلمان مبلغ ذرعها كان البيع جائزاً كالصبرة ، والعلة في ذلك أن الجملة بالمشاهدة معلومه فينتفي الغرر .

أما لو اشترى أرضاً مزارعة كل جريب بدينار ينظر :

أ ــ ان كانا يعلمان مبلغ ذرعها جاز .

ب ــ وان كانا لا يعلمان مبلغ ذرعها ففيه وجهان :

فالبغداديون : أنه لا يجوز للجهل بمبلغ الثمن .

والبصريون : أنه يجوز ، لأن العقد يؤول الى ما يصير به الثمن معلوماً كالصبرة اذا باعها كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان مبلغ كيلها .

---

(١) العناية على الهداية للبابرتي : ٥ : ٩٤ .

(٢) فتح القدير والعناية : ٥ : ٩٤ .

(٣) المبسوط : ١٣ : ٦ والعلة في عدم الجواز بأنك اذا قلت سهما من سهمين كـــان النصف ، وسهم من عشرة أسهم العشر . أمـــا الذراع فيمكن ازالة الجهالة بـــأن تذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى في العقد معلومـــاً بـــه .

أما لو باعه الارض مزارعة كل جريب بدينار على أنها عشرة أجربة فخرجت بعد الذرع بأنها تسعة أجربة ونقصت جريباً فالبيع جائز ونقصانها عيب . يوجب خيار المشتري في الفسخ أو البقاء على التسعة بالحساب من الثمن .

أما لو باعه على أنها عشرة فخرجت بعد الذرع تزيد جريباً أي وجدت بأنها أحد عشر جريباً ففي البيع قولان :

١) ان البيع باطل، لأن البائع لا يجبر على تسليم الارض بحدودها مع الزيادة التي لم يتناولها العقد.

٢) ان البيع جائز ، لأن قدر ما يتناوله العقد من عدد الجربان مقدور على تسليمه ويكون البائع شريكاً بالجريب الزائد . الا أنه يعتبر عيباً ، لأن الشركة نقص فيكون المشتري بالخيار في الفسخ أو البقاء على الذرع المشروط دون القدر الزائد .

أما لو اشترى من الارض كل جريب بدينار ولم يذكر قدر ما اشتراه من الجربان، فالبيع باطل ، لأنه اشترى بعضاً مجهولا (١) .

أما لو اشترى مائة ذراع من دار أو جريباً من أرض فينظر :

١) ان كانا يعلمان ذراع الدار وانها الف ذراع صح البيع .

قال أبو حنيفة : لا يصح البيع الا أن يعقد على سهم منها ، كأن يشتري النصف أو الثلث ، إلا أن هذا القول مردود عند الشافعية ، لأنه لا فرق بين قوله قد اشتريت عشرها وبين قوله اشتريت مائة ذراع وهي ألف ذراع في أن المعقود عليه عشرها .

٢) ان كانا يجهلان مبلغ ذرعها فالبيع باطل ، لأن المبيع من الدار يصير مجهول القدر اذ لا يدرى أيكون نصفـــاً أو عشراً .

أما لو قال قد اشتريت مائة ذراع على أن يذرع لي من أي موضع شئت منها كان البيع باطلا لاختلاف قيم أماكنها .

أما لو قال قد اشتريت مائة ذراع من هذه الدار على ان يذرع لي من مقدمها أو قال من مؤخرها ، فان كانا قد علما الموضع الذي ينتهي اليه الذرع صح البيع ، لانه يصير محوزاً.

---

(١) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٢ .

وان لم يعلما موضع الاشهاد ففي صحة البيع وجهان :

١) صحيح وبه قال أبو اسحق المروزي .

٢) باطل وهو أصح،لأن البيع الابتداء لا يكون مشاعاً في الجملة ولا محدوداً بالاجازه(١) ولو وقف على طرف للأرض وقال بعتك أذرعاً من موقفي هذا في جميع الأرض الى حيث ينتهي في الطول صح البيع في أصح الوجهين (٢) . . والله أعلم .

---

(١) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٣ ، والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٥ .

(٢) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٥ .

المبحث الثاني

الجهل بمقدار المبيع

تمهيد :

الأعواض المشار اليها عند الحنفية لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع ،لأن بالاشارة اليها كفاية في التعريف،ولأن الاشارة اليهأقوىمن الوصفاذا لم تكن الأعواض ربوية فان الجهالة تمنع الصحة لاحتمال الربا (١) .

أما الأعواض الغير مشار اليها فلا بد من معرفة مقدارها ، وقـــد قال النسفي من من الحنفية : ولا بد من معرفة قدر ووصف (٢) . .

وترى المالكية والشافعية والحنابلة أن جهالة مقدار المبيع مانعة مـــن صحة البيع ، لأن فيه غرراً (٣) .

وترى الاباضية أن الغرر يكون ، اما الجهالة وصف المبيع أو قدره أو أجله (٤) ، وكذلك الامامية تشترط معرفة قدر المبيع (٥) .

وترى الظاهرية : أن المجهول القدر لا يـــتم التراضي الشرعي بـــين المتبايعين ، لأن التراضى الشرعي هو المعتبر عندهم (٦) .

---

(١) فتح القدير : ٥ : ٨٢ ، ومتن الوقاية ٢ : ٢ ، وشرح الوقاية : ٢ : ٣ انظر كشف الحقائق٢ : ٣ .
(٢) البحر الرائق ٦ : ٢٩٤ .
(٣) القوانين الفقهية لابن جزيء ٢٤٨ ،والمهذب للشيرازي ١ : ٢٦٤ ، والروض المربع وزاد المستقنع ١٦٨ وكشاف القناع ٣ : ١٧٤ .
(٤) شرح النيل : ٤ : ٥٤ .
(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٦٤ ط النجف الأشرف .
(٦) المحلى لابن حزم : ٨ : ٣٤٣ .

هذا وأقسم هذا المبحث الى المطالب التالية :

المطلب الأول : بيع اللبن في الضرع .

المطلب الثاني : بيع النحل في الكندوج .

المطلب الثالث : بيع الصوف على ظهر الغنم .

المطلب الرابع : بيع السمن مع الظرف .

المطلب الخامس: بيع الصبرة .

المطلب السادس: بيع المحاقلة .

المطلب السابع : بيع المزابنة .

المطلب الثامن : بيع العرايا .

المطلب التاسع : بيع الجزاف .

المطلب الأول

بيع اللبن في الضرع [1]

اختلف الفقهاء في بيع اللبن في الضرع على رأيين :

الأول : المانعون : هم أبو حنيفة والشافعي وأحمد وابن عباس وأبو هريره ومجاهد والشعبي واسحق وأبوثور وابن المنذر، كما ذكره النووي في المجموع قالوا : ان بيع اللبن في الضرع لا يجوز فعساه أن يكون انتفاخاً في الضرع ، ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد اللبن بغيره للاختلاط (٢) .

علة البيع عندهم :

١) للحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللبن في الضرع ولا الصوف على الظهر (٣) .

٢) أنه مجهول القدر غير مشاهد ولا معلوم(٤) لجواز أن يكون الضرع منتفخاً يظن لبناً والغرر منهي عنه (٥) وعلق صدر الشريعة بأنه لا يعلم أنه لبن أو دم أو ريح وهذه تقتضي بطلان البيع ، لأنه مشكوك الوجود فلا يكون مالاً (٦).

---

(١) الضرع لذات الظلف كالثدي للمرأة والجمع ضروع مثل فلس وفلوس (المصباح المنير) .

(٢) الهداية مع فتح القدير : ٥ : ١٩٢ وحاشية العناية للبابرتي وفتح القدير وكشف الحقائق : ٢ : ١٨ والاختيار لتعليل المختار : ٢ : ١٩٦ والدرر : ٢ : ١٧٠ ومجمع الانهر : ٢ : ٥٥ والمبسوط : ١٢ : ١٩٤ والسراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج : ٥ : أ وبدائع الصنائع ٥ : ١٣٨ ، ١٤٨ . والحاوي ٦ : ٢٤ والمغني ٤ : ١٥٧ والمهذب : ٢ : ٢٧٣ والوجيز ٨١ والميزان ٢ : ٦٧ والواضح ٥ : ٦١ .

(٣) هذا من عدة أحاديث فقد ورد ان النهي عن اللبن في الضرع في حديث ، والنهي عن بيع الصوف على الظهر في حديث آخر .

(٤) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٤ والمجموع : ٩ : ٣٥٩ .

(٥) العناية وفتح القدير والهداية ٥ : ١٩٢ .

(٦) كشف الحقائق شرح كنز الدقائق : ٢ : ١٨ ومجمع الانهر شرح ملتقى الابحر : ٢ : ٥٥ .

وعلى هذا قال يعقوب باشا : ينبغي أن لا يجـوز بيع الشيء الملفوف الموصوف ، لأنه يحتمل أن لا يوجد شيء أو لا يوجد بوصفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه (١) .

٣) أنه مجهول الصفة ، لأنه قد يكون صافيا وقد يكون كـدراً وذلك غرر من غير حاجة (٢) .

٤) متعذر التسليم : لأنه لم يمكن تسليمه من غـير أن يختلط بغيره مما يحدث ، لأن اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لا يتناولها البيع واختلاط المبيع بما ليس بمبيع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع (٢) .

٥) التنازع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالب المشتري بأن يترك داعية اللبن وهذا غرر (٤) .

٦) أن له خطر المعدوم لانتفاخ الضرع لا للبن (٥) .

أما لو قال بعتك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة أو الشاة رطلا فطريقان :

الطريق الأول : هو الرأي المعتمد عند الشافعية بطلان هـذا البيع وبهذا الرأي قطع الأكثرون لأنه مجهول ولأنه لا يتعين وجود ذلك القدر .

الطريق الثاني : يتبع فيه قولا بيع الغائب حكاه المتولي وغيره (٦) .

أما لو حلب البائع من اللبن ثم أراه للمشتري ثم قال له بعتك رطـلا مما في الضرع ، فوجهان مشهوران في كتب الخراسانيين ، ذكرهما القاضي حسين وأمام الحرمين والفوراني والروياني واخرون .

---

(١) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر : ٢ : ٥٥ .

(٢) الواضح النبيـه شرح التنبيه : ٥ : ٦٢ والمهذب للشيرازي : ٢ : ٢٧٣ والمغني لابن قـدامه ٤ : ١٥٧ .

(٣) الواضح النبيه : ٥ : ٦٢ والحاوي ٦ : ٢٤ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٨ وفتح القدير ٥ : ١٩٢ والمبسوط : ١٢ : ١٩٤ .

(٤) فتح القدير والعناية : ٥ : ١٩٢ .

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٣٨ .

(٦) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٢ والمجموع ٩ : ٣٥٨– ٣٥٩ وحاشية احمد عبد الرزاق ابن محمد المعروف بالمغربي الرشيدي بهامش نهاية المحتاج : ٣ : ٤٢١ .

أحدهما ـ يصح هذا البيع قياساً على بيع الأنموذج ، فكأنه أراد أنموذجاً من خل أو لبن في اناء .

الثاني ـ وهو الأصح أنه لا يصح البيع ،لان اللبن يختلط بغيره مما يدر في الضرع لحظة بلحظة ولو قبض البائع قدرا معينا من الضرع وأحكم شده ثم باع ما فيه فقد نقل عن الغزالي في الوسيط وجهان :

قال النووي : وهذا نقل غريب لا يكاد يوجد غيره والصحيح بطلان هذا البيع (١) . وأما بيعه فى الشاة تبعا لها فيجوز ،لأنه وان كان مجهولا فهو تبع لمعلوم والجهالة في البيع لا تمنع صحة العقد بأساس البناء (٢) .

قال النووي : أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وان كان اللبن مجهولا، لأنه تابع للحيوان . ودليله من السنة هو حديث المصراة (٣) .

الثاني : المجوزون لبيع اللبن في الضرع :

والمجوزون لبيع اللبن في الضرع طاووس وسعيد بن جبير والحسن البصري ومالك ومحمد بن مسلمة المالكي .

أما الحسن البصري : فقد أجاز بيعه فى الزمان القريب أي يجوز شراء لبن الشاة شهرا لأنه لما جاز بيعه مع الشاة جاز بيعه مفردا عنها .

وقال طاووس : يجوز بيعه كيلا (٤)

وقال سعيد بن جبير : يجوز بيعه (٥) .

وقاسوا ذلك على ما اذا استأجر امرأة للارضاع شهرا فانه يصح ويستحق اللبن الا أن المانعين ردوا عليهم بكونه مجهولا مختلفاً مع الحديث الصحيح في النهي عن بيع الغرر، أما

---

(١) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٢ والمجموع : ٩ : ٣٥٨ ـ ٣٥٩ وحاشية احمد عبد الرزاق ابن محمد المعروف بالمغربي الرشيدي بهامش نهاية المحتاج : ٣ : ٤٢١ .

(٢) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٥ وحاشية المغربي الرشيدي بهامش نهاية المحتاج ٣ : ٤٢١ .

(٣) المجموع : ٩ : ١٥٨ والواضح النبيه شرح التنبية : ٥ : ٦٣ .

(٤) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٤ .

(٥) المجموع : ٩ : ٣٥٩ .

احتجاجهم باستئجار المرأة للارضاع فذاك أن الحاجة تدعو الى استئجارها بخلاف اللبن في الضرع (١) .

رأي المالكية :

أما شراء لبن الغنم المعينة عندهم فعلى ضربين :

الضرب الأول : أن يشترط المشتري الكيل من لبن غنم بأعيانها وهـذا يحتاج الى ثلاثة شروط :

١ ـ أن يشرع في أخذه .

٢ ـ أن يذكر ما يقبضه المشتري كل يوم ويضرب البائع لذلك أجلا يبقى لبن تلك الغنم الى مثله .

٣ ـ أن يشترط المشتري من اللبن مقدارا يعلم أن مثل هذا الغنم مـن الكثرة أو القلة لا يقصر عنه في الاغلب (٢) .

الضرب الثاني : وله شروط أربعه :

١ ـ أن يحصل العقد على شراء جميع اللبن لجميع الغنم وهـذا البيع جائز في سوائم الغنم الذي لا يختلف فيها عادة .

٢ ـ أن يكون العقد وقع في ابان اللبن .

٣ ـ أن يضرب أجلا يعلم أن لبنها في هذا الأجل لا ينقطع عادة .

٤ ـ وأن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع والا لم يجز ذلك ، لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الاعوام من جـدب وخصب واللبن تبع للمرعى وقوتها وسمنها وهزالها فيجب أن يعرف قدر ذلك (٣) .

---

(١) المجموع شرح المهذب : ٩ : ٣٥٩ .

(٢) المنتقى للباجي : ٤ : ٢٤٩ وبداية المجتهد : ٢ : ١٧٠ ـ ١٧١ .

(٣) المنتقى للباجي : ٤ : ٢٩٤ . وتنوير الحوالك ٢ : ١٣١ .

بيع لبن الشاة الواحدة :

اختلفت المالكية في بيع لبن الشاة الواحدة على أقوال :

١ ــ روى أشهب عن مالك جواز بيع لبن الشاة الواحدة .

٢ ــ روى ابن القاسم عن مالك منعه ، وهو الاكثر عند المالكية .

٣ ــ وقال أصبغ : ان وقع الشراء لم أفسخه اذا كان اللبن في الابان وعرف وجه حلابها والغرر في الشاة الواحدة وفي العدد الكثير عنده سواء ، وفي الواحده الغرر يقل ، ثم بين وجه الفرق بين المانع للبن الشاة الواحدة والمجيز :

١) من أجاز لبيع لبن الشاة الواحدة قاسه على لبن الغنم الكثير .

٢) من نفى بيع لبن الشاة الواحدة أن الشاة الواحدة يلحقها التغيير والنقصان والزيادة فيبين الغرر ، أما الغنم الكثيرة فبعضها يحمل بعضاً فلا يظهر في جملتها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الغرر فيها (١) .

---

(١) المصدر السابق .

المطلب الثاني

بيع النحل في الكندوج

اختلف الفقهاء في بيع النحل في الكندوج على رأيين : فمنهم المجوزون لهذا البيع ومنهم المانعون له .

المجوزون لبيع النحل :

ذهب الى جواز بيع النحل في الكندوج الشافعي وأحمد ومحمد والحسن ، لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه (٢) ولأنه حيوان طاهر منتفع به ، ويخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس (٣) فأشبه بذلك طائر الحمام .

فان كان في الخلية ولم يره المشتري في دخوله ولا في خروجه فهو من بيع الغائب وان رآه في دخوله وخروجه ولم يعرف أنه خرج جميع النحل ففي بيعة في هذه الحالة وجهان:

الأول : يجوز بيعه لأنه يعرف غالبا والحاجة تدعو اليه ولا يمكن رؤيته مجتمعاً الا في لحظة نادرة من الأحوال ، لأن النحل مشهور بنشاطه لجلب رزقه فلا يفتر عن العمل ،ولو شرطنا الرؤية لامتنع البيع غالباً وهذا حرج وهذا الرأي هو الاصح عند الشافعية .

الثاني : لا يصح بيعه وصحح هذا الرأي الروياني وصاحب الانتصار (٤) .

وان كان قد خرج عن كندوجه طائراً ليرعى ثم يعود ليلا الى كندوجه على عادة

---

(١) الكندوج : بكاف مضمومه ثم نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم وهوالخلية، وهو عجمي معرب ، والخليه عربية ويقال لها الكوارة ايضا : المجموع ٩ : ٣٥٣ .

(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٢٣٢ .

(٣) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٥٣ وغاية المنتهى ٣ : ١٢ وكشاف القناع ٣ : ١٥٢

(٤) المجموع ٩ : ٣٥٣ .

جارية له وقد رآه قبل طيرانه ففي جواز بيعه وجهان ؛

أ) لا يجوز وهو قول أبي حنيفة وبه قطع البغوي ، لأنه غير مقدور عليه في الحال فلم يصح بيعه كالطير الألوف اذا طار وباعه في حالة طيرانه .

ب) وهو قول أبي العباس ابن سريج أن بيعه جائز وان كان طائرا بخلاف الطير الطائر .

والفرق بينهما : أن النحل ان حبس عن الطيران تلف لأنه لا يقوم الا بالرعي ولا ينتفع فيه الا عند طيرانه ليرعى ما يستخلف عسلا وليس كذلك بما سواه من الطير لأن حبسه ممكن وذاك بالعلف في برجها ومنفعته مع الحبس حاصلة (١) .

وشرط معرفة النحل بأن تفتح رأس الكوارة ومشاهدة النحل وهـذا مما يقتضي أنه لا يشترط مشاهدته داخلا اليها بل يكفي رؤيته بها وهو قول أبي الخطاب وخفاء بعضه لا يمنع الصحة كالصبرة .

والمذهب عند الحنابلة لا بد من مشاهدته داخلا اليها ولا يكتفى بفتح رأسها ، وقد جزم بذلك صاحب الفروع وعليه أكثر الاصحاب .

ويدخل كذلك في البيع العسل الموجود في داخل الكوارة وقت البيع تبعاً لها كأساسات الحيطان .

أما اذا كان النحل مستورا باقراصه ولم يعرف فلا يصح بيعه للجهالة ولا كذلك يجوز بيع الكوارة بما فيها من عسل ونحل للجهالة أيضاً (٢) .

المانعون لبيـع النحل :

اختلف الحنفية في بيع النحل، فأبو يوسف وأبو حنيفة : لا يجوزان بيع النحل لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون مالا متقوما ، والشيء انما يصير مالا لكونه منتفعاً به (٣) .

---

(١) المجموع : ٩ : ٣٥٤ والحاوي للماوردي : ٦ : ١٩ .

(٢) كشاف القناع : ٣ : ١٥٢ وغاية المنتهى ٣ : ١٢ ومفتاح الكرامة : ٤ : ٤٦ والتاج المذهب ٢ : ٢٤٣ .

(٣) مجمـع الانهر شرح ملتقى الابحر : ٢ : ٥٧ وفتح القـدير ٥ : ١٩٨ والدرر شرح الغرر ٢ : ١٧١ والزيلعي ٤ : ٤٩ .

وفي الجامع الصغير : ان وجد المشتري بكوارة النحل عيبا بكم يردها ؟ وهذا اشارة الى أن النحل لا قيمة له ، حتى لو باعه تبعاً لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق (١) .

أما لو باعه مع الكوارة صح تبعاً لها ذكره القدوري في شرحه ، الا أن أبا الحسن الكرخي كان ينكر هذه الطريقة ويقول : انما يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع وأتباعه والنحل ليس من حقوق العسل (٢) .

قال أبو يوسف : التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح ، فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع للعسل في المقصود بالبيع (٣) .

أما محمد : فيجوز بيعه اذا كان النحل محرزا أي مجموعا وبه يوافق رأي الأئمة الثلاثة (٤) .

علة المنع :

١ ـ الغرر الناشيء عن بيع المعدوم وهو العسل (٥) .

٢ ـ أنه غير مقوم لأنه من الهوام .

الرأي المختار :

ان بيع النحل كما رأينا عند الأئمة جائز عند الثلاثة وباطل عند الحنفية واني لا أرى بيعه ، لأنه من الهوام فعلا وغير منضبط وحيوان بري قد يألف وقد لا يألف للمكان كما نشاهد ممن يعتاد تربية النحل ، فكم من خلايا نحل تترك المكان وتقصد الجبال .

---

(١) فتح القدير : ٥ : ١٩٨ وبدائع الصنائع : ٥ : ١٤٤ .
(٢) العناية للبابرتي بهامش فتح القدير ٥ : ١٩٨ ومجمع الانهر : ٢ : ٥٧ .
(٣) فتح القدير : ٥ : ١٩٨ .
(٤) مجمع الانهر ٢ : ٥٨ بدائع الصنائع ٥ : ٤٤ (فتح القدير والعناية والهداية ٥ : ١٩٨ .
(٥) بدائع الصنائع ٥ ١٤٤ .

قال الله تعالى : « وَأَوْحَى ربكَ الى النحلِ أن اتَّخذي مِنَ الجبالِ بيوتاً وَمِنَ الشَّجَرِ ومما يَعرِشُونَ . ثمَّ كُلي مِنْ كُلِّ الثَّمراتِ فاسْلُكي سُبُلَ رَبِّكِ ذُلُلاً يَخرُجُ من بُطُونِها شرابٌ مُختَلِفٌ ألوانُهُ فيه شفاءٌ للنَّاسِ انَّ في ذلكَ لآيةً لقومٍ يتفكرونَ (١).

وبما أن الضرورة تدعو الى اقتناء مثل هذا الحيوان فأرى أن يتجنب هذا الفعل أكابر الناس ويجوز لأصاغر الناس اعتياده .

وأرى أن انتفاع الناس بهذا الحيوان بأن يتهبه من صاحبه ، لأنه لا ينضبط بعدد ولا وزن ولا كيل فخرج عن موضوع البياعات .

ضربة القانص :

ورد بذكر القانص بالقاف والغائص بالغين .

فالقانص : الصائد ، يقال قنص اذا صاد، وضربة القانص : ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة (٢) . يقال ضرب الشبكة على الطائر ألقاها (٣) .

وفي تهذيب الأزهري : ضربة الغائص، وهو الغواص على اللآلىء في البحر. وصورتها: أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة في البحر فما اخرجت فيها فهو لك بكذا من الثمن(٤).

حكم هذا البيع : قيل :

١ ــ أنه فاسد لأن المبيع مجهول (٥) .

٢ ــ انه باطل ذكر ذلك الكمال بن الهمام وعلل بعدم ملكية البائع له قبل العقد فكان غررا وأن ما يخرج مجهول أيضا ، ويوافق هذا الرأي الزيدية أيضا (٦) .

علة المنع :

١) للغرر الناشىء عن الجهالة ، لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وأن لا يخرج من الغوصة شيئاً (٧) .

---

(١) النحل آية ٦٧ ، ٦٨ .
(٢) الشبكة : الحالة المشتبكة التي يعدها لاخذ الصيد .
(٣) العناية للبابرتي ٥ : ١٩٤ ، ١٩٥ .
(٤) العناية ٥ : ١٩٥ ونيل الاوطار للشوكاني ٥ : ٢٥٩ وبدائع الصنائع ٥ : ١٦٢ .
(٥) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ ودرر الحكام شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧٠ .
(٦) فتح العزيز ٥ : ١٩٥ والروض النضير ٣ : ٢٨٥ والبحر الزخار ٦ : ٨٢ .
(٧) العناية والهداية وفتح القدير ٥ : ١٩٥ وزاد المعاد ٤ : ٢٧١ .

المطلب الثالث

بيع الصوف على ظهر الغنم

اختلف الفقهاء في بيع الصوف على ظهر الغنم على رأيين : المانعون والمجوزون .

الرأي الاول : المانعون لهذا البيع :

ذكر النووي أن مذهب الشافعية البطلان وبه قال جمهور العلماء نقله الروياني في البحر عن الجمهور .

وقال ابن المنذر بالبطلان أيضاً وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة وأحمد واسحق وأبو ثور (١) والشيعة الزيدية (٢) والشيعة الامامية (٣) .

علة المنع عندهم :

١) الغرر فقد ذكر الشيرازي أنه لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم ، لقول ابن عباس ، فأنه قد يموت الحيوان قبل جز الصوف فينجس شعره .

والمبيع انما وقع على كل الصوف فتسليمه كاملا لا يكون الا باستئصاله من أصله ولا يتأتى ذلك الا بايلام الحيوان وهذا لا يجوز (٤) .

وذكر الشوكاني بأن بيع الصوف ما دام على ظهر الحيوان لا يجوز للجهالة والتأدية

---

(١) المجموع ٩ : ٣٦١ .
(٢) البحر الزخار ٣ : ٣٢٢ .
(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٨٥ ، ٢٨٧ .
(٤) المهذب ١ : ٢٧٣ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٢١ والواضح النبيه ٥ : ٥٥ والحاوي للماوردي ٦ : ٢٦ .

الى التجار في موضع القطع، لأن صاحب الشاة يريدابقـاء بعض الصوف على ظهرهـا والمشتري يريد زيادة الصوف فيريد أن يكون الجز الى الجلد (١) .

أما الكاساني فقد ذكر أنه اذا كان الجز باختيار البائع فانه يجوز قياساً ، لأنه يمكن تسليمه من غير ضرر الا انهم استحسنوا عدم الجواز للنص مستدلين بهذا الحديث :
(عن ابن عباس رضى الله تعـالى عنها قال : نهى النبي ﷺ أن يباع ثمر حتى يطعم أو صوف على ظهر ، أو لبن في ضرع أو سمن في لبن رواه الدار قطني (٢) .

وذكر البابرتي عدم الجواز لوجهين :

أ) لأن الصوف من باب أوصاف الحيوان ، لأن مـا هو متصل بالحيوان فهو وصف محض له .

ب) وأن الصوف ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل (٣) .

وأوردت الحنفية ردا على من قـاس على القصيل (٤) في الأرض ، أن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه (٥) .

وعلل ابن قدامة للمنع لأنه متصل بالحيوان فلم يجز افراده بالعقد وصار كأعضائه(٦) الا أنه قال أنه يفارق الأعضاء باعتبارها أنه لا يمكن تسليمهـا مع سلامة الحيوان (٧) ولذلك فهو دليل ضعيف .

ومرة أجـازه الا أن ابن القيم يقول : (ووجه هذا القول أنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وما يقدر من اختلاط المبيع الموجود بالحادث على ملك البائع يزول بجزه في الحال والحادث يسير جداً لا يمكن ضبط هذا ولو قيل بعدم اشتراط جزه في الحال ويكون كالرطبة التي تؤخذ شيئاً فشيئاً وان كانت تطول في زمن أخذهـا كان له

---

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٩ .
(٢) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٨ .
(٣) البابرتي وفتح القدير والهداية مع الفتح ٥ : ١٩٢ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٨ .
(٤) القصيل : الذي يقصل مثل القمح والشعير .
(٥) بدائع الصنائع ٥ : ١٤٨ وفتح القدير والهداية والبابرتي ٥ : ١٩٢ ـ ١٩٣ .
(٦) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٧ ـ ١٥٨ .
(٧) المصدر السابق .

وجه صحيح وغايته بيع المعدوم لم يخلق تبعا للموجود، فهو كأجزاء الثمار التي لم تخلق فانها تتبع الموجود منها . فـاذا جعلا للصوف وقتا معينـا يؤخذ فيه كان بمنزلة أخذ الثمرة وقت كمالهـا .

ويذكر ابن القيم توضيحاً لهذا : أن الذين منعوه قاسوه على أعضاء الحيوان وقالوا متصل بالحيوان فلم يجز افراده بالبيع كأعضائه وهذا من أفسد القياس ، لأن الاعضاء لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان (١) .

أما بيع الصوف على ظهر الحيوان المذبوح فاتفاق الشـافعية على جواز بيعه ، لأن استيفاءه بكماله ممكن من غير ضرر .

وكذلك لو قبض على كفلة (٢) من الصوف وقال : بعتك هذه صح بلا خلاف كما قاله امام الحرمين والغزالي وفيه احتمال ، لأنه يتغير به عين المبيع كما قاله الغزالي (٣) .

المجوزون :

والمجوزون لبيع الصوف على ظهر البهيمة سعيد بن جبير وربيعة ومـالك والليث ابن سعد وأبو يوسف والظاهرية وأحمد بن حنبل في احدى روايتيه .

فأبو يوسف : جوز ذلك لأن الصوف عين مال ظاهر ، فأشبه بيع قوائم الخلاف والقصيل (٤) متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان لأنه لا يمكن الانتفاع بالاطراف الا بعد الذبح فمـالية اللحم اذن متعلق بفعل شرعي ولم يوجد قبله ، وكونه مقطوعاً لا تأثير له كما في الكرات وقوائم الخلاف .

وردهم على قوائم الخلاف والكرات أنه انما اجيز فيهما للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه (٥) .

---

(١) فان قيل ما الفرق بينه وبين اللبن في الضرع وقد سوغتم هذا دونه قيل اللبن في الضرع يختلط ملك المشتري فيه بملك البائع سريعـاً فـان اللبن سريع الحدوث كلـما حلبه در بخلاف الصوف زاد المعاد ٤ : ٢٧٣ .

(٢) الكفلة : قطعة من الصوف أو قبضة من الصوف .

(٣) الواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٥٥ والمجموع ٩ : ٣٦٠

(٤) المبسوط : ١٢ : ١٩٥ .

(٥) الزيلعي ٤ : ٤٦ وحاشية الدرر على الغرر ٣٢٧ .

أما سعيد بن جبير وربيعه ومالك والليث بن سعد فانهم يجوزون بيعه بشرط أن يجز قريباً من وقت البيع كما يجوز بيع الرطب والقصيل والبقل .

الا انه يمكن أن يرد عليه بأنه يمكن استثناء جميع ذلك من أصله من غير ضرر بخلاف الصوف فلا يمكن نزعه الا بضرر (١) .

وذكر الباجي : أنه يجوز شراء الصوف على ظهر الغنم بشرط أن يقضي المشترى مدة يستطيع بها أن يجز الصوف وأن لا تكون المدة يزيد الصوف في مثلها .

وروى محمد بن مالك : أنه قدر المدة بعشرة أيام أو خمسة عشر يوماً (٢) .

وذكر ابن حزم بجواز بيع الصوف والوبر والشعر وكل ما يزايل الحيوان بغير مثلة ولا تعذيب فلا يحل لصحة النهي عن المثلة وعن تعذيب الحيوان (٣) .

وقال اذا وقع البيع على الصوف فالجز على الذي له الصوف ، لأن عليه ازالة ماله عن مال غيره ومكان الشعر والوبر والصوف وهو جلد الحيوان فعلى الذي له كل ذلك ازالة ماله عن مكان غيره ، وعلى البائع أن يمكنه من ذلك فقط (٤) .

---

(١) المجموع ٩ : ٣٦١ .
(٢) المنتقى للباجي ٤ : ٢٤٨ .
(٣) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٩٩ .
(٤) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٠٤ .

المطلب الرابع

بيع السمن مع الظرف

ذكرت الشافعية في بيع السمن مع الظرف مسائل :

الأولى : اذا كان السمن أو الزيت أو غيرهما من الأدهان مما لا يختلف في ظرف فرأى المشترى السمن ثم اشترى منه رطلا أو أرطالا صح البيع .

الثانية : اذا رآه ثم اشتراه مع ظرفه بعشرة دراهم مثلا صح البيع ولا ينظر الى نوع الظرف وسواء عرفا وزنهما أم لا وهو المذهب وبه قطع الجمهور ، وهذا موافق للشيعة الامامية (١) .

الثالثة : اذا وقع العقد على جميع السمن كل رطل بدرهم صح البيع فيوزن السمن مع الظرف ثم يوزن السمن في وعاء آخر ثم يسقط وزن الظرف وهذا موافق أيضاً للشيعة الامامية (٢) والحنابلة (٣) والمالكية (٤) والحنفية (٥) .

الرابعة: بعتك السمن كل رطل بدرهم على أن يوزن معه الظرف ثم يحط وزن الظرف وهذا صحيح بالاتفاق وتشبه الصورة السابقه .

الخامسة : العقد وقع على كل السمن على أن يوزن الظرف مع السمن ويحسب على المشتري وزنه فالبيع باطل بالاتفاق ، وكذلك عند الحنابلة (٦) لجهالة الثمن الدائر بين السمن والظرف .

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨٨ .

(٢) اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨٨ .

(٣) المنتهى ٣ : ٤٤ .

(٤) فتح العلي المالك ٢ : ١٢٦ .

(٥) فتح القدير والهداية والبابرتي ٥ : ٢١٢ .

(٦) المنتهى ٣ : ٤٤ .

السادسة: اذا قال البائع للمشتري : بعتك هذا السمن بظرفه كل رطل من المجمد بدرهم فثلاثة أوجه وهي :

أ ــ ان علما وزن كل واحد صح البيع والا فلا ، وهو الصحيح عند الجمهور .

ب ــ يصح مطلقا قاله البغوي ، لأن المبيع من حيث الجملة مرئي ولا يضر اختلاف قيمته وهو الأصل عند البغوي .

ج ــ انه لا يصح مطلقاً وهو قول ثان للبغوي ، لأن المقصود السمن وهو مجهول .

وصورة المسألة : اذا كان للظرف قيمة أما اذا لم يكن له قيمة لم يصح البيع بلا خلاف ، لأنه أخذ ثمناً مقابل وزنه مع العلم لا قيمة له .

السابعة : اذا قال : بعتك السمن بعشرة دراهم على أن أزنه بظرفه ، ثم أسقط من الثمن بقسط وزن الظرف فينظر : ان كان المشتري والبائع عالمين قدر وزن الظرف وقدر قسطه صح البيع ، وان جهلاه أو جهله أحدهما لم يصح البيع ، لأنهما لا يعلمان ما مقدار المسقط من الثمن وبذلك يكون الثمن مجهولا (١) .

ولو بيع الظرف مع السمن جزافــا دون أن تعلم ثخانته لم يصح البيع للجهل بقدره، وكذلك من اشترى سمنا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكـــان كل ظرف خمسين رطلا ولا يوزن الظرف فالبيع فاسد ، لأنه غرر ظاهر (٢) .

قال النووي : وهذا من المنكرات المحرمة التي تقع في كثير من الأسواق .

وصورة المسألة : كمـــا ذكرت في الجامع : رجل اشترى من آخر هذا الزيت وهو ألف رطل على أن يزنه بظرفه ثم يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا (٣) .

الاختلاف في تبيين الزق :

١ ــ من اشترى سمنا في زق وذهب به ثم أعاد للبائع الزق فعلى صورتين :

أ) قال البائع الزق غير هذا فالقول قول المشتري ، لأنه قــابض والقول قول

---

(١) المجموع ٩ : ٣٥٠ ــ ٣٥٣ .
(٢) الهداية مع فتح القدر ٥ : ٢١٢ .
(٣) فتح القدير ٥ : ٢١٢ .

القابض ضمينا كان كالغاصب ، أو أمينـــا كالمودع ، لأن البـــائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزياده .

ب) اختلفا في قدر السمن المقبوض فالقول قول المشتري ، لأنه ينكر الزيادة (١) وزاد الامام مالك القول قول من عنده الظرف أو السمن مع عينه (٢) .

والذي أراه أن بيع السمن مع ظرفه لا يجوز لجهالة قدره باعتبـــار وجود الظرف واختلافه ثخانة ورقة .

٢ ــ انه اذا حصل البيع دون أن يراه ودون أن يوصف له لم يجز بيعه لانه غرر .

---

(١) فتح القدير والبابرتي والهداية ٥ : ٢١٢ .
(٢) المدونه ١٠ : ٢٢٤ .

المطلب الخامس

بيع الصبرة

اختلف الفقهاء في بيع الصبرة على رأيين :

الأول : الحنفية : وذهب أبو حنيفة الى أن بيع الصبرة المشار اليها كل قفيز بدرهم صح في قفيز واحد فقط . وذلك لأن ما سماه وهو القفيز الواحد معلوم القدر والثمن فيجوز البيع فيه . أما ماوراء القفيز المجهول القدر والثمن فلا يجوز فيه الا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس (١) .

ويثبت الخيار للمشتري لعلمه بالكتم . ويسمى خيار التكشف (٢) ، فان رضي المشتري بالبيع لزم البائع حتى ولو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخ البائع (٣) .

وعند أبي يوسف ومحمد : أنه يجوز في قفيز واحد وفي الكل وذلك لأن الجهالة بيدهما ازالتها بأن يكيلا في المجلس والجهالة التي على هذه الصفة لا تفضي الى المنازعة(٤) ورأي الصاحبين هو المفتى به .

وعلى هذا الخلاف اذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو قال كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم (٥) .

---

(١) مجمع الأنهر ٢ : ١٠ والمنتقى شرح الملتقى ٢ : ١٠ وفتح القدير والهداية والعناية وسعدي جلبي ٥ : ٨٨ وانظر بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ ، ١٥٩ والزيلعي ٤ : ٥ ، ٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٩ .

(٣) المنتقى شرح الملتقى ٢ : ١٠ .

(٤) فتح القدير ٥ : ٨٩ .

(٥) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٩ .

أما من ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدهـا المشتري أقل كان المشتري بالخيار (اما أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن ، وامـا أن يفسخ البيع وذلك لأن الأمر لا يخلو اما أن يكون عند الكيل مثل ذلك أو أقل أو أكثر ، فـان كان مثل ذلك فقد وقع البيع صحيحا .

وان وجدها أقل من ذلك فللمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود كل قفيز بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء الرضى .

وان وجدها أكثر فله الخيار أيضاً ان شاء أخذ الكل كل قفيز بدرهم وان شـاء فسخ البيع لتفرق الصفقه عليه ، والزائد يكون للبائع ، لأن البيع وقع على مقدار معين وهو المائة ، وكل ما يقع البيع على مقدار معين لا يتناول غيره كان للبائع أن لا يجب تسليمه الا بصفقة على حده وكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها أو تركها (١) .

الا أن الكاساني يذكر في المسألة الأخيرة أن المشتري لا خيار له (٢) .

وأرى أن الحق مع الكاساني لأن الزيادة لاضرر في تبعيضها ولذلك لابد وأن يقابلها شيء من الثمن ولا ثمن للزيادة فلا تدخل في البيع فكانت الزيادة ملكاً للبائع فترد عليه .

الرأي الثاني :

الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفيه والزيدية يقولون بجواز بيع صاع من صبرة وان جهلت صيعانها كل صاع بدرهم ،وذلك لأن المبيع مشاهد، ولا يضر الجهل بجملة الثمن ،لأنه معلوم بالتفصيل (٣) وينزل المبيع مع العلم بعدد صيعانهـا على الاشاعة اي اذا علما أن الصبرة عشرة آصع فالمبيع عشرها وان تلف بعض الصبرة تلف بقدره من المبيع .

أما اذا كانا يجهلان عدد صيعانها فالبيع يقع على صاع منهـا، وللبائع أن يسلمه من أسفلها وان لم يكن مرئياً له، لأن رؤية ظاهرها كرؤية جميعها ، واذا بلغت جميعها ولم يبق

---

(١) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥ : ٨٩ ، ومجمع الانهر ٢ : ١٢ والمنتقى شرح الملتقى ٢ : ١٢ .
(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٠ .
(٣) قليوبي وعميرة ٢ : ١٦١ والبجيرمي على المنهج ٢ : ١٨٣ ومغني المحتاج ٢ : ١٧ . والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٧ والخرشي ٥ : ٢٥ وشرح الازهار ٣ : ٢٧ ، والمنتهى ٣ : ٤٢ .

الا صاعاً فتعين هو المبيع (١) .

وهناك رأي ثاني عند الشافعية بأنه يصح كما لو فرق صيعانها ، وقال بعتك صاعاً منها ولكن الاول هو الرأي الأصح عندهم .

أما لو باع الصبرة بمائة درهم كل صاع بدرهم صح البيع ان خرجت مائة صاع لتوافق الجملة والتفصيل .

وان خرجت أكثر أو أقل فلا يصح البيع على الصحيح لتعذر لجمع بين جملة الثمن وتفصيله .

والرأي الثاني : يصح ولكن للمشتري الخيار في الصبرة الناقصة فان أجاز البيع فبجميع الثمن لمقابلة الصبرة به أو بالقسط لمقابلة كل صاع بدرهم .

أما الزياده فتكون للمشتري ولا خيار للبائع وقيل: الزيادة للبائع وللمشتري الخيار(٢).

ولو قال بعتك هذه الصبرة الا صاعا منها ينظر :

أ ـ ان كانت مجهولة الصيعان لم يصح البيع، لأن البيع مجهول القدر، ولأنه غير متميز حتى تكفي فيه المشاهدة .

ب ـ ان كانت معلومة الصيعان صح البيع ونزل على الا شاعة (٣) .

أما اذا باع نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة أو باعها الا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومه فأنه يصح البيع والاستثناء(٤).

وقال أبو بكر وابن أبي موسى لا يجوز (٥).

ولو قال بعتك هذه الصبرة وهي عشرة قفزان على أن أنقصك قفيزا منها وأراد على أني لا أحتسب عليك بثمن قفيز منها صح البيع ، لإنه باعه تسعة أعشارها.

ولو قال له هذه الصبرة عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن ازيدك قفيزا اما من هذه الصبرة أومن صبرة أخرى ولكن وصفه بصفة يعلم بها صح البيع أيضاً، فكأنه باعه قفيز وعشر قفيز بدرهم (٦) .

---

(١) قليوبي وعميره ٢ : ١٦١ والبجيرمي على المنهج ٢ : ١٨٣ ومغني المحتاج ٢ : ١٦ .

(٢) قليوبي وعميره ٢ : ١٦٣ والبجيرمي على المنهج ٢ : ١٨٤ ومغني المحتاج ٢ : ١٨، وشرح الازهار ٣ : ٢٧

(٣) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧١ والمجموع ٩ : ٣٤٣ والمغني لابن قدامه ٤ : ٧٨.

(٤) المغني لابن قدامه ٧٧٤ والمهذب ١ : ٢٧١ والمجموع ٩ : ٣٤٣ ، ٣٤٤.

(٥) المغني لابن قدامه ٤ : ٧٧.

(٦) غاية المنتهى ٣ : ٤٣ ، والمجموع ٩ : ٤٤ والمهذب ١ : ٢٧١.

وان قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعا فان ارادبذلك رد صاع اليه فالبيع باطل .

وان اراد أنها ان خرجت تسعة آصع أخذت منك عشرة دراهم فينظر :

ان كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع بلا خلاف .

وان كانت معلومة فوجهان :

أ ــ صحة البيع وهو الذي قطع به العراقيون والجمهور وهو الصحيح .

فاذا كانت الصبرة تسعة آصع فقد باع كل صاع بدرهم وتسع .

ب ــ عدم صحة البيع لقصور العبارة عن المحل المذكور روي ذلك عن الرافعي (١) .

ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك أو أنقصك صاعا ولم يبين الزيادة أو النقصان لا يصح البيع بلا خلاف .

أما لو قال: بعتك الصبرة كل صاع بدرهم على أن تهب لي منها صاعا لم يصح أيضاً، لأنه شرط هبة البائع .

أما اذا أراد أن الثمن بجملته يقابل جميع الصبرة الا صاعا منهـــا والصبرة معلومة الصيعان صح البيع فكأنه بذلك قد باع كل صـــاع بدرهم وتسع درهم وذاك بأن تكون الصبرة عشرة آصع .

وان أراد أن يأخذ العشرة الصيعان جميعا ويعطيه الدراهم الأحد عشر جـــاز اذا كانت معلومه .

وان قال : أزيدك من غيرها لم يصح بكل حال للجهالة (٢) .

علة البطلان :

١ ــ جهالة القدر ، وبيع مجهول القدرلا يجوز وهذا لا خلاف فيه .

٢ ــ للحديث الصحيح : أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر (٣) .

---

(١) المجموع ٩ : ٣٤٦ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٤٦ ، ٣٤٧ والمهذب ١ : ٢٧١ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٤١ .

المطلب السادس

بيع المحاقلة[1]

معنى المحاقلة :

ورد تفسيرها في حديث سعيد بن المسيب : المحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطه ، وله تفسير آخر بيع الطعام في سنبله بطعام مصفار (٢) .

وورد نفسيرها في حديث أبي سعيد الخدري : المحاقلة : استكراء الأرض بالحنطة وعن ابن جريج أنه قال لعطاء ما المحاقلة ؟ قال المحاقلة في الحرث كهيئة المزابنة في النخل سواء وهو أن يبيع الزرع بالقمح (٣) .

وفسرها جابر : المحاقلة : بيع الطعام في سنبله بطعام مصفار والمحقل هو السنبل .

وفسرها الكاساني : والمحاقلة بيع الحب في السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدرى أيهما أكثر (٤) وهذا يشبه تعريف مالك في الموطأ .

وفسرها مالك : المحاقلة هو شراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة وهذا تفسير حديث سعيد بن المسيب (٥) .

---

(١) المحاقلة : مفاعلة مأخوذة من الحقل وهي الساحة الطيبة التي تزرع لابناء فيها ولا شجر سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقله وأطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من باب اطلاق اسم المحل على الحال والمراد بالزرع ، هو ظهور الحب وانعقاده أي السنبل. أنظر المغني ٢ : ٩٣ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٦ .

(٢) الأم ٣ : ٦٣ .

(٣) الحاوي الماوردي ٥ : ٣٠٦ والأم ٣ : ٦٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ وفتح القدير ٥ : ١٩٥ .

(٥) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٤٦ .

وفسرها مالك أيضاً : والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة (١) .

وفسرها النووي : المحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بكيل معلوم من الحنطة (٢) .

وفسرها الماوردي والشافعي وهي رواية جابر : أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطه (٣) .

وفسرها صاحب المنهاج : بأنها بيع الحنطة في سنبلها بصافية من التبن (٤) .

وفسرها ابن تيمية عن جابر : أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم (٥) .

والمصطلح عليه عند الحنابلة : بيع الحب المشتد في سنبله بجنسه من حب وغيره (٦)

وورد تفسير للعاملي : بأن المحاقلة : بيع النخل بالثمر وذكر أن هذا التفسير مخالف لما عليه الجم الغفير من علماء الامامية ، وأهل اللغة . وقد نقل اجماعهم على أن المحاقله : بيع السنبل بالحنطة ، وعللوا التفسير الأول بأنه سهو من الراوي (٧) .

وفسرها المرتضى : المحاقلة : بيع الحب في سنبله بحب مثله .

وقال صاحب المطالع :

١) كراء الأرض بالحنطة أو كراؤاها بجزء مما يخرج منها .

٢) قيل : بيع الزرع قبل طيبه أو بيعه في سنبله بالبر من الحقل (٨)

وفسرها ابن طفيش: هي بيع الحبوب كالبر والشعير والذره بمكيل حب كبيع سنبل بمكيل حب مؤجل (٩) .

---

(١) المنتقى للباجي ٤ : ٢٤٥ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٣٩ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٦ والأم ٣ : ٦٣ والبجيرمي على المنهج ٣ : ٣١٠ ومنار السبيل في شرح الدليل في مذهب الامام المبجل أحمد بن حنبل ٣٣٣ .

(٤) مغنى المحتاج ٢ : ١٩٣ .

(٥) القواعد النورانية ١٣٩ .

(٦) غاية المنتهى ٣ : ١٦٤ وكشاف القناع ٣ : ٢٥٨ .

(٧) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٤ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣٠٦ .

(٨) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ٣ : ٢٩٥ .

(٩) شرح النيل ٤ : ٣١ .

حكم بيع المحاقلة :

ولا يجوز بيع المحاقلة لما يأتي :

أ ـ المعقول : ولا يجوز بيع المحاقلة لعلتين : (١)

الأولى ـ مخافة الوقوع في الربا للجهل بالمحاقلة فيهما ، لأن الحنطة في سنبلها مجهولة القدر فلا يجوز بيعها فرضاً ، لأن فيه شبهةالربا الملحقة بالحقيقة في التحريم وصار كمن باع صنفين ربويين موضوعين على الأرض أحدهما بالآخر (٢) .

الثانية ـ فقد مشاهدة ما في سنبله ، ويلحق بهذا البيع سائر الزروع فلا يباع الجنس منها قائماً في زرعه بما قد صفي من جنسه ، الا أن الزرع اذا كان مستورا في كمام كالأرز لم يجز كالحنطة ، وأن كان بارزا بلا كمام كالشعير لم يجز لعلة واحدة وهو خوف الربا ، وعلى هذا التقرير يجوز بيعه بالدراهم لبقاء احدى العلتين والله أعلم (٣) .

ب ـ النص : ولا يجوز بيع المحاقلة أيضاً للاحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ وفيما يلي هذه الأحاديث :

١) عن أنس قال : (نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة) (٤) رواه البخاري .

٢) وعن جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومةوالمخابره وفي لفظ بدل المعاومة ، وعن بيع السنين) (٥) .

وفي رواية أخرى له : (أن النبي ﷺ نهى عنُ المحاقلة والمزابنة والمخابرة وعن الثنيا

---

(١) منهج الطلاب بهامش البجيرمي ٣ : ٣١٠ والحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ والمنتهى ٣ : ١٦٤ والهداية والعناية ومجمع الانهر شرح ملتقى الابحر والمنتقى في شرح الملتقى ٢ : ٥٧ .

(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ والمنهج بهامش البجيرمي ٣ : ٣١٠ والنيل ٤ : ٣٢ والعناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥ : ١٩٥ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٦ والمنتقى للباجي ٤ : ٢٤٦ وكشاف القناع ٣ : ٢٥٨ والمجموع ٩ : ٣٣٩ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ والمجموع شرح المهذب ٩ : ٣٣٩ .

(٤) أخرجه البخاري . انظر نيل الأوطار ٥ : ١٥٩ وسبل السلام ٣ : ٢٠ .

(٥) نيل الأوطار ٥ : ١٨٦ وسبل للسلام ٣ : ٢٠ .

الا أن تعلم) رواه الخمسة الا ابن ماجه وصححه الترمذي (١) .

وفي رواية له : (نهى رسول ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ولا يباع الا بالدينار والدرهم الا العرايا) (٢) .

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة وعن بيع الثمرة حتى تطعم ولا تباع الا بالدراهم والدنانير الا العرايا) .

قال عطاء : فسر لنا جابر قال : أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل الى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحب كيلا) (٣) .

وفي رواية له (أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وأن تشترى النخل حتى تشقه « والاشقاه أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء » والمحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر والمخابرة بالثلث والربع وأشباه ذلك قال زيد قلت لعطاء بن أبي رباح أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ قال نعم) (٤) .

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمحاقلة والمخابرة وعن بيع الثمرة حتى تشقح قال قلت لسعيد ما تشقح قال تحمار وتصفار ويؤكل منها) (٥).

وفي رواية له : (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنه والمعاومة والمخابرة « قال أحدهما بيع السنين هي المعاومة » وعن الثنيا ورخص في العرايا) (٦) .

---

(١) قال أبو عبيد : المحاقلة : بيع الطعام في سنبله وقال مالك : المحاقلة أن تكرى الأرض ببعض ما ينبت منها وهي المخابرة الا أن هذا التفسير بعيد فيما اذا عطفنا المخابرة عليها فلا يستقيم المعنى ، وقال الشافعي تفسير المحاقلة والمزابنة في الأحاديث : يحتمل أن يكون عن النبي صلى الله عليه وسلم وأن يكون من رواية رواها. نيل الاوطار ٥ : ١٨٦ وسبل السلام ٣ : ١٩ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٩٣ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٩٤ .

(٤) المصدر السابق ١٠ : ١٩٤ ـ ١٩٥ .

(٥) المصدر السابق ١٠ : ١٩٥ .

(٦) المصدر السابق ١٠ : ١٩٥ .

وعن زيد بن أبي أنيسة عن عطاء عن جابر (أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابـرة ، وأن يشترى النخل حتى يشقه والا شـقاه : أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء) .

والمحاقلة : أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم ، والمزابنة : أن يباع النخل بأوساق من الثمر ، والمخابرة : الثلث والربع وأشباه ذلك . قال زيد قلت لعطاء : أسمعت جابراً يذكر هذا عن رسول الله ﷺ ؟ قال : نعم متفق على جميع ذلك الا الأخير فانـه ليس لاحمد) (١) .

٣) عن سـعيد بن المسيب (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة) والمزابنة : أن يباع ثمر النخل بالتمر .

والمحاقلة : أن يباع الزرع بالقمح واستكراء الأرض بالقمح .

قال وأخبرني سالم بن عبد الله عن رسـول الله ﷺ أنه قال لا تبتاعوا التمر حتى يبدو صلاحه ولا تبتاعوا التمر بالتمر (٢) وقال سالم أخبرني عبد الله عن زيـد بن ثابت عن رسول الله ﷺ أنه رخص بعد ذلك في بيـع العرية بالرطب أو بالثمر ولم يرخص في غير ذلك (٣) .

٤) عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة قال (نهى رسـول ﷺ عن المحاقلة والمزابنة) (٤) .

٥) عن داود بن الحصين أن أبا سفيان مولى ابن أبي أحمد أخبره أنه سمع أبا سعيد الخدري يقول (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة شراء الثمر في رؤوس النخل والمحاقلة كراء الأرض) (٥) .

---

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٨٦ .
(٢) الأولى التمر بالثاء والمثلثه والثانية التمر بالمثناه .
(٣) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٣ .
(٤) صحيح مسلم ١٠ : ٢٠١ .
(٥) المصدر السابق ١٠ : ٢٠٨ .

٦) عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها كذا وكذا . بشيء معلوم (قال : وقال ابن عباس هو الحقـــل وهو بلسان الانصار المحاقلة) «١» .

مـا يستفاد من هذه الاحاديث :

هذه الأحاديث بجملتها تفيد بطلان بيع المحاقلة ســـواء كانت بيع الزرع بالقمح أو الحقل بكيل من الطعام وأن المبيع انما هـــو الزرع ، والثمن تارة يكون الحب وتارة الطعام كيلا وتارة الحنطة من غير تقييد بكيل كما رأيت في تفسير المحاقلة .

---

(١) المصدر السابق ١٠ : ٢٠٨ .

المطلب السابع

بيع المزابنة

معنى المزابنة :

المزابنة : مأخوذة من الزبن بفتح الزين وسكون الباء وهي الدفع ومنه الحرب الزبون التي تدفع أبطالها الى الموت ، يقال زبنت الناقة برجلها اذا دفعت ومنها الزبانية لانهم يدفعون الى النار .

والزبن : هو الدفع لكثرة الغبن فيها ،لأن كلا من المتبايعين يدفع صاحبه عن حقه، أو لأن أحدهما اذا وقف على غبن أراد دفع البيع بفسخه وأراد الآخر دفعه عن هذه الارادة بامضائه فيتدافعان (١) .

تفسيرها عند الفقهاء :

١) فسرها الكاساني : بأنها بيع الثمر على رؤوس النخل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدرى أيهما أكثر والزبيب بالعنب لا يدرى أيهما أكثر (٢) .

وهذا التفسير متفق عليه عند علماء الحنفية وموافق لما جاء في تفسير المزابنة عند المحدثين.

٢) وفسرها المالكية :

أ ــ في المشهور عنهم بأنها : بيع معلوم بمجهول أو بيع مجهول بمجهول من جنس واحد

---

(١) مغني المحتاج ٢ : ٩٣ وشرح النيل ٤ : ٣١ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٤ والحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ والخرشي ٥ : ٢٠ وغاية المنتهى ٣ : ١٦٤ ومياره : ١ : ٢٩٧ والفواكه الدواني ٢ : ١٤٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ ومجمع الانهر ٢ : ٥٦ والمنتقى على الملتقى ٢ : ٥٦ وفتح القدير والهداية والعناية ٥ : ١٩٥ .

فيهما (١) الا أنأبا زيد القيراواني اعتبر المزابنة أحد أنواع الربا (٢).

ومن المزابنة عندهم : بيع ثمرالنخل بالثمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وبيع زرع قائم أو محصـــود بكيل من البر أو زيتون في شجره بكيل من الزيتون ، ومنه بيع الرطب بالبسر والبسر بالتمر وكذلك رطب كل ثمرة بيابسها .

وعلماء مذهب المالكية لا يجعلون المزابنة مختصه بالربوي كماهو التفسير عندالمحدثين بل في غير الربوي أيضاً ، لأن غيرالربوى وان لم يدخل تحت المزابنة فثم عمومات يدخل تحتها كالنهي عن الغرر فان علم أن أحدهما أكثر جاز فيما لا ربا فيه أي غير المطعومين ، والمطعومان غير الربويين (٣) .

ب ــ وفسرها ابن رشد الحفيد:والمزابنة المنهي عنها:هي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية. ففى الأموال الربوية لوجود التفاضل وفي غيرالربويات فلعدم تحقق القدر (٤) .فقد اقتصر ابن رشد على التعريف الثاني من تعريف المذهب.

ج ــ وفسرها مالك : والمزابنة : أن كل شيء من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده اذا ابتيع بشيء مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد .

وصورة المسألة : أن يقول الرجل للرجل وله صبرة من الطعام المجهولـــة الكيل أو يكون للرجل من الحنطة أو الصفر أو الكتب وما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شيء من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول له كل سلعتكهذه أو مر من يكيلها أو زن من ذلك ما يوزن أو عد من ذلك ما كان يعد فما نقص من كيل كذا وكذا صاعاً لتسمية يسميها وكذلك الوزن والعدد فما نقص من ذلك فعلي غرمه لك حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص ويكون لي ما زاد .

فهذا ليس من باب البيع وانما المخاطرة والغرر والقمار .

---

(١) الشرح الكبير للدردير بهامش الدسوقي والدسوقي ٣ : ٦٠ ومياره ١ : ٢٩٦ وتحفة الحكام ١ : ٢٩٦ والفواكه الدواني ٢ : ١٤٠ وكفاية الطالب الرباني لابي زيد القيرواني ٢:١١٢و١٣٨ بهامش العدوي ٢ : ١١٢ .

(٢) والربا عنده ثلاثة أنواع : ربا نساء وربا فضل وربا مزابنه ، رسالة أبي زيد القيرواني .

(٣) مياره ٢ : ٢٩٦ : ٢٩٧ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٧٢ .

وذلك لأنه لم يشتر منه شيئاً بشيء أخرجه ولكنه ضمن له ما يسمى من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد وان نقصت أخذ من مال صاحبه ما نقص بغير ثمن ولا هبة فهذا يشبه القمار (١).

فالامام مالك يخرج المزابنة من باب البيع ويجعلها من باب القمار ويضرب عدة أمثلة كالذي رأيناه منها :

أن يقول الرجل للرجل عنده حب ألبان أعصر حبك هذا فما نقص من كذا وكذا رطلا سماه له فعلي أن أعطيكه وما زاد فهو لي .

ثم يقول : (فهذا كله وما أشبهه من الأشياء أوضارعه من المزابنة الـتي لا تصلح ولا تجوز (٢) .

د ــ وفسرها الباجي : اسم البيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس بيابسه ومجهول منه بمعلوم .

وفسر هذا : أن الرطب وان عرف كيله في نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضاً منه (٣) .

٣) وفسرها الشافعية :

أ ــ ان يبيع الثمر على رؤوس النخل بمائة فرق من التمر (٤).

ب ــ وعرفها الماوردي: بيع الرطب على نخله بتمر في الارض ، وسمي بيع الرطب بالتمر مزابنة ، لأنه قد دفع التمر بالرطب (٥) .

٤) وفسرها الزيدية :

بيع التمر على النخل بتمر مكيل أو غير مكيل (٦) .

---

(١) الموطأ للامام مالك مع تنوير الحوالك ٢ : ١٩٢ ــ ١٣٠ .
(٢) الموطأ مع تنوير الحوالك ٢ : ١٣٠ .
(٣) المنتقى للباجي ٤ : ٢٤٣ .
(٤) مغني المحتاج ٢ : ٩٣ ، الام ٣ : ٦٣ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ .
(٥) الحاوي الماوردي ٥ : ٣٠٧ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٤ .
(٦) التاج المذهب لاحكام المذهب ٢ : ٣٨٣ .

وفي البحر الزخار : بيع الرطب قبل جذه بخرصه تمراً (١) .

ويلاحظ أن هذا التعريف موافق لتعريف الحنفية .

٥) وفسرها ابن اطفيش من الاباضية :

بأنها بيع الثمار في أشجارها بمكيل من نوعها بتأخير وبيع عنب على شجرته بمكيل من عنب أو من زبيب كذلك أي مؤجل (٢) .

فقد زادت الإباضية الأجل ، والواقع أن الأجل لم يكن اشتراطه لصحة المزابنة أو لنوع هذا العقد وانما التأخير أو الأجل انما يكون من ناحية العادة ، لأن الغالب أن الذي له ثمر حاضر لا يشترى آخر بثمر حاضر ولذلك فاسقاطه أولى .

حكم بيع المزابنة :

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز بيع المزابنة في كل التعاريف السابقة سواء كان بيع التمر على رؤوس النخل بمائة فرق من التمر أو بيع الرطب على نخله بثمر على الارض أو كان بيع العنب في الكرم بالزبيب ولا خلاف أيضاً في تحريم بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صاحبه (٣) .

واختلفوا في بيع الرطب بمثله من اليابس .

قال أبو حنيفة : ان كان مقطوعاً جاز بيعه بمثله من اليابس .

الجمهور : لا خلاف عندهم سواء كان الرطب والعنب على الشجر أو مقطوعاً (٤) .

لما ورد من الاحاديث في النهي عن المزابنة وقد ذكرنا قسماً منها في بيع المحاقلة ونذكر الآن القسم الباقي الخاص بالمزابنة فقط .

أ) عن بشير بن يسار عن بعض أصحاب رسول ﷺ من أهل دارهم منهم سهل بن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالثمر وقال : ذلك الربا تلك المزابنة

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

(٢) شرح النيل ٤ : ٣٠ .

(٣) مسلم ١٠ : ١٨٨ .

(٤) الام ٣ : ٦٣ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ والمغنى ٤ : ١٣ والمنتهى ٣ : ١٦٤ وبدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ وفتح القدير والهداية والعناية ٥ : ١٩٤ وانظر موضعها قريباً ان شاء الله .

الا أنه رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطبـاً (١) .

ب ـ عن الوليد بن كثير حدثني بشير بن يسار مولى بني حارثة أن رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة حدثاه أن رسول ﷺ نهى عـن المزابنة الثمر بالثمر الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم (٢) .

جـ) وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة بيع الثمر بالثمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا (٣) .

وفي رواية أخرى له قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وعن كل ثمر بخرصه . (٤)

وفي رواية له أن (رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة ان يباع ما في رؤوس النخل بتمر بكيل مسمى ان زاد فلي وان نقص فعلي) (٥) .

وفي رواية له أيضاً (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنه أن يبيع ثمر حائطه ان كانت نخلا بثمر كيلا، وان كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلا ،وان كان زرعاًأن يبيعه بكيل طعام نهى عن ذلك كله وفي رواية قتيبه أو كان زرعاً (٦) .

د) عن نافع أن عبدالله أخبره أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا وبيع الزرع بالحنطة كيلا (٧) .

علـة المنع :

١ ـ الغرر الناشيء عن الجهالة بالمحاقلة (٨) .

---

(١) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٥ .
(٢) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٧ .
(٣) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٧ .
(٤) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٨ .
(٥) المصدر السابق ١٠ : ١٨٩ .
(٦) المصدر السابق ١٠ : ١٨٩ .
(٧) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٨ وسنن أبي داود ٢ : ٢٢٥ .
(٨) مجمع الانهر ٢ : ٥٦ .

٢ ــ الجهالة بالمحاقلة التي تفضي الى الربا (١) .

٣ ــ للغرر بسبب المغالبة بان تحققت المغلوبية في أحد الطرفين جاز (٢).

٤ ــ عدم تحقق قدر المبيع في غير الربويات (٢) .

مسألــة :

قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : أما مــن يقول أضمن لك صبرتك هذه بعشرين صاعاً فما زاد فلي وما نقص فعلي تمامها فهذا من القمار والمخاطرة وليس، من المزابنة وهذا صحيح اذا أتى رجل صبرة طام لغيره فقال لربها أنا أضمنها لك بعشرين صاعاً فان نقص فعلي نقصانها وان زادت فعلي زيادتها . أو آتي مراحاً فيه بطيخ فقال لربه أنا أضمنه لك بألف فضمنه فان زادت فلي وان نقصت فعلي ، أو مد ثوباً لرجــل فقال أنا أقطعه لك قميصاً فان نقص اتممته وان زاد أخذت الزيادة فهذا فاسد حرام باتفاق .

الا انهم اختلفوا في جهة فساده .

فقال مالك : لأنه في معنى المزابنه .

وقال الشافعي : انما فسد لأنه مخاطرة وقمار وليس بمزابنة ، لأن المزابنة مبايعة وهذا موضوع على أن يدفع عند النقصان مالا يأخذ عوضه ويأخذ عند الزيادة مالا يعطى بدله فصار بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة والله تعالى اعلم (٤) .

بيع الرطب بيابس :

ولا يجوز بيع رطب بيابس من جنسه مما يجري فيه الربا كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب واللبن بالجبن والحنطة المبلولة ونحو ذلك .

قال في هذا : سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومــالك ، والشافعي

---

(١) مجمع الانهر ٢:٥٦ والحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٠ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٧٢ ونيل الاوطار الشوكاني ٥ : ١٨٧ .

(٤) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٨ .

واسحاق ، وأبو يوسف واحمد .

قال ابن عبد البر : جمهور المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحـال من الاحوال ،وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك وعلل ذلك بأنه :

أ ـ اما أن يكون من جنسه فيجوز للحديث عن رسول الله ﷺ التمر بالتمر مثلا بمثل .

ب ـ امـا أن يكون من غير جنسه فيجوز كذلك لقوله ﷺ : اذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم .

ادلة الجمهور :

أ ـ بما روي عن بيع التمر بالتمر ورخص في العريه أن تباع بخرصها يأكلها أهلهـا رطبا .

ب ـ بما روي عن سعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ؟ فقال أينقص الرطب اذا يبس ؟ قالوا : نعم فنهى عن ذلك رواه مـالك وأبو داود والاثرم وابن ماجه : ولفظ رواية الاثرم «فلا اذن» (١) .

ج ـ بما روي عن ابن عمر : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا) (٢) .

علة المنع :

١ ـ أنه ينقص اذا يبس .

٢ ـ ولأنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجة ينفرد أحدهما بالنقصان (٣) .

---

(١) انظر مختصر سنن ابي داود ٥ : ٣٨ .
(٢) رواه البخاري ومسلم . انظر اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٣٩ .
(٣) المغني لابن قدامه ٤ : ١٢ ، ١٣ .

المطلب الثامن

بيع العرايا

جمع عريه ، عرايا ، والعرية في اللغة ما يفرد بذاته ويتميز عن غيره يقال قد عرى الرجل اذا تجرد عن ثيابه ، وسمي ساحل البحرالعراء ، لأنه قد خلا من النبات وتميزعن غيره من الأرض (١) .

قال تعالى : فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ وَهُوَ سَقِيمٌ (٢) .

وسميت عرية : لأنها عريت من حكم باقي البستان .

قال الأزهري: هي فعيلة بمعنى فاعلة ، وقال الهروي فعيلة بمعنى مفعولة من عراه يعروه وهو أن يشتري الرطب على رؤوس النخل بالثمر على وجه الأرض ، وكيفية ذلك أن يحزر الخارص ما على النخلة من الرطب وكم يكون من التمر أذا جف فيباع بمثله من التمر ولا يتفرقا الا بعد القبض (٣) .

معنى العرية :

١ ـ أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق .

الأأن الحنفية أولوها على أساس أن العرية معناها العطية وبذلك يكون التأويل عندهم : أن يبيع المعرَّى له ما على النخيل من المعرِّي بثمر مجذوذ .

وعلى هذا التأويل يكون بيعاً مجازا ، لأن المعرى له لم يملكه فيكون برا مبتدأ

---

(١) الحاوى للماوردي ٥ : ٣٠٩ .
(٢) آية ١٤٥ سورة الصافات .
(٣) الواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ١٧٩ .

ويستشهدون على أن العرية معناها العطية بقول حسان بن ثابت (١) .

فليست بسنهاء ولا رجية ولكن عرايا في السنين الجوائح (٢) .

يمدح حسان بن ثابت الانصاري بأنهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح اى يهبون ولو كانت بيعا لما كانوا ممدوحين بها .

ـ ومعنى العرية عند الحنفية : أن يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فـلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمراً (٣) .

٢ ـ أ ـ أن يهب الرجل ثمر نخلة أو غلات من حائطه لرجل ، وهذا المعنى للمالكيه ويجيء على مذهب أشهب وابن حبيب .

ب ـ ومعناها عند ابن القاسم : أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص وهو أن يكون على المعرى ما يلزمها الى وقت بدو صلاحها وهو وقت يمكن الانتفاع بها (٤)

جـ ـ وذكر الطحاوي تأويلا لمالك : فقال قوم : العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم الى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص ﷺ لصـاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرا لينصرف هو وأهله عنه (٥) .

د ـ وفسرها الدردير المـالكي : اشتراء ثمرة تيبس كلوز ونخل وعنب وتين وزيتون في غير مصر ، ان لفظ المعرى بالعرية وبدا صلاحها (٦) .

فهذه التعاريف الأربعة للمالكية ولكن التعريف الأخير جعل العرية شـاملة لكل ما يبس فهو مخالف للتعاريف السابقة .

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٩٥ وبدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ .

(٢) السنهاء الخفيفة الحمل ، والدجيه ، الثقيلة الحمل التي قد انحنت من ثقل حملهـا انفرد السبكي بقوله دجيه وبقية كتب الفقهاء تذكر رجيه بالراء ، مجموع للسبكى ١١ : ٧ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٩٦ .

(٣) فتح القدير ٥ : ١٩٦ .

(٤) المنتقى للباجي ٤ : ٢٢٦ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٩٦ .

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٧٩ .

٣ ــ قال الشافعي رضى الله تعالى عنه : العرية التي رخص رسول الله ﷺ في بيعهـــا أن

قوما شكوا الى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر وليس عندهم ما يشترون به من ذهب ولا ورق وعندهم فضول تمـــر من قوت سنتهم فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرية بخرصها تمرا يأكلونها رطبا) (١) .

أما الماوردي فقد جعل العرايا ثلاثة أقسام .

الأول : مواســـاة : أن يتصدق الرجل ببعض نخله على الفقراء ويمنح بهذا النخل قوما بأعيـــانهم من المساكين وتفرده عريا في ملكه فيصير عرية متميزة وهذا مستحب واستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية فيقول وهذا معنى المواساة .

الثاني : محاباة : وذلك أن الخراص كـــانوا اذا خرصوا نخل رجل تركوا بعض نخله عرية لا تخرص عليه ليأكلها علما بأنة سيتصدق منها بأكثر من عشرها وهـــذا جائز لما روي عن النبي ﷺ قال: اذا خرصتم فدعوا لهم الثلث فدعوا لهم الربع .

الثالث مراضاة : فقد اختلف الفقهاء فيها وفي المراد بها .

وقال الشافعي أيضـــاً : بيع الرطب خرصـــا على رؤوس النخل بمكيله تمرا على الارض في خمسة أوسق أو أقل مع تعجيل القبض (٢) .

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام : العرية النخلة يعريها صاحبهـــا رجلا محتاجـــا والاعراء أن يجعل لة ثمرة عـــامها ، فرخص لرب النخل أن يبتاع ثمر تلك النخلة من

---

(١) الأم ٣ : ٥٦ والمهذب ١ : ٢٨١ والمغنى المحتاج ٢ : ٩٣ .
قال الشافعي والعرايا ثلاثة أصناف : هذا الذي وصفنا احدها : وجماع العرايا كل ما أفرد ليأكله خاصة ولم يكن في جملة المبيع من ثمر الحائط اذا بيعت جملته من واحد .
الصنف الثـــاني : أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر عرية يأكلها وهذه في معنى المنيحه من الغنم حيث يمنح الرجل الرجل الشاة أو الشاتين أو أكثر ليشرب لبنها وينتفع به وللمعرى أن يبيع ثمرهاوبثمره ويصبح فيه ما يصبح في ماله لانه قد ملكه .
الصنف الثالث . أن يعرى الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه ليأكل ثمرها ويهديهـــا ويثمره ويفعل فيه ما أحب ويبيع ما بقى من ثمر حائطه فتكون هذه مفرده من المبيع منه جملة ، وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخارص أن يدع لأهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يـــأكلون ولا يخرصه ليأخذ زكاته ، وقيل قياسا على ذلك أنه يدع ما أعرى للمساكين منهـا فلا يخرصه وهذا موضوع بتفسيره في كتاب الخرص . أم ٣ : ٥٥ ، ٥٦ .
(٢) الحاوى للماوردي ٥ : ٣٠٩ .

المعري بثمر لدفع حاجتة (١) .

وفسرها أبو زكريا الأنصاري : بأنها بيع رطب أو عنب على شجر خرصا ولو لأغنياء بتمر أو زبيب كيلا فما دون خمسة أوسق (٢) .

ويلاحظ أن هذا التعريف شمل الرطب والعنب قياسا على الرطب بجامع أن كلا من التمر والعنب يمكن خرصه ويدخر يابسه .

٤ ــ وقال بعض فقهاء الحنابلة : بيع الرطب في رؤوس النخل خرصا بمآله يابسا بمثله من التمر كيلا معلوما لا جزافا لمن به حاجة الى أكل الرطب (٣) .

وقال الخرقي : العرايا هي أن يوهب للانسان من النخل ماليس فيه خمسة أوسق ، فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطبا (٤) .

فهذا التعريف عندهم ينص على الهبة بينما الآخر يذكره بصفة البيع مع تقييده بالأوساق .

٥ ــ والامامية تفسر العرية : بأنها النخله تكون في دار الانسان أو بستانه فيشتري مالكها أو مستأجرها أو مستعيرهما رطبها بخرصها تمرا من غيرها مقدارا موصوفا مآلا وان لم يقبض في المجلس أو بلغت خمسة أوسق (٥) .

٦ ــ والشيعة الزيدية تفسر العريه : بيع الرطب على النخل بخرصه تمراً فيما دون خمسة أوسق . وهذا قريب من الشافعي بتحديدهم بالأوساق وكذلك الحنابلة والحنفية بأنها بيع (٦) .

٧ ــ قال ابن حزم : العرايا : أن يأتي أو ان الرّطب ويكون قوم يريدون ابتياع الرطب للاكل فأبيح لهم أن يبتاعوا رطبا في رؤوس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق يدفع التمر الى صاحب الرطب (٧) .

---

(١) الاموال لأبى القاسم عبيد بن سلام ٦٥٧ ــ ٦٥٩ .
(٢) منهج الطلاب وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ .
(٣) كشاف القناع ٣ : ٢٥٨ ، ٢٥٩ وغاية المنتهى ٣ : ١٦٤ .
(٤) الخرقي مع المغنى ٤ : ٥٦ .
(٥) الروضه البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣٠٦ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٧ .
(٦) البحر الزخار ٣ : ٣٤٠ والروض النضير ٣ : ٢٧٧ .
(٧) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٥٩ ، ٤٦٢ .

شروط بيع العرايا :

١) الخرص : بأن يخرص ما على النخيل من الرطب ويخرص ما يجيء منه اذا جف فيأتي المتبايعان الى النخل ويخزرانها بأن يقولا فيها الآن رطبا خمسة أوسق واذا يبست وجفت صارت أربعة أوسق فتباع بأربعة أوسق فان زادت بعد الخرص مدا أو نحوه فلا يجوز لظهور التفاضل ، ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق (١) .

٢) أن يكون الثمن الذي يباع به معلوماً بالكيل وهذا لا خلاف فيه عند القائلين بصحة بيع العرايا ، ومستندهم في ذلك ان النبي ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا .

والاصل في ذلك اعتبار الكيل من الطرفين الا أنه سقط الكيل في الرطب للتعذر فيجب في الآخر على الأصل . ولا يجوز بيع الثمر جزافا (٢) .

٣) أن يكون المبيع من الرطب بما يساويه من الثمر بعد جفاف الرطب ونقل عن احمد بن حنبل مثل ذلك (٣) .

٤) أن يتقابضا قبل أن يتفرقا فان تفرقا قبل القبض فسد العقد ومن المعلوم أن التقابض في التمر يكون بالكيل والنقل أما في الرطب الذي على النخل فالتقابض فيه يكون بالتخلية بين المشتري وبين النخلة (٤) .

٥) أن تكون العريه أقل من خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد عليها وفي الخمسة عند الشافعية قولان :

احدهما : لا يجوز وهو قول المزني ، لأن الأصل هو الخطر عن هذا البيع وانما ثبت جوازه فيما دون خمسة أوسق لحديث أبي هريرة وهو مذهب الحنابلة والظاهرية (٥) .

---

(١) المحلى : ٨ : ٤٩٥ والحاوي للماوردي ٥ : ٣١٤ : وتكملة المجموع للسبكي : ١١ : ١٥ ، والأم : ٣ : ٥٦ ، ٥٤ . والمنتقى للباجي : ٤ : ٢٢٨ .

(٢) الام : ٣ : ٥٤ وتكملة المجموع للسبكي : ١١ : ١٥ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٢ والام ٣ : ٥٤ .

(٤) المراجع السابقة وغاية المنتهى ٣ : ١٦٥ .

(٥) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٥٩ وغاية المنتهى : ٣ : ١٦٤ .

وقال الشافعي : (وأحب الى أن يكون المبيع دونها لأنه ليس في النفس منه شيء)(١).

الثاني : أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حثمه (٢) وهو مذهب المالكية :

٦) بدو الصلاح للرطب وقت الشراء،وقال يزيد بن حبيب يجوز قبل الازهار لعام أو لعامين ، لأن الاصل فيها الهبه فلا يبطل ذلك الجهالة والغرر، الاأن قول ابن حبيب بعيد لأنها اذا بيعت أخذت أحكام البيع (٣) .

٧) أن يأكلها اهلها رطبا وهذا شرط خاص للحنابلة حتى يبقى العقد صحيحا فاذا ما ترك الرطب على النخلة حتى أثمر بطل العقد ، لقول الرسول ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا (٤) .

٨) أن يكون محتاجاً للرطب ولا ثمن معه مستدلين بحديث محمود بن لبيد قال : قلت لزيد ما عراياكم هذه ، فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى النبي ﷺ أن الرطب يأتي ، ولا نقد بأيديهم يتبايعون به رطبا وعندهم فضول من الثمر فرخص لهم أن يتبايعوا العرايا ، بخرصها من الثمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً (٥) .

٩) أن تكون العرية موهوبة لبائعها وهذا شرط هو قول مالك وهو كذلك عند الحنابلة ، لان العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل (٦) والظاهر عند الحنابلة أنه غير شرط أي لا يشترط في العرية أن تكون موهوبة لبائعها خلافا للخرقي وصاحب التلخيص (٧) .

١٠) أن تكون العرية في ثمر النخل ، قال ابن قدامة : ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل وهو اختيار ابي حامد وقول الليث بن سعد الا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا فيجوز .

---

(١) الام : ٣ : ٥٤ .
(٢) المهذب للشيرازي : ١ : ٢٨٢ والام : ٣ : ٥٤ والواضح النبيه : ٥ : ١٨١ والمنتقى للباجي ٤ : ٢٢٨ والدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ١٨٠ .
(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٧٩ والمنتقى للباجي : ٤ : ٢٢٧ والمدونة ١٠ : ٩٢ .
(٤) غاية المنتهى ٣ : ١٦٥ وكشاف القناع : ٣ : ٢٥٨، والمغني ٤ : ١٢ .
(٥) غايه المنتهى : ٣ : ١٦٤ وكشاف القناع : ٣ ٢٥٩ .
(٦) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ١٧٩ .
(٧) كشاف القناع : ٣ : ٢٥٩ .

قال القاضي : يجوز في سائر الثمار قياساً على ثمرة النخيل (١) .

ولمالك روايتان : الاولى : يجوز في كل ما ييبس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين والزيتون والفستق .

الثانية : أنه لا يجوز الا في النخل والعنب لانهما يختصان بالاكل حال الارطاب وقبل اليبس مما يتأتى فيه الخرص ، وهو مذهب الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه الذي جعل العنب كالتمر ، لأن رسول الله ﷺ سن الخرص في ثمرها ، ولأن الزبيب يدخر يابسه فأشبه الرطب الا أن الشافعية اختلفت في الجواز أهو من حيث النص أم من حيث القياس على وجهين :

الأول : قول البصريين : أنها جازت في الكرم نصا مروياً عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ أرخص في العرايا . والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب .

الثاني : وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت في الكرم قياساً على النخيل لبروز ثمرتها وامكان الخرص فيها .

الا اني أرى من فهمي لحديث سهل بن أبي حثمة السابق من أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا لاصحاب العرايا فانه قد اذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمرة بخرصها) فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر، لأن التمر فصله الاستثناء وجعله مع بقية التمر ولذلك نقول قد ثبت بالقياس .

اما رد الحنابلة فهو :

١ ـ في الحديث المتقدم ما يدل على تخصيص العرية بالتمر .

٢ ـ عن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك) (٢) .

٣ ـ عن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ، والمزابنة ببيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا ، وعن كل ثمر بخرصه) (٣) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٠ .

(٢) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٢٨٩ .

(٣) هذه رواية مسلم اما رواية البخاري ، والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا . البخاري مع فتح الباري ٥ : ٢٨٩ — ٢٩٠ .

٤ ـ الأصل في بيع العرية يقتضي التحريم وانما جازت في ثمرة النخيل رخصة وغيرها لا يصح قياسها عليها لوجهين :

الأول : عدم مساواة غيرها في الاقتيات بها وسهولة خرصها والرخصة انما كانت لاهل المدينة وحاجتهم كانت في الرطب دون غيره .

الثاني : مخالفة القياس للنص وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة (١) .

واني لأرى جواز العرية في العنب بداعي الحاجة في كل اذ ما الفرق بين جوازها في الرطب وعدم جوازها في العنب وكل منهما ثمرة مشتهاة في وقتها والله أعلم .

بقية الثمار ما عدا الرطب والعنب :

أما العرايا في سائر الثمار كالتفاح والمشمش والأجاص والخوخ فمذهب الشافعية على رأيين :

الأول : يجوز لشمول المعنى لأنه ثمرة فجاز بيع رطبها بيابسها خرصا كالرطب (٢) الا أن هذا القول فيه وجه :

اما أن ينظر الى ظاهر لفظ الشارع في العرايا ، واما أن ينظر الى المعنى .

فان نظرنا الى ظاهر اللفظ وجب ترجيح القول الاول بالحاق سائر الثمار بالرطب والعنب .

وان نظرنا الى المعنى وجب ترجيح القول بالاختصاص بالفقراء .

الثاني : المنع لتعذر الخرص وهو الصحيح عند المحاملي والروياني ، لما روى زيد ابن ثابت قال: رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرُطب ولم يرخص في غير ذلك (٣) . ولانها لا تخرص لتفرق ثمارها والحائل من الورق دونها (٤) .

بيع العرايا بصنفها جزافاً :

نص على عدم الجواز الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه بأن لا تباع عرية النخل

---

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٠ ، ٥١ .
(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٢٨٢ .
(٣) المهذب ١ : ٢٨٢ والمجموع ١١ : ٥٦ .
(٤) الام ٣ : ٥٥ .

بثمره جزافاً ولا بتمر نخلة مثلها ولا أكثر . والعلة أن ذلك محرم الا كيلابكيل الا العرايا فهي خاصة والخرص فيها يقوم مقام الكيل .

التصرف في العرية :

ويجوز للغير ان يشتري العريةاذا كانت فيموضع منله حائط بذلكالموضعاما لموافقة ثمرتها لثماره أو لقربها . والعلة في ذلك أن الإحلال عام لا خاص إلا أن يخص بخبر لازم .

ويجوز أيضاً أن يهب العريهواطعامها وبيعها وادخارها وما يحل له من التصرف في ماله وذلك أنه اذا ملك هذا حلالا حل له جميع هذه التصرفات .

حكم بيع العرايا :

اختلف الفقهاء في بيع العرايا على ثلاثة آراء :

الرأي الأول :

وهو مذهب الامام مالك والشافعي وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام وأحمد واسحق وأبو عبيده وداود ومن تبعهم من أهل العلم وقالوا: ان بيع العرايا جائز، وجعلوه مستثنى من جهة نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر .

واستدلوا على ذلك :

١ ــ بما روي عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة، والمزابنة بيع التمر بالتمر الا أنه أرخص في العرايا (١) .

٢ ــ عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن (رسول الله ﷺ أرخص لصاحبالعرية أن يبيعها بخرصها) (٢) .

٣ ــ عن سهل بن أبي حثمه قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر الا

---

(١) رواه الطبراني في الكبير . انظر مجمع الزوائد ٤: ١٠٣ .

(٢) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح البازي ٥ : ٢٩٠–٢٩١ .

أنه أرخص في العريه أن يباع بخرصها تمراً يأكلها رطباً (١) .

٤ ــ وقلت لرجل من أصحاب رسول الله ﷺ امــا زيد بن ثابت واما غيره ما عراياهم هذه؟ فقال وسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتبايعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم ان يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطبا .

٥ ــ عن أبي هريرة (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق) (٢) .

هذه الاحاديث دلت على ما ذهب اليه الجمهور في جواز بيع العرايا من خمسة أوجه :

١) أنه استثنى العريه من المزابنة فالمزابنة المنهى عنها هــي بيع التمر بالرطب في نخله وجب أن يكون العرية المستثناة منها هي بيع التمر بالرطب في نخله .

٢) أنه أجاز العرية بلفظ الرخصة والرخصة ما كانت بعد حظر سابق ولا تكون العرية رخصة بعد حظر الا على أساس أن الحظر يكون في البيع لا في الرجوع في الهبــه .

٣) أنه أرخص في بيع العرايا والبيع ما يتناول عوضاً ومعوضاً ولا يكون ذلك الا على قول الجمهور .

٤) انه اعتبر فيها المساواة بالخرص ولا يجب ذلك الا في بيعها بالجنس .

٥) أنه أباحها في قدر مخصوص كما في حديث أبي هريرة السابق (٣) .

وقد ورد اعتراض على هذه الاحاديث بأنها واردة قبل تحريم الربا فتكون منسوخة الا انهم قالوا ان هذا الاعتراض فاسد من وجوه :

١ ــ انه اعتبر فيها التساوي بالخرص وهذا قبل تحريم الربا غير معتبر .

٢ ــ انه أباحها في قدر مخصوص وهذا قبل تحريم الربا غير مقدر .

---

(١) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٢٩٣ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي. انظر مختصر سنن أبي داود ٥ : ٣٩.

(٣) الحــاوي للماوردي ٥ : ٣١٠ ، ٣١١ والــواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ١٨٠ والمجموع للسبكي : ١١ : ١١ .

٣ ـ انه ارخص في العريه وهذا يقتضي بعدم الحظر (١) .

الرأي الثاني : ذهبت الحنفية الى مخالفة الجمهور في شأن جواز العرايا في أمور :

١) حمل العرية على الهبة كما رأينا في تأويلهم واستشهدوا بشعر حسان بن ثابت وقالوا كأنه رخص النبي ﷺ لمن وهب ثمر نخله لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك تمراً ويرجع الواهب فيها . وسماه بيعاً، لأن ما دفع الواهب الى الموهوب له من التمر كالعوض عما وهبه . وبهذا تحمل العريه على الحقيقة والبيع على المجاز .

أما من ناحية الرخصة في جواز ذلك فقد اختلفوا فيها :

أ ـ انها عائدة الى المعرى لانه وعد فأخلف قال الديني : ويعزى هذا الرأي الى عيسى بن أبان .

ب ـ انها عائدة الى المعرّى له لانه أخذ العوض عما لم يملكه .

٢) أن مخالفيهم حملوا البيع على الحقيقة والعريه على المجاز وهذا ممنوع ، لانه قد تقدم أن للعريه تفسيرين وبذلك يكون لا مجاز عندئذ .

الرأي الثالث :

رأي الامام مالك رضي الله عنه وان وافق على مقتضى الحديث لكن يفسر العرايا بتفسير أخص مما يقوله الشافعي .

فقدفسرها : بأن يهب الرجل الرجل ثمر نخلة أو نخلات ثم يتضرر بمداخلة الموهوب له فيشتريها بخرصها تمراً) وقصرها على هذا التعريف بأنه لا يجوز بيعها من غير صاحب البستان الا بعرض أو نقد ويجوز نسيئة (٢) .

وجوز شراءها لمعريها ولمن قام مقامه أي وارثه الذي ورث تلك العرية منه وكذلك المشتري الذي اشتراها منه والموهوب الذي وهبها له (٣) .

علة الترخيص :

١) لدفع الضرر عن المعرّي بدخول المعرى له وخروجه واطلاعه على مالا يجب الاطلاع عليه من حريم وغيره .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) تكملة المجموع للسبكي ١١ : ٨ ـ ١٢ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٧٩ .

٢) للمعروف أي الرفق بالمعرى بالفتح لكفايته المؤنه والحراسه لا للتجر فيمنع بالخرص.

موطن الغرر في العريه :

انها مجهولة القدر لأن البيع انما كان بطريق الخرص والخرص انما هو التخمين والتقدير وليس بمكيال منضبط يؤدي الى الجهالة والجهالة من مواطن الغرر .

اذا كان الخرص فيه جهالة القدر وهو على الأرض وهو ممنوع فكيف اذا كان على النخل لأنه أقرب الى الغرر .

ولكن اجازته بأن الحاجة تدعو اليه وهـو في رؤوس النخل وفي الأرض لا تدعو الحاجة اليه ، لانه لا يمكنه أن يأكل الرطب مع الناس ، وقـد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة اليه وما لا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة كما في السلم المؤجل لا يجوز مع كثرة الغرر .

الرأي المختار :

اني لأرى أنه يجوز أن تباع العرايا فيما دون خمسة أوسق للأدلة الآنفة الذكر وان كان موسراً ، لأن النبي ﷺ عندما أحلها لم يستثن فيها بأنها تحل لأحد دون أحد لأن النبي ﷺ عندما قال الا العرايا جاء هذا اللفظ بالاطلاق ولم يبين لمن تحل أولا تحل ولو كان يريد الاستثناء لاستثنى كما استثنى أو خصص ، كالذي أفطر عامداً بالوقاع في شهر رمضان فانه قال له (يجزيك ولا يجزي أحداً غيرك) وحرم الميتة ورخص للمضطر ، وفـيما نعلم أن كثيراً من الفرائض نزلت بأسباب خاصة فكانت لهم وللناس عامة الا ما بين الشارع أنه أحل لخصوصية أو ضرورة . والله أعلم .

المطلب التاسع

بيـــع الجزاف

تفسير الجزاف :

١ ــ في اللغة :

الجزاف مثلث الجيم فارس معرب ، وهو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد(١) والجزف في الاصـــل الاخذ بكثرة من قولهم جزف البائع له في الكيل اذا أكثر ومرجع ذلك الى المساهله(٢)والجزاف:هو ما جهل قدره أو وزنه أو كيله أو عدده (٣) والجزاف البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (٤) .

٢ ــ الجزاف في اصطلاح الفقهاء :

بأنه بيع ما يمكن علم قدره دون أن يعلم والأصل منعه وخفف فـــيما شق علمه أو قل جهلـــه (٥) .

---

(١) تهذيب الفروق ٣ : ٢٤١ وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١١٨ ومعرب كـــزاف بالضم وهو الحدس . در المنتقى ٢ : ١٠ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٦ .

(٣) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٤٧

(٤) تهذيب الفروق ٣ : ٢٤١ والمراد من قوله شق علمه يريد في المعدود والمراد من قل جهله في المكيل والموزون اذ لا تشترط المشقه فيها . تهذيب ٣ : ٢٤١ وجواهـــر الاكليل ٢ : ٨ .

(٥) مجمع الانهر ٢ : ١٠ .

ونقل زيد بن علي عن النهاية : والجزاف المجهول القدر مكيلا كان أو موزوناً (١) .

وعرف الدسوقي الجزاف: هو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد والأصل منعه ولكنه خفف فيما شق علمه من المعدود أو قل جهله في المكيل والموزون اذ لا تشترط المشقة فيهما (٢) .

وهذا التعريف هو نفس تعريف ابن عرفه .

وعرفه الدردير . هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد والأصل فيه المنع للجهل لكن أجازه الشارع للضرورة والمشقة (٣) ويقرب من هذا التفسير ما ورد للجعلي أيضاً (٤) .

وعرفه ابن اطفيش من الاباضية : الجزاف هو الظن والتقدير في كمية الشراء (٥) .

وعرف النووي الجزاف : بأنه بيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير (٦) .

وعرف الشوكاني الجزاف : وهو ما لم يعلم قدره على التفصيل (٧) .

هذه التعاريف المتقاربة والمتماثلة الآن تعريف الشوكاني أدقها وجامع لمعان التعاريف السابقة وأخصرها والله أعلم .

حكم بيع الجزاف :

اختلف الفقهاء في بيع الجزاف على رأيين :.

رأي الجمهور أجازوا بيع الجزاف ولكن بشروط ، ورأى الامامية بعدم جواز بيع المكيل والموزون والمعدود جزافاً .

أولا : رأي الشيعة الامامية :

وذهبت الامامية الى أنه لا يصح بيع المكيل والموزون جزافا وكذلك المعدود فان حكمه حكم المكيل والموزون (٨) .

---

(١) الروض النضير ٣ : ٢٨٧ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ .

(٣) الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك ٢ : ١١

(٤) سراج السالك ٢ : ١٢٧ .

(٥) شرح النيل ٤ : ١٤٣ .

(٦) النووي على مسلم ١٠ : ١٦٩ وعمدة القارىء ١١ : ٢٥٠ .

(٧) نيل الاوطار ٥ : ١٧٠ .

(٨) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٤ والمختصر النافع ١٤٣ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٦٥ ، ٢٦٦ ط النجف الاشرف .

ومرد عدم صحة البيع عندهم على أن العلم بالمبيع شرط اذ لا يصح بيـــع المجهول ولا الشراء به كما أن مشاهدة المبيع لا تكفي في المكيل والموزون والمعدود سواء كان عوضاً أو ثمناً والعلم بالمبيع شرط مجمع عليه وأن العقد على المجهول باطل بلا خلاف . ومرادهم بالعلم العلم العادي الذي ينتفي معه الغرر .

الا أن هذا الاجماع الذي ذكروه لا يظهر لي بأنه أمر مسلم فيـــه اذ أراهم يناقضون بعضهم البعض في هذا الأمر ولننظر الى الآراء المتناقضة عندهم فقال العاملي :

أ ـــ وفي الخلاف : ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافاً وان شوهد اجماعا .

ب ـــ وفي المسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح : أنه المشهور وزاد في المسالك أنه عليه الفتوى .

جـ ـــ وفي موضع من المختلف : انه الأشهر . وفي موضع آخر منه ينصون على أن الثمن اذا كان مجهولا بطل البيع ولا خلاف بينهم الا من ابن الجنيد .

د ـــ وفي موضع من التذكرة : (بيع الصبرة باطل اذا جهلاها وقت العقد ، أو احدهما سواء شاهدها أم لا وسواء كالاهما بعد ذلك أم لا ذهب اليه علماؤنا اجمع الا ابن الجنيد) .

وفي موضع آخر من التذكره (لا فرق بـــين الثمن والمثمن في الجزاف في الفساد عندنا) .

هـ ـــو في بيع المبسوط (اذا قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم صح البيع لأن الصبرة مشاهده ، ومشاهدة البيع تغني عن معرفة مقداره ، وقد روى أن مـــا يباع كيلا لا يباع جزافا وهو الأقوى عندي وقد فهم منه في المختلف أنه متردد .

و ـــ وفي اجازة المبسوط (اذا باع شيئاً بثمن جزافا جاز اذا كان معلوماً مشاهدا وان لم يعلم وزنه وفي الخلاف : وكذا مال السلم) وفي الخـــلاف (لا يكفي النظر الى رأس المال الا بعد العلم بمقداره سواء كان مكيلا أو مـــوزوناً أو مذروعاً ولا يجوز جزافا) .

وجوز ابن الجنيد بيع الصبرة جزافاً :

فمن هذه النصوص نلاحظ عدم الاجماع وعلى ذلك فمن أين جاء هذا التناقض فيما بينهم فيجيب العاملي على ذلك بأنه من متأخري فقهاء الامامية لا من متقدميهم فنراه يقول :

(وأول من فتح باب الشك في ذلك فيما أجد ممن تأخر المولى الأزدبيلي وتبعه الفاضل الخراساني والمحدث الحراني) .

ثم يذكر العاملي عن مجمع البرهان بأن اعتبار متاخري الامامية ما رأيت له دليلا صالحا ، ولذلك فانهم يستدلون على رأيهم الاول بعدم الصحة .

عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم ثم ان صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت فقال لا يصح الا أن يكيل . ثم قال : ما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصح مجازفة (١) .

ثانياً : رأي الجمهور :

وممن اجازوا بيع الجزاف الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والاباضية والظاهرية . ولكن بشروط نذكرها فيما بعد :

فالحنفية لا يجوزون الجزاف اذا بيعت بجنسها لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا (٢) . وهذا ايضاً مفيد بالذي لا يدخل حتى ما يسمى بالكيل منها والذي لا يدخل تحت اسم الكيل فيجوز كحفنة بحفنتين : وذكر القليل في مجمع الانهر (هو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعي وهو نصف الصاع (٣) .

وذكر عن محمد في الفتاوى الصغرى : أنه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل (٤) اما اذا بيعت بغير جنسها صح البيع لقول النبي ﷺ اذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد (٥) .

والمالكية يجوزون بيع الجزاف فيما اجتمع فيه شروط جوازه وصحته معا سواء كان المبيع مما يكال أو يوزن أو كان مما يعد ، وما يقصد آحاد جنسه لا يجوز بيعه جزافا كالثياب اذ الغرض يتعلق في كل ثوب على حده ، وقيدوا الجواز في المعدود بما تلحق

---

(١) مفتاح الكرامه للعاملي ٤ : ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٦ وابن عابدين ٤ : ٥٣١ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٨٦ .

(٤) مجمع الانهر ٢ : ١٠ .

(٥) الهداية بهامش فتح القدير ٥ : ٨٦ ومجمع الانهر ٢ : ١٠ والدر المنتقى ٢ : ١٠ .

المشقة في عده لكثرته وتساوي أفراده كالجوز والبيض ، أو يكون المقصود مبلغ المبيع لا آحاده كالبطيخ فانه يجوز الجزاف فيه وان اختلفت آحاده (١) .

والخلاصة : أن ما كثر جدا يمنع بيعه جزافا سواء كان مكيلا أو موزوناً أو معدوداً لتعذر حزره وما كثر ولكن ليس كثيراً جداً يجوز بيعه جزافاً مكيلا كان أو موزوناً أو معدودا لا مكان حزره ، وما قل ولكن قليلا جدا يمنع بيعه جزافا ان كان معدودا، لانه لا مشقة في علمه بالعددفان كانمكيلا أو موزوناً وجهلاقدر كيله أو وزنه فيحزران (٢).

والشافعية يجوزون بيع الجزاف بين صبرة قمح أو شعير أو جـــوز وغير ذلك ولكن البائعين شاهداها فالبيع صحيح بلا خلاف عندهم وتكفي في ذلك الرؤية الظاهرة لأن الظاهر أن أجزاءها متساوية .

أما بيع الصبرة جزافاً والبيع بصبرة الدراهـم جزافاً ففي ذلك قولان حكاهما الخرسانيون :

الأول : أنه مكروه لما فيه من الغرر وهو الاصح .

الثاني : لا يكره لانها مشاهدة (٣) .

قال الشافعي : وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة (٤) .

والحنابلة : يجوزون بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع بقدرها ، ولأنه معلوم بالرواية فصح بيعه كالثياب ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة ولا يحتاج الى معرفة قدرها مع المشاهدة (٥) .

والزيدية : يصح البيع جزافاً وذكر صاحب البحر الاجمـــاع على جوازه حيث علماه جميعاً أو جهلاه . وانما يصح بيع الجزاف اذا كانت الصبرة مشاهدة أو في حكم المشاهدة اذ لا غرر مع المشاهدة (٦) .

---

(١) تهذيب الفروق للقرافي ٣ : ٢٤١ .
(٢) الدسوقي على الشرح للكبير ٣ : ٢٠ وتهذيب الفروق ٣ : ٢٤٢ وجواهر الاكليل ٢ : ٨
(٣) المجموع ٩ : ٣٤٢ .
(٤) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٢ .
(٥) المغني لابن قدامه ٤ : ٩٣ .
(٦) الروض النضير ٣ : ٢٨٧ والبحر الزخار ٣ : ٣٢٠ .

ويصح الجزاف في صبرة سواء كانت من طعام أو عسل أو رمان أو أرض أو ثياب فبيع تلك الجملة من غير تعيين قدرها اذا كانت الصبرة مميزة مشاهدة (١) .

والاباضية : يصح الجزاف في مكيل وموزون وما يقصد فيه الجملة لا الآحاد لارادة الكثرة .

ومنعوا في المعدود والممسوح وهو المقدر بالذراع أو الشبر أو بالباع ونحو ذلك ، وجاز بيع الجزاف في غير الأربعة مما لا تقصد آحاده (٢) وذكر ابن اطفيش الإجماع على جواز بيع الطعام جزافا (٣) .

شروط بيع الجزاف :(٤)

ولجواز بيع الجزاف عند الفقهاء شروط أذكرها مرتبة كما جاء في كتب السادة المالكية ثم أشير الى بقية المذاهب أثناء البحث فيها :

الشرط الأول :

ان يكون المشتري والبائع جاهلين بقدره ويحترز بهذا القيد فيما اذا علمه أحدهما فقط لا فيما اذا علماه لأنه في هذه الحالة يخرج عن كونه جزافا (٥) .

ويجوز العقد حينئذ ، أما لو علمه أحدهما فلا يجوز بيعه جزافا كان يعلم قدر المبيع كيلا أو وزناً أو عددا وجهله الآخر فانه لا يجوز العقد (٦) .

وان تبايعا جزافا ويعلم أحدهما قدره والآخر يجهله ثم حصل العلم لأحد المتبايعين

---

(١) التاج المذهب ٢ : ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

(٢) الاربعة . المكيل والموزون والمعدود والممسوح .

(٣) النيل ٤ : ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٤) أكثر من كتب وفصل في هذا الامر المذهب المالكي الا انهم اختلفوا في عددها فالدردير ذكر عددها سبعة والعدوى ذكرها عشره والقرافي ذكر الجوازفي خمسة والمنع في ثلاثة والجزاف والصحة معافى سبعه . الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١٤٧ وتهذيب الفروق ٣ : ٢٤٢ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ .

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ والعدوي على كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٤٩ وسراج السالك . ٢ : ١٢٧ وجواهر الاكليل ٢ : ٨ وبلغة السالك ٢ : ١١ .

جزافا بعد البيع بأن الآخر يعلم قدره حين البيع فيخبر غير العالم بقدره وقت البيع بفسخ البيع لان العالم بقدره قد غره .

وابن رشد يقول : ما يعد أو يكال أو يوزن لا يجوز بيعه جزافاً الا مع استواء البائع والمبتاع في الجهل بعدما يعد منه ووزن ما يوزن وكيل ما يكال (١) لانـــه متى علم ذلك أحدهما وجهله الآخر كان العالم بذلك قد غر الجاهل وغشه ولذلك يثبت له الخيار كظهور عيب في السلعة دلس به البائع على المشتري (٢) .

وان أعلم العالم الجاهل بعلمه بقدر المبيع أو علم به الجاهل مـــن غيره فالبيع فاسد للغرر والخطر ثم مثل بتشبيه كبيع الأمة المغنية بشرط كونها مغنية لاستزادة ثمنها فهو بيع فـــاسد (٣) .

قال مالك : ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافاً وكتم على المشتري كيلها فان ذلك لا يصح فان أحب المشتري أن يـــرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره ، وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري بذلك فان المشترى ، ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ، ولم يزل أهـــل العلم ينهون عن ذلك) (٤) . فقد أثبت هذا النص الخيار .

قال ابن رشد : (ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافاً ممن يجهل الكيل) ثم قال بعد ذلك (والمزابنة النهي عنها عند مالك مـــن هذا الباب) (٥) .

وذكر الباجي (أن لا يعلم المتبايعان ان أحدهما ينفرد بمعرفـــة مقداره) (٦) وهذه الصيغة التي جاء بها الباجي تختلف عن الصيغة التي جاء بها ابن رشد ، اذ صيغة ابن رشد تدل على عدم جواز العقد اذا كان أحدهما يعلم والآخر يجهل ، ويجيز بيع المكيل ممـــن يجهل الكيل .

---

(١) المراد بابن رشد الجد لأن ابن رشد الحفيد قد تأخر رأيه كما سنرى .
(٢) جواهر الاكليل ٢ : ٨ وحاشية العدوى ٢ : ١٤٩ .
(٣) جوائز الاكليل ٢ : ٨ وتهذيب الفروق ٣ : ١٤٣ .
(٤) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٨ .
(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٧٢ .
(٦) المنتقى للباجي ٥ : ٨ .

أما ابن جزيء فقد ذكر لهذا الشرط صيغة(أن يستوي البائع والمشتري في العلم بمقداره وفي الجهل به) (١) وهذه الصيغة التي جاء بها ابن جزيء ،أن بيع الجزاف اذا كان البائعان عالمان أو جاهلان على حد سواء ، فالجزاف صحيح وان علم أحدهما وجهل الآخر فلا يجوز بيع الجزاف عنده .

قال الباجي : (فان معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوماً فيجب أن يكال أو يعرف والمبتاع فيه البائع ، فان انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر فلا يجوز هذا العقد)(٢).

وقد استدل على ذلك بالحديث المروي عن أبي هريرة قال نهى رسول ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر . واستدل أيضاً من جهة المعنى ، بأنه باع جزافاً ما يعلم قدر كيله على على الانفراد بعلمه فلم يجز فكأنه بهذا كمن يقول لآخر : أبيعك ملء هذه الغراره وهو يعلم كيلها .

ومن هذا التقرير للباجي فان العقد يفسخ اذا وقع بالصورة السابقة ، فقد روى ابن حبيب عن مالك أنه قال (يفسخ ولا يلزم) (٣) .

ويقرر الباجي أيضاً: فان علم ذلك البائع وكتم صاحبه فهو عيب يرد به المبتاع على البائع ان شاء .

أما المعدود فان كانت مقاديره لا تتفاوت بالصغر والكبر فقد ذكر الباجي أن حكمه حكم المكيل والموزون.

وأما المعدود الذي تختلف مقاديره وتتفاوت كالقثاء والبطيخ قال ابن الجوزاء اذا عرف أحد المتبايعين عددها أو غيره لم يجز بيعه جزافاً .

ولذا نجد الباجي يفرق بين الصورتين فيما كان يعلم مقدار المبيع وفيما اذا كتم على المشتري على النحو التالي :

(كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري

---

(١) القوانين الفقهية ٢٣٩ .
(٢) المنتقى للباجي ٥ : ٨—٩ .
(٣) المنتقى للباجي ٥ : ٩ .

فان علم عدده البائع فباعـــه جزافاً ولا يعلم المشتري بعلمه كذلك فان ذلك كالعيب الذي للمبتاع الرد به أو الرضا به ولا يفسد بذلك البيع ووجهه أن الذي يفسد البيع انما هومعرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل فيقدم في ابتياعه على هذا الغرر وهذا معلوم في مسألتنا (١) .

أما الحنفية فبيع الجزاف المشار اليه مبيعاً كـــان أو ثمناً لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه ، وجهالة الوصف لا تضر اذ لا يمنع التسليم والتسلم (٢)وشرط جواز بيع الجزاف أن يكون مميزاً مشاراً اليه ، لأن المستحق بالبيع هو المشار اليه (٣) .

والشافعية : يشترطون لصحة بيع الجزاف اذا لـــم يعلم واحد منها قدرها كيلا ولا وزنا ويكتفون بالمشاهدة فقط (٤) .

وفي هذا يوافقون الحنفية في بيع الجزاف بالمشاهدة فقط الا أن الحنفية يعتبرون المبيع المشار اليه لا تضره الجهالة أبداً .

والحنابلة : يشترطون في بيـــع الصبرة جزافا اذا عـــلم أحدهما ولم يعلم الآخر بثلاثة شروط :

١) البيع جائز الا أن محمد قال لا يعجبني اذا عرف كيله الا بشرط أن يخبر صاحبه وفي رواية محمد بن الحكم عن أحمد أن البيع صحيح لازم ، لأن المبيع معلوم لهما ولا تغرير من أحدهما وصار كما لو علم المتبايعان كيله أو جهلاه . وأن استواءهما في العلم والجهل أبعد من التغرير ، وانما كرهه أحمد كراهة تنزيه .

٢) ثبوت الخيار : لأنه بمنزلة التدليس فان علم به المشترى فلا خيار له لدخوله على بينة من الأمر .

وان لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيار في الفسخ . وهـــذا موافق لرأي الامام مالك رضي الله تعالى عنه ، لانه غش وغدر من البائع فصح العقد معه ولكن يثبت للمشتري الخيار .

---

(١) المنتقى ٥ : ١٠ والصحيح وهذا معدوم وبذلك يصح سياق الكلام .
(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .
(٣) الزيلعي ٤ : ٥ .
(٤) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٤٣ .

٣) ان البيع فاسد لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد (١) .

والشيعة الزيدية كما جاء في الروض النضير عن البحر،الاجماع على جوازه حيث علماه جميعاً أو جهلاه . فلو علم قدره أحدهما دون الآخر فظاهر اطلاق الحاوي أنه يفسدالعقد، اذ العالم مظنة للغرر .

وهناك احتمال بأن يحمل اطلاق الهادي على ما لو كان العالم هو البائع دون المشتري اذ الغرر انما يكون من جهته وقد نص القاسم بأن للمشتري الخيار دفعاً لخيانته .

وقيل يحتمل : أن البيع يصح مع علم البائع ويخير المشتري الجاهل لأجل معرفة قدر المبيع ذكر هذا أبو طالب للمذهب .

وذهب المؤيد بالله والامام يحيى : الى صحة بيع الجزاف مطلقاً وان علم أحدهما دون الآخر اذ لا غرر مع المشاهدة (٢) .

وهذا الرأي يوافق رأي الحنفية والشافعية ،والذي أراه أن بيع الجزاف مع المشاهده هو بيع صحيح،اذ المشاهدة تنفي الجهالة،أما كون أحد المتبايعين يعلم بمقداره والآخر يجهله فاني أرى أن البيع صحيح ولكن يثبت للجاهل الخيار ليدفع الغرر عنه والله أعلم .

والشيعة الاباضية : يشترطون أن يكون المتبايعان جاهلين بمقداره .

أما ان علم أحدهما بالمقدار والآخر يجهل المقدار فللجاهل الخيار ، وقيل لزم على العالم أن يخبر الجاهل بمقداره .

وقيل للمشتري الخيار ان علم البائع وان علم المشترى بالمقدار وجهل البائع فسد البيع، أما اذا أعلم البائع المشترى بأنه عالم بالمقدار فسد البيع لان ذلك مقامره (٣) .

الشرط الثاني : رؤية المبيع حين العقد :

فمن باع صبرة بثمن لجميعها وأن البيع قد تناول جميعها و لم يبع على قدر ما يعتبر به زيادتها عليه، أو نقصها عنه فالبيع جائز، ذكر ذلك عن مالك رحمه الله والوجه في ذلك :

---

(١) المغني لأبن قدامه ٤ : ٩٥،٩٦ .
(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٧ والبحر الزخار ٣ : ٣٢٠ .
(٣) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

أن هذا مرئي يتأتى فيه الحزر ، ويقل فيه الغرر ولا يظهر فيه القصد الى المخاطره والمغابنة.

وأما الغائب الذي لم تتقدم رؤيته أو الثابت في الذمة فلا تتأتى حزره فلم يصح بيعه جزافاً ،وقد فسر هذا سحنون من قول ابن القاسم بأن لا يكون الا بالنظر ، وعلى هذا لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة الا مذارعة في رؤيـــة أشهب وابن نافع عن مالك وذكر سحنون مثله (١) .

حكم الرؤيـة السابقة على العقد :

لا يشترط في الجزاف الحضور مطلقاً سواء كان زرعاً قائماً أو صبرة طعام أو غيرها وانما يشترط في الجزاف الرؤية بالبصر، سواء كانت مقارنـة للعقد أو سابقة عليه، وهذا اختيار ابن رشد وهو قول ابن حبيب ، وعلى هذا تكفي الرؤيـــة السابقة بشرط استمرار المعرفة لوقت العقد .

أما رواية ابن القاسم عن مالك وعلى مافي المدونة يشترط في بيع الجزاف كله أن يكون حاضراً حين العقد لكن يستثنى منه الزرع القائم والثمار في رؤوس الاشجار فقد اغتفر فيها عدم الحضور ان تقدمت الرؤية ، فعلى هذا فالرؤية السابقة على العقد لا تكفي (٢) .

والمقصود من الرؤية حين العقد عند من اشترطها حصول المعرفـــة بالمبيع وانتفاء الجهالة عند حصول العقد وابرامه وهذا يستوي فيه الصبره والزرع القائم والثمرة في رؤوس الاشجار وكون الزرع والثمرة بعد العقد ان وقع فيها معرفة قدرهما وقت العقد (٣) .

استثناء بيع الحاضر على الصفة بدون رؤية :

لأن الحاضر لا يكتفي فيه بالصفة على المشهور الا لعسر الرؤية وذلك كقلال الخل المختومه اذا كان في فتحها مشقة وفساد فيجوز بيعها بدون فتح أي بدون رؤية (٤) ولكن يشترط في القلال أن تكون مملوءة أو يعلم المشتري نقصها ولو باخبار البائع بصفة ما فيها(٥).

---

(١) المنتقى ٥ : ٨ والعدوى ٢ : ١٤٩ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وبلغة السالك ٢ : ١١ وتهذيب الفروق ٣ : ١٤١ .

(٣) تهذيب الفروق . ٣ : ١٤٢ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وتهذيب الفروق ٣ : ١٤٢ وجواهر الاكليل ٢ : ٨ .

(٥) العدوي ٢ : ١٤٨ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ .

رؤية بعض المبيع :

ويكفي رؤية بعضه المتصل بباقيه كالصبرة يرى ظاهرها والغرارة والحاصل الكبير(١) وكرؤية بعض مغيب الأصل (٢) .

وان كان ملىء وعاء كظرف وغرارة وقفة مملوءة من حنطه بدرهم ،أو قارورة يملؤها زيتا بدرهم ، ولو كان ممتلئا وباع ما فيه مثله ثانيا بعد تفريغه ، فلا يجوز لعدم رؤية مثله ثانيا حين العقد ، وذلك لأن الظرف أو القفة أو الغرارة ليس مكيالا معتادا ، ويستثنى من ذلك مما جرى العرف بأن ضمانه من بائعه اذا تلف قبل تفريغه كسلة تين أو زبيب يجعله كالمكيال المعلوم فيجوز بيع ملئه فارغا وبيع ملئه الحاضر مع ملئه ثانيا بعد تفريغه لانه بمنزلة المكيال المعلوم (٣) .

بيع الجزاف من الاعمى :

اذا كان من شروط صحة بيع الجزاف أن يكون مرئيا بالبصر لكل من البائع والمشتري ، وعلى هذا فلا بد من أن يكون البائع والمشتري بصيرا ، فلا يجوز بيع الاعمى وشراؤه جزافا لاشتراط رؤية المعقود عليه (٤).

أما الحنفية فان اشتراط الرؤية لبيع الجزاف شرط عندهم ، قال الزيلعي : وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزا مشاراً اليه (٥) . والشافعية والحنابلة يشترطون الرؤية أيضاً (٦) .

والشيعة الزيدية يشترطون بيع الجزاف اذا كان مشاهدا أو في حكم المشاهد نحو ما يكون في ظرف حاضره (٧) ، وكذلك عند الشيعة الاباضية تشترط أن يكون المبيع مرئيا ، اذ لا يجوز بيع الغائب (٨) .

---

(١) الحاصل . مخزن الحبوب .
(٢) العدوى ٢ : ١٤٨ .
(٣) جواهر الاكليل ٢ : ٨ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢١ وبلغة السالك ٢ : ١١ .
(٤) العدوي ٢ : ١٤٨ .
(٥) الزيلعي ٤ : ٥ .
(٦) المغني لابن قدامه ٤ : ٢٩٣ والمهذب ١ : ٢٧٢ .
(٧) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٧ .
(٨) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

ان يعتاد الحزر في ذلك أي أن يكون المتبايعان من أهل الحزر بأن يكونا من قوم اعتادوه وأن يحزرا بالفعل ، فان لم يعتادا أو اعتاد احدهما لم يجز (١) .

وان اختلفت عادتهما في حزر قدر كيله ووكلا من يحزره بالفعل جاز فالشرط حزر المبيع بالفعل من أهل الحزر سواء كان الحزر منهما أو ممن وكلاه (٢) .

وعلى هذا فلا يجوز بيع عصافير حية بقفص ونحوها ممـــا يتداخل من الطير لانه يدخل بعضه تحت بعض فلا يمكن حزره، وكذلك لا يجوز بيع حمـــام برج لعدم امكان حزره فان حزره جاز ، واشتراطهم بأنها حية لان بيع المذبوحة جزافا جائز (٣) .

والشافعية يشترطون بأنه لا بد من معرفة المقدار أو التمكن من تخمينه (٤) .

والشيعة الابـــاضية يشترطون أن يكون المبيع ممـــا لا يكثر جدا اذ لا يتوصل الى تحزيره (٥) .

الشرط الرابع :

ان يكون كثيرا لا جدا فان قل جدا بحيث يسهل عده أو كثر جدا بحيث يتعذر حزره لم يجز بيعه جزافا (٦) . اذ معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوما فيجب أن يكال أو يعرف (٧) .

وأما ما قل جدا بحيث يسهل كيله أو وزنه فيجوز بيعه جزافا ، لان المشقة لا تعتبر في جواز بيع المكيل والموزون جزافا (٨)

---

(١) الخرشي ٥ : ٢٨ والدسوقي على الشرح الكبير ٢ : ٢٠ وتهذيب الفروق ٣ : ١٤٣ .
(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وبلغه السالك ٢ : ١١ .
(٣) جواهر الاكليل ٢ : ٨ .
(٤) مجموع ٩ : ٣٤٥ .
(٥) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .
(٦) تهذيب الفروق ٣ : ١٤٣ .
(٧) المنتقى ٥ : ٨ .
(٨) تهذيب ٣ : ١٤٣ .

والدسوقي يرى أن المعدود لا يباع جزافا الا اذا كان في عده مشقة بخلاف المكيل والموزون فانه يباع كل منهما جزافـــا ولو لم يكن مشقة في كيله ووزنه وذلك لان المكيل والموزون مظنة المشقة لاحتياجها للآله بينما المعدود فانه متيسر لغالب الناس (١) .

والشيعة الاباضية يشترطون كذلك بأنه لا يمكن عده بلا مشقة (٢)

الشرط الخامس:

ان تستوى أرض المبيع من انخفاض وارتفاع في ظن المتعاقدين حال العقد وان يكشف الغيب من الاستواء . فان علما أو احدهما عدم الاستواء حال العقد لم يجز ، وان كشف الغيب عن عدم الاستواء يثبت الخيار لمن عليه الضرر منهما .

ويفصل الخرشي في هذا الكشف : ان كان في الارض علو ، فالخيار للمشتري وان كان فيها حفره فالخيار للبائع فهو شرط في الجواز فان انتفى هذا الشرط لا يجوز البيع ويخير من عليه الضرر منهما .

وقال البساطي : استواء الارض انما هو شرط في الجواز لا في المبيع جزافا ولكن الجواب على هذا أن شرط الشرط شرط (٣) .

أما الشافعية في بيع الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض فبـــاعها وهي على هذه الصفة فلهم ثلاثة طرق :

الأول : أن في صحة البيع يأخذ حكم بيع الغائب لانه لم يحصل رؤية تفيد المعرفة .

وهو أصحها .

الثاني : القطع بالصحة .

الثالث: القطع بالبطلان وهذا ضعيف وان كان منسوبا الى المحققين كما قال الرافعي .

وبناء على هذه الآراء فمن باع صبرة ثم تبين أن تحتها علوا أو انخفاضـــا فالبيع صحيح ولكن يثبت له الخيـــار ، الا أن وقته معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها .

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير٣ : ٢٠ ــ ٢١ .

(٢) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

(٣) العدوى ٢ : ١٤٩ والخرشي ٥ : ٢٩ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠وبلغة السالك ٢ : ١١

أمـــا اذا قلنا بالبطلان ففي ذلك وجهان :

ا ـ البيع صحيح وللمشتري الخيار كالعيب والتدليس .

ب ـ يبطل البيع لأن معرفة المقدار تخمينا أو تحقيقا شرط وقد تبينا فواتها (١) .

والحنابلة يقولون لا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلهـــا على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها . فاذا وجد هذا الغش ولم يكن للمشتري قد علم به فله الخيار بين الفسخ. وأخذ تفاوت ما بينهما لانه عيب ، وان بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيرا من ظاهرها فلا خيار للمشتري لانه زيادة له .

أما اذا علم البائع بالغش فلا خيار له ، لانه دخل على بصيرة من الامر وان لم يعلم فله الفسخ ، ويحتمل أن البائع لا خيار له لأن الظاهر من الامر بأنه قد باع ما يعلم ، ولهذا الاحتمال لا يثبت له الفسخ (٢) .

والاباضية يشترطون أن تكون الصبرة على أرض مستويه لئلا يعظم الغرر (٣) .

الشرط السادس :

ان لا تكون أفراد المبيع مقصودة : كالثياب والدقيق والحيوانات : وهذا ، استثناء من القاعدة السابقة ولم يعد لمشقة ، لأن المعدود لا يباع جزافـــا الا اذا كان في عده مشقة بخلاف المكيل والموزون فانه يباع كل منها جزافا ولو لم يكن مشقة في كيله ووزنه فـــان كان في عده مشقة جاز بيعه جزافا كالجوز وصغـــار السمك ، فـــان قصدت الافراد ، كالثياب والعبيد فلا يجوز بيعه جزافا الا أن يقل ثمن أفراد الشيء الجزاف أى أن مـــا تقصد افراده لا يباع جزافا ولا بد من عده كالثياب والعبيد . الا أن يقل ثمن ما يقصد افراده مثل البطيخ والرمان والقثاء والموز فهذه الانواع لايضر فيه قصد الافراد ويجوز بيعه جزافا .

والخلاصة : أن ما يباع جزافا ، اما أن يعد بمشقة اولا ، وفي كل من الامرين ، اما ان تكون أفراده مقصوده كالثيـــاب والعبيد ، أم لاتكون أفراده مقصودة كـــالحبوب والثمار والبيض ، وفي كل اما أن يقل ثمنها أم لا .

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٤٥ .

(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ٩٤ ، ٩٥ .

(٣) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

فمتى عد بلا مشقة لم يجز جزافا قصدت أفراده أم لا قل ثمنهـــا أم لا . رمتى عد بمشقة فان لم يقصد أفراده جاز بيعه جزافا قل ثمنها أم لا ، واذا قصدت جاز جزافا ان قل ثمنها ومنع ان لم يقل (١) .

الشرط السابع:

أن لا يكون الجزاف مكيلا مع مامائله : كقمح وشعير مما أصله البيع كيلا مع مكيل منه من جنسه كأن تقول اشترى منك هذه الصبرة التي لم يعلم قدرها وهذه الصبرة المعلومة القدر من كونها عشرة أرادب بثمن واحد أو بثمنين مع العلم بأن العقد دائمـــا وقع على الصبرتين معـــا . فهذا لا يجوز لانه غرر وقع بسبب انضمـــام المعلوم الى المجهول لأن انضمامه اليه يصير في المعلوم جهلا .

أما اذا كان المبيع جزاف أرض مع مكيلهُ من الأرض ، كأن نقول بعني مائة ذراع من أرضك بكذا فهذا لا يجوز للجهل بما يخص المكيل من الثمن (٢) .

أما اذا باع أرضاً مجازفة والأصل في بيعها مجازفـــة ،مع معلوم أصله أن يباع كيلا ، كالقمح بأن يقول شخص لآخر : اشتريت منك هـذه الصبرة من القمح المعلومة القدر ، وهذه الارض المجهولة القدر بمائة ، وذلك بمجيء كل منهما على أصله (٣) .

وزاد أبو زيد القيرواني شرطاً ثامناً هـــو . أن يكون معلوم الجنس كقمح أو شعير احترازاً مما لو قال اشتر مني صبرة (٤) .

---

(١) بقي من الجزاف أنها غير جائزة مثل أن تدفع درهمـــا لعطار ليعطيك به شيئا من الأبزار من غير وزن ولا لفوال ليدفع لك بها فولا حارا أو مدسماً ولا أن تأتي بجزار وتتفق معه على أن يكوم لك كوما من اللحم لتشتريه جزافا بل لا بد في الجواز في مثل هذه أن يكون المبيع مجزفـــا عنده قبل طلبك وأن تراه عند الشراء ، وقيل أنه لا يشترط عدم الدخول عليه بل يجوز الدخول عليه وهو فسخه ، وهو القول المختار .

الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢١ والخرشي ٥ : ٢٩ والعـــدوى ٢ : ١٤٨ وسراج الســـالك ٢ : ١٢٧ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٣ .

(٣) الغرر وأثره في العقود للضرير ص ٢٤٥ .

(٤) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ٢ : ١٤٨ .

والواقع أن هذا الشرط الذي اشترطه أبو زيد بعيد جداً عن بيع الجزاف فقد قال العدوي عنه : (لا يخفى أن هذا الشرط لا يخص الجزاف) (١) .

وبقي من الشروط ما يتعلق بجزاف الثمن سنقرره في حينه ان شاء الله سبحانه وتعالى والله أعلم . (٢)

بيع الجزاف في القانون :

تنص المادة(٤٢٩) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

(اذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية الى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع (٣) .

فالجزاف في القانون : اذا كان المبيع مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ولايحتاج في تعيينه الى تقدير ، بل هو معين بالذات ، فالبيع جزاف . مثال ذلك : اذا باع شخص من اخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه وعين المخزن تعييناً كافياً فان البيع يكون جزافاً ولا يكون في هذه الحالة بالتقدير ،فما دام المبيع لا يحتاج في تعيينه الى تقدير فالبيع جزاف .

وبيع الجزاف تنتقل ملكية المبيع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع ، فاذا باع شخص القمح الذي في مخزنه ، سواء كان بيعه بسعر اجمالي أو بسعر الوحدة ، ففي هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود في المخزن الى المشتري بمجرد انعقاد المبيع ، وتنتقل كذلك بمجرد انعقاد البيع ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة كبيع قطيع من الغنم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولا ، فانها تنتقل من حين انعقاد البيع لانها طرأت على ملكه ، ونتيجة لهذا الانتقال ، فان المشتري يتحمل تبعة هلاك المبيع ، فاذا باع صاحب المخزن جميع القمح الذي في مخزنه جزافاً ، ثم احترق القمح قبل التسليم ، فانه يهلك على المشتري لا على البائع (اذ انتقلت تبعة الهلاك اليه بانتقال الملكية فيبقى ملتزماً بدفع الثمن للبائع) .

---

(١) العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٤٨ .

(٢) انظر موضعه من رسالتنا هذه .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٤٤ .

أما في القانون المصري فانه يجعل تبعة الهلاك على البائع اذا كان قبل التسليم ولكن اذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فان تبعة الهلاك بعد الاعذار تكون على المشتري لا على البائع ، فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، أعذر المشتري لتسليم هذا القمح ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فالهلاك على المشتري لا على البائع وهذا والجزاف في القانون ينشيء التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين ، فالجزاف بيع تام وليس عقداً غير مسمى ، فينشيء عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع من الزام البائع بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشترى بدفع الثمن والمصروفات ، فلو باع شخص من آخر عشرين أردبا من القمح ، كان للمشتري اجبار البائع على تسليم هذا المقدار أو الحصول على مثله على نفقة البائع، وكان للبائع اجبار المشتري على تسلم المبيع ودفع الثمن، ولكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم التنفيذ لهذه الالتزامات وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع اذا تحقق سبب للفسخ (١) .

الجهل بمقدار المبيع في القانون :

فاذا كان المبيع من المثليات فيجب تعيينه بجنسه ونوعه ومقداره ، مثال ذلك أن أبيع منك مائة قنطار من القطن الأشموني .

واذا لم يحدد في العقد مقدار الشيء من حيث العدد أو الوزن أو القياس أو الكيل فيجب على الأقل أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، مثال ذلك : كما لو باع شخص لآخر السماد اللازم لتسميد عشرة أفدنة، أو الفحم اللازم لادارة ماكينة في مدة معينة أو الاغذية اللازمة لاطعام مدرسة في مدة محددة ، لأن مقدار المبيع وان لم يكن محدداً في العقد فهو قابل للتحديد (٢)

فالقانون يشترط أن يكون المبيع معلوم المقدار ، ولكن يشترط علمه وقت العقد اذا كان بالامكان تعيين المقدار في المستقبل .

---

(١) الوسيط ٤ : ٢٢٧ — ٢٣٤ .

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ٢٠٢ — ٢٠٣ .

المبحث الثالث

جهالة العين

الأساس في العقود والشروط كما علمنا مما سبق هـو التراضي ، ولذا يجب أن يكون المبيع معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي الجهالة المؤدية الى النزاع منعاً للغرر بين المتعاقدين ، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة لورود الآثار عن الرسول بالنهي عن عقد هذا شأنه.

على أن الجهالة قد تكون يسيره وقد تكون فاحشة ، وهذه هي التي تمنع أن يكون المبيع موضوع العقد ، والعرف هو الحكم في بيان أنها جهالة يسيرة أو فاحشة ، والجهالة تارة تكون في تعيين المعقود عليه (١) ، وتـارة تكون في جنس المبيع ، وتـاره تكون في نـوع المبيع .

فالجهالة في تعيين المعقود عليه ،تكون في الاشياء المتفاوته غالباً كبيع عبد من عبيد، وثوب من أثواب ، أو شاة من هاتين الشاتين ، أو ثوباً من هـذين الثوبين ، فالبيع باطل في الجميـع .

أما جهالة الجنس،بأن لا يذكر أن المبيع قطن أو حيوان أو ثوباً من الصوف أوسيارة.

أما جهالة النوع : كأن يقول بعتك قطناً ولم يذكر من أي نوع هو فالعقد لا يصح في ذلـك .

حكم جهالـة التعيين :

اختلف الفقهاء في هذه الجهالة على رأيين: المانعون لهذا البيع والمجوزون لهذا البيع .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ وقواعد الأحكام لمصالح الانام ٢ : ١٧٧ .

المجوزون لهذا البيع :

والمجوزون لهذا البيع هم الحنفية فإنهم يجوزون بيع عبد من ثلاثة أعبد وثوب من ثلاثة أثواب لا فيما زاد بشرط الخيار (١). لأن المبيع يجب أن يكون معلوماً علماً يمنع من المنازعة فإن كان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد البيع ، وان كان المبيع مجهولا جهالة لا تفضي الى المنازعة لا يفسد ، ثم فرعوا على هذا ما يأتي :

بيع شاة من قطيع :

ولو أن رجلاً باع شاة من هذا القطيع ولم يبين الشاة المبيعة فان البيع فاسد، لأن الشاة من القطيع مجهولة جهالة مفضية الى المنازعة، وذلك لأن التفاوت بين الشياه، تفاوتاً فاحشاً ، مما يوجب فساد البيع .

أما لو عين الشاة وسلمها الى المشتري ورضي بها جاز البيع ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة ، ولأن البياعات انما شرعت للتوسل الى استيفاء النفوس الى اقتضاء آجالها ، والتنازع يفضي الى التفاني فيتناقض ، ولأن الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق الا بالمعلوم (٢) .

بيع ثوب من هذا العدل :

فلو قال بعتك ثوباً من هذا العدل ،ولم يعين الثوب ،فالبيع فاسد ،كما لاحظنا في بيع شاة من قطيع .

بيع ثوب من ثوبين أو ثلاثة أو أربعة بشرط الخيار في تعيينها :

اذا اشترى ثوباً من ثوبين أوثلاثة على أن له خيار التعيين فالبيع جائز استحساناً، أما من ناحية القياس فالبيع فاسد، وذلك لأن المبيع ، أحد الأثواب، غيرمعين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع .

وجه الإستحسان أنه في معنى ماورد فيه الشرع وهوخيار الشرط الذي شرع للحاجة الى دفع الغبن ليختار ماهو الاوفق له والأرفق .

---

(١) رحمة الامة في اختلاف الأئمة ١ : ١٦٢ والميزان الكبرى للشعراني ٢ : ٦٦ .
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٥٦ .

أما الاحتياج الى هذا النوع من البيع متحققة لأنه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته أو اختيار من يشتريه لأجله كامرأته وابنته ، والبائع لا يتمكن من حمل الثوب الى المشتري الا بالبيع ، فكان باعتبار الحاجة في معنى ماورد به الشرع، الا أن المشتري باشتراطه خيار التعيين قد استبد بالتعيين فلم يبق له منازع ، فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة ، فالمنازعة قد اندفعت باشتراطه الخيار لنفسه ، سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر ، والحاجة انما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والردىء فيه والزائد يقع مكرراً غير محتاج اليه (١) .

والذي يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه فيه فيرد جانب البائع الى القياس .

وهل يشترط وجود خيار الشرط مع التعيين ؟ اختلف فقهاء الحنفية في ذلك :

فرواية الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقاً لا قيدا وصححه فخر الاسلام فقال: الصحيح عندنا أنه ليس بشرط . وأما من اشترط وجود خيار الشرط مع خيار التعيين فقال : (وجه الاشتراط أن القياس يأبى جوازهذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحساناً بوضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام) (٢) .

أما زفر من الأحناف فقد خالفهم في عدم جواز خيار التعيين جرياً على القياس :

فقال : (ما زاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس ، في الثلاثة والاثنين ،لأن المبيع مجهول فانه أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها، وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد، ألا ترى أنه لو لم يسم لكل ثوب ثمناً كان العقد فاسداً لجهالة المبيع ، وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً فكذلك اذا اشترط الخيار،لأن شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله) (٣) .

---

(١) فتح القدير والبابرتي والهداية ٥ : ١٣٠ والبحر الرائق ٦ : ٢٣ والأصل ١٣٥ — ١٣٦ وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٤٨ والمبسوط للسرخسي ١٣ : ٥٥ وتحفة الفقهاء ٢ : ٦٢، ٦٣.

(٢) فتح القدير ٥ : ١٣١ ومجمع الأنهر ٢ . ٣١ ، ٣٢ ، والدر المنتقى بهامش مجمع الانهر ٢ : ٣١.

(٣) المبسوط ١٣ : ٥٥ وقد استعمل السرخسي الغرور مكان الغرر .

أما موقف المالكيه من بيع الاشياءمن متعدد فانهم كالحنفية الذين لا يجوزون اذا لم يكن للمشتري الخيار .

والذي أراه : أن البيع في مثل هذه الصورة بيع باطل لجهالة المبيع ؛اذ لافرق بين أن يبيع ثوباً من ثوبين أو من ثلاثة فالبيع في كلا الأمرين مجهول وجهالة المبيع وعدم تعيينه يمنع صحة البيع كما ذهبت اليه الحنفية .

أما من ناحية التوسعه على الناس والرأفة بهم وأن الكثير لا يحب أن تخرج زوجته وابنته لتشتري ما تحتاجه من ملابس وأن تماكس التجار ، وهو لا يستطيع اختيار ماتريده فجاز هذا الاستحسان وهو قول سديد في غاية الدقة .

بيع عدد من جملة معدودات متفاوته :

فلو باع عدداً من جملة معدودات متفاوته كالبطيخ والرمان بدرهم وجملة البطيخ أكثر مما سمى فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية الى المنازعة ، فان عزل البائع ذلك القدر من الجملة وحصل التراضي عليه فهو بيع جائز ، لأنه يصير بيعاً مبتدأ بطريق التعاطي وتصحيح البيع على المعزول يفيد جواز البيع بالمراضاة .

وان حصل البيع على هذا القطيع من الغنم على أنها مائة شاة بكذا فان وجده على ما سمى فالبيع جائز ، وإن وجده أزيد فالبيع فاسد في الكل سواء ذكر للكل ثمناً واحداً أو ذكر لكل شاة بها ثمناً على حده ، وذلك لأن كل شاة أصل في كونها معقوداً عليها ، والزيادة لم تدخل تحت العقد ، لأنه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعه وهي مجهولة، فكان الباقي مجهولا ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولا ، وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمى له ثمناً أو لم يسم ، وكذلك ان وجده أقل مما سمى فان كان لم يسم لكل واحدة منها ثمناً فالبيع فاسد لأن الثمن مجهول ، لأنه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول ، والتفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن الباقي مجهولا ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة (١) .

بيع رطل من لحم :

اذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد ، أما

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ ، ١٦٢ .

اذا بين الموضع بأن قال زن لي مـــن هذا الجنب رطلا بكذا أو قال زن لي من هذا الفخذ فالبيع فاسد على قـول أبي حنيفة في السلم (١) ، وعلى قياس قولهـــا يجوز ، وهناك رواية أخرى عن محمد رحمه الله أنه يجوز (٢) .

وأرى أن بيع مقدار من هذا اللحم لا يجـــوز ، لأن الجهالة فاحشة باعتبار أن المبيع مجهول لأن اللحم يختلف من موضع الى آخر دهناً ولحما ، ولكن ما نشاهده في الأرياف أن الانســـان يشتري الفخذ وآخر الفخذ الآخر وآخر الذراع وهكـــذا ، وعرف الجزارين يعرفون المقاطع للذبيحه فأرى عندئذ أن هذا البيع يجوز لانتفاء الجهالة على أساس أنها مشاهدة مرئية وعلى العرف المتبع الذي لا يؤول الى النزاع .

المـــالكية :

وذهبت المالكية الى اشتراط عدم تعيين المعقود عليه بما ينفي الجهالة التي تؤدي الى النزاع الا أن الامام مـــالك لم يتشدد كتشدد الأئمة ولم يعمم ذلك في كل العقود فقد ذكر الامام القرافي رأيه فقال ملخصا :

وردت الأحـــاديث الصحيحة في نهيه عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول واختلف العلماء بعد ذلك . فمنهم من عممه في التصرفـــات وهو الشـــافعي ، فمنع من الجهـــالة في الهبة والصدقة والابراء والخلع والصلح وغير ذلك . ومنهم من فصل وهو مالك ، فقد انقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطه . فالطرفان ،احدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك الا ما دعت الضرورة اليه ، وثانيهما : ما هو احســـان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والابراء فان هذه التصرفات ان فاتت على من أحسن اليه بها لاضرر عليه ، فانه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول اذا فـــات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته ، فأقتضت حكمة الشرع بمنع الجهالة فيه

أما الاحسان الصرف ، فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع التوسعة فيه بكل طريق

---

(١) ولا يجوز السلم في اللحم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنه وموضعه لأن الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ، وأبو حنيفة يقول : ان الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرنا من وجهين : من جهة الهزال والسمن ، والثاني من قلة العظم وكثرته .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ وانظر الاختيار في تعليل المختار بهذا الصدد ٢ : ١٥٨ .

بالمعلوم والمجهول . فاذا وهب له عبده الآبق ، جاز أن يجده فيحصل له ما ينفع به ، وان لم يجده لا ضرر عليه لأنه لم يبذل شيئاً . ثم ان الأحاديث وردت في البيع ونحوه ، فلا يلزم مما نقول مخالفة نص صاحب الشرع .

أما الواسطة بين الطرفين ، فهو الزواج . فهو من جهة أن القصد منه المودة والألفة لا المال ، يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال مهراً للزوجة ، يقتضي امتناع الجهالة والغرر . فلوجود الشبهين توسط مالك ، فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو شورة (١) بيت ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد ، لأن الأول يرجع فيه الي الوسط المتعارف ، والثاني ليس له ضابط فامتنع (٢) .

أما موقف المالكية من بيع الأشياء من متعدد فانهم كالحنفية الذين لا يجوزون اذا لم يكن للمشتري الخيار .

أما خيار التعيين عند المالكية فهو (بيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه كأبيعك أحد هذين الثوبين على البت بدينار وجعلت لك يوماً أو يومين تختار فيه واحدا منهما) (٣) .

والمالكية يشترطون لصحة البيع من خيار التعيين من أن يكون المبيعان متحدين جنساً وان اختلفا كثوب ودابة ، أو صنفاً كرداء وكساء ، لم يصح البيع للجهل بالمبيع إن اتحد الثمن ، فان كان الخيار لهما جاز ، والاختلاف انما يكون في الجنس والصفة والرقم والجودة والرداءة ، واذا كان الاختلاف بالجودة والرداءة لا يقتضي الفساد لعدم الغرر به (٤) .

فالحنفية لا يشترطون اتحاد الثمن بينما المالكية يشترطون اتحاد الثمن والأعداد تكون متقاربه (٥) لا متفاوته بينما الحنفية الاعداد متفاوته .

---

(١) شورة : أثاث وجهاز .

(٢) الفروق للقرافي ١ : ١٩٤ ـ ١٩٥ في الفرق الرابع والعشرين وانظر الفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي احمد عيسوي ٤٤٠ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٠٦ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٨ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٢ .

(٥) الاعداد متقاربه : لان اتحاد الثمن لا يكون الا في الاعداد المتقاربه بينما الاعداد المتفاوته لا يتصور ذلك .

والذي أراه أن المالكية قد اشترطت اتحاد الثمن ، والحنفية قد اشترطت التفاوت بين السلع ، وكلا الأمرين غير سديد ، اذ يحتاج الانسان الى أشياء متعدده بثمن واحد ، كأن يشتري عدة كتب مختلفة الاجناس متحدة الأثمان فيختار من له خبرة بقيم الكتب فيختار أحسنها ، وكذلك قد يشتري الانسان كتباً مختلفة منها ما هو من جزأين أو ثلاثة . . . ولكنها مختلفة الأثمان ليختار منها ما هو الأصلح وهذا أمر قد تعارف الناس عليه وليس فيه كما أرى ضرر .

شروط صحة خيار التعين في الأشياء المتعددة :

لقد اشترط الفقهاء لصحة العقد مع خيار التعيين ثلاثة شروط :

١ ـ أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر لأن في الثلاثة موضعاً للخيار لمن يريد .

٢ ـ أن تكون هذه الاشياء متفاوته فيما بينها وثمن كل منها معيناً ؛ والا كان الخيار عبثاً ان لم تكن مختلفة (١) او كان الثمن مجهولا ، ومن شروط صحة البيع معرفة الثمن .

٣ ـ ان تكون مدة الخيار معلومة ولا تزيد على الثلاثة أيام عند أبي حنيفة بينما أبو يوسف ومحمد جعلا مدة الخيار معلومة دون تحديد لها والى هذا الرأي مال الزيلعي (٢)، بينما أرى أن مدة الخيار يجب أن تكون محددة ولكن بحسب المبيعات ، فمن المعلوم أن مدة خيار الخضار قليلة لكي لا يتعرض لها الفساد ، بينما شراء معمل يحتاج الى وقت أكثر لفحصه واختياره فيحتاج الى وقت يكفيه . والله أعلم .

الشافعية :

وذهبت الشافعية الى اشتراط العلم بالمبيع سواء كان المبيع من عقود المعاوضات المالية ، والمعاوضات غير المالية كعقد الزواج ، وعقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف.

---

(١) خالف في ذلك المالكية واشترطوا ان تكون الاشياء متقاربه متحدة الثمن .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٢١ والبدائع ٥ : ٢٦١ .

قال الشيرازي : (ولايجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب، لأن ذلك غرر من غير حاجة ، ويجوز أن يبيع « قفيز » من صبرة ، لأنه اذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر) (١) .

قال الأصحاب : ليس معنى أن من شروط المبيع كونه معلوماً العلم به من كل وجه بل المشروط علم عينه وقدره وصفته ، وعلى ذلك فلو قال بعتك أحد عبيدي ، أو أحد عبدي هذين ، أو شاة من هذا القطيع ، أو من هاتين الشاتين ، أو ثوبا من هؤلاء أو من هاتين ، او ما أشبه ذلك ، فالبيع في كل الصور باطل ، لأنه غرر لا حاجة الى تحمله .

ثم ان الشافعية عندهم أن الأستثناء من هذه الأشياء لا يصح سواء تساوت قيمهم وقيم الشياه والأثواب أم لا ، فلو قال بعتك هذا القطيع الا شاة لا يصح ، وكذلك فان الشافعية لا يعملون بخيار التعيين (٢) .

ويستثنى ما اذا باع صاعاً من صبرة مجهولة الصيعان، فانه على غرر من تعين الصاع، يشبه ما لو أشار الى صاعين متفرقين فقال بعتك أحد هذين الصاعين ، الا أن في بيع صاع من صاعين غرراً لاتمس الحاجة اليه اذ يمكنه ايقاع المبيع على أحد الصاعين ، ولا يمكن ايقاع البيع على صاع معين من الصبرة ولو شرط فصل الصاع من الصبرة ، ولو وقع العقد عليه معينا لأدى الى مشقة ظاهرة في فصله من الصبرة ، وقد لا يقع البيع بعد فصله أو يتفق ثم يفسخ البيع في مجلس العقد فيؤدي بذلك الى مشقة في الفصل والى مشقة في الرد الى الصبرة .

ولو باع صبرة مجهولة الصيعان واستثنى منها صاعاً فلا يصح هذا البيع ، وذلك لأن المبيع غير مقدر بالكيل ولا بتخمين العيان؛ والعيان لايخمن المقادير الا بعد الانفصال وبما أن التخمين التقديري والحقيقي قد تعذر في هذه الصفقة حكم ببطلانها ، لأن الجهل بتقديرها وتخمينها غرر لا تمس الحاجة اليه (٣) .

---

(١) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .

(٢) اللهم الا رأيا شاذا لا يعمل به حكاه المتولي انه اذا قال : بعتك احد عبيدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من بينهم في ثلاثة أيام أو اقل صح العقد ، وهذا قول شاذ مردود لانه غرر . المجموع ٩ : ٣١٣ .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الانام ٢ : ١٧٧ ـ ١٧٨ والوجيز للغزالي ٨١ .

الحنابلـــة :

وذهبت الحنابلة الى أن بيع المجهول باطل لما فيه من الجهالة والغرر ، وكذلك بيـــع الأشياء المتفاوته كعبد من عبيد ، وشاة من قطيـــع ، وكشجرة من بستان ، ولو تســاوت قيمة العبيد والشياه والاشجار . وعلة المنع عندهم :

١ ــ الغرر والجهالة .

٢ ــ أن ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجـــوز شراء بعضه غير معين ، وكذلك لا يجوز بيعه مشاعاً ومـــا لا يصح بيعه بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه ، فـــان اشتراط الاختيار يمكن أن يكون قبل العقد فلا حاجة اذن الى اشتراطه (١) .

أما بيع المبهمات من الأعيـــان المتساوية المختلطة فانه يصح البيـــع وذلك كقفـــيز صبرة (٢) .

كما أنه لا يصح بيـــع العبيد واستثناء أحد العبيد لا على التعيين ، ولا بعتك هـــذا القطيع الاشاة غير معينه ، وكذلك لا يصح بيع هـذا البستان الا شجرة مبهمة لما في ذلك من غرر ، وأنه يفضي الى التنازع ، وقد نهى رســـول الله ﷺ عن الثنيا الا أن تعلم حتى ولو تساوت القيمة في ذلك من العبيد والشياة والشجر (٣) ، لأن استثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولا .

الشعية الاماميـــة :

وذهبت الشيعة الامامية الى أن المبيع يشترط أن يكون معلوماً موجوداً عند العقد ، فاذا كان مجهولا بطل البيع (٤) ، واذا كان المبيع غير معين من متعدد ، فان البيع لا يجوز من غير تعيين ، ســـواء كانا متساويين في القيمة والصفات ، أم مختلفين ، لجهالـــة المبيع المقتضية للبطلان فلا يصح بيع عبد من عبدين ولا من عبيد من دون تعيين ، لأنهم يعللون بخيار التخيير .

---

(١) مطالب أولى النهي ٣ : ٣١ والمغني ٤ : ٩٩ وكشاف القناع ٣ : ١٦٧ والقواعد لابن رجب ٢٥٠ .

(٢) القواعد لابن رجب ٢٥٠ لان القفيز من الصبرة اجزاؤها متساوية . المغني ٤ : ٩٩ ، والمبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته الى ما يعرف مبلغه ، المغني ٤ : ٩٧ .

(٣) كشاف القناع ٣ : ١٦٧ ومطالب أولى النهي ٣ : ٣١ .

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٤٩ .

أما اذا كانت الاعداد متساويه من كل وجـة فالبيع صحيح ، كما يصح بيع قفيز من صبرة متساوية الأجزاء والعبيد يضعف تساويهم على وجه يلحقهم بالمثلي (١) .

الشيعة الزيدية :

ويصح عندهم بيع مجهـــول العين اذا كان العقد مخيرا فيـه لأحدهما أو لشخص غيرهما معينا مدة معلومة ، كأن يقول اشتريت مني شاة من غنمي ، أوثوباً من أثوابي، أو داراً من دوري ، على أن تختار أيها شئت في ثلاثة أيام أو نحو ذلك ، فان البيع يصح ، اذا كان المبيع موجوداً في الملك ، الا أن البائع يكلف التعيين بعد المدة .

واذا كان المبيع من الأشياء المتعددة ، ولم يذكر خيار،أو ذكر الخيار لهما أولغيرهما غير معين ، أو كانت المدة غير معلومة ، فان البيع لا يصح .

واذا كان المبيع من ذوات الأمثال نحو بيعُ مـــد أو رطل من شيء معين وهو لا يختلف فانه يصح ولو لم يذكر خيار ، لأن اجزاءه مستوية فلا يفضي الى التشاجر (٢) .

الظاهريـــة :

وذهبت الظاهرية الى أنه لا يجوز بيع شيء لا يدري بائعه ما هو وان دراه المشتري ولا ما لا يدري ما هو وان دراه البائع . وكذلك لا يجوز بيع مـــا جهلاه جمعياً ، وعلى ذلك فانه لا يجوز البيع الا حتى يعلم البائع والمشتري ما هو ويرياه جميعاً ، أو يوصف لهما عن صفة من رآه وعلمه ، كمن يشتري فص خاتم ولا يدري أزجاج هو،أم ياقوت فوجده ياقوتاً أم زمرداً فهذا بيع باطل مفسوخ أبدا لا يجوز،لهما تصحيحه بعد علمهما به .

وعلة بطلان هذا البيع أنه بيع غرر ، لأنه لا يدري ما ابتاع وما باع وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وهذا أعظم الغرر (٣) .

أما بيع الأشياء المتعددة من جملة ، فانه لا يحل بيع شيء غير معين من جملة مجتمعة لا بعدد ولا بوزن ولا بكيل ، كمن باع رطلا أو صاعاً أو قفيزا أو مديا (٤) أو أوقية من

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣٤٦ ، ٣٤٧ ط ١ النجف الاشرف .
(٢) التاج المذهب ٢ : ٣٣١ وشرح الازهار ٣ : ٥٧ .
(٣) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٢٩ .
(٤) مديا : قفيز شامي وهو غير المد المعروف في الوقت الحاضر .

هذه الجملة من التمر أو البر أو اللحم أو الدقيق ، وهكذا في كل ما يزرع سـواء استوت أبعاض كل ذلك أم لم تستو ، وانما تجب أولا المساومة فاذا تراضيا كال أو وزن أوذرع أو عد ، فاذا تم ذلك تعاقدا البيع حينئذ على تلك العين المكيلة أو الموزونة أو المذروعة أو المعدودة ثم بقي بعد ذلك التخيير من أحدهما للآخر فيمضي المشتري البيع أو يرد البيع ، فلو تعاقدا البيع قبل الكيل أو الوزن أو العد أو الذرع لم يكن بيعا وليس بشيء .

وقد استدلوا على ذلك :

١ ـ بقوله تعـالى : ﴿ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (١) . فحرم الله تعالى أخذ المال بالباطل ، لأنه من غير تراض لأنه لا يكون الا في معلوم متميز .

٢ ـ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، والغرر يتحقق في أن البائع لا يدري أي شيء باعه والمشتري لا يدري بأي شيء اشتراه وهذا حرام بلا شك (٢) .

هل يشترط ذكر الصفة اذا عرف الجنس والنوع :

واذا عرف الجنس والنوع فهل يحتاج الى ذكر الصفة أم لا ؟ فهناك وجهان للشافعية :

الأول : لا يحتاج الى ذكر الصفة ويجوز أن يقتصر على ذكر الجنس والنوع ، لأنه مبيع لم يتعلق بالذمة فلم يحتج الى صفه كسائر الأعيان .

الثاني : أنه لا بد من ذكر الوصف ، لأنه بيع غائب فافتقر الى ذكر الصفة وصار حكمه كحكم السلم يفتقر الى معظم الصفات ليميز بكثرة الصفات عن غيره من الموصوفات .

وعلى هذا يذكر في العبد الرومي الحماسي قده وبدنه وفي ثوب القطن المروي طوله وعرضه ، فأما ذكر جميع صفاته فليست شرطاً باتفاق أصحابنا ، ولكن لو وصف بجميع الصفات فقد اختلف اصحاب الشافعي فيه :

فالبغداديون : يجوز لأنه أنفى للجهالة .

---

(١) سورة البقرة ١٨٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٢٩ ـ ٤٣٠ .

والبصريون : لا يجوز لأنه يخرج عن بيوع الأعيان ويصير من بيوع السلم والسلم في الأعيان لا يجوز (١) .

فالشافعية اذن : تشترط لصحةالبيع ذكر الجنس والنوع ، فيقول بعتك عبدي التركي أو الحنطة الجبلية ، فاذا أخل بالجنس والنـوع فقال : بعتك ما في كمي أو خزانتي ولم يكن البائع والمشتري يعرف ذلك لم يصح البيـع ، هذا هو المذهب عندهم وبه قطـع الشيرازي والجمهور .

وعندهم وجه ثان : وهو : أنها لا يشترطـان ، وبناء عليه فيصح بيع ما في الكم ونحوه ، ووجه ثالث أيضاً : أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع فيقول عبدي . هـذا والوجهان الاخيران شاذان ضعيفان حكاهما الخراسانيون (٢) .

فأما ذكر موضع المبيع فمختلف بحسب اختلاف المبيع ، فان كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والعقار فلا بد من ذكر البلدالذي هو فيه فيقول بعتك داراً بعمان أو بالقاهرة ، لأن بذكر البلد يتحقق ذكر الجنس ويصير في جملة المعلوم .

وفي نصوص كتب الحنفية ما تفيد أن عدم ذكر الجنس لا ينفي صحة البيع ، ففي حاشية ابن عابدين : (ولو قال بعتك مـا في كمي فعامتهم على الجـواز وبعضهم على عدمه) (٣) . لأن الحنفية عندهم أن من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وللمشتري الخيار اذا رآه سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافهـا ، كأن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا .

وفي المبسوط : (٤) الإشارة الى المبيـع أو الى مكانه شرط الجوار : لأن المبيع اذا لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجـوز بالاجماع ، لأن انتفاء الجهالة بهذه الاشـارة شرط جواز أصل البيع .

ولكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمي جنس المبيع أم لا وسواء أشار

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ١١٧ والمجموع ٩ : ٢٢٠ ـ ٢٢١ .
(٢) المجموع للنووي ٩ : ٢٢٠ .
(٣) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .
(٤) نقلا عن فتح القدير ٥ : ١٣٧ .

الى مكان المبيع أم اليه وهو حاضر مستور أم لا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي .

وهناك من يقول لا يجوز البيع لجهالة المبيع من كل وجه (١) . والخلاصة : فالتوفيق لهذه الآراء المتناقضة بين ما قاله عامة المشايخ وما قاله بعضهم يحمل اطلاق الجواز على ما قاله شمس الأئمة وغيره (من لزوم الاشارة اليه أو الى مكانه اذ لا يصح بيع ما لم يعلم جنسه أصلا : أي لا يوصف ولا باشارة) والمدار في هذه المسألة على نفي الجهالة الفاحشة ليصح البيع .

أما النوع : فيذكر ابن عابدين : لوقال بعتك كرا من الحنطة ، فان لم يكن كل الكر في ملكه بطل ، ولو بعضه في ملكه بطل في المعدوم وفسد في الموجود ، ولو كان كله في ملكه لكن في موضعين ، أو من نوعين مختلفين ، لا يجوز ولو كان من نوع واحد في موضع واحد ، جاز وان لم يضف البيع الى تلك الحنطة) فهـــذه العبارة تدل على ذكر النوع عند الحنفية الا أنهم يستعملون الوصف مكان ذكر النـــوع ولذا نجد كتب الحنفية تذكر ، والوصف ماينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره،ويكون بالاشارة اليه لو حاضراً في مجلس العقد ، والا فببيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من المقدرات ، كبعتك كر حنطة بلدية مثلا بشرط كونه في ملكه ، أو ببيان مكانه الخاص كبعتك ما في هذا البيت (٢) ، ففي هـــذا تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيـــار الرؤية ، فهذا ممـــا يدل على أن الحنفية تشترط ذكر النوع .

والعقود عند المالكية في العين الغائبة على وجهين :

الأول : ما ينعقد على وجه المغابنة والمكايسة وهـــذا لا يصح الا بذكر الصفة أو برؤية متقدمة فيها فان كان بالصفة المستوعبة لمعانيها جاز ذلك في جميع المبيعات .

الثاني : ما ينعقد على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى في يـوم ولا يصفه ولا يذكر جنسه من الرقيق والدواب أو العروض على اختلاف انواعها وهذا يصح، لأن مقتضى التولية المكارمة ولا غرر في هذا العقد،لأن البائع قد علم صفة ما باع فلا غرر

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٣٧ وحاشية ابن عابدين ٤ : ٥٩٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

عليه ،والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضاً . أما اذا كان بلفظ البيع فلا يجوز الا أن يشترط له الخيار، وذلك أن مقتضى البيع المغابنة والمكايسة ومثل هذا من العقود لا يصح أن ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه. فاذا شرط الخيار فقد صرح بالمكارمة وسلمت جنبة المبتاع من الغرر(١).

أما عن جهالة النوع فقد ذكر القرافي أن الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء منها : رابعها : النوع كعبد لم يسلمه (٢) .

والحنابلة ذهبت الى أن المبيع المعلوم جنسه وقدره المجهول نوعه أو صفته كقوله : بعتك الثوب الذى في كمي أو العبد الذى أملكه ونحو ذلك ، فقد ذكر ابن تيمية عن احمد ثلاث روايات :

١ ــ لا يصح بيعه بحال .

٢ ــ يصح وان لم يوصف وللمشتري الخيار اذا رآه وهناك رواية أخرى عن أحمد: لا خيار له .

٣ ــ أنه يصح بالصفة ولا يصح بدون صفة وهي الرواية المشهورة عن أحمد .

فالذي يظهر من المذهب الحنبلي : أن المشتري اذا كان له الخيار اندفع عنه الغرر والجهالة ، بشرط أن يكون المبيع موصوفاً بصفة تدفع الغرر (٣) .

خيار التعين في القانون : (الالتزام التخييري) :

تنص المادة (٢٧٥) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« يكون الالتزام تخييرياً اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين مـا لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك » (٤) .

---

(١) المنتقى للباجي ٤ : ٢٨٦ ــ ٢٨٧ .

(٢) الفروق للقرافي ٣ : ٢٦٥ وانظر مقدمة الباب الثاني من كتابنا عند الكلام عن تقسيم القرافي للغرر .

(٣) القواعد النورانية لابن تيمية ١١٧ ــ ١١٨ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٣٦ .

فمادة (٢٧٥) أن الالتزام التخييري اذا كان المبيع أشـياء متعددة بأن ذمة المدين تبرأ اذا أدى واحداً منها .

أما لمن يكون خيار التعيين عند القانونيين اذا لم يبين الطرفـان من له الخيار فان الخيار يكون للمدين لا للدائن ، اذ القاعـدة تقـول : « بأن الاتفاق عنـد الشك يفسر لمصلحة المدين » .

والاتفاق الخاص في التقنين المدني المصري يجوز أن يتفق الطرفـان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين ، وهذا الاتفاق قـد يكون صريحاً وقد يكون اتفاقاً ضمنيا ، ولا يشترط القانون المدني المصري الاتفاق الصريح بخلاف التقنين الفرنسي فقد نصت المادة (١١٩٠) « على أن يكون الاتفاق صريحاً وبالرغم من ذلك يذهب بنص الفقهـاء الى جواز أن يكون الاتفاق ضمنياً » .

واذا كان مصدر الخيار هو نص في القانون فانه يجوز أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين ، فقد نصت الفقرة الثانية من المـادة (٢٧٣) من التقنين المدني المصري على ما يأتي : « ٢ ـ اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد اعطى بعقد لأمن أو بمقتضى القانون . هـذا مالم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لادخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا »(١) فمن هذا النص يكون الخيار للدائن

وقد يكون الخيار لأجنبي وفي هذه الحالة يكون الاجنبي اما خبيراً فنياً يستشيره أحد الطرفين ، فيكون الخيار في الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ، أو يكون الاجنبي غير منتم لأحد الطرفين ويكون بمثابة حكم بينهما اذا لم يستطيعا الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما .

فمصدر خيار التعيين عند القانونيين اما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب واما أن يكون نصا في القانون . ويكون مصدر الالتزام التخييري العقد او التصرف القانوني بوجه عام، والمدين يلتزم بارادته أن يؤدي للدائن شيئاً من أشياء متعددة ، والاتفـاق ، أو التصرف القانوني يتكفل بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، أما اذا سكت عن هـذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا (٢) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ٢٨ — ٢٩ .

(٢) الوسيط ٣ : ١٤٩ ـ ١٥٢ وعقد البيع للدكتور سليمان مرقص ٧٢ — ٧٤ وشرح القانون المدني الجديد للدكتور كامل مرسي ٦ : ١٦١ — ١٦٥ .

المبحث الرابع

جهالة الاجل في المبيع

وترى الحنفية أن من باع عينا على أن يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلا ، لأنه تغيير لمقتضى العقد ، لأن عقد البيع عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم فكان مغيرا لمقتضى العقد (١) ولذا كان الأجل في المبيع العين باطلا فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيليق بالديون لأنها ليست معينة في البيع فيحصل بالأجل الترفيه للمشتري وتمكينا له من اكتساب الثمن في المدة المضروبة ، ولا ضرورة في الأعيان فبقي التأجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد ، ويجوز تأجيل المبيع الدين وهو السلم ولا يجوز غيره عند الحنفية ، لأن التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الاعيان ، لأن المبيع العين معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه ، اذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون اضرارا بالبائع من غير نفع للمشتري (٢) .

وأجمع علماء المالكية على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع بأثر عقد الصفقة .

وأجاز مالك وربيعة وطائفة من أهل المدينة بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب ، وسبب منع الجمهور لبيع العين الى أجل ، لأنه عندئذ يكون من باب الدين بالدين ، ومن جهة ثانية لعدم تسليم المبيع (٣) .

قال الباجي : انه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلا أو غير مؤجل ، فان

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٤ .

(٢) فتح القدير والهداية ٥ : ٢١٩ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٧٤ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٦٩ .

كان مؤجلا لم يجز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره، لأنه يدخله في بيعه ممن هو عليه فسخ دين بدين ، ويدخله في بيعه من غير الكالىء بالكالىء ،وكلاهمايمنع صحةالعقد)(١) .

وترى الشافعية أن بيع العين الى أجل باطل ، قال الشافعي : ولو قال أبيعك الى يوم كذا لم يحل حتى يطلع الفجر من ذلك اليوم ، واذا قال الى الظهر فاذا دخل وقت الظهر في أدنى الأوقات . ولذا فان الشافعية لا ترى البيع الى أجل أو البيع بدون ذكر أجل وعلى ذلك لو تبايعا عن غير أجل ثم لم يتفرقا عن مقامها حتى جددا أجلا فالأجل لازم ، وان تفرقا قبل الاجل عن مقامها ثم جددا أجلا لم يجز الا بتجديد بيع وانما أجازوه أولا ، لأن البيع لم يكن تم ، فاذا تم بالتفرق لم يجز أن يجدداه الا بتجديد بيع (٢) .

وترى الحنابلة أنه لا بد للمتعاقدين من أن يعلما الأجل بزمان لا يتغير عادة كأول الشهر أو وسطه أو آخره لقوله تعالى : (اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) (٣) .

وقول الرسول ﷺ (الى أجل معلوم) . وعلى ذلك فلا يصح أن يؤجله بالحصاد والجذاذا وما أشبهه ،وقد استدلوا بما روى ابن عباس أنه قال : (ولا تتبايعوا الى الحصاد والدياس ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم) لأن هذه الآجال تختلف وتقرب وتبعد فلايجوز أن تكون أجلا كقدوم زيد (٤) .

جهالة أجل المبيع في القانون :

الاجل،ميعاد يضرب لنفاذ الالتزام او لانقضائه، ويكون عادة تاريخا معينا يختار في التقويم والأجل كالشرط لايجوز أن يكون أمراً ماضياً أوحاضراً ، والا فهو ليس بأجل فلو أن شخصاً ضرب أجلا لنفاذ التزامه قدوم أول قافلة من الحجيج ، وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلا قبل أن يلتزم أو أنها آخذة في القدوم حالة التزامه، فهذا الالتزام التزام منجز واجب الاداء في الحال ولا يكون مقترناً بأجل .

ولذا يجب أن يكون الأجل أمرا مستقبلا محقق الوقوع والحق المقترن بأجل حق موجود كامل ، وليس للاجل أثر رجعي .

---

(١) المنتقى ٥ : ٢١ .

(٢) الام ٣ : ٩٧ .

(٣) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٤) المغني ٤ : ٢١٩ و٢٢٠ ، ٢٢١ وكشاف القناع ٣ : ٣٠٠ ، ٣٠١ .

جواز الأجل المجهول :

اذا كان الأجل محقق الوقوع فليس من الضروري أن يكون ميعاد وقوعه معلوما ، وقد يكون هذا الميعاد مجهولا الا أنه محقق الوقوع ويسمى هذا الأجل أجلا غير معين والمثل المألوف لهذا الأجل الغير معين هو الموت ؛ فهو أمر محقق الوقوع ولكن لا يدري أحد متى يأتي . وقد نصت المادة (٢٧١) الفقرة الثانية على جواز الأجل فقالت : (ويعتبر الاجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه) .

وهناك أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين محقق وقوعها في المألوف من شؤون الحياة ولكن لا يعلم موعد وقوعها ، كرجوع الحجيج من بيت الله الحرام قافلين الى بلادهم فهذا أمر محقق الوقوع ، اما رجوع القوافل واحدة بعد الأخرى كأن يلتزم شخص برجوع القافلة الاولى فهذا التزام مقترن بأجل غير معين ، واذا التزم لأحد الحجاج وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج ، فهذا التزام غير صحيح لأنه شرط لا أجل ، اذ رب يموت هذا الحاج فرجوعه غير محقق الوقوع . وكذا اذا التزم أحد الموردين بتوريد الاغذية الى مؤسسة عند انتهاء بنائها فهذا التزام مقترن بأجل غير معين اذ أن الانتهاء من بنائها أمر محقق الوقوع في المعتاد من شؤون الحياة ، ولكن موعده غير معلوم على وجه التحقيق(١).

---

(١) الوسيط ٣ : ٧٥ — ٨٠ .

المبحث الخامس

عدم رؤية المبيع

المراد بالرؤية :

ليس المراد بالرؤية المعنى اللغوي وهو العلم بمحل العقد بواسطة النظر . بل المراد بها ما هو أعم من ذلك ، وهو العلم بمحل العقد بأي حاسة من الحواس ، سواء أكان ذلك بالذوق ، أم الشم ، أم اللمس ، أم النظر ، وذلك تبعاً لاختلاف المعقود عليه . فان كان من المطعومات فالعلم به بواسطة الطعم ، وان كان من المشمومات فبواسطة الشم كالروائح العطرية ، وان كان من الأشياء التي لا تعرف الا بالجس واللمس كبعض أنواع الأقمشة كان العلم بها بواسطة اللمس ، وان كان المعقود عليه من المرئيات التي لا يحتاج العلم بالمقصود منها الى شيء آخر سوى النظر كالبناء والحبوب كان العلم به بواسطة النظر .

واذا كان المعقود عليه تتساوى أجزاؤه أو آحاده كالقمح والبرتقال وغيرها من المثليات فانه يكتفى برؤية بعض الاجزاء وهو النموذج ، واذا لم تتساوى أجزاؤه فلا تكفي رؤية البعض بل لا بد من رؤية الكل كما في الدواب والدور ، فقطيع من الغنم لايكفي فيه رؤية شاة واحدة ، وكذلك رؤية غرفة من الدار لاتكفي عن رؤية الدار كلها(١).

ولما كان الأساس في العقود هو رضى المتعاقدين ، وفي عدم رؤية المبيع يتحقق الجهالة ولا يصح بيع المجهول جهالة تفضي الى التنازع والشقاق ، لأن الشريعة الاسلامية انما تقوم على منع أسبابه ، والمبيع الغائب لا يصح العقد عليه ولو كان موصوفاً ، لأن في العقد عليه غررا وجهالة قد يفضي الى النزاع بين المتعاقدين وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعدم رؤية المبيع انما يتحقق بعدم وجوده في المجلس ، أو أن أحد العاقدين أعمى البصر ، وعلى هذا فأني سأتكلم عن نقطتين هامتين وهما : بيع العين الغائبة ، وبيع الاعمى وشراؤه وأفرد بيع الانموذج في مطلب مستقل لاهميته ، وعليه يكون المبحث ثلاثة مطالب : الأول : بيع العين الغائبه ، والثاني : بيع الانموذج ، والثالث : بيع الاعمى وشراؤه .

(١) الفقه الاسلامي لعيسوي احمد عيسوي : ٥٤٩ .

المطلب الأول

بيع العين الغائبة

اختلف الفقهاء في بيع العين الغائبة عن المتعاقدين التي لم توصف لهما فلا تصح عند مالك وعلى الراجح من قولي الشافعي : وقال أبو حنيفة يصح ويثبت للمشتري الخيار فيه اذا رآه ، أما الصاحبان فقد خالفاه فيما اذا لم يذكر الجنس والنوع ، كقوله بعتك ما في كمي . أما احمد ففيه روايتان أشهرهما أنه يصح(١) واذا لم يوصف ولم تتقدم رؤيته فالاظهر لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي ، والنخعي والحسن والأوزاعي، ومالك واسحق وهو أحد قولي الشافعي (٢) ، ومن طريق الحكم وحماد ، أن من اشترى عبدا قد رآه بالامس ولم يره يوم اشتراه قالا جميعا لا يجوز حتى يراه يوم اشتراه (٣) .

اما الاباضية : فان المبيع اذا غاب ولم يعلمه المتعاقدان ، أو كان المبيع حاضراً ولكن تعذرت رؤيته ، أو لم تتعذر ولكن لم يره لم يصح بيعه (٤) .

أما الزيدية : فان بيع العين الغائبة يصح عندهم اذا لم يره لأن المشتري له خيار الرؤية (٥) .

والخلاصة : فان بيع العين الغائبة على رأيين :

المانعون : وهم الشافعي في مذهبه الجديد وقول في مذهب الحنابلة والاباضية والحكم وحماد والشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي .

---

(١) رحمة الامة في اختلاف الائمة ١ : ١٦٢ ، ١٦٣ ، والميزان ٢ : ٦٦ .

(٢) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٤ ، ٤٩٥ .

(٣) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٣٨ والمجموع ٩ : ٣٣٠ .

(٤) شرح النيل ٤ : ١٣٧ ، ١٤٣ .

(٥) شرائع الازهار ٣ : ٩١ والبحر الزخار ٣ : ٣٢٤ ، ٣٥١ .

والمجوزن : الحنفيـة والشافعي في أحد قوليه والحنابلة في اظهر الروايات والظاهرية ومالك الا أنه لم يجز النقد فيها جملة في أحد قوليه ، والشيعة الزيدية والشيعة الاماميـة وقول عنـد الاباضية ، وعثمان وطلحة وابن سيرين . ومكحـول والأوزاعي وسفيان الثوري (١) وابن المنذر والشعبي والحسن والنخعي (٢) .

أدلة المجوزين لبيع العين الغائبة :

احتج من أجاز بيع العين الغائبة بالأدلة التالية :

١) قوله تعالى وأحلَّ الله البيعَ : فعموم هذه الآيةيدل على اباحة كل بيع الا بيعاً منعه كتاب أو سنة أو اجماع ، فبيع الغائب بيع داخل فيما أحله الله تعالى .

وقـوله تعالى : (ولا تَأكُلوا أموالَكُم بَينَكُم بالبَاطِلِ إلا أن تَكُونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ مِنكُم) ومن الباطل المتيقن أن يكون الله تعالى يحرم علينا بيعاً من البيوع فيجمل لنا اباحة البيع جملة ولا يبينه لنا على لسان نبيه ﷺ المأمور بالبيان (٣) .

٢) بما روي عن عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما أن عثمان باع من طلحة رضي الله عنهما أرضاً بالكوفة فقيل لعثمان : انك قد غبنت فقال عثمان : لي الخيار لأني بعت ما لم أر ، وقال طلحة : بل لي الخيار لأني اشتريت ما لم أر فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة لا لعثمان ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المعقود عليه كالنكاح (٤) .

٣) بما روى مكحول عن النبي ﷺ (قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) وبحديث عمر بن ابراهيم بن خالد عن وهب البكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه) (٥) .

---

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٣٧ .
(٢) المجموع ٩ : ٣٣٠ .
(٣) المحلى ٨ : ٣٤١ ، والمجموع ٩ : ٣٣٠ والمغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ .
(٤) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ والمجموع ٩ : ٣٣٠ والمحلى ٨ : ٣٣٨ .
(٥) مجمع الانهر ٢ : ٣٤ والمجموع ٩ : ٣٣٠ .

٤) القياس على النكاح اذ لا يشترط رؤية الزوجين بالاجماع، فكذلك المعقودعليه من المعاوضات المالية (١) .

٥) القياس على بيع الرمان والجوز واللوز في قشره الأسفل ، فـان ما في باطنها مستتر مغيب وبيعه صحيح .

٦) القياس على رؤية المشتري للمبيع قبل العقد .

أدلة المانعين لبيع العين الغائبة :

وقد استدل المانعون بالأدلة التالية :

١ ـ حديثا أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عـن بيع الغرر) وبيع العين الغائبه غرر ظاهر فأشبه بيع المعدوم الموصوف بحبل الحبلة ، ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له (٢) .

٢ ـ حديث : (لا تبع ما ليس عندك) (٣) .

٣ ـ القياس على من باع النوى في التمر (٤) .

٤ ـ ولأن الغائب نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم (٥) .

٥ ـ الصفة التي لا تحصل بها معرفة المبيع لا يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه (٦) .

مناقشة أدلة المجوزين :

فقد أجيب عن الدليل الأول وهو احتجاجهم بالآية الكريمة بأنها عامـة مخصوصة بحديث النهي عن بيع الغرر (٧) .

---

(١) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٥ والمجموع ٩ : ٣٣٠ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .
(٢) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٥ ، والمجموع ٩ : ٣٣٠ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .
(٣) المجموع ٩ : ٣٣٠ .
(٤) المجموع ٩ : ٣٣٠ والمغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٥ .
(٥) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٥ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .
(٦) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٦ .
(٧) المجموع ٩ : ٣٣١ .

أما الدليل الثاني : فان قصة عثمان وطلحة ، وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة رضي الله عنهم وقول الصحابة ليس بحجة وهو الصحيح عندنا الا أن ينتشر من غير مخالفة (١) .

أما الدليل الثالث : فقد اجيب عن حديث مكحول بأنـــه حديث ضعيف باتفاق المحدثين من جهتين :

أ ــ أن مكحول تابعي ب ــ أن أحد رواته ضعيف لأن أبا بكر بن أبي مريم ضعيف باتفاق المحدثين . وحديث أبي هريرة فانه ضعيف باتفاقهم ، وعمر بن ابراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث (٢) وهذا حديث باطل لم يروه غيره .

قال الكاساني : ولا خيار شرعاً الا في بيع مشروع ، ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً الى محل هو خالص ملكه فيصح ، كشراء المرئي باعتبار أن التصرف وجد حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً ، لأنه صدر من أهله مضافاً الى محله (٣) .

أما الجواب عن الدليل الرابع وهو قياسهم على النكاح ، فان المعقود عليه استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تـــدعو الى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالباً ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا يترك ذكره ، ولا يدخله شيء من الخيارات ، لأن في اشتراط الرؤية مشقة عظيمة على المخـــدرات واضرار بهن ، والصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح (٤)

وأجابو عن الدليل الخامس بأن الرمان والجوز واللوز، أن ظاهرها يقوم مقام باطنها في الرؤية كصبرة الحنطة ، وفي استتار باطنها مصلحة لهـــا كأساس الدار بخلاف بيـــع الغائب (٥) وذلك اذا لم يكن المبيع موصوفاً بصفة تصح فيه السلم فان البيع عندئذ يصح، والاعتماد في بيع الأعيان على الرؤية ، لأن السلم يصير معلوماً بالصفة كمـــا أن العين تصير معلومة بالرؤية .

---

(١) المجموع ٩ : ٣٣١ .
(٢) المجموع ٩ : ٣٣١ وقد ضعف الحديثين الدارقطني والبيهقي .
(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .
(٤) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ والمجموع ٩ : ٣٣١ .
(٥) المجموع ٩ : ٣٣١ .

رد أدلة المانعين لبيع العين الغائبة : (١)

وقد أجاب المجيزون لبيع العين الغائبه على أدلة المانعين بما يأتي :

١) أجابوا عن حديث أبي هريرة (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر) وانهم استدلوا عن بيع العين الغائبه من نقطتين .

أ ــ أنه غرر ب ــ باع ما لم يره ولم يوصف له .

نقول ان بيع العين غير الموصوفة فيه غرر ظاهر صحيح، أما اذا كانت العين موصوفة فلا نجزم بأن المبيع باطل ، فان قيل بجواز بيعها ، فالبائع لا يخلو حاله وحال الواصف لها من أحد أمرين، اما أن يكون قد وصفها عن مشاهدة أو عن صفة فان كان قد وصفها عن مشاهدة جاز، وان كان قد وصفها عن صفة وأنه قد وكل في ابتياعها وكيلا ووصفها الوكيل له بعد الابتياع من غير مشاهدة لم يوصفها البائع للمشتري على غير صفة الوكيل ففي جواز ذلك وجهان :

١) أنه جائز لأنه جاز أن يشتري المشتري بالصفة من غير رؤيته جاز أن يبيع البائع بالصفة من غير رؤية .

٢) أنه لا يجوز وبه قال ابن أبي هريرة لأمرين :

أ ــ أن البيع اذا لم يره البائع ولا المشتري كان أكبر عذراً ،واذا لم يره المشتري وحده كان أقل عذراً ، والغرر اذا قل في العقد فيعفى عنه واذا كثر لم يعف عنه .

ب ــ أن البائع اذا وصفها عن غير رؤية صار بائعاً لها بصفة عن صفة وذلك غير جائز .

فعلى هذين التعليلين لو كان المشتري قد رأى المبيع ولم يره البائع لكن وصف له فعلى التعليل الأول يجوز لقلة الغرر بدون أحدهما ، وعلى التعليل الثاني لايجوز ، لأنه يصير بائعاً بصفة عن صفة (٢) .

أما في المذهب المالكي فقد أوضح هذه النقطة مفصلة ابن رشد الجد فقال : (وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع

---

(١) المجموع ٩ : ٣٣١ ومن أراد التوسع في معرفة هذه الردود فليرجع اليها في الحاوي للماوردي ٦ : ٨ .

(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ١١٦ ، ١١٧ .

أصحابه خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى وخلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى والصحيح ماذهب اليه مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه من أن شراء الغائب على الصفة جائز وذلك للمبتاع لازم. ان وجد الغائب على الصفة التي وصف بها ، لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف ؛ قال رسول الله ﷺ : (لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر اليها ، فشبه رسول الله ﷺ المبالغة في الصفة بالنظر وقال الله تبارك وتعالى :(وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِنْ عِنْدِ اللهِ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِنْ قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللهِ عَلَى الكَافِرِينَ) (١) .

وجه الدليل : ان اليهود كانوا يجدون بعث النبي ﷺ في التوراة فكانوا يستنصرون به على كفار العرب ، فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به فلما قال الله تعالى فلما جاءهم ما عرفوا وهم لم يعرفوه قبل الا بصفته التي وجدوها في التوراة ، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف (٢) .

٢) واستدل ابن رشد ثانياً : في حديث رسول الله ﷺ في حديث أبي هريرة الواقع في الكتاب لاينظرون اليها ولا يخبرون عنها) دليل بيّن على أن الخبر عنها بمنزلة النظر اليها (٣) .

٣) جواز أن يسلم الرجل الى الرجل في ثوب أو عبده على صفة ولم يكن ذلك غرراً فاذا جاز هذا في السلم ، جاز في البيع على الصفة ولا يكون ذلك غرراً ، لأنه لا فرق بين السلم وبين البيع (٤) .

أما الظاهرية فقد قال ابن حزم : ولا حجة لهم فيه ، لأن بيع الغائب اذا وصف عن رؤية وخبرة ومعرفة وقد صح ملكه لما اشترى فأين الغرر ؟ ثم دحض اعتراضهم على هذا بأن قالوا : قد ملك السلعة قبل حين البيع فيقع البيع فاسداً ، قلنا . وقد تستحق السلعة فيقع البيع فاسداً ، ولا فرق عند ذلك فقد أبطلوا بهذا النوع من الغرر كل بيع في الأرض فلا غرر ههنا الا كالغرر في سائر البيوع كلها ولا فرق (٥) .

---

(١) سورة البقره ٨٩ .

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢ : ٢٢٥ — ٢٢٦ .

(٣) المرجع السابق ٢ : ٢٢٦ .

(٤) المرجع السابق ٢ : ٢٢٦ .

(٥) المحلى ٨ : ٣٤٠ .

قال الكاساني : (ودعوى الغرر ممنوعة فان الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وههنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر ، على أنا ان سلمنا أن الغرر اسم لمطلق الخطر لكن لم قلتم أن كل غرر يفسد العقد ،وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر ، ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال ، أو نحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالاضافة الى وقت عملا بالدلائل كلها) (١) .

أما أنه شبيه ببيع المعدوم،فالواقع أنه لا يشبه بيع المعدوم اذ بيع العين الغائبة موجودة موصوفة من قبل المشتري أو من قبل وكيل المشتري كما لاحظنا من كلام الماوردي ،ولذلك فاني لا أرى بأساً ببيع العين الغائبة الموصوفة وخاصة اذا كانت موصوفة بصفة لا تؤدي الى المنازعة أي شاملة لجميع أوصاف المبيع، بينما حبل الحبلة على خلاف ذلك لأنه لا يدرى أيوجد أم لا يوجد والله سبحانه وتعالى أعلم .

٤) أما حديث لا تبع ما ليس عندك : فقد أجاب الكاساني عن هذا الحديث معللا بأن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه .

أو يحتمل بأنه (بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه) ويذكر الكاساني (وهذا يوافق ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : بيع السمك في الماء غرر) (٢) .

أما الظاهرية : فانه يذكر بأن الغائب يكون عند مالكه لا مما ليس عنده ، وعلل ذلك بأن لغة العرب تدل على ذلك اذ يقول الانسان عندي ضياع وعندي دور وعندي رقيق ومتاع غائب وحاضر اذا كان كل ذلك في ملكه (٣) .

والذي أراه أن الذي ليس عند الانسان هو ما كان غير مالك له،اذ قد يكون متاعاً بين يدي انسان وهو لغيره فلا يسمى مالكاً له . وقد يكون في يد آخر ويسمى مالكاً له .

٥) وأما الدليل الثالث ، وهو القياس على من باع النوى في التمر ، وهذا قياس غير مستقيم بنظري ، لأن بيع الغائب لا يساويه بيع النوى في التمر ، اذ بيع النوى في التمر بيع معدوم ، لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون ، لأنه لا نوى في التمر الا بعد تخليصه من الثمر فلم يكن نوى قبله(٤)،أما الغائب فله حيز مستقل موجود وانما الذي منع عدم معرفته.

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ ومن أراد التوسع فليرجع اليه .
(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ وفتح القدير ٥ : ١٣٨ .
(٣) المحلى ٨ : ٣٤٠ — ٣٤١ .
(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٩ .

٦) أما الدليل الخامس : الصفة التي لا تحصل بها معرفة المبيع لا يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ، فالواقع أنه بيع بالصفة فصح كالسلم وكذلك فاننا لا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً، وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية ، أما ما لا يصح السلم فيه ، فذاك لا يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها (١) وفي رأيي أن هـذا قول سديد ، لأن السلم يحتاج الى صفة تميزه، لأن بيع الجوهرة لا يصح اذا كانت غائبة لانه لا يمكن ضبط صفاتها، أما ما لا ينضبط فان بيعه بالصفة يصح .

حالات بيع العين الغائبة :

لقد ذكرنا آراء الفقهاء في بيـع العين الغائبة وأدلتهم وناقشنا أدلتهم . وأنهم على رأيين : المجيز والمانع لبيع العين الغائبة ، والآن نـذكر الحالات لبيع العين الغائبة عند من أجاز مع مراعاة أقوال المذاهب الاخرى في بيع العين الغائبة كالشافعية في مذهبهم القديم والرأي الثاني عند الحنابلة . واني سأتعرض لأهم الحالات التي اختلفوا فيها في عدة فروع:

الفرع الأول : العين الغائبة الموصوفة .

الفرع الثاني : تقدم الرؤية على بيع العين الغائبة .

الفرع الثالث : بيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية .

الفرع الرابع : بيع الغائب ولو بلا وصف .

الفرع الخامس : بيع الانسان ما غاب عنه .

---

(١) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٦ .

الفرع الأول

بيع العين الغائبة الموصوفة

لا خلاف في جواز بيع العين الغائبة الموصوفة عند جميع الفقهاء وانما اختلفوا في ثبوت خيار الرؤية ، وكذلك اختلفوا في شروط صحة بيع العين الغائبة .

شروط صحة بيع العين الغائبة الموصوفة :

ويشترط لصحة بيع العين الغائبة شروط متعددة منها :

١) يشترط في العين المبيعة عدم البعد جداً بحيث يعلم أو يظن أن المبيع يدرك على ما وصف ، فان بعد جدا كخراسان من افريقيه لم يجز هـذا اذا وقع البيع على البت أما لـو وقع البيع على الخيار فيجوز ، لأنـه لا ضرر على المشتري (١) يقول ابن رشد : (وقال مالك وأكثر أهل المدينه : يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته) (٢) .

٢) أن لا يكون المبيع قريباً جداً :

فالعين المبيعة اما أن تكون في مجلس العقد ، واما أن تكون في غير مجلس العقد ، والعين الغائبة عن مجلس العقد ، أما أن تكون في بلد العقد أو بلد آخر ، وهذا البلد اما أن يكون بعيداً جداً أولا ، ولنشرع الآن في بحث هذه النقاط :

أ ـ العين الغائبة التي في مجلس العقد :

---

(١) جواهر الاكليل ٢ : ٩ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٧ وحاشية العدوي ٢ : ١٣٩ والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٧ والقوانين الفقهية لابن جزيء ٢٤٧ ، والبهجة للشولي ٢ : ١٩ وبداية المجتهد ٢ : ١٦٨ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٦٨ .

فاذا كان المبيع حاضراً مجلس العقد فلا بد مـــن رؤيته ولا تكفي فيه الصفة الا اذا كان في فتحه مشقة كعدل البرنامج الذي يشق فتحه وشده (١) ممـــا يضر بصاحبه ، وأما الثوب الواحد والثياب اليسيره فلا يجوز بيعها على الصفة اذا كانت السلعة المبيعة حاضرة حال العقد .

وقد أجاز أشهب بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة وذلك في الثوب الرفيع الذي يغيره ترداد نشره على السوام وتقليبهم اياه ، وأما الثوب الذي ليس على هذه الصفة فلا ينبغي أن يختلف فيه (٢) .

وذكر الحطاب : أن مـــا كان حاضراً عند المتعاقـدين لا يجوز بيعه على صفة على المعروف المشهور الا اذا كان في رؤيته عسر أو فساد (٣) .

قال ابن رشد الحفيد : (ولا خلاف عند مالك أن الصفة انما تنوب عـــن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه مـــن الفساد بتكرار النشر عليه ، وبهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ، ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها) (٤) .

ن ـــ العين التي في غير مجلس العقد ولكنها في بـــلد العقد : فقيل إن بيعها على الصفة لا يجوز لأنها كالحاضرة اذ لا تتعذر رؤيتها ، وهناك رأي آخر : ان بيعها على الصفة جائز وان كانت موجودة في بـــلد العقد ، لأن السلعة اذا لم تكن حاضرة في موضع العقد فلم يقصد الى الغرر بشرائها على الصفة ، وتكون قد أشبهت العين الغائبة عن البلد (٥) .

والرأي الذي أراه أن العين التي ليست حـــاضرة في مجلس العقد يجوز بيعها على الصفة ولو كان في البلد وان لم يكن في احضارها مشقة .

حـ ـــ العين الغائبة التي في بلد آخر :

---

(١) البهجة للتسولي ٢ : ٢٠ والبرنامج : الدفتر المكتوب فيه أوصاف العدل من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصفة للضرورة فان وجد على الصفة لزم والاخير المشتري .

(٢) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٧ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ .

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤ : ٢٩٨ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٦٨ .

(٥) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٧ والفواكه الدواني ٢ : ١٤١ .

فاذا كانت البلد بعيدة جداً ، فقد ذكرنا ما قاله ابن رشد في الشرط الاول ، أما اذا كانت البلد قريبة فان ما بيع على الصفة على اللزوم يكفي أن يكون على مسافة يوم ومنعه ابن شعبان لسهولة احضاره في اليوم (١) ومفاد خليل في مختصره أنه لا بد أن يكون غائباً يوماً فأكثر وان كان أقل من يوم فيكون حكمه حكم بيع العين الغائبة في مجلس العقدفلا يجوز بيعه ان كان حاضراً بالبلد الا اذا حضر مجلس العقد فلا بد من رؤيته الا اذا كان في رؤيته ضرر (٢)، وبيع الغائب على مذهب ابن القاسم جائز ما لم يتفاحش بعده والعقد عليه صحيح ، وان لم يعلم ان كان حين العقد قائماً أو تالفاً (٣).

٣ ــ أن يصفه غير البائع :

وفي الموازية والعتبية لا يباع بوصف بائعه لانه لا يوثق بوصفه اذ قد يقصد البائع الزيادة في الصفة لانفاق سلعته (٤). وتأول بعضهم في المدونة عليه وهو خلاف ما ارتضاه ابن رشد واللخمي من أن ذلك شرط في العقد فقط (٥) فمتى كان الوصف من البائع منع النقد سواء كان تطوعاً أم بشرط وسواء كان المبيع عقاراً أم غيره .

وقد فرق ابن حزم بين وصف البائع لسلعته وبين وصف الغير لها (وانما فرقنا بين صفةالبائع للمشتري أو المشتري للبائع صدق أحدهما الآخر أو لم يصدقه فأجزنا البيع بذلك ، وبين صفة غيرهما فلم يجزه الا ممن يصدقه الموصوف له ، فلأن صفة البائع للمشتري أو صفة المشتري للبائع عليها وقع البيع وبها تراضيا . . . وأما اذا وصفه لها غيرهما ممن لا يصدقه الموصوف له فان البيع ههنا لم يقع على صفة أصلا فوقع العقد على مجهول من أحدهما أو من كليهما وهذا حرام لا يحل فان صفة من صدقه الموصوف له فالتصديق يوجب العلم فانما اشترى ماعلم أو باع البائع ماعلم فالعقد صحيح والتراضي صحيح (٦) .

---

(١) الخرشي ٥ : ٣٤ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ .

(٣) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢٧ الا ان السلعة اذا وجدت تالفة قبل العقد انتقض البيع باتفاق وان تلف بعد العقد وقبل القبض فقد اختلف قول مالك في ذلك فتارة قال مصيبته من البائع وينتقض البيع وتارة قال ان مصيبته من المبتاع ويصح البيع والرأي الأول هو آخر أقواله رحمه الله . المقدمات ٢ : ٢٢٧ .

(٤) الخرشي ٥ : ٣٥ ، والعدوي ٢ : ١٣٩ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ ، والخرشي ٥ : ٣٥ أي كون الوصف من غير البائع شرط في النقد عندهما لا في صحة البيع .

(٦) المحلى ٨ : ٣٤٣ ــ ٣٤٤ .

٤ ـ أن يصفه بصفاته التي تتعلق الأغراض بها وهي شروط التسليم ليكون مقصود المالية حاصلا ، وفي صحة بيع العين الغائبه بهذا الشرط ، وصفه بما تختلف الأغراض فيه ، فالذي يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل ، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع ، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد ، وان لم يكن في البيع أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس فيذكر الجنس ان كان أنواعا مختلفة واذا كان نوعا فيذكر ذلك النوع .

أما أبو حنيفة فاقتصر على ذكر الجنس اذا عينه بمكانه فقط فيقول بعتك ثوبا في مخزني بالبصرة (١) .

أما الشافعية في مذهبهم القديم فلهم ثلاثة آراء :

١) أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه .

٢) لا يصح البيع حتى تذكر الصفات المقصودة وفي هذا يشبه رأي المالكية .

٣) أنهم يعتمدون على الرؤية فلا يفتقر الى ذكر شيء من الصفات ويثبت له الخيار اذا رآه فلا يحتاج الى ذكر الصفات فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف يثبت له الخيار (٢) .

والحنابلة : اذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم صح بيعه ، في ظاهر المذهب وهذا قول أكثر أهل العلم ، والمقصود الصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهرا (٣) .

٥ ـ أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له ، وقد تفرد بهذا الشرط أبو زيد القيرواني (٤).

٦ ـ عدم اشتراط النقد : والنقد اما أن يكون في العقار أولا ، قريب أو بعيد ، ويجوز النقد في الغائب المبيع على الصفة على اللزوم تطوعا مطلقا عقارا أو غيره قرب أو بعد (٥) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٣٠ وانظر تهذيب الفروق ٣ : ٢٤٥ والفروق ٣ : ٢٤٧ .
(٢) المهذب ١ : ٢٧٠ .
(٣) المغني ٣ : ٤٩٦ وكشاف القناع ٣ : ١٦٣ ، ١٦٤ .
(٤) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٩ .
(٥) العدوي ٢ : ١٣٩ .

أما العقار فيجوز النقد فيه ولوبشرط مطلقا ، قرب أو بعد أي غير بعيد جدا ، لأنه مأمون لا يسرع اليه التغيير بخلاف غيره . ولا بد من ذكر ذرع الدار في وصفهـا دون وصف غيرها من الأرض البيضاء ، وفي غير العقار يجوز النقد فيه ان قرب مكانه وهو يومان ذهابا ولم يكن فيه حق توفية ان بيع بغير وصف بائعه وبيع على اللزوم عندأبي القاسم

وانما منع النقد مع الشرط في غير العقار مع البعد لأنه يؤدي الى أن يكون تارة بيعاً ان اختار المشتري الامضاء وتارة سلفا ان اختـار الرد ، فصـار المنقود مترددا بين الثمنية والسلفية وهو جهل في الثمن (١) .

واذا كان المبيع على الخيار منع مطلقا سواء كان المبيع عقارا أو غيره قريبا أو بعيدا . ويشترط اذا كان الواصف له غير البائع في جواز النقد تطوعـا اذا بيع على الصفة لأن وصفه يمنع من جواز النقد ولو تطوعا (٢) .

ويستثنى من منع اشتراط النقد مسألتين :

أ ـ أن يقرب مكان المبيع الغائب سواء كان حيوانا أو عرضا أو عقارا كاليوم واليومين.

ب ـ أن يكون المبيع بعيدا جدا غير متفاحش (٣) وهو مما يؤمن تغيره غالبا من دار أو أرض أو شجر فيجوز النقد فيه (٤) .

وقد فصل هاتين النقطتين الدسوقي فقال :(وأما النقد بشرط فان كان المبيع عقارا قريبا أو بعيدا فيجوز بشرطين :

أ ـ أن يكون البيع على اللزوم .

ب ـ أن يكون الواصف له اذا كان بيعه بالصفة غير البائع فان تخلف شرط منهـما ، امتنع النقد بالشرط .

وان كان المبيع غير عقار فيجوز اشتراط النقد بأربعة شروط .

أ ـ ان تقرب غيبته كيومين .

ب ـ أن يكون البيع على اللزوم .

جـ ـ أن يكون الواصف له اذ بيع بالوصف غير البائع .

---

(١) العدوي وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٩ والخرشي ٥ : ٣٥ والدسوقي ٣ : ٢٧ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٧ .

(٣) غير متفاحش احترازا من المتفاحش كخراسان في افريقية فانه لايجوز البيع أصلا .

(٤) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٩ والمقدمات ٢ : ٢٣٠ .

د ـ وأن لا يكون في المبيع حق توفيه . فان تخلف شرط منها منع النقد بشرط) (١)

وانما جوز النقد في بيع الرباع الغائبة بوصف غير البائع ، لانه اذا بيعت بوصف البائع فقد ذكرت البقية عدم الجواز لانه قد يزيد في الصفة لينتفع بالثمن الى وقت رؤية المشتري (ولما كان هذا الشراء معتادا وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد) (٢) .

الخيار في بيع العين الغائبة الموصوفة :

وفي خيار الرؤية تختلف المذاهب اختلافا بينا نوضحه فيما يأتي :

الحنفيـــة :

وذهبت الحنفية الى أن العقد مع وجود خيار الرؤية يكون غير لازم (٣) وسبب هذ الخيـــار ، لأن المشتري اذا رأى المبيع بعـد العقد كان له أن يمضي العقد أو أن يفسخه ومستندهم في ذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : من اشتري شيئـاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه .

والحنفية تنظر الى هذا الخيار بأنه ثبت شرعا لاشرطا أى يثبت بحكم الشرع دون حاجه الى شرط خاص يدرج في العقد .

وقد جاء في مرشد الحيران مانصه : (حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في أربعة مواضع وهي الشراء للاعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت دينا في الذمة ، والاجارة وقسمة غير المثليات ، والصلح عن مال على شيء بعينه ، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود التي لا تحتمل الفسخ) (٤) .

أما بيع مالم يره فانه لا يلزم ويثبت له الخيار ثم رجع وقال : يلزم ولا يثبت له الخيار الا ان الكاساني قال : ان شراء مالم يره المشتري غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة .

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٧ .
(٢) المنتقى للباجي ٥ : ٢٤ .
(٣) بدائع الصنائع ٥ : ٢٩٢ .
(٤) مرشد الحيران ماده ٣٣٩ .

٢ ـ الشافعية :

وذهبت الشافعية الى أن العين المبيعة الغائبة اذا وصفت بذكر جنسها ونوعها يثبت الخيار للمشتري عند الرؤية وان وجده كما وصف لحديث (ليس الخبر كالمعاينة) (١) .

ويرى الشيرازي من الشافعية : بأن له الخيـــار ،لأنه يعرف ببيع خيـــار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار .

٣ ـ الاباضية :

وذهبت الاباضية الى تخيير مشتري العين الغائبة الموصوفة له فاشتراه على الوصف ولو خرج كما وصف ، وحجتهم في ذلك أن الخبر ليس كالعيان واستحسن القول بتخيير المشتري بعد رؤيته ولو خرج كما وصف له ان عرفه بائعه بنفسه لا بوصف ، والا لم يجز(٢).

الا أن ابن حزم يقول فوجدناهم يذكرون أثرا ، وأن رسول الله ﷺ قال : (من اشترى بيعا فهو بالخيـــار حتى ينظر اليه) وهذا مرسل ولا حجة في مرسل ، ثم لو صح لما كان لهم فيه حجة ، لانه ليس فيه أن له الخيار اذا وجده كما وصف له ، وظاهره قطع الخيار بالنظر ، وكذلك الاستشهاد في الحديث (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء رده) حديث مرسل كذلك ولم يكن لهم فيه حجة لانه يحتمل أن يريد له رده ان وجده بخلاف ما وصف له (٣) .

٤ ـ المالكية :

أما اذا وجد المبيع على الصفة التي وصفت له لزمته ولا خيـــار له الا أن يشترطه ووجه ذلك أنه بيع موصوف وجد على صفته فلم يثبت فيه خيار الرؤية كالمسلم فيه (٤) .

ويؤيد هذا ما قاله مالك رحمه الله : قال مالك في الرجل يقدم له أصنـــاف من البز ويحصره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ، ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية، وكذا وكذا ربطة سابريه ، ذرعها كذا وكذا ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول

---

(١) مغنى المحتاج ٢ : ١٨ وانظر نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤١٦ .
(٢) شرح النيل ٤ : ١٣٦ .
(٣) المحلى ٨ : ٣٤١.
(٤) القوانين الفقهيه لابن جزيء ٢٤٧ والمنتقى ٤ : ٢٨٧ .

اشتروا مني على هذه الصفقة فيشترون الاعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون قال مالك : ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه قال مالك: وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له (١).

أما الشافعية ان وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : أحدهما لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ، وهذا أحد القولين في خيار الرؤية(٢).

والحنابلة اذا وجد المشتري المبيع على الصفة لم يكن له الفسخ ، وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر (٣) ولأنه بيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيـــار ، وكذلك فالعقد لازم عند الاباضية (٤) في أحد الأقوال وكذلك الشيعة الامامية (٥) .

والذي أراه أن المعقود عليه اذا وجده بصفاته المتفق عليها فلا حاجة الى اعمال خيار الرؤية كما قالت الحنفية بأن خيار الرؤية يثبت على كل حال سواء وجد على الصفة المتفق عليها أم لا ، أما اذا وجد السلعة على غير الصفة جاز أن يكون له خيار الرؤية ، ويعجبني تسمية الحنابلة هذا الخيار خيار الخلف في الصفة .

أما اذا كانت السلعة المبيعة وجدت على خلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة ، وسبب ثبوت خيار الرؤية هنا لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم (٦)

أما ابن حزم فانه يرى أن السلعة اذا وجدت كما وصفت للمشتري فالبيع لازم له، وان وجده بخلاف ذلك فلا بيع بينهما الا بتجديد صفة أخرى برضاهما جميعاً ، وحجته (أنه اشترى شراء صحيحا اذا وجد الصفة كما اشترى . . فان وجد الصفة بخلاف مـــا عقد

---

(١) موطأ الامام مالك بهامش تنوير الحوالك ٢ : ١٦١ .
(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧١ والتنبيه ٦٣ .
(٣) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٦ .
(٤) شرح النيل ٤ : ١٣٧ .
(٥) المختصر النافع ١٤٦ .
(٦) الروض المربع وزاد المستقنع ١٧٨ والمغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٦ .

الابتياع عليه فبيقين ندري أنه لم يشتر تلك السلعةالتي وجد ، لأنه اشترى سلعة بصفه كذا لا سلعة بالصفة التي وجد فالتي وجد غير التي اشترى بلا شك من أحـــد فان لم يشترها فليست له) .

واذا لزم البائع احضار عين بنفس الصفة فلا يصح ، لأنه انما باع عينا معينة لا صفة مضمونة وعلى ذلك فلا يجوز الزامه احضار ما لم يبع (١) .

---

(١) المحلى : ٨ ٣٤١ .

الفرع الثاني

تقدم الرؤية على بيع العين الغائبة

مر سابقا جواز بيع العين الغائبة الموصوفة بدون رؤية سواء كان الوصف من قبل البائع في بعض الاقوال أو من قبل غيره ، فمن الأجدر أن المشتري والبائع اذا رأيا السلعة أن يصح العقد ، لأن هذه الرؤية أنفى للغرر ، الا أن الفقهاء اختلفوا فيها واليك آراءهم في هذه المسألة :

الحنفية :

وذهبت الحنفية الى أن من رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة ينظر :

أولا : ان وجده على الصفة التي رأى المبيع فلا خيار له ، لأن العلم بأوصاف المبيع حاصل بتلك الرؤية السابقة فلم يتناوله قول ﷺ من اشترى ما لم يره فانه الخيار اذا رآه، واذا انتفى العلم بأوصاف المبيع فان الخيار يثبت له ، الا اذا كان لا يعلم أن المبيع كما قد رآها فيما مضى ، كأن رأى جارية ثم اشترى جارية منتقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهر اياها كان له الخيار لعدم الرضا ، أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك .

ثانيا : وان وجد المبيع متغيرا عن الحالة التي كان رآه عليها فللمشتري الخيار ، لأن الرؤية السابقة لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره (١) .

المالكية :

ذهبت المالكية الى أن بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة جائز ، ولكن قيدوا هذا الجواز بشروط :

---

(١) الهداية وفتح القدير وحاشية البابرتي ٥ : ١٤٩ — ١٥٠ .

الأول : الرؤية التي لا يتغير المبيع بعدها غالباً ، أما مالك رحمه الله فلم يفرق في قوله وانما قال يجوز البيع برؤية متقدمة الا أنهذا الرأي لم تعتبره المالكية ، لأن المبيع قد يتغير لطول المدة كما قاله ابن القاسم (١) .

والرؤية المتقدمة انما ينظر اليها من ناحية المبيع ، ففي الثياب فان الرؤية السابقة يبقى المبيع على حاله ، أما بالنسبة للحيوان فانه يتغير بالنسبة للمدة وتقدر هذه المدة بالسنين ، فان الحيوان يتغير من سنة الى سنة ، بخلاف الثياب والعقار فانها تبقى على حالها ، فان كان يتغير بعدها قطعا أو شكا . لم يجز بيعه استنادا للرؤية السابقة (٢) .

الثاني : أن لا تكون العين الغائبة بعيدة جدا ، فاذا كانت العين بعيدة كخراسان من أفريقيه لم يجز بيعه استنادا للرؤية السابقة (٣) وقد مر معنا أن بيع العين الغائبة على الصفة اذا بعدت جدا لم يجز بيعها .

الثالث : عدم اشتراط النقد ، فاذا كانت العين الغائبة بيعت بشرط النقد لا يجوز وان كانت قد تقدمت رؤية المشتري ، لأنه بيع مجهول الصفة عند المبتاع حال العقد فلم يجز بيعه (٤) .

الشافعية :

وذهبت الشافعية الى أن بيع العين الغائبة مع تقدم الرؤية لا يخلو حال الرؤية من أحد امرين :

الأول : اما أن تكون قريبة المدة وليس لها حد مقدر ، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن البيع جائز .

وقال أبو القاسم الأنماطي من أصحاب الشافعي : البيع باطل حتى تكون الرؤية مقاربة للعقد وهذا رأي شاذ ، لأن الرؤية انما اريدت ليصير المبيع معلوما ولا يكون مجهولا وهذا

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ وحاشية مياره ٢ : ٢٩٠ والمنتقى ٥ : ٢٢ — ٢٣ .
(٢) البهجة للتسولي ٢ : ١٩ .
(٣) البهجة للتسولي ٢ : ١٩ وجواهر الاكليل ٢ : ١٠ والمنتقى ٥ : ٢٤ .
(٤) المنتقى للباجي ٥ : ٢٤ .

المعنى موجود في الرواية المتقدمة بالعقد وليس كذلك الصفة (١) .

الثاني : اما أن تكون الرؤية بعيدة وحالها لا يخلو من أحد امرين :

١ ـ اما أن يكون ذاكرا لأوصاف المبيع أو غير ذاكر لأوصاف المبيع لبعد العهد وطول المدة فهذا في حكم من لم يره ،فان ابتاعه على غير خيار الرؤية لم يجز وان ابتاعه بخيار الرؤية كان على قولين ، الصحة وعدمها .

٢ ـ وان كان ذاكراً لأوصاف المبيع لم يخل حاله من ثلاثة أقسام :

أ) أن يكون مما لا يتغير في العادة كالحديد والنحاس فبيعه جائز .

ب) ان يكون مما يتغير فلا يبقى معه مع تطاول المدة كالفواكه الرطبه ، فان كان قد مضى عليه من المدة ما لا يبقى فيها كان بيعه باطلا ، وان كان قد مضى من المدة ما يعلم بقاؤه فيها فبيعه جائز ، وان كان قد مضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ويجوز أن يتلف فبيعه باطل ، لأنه عقد على عين لا يعلم بقاؤها ، وفيه وجه آخر أن بيعه جائز ، لأن الاصل بقاء العين مالم يعلم تلفها .

ج) ان يكون مما يجوز ان يتغير ويجوز أن لا يتغير كالحيوان ففيه قولان :

١ ـ يجوز بيعه بالرؤية المتقدمة وقد نص عليه في البيوع ، لأن الاصل سلامته وبقاؤه على حاله وبه قال أكثر اصحابنا .

٢ ـ أن بيعه لا يجوز وقد اشار اليه الشافعي في كتاب الغصب واختاره المزني ، لأنه متردد بين سلامة وعطب والقول الأول أصح (٢) .

---

(١) (قال ابو سعيد الاصطخري : قلت لمن يناظر عن الانماطي : ما يقول صاحبك في الدار اذا رآها المشتري وخرج الى الباب واشتراها فان قال لا يجوز قلت فان رأى خاتماً وأخذه في كفه ثم اشتراه قال لا يجوز . قلت فان رأى أرضا وخرج منها الى جانبها ثم اشتراها قال فوقف لأنه لو قال يجوز لناقض مذهبه ولو قال لالما أمكن ابتياع الارض فهذا قول الانماطي ومن تابعه على ذلك من الفقهاء . واستدل على ذلك بأن الرواية لما كانت شرطا في بيوع الاعيان وجب ان يقترن بالعقد كالصفة في بيع السلم وهذا مذهب شاذ الاعتقاد واضح الفساد) . الحاوي للماوردي ٥ : ١٢١ ، ١٢٢ .

(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، وانظر المجموع ٩ : ٣٢٤ ، ٣٢٥ . والمهذب ١ : ٢٧١ وانظر : فيض الاله المالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك ٢ : ٩٢٨ .

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى أن الرؤية السابقة على العقد بزمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم .

وهناك رواية أخرى عن أحمد : لا يجوز حتى يرياها حالة العقد وحكى ذلك عن الحكم وحماد ، وذلك لأن ما كان شرطا في صحة العقد يجب أن يكون موجودا حال العقد كالشهادة في النكاح ، والرأي الأول هو المعتمد ، ومتى وجد المبيع بحالة لم يتغير لزم البيع .

واذا عقد البيع بعد رؤية المبيع بزمن يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع، لأنه مما لا يصح بيعه ، وكذلك ان لم يتغير لأنه مجهول ، وكذلك ان كان الظاهر كغيره (١) .

الشيعة الامامية :

وترى الشيعة الامامية ، أن من اشترى برؤية قديمة يتخير لو ظهر بخلاف ما رآه ، الا أنهم يجعلون الخيار للبائع أيضاً اذا باع بالوصف ظنا منه على أنه باق على ماكان رآه سابقا وبعد البيع تبين له أنه قد تغير الى حالة أفضل وله قيمة أكثر (٢) .

الاباضيـــة :

وذهبت الاباضية الى أن بيع الشيء على الرؤية السابقة ولو غاب وطالت مدته ان كان لا يتغير عن حالة بزيادة أو نقص معتبرين كحيوان وشجر فالبيع صحيح ، وان كان المبيع قد وجد متغيرا فلكل من البائع والمشتري النقض .

أما ما يتغير ان غاب عنهما قدرا يتغير فيه المبيع فسد ، أما فيما لا يتغير فيه فالبيع صحيح، ولكن الاباضية قد حددت المدة بالنسبة للحيوانات الكبار بسبعة أيام ولصغارها بثلاثة أيام (٣) فهذه المدة التي يمكن أن يتغير فيها الحيوان فان زادت عنها فسد البيع عندهم لأن هذه المدة يتغير فيها المبيع .

---

(١) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٤٦١ ط النجف الاشرف .

(٣) شرح النيل ٤ : ١٣٧ .

حكم خيار الرؤية لهذا البيع :

اذا تبايعا بالرؤية المتقدمة ثم رآه المشتري بعد البيع على ما كان رآه من قبل فلا خيار له ، وان رآه متغيرا فله الخيار .

ولو اختلفا فقال المشتري وجدته متغيرا ، وقال البائع بل هو على ما كان عليه وقت الرؤية ، قال الشافعي في كتاب الصرف ، القول قول المشتري مع يمينه ، لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة فلم يقبل كادعائه اطلاعه على العيب .

وهناك رأي آخر حكاه الخراسانيون القول قول البائع بيمينه ، لأن الأصل عدم التغير .

وهذا الخيار ثابت عند عامة الفقهاء (١) الا أن ابن حزم يقول : (ويجوز بيع المرء ما وصفه له المشتري صدقه أو لم يصدقه ، فان وجد المبيع بتلك الصفة فالبيع لازم ، وان وجد بخلافها فالبيع باطل ولا بد) (٢) .

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ١٢٣ والمجموع ٩ : ٣٢٥ ، ٢٢٦ والمنتقى ٤ : ٢٨٧ . والمهذب ١ : ٢٧١ وفتح القدير ٥ : ١٤٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٤٢ .

الفرع الثالث

بيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية

وبيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية باطل لا يختلف فيه احد في المذهب الشافعي ، لأنه بيع ناجز على عين غائبه فهو أصل الغرر (١) . والحنابلة كالشافعية : فأن تبايعا بشرط ألا يثبت الخيار للمشتري لم يصح* الشرط ، والبيع فاسد لفساد الشرط (٢) .

بيع العين الحاضرة بشرط خيار الرؤية:

وأما بيع العين الحاضرة على شرط خيار الرؤية كثوب في سمط أو مطوي يبيعه موصوفاً من غير رؤية بشرط خيار الرؤية فقد اختلف اصحاب الشافعية فيه على وجهين :

١ ـ أنه كبيع العين الغائبة لأن الحاضر يساوي الغائب في العلم به اذا وصف .

٢ ـ أنه لايجوز بخلاف العين الغائبة وهو قول أكبر أصحاب الشافعي واليه أشار ابو اسحق المروزي وابن أبي هريرة ، لأن الحاضر مقدور على رؤيته فارتفعت الضرورة في جواز بيعه على خيار الرؤية ، والغائب لما لم يقدر على رؤيته دعت الضرورة الى خيار الرؤية جواز بيعه (٣) .

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ١١٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ١٢٠ وانظر المجموع ٩ : ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

الفرع الرابع

بيع الغائب ولو بلا وصف

وقد أجاز بعض الحنفية بيع العين الغائبة ولو بلا وصف قال الكاساني : (وأما العلم بأوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة ، قال اصحابنا ليس بشرط الصحة ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصح بيع مالم يره المشتري لكنه لا يلزم (١)).

والمالكية أجازوا بيع الشيء الغائب ولو لم يوصف للمشتري نوعه ولا جنسه لكن بشرطين :

الأول ــ أن يجعل المشتري الخيار لنفسه .

الثاني ــ أن لا يدفع المشتري الثمن للبائع قبل رؤية المبيع وقبوله لا بشرط ولا تطوعا (٢) فاذا تحقق هذان الشرطان صح البيع .

أما أشهر أقوال الشافعي أن بيع العين الغائبة على الصفة لا يجوز ، وكذلك منع بعض الحنفية بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة (٣) .

وأما اذا كان على اللزوم أو على السكت فيفسد في غير التولية (٤) اذ في التولية لا يضر بمعنى أنه اذا قال له : بعتك ما اشتريت بدون وصف لما اشتراه ، فيجوز اذا جعل الخيار للمولى ، أو أن المتبايعين دخلا على السكوت ويكون للمولى في هذه الحالة الخيار ، وانما منع اللزوم للجهالة (٥) .

أما اذا دفع المشتري الثمن فالبيع فاسد عند المالكية (٦) .

وقد استدل من اجاز بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية سابقة بآية وأحل الله البيع وبالحديثين . . . (٧) .

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٧ وانظر الخرشي ٥ : ٣٤ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ١٥ والفروق ٣ : ٢٤٦ .

(٤) الخرشي ٥ : ٣٤ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ .

(٦) الدسوقي ٢ : ٢٨ والحطاب ٤ : ٢٩٤ .

(٧) أنظر الأدلة في ص ٣٤٧ ــ ٣٥٥ .

الفرع الخامس

بيع الانسان ما غاب عنه

لقد تكلمنا فيما مضى عن شراء الانسان ما غاب عنه اذا وصف له ، والآن نتكلم عن بيع الانسان ما غاب عنه وهل يثبت له خيار الرؤية كما ثبت للمشتري خيار الرؤية وهل يصح البيع كما صح شراء الانسان ما غاب عنه؟ فقد اختلف الفقهاء في مثل هذه على رأيين :

الرأي الأول : المجيز لهذا البيع .

الرأي الثاني : المانع لهذا البيع .

فالمجوزون قاسوا بيع الغائب على شراء المشتري للغائب فكما جاز شراؤه وثبت له خيار الرؤية فكذلك من باع الغائب دون رؤية ، يثبت البيع ويثبت خيار الرؤية ، فالحنفية يقولون : من باع ما لم يره صح البيع ولا خيار له الا ما روي عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولا له الخيار (١) .

والشافعية ترى أن بيع الغائب من قبل البائع باطل قطعا (٢) .

حجة من يثبت له خيار الرؤية : وقد احتجوا بما يأتي :

١ ــ القياس على خيار الشرط وخيار العيب :

فخيار الشرط يثبت للجانبين ، أما خيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري فقط بل اذا وجد البائع الثمن زيوفاً كان له الخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء رد الثمن وصار

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٤٠ ومجمع الأنهر ٢ : ٣٥ ودر المنتقى ٢ : ٣٥ والبحر الرائق ٦ : ٣٠ والدرر الحكام ٢ : ٥٧ وغنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام ٢ : ١٥٧ ، والفتاوى الهندية ٥٩ .

(٢) المجموع ٩ : ٣١٨ .

حكمه كحكم المشتري اذا وجد في المبيع عيباً له الرد لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وانما ينفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن (١) .

ولو كان الاقتصار على خيار العيب لكان أقرب الى الصحة ، لأن ثبوت الخيار في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع ، وكذلك فان خيار الشرط متوقف شرعاً على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا (يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا) وليس الواقع هذا الظهور اختلاف حكم الأصل والفرع ولو لم يختلفا فالأصل معدول به عن القياس فلا يقاس عليه من جهة البائع وثبوتاً من جهة المشتري .

٢ ــ أن لزوم العقد بتمام الرضا ، وانما يتم رضاه اذا علم بالأوصاف التي هي مقصودة وانما يصير ذلك معلوماً بالرؤية . فان الرؤية تحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضياً بالزوال، فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ، بخلاف خيار العيب فان العلم بالأوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو صفة السلامة (٢) .

٣ ــ القياس على المشتري :

وبما أن المشتري ثبت له خيار الرؤية لجهله بصفة المعقود عليه ، فكذلك البائع فانه جاهل بصفة المعقود عليه فثبت له الخيار (٣) ، وخاصة وأن العبرة في العقود هو رضاء المتعاقدين وبدون الرؤية التي هي مظنة الرضا لا يحصل التراضي ، وهذا فقه جميل .

أدلة من ينفي خيار البائع :

١) ان تمام رضا البائع باعتبار علمه بما يدخل في ملكه لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع والذي يدخل في ملكه انما هو الثمن وطريق اعلامه التسمية دون الرؤية (٤) . وجهل المشتري للمبيع يمنع صحة البيع لا جهل البائع (٥) .

٢) ان في اعطاء البائع حق الخيار ابطال حكم مثبت بالنص وهو الخيار للمشتري

---

(١) العناية على الهداية ٥ : ١٢٠ والهداية .
(٢) المبسوط ١٣ : ٧١ والهداية وفتح القدير والعناية ٥ : ١٤٠ .
(٣) المغني لابن قدامه ٣ : ٤٩٦ .
(٤) المبسوط ١٣ : ٧١ .
(٥) الفتاوى المهدية ٥٩ .

عند رؤية المعقود عليه ، قال رسول الله ﷺ (من اشترى ما لم ير فله الخيار اذا رآه) وبنظري أن هذا ليس دليلا لضعف الحديث .

٣) أن الخيار معلق بالشراء فلا يثبت دونه ، ولا يخفى أنه نفي للحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط (١) .

ولكن جعل الاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد ، لأن مشتري ما لم يره مشتري على أنه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فاذا هو ردىء ، وحكم من اشترى شيئاً على أنه جيد فاذا هو ردىء فله الخيار ، وحكم بائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه ، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه ردىء ، فاذا هو جيد، ومن باع شيئاً على أنه ردىء فاذا هو جيد لا خيار للبائع فلهذا افترقا ، ولهذا فلا قياس على المشتري (٢) .

واني لأقف عند هذا النص القياسي عند الحنفية اذ أرى أنه لا فرق بين البائع والمشتري في هذا القياس ، اذ أرى أن من اشترى شيئاً على أنه جيد فاذا هو ردىء فله الخيار ، حكم من باع شيئاً على أنه أدون مما ظن فاذا هو أعلى ، كمن باع على أنه ردىء فاذا هو جيد ، فأثبت له الخيار ولا أنفي عنه الخيار كما فعلت الحنفية لانهما في درجة واحدة ، ومن المعلوم أنهما يشتركان في علة واحدة ، وهي عدم الرؤية فطرفا القياس المقيس والمقيس عليه برتبة واحدة والعلة مشتركة فالحكم اذن واحد وبما أنهم أعطو للمشتري الخيار فكذلك البائع .

٤) قضاء جبير بن مطعم بمحضر من الأصحاب في الشراء لا في البيع وهو قول الامام آخرا رجع اليه حين بلغه الحديث وهو ما روي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقيل لطلحه أنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة (٣) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٤٠ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ٢٩٢ .

(٣) البحر الرائق ٦ : ٣٠ والمبسوط ١٣ : ٧٠ ، ٧١ والبدائع ٥ : ٢٩٢ وهذا الحديث يروي بوجه آخر في فتح القدير : ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى أن الخيار لطلحه ولا خيار لعثمان . فتح القدير ٥ : ١٤٠ .

وقضية مثل هذه يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم يحكمان فيهـــا رجلا غيرهما فالظاهر أن مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وأن يغلب على الظن شهرتها وانتشار خبرها وحينما حكما جبير وحكم بذلك وسكت من حضر ولم يخالف فيها أحداً دل على أنه اجماع سكوتي (١) .

والذي أراه أن هذا الاجماع حاصل وخاصة وقد صدر أمام عدد من الصحابة ومنهم عثمان وطلحة المبشرين بالجنة ولا يخافان في الله لومـــه لائم ، وكل من المتخاصمين أنـــما يستفتي الحكم ، ولا يريد غلبة الخصم ويعلمان حديث رسول الله ﷺ الذي يقول (لعل أحدكم الحن بحجته . . فانما هي قطعه من النار فليأخذها أو يدعها) . ولكن بنظري أن الحكم ليس لهذا الاجماع السكوتي ، وانما الحكم يدور حول جواز بيع الغائب فلم يبق لخيار البائع ضرورة في هذا العقد ، بينما رأينا سابقاً أن المشتري يساوي البائع في عـــدم الرؤية المورثة عدم الرضى في العقود والله سبحانه وتعالى أعلم .

كل ما مضى انما يكون في المبيع بثمن أمـــا اذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار ، لأن كل واحد منها مشتر للعوض الذي يحصل له (٢) .

وفي جامع الفصولين (يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينا والكيلي والوزني اذا كانا عينا منهما كسائر الأعيان ، وكذا التبر من الذهب والفضه والأواني ولا يثبت خيـار الرؤية فيما ملك دينا في الذمة كالسلم والدراهم والدنانير عيناً كان أو دينا ، والكيلي والوزني لو لم يكونا عينا فهما كنقدين لا يثبت فيهما خيار الرؤية اذا قبضا) (٣) .

بيع الشيء برؤية بعضه الذي يستدل به على الباقي :

وذهبت الشافعية الى أن المشتري لو رأى بعض المبيع دون البعض وهو مـا يستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع بلا خلاف (٤) .

---

(١) الهداية وفتح القدير ٥ : ١٤٠ ، ١٤١ .
(٢) البحر الرائق ٦ : ٣٠ .
(٣) جامع الفصولين ٣ : ٢٤٦ .
(٤) المجموع ٩ : ٣٢٦ .

قال أصحاب الشافعي : وذلك كرؤية ظاهر الصبرة ولا خيار له اذا رأى بعد ذلك باطنها الا اذا خالف ظاهرها . ووافقت الحنفية على ذلك ، لأن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود (١) ، والمراد برؤية ما يؤذن بالمقصود رؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خياره بعده ، لأنه قد اشترى ما رأى فلا خيار له (٢) والمالكية تكفي رؤية بعض المبيع ان دل على باقيه ان كان مثليا من مكيل كقمح ، وموزون كقطن وكتان ، بخلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه (٣) ، والحنابلة اذا كان المرئي متساوي الا جزاء من حب وثمر (٤) . والمراد ، ما يكفي بالرؤية ، بالا تتفاوت آحاده ، فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالأنموذج فيكفي في رؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له خيار العيب ، والسبب في ذلك : أن المشتري انما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها (٥) .

والحاصل : أنه اذا كان الباقي أردأ مما رأى لا تكفي رؤية بعضه ويبقى على خياره أما اذا كان على مثل ما رأى أو أجود فلا خيار له .

واذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض مما يتفاوت آحاده .

وترى الشافعية في معنى الحنطة والشعير صبرة الجوز واللوز والدقيق ونحوها فلو رأى شيئاً منها في وعائه فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن والزيت والخل وسائر المائعات في ظروفها كفى ذلك وصح البيع ولا يكون بيع غائب .

وقال أصحاب الشافعي : ان رؤية صبرة السفرجل والرمان والبطيخ لا يكفي بل يشترط رؤية كل واحد منها وان غلب عدم تفاوتها .

قال الشيخان : ولا يكفي في مسألة العنب والخوخ ونحوهما رؤية أعلاها لكثرة الاختلاف في ذلك بخلاف الحبوب .

أما المائعات فانه يكتفى فيها ، رؤية أعلى المائعات في أوعيتها كالدهن والزيت ونحوها (٦) .

---

(١) الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٤٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٩٦ .

(٣) الدسوقي ٣ : ٢٤ المقوم كعدل مملوء من القماش .

(٤) مطالب أولي النهى ٣ : ٣٦ .

(٥) ابن عابدين ٤ : ٥٩٦ ، ٥٩٧ والبحر الرائق ٦ : ٣١ ، وفتح القدير ٥ : ٢٤٢ .

(٦) نهاية المحتاج ٣ : ٤١٨ ، ٤١٩ والمغني المحتاج ٢ : ١٩ والمجموع ٩ : ٢٢٦ .

المطلب الثاني

بيع الأنموذج

الأنموذج لغة : هو بضم الهمزة والميم وبفتح الذال المعجمة وسكون النون وهذا هو الشائع ، قال صاحب القاموس: انه لحن والصحيح انما هو بفتح النون وضم الميم المشدودة وفتح المعجمة وهو مقدار متساوي الأجزاء كالحبوب ويسمى بالعينة .

وصورته : أن يعرض البائع مقداراً من البيع للمشتري على أن باقي المبيع من هذا النوع من الجودة والرداءة ثم يرضى المشتري بهذا الأنموذج فيتبايعان ، مثال ذلك كأن يعرض مزارع عينة عن حبوبه لتاجر ويبيعه خمسين كيسا من هذه الحبوب فاذا وجد المشتري المبيع وفق هذا النموذج لزم البيع والا فسخ العقد .

حكم بيعه :

والأنموذج بيع متفق عليه عند جمهور الفقهاء مع اختلافهم في بعض الشروط .

فالسرخسي من الحنفية يقول : (والمكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض تصير صفة ما بقي منه معلوما ، والأصل أن كل ما يعرض فرؤية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار فيه ، ومالا يعرض بالأنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منها لاسقاط الخيار ، وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان ما لم يره مثل ما رآه أو أجود مما رأى فان كان أدنى مما رأى فله الخيار، لأنه انما رضي بالصفة التي رأى فاذا تغير لم يتم الرضا

---

(١) الانموذج : بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء وهو معرب وفي لغة نموذج بفتح النون والذال معجمة مفتوحة مطلقاً وقال الصنعاني النموذج : مثال الشيء الذي يعمل عليه وهو تعريب نموذه وقال الصواب النموذج لانه لا تغيير فيه بزيادة . مصباح المنير ٢ : ٩٦٧) .

به ، وان اختلفا فقال المشتري : قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة ، لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري ، ولو ادعى عيباً بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ، والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله (١) .

وقال الزيلعي : (وان كانت آحاده تتفاوت ، وهو الذي لا يباع بالنموذج، كالثياب والدواب والعبيد ، فلا بد من رؤية كل واحد من أفراده ، لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت) (٢) .

فكلام الحنفية على النموذج بأنهم يجيزونه ويسقطون الخيار أي خيار الرؤية اذا كان المبيع مطابقاً لما في النموذج ، وان لم يكن مطابقاً بأن كان أردأ مما هو في الأنموذج فالخيار باق .

أما ما كان من غير المتماثل كما عبر عنه الزيلعي فلا يصح بيعه بالأنموذج .

وقد انفرد ابن عابدين في جعل الثياب من الأشياء المتماثلة قال : (ويبقى شيء لم أر من نبه عليه ، وهو ما لو كان المبيع اثواباً متعددة وهي على نمط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد ، ويظهر لي أنه يكفي رؤية ثوب منها الا اذا ظهر أن الباقي أردأ ، وذلك لأنها تباع بالنموذج في عادة التجار ، فاذا كانت ألواناً مختلفة ينظرون من كل لون الى ثوب واحد بل يقطعون من كل لون قطعة قدر الا صبع ويلصقون القطع في ورقه ، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقه ويكون طول الثوب وعرضه معلوما ، فاذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية ، لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض، اذ لا شك أنه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن ، فاذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لا يختلف ثوب منها عن ثوب اختلافاً ينقص الثمن عاده كان كذلك ، ولا سيما اذا كانت الثياب من سدى واحدة لأنه داخل تحت قول الهداية وغيرها أنه يكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود) (٣) .

---

(١) المبسوط ١٣ : ٧٢ .

(٢) الزيلعي ٤ : ٢٦ وانظر في هذا المعنى الاصل ١٤٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٩٨،٥٩٧ .

ويؤيد كلام ابن عابدين بأن الثياب من المثليات وأنه يكتفى برؤية قطعة صغيرة من نموذجه ، وأن خيار الرؤية ساقط ، اذا وجد المبيع كالنموذج ماقاله المرغيناني بأنه يجوز السلم في المزروعات،لأنه يمكن ضبطها بذكر الزرع والصفة والصنعة لا في الحيوان، لان فيه تفاوتاً فاحشاً في المالية (باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد) (١) والمراد بقلما يتفاوت الثوبان .. أنهما يتفاوتان تفاوتاً قليلا لا عدم التفاوت أصلا (٢) . وعرف زماننا اليوم في بيع الثياب على هذا ، الا أنني أرى ابقاء الخيار مع هـذا النموذج في الثياب ، لأن الثوب الواحد في النول الواحد نراه يختلف من ذراع الى ذراع اذ ربما تنقطع الخيطان وتربط في ذراع دون ذراع والله سبحانه وتعالى أعلم .

والمالكية أجازوا البيع على النموذج اذا كان المبيع من المكيلات كالقمح والموزونات كالقطن وأن رؤية البعض كافية ، بخلاف المقوم فانهم لا يرون ذلك كعـدل مملؤ من القماش ، وقال ابن عبد السلام : الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلي في كفاية رؤية البعض اذا كان المقوم من صنف واحد ، وفي رأيي أن المقوم لا يدخل تحت بيع النموذج لاختلافه بالقيمة من حيث الصغر والكبر والجودة والرداءة ولكن اذا كان كالقماش فأرى كما رأى ابن عابدين في بيع الثياب . مع الاحتفاظ بحقه في الخيار (٣) .

والشافعية أجازوا بيع الانموذج اذا رآه المشتري منفصلا عن المبيع وكان من المتماثلات ولا بد من ادخال النموذج في صيغة العقد كأن يقول : بعتك كذا وهـذا منه ولا يضر خلطه به ولا تلفه ولو قبل القبض (٤) وان قال بعتك الحنطة التي في هـذا البيت وهذا الانموذج منها ، فان لم يدخل الأنموذج في البيع فوجهان :

---

(١) الهداية ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٢٢٨ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٣٢٨ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ .

(٤) فتح الوهاب ١ : ١٦٥ وقليوبي وعميره ٢ : ١٦٥ والمجموع ٩ : ٣٢٧ ومغني المحتاج ٢ : ١٩ ونهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤١٩ ، ٤٢٠ ، واعـانة الطالبين ٣ : ١١ ومنهاج الطالبين بهامش قليوبي وعميره . واعلم أنه اذا حضر الانموذج وقال بعتك من هذا النوع كـذا فهو باطل لأنه لم يعين مالا ليكون بيعا ولم يراع شروط السلم ولا يقوم ذلك مقـام الوصف في السلم لان الوصف باللفظ يرجع اليه عند النزاع : قال السبكي : وصورة المسألة : ان يقول بعتك الحنطة =

أ ــ لا يصح البيع لأن المبيع غير مرئي ، وان رده للمبيع لانتفاء رؤية المبيع أو شيء منه وصار كأنه قال : بعتك من هذا النوع كذا .

ب ــ ان ادخل النموذج في البيع صح على أصح الوجهين كما لو رآه متصلا بالباقي .

قال النووي : وان شئت جمعت الصورتين فقلت : فيه ثلاثة أوجه :

أحدها ــ الصحة .

والثاني ــ البطلان .

والثالث ــ ان ادخل الانموذج في البيع صح والا فلا (١) وهو أصحها .

أما الحنابلة : فقد ذهبت الى عدم صحة بيع الانموذج وهو ما يدل على صفة الشيء ومثلوا له بأن يريه صاعاً مثلا من صبرةويبيعه الصبرة على انها من جنسه فهذا البيع لايصح عندهم ، لعدم رؤية المبيع وقت العقد (٢) .

واني لأرى أن الحنابلة قد أجازوا بيع الغائب على الصفة والانموذج مشاهد والمبيع يساوي ما رأى من الانموذج، فهو مساوللغائب ويزيد عليه بأن بعضه مرئي .قال البهوتي ويصح البيع بصفة تضبط ما يصح السلم فيه لانها تقوم مقام الرؤية في تمييزه) .

ونجده يتكلم ثانية بما يفيد أن الحنابلة أجازت بيع الانموذج فقال : (أن يكون المبيع معلوماً برؤية تحصل بها معرفة مقارنة له وقت العقد أو لبعضه إن دلت عليه بقيته وإلا فلا) (٣) .

هذه العبارة(أو لبعضه ان ذلت على بقيته) ان هي الا بيع الأنموذج ، لأن رؤية بعضه تدل على باقيه ، فكان الأولى أن تجيز الحنابلة بيع الأنموذج . والله سبحانه وتعالى اعلم .

= التي في هذا البيت وهذا انموذجها فان ادخله في البيع صح والا فلا . قال الأسنوي : وشرط الادخال ان يرده الى الصبرة قبل البيع فلو ادخله في البيع من غير رد كان كبيع عينين رأى احداهما والذي اراه ان رده الى الصبرة غير صحيح بل ادخاله في البيع هو الصحيح لانه اذا رده الى الصبرة لم يبق انموذجا الا اذا كان الانموذج والمبيع في مجلس واحد مع احتمال بعده ايضا لان القمح قد يتغير في داخله فيحتاج الى حكم وهو الانموذج وهو منعدم . قليوبي وعميرة ٢ : ١٦٥ .

(١) المجموع ٩ : ٣٢٧ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٢٠ .

(٢) كشاف القناع ٣ : ١٦٣ ومطالب اولي النهى ٣ : ٢٧ .

(٣) كشاف القناع ٣ : ١٦٣ .

والشيعة الاماميه ذهبت الى جواز بيع الأنموذج المماثل وينجبر النقص عندهم بالخيار فان خرج المبيع معيباً تخير المشتري بين رد المبيع والأرش ان لم يتصرف بـه المشتري تصرفاً زائدا على اختياره (١) .

أما الظاهرية فانهم لا يأخذون في بيع الأنموذج ، بل نراهم يشنعون على مـن أخذ ببيع الأنموذج وها أنا اثبت نصا له لكي لا أتزيد عليه ولكي لا أمس من تكلم عليه بأذى.

قال ابن حزم : (وليت شعري ما هذا الأنموذج الذي لا هو لفظة عربية من اللغة التي نزل القرآن وخاطبنا بها رسول الله ﷺ ، ولا لفظة شرعية ثم صار يشرع بها أبو حنفية الشرائع فيحرم ويحلل فعلى الأنموذج العفـاء وصفع القفاء وعلى كل شريعة تشرع بالأنموذج) (٢) .

ان ابن حزم بتشنيعه على أبي حنيفة بأخذه بالأنموذج انما كـان في معرض حديث جواز بيع المغيبات في الأرض كالبصل والفجل والجزر ونحوها ، فان هذه الاشياء انما هي غير مرئية ولذا مما يجلب التنازع والشقاق بين المتعاقدين لو قلنـا بصحة ابن حزم ، لكن الأنموذج من القمح وغيرها من المثليات فلا ينطبق عليها موقفه ، وخاصة في هـذا الزمان فان البياعات انما تكون بهذه الطريقة سواء بين الافراد أو بين الدول والقارات ، وأصبح عرفا بين التجار ، ولم يبق للمتعاقد الآخر سوى خيار العيب وخيار الخلف في الصفة والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٧٦ ط ١ النجف الاشرف .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

المطلب الثالث

بيع الأعمى وشراؤه [1]

اختلف الفقهاء في بيع الأعمى وشرائه على رأيين :

الرأي الاول : المانعون لبيعه وهو الرأي الراجح عند الشافعية .

الرأي الثاني : المجوزون له مالك واحمد وابو حنيفة والشيعة الزيدية وأصح الاقوال عند الاباضية والظاهرية .

المانعون لبيعه :

ترى الشافعية أن بيع الأعمى باطل وهو المذهب وقال الزركشي : الا شراء من يعتق

---

(١) الأعمى كالبصير الا في مسائل يخالف البصير عند الشافعية وهي :

١ – لا يجتهد في الاواني والثياب في قول .
٢ – يكرة ان يكون مؤذناً راتبا الا مع بصير كابن أم مكتوم مع بلال
٣ – لا يجتهد في القبله
٤ – لا جمعة عليه اذا لم يجد قائداً .
٥ – البصير أولى منه بغسل الميت .
٦ – لا حج عليه اذا لم يجد قائداً .
٧ – تكره زكاته كراهة تنزيه بلا خلاف .
٨ – ولا يحل صيده بارساله كلياً أو سهماً في أصح الوجهن .
٩ – لا يصح بيعه وشراؤه واجارته ورهنه وهبته ومساقاته ونحوها من المعاملات على المذهب الصحيح :

عليه لأن مقصوده العتق ومقتضاه الحاق البصير به في ذلك (١) .

وقيل أن لم نجوز بيع الغائب وشراءه لم يصح بيـــع الأعمى ولا شراءه ، وان جوزناه فوجهان :

١ ــ لا يجوز لأنه لا طريق له الى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار له .

٢ ــ يجوز بيعه وشراؤه ويقام وصف غيره مقام رؤيته وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وعلى هذا ثبت له خيار الرؤية عند وصف السلعة له ، ويكون الوصف له بعد العقد كرؤية البصر (٢) .

ويصح بيع ما رآه قبل عماه ان كان ذا كراً لأوصافه وهو مما لا يتغير غالباً، وكذلك لو اشترى شيئاً ثم عمي قبل قبضه لم يبطل الشراء (٣) .

وأرى أن بيع الاعمى وشراءه صحيح كالبصير اذا ما وصف له المتاع كل بحسبه .

= ١٠ــ لا يجوز كونه وصياً في وجه .
١١ــ لا يجوز مكاتبته عبده في احد الوجهين .
١٢ــ لا يكون ولياً في النكاح في وجه .
١٣ــ لا يجزئ في الكفاره .
١٤ــ لا تؤخذ عين البصير بعينه .
١٥ــ لا يكون سلطاناً .
١٦ــ لا جهاد عليه .
١٧ــ لا يكون قاضياً .
١٨ــ لاتقبل شهادته الا فيا تحمله قبل العمى أو بالاستفاضة أو على من تعلق به .مجموع ٩ : ٣٣٢ أما الحنفية فقد ذكروا ان الاعمى يخالف البصير في اثني عشر : لا جهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا يصلح كونه شاهداً ولا دية في عينه وكره أذانه وامامته الا أن يكون أعلى القوم ولا يجوز اعتاقه ولا كونه إماماً أعظم ولا قاضياً ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده في القبلـــه) البحر الرائق ٦ : ٣٤ والاشباه والنظائر لابن نجيم : ٣١٤ وابن عابدين ٤ : ٦٠٠ .

(١) نهاية المحتاج ٣ : ٤٢٢ والواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٧٦ .
(٢) المجموع ٩ : ٣٣٢ ومغني المحتاج ٢ : ٢١ .
(٣) نهاية المحتاج ٣ : ٤٢٤ وقليوبي وعميرة ٢ : ١٦٧ .

وأما بيع الصفة عند الشافعية وهوالسلم فيصح من الأعمى بيعاً وشراء، لأن السلم عقد على صفة يفتقر الى الخبر دون النظر فأستوى فيـــه الأعمى والبصير لاستوائهما في المخبرات وان اختلفا في بيوع الأعيان لاختلافهما في المشاهدات .

وأما بيع الأكمه الذي خلق أعمى فـــلا يصح منه السلم لجهله بالألوان، ولكن جمهور فقهاء الشافعية خرج مذهب الشافعي الى التسويه في عقد السلم بين الأعمى الذي كان بصيراً وبين من خلق أعمى لم يبصر ،لأن من خلق أعمى وان لم يعرف الألوان فهو يعرف أحكامها ويعلم اختلاف قيم الأمتعة باختلاف ألوانها وأن الحنطة البيضاء أجود من الحنطة السمراء فصار فيها كالبصير وكالأعمى الذي كان بصيراً ، ألا ترى أن البصير لو وصف له متاع لم يره ولا عرفه في بلد تبعد عنه جاز أن يسلم فيه وان لم يعرف الصفات التي اشتمل العقد عليها اذا علم تفاصيلها فكذلك سلم الأعمى ، فـاذا ثبت أن عقد السلم يصح منـه فقبضه عند حلوله لا يصح منه ،لأن القبض يحتاج الى ،استيفاء الصفات المستحقة بالعقد وذلك مما لا يدرك الا بالمشاهدة والنظر فجرى مجرى عقد البيع على عـين لا يصح من الأعمى حتى يوكل فيه بصيراً يعقد عنه أوله ، وكذلك لا يصح من الأعمى قبض السلم فيه ولا اقتصاصه حتى يوكل من يقتص له ان كان مشترياً أو يقتص عنه ان كان بائعاً والله أعلم (١) .

أدلة المانعين لبيعه : وقد أستدلوا بما يأتي :

١ ــ نهى رسول الله ﷺ عن الغرر وعقد الضرير من أعظم الغرر .

٢ ــ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الملامسة وبيع الضرير أسوأ حالا منه .

٣ ــ انه بيع مجهول الصفة عند العاقد فوجب أن يكون باطلا كما لو قال بعتك عبداً أو ثوباً.

٤ ــ انه بيع عين فوجب أن يكون لفقد الرؤية تأثير فيه كالبصير فيما لم يره .

المجوزون لبيعه :

فالحنفية ذهبت الى أن بيع الأعمى وشراءه جائزان : وله الخيار اذا اشترى ؛ لأنه اشترى ما لم يره ، ويسقط خياره بما يأتي :

---

(١) الحاوي للماوردي ٦ : ٣٠ ، ٣١ .

١ ـ الجس :

ان كان المشتري مما يعرف بالجس فهو كالبصير في ذلك ، وان كـــان المشتري مما تعرف صفته بالجس كالشاة كما تعرف بالرؤية ، فاللمس فيه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه وقال رضيت به يسقط خياره (١) .

٢ ـ الشم :

ان كان المشتري يعرف بالشم كالطيب .

٣ ـ الذوق :

ان كان المشتري يعرف بالذوق كالعسل .

٤ ـ الوصف :

ويكون فيما لا يمكن معرفته بالحواس كالعقار حتى يوصف وذلك بأن يوقف الأعمى في مكان لو كان بصيراً لرآه ثم يذكر له صفته الا أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به ، لأن ذكر الوصف يقام مقام الرؤية في بعض المواضع كما في عقد السلم (٢) .

أما الكرخي فقال : وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء لأنه لا يستفيد به علماً (٣).

وعن أبي يوسف رحمه الله : قال يقاد الى ذلك الموضع فاذا كان بحيث لو كان بصيراً رأى فقال : قد رضيت سقط خياره ، لأن التشبيه يقـــام مقام الحقيقة في موضع العجز ، وجعل هذا كتحريك الشفتين مـــن الأخرس واجراء الموسى على رأس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام ، فان وقوفه يقام مقام عبارة الناطق في التكبير والقراءة لأن الممكن ذلك القدر (٤) .

---

(١) يعني ولا يحتاج لغير الجس فان احتيج اليه لا بد منه كأن اشترى ثوباً فلا بـــد من صفة طوله وعرضه ورقعته مع الجس وفي الحنطة لا بد من اللمس والصفة .

(٢) المبسوط ١٣ : ٧٧ وفتح القدير ٥ : ١٤٧ والدرر الحكام وغنية ذو الاحكام في بغية درر الحكام ٢ : ١٥٩ ومجمع الأنهر ٢ : ٣٨ .

(٣) فتح القدير ٥ : ١٤٧ والبحر الرائق ٦ : ٣٥ وابن عابدين ٤ : ٦٠٠ .

(٤) المبسوط ١٣ : ٧٧ والبحر الرائق ٦ : ٣٥ .

والكمال بن الهمام يضعف هذا الرأي ، لأن العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف اذ القائم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعاً اعتباره بمنزلته في السلم أما وجوب اجراء الموسى فمختلف فيه وكذلك التحريك ليس بلازم للذمي .

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر الوصف في غير العقار ولم يعتبر الشم ولا الذوق لأن الوصف يقوم مقام الرؤية (١) . وبالجملة لا بد في الوصف للأعمى ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتبر ليكون في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير (٢) .

وعند المالكية يجوز بيع الأعمى وشراؤه سواء ولد أعمى أو طرأ عليه في صغره أو كبره في غير الجزاف ، لأن الجزاف يعتبر فيه الرؤية ، وذلك اذا كان المبيع قد وصف له كما في بيع الغائب الموصوف فيما لا يمكن فيه معرفته للمبيع بغير وصف، أما ما يمكن معرفته للمبيع بدون وصف فيجوز شراؤه وصف أم لم يوصف كالسمن في الشاة والادهان والمشمومات لانها تدرك باللمس والذوق والشم ، وينطبق عليه حكم بيع العين الغائبة الموصوفه اذ خالفت الصفة من أن له الخيار (٣) .

وعند الزيدية أن البيع والشراء يصحان من الأعمى سواء كان العمى طارئاً أو أصلياً فلو عاد اليه نظره فلا خيار له في الضياع والدوّر ونحوها أو حصول اللمس في الثياب ونحوها أو الجس في الحيوانات ونحوها وهو الصحيح من المذهب فان رده فوراً والا بطل خياره .

وهناك رأي آخر بأن الوصف بدل فاذا قدر على المبدل فله خيار الرؤية، لأن العمى طارىء لا أصلي (٤) .

وعند الاباضية لا يصح بيع الأعمى وشراؤه قبل العمى ولو لم يحضره .

وقيل : بيع فاسد ولو حضر وكان المبيع مما لا يتغير ، لأن حضوره كعدم حضوره حتى ولو لمسه ، لأنه لا يراه وهذا قول من لا يجيز بيع الغائب .

أما اذا كان المبيع مما يتغير بين رؤيته وعماه لم يجز بيعه ولا شراؤه ، وقيل يجوز بيعه أيضاً فيما يتغير ان عرفه قبل العمى ولم تمض عليه مدة التغير ، وقيل : يجوز ان وصف

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٤٧ .
(٢) ابن عابدين ٤ : ٦٠٠ .
(٣) جواهر الاكليل ٢ : ٩ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ .
(٤) شرح الازهار ٣ : ٩ والتاج المذهب ٢ : ٣١٥ .

له المبيع أو قيل له ان المبيع باق على ما عرفته قبل فيكون في حكم البصير .

أما ما لم يره قبل العمى فعلى ثلاثة آراء :

١ ــ لا يصح بيعه سواء عرف المبيع قبل العمى أم لا ، كان العمى أصلياً أم طارئاً يتغير المبيع أم لا .

٢ ــ يصح ان كان نفعاً له ولم ينقضه .

٣ ــ يجوز بيعه فيما خف ولو لم يبصره (١) .

وعندالظاهرية : بيع الأعمى أوشراؤه بالصفة جائز كالصحيح ولا فرق ، واستدل على ذلك بأنه لم يأت في القرآن ولا في السنة بالفرق بين شيء في شيء من ذلك وأحل الله البيع وبهذا العموم دخل الأعمى والبصير (٢) .

أدلة الجمهور على صحة بيع الأعمى وشرائه :

١) بعموم قوله تعالى وأحل اللهُ البَيْعَ ،فالآية لم تفرق بين الأعمى والبصير(٢).

٢) بما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال : اذا بايعت فقل لا خلابة (٤) .

والذي قاله له النبي ﷺ : اذا بايعت فقل لا خلابة) هو حبان بن منقذ رضي الله تعالى عنه وكان ضريراً ، فقد أجاز له رسول الله ﷺ أن يبيع وان يشتري (٥) .

٣) بالاجماع عن الصحابة : وذلك أن العباس بن عبد المطلب وابنه عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر كانوا يتبايعون ويشترون فلم ينكر ذلك عليهم أحد من الصحابة فدل على أنهم مجمعون عليه ، وكذلك فان بيع العميان من زمن الرسول ﷺ الى الوقت الحاضر لم يمنعوا من بياعاتهم ولم ينكر عليهم أحداً (٦) .

---

(١) شرح النيل ٤ : ١٤٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ٩ : ٥٢ .

(٣) المحلى ٩ : ٥٢ .

(٤) رواه البخاري : انظر صحيح البخاري مع العيني ١١ : ٢٣٣ .

(٥) هذا الحديث ورد موصولا بعدة طرق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم .أن حبان أصابته آمه في رأسه وثقلا في لسانه وكان يخدع في البياعات فلا ينتهض دليلا .

(٦) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٤ .

٤) قياس الأعمى على البصير : لأن كل من صح منه التوكيل في البيع صح منه عقد البيع كالبصير .

٥) قياسهم على النكاح : لأن كل عقد جاز أن يقبله البصير جاز أن يقبله الضرير كالنكاح (١) .

رد أدلة الجمهور :

أما الآية فقد أريد بها الخصوص لأنهم متفقون على حظر كثير من البياعات نحو بيع ما لم يقبض وبيع ما ليس عند الانسان وبيع الغرر والمجاهيل (٢) .

أما الاجماع فغير صحيح ، لأنه لا يعقل منهم أن هؤلاء باشروا عقد البيع بعد العمى ولو فعلوه لم يكن اجماعا ،لأن ترك الانكار لا يكون رضى .

أما قياسهم على البصير ، ففي صحة بيع البصير حصول مشاهدته والأعمى مفقود المشاهدة .

وأما قياسهم على النكاح فالمعنى فيه أنه لما لم يكن للرؤية تأثير فيه صح من الأعمى ولما كان للرؤية تأثير في المبيع لم يصح من الأعمى (٣) .

رد أدلة المانعين : فقد رد عليهم على النحو التالي :

أما نهي الرسول ﷺ عن بيع الغرر وعقد الضرير من أعظم الغرر فان الأعمى مكلف في جميع الأعمال وليس العمى يحجره الا في المسائل التي تحتاج الى الرؤيا كالشهادة .

وأما قياسهم على الملامسة ، فذاك وارد فيه نص عن بيع الملامسة التي هي من بيوع الجاهلية ولم يرد في الأعمى شيء .

أما أنه بيع مجهول الصفة ، فقد أجيز .

وأني لأرى أن أدلة الجمهور أقوى ولذلك فأني أرى جواز بيع الأعمى وشرائه اذا

---

(١) جامع الفصولين ١ : ٢٣٧ وخيار الرؤية لا يثبت في النكاح .
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢ : ١٨٩ .
(٣) الحاوي للماوردي ٦ : ٣٠ .

كانت العين موصوفة له بما يزيل الجهالة بحسب حال المبيع فان كان بالشم وأن كـان بالوصف فبالوصف .

والله سبحانه وتعالى أعلم .

عدم رؤية المبيع في القانون :

لقد ذكرت المادة (١٩) من التقنين المدني المصري أنه يشترط أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويكون العلم بالمبيع برؤيته ذاتا ، ولكن المشرع لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع بل جعل الى جانب هذا الطريق طريقين آخرين :

الأول : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه فاذا باع شخص دارا فانه يشترط أن يذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسـومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري . فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية .

الثاني : اقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع :

فاذا لم يحصل الوصف الدقيق السالف وأقر المشتري في مجلس العقد أنـه يعرف المبيع أو سبقت له رؤيته ، فهذا الاقرار يكون حجة على المشتري ولا يستطيع بعد ذلك أن يطعن في البيع بالابطال بدعـوى عدم علمه بالمبيع الا اذا أثبت أن البائع قد دلس عليه ، وصورة التدليس : بأن يري البائع المشتري عيناً أخرى وأوهمه أنها العين المبيعه،ففي هذه الحالة له أن يتمسك بأبطال البيع للتدليس لا الغلط .

وعلى هذا فان خيار الرؤية عند القانون قد آل الى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفا مميزاً له من غيره ، وبحيث يتمكن المشتري عن تعرفه ، فاذا لم يوصف على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالبيع .

ومن هنا يظهر لنا أن خيار الرؤية لا يكون الا في الفرض النادر الآتي : تكون العين المبيعه معينه تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن من

تعرفها ، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشتري بأنه عالم بالمبيع وقت العقد ، ولم يكن للمشتري بأنه قد رأى المبيع قبل العقد،ففي هذه الحالة يثبت للمشتري خيار الرؤية ، فاذا رأى المبيع ولم يجده وافيا بالغرض المقصود فله أن يطلب ابطال البيع لأنه قد وقع في غلط جوهري في شأن المبيع ، لأن المشتري لم ير المبيع ولم يوصف له ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفي بالغرض المقصود (١) .

خيار الرؤية في المبيع جزافاً :

اذا كان البيع جزافا وشاهد المشتري بعض المبيع ورضي به ثم تبين له بعد ذلك أنه لو شاهد المبيع كله لأحجم عن الشراء كان مخيرا بين أخـــذ كل المبيع بكل الثمن وبين فسخ البيع واسترداد الثمن ان كان أداه ، ولا يجوز له أخذ ما شاهده بما يقابله من الثمن وترك الباقي لتفرق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر عليه .

البيع بالأنموذج (٢) :

تنص المادة (٢٠) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ ــ (اذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها) .

٢ ــ واذا تلفت العينة أو هلكت في يـد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق) (٢) .

فمن هذا النص نرى أن المبيع يجب أن يجيء مطابقاً للعينة مطابقة تامة ، واذا لم يكن مطابقاً فللمشتري أن يرفض المبيع وأي جزء منه لا يكون مطابقاً لها ، الا أن القانون يرى أيضاً لو أن المبيع وجد أعلى صنفاً أو أجود من العينة فللمشتري خيـــار الرؤية لأن

---

(١) الوسيط : ١٢٣ ــ ١٢٦ وشرح البيع في القوانين المصرية للاســتاذ محمد حلمي عيسى ٣٣٢ ــ ٣٣٥ وكتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية للاستاذ أحمد أبو الفتح : ٢٩١ وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١ : ٤٨ ــ ٤٩ .

(٢) الأنموذج : هو البيع بالعينه عند القانون ولذا فاني اذكر لفظ العينة بدل الأنموذج .

الاتفاق تم على أن يكون المبيـــع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولـــو كان أفضل .

أما لو كان المبيع مطابقاً للعينة وكان غير ملائم لحاجته فان المشتري لا يستطيع رفض المبيع وكذلك لو حصل للمبيع الذي يذاق أو يجرب التجربة أو الذوق أن يرد المبيـــع المطابق للعينة ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم، وكل هذا لا يمنع المشتري من الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (١) .

شراء الأعمى :

لقد تكلم القانـــون القديم عن شراء الأعمى وتصرفاته في المادة (٢٥٣) وذكر أن الأعمى أهل للتصرفات قانوناً فيقع شراؤه صحيحاً اذا أمكنه معرفة المبيع بطريق الذوق أو اللمس أو الجس أو نحو ذلك مما لا يدرك بالبصر ، ويصح أيضا شراؤه للمرئيات بالبصر اذا أناب عنه غيره في مشاهدة المبيع .

وفي المادة (٢٦١) أنه يشترط في حالة مـــا اذا كان المبيع معينـــا بالنوع فقـــط كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات أن يكون معرفا تعريفا تاماقدرا ووصفا بحيث يكون رضا المتعاقدين بعد ذلك صحيحاً (٢) .

أما في التقنين المدني الجديد فقد قضى بأن بيـــع الأعمى يكون صحيحا اذا أمكنه معرفةحقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة أو حصلت معاينته فمن عينه معتمدا عليهفي ذلك(٣).

---

(١) مجموعه الأعمال التحضيرية ٤ : ٢١ ــ ٢٤ .

(٢) الوسيط ٤ : ٢٣٤ ــ ٢٣٧ وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ٦٧ ــ ٦٩ .

(٣) المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية للاستاذ أحمد أبو الفتح : ٢٩١ ــ ٢٩٢ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ١٩ .

المبحث السادس

بيع المعدوم

تمهيـــــد:

من شروط صحة البيع في الفقة الإسلامي أن يكون المبيع موجوداً وقت التعاقد فان لم يكن المبيع موجوداً عند التعاقد فالعقد باطل ، اللهم الا في مسألتين يصح العقد فيهما رغم عدم وجود المبيع ، وذلك في السلم والاستصناع (١) ، واذا كان المبيع غير موجـــود أصلا وقت العقد ، ان كان المبيع موجودا في أصله ولكنه في الحالتين غير محقق الوجود في المستقبل فان له خطر المعدوم. ومن هنا يدخل عنصر الغرر كبيع الثمرة قبل أن تخلق ، وبيع اللبن في الضرع وبيع حمل الدابة في بطنها ، فهذه البيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش فلا تجوز لأن الثمرة قد توجد وقد لا توجد، لأن خلق الثمرة بتكوين من الله وارادته ولا دخل للانسان في تكييفها ، والدابة قد تلد وقد لا تلد وكذلك اللبن في الضرع فقد يكون موجودا وقد يكون غير موجود ، أو قد يكون الضرع فيه انتفاخ لا لبن .

ولذا فاني سأبحث في هذا المبحث عن بيع الأشياء المعدومة وقت التعاقد الا أنهـــا ممكنة الوجود في المستقبل وهو ما يعبر عنه في الفقه القانوني (بيع الأشياء المستقبلة) .

وعلى هذا فسأتكلم أولا عن بيع المعدوم في الفقة الاسلامي ثم أتكلم عنه في القانون.

ولذا أقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : بيع المعدوم عند الفقهاء .

المطلب الثاني : بيع الثمار .

المطلب الثالث : بيع المعدوم في القانون المصري .

---

(١) انظر الاستصناع من رسالتنا ففيه أوجه الاختلاف في بيع الاستصناع .

المطلب الأول

بيع المعدوم عند الفقهاء

من الفقهاء من ذكر بيع المعدوم بصراحـــة ومنهم من أشار اليه . واليك آراؤهم جميعاً مفصلة .

الحنفية :

ذهبت الحنفية الى أن بيع المعدوم وماله خطر العدم باطل .

يقول أبو العلاء السمرقندي في باب البيوع الفاسدة : ومنها بيع المعدوم الذي انعقد سبب وجوده أو ما هو على خطر الوجود كبيع المضامين والملاقيح ونتاج الفرس لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع المضامين والملاقيح وبيع حبل الحبلة (١) .

أمـــا الكاساني : فقد ذكر بيع المعـــدوم بتفصيل رائع يحسن بي أن أذكر نص عبارته فقال : (وأما الذي يرجع الى المعقود عليـه فأنواع : منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع نتاج النتاج بأن قـال بعت ولد ولد هذه الناقه وكذا بيع الحمل لأنه اذا باع الولد فهو بيع المعدوم ، وان باع الحمل فله خطر المعدوم. وكذا بيع اللبن في الضرع ، لأن له خطر المعدوم لاحتمال انتفاخ الضرع . وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدومان ، وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحها اذا لم يشترط الترك . . وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم . . . ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ، والدهـــن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن . . .لأن بيع الدقيق في الحنطه والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم، لأنه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون ، لأن الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتغير

---

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٦٨ .

منه فلا دقيق في حال كونه حنطه . . وكذا بيع البزر في البطيخ على الصحيح ،لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر ، وكذا بيع اللحم في الشاة الحية لأنها انما تصير لحماً بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد،وكذا بيع الشحوم الذي فيها واليتها ،وأكارعها، ورأسها ، لما قلنا وكذا بيع البحير في السمسم ، لأنه انما يصير بحيراً بعد العصر) (١) .

المالكية :

وذهبت المالكية الى أن المبيع يشترط فيه أن يكون موجوداً ، واذا لـم يكن المبيع موجوداً فان الغرر متحقق وجوده ،قال ابن رشد : (والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفه معلوم القدر مقدوراً على تسليمه وذلـك في الطرفين الثمن والمثمون ، معلوم الأجل أيضاً ان كان بيعاً مؤجلا) (٢) .

الا انهم لا يشترطون وجود المبيع في كل العقود ، فعقود التبرعات عندهم كالهبة والوقف يجوز أن يكون موضوع العقد محتمل الوجود في المستقبل، وان لم يكن موجوداً فعلا حين العقد ، فيصح أن يهب ما في بطن الناقه من حمل ،وما في ضرعها من لبن، وما في جوف الارض من نبات ، بعد وضع بذوره وما ينبته الشجر والنخل من ثمر وتمر (٣).

وكذلك عقد الرهن يجوز أن يكون الشيء المرهون غير موجود وقت العقد (فشيء يتوثق به خير من عدمه) (٤) ولذلك فان عندهم فيما يوجد من الخضر والفواكه بعضه في اثر بعض كالمقاثي والباذنجان جواز بيع ما لم يظهر تبعاً لما يظهر (لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة بل على التعاقب بعضها بعد بعض، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج) (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٨ ــ ١٣٩ ويذكر ابن عابدين تفصيلا جميلا يرجع اليه في شرائط البيع نذكر منها الآن : وشرط المعقود عليه سته . كونه موجوداً حالا متقوماً مملوكاً في نفسه وكون المالك للبائع فيما يبيعه لنفسه وكونه مقدور التسليم فلم ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع والثمر قبل ظهوره . . . ابن عابدين ٤ : ٥٠٤ ــ ٥٠٥ وانظر البحر الرائق ٥ : ٢٧٩ــ٢٨٠ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٨٦ .

(٣) الفقه الاسلامي لمحمد سلام مدكور ٤٢٩ .

(٤) الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ٢ : ١٠٩ .

(٥) مواهب الجليل والتاج والاكليل على هامشه .

الشافعية :

قال الشيرازي : ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لـم تخلق (١) وقال النووي : بيع المعدوم باطل بالاجماع ونقل ابن المنذر وغيره اجماع المسلمين على بطلان بيـع الثمرة سنتين ونحو ذلك (٢) .

الحنابلـة :

قال البهوتي : (والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه) (٣) .

والشيعة الامامية ترى أن بيع المعدوم باطل أيضاً ،لأنـه يشترط كون المبيع عندهم مقدوراً على تسليمه ، وفي الكلام عن بيع الآبق (يشترط في بيعه مـا يشترط في غيره من كونه معلوماً موجوداً عند العقد) (٤) .

والشيعة الزيدية ترى أن بيع المعدوم باطل أيضاً (ولا يصح البيع فـيما يخرج شيئاً فشيئاً كالبقول ، والورد ، والليمون ، والخضروات ، والحبحب (٥) ، ونحو ذلك حتى تظهر كلها وتستكمل الظهور ، أو يبيع الموجود بعد صلاحة ، فـإن باعها قبل وجودها فالبيع فاسد ، لأنه بيع معدوم) (٦) .

ويقول أحمد بن المرتضى (والمبيع يتعين فلا يصح معدوماً لنهيه ﷺ عن بيع مـا ليس عنده (٧) إلا في السلم وبيع نتاج النتاج فاسد للجهالة أو لكونه بيع المعدوم (٨) وفي الكلام عن بيع المعاومة (يفسد اذ هو بيع معدوم) (٩) وقال في موضع آخـر (وضابط

---

(١) التنبيه للشيرازي ٦٣ والمهذب ١ : ٢٦٩ .
(٢) المجموع ٩ : ٢٨٠ .
(٣) كشاف القناع ٣ : ١٦٢ وانظـر مطالب أولى النهي ٣ : ٢٥ وهـداية الراغب ٣٠٩ والروض المربع : ١٦٦ .
(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨١ .
(٥) الحبحب : البطيخ .
(٦) التاج المذهب ٢ : ٣٤٤ .
(٧) البحر الزخار ٣ : ٢٩١ .
(٨) المصدر السابق ٣ : ٢٩٤ .
(٩) المصدر السابق ٣ : ٢٩٦ .

الباطل ما اختل فيه العقد وفقد منه ذكر الثمن أو المبيع أو صحة تملكها كالميتة والدم أو بيع المعدوم كالمضامين والملاقيح (١) .

والاباضية ترى أيضاً أن بيع المعدوم باطل ، يقول ابن اطفيش : (المعقود عليه هو السالم من غرر وربا وشرط مفسد، المعلوم الموجود والصفة والقدر والأجل ان أجل)(٢).

واني لألحظ أن الفقهـــاء جميعاً يجمعون على أن بيع المعدوم باطل . وقد استدلوا على أن بيع المعدوم باطل بهذه الأحاديث :

١ ــ بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وقد استشهد بهذا الحديث الشيرازي في المهذب في معرض حديثه عـــن بيع المعدوم لقوله ﷺ نهى . . .

٢ ــ بما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عـــن المعاومة وفي بعضها عن بيع السنين (٣) .

٣ ــ وبما روى عن أبي الزبير وسعيد بن ميناء عنه (أن النبي ﷺ نهى عن المعاومة وقال أحدهما بيع السنين) (٤).

٤ ــ حديث ولا تبع ما ليس عندك وقد مر آنفاً .

هذه الاحاديث التي استدلوا بها على أن بيع المعدوم باطـــل ، وقد علمت أن ليس المراد أن كل معدوم يبطل بيعه لما رأينا في مذهب الحنفية والشافعية والمالكية ، فـــان عقد السلم والاجارة وكذا الاستصناع عند الحنفية من العقود الصحيحة رغم أن العقد انما وقع على معدوم .

---

(١) المصدر السابق ٣ : ٣٨٤ .

(٢) شرح النيل ٤ : ١٣٦ .

(٣) صحيح مسلم ١٠ : ١٩٥ — ١٩٦ وسنن النسائي ٧ : ٢٤٣ وانظر المهذب ١ : ٢٦٩ والمجموع ٩ : ٢٨٠ وفي رواية لمسلم بيع ثمر سنتين وهو مفسر لبيع السنين وبيع المعاومة . انظر مختصر سنن أبي داود ٥ : ٤٤ .

(٤) مختصر سنن أبي داود ٥ : ٤٤ وبيع السنين . هو ان يبيع الرجل ما تثمره النخلة أو النخلات بأعيانها سنين ثلاثاً أو أربعاً أو أكثر منها وهذا عذر ،لأنه يبيع شيئاً غـــير موجود ولا مخلوق الاعيان، فاما في بيوع الصفات :فهو جائز ، مثل أن يسلف في الشيء الى ثلاث سنين أو أربع أو أكثر ما دامت المدة معلومة اذا كان الشيء المسلف فيـــه غالباً وجوده . عند وقت محل السلف . مختصر سنن أبي داود ٥ : ٤٤ .

رأي ابن تيمية في بيع المعدوم :

لقد رأينا ان الامام مالك رحمه الله لم يتشدد في وجود المعقود عليه أثناء التعاقد وخاصة في بعض العقود ، ولكن ابن تيمية يذهب في ذلك الى أوسع الحدود ، فيرى أن المعدوم يصح أن يكون موضوعاً للعقد على اختلاف أنواعه فلم يفرق بين عقود التبرعات والمعاوضات المالية وغيرها ، واذا حدث شيء لم يصح أن يكون محلا للعقد ، فانه يعزو السبب في ذلك الى ما يصحب العقد من الغرر والجهالة المفضيان عادة الى النزاع أو القمار أي لا لأنه معدوم ، واني لأثبت نصه لكي لا أتزيد عليه وليمعن القاريء برأي هذا العالم الجليل في العقود فيقول :

(بأنه ليس في كتاب الله وسنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام ، وانما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومه ، كما فيه النهي عن بيع بعض الاشياء التي هى موجودة ، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت فى الصحيح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر والغرر مالا يقدر على تسليمه ، سواء كان موجودا أو معدوما كالعبد الآبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل وهو غرر لا يجوز بيعه وان كان موجودا فان موجب البيع تسليم المبيع والبائع عاجز عنه ، والمشتري انما يشتريه مقامرة ، فان امكنه أخذه كان المشتري قد قمر البائع ، وان لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشتري (١) . وهكذا المعدوم الذي هو غرر ، نهى عن بيعه لكونه غررا ، لا لكونه معدوما . كما اذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان ، فقد يحمل وربما لا يحمل ، واذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه فهذا من القمار والميسر الذي نهى الله عنه ، ومثل هذا اكراء دواب لا يقدر على تسليمها أو عقار لا يملك تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل فانه اجارة غرر) (٢) .

ثم يستدل أيضا بأن الشارع صحح بيع المعدوم فى بعض المواضع مستدلا بحديث روي من عدة أوجه : أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، وانما نهى عنه اذا بيع

---

(١) لأنه في الحالة الاولى يكون قد اشترى شيئا بأقل من قيمته لأنه كان مخاطرا وفي الثانيه يكون البائع قد أخذ ثمن شيء لم يقدر فعلا على تسليمه . الاموال محمد يوسف موسى : ٣٠٩ .

(٢) القياس لابن تيميه : ٢٩ .

على أنه باق فيدل ذلك على أنه جوز بعد ظهور الصلاح أن يبيعه على البقاء الى كمال الصلاح بشرط القطع ونهى عنه بشرط التبقية .

رأي ابن القيم :

وتابع ابن القيم استاذه ابن تيمية من أن المعدوم يصح أن يكون محلا للعقد ما دام لا غرر فيه وان ما ورد عن الرسول من قوله : (لا تبع ما ليس عندك) ونحوه مما يفيد النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة ، والسبب فيه هو الغرر لعدم القدرة على التسليم مثلا ، لا أنه معدوم ، فإذا انتفت العلة لم يوجد الحكم . ولذلك أباح الشارع الإجارة والمساقاة وبيع الثمر بعد بدو صلاحه لعدم الغرر في هذا . ولم يجز بيع البعير الشارد وان كان موجوداً لوجود الغرر في بيعه ، كما لم يجز اجارة دابة لا يقدر المؤجر على تسليمها وهكذا حكم سائر عقود المعاوضات (١) .

السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر :

من الملاحظ في الفقه الاسلامي أنه يجعل بيع المعدوم باطلا على هذا النحو البالغ من التشدد امعانا في الخشية من الغرر ، ولذلك كان الفقهاء حذرين من تسرب الغرر الى التعامل ، فهم يشترطون أن يكون المبيع موجوداً وقت البيع ، لأن المبيع اذا لم يكن موجوداً حتى لو وجد في المستقبل دخل عنصر الغرر . وهم يحرصون على تجنبه ، ولذلك رأينا عندهم أن الشيء اذا كان غير موجود أصلا وقت التعاقد وبعده يكون ، فإن التعاقد عليه باطل .

علة النهي عن بيع المعدوم :

الشرع الاسلامي حرم بيع المعدوم لما ينطوي عليه من الغرر ، فبيع المعدوم باطل للغرر لا للعدم ، وعلى ذلك فالأصل هو الغرر ، فان كان الغرر فاحشاً كان البيع باطلا ، سواء كان المبيع موجودا أو معدوما ، واذا كان الغرر يسيراً كان البيع صحيحا سواء كان المبيع موجودا أم معدوما ، وعلى ذلك فالعبرة إنما تكون بانطواء التعامل على غرر فاحش وليست بالتعامل في المعدوم والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) اعلام الموقعين ٢ : ٢٧ ـ ٢٨ ومن أراد التوسع في ذلك فليرجع اليه ففيه تحليل جميل رائع .

الرأي المختار :

والحق رغم توسعة الامام مالك وابن تيمية وابن القيم على الناس في معاملاتهم أن نقول ان المرجع في ذلك يعود الى طبيعة العقد فقد تكون هي الحكم في الأمر .

فالبيع مثلا : من طبيعته نقل ملكية المبيع الى المشتري والثمن الى البائع ، وعلى ذلك فلا بد من وجود المبيع وقت العقد ، وعلى هـذا فلا يصح بيـع الثمرة التي لم تخلق ولا الجنين في بطن الناقة،لأن الثمر قد لا يكون وقد يكون،والناقة قد تلد وقد لا تلد،وقد تلد جثة هامدة لا فائدة فيها .

وهناك عقود لا يشترط أن يكون المعقود عليه موجودا ، أو أن المعقود عليه لا يمكن أن يتأتى دفعة واحدة بل ينقضي شيئاً فشيئاً ،أو يكون محتملا أو يتوقع الوجود عـادة في المستقبل ، كالإجارة والمزارعه ، والاستصناع ، ونحوها فهذه العقود يكفي لصحتهـا أن تكون محتملة الوجود ، أو متوقعة الوجود ، والله سبحانه وتعالى اعلم .

المطلب الثـــاني

بيع الثـــمار

تمهيـــد :

عندما نتكلم عن بيع الثمار لا بد وأن نستعرض حالات الثمار ، فـــإما أن تباع الثمرة قبل أن تخلق على الشجر ، وهذا لا خلاف في بطلان هذا البيع ولا فائدة من الكلام عليه ، وإما أن تباع الثمرة بعد أن تخلق على الشجر وفي هذه الحالة ، إما أن تباع قبل بدو الصلاح وإمـــا أن تـــباع بعد بدو الصلاح . ولذا فإني أقسم هذا المطلب الى فرعين الأول : بيع الثمرة قبل بدو صلاحها . والثاني : بيع الثمرة بعد بدو صلاحها .

الفرع الأول

بيع الثمرة قبل بدو صلاحهـــا

اختلف الفقهاء في بيع هذه الثمرة على رأيين .

الرأي الأول : لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحهـــا من غير شرط القطع عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله .

الرأي الثاني : يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً ويقتضي ذلك القطع عند أبي حنيفة رحمه الله (١) .

معنى بدو الصلاح :

وبدو الصلاح عند الحنفية : أن تأمن الثمار من العاهة والفساد (٢) وعند المالكية بدو الصلاح في الثمر الازهاء ، وهو أن تبدو فيهـــا الحمرة أو الصفرة وهو النضج ، وفي التين أن يطيب وتوجد فيه الحلاوة ويظهر السواد في أسوده، والبياض في أبيضه ، والعنب كذلك بأن ينحو أسوده الى السواد وأبيضه الى البياض مع النضج ، وبدو صلاح الجزر واللفت والفجـــل والثـــوم والبصـــل اذا استقـــل وانتفع بـــه أو أنـــه اذ قلع لم يفسد ، وقصب السكر اذا طاب والبر اذا يبس ، وبدو صلاح الفول والجلبان والحمص والعدس والورد وسائر الأنوار أن تتفتح اكمامه ويظهر نوره ، وكل ثمرة بحسبها وبدو صلاح الموز اذا بلغ في شجره قبل أن يطيب .

قال القاضي أبو الوليد : (ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بيعه ويبلغ

---

(١) رحمة الامة في اختلاف الأئمة ١ : ١٧١ والميزان الكبرى للشعراني ٢ : ٦٩ .
(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٢ .

أوله مبلغه اذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج فأنه اذا أزيل عن أصله قبل تناهيه فسد ولم يتم نضجه) (١) . وبدو الصلاح عند الشافعية يختلف باختلاف الاجناس ، فبدو الصلاح في ثمار النخل الاحمرار والاصفرار ، وفي الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد(٢).

وبعض الشافعية قال: بدو الصلاح بظهور النضج ومبادىء الحلاوة وزوال العصوصة أو الحموضة المفرطتين ، وذلك فيما لا يتلون بأن يتموه ويلين وفيما يتلون بأن يحمر أو يصفر أو يسود (٣) .

وبدو الصلاح عند الحنابلة في النخل أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة وفي ثمرة الكرم أن تتموه وما سوى النخل والكرم ، أن يبدو فيها النضج . والرأي الجامع لهم : ان ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه فبدو صلاحه بذلك وان كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه ، بأن يحلو وان كان مما لا يتغير لونه كالقثاء بلوغه أن يؤكل عادة (٤) .

وبدو الصلاح عند الزيدية : بأن يأخذ الثمر في ألوانه فالعنب صلاحه للأكل لا للزبيب بأن يحمر ويبيض ويسود الأسود ، والتمر أن يحمر ويصفر ،وصلاح الفواكه أن تحلو ويطيب أكلها ، وصلاح الحبوب أن يشتد ويتصلب .

قال ابن أبي الفوارس : والجامع لهذا كله أن يمكن الانتفاع بها في الأكل (٥) .

وبدو الصلاح عند الامامية يختلف باختلاف الثمار ، فإن كانت الثمرة مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فيها الحمرة أو السواد أو الصفرة ، وان كانت مما تبيض فهو أن يتموه فيه الماء الحلو ويصفو لونه ، وان كان مما لا يتلون مثل التفاح فبأن يحلو ويطيب أكله ، وان كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج ، لأن له نضجاً كنضج الرطب وان كان مثل القثاء فبدو صلاحه ان يتناهى عظم بعضه (٦).

وعند الاباضية : بدو الصلاح في كل شيء بحسبه ففي النخل يكون بالاحمرار والاصفرار وظهور الحلاوة وفي غيرها بظهورها ، وفي الموز بأن لا يفسد اذا نزع وادخر،

---

(١) المنتقى ٤ : ٢١٨ والبهجة للتسولي ٢ : ٣٠ ، ٣١ ، والقوانين الفقهيه لابن جزي ٢٥٢
(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٩ .
(٣) الواضح النبيه ٥ : ٢٢٢ .
(٤) المغني لابن قدامه ٤ : ٦٩ .
(٥) التاج المذهب ٣ : ٤ .
(٦) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٧٣ .

وفي الورد والياسمين بظهور نورهما ، وانفتاح أكمامها ، وفي البقول بالانتفاع بها في الحال، والسكر تقلب ورقه ، والجوز واللوز والفستق بالأخذ في اليبس كالقمح والشعير والفول والحمص والعدس ونحوهم . والقثاء والخيار يكون الصلاح بالانعقاد والبطيخ بالاصفرار لأنه الغرض المقصود منه (١) .

والظاهرية : بدو الصلاح في الثمر الازهاء أو ظهور الطيب في الثمر ان كان من سائر الثمار (٢) والذي أراه أن بدو الصلاح في جميع الثمار على حسب اختلاف الأئمة صيرورتها الى الصفة التي يطاب غالباً أكلها بكونها على تلك الصفة والله سبحانه وتعالى أعلم .

حكم بيع الثمرة قبل بـــدو الصلاح :

فإذا كانت الثمرة غير بادية الصلاح فلا يخلو حالها من ثلاثة أقسام :

١ ــ أن تباع الثمرة بشرط التبقية .

٢ ــ أن تباع الثمرة بشرط القطع .

٣ ــ أن تباع بيعاً مطلقاً (٣) .

بيع الثمرة بشرط التبقية :

من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها وشرط على البائع تركها فإن هـــذا البيع لا يصح اجماعا .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة الحديث (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع) (٤)

وقال الكمال بن الهمام : فإن لم يكن الثمر قد تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل ، وإن كان الثمر قد تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ويجوز عند محمـــد استحسانا (٥) .

---

(١) شرح النيل ٤ : ٦٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٢٥ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٥ والمغني لابن قدامة ٤ : ٦٣ والمنتقى للباجي ٤ : ٢١٨ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٦٣ ، ومطالب اولي النهى ٣ : ١٩٨ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٠٢ .

سبب فساد هـــذا البيع :

١) وجود الشرط الفاسد الذي لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير ، أو هو صفقة في صفقة وتفسير هذا الشرط الفاسد: ان شرط بلا اجره صار شرط اعارة في بيع ، وان شرط بأجرة صار شرط اجارة في بيع .

٢) اشتراط الجزء المعدوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر الى أن يتناهى العظم وعلى أساس ادعاء العرف (١) .

٣) وجود الغرر قبل بدو الصلاح وبعده، وقبل بدو الصلاح لاغرض من شرائها إلا مجرد الاسترخاص لاغير ذلك ، فان سلمت ترخص عليه ، وان تلف بعضها وكان أقل من الثلث فيكون الثمر غالياً . وبعد بدو الصلاح له غرض في ذلك من الانتفاع بها وأكلها رطبة . وهذا رأي محمد بن مسلمة .

وقال بعض المالكية : الغرر قبل بدو الصلاح أكثر وبعده أقل (٢) .

أدلة من احتجوا ببطلان هـــذا البيع :

١ ــ نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تزهي قيل وما تزهي ؟ قال :حتى تحمر (٣) .

٢ ــ بما روى سعد عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ أن يباع ثمرة حتى تشقح قيل وما تشقح؟ قال حتى تحمار وتصفار ويؤكل منها (٤) .

٣ ــ بما روي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها(٥).

٤ ــ بما روى أبو هريرة : أن رسول الله نهى عن بيع النخل حتى تحرز مـــن كل عارض (٦) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٠٢ والمبسوط ١٢ : ١٩٤ .

(٢) المنتقى للباجي ٤ : ٢١٨ .

(٣) هذا جزء من حديث انس بن مالك انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٣٠٢ ــ ٣٠٣ .

(٤) رواه البخاري انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٣٠١ ــ ٣٠٢ .

(٥) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٣٠٠ .

(٦) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٦ .

٥ ـ بما روي عن أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل : وما تزهي ؟ قال : حتى تحمر قال : أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه (١) .

فهذه الأحاديث الخمسة تمنع من بيع الثمار حتى يبدو الصلاح . وألفاظها، وان كانت مختلفة ، فمعانيها متفقه ، والمحتمل لهذه الاحاديث أن يكون النبي ﷺ قال هذه الالفاظ المختلفة في أزمان مختلفة، ونقل كل واحد من الرواة ما سمعه من لفظه . ويحتمل أن يكون النبي ﷺ قال أحد هذه الالفاظ فنقل كل واحد من الرواة المعنى وعبر عنه بغير ذلك اللفظ فكان اختلاف الالفاظ من جهة الرواة .

قال الماوردي : ويجوز عندنا مثل هذا أن يعبر الراوي عن المعنى ، وعبر عنه بغير ذلك اللفظ ،ويجوز عندنا أن يعبر الراوي عن المعنى بغير اللفظ المسموع اذا كان المعنى جليا (٢) .

المجوزون لبيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية :

روي عن يزيد بن حبيب أنه يجوز شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وبشرط تركها في العرية (٣) ، وذكر ابن رشد الحفيد جواز ذلك تخريجاً على المذهب في رواية عن اللخمي(٤)

بيع الثمرة بشرط القطع :

اذا وقع العقد على بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط قطعها ، فقد ذكر ابن رشد الحفيد أنه لا خلاف في جوازه إلا ما روي عن الثوري وابن ابي ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة (٥) . لأنه باع ما لا غرر في بيعه ولا تدخله زيادة ولا نقص لقطعه إياه عقيب

---

(١) اخرجه البخاري بهذا اللفظ . أحكام الاحكام لابن دقيق العيد ٢ : ١٣٢ .
(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٦ .
(٣) المنتقى للباجي ٤ : ٢١٨ .
(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٦١ .
(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٦١ وفتح القدير ٥ : ١٢ والهداية عليه .

العقد (١) ولأن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال اذا كـــان الثمر منتفعاً به ولكن لم يبد صلاحه بعد ، بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه (٢) . ولأنه لا منع من بيعها ، لأن المنع انما كان خوفاً من تلف الثمرة وحـــدوث العاهـــة عليها قبل أخذها فيأخذ الرجل ملك أخيه واشتراط قطعها يؤمن معـــه عطبها وحدوث العاهة ، فلو سمع البائع بعد اشتراط القطع على المشتري بترك الثمرة الى بدو الصلاح جاز لصحة العقد ،ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك نص عليه الشافعي والرافعي (٣) .

وخالف جمهور العلماء ، كما روينا سابقا عن ابن رشد، سفيان الثوري ،وابن أبي ليلى ، فقد منعا بيع الثمر قبل بدو الصلاح جملة لا بشرط القطع ولا بغير القطع وقد وافقوا بذلك ابن حزم ، لأنه لا يجوز ذلك ويقول : هذا خلاف نهي رسول الله ﷺ واباحة ما حرم وما عجز عليه السلام قط عن أن يقول إلاّ على القطع (٤) .

وحجة المانعين :

التمسك بمطلق نصوص الاحاديث التي تنهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

حكم مـــن ترك الثمرة حتى بدو الصلاح :

من اشترى ثمرة بشرط أن يقطعها ولكنه تركها حتى بدا صلاحها فالحنفية تفرق بين أن يتركها بإذن البائع أو بغير اذنه ، أو أن يتركها بعد ما تناهى عظمها أولا ، فان كان قـــد تناهى عظمها فالاستحسان الجواز لتعامل الناس كذلك ، أما لو باع مـــا لم يتناه عظمه ثم تركه فإما بإذن البائع إذناً مجردا أو بإذن ضمن الإجـــارة أو بـــلا اذن ، ففي الصورتين الأوليين يطيب للمشتري الفضل ، فالإذن المجرد ظاهر ، والثاني الاجارة باطلة لعدم التعارف .

أما في الصورة الثالثة ؛ فإنه لا يطيب له ويتصدق بمازاد ، لأنه حصل بجهة محظورة

---

(١) المنتقى للباجي ٤ : ٢١٨ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢ : ١٩٥ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٦ والمغني لابن قدامة ٤ : ٦٣ : والمجموع ١١ : ٣٢٠ – ٣٢١ .

(٤) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٢٤ .

أما اذا تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فإنه لا يتصدق بشيء ، لأنه لم يزدد في ذاتها شيء (١) .

وقد اختلفت الروايات عن أحمد بن حنبل فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى بدا صلاحها ، فروايةابن حنبل وأبي طالب أن البيع باطل،وذكر القاضي أنها أصح الروايات وبناء على هذه الرواية يرد المشتري الثمرة الى البائع ويأخذ الثمن، لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها) فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع ، ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة الى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها .

ورواية أحمد بن سعيد : أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء ، وذلك لأن أكثر ما فيه أن البيع اختلط بغيره إن لم يردبذلك حيلة، فإن أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على ابقائه لم يصح ، لأن الحيل عندأحمد بن حنبل كلها باطلة . وبهذه الرواية فان البائع والمشتري يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما .

وقال القاضي : الزيادة للمشتري كالعبد اذا سمن .

وهناك رواية عن أحمد : أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن من الحنفية (٢) .

أما الشافعية فقد ذكر السبكي وجهاً آخر غير ما ذكره الماوردي بأنه اذا اشترى بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح ينظر :

إن كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الإجبار على القطع ، وان كانت الزكاة تجب

---

(١) فتح القدير ٥ : ١٠٣ والمبسوط ١٢ : ١٩٦ .

(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ٦٥ ، ٦٦ .

فيها فهل له ذلك ؟ أو أنه لا يجاب الى ذلك ؟ بل يفسخ العقد ؟ .

فرواية القفال عن الشافعي : وبمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها وبطل البيع لتعذر التسليم كما لو اشترى حنطة فانهالت عليها حنطة أخرى (١) .

بيـــع الثمر مع الشجر :

أما اذا بيعت الثمار مع الاشجار من غير شرط القطـــع فإنه يصح ، قال القاضي أبو الطيب ولو كان القطع يعني في الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطا لقال ؛يعني في الحديث : الا أن يشترط المبتاع القطع ، ولأن الثمرة متصلة بالأصل فعفي عن الغرر كأساس الدار. وأن الأصل غير متعرض للعاهة والثمرة تابعة ، وكذلك لا يلزم من ايجاب شرط القطع عندما تباع وحدها ايجابه اذا بيعت مع غيرها (٢) .

قال الرافعي : رحمه الله ، بل لا يجوز شرط القطع لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه ، وعلل الخوارزمي المنع ، لأنه مضر بمقتضى العقد«اذ مقتضى العقد الإبقاء(٣).

وإذا باع الثمرةوحدهامن مالكالاشجار ، كأن يكون مالكاً للأشجارمن بيع متقدم أو هبة أو وصية ، أو كان قد أوصى لهبثمرة ومات الموصي فملكها وبقيت الأصول للورثة فهل يصح من غير شرط القطع ؟ ففيه وجهان :

الاول : يصح لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره ولو شرط القطع لبطل العقد لأنه ينافي مقتضى العقد .

وأما إذا باعها مع الشجرة فتلفت الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المـــال بالباطل .

الثاني : لايصح : وهو الرأي الأصح عند أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي والروياني والشاشي وابن أبي عصرون .

---

(١) المجموع ١١ : ٣٢٨ .
(٢) المجموع : ٣٢٨ ، ٣٢٩ .
(٣) المصدر السابق ١١ : ٣٣٢

والفرق بينه وبين ما إذا جمعها عقد واحد ، ان العقد اذا جمعها كانت الثمرة نابعة معفى عن الغرر كالأساس بخلاف ما اذا أفردت الثمرة (٣) .

بيع الثمرة بيعاً مطلقاً :

أي أن الثمرة اذا بيعت بيعاً مطلقاً ولم يشترط في العقـــدالتبقية والترك ولم يشترط فيه القطع : ففيه رأيان : المجوزون والمانعون .

المانعون لهذا البيع :

مالك وأحمد واسحق وداود والشافعي رضي الله تعالى عنهم . فالمشهور عن مالك منعه ، وروى ابن القاسم جوازه ويكون مقتضاه الجد وهو غير مشهور وأن اطلاق العقد يقتضي التبقية والأحاديث تدل على عدم جواز هذا البيع (١) .

والشافعية كالمالكية في أن اطلاق العقد يقتضي التبقية ، والبيع بشرط التبقية لا يصح سواء كان قبل الصلاح أو بعد الصلاح ، وبشرط القطـــع يصح بما قبل الصلاح ومـــا بعد الصلاح .

ثم إن الأحاديث التي وردت بالنهي عن بيـــع الثمار حتى يبدو صلاحهـــا كان الاستدلال بها من وجهين :

الأول : أن النهي موجه الى المعهود من البياعات والمعهود من البيـــع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجهاً الى البيع المطلق ودون المقيد .

الثاني : أن النهي لا يخلو من أن يتوجه الى بيعها بشرط القطع أو على شرط الترك لأن النهي ورد مطلقاً فثبت أنه محمول على البيع المطلق ، ولأن اطلاق العقد يقتضي التبقية والترك ، لأن العرف في القبض يجري مجرى الشرط ، والعرف في الثمار أن يوجـــد وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط تركه ، ومعلوم أن اشتراط تركها مبطل للبيع فكذا اطلاق عقدها الذي يجري بالعرف مجرى اشتراط تركها فيجب أن يكون مبطلا للبيع ولأنهـــا

---

(٣) المصدر السابق ١١ : ٣٣٢ ، ٣٣٣

(١) المنتقى الباجي ٤ : ٢١٨ .

ثمرة لم يبدو صلاحها فوجب أن لا يصح افراد بيعها من غير اشتراط قطعها قياساً على بيعها بشرط الترك (١) .

المجوزون لهذا البيع :

وذهب الى تجويزه الحنفية وابن القاسم من المالكية ويؤمر المشتري بقطعها في الحال بناء على أصلهم في أن اطلاق العقد يقتضي تعجيل القطع ، لأن من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير ، والتسليم لا يتم الا بالقطع ، وأن الترك ليس بمشروط أيضاً . اذ العقد مطلق عن الشرط أصلا فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل وخاصة اذا كان التقييد يترتب عليه فسد العقد ، والتقييد بالترك مفسد للعقد بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعه لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع (٢) ، ولأن العقد اذا أمكن حمله على وجه يصح لم يجز أن يحمل على وجه الفساد فوجب أن يحمل اطلاق العقد على القطع ليصح ، ولا يحمل على التبقية لتفسد ولأنها ثمرة لم يشترط تركها فجاز بيعها كالمشروط قطعها ، ولأن كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز بيعها على الاطلاق كالبادية الصلاح .

الا أن الماوردي أورد اعتراضاً على حجج الحنفيه أذكرها كما وردت (فأما الجواب عما ذكره من أن اطلاق عقدها يقتضي تعجيل قطعها فهو أنها دعوى يخالف فيها وليس التسليم بالقطع والتحويل وانما هو بالدفع اليه والتمكين ، وأما حمله على وجه الصحة فغير مسلم وانما يحمل على ما يقتضيه اطلاقه ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد ، وأما قياسه على المشروط قطعه فلا يصح لأن المطلق يقتضي الترك فبطل ، والمشروط قطعه لا يقتضي الترك فصح ، وأما قياسه على ما بدا صلاحهُ فلا يصح من وجهين :

أحدهما : أنه يرفع النص فكان مطرحاً .

الثاني : أن ما بدا صلاحه قد نجا من العاهة وجاز بيعه بشرط الترك فلذلك جاز مطلقاً وليس كذلك ما لم يبد صلاحه) (٣) .

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٧ والمجموع ١١ : ٣٢٢ ، ٣٢٣ والمنتقى ٤ : ٢١٨ ، ٢١٩ ، والمغني لابن قدامه ٤ : ٦٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٣ والبحر الرائق ٥ : ٣٣٤ وانظر مفصلا فتح القدير ٥ : ١٠٣ — ١٠٤ فارجع اليه .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٧ ، ٢٨٨ .

وأرى : أن الحق مع الجمهور في أن مطلق العقد في بيع الثمار لا يحمل على التقييد بالقطع أو الترك ، ولا أرى بأن على المشتري أن يقطع الثمرة في الحال اذا كان العقد على الاطلاق لأجل تسليم المعقود عليه ، لأنني أرى أن الناس قد تعارفوا فيما بينهم على تبقية الثمر على الشجر حتى ينضج ولا يقطعونه ، كيف اذن قالت الحنفية عليه أن يقطع بالحال والقاعدة عندهم (أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) . الا أن الحنفية ربما قد اعتبرت المسألة على تخليص معاملات الناس وتسليم بياعاتهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

حكم الاطلاق في بيع الثمرة ببلاد شديدة البرودة :

من المعلوم عند الشافعية والحنابلة والمالكية أن البيع المطلق يقتضي الترك وينبني عليه ذلك الفساد ، فاذا كانت بلاد شديدة البرودة وأن الكروم عندهم لا تنتهي ثمارهـــا الى الحلاوة وقد اعتاد أصحابهـــا قطع الحصرم فاذا ما بيعت بيعاً مطلقاً فهل تدخلها تحت حكم البيع المطلق ؟ .

ذكر الشيخ أبي محمد وجهين :

الأول : أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة فيكون المعهود كالمشروط .

الثاني : امتنع الأكثرون من ذلك ولـــم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامـــة (١) .

---

(١) اعلم أن ههنا أموراً أربعه يجب التميز بينها . احدهـــا العرف والثاني العادة وكل منهما ينقسم الى عام وخاص ، والعرف غير العاده ، والمـراد بالعرف ما يكون سبباً لتبادر الذهن من لفظ الى معنى من اللفظ كما تقول الدابه حقيقة عرفيه عامة في ذوات الأربع .
والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال وما أشبهها ، فهذان قسمان متغايران العادة والعرف وقد تجعل العادة أعم وتقسم العادة الى قوليه وهي ما سميناها بالعرف وعادة فعلية وهي مقابلة، وقد يطلق العرف على الجميع .والأمران الآخران : أحدهما : الألفاظ الـــتي تطلق في العقود في تقييد مطلقها وتفسير مجملها والثاني:ما ينزل عليه العقد من الأمور التي تجعل كأنها شرطت في العقد وهذان الأمران متغايران أيضاً : فان الأول يرجـــع الى تنزيل لفظ مطلق جرى في العقد على معني كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف في البلد لأنه المتبادر الى الذهن . والثاني
= يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كسألتنا هـــذه ، فاعتبار العرف العام لا شك فيه في

الامـــامية :

اختلف علماء الامامية في بيع ثمرة النخل بعد ظهورها وقبل بـــدو صلاحها من غير ضميمة ولا زيادة عن عام ولا مع الأصل ولا بشرط القطع ولا بشرط التبقية على ثلاثة أقوال:

الأول : منع ذلك وهو مذهب الأكثرين منهم ويـــدل على ذلك الأخبار المتظافره المعتبرة : منها : لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، والموثق يروي :لا يحل حتى يطعم، وخبر : لا تشتر النخل حولا واحدا حتى تطعم ، وخبر آخر : وان اشتريته سنه واحده فلا تشتره حتى يبلغ . وخبر آخر : رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غـــيره بسر أخضر قال لا حتى يزهو ، والآخر لا تشتره حتى تبين صلاحه .

الثاني : التصريح بالكراهة .

الثالث : أنه يصح بشرط السلامة ومستندهم الأصل والعمومات وقوله عليه السلام في الصحيح انما يكره شراؤها سنه واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يتبين .

والمراد بالكراهه : المعنى المعروف الآن بقرينة أن النبي ﷺ نهاهم عـن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم ، ذلـــك أن النبي ﷺ خرج فسمع ضوضاء فقال ما هذا فقيل تبايع الناس النخل فقعد النخل العام فقال ﷺ اما اذا فعلوا فلا يشتروا النخل العام حتى يطلع فيه ولم يحرمه .

وقضيته : أنه اذا طلـــع فيه صح بيعه (١) والأقرب عندهم في كل المسائل السابقة الكراهة جمعا بين الأخبار .

وتزول الكراهة بالضميمه الى مـــا يصح افراده بالبيع أو شرط القطع وان لم يقطع بعد ذلك مع تراضيهما عليه أو بيعها مع الأصول وهو في معنى الضميمه (٢) :

= تقييد اللفظ المطلق ، كما قالوا قال : اشتر لي دابة لم يشتر الا ذوات الأربع . والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين في مهر السر ومهر العلانيه .

وأما العادات الفعليه : فان كانت خـــاصة لا اعتبار بها وان عمت واطردت أتفق الأصحاب على اعتمادها كتنزيل الدرهم في البيع على النقد الغالب ، والرجوع في ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة . المجموع : ١١ : ٣٢٦ .

(١) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٣٦٨ ـــ ٣٧٠ والروضه البهيه شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣ . ٣ .

(٢) الروضه البهيه شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٤ . ٣ .

الفرع الثاني

بيع الثمار بعد بدو الصلاح

اذا بدا صلاح الثمر وأراد الانسان بيعها فلا يخلو بيعها من ثلاثة أقسام .

١ ــ أن يباع الثمر بشرط القطع .

٢ ــ أن يباع بشرط الترك الى وقت الجذاذ .

٣ ــ أن يبيعها مطلقاً .

بيع الثمر بشرط القطع :

لا خلاف بين الفقهاء في جواز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح بشرط القطع وقد ادعى الاجماع الماوردي (١) ومستنده يرجع الى أحد أمرين :

الأول : مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتضمنه النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، ففهوم الغاية يقتضي جواز بيعها عند بدو الصلاح عند من يقول بالمفهوم .

الثاني : زوال الحالة المقتضية للتحريم وعندئذ يرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم وعلى كل حال في هذه الحالة اذا شرط القطع فهل يجب أم لا ؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أن القطع يجب وأنها لو تراضيا على الترك جاز فمن باب أولى وجوب القطع فيما بعد الصلاح ثم يجعل الامام الشافعي جواز البيع بشرط القطع في الاشجار أيضاً قال الامام (ولا شك أن هذا معنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس ، وابتياع البناء كذلك) (٢) .

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٨ .

(٢) المجموع شرح المهذب ١١ : ٣٤٦ .

بيع الثمرة مطلقاً :

اذا بيعت الثمرة بعد بدو الصلاح ولم يذكر في العقد التبقية أو القطع فالبيع جائز بلا خلاف عند الفقهاء للخبر ، وقال الصافعي رحمه الله وأصحابه : للمشتري تركها الى وقت الجذاذ (١) .

أما أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه فقد قال : يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضي القطع (٢) أما عند الشافعية فـان الاطلاق عندهم يقتضي التبقية بالعرف ويقول النبي ﷺ في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح :(أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ .

قال القاضي أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقاً يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ لأنه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف (٣) .

وعند الحنفية : او اشترى مطلقاً عن شرط ، فترك المشتري الثمرة بدون قطع ينظر:

أ ــ ان كان قد تناهى عظمه ولم يبق الا النضج لم يتصدق بشيء سواءترك باذن البائع أو بغير اذنه ، لأنه لا يزداد بعد التناهي وانما يكون التغيير الى حال النضج (٤) .

ب ــ اذا كان الثمر لم يتناه عظمه ينظر أيضاً :

١ ــ اذا كان ترك الثمر بإذن البائع جاز وطاب له الفضل .

٢ ــ اذا كان الترك بغير إذن البائع تصدق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد ، لأن الزيادة حصلت بجهة محظوره فأوجبت خبثاً فيها فكان سبيلها التصدق .

وبناء على ما مر : ان استأجر المشتري من البائع الشجر لترك الثمر عليه الى وقت الادراك طاب له الفضل وذلك لأن ترك الثمر انمـا كان باذن البائع ولا تجب الاجره

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٩ والمجموع ١١ : ٣٤٧ .

(٢) ابن عابدين ٤ : ٥٥٦ وفتح القدير ٥ : ١٠٢ والمبسوط ١٢ : ١٩٦ .

(٣) المجموع ١١ : ٣٤٧ .

(٤) ذكر السرخسي أن النضج بتقدير الله من الشمس ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله والطعم من الكواكب بتقدير الله ولذلك فلم يبق الا عمل الشمس والقمر والنجوم ولذا قال محمد استحسن ان اجوزه بخلاف ما قيل ان يتناهى عظمه ولا أدري على ماذا اعتمد السرخسي على تقدير النضج واللون والطعم والله أعلم .

باعتبارها باطلة لأن جواز الاجارة (ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس فيما لم يتعاملوه فيه لا تصح فيه الاجاره) .

ولهـــذا لا تصح الاجاره للاشجار لكي يجففوا الثياب عليها أو الأوتاد ولتعليق الأشياء عليها ولا تجب الأجرة (١) .

بيع الثمرة بشرط التبقيه :

اذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها وشرط في العقد تركها الى وقت الجـــذاذ فبيعها جائز ويلزم تركها عند الشافعي ومالك وأحمد وداود ومحمد بن الحسن الشيباني (٢) .

وقال أبو حنيفةوأبو يوسف رحمهما الله بيعها فاسداحتجاجاً بأنها عين بيعت بشرط تأخير القبض،فوجب أن يكون بيعها فاسدا كالعروض والأمتعة،ولأنها ثمرة بيعت بشرط الترك فوجب أن يكون بيعها فاسداً كالثمرة التي لم يبد صلاحها (٣) .

وعلة المنع عندهم :

وجود الشرط الفاسد وأنه يتضمن صفقه في صفقةكما تقدم في بيعالثمرة قبل الصلاح .

أما الشافعية : استدلوا بنهي النبي ﷺ عـــن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، فجعل غايته النهى بدو الصلاح والحكم بعد الغاية يجب أن يكون مخالفاً لما قبلها ولمـــا لم يجز اشتراط الترك قبل بدو الصلاح اقتضى أن يكون اشتراطه بعد بدو الصلاح، ولأن الشرط اذا كان موافقاً للعرف لم يقدح في صحة العقد ، وقـــد ذكرنا سابقاً أن العرف في الثمار تركها الى وقت الجذاذ وهذا لا يفسد العقد وكذا ما وافقه من الشرط .

ويعجبني جواب الشافعية للحنفية في أن المبيع شرط فيـــه تأخير القبض فجوابهم لهم من وجهين :

الاول : ان القبض لم يتأخر لان القبض في الثمار بالتمكن منها كالعقار .

الثاني : لما كان العرف في الثمار تأخير قبضها جاز اشتراطه فيها . ولمـــا لم يجز

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٣ .
(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٨ والمجموع ١١ : ٣٤٧ ـ ٣٤٨ .
(٣) المبسوط ١٢ : ١٩٦ .

العرف في العروض بتأخير قبضها لم يجز اشتراطه فيها .

كما أنهم قد ردوا على الحنفية في قياسهم على ما لم يبدوا صلاحه بأن السنة قد فرقت بينهما في الجواز والمنع والله أعلم (١) .

والزيدية قالوا : اذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها بشرط البقـاء على الشجر فقد ذكروا أن البيع يفسد اجماعاً ان جهلت مدة ترك الثمرة ، أما اذا علمت المدة فانه يصح عند البعض اذ لا غرر ، وبعضهم قال لا ، للنهي عن بيع وشرط (٢) .

أما الشيعة الامامية فقد أجـازوا البيع بعد بدو الصلاح اجماعاً سواء كان شرط القطع أو الترك أو البيع المطلق (٣) .

والاباضية : كالامامية يرون جواز بيع الثمار بعد بدو الصلاح مطلقاً سواء بشرط الابقاء أو لم يشترط لأن ما بعد الغاية مخالف لما قبلها ، وقد جعل النهي ممتداً الى غاية بدو الصلاح ، والمعني فيه أن تؤمن فيها العاهات وتغلب السلامة فيشق المشتري بحصولها بخلاف ما قبل بدو الصلاح فانه يحقق الغرر (٤) .

والحنابلة كالشافعية أن بيع الثمر بعد بدو الصلاح بشرط الترك جائز . لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة) . وأمن العاهة يدل على ابقاء الثمرة لأن الذي يقطع في الحال لا يخشى عليه من العاهة . واذا بدأ الصلاح فقد أمنت العاهه ولذلك يجب أن يصح بيعه فيبقى لزوال علة المنع ، ولأن النقل والتحويل في المبيع انما يكون بحكم العرف والعرف في الثمار الى الجذاذ والله سبحانه وتعالى أعلم (٥) .

بيع ما يوجد من الزرع والثمر بعضه بعد بعض :

اختلف الفقهـاء في بيع الثمر والزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض أي أن ثماره تتلاحق أو أنه يثمر بطونا مختلفة .

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٨ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣١٥ .

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣٠٣ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٦٥ .

(٥) المغني لابن قدامه ٤ : ٦٧ .

فقد ذكر هذا الاختلاف محمـــد بن عبد الرحمن الدمشقي : لم يصح البيع عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد وقال مالك يصح) (١) وذلك فيما ظهر دون مالم يظهر ، والمالكية عندهم الجواز على الـسواء .

الا أنني من قراءة نصوص الحنفية فيهذا الصدد أجد التردد فيها .

جاء في بدائع الصنائع للكاساني : (وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع مالم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم . وقال مالك رحمه الله اذا ظهر منه الخارج الاول فيجوز بيعه لأن فيه ضرورة لأن الكل لا يظهر دفعة واحدة بل على التعاقب بعضهـــا بعد بعض فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج .

ولنا أن مالم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فانه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري(٢).

أما السرخسي فانه يسهب في بيان هذا الحكم على الوجه التالي : (ولم يذكر فصلا آخر في الكتاب وهو ما اذا صار بعض الثمار منتفعـــا به ولم يخرج البعض بعد أو لم يصير منتفعا به ولم يخرج البعض أو لم يصر منتفعا به كالتين ونحوه فاشترى الكل فظاهر المذهب أن هذا العقد لا يجوز عندنا خلافا لمالك فانه يقول وجود صفة المالية والتقوم في شيء مما هو المقصود يجعل كوجوده في الكل للحاجة الى ذلك كما أن في باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل في حق جواز العقد أو يجعل ما خرج أصلا وما لم يخرج منه جعل تبعا له في حق جواز العقد لتعامل الناس ولكنا نقول جمع في العقد بين المعدوم والموجود والمعدوم لا يقبل البيع وحصه الموجود من البدل غير معـــلوم فلا يجوز العقد وجعل المعدوم حقيقة موجودا حكمـــا للضرورة وذلك فيما لا يقبل العقد بعد الوجود حقيقة . فأما الثمار فانها تقبل العقد بعد الوجود قـــال رضي الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الأئمة يعني بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك . وهكذا

---

(١) رحمة الامه في اختلاف الائمة ١ : ١٧١ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٩ .

حكي عن الشيخ الامـــام ابي بكر محمد بن الفضل قال أجعل الموجود أصلا في العقد ومـــا يحدث بعد ذلك تبعا قال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية في هذا عن محمد وهو في بيع الورد على الأشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل مطلقا بهذا الطريق قال الشيخ الامام ولكن الأول عندي أصح ، لأن المصير الى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فانه يمكنه أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشترى له وفي الثمار كذلك فانه يمكنه أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى الى أن يصير منتفعا به أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق)(١) .

من هذه النصوص نرى أن الحنفية قد بذلوا الجهد في اباحة ما لم يظهر من الزرع بل رأينـــا بعض من صرح بالجواز وهو قول مرجوح لشمس الأئمة الحلواني ولأبي بكر محمد بن الفضل استحسانا لعادة الناس فى التعامل على ذلك وللضرورة .

وأما على أصل محمد رحمه الله فان كان صلاح الباقي متقـــاربا جاز لأن العادة فى الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة ، بل الادراك يكون على فترات متقـــاربة ، فكأنه اشتراها بعد ادراك الكل ، أما اذا كان يتأخر الادراك تأخيرا فاحشا كالعنب فالبيع يجوز فيما ادرك ولا يجوز فيما لم يدرك ، لأن عند التأخر الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين (٢).

والسرخسي يرى أن الأصح في المذهب عدم جواز بيع مالم يظهر من الزرع اذ لا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فانه يمكن البائع أن يبيع أصولها حتى يكون مـــا يحدث من ملك المشتري ، وكذلك الثمار ، فان المشتري بامكانه أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى الى أن يصير الثمر منتفعا به ، أو أنه يشتري الثمر الموجود بجميع الثمن ثم يحل للباع أن ينتفع بما يحدث (٣) .

ثم تردد كتب الحنفية ما جـــاء في المبسوط فمن ذلك مـــا جاء في الزيلعي : ولو

---

(١) المبسوط ١٢ : ١٩٦ ، ١٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٤ وفتح القدير ٥ : ١٠٥ .

(٣) المبسوط ١٢ : ١٩٧ .

اشتراها مطلقـــا فأثمرت ثمرا آخر وقبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ، ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده ، وكذا في الباذنجان والبطيخ .

والمخلص ان يشتري الأصول لتحصل الزيـــادة في ملكه ، ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شـــاء . وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر . فحاصله أن لهذه المســـألة ثلاث صور : احداها : اذا خرج الثمر كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه مامضى . ثانيها : ألا يخرج شيء منه ، فانه لا يجوز بيعه اتفاقا . ثالثها : أن يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب . وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة . وكان شمس الأئمة الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيـــان به . وقال شمس الأئمة السرخسي أنه لا يجوز ، لأن المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنـــا ، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على مـــا بينا ، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخد العقد في الباقي الى وقت وجوده أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بمـــا يحدث منه ، فيحصل مقصودهمـــا بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مضادما للنص ، وهو مـــا روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم (١) .

فالزيلعي فرض أن ما ظهر من الثمر هو الاكثر حتى جعل ما ظهر من الثمر أصلا وما لم يظهر تبعا ويتفق رأيه هذا مع قول محمد بن الفضل البخاري، والسرخسي لم يورد هذا القيد كما رأينا وهو قول شمس الأئمة الحلواني .

وكذلك فان هذا التردد موجود أيضا في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر وزاد رأيا جديدا وذلك بان يشتري الثمار الموجوده ويحل له البائع ما يوجد فان خـــاف أن يرجع يفعل كمـــا قال ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك باذن جديد فيحل له مثل هذا الشرط (٢) .

وزاد المتقى شرح الملتقى : فان خاف ان يرجع ينبغي أن يقول المشتري للبائع بعد

---

(١) الزيلعي ٤ : ١٢ .

(٢) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ١٩ .

ما دفع الثمن أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن يكون لك جزء من الف جزء ولي الف جزء الا جزأ ذكر الشمني وغيره(١) .

أما الشافعية : فمذهبهم في بيع ما ينتج بطونا كمذهب الحنفية : وذلك اذ بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ ، لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق ، استدلالا بأن شروط العقد معتبره بالضروره ، فبيوع العروض لا يجوز قبل وجودها لارتفاع الضرورة، وامكان بيعها بعد وجودها . والاجارة : وهي بيوع المنافع قبل وجودها لوجود الضرورة ويعتبر بيعها بعد وجودها ، فلما كان مالم يخلق من القثاء والبطيخ يتعذر بيعه اذا خلق لاختلاطه بالأول دعت الضرورة الى بيعه قبل أن يخلق تبعا لما خلق ، قال ولأنه لما كان مما لم يبدو صلاحه تبعا لما بدا صلاحه في البيع جاز أن يكون ما لم يخلق تبعا لما خلق في البيع ، ولأنه لما جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي لا يتميز كالطول والكبر ، جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي تتميز لانهما جميعا بيع ما لم يخلق ودليلنا نهيه ﷺ عن بيع الغرر . وهذا البيع من أعظم الغرر لانه يتردد بين الموجود والمعدوم وبين القلة والكثرة وبين الرداءة والجودة ، ولأن النخل اثبت من البطيخ اصلا وحمله أقل من البطيخ حصرا ، فلما لم يجز بيع مالم يخلق من ثمر النخل تبعا لما خلق فأولى أن لا يجوز بيع مالم يخلق من البطيخ تبعا لما خلق ، وتحريره قياسا : أنها ثمرة لا يجوز افرادها بالعقد فوجب ان لم تدخل في البيع بغير شرط ان لا يدخل منه بالشرط كالنخل ولأنه لما لم يجز بيع مالم يبد صلاحه مع وجوده وقلة غرره فبيع مالم يخلق أولى أن لا يجوز مع عدمه وكثرة غرره .

وقد أوردت السادة الشافعية جوابا للامام مالك عن استدلاله بالضرورة الداعية اليه ، فدعوى يدفعها العيان لأنه يقدر على أخذ ما خلق وبيعه حالا بعد حال ولا يقدر على مثل هذا في الاجارة ، ويمكنه بيع ما خلق والسماح بما لم يخلق ، وكذلك أجابوا عن استدلاله (بأنه لما كان ما لم يبدو صلاحها تبعا لما بدا صلاحه كذلك مالم يخلق يكون تبعا لما خلق) .

أجابوا بأن مالم يبدو صلاحه : بأنه لما جاز افراده بالعقد ، جاز أن يضم في

---

(١) در المنتقى على شرح الملتقى ٢ : ١٩ وتحفة الفقهاء ٣ : ٨١ .

العقد الى غيره ، وما لم يخلق لما لم يجز افراده في العقد ، لم يجز ان يضم في العقد الى غيره .

وكذلك أجابوا عن استدلاله بالزيادة المتصلة فغير صحيح ، لأن الزيادة المتصلة يحدث على ملك المشتري فلذلك دخلت في البيع بغير شرط ، ولو شرط خروجها من البيع فسد العقد والزيادة المنفصله تجوز على ملكه للبائع وكذلك لم يدخل في البيع بغير شرط فوجب أن يكون اشتراط دخولها في البيع مفسدا للعقد (١)

علة المنع عند الشافعية :

عدم القدرة على التسليم .

أما الحنابلة فمذهبهم كمذهب الحنفية والشافعية فيما قدمناه بأنه لا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه الا لقطة لقطة .

وجملة ذلك : أنه اذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز الا بيع الموجود منها دون المعدوم ، وخالف مالك كما رأينا (٢) .

وأورد ابن قدامة ردا على الامام مالك : يقرب من اعتراض الشافعية الآنف بأنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن مالم يبدو صلاحه يجوز افراده بالبيع ، بخلاف مالم يخلق ، ولان مالم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق ، وان كان مالم يبدو صلاحه تبعا لما بدا.

فاذا تقرر هذا : فان باعها قبل بدو صلاحها لم يجز الا بشرط القطع فان كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقا ، وبشرط القطع والتبقية .

قال القاضي : ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٩٢ ، ٢٩٣ والأم ٣ : ١٧ ونهاية المحتاج ٤ : ١٥٥ ، ١٥٦ ، وحاشية الشبراملسي ٤ : ١٥٥ ، وحاشية المغربي الرشيدي ٤ : ١٥٦ ، والمهذب ١ : ٢٨٩ ومغني المحتاج ٢ : ٩٢ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ ومنهج الطلاب بهامشه واعانة الطالبين وفتح المعين ٣ : ٤١ والسراج الوهاج للغمراوي ومتن المنهاج ٢٠١ وقليوبي وعميره ٢ : ٢٣٧ والبجيرمي ٢ : ٣٠٩ .

(٢) انظر مكانه في رسالتنا ص ٣٤١ .

القطع ولا فرق بين كون الأصول صغارا أو كبـــارا ، مثمرة أو غير مثمرة ، لأنه أصل تكرر فيه الثمرة فأشبه الشجر . فان باع الثمر منه فثمرته الظاهره تكون للبائع الا أنهـــا متروكة على الشجر الى حين بلوغ نضجها الا أن يشترطها المبتاع ، فـــان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري ، فان اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم (٣) في هذه الثمرة كثمرة الشجر اذا اختلطت بثمرة اخرى (١) .

أما الشيعة الامامية فذهبت الى عدم جواز بيع الخضروات قبل ظهورها اجماعاً على الظاهرومثله ما اذا كانت ورداً لم تنعقد،وأما بعد ظهورهاوانعقادها فقد صرح بجواز بيعها.

وذكروا في المبسوط كلاماً آخر صريح في ذلك وهو قوله اذا باع حمل البطيخ والقثاء والخيار بعد ظهوره قبل بدو صلاحه بشرط القطع جاز وان شرط التبقية أو مطلقاً لم يجز.

قال الشهيد الثاني : إن مقتضى اشتراط الإنعقاد ، كون جميع اللقطات موجودة حال البيع . والأقوى عند الإماميه أنه يكتفى بوجود اللقطة الأولى وتكون الثانية بمنزلة المنضم كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدد في تلك السنة وغيرها مع ضبط السنين لأن الظاهر منها بمنزلة الضميمة الى المعدوم سواء كانت المتجددة من جنس الخارجة أم غيره (٢) .

أما الشيعة الزيدية : فقد ذهبت الى أنه لا يصح البيع فيما يخرج شيئاً فشيئاً كالبقول والورد والليمون والخضروات والحبحب ونحو ذلك حتى تظهر كمامها وتستكمل الظهور أو بيع الموجود بعد صلاحه .

أما اذا باع الثمرة قبل وجودها فالبيع فاسد لأنه بيع معدوم .

وكذلك اذا باع الثمره الموجودة والمعدومة فسد البيع أيضاً في الموجود الا اذا اعتبر

---

(٣) فان تميزتا فلكل واحد ثمرته وان لم تتميز احداهما من الاخرى فهما شريكان فيهـــا كل واحد بقدر ثمرته فـــان لم يعلم قدر كل واحد منهما اصطلحا عليهـــا ولا يبطل العقد لان المبيع لم يتعذر تسليمه وانما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما في مكان فانثال عليه طعام للبـــائع : مغني لابن قدامه ٤ : ٥٦ والكـــافي ٣ : ٧٨ الا انه زاد رأيـــا بأن يحتمل ان يبطل العقـد لتعذر تسليم المستحق فأشبه تلف المبيع .

(١) المغني ٤ : ٧٠ وانظر الروض المربع : ١٨٥ وزاد المستقنع والتنقيح المشبع ١٣٧ ومطالب أولى النهى ٣ : ٢٠٠ وكشاف القناع ٣ : ٢٨٢ والكافي ٢ / ٧٨ .

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٧٤ ، ٣٧٥ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية١ : ٣٠٤ ،والمختصر النافع١٥٤ .

ثمن الموجود ، صح في الموجود وكان من بيع الثمر بعد صلاحه . (٣)

أما الإباضية : فقالوا : (والخلف في مثمر بطونا بطنا بعد آخر كشجرة تين مطلقاً وقيل تثمر بطونافي بعض البلادفقط،وعلى كل حال فبطونهامتميزه بخلاف الليمون والجميز فبطونها لا تتميز) .

أما شجرة العنب عندهم هل يمتنع بيع غلته مطلقاً إلا إذا قطعت أو بيعت على القطع قبل أوان الزيادة لئلا يختلط المبيع بالمزداد ، فيأكل بعضها مال بعض وعندئذ يتنازعان ، أو يجوز بيع ما في الوقت والزائد للبائع وهـو الصحيح لكن يجتهد في التمييز بينهما ، والأول أحوط .

والقثاء والباذنجان أقرب للجواز باعتبار البطون مـن بيع غلة التين لاتصال بطونه بخلاف التين فانه متباعد البطون فهو باعتبار بيع كل بطن على حده أبعد من الجواز من نحو القثاء والباذنجان وما يجز ورقه كالكرات . فقد قالوا أنه لا يجوز إلا شراء ماوجد على المعتاد وكذلك القصيل فانه يجوز شراؤه على القصيل بحسب ما اتفقا عليه من قصلة أو قصلتين أو ثلاث فصاعداً والصحيح أنه لا يجوز إلا على ما حضر فقط (١) .

أما الظاهريه : فقد ذهبوا الى جواز بيع مـا ظهر من المقاثي وان كان صغيراً جداً لأنه يؤكل ، ولا يحل بيع ما لم يظهر بعد من المقاثي والياسمين وغـير ذلك ، وكذلك لا يجوز بيع الجزة الثانية من القصيل لأن كل هذه البيوع من بيع ما لم يخلق ولعله لا يخلق وان خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ما كميته وما صفاته فهو حـرام بكل وجه ، وبيع غرر وأكل مال بالباطل وقد استدل ابن حزم بعدة أقوال للائمة منها :

١ ــ عن الحسن أنه كره بيع الرطاب جزتين جزتين .

٢ ــ عن ابراهيم النخعي والشعبي قالا جميعاً : لا بأس ببيع الرطاب جزة جزة .

٣ ــ عن يزيد بن عبد الله بن أبي برده قـال : سألت عطاء بن أبي رباح عن بيع الرطبة جزتين ؟ فقال : لاتصلح الاجزة .

---

(٣) التاج المذهب ٢ : ٣٤٤ وشرح الازهار ٣ : ٣٧ والبحر الزخار ٣ : ٣١٩ .

(١) شرح النيل ٤ : ٧٢ ، ٧٣ .

٤ ـ عن مجاهد أنـه كره بيع القصب والحناء إلا جزة جزة وكره بـيع الخيار والخزبز إلا جـزة (١) .

٥ ـ عن جابر عن أبي أشوع والقاسم أنهما كرها بيع الرطاب إلا جزة وهو قول أبي حنيفة

أما لو باع المقثاة بأصولها والموز بأصوله وتطوع البائع للمشتري بابقاء المقثاه والموز، في أرضه بغير شرط جاز ذلك فاذا ملك ما ابتاع كان له كل مـا تولد فيه ، لأن المتولد حصل في ماله وله أخذه بقلع كل ذلك متى شاء ،لأنه أملك بماله ولا يحل له اشتراط ابقاء ذلك في أرضه مدة مسماة أو غير مسماة جرياً على قاعدته : (لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل) (٢) .

المجوزون لبيع ما لم يظهر مع ما ظهر :

لقد خطا المذهب المالكي خطوة كبيرة في جواز بيع مـا لم يظهر من الزرع مع ما ظهر على السواء ، وقد فصل ابن رشد الحفيد هذا خير تفصيل .

قال ابن رشد : (أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جملته معا ، واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة ، وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلوا أن تتصل أو لا تتصل ،فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيها الباكور والعصير ، ثم ان اتصلت فلا يخلو أن تثمر البطون أو لا تثمر ،فمثال المثمر جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة ،ومثال غير المثمر المباطخ والمقاثي والباذنجان والقرع ، ففي الـذي يتميز عنه وينفصل روايتان : احداهما الجواز والأخرى المنع وفي الذي يتصل ولا يثمر قول واحد وهو الجواز، وخالفه الكوفيون وأحمد واسحق والشافعي في هـذا كله ، فقالوا : لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع ما لم يطب مع الثمر مع ما طاب، لأن الغرر في الصفة شبهة بالغرر في عين الشيء ، وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن

---

(١) الخزبز : نوع من البطيخ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٠٧ ، ٤٠٨ .

تقاس على الرخصه في بيع الثمار،أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد ، لأنه لا ضرورة هناك إذا كان مثمراً .

وأما وجه الجواز في القصيل فتشبهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ، ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة) (١) .

وكذلك ابن جزيء يذكر رأي الامام مالك : (واذا كانت الثمرة تطعم بطناً بعد بطن ، جاز بيع سائر البطون ببدو صلاح الأول اذا كانت متتابعة كالمقاثي والتين ، خلافاً لهم فان كانت منفصلة لم يجز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقاً كالباكور (مع تين العصير)(٢).

وقد نص الامام مالك رحمه الله في هذا الصدد بقوله : قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخزبر والجزر أن يبيعه اذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ماينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك وليس في ذلك وقت يؤقت،وذلك أن وقته معروف عندالناس وربما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت ، فاذا دخلته العاهه بجائحة تبلغ الثلث فصاعداً كان ذلك موضوعاً عن الذي ابتاعه (١) .

والخلاصة فان بيع هذه الاشياء عند المالكية تتلخص في ثلاثة أضرب :

الأول : تتميز بطونه ولا تتصل كشجرة التين والنخيل والياسمين والتفاح والرمان والجوز.

الثاني : تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقصب والقرط .

الثالث : لا تتميز بطونه كالمقاثي والباذنجان والقرع .

أما ما يتميز بطونه ولا تتصل فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه بظهور ما ظهر منها وبدو صلاحه ولكل بطن حكم مختص به .

وأما الذي تتصل بطونه وتتميز فاطلاق العقد يتناول ما ظهر منه دون ما لم يظهر وتكون الثمرة التي تخلف البطن الأول لمن له أصله ، لأن العادة جرت بين الناس ان المشتري يأخذ ما جرت به العادة فقط .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٦٩ ، ١٧٠ .
(٢) القوانين الفقهية لابن جزيء : ٢٦١ .
(٣) تنوير الحوالك ٢ : ١٢٥

وأما ما لا تتميز بطونه كالقثاءفبطونها لا يجوز أن تباعمقدرة لأنه يصح تقديرها، واذا لم يكن له أصل ثابت فلا يصح أن يتقدر بالزمن وذلك أن الثمر يتعجل بالحر ويتأخر بالبرد فيدخله الغرر والجهل بالمعقود عليه (١) .

رأي ابن تيمية في بيع المقاثي :

يذكر ابن تيمية أن من العلماء من لم يجوز بيعها إلا لقطة لقطة ، لأنه بيع معدوم وجعلوا هذا من بيع الثمر قبل بدو صلاحه . ومن هؤلاء أيضاً من قال اذا بيعت بعروقها كان كبيع أصل الشجر مع الثمر وذلك يجوز قبل ظهور صلاحه (٢) .مستدلين بما روي عن رسول الله ﷺ : (من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع اذا اشترط الثمر دخل في البيع) . وهنا جاز بيع الثمر قبل بدو صلاحه تبعاً للأصل .ولهذا تكون خدمة الشجر على المشتري.ومن المعلوم أن المقصود من الشجر هو الأصل والمقصود في المقاثي هو الثمر فلا يقاس أحدهما بالآخر (٣) .

ومن العلماء من جوز بيع المقاثي على السواء وهو قول مالك وغيره وهو قول في مذهب أحمد وهذا أصح اذ لا يمكن بيعها الا على هذا الوجه اذ لا تتميز لقطة عن لقطة ومما لا يباع الا على وجه واحد لا ينهى عن بيعه كما تقدم ، والنبي ﷺ انما نهى عن بيع الثمار التي يمكن تأخير بيعها حتى يبدو صلاحها ، فيكون بيع المقاثي لم يدخل في نهيه صلى الله عليه وسلم (٤) .

ولذلك فان ابن تيمية يجوز بيع المقاثي اذا بدا صلاحها وان كان فيه بيع ما لم يخلق بعد وان ما لم يخلق بعد من المقاثي والمباطخ بمنزلة ما لم يخلق من الثمار في البستان الذي بدا الصلاح في بعضه ، بل ومن الشجرة الواحدة ، والبيع المتعارف عليه بين الناس

---

(١) المنتقى ٤ : ٢٢٣ – ٢٢٤ .

(٢) مذهب أبي حنيفة والشافعي .

(٣) فالأصل الذي قاسوا عليه ممنوع فالمنصوص عليه هو الشجر الذي عليه ثمر لم يبد صلاحه : انه ان كان الأصل هو مقصوده الأعظم جاز . واما ان كان مقصوده الثمرة ، فاشترى الاصل معها حيلة لم يجز (القواعد النورانية : ١٢٤) ومعلوم أن المقصود من المقاثي والمباطخ : انما هو الخضروات دون الأصول التي ليس لها الا قيمة يسيره بالنسبة الى الخضار .

(٤) القياس لإبن تيميه : ٣١ .

للمقاثي والمباطخ هو هذا ، إذ بيعه لقطة متعذر أو متعسر ومـن الممتنع أن الشرع يحرمه لأنه انما نهى عن بيع الغرر لما فيه من أكل المال بالباطل ليحفظ على الناس أموالهم ، وإذا منعنا هذا البيع على هذه الصفة الحقنا الافساد في أموال الناس، واذا أصابت المقاثي جائحة يكون كما لو أصابت الثمرة جائحة . (١) .

رأي ابن القيم :

ويوافق ابن القيم رأي استاذه ابن تيمية في أنه يجوز بيع المقاثي والباذنجان ونحوها بعد أن يبدو صلاحها كما تباع الثمار في رؤوس الاشجار ، ولا يمنع من صحة البيع تلاحق المبيع شيئاً بعد شيء ، كما لم يمنع ذلك صحة بيع التوت والتين وسائر ما يخرج شيئاً بعد شيء . ويعزو هذا الى محض القياس وعليه تقوم مصالح بني آدم ولا بد لهم منه .

أما من منع بيع ذلك إلا لقطة لقطة (٢) فمع أن ذلك متعذر في الغالب لا سبيل اليه إذ هو في غاية الحرج والعسر ،لأنه مجهول لا ينضبط ولا ما هي اللقطة المبيعة أهي الكبار أو الصغار أو المتوسط أو بعض ذلك ؟ وذلك أن المقثاة تكون كبيرة جداً لا يمكن أخذ اللقطة الواحدة إلا في أيام متعددة فيحدث في كل يوم لقطة أخرى تختلط بالمبيع ولا يمكن تمييزها منه ، ولا سبيل الى الاحتراز من ذلك إلا أن يجمع دواب تلك القرية كلها في يوم واحد ومن أمكنه من القطافين ثم يقطع الجميع في يوم واحد ويعرضه للتلف والضياع وحاشا أن تأتي الشريعة بمثل هذا .

ثم يعزو رأيهم هذا الى الأغلاط الناتجة عـن الاجتهاد ، وأين حرّم الله ورسوله على الأمة ما هم أحوج الناس اليه ثم أباح لهم نظره ؟ فإن كان هذا غرر فبيع الثمار المتلاحقة الأجزاء غرر ، وإن لم يكن ذلك غرراً فالمقاثي مثله .

ثم يدلي برأيه بأن الصواب في الأمرين عدم وجود الغرر منهما لا لغة ولا عرفاً ولا شرعاً ومن ادعى الغرر فهي دعوى بلا برهان ، فمـن ناحية اللغة طولب بالنقل ولن يجد اليه سبيلا ، وان ادعى العرف فالعرف شاهد بخلافه وأهل العرف لا يعدون ذلك غرراً وإن ادعى الشرع طولب بالدليل الشرعي (٣) .

---

(١) نظرية العقد لإبن تيميه ٢٣٣ ، والقياس ٣١ والقواعد النورانية ١٢٤ .

(٢) حنابلة ، شافعية ، حنفية .

(٣) اعلام الموقعين ١ : ٣١١ ، ٣١٢ والجزء الثاني ٣١ : ٣ : ٣١١ ، ٤٠٢ ، ٤ : ٢٣ ، ٢٤، وزاد لمعاد ٤ : ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

أما الجمهور عندما رأوا بما في بيعها لقطة لقطة من الفساد والتعذر دفعوا ذلك بأن يباع أصلها معها . وقد دفع ابن القيم هذا الرأي بقوله : اذا كان بيعها جملة مفسدة عندكم وهو بيع معدوم وغرر فإن هذا لا يرتفع ببيع العروق التي لا قيمة لها وان كان لها قيمة يسيرة جداً بالنسبة الى الثمن المبذول وليس للمشتري قصد في العروق ولا يدفع فيها الجملة من المال ، وما الذي حصل ببيع العروق معها من المصلحة لها حتى شرط ، واذا لم يكن بيع أصول الثمار شرطاً في صحة بيع الثمرة المتلاحقة كالتين والتوت وهي مقصودة ، فكيف يكون بيع أصول المقاثي شرطاً في صحة بيعها وهي غير مقصودة ، والمقصود أن هذا المعدوم يجوز بيعه تبعاً للموجود ولا تأثير للمعدوم ،وهذا كالمنافع المعقود عليها في الإجارة فإنها معدومة وهي مورد العقد ، لأنها لا يمكن أن تحدث دفعة واحدة ، والشرائع مبناها على رعاية مصالح العباد وعدم الحرج عليهم فيما لا بد لهم منه ولا يتم مصالحهم في معاشهم إلا به (١) .

والحق : أن رأي الإمام مالك رحمه الله في هذه المسألة يستجيب أكثر من غيره من المذاهب لحاجات الناس في التعامل فقد صرح بجواز بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر منه ولم ير في هذا إلا وجود الغرر اليسير ، والغرر اليسير يمكن تحمله ، وعلماء المالكية قسموا الغرر الى قسمين : غرر مؤثر وغرر غير مؤثر ، وذكر ابن رشد اتفاقهم على أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة أو ما جمع بين الأمرين (٢) .

وبهذا الرأي الجليل للمالكية نلتمس الرخصة في العقود التي يوجد فيها الغرر فاذا كان الغرر يسيرا ودعت اليه الضرورة هو غرر غير مؤثر في صحة العقود وانما تختلف أنظار الفقهاء والمجتهدين في الغرر اليسير وفيما تدعوا اليه الضرورة .

ولا يفوتني رأي ابن القيم واستاذه ابن تيمية بأن من أجاز البيع لقطة لقطة بأنه يتعذر العمل به غالباً في غاية العسر ويؤدي الى التنازع والاختلاف الشديد فان المقثاة فيها الصغار والكبار والمشتري يريد أخذها كلها ، وقد تكون المقثاة كبيرة فلا يستطيع المشتري قطف اللقطة الأولى حتى يحدث فيها لقطة أخرى وعندئذ يختلط المبيع بغيره ويتعذر

---

(١) زاد المعاد ٤ : ٢٦٣ .

(٢) انظر موضعه من كتابنا .

تميزه ويتعذر أو يتعسر على صاحب المقثاه أن يحضر لها كل وقت من يشتري ما تجدد فيها ويفرد بعقد ، ولو ألزم الناس بهـــذا لفسدت أموالهم وتقطعت مصالحهم والشريعة الاسلامية تنهى عن اضاعة المال وعدم ايجـــاد المنازعات والخصومات ولذلك أرى أن المذهب المالكي ورأي الامامين الجليين ابن القيم واستاذه جاءا وفق ما يتعامل به الناس واعتيادهم وفي منع ذلك حرج بين على أصحاب هذه الثمار ، وفي جواز بيعها هي الطريقة الصحيحة السليمة التي تقطع تنازع الناس فيما بينها والله وتعالى أعلم .

المطلب الثالث

بيع المعدوم في القانون المصري

يجب أن يكون المبيـــع موجودا وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك وقفا لقصد المتعاقدين ، لأن المتعاقدين قد يقصد أن التعامل في شيء موجود فعلا ، وقد يقصد أن التعامل في شيء محتمل الوجود ، ولذا فاننا نتكلم في نقطتين ، الأولى : المبيع الموجود ، : والثانية المبيع المحتمل الوجود .

١ ــ المبيع الموجود :

فاذا قصد المتعاقدان التعـــامل في شيء موجود فعلا وقت التعاقد ثم ظهر أنه غير موجود . فان البيع لا ينعقد لتخلف ركن المحل ، مثال ذلك : لو بـــاع وارث نصيبه في تركه ، ثم تبين أنه ليس بوارث أو باع قطنـــا يعتقد أنه موجود في مخزنه ، ثم تبين أن المخزن لا يوجد فيـــه قطن ، وعلة عدم انعقاد العقد في الغرض الاخير أن البيع وقع على شيء معين بالذات . (وهو القطن المعتقد وجوده في المخزن) .

أما اذا وقع على شيء معين بالنوع فقط فـــان العقد يقع صحيحاً لأن تعيين الشيء سيتم وقت التسليم (١) .

اهلاك الكلي للمبيع :

قد يكون المبيع موجودا ولكنه يهلك قبل التعاقد ، كما لو كان منزلا واحترق أو جوادا ونفق أو قمحاً في مخزن وتلف ، فالمبيع اذا هلك قبل التعـــاقد امتنع انعقاد العقد لعدم وجود المحل سواء كان ذاك الهلاك معلوماً للمتعاقدين معاً أو معلوماً لأحدهما .

---

(١) نظرية العقد للسنهوري بند (٤٥٣).

فاذا كان الهلاك معلوماً من المشتري وحده فلا محل لمسئولية البائع ، وليس للمشتري استرداد الثمن اذا دفعه لأنه لم يدفعه خطأ وعندئذ يفترض أنه دفعه على سبيل التبرع الا اذا كان مكرها أو كان ناقص الأهلية .

واذا كان الهلاك معلوماً من البائع وحده أو من الممكن أن يعلم به وثبت اهماله فانه نتيجة لهذا يسأل عن التضمينات طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية أو طبقاً للنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

ويلحق بالهلاك المادي من ناحية الحكم الهلاك القانوني ، كما لو كان المبيع حق ملكية صناعية وانقضت مدتهـــا قبل البيع ، أو رخصة ســـبق أن ألغيت ، أو حق انتفاع زال بانتهاء أجله .

الهلاك الجزئي للمبيع :

قد يهلك المبيع هلاكاً جزئياً قبل التعاقد أو في أثنائه فهل يكون له الأحكام السابقة للهلاك الكلي؟ ان الهلاك الجزئي يختلف عن الكلي لأن بعض المبيع لا يزال موجوداً، والمشرع الفرنسي جعل الخيار للمشتري ، اما أن يطلب الجزء الباقي من المبيع مع دفع ما يناسبه من الثمن أو أنه يترك المبيع ، الا أن المشرع يتساءل فيما اذا هلك جزءا تافهـــا من المبيع فهل يحق للمشتري ترك البيع أم أن السلطة القضائية لها سلطة التقدير ؟ .

فذهب بعض الشراح الى أن القانون لم يفرق بين الهـــلاك الجزئي الجسيم والهلاك الجزئي الطفيف ،الا أن جمهور الفقهاء يرون وجوب توافر حسن النية في استعمال الحقوق والخيارات وأنه ليس للمشتري طلب البطلان اذا كان الجزء الهالك ضئيلا تافها .

أما اذا هلك المبيع بعد العقد فليس للمشتري طلب البطلان لان المحل كان موجودا ولكن له طلب الفسخ على ما سنبينه فيما بعد .

٢ ـ المبيع المحتمل الوجـــود :

قد يقـــع المبيع على شيء محتمل الوجـــود أي على شيء مستقبل ، ولذا نتكلم عن نقطتين : الأولى : بيع الأشياء المستقبله . وثانياً : التعامل في تركة مستقبله :

أ ـ بيع الأشـياء المستقبلة :

يجوز بيع الأشـياء المستقبله ، وذلك أنه قد لا يكون المبيع موجوداً وقت التعاقد انما محتمل الوجود ، وقد نصت المادة (١٣١) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

(يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا) (١) والأمثلة على بيع الأشياء المستقبلة كثيرة منها : بيع صاحب المصنع كمية معينة من منتجاته قبل أن يبـدأ في صنعها ، وبيع المؤلف مؤلفه قبل تمامه وبيع المالك منزله قبل بنائه،وبيع الحكومة الاراضي التي سينكشف عنها البحر ، وبيع صاحب الأرض الأراضي التي ستتكون من طمي النهر بجوار أرضه وبيع المزارع محصولات أرضه أو ثمار شجره قبل ظهورها .

حكم بيع الأشيـاء المستقبلة :

بيع الأشياء المستقبلةقد يكون بيعاً باتا أو بيعاً معلقاً على شرط وفقا لقصدالمتعاقدين.

أ) البيع البات :فاذا كان البيع باتا فهذا البيع من عقود الغرر أي من عقود الحظ والأمل ، لأن المشتري يخاطر في وجود المبيع ذاته ويلتزم بدفع الثمن سواء وجد المبيع أم لم يوجد ومن الأمثلة على ذلك : بيع الصياد ما قد يقع في شبكته .أو بيع أوراق اليانصيب.

ب) البيع المعلق : فان المشتري لا يجازف في وجـود المبيع بل يجازف في كميته ومقداره فالبيع المعلق على شرط موقف هو وجود المبيع في المستقبل . فاذا وجدتم البيع والتزم المشتري بأداء الثمن بصرف النظر عن مقدار المبيع ، واذا لم يوجد ينعدم البيع ولا يلتزم المشتري بدفع الثمن .

طريقة معرفـة المبيع :

واذا أردنا معرفة العقد هل هو احتمالي أم عقد معلق على شرط ، يجب الرجوع الى نية المتعاقدين ويمكن استخلاص هذه النية من ظروف التعاقد نفسه ، وبوجـه خاص من مقدار الثمن ونسبته الى قيمه المبيع ، فاذا كان مقارباً لهـا اعتبر العقد معلقاً على شرط وجود المبيع ، وان كان ضئيلا لا يتناسب معها اعتبر من عقود الغرر .

واذا تعذر على القاضي استخلاص هـذه النسبه وجب عليه اعتبار العقد معلقاً على شرط وجود المبيع ، لأن الغالب أن يخاطر المشتري في مقدار المبيع لا في وجوده .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ١٥٦ .

٢ – التعامل في تركة مستقبله :

لقد حظر التقنين المصري في الفقرة الثانية من المادة (١٣١) (غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه الا في الأحـوال التي نص عليها في القانون) والأموال التي أباح فيها القـانون التعامل في التركة المستقبلة ، هي الوصية في حدود معينة . وقسمة أعيان التركة بطريق الوصية .

والتصرف في التركة المستقبلة قد يصدر من الوارث وقد يصدر من الموروث . وفي كلتا الحالتين يقع باطلا بطلاناً مطلقا . فلا تلحقه الاجارة .

والتصرف قد يصدر من وارث أو موصى له لوارث أو موصى له آخر أو لأجنبي عن التركة وقد يكون التصرف على جميع التركة أو على جزء شائع فيها أو على عين معينة ملحوظ فيها الى أنها داخلة ضمن أموال التركة ، وفي جميـع هذه الحالات فان العقد يقع باطلا بطلانا مطلقاً لانه يتضمن معنى المضاربة على حياة المورث ، فضلا عما يؤدي اليه من وقوع الشبان في براثن المرابين .

والتصرف الصادر من الوارث يقع باطلا ولو تم برضاء صاحب التركة لأن هذا التصرف سيضر حتما بمصلحة الوارث المتصرف سواء تم التصرف بين ورثة أو بين وارث وأجنبي ورضاء المورث لا يكون كافياً لأنه في العادة لا يتدخل الا في التصرفات التي تقع بين الورثة ويكون المقصود من تدخله محاباة أحد الورثة على حساب وارث آخر .

والتصرف الصادر من المورث باطل بطلانا مطلقـاً لعدم تفريق النص القانوني بين الوارث والمورث ، لأن تصرف المورث سيخل بأحكام الميراث فلا يجوز الخروج عليها الا عن طريق الوصية وفي الحدود التي رسمها القانون لأن أحكام الميراث من النظام العام . أما الخروج عنها بطريق الوصية لأنها لا تفيد الموصي فله الرجوع فيها حتى وفاته وهو ما يحرص عليه القانون (١) .

---

(١) الوسيط ٤ : ١٩١ – ١٩٣ ، والوسيط ١ : ٣٧٥ – ٣٨٣ وشرح عقدي البيع والمقايضة للدكتور أنور أنور سلطان : ١٣٢ : ١٤١ والنظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان : ١٩٢ – ١٩٨ ونظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة ٢ : ٣ – ١٢ وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١ : ٨٥ ، ٩٥ – ٩٨ وشرح العقـود المدنية للاستاذ أحمد نجيب الهلالي ١٦٣ – ١٧٥ .

المبحث السابع

عدم القدرة على التسليم

تمهيـــد :

اتفق الفقهاء على أن من شروط المعقود عليه القدرة على التسليم ، فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه (١) واعتبرت الحنفية ان القدرة على التسليم للعاقد شرط انعقاد العقدلأنه لا ينعقد الا لفائدة ، ولا يفيد اذا لم يكن قادرًا على التسليم (١) .

وغير المقدور على تسليمه كالمعدوم ، وبيع المعدوم ، باطل ، ولذا فلا يصحبيع نصف معين من نحو اناء وسيف مما لا ينتفع به لو كسر ، لأنه لا يمكن تسليمه مفردا الا باتلافه واخراجه عن المالية ،وكذلك الآبق والمغصوب من غير غاصبه وبيع الدين لغير مدين(٣) .

ولذ أقسم هذا المبحث الى سبعة مطالب :

المطلب الأول : بيع الآبق :

المطلب الثاني : بيع الطير في الهواء .

المطلب الثالث : بيع السمك في الماء .

المطلب الرابع : بيع المغصوب .

المطلب الخامس: بيع الدين .

المطلب السادس: بيع ما لا يملكه الانسان .

المطلب السابع : بيع ما لم يقبض .

---

(١) كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ط ٢ مطبعة الحضارةالشرقية ١٩٣٣ جـ ٢ للسيد عبد الرحمن الجزيري : ٢١٤ ، ٢١٧ ، ٢٢٠ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ ، ومطالب أولي النهى : ٣ : ٢٥ ، والمنتقى على الموطأ للباجي ٥ : ٤٢ ، والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢٨٢ ، وشرح النيل ٤ : ١٣٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٧ .

(٣) مطالب أولي النهى ٣ : ٢٥ — ٢٦ .

المطلب الأول

بيع الآبق

تعريف الآبق :

الآبق لغة : اسم فاعل من أبق كضرب وسمع ومنع ومصـــدره أبق ويحرك وإباق ككتاب وجمعه ككفار .

الابق اصطلاحا : انطلاق الرقيق تمردا وهذا ماعرفه ابن الكمال ويدخل في هـــذا التعريف الهارب من مؤجره ومستعيره ومودعه ووصيه .

ايضاح هـــذا التعريف :

فمعنى انطلاق كما ورد في اللغة الهرب ، ومعنى التمرد : الخروج عن الطاعةوهذا القيد احترز به عن الضال : اذ الضال معناه الذي ضل عن الطريق الى منزل سيده بـــلا قصد وقوله من مؤجره بفتح الجيم أي مستأجره والمودع بفتحالدال أي هرب من مودعه،وقوله ووصيه : أي الوصي عليه وذلك بأن مات سيده عن أولاده الصغار واناب هو أوالقاضي عليهم وصيا فان العبد يكون داخلا تحت وصايته (١) .

حكم بيع الآبق :

اختلف الفقهاء في بيع الآبق على رأيين : المانعون له والمجوزون له :

أولا ــ المانعون لبيع الآبق . وهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وأبو ثور وابن المنذر واليك آراؤهم مفصلة (٢) .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٤ : ٢٨٦ .

(٢) رحمة الامة في اختلاف الأئمة : بهامش الميزان ١ : ١٦٢ والمـيزان : للشعراني ٢ : ٦٥ والمغني لابن قدامة : ٤ : ١٥١ .

الحنفيـــة :

وذهبت الحنفية الى عدم جواز بيع العبد الآبق المطلق وقد ذكر الامام محمد في الأصل بقوله : (واذا باع الرجل عبدا ليس في يديه حين باعه ، فان هذا لا يجوز ولان هـــذا غرر ، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق) (١) .

الا أن الحنفية ذكرت عدة تفصيلات لبيع الآبق :

أولا : الآبق المطلق :

وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين ولا يقدران على تسليمه وتسلمه أو كان البائع لا يقدر على أخذه الا بخصومة عند الحاكم (٢) .

والحنفية اختلفوا في حكم هذا البيع من حيث البطلان أو الفساد :

قال ابن نجيم : ان العقد وقع باطلا لانعـــدام المحلية ، لانه لا يقدر على تسليمه وعلى ذلك لو باعه ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية فيحتاج الى عقد جديدوصار كبيع الطير في الهواء(٣). وهذاظاهرالرواية وبه كان يفتي أبو عبدالله البلخي لكونه وقع باطلا (٤) ، لأن وجود الشرط يجب أن يكون موجودا عند العقد .

وعن أبي حنيفة في رواية عن الامام محمد أن العقد يقع فاسدا ، وذلك فيمن باعه ثم عاد من الاباق فان العقد ينقلب صحيحا ، لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا أبق بعد البيع (٥) . وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ ، حتى اذا امتنع البائع من تسليم الآبق او امتنع المشتريُ من قبوله أجـــبر على ذلك ، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجـــد العبد قبل الفسخ . أما اذا رجع العبد بعد أن فسخ القاضي البيع فانه لا يعود صحيحا اتفاقا ، وهـــذا مقتضى أن

---

(١) الاصل : ٩٢ والعناية على الهداية للبابرتي ٥ : ١٩٩ .

(٢) الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧١ والسراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج : ٤/ب .

(٣) البحر الرائق ٦ : ٨٦ وملتقى الانهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ٥٨ والمبسوط ١٣ : ١٠ ودرر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧١ .

(٤) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ٥٨ .

(٥) البحر الرائق ٦ : ٨٦ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ .

البيع فاسد لا باطل (١) .

والخلاصة : فاختلاف المشايخ مرده الى كونه باطل أو فاسد ، ولهذا نعلم أن ارتفاع المفسد في الفاسد يرد المبيع صحيحا ، لأن المبيع قائم مع الفساد ، وارتفاع المبطل لا يرد البيع صحيحا لأنه لم يكن قائما بصفة البطلان بل كان البيع معدوما .

فوجه الفساد : قيام المالية والملك ، ووجه البطلان عدم القدرة على التسليم (٢) .

وأرى أن بيع الآبق قبل القدرة على التسليم مفسد للبيع لا باطل ، فاذا ما عاد العبد انقلب العقد صحيحا والله سبحانه وتعالى أعلم .

واذا اعتقه سيده فانه يجوز ذلك الا اذا أعتقه عن كفارة فلا بد من اشتراط العلم بحياته ، وكذلك تجوز هبته لابنه الصغير أو يتم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير فانه لا يجوز وكذا اليتيم في حجره (٣) .

والفرق بين جواز الهبة وعدم جواز البيع : أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لأنه قبض بازاء مال مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير لانه لو عاد عاد الى ملك الصغير (٤) . أما في فتاوي قاضيخان من الهبة خلافه قال ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير لا يجوز وان باعه جاز ، فقد عكس الحكم. والحق خلاف ما ذكره قاضيخان لأن مانقله عن المعراج مخالف لما ذكره القاضي (٥) ، لأن في المعراج : (ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له أو ليتيم في حجره يجوز لأن ما بقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع) (٦) .

أما اذا باع العبد ثم أبق قبل التسليم ثم عاد فان هذا البيع جائز لأن احتمال عوده يكفي

---

(١) فتح القدير ٥ : ٢٠٠ والمبسوط ١٣ : ١٠ ، ١١ .

(٢) فتح القدير : ٥ : ٢٠٠ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) البحر الرائق : ٦ : ٨٦ وفتح القدير : ٥ : ٢٠٠ .

(٥) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين : ٦ : ٨٦ .

(٦) البحر الرائق : ٦ : ٨٦ .

لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء (١) .

ولو باع المالك العبد من الغاصب وهو آبق بعد فالبيع جائز والأصل في ذلك . أن الاباق انما يمنع جواز البيع اذا كان التسليم محتاجا اليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك ، فأما اذا لم يكن التسليم محتاجاً اليه ، فالبيع يجوز (٢) .

ثانياً : لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وأنا أقبضه منه واعترف ذلك الرجل :

فالبيع في هذه الحالة لا يجوز لأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز (٣) .

والكاساني يأتي برواية أخرى فيقول : ولو جاء انسان الى مولى العبد فقال : انعبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه فصدقه وباعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض الا أن هذا العقد ينعقد موقوفاً ، لأن القدرة على القبض هنا ثابتة في زعم المشتري الا أن احتمال المنع قائم موقوف على قبضه فاذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ . بخلاف الآبق المطلق ، لأن العجز عن التسليم محقق فيمنع الانعقاد (٤) .

وفي المسألة السابقة اذا جاز البيع هل يصير المشتري قابضا في الحال أولا يصير قابضا له ؟ .

فاذا اعتبر شراؤه قبضاً للحال ، فلو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض .

وان كان حين قبض العبد أشهد أنه قبض هذا ليرده على مالكه ، ثم اشتراه منه فلا يصير قابضاً ، لأن قبضه هذا قبض أمانة والأمانات لا تضمن الا بتعد أو تقصير ، وعلى ذلك لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه . وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع فاذا هلك العبد قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن .

وان لم يشهد على نفسه أنه قبضه ليرده الى صاحبه فيكون قبضه في هذه الحالة قبض غصب والغصب مضمون كقبض البيع (٥) .

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٤ : ٥٠ .
(٢) البحر الرائق : ٦ : ٨٦ .
(٣) فتح القدير : ٥ : ٢٠٠ .
(٤) بدائع الصنائع : ٥ : ١٤٧ .
(٥) فتح القدير : ٥ : ٢٠٠ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ ، ١٤٨ .

ولو أخذه ليرده الا انه لم يشهد على نفسه فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

فأبو حنيفة : يصير قابضا له عقيب العقد لأن هذا القبض قبض ضمان .

والصاحبان : لا يصير قابضا الا بعد الوصول اليه لأن هذا قبض أمانة عندهما (١) .

ثالثاً : بيع الآبق ممن يزعم أنه عنده :

فان هذا البيع يجوز لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ، ولذلك اذا كان عند المشتري فقد انتفى العجز عن التسليم وهو المانع لكونه مقبوضاً وعلى هذا فالبيع صحيح نافذ . ولكن هل يكون قبضه مضمونا عليه أم لا فقد ذكرناه في الحالة السابقة والله أعلم (٢) .

المالكيـــة :

وذهبت المالكية الى اشتراط قدره تسليم المعقود عليه فلا يباع ما قـــدر عليه مشتريه وعجز عنه بائعه ، ولا ما عجزا عنه كآبق لقول مالك : بيع العبد في اباقه فاسد وضمانه من بائعه ويفسخ وان قبض (٣) . وعلى هذا فبيع العبد الآبق حال اباقه ولم يعلم موضعه أو علم أنه عند من لا يسهل خلاصه منه أوعند من يسهل خلاصه منه ولم تعلم صفته لا يصح بيعه ، للغرر المنهي عنه لكونه غير مقدور التسليم ولكونه مجهول الصفة .

أما اذا علم المبتاع موضعه وصفته وكان عند من يسهل خلاصه منه فانه في هذه الحالة يجوز بيعه فان وجد هذا الآبق على الصفة التي علمها المبتاع قبضه وصح البيع ، وان وجد الآبق قد تغير أو تلف كان ضمان الآبق من البائع ويسترجع المشتري الثمن (٤) .

واذا عرف ان الآبق عند رجل جاز أن يباع منه ومن غيره ممـــن يوصف له اذا وصف

---

(١) بدائع الصنائع : ٥ : ١٤٨ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٩٩ والبحر الرائق ٦ : ٨٦ ، ٨٧ ، ومجمع الانهر والـــدر المنتقى عليه ٢ : ٥٨ والاشباه والنظائر لابن نجيم : ٢٠٨ وتحفة الفقهاء ٢ : ٦٦ والاختيـــار لتعليل المختار ٢ : ١٩٦ .

(٣) الخرشي ٥ : ١٦ والعدوي ٢ : ١١٠ ، ١٣٦ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١١ وبداية المجتهد ٢ : ١٧٠ .

للسيد حاله الآن وان مضى زمن يمكن أن يتغير الآبق فيه وكان المشتري لا يعلم صفته . بخلاف ما اذا كان الآمر بالقرب والمشتري يعلم صفته فلا حاجة الى الوصف وعلى أن لا يشترط نقد الثمن ، والذي عنده الآبق يشترط أن يكون غير الامام ومثله أيضاً من لم يمكن الوصول الى ما في يده (١) .

وقال اللخمي : لو كان في بلد موثوقاً وحبس لصاحبه ، جاز بيعه على الصفة ويكون تحصيله على البائع ويؤخر قبض الثمن الى حين القبض) (٢) الا أن هذا القول ضعيف لما رأينا .

واما اذا كان حاضرا وبين له غاية اباقة كأن يقول له غاية اباقه أربعة أيام مثلا ، وباعتبار المكان كأن يقول ان غاية اباقه الى الاسكندريه جاز البيع (٣) .

اما الامام مالك رحمه الله فقد تكلم عن الآبق بقوله : قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فان وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا . قال مالك وفي ذلك عيب آخر أن تلك الضاله ان وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة (٤) .

فمالك رحمه الله : منع بيع الآبق لما فيه من الغرر والمخاطرة وعلل مالك وجه الغرر في هذا أن المشتري يدفع في الآبق والضال أقل من ثمنه الا أن المشتري اذا وجد المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع عشرون دينارا . وقال ومع فرض وجودها من المشتري فان المشتري لا يدري أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب ، ويكون بذلك قد علل منع بيع الآبق ولم يتعرض الى أن منع بيع الآبق لعدم القدرة على التسليم الا أن عبد الملك بن الحسن عن أشهب يرى : أن الغرر يكون في مبيع

---

(١) كفاية الطالب الرباني لابي زيد القيرواني ٢ : ١٣٦ والفواكه الدواني ٢ : ١٣٨ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٧٠ .

(٢) الفواكه الدواني ٢ : ١٣٨ .

(٣) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٦ .

(٤) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤١ .

غير مقدور على تسليمه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجمل الشارد (١) .

الشافعيـــة :

اختلف فقهاء الشافعية في بيع العبد الآبق على ثلاثة أقوال :

الأولا : أن بيع الآبق باطل ، لانه غرر وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ولأن ما تعذر تسليمه لم يجز بيعه ، والآبق متعذر التسليم وكذلك كل ما كان في معناه كالجمل الشارد وكل شيء ضال أو ضـــائع ، فلو باع عبدا آبقـــا ثم وجده لم يلزمه تسليمه الى المشتري لفساد بيعه حتى يستأنفا بيعه بعد وجوده (٢) .

قال النووي : قال الاصحاب : لا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم بل يكفي ظهور التعذر (٣) .

الثاني : أن بيع العبد الآبق جائز ما لم يتقادم عهده وهذا الرأي حكاه الماوردي

الثالث : أنه يجوز بيعه اذا عرف مكـــانه وعلم أنه يصله اذا رام وصوله وبهـــذا يكون ليس له حكم الآبق (٤) وهذا الرأي محكي عن ابن سيرين .

ولو باع العبد الآبق لقادر على رده صح على الصحيح نظرا الى وصوله اليها الا ان احتاجت قدرته الى مؤونة فظاهر البطلان ، لأن عدم القدرة على التسليم سواء كانت حسية أو شرعيه متعذره فالحسيه كـــالطير في الهواء والسمك في الماء . والشرعية كبيع المرهون والوقوف وأم الولد وكذا الجاني في قول (٥) .

والثاني لا يصح ، لأن التسليم واجب على البائع وهو عاجز عنه .

أما اذا كان البائع قادرا على انتزاعه أورده فانه يصح الا اذا كان فيه تعب شديد . ويصح بيع العبد التائه لانه يمكنه الانتفاع باعتاقه في التقرب الى الله تعالى ، وكذلك تصح كتابة الآبق وتزويجها وعتقهما وان انتفت القدرة على التسليم (٦) .

---

(١) المنتقى للباجي ٥ : ٤١ .
(٢) الحاوي للماوردي ٦ : ١٨ .
(٣) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣١١ .
(٤) الحاوي للماوردي ٦ : ١٨ .
(٥) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣١١ .
(٦) مغني المحتاج ٢ : ١٣ ونهاية المحتاج للرملي ٣ : ٣٩٩ .

الحنـــابلة :

وذهبت الحنابلة الى ان بيع الآبق لا يجوز ولا جعله ثمنا سواء علم الأخذ له مكانا أو جهله ولو كان ذلك القادر على تحصيله (١) ، والأظهر عندهم أن بيعه لقـــادر على تحصيله جـــائز (٢) . وعله المنع عندهم ، انه بيع غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء (٣) .

أما ابن تيميه : فقد عد بيع الآبق والبعير الشارد والفرس العائر والطير الذي خرج من قفصه من باب المخاطرة والقمار وعلل ذلك : بأن المشترى لمثل هذه الاشيـــاء يشتريه بدون ثمنه بكثير وان صاحبه اذا باعه فانما يبيعه مخاطره . فان حصل المبيع للمشتري قال البائع قمرتني وأخذت مالي بثمن قليل . وان لم يحصل قال المشتري : قمرتني وأخذت الثمن مني بلا عوض وفي كل منهما أكل مال الآخر بالباطل الذي هو نوع من الظلم . ففي بيع الغرر ظلم وعداوة وبغضاء (٤) .

وتابعه تلميذه ابن القيم : فان بيع العبد الآبق من جنس القمار الذي هو الميسر والله حرم ذلك لما فيه أكل المال بالباطل وذلك من الظلم الذي حرمه الله تعالى ، ففي بيع العبد الآبق ، فان البائع يـــأخذ مال المشتري والمشتري قد يحصل له شيء وقد لا يحصل ولا يعرف قدر الحاصل . وهذا هو القمار واذا كان أحد المتعاوضين يحصل له مال والآخر قد يحصل له وقد لا يحصل له فهذا الذي لا يجوز (٥) .

الشيعة الامـــامية :

وذهبت الاماميـــة الى أن بيع الآبق منفردا لا يصح ، لأنه متعذر التسليم ، أما اذا

---

(١) كشاف القناع ٣ : ١٦٢ وانظر الكافي ٢ : ١١ وتنقيح المشبع ١٢٣ ومطالب اولى النهى ٣ : ٢٦ .
(٢) المغنى لابن قدامه ٤ : ١٥١ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) القواعد النورانية ١١٦ ومجموعة فتـــاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٢٦ ، ٤٢٧ والقيـــاس لابن تيمية ٢٩ .
(٥) زاد المعاد ٤ : ٢٦٨ ، ٢٦٦ ، ٢٧١ .

أمكن تسليمه يصح بيعه وان سمى آبقا (١).

ويصح بيعه منضما الى ما يصح بيعه ولو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع وكان الثمن مقابلا للضميمة (٢) .

وينزل الآبق بالنسبة الى الثمن منزلة المعدوم الا أنه لا يخرج عن ملك المشتري اذا تعذر تسليمه . ولا خيار للمشتري مع العلم باباقة لانه أقدم على هذا النقص أما اذا جهل اباقه جاز الفسخ ان كان البيع صحيحا .

ويشترط في بيع الآبق ما يشترط في غيره من كونه معلوما وموجودا عند العقد وغير ذلك سوى القدرة على التسليم (٣) والقدرة على التسليم من صالح المشتري فقط الا أنها شرط في أصل صحة البيع . فلو قدر المشتري على التسليم صح البيع ، وان لم يكن البائع قادرا عليه ، بل لو رضي بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز وينتقل اليه ولا يرجع على البائع بعدم القدرة اذا كان المبيع على ذلك مع العلم بأن البائع غير قادر على تسليمه (٤) .

ولا يلحق بالآبق غيره مما في معناه كالبعير الشارد والفرس العاثر على الأقوى (٥) .

الزيدية :

وذهبت الزيدية الى أن بيع العبد الآبق باطل لدخوله تحت عموم النهي عن بيع الغرر ولأنه غير مقدور على تسليمه .

وقال المؤيد بالله وأبو طالب : أنه يصح بيعه موقوفا على التسليم لعموم قوله تعالى وأحَلَّ اللهُ البَيْعَ (٦) .

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٣ .
(٢) شرائع الاسلام ١٦٦ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨١ .
(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢٨١ .
(٤) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٤ ، والروضة البهية ٢٨١ .
(٥) الروضه البهية ٢٨٢ .
(٦) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٥ والبحر الزخار ٣ : ٣١٣ .

وبعضهم قال : ويجوز بيعه الى من أبق اليه اذ لا غرر في ذلك (١) .

الابـــاضية :

وللاباضية في بيع الآبق قولان .

الأول : جواز بيع الآبق في اباقه والنافر من الحيوان في نفاره وهروبه فقط .

الثاني : لا يجوز بيع الآبق ولا الجمل الشـــارد والا الحمار النـــافر ولا ماشاكل ذلك ولا المتامه فيه وعللوا عدم الجواز بأنه من الغرر(٢) .

المجوزون لبيع العبد الآبق :

والمجوزون لبيع العبد الآبق : صهيب وابن عمـــر وابن سيرين والشعبي وعثمان البتي وابو بكر بن داود والظاهرية واحد الاقوال عند الإبـــاضيه فقد روي عن ابن عمر (أنه اشترى من بعض ولده بعيرا شارداً) (٣) وقال ابن حزم عنه :مانعلم له مخالفا من الصحابة رضي الله عنهم وهذا اسناد في غاية الصحة والثقة .

وعن المغيرة عن الشعبي عن شريح أن رجلا أتاه فقال : ان لي عبدا آبقا وان رجلا يساومني به أفأبيعه منه قال: نعم فانك اذا رأيته فأنت بالخيار ان شئت أجزت البيع وان شئت لم تجزه . قال الشعبي : اذا أعلمه منه ما كان يعلم منه جاز بيعه ولم يكن له خيار .

وعن أيوب السختياني قال : أبق غلام لرجل فعلم مكانه رجل آخر فاشتراه فخاصمه الى شريح بعد ذلك قال ابن سيرين : فسمعت شريحا يقول له :أكنت أعلمته مكانه ثم اشتريته؟ فرد البيع لأنه لم يكن أعلمه . لأن كتمانه مكانه وهو يعلمه غش وخديعة والغش والخديعة يرد فيهما البيع .

وعن محمد بن سيرين : أن رجلا أبق غلامه فقال له رجل : يعني غلامك فباع منه ثم اختصما إلى شريح فقال شريح : إن كان أعلمه مثل ما علم فهو جائز .

وعن أبي أيوب السختياني أن محمد بن سيرين كان لا يرى بأساً بشراء العبد الآبق اذا كان علمهما فيه واحداً .

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٣١٣ .

(٢) شرح النيل ٤ : ٧٣ ــ ٧٤ .

(٣) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥١ ، والمحلى ٨ : ٣٩١ .

عن إبن طاووس عن أبيه أنه كان لا يرى بأساً ان يشتري الرجل الدابة الغائبة اذا كان قد رآها ويقول: إن كانت صحيحه فهي لي. ولم يكن يخص بأنها شارده من غير شارده، والشاردة غائبه (١) .

الظاهريـــة :

وذهبت الظاهرية إلى أن بيع الآبق جائز عرف مكانه أو لم يعرف ، وكذلك بيع الجمل الشارد عرف مكانه أو لم يعرف ، وكذلك الشارد مـــن سائر الحيوان ومن الطير المنفلت بشرط أن تكون ملكيته صحيحه قبل البيع وإلا فلا يحل بيعه ، وكل ما ملكه المرء فحكمه منه نافـــذ بالنص ان شاء وهبه وإن شاء باعـــه وإن شاء أمسكه وإن مات فهو موروث عنه .

هذا وقد ناقش ابن حزم الجمهور الذين يمنعون جواز البيع بقوله : ان الاباق لا يمنع من صحة البيع لأن التسليم لا يلزم ولا يوجبه قرآن ولا سنة ولا دليل أصلا ،وانمـــا اللازم في البيـــع أن لا يحول البائع بين المبيع وبـــين المشتري فقط وان فعل ذلك يكون غاصباً ظالماً .

على أن قولهم في هذا بيع غرر فيمنع فهذا ليس فيه غرر لأن بيع شيء قد صح ملك بائعيه له وهو معلوم الصفة والقدر وبهذه الصفات فإنه يجوز له أن يبيع ، وبهذه الصفات فإن المشتري يملكه ملكاً تاماً فإن وجده فذلك وإن لم يجده فقد استعاض الأمر الذي هو خير من الدنيا وما فيها وربحت صفقتة .

قال ابن حزم : ولو كان هذا غرراً لكان بيع الحيوان كله حاضره وغائبه غرراً لا يحل ،لأنه لا يدري مشتريه أيعيش ساعة بعد ابتياعه أم يمـــوت ولا يدري أيسلم أم يسقم سقماً قليلا يتحمله أو سقماً كثيراً يفسده وليس مـــا يتوقع في المستأمن غرراً لأن الاقدار تجري بما لا يعلم ولا يقدر على رده واستشهد بآيتين كريمتين .

١ ـ (قُـلْ لاَ يَعْلَمُ مَنْ فِي السَّموات والأَرْضِ الْغَيْبَ إلاَّ اللهُ) (٢) .

٢ ـ (وَأَن عَسَى أَنْ يَكُونَ قَدِ اقْتَرَبَ أَجَلُهُمْ) (٣) .

---

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٩١ ، ٣٩٢ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٥١ .

(٢) سورة النمل : ٦٥ .

(٣) سورة الأعراف : ١٨٤ .

ثم بين ابن حزم موطن الغرر المبطل للعقد بأنهما عقدا على جهل مقداره وصفاته حين العقد ولم يذكر عدم القدرة على التسليم .

الرأي المختار :

وبعد هذا العرض الطويل لبيع الآبق أرى أن بيع الآبق باطل وهو رأي الجمهور ، لأن العبد الآبق غير مقدور على تسليمه ، والمبيع المعجوز عن تسليمه باطل باتفاق الفقهاء جميعاً كما رأينا .

أما من أجاز بيع الآبق كابن حزم ، فقد استدل بأدلة واهية ، لا تقوم بها حجة ، وخاصة أن مقتضى البيع عنده أن لا يحول البائع بين المشتري والمبيع حائل لكي لا يعد غاصباً ، ولكن الآبق يختلق عن تعليله وعن مقتضى البيع عنده لأن المبيع موجود حاصل، فإذا حال دونه يكون غاصبا هذا صحيح ، أما العبد الآبق فهو معدوم أصلا غير موجود ، ولا يعرف كيف هو ، أحي أم ميت ، في العراق أم في فارس ، وهل يمكن قبضه أم لا ، لأنه لا يستطاع عليه إلا اذا أراد ذلك ، ولذا فاني أقول بالبطلان إلا إذا كان العبد معلوم وجوده عند زيد ولا يستطيع الهرب فاني أرى جواز بيعه بشرط أن يعلم البائع عن مكان وجوده وإلا كان تغريراً من المشتري للبائع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني

بيع الطير في الهواء [1]

والطير في الهواء يكون في حالتين : الأولى بيعه قبل أن يملك وهذا باطل بالاتفاق ، والثانية : بعد استقرار الملكية علية ثم يبيعه وهـــو طائر في السماء . وهذه هي الحالة التي تكلم عنها الفقهاء ، ولذا فإني أعرض آراء المذاهب منفردة .

الحنفية :

ذهبت الحنفية في بيع الطير في الهواء على ثلاثة أ جه :

الأول : بيعه في الهواء قبل أن يصطاد وهذا باطل لعدم الملك .

الثـاني : بيعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم .

الثالـث : بيع طير يذهب ويجيء كالحمام والظاهر أنه لا يجوز (٢) .

والذي يهمنا الآن هو الوجه الثاني بأنه لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم عقيب العقد، واختلفوا فيما اذا قـــدر على تسليم الطير بعد العقد ، هـــل يعود العقد على الجواز أم يبقى على الفساد ؟ .

فمشايخ بلخ قالوا ان العقد لا يعود الى الجواز .

والكرخي والطحاوي ذكرا أن العقد يعود الى الجواز (٣) فشمل ما إذا جعل الطير

---

(١) الطير : جمع طائر وقد يقع على الواحـد والجمع طيور وأطيار ، والطيران محركة حركة ذي الجناح في الهواء بجناحيه .

(٢) العناية للبابرتي بهامش فتح القدير ٥ : ١٩٢ .

(٣) فتح القدير ٥ : ١٩٢ ومجمع الأنهر والدر المنتقى عليه ٢ : ٥٥ وشرح الوقاية ومتن الوقاية لصدر الشريعة وتاج الشريعة بهامش كشف الحقائق للشيخ الافغاني ٢ : ١٨ .

مبيعاً أو ثمناً وشمل أيضاً ما إذا كان الطائر من عادته أنه يذهب ويجيء وهو الظاهر (١).

وفي فتاوى قاضيخان : وان باع طيراً له يطير ، إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا (٢) وذلك لأنه يمكن أخذه من غير حيلة .

ويحمل على هذا ما لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز وبعد أخذه يجوز ان كان في يده أو كان محبوساً في مكان يمكنه أخذه من غير حيله وان كان لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم .

وكذلك يحمل ما لو اجتمع الصيد في أرضه فباعه من غير أخذه لا يجوز لأنه لم يملكه ،وكذلك لو باض بيضاً في أرضه يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه . وهذا يختلف ما لو اجتمع النحل في مكان في أرضه وعسل فيه فانه يملكه ،لأن العسل قائم بأرضه على وجه القرار كالأشجار ولهذا وجب في العسل العشر .

أما لو هيأ أرضه للصيد بأن حفر فيها بئراً للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه ، لأن التهيئة أحد أسباب الملك فمثله كمثل من وضع وعاء ليقع فيه المطر ، أوبسط ذيله ليقع فيه النثار ملكه بالوقوع .

وفي النهاية : لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يحك فيه خلافاً (٣) .

بيع الحمام :

إذا علم عدد الحمام وأمكن تسليمها جاز بيعها ، واذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها . وكذلك إن كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تعود وذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكاً مقدور التسليم .

أما كونه لا يعود أو ربما يعرض له أنه لا يعود فهذا لا يمنع جواز البيع قياساً على جواز هلاك المبيع قبل القبض فإنه إذا هلك انفسخ البيع وكذلك هنا (٤) .

---

(١) البحر الرائق ٦ : ٨٠ .
(٢) فتح القدير ٥ : ١٩٢ والبحر الرائق ٦ : ٨٠ .
(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ : ٤٥ ، ٤٦ .
(٤) فتح القدير ٥ : ١٩٩ .

الشافعية :

وذهبت الشافعية الى أن بيع الطير في الهواء قبل أن يملك لم يجز لمعنيين :
أحدهما : عدم ملكه . والثاني : تعذر تسليمه .

أما إذا كان الطائر قد يرجع بعد الطيران الى برجه لم يجز بيعه أيضاً لما فيه من الغرر ولأنه لا يوفق به لعدم عقله لأنه قد لا يعود وبهذا فارق صحة بيع العبد المرسل في حاجة (١) ، لأن العبد ليس يعجز الناس عن أخذه وان بعد عن سيده فكان في حكم المقدور عليه وليس كذلك الطير لأنه قد تعجز الناس عن أخذه (٢) .

أما ان كان الطير في برج مالكه ينظر :

ان كان باب البرج مفتوحاً لم يجز بيعه لأنه قد يقدر على الطيران فصار في حكم ما طار فلا يقدر البائع على تسليمه (٣) .

وان كان باب البرج مغلقاً جاز بيعه لظهور القدرة عليه وتسليمه بالتمكين منه في برجه وتمام قبضه باخراجه من برجه .

أما إذا فرخ الطائر في دار رجل لم يملك فرخه وكذا ما ولده الصيد في أرضه غير أنه أولى بصيده من جميع الناس لما يستحقه من التصرف في ملكه ولصاحب الارض أن يمنع الناس من دخول أرضه وداره،ولو باع صاحب الارض أو الدار فرخ الطائر وولدالصيد قبل أخذه لم يجز لأنه وإن كان مقدوراً عليه فلم يثبت ملكه ألا ترى أن غير صاحب الدار لو أخذ الفرخ ملكه (٤) .

أما النحل فحكمه حكم الطائر في الهواء ان كانت أمه خارج الخلية أما اذا كانت أمه موثقة وهي يعسوبه (٥) بأن يكون في الكوارة فإنه يجوز بيعه وفارق بقية الطيور بأن النحل لا يقصد بالجوارح وأنه لا يؤكل عادة إلا مما يرعاه ،فلو توقف صحة بيعه على حبسه فربما أضربه أو تعذر بيعه بخلاف بقية الطيور (٦) .

---

(١) المغني المحتاج ٢ : ١٣ .
(٢) الحاوي للماوردي ٦ : ١٨ .
(٣) المجموع ٩ : ٣١١ والحاوي للماوردي ٦ : ١٩ والواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٥٣ .
(٤) الحاوي للماوردي ٦ : ١٩ والواضح النبيه ٥ : ٥٣ .
(٥) اليعسوب : أمير النحل وفي الاصطلاح العلمي ملكة النحل .
(٦) مغني المحتاج ٢ : ١٣ .

الحنابلـــة :

ولا يصح بيع طائر في الهواء يألف الرجوع أولا (١)مملوكاً أو غير مملوك فالمملوك لا يجوز بيعه ، لأنه غير مقدور على تسليمه وغير المملوك لا يجوز لعلتين :

الأولى : العجز عن التسليم .

الثانية : أنه غير مملوك له . وأصل المنع عندهم هـــو نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر وقيل في تفسيره : هو بيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء ولا نعلم في هذا خلافاً .

وتفرق الحنابلة بين الغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، وبين الذي يقدر عليه إذا عاد ، فالغائب يقدر على استحضاره أما الطير فلا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون بذلك عاجزاً عن تسليمه لعجز صاحبه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب ؛

أما اذا باع الطير في البرج نظرت :

١ ــ ان كان مفتوحاً لم يجز لأن الطير اذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه الى المشتري

٢ ــ ان كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه الا أن القاضي قـــال : ان لم يكن أخذه الا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه وهذا موافق لمذهب الشافعي رحمه الله (٢) .

الامامـيـــة :

فلا يصح بيع الطير في الهواء اذا لم تقض العـــادة بعوده لأن القدرة على التسليم شرط ، فاذا قضت العادة بعوده جاز بيعه وصح .

وبعضهم احتمل الصحة وعدمهـــا بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم وأن عوده غير موثوق به اذ ليس له عقل .

أما احتمال الصحة فيما دل على الوفـــاء بالعقود وأن العادة بمنزلة المتحقق كالدابـــة المرســـلة .

---

(١) كشاف القناع ٣ : ١٦٢ .

(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥١ .

وأما الطيور التي في البروج فينظر :

ان كان البرج مفتوحاً لم يجز بيعها .

وان كان مسدودا لا طريق لها الى الطيران جاز بيعها سواء كان البرج واسعاً أو ضيقاً ، وقيل ان كان البرج واسعاً لا يجوز بيعه لأنه يحتاج الى كلفة في أخذه (١) .

الزيديـــة :

وذهبت الزيدية الى أن بيع الطير في الهواء لا يصح في الحال لا في المستقبل فانه لا يصح بيعه في الهواء حتى يقع على الأرض ويمكن أخذه من غير تصيد وكذلك الطير المملوك من الحمام والنحل (٢) ونقل عن زيد بن علي الاجماع على بطلان بيع الطير في الهواء (٣) .

الظـــاهرية :

ذهب ابن حزم الى جواز بيع الطير في الهواء اذا صح الملك عليه قبل ذلك وان لم يكن له ملك فلا يحل بيعه ، اذ أن كل ما لم يملك بعد فليس أحد أولى به من أحد فمن باعه فانما باع ما ليس له فيه حق فهو أكل مال بالباطل ، وكل ما ملكه المرء فحكمه فيه نافذ بالنص ان شاء وهبه وان شاء باعه وان شاء أمسكه ، ولا فرق بين الصيد من الطير ومن النحل ومن ذوات الأربع وكل من ملك من هذا فهو مال من مال مالكه بلا خلاف من أحد ، وعلى ذلك يقول ابن حزم : (فمن ادعى سقوط الملك عنه بتوحشه فقد قال الباطل وأحل حراماً بغير دليل لا من قرآن ولا من سنة ولا من رواية سقيمة ،ولا من قول صاحب ولا من قياس ولا من تورع ولا من رأي يعقل) (٤) .

وأرى أن بيع الآبق وبيع الطير في الهواء باطلان لقوة أدلة الجمهور وخاصة مـــا يتعلق بعدم القدرة على التسليم اذ أنه بيع يشبه بيع المعدوم وبيع المعدوم باطل للغرر والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٢ .

(٢) التاج المذهب لأحكام المذهب ٢ : ٣٤٣ وشرح الأزهار ٣ : ٣٤ .

(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٥ .

(٤) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٨٨ .

المطلب الثالث

بيع السمك في المـــاء

اذا كان السمك قبل أن يصاد فهو بيع باطل بالاتفاق لأنه بيع ما لم يملكه الانسان أي أنه معدوم بالنسبة اليه ، أما اذا كان السمك بعد اصطياده ووضعه بالماء فهذا الذي مدار بحثنا عليه فقد كرهه كل من الحسن والنخعي ومـــالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور (١) .

ويروى عن عمر بن عبدالعزيز وابن أبي ليلى أنهما أجازا بيع السمك في بركة عظيمة وان احتيج في أخذه الى مؤنة كثيرة (٢) لأنه يقدرُ على تسليمه ظاهرا أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ووزنه ونقله (٣) .

وعن أبي الزناد قال : كتبت الى عمر بن عبد العزيز في بحيرة يجتمع فيهـــا السمك بأرض العراق : أنؤجرها ؟ فكتب أن افعلوا .

قال : وحدثنا أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه عن حماد قال : طلبت الى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب الى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام فكتب اليه عمر : أن لا بأس به وسماه الحبس (٤) .

أما ابن أبي ليلى : اذا كان قد أخذه ثم أرسله في الأجم فبيعه جائز ، لأن بارساله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٢ .
(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١٦٢ والميزان ٢ : ٦٥ .
(٣) المغني لا بن قدامة ٤ : ١٥٢ .
(٤) الخراج لابي يوسف ٨٧ .

لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخذه الا بالصيد (١) .

الحنفيـــة :

وذهب الحنفية الى أن بيع السمك اذا كان بحظيرة ولا يؤخذ الا بصيد لم يجز بيعه لكونه غير مقدور التسليم وذلك اذا أخذه ثم ألقاه فيها ، أما لو كان يؤخذ من غير حيلة جاز بيعه الا اذا اجتمع السمك فيها من تلقاء نفسه ولم يسد عليه المدخل فـــلا يجوز لعدم الملك .

أما اذا كانت الحظيرة صغيرة يمكن أخذه بغير حيـــلة جاز بيعه وللمشتري خيـــار الرؤية بعد التسليم ولا عبرة لرؤيته في داخل الماء لتفاوته ،وكذلك اذا دخل السمك بحظيرة هيأها له كان له بيعه على التفصيل ، أما اذا دخـــل والحظيرة لم تكن من تهيئته لم يملكه سواء أمكنه أخذه من غير حيلة أو لعدم الاضرار (٢) .

المالكيـــة :

ذهبت المالكية الى أن بيع ما في الأنهـــار والبرك من الحيتان لا يجوز لكثرة الغرر لعدم القدرة على تسليمها وتسلمها الا اذا كان السمك في محل محصور كبركة صغيرة بحيث يتوصل الى معرفة ما فيها ويقدر على تناولها والا لم يجز .

ولا يجوز على المعتمد من المذهب أن يمنع صاحب الأرض من الاصطياد منها الا في حالة واحدة وهي :

أن يكون اصطياد الغير يضر صاحب الأرض كأن تكون البركة في وســـط زرع صاحب الأرض (٣) .

---

(١) قال السرخسي رداً على ابن أبي ليلى : ان كان قد اخذه ثم ارسله فهو آبق في الماء فبيعه كبيع الآبق وانه لا يقدر على تسليمه الا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطياد فكان هذا بمعنى انه باع السمك قبل ان يملك وبيعه باطل بالاتفاق : المبسوط ١٣ : ١١ ، ١٢ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ٧٩ وفتح القدير ٥ : ١٩١ والزيلعي ٤ : ٤٥ والخراج لأبي يوسف ٨٧ وابن عابدين ٦٠ ـ ٦١ وكتاب المعاملات لأحمد ابراهيم ٢٥٩ والمبسوط ١٣ :١٢ .

(٣) الفواكه الدواني ٢ : ١٣٧ وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٥ .

علة المنـــع :

للغرر فيه من وجهين عدم التسليم وكونه يقل ويكثر (١) .

الشافعيـــة :

وذهبت الشافعية الى أن بيـــع السمك اذا كان في بحر ولم يكن محرزا في بركة أو حوض لم يجز بيعه لمعنيين : الأول : عدم ملكه والثاني : تعذر تسليمه .

أما اذا كان السمك في بركة أو حوض وحظر عليه حتى لا يقدر على الخروج لم يخل حال السمك من أحد أمرين :

١ ـ إما أن يكون مشاهدا لقلة الماء وصفائه .

أ) فان كان السمك يمكن أخذه بغير آلة جاز بيعه للقدرة عليه .

ب) وان كان لا يمكن أخذه الا بآلة ولا يقدر على صيده الا بشبكة فبيعه لا يجوز لأنه لم يحصل بعد على القدرة .

٢ ـ وإما أن يكون غير مشاهد وبهذه الحالة يكون بيعه باطلا .

وغلط بعض أصحاب الشافعية فجعله كالعين الغائبة قد يمكن صفتها لتقدم مشاهدة البائع لها ، وهذا فيما اذا بيعت لخيار الرؤية وهذا غلط لأن العين الغائبه يتقـــدم مشاهدتها بينما لا يمكن صفة السمك ولا يعلم قلته ولا كثرته ولا جودته ولا رداءته (٢) .

الحنابلـــة :

وذهبت الحنابلة الى أن بيع السمك في الماء لايجوز الا اذا اجتمعت فيه ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون السمك مملوكاً .

الثاني : أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته وفي هذة الحالة كالشافعية .

الثالث : أن يمكن اصطياده وامساكه .

---

(١) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٦ .

(٢) الحاوي للماوردي ٦ : ١٩، ٢٠ والواضح النبيه ٥ : ٥٣ والمهذب ١ : ٢٧٠؛ والمجموع ٩ : ٣١١.

فان اجتمعت هذه الشروط الثلاثة جاز بيعه لأنه مملوك معلوم مقدور على تسليمه وان اختل شرط أو شرطان أو الثلاثة لم يجز بيعه لما اختل من الشروط .

فان كان في بركة يمكن اصطياده بعير كلفة جاز وان لم يمكن الا بمشقة وكلفة يسيرة كذلك .

وأن كان بكلفة كثيرة وتتطاول المـــدة في امساكه لم يجز بيعه للعجز عن التسليم والجهل بوقت امكان التسليم (١) .

الإماميـــة :

وذهبت الامامية بأن بيع السمك في الماء لا يجوز الا بثلاثة شروط كالحنابلة كونه مملوكاً وكون الماء رقيقاً لا يمنع المشاهدة وامكان صيده ونقل الشهيد في حواشيه أنه زاد شرطاً رابعاً : وهو أن يكون مما يباع صنفه عدداً .

واذا كان السمك في بركة كبيرة واحتيج في أخذه الى تعب شـــديد ، فالأقوى الصحة ، واذا كان الماء كدراً بطل البيع ، الا أن بعضهم قـــال : اذا كان المـــاء كثيراً صافياً والسمك مشاهدا الا أنه لا يمكن أخذه لا يصح بيعه ، الا أن ينضم اليه شيء واذا أنضم اليه شيء آخر صح اجماعاً .

والدليل على جوازه مـــع الشروط الثلاثة عموم أدلة الوفـــاء بالعقود ولا غرر ولا سفه (٢) .

الزيديـــة :

اذا كان السمك في الماء يؤخذ بغير صيد كأن يكون في بركة صغيرة في داره فالبيع

---

(١) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥٢ .

(٢) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٢ ، ٢٢٣ والروضة البهية شـــرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨٨ وشرائع الاسلام ١٦٨ .

جاز لارتفاع الغرر بذلك (١)ويكون للمشتري خيار الرؤية لأن الرؤية في الماء للسمك غير صحيحة (٢) .

أمـــا ان كان لا يؤخذ الا بصيد فلا يجوز لكونه غير مملوك ولا مقدور عليه وقد ورد النهي عن بيع ما ليس للبائع فيكون بيعه كبيع الآبق (٣) .

الإباضيـة :

وذهب أكثر الاباضية الى منع بيع السمك في البرك ومـــا يبنى بنحو قصب ليدخله الماء والسمك سواء جيء بالحوت في الشبكة ويطرح في البركة ليبقى حيـــاً أم أن السمك يجيء الى البركة ، وذلك للجهل به وهو في الماء اذا لا يتبين فيه ولأنه قد لا يملك بقبضه لامتناعه بالماء فصار غير مقدور التسليم (٤) .

الظاهريـــة :

لقد أجرى ابن حزم بيع السمك مجرى بيع العبد الآبق والطير في الهواء من جواز بيعه على أنه مال من مال من مالكه بلا خلاف من أحد (٥) .

أدلة من منع بيع السمك :

عن ابن مسعود : (أن النبي ﷺ قـــال « لا تشتروا السمك في المـــاء فانه غرر » رواه أحمد) (٦).

---

(١) الروض النضير ٣ : ٢٨٥ .
(٢) شرائع الأزهار ٣ : ٣٤ ، ٣٥ .
(٣) الروض النضير ٣ : ٢٨٥ .
(٤) شرح النيل ٤ : ٧٣ .
(٥) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٨٨ وانظر موضعه من كتابنا . في بيع الآبق والطير في الهواء .
(٦) نيل الأوطار ٥ : ١٥٦ .

المطلب الرابع

بيع المغصوب

لا خلاف بين الفقهاء أن بيع المغصوب من الغاصب جائز(١) وذلك لأن من شروط المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه ، والمغصوب انما هو بيد الغاصب ، فالتسليم حاصل بالفعل سواء وجد المغصوب بعد العقد ، أو هلك بعد العقد ، وقبل القبض ، وقبض المغصوب قبض ضمان إما بالقيمة واما بالمثل وعلى ذلك فلا غرر في بيعه .

أما بيع المغصوب من غير الغاصب ففيه مذاهب :

الحنفيـــة :

ان بيع المغصوب من غير الغاصب موقوف فـاذا جحد الغاصب المغصوب ولم يكن للمغصوب منه بينه لم يجز البيع، لأنه غير مقدور على تسليمه للعاقد الآخر، ولأن الملكية تعتبر ناقصة في حق البائع والبيع انما يدور حول ما يملك .

أما اذا أقر الغاصب فان سلمه اليه تم البيع وان لم يسلمه اليـه انتقض البيع ،لأن تمام البيع انما يدور على القدرة على التسليم أو عدمها ، وصار كمـا لو كان المبيع في يد البائع وهلك قبل القبض فالضمان على البائع فقط .

ومثل المغصوب بيع الرهن من قبل الراهن وامتناع المرتهن مـن التسليم فالبيع غير جائز وهو موقوف،لأن الراهن عاجز عن التسليم باعتبار حق المرتهن ثابت في الحبس(٢).

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ ، ١٤٨ والمهذب ١ : ٢٧٠ والعدوي على كفـاية الطالب الرباني ٢ : ١١١ الا ان المالكية اشترطوا بان يعلم ان الغاصب عزم على رده لربه عدوي ٢ : ١١١ ، ومطالب اولي النهى ٣ : ٢٦ وزادت الحنابـلة (الذي لم يقصد بقبضه الاستيلاء عليه حتى يبيعه له ربه لانتفاء الغرر) .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣ : ١١ والاصل ٩٢ ، ٩٣ والدرر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧٧ .

ويفرق الكاساني بين بيع المغصوب من غير صاحبه وبين العبد الآبق بعـــد بيعه قبل القبض ، أنه لا ينفسخ العقد في الآبق ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة عند العقد ثم زالت على وجه يحتمل عودها وبهذا يقع الشك في زوال العقد المنعقد بيقين والثابت باليقين لا يزول بالشك .

أما بيع المغصوب من غير الغاصب فانه ينعقد موقوفاً على التسليم ، لأن القـــدرة على التسليم للعاقد شرط انعقاد العقد والعجز عن التسليم ثابت حال العقد وحصول القدرة على التسليم بعد العقد شك ، واحتمال ، قد يحصل وقد لا يحصل وما لم يكن منعقدا بيقـين لا ينعقد وما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت بالشك (١) .

أما الفرق بين بيع المغصوب من غير غاصبه وبيع الآبق المطلق قبل القدرة على التسليم باعتبار ان كلا منهما معجوز التسليم ، فقد ذكرنا أن بيع الآبق يقع باطلا وبيع المغصوب من غير غاصبه يقع منعقدا موقوفاً ، فالكاساني يجيب على هذا التفريق أيضاً وذلك بأن المالك قادر على تسليم المغصوب بقدرة القاضي وجماعة المسلمين الا أن العقد لم ينعقد للحال لقيام يد الغاصب من ناحية الصورة فاذا سلم المغصوب زال المانع فينفذ .

أما الآبق فهو معجوز التسليم على الاطلاق أو لا تصل اليه يد أحـــد لأنه لا يعرف مكانه فكان العجز متقررا والقدرة محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال (٢) .

المالكيـــة :

وذهبت المالكية الى أن بيع المغصوب من غير غاصبه اذا كان الغاصب ممتنعا من دفعه لا يجوز ولا تأخذه الاحكام مقرا أو غير مقر أو كان غاصبه منكرا وتأخـــذه الاحكام وعليه بينة بالغصب، ولأنه شراءما فيه خصومة والمشهور منعه(٣)ولأنه لا يقدر على تسليمه.

أما لو كان مقرا بالغصب مقدورا عليه فانه جائز باتفاق «اذ لا عجز من الجانبين(٤) لأنه في هذه الحالة القدرة على التسليم متحققة اما بتسليم الغاصب برضاء نفسه أو باجبار

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) الخرشي على خليل ٥ : ١٦ ، ١٧ والعدوي على كفاية الطالب الرباني لأبي زيد القيرواني ٢ : ١١٠ ، ١١١ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١١ .
(٤) الخرشي ٥ : ١٧ .

القضاء على التسليم .

الشافعيـــة :

وذهبت الشافعية الى أن بيع المغصوب من غير غاصبه ينظر : ان قدر البائع على أخذه وتسليمه صح البيع كما يصح بيع الوديعة والعارية .

وان عجز عن تسليمه ان باعه لمن لا يقدر على انتزاعه من الغاصب لم يصح قطعاً ، وان باعه ممن هو قادر على انتزاعه فوجهان :
أصحهما : أنه يصح وللمشتري الخيار على المذهب .

والثاني : أنه لا يصح لأنه قد لا يقدر على انتزاعـه لضعف عرض أو لقوة عرضت للغاصب حكى الرافعي وجها آخر : أن المشتري لا خيار له :

وان كان المشتري جاهلا حال العقد بكونه مغصوبا فله الخيار بلا خلاف (١) .

الحنابلـــة :

وذهبت الحنابلة الى أن بيع المغصوب لا يصح الا اذا كان قادرا على أخذه أو باعه من غاصبه الذي لم يقصد بغصبه الاستيلاء عليه حتى يبيعه له ربه لانتفاء الغرر وللمشتري الذي كان قادرا على الأخذ حين العقد الفسخ ان عجز عن تحصيل المغصوب لتأخـــير التسليم (٢) فالشافعية والحنابلة اتفقا على اشتراط قدرة المشتري على التسليم فقط وان كان البائع عاجزا عن التسليم .

الاماميـــة :

وذهبت الامامية الى أن بيع المغصوب اذا تعذر تسليمه لا يصح فلو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالاقرب الجواز .

ولا خلاف عند الامامية في عدم صحة بيع المغصوب ومع تعذر تسليمه وتسلمه مـــن

---

(١) الواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٥٣ ونهاية المحتاج ٣ : ٣٩٩ ، ٤٠٠ والمجموع : ٩ : ٣١٢ .
(٢) كشاف القناع ٣ : ١٦٢ ومطالب اولي النهى ٣ : ٢٦ والكافي ٢ : ١١ والمهذب ١ : ٢٧٠ ، ومغني المحتاج ٢ : ١٣ والوجيز : ٨٠ واعانة الطالبين ٣ : ١١ .

المشتري وجهل المشتري ، أما اذا كان البائع ممن يقدر على استرداده وتسليمه فـان البيع يصح قياساً على بيع الوديعه . وكذلك يصح البيع اذا قدر المشتري على انتزاعه دون البائع لوجود المقتضى وهو العقد وحصول المطلوب وهـو تسليم المشتري المبيع فيكون الشرط امكان تسليم البائع أو تسلم المشتري المبيع عادة في الجملة (١) .

الرأي المختـار :

ان بيع المغصوب لغير الغاصب جائز اذا كان المغصوب منه قادرا على استرداده ،سواء كان برد الغاصب له أو بواسطة القضاء ، وبيع المغصوب من الغاصب نفسه جائز كذلك لتحقق التسليم فعلا وأما بيعه لغير غاصبه ولا توجد قوة تستطيع رده كأن يكون جاحداً غصبه ولا بينه فلا يجوز بيعه ويكون بيعه غررا اذ هو أكل مال بالباطل والله سبحانه وتعالى اعلم.

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٧٠ ، ٢٧١ .

المطلب الخامس

بيع الدين

والمراد ببيع الدين : بيع الدين بمثله وقد قسموه الى ثلاثة أقسام :

أ ــ فسخ الدين بالدين .

ب ــ بيع الدين بالدين .

ج ــ ابتداء الدين بالدين (١) .

الأول : فسخ الدين بالدين :

وهذا النوع أشد الأنواع حرمة لأنه ربا الجاهلية اذ كان رب الدين يقول لمدينه : اما ان تقضي ديني واما ان تربي لي فيه (٢) كما لو كان الدين عشرة دنانير ففسخها في خمسة عشر يتأخر قبضها . أو أخذ منه في الدين شيئا ثم رده اليه بشيء مؤخر من غير جنس الدين أو من جنسه وهو أكثر منه أو قضاه دينه ثم رده له سلما (٣) .

والمعنى : أن يفسخ ما في ذمة مدينه في أكثر من جنسه الى أجل أو يفسخ ما في ذمته في غير جنسه الى أجل . أما لو أخر الدين أو حط منه شيئاً فليس من ذلك بل هو سلف أو مع حطيطه ولا يدخل في قوله فسخ الدين لأن تأخير ما في الذمة أو بعضه ليس فسخاً . وانما حقيقة الفسخ هو الانتقال عما في الذمة الى غيره (٤) .

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦١ ، وجواهر الاكليل ٢ : ٢٣ .

(٢) جواهر الاكليل ٢ : ٢٣ والخرشي ٥ : ٧٦ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٢ .

(٤) الخرشي ٥ : ٧٦ .

الثاني : بيع الدين بالدين :

أي ولا يجوز بيع الدين ولو حالا بدين لغير من هو عليه ، لأن بيع الدين لمن هو عليه لا يكون من باب بيع الدين بالدين ، وانما هو من فسخ الدين بالدين ويشترط في بيع الدين بالدين من تقدم عمارة الذمتين أو احداهما .

ويتصور هذا في ثلاثة : كمن له دين على شخص فيبيع هذا الدين من ثالث .

ويتصور الأول في أربعة : كمن له دين على انسان ولثالث دين على رابع فيبيع كل ما يملك من الدين بما لصاحبه من الدين . ولا يتصور بيع الدين بالدين في أقل من ثلاثة(١).

وهذا النوع لا يمتنع بيعه لغير من هو عليه بمعين يتأخر قبضه سواء كان هـذا العين عقارا أو غيره ،مثال ذلك مالو كان لزيد دين على عمرو فيجوز لزيد بيعه لخالد بمعين يتأخر قبضه ، أو بيعه بمنافع معينة (٢) .

الثالث : ابتداء الدين بالدين :

وهو أن كلا من المتعاقدين أشغل ذمة صاحبه بدين له عليه ومثل له بتأخير رأس مال السلم ولذلك لا يجوز تأخير رأسَ مال السلم أكثر من ثلاثة أيام لما فيه من ابتداء الدين بالدين، لأن الذمة لا تعمر الا عند المعاقدة (٣) وهذا النوع أخف من بيع الدين بالدين (٤) لاغتفار التأخير فيه ثلاثة أيام .

بيع الدين بالنقد :

هذا النوع لا يخلو اما أن يكون من عليه الدين ميتا ، أو أن يكون حيا حاضراً ، أو أن يكون حيا غائبا (٥) والدين اما أن يباع لمن عليه الدين ، أو يباع لغير من عليه الدين.

---

(١) الخرشي ٥ : ٧٧ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٢ ، ٦٣ .
(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ .
(٣) لا تعمر الذمة الا بالعقد .
(٤) الخرشي ٥ : ٧٧ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ . ٦٣ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٤ .
(٥) جواهر الاكليل ٢ : ٢٤ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ والخرشي ٥ : ٧٧ .

بيع الدين من غـــير من عليه الدين :

الحنفيـــة :

وذهبت الحنفية الى أن بيع الذين من غير من عليه الدين لا يجوز وذلك لأن الدين : اما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمه .

واما ان يكون عبارة عن نقل تملك المال وتسليمه ، وفي كلا الأمرين غـــير مقدور التسليم في حق البائع ، حتى لو شرط على المدين التسليم لا يصح البيع ، لأنه شرط فاسد باعتبار أن هذا الشرط انما يكون على البائع وقد شرط على غيره ويكون البيع بذلك فاسداً(١).

أما بيعه لمن هو عليه فجائز لأن المانع هو العجز عن التسليم والتسليم في حقـــه واقع حقيقه .

وبيع الدين من غير من عليه والشراء بها من غير من عليه ينظر :

اما أن يضاف البيع والشراء الى الدين ، كأن يقول زيد لعمرو بعت منك الدين الذي في ذمة خالد بكذا ، أو يقول زيد لعمرو اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمـة خالد فهذا البيع لا يجوز ، لأن ما في ذمة خالد غير مقدور التسليم في حقـــه ، بخلاف البيع والشراء بالدين من الذي عليه الدين ،لأن التسليم حاصل لما في ذمته حتى يجوز العقد ولو لم يضف العقد الى الدين .

ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز كأن يشتري منه شيئاً بعينه بدينـه الذى له في ذمته لأن المبيع مقدور على تسليمة عند الشراء لأن ذمته في يده (٢) .

المالكيـــة :

وذهبت المالكية الى أن بيع الدين لغير من هو عليه جائز بالشيء الذي يجوز البيع بـه من عرض ان كان الدين عينا أو طعاما وجاز البيع أيضاً من عين ان كان عرضا أو طعاما اذ هو لا يباع الا بغير جنسه واشترطوا لذلك شروطا تنفي وجود الغرر .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٤٨ .

(٢) المصدر السابق ٥ : ١٨٢ ، ١٨٣ .

الأول : حضور المدين : فلا يجوز البيع مع غيبة المدين لأنه لا يدرى حاله من فقر أو غنى والثمن يختلف باختلاف حاله فيؤدي الى الجهل .

قال أصبغ في نوازله : بجواز شراء الدين على الغائب .

الثاني : اقرار المدين : فالبيع ممنوع لأنه شراء ما فيه خصومة وان كان ثابتا ببينة .

الثالث : تعجيل الثمن لأنه اذا لم يعجل في الحين كان من بيع الدين بالدين .

الرابع : ليس طعام بيع : فان كان الدين طعاما من بيع لم يجز لأنه بيع طعام بالطعام معاوضة قبل قبضه وهو ممنوع .

الخامس : بيعه بغير جنسه : فان بيع بجنسه لم يجز ، لأن الشأن في الدين أن يباع بأقل فيكون سلفاً بمنفعه ، والحاصل : أنه اذا بيع الدين بجنسه وكان الدين عينا أو طعاماً امتنع البيع مطلقا ولو بعد حلول الدين لما فيه من ربا الفضل والنساء أو رباء النساء فقط ، وكذلك ان كان الدين عرضا ان بيع بأقل قدرا أو صفة ، لأن الشيء في مثله قرض فهو سلف بمنفعة ، وان بيع بأكثر قدرا أو صفة وكان القرض من سلف فكذلك أيضاً .

السادس : أن لا يكون المشتري عدوا للمدين .

السابع : أن لا يقصد بالشراء اعناته وضرره والا رد بيعه ، واذا رد الشراء فيرجع المشتري على البائع بما دفعه له وان هلك في يده رد له عوضه . وان تعذر رده لغيبة البائع أقام الحاكم من يقبض من الدين ويدفع للمشتري .(١)

الشافعيـــة :

وذهب الشيرازي من الشافعية الى تفصيل جميل في بيع الدين وذلك : ان كان الملك عليها مستقرا كغرامة التلف وبدل القرض جاز بيعه ممن علية قبل القبض ، لأن ملكه مستقر عليه كالبيع بعد القبض .

---

(١) البهجة في شرح التحفة ٢ : ٤٧ ، وحلي المعاصم عليه والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ والخرشي ٥ : ٧٧ ، ٧٨ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٤ .

أما اذا كان الدين يباع من غير من عليه ففيه وجهان :

احدهما : يجوز بيعة باعتبار ان ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة .

الثاني : لا يجوز بيعة لعدم القدرة على تسليمه لأنه ربما منعه أو جحده ، وذلك غرر لا حاجة به اليه ، والرأي الأول أظهر ، لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه اليه من غير منع ولا جحود . وان كان الدين غير مستقر نظرت :

فإن كان الدين مسلماً فيه لم يجز بيعه لما روي أن ابن عباس رضي الله عنه سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال : آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل فكرهه ابن عباس وقال : خذ برأس المال غنماً أو علفاً ، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز .

وإن كان ثمناً في بيع ففيه قولان :

١ ــ يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم فآخذ الدنانير فقال رسول الله ﷺ : (لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شيء) . ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالبيع بعد القبض.

٢ ــ لا يجوز بيعة ، لأن ملكه غير مستقر عليه لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز وصار كالمبيع قبل القبض روى ذلك المزني في جامعه الكبير(١).

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة إلى أن بيع الدين بالدين لا يجوز وذلك بالاجماع . قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز . وقال أحمد انما هو اجماع .

ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر في قول أهل العلم ، ومنع منه ابن عباس وأبو سلمه بن عبد الرحمن وابن شبرمه وروي ذلك عن ابن مسعود ، وهذا يوافق رأي الشافعية في القول الأول فيما إذا كان الدين ثمناً في بيع .

أما إذا كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف أحمد فيه .

---

(١) المهذب للشيرازي ١ : ٢٦٩ ، ٢٧٠ ونهاية المحتاج للرملي ٤ : ٩٠ .

قال القاضي : يحتمل وجهين :

أحدهما : المنع لأن ما في الـذمة لا يستحق قبضه فكان القبض ناجـزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطاً من الثمن .

الثاني : الجواز ، لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنـه رضي بتعجيل المؤجل والصحيح الجواز اذا قضاه بسعر يومها ، ولم يجعل للمقضي فضلا لأجـل تأجيل ما في الذمة لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض فكأنه قضاء من جنس الدين (١) .

أما ابن تيمية فقال : ان بيع ما هو ثابت في الذمة ليسقط بما هو في الذمة ، ليس في تحريمه نص ولا اجماع ولا قياس ، فإن كلا منهما اشترى ما في ذمته ، وهو مقبوض له بما في ذمة الآخر كالوديعة عند الآخر . واشتراها بوديعته عندالآخر. وهذا أولى بالجواز من شراء ما في ذمة الغير .ولهذا كان الجواز في هذا خلاف مفسدة بيع الدين بالدين فان ذلك منع منه لئلا تبقى ذمة كل منهما مشغولة بغـير فائدة حصلت لا له ولا للآخر . ومعلوم أن المقصود من العقود القبض فهو عقد لم يحصل به مقصود أصلا بل هو التزام بلا فائدة ، وهنا حصلت بالبيع براءة كل منهما وهي ضد ما يحصل ببيع الدين بالدين) (٢) .

الشيعة الإمامية :

وذهبت الامامية أن بيع الدين بالدين سواء كان مؤجلا أم لا حـرام . وفي رواية أخرى : لا تبعه نسيئة واما نقداً فليبعه بما شاء ، ولو باعه الدين بعد حلوله بما هو حاضر مشخص بنحو الاشارة صح بلا خلاف ، وكذلك يصح إن باعه بمضمون حال .

وحجة من قال بالكراهة : أن الدين الممنوع عن بيعـه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً ، والمضمون عند العقد ليس بدين ، وانما يصير ديناً بعـده فلم يتحقق بيع الدين بالدين ولأنه يلزم مثله في بيعه بحال ولم يلتزموه (٣) .

وكذلك منعت الاباضية بيع الدين بالدين (٤) .

---

(١) المغنى لابن قدامة ٤ : ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ٢٣٥ .

(٣) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٤٣٥ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٤٢١ .

الرأي المختار :

وأرى أن بيع الدين بالدين إن لم يكن هناك شبهة ربا فلا أرى بأساً بذلك ، وليس معنى ذلك أنني خرجت على جميع آراء الفقهاء ، فمعاذ الله أن يكون ذلك مني إلا أن بيع الدين بالدين في نظر التجار أمر سائغ وتسهيل عليهم ، ومن جهة ثانية أن دعوى أحمد بن حنبل الاجماع إنما يكون في مثل أن يسلف اليه شيئاً مؤجلا في شيء مؤجل ، وهذا فعلا لا يجوز بالاجماع .

ومن جهة ثالثة : كون الفقهاء استندوا الى حديث (نهى عن بيع الكالىء بالكالىء) أي المؤخر وهو بيع الدين بالدين ، هذا الحديث لم يرو عن النبي ﷺ لا باسناد صحيح ولا ضعيف وانما روي في حديث منقطع ، والمنقطع لا يحتج به وأسأل الله السلامة ان كنت خالفت المسلمين فيه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

بيـــع الـدين في القانون :

تنص المادة (٣٠٣) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

(لا يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين) .(١)

فحوالة الحق في القانون يقابل بيع الدين والحوالة عن الحـــق في القانون المدني من مادة (٣٠٣) إلى مادة (٣١٤) ، فالمادة (٣٠٣) تجيز تحويل الـــدين الى أي شخص آخر ما لم يحل دون ذلك نص من القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو أن الالتزام من طبيعته لا يقبل الحوالة ولا تحتاج الحوالة الى رضاء المدين .

فالحق الشخصي أياً كان محله ، قابل في الأصل للحوالة به من دائنه الأصلي الى دائن جديد . سواء كان الحق مبلغاً من النقود وهو الغالب ، أو أن يكون محل الحق أشياء مثليه غير النقود ، أو أن يكون محل العقد عيناً معينه بالذات بشرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً ، مثال ذلك : الوعد ببيع دار ، فإن هذا الوعد يجعل للموعود له حقاً شخصياً قبل الواعد متعلقاً بهذه الدار ،فإن الموعود له يجوز له أن يتنازل عن هذا الحق لشخص آخر .

وكذلك يجوز أن يكون محل الحق عملا أو امتناعاً عن عمـــل ، فيجوز للمستأجر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ١١١ ـ ١١٤ .

أن ينتفع من العين المؤجره اذا كان دائناً للمؤجر بأن يتنازل عن حقه الى شخص آخر .

ويستثنى من المادة (٣٠٣) أن الحق الشخصي يكون غير قابل للحوالة إذا كانت طبيعته تستعصي على الانتقال من دائن الى دائن ، ويكون أيضاً غير قابل للحوالة : اذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة ، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصاً على عدم قابليته للحوالة بحكم المادة (٣٠٤) وكذلك اذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله .

ويستثنى أيضاً إذا كانت طبيعة الحق متصلة اتصالا وثيقا بشخص الدائن فلا يمكن أن ينزل عنه إلى شخص آخر كحق الدائن في النفقة وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو مطالب به الدائن أمام القضاء .

ويستثنى أيضاً بأنه قد يتفق المتعاقدان الدائن والمدين، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذي في ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين (١) .

---

(١) الوسيط ٣ : ٤٤٨ ـ ٤٦٢ .

المطلب السادس

بيع ما لا يملكه الانسان

وقد اختلف الفقهاء فيه :

فالحنفية :

قال الكاساني : المراد ببيع ما ليس عند الانسان :(بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه أو بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه)، وذلك لأن بيع ما ليس عند الانسان بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملكه وهو محال ،لأن شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون المبيع مملوكاً عند البيع فـان لم يكن مملوكاً فلا ينعقد ، وان ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة (١) .

والسرخسي قال : (ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين) وعلى هـذا عند الحنفية أن البائع إذا لم ير المبيع قط بأن ورث شيئاً فباعـــه قبل الرؤية فالبيع جائز واختلفوا في ثبوت الخيار له :

فأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه له روايتان :

الرواية الاولى : له الخيار ثم رجع وقال لا خيار له وهي الرواية الثانية .

وحجتهم في الجواز : مـــا روي ان عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة رضي الله تعالى عنه فقيل لطلحة انك قـــد غبنت فقال الخيار لي لأني اشتريت ما لم أره فذكر ذلك لعثمان رضي الله عنه فقال لي الخيار لأني بعت مـــا لم أره

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٤٦ ، ١٤٧ ، ٢٣٥ ، ١٦٣ .

فحكما جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة ومـــن أجل هذا الحديث رجع أبو حنيفة عن الرواية الاولى الى الرواية الثانية (١) .

والبابرتي من الحنفية قال : والمراد ببيع مـــا ليس عند الانسان (مـــا ليس بمرئي للمشتري) وكذلك الكمال بن الهمام قال . (المراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك) (٢) .

فتفسير البابرتي يوافق تفسير السرخسي وتفسير الكمال بن الهمام .

والخلاصة : عند الحنفيه أن بيع ما ليس عند الانسان هو بيع ما ليس في ملكه وهو باطل لفقدان شرط البيع وهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع .

المالكيـــة :

وذهبت المالكية الى أن بيع ما ليس عند الانسان حرام لا يجوز على شرط أن يكون التقدير (عليك يا بائع الشيء الذي بعته والحال أنه ليس عندك حالا أي معجلا) فإن وقع العقد على مثل هـــذا فسخ العقد وذلك لأن الأصل فيما لا يجوز الفساد ، وترد السلعة ان كانت قائمة (٣) .

وقد صور الباجي أن يبيع مـــا ليس عند الانسان ممنوع بقوله : (يجب أن يكون معيناً ويكون في ملكه فان لم يكن في ملكه فكان معيناً لـــم يصح لما فيه من الغرر لأنه لا يمكنه تخليصه واذا لم يقدر على تخليصه لم يمكنه تسليمه وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه، ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق والجمل الشارد والطائر في الهـــواء والسمك في البحر وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه) (٤) .

وقيد بعض الشيوخ قول المصنف ولا يجوز بيع ما ليس عندك بما اذا لم يكن يغلب وجوده عند البائع ، أما إذا كان يغلب وجوده عند البائع فإنـــه يجوز أن يشتريه منه على الحلول اجراء له مجرى القبض وليس سلماً كالشراء من دائم العمل كالخباز واللحام بشرط

---

(١) المبسوط ١٣ : ٧٠ ، ٧١ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .
(٢) العناية بهامش فتح القدير ، وفتح القدير ٥ : ١٣٨ والمدخل للفقة الاسلامي محمد مدكور : ٦٦٤ .
(٣) الفواكه الدواني ٢ : ١٤٨ .
(٤) المنتقى للباجي ٤ : ٢٨٦ .

وجوده عنده بأن يشرع قبل مجاوزة خمسة عشر يوماً من يوم العقد (١) .

الشافعيـــة :

اختلف الاصحاب من الشافعية في بيع ما ليس عند الانسان فقال بعضهم : أراد به أن يبيع الرجل سلعة لا يملكها بيعاً عن نفسه لا عن مالكها ثم يمضي فيبتاعها ويدفعها الى مشتريها وهذا بيع باطل لا أعلم فيه خلافاً .وعلل الشيرازي أن بيع ما لا يملكه بأنه لايقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء (٢) .

وقال آخرون : ان مرادالشافعي رضي الله تعالى عنه بقوله : ومن بيوع الغرر عندنا بيع ما ليس عندك بيع العين الغائبه على خيار الرؤية فـــإن أصح القولين من مذهبه بطلان البيع فيها لنهيه ﷺ عن بيع الغرر وبيع العين الغائبة غرر (٣) .

الحنابلـــة :

وذهبت الحنابلة الىأن بيع ما لا يملكه الانسان لا يصحإلا اذا كان موصوفاً بصفات السلم (٤) .

وابن القيم الجوزيه يعتبر هذا البيع من قسم يشبه القمار ، لأنه إذا باعـــه شيئاً معيناً وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه ويسلمه له كان متردداً بين الحصول وعدمه فكان غرراً يشبه القمار فنهى عنه ، أو لأنه قد قصد على هذا لما باعه ما ليس عنده والمشتري لايعلم أنه يبيعه ثم يشتري من غيره وأكثر الناس لو علموا ذلك لم يشتروا منه بل يذهبون ويشترون من حيث اشترى هو ، وليست هذه المخاطرة مخاطرة التجارة بل مخاطرة المستعجل بالبيع مثل القدرة على التسليم ، فـــاذا اشترى التاجر السلعة وصارت عنده ملكاً وقبضاً فحينئذ دخل خطر التجارة وباع بيع التجارة كما أحله الله بقوله (وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) والله أعلم(٥).

---

(١) الفواكه الدواني ٢ : ١٤٨ .
(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٢٦٩ .
(٣) الحاوي للماوردي ٦ : ١٧ .
(٤) مطالب أولي النهى ٣ : ٢٠ وكشاف القناع ٣ : ١٥٧ .
(٥) زاد المعاد ٤ : ٢٦٢ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ .

الزيديـــة :

فقال الامام : (هو أن تبيع السلعة ثـــم تشتريها بعد ذلك لتدفعها الى الذي بعتها ايـــاه) (١) .

وحكم بيع ما ليس عندك أنه لا يصح ، لأن المبيع غـــير متعين واعتبروه من باب بيع المعدوم ، واستدلوا أيضاً بحديث حكيم بن حـزام إلا في السم ، لترخيص النبي ﷺ ولضبطه بالوصف (٢) .

والذي يظهر أن المراد من بيع ماليس عندك : ماليس في ملكك وقدرتك وما ليس حاضرا عندك ولا غائباً في ملكك وتحت حوزتك (٣) .

والذي أراه أن بيع ماليس عند الانسان لا يجوز حـــالا كان أو مؤجلا مالم يكن من أموال السلم (مثليا) .

بيع الاستيراد في زماننا :

إن عرف التجار في زماننا يقضي بأن يحتكر زمرة من التجار استيراد السيـــارات والبضائع وحاجيات البلاد ، والتجار الصغار لم يكن لهم هذا الامتياز بالاستيراد فيشترون منهم البضائع قبل وصولها فهل هذا البيع يكون تحت هذا النهي أم يكون خارجاً عنه ؟ .

الواقع أن حكيم كان يتفاوض مع العاقد الآخر على أن يأتي له بالمبيع في الحـــال فأنصب النهي على ذلك ، أما هذا فلا يندرج تحت هذا النهي وانما يدخل تحت تأجيل المبيع وتنطبق عليه أحكامه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٣ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩١ .

(٣) وقال البغوي : النهي في هذا الحديث وارد عن بيع الاعيان التي لا يملكها ، امـــا بيع شيء موصوف في ذمته فيجوز فيه السلم بشروطه ، فلو باع شيئاً موصوفاً في ذمته عام الوجود عند المحل المشروط في البيع جاز ، وان لم يكن المبيع موجودا في ملكه حـــالة العقد كالسلم) الا ان هذا الراي يتعارض مع حديث حكيم بن حزام الا اذ لا يتـــأتى ان يكون حكيم بن حزام يبيع اشياء معينه بذاتها ثم يذهب الى السوق ويشتريها . نيل الاوطار ٥ : ١٦٤ ، ١٦٥ .

الأدلـــة :

وقد تبين من عرض المذاهب في هذه المسألة أنهم على وفاق في الحكم وسندهم على ذلك الاحاديث التالية :

١)عن حكيم بن حزام قال: (قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن المبيع ليس عندي فأبيعه منه ، ثم أبتاعه من السوق فقال : لا تبع ما ليس عندك) (١) .

٢) عن عمـــرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ولا بيع ماليس عندك (٢) .

وفي رواية له أيضاً قال : قال رسور الله ﷺ : ليس على رجل بيع فيما لايملك (٣).

وفي رواية له أيضاً : أن النبي ﷺ قال : (طلاق الا فيما تملك ولا عتق الا فيما تملك ولا وفاء نذر الا فيما تملك) (٤) .

علة المنع في هذا البيع :

الغرر لأنه باع مالا يقدر على تسليمه فلم يصح فهو كبيع الآبق والسمك في المـــاء والطير في الهواء .

بيع ملك الغير في القانون :

تنص المادة (٤٦٦) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ ــ (اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ، ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل).

---

(١) رواه الخمسة . واخرجه ابن حبان في صحيحه . وقال الترمذي حسن صحيح وفي بعض طرق هذا الحديث عبد الله بن عصمه قـــال عند عبد الحق انه ضعيف جدا ونقل عن ابن حزم انه مجهول . قال الحافظ وهو جرح مردود . نيل الاوطار ٥ : ١٦٤ والنسائي : ٧ : ٢٥٤ .

(٢) سنن النسائي ٧ : ٢٥٤ .

(٣) سنن النسائي ٧ : ٢٥٤ .

(٤) حديث حسن صحيح رواه ابو داود والترمذي وابن مـــاجه وغيرهم من طرق كثيرة بـــاسانيد حسنه ومجموعهـــا يرتفع عن كونه حسنـــا ويقتضي أنه صحيح وقـــال الترمذي هو حديث حسن وانظر المجموع ٩ : ٢٨٦ .

٢ ــ (وفي كل حــال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعه ولو أجــاز المشتري العقد) .

وتنص المادة (٤٦٧) على ما يأتي :

١ ــ (اذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحا في حق المشتري)

٢ ــ (وكذلك ينقلب العقد صحيحــا في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد) .

وتنص المادة (٤٦٨) على ما يأتي :

(اذا حكم للمشتري بابطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبــائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (١).

فمن هذه النصوص القانونية نرى أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه عقد قابل للابطال لمصلحة المشتري .

أما بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل لم يكن بيعا لملك الغير ، كما اذا باع شخص مائة أردب من القمح أو باع شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل حتى ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع لأن المبيع لم يعين بذاته .

وكذلك اذا تعهد انسان عن آخر مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر فلا يعتبر بائعاً ملك الغير لأنه انما تعهد عن المالك في أن يبيع فيكون تعهدا عن الغير . وكذلك اذا علق البائع بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبــائع على شرط أن يملك المبيع ، فان البائع في هذه الحالة لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاما باتا وانما علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع وليس هذا بيع ملك الغير .

وكذلك لا يدخل تحت بيع ملك الغير بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط لأنه لم يبع ملك غيره بل باع ملك نفسه وان كان هذا الملك غير بــات ، وكذلك بيع الشيء الشائع وبيع الوارث الظاهر (٢) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ : ١٨٣ ــ ١٨٤ ــ ١٨٦ ــ ١٨٨ .

(٢) الوسيط ٤ : ٢٦٩ ــ ٢٧٥ .

وبيع ملك الغير في التقنين المصري بيع قابل للابطال (١) والاستـــاذ سليمان مرقس يرى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحـــالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع ، وهذ مـــا يتعارض مع نصوص التقنين المدني المصري ، وهي نصوص صريحة واضحة وقاطعه في أن بيع ملك الغير قابل للابطال لا باطل بطلانامطلقا.

---

(١) انظر النظريات التقليدية لبطلان بيع ملك الغير . الوسيط ٥ : ٢٧٦ ـ ٢٧٩ .

المطلب السابع

بيع ما لم يقبض

المراد من القبض وما يشترط فيه :

والقبض يكون بأحد أمرين عند الحنفية :

الأول بالتخليه اذا كان المبيع عقاراً وذلك بأن يخلي البائع بين المشتري وبين المبيع لكي يتمكن من التصرف فيه على الوجه الذي يريده من بيع واجاره وهبة وما أشبه ذلك . لأن القبض ورد به الشرع واطلقه فحمل هذا الاطلاق على العرف (١) .

الثاني : اذا كان المبيع مما ينقل فالقبض يكون بحقيقة القبض أو يكون بالتخلية كما في العقار (٢) الا أن يكون مكيلا أو موزوناً ونحوهما فان قبضه يكون باستيفاءقدره(٣).

والمالكية : فمعروف عندهم أن العقـــار يكون بالتخليه وكذلك ان كان المنقول جزافا، أما المقدر فاستيفاء قدره ، وان كان المبيع حيوانا أو ثيـــابا أو دراهم فمرد ذلك عندهم الى العرف (٤) .

والشافعية : فمرد ذلك الى العرف عندهم الا انهم يقسمونه ثلاثة أقسام :

أ ــ العقار والثمر على الشجره يكون قبضه بالتخليه .

ب ــ وما ينقل عادة كالاخشاب والحبوب ونحوها فقبضه انمـــا يكون بالنقل الى مكان لا يكون مختصا بالبائع سواء نقله الى ملك المشتري أو مسجد وهنـــاك رأي آخر

---

(١) شهاب الدين على الزيلعي ٤ : ٧٩ .

(٢) المصدر السابق ٤ : ٧٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ١٤٩ .

(٤) المنتقى للباجي ٤ : ٢٧٩ ــ ٢٨٣ .

للخراسانيين انه يكفي فيه التخليه .

ج ــ ما يتناول باليد كالكتاب والساعة والإناء وغير ذلك فقبضه بالتناول بلا خلاف(١).

والحنابلة : وقبض كل شي بحسبه . فان كان مكيلا أو موزونا فقبضة بكيله ووزنه وان كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد كالشافعيه وان كان ثيابا فقبضها نقلها وان كان حيوانا فقبضه مشيته من مكانه .

وان كان ممالا ينقل ويحول فقبضه بالتخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه .

وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية : أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار .

والأظهر أن القبض عند الحنابلة كالشافعية مرده الى العرف لأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف والعادة في قبض المبيعات ما ذكرنا (٢) .

والشيعة الإماميه القبض عندهم الذي لا ينقل كالعقار بالتخلية وكذا فيما ينقل ، وقيل في القماش هو الامساك باليد وفي الحيوان نقله وبهذا يكون كالشافعية .

والزيدية : لا يفرقون بين المنقول وغير المنقول بالقبض فالكل عنـــدهم انما يكون بالتخلية (٣) .

والاباضية : يختلف القبض في المبيع باختلاف المبيعات .

فالأصول والعروض التي لا توزن ولا تكال ولا تقدر بنحو ذراع . والجزاف أي مبيع الجزاف فالقبض فيهن بمجرد العقد والتخلية بين المبيع والمشترى واحاطة علم بها أي بجملة ما ذكر من الأصول والعروض والجزاف .

أما المكيل فقبضه استيفاء بكيل والموزون يستوفى بوزن ومعدود يقبض بالعد ومذروع بالذرع ، مع التخلية بعد الكيل والوزن والعد والذرع .

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٠١ .
(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٨٥ .
(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٦٩ .

أمـــا العروض التي لا توزن ولا تكال وليست تباع بالعد فالقبض فيهـــا بالتخلية كالحيوان .

وما لم يحتج لوزن أو كيل أو عد من الدراهم والدنانير وسائر السكات بـأن يكون التبايع بدينار أو دينارين أو نحوهما من العد القليل الذي يتبين بمجرد النظر اليه بسرعةفاذا وضع المشتري له درهما امامه ولا مانع بينهما كان كمن خلى بينه وبين سائر العروض وقيل : لا بد من القبض باليد في غير الأصول وكذا في الدابة النفور (١) .

والظاهرية : والقبض عندهم فيما عدا القمح بأن يطلق يده عليه أي بأن لا يحال بينه وبينه . اما بيع الجزاف من القمح فلا بد مـن القبض كالسابق ، وحتى ينقله من موضعه الذي هو فيه الى مكان آخر قريب ، وأما في القمح اذا اشتراه بالكيل فالقبض فيـــه أن يكتاله لنفسه ثم يكتاله الذي يشتريه منه (٢) .

رأينـــا :

مما مر من الآراء المختلفة للمذاهب في ما يعتبر قبضا للمبيع أرى أن القبض في العقـــار التخلية كالحنفية وما كان منقولا فنصرفه الى العرف كما هو عند الشافعية والحنابلة والمالكية، والجزاف يكون قبضه بنقله من مكانه وهو مذهب الحنابلة . واما ما كان مقدراً بكيل أو وزن فبكيله ووزنه وذلك لما وردت به الاحاديث الصحيحة والله سبحانه وتعالى أعلم .

ما يشترط فيـــه القبض :

ذكر ابن رشد الحفيد ملخصا مفيدا في هذا المضمار وهو :

١ ــ أبو حنيفة : القبض شرط عنده في كل مبيع ما عدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار .

٢ ــ مالك : اجاز ما بيع قبل القبض سوى الطعام ، واما الطعام الربوي فـلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وغير الربوي في روايتان : المنع وبها قال أحمد مع اشتراط الطعم الكيل والوزن ، والثانية الجواز .

---

(١) شرح النيل ٤ : ٣٦ ــ ٣٧ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٥١٨ ــ ٥٢٣ .

٣ ـ الشافعي : القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال النووي .

٤ ـ ابو عبيدة واسحاق : كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فالقبض عندهم يكون في المكيل والموزون :

٥ ـ ابن حبيب وعبد العزيز بن ابو سلمه وربيعة : زادوا مع الكيل والوزن والمعدود، بهذا يكون شرط القبض فيه سبعة أقوال :

أ) في الطعام الربوي فقط
ب) في الطعام باطلاق .
ج) في الطعام المكيل والموزون
د) في كل شيء ينقل .
هـ) في كل شيء
و) في المكيل والموزون .
ز) في الكيل والموزون والمعدود (١) .

العقود التي يعتبر القبض فيها شرطا والعقود التي لا يعتبر القبض فيها :

الحنفيـــة :

علمنا مما سبق أن الاصل عند الحنفية : أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة اذا كانت عينـــا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا فهذه المسائل لا يجوز بيعها ولا أن يشرك غيره . وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد .

قال أبو يوسف : يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات اذا كان عينا لأن البيع أسرع نفاذا من الهبة بدليل أن الشيوع في البيع يصح، بينما الشيوع في الهبة لا يصح اذا كان الموهوب مما يحتمل القسمة ، وكذلك فإن هذه التصرفات تنبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع الملك فكان قاصراً في حق اطلاق التصرف (٢) .

وقال محمد : كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض جائز قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه، وعلل محمد ذلك : أن تمام العقد لا يكون الا بالقبض

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٥٦ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢٦٥ وابن عابدين ٥ . ١٤٩ والبحر الرائق ٦ : ١٢٧ وغنية ذوي الاحكام في بغية درر الحكـــام بهامش درر الحكام ٢ : ١٨٣ والمبسوط ١٣ : ٨ ومجمـــع الانهر ٢ : ٧٩ والزيلعي ٤ : ٨٠ .

والمانع زائل غير موجودعند ذلك بخلافالبيع والاجارة فانه يلزم بنفسة وقاس المسألةعلى هبة الدين لغير من عليه الدين فان هذه الهبة تجوز اذا سلطه على قبضه .

أما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز لأن الغرر لا يمنع جـــواز صحته لصحة زواج الآبق والوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقاً لانها اخت الميرات .

أما لو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع : مثل رأي أبي يوسف انفسخ النكاح وهـو المختار (١) .

المالكيـــة :

فقد قسم المالكية العقود الى قسمين :

١) قسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقاتفيجوز بيعها قبلقبضها لأنها ليست من عقود المعاوضة ولا يتصور فيها معنى العينة التيلها معنى بيع الطعام قبل استيفائه (٢) .

٢) قسم يكون بمعاوضة وينقسم الى ثلاثة أقسام :

أ ــ يختص بالمغابنة والمكايسة كالبيع والاجارةوالمهر والصلح والمالالمضمون بالتعدي قال القاضي أبو محمد : فهذه كلها تجري مجرى البيع فلا يجوز بيعها قبل القبضلئلا يتوصل أهل العينة بذلك الى بيع دنانير بأكثر منها (٣) .

ب ــ ما يقع على وجه المغابنة ويصح أن يقع على وجه الرفق كالاقالة والشركة والتولية . فان وقع على وجه الرفق فانة يصح البيع قبل القبض من غير أن تكون الاقالـة أو التولية بزيادة أو نقصان فان وجدت الزيادة أو النقصان خرج عن وجه الرفق الى البيع الذي لا يجوز .

جـ ــ قسم يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض فلا خلاف عندالمالكية أن القبض ليس شرطا في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضة .

---

(١) البحر الرائق ٦ : ١٢٧ وغنية ذوي الاحكام في بغية درر الحكام بهامش درر الحكام ٢ : ١٨٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٧ والمنتقى ٤ : ٢٨٠ ــ ٢٨٢ .

(٣) يريد صاحب العينه ان يدفع دنانير في أكثر منها نقداً أو الى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل الى مطلوبه بان يذكر بالعقد حنطة بدينار ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولاقصد لبيعه ولا لابتياعه . المنتقي ٤ : ٢٨٠ .

الشافعيـــة :

لا يجوز بيع مالم يقيض في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والصداق لأنـة ربما هلك المبيع فانفسخ العقد ولا يجوز جعله عوضاً في صلح ولا اسلامه في شيء ولا التولية فيه ولا الاشتراك .

أما العتق ففيه وجهان : أنه لا يجوز ، والثاني أنه يجوز لأن له سراية فصح .

وأما ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية أو عاد اليه بفسخ عقد فأنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض لأن ملكه عليه مستقر فيجوز ان يتصرف فيـــه كما لو تصرف في المبيع قبل قبضه .

أما الاجارة : اصحها عند الشافعية لا يصح لانها بيع .

واما تزويج المبيعة قبل قبضها : ففيه ثلاثة أوجه .

أصحها : صحته وبه قطع صاحب البيان .

الثاني : البطلان .

والثالث : ان لم يكن للبائع من الحبس صح والا فلا .

اما الأرز فله بيعه قبل قبضه الا اذا كان الموروث لا يملك بيعـــه أيضا كأن يكون الموروث اشتراه ومات ولم يقبضه .

أرزاق السلطان :

وهى الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس فقـــد روى صاحب التلخيص عن نص الشافعي رحمه الله أنه يجوز بيعها قبل القبض .

ومن أصحاب الشافعية من قال : يجوز بيعها اذا أفرزه السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المقر له ويكفي ذلك لصحة البيع .

ومن الأصحاب : من فسر نص الشافعي رحمه الله على مـــا اذا وكل وكيلا في قبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل وان لم يكن كذلك فهو بيع شيء غير مملوك ، وبهذا الرأي

قطع القفال ،يعني بعدم الاكتفاء لا بالتأويل المذكور . والله سبحانه وتعالى أعلم (١) .

الحنابلـــة :

الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع الطعام قبل قبضه) فيفهم من هذا ان بيع ما سواه قبل قبضه مباح (٢) .

والطعام في ذاك الوقت كان مستعملا غالبا فيما يكال ويـــوزن وقيس عليهما المعدود والمذروع لاحتياجهما لحق توفيه ، فلا يصح التصرف فيه باجارة ولا هبة ولو بلا عوض ولا رهن ولو بعد قبض ثمنه ولا الحوالة عليه حتى يقبضه قياساً على البيع .

أما العتق فيصح كما في أحد وجهي الشافعية ويصح أيضاً جعله مهراً ويصح الخلع عليه لاغتفار الغرر اليسير فيهما . وتصح الوصية به لانها ملحقة بالارث (٣) .

الشيعة الاماميـــة :

وخص بعضهم أن المبيع اذا كان مما يكال أو يوزن لا يجوز بيعـــه وآخرون جعلوا التخصيص بالطعام فقط ، والرأي الراجح عندهم هو التحريم في الأمرين وما عدا ذلك فانه يجوز (٤) .

والزيديـــة :

قالوا ان المنهي عنه هو الطعام حتى يستوفى محتجـــين بحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما (٥) .

الظاهريـة :

وترى الظاهرية أن القمح لا يحل بيعه قبل قبضه بأي وجه ملكه من بيع أو هبـة أو صدقة أو أجارة أو ارث أو سلم أو قرض .

---

(١) المجموع ٩ : ٢٨٧ — ٢٩٠ والمهذب : ١ : ٢٧٠ .
(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٨٣ .
(٣) كشاف القناع ٣ : ٢٤١ .
(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبعة النجف الأشرف ٣ : ٤٢١ ، ٥٢٨ .
(٥) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٤ .

أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ أن يباع حتى يقبض فهو الطعام فهذا تخصيص للطعام في البيع خاصة فبيعه لا يجوز بأي وجه ملك . أما غير الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه اذا ملك بالشراء خاصة لحديث حكيم بن حزام (يا رسول الله اني رجل أشتري هذه البيوع فما يحل لي منها مما يحرم علي ؟ قال : يا ابن أخي اذا ابتعت بيعا فلا تبعة حتى تقبضه) فهذا يدل على أن البيع اذا ملك بطريق الشراء لا يجوز له بيعه حتى يقبضه والله تعالى أعلم (١) .

علة منع هذا البيع :

وعلل الحنفية منع هذا البيع بأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك أي على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض وبذلك يكون قد تبين أنه باع ملك الغير بغير اذنه وهو مفسد للعقد (٢) وذلك لأنه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول فينفسخ البيع الثاني لأنه بناه على العقد الاول والرسول ﷺ نهى عن بيع فيه غرر (٣) .

أما بيع العقار فلا غرر فيه لانه لا يخشى هلاكه قبل قبضه من بائعه لندرة هلاك العقار حتى لو كان علوا أو على شط نهر ونحوه (٤) .

والمالكية يعللون منع بيع الطعام قبل قبضه على أساس سد الذريعة خوفاً من توصل أهل العينة الى الربا ، قال الباجي : (ان صاحب العينة يريد أن يدفع دنانير في أكثر منها نقدا أو الى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل اليه بأن يذكر حنطة بدينار ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد ولا سيما في بلاد العرب ، وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثيرا لمعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته ووجود اكثر الناس له منع ذلك فيها وشرط في صحة توالي البيع فيها خلال القبض والاستيفاء لأن ذلك نهاية التبايع فيها واتمام العقد ولزومه ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات لأنه لم يتكرر مقابل أهل العينة بها لأن ثمنها يخفى في

---

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٢١ .

(٢) الهداية وفتح القدير والعناية ٥ : ٢٦٥ ومجمع الانهر والدر المنتقى ٢ : ٧٩ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٨٠ .

(٤) تنوير الابصار ٥ : ١٤٧ .

الاغلب ويقل مشتريها) (١).

والشافعية عللت منع بيع المبيع قبل قبضه كما يقول الشيرازي : (ولا يجوز بيع مالم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والاجارة والصداق وما اشبهها من المعاوضات قبل القبض لما روى أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله اني أبيع بيوعا كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم قال لا تبع مالم تقبضه ، ولأن ملكه عليه غير مستقر لانه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك غرر في غير حاجة فلم يجز) (٢) .

والحنابلة يعللون منع بيع المبيع قبل القبض كالحنفية بأن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه ، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع ، لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزا من الغرر وما يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع(٣)

وابن تيمية يعلل منع المبيع قبل قبضه بعدم القدرة على التسليم وذلك لأن البائع الأول اذا رأى البائع الثاني قد ربح قد يسلمه وقد لا يسلمه، عندئذ يسعى البائع الاول في رد عقد البيع اما بأن يجحد أو بأن يحتال في الفسخ (٤) .

وعللت الشيعة الزيدية ضعف الملك قبله فلا بيع ولا هبة .

وبعضهم علل : بان العلة توالي الضمانين : ضمان البائع وضمان المشتري فيتلف من مالها فيكون ملكا بين مالكين وهو ممتنع (٥) .

والواقع أن علة منع بيع المبيع قبل قبضه انما يكمن في عدم القدرة على التسليم وهذا رأي الأئمة الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة وأن عدم القدرة سببها عندهم احتمال هلاك المبيع كما رأينا .

اما ابن تيميه فقد صرح بها وهو احتمال عدم تسليم البائع الأول للثاني اذا رأى أنه ربح في بيعه، والشيعة الزيدية عللوا عدم القدرة بضعف الملك. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) المنتقى ٤ : ٢٨٠ وبداية المجتهد : ٢ : ١٧٥ .
(٢) المهذب ١ : ٢٦٩ .
(٣) المغني لابن قدامه ٤ : ٨٧ .
(٤) الاختيارات العلمية لابن تيمية مع الفتاوى : ٧٥ .
(٥) البحر الزخار ٣ : ٣١٢ .

حكم بيع مالم يقبض :

المبيع إما أن يكون عقارا أو منقولا .

أولا ـ حكم بيع العقار :

فالفقهاء على رأيين :

الأول : المانعون لبيع العقار قبل قبضه وهم : محمد بن الحسن الشيباني والشافعي رضي الله تعالى عنهما والزيدية والظاهرية وعلل محمد المنع بمقتضى نهي الحديث عن بيع مالم يقبض وقياسا على المنقول وعلى الاجارة (١) .

وقال زفر : القياس لا يجوز بيع العقار قبل القبض . وكون النهي انما يقتضي بعمومه ما يشمل المنقول والعقار جميعا ، ولأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لأن عدم القبض موجود فيهما جميعا ؛ ولأن المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهي عنه شرعا ، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض كما في المنقول لأنه لم يدخل في ضمانه ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض ولأنه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول (٢) .

أما الشافعية : فذهبت الى أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقارا كان أو منقولا لا باذن البائع ولا بغير اذنه لا قبل اداء الثمن ولا بعده (٣) .

وذكر أصحاب الشافعي رحمهم الله لتعليله سببين :

أحدهما : أن الملك قبل قبض المبيع ضعيف وذلك لأن المبيع من ضمان البائع لا من ضمان المشتري ولو حصل فسخ للبيع يكون على البائع فلو تلف المبيع قبل القبض فلا يفيد ولاية التصرف للمشتري .

الثاني : أنه لا يتوالى ضمانا عقدين في شيء واحد ، ولو نفذنا البيع من المشتري لأفضى الأمر إليه لأن المبيع مضمون على البائع للمشتري ، واذا نفذ المبيع من البائع صار مضمونا عليه للمشترى الثاني .

---

(١) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ وابن عابدين ٥ : ١٤٧ وفتح القدير ٥ : ٢٦٥ .

(٢) الزيلعي ٤ : ٧٩ ، ٨٠ وحاشية شهاب الدين احمد شلبي عليه .

(٣) المجموع ٩ : ٢٨٨ وفتح العزيز بهامش المجموع ٨ : ٤١٣ .

وبذلك يكون الشيء الواحد مضمونا له وعليه في عقدين والاعتماد على الاخبار ، والا فللمعترض أن يقول : (تعنون بضعف الملك الانفساخ لو فرض تلف أو شيء آخر ان عينتم شيئـاً آخر فهو ممنوع وان عينتم الاول فلم قلتم ان هذا القدر يمنع صحة البيع وأما الثاني فلا يعرف لكون المبيع من ضمانه معنى سوى أنه لو تلف ينفسخ البيع ويسقط الثمن فلا يجوز ان يصح البيع) (١) .

وذهبت الزيدية الى منع بيع العقار قبل القبض وعللوا بـأن ما يبطل العقد بتلفه حرم بيعه قبل قبضه والهلاك ممكن بسيل ونحوه عللوا ذلك ضعف الملك قبله كما ذهبت الشافعية، وتولي الضمانين : ضمان البائع وضمان المشتري فيتلف من مالهما فيكون ملكـا بين مالكين وهو ممتنع (٢) وقال زيد بن علي : : تحريم بيع مالم يقبض مطلقا سواء كان طعاماً أو دورا أو عقارا أو غيرها (٣) .

وذهبت الظـاهرية الى أن بيع العقار قبل القبض ممنوع لأن عندهم من ابتاع أى شيء كان مما يحل بيعه لا يحل له أن يبيعه حتى يقبضه وقبضه له هو أن يطلق يده عليه بأن لا يحال بينه وبينه (٤) .

المجوزون لبيع العقار :

ومن صحح بيع العقار قبل قبضه أبو حنيفه وأبو يوسف ومالك وأحمد .

فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمها الله يجوز بيع العقـار قبل القبض لأن ركن البيع صدر من أهله لكونه بالغا عاقلا غير محجور علية في محل البيع باعتبار أنه مملوك له وذلك يقتضي الجواز (٥) ، وايضاً فان بيع العقـار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض لأن المطلق للتصرف الملك دون اليد بدليل أنه لو باع ملكه وهو في يد مودع أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائز ا الا أنه اذا بقى في الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف كالمنقول .

---

(١) فتح العزيز ٨ : ٤١٥ – ٤١٦ :
(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩١ ، ٣١٢ ، ٣١١ .
(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٣ .
(٤) المحلى لابن حزم ٨ : ٥١٨ .
(٥) العناية ٥ : ٢٦٥ .

(أما العقار قبل القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقـاق لأنه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفاء الغرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتفـاء الغرر اذا تصور سببه ولم يعمل . وانما يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقـاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه) (١) .

وقد عبر في بيع العقار قبل قبضه بالصحة دون النفاذ أو اللزوم لانهما موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع وان لم يكن نقد للثمن ولا رضى للبائع فللبائع ابطال البيع ،وعلى هذا كل تصرف بقبل القبض اذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير اذن البائع فللبائع ابطاله بخلاف مالا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد (٢) .

والمالكية يذهبون الى تجويز بيع ما سوى الطعام قبل القبض عقارا كان أو منقولا مكيلا أو غير مكيل (٣) .

وذهبت الحنابلة الى أن بيع العقار يجوز قبل القبض قال ابن قدامة : (الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه) (٤) .

وعلى هذا فاذا ما باع العقـار قبل قبضه يكون قد تصرف فيما ملكه والتصرف فيما يملكه يجوز ولا أجد أحدا منعه .

ثانيـا : بيع المنقول قبل قبضة :

اختلف الفقهاء على رأيين : المانعون له والمجوزون له .

أ ـ المانعون لبيع المنقول:

الحنفية والظاهرية والزيدية والشافعية والمالكية والحنابـلة على تفصيـل في بعض المذاهب :

الحنفيـة :

وذهبت الحنفية الى أن بيع المنقول لا يجوز قبل القبض لوجود النهي ولأن في المنقول

---

(١) المبسوط ١٣ : ٩ ، ١٠ والزيلعي ٤ : ٨٠ وفتح القدير ٥ : ٢٦٤ والعناية على الهداية .
(٢) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ وابن عابدين ٥ : ١٤٧ .
(٣) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥ والقوانين الفقهيه : لابن جزيء ٣٤١ .
(٤) المغني لابن قدامه ٤ : ٨٢ .

غرر انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين أنه بـــاع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد (١) .

وقد الحقوا بالبيع غيره فلا تجوز اجارته ولا هبته ولا التصدق به خلافاً لمحمد رحمه الله في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك .

ولمحمد رحمة الله : (أن هبة المال والتصدق به واقراضه من غير البائع جائز عنده وهو الأصح والأصل في ذلك : أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه ، ويكون ذلك في المبيع والأجرة اذا كـــانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك .

ومما لا ينفسخ العقد بهلاك العوض فالتصرف فيـــه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عيناً يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه (٢) .

والمنقول عند الحنفية يشمل الطعام وغيره لأن النهي في الحديث عن بيع ما لم يقبض وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل،وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ، كيف وراوي هذا الحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وقال بعد روايته وأحسب كل شيء مثله (٣) .

المالكيـــة :

وذهبت المالكية الى منع بيع المنقول قبل القبض في الطعام خاصة حتى أنهم قالـوا اجمع العلماء على ذلك الا ما يحكى عن عثمان البتي . ومستندالاجماع ثبوت النهي عن رسول

---

(١) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ والزيلعي ٤ : ٨٠ وابن عابدين ٥ : ١٢٧ والهداية وفتح القدير ٥ : ٢٦٥ ومجمع الانهر ٢ : ٧٩ والملتقى عليه ٧٩ والمبسوط ١٣ : ٨ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ والزيلعي ٤ : ٨٠ وابن عابدين ٥ : ١٤٨ وفتح القدير ٥ : ٢٦٥ لأنه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الاول فينفسخ الثاني لانه بناه على الأول .

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣ : ٨ .

الله ﷺ من حديث مـــالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه) .

الا أن المالكية اختلفوا في هذه المسألة في ثلاثة مواضع :

أحدها : فيما يشترط قبة القبض من المبيعات .

الثـــاني : في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط .

الثالث : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافاً (١) .

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافاً فان مالكاً رحمه الله رخص فيه وأجازه به قال الأوزاعي ، وذلك الجزاف ليس فية حق توفية فالجزاف عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد (٢) . وعلى ذلك فيجوز بيع الجزاف قبل نقله من مكانه .

أما غير الجزاف فالمطعوم على قسمين :

١ ــ قسم يجري فيه الربا فهذا لا يجوز بيعه قبل استيفائه .

٢ ــ قسم لا يجري فيه الربا وفيه روايتان عن مالك.

أ) أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه وهو المشهور من المذهب لقول النبي ﷺ من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه .

ب) وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز بيعه قبل قبضه لأن ما لا يجوز فيه التفاضل نقدا فانه لا يحرم بيعه قبل قبضه وصار كغير المطعوم .

أما المعدود فلا يجوز بيعه حتى يقبضه .

أما المنقول غير المطعوم فمذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعوم ولا تعلق له به سواء كان مكيلا أو موزوناً أو غير مكيل ولا موزون .

قال عبد العزيز بن أبي سلمه وربيعة ويحيى بن سعيد : أن كل ما بيع على كيل أو

---

(١) انظر موضعها في كتابنا .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٥ ــ ١٥٨ .

وزن أو عدد مطعوماً كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعـــه قبل قبضه واختار هذا الرأي ابن حبيب (١) .

الشافعيـــة :

وذهبت الشافعية الى عدم جواز بيع المنقول قبل القبض كما في غير المنقول ،سواء كان طعاماً أوغيره عقاراً كان أومنقولا ،لا باذن البائع ولا بغير اذنه ،لا قبل أداء الثمن ولا بعده(٢)

الحنابـــلة :

وذهبت الحنابلة الى أن كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، ومـا ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ،وهذا ظـاهر كلام أحمد ونحوه قول اسحق . وعثمان ابن عفان ،وسعيد بن المسيب ،والحسن،والحكم ،وحماد بن أبي سليمان .

قال القاضي وأصحابه : (المراد بالمكيل والموزون والمعدود مـــا ليس بمتعين منه كالقفيز من صبرة) .

وأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل) .

ونقل عن أحمد رحمه الله : بأن الطعام خاصة هو الذي لا يدخل في ضمـــان المشتري حتى يقبضه ، سواء كان مكيلا أو موزوناً أو لم يكن .

وروى الترمذي عن أحمد بأنه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه .

وروى ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعـه قبل قبضه هو الطعام ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه)ومفهوم هذا الحديث: إباحـــة بيع ما سواه قبل قبضه .

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه وهذا القول يدل على تعميم المنع في كل طعام .

وقال الخرقي : ان الطعام المنهى عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا

---

(١) المنتقى شرح الموطأ ٤ : ٢٧٩ ، ٢٨٠ وبداية المجتهد ٢ : ١٥٥ ، ١٥٦ .

(٢) المجموع ٩ : ٢٨٨ ، ٢٩٥ .

أو موزونا أو معدوداً فتعلق الحكم بذلك ، ويحتمل أنه أراد بالمكيل والموزون والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه (١) .

فالروايات عن الحنابلة مضطربة والذي أراه أن أصح الروايات عندهم أن ما عدا المكيل والموزون والمعدود من الطعام يجوز بيعه قبل قبضه ، أما من الطعام فلا يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم .

الشيعة الزيديـــة :

وذهبت الشيعة الزيدية الى أنه لا يصح أن يتصرف المشتري ببيع أو هبة أو اجارة أو نحوها في المبيع قبل قبضه ما لم يكن التصرف استهلاكا كالعتق ونحوه (٢) .

ويحرم فيما ينقل فقط ، لأن حديث حكيم بن حزام وارد فيه الا أن الظاهر عندهم هو عموم ما ينقل سواء كان في المكيل والموزون والمعدود والمذروع لقـــول النبي ﷺ (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه) وقيس عليه الثلاثة وعلة التحريم عندهم خشية تلفـــه قبل قبضه (٣) .

الاباضيـة :

وذهبت الاباضية الى أنه لا يجوز بيع شيء يكال أو يوزن اذا اشترى حتى يقبض . واستدلوا بما روي عن رسول الله ﷺ (نهى عن بيع ما ليس عندك ، ونهى عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن) ، وهذان النهيان أعم من النهي عن بيع الطعام قبل قبضه فاذا باع أحد ما لم يقبض فقد ارتكب النهي سواء ربح أم لم يربح .

وكل من بيع ما لم تقبض وربح مالم تضمن منهي عنه ، فهو لا يجوز من كل ما كان في ذمة الغير من دين وسلم وقرض واجارة وصداق وغير ذلك (٤) .

أما ما خص به الطعام فقط وورد النهي عنه وتعلقوا به ،فقد أجاب ابن اطفيش عن هذا النهي بأنه : نهي مقيد بل للجهل بعدم تعيينه وعدم تملكه :

---

(١) المغني لابن قدامه ٤ : ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٦ .

(٢) التاج المذهب ٣ : ٣٢٠ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣١١ ، ٣١٢ والروض النضير ٣ : ٢٤٤ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٣٤ .

وقيل لأن للشرع غرضا في ظهوره لينتفع به الكيال والجمال ويظهر للفقراء وتقوى نفوس الناس به . هذا التعبير على حد قولهم ، الا أن هذا راي لا يقوم بـــه فائدة ، لأن النهي انما ورد عن بيع الطعام قبل قبضه مما يدل على بطلانه وليس لغرض الشرع هنافائدة.

وزعم بعضهم : أنه يجوز بيع الطعام قبل قبضه ان كان في ذمة أحد ، وذلك كأن يكون بقرض أو هبة أو صدقة أو نحو ذلك ممـــا ليس شراء ، لأن المذكور في الحديث خاص بالشراء .

ويجوز أيضا عندهم لمن اقترضه أن يبيعه قبل قبضه وكذلك يجوز عندهم بيع البزر الذي لا يعتصر منه الزيت قبل أن يستوفى كبزر القثاء وغيره .

والحق أن ذلك كله لا يباع قبل القبض ، لأن الحديث الذي ذكر فيه الطعام الناجم عن شراء إلا أن النهي جاء من حديث آخر عن بيع كل ما لم يقبض سواء كان طعاماً أم لا ، وسواء كان من شراء أم لا والله أعلم . (١)

الظاهريـــة :

وذهبت الظاهرية الى أن بيع المنقول لا يجوز وخاصة القمح فإن بيعه لا يصح سواء كان جزافاً أو غير جزاف حتى ينقله من موضعه الذي هوفيه الى مكان آخر قريب ملاصق أو بعيد ، فإن اشتراه بكيل لا يحل له بيعه حتى يكتالـــه فإذا اكتاله حل له بيعه وإن لم ينقله عن موضعه ، حتى لو اكتاله البائع لنفسه بحضرته وهو يراه ويشاهد فلا بد من أن يكتاله المشتري لنفسه ، وذلك لنهي النبي ﷺ عـــن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان) (٢) .

المجوزون لبيع المنقول :

والمجوزون لبيع المنقول هم : المالكية فقط ما عدا الطعام .

فقد روى ابن القاسم عن مالك من جواز بيع الثمار على رؤوس النخل لمن اشتراها قبل أن يجدها (٣) .

---

(١) شرح النيل ٤ : ٣٤ .
(٢) المحلى لإبن حزم ٨ : ٥١٨ ، ٥٢٣ .
(٣) المنتقى للباجي ٤ : ٢٨٤ .

وأرى أن بيع المنقول لا يجوز قبل القبض إلا بعد أن يقبض كما هو رأي الجمهور ولا أرى له مخالفاً حتى لو عدنا لرأي مالك لوجدنا أن المنقول عنده المراد به الطعام ولم يتصوره في غيره لكثرة الاستعمال في ذلك الزمن والله أعلم .

الأدلة : وقد استدلوا بالأحاديث التالية :

١) عن حكيم بن حزام : قال : (قلت يا رسول الله اني أشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟ قال : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه) (١) .

٢) وعن زيد بن ثابت: (أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم) (٢) .

٣) عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه قال ابن عباس وأحسب كل شيء مثله) (٣) .

وفي رواية له : قال رسول الله ﷺ (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه قال ابن عباس وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام) (٤) .

وفي رواية له أيضاً : قال : قال رسول الله ﷺ (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتاله فقلت لابن عباس لم ؟ فقال ألا تراهم يتبايعون بالذهب والطعام مرجأ ولم يقل أبو كريب مرجأ) (٥) .

٤) عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه (٦) .
وفي رواية له : قال كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه (٧) .

---

(١) رواه أحمد . انظر نيل الأوطار ٥ : ١٦٧ .
(٢) أخرجه أبو داود والدارقطني . انظر نيل الأوطار ٥ : ١٦٧ .
(٣) صحيح مسلم ١٠ : ٢٦٨ .
(٤) المصدر السابق ١٠ : ١٦٨ – ١٦٩ .
(٥) المصدر السابق ١٠ : ١٦٩ .
(٦) المصدر السابق : ١٦٩ .
(٧) المصدر السابق ١٧٠ .

وفي رواية له أيضاً قال : أن رسول الله ﷺ قال: (من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه قال وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه (١) .

وفي رواية له أيضاً أن رسول الله ﷺ قال : من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه ويقبضه) (٢) .

وفي رواية له أيضاً أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ اذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه (٣) .

وفي رواية له ايضاً : قال (كانوا يبتاعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه) رواه الجماعة الا الترمذي وابن ماجة (٤) .

٥) عن عبدالله بن دينار أنه سمع ابن عمر قال :قال رسول الله ﷺ من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه (٥)

٦) عن ابن شهاب أخبرني سالم بن عبدالله أن أباه قال رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ اذا ابتاعوا الطعام جزافاً يضربون في أن يبيعوه في مكانهم وذلك حتى يؤدوه الى رحالهم، قال ابن شهاب وحدثني عبيد الله بن عبدالله بن عمر أن أباه كان يشتري الطعام جزافاً فيحمله الى أهله (٦) .

٧) عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله وفي رواية أبي بكر من ابتاع (٧) .

٨) عن أبي هريرة أنه قال لمروان أحللت بيع الربا فقال مروان ما فعلت فقال أبو هريرة أحللت بيع الصكاك وقد نهى رسول ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى قال

---

(١) المصدر السابق : ١٧٠.
(٢) صحيح مسلم ١٠ : ١٧٠ .
(٣) المصدر السابق : ١٧٠ .
(٤) نيل الأوطار ٥ : ١٦٧ .
(٥) صحيح مسلم ١٠ : ١٧٠ .
(٦) المصدر السابق ١٠ : ١٧٠ ، ١٧١ .
(٧) المصدر السابق ١٠ : ١٧١ .

فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها قال سليمان فنظرت الى حرس يأخذونها من أيدي الناس (١) .

٩) عن مالك أنه بلغه أن صكوكاً خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها ، فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي ﷺ على مروان بن الحكم فقالا أتحل بيع الربا يا مروان فقال أعوذ بالله وما ذلك فقال هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها فينزعونها من أيدي الناس ويردونها الى أهلها (٢) .

ما معنى النهي عن بيع الطعام وما المراد به : ؟

إن النهي الذي ورد في الحديث عن بيع الطعام انما هو للتحريم، لأن مقتضى النهي انما يكون للتحريم إلا إذا وجدت قرينة تصرفه عن التحريم الى الكراهة (٣) ، والحديث صريح لا يوجد قرينة تصرفه من الحرمة إلى الكراهة ، وحديث ابن عمر الذي يروي بالضرب على من باع الطعام جزافاً حتى يحولوه دليل قاطع على أن النهي انما هو للحرمه .

والطعام : هو القمح خاصة عند بعض الفقهاء ويعللون ذلك بأن اسم الطعام في اللغة التي بها خاطبنا رسول الله ﷺ لا يطلق إلا على القمح وحده ومن قال بهذا أبو ثور وابن حزم ، وقد روى عن رسول الله ﷺ (عن أبي سعيد الخدري قال : كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير ، أو صاعاً من تمر أو صاعاً من اقط أو صاعاً من زبيب) (٤) فمن هذا الحديث لم يطلق الطعام إلا على القمح وحده لا على الشعير ولا على غيره .

وانما أطلق الطعام على غيره بإضافة ،قال تعالى(وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ) (٥) فأراد الله سبحانه وتعالى الذبائح لا ما

---

(١) المصدر السابق ١٠ : ١٧١ ـ ١٧٢ .
(٢) المنتقى للباجي ٤ : ٢٨٥ .
(٣) تفسير النصوص في الفقه الاسلامي للدكتور محمد أديب الصالح ٨٧٩ .
(٤) صحيح البخاري ٢ : ٣١ وانظر أيضاً شرح القسطلاني ٣ : ٨٧ وفسره القسطلاني بالبر :
(٥) سورة المائدة ٥ .

يأكلون لأنهم يأكلون الميتة والدم ولحم الخنزير ولم يحل لنا شيء من ذلك .

وقوله تعالى (إِنَّ اللهَ مُبْتَلِيكُمْ بِنَهَرٍ فَمَنْ شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّي وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي) (١) والماء لا يسمى طعاماً وانما ذكر الطعام في الماء باضافه .

وآخرون يرون أن الطعام يشمل القمح والشعير وما تعارف الناس عليه مستدلين بحديث أبي سعيد والخدري رضي الله تعالى عنه (كنا نخرج على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من طعام . وقال أبو سعيد وكان طعامنا الشعير والزبيب والاقط والتمر) (٢) .

والذي أراه أن الطعام المراد به ما تعارفه الناس في زمانهم سواء كان قمحاً أو شعيراً أو ذرة أو غير ذلك ما لم يكن محرماً شرعاً والله سبحانه وتعالى أعلم .

معنى الصكوك :

والصكوك هي الرقاع، مكتوب فيها أعطيات الطعام وغيرها مما تعطيه الأمراء للناس، فتارة تكون مقابل عمل كأرزاق القضاة والعمال وتارة تكون بدون مقابل عمل كالعطاء لأجل الحاجة .

حكم بيع الصكوك :

وقد اختلف في بيعها : فروى مالك بأن بيع العطاء بغير عمل جائز و على ذلك يجوز بيع الطعام الجاري .

وقال ابن حبيب : النهي منصب على مبتاعها وبموجب تأويل ابن حبيب هذا أنكر زيد بن ثابت بيع المبتاع لها ولم ينكر الابتياع ممن خرجت له الصكوك .

والدليل فعل مروان برد الصكوك الى اهلها فيقتضي نقض تلك البياعات ، بيع من اشترى منهم وبيع من اشترى ممن اشترى منهم ، ومعلوم أنه لا يلزم بمجرد بيع الطعام قبل استيفائه إلا نقض البيع الثاني (٣) .

---

(١) سورة البقرة ٢٤٩ .

(٢) البخاري ٢ : ١٣١ . والقسطلاني ٣ : ٨٩ وانظر المحلى لابن حزم ٨ : ٥٢١ .

(٣) المنتقى للباجي ٤ : ٢٨٥ .

بيع كرت مـؤن اللاجئين في زماننا : (١)

وما يشبه الصكوك التي كانت في زمن مروان بـن الحكم بيع كرت المؤمن للاجئين الفلسطينيين ، فإن الناس قد تبايعوها بأثمان زهيدة ، مبناها على حاجـة بعضهم من جهة الى رأس المال المعجل ، وبعضهم للأنفة من أن يقف مع عامة الناس ينتظر دوره لاستلام هذه المؤن ، فتارة تكون المؤن فيها ما يساوي خمسة دنانير،وتارة ما تساوي ثلاثة دنانير ، وتارة تساوي ديناراً واحداً ، وكذلك أكياس الملابس غير المفتوحة لا يعلم مـا بها قد تبايعوها قبل قبضها وقبل رؤيتها فهل يا ترى هذا البيع صحيح أم أنه باطل ؟ ، فانني أرى أن هذا البيع باطل للأسباب التالية : للغرر الذى جاء من ثلاث حالات :

١ ــ جهالة مقدار المبيع ، فإنه لا يدرى مقدار الأرزاق التي ستكون في هذا الشهر .

٢ ــ عدم رؤية المبيع ، لأنها مستورة غير مشاهدة .

٣ ــ بيعها قبل قبضها وبيع المبيع قبل القبض باطل كما علمنا ، فعلى رأي الأئمة الثلاثة بيع المنقول لا يصح وعلى رأي المالكيه بيع الطعام لا يصح كذلك .

القـدرة على التسليم في القانون :

اذا كان الالتزام التزاما بنقل من عين بتعليق بشيء معين، يجب أن يكون محل الالتزام موجودا وقت نشوء الالتزام . فاذا قصد المتعاقدان التعامل في محل موجود حالا ولم يكن

---

(١) اللاجئون : هم أبناء فلسطين العربية المسلمة طردوا من بلادهم ظلماً وعـدواناً من اغتصاب اليهود لها ومساندة الاستعمار لليهود بالمال والسلاح وتهاون العرب في باديء الأمر وبعدهم عن دين الإسلام دين الأمة العربية والانتهاج بها إلى أفكار بعيدة عـن واقعها ومعتقداتها وربطوا قضيتها بروابط قومية حتى آل الأمر الى ربطها بالاقليمية الضيقة مما يجعل الدفاع عنها غير حار وتركوا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا ديس شبر من أرض المسلمين فعلى الرجل والمرأة والعبد الخروج الى الجهاد دفاعاً عن دينه ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله وبهذا يندرج تحته كل مسلم على وجه الكرة الأرضية لا بما أراده الاستعمار من القومية حتى يقتصر في الأخير على أبناء فلسطين .
الكرت : هي بطاقة تصرفها هيئة الأمم المتحدة حاملها يستحق المساعدة الشهرية ممـا فيها من طعام وغيره دون معرفة مقداره ونوعه وجنسه .

الشيء موجودا فعلا وقت التعاقد فان العقد يكون باطلا ، حتى لو امكن وجود الشي في المستقبل . مثال ذلك ، لو باع شخص من آخر نتاج حيوان على أنه موجود فعلا ، وبعد ذلك تبين ان النتاج لم يولد ، فالبيع باطل لان المبيع غير موجود ، ولا يصح العقد فيما لو حصل النتاج بعد العقد، وكذلك لو ولد ومات قبل التعاقد لأن وقت التعاقد غير موجود، أما اذا كان النتاج قد ولد وبقي حيا الى وقت التعاقد ثم نفق بعد ذلك فالعقد ينعقد صحيحا على شيء موجود الا أنه ينفسخ لاشتماله تنفيذ البائع الالتزام من تسليم المبيع للمشتري .

واذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء ان لم يكن موجودا حالا فهو ممكن الوجود في المستقبل ، فلا يشترط ان يكون الشيء موجودا فعلا مادام انه ممكن الوجود في المستقبل والعقد ينعقد صحيحا ، مثال ذلك المثال المتقدم اذا لم يقصد المتعاقد ان التعامل في نتاج موجود فعلا فالعقد يقع صحيحا فيما لو لم يكن النتاج قد ولد وقت التعاقد ما دام أنه يولد بعد ذلك . وكثيرا ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرا معينا من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه ، فمثل هذا جائز في القانون ما دام أنه ممكن الوجود في المستقبل .

والشيء المستقبل الذي يصح أن يكون محلا للتعامل قد يكون محقق الوجود في المستقبل كبيع المصنوعات المستقبلة ،وقد يكون محتمل الوجود كما في بيع النتاج الذي لم يولد، فهذا بيع صحيح متعلق على شرط واقف هو ان يولد النتاج .

وقد يكون العقد واقعاً على شيء مستقبل محتمل الوجود دون أن يكون معلقا على شرط وجوده . فيكون العقد احتماليا أو عقد غرر كما في بيع النتاج الذي لم يولد بيعا منجزا فيصح بيع ولد النتاج أو لم يولد ــ وكما في بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت الشبكة سمكا أو لم تخرج ، وايا كان مقدار السمك الذي أخرجته ، ويراعى ذلك طبقا في تقدير الثمن .

وكما ذكرنا سابقا أنه يشترط في الشيء على الالتزام بنقل من عين أن يكون موجودا على النحو الذي ذكرناه فانه يشترط كذلك في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أن يكون محل الالتزام ممكنا، فاذا كان العمل او الامتناع عن العمل مستحيلا فان العقد يكون باطلا ، لانه لا التزام بمستحيل . والمادة (١٣٢) من التقنين المدني المصري نصت على أنه

«اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ، كان العقد باطلا » (١) .

ومن نص هذه المادة يتبين أن محل الالتزام يجب أن يكون مستحيلا في ذاته حتى يكون العقد باطلا، وتسمى هذه الاستحالة بالاستحالة المطلقة ، لان الالتزام مستحيل في موضوعه لا بالنسبة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصا غيره — والاستحالة المطلقة هي التي تجعل العقد باطلا اذا كانت قائمة وقت العقد فان جدت الاستحالة المطلقة بعد التعاقد فان العقد ينعقد صحيحا ثم يكون بعد ذلك قابلا للفسخ ، والاستحالة المطلقة هي الاستحالة الموضوعة بالنسبة الى جميع الناس لا استحالة شخصية بالنسبة الى بعض دون بعض .

اما الاستحالة بالنسبة فلا تجعل العقد باطلا ولكن تجعله قابلا للفسخ ، لأن الالتزام يكون مستحيلا بالنسبة الى الملتزم وحده ومن الامثلة على ذلك : التزام شخص في مقابل جعل معين ، بأن يقوم بعمل فني ويستطيع تأديته ولكن يمكن لفنان آخر أن يعمله ، أو أن يلتزم شخص بايجاد علاج لبعض الامراض المستعصية ويكون الملتزم ممن لا يستطيعون ذلك .

ونستخلص مما تقدم أن الاستحالة المطلقة ان كانت سابقة على وجود التعهد فانها تجعل العقد باطلا ، وان كانت الاستحالة لاحقة فانها تجعله قابلا للفسخ . أما الاستحالة النسبيه : فانها لا تجعل العقد باطلا سواء كانت سابقة على وجود العقد أم كانت لاحقة له وانما تجعله في الحالتين قابلا للفسخ (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٢١١ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ٣ : ٧–١٢ والوسيط ١ : ٣٧٥ — ٣٨٦ .

الفصل الثالث

أثر الغرر في الثمن

تمهيـــد :

الأعواض في البيع اما دراهم أو دنانير أو أعيان ، والأعيان تقسم الى قسمين : أعيان قيمية ، وأعيان مثلية ، والدراهم والدنانير خلقهما الله ثمنا للأشياء وبهما تقوم سواء كانت مقابلة بالأعيان أم مقابلة بجنسها ، أما الأعيان فهي مبيعة غالبا ولا يجوز البيع فيهـا عينا الا فيما يجوز السلم فيه كالثياب ، وكما ثبت مبيعا في الذمة سلما يثبت دينا مؤجلا في الذمة على أنها ثمن وحينئذ لا بد من اشتراط الاجل،لأنها ثمن بل لكونها ملحقة بالسلم باعتبارها دينا في الذمة .

مثال ذلك : اذا باع عبد بثوب موصوف في الذمة الى أجل جاز ويكون في حق العبد بيعا حتى لا يشترط قبضه في المجلس، وانما ظهرت أحكام المسلم فيـــه في الثوب حتى شرط فيه الاجل ، وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالسلم فيه (١) .

أما الأعيان المثلية : فهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهذه ان قوبلت بالنقود فهي مبيعات وان قوبلت بأمثالها من المثليات ننظر :

ان كان موصوفا في الذمة فهو ثمن .

وان كان معينا فبيع .

فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو على كان ثمنا والاخر بيعا، وان قوبل المثلي بالقيمي فلا يدخل فيما ذكرناه .

---

(١) أما لو أسلم الدراهم في الثوب ، فانه يشترط فيه تسليم رأس المال أولا .

ومن حكم النقود أنها لا تتعين ، ولو عينت في عقـــود المعاوضات وفسوخها في حق الاستحقاق فلا يستحق عينها ، فيحق للمشتري امساكها ودفع مثلها قدرا ووصفا . الا أنها يتعينان في الغصوب والامانات والوكالات (١) .

وقد عقدت هذا الفصل للغرر وأثره في العوض قاصدا فيـــه الثمن لأنني بينت في الفصلين السابقين الغرر وأثره في المبيع ، وأقسم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الأول : في الجهل بصفة الثمن .

المبحث الثاني : الجهالة في الثمن ومقداره .

المبحث الثالث : الجهالة في تأجيل في الثمن .

ومن المعلوم أن ما يصدق على المبيع يصدق على الثمن ، وكان من حقي أن أتكلم عن كل مبحث في الثمن كما في جميع مباحث المبيع الا أنني اقتصرت على هذه الابحاث لأهميتها ولانها هي المقصودة فقط ، اذ عدم القدرة على تسليم الثمن نادر وكأن المسألة تكون من باب المزاح ، لا من باب البيع .

---

(١) البحر الرائق : ٥ : ٢٩٩ وانظر واقعات المفتين : ٨٨ .

المبحث الأول

الجهل بصفة الثمن

الحنفيـــة :

وعند الحنفية الاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها ثمنا كانت أو مثمناً في جواز البيع لأن بالاشارة اليها كفاية في التعريف وجهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة اذ لا يمنع من التسليم والتسلم ، لان الاشارة اليه أقوى من الوصف اذا لم تكن الاعواض ربوية فـــان الجهالة تمنع الصحة لاحتمال الربا (١) .

أما غير المشار اليه من الاثمان فان جهالة الوصف قد اختلف في صحة العقد معها عند الحنفية .

فالكاساني يقول : (أما معرفة أوصاف المبيع والثمن فقـــال أصحابنا ليست بشرط الصحة ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره) (٢) .

فمفهوم كلام الكاساني رحمه الله أن معرفة وصف المبيع والثمن ليست شرطاً .

وقد وافق الكاساني بأن جهالة الوصف ليس بمانع من صحة البيع الشرنبلالي في رسالته المسماه (نفيس المتجر بشراء الدرر) فقد ذكر فيها أن جهالة قـدر المبيع الذي سمي جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواء كان المبيع مشارا اليه أولا ، لأن المشار اليـــه علم بالاشارة والغائب يثبت فيه خيار الرؤيه فانتفت الجهالة المانعة من الصحة فلم يحتج الى بيان قدره ولا بيان وصفه لصحة بيعه) (٣) .

---

(١) فتح القدير ٥ : ٨٢ ومتن الوقاية ٢ : ٢ وشرح الوقاية ٢ : ٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ ، تصحيح عباره الكاساني (واما العلم بأوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحه قـــال أصحابنا : اما معرفة أوصاف المبيع . .

(٣) نفيس المتجر بشراء الدرر للشرنبلالي مخطوط : ص ٥ .

أما قول الشرنبلالي بأن الجهالة تنتفي بثبوت خيار الرؤية فان الرؤية قد يبطل قبلها العقد بنحو بيع ورهن ، وقد يسقط خيار الرؤية برؤية بعض مكيل أو موزون وعندئذ تبقى الجهالة على حالها ، ولذا فانه لا بد من ذكر ما ينفي الجهالة حتى يصح البيع وبعدصحة البيع يثبت خيار الرؤية ، لأنه في الأول انتفت الجهالة الفاحشة وبقي نوع جهالة تندفع بالرؤية (١) .

والنسفي من الأحناف . يرى أن جهالة الوصف في الثمن لا يصح بقوله : (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار اليه) (٢) . فلو قال زيد لعمرو بعتك سيارتي بثمن يساويها فيقول الآخر اشتريت،فهذا لا يصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ،فالقدر أن يكون عدداً معلوماً كالعشرة والمائة ، والصفة أن يكون جيداً أو وسطاً أو رديئاً (٣) .
ويقول القدوري:والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة (٤).

وقد عقب الكمال بن الهمام بأن معرفةالوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر فإنه قال : (والصفة كعشرة دراهمبخارية أو سمرقندية . . . لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد ، وهو دفع الحاجة بلا منازعة) (٥) .

وابن نجيم وافق الكمال في أن الوصف شرط صحة اذا لم يكن مشاراً اليه (٦).

والحق أن معرفة وصف الثمن اذا لم يكن مشاراً اليه فلا بد من بيان وصفه ، وأما إذا أطلق الثمن في البيع كان على غالب النقد في البلد ، بأن يبين قدره ونوعه دون ذكر وصفه ، فلو قال بعتك كتابي بعشرة دنانير وكان في البلد عملات متعددة من الدنانير فإن هذا ينصرف الى غالب نقد البلد ، لأنه المتعارف عليه فيصرف المطلق اليه واذا كان اطلاق اسم الدراهم في العرف انما يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف ، أما إذا كان التعامل بها في

---

(١) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٦ : ٢٩٨ .
(٢) البحر الرائق ٦ : ٢٩٤ .
(٣) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٦ : ٢٩٧ .
(٤) فتح القدير مع الهداية ٥ : ٨٣ .
(٥) فتح القدير ٥ : ٨٣ .
(٦) البحر الرائق: ٦ ٢٩٨ .

الغالب كان من تركها بدلالة العادة وعندئذ يكـون كل منهما واجباً تحرياً للجواز وعدم اهدار كلام العاقل .

أما إذا كانت نقود البلد مختلفة فسد البيع إن لم يبين لوجود الجهاله المفضية الى المنازعة، لأن المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد أخذ الاعلى ، فإذا ارتفعت ببيان أحدهما في المجلس ورضي الاخر صح لارتفاع المفسد قبل تقرره فصار كالبيان المقارن (١) كأن يقول دائن لمدينه بعني هذه السيارة ببعض الألف التي عليك وبعني ثمرتها بباقي العشرة فقال نعم كان العقد صحيحاً لعدم افضاء جهالة الثمن الأول الى المنازعة. إذ به يصير ثمنها عشرة، وهذا الكلام محمول على قبول الدائن بعد قول المدين نعم (٢) .

وان اختلفت النقود في المالية والرواج في البلد فينصرف الى الأروج اذ المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب ، إذ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص وعندئذ يعتبر مكان العقد، مثال ذلك لو باع زيد بكذا بالجنيهات المصرية ولم ينعقد الثمن حتى وجد المشتري في الأردن فإنه يجب عليه الثمن بالجنيهات المصريه .

وان استوى رواجها لا ماليتها بأن يكون بعضها أفضل من بعض فسد البيع للجهالة المفضية الى النزاع ما لم يبين الثمن من أي نوع فاذا بـين الثمن تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح العقد (٣) .

وان استوت مالية النقود والرواج يصح البيع ويؤدي من أيها شاء ، لأنه لا فضل لأحدها على الآخر ، فلو طلب البائع أحدها بعينه كـان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر ، لأن الامتناع عـن قبض ما أعطاه المشتري مع أنـه لا فضل للآخر عليه فيه إلا التعنت (٤) .

والحاصل أن المسألة رباعية ، لأنها اما أن تستوي في الرواج والمالية أو يختلف فيهما أو يستوى في أحدهما دون الآخر ، أما الفساد فيكون في صورة واحدة وهي الاستواء في

---

(١) والمراد بالبيان ، البيان المتأخر ، لأن المقارن يخرج عن موضوع المسألة لأن موضوعها مطلق .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٥ والبحر الرائق ٦ : ٣٠٣

(٣) مجمع الأنهر ٢ : ٩ ودر المنتقى ٢ : ٩ وكشف الحقائق ٢ : ٢ .

(٤) فتح القدير ٥ : ٨٥ وابن عابدين ٤ : ٥٣٧ وانظر درر الحكام في شرح غـرر الأحكام وغنية ذو الاحكام في بغية درر الحكام .

الرواج والاختلاف في المالية ، وأما الصحة فتكون في ثلاثة صور :

أ ــ إذا كانت مختلفة في الرواج والمالية فينصرف الى الأروج .

ب ــ اذا كانت مختلفة في الرواج مستوية في المالية فينصرف الى الأروج .

جـ ــ اذا كان الاختلاف في الاستواء في المالية والاختلاف في الاسم كالمصري والأردني فيتخير المشتري في دفع أيهما شاء (١) .

ومذهب المالكية : أن معرفة وصف الثمن شرط في صحة العقد ، لأن في المبيع بثمن مجهول الصفة غرراً (٢) وتفصيلهم في الثمن كتفصيل الحنفية . فمن باع سيارته بألف دينار فإن كان في البلد صنف واحد من الدنانير فلا انتقال في ذلك ، إذ البيع ينصرف اليها ولا خلاف بين المتبايعين .

أما إذا كان في البلد أكثر من صنف واحد من الدنانير فإن كانت الدنانير متساوية في النفاق فالبيع صحيح ويجبر البائع على قبول الثمن الذي يأتي بـــه البائع وان لم يقبل يكون متعنتاً .

وإن كان في البلد أكثر من صنف ولكن السكه الجاريه فيه واحـــدة فالبيع صحيح ، ويجبر البائع على قبول السكة الجارية .

ويجبر البائع أيضاً على قبول احدى السكك الجارية اذا كانت هـــي الغالبه ويكون البيع صحيحاً .

أما اذا كان فيه أكثر من صنف وكلها جارية الا أنها مختلفة من حيث القيمة فالبيع فاسد حتى يبين بأي سكة يبتاع (٣) .

ومذهب الشافعية : لا يجوز البيع بثمن مجهول الصفة (٤) في مـــوضع ليس فيه نقد متعارف فإن باعه بثمن معين لم يره فعلى قولين :

---

(١) البحر الرائق ٦ : ٢٠٤ وابن عابدين ٤ : ٥٣٧ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ والمنتقى ٥ : ٤١ وتهذيب الفروق ٣ : ٢٧١ والمقدمـات الممهدات ٢ : ٢٢٤ والقوانين الفقهيه .

(٣) الحطاب ٤ : ٢٧٧ ــ ٢٧٨ .

(٤) المهذب ١ : ٢٧٣ والتنبيه ٦٣ .

(١) اذا كان في البلد نقدان أو نقود لا غالب فيها لم يصح البيع هناك حتى يعين نقداً منها (١) .

وهذا متفق عليه عند أكثر أصحاب الشافعية ، لأنه ليس بعضها أولى من بعض ، فإن قال بعتك بالدنانير التي في بيتي أو في جيبي أو الدراهم التي في كيسي ، ينظر :

فإن كان قد رآياها قبل ذلك صح .

وإن لم يكن قد رآياها ففيه الخلاف في بيع العين الغائبة .

أما اذا قال بعتك بدينار في ذمتك أو قال بعشرة دراهم في ذمتك ، أو أنه أطلق الدراهم فإنه يشترط العلم بنوعها .

(٢) وإن كان في البلد نقد واحد أو نقود لكن الغالب واحد منها انصرف العقد الى ذلك النقد، وان قال بهذه الدراهم أو قال بهذه الدنانير وهي مشاهدة صح البيع سواء علما قدرها أم لا (٢) .

كما ينصرف العقد عند الاطلاق الى النقد الغالب من حيث النوع فيصرف اليه أيضاً من حيث الصفة ، واعتبار الغالب في النقد ، لأن الظاهر ارادتهما له ولذلك اذا غلبت النقود المكسرة فالمكسرة واذا غلبت النقود الصحاح فالصحاح (٣) فالغالب هو الذي يعين وان كان مغشوشاً أو ناقص الوزن (٤) ، وإن أبطله السلطان (٥) لم يكن له غيره بحال ، نقص سعره أم زاد أم عز وجوده .

أما إذا تفاوتت قيمة المكسرة فلا يصح ، قال الرافعي : لو كان المعهود أن يؤخذ نصفه من هذا أو نصفه من ذاك ، أو أن يؤخذ على نسبة اخرى فالبيع صحيح ومحمول على ذلك المعهود وان كان المعهود التعامل بهذا مرة وبهذا مرة ولم يكن بينهما تفاوت صح

---

(١) فان عين الدراهم والدنانير اتبع وان عز ، فان كان الثمن معدوماً أصلا ولو مؤجلا أو معدوماً في البلد حالا أو مؤجلا الى أجل لا يمكن فيه نقله الى البلد بشرطه لم يصح أو الى أجل يمكن فيه النقل عادة صح، ونقله ما فقد بمحل العقد وان كان ينقل اليه لكن لغير البيع فلا (نهاية المحتاج ٣ : ٤١١) .

(٢) الواضح النبيه ٥ : ٨٣ والمجموع ٩ : ٣٦١ ، ٣٦٢ .

(٣) فتح الوهاب ١ / ١٦٠ ومغني المحتاج ٢ : ١٧٠ .

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤١١ .

(٥) قليوبي وعميرة ٢ : ١٦٢ .

البيع ، كما لو كان في البلد نقدان غالبان وأطلق (١) ولـو اختلفا في الغلبة أو غيرها قدم مدعى الصحة .

أما لو عقدا على صحيح ومكسر دون بيان قـدر الصحيح والمكسر ، كأن قال بعتك بألف صحاح ومكسرة فوجهان :

أصحهما : بطلان البيع لعدم بيان قدرة الصحيح والمكسرة .

الثاني : صحته ليحمل على النصف فكأنه قال بعتك بألف مثقال ذهب وفضه كمـا يقوله الرافعي ، قال النووي : (قلت)لا جريان له هناك ، والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر) (٢) .

أما لو عقدا البيع في بلد ولم يتم قبض النقد حتى لقيه في بلد آخر فدفع المشتري النقد المعقود عليه فامتنع البائع عن الأخذ ففيه ثلاثة أوجه :

أ ــ ليس له الامتناع بل يجبر على أخذه ، لأنه المعقود عليه ، وصار حكمه كمـن اشترى سيارة بمائة كيل من القمح فلم يقبضه حتى رخص .

ب ــ لا يجبر البائع على أخذها ويجوز له الامتناع وصار كما لو سلم اليه الثمن في أرض مخوف.

جـ ــ ان كان البلد الذي يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد أيضاً لم يجبر عليه وان كانوا يتعاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه (٣) .

وترى الحنابلة ان الثمن اذا لم يكن معيناً ولا موصوفاً لا يصح البيع فيه ، فلو باعه بدينار مطلق وفي البلد نقود مختلفة من الدنانير كلها رائجة لم يصح البيع ، لأن الثمن غير معلوم حال العقد .

أما إذا كان في البلد المعقود فيه نقد واحـد صح البيع وانصرف اليه ، لأنـه تعين بانفراده وعدم مشاركة غيره له فلا جهالة .

وإذا كان في البلد نقود وأحدها الغالب في الاستعمال والرواج ، فإن الثمن ينصرف

---

(١) الواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٨٤ والمجموع ٩ : ٣٦٣ .
(٢) المجموع ٩ : ٣٦٣ .
(٣) المجموع ٩ : ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

الى الرائج ، لأن مقتضى الاطلاق الانصراف اليه لدلالة القرينة الحالية على ارادته فكأن هذا المطلق معين وعندئذ فان البيع يصح (١) .

وعند الشيعة الامامية يشترط علم الثمن قدراً وجنساً ووصفاً قبل ايقاع عقد البيع .

فلا يصح البيع اذا كان الثمن مجهول الصفة كمائة درهم وان كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود (٢) .

والإباضية يشترطون معرفة الصفة في الثمن واعتبروا أن الغرر يكون للجهل امابصفة ثمن أوصفة مثمن، أو بقدره بقدر واحد من الثمن والمثمن أو أجله أي أجل واحد منهما(٣).

والشيعة الزيدية لا تشترط معرفة الصفة لا للبيع ولا للثمن لأنهما يريان خيار الرؤية وبه يندفع الغرر عندهم (٤) .

جهالـة الوصف في الثمن في القانون :

يجب أن يوصف الثمن وصفاً يكون مانعاً للجهالة ،فإذا وقع العقد على نقود ،وجب أن تكون معينه بنوعها ومقدارها وعلى ذلك فيلتزم المدين أن يؤدي كذا ديناراً أردنياً أو كذا ليرة سورية أو كذا قرشاً ، ويلتزم المدين بأداء هذا المقدار سواء ارتفعت قيمة النقود او انخفضت ، فاذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين واذا ارتفعت كان لمصلحة الدائن (٥) واذا لم يوصف الثمن ، يكون البيع فيه غررا لوجود الجهالة المانعة من البيع .

هذا وقد نصت المادة ١٣٤ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

اذ كان محل الالتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددهـــا المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي اثر (٦) .

---

(١) كشاف القناع ٣ : ١٧٤ والروض المربع وزاد المستقنع ١٦٨ والتنقيح المشبع ١٢٥

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقيه ٣ : ٢٦٤ ط ١ النجف الاشرف .

(٣) شرح النيل ٤ : ٥٤ .

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣٢٤ .

(٥) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري ٣ : ٥٩ ــ ٦١ .

(٦) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٢١٨ .

المبحث الثاني

الجهل في الثمن ومقداره

لا خلاف بين الفقهـــاء في أن عقد البيع اذا لم يذكر في صيغته مقدار الثمن يكون فاسدا فمن قال لآخر بعتك سيارتي وقال لآخر قبلت فان هذا البيع لا يصح .

وكذلك اذا قال بعتك سيارتي بهذه الدنـــانير المستورة ولم يعلم قدرها لا يجوز وعلى هذا فإني سأتكلم عن بعض الصور التي يكون فيها جهالة بمقدار الثمن في مطلب مستقل .

---

(1) [illegible]
(2) [illegible]
(3) [illegible]
(4) [illegible]
(5) [illegible]
(6) [illegible]

المطلب الأول

البيع بغير ذكر الثمن

فقد اشترطت الحنفية أن يكون الثمن معلوما علما يمنع من المنازعة فالمجهول جهالة فاحشة مفضية اليها ، الا أن الحنفية يفرقون بين البيع الفاسد والبيع الباطل (١) فالبـاطل حكمه عدم افادة الحكم وهو الملك قبضه أم لم يقبضه ، لأن الباطل هو الخالي عن العوض فمن باع ميتة أو خنزيرا فالبيع باطل ولا يثبت الثمن (٢) .

أما الفاسد فحكمه مالا يفيده بمجرده بل القبض ، سواء كان القبض بـأمر البائع

---

(١) والبياعات المنهي عنها ثلاثة : فاسد ، وباطل ، ومكروه تحريما .

فالفاسد لغة : انه ما تغير وصفه ويمكن الانتفاع به ، وفي الاصطلاح : هو ما كان مشروعا بـأصله لا بوصفه . ومعنى أصله : كونه مالا متقوما لا جوازه وصحته فـان كونه فاسدا يمنع صحته .

والباطل لغة : بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الاوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل وجمعه بواطل ، وقيل يجمع على غير قياس . المصباح المنير ١ : ٨٣ ، ٨٤ وفي الاصطلاح : ما لا يكون مشروعا لا بأصله ولا بوصفه .

والمكروه لغة : خلاف المحبوب ، وفي الاصطلاح : مـا نهى عنه لمجـاور كالبيع عند أذان الجمعه وعرفه في النيابه : بما كان مشروعـا بأصله ووصفه لكن نهى عنه بمجـاور ويمكن ادخاله تحت الفاسد أيضا على ارادة الاعم وهو ما نهى عنه . وبذلك يشمل الثلاثة . والفسـاد بالمعنى الاعم يثبت بأسباب : منها الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع أو الثمن ، ومنه العجز في التسليم الا بضرر ومنها الغرر ، ومنها شرط خـارج عن الشرع ، ومنهـا عدم المماليه أو التقوم ومنهـا عدم الوجود ومنهـا عدم القدرة على التسليم . فتح القدير ٥ : ١٨٥ ، ١٨٦ والبحر الرائق ٦ : ٧٤ ، ٧٥ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٢ : ١٩٥ .

صريحا أو دلالة كما اذا قبضه وسكت ، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه ، فان باع المبيع بعقد فاسد جاز وعليه قيمته يوم قبضه ان كان من ذوات القيم أو مثله ان كان مثليا (١).

وللبائع أن يرجع في العين مع الزيادة المتصلة والمنفصلة ، امـــا اذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا يمنع الرجوع (٢) فليس له رد المبيع بل للبائع أخذ القيمه (٣) .

أما الأئمة الثلاثة اذا ملك المبيع بيعا فاسدا لم يملكه بالاتفاق (٤).

وبذلك فان من باع سلعة ولم يذكر ثمنها فالبيع فاسد عنـــد الأئمة الثلاثة وعند الحنفية ينعقد بغير ذكر الثمن اذا حصل القبض .

أما ابن تيمية : فقد أجاز البيع بدون ذكر الثمن وتقديره . وقد أورد أدلة على جواز بيعه ورد على من يقول ببطلان البيع ، بأنه مخالف للنص وللقياس وللمعقول وليس هذا من الغرر الذي نهى عنه النبي ﷺ واليك ما استدل به :

١ ــ ثبت في الصحيح (أنه اشترى من عمر بعيره ووهبه لعبد الله بن عمر ، ولم يقدر ثمنه)

٢ ــ قوله تعالى: (فإن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) (٥) والمرجع في الأجور الى العرف وكذلك في المبيع .

فقد ذكر عن أحمد أنه يجوز أن يـــأخذ بالسعر من الفـــاميّ (٦) وغيره ، فيجوز الشراء بالعوض المعروف .

٣ ــ القيـــاس على النكـــاح : فقد صح أنه يجوز التزوج بالعوض المعروف ، ويكون مهرها مهر مثل قريباتها من النساء وصفاتها المقصوده من كل وجه متعذر ، حتى ولو وجدت الصفات المقصودة فانما رغب بذلك المهر شخص أو شخصان ، وهذا

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ٢ : ١٩٧ .

(٢) اشترى جارية بكرا فافتض بكارتها .

(٣) وكذلك لو غرس البائع الارض المبيعة بيعا فاسدا أو بنى ليس البائع استرجاع الارض ويأخذ قيمتها وقال ابو يوسف ومحمد : ينقض البناء ويقلع الغرس ويرد الارض على البائع . الاختيار لتعليل المختار ٢ : ١٧٩ .

(٤) رحمة الامة في اختلاف الأئمة ١ : ١٦٥ :

(٥) سورة الطلاق ٦ .

(٦) الفامي : بائع السكر ، وهو المعروف اليوم بالبقال .

لا يثبت به عرف عام كما ثبت في البيع والاجاره .

وعلى هذا اذا جاز النكاح بلا تقدير مهر،فيجوز البيع والاجارة بلا تقدير ثمن وأجرة بل بالرجوع الى السعر المعلوم ، والعرف الثابت : أولى وأحرى ، وعلى هذا عمل المسلمين دائما ، لا يزالون يأخذون من الخباز والخبز واللحام اللحم ولا يقدرون الثمن ، بل يتراضيان بالسعر المعروف . ويرضى المشتري بما يبيع به البائع لغيره من الناس . واذا تراضيا بالسعر فهو بمنزلة رضى المرأة بمهر المثل ورضى الواهب بالقيمة ولا يجب هنا الا ذلك .

ويتساءل ابن تيمية عن هذا العقد : هل هذا عقد لازم بمجرده أم لا يلزم الا اذا قدر العوض ؟ فقال : (والذي ينبغي أن هذا عقد لازم اذا تفرقا عن تراض . لأن هذا رضى بما يرضى به الناس في العادة ورضاه بهذا أبلغ من رضاه بما يتفقان عليه من غير أن يعلم السعر عند الناس ، اذا كان هذا يدخل فيه الغبن والغش، بخلاف التبايع بالسعر فانه لا غبن فيه ولا عش وهذا قياس لزوم النكاح اذا رضيت بمهر المثل) .

فهذه الامثلة التي ضربها ابن تيمية تدل على جواز البيع بالسعر وهو ثمن المثل كالاجارة بمهر المثل والنكاح بمهر المثل ، وبهذا تكون الشريعة متناسبه معتدله تسوى بين المتماثلات ، وتفرق بين المختلفات، ومن عامل الناس بما استثقلوا ونفرو منه فإنه من المنكر لا من المعروف مثل : اشتراط صيغ العقود ، وتسمية مقدار الثمن وغير ذلك (١) .

أما من قال ان النكاح مع نفي المهر باطل فانما يكون ذلك في الشغار .

وقد سار على طريقه تلميذه ابن قيم الجوزيه بجواز البيع من غير تقدير الثمن وقت العقد (٢) .

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٧١ ، ١٧٢ .

(٢) اعلام الموقعين ٤ : ٥ — ٦ .

المطلب الثاني

البيع بالرقم

والرقم : بسكون القاف ، علامة يعرف بها مقدار ما يقع به البيع من الثمن ، فاذا لم يعلم المشتري ينظر : ان علم في مجلس البيع نفذ ، وان تفرقا من المجلس قبل العلم بالثمن بطل البيع (١) وهـذا غير مسلم به لأن هذا فاسـد يفيد الملك بالقبض وعليه قيمتـه بخلاف الباطل (٢) .

وعند زفر لا يجوز البيع وان علم به بعد الافتراق . وحجة زفر : أن البيع اذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد ، أما أبو يوسف ومحمد وأبو حنيفة فحجتهم أنه ينظر الفساد ، فان كان قويا بأن دخل في صلب العقد وهو البدل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد وهذا يوافق رأي زفر (٣) وان كان الفساد ضعيفـا ، لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جـائز فـان الجواز يكون برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يوقت (٤) .

والذي رجحه الكمال بن الهمام بأن البيع بالرقم فاسد لا باطل، لأن الجهالة تمكنت في صلب العقد ، وهو جهـالة الثمن بسبب الرقم وصـارت بمنزلة القمار لخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوازه فيما اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي (٥) .

وللمشتري الخيار اذا أخبره البائع برقمه ليكشف الحال له ، لأن البيع انمـا يظهر

---

(١) درر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧٦ .
(٢) غنية ذوي الاحكام ٢ : ١٧٦ .
(٣) كمن باع عبدا بألف درهم ورطل من خمر .
(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٨ .
(٥) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٤١ .

كونه رابحا أو خاسرا في حقه اذا علم بالثمن وصار حكمه كما لو اشترى شيئاً لم يره ثم رآه (١) .

وعند الشافعية : قال النووي : والرقم هو الثمن الذي هو مرقوم به عليها (٢) .

فان البيع بالرقم اما أن يكونا عالمين واما أن يكونا جاهلين ، أو أحدهما ، فان كانا عالمين بقدره فالبيع صحيح بلا خلاف ، وان كانا جاهلين أو أحدهما يجهل والآخر يعلم فطريقان :

١) لا يصح البيع وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من الخراسانيين لأنه غرر . وهذا الرأي هو الاصح عند الشافعية لانه غرر (٣) .

٢) ينقسم الى رأيين :

أ) يوافق الوجه الاول وهو الاصح .

ب) ان علما ذلك القدر قبل تفرقهما من المجلس صح البيع ، وهذا يوافق جمهور الحنفية ما عدا زفر .

وزادت الشافعية رأياً ثالثاً ومفاده أنه يصح مطلقا للتمكن من معرفته، وصار كما لو قال : بعت هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح البيع وان كانت جملة الثمن في الحال مجهولة حكاه الرافعي .

قال النووي : وهذا الرأي ضعيف شاذ (٤) .

وعند الحنابلة : قال أحمد (ولا بأس أن يبيع بالرقم ، ومعناه : أن يقول بعتك هذا الثوب برقمه وهو الثمن المكتوب عليه ، اذا كان معلوماً لهما حال العقد) . وقد كره هذا البيع طاووس .

وبيع الرقم عند الحنابلة بيع معلوم الثمن فأشبه ما لو ذكر مقداره أو كأن يقول : بعتك هذا بما اشتريته به وقد علما قدره . واذا كان الرقم غير معلوم لهما أو لأحدهما لم يصح البيع ،لأن الثمن مجهول وهذا يوافق الرأي الاول عند الشافعية (٥) .

---

(١) المبسوط ١٣ : ٤٩ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٦٦ .

(٣) المهذب للشيرازي ٢ : ٢٧٣ .

(٤) المجموع ٩ : ٣٦٦ .

(٥) المغني لابن قدامه ٤ : ١٤١ ، ١٤٤ .

وابن تيمية يدلل على صحة بيع الرقم ، بأنه اذا علم المشتري قدر الرقم لم يشكل هذا على أحد ولكن الرقم الذي رقمه البائع ولم يعلم المشتري بقدره كذلك ، فان كثيرا من المتاع كالمتاع المجلوب من الموصل في زمانه ـ كان يباع بالرقم ويذكر عن أحمد أن المتاع المجلوب من فارس اذ ذاك كان يباع بالرقم ولا يباع مساومة ولا مزايدة والمشتري يرضى بخبرة البائع وهذا لا وجه لمنعه ، لأنه لو وكل وكيلا يشتري له شيئاً جاز وكذلك اذا وكله ليبيعه له وان لم يعين الثمن لواحد منهما ، والبيع والشراء بثمن المثل جائز بالاتفاق وكذلك سائر المعاوضات ، لأن الموكل رضي بخبرة الوكيل وأمانته والمشتري بتخبير الثمن قد رضي بأمانة البائع ، وكذلك يرضى بخبرته أكثر مما يرضى بخبرة الوكيل لأن البائع يشتري لنفسه ، والوكيل يشتري لغيره ، ومن المعلوم ان اجتهاد التاجر لنفسه أبلغ في العادة من اجتهاد الوكيل لموكله ، ولهذا السبب فان العادة جرت بأن يرضوا بالبيع بتخبير الثمن أكثر مما يرضون بالمساومة لأن تخبير الثمن يكون قد رضى بخبرة التاجر البائع وشرائه لنفسه ، وهو أبلغ مما يوكله وهو تاجر يشتري لنفسه ليربح ، وفي العادة لا يشتري الا بثمن المثل وأنقص ، ومن عادة الجاهلين بالقيم أن يشتروا بتخبير الثمن ، بخلاف المساومة فانه يعود فيها الى خبرة نفسه ، ومن يجهل القيم لم يكن له خبرة يرجع فيها الى نفسه فيغبن (١) .

وعند الظاهرية لا يجوز البيع بالرقم ولا أن يغر أحدا بما يرقم على سلعته لكن يسوم ، ويطلب البائع الزيادة على قيمة ما بيع ويبينها للمشتري ويقول : إن طابت نفسك بهذا والا فدع (٢) .

الرأي المختار :

ان البيع بالرقم بيع صحيح ، لأنه بيع معلوم الثمن ، لأنه يشبه الثمن المقدر المذكور صراحة ، لأن الثمن مكتوب عليه ، فما الفرق بين الكتابة والنطق ؟ والكتابة احدى أدوات التعبير . والقاعدة تقول : الكتاب كالخطاب . أما اذا كان الرقم مجهولا لهما أو لأحدهما فان البيع لا يصح ، لأن الثمن مجهول ، وهذا رأي الحنابلة وأحد الآراء عند الشافعية . والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) نظرية العقد لابن تيميه ٢٢٠ ـ ٢٢٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ٩ : ١٥ .

المطلب الثالث

بيـــع الاستجرار[1]

اعتاد بعض الناس أن يتعامل مع بقال أو لحام ولا يتفقان على ثمن معين فيما بينهما وفي نهاية الشهر يدفع له الحساب حسب السعر الذي كان موجوداً في السوق وقت الشراء فهذا ممنوع عند جمهور الفقهاء .

وعند الحنفية : أن من شرائط المعقود عليه أن يكون موجوداً ، فلم ينعقد بيع المعدوم وقد ذكر ابن نجيم أن مما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة (ما في القنية الأشياء التي تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة عن غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعدما انعدمت صح بيع المعدوم هنا) (٢) .

وخرجها بعض الفضلاء ، ليس هذا من بيع المعدوم وانمـــا هو من بـــاب ضمان المتلفات باذن مالكها عرفاً تسهيلا للأمر ودفعاً للحرج كما هو العاده .

ويمكن تخريجها على فرض الأعيان ، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا ،وخرجها في النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي وأنه لا يحتاج في مثله الى بيان الثمن لانه معلوم ، وقال الحصكفي ، مـــا يستخرجه الانسان من البياع اذا حاســـبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً (٣) .

وفي الواجية رجل دفع دراهم الى خباز فقال . اشتريت منك مائة من خبز وجعل

---

(١) الاستجرار : هو المعروف في زماننا اليوم بالحساب الجاري .

(٢) البحر الرائق ٥ : ٢٧٩ .

(٣) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ٤ : ٥١٦ .

يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد وما أكل فهو مكروه . لانه اشترى خبزاً غير مشار اليه بعقد البيع فكان البيع مجهولا فاذا أكل كان الأكل بحكم عقد فاسد (١) .

الا أن عبارة النهر مبنية على أن الثمن معلوم وبهذا لا يكون من بيع المعدوم لانه كلما أخذ شيئاً انعقد بيعاً بثمنه المعلوم .

ويرى ابن عابدين أن ثمن الخبز معلوم ، فاذا انعقد بيعاً بالتعاطي وقت الأخذ مع دفع الثمن قبله فكذا اذا تأخر ودفع الثمن بالأولى (وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الأخذ مثل الخبز واللحم، أما اذا كان ثمنه مجهولا فانه وقت الأخذ لا ينعقد بيعاً بالتعاطي لجهالة الثمن، فاذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعاً ، وان كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لا ينعقد بالنية ، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته ، فاذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ لكن يبقى الاشكال في جواز التصرف فيه اذا كان قيميا فان قرض القيمي لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحساناً كقرض الخبز والخميرة ، ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض ، أو على المقبوض على سوم الشراء) (٢) .

وعند الحنابلة : فقد ذكر أحمد أنه يجوز أن يأخذ السعر من الفامي (٣) وغيره فيجوز الشراء بالعوض المعروف (٤) .

أما ابن تيمية فقد رأينا ، أنه يجوز البيع بدون اشتراط تسمية الثمن ، وأنه يجوز البيع بالسعر المعلوم والعرف الثابت : فيقول : (وعلى هذا عمل المسلمين دائماً لا يزالون يأخذون من الخباز الخبز ، ومن اللحام اللحم ومن الفامي الطعم ، ومن الفاكهي الفاكهة ولا يقدرون الثمن ، بل يتراضيان بالسعر المعروف ، ويرضي المشتري بما يبيع به البائع لغيره من الناس ، وهذا هو المسترسل ، وهو الذي لا يماكس ، بل يرضى بما يبتاع به غيره وان لم يعرف قدر الثمن ، فبيعه جائز اذا أنصفه ، فان غبنه فله الخيار) .

---

(١) البحر الرائق ٥ : ٢٩٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥١٦ .

(٣) الفامي : هو البقال في زماننا .

(٤) نظرية العقد لابن تيمية ١٦٤ .

ثم قال أيضا (فان الله اشترط العوض في النكاح ، ولم يشترطه في اعطاء الأموال لم يشترط في التبايع الا التراضي ، والتراضي يحصل من غالب الخلق بالسعر العـــام ، وبما يبيع به عموم الناس أكثر ممن يماكس عليه ، وقد يكون غبنه ، ولهذا يرضى الناس بتخبير الثمن أكثر مما يرضون بالمساومة لان هذا بناء على خبرة المشتري لنفسه . فكيف اذا علم أن عامة الناس يشترون بهذا الثمن ؟ فهذا ممـــا يرضى به جمهور الخلق . ومن قال : وهـــذا بيع باطل : فقوله فاسد ، مخالف للنص وللقياس وللمعقول ، وليس هذا من الغرر الذي نهى عنه النبي ﷺ) (١) .

وسار على نهج ابن تيمية تلميذه ابن قيم الجوزيه بجواز هذا ووصفه بأنه الصواب المقطوع به وهو عمل الناس في كل عصر ومصر ، وأن هـــذا أطيب لقلب المشتري من المساومة ولا يخالف في ذلك الا من شدد على نفسه ولا يجد منه بداً وهـــو يفتي ببطلانه وجعلوا القبض به غير ناقل للملك) (٢) .

---

(١) نظرية العقد لابن تيمية ١٦٥ .

(٢) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤ : ٦ .

المطلب الرابع

البيع بما باع به فلان أو بما يبيع به الناس

ترى الحنفية أنه لا يجوز البيع اذا كان الثمن مجهولا وجعل تقديره بمثل مـــا باعه فلان ولم يعلما به حتى افترقا ، أما اذا علما به في المجلس ، فلا يبطل البيع بشرط أن يكون للمشتري الخيار (١) .

وعند المالكية أن البائع لو قال للمشتري بعتك هذه السلعة بما تحكم به أو بما ترضى به أنت من الثمن فيقول المشتري اشـــتريتها على ذلك ثم يفرض المشتري الثمن بأن يقول رضيت أن الثمن كذا أو يقول الاجنبي حكمت بأن الثمن كذا فهذا بيع فاسد للغرر (٢) .

واذا قال أخذت منك هذه السلعة بمثل مايبيعه الناس كان البيع فاسدا ، لان المسمى مجهول الجنس والقدر والصفة ، وكذلك فان الناس يتفاوتون في المبايعة من بين مسامح ومستعص ، واذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال (٣) .

البيع بحكم أجنبي أو أحد المتبايعين :

واذا ترك تقدير الثمن الى أحد المتبايعين ، بـــأن قال له اشتريت منك هذه السلعة بماتحكم بها من الثمن فان هذا البيع لايجوز ، أوبمايحكم به الاجنبي ، اوبماترضى بـه أنت أوبمايرضى به الاجنبي فيقول له البائع بعتك بذلك ثم يحكم البائع أوالاجنبي بثمن يذكره

---

(١) البحر الرائق ٥ : ٢٩٧ ، وفتح القدير ٥ : ١٨٥ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٥ ، ٥٦ .

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣ : ٧ .

أويقول البائع رضيت بأن يكون الثمن كذا فلايجوز البيع (١) .

أما الاماميه فقد ورد عنهم رواية شاذة بجواز تحكيم المشتري والحكم ملزم لـه بالقيمة ومازاد (٢) .

(١) ويذكر الدسوقي تفريقا بين الحكم والرضا : أن الحكم يرجع للالزام بمعنى أن الحكم يلزمها الثمن الذى حكم به جبرا عليها بخلاف الرضا فانه لايلزمها الثمن الذى رضيه ، بل ان رضيا به فبها ونعمت ، وإلا رجعا عن ذلك الثمن لمايرضيان به وليس له الالزام ، وهذا القول لايتأتى قول المصنف بالالزام لان مراده بالزام لأصل العقد واما الثمن فقد يكون موقوفا على مايرضيان به ، وانما جمع المصنف بين الحكم والرضا نظراً لكون العاقد قد يعبر بهذا ، وقد يعبر بهذا فاندفع مايقال كان الاولى حذف الرضا لان الحكم أخص منه فيلزم من الحكم بشي ، الرضا به فتأمل : الدسوقي على الشرح الكبير : ٥٦ والاصل لمحمد بن الحسن الشيباني : ٨٩ والمنتقى للباجى ٥ : ٤١ والقوانين الفقهيه لابن جزيء ٢٤٨ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨٥ .

المطلب الخامس

بيع التولية والمرابحة والوضيعة والمسترسل

تمهيد :

هذه الانواع من البيوع تسمى بياعات الامانة فقد جعل الشارع لها سياجامن الحرمة لكي يفرض على الناس الامانة في التعامل الى أبعد المدى ولايسمح فيها بأي غش أوخداع ومن كذب فيها يعتبر خائنا وغاشا وغارا ، وجعل الشارع هذه البياعات لافساح السبيل لمن قلت خبرته في التعامل ، وأن يتوقى غش الناس وخداعهم بأن يتبايع معهم على ضوابط وحدود مرسومة من قبل الشارع ، ومن تجاوزها يعتبر مغررا . وهكذا يتقدم الفقهالاسلامي لمعونة من هوفي حاجة الى الحماية يدفع عنه الاذى ويرفع عنه الغبن .

وهذه البياعات جعل مردها الى ضمير البائع يحتكم اليه ومراقبة الله والخوف من يوم تفتضح الناس بأعمالهم فلا ينفع فيه مال ولا بنون مما يجعل المشتري يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هـذه السلعة . فاما أن يعطيه نفس المبلغ الذي اشترى السلعة به ويسمى هذا البيع بالتولية،واما أن يزيده مقدارا معلوماً من الربح ويسمى مرابحة ، واما أن ينقصه عن الثمن الذي اشترى به السلعة ويسمى البيع وضيعه ، واما أن يشركه في السلعة اذا أخذ جزءا منها بما يقابله من الثمن ويسمى اشراكا .

وعلى هذا فان مدار هذه البياعات كلها على معرفة رأس المال هذه السلعة وهو الأساس الذي تقوم عليه هذه الصفقة ، ولذلك فلا بد للبائع من أن يفضي بكل ما تقتضيه الامانة ونزاهة التعامل من بيان وتفصيل ، ومن المعلوم أن المشتري انما يعقد الصفقة على أساس نزاهة البائع وأمانته ولا يرضى عنها بديلا ، فان اختلت أمانـة البائع انتقضت الصفقة ، لأنه وثق بأمانته ، فجرد الكذب منه يكون غشاً وغررا ويزعزع التعامل في أساسه ،ولذا فانه يطلب من البائع أن يدلي ببيان مفصل عن الثمن من حيث انه مؤجـلا أو معجلا ،

منجما أو مقسطا ، نقدا أو مقابل دين عليه ، وهل كان هذا الشراء عن طريق المماكسة أو عن طريق المصالحة وهل بقيت السلعة على ما كانت عليه وقت الشراء أم أنه تغـير ، وهل كان التغير نتيجة لعمل منه أو من غيره أو أنه كان قضاء وقدرا . ؟

والبيع هذا اما أن يكون قبل نقد الثمن أو بعد نقد البائع الثمن فـان كان قبل النقد ، فقد اختلف الفقهاء فيها .

فعند الشافعية : من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس مالها أو أقل منه أو أكثر مـن البائع وغيره قبل نقد الثمن وبعده .

أما مالك وأبو حنيفة وأحمد : فلا يجوز بيعها من بائعها بأقل من الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في البيع الأول .

وكره ابن عباس وابن عمر بيع المرابحة ، ومنع البيع اسحق بن راهويه (١) .

---

(١) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١ : ١٧٦ .

الفرع الأول

بيع التولية

وعند الحنفية أن التولية هو نقل ما ملكه بالعقد الاول من غير زيادة ربح وبيع التولية جائزة بالنص كما يلي :

١) عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ قال : التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به (١) .

٢) وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير ثمن فلا(٢).

أما التولية بأن يقول البائع للمشتري وليتك هذه السلعة بما اشتريتها أو بما قامت علي ، أو يقول المشتري ولني سلعتك بما قامت عليك أو بما اشتريتها فهذه فاسدة لا تجوز لجهالة الثمن ، أو أن المشتري أو البائع خصص مقدارا من الربح أو نقيصة عن رأس المال مجهول .

أما اذا اطلع المشتري على خيانة في التولية أسقطها من الثمن عند أبي حنيفة ولا خيار له ، وقال أبو يوسف رحمه الله يحط وقال محمد رحمه الله يخير ، وحجة محمد رحمه الله ، أن الاعتبار ليس الا للتسمية ، لأن الثمن به يصير معلوماً وبه ينعقد البيع ولا خيار له في الثمن الأول لانه لا يتعلق الانعقاد به ، وانما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة وبفوات هذا الوصف فانه يتخير لظهور أن الثمن ليس ذاك . (٣)

---

(١) فتح القدير ٥ : ٢٥٣ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

(٣) الهداية مع فتح القدير ٥ : ٢٥٤ وانظر بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٦ .

وجه قول أبي يوسف : أن الثمن الاول أصل في بيع التولية فاذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت تسميته وبقي العقد لازما بالثمن الباقي .

ولأبي حنيفة : أن الخيانة في التولية تخرج العقد عن كونه تولية، لان التولية بيع بالثمن الاول من غير أن يكون في رأس المال زيادة أو نقصان ، وبالخيانة قد ظهر النقصان في الثمن الاول ، فلو أثبتنا الخيار لأخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة ، وهذا انشاء عقد آخر لم يتراضيا عليه، وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقي(١).

وعند المالكية أن بيع التولية يجوز مطلقا الا في الطعام قبل قبضه ، ويشترط في صحة التولية عندهم أمران : أ ــ أن يقدر دين بأن يعلم قدره لانه ثمن للمصير (بالفتح):
ب ــ الانجاز لقبض ما تصيرا .

وعلى هذا بالنسبة للشرط الأول أنه إذا لم يعرفا معاً أو أحدهما قدر الدين لم يجز ، لأنه مبايعة فلا يجوز مع جهل العوضين أو أحدهما . ومفهوم الشرط الثاني : أنه ان تأخر القبض للشيء المصير ولو لبعضه، لأن الصفقة اذا بطل بعضها بطلت كلها، وكذلك اذا كان المصير غير معين كأن يصير له في الدين الذي عليه عرضا أو حيوانا أو طعاما موصوفا فيمنع (٢).

أما اذا كانت التولية بأن وليت شخصاً ما اشتريت من السلع بمثل الثمن الذي اشترى به ولم تذكر له ثمنا ولا مثمنا فانها تجوز ان لم تلزمه المبيع وللمشتري الخيار اذا رآه وعلم الثمن وسواء كان الثمن عينا أو عرضا أو حيوانا وعليه مثل صفة العرض ، لان التوليه مبناها على المعروف تلزم المولى (بالكسر) ولا تلزم المولى (بالفتح) الا برضاه (٣) .

وعند الشافعية : اذا اشترى شخص شيئا بمثلي ثم قال : ــ بعد قبضه ولزوم العقد وعلمه بالثمن قدرا وصفة ، ولو طرأ علمه له بعد الايجاب وقبل القبول كما قال الزركشي سواء كان باعلامه أو غيره ــ وليتك هذا العقد بما اشتريت أو سكت ، أو وليتك فقبل لزمه مثل الثمن جنسا وقدرا وصفة .

وعلى هذا لو كان الثمن مؤجلا ثبت في حقه مؤجلا بقدر ذلك الاجل من حين التولية وان حل قبلها لا من العقد ، وأما المتقوم فلا تصح التولية فيه الا بعد انتقاله للمتولي ليقع على عينه (٤) .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ٢٢٦ .
(٢) البهجة في شرح التحفة ٢ : ١٥٠ ، ١٥١ .
(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٥٨ .
(٤) نهاية المحتاج للرملي ٤ : ١٠٦ــ١٠٨ .

وعقد التولية بيع في سائر شروطه كالتقابض في الربوي والقدرة على التسليم ، لان حد البيع صادق عليه وترتب عليه جميع أحكام البيع ، وللمولى مطالبة المتولى بالثمن مطلقاً وهو كذلك .

وعقد التولية عند الشافعية لا يحتاج الى ذكر الثمن بل يكفي العلم به عن ذكره ، لأن خاصيته البناء على الثمن الاول وان لزمه أحكام البيع ، ولو حط عن المولى بعض الثمن انحط عن المولى (بفتحها) لان خاصة التنزيل عن الثمن الاول ، واذا كان الحط لبعض المبيع قبل التولية لم تصح الا بالباقي ، أما لو كان الحط للكل قبل التوليه ولو بعد اللزوم أو بعد التولية وقبل لزومها لم تصح لانها بيع بلاثمن.

ما لو كان الحط لكل الثمن بعد التولية وبعد لزومها أصحت وانحط الثمن عن المتولى لانها في حق الثمن كالبناء وفي حق الملك كالابتداء حتى تتجدد فيه الشفعة .

قال ابن الرفعة (وظاهر كلامهم أنه لا فرق في التولية بين كون الثمن حالا وكونه مؤجلا وفيما اذا كان الثمن مؤجلا ووقعت بعد الحلول نظر ، فيجوز أن يقال يكون الأجل في حق الثاني من وقتها وان يقال يكون من حين العقد الاول فيلزمه الثمن حالا ، والأول أشبه لأن الأجل من صفات الثمن ، وقد شرطوا المثلية في الصفة) (١) .

وعند الحنابلة : التولية هو البيع بمثل الثمن الذي اشترى به من غير نقص ولا زيادة ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية لأنه منفرد بمعناه (٢) فيقول البائع وليتكه أو بعتكه برأس ماله أو بما اشتريته به .

وعند الامامية : هي اعطاء المتاع برأس المال فيقول أوليتك و بعتك وشبهه فيقول قبلت التولية أو البيع ،وهي نوع من البيع ولا خلاف في جوازه ، الا أنه اذا اشتراه بعرض لم يجز التولية بل لا بد أن يكون الثمن مثلياً ليأخذ المولى ثمن ما بذله (٣) .

وعند الشيعة الامامية : التولية كالمرابحة في جميع مامر الا أنها بغير زيادة بل بالثمن الأول ، وتنعقد التولية بلفظ البيع كما ان البيع ينعقد بلفظ التولية ، ويجوز ضم المؤن كما مر. والخيار يثبت فيما اذا ظهر فيها الخيانة الا أنه يكون في الباقي ،مثال التولية عندهم أن يقول وليتك ويقبل الآخر ولو لم يذكر الثمن لانه في حكم المنطوق به ، والخيانة في العقد

---

(١) مغني المحتاج ٢ : ٧٦ ــ ٧٧ .

(٢) الكافي ٢ : ٩٩ والمغني لابن قدامه ٤ : ١٣٢ .

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٤٩٣ ، ٤٩٤ وشرائع الاسلام ١٧٨ .

هي عدم التبيين لأي أمر، كما لواشترى ذلك بأكثر من قيمته رغبة منه ولم يبين أو اشتراه مؤجلا ثم باعه معجلا ، او أن المبيع قد تغيب عنده أو نقص أو كان الشراء ممن يحابيه كولده ، أو تقدم عهد المبيع ولم يبين هذه الامور للمشتري فان هذه الامور خيانة توجب الخيار للمشتري في المبيع الباقي،فاما أن يرضى بذلك ولا أرش أو يفسخ التولية ولا أرش في البيع الثالث (١) .

وعند الاباضية : فقد ذكروا التولية بأنها تصيير الشيء قريبا من غيره أو متصلا حسا أو معنى ، وهذا من ناحية اللغة .

ومن ناحية الاصطلاح : تصيير مشتريا ما اشتراه لغيره من بائع أو غيره بمثل ثمنه في الجنس والمقدار لا بما خالف جنسه ولا بأقل ولا بأكثر ،والتولية عند الاباضية ليست بيعا .

ومفهوم التولية : أن يجعل المشتري تاليا للأمر الذي تولاه من بائعه وكأنه قال : جعلتك قائما بمنزلتي في الشيء الذي اشتريته من فلان أو من غيري (٢) .

---

(١) البحر الزخار ٣ : ٢٧٩ والازهار ٣ : ١٦٣ والتاج المذهب ٢ : ٤٧٤ :

(٢) شرح النيل ٤ : ٥٢٩ ـ ٥٣٠ .

الفرع الثاني

بيع المرابحة

معنى بيع المرابحة :

بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح (١) الا أن الاباضية تجيز المرابحـــة وان خالف رأس المال .

شرائط بيـــع المرابحة :

وعند الحنفية :

١) أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني ، لأن المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الأول شرط صحة البياعات ، فـاذا لم يكن الثمن الاول معلوما فالبيع فاسد الى أن يعلم في المجلس فيختار المشتري ان شاء وعندئذ يجوز البيع وان اختار الترك فالبيع يبطل، والفساد انما يكون لجهالة الثمن ، وأما ثبوت الخيار فلخلل الرضا لأن الانسان قد يرضى بشراء شيء بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن ، وعدم المعرفة يختل رضاه وبهذا الاختلال يوجب الخيار ، واذا حصلت المعرفة بعد التفرق عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد .

٢) أن يكون الربح معلوماً ، لأنه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات(٢)

٣) أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال ، لأنه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه

---

(١) البدائع ٥ : ٢٢٠ والشرح الصغير للدردير على هامش بلغـــة السالك ٢ : ٧٧ ومغني المحتاج ٢ : ٧٧ وكشاف القناع ٣ : ٢٣٠ وشرح النيل ٤ : ٥٨٣ والتـــاج المذهب ٢ : ٤٦٨ ، ومفتاح الكرامة . ٤ : ٤٨٦ والدسوقي على الشرح الكبير ٢ : ١٥٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٠ والحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٢ .

بالقيمة وهي مجهولة ، والمراد بالمثلي : الكيلي والوزني والمعدود المتقارب . ويذكر ابن نجيم أن عبارة المجمع أولى وهي (ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثلياً أو مملوكاً للمشتري والربح مثلي معلوماً) (١) فالمثلي تصح المرابحة فيه سواء كان الربح من جنس رأس المال في المرابحه أو من خلاف جنسه بعد أن كان الثمن الاول معلوماً والربح معلوماً ، أما إذا كان رأس المال مما لا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مرابحة، لأنه اما ان يقع البيع على غير ذلك العرض ، واما أن يقع على قيمته وعينه ليس في ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن لاختلاف أهل التقويم فيها .

٤) أن لا يكون الثمن في العقد الأول مقابلا بجنسه من أموال الربا ، لأن المرابحه تكون بالثمن الأول وزيادة جزء معين والزيادة في أموال الربا تكون ربا لا ربحاً .

أما اذا كان الربح من خلاف الجنس فلا بأس بالمرابحة ، كمن اشترى ديناراً بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز لأن المرابحة بيع بالثمن الأول .

٥) أن يكون العقد الأول صحيحاً فإن كان فاسداً لم يجز بيع المرابحة ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة والبيع الفاسد وان كان يفيد الملك بعد القبض لكن انما يكون بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية (٢) .

رأس المال وما يلحق به :

فرأس المال ما لزم المشتري بالعقد لا ما نقده بعد العقد لأن المرابحة بيع بالثمن الأول (٣) والثمن الأول هو ما وجب بالبيع ،فأما ما نقده بعد البيع فقد وجب بعقد آخر لا بالعقد الأول فيأخذ من المشتري الثاني الواجب بالعقد لا المنقود ، فلو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ونقد مكانها ديناراً أو ثوباً فرأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب .

والذي يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق الغنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب اعتباراً للعرف ، لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس

---

(١) البحر الرائق ٦ : ١١٨ والبدائع ٥ : ٢٢١ والمنتقى ٥ : ٥٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٢ .

(٣) ومعلوم عند الحنفية أن ما زاد أو نقص بعد العقد فانه يلتحق بأصل العقد ، والمراد هنا الثمن المتفق عليه لا ما دفعه بدله .

المال ويعدونها منه ، الا أن البائع لا يقول اشتريته بكذا بل يقول قام على بكذا لأن الأول كذب والثاني صدق ، وما جرت عادة التجار عدم الحاقه به لا يلحق برأس المال كأجرة الراعي والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الآبق والفداء عن الجنايه وما أنفق على نفسه وعلى الرقيق من تعليم وصناعة أو قرآن أو شعر (١) .

وعند المالكية فلهم في ذلك تفصيل جميل حيث ذهب اليه ابن رشد الحفيد فقسمه الى ثلاثة أقسام :

١) يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ .

٢) يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وهو الذي لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التي توضع فيها .

٣) لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح ، وهو ما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمرة والطي والشد .

وقال أبو ثور : لا تجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط ويفسخ عنده ان وقع قال لأنه كذب باعتبار أنه يقول للمشتري ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك وهو من باب الغش (٢) .

وعند الشافعية لا بد من الاخبار بالثمن مع نفس العقد ، وعندئذ فلا يخلو حال البائع من ثلاثة أحوال :

١) اما أن يكون أراد الاخبار بالثمن وحده وكان قدره مائة درهم فله الاخبار عنه باحدى ثلاث عبارات : اما أن يقول اشتريته بمائة درهم ، أو يقول رأس مالي فيه مائة أو يقول قام علي بمائة فبأي عبارة من هذه العبارات الثلاث عبر عنه جاز .

٢) أو أراد الاخبار بثمنه وبمؤونته لزمت عليه من صبغ أو قصارة أو علوفة ماشية أو أجرة حمولة كأن اشتراه بمائة درهم ولزمته مؤونة الصبغ أو القصارة عشرة دراهم فله

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٢ – ٢٢٣ .
(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٣١ ، ٢٣٢ .

أن يخبر عن المبلغ باحدى العبارات الثلاث: وهو أن يقول قائم علي بمائة وعشرة دراهم، ولا يجوز أن تقول اشتريته بمائة وعشرة ولا أن تقول رأس مالي فيه مائة وعشرة ، لأن رأس المال في المبيعات عرفاً هو الثمن الذي عقد به البيع .

٣) وان أراد الاخبار بثمنه مع عمل عمله فيه بنفسه مثل أن يشتريه بمائة ويقصره بنفسه قصارة قدر أجرتها عشرة لم يجز أن يخبر فيه باحدى هذه العبارات الثلاث فلا يجوز أن يقول اشتريته بمائة وعشرة ولا رأس مالي فيه مائة وعشرة ، ولا يقول قام علي بمائة وعشرة ، لأن عمل الانسان لنفسه لا يقوم عليه ، وانما يقوم عليه عمل غيره ، ولذلك فليس له أن يخبر باحدى العبارات الثلاث بل يقول : اشتريته بمائة وعملت فيه بنفسي عملا يساوي عشرة ، وأربح في كل عشرة واحداً فيسلم من الكذب ويصل الى الغرض) (١) .

جعل الربح بنسبة واحد في العشرة :

وعند الحنفية اذا باع الثوب بربح ده يازده (٢) أي العشرة بأحد عشر لم يجز البيع إلا أن يعلم الثمن في المجلس فيخير (٣) أما ان كان العوض مثلياً أو العوض قيمياً مملوكاً ،والربح معلوماً قيمياً مشاراً اليه فانه يصح البيع لانتفاء الجهالة ، وعلة عدم الجواز أنه باعه برأس المال ببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال .

فاذا كان الثمن الأول عشرين كان الربح بزيادة درهمين وان كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم فهذا يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه .

أما اذا كان رأس المال قيمياً مملوكاً للمشتري فلا يجوز لجهالة الربح ، واذا كان الربح شيئاً مشاراً اليه مجهول المقدار فانه يجوز (٤) .

والحاصل : أنه اذا كان الثمن في العقد الأول قيمياً كالثوب مثلا كان ملكاً للمشتري فباع المالك المبيع من المشتري بذلك الثوب وبربح ده يازده فهذا لايصح ، لأنه يصير كأنه

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(٢) ولفظ ده بفتح الدال وسكون الحاء اسم للعشرة بالفارسية ويا زده بالياء المثناه ، وسكون الزاي اسم أحد عشر بالفارسية (ابن عابدين ٥ : ١٣٥ والبحر ٦ : ١١٨) .

(٣) الدر المختار شرح تنوير الابصار ٥ : ١٣٥ .

(٤) البحر الرائق ٦ : ١١٨ .

باعه المبيع بالعبد وبعشر قيمته ، فيكون الربح مجهولا ، لان القيمة مجهولة ولأنها انما تدرج بالحذر والتخمين ، بخلاف ما اذا كان الثمن مثلياً والربح ده يازده فانه يصح (١) .

وعند المالكية : اذا قال بربح العشرة أحد عشر فمعناه عند المالكيه أنه يزيد على ماله ربح عشرة ، فاذا كان الأصل مائة زيد عيها عشرة ، وان كان مائة وعشرين زيد عليها اثنا عشر ، والحاصل أنه ينسب ذلك الزائد على الأصل كالعشرة اليه وبتلك النسبة يزادعلى الثمن ، وليس المراد أن يزيد على العشر أحد عشر بحيث يبقى اذا كان الثمن عشرة أحدا وعشرين واذا كان الثمن عشرين يصير أثنين وأربعين (٢) .

وعند الشافعية من باع مرابحة بربح واحد في كل عشرة وأخبر أن الثمن مائة درهم فأخذه المشتري بمائة وعشرة دراهم ، فالبيع صحيح ، وان تذكر البائع أنه غلط في الثمن وأنه كان اشتراه بتسعين درهماً فالبيع صحيح وقد أبان البائع عن أمانته وللمشتري أن يأخذ المبيع بتسعين وحصتها من الربح فيكون تسعة وتسعين درهماً ويرجع على البائع بالنقصان وحصة من الربح وذلك أحد عشر .

والمذهب عند الشافعية أن لاخيار للمشتري فيه ، وهناك رأي آخر وهو : أن له الخيار في الفسخ أو البقاء . فاذا أخذه المشتري بالتسعين وحصتها من الربح ، فرأي الشافعي أن يأخذه بالعقد الأول ، وقال بعض أصحابنا ، بل يأخذه بعقد مستأنف وهذا غلط ، لأنه لو أخذ بعقد مستأنف لبطل العقد الاول ولافتقر الى اشتراط قدرالربح فيه كما افتقر اليه في الأول (٣) .

وعند الحنابلة من قال رأس مالي فيه أو علي بمائة بعتك بها ، وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ، أما اذا قال بعتك برأس مالي فيه وهو مائة ، وأربح في كل عشرة درهماً ، أو قال ده يا زده أو ده وازده فقد كرهه أحمد وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار .

وروى عن اسحق أنه لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد ، كما لو باعه بما يخرج

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ١٣٥ .
(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٦٢ ، ١٦٣ وجواهر الاكليل : ٢ : ٥٦ .
(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٦ : ٣٨٧ .

به في الحساب ، لأن فيه نوعاً من الجهالة والتحرز عنها أولى لأنـــه لا يمكن ازالة الجهالة بالحساب .

أما سعيد بن المسيب وابن سيرين ، وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر فقدرخصوا فيهلأن رأس المال معلوم فكأنهقال: وربح عشرةدراهم(١).

أما الظاهرية فقد ذكر ابن حزم على أنه لا يحل أن تربحني للدينار درهمـــاً ولا على أني أربح معك فيه كذا وكذا درهماً فإن وقع فهو مفسوخ أبدا ، وبدون ذكر هذا الشرط وأخبره البائع بأنه اشترى السلعه بكذا وكذا وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا فقد وقع البيع صحيحاً . وقد استدل على أنه لا يجوز البيع على أن تربحني كذا ، بأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل والعقد به باطل وكذلك أيضاً فانه بيع بثمن مجهول لأنهما انـــما تعاقدا البيع على أنه يربح معه للدينار درهماً فهذا بيع الغرر الذي نهى عنه رسول الله ﷺ والبيع بثمن لا يدرى مقداره .

أما إذا سلم البيع من هذا الشرط فقد وقع العقد صحيحاً بأن أخبره البائع بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا فقد وقع البيع صحيحاً فإن وجده قد كذب فيما قال لم يضر ذلكالبيع شيئاً ولارجوع له بشيء أصلا الا من عيب فيه أو غبن ظاهر كسائر البيوع .

وقد استدل ابن حزم على عدم الجواز بما يأتي :

١ ــ عنابن عباسأنه كره بيع ده وازده،ومعناه أربحك للقسمة اثني عشروهو بيعالمرابحة

٢ ــ عن ابن عباس أنه قال : هو ربا .

٣ ــ عن ابن عمر أنه قال : بيع ده وازده ربا .

٤ ــ قال عكرمه : هو حرام وكرهه الحسن ومسروق (٢) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٣٦ .

(٢) المحلىلابن حزم ٩ : ١٤ .

الفرع الثالث

الوضيعة

الوضيعة تكون بنقيصة عن رأس المـــال ، ومـــا يشترط في المرابحة يكـــون في الوضيعة (١) .

جعل الوضعية نسبة معينة :

يقول ابن نجيم : (من اشترى ثوباً وباعـه بوضيعة ده يا زده على ثمنه فيكون الثمن تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءا من درهم والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم . وطريقة بيانه : اجعل كل درهم على أحد عشر جزأ فيصير العشرة مائة وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ ثم أطرح من كل سهم جزأ فيكون المطروح عشرة يبقى مائة جزء وذلك تسعة دراهم وعشرة أجزاء من أحد عشر حزأ من درهم .

وان بـــاع الثوب بوضيعة ده يا زده فالثمن ثمانية دراهم وثلث درهم والوضيعة درهم وثلثا درهم (٢)) .

وكذلك المالكية فـــان الوضعية من الأصل ، ان شرطت فكا لمرابحه بالنسبة الى الأصل ، فاذا وقع البيع على أن ربح العشرة واحدة بزيادة عشر الأصل فتصير العشرة أحد عشر فكذلك الوضيعة والاسقاط ، فاذا وقع العقد على أن الوضيعة والاسقاط عشرالأصل ينحط الأحد عشر الى عشرة فينقص منها جزأ من أحد عشر فتصير الأحد عشر عشرة كما صارت العشرة في مرابحة الزيادة أحد عشر هذا ما يفهم منها عرفـــاً لأنها حقيقة عرفية لا لغوية (٣) .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ١ : ٢٠٣ والحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٧ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ١١٨ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٦٣ وجواهر الاكليل ٢ : ٥٧ .

والشافعية تجيز الوضيعة كالمرابحة الا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في كيفية الحكم في حساب المخاسرة ، فمن قال شراء هذا الثوب على بمـائة درهم وقد بعتك مخاسرة بنقصان العشرة واحد فهذا جائز لانهما قد عقداه بمـا يصير الثمن به معلوما بعد العقد وان كان مجهولا حال العقد .

والذي علية الجمهور من فقهاء الشافعية : أنه يرد كل أحد عشر درهمـا من رأس المال الى عشرة دراهم فيصير آخذا لهذا الثوب بأحد وتسعين درهما الا جزأ من أحد عشر جزءاً ، قالوا وانما ردت الأحد عشر الى العشرة من المخاسرة كما ردت العشرة الى الأحد عشر في المرابحة ، وقال بعض الأصحاب : بل يرد كل عشرة من رأس المـال الى تسعة فيحط من الثمن العشر ويصير آخذاً لهذا الثوب بتسعين درهما ، وحجتهم في ذلك أنه لما وجب في المرابحة أن يزاد على كل عشرة واحد وجب أن ينقص في المخاسرة من كل عشرة واحد وهذا قول بعض العراقيين (١) .

والذي أراه فيما بين المذهبين في المذهب الشافعي ، أن ينظر الى لفظ العقد ، فـان قال وأخسر لكل عشر واحداً ردت الأحد عشر الى عشرة كمـا قاله الأولون ، وان قال وأخسر من كل عشرة واحدا ردت العشرة الى تسعة كما قاله الآخرون ، لأن لفظة يقتضي اخراج واحد من العشره .

والحنابلة كالشافعية والحنفية في الحساب ، وحكى عن أبي ثور أنه قال : الحط ههنا عشرة مثل الأولى وهذا ليس بصحيح ، لأنه اذا قال : لكل عشرة درهما فالدرهم يكون من غيرها فكأنه قال : من كل أحد عشر درهما ، واذا قال : من كل عشرة درهما كان الدرهم من العشرة لأن (من) للتبعيض فكـأنه قـال : آخذ من العشرة تسعة ، وأحط منها درهما (٢) .

والامامية كالجمهور في هذا فـاذا قال : بعتك بمئة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون ، وكذلك لو قال : مواضعة العشرة ، ولو قال : من كل أحد عشر كان الثمن أحدا وتسعين الا جزأ من أحد عشر جزء من درهم (٣) .

---

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٧ .

(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ١٤٣ .

(٣) شرائع الاسلام ١٧٨ .

الفرع الرابع

بيع الإسترسال

وفي صدد بيع الأمانات من المرابحة والتولية والوضيعة التي مردها الى خلق البائع وأمانته نجد بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن ، وفي هذا العقد فان المشتري يكشف عن حاله ونفسه وأنه لا خبرة له ولا دراية فيما يتعامل به وأنه يستأمن البائع ويطلب منه النصح بل يسترسل الى نصحه ، ويطلب اليه أن يبيعه أو يشتري منه كما يبيع الناس أو يشتري منهم . فالأساس في هذا البيع انما هو السعر الموجود عند الناس وليس الأساس هو رأس المال كما في التولية والمرابحة والوضعية ، وهذا العقد ، اذا غشه المتعاقد معه أوأنه لم يصدقه فكذبه وجب للعاقد الآخر خيار الرد .

قال ابن حبيب : ان الاسترسال انما يكون في البيع بأن يقول الرجل للرجل بعني كما تبع الناس، وأما في الشراء فلا (١) .

أما موجب الرد ، هو جهل البائع أو المشتري وكذب الآخر عليه ، فاذا لم يكن جهل فلا رد (٢) .

ويذكر الدردير حكم بيع الاسترسال بقوله : (الا أن يستسلم أحد المتبايعين لصاحبه، بأن يخبره بجهله كأن يقول المشتري أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعني كما تبيع الناس ، فقال البائع هي في العرف بعشرة فاذا هي بأقل أو يقول البائع أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس ، فقال هي في عرفهم بعشرة فاذا هي بأكثر ، فللمغبون الرد على المعتمد ، بل باتفاق ، وذكر الشيخ فيه التردد معترض بأنه لم يخالف فيه أحد ، وانما

---

(١) الحطاب ٤ : ٤٧٠ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٤١ .

الخلاف في الغبن من غير استسلام اذا كان المغبون جاهلا ، فان كـان عارفا فلا قيام له اتفاقاً . فان استسلم الجاهل فالرد متفق عليه ، بل حكى ابن رشد عليه الاجماع ، فحكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين) .

وبهـذا يكون الدردير قد لخص المذهب المالكي تلخصيا واضحـا : اذا كـان المغبون (١) عارفا فلا رد اتفاقا ، وان كان جاهلا غير مستسلم فالرد فيه خلاف، وان كان جاهلا مستسلماً فالرد متفق عليه (٢) .

وفي المذهب الحنبلي : (الصورة الثالثة من خيار الغبن) المسترسل : اذا غبن الغبن المذكور ، يعني اذا غبن غبنا يخرج عن العادة ، كما ذكرنا في تلقي الركبـان والنجش ، يثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء . وبه قال مالك ، قال ابن أبي موسى وقيل قد لزمه البيع ولا فسخ له ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد ، كغير المسترسل وكالغبن اليسير ، ولنـا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار ، كالغبن في تلقي الركبان . . .

فأما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعـالم بالعيب ، وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيـار ، لانه انبنى على تفريطه وتقصيره ، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، قال أحمد : المسترسـل الذي لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذي لا يماكس ، فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه ، ولا حد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشـاد بالثلث ، وهو قول مالك لقول النبي ﷺ (والثلث كثير) وقيل السدس والأولى تحديده بما لا يتغابن الناس به في العـادة ، لان ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع الى العرف) (٣) .

وبهذا يتبين أن مذهب أحمد يشترط في الرد في بيع الاسترسال أن يكون هناك غبن فاحش ، وأما مذهب مالك فيكتفى بالغبن اليسير .

---

(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢ : ٦٨ وانظر الخرشي ٥ : ١٥٢ ـ ١٥٣ .
(٢) الآبي ٢ : ٤٩ ـ ٥٠ البهجة في شرح التحفة ٢ : ١٠٦ ـ ١٠٨ والقوانين ٢٦٤ .
(٣) الشرح الكبير على متن المقنع ٤ : ٧٩ وانظر الفروع ٢ : ٥٠٩ .

المطلب السادس

بيع العدل على أنه عشرة فبان خلافه[1]

وصورة هذه المسألة : أن يقول : بعتك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا وانما قابل المجموع بالمجموع ثم ظهر أن ما في العدل، أما أن يكون أحد عشرة ، واما أن يكون تسعة فالبيع فاسد .

علة الفساد :

١ ــ **جهالة البيع** : لأن الرائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والأثواب مختلفة من حيث الجودة والرداءة والثخانة وغيرها ، فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة .

٢ ــ **جهالة الثمن** : واذا نقص العدل الى تسعة فالثمن لا يقسم أجزاؤه على حسب أجزاء المبيع القيمي لانه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطا أو رديئاً ، وحينئذ لا تدرى قيمته بيقين حتى تسقط ، فكان الناقص من الثمن قدراً مجهولا فيصير الثمن مجهولا .

والمخلص من ذلك : أن يبين لكل ثوب ثمنا وعندئذ فان البيع يجوز في فصل النقصان لكون الثمن معلوماً ويبقى للمشتري الخيار أن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لأنه تغير شرط عقده .

أما في الزيادة ، فلا يجوز البيع لجهالة العشرةالمبيعة ، وروي عن أبي حنيفة أن البيع فاسد أيضاً في فصل النقصان (٢) .

---

(١) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل . عناية ٥ : ٩٤ .

(٢) الهداية مع العناية وفتح القدير ٥ : ٩٤ .

المطلب السابع

بعتك أحد هذه الاثواب الثلاثة بدون ذكر الثمن

وصورة المسألة : اذا قال بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار .

في هاتين المسألتين البيع فاسد ، لأن المبيع مجهول ، ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي . فاذا نظرنا الى هذا من ناحية القياس فالبيع فاسد ، واذا نظرنا اليه من ناحية الاستحسان فالبيع لا يفسد .

وجه القياس : أن المبيع مجهول (١) ، لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع .

وجه الاستحسان : مساس الحاجة الى دفع الغبن ، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك ، ونحن نؤيد هنا فساد هذا البيع من جهة جهالة الثمن .

أما جهالة الثمن : فلأن البائع اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا ، واذا كان المبيع وجد فيه أحد هاتين الجهالتين يمنع صحة البيع ، ففي اجتماعهما أولى .

وكذا اذا عين الثوب الذي فيه الخيار الا أنه لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ، وذلك لأن الثمن مجهول ، وكذلك يفسد البيع اذا بين ثمن كل ثوب منهما ولكن لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه لأن المبيع مجهول (٢) .

---

(١) أما جهالة المبيع فلأن العقد في أحدها بات وفي الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان المبيع مجهولا .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٦ — ١٥٨ .

المطلب الثامن

جهالة جملة الثمن في بيع مضاف الى جملة

ان جملة الثمن اذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف الى جملة فالبيع فاسد عند أبي حنيفة الا في القدر الذي جهالته لا تفضي الى المنازعة .

وهذه المسألة أن المبيع لا يخلو من أن يكون من المثليات ، كالمكيلات،والموزونات والعدديات المتقاربه،أوأن يكون من غيرها،من الذرعيات والعدديات المتفاوتة،ثم اما أن يسمي جملةالكيل والوزن والعدد والذرع في البيع واما أن لم يسم . فمن قال بعتك هذه الصبرة كل كيل بخمسة دنانير فقد اختلفت أئمة الحنفية في هذا البيع ، على أساس أن العقد وقع على كل الصبرة التي يراها المشتري الا أن البائع لم يذكر مقدار ما فيها من أكيال .

فأبو حنيفة يقول يصح في كيل واحد الا أن يسمي جملة جميع الأكيال التي فيها أو يسمي جميع ثمنها : لأنه تعذر الصرف الى الكل لجهـالة المبيع والثمن ، وعندئذ فينصرف الى الأقل وهو معلوم ، ولكن اذا زالت الجهالة بتسمية جميع الاكيال أو أنها زالت بالكيل في المجلس فثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري ان شاء أخذ وان شاء ترك ، وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفسـاد ، لأن جملة الثمن مجهولةحالة العقد جهـالة مفضية الى المنـازعه (١) فتوجب فسـاد العقد ، لأنه باع كل كيل من الصبرة بخمسة دنانير وجملة الاكيال ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة ، وكذلك الحكم في الموزون والمعدود والمذروع .

وانما جوز أبو حنيفة في كيل واحد ولم يجوزه في غير الأمثـال ، لأن المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية الى المنازعة ، ولذلك لا تكون مانعة من الصحة ، ألا

---

(١) جهالة تفضي الى المنازعة والاولى أن يقول جهالة تفضي امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد . حاشية سعدي جلبي على فتح القدير ٥ : ٨٨ .

ترى لو اشترى كيلا من هذه الصبرة ابتداء جاز ، فـاذا تعذر العمل بعموم كلمة (كل) صرفت الى الخصوص لانه ممـكن على الأصل المعهود في صيغة العـام اذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف الى الخصوص عند امكان الصرف اليه .

أما الأشياء المتفاوته فلا تصرف كلمة (كل) لأن جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية الى المنازعة وبيع واحد من هذه الاشياء لا يجوز ابتداء ، فتعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع في الكل (١) .

أما المذروعات : فلو قال بعت منك هذا الثوب ، أو هذه الأرض أو هذه الخشبه كل ذراع منها بدينـار فالبيع فاسد في الكل ان لم يسم جملة الذرعـان عند أبي حنيفة رحمه الله الا اذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس وعندئذ يكون في الخيار ان شـاء أخذ وأن شاء ترك . وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفساد .

وانما لم يصح هذا عند أبي حنيفة ولم يصحُ في واحد منها كما في الصبرة ، لأن جملة الثمن مجهولة حال العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فسـاد العقد ، لأنه لا يجوز أن يشتري واحد منها ابتداء ، بينما لو اشترى كيلا واحدا من الصبرة ابتداء جاز ، وأنه قد تعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع في الكل ، بخلاف الصـبرة حيث أمكن صرف العموم الى الخصوص .

أما الصاحبان : فان البيع يلزم في كل الصبرة كل كيل منها بخمسة دنانير سواء علم أو لم يعلم وكذلك الوزن الذي لاضرر في تبعيضه كالزيت والعددي المتقـارب كالجوز واللوز اذا لم يسم جملتها ، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول الى العلم بالمكيل ، والوزن ، والعدد ، والذرع ، فكانت هذه جهـالة ممكنة الرفع والازالة ، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع بوزن هذا الحجر ذهبا .

أما اذا حصل العلم للمشتري بعدد الجملة في المجلس واختار البيع ، فرق بين المعدود المتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون والمعدود المتقارب ، وأن الواحد والاثنين على الخلاف السابق ، لأن المانع جهـالة الثمن وهى محتملة الارتفاع والزوال بحصول العلم بالمجلس فكان المانع يحتمل الزوال (٢) .

---

(١) بدائع الصنـائع ٥ : ١٥٨ ـ ١٥٩ والبحـر الرائق ٥ : ٣٠٧ — ٣٠٩ وفتح القـدير ٥ : ٨٨ — ٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ .

واذا علم في المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وههنا لا يجوز في الاثنين بلا خلاف لأن الجهالة لا تحتمل الارتفاع اصلا ، لأن ثمن كل واحد منهما مجهول لا يدرى كم هو (١) .

وعند المالكية ، فان جهل الثمن أو المثمن فلهم تفصيل في ذلك : اذا كان الجهل بالجملة والتفصيل معا فان هذه الجهالة تضر (٢) ، ولو كان الجهل بالتفصيل وعلمت جملته أيضاً (٣) .

أما اذا تعلق الجهل بالجملة فقط وعلم التفصيل لا يفسد المبيع كما اذا كان كل من الجملة والتفصيل معلوما كشراء صبرة معلومة القدر كل ذراع أو كيل منها بخمسة دنانير (٤) .

ويمكن أن تكون الأحوال أربع :

أ ـ علم الجملة والتفصيل .

ب ـ جهل الجملة والتفصيل .

جـ ـ جهل الجملة وعلم التفصيل .

د ـ جهل التفصيل وعلم الجملة .

قالت وانما يكون في حالتين ، في الجهل بها أو الجهل بالتفصيل فقط ، وبهذا يكون رأيهم كالصاحبين من الحنفية .

والشافعية كالمالكية من ناحية الجواز اذا علم التفصيل أو علمت الجملة قال الشيرازي : (وان قال بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة وعدد القطيع صح البيع ، لأن غرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة فاذا جاز بالعلم بالجملة جاز العلم بالتفصيل) (٥) .

والحنابلة : اذا قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح ، وان لم يعلما

---

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ .

(٢) كبيع ما في البيت أو حانوت أو ماوهب له أو ماورثه وهما لا يعلمان به . جواهر الاكليل ٢ : ٦

(٣) كعبدى رجلين بثمن معلوم مشترك بينهما في مقابله العبدين من غير بيان ما لكل عبد من المثمن المقابل لهما فجملته معلومة وتفصيله مجهول . جواهر الاكليل ٢ : ٦ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٥ وجواهر الاكليل ٢ : ٦ .

(٥) المهذب للشيرازى ١ : ٢٧٣ .

مقدار ذلك حال العقد ، وحجتهم في ذلك أن المبيع معلوم بالمشـــاهده ، والثمن معلوم لاشارته الى مايعرف مبلغه بجهله لا تتعلق بالمتعاقدين ، ويكون ذلك بأن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزانها فيعلم مبلغه فجاز ، كما لو باع مرابحة ما رأس ماله اثنان وسبعون لكل ثلاثة عشر درهما درهم ، فانه لا يعلم في الحال ، وانما يعلم بالحساب كذا ههنـــا ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع ، فصح كالأصل المذكور ، ويستدل على ذلك بمـــا روي عن علي رضى الله عنه (أنه آجـــر نفسه كل دلو بتمرة ، وجاء النبي ﷺ بالتمر) .

قال الخرقي : اذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز (١) .

وبهذا يكون رأى الأئمة الثلاثة كرأي الصاحبين ، ويوافقهم على هذا أيضـــاً بأنه يصح في الكل كرأي أبي يوسف ومحمد والشيعة الزيدية ، ويقول المرتضى : (فلو قال بعتك الصبرة كل من بدرهم صح اذ لا جهالة ، ويخبرُ لمعرفة قدر الثمن) (٢) .

والظاهرية تمنع هذا البيع ولا تجيز بيع جملة مجهولة القدر على أن كل صاع منهـــا بدرهم ، أو كل رطل منها بدرهم ، أو كل ذراع منها بدرهم ، أو كل أصل منها أو كل واحد منها بكذا وكذا ، وهكذا يكون عندهم في جميع المقادير والأعداد .

والذي يجوز عندهم من هذا فيما اذا علما جميعا مقدار ما فيها من العدد ، أو الكيل أو الوزن ، أو الذرع ، وعلما قدر الثمن الواجب في ذلك جاز ، وكذلك اذا بيعت الجملة كما هي ولا مزيد وكذلك اذا بيعت جملة على أن فيها كذا وكذا من الكيل أو من الوزن أو من الذرع أو من العدد فهو جائز ، فان وجدت كذلك صح البيع والا فهو مردود .

واستدلوا على البطلان ، بأن بيعها على أن كل كيل مذكور منها بكذا ، أو كل وزن بكذا ، أو كل ذراع بكذا ، أو كل واحد بكذا ، بيع بثمن مجهول لا يدرى البائع ما يجب له ولا المشترى ما يجب عليه حـــال العقد ، قال الله تعالى : (ولا تَأكُلُوا أمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالْبَاطِلِ إلا أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراض مِنْكُمْ) والتراضي انما يكون في المعلوم ، وغيره اكل مال بالباطل وبيع غرر ، فاذا علما جميعاً قدر ذلك عند العقد فهو تراض صحيح لا غرر فيه (٣) .

---

(١) المغني لا بن قدامة ٤ : ٩٧، ٩٨ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣٢٧ ـ ٣٢٩ .

(٣) المحلى لا بن حزم ٩ : ٢٠ ـ ٢١ .

والذي أراه أن عرف هذا الزمان في مثل هذا أن يتفق التاجران على سعر الكيل أو الواحد من الأعداد ثم بعد ذلك يبدأ الحساب ، فما كان بالكيل يكون بالكيل وما كان بالذرع فبالذرع وما كان بالعد فبالعد . والغالب أنه لا يقع منازعة في أصل العقد، وانما يقع في مماطلة المشتري دفع الثمن مما يفضي الى المنازعة ، حتى أن غير المثليات يحصل بهذه الطريقة ، وكثيراً ما نشاهد التجار الكبار يقفون في الأسواق في زماننا ثم يشترون قطيع الغنم أو البقر ، ويتفقان على سعر الواحد ويجري الاتفاق على (أن يعد الصغير قبل الكبير) حتى لا يطرأ نزاع على نوع الماشية ، اللهم هذه المسألة انما تكون في المشاهدة لا الغائبة لأن الغائبة يجري فيها حكم بيع العين الغائبة كما مر معنا .

ولذا فأرى أن رأى الصاحبين أولى بالقبول من رأي الامام أبي حنيفة وابن حزم ، وحجة الامام أبي حنيفة في حصول المنازعة بأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا والثمن غير معلوم مما يؤدي الى وقوع النزاع غير مستقيم ، لأن العادة في البياعات تسليم المبيع أولا وتسليم الثمن ثانيا . وبتحصيل تسليم المبيع يعرف مقدار الثمن فزال الغرر المفضي الى النزاع والله سبحانه وتعالى اعلم .

المطلب التاسع

البيع باناء لا يعرف مقداره وبوزون حجر لا يعرف مقداره

يجوز بيع المكيل باناء لا يعرف مقداره وبيع الوزني بوزن حجر لا يعرف مقداره إذا لم يحتمل الاناء النقصان والحجر التفتت كأن يكون من خشب أو حديد ، فان احتملها لم يجز ، وكذا لا يجوز البيع بوزن شيء اذا جف كالخيار والبطيخ ، لأن الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لأن البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم نادر وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة (١) .

وعن أبي حنيفة أنه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع كما اذا رأى الدهن في قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا .

أما أبو يوسف فقد روى عنه اشتراط كون مايوزن به لا يحتمل النقصان حتى يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك .

والكمال بن الهمام يرى أن هذا الرأي ليس بشيء فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل السلم ولاجفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما او يومين ممنوع ، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه ومدة السلم أقلها ثلاثة أيام وتأخير التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة ، لأن هلاكه ان ندر فالاختلاف في أن الحجر هو أو غيره والتهمة في الاناء ليس نادر (٢) .

---

(١) مجمع الانهر ٢ : ١٠ وملتقى الابحر وفتح القدير ٥ : ٨٧ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٧ .

ومثل هذا ملء قربة بعينها أو راوية من النيل ، فأبو حنيفة لا يجوزلأ ن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربه . وهناك رواية أخرى بجوازه بشرط اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقايين فلوملأ له بأصغر منها لايقبل أو راوية من المشتري يوفيه في منزله.

وعن أبي يوسف روايتان: الأولى: اذا ملأها ثم تراضيا جاز البيع وصار كما اذا باع الحطب ونحوه أحمالا لا يجوز، ولو حملة على القربة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني .

والرواية الثانية : يجوز في القرب مطلقاً (١) .

هذا وان من يجيز هذا البيع يشترط بقاء الاناء والحجر على حالها فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع لانه لا يعلم مبلغ ما باعة منه .

ويشترط أيضا بأن يكون الاناء لاينكبس بالكبس ولاينقبض ولاينبسط كالقصعة والخزف وأما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الحال استحسانا بالتعامل فيه(٢).

وعند المالكية لا يصح البيع للجهل بكمية المثمن وقدره وقدر الثمن اذ أن المالكية يشترطون كون الثمن والمثمن معلومين للبائع والمشتري . وجهل أحدهما كجهلهما على المذهب سواء علم العالم منهما بجهل الجاهل أو لا ، وقيل يخير الجاهل منهما اذا لم يعلم العالم بجهله ، أما اذا علم بجهله فسد البيع كجهلهما معا . ولذا فانه لا يصح البيع بزنة حجر مجهول أو صنجة مجهولة (٣) .

وعند الحنابلة يصح البيع اذا عقدا على ثمن بوزن صنجة وملء كيل مجهولين عرفا بشرط أن يعرفها المتعاقدان بالمشاهدة كبعتك هذه الدار بوزن هذا الحجر فضة ، أو بملء هذا الوعاء أو الكيس دراهم (٤) .

أما الشيعة الامامية فانهم لا يكتفون بمكيال مجهول كقصعة حاضرة وان تراضيا بها ، وكذلك الوزن كالاعتماد على صخرة معينة وان عرفاقدرها تخمينا ، أو كالا أو وزناه بعد ذلك ، ولا العد المجهول أيضاً بأن جعلا البيع على ملء اليد ، وأنة يجهل ما تشتمل عليه كما صرح بذلك كثير من المتأخرين للغرر المنهي عنه في ذلك كله وهو المشهور عندهم (٥).

---

(١) البحر الرائق ٥ : ٣٠٦ ، ٣٠٧ وفتح القدير ٥ : ٨٧ وكشف الحقائق ٢ : ٣ .

(٢) مجمع الانهر ٢ : ١٠ ودرر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٤٧ وغنية ذوي الاحكام في بغية درر الحكام ٢ : ١٤٧ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٥ .

(٤) مطالب اولي النهى ٣ : ٣٨ .

(٥) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٦ .

المطلب العاشر

الجزاف في الثمن

مـــن باع ذهبا بذهب جزافا لم يصح عند الشافعية ،وعند أبي حنيفة : ان علم المشتري والبائع التساوي بينهما قبل التفرق من المجلس صح البيع وان علما بعد التفرق لم يصح البيع، أما زفر من الحنفية فانه قال يصح سواء علما قبل التفرق أو بعد التفرق (١) .

أما البيع بصبرة الدراهم جزافاً فيه قولان عند الشافعية كما نقل عن الخراسانيين :

الاول : يكره لما فيه من الغرر وبه قال الشيرازي وهو الأصح (٢) .

الثاني : لا يكره البيع ويصح لانها مشاهدة (٣) ..

قال الشيرازي : لا،فان باعه بثمن معين جزافا جاز، لانه معلوم بالمشاهدة ويكره ذلك كما قلنا في بيع الصبرة جزافاً (٤) .

والذي يظهر عند الحنفية أن الثمن اذا كان جزافا فانه يصح اذا كان مشاهـــدا مشاراً اليه لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، أما اذا باع بجنسه مجازفة فـلا يصح اذا كان من الربويات لما فيه من احتمال الربا . فاذا انتفى التفاضل صح البيع ، ولذلك فانه يصح لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا ، وهـــو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتهـا فضة حتى وزنتها فيجوز (٥) .

---

(١) رحمة الامة في اختلاف الأئمة ١ : ١٧٠ .

(٢) المهذب ١ : ٢٧٣ والمجموع ٩ : ٣٤٣ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٤٣ .

(٤) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٣ .

(٥) فتح القدير ٥ : ٨٦ والبحر الرائق ٥ : ٢٩٤ .

والمالكية أن الجزاف بالدنانير والدراهم وكل ما كان مسكوكاً فلا يجوز بيع شيء منها جزافا ،لأن شأن المسكوك أن يعتبر عده ، ولذلك كان محل منع بيع المسكوك جزافا اذا كان التعامل به عددا أوعدداً ووزنا لقصدأفراده حينئذ المؤدي للمخاطرة والمقامرة،فان انفرد التعامل بالوزن جاز ، أما الحلي المكسر والمسكوك المتعامل به وزنا فقط يجوز بيعه جزافا (١) .

وعند الاباضية لا يصح بيع الجزاف فيما يجري فيه العدد في العادة أو بلامشقة كالنقدين فانه لا يصح فيه الجزاف وذلك ان قصد آحاده ، أما اذا لم يقصد آحاده جاز مجازفة وكيلا مثل أن يرضى بعرمة دراهم يراها ليعمل حليا وجاز كيلها لذلك أيضا (٢) .

وعند الشيعة الزيدية يصح الشراء بملء الكف دراهم وان لم يعلما عددها .

وقال بعضهم : لا يصح البيع لجهالة ، والرأي الصحيح عندهم أن الجزاف يصح لأنه يعلم بالمشاهدة ، ولذلك قال احمد بن المرتضى : (ويصح البيع جزافا حيث علماه جميعا أو جهلاه اجماعا ، اذا صار معلوما بالمشاهدة فان علم قدره أحدهما دون الآخر فسد عند بعضهم للغرر من العالم) . وقال بعضهم ان علم البائع دون المشتري فغرر والا فلا وقال بعضهم : لا غرر مع المشاهدة وان علم أحدهما (٣) .

والصحيح الذي أراه أن الثمن اذا كان مشاهدا فانه يصح عندهم الجزاف ، لأن المشاهدة تنفي الغرر .

الجهل بمقدار الثمن عند القانون :

تنص المادة (٤٢٣) في التقنين المدني على ما يأتي :

١ ــ «يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد» .

٢ ــ واذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري ، فاذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع الى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن

(١) الفواكه الدواني ٢ : ١٥١ ورسالة ابي زيد القيرواني ٢ : ١٥١ .
(٢) شرح النيل ٤ : ١٤٥ والعرمة : كمية من النقود بعضها فوق بعض لا يعرف مقدارها .
(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٢٠ .

تكون اسعاره هي السارية (١) .

فالقانون : يشترط ذكر الثمن في العقد اذا تضمن العقـد بيان الأسس التي سيحدد بمقتضاها فيما بعد بلا نزاع بين الطرفين : مثال ذلك : كما لو اتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن مساويا للثمن الذي اشترى به البائع او مساويا لسعر السوق في تاريخ معين أو للسعر الوارد في تعريفه الاسعار في يوم معـين ، أو مساوياً للثمن الذي سبق أن باع به البائع لشخص آخر ، ففي جميع هذه الحالات فانه يتم تحديد الثمن وفقاً لأسس مادية لا تثير أي نزاع بين الطرفين لأنها غير متوقفة على ارادة أحد منها ، وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي اشترى به البائع المبيع أمرا جوهريا لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أساسة الثمن الذي اشترى به المشتري المبيع من البائع .

أما أن يترك تحديد الثمن لمشيئة احد المتعاقدين فلا يجوز لأن المفوض اليه تقدير الثمن اذا امتنع عن التقدير فانه يبطل البيع ، وكذلك اذا ترك تحديـد الثمن بمحض اختيار المشتري ، فالعقد باطل لأن الشرط في هذه الحالة يعتبر ارادياً محضا .

والخلاصة أن البائع اذا قصد مجرد التأسيس على الثمن الأول وجب على المشتري قبول المبيع بحالته التي اشتراه بها وان يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق ، واذا كتم شيئا منها كان هذا تدليسا وجاز ابطال البيع (٢) .

أساس التقدير سعر السوق :

اذا اتفق المتعاقدان أن يكون الثمن هو سعر السوق ، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير بالرجوع الى سعر السوق من حيث الزمان والمكان وكان سعر هـذه السوق هو المعتبر ، أما اذا لم يبينا اية سوق فالمادة (٤٢٣) تُبـين أن المراد (سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري) .

واذا لم يكن في مكان تسليم المبيع سوق وجب افتراض أن النية قد اتجهت الى سعر السوق الذي يقضي العرف بوجوب الرجوع الى أسعاره ، والمقصود بالسوق هو كل مكان يجتمع فيه العرض والطلب على نطاق غرضين : (٣)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ : ٢٩ — ٣١ .

(٢) الوسيط السنهوري ٤ : ٣٦٧ — ٣٧٥ وشرح عقدي البيع والمقايضة للدكتور أنـور سلطان ١٦١ — ١٦٣ .

(٣) الوسيط ٤ : ٣٧٥ — ٣٧٨ .

أساس التقدير : السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين . ونصت المادة (٤٢٤) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« اذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما » (١) .

من المعلوم اذا لم يحدد المتبايعان الثمن أصلا كان البيع باطلا لانعدام ركن من أركانه ولكن قد يكون سكوتهما عن تحديد الثمن ينطوي على اتفاق ضمني على أن يترك تحديد الثمن الى السعر المتداول في التجارة ، ففي هذه الحالة يكون الثمن قابلا للتقدير لانه يرجع في تقدير الثمن الى سعر السلعة المتداول بين التجار سواء كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية .

وقد يكون سكوتهما عن تحديد الثمن بأن اتفقا ضمنيا على أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما فيرجع الى هذا السعر في تحديد الثمن ، مثال ذلك اذا كان بين المتعاقدين معاملات سابقة ودلت الظروف على انهما أرادا الأخذ بالسعر الذي جرى عليه التعامل بينهما كأن اعتاد أحدهما أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير اسعار السوق ، فاستمرار المورد لهذه السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه انهما متفقان ضمنا على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذي جرى عليه التعامل بينهما (٢) .

تقدير الثمن بمعرفة الغير :

أجاز القانون المدني المصري ترك التقدير لأجنبي يتفق عليه المتبايعان عند البيع لان الثمن هنا وان لم يقدره المتبايعان الا أنهما جعلاه قابلا للتقدير ، ويكون هذا التقدير من الأجنبي ملزم للمتعاقدين وتقديره هو الثمن وذلك أن الأجنبي مفوض في تحديد الثمن ، فهو وكيل عنهما في ذلك وتقديره يكون بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع ، فاذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن ، اعتبر البيع قد تم في وقت العقد ، واذ لم يقدر المفوض

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ : ٣٣ .

(٢) شرح عقدي البيع والمقايضة للدكتور انور سلطان ١٦٤ والوسيط ٤ : ٣٧٦ ـ ٣٧٨ .

الثمن لأي سبب فان الشرط الواقف لا يتحقق ويعتبر البيع كأن لم يكن .

واذا اتفق المتعاقدان على أن يكون المفوض لتحديد الثمن يعينانه في المستقبل فان هـذا الثمن لا يكون قابلا للتقدير ولا يتم البيع .

والمشرع التمهيدي ينص في المادة (١٨٥) على أنه « كـان اذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائمـاً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء . ومع ذلك اذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ومحض اختياره فان هذا العقد يصبح باطلا اذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل » (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٢١٥ ـ ٢١٦ في الهامش .

المبحث الثالث

جهالة الأجل في الثمن

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

البيع الى حبل الحبلة [1]

اختلف الفقهاء في تفسير بيع حبل الحبلة تبعاً لاختلاف المحدثين في تفسير بيع حبل الحبلة . فالحنفية فسروا بيع حبل الحبلة ، بأنه كان بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية ، اذ كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها (٢) . وهذا التفسير موافق لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه :

فقد روي عن عبدالله أخبرني نافع عن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور الى حبل الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم

---

(١) حبل الحبله بتحريكها : أي ما في بطن الناقة أو حمل الكرمة قبل أن يبلغ أو ولد الولد الذي في البطن ، وكانت العرب تفعله وكمقصد أوان الحبل ، القاموس المحيط ٣ : ٣٥٤ وقال أبو عبيد حبل الحبله ولد الجنين في بطن الأمة ولهذا قيل الحبله بالهاء لأنها انثى فاذا ولدت فولدها جعل بغيرها ء، وقال بعضهم الحبل مختص بالآدميات ،وأما غير الآدميات من البهائم والشجر فيقال فيه حمل بالميم . المصباح المنير ١ : ٩٨٦ . وحبل الحبله : نتاج النتاج وولد الجنين : مختار الصحاح (١٢١) .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٩٢ .

رسول الله ﷺ عن ذلك (١) .

وحبل الحبلة : مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى سمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما أدخل عليه التاء للاشعار بمعنى الأنوثة ، لأن معناه النهي عن بيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى (٢) .

والمالكية : فسروا حبل الحبلة ، هو أن يبيع الشخص ناقة أو بقرة أو حماره أو أمة بثمن مؤجل الى ولادتها ويبيع ما تلده (٣) ، وقيل انما هو بيع جنين الناقة ، من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح (٤) .

وهناك من فسر بيع حبل الحبلة بتفسير غريب بأنه بيع الحيوان الصغير وتأجيل ثمنه ليكون من نتاجه وهو غير مناسب للحديث،وان كان ممنوعاً أيضاً ، ولا مفهوم للناقة(٥).

ويرى ابن رشد الجد : بأن بيع حبلة الحبلة هو بيع نتاج النتاج ، وقيل : هو البيع الى نتاج النتاج (٦) وفسرها العدوي : بيع الجزور الى أن ينتج نتاج الناقه ، وانما خص

---

(١) صحيح مسلم ١٠ : ١٥٧ ، ومسند الامام أحمد بن حنبل ٢ : ٧٦ ، ويذكر ابن نجيم أحكاماً فقهيه جميلة بالنسبة للحمل وهي : لا يجوز بيع الحمل وحده دون الأم ، ولا الأم دونه ، فلو باع الحمل وولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز ، وكذا لا تجوز هبته وان سلم الى الموهوب له مع الأم ، ولا يجوز كتابته ولو قبلت الأم عنه ، ولا الكتابة عليه ، وكذا لا تجوز الوصية به اذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ولو خالعها على ما في بطن جاريتها أو ما في بطن بهيمتها جاز وللزوج الولد ، اذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وان جاءت به لستة أشهر لا سبيل له عليها ولكن ينظر ان قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي من ولد رجع عليها بالمهر وان لم يقل من ولد فلا شيء عليها . ولو باع شاة على أنها حاملة لم يجز ، لأن الحمل مجهول ولو اشترى جارية على أنها حاملة ان قصد به التبري من العيب جاز وان قاله على وجه الشرط لم يجز ، ومنهم من قال بعدم الجواز في الوجهين اذا شرطانها حامل بجاريه أو بغلام أو بجدي أو بعناق وأما اذا لم يفسر الحمل جاز . البحر الرائق ٦ : ٨٠ ، ٨١ .

(٢) ابن عابدين ٥ : ٥٣ .

(٣) السراج السالك ٢ : ١٣٠ وبلغة السالك ٢ : ٣٦ وفتح العلي المالك ٢ : ١١٨ ، وجواهر الإكليل ٢ : ٢٢ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ ،

(٥) الفواكه الدواني ٢ : ١٣٨ .

(٦) المقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١ .

الإبل تبركاً بالحديث وإلا فلا خصوصية للإبل (١) وهذا هو تفسير ابن وهب .

والحبل مختص بالآدميات ولا يقال في غيرهن من الحيوان الاحمل . وتفسير المالكية يوافق تفسير ابن عمر وقد مضى .

حكم البيع عند المالكية :

وحكم البيع باطل للنهي الوارد في الحديث وعلة النهي الجهالة ، وبيع حبل الحبلة غـــرر (٢) .

والشافعية : فسروا حبل الحبلة بثلاث تفسيرات :

الأول : كتفسير الحنفيه ، والمالكية ، قال الشافعي رضي الله تعالى عنه: أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة ، وكان بيعاً يبتاعه أهل الجاهلية ، كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ، ثم تنتج الذي في بطنها (٣) .

الثاني : بما روي عن أبي عبيد وقاله شيخه أبوعبيدة معمر بن المثنى وأحمد ابن حنبل واسحق بن راهويه وهو أقرب الى اللغة وهـــو : بيع نتاج النتاج فيقول اذا نتجت ناقتي هذه ونتج نتاجها فقد بعتكه بدينار فنهى عنه رسول الله ﷺ (٤) .

الثالث : قال الشافعي : حبل الحبلة المنهي عنه أن يكون الأجـــل في البيع مقدراً به ولا يكون هو المبيع بنفسه وهو أن يقول بعتك هـــذا الشيء بدينار مؤجل الى نتاج نتاج هذه الناقة .

حكم هـــذا البيع عند الشافعية :

بالنسبة للتفسير الأول فالبيع باطل للجهل بوقت ذلك ، وقد لا ينتج أبداً ، وليس بمملوك ولا مقدور على تسليمه .

بالنسبة للتفسير الثاني : البيع باطل ، لما فيه من الجهالة والغرر في النتاج الاول والثاني، لأنها قد تنتج وقد لا تنتج، فإذا نتجت فقد يتقدم نتاجها وقد يتأخر ، ويكون تارة ذكراً وتارة انثى فكان بيعه مع هذا الغرر والجهالة ، وهذا التأويل أشبه بظاهر اللفظ .

---

(١) الخرشي ٥ : ٧١ وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٦ وحاشية العدوي عليه .

(٢) السراج السالك ٢ : ١٣٠ والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٢١ .

(٣) الحاوي للماوردي ٦ : ٢٨ والتنبيه للشيرازي ٦٣ والمهذب ١ : ٢٧٤ .

(٤) المجموع ٩ : ٣٧٦ والحاوي للماوردي ٦ : ٢٨ .

بالنسبة للتفسير الثالث : يكون البيع باطلا للجهل بمدة الأجل ، وأن تلك الناقة قد تنتج وقد لا تنتج وقد يقرب نتاجها ويبعد وهذا التأويل أصح لأمرين :

١ ـ لأن الراوي قد فسره به .

٢ ـ لأن بيع النتاج قد يضمنه النهي عن بيع الملاقيح والمضامين فكان حمل هذا على غيره من الفوائد أولى . وعلى التأويلين البيع باطل لأن حكم البيع في التأويلين متفق عليه وان اختلفت الرواية (١) .

والحنابلة فسروا البيع الى حبل الحبلة بأنه بيع حمل ما تحمل ناقته ، وهذا لا يختص بحمل الحمل بل لو باعه ما تحمل ناقته أو بقرته أو أمته كان من نوع بيوع الجاهلية التي يعتادونها .

علة البطلان .

١) أن هذا البيع قد يحصل وقد لا يحصل ، فبائع ما ليس عنده من جنس بائع الغرر الذى قد يحصل وقد لا يحصل ، وهو من جنس القمار والميسر والمخاطرة ، والمخاطرة مخاطرتان :

أ ـ مخاطرة التجارة وهو أن يشتري السلعة بقصد أن يبيعها ويربح ويتوكل على الله في ذلك .

ب ـ الخطر الثاني : الميسر الذي يتضمن أكل المال بالباطل فهذا الذي حرمه الله تعالى ورسوله مثل بيع الملامسة والمنابذة وحبل الحبلة ، وهذا النوع يكون أحدهما قد قهر الآخر وظلمه ويتظلم أحدهما من الآخر قال الله تعالى :

﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ ﴾ (٢) .

والشيعه الإمامية فسروا بيع حبل الحبلة ، هو البيع بثمن مؤجل الى نتاج نتاج الناقة وهذا أحد تفاسير الشافعية والحنفية والمالكية .

---

(١) الحاوي للماوردي ٦ : ٢٨ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٤٩ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٠ .

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٦٣ ، ٣٦٥ ، ٢٦٦ .

وعلة البطلان :

١ ــ أنه غرر .

٢ ــ جهالة الاجل بأن يبيعه بثمن مؤجل ينتج فيه الحمل الذي في بطن الناقه (١) .

والشيعة الزيدية فسروا بيع حبل الحبلة : هو بيع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها (٢) وهذا تفسير اللغويين والشافعي والحنفية والمالكية وهذا بيع فاسد .

وعلة الفساد :

الجهالـــة (٣) .

والاباضية تفسر البيع الى حبل الحبلة بعدة تفسيرات منها :هو بيع لشيء من عروض أو أصول مؤجل الى أن يحمل جنينا ما تلد هذه الناقه .

ومنها : بيع جنينها أي الموجود أو الذي سيوجد .

ومنها : بيع ولد ما في بطن نحو الناقة .

ومنها : بيع شيء مؤجل الى ولادة الناقة أو نحوها .

ومنها : بيع حمل شجرة العنب قبل بدو الصلاح .

وهذا تفسير ابن كيسان وغيره وقد ادعى البيهقي تفرد ابن كيسان بهذا التعريف(٤)

وأرى أن هذا التفسير قد وافق تفسير اللغويين فقد ذكره الفيروز بادي في القاموس المحيط وابن منظور في لسان العرب ، وبقية التفاسير فقد وافقت آراء الفقهاء .

والنهي في التفسير الأول : لوجود الجهالة ، لأنه لعل هـــذه الناقة لا تحمل جنينا ، ولعلها تسقط ، ولا يدرى أن نتاجها قريب أو بعيد ، أو لعلها لا تنتج أو تنتج ولا يبلغ نتاجها أوان الحمل .

والنهي على التفسير الثاني : الجهالة بالحمل ، ولعله يسقط أو أنه ليس موجوداً أصلا

---

(١) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ١٤٢ ، ١٤٣ .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٥ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٥٧ ، ٥٨ .

لاحتمال أن الانتفاخ ربح أو مرض (١) .

الأدلـــة :

وقد استدل الفقهاء بأحاديث كثيرة منها :

١) عن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة) (٢) وفي رواية (نهى عن بيع حبل الحبلة وحبل الحبلةأن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت)(٣).

وفي لفظ (كان أهل الجاهلية يبتاعون لحوم الجزور الى حبلة الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج الناقه ما في بطنها ثم تحمل التي تنتجة ، فنهاهم ﷺ عن ذلك) (٤) .

وفي لفظ (كانوا يبتاعون الجزور الى حبل الحبلة فنهاهم ﷺ عنه) (٥) .

وفي رواية عنه قال كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور الى حبل الحبلة وحبل الحبلة ان تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك (٦) .

٢) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : السلف في حبل الحبلة ربا (٧) .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) أخرجه أحمد ومسلم والترمذي والبخاري والنسائي ، سبل السلام ٣ : ١٤ ومختصر ابي داود ٥ : ٤٦ ونيل الاوطار ١٥٦ .

(٣) أبو داود ٢ : ٢٢٩ ونيل الأوطار ٥ : ١٥٦ .

(٤) متفق عليه (نيل الاوطار ١٥٦) .

(٥) رواه البخاري : (نيل الاوطار ١٥٦) .

(٦) رواه مسلم (انظر صحيح مسلم ١٠ : ١٥٧) .

(٧) رواه النسائي ومسلم والبخاري انظر سنن النسائي ٧ : ٢٥٧ واللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٣٣ وابن داود ٢ : ٢٢٩ .

المطلب الثاني

البيع الى النيروز ونحوه

الحنفيـــة :

والبيع الى النيروز (١) ، والمهرجان (٢) ، وصوم النصارى ، وفطر اليهود ، ان لم يدر العاقدان ذلك باطل ، لجهالة الأجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع ، لأنه ليس من آجال المسلمين ، ولانهم لا يعرفون وقت ذلك عـــادة . لانها من أعياد غير المسلمين ، وعدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين .

أما ان كان معلوماً عند المتعاقدين فهو جائز وصار ذلك بمنزلة الاهله ، لان الشرط اعلام المتعاقدين الأجل بينهما (٣) .

وقد خص الصوم بالنصارى ، والفطر باليهود ، لأن صوم النصارى غير معلوم ، وفطرهم معلوم واليهود بعكسه (٤) ، وكذلك لا يصح البيع الى الميلاد ، والمراد به وقت نتاج البهائم ، وذلك قد يتقدم وقد يتأخر ، وقيل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم

---

(١) النيروز : أصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي عنه فقال كل يوم لنـــا نوروز حين كان الكفار يبتهلون به انظر فتح القدير ٥ : ٢٢٢ والنيروز أول يـــوم من الصيف وهو أول يوم تحمل فيه الشمس الحمل . انظر البحر الرائق ٦ : ٩٦ ومجمع الأنهـــر ٢ : ٦٣ . والنيروز مختلف فيه بـــين نيروز السلطاني ونيروز الدهاقـــين ونيروز المجوس . الدرر الحكام ٢ : ١٧٣ ومجمع الانهر ٢ : ٦٣ .

(٢) المهرجان : معرب مهر كان وهو اول يوم من الشتاء وهو اول يوم تحمل فيه الشمس الميزان . البحر الرائق ٦ : ٩٦ ومجمع الانهر ٢ : ٦٣ .

(٣) المبسوط ١٣ : ٢٨ .

(٤) البحر الرائق ٦ : ٩٦ .

وقد يتأخر ، وقيل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عنـــد المسلمين (١) ، وهذا بناء على عرف زمانهم فانهم كانوا لا يؤرخون الا بالتاريخ الهجري نسبة الى هجرة الرسول ﷺ .

واذا كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز ، لان صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة عندئذ (٢) . والحاصل أن المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز ، وذكر الكمال بن الهمام أن صوم النصارى خمسة وخمسون يوماً (٣) .

---

(١) المبسوط ١٣ : ٢٨ .

(٢) العناية للبابرتي ٥ : ٢٢٢ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٢٢٢ .

المطلب الثالث

البيع الى الحصاد ونحوه

والبيع الى الحصاد (١) والدياس (٢) والقطاف (٣) والجذاذ (٤) وقدوم الحاج . وكل ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد ، فالبيع في مثل هـذه الصور باطل (٥) ، لأن الشرط في البيوع ببدل مؤجل اعـلام الاجل ، كما قال ﷺ الى أجـل معلوم ، واعـلام الأجل انما يكون بمالا يتقدم ولا يتأخر من الأيام والشهور ، فأما ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد يكون مجهولا .

فالحصاد من أفعال العباد ، قد يتقدم أوانه فقد يتعجل الحر وقـد يتأخر اذا أبطأ البرد وكذلك الدياس والجذاذ وقدوم الحاج (٦) .

أماالبيع الى العطاء فقد اختلف الفقهاء فيـه ، فقد أبطل هذا البيع ابن عباس رضى الله تعالى عنه ، وأجازت هذا البيع عائشه رضي الله تعالى عنها ، وأخذ ابن أبي ليلى رحمه الله بقول عائشة رضي اللهتعالى عنها ،وقال : المبيع جائز والمال حال،لان العقد لما لم يكن صالحا للأجل الذي ذكره لغى ذكره ، وعائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معـلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادرا فكان هذ بيعاً بأجل معلوم ، والسرخي والكمال أخذا بقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، لأن العطاء فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر

---

(١) الحصاد : بفتح الحاء المهملة وكسرها وقت قطع الزرع .

(٢) الدياس : ان يوطأ الطعام بقوائم الدواب او نحوها .

(٣) القطاف : بكسر القاف والفتح لغة فيه وقت قطع العنب من الكرم .

(٤) الجذاذ : بكسر الجيم وفتحها وقت جذ الصوف من ظهر الغنم ، وقيل جذاذ النخل .

(٥) فتح القدير ٥ : ٢٢٣ والمبسوط ١٣ : ٢٩ .

(٦) المبسوط ١٣ : ٢٧ .

يجتنبنا ما يلدونهم . والآجال انما تكون بالأوقات دون الأفعال قال الله تعالى (قل هي مواقيت للناس والحج)(١) ، هذا بناء على أن الجهالة يسيرة اذ لو كانت الجهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها ، وقد قالوا : ان العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز كونه أجلا الا ذلك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه ، وأما الآن فيتأخر عن مواعيدهم كثيراً فلا يصح التأجيل اليه الآن ، والذي يظهر أن العطاء كان يتقدم ويتأخر قليلا بنحو يوم أو يومين فاهدرته عائشة واعتبره ابن عباس (٢) .

والجهالة الفاحشة هي مايكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح ، واليسيرة مايكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر .

وأرى أن العطاء اذا كان يشبه الرواتب فحكمها صحيح ، لان الآجال محددة ومنضبطه فلا غرر ، واذا كان العطاء يشبه ارزاق الشئوون الاجتماعية التي تخصصها للأسر الفقيرة فلها حكم آخر فانه يتقدم ويتأخر وهذ الذي لا يصح البيع الى أجله .

حكم البيع اذا أبطل المشتري الأجل الفاسد ونقد الثمن :

فاذا أبطل المشتري الأجل الفاسد كما مر ونقد الثمن في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس فالبيع جائز عند علماء الحنفية من باب الاستحسان .

وقال زفر : لا يجوز البيع لأنه انعقد فاسدا ، ومن عقد فاسدا لا ينقلب صحيحاً كالنكاح بغير شهود لاينقلب صحيحاً بالاشهاد، والنكاح الى أجل لا ينقلب صحيحاً باسقاط الأجل .

والدليل على فساد العقد ، أن المبيع مضمون على المشتري بالقيمة لو هلك في يده ، وأن كل واحد من العاقدين يتمكن من فسخ العقد بغير رضاء صاحبه ، وأن للبائع أن يسترده بزوائده المتصلة والمنفصلة .

والسرخسي يرى ، أن المانع من صحة البيع زال قبل تقرره فيصح البيع ، كما لو باع فصا في خاتم ، أو جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه الى المشتري كان البيع صحيحاً . ثم يستطرد السرخسي في هذا فيقول : (وتحقيق الكلام أن نفس الأجل غير مفسد للبيع وانما

---

(١) البقرة ١٨٩ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢٢٣ والمبسوط ١٣ : ٢٧ والبحر الرائق ٧ : ٩٦ : ٩٧ .

المفسد جهالة وقت الحصاد ،وذلك غير موجود في الحال فالشتاء ليس زمان الحصادبيقين، ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله في الذكر ، ولأجله فسد العقد وهذا اتصال يعرض للفصل فاذا أسقطه مجيء أوان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحاً كما في الجذع ، فانه عين مال متقوم ولكن لاتصاله بالسقف وللضرر في نزعه كان لا يصح البيع فاذا نزعه زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاءه زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد . وهذا بخلاف النكاح بغير شهود،لأن المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعد العقد، والنكاح الى أجل متعة والمتعة عقد آخرسوى النكاح).

أما البيع الى هبوب الريح ومجيء المطر فليس كذلك ، لأن الهبوب والمجيء ليسا بأجل ، اذ الأجل ما يكون منتظر الوجود،وهبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه، فعرفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ، ولأجله فسد العقد ، وكذلك ما اذا باع بألف دينار وزجاجةخمر فان ذلك العقد ينقلب صحيحاًعند الحنفية اذا اتفقا على اسقاط الخمر(١). اللهم الا أن يقال هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم ، بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن اذ لا مستتبع هناك (٢) هذا والحاق زفر بالنكاح الى أجل بطريق الالزام فانه يجيز النكاح المؤقت (٣) .

أما لو باع مطلقا عن هذه الآجال ثم أجل الثمن الى هذه الأوقات ، فان البيع يصح ، لأن هذا تأجيل الدين لا الثمن ، فالدين هنا في التحمل بمنزلة الكفالة (٤) وهذا رأي الامام محمد ، لان التاخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى الوقت المجهول ، كما لو كفل بمال الى الحصاد أو الدياس . وعند أبي حنيفة يفسد البيع (٥) .

ويذكر ابن قاضي سماونه : الشرط الفاسد لو ألحق بعد العقد ، هل يلتحق بأصل العقد فعند أبي حنيفة رحمه الله قيل يشترط أن يكون في المجلس وقيل لا وهو البيع الصحيح، وذكر محمد رحمه الله أنه يلتحق بأصل العقد ، وعند أبي حنيفه رحمه الله ،شرط في البيع فأبطلاه بعده ولو كان المفسد في صلب العقد صح الحذف في المجلس لا بعده ، وكذا بيع الجذع في السقف لو سلمه في المجلس جاز بيعه (٦) .

---

(١) المبسوط ١٣ : ٢٧ ، ٢٨ والبحر الرائق ٦ : ٩٧ وفتح القدير ٥ : ٢٢٤ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٤ .
(٢) البحر الرائق ٦ : ٩٧ .
(٣) فتح القدير ٥ : ٢٢٤ ـ ٢٢٥ .
(٤) مجمع الانهر ٢ : ٦٤ .
(٥) حاشيه ابن عابدين ٤ : ٥٣٢ .
(٦) جامع الفصولين ٢ : ٢٣٦ .

المـالكية :

اذا كان الأجل مقصودا بالعقد فيجب أن يكون معلوما والذي يدخل الفساد فيه أمران:

الأول : الجهالة بالأجل : مثل البيع الى قدوم فلان أو نزول المطر وغير ذلك مما يختلف اختلافا متباينا تختلف الأغراض باختلافه .

الثاني : أن يكون الأجل بعيدا يدخله الغرر لبعده .

وان كان الى أجل بعيد جدا فقد روى ابن القاسم عن مالك يجوز شراء سلعة الى عشرين سنه وقال ابن القاسم في الموازيه أنه جوز ذلك الى عشر سنين وكرهه الى عشرين سنه . قال ولا أفسخه الى ستين سنه أو تسعين سنه (١) .

أما البيع الى الحصاد . والديـاس ، أو الجذاذ ، أو العصير ، فقد أجـازه فقهاء المالكية لأن وقته معروف والقياس في ذلك بمعظم الحصاد وكثرته في البعد الذي يتبايعانه . واذا لم يكن لأهل البلد حصـاد فالمعتبر حلول زمن الحصـاد ، وكذلك يجوز البيع الى خروج الحاج ، لأنه أجل معروف كما جاز البيع الى خروج المصدق ، فقد جاء في المدونه (عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشـاً فقال : عبدالله ليس عندنا ظهر . فأمره النبي ﷺ أن يبتـاع ظهرا الى خروج المصدق فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبعرة الى خروج المصدق بأمر رسول الله ﷺ (٢) .

وكذلك يجوز البيع الى النيروز والمهرجان والميلاد وصوم النصارى وصومهم اذا كان وقته معلوما (٤) .

الشـافعية :

اتفقت الشافعية على أنه لا يجوز البيع بثمن الى أجل مجهول كالبيع الى العطاء ، لانه عوض في بيع فلم يجز الى أجل مجهول كالمسلم فيه (٥) .

---

(١) المنتقى للباجي ٥ : ٢١ — ٢٢ .
(٢) المدونه ٩ : ١٥٨ .
(٣) المدونة ٩ : ١٥٩ .
(٤) المدونه ٩ : ١٥٨ .
(٥) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٣ ومسند الامام الشافعي ٣٨٥ .

قال أصحابنا : اذا باع بمؤجل الى الحصاد أو الى العطاء لم يصح ، أما اذا كان الى وقت استحقاق العطاء وهو معلوم لهما صح .

قال الروياني : ولو باع بثمن مؤجل الى ألف سنة بطل العقد للعلم بأن الانسان لا يعيش ألف سنة ، وكذلك اذا أجل تسليم الثمن المعين بأن قال اشتريت هذه السلعة بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا فالعقد باطل .

وممن قال بعدم صحة البيع الى العطاء أيضاً ابن عباس وأبو حنيفة (١) .

على أن الآجال لا تحل الا أن تكون معلومة ، فان الله عز وجل قال : (اذا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ الى أجَلٍ مُسَمًّى) وقول الرسول ﷺ (من أسلف فليسلف في كيل معلوم وأجل معلوم) .

والأجل انما يكون بالأهلة لأن الله تعالى حكم أن تكون المواقيت بالأهله فيما وقت لاهل الاسلام فقال تبارك وتعالى: (يَسْأَلونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مواقيتُ للناس والحَجِّ) (٢) وقال (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذي أُنْزِلَ فيهِ القرآنُ) (٣) وقال (اَلْحَجُّ أشهُرٌ معلوماتٌ) (٤) وقال (يَسْأَلونَكَ عن الشهرِ الحرامِ) (٥) وقال (واذْكُروا الله في أيامٍ مَعْدُوداتٍ (٦) .

قال الشافعي : (فأعلم الله تعالى بالأهلة جمل المواقيت وبالأهلة مواقيت الايام من الاهلة ولم يجعل علما لاهل الاسلام الا بها ، فمن أعلم بغيرها فبغير ما أعلم الله أعلم) وعلى ذلك فليس من الجائز أن تكون العلامة بالحصاد ، والجذاذ ، لان الحصاد والجذاذ يتأخران ويتقدمان بقدر عطش الأرض وريها ، وبقدر برد الأرض والسنه وحرمها ، والعطاء الى السلطان يتأخر ويتقدم ، وفصح النصارى يخالف حساب الاسلام فقد يكون عاما في شهر وعاما في غيره فلو أجزناه الى صومهم فقد أجزناه على أمر مجهول

---

(١) المجموع ٩ : ٣٧٣ ـ ٣٧٤ .
(٢) سورة البقرة ١٨٩ .
(٣) سورة البقرة ١٨٥ .
(٤) سورة البقرة ١٩٧ .
(٥) سورة البقرة ٢١٧ .
(٦) سورة البقرة ٢٠٣ .

فكره ، ولم يجز فيه الا قول النصارى على حساب يقيسون فيه أيامـا فكنا انما (أعلمنا في ديننا بشهادة النصـارى الذين لا نجيز شهادتهم على شيء وهذا عندنـا غير حلال لاحد من المسلمين) .

ولو أراد المشتري ابطال الشرط الفاسد ، وهو تـأجيل الثمن الى أحد الأزمنة السابقة وتعجيل الثمن لم يكن ذلك له ، لأن الصفقة انعقدت فـاسدة فلا يكون له ولا لهما اصلاح جملة فاسدة الا بتجديد بيع غيرها (١) .

الا أن فقهاء الشافعية خالفوا امامهم في تحديد الآجال بالاهله كما رأينا وكمـا استدل على ذلك الشافعي ، والشيرازي من الشافعية يقول : (والاجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب ، وشهور الفرس وشهور الروم ، وأعياد المسلمين ، والنيروز ، والمهرجان فان أسلم الى الحصاد ، أو الى العطاء ، أو الى عهد اليهود والنصـارى ، لم يصح لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر) (٢) .

وقال شيخ الاسلام أبي يحيى زكريا الانصاري : (وان عينـا شهورا ولو غير عربية كالفرس والروم صح لأنها معلومة مضبوطة ومطلقها هلاليه لانها عرف الشرع)(٣).

وعلى هـذا فاني أرى أن التقييد بالاشهر العربية غير ملزم لنـا ، لأن الشرع الاسلامي لم يأت لا بطريق النص ولا بطريق الدلالة على الالزام ، وانما المرد الى العرف والعرف في هذا الزمان : أن الاشهر الميلادية في شهرة الأشهر العربية ، وأن النيروز ، له وقت معروف يعرف فيه فلا جهاله ، واذا انتفت الجهـاله انتفى الغرر وعندئذ يصح البيع صحيحا .

الحنـابلة :

وترى الحنابلة أنه لابد من كون الاجل معلوما لقوله تعالى : (اذا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى) (٤) وقول الرسول ﷺ (الى أجل معلوم) ولاخلاف في اشتراط العلم

---

(١) الام ٣ : ٩٦ .

(٢) المهذب ١ : ٣٠٦ والمجموع ١٣ : ١٣٦ والمغني المحتاج ٢ : ١٠٥ ونهاية المحتاج ٤ : ١٩١ .

(٣) شهور العرب واحد وثلاثون ، وواحد تسع وعشرون الا ذا الحجه فـانه تسع وعشرون وخمس وسدس فتح الوهاب ١ : ١٨٧ وقليوبي وعميره . ولا أعلم كيف هذا الحساب .

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ .

في الجملة وأنه يحتاج الى أن يعلم البائع بزمان بعينه لا يختلف ، وعلى ذلك فلا يصح أن يؤجله بالحصاد والجذاذ وما أشبهه . ودليلهم ما روي عن ابن عباس أنه قال : (لا تتبايعوا الى الحصاد ، والدياس ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم) وذلك لان هذه الاوقات تختلف وتقرب وتبعد فلا يجوز أن تكون أجلا كقدوم زيد . ولا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى المسيرة لم يصح .

هذا واذا ذكر الشهر انصرف الى الأشهر الهلاليه بدليل قوله تعالى:
(إنَّ عِدَّةَ الشُّهورِ عِنْدَ اللهِ اثْنا عَشَرَ شَهْراً في كِتابِ اللهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمواتِ والأرْضَ ، مِنْها أرْبَعَةٌ حُرُمٌ) (١) .

وأراد الهلاليه . ويكون الأجل معلوما يعلم بالهلال كأول الشهر أو وسطه أو آخره أو يوم معلوم منه ، ويقول الله تعالى : (يَسْألونَكَ عَنِ الأهِلَّة قُلْ هِيَ مَواقيتُ للنَّاسِ والْحَجِّ (٢) فان باع الى أجل معلوم كعيد الفطر أو النحر أو يوم عرفه أو عاشوراء أو نحوهما جاز البيع . أما اذا جعل الاجل مقدرا بغير الشهور الهلاليه فعلى رأيين :

الاول : ما يعرفه المسلمون وهو بينهم مشهور ككانون ، وشباط ، أو عيد لا يختلف كالنيروز ، والمهرجان ، عند من يعرفها ، فقيل انه لا يصح وهو ظاهر كلام المزني ، وابن أبي موسى ، ولأن هذه الأعياد لا يعرفها كثير من المسلمين .

وقيل : يصح وبه قال القاضي وهو قول الأوزاعي والشافعي .

الثاني : مالا يعرفه المسلمون كعيد الشعانين (٣) وعيد الفطير (٤) ونحوهما فهذا لا

---

(١) سورة التوبه ٣٦ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

(٣) الشعانين : شين ثم عين مهملتين : قاله ابن الاثير وغيره وهو عيد النصارى قبل عيدهم الكبير بأسبوع . بالشين المعجمة وذلك خطأ : كشاف ٣ : ٣٠١ .
فالسنة العربية ثلثمائه وأربعة وخمسون وخمس وسدس يوم وشهور الفرس كل واحد ثلاثون الا الاخير فخمسة وثلاثون . وأما شهور الروم فالثاني والسابع والتاسع والثاني عشر ثلاثون والخامس ثمانية وعشرون وربع يوم والسبعة الباقية أحد وثلاثون فتكون ستهم ثلثمائه وخمسة وستين وربع يوم فاذا صار الربع أكثر من نصف زيد في الخامس فتصير أيام الخامس تسعة وعشرين وأيام السنة ثلثمائة وستة وستين يوما . والسريانية كالرومية الا في التسمية . قليوبي وعميره ٢ : ٢٤٧ .

(٤) عيد الفطير : هو أحد أعياد اليهود .

يجوز لأن المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليـــدهم ، لان قولهم غير مقبول ، ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لايعرفه المسلمون (١) .

الشيعة الامـــامية :

وترى الشيعة الاما مية أن اشتراط تأخير الثمن الى أجل من غير تعيين أو عينا أجلا مجهولا كقدوم الحاج ، أو ادراك الغلة بأن البيع باطل،وكذلك يبطل لو عين أجلا مشتركا بين أمرين أو أمور حيث لا مخصص لاحدهما كالنفر من منى وشهر ربيع ، وكذلك يبطل البيع اذا أجل الى يوم معين من الأسبوع كالجمعة مثلا وذلك للغرر والجهالة (٢) .

وقيل : يصح لتعليق الأجل على اسم معين ولكن يعتبر علمهابذلك قبل العقد ليوجه قصدهما الى أجل مضبوط ، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مـــع جهلها أو أحدهما به ومع القصد لا اشكال في الصحة ، وان لم يكن الاطلاق محمولا عليه (٣) .

أما التأجيل الى النيروز والمهرجان ، وهو أول دخول الشمس برج الميزان والفصح عيد النصارى والفطر عيد اليهود اذا علما ذلك فإن هذا التأجيل جائز عندهم . فقد خالفوا في هذا الحنفية والشافعية والحنابلة . ووافقوا المالكيةواحدى روايات الحنابلة ،والذي أراه أن الجهالة اذا كانت فاحشة فانها مفسدة للبيع ، واذا كانت جهالة يسيرة فان البيع جائز ، وأرى أعراف هذا الزمان ، أن أكـــثر البياعات في الأرياف انمـــا تكون الى الحصاد ، والدياس وقطف الثمار، إذ التمكن من تسديد ديونهم انما تكون في هذه الأوقات. وكذلك العرف الجاري بالنسبة للموظفين أنهم يتعاملون مع التجار على أساس دفع الثمن في نهاية كل شهر رغم أن العطاء قد يتقدم وقد يتأخر ــ أو يعطي تارة في السابع والعشرين وتارة في التاسع والعشرين ، وفي افساد هذا حرج بين ، بل بالعكس أن معظم التجار حتى الكبار يتعاملون فيما بينهم على أساس أن يدفع المبالغ حتى نهاية كل شهر .

أما في الجهاله الفاحشة أو التي لا يمكن ضبط وقتها حتى على سبيل الاحتمال فاني لا أرى بجوازها كمن يتعامل مع زيد اذا هب الهواء أو نزل المطر أو جاء الغائب ولا تعلم غيبته وربما حياته ، فان التعامل على مثل هذا غرر بين .

---

(١) المغني ٤ : ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٦٢١ وكشاف القناع ٣ : ٣٠٠ ، ٣٠١ .
(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٤٢٨ والروضة البهية : شرح اللمعة الدمشقية : ١ : ٣٣٣ .
(٣) الروضة البهيه شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٣٣٣ ، والمختصر النافع ١٤٦ .

الشيعة الزيدية :

وترى الشيعة الزيدية أن تأجيل الثمن الى وقت غير معلوم لا يجوز ، وقد استدلوا بحديث سعيد بن جبير : لا تبع الى الحصاد ولا الى الجذاذ ولا الى الدياس ولكن شهراً بشهر) (١) . وسئل محمد بن سيرين عن البيع الى العطاء ، قال : لا أدري ما هو ، وعن الحكم أنه كره البيع الى العطاء . وهذا الحديث يدل على تحريم الدخول في البيع اذا كان ثمنه مؤجلا بأجل لا يعرف ، والوجه فيه هو ما تضمنه من الغرر والجهالة المفضية الى التشاجر وكل ما كان غرراً فهو منهي عنه للنهي عن بيع الغرر .

وقال زيد عليه السلام: لا يجوز البيع الى النيروز ، ولا الى المهرجان ، ولا الى الدياس ولا الى الجذاذ ، ولا الى القطاف ، ولا الى العصير ، أما البيع الى أجل معين عند المسلمين كالبيع الى الفطر والى الأضحى والى الموسم فالبيع الى هذه الآجال جائز (٢) .

وأما وجه المنع الى النيروز . . . هو الاختلاف في تعيين وقتها فيؤدي الى التشاجر ولما فيه من تعظيم شعائر الجاهلية في جعلها عيدين ، ولذا قال علي رضي الله تعالى عنه منكراً لتخصيص الفاكهة بها نورزونا كل يوم .

أما تعليق البيع بصوم النصارى وافطارهم مع تبديل أهل الكتاب شرائع دينهم فيقع الاختلاف لذلك قال تعالى : (فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ يَكْتُبُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللهِ لِيَشْتَرُوا بِهِ ثَمَناً قَلِيلاً فَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا كَتَبَتْ أَيْدِيهِمْ) (٣) . وقوله تعالى : (وَإِنَّ مِنْهُمْ لَفَرِيقاً يَلْوُونَ أَلْسِنَتَهُمْ بِالْكِتَابِ الى قوله وَيَقُولُونَ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللهِ وَمَا هُوَ مِنْ عِنْدِ اللهِ وَيَقُولُونَ عَلَى اللهِ الْكَذِبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ) (٤) .

أما المنع الى العطاء فلأنه يجوز تأخيره بل انقطاعه ، إلا أن الزيدية اختلفوا في جوازه ومنعه ، فمن أجازه فحجته أن ابن عمر كان يشتري الى العطاء وأن دهقانا بعث الى علي

---

(١) الروض النضير ٣ : ٢٦٤ .

(٢) الروض النضير ٣ : ٢٦٤ والنوروز : نو : معناه الجديد وروز معناه اليوم أي يوم جديد والعطاء : وقت تقسيم نفقات الجند وأرزاقهم .

(٣) سورة البقرة : ٧٩ .

(٤) سورة آل عمران : ٧٨ .

بن أبي طالب ثوب ديباج منسوجاً بالذهب فابتاعه منه عمرو بن حريث الى العطاء بأربعة آلاف درهم . وكذلك يروى بأن أمهات المؤمنين كن يتبايعن الى العطاء ، وكذلك روي عن الشعبي .

والرأي المختار عندهم : اذا كان العطاء معلوماً حصوله في وقت معين بحيث لا يظن تأخيره وانقطاعه فلا جهالة في ذلك بل يصير كالتأجيل برأس الشهر أو نحوه وهو الوجه فيما فعله السلف لما فتح الله عليهم من الأموال وصرف الموانع عن بذله وان كان يجوز انقطاعه أو عدم ضبطه بوقت معلوم فهو غرر وجهالة .

أما ألبيع الى الحصاد و . . . . . فقد يتأخر أياماً ان كان المطر متواتراً ويتقدم بحسب الهواء وعدم المطر .

أما أعياد المسلمين كالفطر والاضحى ،فجوازها لأنها محدودة معلومة لا يتطرق اليها اختلاف . وكذلك يجوز البيع اذا كان البيع الى أجل معلوم كالشهور العربية والعجمية وكطلوع الشمس ، أو غروبها ، وطلوع الفجر ، أو طلوع كوكب مسمى ، أو غروبه(١) كما قال تعالى (يَسْأَلونَكَ عَنْ الأهِلَّة قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ للناسِ وَالحَجِّ) (٢) .

الإباضيـــة :

وترى الإباضية أن كل بيع آجل لغير وقت منضبط فاسد ، أما اذا كان الأجل منضبطاً كالحصاد ، والجذاذ ، والدوس ، وقدوم الأعراب أو المسافرين ، أو الحاج ، وخروج الى بلد كذا ووصول البيت أو السوق والأخذ والعطاء والرزق فان البيع يجوز عند الأكثر .

وقيل يجوز الى الأجل المجهول على ما استتب عليه البيع وحكم بثبوته وانعقاده على الحلول فياخذه به البائع متى شاء وهو ضعيف ، لأن للأجل قسطاً من الثمن فكيف يؤخر الثمن ويؤخذ عاجلا فالتحقيق فساده إلا بتجديد عقد .

وقيل : أنه ان باع الى خروج المشتري لبلد كذا ، أو الى أن يصل البيت أو السوق ونحو ذلك فسد للجهل وعدم العلم أيخرج أم لا ، وهو يصل أم لا ، الا أنه ان لم يطلب أحدهما نقضه ثبت . أما اذا قال ان الأجل الى أن يبيع السلعة لم يثبت البيع .

---

(١) الروض النضير ٣ : ٢٦٤ – ٢٦٦ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

أما اذا قال : ان البيع الى شهر كذا فالمراد أوله وإن قال الربيع أو جمادى فضعيف لأنها ربيعان وجمادان وللعاقدين النقض .

أما البيع الى النيروز والمهرجان ان عرف لا الى صوم النصارى لأنه يتقدم ويتاخر وان تعين الصوم جاز الأجل .

أما اذا كان الأجل بالسنة الأعجمية وشهورها، فان البيع يجوز على التحقيق وزعم بعض الإباضية أنه لا يجوز،وأن أصح الآجال انما يكون بالأهلة لقوله تعالى (قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلناسِ) (١) .

الظاهريـــة :

وترى الظاهريـة أن البيع بثمن مجهول لا يجوز ، ولا الى أجـــل مجهول كالحصاد والجذاذ ، والعطاء ، والزريعة والعصير ،لأن هذه الآجال تتقدم وتتأخر. فالحصادوالجذاذ يتأخران أياماً وان كان المطر متوتراً ويتقدمان بحر الهواء وعـدم المطر ، والزريعة تتأخر شهرين وأكثر لعدم المطر . والعطاء قد ينقطع جملة .

وانمـــا يجوز البيع الى أجل لا يتأخر ساعـــة ولا يتقدم ساعة كالشهور العربية ، والعجمية أو كطلوع الشمس،أو غروبها،أو طلوع القمر ، أو غروبه ، أو طلوع كوكب، أو غروبه ، فهذه أوقات محدودة عند من يعرفها . قـــال الله تعالى : (يَسْأَلونَكَ عَنِ الأهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالحجِّ) .

أما الأجل إلى صوم النصارى أو اليهود أو فطرهم أو إلى عيد مـــن أعيادهم لأنها من زينتهم ولعلهم يغيرون وقتها فلا يصح التأجيل عندئذ (٢) .

أما البيع الى الميسرة فهو جائز للنص وهو قوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ الى مَيْسَرَة) (عن انس بن مالك قال بعثني رسول الله ﷺ الى حليق النصراني ليبعث اليه أثواباً الى الميسرة والله ما لمحمد ثاغية ولا راغية .) (٣) ولأنه حكم الله تعالى في كل من لا يجد اداء دينه .

جهالة أجـل الثمن في القانون :

تنص المادة (٢٧٢) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

---

(١) شرح النيل ٤ : ٧٧ .

(٢) المحلى ٨ : ٤٤ – ٤٦ .

(٣) مجمع الزوائد ٤ : ١٢٥ .

(اذا تبين من الالتزام أن المدين لايقوم بوفائهالا عند المقدرة أوالميسرة ، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه) (٣) .

لقد ذكرنا عند الكلام عن جهالة أجل المبيع في القانون أن الأجل يشترط فيه أن لا يكون أمراً ماضياً أو حاضراً بل يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلا محقق الوقوع .

التزام الوفاء عند الميسره أوعند المقدرة :

اذا ضرب المدين أجلا للوفاء بدينه على شرط الميسرة أوالمقدرة ، فهذا الوفاء انما هو معلق على شرط واقف وهو أمر غير محقق الوقوع ، اذ أنه اذا أيسر المدين وتحققت مقدرته على الوفاء تحقق الشرط ووجب أن يفي بالدين . واذا لم يوسر المدين ولم تتحقق مقدرته على الوفاء طول حياته ، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء .

واذا قصد المدين أن يضرب أجلا للوفاء بدينه هو ميسرته أومقدرته على الوفاء ففي هذه الحالة فان المدين قد قصد أن يفي بدينه على كل حال عند الميسرة أو عند المقدرة . أو عند الموت يؤخذ من تركته اذالم يواته اليسار حال حياته (فالأجل هنا أجل غير معين، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت) كما يقول السنهوري .

وعند الاختلاف في قصد المدين ضرب أجل للوفاء أو تعليق الوفاء على شرط ، فالمفروض أنه قصد الاجل لان العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى .

واذا لم يتفق الطرفان على موعد معين فعلى القاضي أن يتلمس من ظروف القضية وملابساتها موعدا يحدد فيه بأن المدين أصبح موسرا أو قادرا على الوفاء بدينه . وقد بينت المادة (٢٧٢) عناصر التقدير للقاضي . وهذه العناصر :

١) موارد المدين الحاليه : وهي الاموال الموجودة عند المدين فعلا وقت النظر في الدعوى

٢) موارد المدين المستقبله : وهي الاموال التي يتوقعها القاضي عند المدين في المستقبل ، كايراد الوظيفة او المهنة . فيقدرها القاضي في المستقبل مسترشدا بالماضي .

٣) عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه ، فيقتضي القاضي من المدين عناية الرجل الحريص على الوفاء بما عليه من الديون ، وذلك بتقديم الدين على كثير من حاجياته سواء كانت الحاجيات الضرورية ، أو الحاجيات الاخرى ، واذاعجز القاضي عن هذا التحديد طيلة حياته فانه يتعين الموت ، فاذا مات المدين حل الاجل وحل دينه حتما ، وقد مات معسرا فيشارك الدائن سائر الدائنين في استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء .

فالواقع أن التأجيل الى الميسرة جائز قانونا ، سواء قصد به الشرط أو الأجل .

---

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٢٧ .

الفهرس

الموضـــوع	الصفحة
مقتطفات من تقرير اللجنة	ج - ط
الافتتاحيـــة	ي - ش
تمهيـــد : تعريف العقد وتكوينه ومدى حريـــة الانسان في إنشاء العقود والشروط ومكان الغرر منها	١
المبحث الاول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً وتكوينه	٣
المبحث الثاني : مدى حرية الانسان في إنشاء العقود والشروط	١٧
المبحث الثالث : تعريف العقد في القانون	٥٠
المبحث الرابع : مبدأ سلطان الارادة في القانون	٦١
الباب الأول : في التعريف بالغرر واقسامه	٦٩
الفصل الأول : التعريف بالغرر والآيات والاحاديث الواردة فيه	٧٢
المبحث الاول : تعريف الغرر لغة واصطلاحاً	٧٦
المبحث الثاني : الآيات والأحاديث الواردة في الغرر	٧٩
المبحث الثالث : تعريف الغرر في القانون	٨٩
الفصل الثاني : أقسام الغرر	٩٥
المبحث الأول : الغرر اليسير والمتوسط والكثير	٩٥
المبحث الثاني : الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر	١٠١
الباب الثاني : أثر الغرر في عقد البيع	١١٥
الفصل الأول : أثر الغرر في صيغة البيع	١٢٧
المبحث الاول : بيع المنابذة	١٢٨
المبحث الثاني : بيع الملامسة	١٣٤
المبحث الثالث : بيع الحصاة	١٤٠

الموضوع	صفحة
المبحث الرابع : بيع العربون	١٤٥
المبحث الخامس بيعتان في بيعة وصفقتان في صفقة	١٥٥
المطلب الاول : بيعتان في بيعة	١٥٥
المطلب الثاني : صفقتان في صفقة	١٦٤
الفرع الاول : شرطان في بيع	١٦٦
الفرع الثاني : سلف وبيع	١٦٧
الفرع الثالث : بيع وشرط	١٧١
المبحث السادس العقد المعلق والعقد المضاف	١٧٦
المطلب الاول : العقد المعلق	١٧٦
المطلب الثاني : العقد المضاف	١٨٦
المطلب الثالث: البيع المعلق والمضاف في القانون	١٩٠
الفصل الثاني : أثر الغرر في المبيع	٢٠١
المبحث الاول : الجهل بصفة المبيع	٢٠٢
المطلب الاول : بيع المضامين والملاقيح	٢١٣
المطلب الثاني : بيع الحجر	٢١٦
المطلب الثالث : بيع الحمل	٢١٩
المطلب الرابع : بيع عسب الفحل	٢٢١
المطلب الخامس بيع المغيب في الارض	٢٢٧
المطلب السادس بيع المغيب في قشره	٢٣٧
المطلب السابع: بيع ذراع من الدار وهما لا يعرفان ذرعان الدار	٢٥١
المبحث الثاني : الجهل بمقدار المبيع	٢٥٥
المطلب الاول : بيع اللبن في الضرع	٢٥٧
المطلب الثاني : بيع النحل في الكندوج	٢٦٢
المطلب الثالث : بيع الصوف على ظهر الغنم	٢٦٦
المطلب الرابع: بيع السمن مع الظرف	٢٧٠
المطلب الخامس بيع الصبرة	٢٧٣
المطلب السادس بيع المحاقلة	٢٧٧

الموضوع	صفحة
المطلب السابع : بيع المزابنة	٢٨٣
المطلب الثامن : بيع العرايا	٢٩٠
المطلب التاسع : بيع الجزاف	٣٠٢
المبحث الثالث : جهالة العين	٣٢٠
المبحث الربع : جهالة الأجل في البيع	٣٣٥
المبحث الخامس : عدم رؤية المبيع	٣٣٨
المطلب الأول : بيع العين الغائبة	٣٣٩
الفرع الأول : بيع العين الغائبه الموصوفه	٣٤٧
الفرع الثاني : تقدم الرؤية على بيع العين الغائبه	٣٥٦
الفرع الثالث : بيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤيه	٣٦١
الفرع الرابع : بيع الغائب ولو بلا وصف	٣٦٢
الفرع الخامس : بيع الإنسان ما غاب عنه	٣٦٣
المطلب الثاني : بيع الأنموذج	٣٦٨
المطلب الثالث : بيع الأعمى وشراؤه	٣٧٣
المبحث السادس : بيع المعدوم	٣٨٣
المطلب الأول : بيع المعدوم عند الفقهاء	٣٨٤
المطلب الثاني : بيع الثمار	٣٩١
الفرع الأول : بيع الثمره قبل بدو الصلاح	٣٩٢
الفرع الثاني : بيع الثمار بعد بدو الصلاح	٤٠٤
المطلب الثالث : بيع المعدوم في القانون المصري	٤٢١
المبحث السابع : عدم القدرة على التسليم	٤٢٥
المطلب الأول : بيع الآبق	٤٢٦
المطلب الثاني : بيع الطير في الهواء	٤٣٨
المطلب الثالث : بيع السمك في الماء	٤٤٣

الموضوع	صفحة
المطلب الرابع : بيع المغصوب	٤٤٨
المطلب الخامس : بيع الدين	٤٥٢
المطلب السادس : بيع ما لا يملكه الإنسان	٤٦٠
المطلب السابع : بيع ما لم يقبض	٤٦٧
الفصل الثالث : أثر الغرر في الثمن	٤٩١
المبحث الأول : الجهل بصفة الثمن	٤٩٣
المبحث الثاني : الجهل في الثمن ومقداره	٥٠٠
المطلب الأول : البيع بغير ذكر الثمن	٥٠١
المطلب الثاني : البيع بالرقم	٥٠٤
المطلب الثالث : بيع الإستجرار	٥٠٧
المطلب الرابع : البيع بما باع به فلان أو بما يبيع به الناس	٥١٠
المطلب الخامس : بيع التولية والمرابحة والوضيعة والمسترسل	٥١٢
الفرع الأول : بيع التولية	٥١٤
الفرع الثاني : بيع المرابحة	٥١٨
الفرع الثالث : بيع الوضيعة	٥٢٤
الفرع الرابع : بيع الاسترسال	٥٢٦
المطلب السادس : بيع العدل على أنه عشرة فبان خلافه	٥٢٨
المطلب السابع : بعتك هذه الأثواب الثلاثه بدون ذكر الثمن	٥٢٩
المطلب الثامن : جهالة جملة الثمن في بيع مضاف الى جملة	٥٣٠
المطلب التاسع : البيع بإناء لايعرف مقداره وبوزن وحجر لايعرف مقداره	٥٣٥

الموضوع	صفحة
المطلب العاشر : الجزاف في الثمن	٥٣٧
المبحث الثالث : جهالة الاجل في الثمن	٥٤٢
المطلب الأول : البيع الى حبل الحبلة	٥٤٢
المطلب الثاني : البيع الى النيروز ونحوه	٥٤٨
المطلب الثالث : البيع الى الحصاد ونحوه	٥٥٠

انتهى الجزء الأول من الكتاب

ويليه الجزء الثاني من الكتاب

ان شاء الله

الدكتور ياسين أحمد ابراهيم درادكه

نظرية الغرر

في

الشريعة الإسلامية

«دراسة مقارنة»

الجزء الثاني

الطبعة الأولى
١٣٩٤ ـ ١٩٧٤
منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الاسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــة

عن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى فمن كانت هجرته الى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها ، أو إمرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه » رواه البخـاري ومسلم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمـد ﷺ وعلى آله وصحبه الغر الميامين ومن تبع هداهم إلى يوم الدين .

وبعد : فبفضل من الله سبحانه وتعـالى تم طبع الجزء الأول من كتاب (نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية) : وقد تضمن أهم محتويات الرسالة ، وأعظمها قيمة ، فشمل تعريف الغرر وأقسـامه : إلى غرر يسير ، وغرر متوسط ، وغرر كثير ، وغرر مؤثر ، وغرر غير مؤثر وحكم كل قسم على حده ، وشمل أثر الغرر في عقد البيع وهو أهم أبواب الرسـالة وأعظمهـا قيمة ، إذ بين أثر الغرر في صيغة العقـد ، وأثر الغرر في المبيع ، وأثر الغرر في الثمن .

وبعون من الله نقدم الجزء الثاني من هذا الكتاب وهو على جانب كبير من الأهمية ، وقدر وفير من الفائدة ، اذ شمل أثر الغرر في العقود الأخرى غير عقد البيع ، ويحتوي على سبعة فصول . وفهارس تفصيلية للكتاب كله .

وأرجو الله سبحانه وتعالى أن يجعل فيه فائدة لكل باحث ، وقـاريء ، وأن ينتفع به ، وأن يغفر الله له ذنوبه ، ويزيد في إحسانه والله ولي التوفيق والهادي إلى سواء السبيل ، وله الحمد من قبل وبعـد .

ياسين احمد ابراهيم دراداكه

الباب الثالث

أثر الغرر في العقود الأخرى ماعدا عقد البيع

تمهيد : ـ

فـ مضى تكلمت عن أثر الغرر في عقد البيـع وهو العقد الذي ورد به النص عن رسول الله ﷺ وهو : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، ولذا فاني تكلمت عنه باسهاب أكاد أكون قد تكلمت عن جميع أركانه المتعلقة بالبيع وجزئياتـه والتي يؤثر الغرر فيها ، كالصيغة والمعقود عليه من الثمن والمثمن ولم أتكلم عن العاقدين ، لأن الغرر لا يوجد فيهما وانما يكون فيهما التغرير ، والتغرير يختلف عن الغرر ، لأن التغرير هو التدليس .

أما الباب الثالث فاني أتكلم عن بقية العقود مبيناً الغرر فيها وقسمته الى سبعة فصول:

الفصل الأول : أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية (١) .

الفصل الثاني : أثر الغرر في عقود المشاركات .

الفصل الثالث : أثر الغرر في عقود الاستيثاق .

الفصل الرابع : أثر الغرر في عقود الاطلاقات.

الفصل الخامس : أثر الغرر في عقد النكاح .

الفصل السادس : أثر الغرر في عقود التبرعات .

الفصل السابع : أثر الغرر في العقود الماليه المعاصرة .

---

(١) ومن عقود المعاوضات المالية عقد البيع الا أنـني أفردت هذا العقد عن بقية عقود المعاوضات لأهميته ولورود النص فيه كما قلت .

الفصل الاول

أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية

تمهيد :

ليست العقود كلهاضربا واحدا من ناحية أحكامها وآثارها أو من ناحية أغراضها، ولذا رأينا سابقا تقسيم العقود الى عقود معاوضات أو تبرعات ، أو اطلاقات ... وعقود المعاوضات الماليـــة ، فانما فيها مبادلة المال بالمال على سبيل التمليك ، سواء أكان المراد تمليك عين أم تمليك منفعة، وسواء أكان التمليك بعوض أم بغير عوض،فان كان بعوض سميت العقود عقود معاوضات ، والا فهي عقود تبرعات .

ومن هذه العقود ، البيوع على اختلاف أنواعها ، بما فيها السلم ، والاستصناع كمـــا يكون بين النجارين والخياطين ونحوهم وبين من يتعاملون معهم ، والاجارة ، والجعالة والضابط لهذه العقود ، أن يكون في كل منها معنى المبادلة والمعاوضة بين طرفيه .

والغرر يؤثرفي عقود المعاوضات الماليةكما فيعقد البيع الا أنالفقهاء اختلفوا في كيفية التطبيق ، وقد رأينا اختلافهم فيتطبيقأثر الغرر في عقد البيع،والآن نرى نفس الاختلاف في تطبيق أثر الغرر في بقية عقود المعاوضات المالية .

ولذا فقد قسمت هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الأول : عقد السلم .

المبحث الثاني : الاستصناع .

المبحث الثالث : عقد الاجارة .

المبحث الرابع : عقد الجعالة .

المبحث الخامس : عقد الصلح .

المبحث الأول

عقد السلم [1]

والكلام على السلم ينحصر في تعريفه وأركانه وأصل مشروعيته وحكمه ، وشروطه وما يجوز من التصرفات في البدلية وما لا يجوز .

تعريف السلم :

من ناحية الاصطلاح : بيع آجل بعاجل (٢) مع شروط مخصوصة (٣) وصورته قوله : أسلمت اليك دينارا في خمسة أرطال زيت الى ستة أشهر تسلمها في بيتي ونحوه ، فالآجل هو المبيع ويسمي مسلما فيه وهو الزيت وبائعه يسمى مسلما اليه . والعاجل أي الثمن يسمي رأس المال وهو الدينار وصاحبه يسمى رب السلم ، ويسمى بيع المفاليس .

أركانه :

وأركانه اثنان وهما الايجاب والقبول ويصح السلم بلفظ البيع بأن يقول المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا الى كذا ويذكر باقي الشرط ويقول المسلم اشتريت منك بكذا وكذا ، وخالف في ذلك زفر ، وعيسى بن أبان وقالا : لا ينعقد إلا بلفظ السلم ، لأنه شرع على خلاف القياس ، الا أن جمهور الحنفية استدلوا بأن العبرة للمعنى ، ومعنى اسلمت اليك كذا وبعتك الى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وان كان السلم على خلاف القياس ، فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع الى مجرد اللفظ (٤) .

أما الشافعية فقد اختلف الاصحاب في عقد السلم بلفظ البيع ، كقوله بعتك هذا الدينار بقفيز حنطة موصوفة في الذمة هل يكون بيعا أو سلما ؟ فقال بعضهم يكون سلما

---

(١) لغة : السلم والسلف بمعنى واحد والسلف لغة عراقية والسلم لغة حجازية وهو في اللغة التقديم والتسليم خليج البحار : ١ : ٣٠٣ والحاوي : ٦ : ٧٤ .

(٢) فتح القدير : ٥ : ٣٢٣ وفتح العزيز : ٩ : ٢٠٧ والمبسوط : ١٢ : ١٢٤

(٣) البحر الزخار : ٣ : ٣٩٧ .

(٤) فتح القدير ٥ : ٣٢٣ .

بلفظ البيع ، لأن السلم صنف من البيوع وعلى هذا لا يصح أن يفترقا قبل قبض الدينار ، وقال بعضهم يكون بيعا ، لأن السلم لماهو أخص وعلى هذا الرأي يجوز أن يفترقا قبل قبض الدينار (١) والحنابله يعتبرونه نوعا من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع وبلفظ السلم ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع (٢) .

والظاهرية لا ترى السلم بيعا ، لأن التسمية في الديانات ليست الا لله عز وجل على لسان رسوله وانما سماه الرسول ﷺ السلف أو التسليف أو السلم .

أصل مشروعيته :

والسلم عقد شرع على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم . الا أنا تركنا القياس فيه بالكتاب والسنة واجماع الامة :

أما الكتاب : فقول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) (٣) وروى الشافعي عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن الله فيه ثم قرأ هذه الآية (٤)، فدل هذا النقل أن هذه الآية وردت في اباحة السلم ثم دل عليه من نفس الآية قوله : إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ لَا تَكْتُبُوهَا) وهذا في البيع الناجز، فدل على أن ما قبله في غير الموصوف غير الناجز.

أما السنة فيما يأتي :

١) عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم (٥) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي .

---

(١) الحاوي للماوردي : ٦ : ٧٥ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٤ : ٢٠٧ والبحر الزخار : ٣ : ٣٩٧ .

(٣) سورة : البقرة : الاية ٢٨٢ .

(٤) المبسوط : ١٢ : ١٢٤ وفتح القدير : ٥ : ٣٢٤ والحاوي : ٦ : ٧٤ والتلخيص الحبير لابن حجر ٩ : ٢٦ والمهذب للشيرازي : ١ : ٣٠٣ .

(٥) البحر الرائق : ٦ : ١٦٩ : والحاوي : ٦ : ٧٤ والبخاري مع فتح الباري : ٥ : ٣٣٥. والنسائي ٧ : ٢٥٥ ومسلم : ١١ : ٤٢ واللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان : ٢ : ١٥٦ .

٢) عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره (١) .

٣) روى جامع بن شداد عن طارق المحاربي : قال كنت في رفعة منزلنا قرب المدينة وكان معنا ناقة حمراء فخرج الينا رجل عليه ثوبان أبيضان : فقال : تبيعون الناقة قلنا : نعم قال بكم فقلنا بكذا وكذا وسقا من تمر فأخذ الناقةولم ينقض فلما أخذها وتوارى بين جدران المدينة قال بعضنا لبعض ، أتعرفون الرجل فقال بعضنا ماوجهه بوجه غدار ، فلما كان وقت العصر جاءنا رجل فقال:أنا رسول الله ﷺ يأمركم أن تأكلوا حتى تشبعوا وأن تكتالوا حتى تستوفوا قال فأكلنا حتى شبعنا واكتلناحتى استوفينا) . وموضع الدلالة من هذا الحديث أنه ابتاع الناقة بثمن موصوف في الذمة فدل على أمرين : أحدهما: جواز السلم في الأصل والثاني : جوازه حالا (٢) .

٤) روى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال : (أرسلني ابو بردة وعبدالله ابن شداد الى عبد الرحمن بن أبزى ، وعبدالله بن أبي أوفى ، فسألتهما عن السلف ؟ . فقالا : كنا نصيب المغانم مع رسول ﷺ ، فكان يأتينا انباط من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة، والشعير ، والزبيب ، فقلت : أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك) (٣) .

٥) عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ (أنهم قدموا المدينة ، وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال : من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) (٤) .

٦) ماروي أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم : (٥) ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم ،

---

(١) الحاوي : ٦ : ٧٥ ونيل الاوطار : ٥ : ٢٤١ واخرجه أبو داود وابن ماجة . انظر سنن ابي داود : ٢ : ١٤٧ .

(٢) الحاوي : ٦ : ٧٥ ونيل الأوطار : ٥ : ٢٤١ وأخرجه أبو داود وابن ماجة . انظر سنن ابي داود ٢ : ١٤٧ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٤ : ٢٠٧ وفتح الباري : ٥ : ٣٤١ .

(٤) المغني : ٤ : ٢٠٧ والحاوي : ٦ : ٧٤ والمبسوط : ١٢ : ١٢٤ . وفتح الباري : ٥ : ٣٢٤ . رواه البخاري ومسلم .

(٥) فتح القدير : ٥ : ٣٢٤ وقد ورد في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ .

وهو عدم وجوده في ملكه، ولكن بطريق اقامة الأجل مقام الوجود في ملكه رخصة، وذلك لأن بالوجود في ملكه يقدر على التسليم وبالأجل كذلك، فانه يقدر على التسليم إما بالتكسب في المدة أو مجيء أو ان الحصاد (١) .

أما الاجماع : فقد انعقد في الصحابة ولم يخالف بعدهم الا ابن المسيب فقد حكيت عنه حكاية شاذة أنه أبطل السلم ومنع منه ، وهذا محجوج باجماع من تقدمه مع ما ذكرنا من النصوص الدالة والمعنى الموجب (٢)، ولأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن (٣) ، ولأن بالناس حاجة اليه ، فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل ، اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري ، والبائع قد يكون له حاجة في الحال الى السلم وقدره في المآل عن المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المآلية فلهذه المصالح شرع السلم (٤) .

حكم السلم :

حكم السلم كحكم البيع وهو ثبوت الملك في البدلين لكل من المتعاقدين بمجرد تمام العقد مستوفيا شرائطه ، فالمسلم اليه يملك الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة ، أما في العين فلا يثبت الا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى (٥) .

شرائط السلم :

اتفق الفقهاء على جواز السلم وعلى أنه يصح بشروط ستة : أن يكون في جنس معلوم بصفة معلومه ومقدار معلوم وأجل معلوم ومعرفة مقدار رأس المال (٦) وإني لأتعرض في شرح هذه الشروط وأبين مازاد عليها من الفقهاء .

---

(١) المبسوط : ١٢ : ١٢٤ .

(٢) الحاوي للماوردي : ٦ : ٧٦

(٣) أن عقد البيع يجمع ثمنا ومثمنا فلما تنوع الثمن نوعين معينا وموصوفا وجب أن يتنوع المثمن نوعين معينا وموصوفا فالمعين البيوع الناجزة والموصوف السلم في الذمة فدل على ما ذكرنا من النص والاستدلال والمعنى على جواز السلم . الحاوي للماوردي ٦/٧٦ .

(٤) المغني لابن قدامة : ٤ : ٢٠٧ وفتح القدير : ٥ : ٣٢٤ .

(٥) كتاب المعاملات : ٣٨٠ لأبي الفتح وفتح القدير : ٥ : ٣٢٣ .

(٦) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة : ١ : ١٧٩ والميزان الكبرى للشعراني ٢ : ٧٢ والمغني لابن قدامة ٤ : ٢٠٧ .

فالحنفية اتفقوا على شروط خمسة : بيان الجنس ، وبيان النوع، وبيان الصفة ، وبيان قدر رأس المال ، ومكان الايفاء ، وشرطان آخران عند الحنفية هما : قبض رأس المال ، والقدرة على المسلم فيه فلم يـذكرا الا في بعض كتبهم (١) فالأربعة الأولى تشترط في كل من رأس المال والمسلم فيه (٢) فالجنس كبر وشعير والنوع كسقية وهي الحنطة التي تسقي بماء الأرض أو بخسيه اسم لغير المسقية (٣) ، والصفة بأنها جيدة ، أو رديئة ، أو أنها وسط ، والقدر نحو كـــذا رطلاً ، فيما يوزن أو كذا كيلاً بمـــا لا ينقبض ولا ينبسط كالزنبيل والجراب فإنه لا يجوز المكايلة به (٤) .

وهذه الأربعة تشترط في كل من المسلم فيه ورأس المال فهي ثمانية بالتفصيل إذ أن ما يجوز كونه مسلماً فيه يجوز كونه رأس مال السلم ولا ينعكس فإن النقود تكون رأس مال ولا يسلم فيها (٥) .

الشرط التاسع : الأجل المعلوم فلو عقدا بلا أجـــل فسد ، فإن جعلا له أجلاً معلوماً قبل أن يتفرقا جاز ان كانت الدراهم قائمة بعينها ، لأن الدراهم فيه قائمة مقام المبيع فلا بد أن تكون بحيث يبتدأ فيها العقد .

العاشر : بيان قدر الأجل : وأقله شهر لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل في الأصح، روى عن محمد رحمه الله بدليل مسألة اليمين، حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهرين بر في يمينه وعلى الشهر الفتوى (٦) وذكر الكرخي بأنه لا بد من التأجيل ليقدر على التحصيل وتقديره إلى المتعاقدين ، وعن الطحاوي أقله ثلاثة أيام (٧) .

الحادي عشر : بيان مكان الإيفاء ، أي بيان الموضع الذي يسلم فيه المسلم فيه ان كان له حمل ومؤنه ، وهو ما لو أمر انسان أن يحمله إلى مجلس القضاء لا يحمله مجاناً وقيل ما لا يمكن رفعه بيد واحدة وهذا الشرط لازم عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وقالا لا يحتاج إلى

---

(١) خليج البحار : ٣٠٤ .
(٢) البحر الرائق : ٦ : ١٧٤ .
(٣) بخسية : منسوب الى بخس وهي الأرض تسقيها السماء سميت بهـــا لأنها منقوصة ماء أو نماء .
(٤) خليج البحار : ٣٠٤ ودرر الحكام : ٢ : ١٩٥ .
(٥) البحر الرائق : ٦ : ١٧٤ وغنية ذو الأحكام : ٢ : ٢٩٥ .
(٦) خليج البحار : ٣٠٤ والبحر الرائق : ٦ : ١٧٤ .
(٧) الاختيار ١ : ٢٠٧ .

تعيينه ويسلمه في موضع العقد ، لأن مكانـــه مكان الإلتزام فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض ، وحجة أبي حنيفة أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد للتسليم ، وإذا لم يتعين بقي مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة لاختلاف القيم باختلاف الأماكن فلا بد من البيان دفعاً للمنازعة وصار كجهالة الصفة فيفسد العقد ، ولما تعين مكان العقد للإيفاء عندهما صار مكان الإيفاء معلوماً فيصح .

والحقيقة كما يقول الكاساني (فلأنه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصاً فالقول بتعيين مكان العقد شرعاً من غير تعيين العاقدين تقييد المطلق فلا يجوز إلا بدليل) وما لا حمل له يوفيه حيث شاء ولا يحتاج فيه إلى مكان بيان الإيفاء اجماعا (١) .

الثاني عشر : قبض رأس المال قبل الافتراق نقداً كان أو عرضاً قبل تفرق المتعاقدين ، لأن السلم أخذ عاجل بآجل ، وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه وفق ما يقتضيه اسمه ، والافتراق عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عـــن دين بدين وأنه منهي عنه ، لما روي أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء أي النسيئة بالنسيئة وقبض رأس المال شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة ، فإن العقد ينعقد صحيحاً بدون قبض ثم يفسد بالإفتراق لا عن قبض سواء كـــان رأس المال دينا ، أو عينا ، عند عامة العلماء استحسانا ، والقياس أن لا يشترط قبضه في المجلس إذا كان عينا وهو قول مالك رحمه الله (٢) .

ووجه الاستحسان : أن رأس المال يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين على ما هو الأصل في الشرع في إلحاق المفرد بالجملة (٣) .

الثالث عشر : أن لا يشمل البدلين أحد وصفي علة ربا الفضل ، وذلك إما الكيل ، أو الوزن أو الجنس ، فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين في البدلين يتحقق ربا النساء . والعقد الذي فيه ربا فاسد ، وبناء على هذا فـــلا يجوز اسلام المكيل في المكيل ، أو الموزون في الموزون ، والمكيل في الموزون ، والموزون في المكيل ، وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات المتقاربة (٤) .

---

(١) خليج البحار ٣٠٤ والبحر الرائق ٦ : ١٧٥ـ١٧٦ وبدائع الصنائع ٥ : ٢١٣ ، والاختيار ، ١ : ٢٠٧ .
(٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢٠٢ ، ٢٠٣ وخليج البحار ٣٠٤ والبحر الرائق ٦ : ١٧٧ .
(٣) بدائع الصنائع ٥ : ٢٠٣ .
(٤) بدائع الصنائع ٥ : ٢١٤ والبحر الرائق ٦ : ١٧٤ .

الرابع عشر : أن لا يكون فيه خيار شرط فإذا وجد فيه خيار الشرط بطل العقد ، فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم في يـــد المسلم إليه صح ، وإن كان هالكاً لا ينقلب صحيحاً (١) .

الخامس عشر : أن يتعين المسلم فيه بالتعيين، فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيها ، لأنها لا تتعين في عقود المعاوضات فلم تكن مبيعه .

أما التمر والنقرة والمصوغ فرأيان : الأول يجوز السلم فيها لأنها بمنزلة العروض حيث لم يجوز المضاربة بها فتتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم فيها .

والثاني : لا يجوز السلم فيها ، لأنها بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة ، ولذلك لا يجوز الصرف فيها إلا يداً بيد ، والفلوس عدداً جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنها مما تتعين بالتعيين في الجملة عندهما حتى جـــوز بيع فلس بفلس بأعيانهما ، وعند محمد لا يجوز السلم فيها لأنها أثمان بمنزلة الدراهم والدنانير ، ولهذا لم يجز بيع واحد منها بإثنين بأعيانها (٢) .

السادس عشر : وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل، فإن لم يكن موجوداً عند العقد ، أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيها ، لكنه انقطع من أيدي الناس فيا بيع وذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك لا يجوز السلم (٣) .

السابع عشر : أن يكون مما يضبط بالوصف ،وهو أن يكون من الأجناس الأربعة، المكيل والموزون ، والمذروع ، والمعدود المتقارب ، فهذه الأشياء فإن وصفها يكون على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير فإن كان المسلم فيه مما لا يمكن ضبط صفته ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فية ، لأنه إذا لـــم يمكن ضبط صفته وقدره يبقى مجهولاً جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانهـــا مفسدة للعقد ، ولذلك يجوز السلم في المكيلات والموزونـــات ، والمذروعات ، والعدديات المتقاربـــة ، فالمكيلات والموزونات ، فإنهما من ذوات الأمثال وهي ممكنة الضبط قدراً وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير (٤)،وكذلك العدديات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت أعداده في المالية ، كالجوز ، والبيض ، عدداً وكيلا لأن الجهالة فيها يسيرة لا تفضى إلى المنازعة.

---

(١) البحر الرائق ٦ : ١٧٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢١٢ والبحر الرائق ٦ : ١٧٤ والحاوي القدسي ٣١٧ أ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ٢١١ وخزانة الفقه ٥٨ أ .

(٤) وفي الفروق جواز السلم في الخبز وزنا : فروق للكرابيسي ٣٢٨ .

وقال زفر لا يجوز : لأن الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصغر والكبرحتى يشترى الكبير منها بأكثر مما يشترى الصغير فأشبه البطيخ والرمان . ورأي جمهور الحنفيه أن الكبير والصغير تفاوته يسيراً وقد أعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبره ولهذا كان مضموناً بالمثل عند الاتلاف ، أما البطيخ والرمان فالتفاوت فيهما فاحش ولهذا كان مضموناً بالقيمة .

أما المذروعات كالثوب ، والبسط ، والبواري ، ونحوها ، ان بين طولا وعرضاً ورفعة أو غلظة ،لأن مقدارالمالية في الثياب معلوم بذكر هذه الأشياء ، والتفاوت بغيرها يسير فلا يضر لأنه لايفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وهذا في غير الحرير ، لأن الحرير لابد من ذكر الوزن أيضاً لأن قيمة الثوب فيها تختلف باختلاف وزنها .

أما السمك المالح أو القديد المملوح وزناً لاعدداً ، لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع وهو معلوم يمكن ضبط بيان قدره بالوزن وبيان نوعه بأن يقول مشط أو قاروس (١) .

والصحيح : أن في الصغار فيه يجوز وزنا وكيلا .وفي الكبار روايتان ، أما السمك الطري والمليح لايجوز السلم فيهما عدداً للتفاوت الفاحش في أفراده بالكبر والصغر (٢) .

السلم في المنقطع :

لايجوز السلم فيما ينقطع من أيدي الناس لفوات شرط السلم،وهو أن يكون موجوداً وهذه المسألة على أربعة أوجه :

الأول : أن يكون المسلم فيه جوداً عند العقد، منقطعاً عن أيدي الناس عند حلول الأجل ، فهذا الوجه لا يجوز السلم فيه ، لأن التسليم عند حلول الاجل لازم فإذا لم يكن مقدور التسليم عند ذلك لايجوز العقد .

الثاني : أن يكون المسلم فيه منقطعاً وقت العقد ، موجوداًفي أيدي الناس عند حلول الأجل ، فهذا لايجوز ويجوز عند الشافعي .

---

(١) مشط أو قاروس ـ نوعان من أنواع السمك .

(٢) خليج البحار : ٣٠٣ والحاوي القدسي : ٣١٧أ، ٣١٧ ب وبدائع الصنائع : ٥ : ٢٠٨و٢٠٩ والبحر الرائق ٦ : ١٦٩ — ١٧٢ وفتح القدير : ٥ : ٣٣٣ والمبسوط ١٢ : ١٣٣ والاختيار : ١ : ٢٠٩ .

الثالث : أن يكون موجوداً عند العقد وعند حلول الأجل ، ولكنه ينقطع عن أيدي الناس فيما بين ذلك فهذا لايجوز .

الرابع : أن يكون موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل على وجه لاينقطع فيما بين ذلك ، فيكون العقـــد صحيحاً بالاتفاق ، ودليلهم حديث إبن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين وربما قال ثلاث سنين فقال من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ، ومعلوم أن الثمار الرطبة لا تبقى إلى هذه المدة الطويلة ومع هذا أقرهم على السلم فيها، والمراد من هذا : أن المسلم فيه مقدور التسليم عند وجوب التسليم فيجوز العقد كما لو كان موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل (١) .

الثامن عشر : بيان قدر رأس المال في المثليات ، بأن يكون معلوم القدر بكيل ،أو وزن ، أو لايعرف عياره بأن قـــال بهذا الاناء ولا يعلم كم يسع فيه ، أو بحجر لايعرف عياره بأن قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه أو بذراع يده .

هـــذا وبيان قدر رأس المال ، إذا كان العقد يتعلق على مقداره عند الامام . وقالا تكفي الاشارة اليه كالثمن لان الجهالة مع الاشارة لاتفضي الى المنازعة ، وحجة أبي حنيفة أن المنازعة قد تحصل بأن ينفق بعض رأس المال ثم يجد بالباقي عيبـــاً فيرده ولايتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقي السلم في غيره ولا يدرى قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه (٢) .

المالكية :

ذكر القرافي شروطاً للسلم . فقال : إن السلم الجائز ما اجتمع فيه أربعة عشر شرطاً الأول : تسليم جميع رأس المال حذراً من الدين بالدين. وهذا من الشروط المتفق عليها عند الحنفية . والثاني : السلامة من السلف بزيادة فلا تسلم الشاة في شاتـــين متقاربتي المنفعة . والثالث: السلامة من الضمان بجعل فلا يسلم جذع في نصف جذع من جنسه. والرابع :السلامة من النساء في الربوي ،فلا يسلم النقدان في تراب المعادن .الخامس: أن يكون المسلم فيه يمكن

---

(١) البحر الرائق : ٦ : ١٧٢ والمبسوط : ١٢ : ١٣٤ وفتح القدير : ٥ : ٣٣١ .
(٢) البحر الرائق : ٦ : ١٧٥ وبدائع الصنائع : ٥ : ٢٠٧ .

ضبطه بالصفات . والسادس : أن يقبل النقل حتى يكون في الذمـــة ، فلا يجوز السلم في الدور . والسابع : أن يكون معلوم المقدار فلا يسلم في الجزاف. والثامن : ضبط الاوصاف التي تختلف المالية باختلافها نفيا للغرر . التاسع : أن يكون مؤجلا فيمتنع السلم للحال . العاشر : أن يكون الاجل معلوماً نفياً للغرر . الحادي عشر : أن يكون الاجل زمن وجود المسلم فيه فلا يسلم في فاكهة الصيف ليأخذها في الشتاء. الثاني عشر : أن يكون مأمون التسليم عند الأجل نفياً للغرر ، فلا يسلم في البستان الصيفي. الثالث عشر : أن يكون ديناً في الذمة ، فلا يسلم في معين لانه يتعين بتأخر قبضه فهو غرر. الرابع عشر : تعيين مكان القبض باللفظ ، أو العبارة نفياً للغرر ومتى فقد شرط من هذه الشروط فالسلم عندئذ يكون ممنوعاً (١) وقد ذكر الصعيدي أن شروط السلم ستة عشر خمسة في رأس المال وتسعة في المسلم فيه واثنان في أجله (٢) بينما ذكر القرافي أن الشروط التي توصل اليها لم يزد عليه أحـداً ، لأن الشروط عند المالكية سبعة فقط ، وقد ذكرها الدسوقي .

الشافعية

وتشترط الشافعية مع شروط البيع ستة شروط .

الأول : تسليم رأس المال وهو الثمن في مجلس العقد قبل لزومه ، اذ لو تأخر لكان في معنى بيع الدين بالدين ان كان رأس المال في الذمة ، ولأن في السلم غرراً فلا يضم اليه غرر تأخير تسليم رأس المال (٣) ، قال الماوردي (ولأن في السلم غررا فلو جاز فيه تأخير الثمن لازداد فيـــه الغرر ، وزيادة الغرر في العقد يبطله لأن الثمن اذا تأخر مع تأخـــر المثمن صار دينا بدين ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين) (٤) .

ماحكم من عجل نصف الثمن وبقي النصف ثم افترقا ؟ .

لقد اختلف أصحاب الشافعي في هذا العقد على ثلاثة مذاهب :

١ ــ ان العقد باطل في الكل وهو قول البصريين ، لان من شرط صحته تسليم جميع ثمنه فإذا لم يسلم جميع الثمن عدم الشرط فبطل .

---

(١) الفروق للقرافي : ٣ : ٢٨٩ ــ ٢٩٠ وانظر بداية المجتهد : ٢ : ٢١٨ — ٢٢١ والقوانين الفقهية لابن جزيء : ٢٥٩ — ٢٦٠ والدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ١٩٥ — ٢١١ ، والفواكه الدواني : ٢ : ٦٦ — ٧١ وقد ذكر أن الشروط سبعة فقط وانظر مياره : ٢ : ٨٠ .

(٢) كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٤٢ ، ١٤٣ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ : ١٠٢ ونهاية المحتاج ٤ : ١٩٢ والوجيز : ١ : ٩٢ .

(٤) الحاوي للماوردي : ٦ : ١٣٨ .

٢ ـ أن السلم فيما تقابضا جائز وهو قول البغداديين وأمـا فيما بقي باطل لانهما لو تقابضا الجميع يصح ولو لم يتقابضاه لم يبطل فوجب اذا تقابضا البعض وبقي البعض ، أن يصح فيما قبض ويبطل فيما لم يقبض ، وقالوا ولا خيار في تفريق الصفقة لأن افتراقهما على البعض أحق منهما بالتفريق .

٣ ـ ان السلم فيما لم يتقابضاه باطل، وفيما تقابضاه على قولين ، من تفريق الصفقة :

آ) باطل على قول من يمنع من تفريق الصفقة .

ب) جائز على قول من يجيز تفريق الصفقة والمسلم اليه بالخيار دون المسلم ، في أن يمضي العقد في البعض أو الفسخ (١)

الثاني : كون المسلم فيه ديناً فلا ينعقد في عين لأن لفظ السلم للدين ، ولو أسلم بلفظ الشراء انعقد .

الثالث : بيان محل التسليم لتفاوت الاغراض فيما يراد من الأمكنة في ذلك (٢) ثم ينظر الى المكان فإن كان العقد في موضـع لايصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه ، وان كان العقد في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه :

الأول : يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه ولذا وجب بيانه كالصفات .

الثـاني : لايجب بيان الموضع بل يحمل على موضع العقد كما في بيع الأعيان .

الثـالث : انه إن كان للمسلم فيه مؤنة لحمله وجب بيانه، لأنه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ، وإذا لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه ، لأنه لايختلف الثمن باختلافها (٣) . فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافهما .

الرابـع : حلول رأس المال فلا يجوز تاخير قبض رأس المال عن المجلس ، لقوله ﷺ (أسلفوا في كيل معلوم) والاسلاف هو التقديم فإذا تأخر رأس المال لم يكن سلماً فلا يصح ، أما رأس المال فيجوز أن يكون في الذمة

---

(١) الحاوي للماوردي : ٦ : ١٣٧

(٢) مغني المحتاج : ٢ : ١٠٣ .

(٣) المهذب للشيرازي : ١ : ٣٠٧ ومغني المحتاج : ٢ : ١٠٤ .

ثم يفيه في المجلس ويسلمه فإن كان من الاثمان حمل على نقد البلد ، وإن كان في البلد نقود حمل على الغالب ، فإن كان رأس المال عرضاً وجب بيان الصفات التي تختلف بها الاثمان ، لانه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه .

وان كان رأس المال معينا فيجوز السلم فيه وفيه قولان :

الأول : لايجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض في عقد لايقتضي رد المثل فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره .

الثاني : يجب ذكر صفـــاته ومقداره ، لأنه لايؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه فاذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف مايرده .

أما اذا كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها فعلى القولين (١) .

الخامس : القدرة على التسليم ، لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه ، فيمتنع السلم فيه ولذا فانه يترتب عليه ، أن السلم في منقطع لدى المحـــل لايجوز أما الانقطاع قبل المحل أوبعده فلا يضر ، واذا كان المسلم فيه موجودا في قطر آخر ينظر : ان كان ممايعتاد نقله صح السلم فيه وان بعدت المسافة للقدرة عليه ، وان لم يعتد نقله لنحو البيع منه غالبا وكان نقله نادرا أو أنه ينقل لغير المعاملة كالهدية فلا يصح السلم فيه لعدم القدرة عليه (٢) .

السادس : أن يكون معلوم القدر ، كيلا ، أو وزنا ، أو عدا، فيما يعد أو ذرعـــا يعلم ، ينفي عنه الغرر والعدد أقربها أمرا وأظهرها حالا لانه لايختلف ،أما الكيل والوزن فقد يختلف في البلد ان والازمان ، فلا بد أن يكون معلوماتنفي الجهالة عنه ويمكن الحكم به ، وذلك لايخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون معروفا يتعـــامل به أهل الوقت كالقفيز والاردب ــ بالشام والصاع بالحجاز ، فاذا أسلم العراقي بالقفيز والشامي بالاردب والحجازي بالصاع صح السلم . هذا واذا كانت الصيعان والقفزان مختلفة فلا بد من تسمية صاع منها الا أن يكون أحدها غالبا يتعامل به الناس فينصرف الاطلاق عندئذ الى غـــالب ما يكال الناس به ، والقفزان والصيعان كالأثمان المطلقة .

---

(١) نهاية المحتاج : ٤ : ١٩٢ والمهذب للشيرازي : ١ : ٣٠٧ .

(٢) نهاية المحتاج للرملي : ٤ : ١٩٢ والوجيز للغزالي : ١ : ٩٣ ومغني المحتاج ٢ : ١٠٦ . وفتح الوهاب : ١ : ١٨٧ .

الثاني : أن يشترطا مكيلا قد كان معروفا لكن ليس يتعامل به أهل الوقت ولا يتعامل به أهل ذلك البلد كالاردب بالعراق والقفيز بالحجاز ، فان جهل المتعاقدان قدره لم يجز وان علما قدره جاز لانه معروف القدر عند الحكام فيمكن الرجوع اليه ويقدر السلم به .

الثالث : أن يشترطا مكيلا غير معروف ولا يتعامل بـه الناس مثل أن يصنعا مكيلا يستحد ثانه فيقول قد أسلمت اليك بمثل هذا المكيل ، أو بمثل هذه الجره لم يجز .

أما المذروع فلا بد من اشتراط ذراع مشهور عند العامة في ذلـك البلد ، كالذراع الهاشمي، أو الذراع العمري، أو الذراع البلدي، أما لوقال بذراعي هذا فبعض أصحاب الشافعي أجازه لتعيينه لانتفاء الجهالة عنه وهذا ليس بصحيح بل لا يجوز . وان أشار الى ذراع نفسه لأنه قد يموت فلا يمكن الاستيفاء بذراعه فصار كوضع مكيال مستحدث (١)

أما المعدودات فلا يكفي فيه العد ، أما اذا كان مما يتفاوت فـلا بد من ذكر الوزن فيه كالبطيخ والباذنجان والرمان والجوز وقيل يجوز في الجوز واللوز كيلا (٢) .

السابع : معرفة الاوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظـاهرا للعاقدين وعدلي شهادة ولو رجلا وامرأتين بأن يوجد في دون مسافة القصر ، والمراد بالصفات ، هي التي تختلف بها الاثمان كالصغر والكبر والطول والعرض والدور والسمك والنعومة والخشونة واللين والصلابة والرقة والذكورة والأنوثة .

وان شرط الأجود لم يصح العقد لأنه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون ما هو أجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه .

ولو شرط رديء نـوع أو أردأ جاز لانضباطها ، وطلب أردأ من المحضر عناد ، بخلاف ما لو شرط رديء عيب لعدم انضباطه أو أجوده لأن أقصاه غير معلوم (٣) .

وبناء على ما مر فان السلم يصح في منضبط وان اختلط بعضه ببعض مقصوده أو غيره كعتابي وخز (٤) وشهد ، أما ما لا ينضبط مقصوده كهريسة ومعجون وغالية وخف مركب

---

(١) الحاوي للماوردي ٦ : ١٤٥ ونهاية المحتاج ٤ : ١٩٤ـ١٩٨ والمغني ٢ : ١٠٧ ، والوجيز ١ : ٩٣ .

(٢) الوجيز ١ : ٩٣ والتنبيه : ٦٩ ، والمهذب ١ : ٣٠٥ ، ٣٠٦ وفتح الوهاب ١ : ١٨٧ ـ ١٨٨ .

(٣) المهذب ١ : ٣٠٦ وفتح الوهاب ١ : ١٨٨ وقليوبي وعميرة ٢ : ٢٥٠ ونهاية المحتاج ٤ : ١٩٨ ـ ١٦٩ والوجيز ١ : ٩٣ ومغني المحتاج ٢ : ١٠٨ والمزني ٩١ .

(٤) العتابي : مركب من قطن وحرير والخز : من البرسيم ووبرأو صوف وهما مقصود اركانها، والشهد بفتح الشين وضمها على الاشهر مركب من عسل وشمعة خلقه فهو شبيه بالتمر وفيه النوى .

لاشتماله على ظهارة وبطانة وحشو ، ورؤوس حيوان لأنهـــا تجمع أجناسا مقصوده ولا تنضبط بالوصف ومعظمها العظم وهو غير مقصود (١) .

وأما ما يقبل الوصف لكن يفضي الاطناب فيه الى عزة الوجود كاللآلىء الكبار ، واليواقيت ، والجارية الحسناء مع ولدها ، الى غير ذلك مما يعز وجوده فان ذلك يوجب عسرا في التسليم فلا يجوز السلم فيه .

هـــذا والوصف الذي به التعريف ينبغي أن يكون بلغة يعرفها غير المتعاقدين يرجع اليهما عند تنازع العاقدين فلو جهلاها أو احدهما أو غيرهما لم يصح العقد (٢) .

الحنابلة :

وتشترط الحنابلة في صحة السلم توفر سبعة شروط زيادة على شروط البيع (٣) .

١) كون المسلم فيه مما يمكن انضباط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها كثيرا ، لان مالا يمكن ضبط صفاته يختلف كثيرا فيفضي الى المنازعة ، فالمنضبط كمكيل وموزون ومذروع ، أما المعدود فلا يصح السلم فيه اذا كان مختلفا كرمان، وخوخ ، لانها تختلف بالكبر والصغر، وكجلود ورؤوس ومايجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة كغالية ومعاجين.

٢) ذكر الجنس والنوع وكل وصف يختلف بـــه الثمن اختلافا ظاهرا ، لكونه وقدره وبعده وحداثته وقدمه وجودته ورداءته ولا يجب استقصاء كل الصفات ، لأنـه يتعذر ولا مالا يختلف به الثمن لعدم الاحتياج اليه ، ولا يصح شرط المتعاقدين الأردأ أو الأجود لأنه لا ينحصر ، اذ مامن رديء أو جيد الا يحتمل وجود أردأ أو أجود منه ، بل يصح شرط جيد أو رديء ويجزىء ما يصدق عليه أنه جيد أو رديء فينزل الوصف على أقل درجة .

٣) ذكر قدر كيل في مكيل ، وقـــدر وزن في موزون ، وقدر ذرع في مذروع متعارف ، واستدلوا بحديث (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم ، ولأنه عوض في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن ، فمن أسلم في مكيل

---

(١) فتح الوهاب ١ : ١٨٨ ــ ١٨٩ والغالية مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور .
(٢) الوجيز ١ : ٩٣ ، ٩٤ وفتح الوهاب ١ : ١٨٨ والبجيرمي ٢ : ٣٣٢ .
(٣) وقد ذكر ابن قدامة ستة شروط فقط .

وزنا ، أو وزنا في مكيل لم يصح السلم ، لأنه قدره بغير ما هو مقدر بـــه فلم يجز كما لو أسلم في حرير كيلا .

٤) الرابع ذكر أجل معلوم للحديث السابق، فأمر بالأجل والأمر يقتضي الوجوب ولأن السلم رخصة جاز للرفق ولا يحصل الا بالأجل ، فاذا انتفى الأجل ، انتفى الرفق فلا يصح ، والمدة يكون لها وقع في الثمن عادة وتقدر بالشهر ، كما أنه يشترط أن تفي به مدته فلا يصح كمئتي سنة لأن آجال الناس لاتبلغها غالبا وهو ظاهر .

واذا كان الاجل مجهولا فالسلم لا يصح كمن أسلم الى الحصاد والجذاذ وقدوم الحاج لأنه يختلف فلم يكن معلوما .

٥) وجوده غالبا وقت حلوله لوجوب تسليمه اذا ، فـــان كان لا يوجد فيه أو يوجد نادرا لم يصح كمن أسلم في عنب أو رطب الى الشتاء .

٦) أن يقبض الثمن تاما في مجلس العقد قبل التفرق، لقوله ﷺ (من أسلف . .) أي فليعط لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه مـــا أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه ، وحذراً من أن يصير بيع دين بدين فيدخل تحت النهي .

ولا يصح السلم بما لا يمكن ضبطه بصفة كجوهر ونحوه ، فان عقداه بذلك فباطل لفوات شرطه ويرد المقبوض ان كان باقيا ــ وان لم يكن باقيا فقيمته ان كان متقوما أو مثله إن كان مثليا .

٧) أن يسلم في الذمة ، فان أسلم في عين كدار وشجرة نابته لم يصح السلم لأنه ربما تلف قبل أوان تسليمه ، ولان المعين يمكن بيعه في الحال فلا حاجة إلى السلم .

والحنابلة لم يشترطوا ذكر مكان الايفاء واستدلو بأن النبي ﷺ لم يذكره ، ولأنه عقد معاوضة فأشبه بيوع الاعيان ، الا أنهم قالوا اذا كان محل العقد لا يمكن الوفاء فيه كبرية وبحرية ودار وحرب فعندئذ يشترط ذكره لتعذر الوفـــاء في موضع العقد وليس البعض أولى من البعض فاشترط تعيينه بالقول .

أما اذا كان محل العقد يصلح للاقامة فيجب الوفاء فيه ، لأن العقد يقتضي التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره. وان تراضيا على مكان فلهما ذلك لأن الحق لا يعدوهما (١)

---

(١) كشاف القناع ٣ : ٢٨٩ ــ ٣٠٧ ومطالب أولي النهى ٣ : ٣٠٨ــ٢٢٧ والتنقيح المشبع ١٣٨ــ١٤٠ والروض المربع وزاد المستقنع ١٨٦ ــ ١٨٩ وهداية الراغب ٣٣٩ ــ ٣٤٣ والمغني لابن قدامة ٤ : ٢٠٧ ــ ٢٢٣ .

الزيديـــة :

وذهبت الزيدية الى اشتراط خمسة شروط :

الشرط الأول : في رأس المال وفيه مسائل :

الأولى : ويصح السلم من النقد اجماعا وأجاز بعضهم الحاضر لصحته ثمنا وبعضهم منع ذلك لتأديته الى الشجار في قيمته ان تعذر المسلم فيه .

الثانية : ويصح العقد على رأس المـــال قبل وجوده في الملك اذا وصف بمايتميز به كعلى نقد في الذمه مع قبضه قبل التفرق ولم يكن قبض فباطل .

الثالثة : ويصح رأس المال أن يكون جزافا كثمن المبيع وقال بعضهم لايصح للجهالة .

الرابعة : ولايصح أن يكون رأس المال فيما يحرم فيه النساء .

الخامسة : ولايصح اسلام الدين الى من هو عليه قبل قبضه اجماعا .

السادسة : ويصح اسلام جنس في جنسين وعكسه وقال بعضهم لايصح لجهـــالة التعذر المقابل لكل جنس وقدنهى النبي ﷺ عن بيع الغرر .

السابعة ويصح اســـلام المكيل في الموزون والعكس وبعضهم لم يجز هذا ، وهو موافق لرأي أهل السنة .

الشرط الثاني : في المسلم فيه وفيه مسائل

الأولى : يجب ذكر قدره ، وجنسه ، ونوعه ، وصفته ، اجماعا لقوله ﷺ (في كيل معلوم) .

الثانية : ويصح أن يكون المسلم فيه مؤجلا اجمـــاعا لقوله ﷺ الى أجل معلوم ، ولا يصح حالا للخبر ولقوله تعالى : (بِدَيْنٍ إلى أجَلٍ مُسَمًّى) .

الثالثة : من صفـــات المسلم فيه لايشترط الا مايكون مقصودا للمنفعة وتختلف به القيمـــة .

الرابعة : ولابد للمسلم فيه من كيله أووزنه حيث أمكن ليكون معلوم القدر ويجوز كيل الوزن .

الخامسة : لايصح تعيين مكيال بعينه اذ ربمـــا يفقد عند حلول الوفاء ، ولاتعيين ثمر شجرة أو أرض اذ ربما يتعذر ، والأصل فيه قوله ﷺ (في كيل معلوم) .

السادسه : ولايصح الاشتراك في المسلم لاستلزامه الفسخ بينه وبين المسلم في البعض .

السابعه : وفاسد السلم باطل فيترادان الباقي والا فمثل المثلي وقيمة القيمي اجماعا ويقوم يوم القبض اذ الضمان من ذمته .

الثامنة : ولايلزم في المسلم أخذ مانقص عماوصف الابرضاه لقوله تعالى (عن تراض) ويلزمه قبول الزائد في الصفة اذ هي تابعة للذات لاللقدر لامكان فصلها مع لزوم السنة بأخذها والصفة قد يتسامح بها لجواز بيع الرديء بالجيد صفة لاقدرا .

التاسعة : ويجوز قبول ما عجل لتبرأ ذمة المعجل ، فان امتنع عن القبول فوجهان :

الأول : يجبره الحاكم اذ هو حق عليه .

والثاني : لايجبره الحاكم بل يقبضه الى بيت المال حتى يقبله وهو رأي قوي .

الشرط الثالث : الأجل وفيه مسائل :

الأولى : ويجب أن يكون الأجل معلوما ويصح تقييده بالشهر الرومي والعربي والأيام المشهورة كا لعيدين .

الثانية : لايصح الى الحصـــاد ونحوه للجهالة ، ولقوله ﷺ لاتبايعوا الى الحصاد ، ويصح الى وقت العطاء إن كان معلوما .

الثالثة : أقل أجله ثلاث لاعتبارها في كثير من الـ جيلات كتأجيل الشفيع وقال بعضهم أربعين يوما اذ هو أقل ما يحصل به ثمرة كبعض الشعير .

الشرط الرابع : المكان ، وذكره شرط في العقد ، اذ العقد لايقتضي التسليم في موضعه فوجب تعيينه في السلم فيكون عندئذ معلوما وقال بعضهم لا يشترط ذكر المكان لقوله ﷺ (في كيل معلوم) ولم يذكر المكان .

الشرط الخامس : معرفة امكانه للحلول وفيه مسائل :

الأولى :لايضر عدمه عند العقد ، اذ لا ثمرة لوجوده حينئذ ، بل الثمرة عند الحلول، واذا تعذر عند الحلول انفسخ العقد كتلف المبيع قبل التسليم ،فان انقطع الجنس قبل الحلول وغلب في الظن استمرار انقطاعه ففي انفساخه قبل الحلول تردد ، والأصح عندهم أن لا ينفسخ الابعده .

الثانية : وعقد السلم غير لازم فلكل منهما فسخه لقوله ﷺ (ليس لك الا سلمك أو رأس مالك) ، وقيل : لازم كالبيع وهذا هو الأقرب في مذهب الزيدية ، وأما تخيير النبي ﷺ كان حيث تعذر الجنس عند الحلول والسبب يشهد له) (١) .

الشيعة الامامية :

وتشترط الشيعة الامامية في السلم شروط البيع ويختص بشروط منها :

١) ذكر الجنس ، والمراد به (والرواية الحقيقية) النوعية كالحنطة والشعير .

٢) الوصف الرافع للجهالة وهو الذي يختلف لأجله الثمن اختلافا ظاهرا لا يتسامح بمثله عادة والمرجع في ذلك الى العرف ، والمغير من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف اثمان الافراد الداخلة في المعين وهو ماكان من نوع واحد .

أمـــا لا يضبط وصفه فيمنع السلم فيه ، كاللحم ، والخبز ، والجواهر ، واللآلىء الكبار ، لتعذر ضبطها على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن . أمـــا الآلىء الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف القيمة باختلافها فيجوز مع ضبط ما يعتبر منها .

٣) قبض الثمن قبل التفرق أو المحاسبة به مـــن دين عليه بأن يكون للمشتري على البائع دين سابق فبعد ابرام العقد وحين إعطاء الثمن يفرض الدين ثمنا لما اشتراه . أما لو شرط الدين نفس الثمن بطل لأنه بيع دين بدين :

٤ ــ تقدير المسلم فيه أو مـا يعم الثمن بالكيل أو الـوزن المعلومين في ما يكال أو يوزن وفيما لا يضبط إلا به. وجازبيعه جزافاً كالحطب والحجارة لأن المشاهدة ترفع الغرر.

٥) ولا بد من كون المسلم فيه عام الوجود عند رأس الأجل إذا شرط الأجل في البلد الذي شرط تسليمه فيه أو فيما قارب بلد العقد بحيث ينقل اليه عادة .

٦ ــ لزوم موضع التسليم إذا شرط لوجوب الوفاء بالشرط السائغ،وإذا لم يشترط التسليم في موضع معين اقتضى الإطلاق أن يكون في موضع العقد (٢) .

---

(١) البحر الزخار : ٣ : ٢٩٨ ــ ٣٠٨ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٤٠٣ــ٤١٨ ط النجف الأشرف .

الظاهرية :

لم تذكر الظاهرية شروطاً للسلم ولكن القارىء لباب السلم يجد أنهم اشترطوا له شروطاً وأن السلم لا يجوز إلا في مكيل أو موزون فقط وما عدا ذلك فحرام البته (١) .

أما شروطه فهي :

١ ــ اشتراط الأجل في السلم وهو ما وقع عليه اسم الأجل كما أمر رسول الله ﷺ ولم يحد أجلاً من أجل واستدل بقوله تعالى : (وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًا) (٢) وقوله : (وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَى إِنْ هُوَ إِلا وَحْيٌ يُوحَى) (٣) وقوله : (لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ) (٤) ، وعندئذ فالأجل عند الظاهرية ساعة فما فوقها ، وانتقد ابن حزم من حدد الأجل وأنه تحديد بلا برهان وأن الأسواق قد تتغير من يومها وقد لا تتغير شهورا .

٢ ــ لا يجوز أن يكون الثمن في السلم إلا مقبوضاً فإن تفرقا قبل تمام قبض جميعه بطلت الصفقة ، وذلك لأن رسول الله ﷺ أمر بأن يسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم والتسليف اعطاء شيء مقابل شيء آخر فلو دفع البعض دون البعض سواء كان المدفوع أكثره أم أقله فهي صفقة واحدة وعقد واحد، وكل عقد جمع فاسداً وجائزاً فكله فاسد، لأن العقد لا يتبعض . وهذا مناقض لرأي أبي حنيفة حيث أجاز فيما قبض وبطل فيما لم يقبض ، وكذلك مناقض لرأي الإمام مالك حيث أجاز تأخير التسليم إلى يوم أو يومين.

٣ ــ عدم اشتراط دفع السلم في مكان بعينه، فإن اشترطا بطل السلم، وعلل السلم ذلك بأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى وقول الرسول ﷺ (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) .

وهذا مخالف لما عليه الشافعي ، وأبو حنيفة ، حيث أبطلا سلم ماله حمل ومؤنة إذا لم يشترطا موضعاً للتسليم ، وما ليس له حمل ولا مؤنه فالسلم جائز ، وإن لم يشترط موضع الدفع .

---

(١) المحلى ٩ : ١٠٦ .
(٢) سورة مريم ٦٤ .
(٣) سورة النجم ٣ ، ٤ .
(٤) سورة النحل ٤٤ .

٤ ــ وصف ما يسلم فيه بصفاته الضابطه له ، لأنه إن لم يفعل ذلك كان تجارة عن غير تراض إذ لا يدري المسلم ما يعطيه المسلم اليه،ولا يدري المسلم اليه ما يأخذه منه المسلم فهو أكل مال بالباطل .

٥ ــ جواز السلم فيما لا يوجد حين عقد السلم ، وفيما يوجد ، وإلى من عنده ،ومن ليس عنده ، أما إذا كان لا يوجد حين حلول أجله فالسلم غير جائز ، وحجتهم في ذلك أن رسول ﷺ أمر بالسلم وبين أنه في المكيل والموزون إلى أجل ، فلو كان السلم لا يصح إلا في الموجود أو من عنده لما أغفل عليه السلام بيان ذلك .

والسلم فيما لا يوجد حين حلول أجله فهو تكليف ما لا يطاق وهذا باطل (قال الله تعالى : (لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاّ وُسْعَهَا) (١) فهو عقد على باطل . وهذا موافق لرأي الأئمة الثلاثة وأبي ثور والأوزاعي وسفيان ولكن أبا حنيفة قال : لا يجوز السلم إلا فيما هو موجود من حين السلم إلى حين أجله لا ينقطع في شيء من تلك المده (٢) .

خلاصة للشروط :

ومن هذا التفصيل أرى خلاصة طريفة وترتيب أرجو أن تكون مفيدة فأقول : للسلم شروط كثيرة منها ما هو في نفس العقد ، ومنها ما هو في رأس المال، ومنها ما هو في المسلم فيه ، ومنها ما هو في البدلين معاً .

١) الذي يرجع الى نفس العقد شرط واحد فقط يتعلق بصحة العقد وهو : أن يكون خاليا عن خيار الشرط أو رؤية لا خيار عيب ، وقبضه في المجلس لازم شرعا لصحة العقد.

٢) الشروط التي في رأس المال : تكون في خمسة :

١ ــ بيان الجنس كدنانير أو حنطة أو شعير .

٢ ــ بيان النوع : كد نانير أردنية اذا كان في الاردن نقود مختلفة .

٣ ــ بيان الصفة : جيد ــ متوسط ــ رديء .

٤ ــ بيان القدر: اذا كان من المقدورات كالمكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات.

٥ ــ أن يكون مقبوضا في مجلس العقد .

---

(١) سورة البقرة : ٢٨٦ .

(٢) المحلى لابن حزم ٩ : ١٠٩ ــ ١١٤ .

٣) الشروط التي ترجع الى المسلم فيه تسعة وهي :

أ ــ أن يكون معلوم الجنس .

ب ــ أن يكون معلوم النوع .

جـ ــ أن يكون معلوم الصفة .

د ــ أن يكون معلوم القدر .

هـ ــ أن يكون مما يمكن ضبط قدره وصفته ضبطا لا يبقى معه الا الجهالة اليسيرة وذاك انما يكون في المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات خلافا لابن حزم حيث لا يجيز الا في المكيلات والموزونات .

و ــ ان يكون مما يتعين بالتعيين فلا يصح في النقود .

ز ــ أن يكون مؤجلا الى أجل معلوم .

ح ــ أن يكون موجودا حين الوفاء وهذا متفق عليه .

ط ــ بيان مكان الايفاء (مع اختلاف البعض) اذا كان له حمل ومؤنة .

٤) الذي يرجع الى البدلين جميعا :

ويكون في شيء لا يجمعهما أحد وصفي علة ربا الفضل وهما الكيل أو الوزن والذي أراه أيضا من هـذه الخلاصة : أن السلم يصح في كل ما يمكن ضبطه وتعينيه قدرا ووصفاً تعيينا تاما نافيا للغرر والجهالة الفاحشة وانما يكون في المكيلات والمذروعات والمعدودات المتقاربه لا المتفاوته والموزونات فيما عدا الذهب والفضة . لانها لا تتعين بالتعيين .

المبحث الثاني

الاستصناع

والكلام فيه ينحصر في تعريفه ، وأركانه ، وأصل مشروعيته ، وحكمه ، وما يجوز استصناعه وما لا يجوز وشروطه .

تعريفه :

هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع (١) ، وصورته أن يقول انسان لصانع مكتبة مثلا أو غيرها ، اعمـــل لي مكتبة حديد من عندك ارتفاعها ثلاثة أمقار وعرضها أربعة أمتار برفوف حديدية وزوايا حديد فيقول الصانع نعم (٢) .

وأركانه الايجاب والقبول شأنه شأن سائر العقود ، والذي يرد عليه انما هـــو العين المراد صنعها لا العمل ومن هنا نقول : ان عقد الاستصناع عقد بيع لا عده ، وجوازه في كل مـــا جرت به العادة كاستصناع الخف والقلنسوة وأواني الصفر والحديد والرصاص والزجاج وسائر الامتعة والاسلحة وغيرها اذا ذكر فيهاقدرا معلوما وصفة معلومة ،ولكل واحد منهما الخيار اذا رآهمفروغا ان شاء أخذ وانشاء ترك وهذا قول عامةفقهاء الحنفية .

وعن أبي يوسف : أنه لا خيار لواحد منهما اذا جاء على الصفة التي أراده (٣) .

أما جوازه فانما من ناحية الاستحسان لا من ناحية القياس ، اذ القياس يأبي جوازه ، لانه بيع المعدوم كالسلم بل هو أبعد جوازا من السلم ، وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة ، لانه استئجار على العمل في ملك الاجير وذلك لايجوز كمـــن قال لصباغ اصبغ

---

(١) مرشد الحيران : ٥٦٩ .

(٢) فتح القدير : ٥ : ٣٥٤ وبدائع الصنائع : ٥ : ٣ .

(٣) الحاوي القدسي ورقه : ٢٣٣ ب وبدائع الصنائـــع :٥:٢ وفتح القدير ٥ : ٣٥٥ ومرشد الحيران : ٥٧١م .

ثوبك أحمر بكذا لا يصح (١) والاستحسان أن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكير فكان اجماعا منهم على الجواز .

وأصل مشروعيته ، التعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ الى اليوم بلا نكير ، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ لاتجتمع أمتي على ضلالة، وكذلك فقد استصنع رسول الله ﷺ خاتما ، واحتجم ﷺ وأعطي الحجام مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد ، وسمع ﷺ بوجود الحمام فأباحه بمئزر ولم يبين له شرطا ، وتعامل الناس بدخوله من غير نكير من الصحابة والتابعين على هذا الوجه الى الآن وهو أن لا يذكر عدد ما يصبه من ملء الكأس ونحوه فقصرناه على ما فيه تعامل (٢) .

أما المسائل التي لم يجز فيها تعامل فمردها الى القياس كأن يستصنع حائطا أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصا بغزل نفسه (٣) واذا ضرب له مدة من الزمن كشهر مثلا أو أكثر فلا يكون استصناعا بل يكون سلما تعتبر فيه شرائط السلم (٤) .

حكمه :

حكم الاستصناع ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكا غير لازم (٥) .

شروط جوازه :

ويشترط لجواز الاستصناع شروط : منها :

١) بيان جنس المستصنع ، ونوعه ، وقدره ، وصفته ، لأنه مبيع ، بيانا تاما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع (٦) .

---

(١) فتح القدير : ٥ : ٣٥٥ والزيلعي : ٤ : ٥٩ .
(٢) وكذلك شرب الماء من السقاء بفلس واستصنع رسول الله المنبر .
(٣) فتح القدير : ٥ : ٣٥٥ والزيلعي : ٤ : ٥٩ .
(٤) مرشد الحيران : ٢ : ٥٧٢ وابن عابدين : ٥ : ٢٢٣ وفتح القدير : ٥ : ٣٥٦ .
(٥) بدائع الصنائع ٥ : ٣ .
(٦) ابن عابدين : ٥:٢٢٣ وبدائع الصنائع : ٥:٢٠٩ .

٢) أن يكون مما فيه تعامل .

٣) أن يكون مؤجلا والا كان سلماً (١) .

صفة الاستصناع :

وصفة الاستصناع أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين بلا خلاف ولكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل ، شأن كشأن البيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين اذ يحق لكل واحد منهما فسخ العقد ، والاستصناع من حيث القياس لايجوز وانما جوزناه من ناحية الاستحسان لتعامل الناس فبقى اللزوم على أصل القياس .

أما بعد الفراغ من استصناع الشيء قبل أن يراه المشتري فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه ولا خيار للصانع ، وعن أبي يوسف قال : اذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا لدفع الضرر عن الصانع في افساد أدواته وآلاته ، اذ ربما لايرغب غيره في شرائه على تلك الصفة التى وصفها المستصنع (١) ، أما الصانع له أن يبيع ما وصفه ، لان العقد لم يتعين في هذا بعد ، لأن العقد ما وقع على عين المعمول به على مثله في الذمة ، ولذلك لو اشترى الصانع من مكان آخر وسلمه اليه جاز (٢) .

هذا ولا يجبر المستصنع على اعطاء الدراهم وان شرط تعجيله ، هذا اذا لم يضرب أجلا فان ضرب أجلا ، قال أبو حنيفه يصير سلما ولا يبقى استصناعا ، ويشترط فية شرائط السلم ، والذي أراه أن أبا يوسف قد أصاب في رأيه لان الصانع اذا جاء بالعين كما وصفت وامتنع المستصنع عن القبول فيكون بذلك قد ألحق به الضرر وهذا غرر بين . لانه لما علمه بموجب الوصف فقد نفى الغرر عنه ، أما رأي أبى حنيفة ومحمد بإثبات الخيار للمشتري فان هذا هو عين الغرر ،لأن العقد بذلك تم ولم يتم ،فقد تم العقد بقيام العامل باتلاف مادته وصنعها ، وعدم تمام العقد بأنه غير لازم ، ولذا فاني أرى أن يكون العقد لازما وبه يندفع الغرر ، الا اذا جاء المصنوع على غير ما وصف فاني عندئذ اثبت له الخيار .

المالكية :

والاستصناع عند المالكية سلم ، سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا كأن

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٢٣ وبدائع الصنائع ٥ : ٢١٠ .

(١) المبسوط : ١٢ : ١٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع : ٥ : ٣

تقول لانسان اصنع لي بندقيه أو رشاشا صفته كذا بدينار ، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل ، وأن لايعين العامل ولاالمعمول منه .

أما لوقال: اعمل لي خزانة كتب من هذا الحديد بعينه ،أو من هذا الخشب بعينه ،أو من هذا الغزل بعينه ،لأنه حينئذ ليس دينا في الذمة فالسلم فاسد ، وكذلك إنشرط عمل رجل بعينه لم يجز وان نقده ،لأنهلا يدري أيسلم ذلكالرجل الى ذلك الأجل أم لا فذلكغرر، والاستصناع الجائز عند المالكية أن يشتري المعمول منه ويستأجرهعلى أن يعمل منه... كمن يشتري حديدا معينا ثم يستأجره على أن يعمل لهمنه بندقيه بدينار فان ذلك جائز سواءشرط تعجيل النقد أم لا ، وذلك لأنه من باب اجتماع البيع والاجارة في الشيء ، وهذا جائز سواء كان العامل معينا أم لا بشرط آن يشرع في العمل (١) .

الاستصناع في القانون :

نصت الماده (٦٤٦) من التقنين المدني تعريفا لعقد المقاولة على الوجه الآتي :

(المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر) (٢) .

فمن هذه المادة نرى أن المقاولة وهو عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي ، هو عقد يتعهد بمقتضاه المقاول في صنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة ويقوم الصانع بالعمل فقط أما اذا تعهد الصانع بأن يقدم المادة والعمل معا . فهذا الأستصناع في الفقه الاسلامي ، والصورة الأولى هى اجارة في الفقه الاسلامي أيضا .

وقد فرق فقهاء القانون بين المقاولة والعقد على العمل والايجار فجعل التقنين المدني الجديد عقد الايجار في الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، ونظم عقدي المقاولة والعمل في الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل. فالايجار : عقد يرد على منفعة الشيء . والمقاولة : عقد يرد على العمل . والمقاولة : عقد يرد على العمل باعتبار نتيجته ، وعقدالعمل يرد على العمل في ذاته،وبهذا يتبين لنا الفرق بين عقد المقاولة عن عقد العمل. فمحل المقاولة هنا هو صنع الشيء لانقل ملكيته،وبهذا يتميز عقد المقاولة عن الوكالة.

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٢١٧ وانظر جواهر الاكليل: ٢:٧٣ وبلغة السالك:٢:١٠٣ وخزانة الفقه : ٨٣ ب ونهاية المحتاج : ٥ : ٢٦١ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية : ٥:٧ .

تمييز المقاولة عن عقد العمل :

لقد رأينا جزءا من التفرقه بين عقد المقاولة وعقد العمل وهنا نبين بوضوح التمييز بين المقاولة وعقد العمل :

ذهب فريق من الفقها الى أن معيار التفرقة بين المقاولة وعقد العمل هو الطريقة التي يقدر الأجر على أساسها ، فاذا كانت الأجرة بحسب الوقت كـان العقد عقد عمل كأن يجعل الأجرة مقدرة كل يوم أو أسبوع ، واذا كانت الأجرة مقدرة بحسب كمية الانتاج لابحسب الوقت كان العقد مقاولة .

ويعاب على هذا الرأي بأن المعيار القائم على أساس مقدار الوقت أو كمية الانتـاج لايصلح أن يكون معيارا دقيقا للتمييز بين المقاولة وعقد العمل .

ورأي آخر يأخذ بمعيار آخر هو خضوع العامل لادارة رب العمل واشرافه ،والذي يميز المقاولة عن عقد العمل هو أن المقاول لايخضع لادارة رب العمل واشرافة ، بل يعمل مستقلا طبقا لشروط العقد المبرم بينهما ، وعليه لايعتبر المقاول تابعا لرب العمل ولايكون هذا الاخير مسؤلا عن المقاول مسؤلية المتبوع عن التابع ، أما في عقد العمل فالعامل يخضع لادارة رب العمل واشرافه ولايعمل مستقلا عن رب العمل ، بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها ويكون مسؤلا مسؤلية المتبوع عن التابع .

وتطبيقا لهذا المعيار يكون كل من النجار والحداد والسباك مقاولا ، اذهو تعاقد مع صاحب العمـل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلا عن رب العمـل ، لايخضع لاشرافه ولايتلقى منه تعليمات غير ماهو مذكور في العقد ، سواء كان العمل مقدراً بالوقت أو حسب الانتاج .

واذا قام بعمله باشراف رب العمل وتحت ادارته ، يتلقى منه التعليمـات ويقوم بتنفيذها سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحسب كمية الانتاج فان كلا من هؤلاء يعتبر عاملا لامقاولا (١) .

تمييز المقاولة عن البيع :

نصت الفقرة الاولى من المادة (٦٤٧) من التقنين المدني المصري على مايأتي :

---

(١) الوسيط : ٧ : ٧ ـ ١٣ .

١) ــ يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله) (١) فاذا قدم رب العمل المادة والمقاول اقتصر على تقديم عمله ، فالعقد عقد مقاوله لاشبهة في ذلك .

أما اذا قدم المقاول العمل والمادة معا فقد اختلف فيه هل هــو عقد بيع واقع على شيء مستقبل أو أنه عقد مقاولة ؟ كالنجار ، والحائك ، والرسام ، وصانع السفينة ، وكل ذلك يقدم المادة والعمل ، فقد اختلفت الآراء في هذه المسألة .

الرأي الأول : ذهب الى أن العقد عقد مقاولة دائما والمــادة تابعة للعمل ، والمقاولة تقع على العمل وهي في الوقت ذاته تقع على الشيء المصنوع فتنتقل ملكيته الى رب العمل (اذ ان تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس الا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل . . .) كما يقول محمد لبيب شيث .

الرأي الثاني : ذهب الى أن العقد هو بيع شيء مستقبل .

الرأي الثالث : ذهب الى أن العقد يكون مقاولة أو بيعا بحسب نسبة قيمة المادة الى قيمة العمل ، فان كانت قيمة العمل تفوق كثيرا قيمة المادة فالعقد مقاولة كالرسام يورد القماش أو الورق الذي يرسم عليه ، والالوان التي يرسم بها وهــذه الخامات أقل بكثير من قيمة عمل الرسام . وان كانت قيمة المادة تفوق كثيرا قيمة العمل فالعقد بيــع كتعهد شخص بتوريد سيارة بعد أن يقوم فيها ببعض إصلاحات طفيفة .

واذا كان الفرق بين القيمتين ليس كثيرا كالحائك الذي يورد القماش لصنع الثوب فالعقد في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة ويكون بيعا على المادة ، وأحكام البيع تسري عليه ويكون مقاولة على العمل وتسري أحكامها عليه (٢) .

صفة عقد المقاولة :

والاستصناع عقد ملزم للطرفين في القانون الا أن المادة (٦٦٣) الفقرة الأولى منها تنص على أن : (١ ــ لرب العمل أن يتحلل مــن العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية : ٥ : ٩ .

(٢) الوسيط : ٧ : ٢٣ ــ ٢٧ .

اتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل) (١) .

يتبين من هـذا النص أن لرب العمل أن يتحلل بارادته المنفردة من عقد المقاولة لأسباب قد تطرأ في الفترة من الزمن التي لابد أن تمضي بين ابرام العقد واتمام تنفيذه على أن يعوض المقاول ماتكلفه من نفقات ومافاته من كسب .

هـذا واذا أجاز القانون للمقاول أن يعدل عن تنفيذ العقد تنفيذا عينيا باتمام العمل محل المقاولة . فالقانون أيضا لم يعفه من تنفيذ العقد عن طريق التعويض ، فهو ملزم بدفع تعويض كامل بعنصريه مجتمعين : ما تجشمه المقاول من خسارة ومافاته من كسب . ويقول السنهوري : (ولما كانت طبيعة عقد المقاولة تأبى على المقاول أن يتمسك بطلب التنفيذ العيني ، اذ لا مصلحة له في أن يتم العمل حتما والمصلحة في ذلك إنما هي لرب العمل ، ومصلحة المقاول في أن يتقاضى التعويض كاملا ، فقد أقفل القانون في وجهه باب التنفيذ العيني اذ لا مصلحة له فيه وأبقى باب التعويض مفتوحا يدخل منه الى تنفيذ العقد على الوجه الذي يتفق مع مصلحته .

أما بالنسبة الى رب العمل فالأمر يختلف ، فمصلحته محققة في أن يتم العمل ، ولذا فان القانون لم يجز للمقاول أن يرجع في عقد المقاولة بارادته المنفردة كما أجاز ذلك لرب العمل ، بل جعل لهذا الاخير الحق في اجبار المقاول على التنفيذ العيني دون أن يقتصر على التنفيذ بطريق التعويض (٢) .

الشروط الواجب توافرها في العمل :

وطبقا للقواعد العامة فانه يشترط أن يكون في العمل الشروط التالية :

١) أن يكـون العمل ممـكنا لانه لا التزام بمستحيل ، أي استحالة في ذاته وهي الاستحالة المطلقة كأن يتعهد المقاول بعمل يكون قد تم قبل التعهد كأن يتعهد كيماوي أن يستخلص من معادن خسيسة معادن ثمينه ، وهذا أمر مستحيل حتى اليوم من الناحية العلمية .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية : ٥ : ٥٥ .

(٢) الوسيط ٧ : ٢٤٠ ـ ٢٤٤ .

٢) أن يكون العمل معينا أو قابـــلا للتعيين كأن تذكر طبيعة العمل وتبين أوصافه تبيينا كافيا بحيث يتعين العمل ولا يدخل في ذلك لبس أو غمـــوض . واذا لم يكن العمل معينا على النحو السالف الذكر وجب أن يكون على الاقل قابلا للتعيين كبناء مستشفى يشمل على كذا سريرا .

٣) أن يكون العمل مشروعا . بأن لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب أو مخالفا للقانون فاذا كـــان مخالفا كانت المقاولة باطلة ، كبناء منزل للدعارة أو ادخال حشيشة أو تهريب البضائع من الجمرك أو صنع الأسلحة الممنوعة أو ارتكاب جريمة (١) .

---

(١) الوسيط : ٧ : ٥٥ ـ ٥٨ .

المبحث الثالث

عقد الاجاره

تمهيد :

والكلام على الاجارة يشتمل على تعريفها ، وأركانها ـ وأصل مشروعيتها وحكمة المشروعية وشروطها ، وأقسامها ، ومـا يرد عليه عقد الاجارة ، ولذا فاني أقسم هذا المبحث الى مطالب :

المطلب الاول

تعريفها وأركانها ومشروعيتها وحكمتها

تعريف الاجارة :

لغة : الاجارة اسم للأجرة وهي ما يستحق على عمـل الخير واشتقاقها من الأجر . وهو العوض (١) قال تعالى : لو شئت لا تخذت عليه أجرا (٢) .

وفي الاصطلاح : تمليك منفعة بعوض (٣) .

وهي نوع من البيع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه ، والمبيع المنفعة الا أنها اختصت باسم خاص كمـا اختص بعض البيوع باسم خاص كالصرف والسلم (٤) . وقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٣٢٢ .

(٢) سورة الكهف : ٧٧ ،

(٣) البحر الرائق : ٧ : ٣٢٤ فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح فانه استباحة المنافع بعوض لا تملكيها ، وخزانة الفقه ٨٣ب ونهاية المحتاج : ٥ : ٢٦١ وعرفها الشهيد الاول : العقد على تملك المنفعة المعلومة بعوض معلوم . الروضه : ٤ : ٣٢٧ ط النجف الاشرف .

(٤) المغني : ٥ : ٣٢٢ .

خالف ابن حزم بأنها ليست بيعا ، وهي جائزة في كل مـالا يحل بيعه كالحر والكلب . واستدل على ذلك بما يأتي :

١) جواز إجارة الحر ولا يصح بيعه فمن جعلها بيعا أجاز بيع الحر ولا يخفى ما في هذا من التناقض .

٢) والاجارة الانتفاع بمنافع الشيء المؤجر التي لم يخلق بعد وبيع مـالم يخلق بعد لا يجوز (١) .

أركان الاجارة :

وأركانها اثنان وهما الايجاب والقبول سواء كان بلفظ الاجارة أو بما يدل عليها . كأن يقول : آجرتك أو أكريتك داري شهراً بكـذا وقبل المخاطب كانت الاجـارة صحيحة (٢) ويجوع الايجاب والقبول يسمى صيغة العقد ، وتصح بما يصح به عقد البيع من الالفاظ والكتابة والاشارة والتعاطي .

أصل مشروعية الاجارة :

والأصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) (٣) وقوله تعالى : (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ ، قال: إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ (٤) . وقوله تعالى : (فَوَجَدَ فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فأقامه ، قال : لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً) مما يدل على جواز أخذ الاجرة وإلا لما ذكر ذلك القرآن (٥) .

---

(١) المحلى : ٧ : ١٨٣ .

(٢) البحر الرائق : ٧ : ٣٢٣ .

(٣) سورة الطلاق : ٦

(٤) سورة : القصص ٢٦ ، ٢٧ .

(٥) المغني لابن قدامة : ٥ : ٣٢١ والبحر الرائق:٧ : ٣٢٤ .

أما السنة فما يأتي :

١) قد ثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الديل هادياً خريتاً (١) .

٢) أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه .

٣) روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : قال الله عز وجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره) الى غير ذلك من الآثار الكثيرة .

أما الاجماع :

فقد أجمع أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة الامايحكى عن عبد الرحمن ابن الاصم أنه قال : لايجوز ذلك لانه غرر ،لأن العقد على منافع لم تخلق (٢) ، وأنكر ابن عليه جوازها (٣) . ورأي ابن الاصم غلط،لايمنع انعقاد الاجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار (٤) .

وانكر ابن عليه جوازها والحسن البصري والقاشاني والنهرواني وابن كيسان (٥) وقد أورد ابن رشد شبهة من منع : بأن المعاوضات انمايستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين ، كالمال في الأعيان المحسوسه ، والمنافع في الاجارات وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع مالم يخلق (٦) .

حكمة مشروعية الاجارة :

دفع الحرج والمشقة لأن الله شرع العقود لمنفعة العباد وحاجتهم الى الاجارة ماسة، لأن كل واحد لايكون له من الأملاك دار يسكنها ولا أرض يزرعها ولادابة يركبها ولايلزم

---

(١) الخريت : الدليل الحاذق . رواه احمد والبخاري . نيل الأوطار : ٥ : ٢٩٧ .

(٢) المغني لابن قدامة :٥:٣٢١ والبحر الزخار :٤: ٢٩ .

(٣) رحمة الامة في اختلاف الأئمة :١:٢١٩ والبحر الزخار :٤:٢٩ والمحلى :٨:١٨٢ .

(٤) وماذكره ابن الاصم من الغرر لايلتفت اليه لأن الحاجة داعية الى الاجارة والعقد على المنافع لايمكن بعد وجودها لانها تتلف بمضي الساعات . ولذا لابد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم .

(٥) البحر الزخار :٤: ٢٩ .

(٦) بداية المجتهد :٢:٢٣٨ .

أصحاب الاملاك اسكانهم وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ،ولايمكن كل أحد عمل ذلك ولايجد متطوعا به . وقد لايمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ، ولا بالهبة ، والاعارة لان نفس كل واحد لاتسمح بذلك وعندئذ لابد من الاجـــارة لذلك،ذلك مما جعله الله طريقا للرزق وحتى أن أكثر المكاسب انما يكون بالصنائع (١) .

هذا والاجارة انما جوزت على خلاف القياس ، لانها بيع المنفعة ، والمنفعة معدومة وقت العقد والمعدوم لايحتمل البيع على سبيل القياس ، فجازت استحسانا للحاجة اليها (٢) .

---

(١) المغني ٥:٣٢١،٣٢٢ .

(٢) وبالجملة فان الشرع جعل لكل حـــاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع ، وشرع لتمليكهـــا بغير عوض عقدا وهو الهبه . وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة ، فلو لم يشرع للاجارة عقد مع شدة الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع .

المطب الثاني

شـــروط الاجـــارة

شروط الاجارة شروط البيع ، سواء كانت للانعقاد أم للصحة أم للنفاذ أم للزوم ولاحاجة لذكرها ، هذا وقد أجمـــل أكثر المؤلفين ذكر الشروط وقالوا : إن شروط الاجارة ثلاثة :

الأول : معرفة المنفعة : لأنها هي المعقود عليها كالمبيع وعدمها هو الغرر ، ومعرفة المنفعة ـ إما بالعرف وهو مايتعارفه الناس بينهم ، كسكنى الدار شهرا والمتفاوت فيها يسير فلم تحتج الى ضبطه ، أو كخدمة الآدمي سنة لأنها معلومة بالعرف فـلم تحتج الى ضبط كالسكنى ، ويخدمه في الزمن الذي يقتضيه العرف ، وبما جرت به العادة من الليل.

أما الوصف : كحمل زبرة حديد وزنها كذا الى موضع معين فلابد من ذكر الوزن ، والمكان الذي يحمل اليه ، لأن المنفعة انما تعرف بذلك وكذا كل محمول (١) .

والمنافع تصير معلومة بثلاثة أشياء :

أ) المدة كاستئجـــار الدور للسكنى ، والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت .

ب) بالتسمية كمن استأجر ثوبا على أن يصبغه أو ثوبا يخيطه ، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة معلومة .

جـ) بالتعيين والاشارة : كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام ، أواستئجار الدور والحوانيت للسكنى فجـــائز وان لم يبين مايعمل فيها . وله أن يعمل فيها كل شيء الاثلاثة : الحدادة والقصارة والطحن (٢) .

---

(١) كشاف القناع :٣:٥٤٧ ، ٥٤٨ .

(٢) خزانة الفقه ٨٤ أومغني المحتاج :٢: ٣٤٠ .

اما استئجار الأرض للزراعة ، فلا يجوز مالم يسم مايزرع فيهـــا ، ومالم يسم مدة معلومة ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل لأن الجمع بينهما يزيدها غررا (١) .

ويجوز الاستئجار لضرب اللبن على مدة كيوم أوشهر ، أوعلى عمل معلوم فان قدره بالعمـــل احتاج الى تعيين عدده والى ذكر قالبه وموضع الضرب ، لأنه يختلف باعتبار التركيب والماء فان كان هناك قالب معروف لايختلف جاز ، كمالو كان المكيال معروفا لانتفاء الغرر . أما اذا كان قالب الضرب غير معروف فلا تكفي مشاهدته ، لأن فيه غررا وقد يتلف كالسلم ومثله اخراج الآجر من التنور الذي استؤجر لشيه فلا يلزمه ان لم يكن شرط ، أو عرف لماتقدم (٢) .

ويشترط في اجارة دابة لركوب اجارة عين أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدته له أو وصف تام بأن يصفه بالضخامـة أو النحافة ليعرف وزنه تخمينا لينتفي الغرر ، ويشترط رؤية الوطاء وهو الذي يفرش ليجلس عليه ، وكـذا غطاء له ان شرط في العقد ويعرف أحدهما بأحد ذينك مالم يكن فيه عرف مطرد فيحمل عليه الاطلاق (٣) .

ويشترط في اجارة العين تعيين الدابه اذ لا يصح أن يؤجره احدى هاتـين الدابتين للابهام، والاظهر اشتراط رؤيتها ، ويشترط قدرتها على ما استؤجرت لحمله بخلاف معرفة الذكورة والأنوثه خلافا للزركشي لأن المشاهدة كافية .

أمـــا اجارة الذمة فيشترط ذكر الجنس ، كالابل والخيل، والنوع ، كبختي وعراب والذكورة والانوثة ، لاختلاف الأغراض بذلك اذ الذكر في الاجارة أقوى والانثى أسهل سيراً ولا بد مـن ذكر صفة السير كبحر أو قطوف أو مهملج (٤) لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير .

هذا واجارة العين والدين يشترط فيها بيان قدر السير كل يوم ان كان قدرا تطيقه الدابة غالبا، وهو يختلف باختلاف الطرق وكونه نهارا ، أوليلا ، والأوقات ، كزمن وحل ،

---

(٢) المغني لابن قدامة : ٥ : ٣٢٥ .

(٤) كشاف القناع : ٣ : ٥٥٠ .

(٣) نهاية المحتاج ٥ : ٢٨٧ ـ ٢٨٨ ومغني المحتاج : ٢ : ٣٤٣ وأحد ذينك : الوصف أو الرؤية .

(٤) البحر : الواسع المشي . القطوف بفتح القاف : البطيء السير . المهـملج بكسر اللام : حسن السير في سرعة .

أو ثلج ، أو مطر ، والنزول ، في عامر أو صحراء، لتفاوت الأغراض بذلك الا أن يكون بالطريق منازل مضبوطه فينزل قدر السير عند الاطلاق عليها (١) .

الشرط الثاني : معرفة الاجرة لأن الاجر عوض في عقد معاوضة فوجب أن يكون معلوما كالثمن (٢) .

وقد روي عنه ﷺ (مـن استأجر أجيرا فليعلمه أجره) ويصح أن تكون في الذمة وأن تكون معينة، فما كان في الذمة حكمه كالثمن ، فما صح أن يكون ثمنا في الذمة صح أن يكون أجرة ، ولا بد من معرفة الاجرة جنسا وقدرا وصفة ان كانت في الذمة ، والا كفت مشاهدتها في اجارة العين والذمة ، ويؤخذ مـن تشبيهها بالثمن أنها لو حلت وقد تغير النقد وجب من نقد يوم العقد لا يوم تمام العمل ولـو في الجعالة اذ العبرة في الأجرة بنقد البلد فان كانت ببادية يعتبر أقرب البلاد اليها (٣) .

أما الأجرة المعينة فحكمها كحكم المبيع المعين ، ولذا يصح فيما لو جعلت الاجرة صرة دراهم ، بخلاف السلم لأن المنفعة هنا أجريت مجرى الأعيان ، لأن الاجارة متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم(٤) .

فلا تصح اجارة لدار مقابل عمارتها ، ولا اجارة دابة مقابل علفها للجهل بهما . وان كان الأجر عينا ، كأن يقول آجرتك داري بدينار تعمرها به ، لأن العمل بعض الأجرة وهو مجهول فتصير الاجرة مجهولة ، أمـا اذا أجرت الدار بدراهم معلومة بدون شرط وأذن له في صرفها في العمارة صح . قال ابن الرفعة : (ولم يخرجوه على اتحاد القابض والمقبض لوقوعه ضمنا) (٥) .

---

(١) نهاية المحتاج ٥ : ٢٨٨ ومغني المحتاج : ٢ : ٣٤٢ ، ٣٤٣ والمهذب ١ : ٤٠٤ .

(٢) المقدمات الممهدات : ٢ : ٢٩٦ وكشاف القناع : ٣ : ٥٥١ ومغني المحتاج : ٢ : ٣٣٤ ؛ واشترطت الشيعة الامامية : أن تكون الاجرة معلومة بالوزن أو الكيل أو العد فيما يكال أو يوزن أو يعد فيتحقق به انتفاء الغرر والجهالة التي تكون مبطلة للعقد اجماعا ، اما المشاهدةفقد اختلفوا فيها والراجح أن المشاهدة تكفي في ارتفاع الغرر : الاجارة : ٥٢ .

(٣) نهاية المحتاج : ٥:٢٦٦ والمغني المحتاج :٢: ٣٣٤ والمقدمات :٢: ٢٩٦ والمهذب ١:٤٠٦ .

(٤) كشاف القناع : ٣ : ٥٥١ ومطالب أولي النهى : ٣ : ٥٧٨ .

(٥) مغني المحتاج : ٢ : ٣٣٤ ونهاية المحتاج : ٥ : ٢٦٧ وشرح كتاب الاجارة من الشرائع ١٩٨.

ولا تجوز الا جارة بأجرة مؤجلة اذا كان العقد على منفعة في الدابة، لأن اجارة ما في الذمة كالسلم ،ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الاجارة، ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس . ولا تستقر الاجرة في هـذه الاجارة الا باستيفاء المنفعة ، لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه (١) .

الشرط الثالث : أن تكون المنفعة مباحة لغير ضرورة ، بأن تباح مطلقا بخلاف ما يباح للضرورة أو للحاجة كأواني الذهب والكلب وجلود الميتة،لانه لايباح الا عند الضرورة لعدم غيره . بخلاف آنية لتجميل .

ويشترط أن تكون المنفعة متقومة بأن يكون لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها كاستئجار دار للسكنى ، والمسك والرياحين للشم ، وطعام لتزيين الحـانوت لا يصح ، فاذا لم تكن لها قيمة إما لحرمتها سواء كان التحريم للعين أم كانت محرمـه بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات (٢) ، وإما لخستها أو قلتها فيكون بذل المال في مقابلتها تبذيرا وسفها فـلا يصح استئجار تفاحة للشم ،لأنها تافهة لا تقصد له فان كثر التفاح صحت الاجارة ، لأن فيه ما هو أطيب من الرياحين (٣) .

ويشترط في المنفعة أيضا كون المؤجر قادرا على تسليمها ، حسا أو شرعا ، ليتمكن المستأجر منها ، وتشمل القدره على التسليم ملك الأصل وملك المنفعة فيدخل المستأجر ، فله ايجار مااستأجره لانه مستحق لمنفعته،الا أن الشيخ تاج الدين الفزاري وجمـاعة من علماء عصره أفتوا بالبطلان . والذي أراه هذا الرأي خصوصا في الايجـار ، اذ بجواز السماح للمستأجر أن يؤجر هو ابطال لحق المالك في التصرف بملكه .

وعلى اشتراط القدرة ، فلا يصح استئجار ديـك ليوقظه للصلاة ، لأنه يقف على فعل الديك ولايمكن استخراج الصوت من الديـك بضرب ولاغيره . وكذلك استئجار آبق ومغصوب لغير من هما في يده ولايقدر على انتزاع المغصوب عقب العقد،أما الغاصب

---

(١) المهذب : ١ : ٤٠٦ .

(٢) بداية المجتهد : ٥ : ٢٦٧ .

(٣) كشاف القناع : ٣ : ٥٥٩ ومطالب اولي النهى : ٣ : ١٠٦ ومغني المحتـاج : ٢ : ٣٣٥ ، والوجيز : ١ : ١٣٨ ونهاية المحتاج ٥ : ٢٦٩ وتنقيح المشبع : ١٦٢ والروض المربع ٢١٥ .

أوالقادر على انتزاع المغصوب عقب العقد أومن وقع الآبق في يده فيصح الاستئجار منه (١) .

وكذلك فانه لايصح استئجار الأخرس للتعليم والاعمى للحفظ ،لأن المقصود غير ممكن(٢).

ويشترط أيضا اشتمال العين على المنفعة ، فلا تصح اجارة بهيمة زمنة الحمل ولاأرض لاتنبت أولا ماء لها دائم ، ولايكفيها المطر المعتاد ولامافي معناه ، كثلج ونداوة ولاتسقى بماء غالب الحصول لعدم القدرة على التسليم ، ولأن الاجارة عقدعلى المنفعة ولايمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين (٣) .

ولاتصح اجارة لقلع سن سليمة أوقطع يد سليمة وكذا سائر الاعضاء،ولاعلى تعليم الكافر القرآن والتفسير والحديث وعلى تعليم السحر والفحش (٤) .

ويشترط أيضا كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها لانها بيع المنافع فاشترط فيها ذلك كالبيع ، فلو أجر مالا يملكه ولااذن له فيه لم يصح للغرر كالبيع (٥) .

---

(١) مغني المحتاج :٢: ٣٣٦ وكشاف القنـاع :٣: ٥٥٩ ومطالب أولي النهى :٣: ٦٠١ ، ٦٠٢ وشرح كتاب الاجارة من الشرائع :٢٠٠ ـ ٢٠١ .

(٢) الوجيز :١: ١٣٩ والمغني ٢ :٣٣٥ .

(٣) الروض المربع : ٢١٥ والمغني المحتاج .٢: ٣٣٦ وكشاف القناع . ٣ : ٥٦٥ .

(٤) كشاف القناع ٣٠: ٥٦٥ .

(٥) الروض المربع : ٢١٥ وكشاف القناع : ٣ : ٥٦٥ وهداية الراغب : ٣٧٧ .

المطلب الثالث

اقســـام الاجـــارة

تمهيد :

تقسم الاجارة باعتبار وصفها الى صحيحة وغير صحيحة ، والاجـــارة الصحيحة تنقسم الى ثلاثة أقسام موقوفة ، ونافذة ، وغير لازمة ، ونافذة لازمة ، وغير الصحيحة. تنقسم الى باطلة وفاسدة .

أما أقسامها باعتبار صيغة الاجـــارة ، تنقسم الى أربعة أقسام ، مطلقة ، ومقيدة بالشرط ، ومعلقة بالشرط ، ومضافة الى الزمن المستقبل .

ولذا أقسم هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الأول : أقسامها باعتبار وصفها .

الفرع الثاني : أقسامها باعتبار صيغتها .

الفرع الأول

أقسامها باعتبار وصفها

وفيه بندان

البند الأول ـ الاجارة الصحيحة

وتقسم الاجارة الصحيحة الى ثلاثة أقسام :

أ ـ الاجارة الموقوفة

ب ـ الاجارة النافذة ، غير اللازمة .

جـ ـ الاجارة النافذة اللازمة .

١ ـ الاجارة الموقوفة وحكمها :

وهي التي صدرت ممن ليس له حق التصرف في العين المؤجرة،أو أنها وردت على شيء تعلق به حق الغير بان كان مرهونا أو مؤجرا ، وهذا النوع انما ينعقد على الاجارة المعتبرة له شـرعا ممن له الحق . وحكمها أنهـا لاتفيد الملك مطلقا مادامت موقوفة كما في البيع (١) .

٢ ـ الاجارة النافذة غير اللازمة :

وهى التي فيها خيار من الخيارات ولا يترتب عليها حكم الا بعد اجارة من له الخيـار سواء كانت الاجارة بالقول أو الفعل (٢) .

٣ ـ الاجارة النافذة اللازمة وحكمها :

وهى التي استوفت جميع شرائطها ،وحكمها اذا كان عقدها مطلقا افادة الملك في البدلين لـكل من المتعاقدين آنا فآنا . أما بالنسبة للمعقود عليه وهو المنفعة أو العمل فلأنه معدوم والمعدوم لايتعلق به الملك ولكون كل منهما يحدث تدريجيا فيملك كذلك (٣) .

البند الثاني

الاجارة غير الصحيحة

أولا ـ الاجارة الباطلة وحكمها :

وهى التي لم تكن مشروعة لابأصلها ، وهو ماحصل خلل في ركنها ، أوفي محلهـا بانعدام احد شروط الانعقاد كالبيع الباطل ، ولامشروعة بوصفها ، وهى مااستوفت شرائط انعقادها ولكن حصل خلل في أوصافها بانعدام أحد شروط الصحة .

أما حكمها فانه لايترتب عليها شيء أصلا ولا تفيد الملك مطلقا في كل من البدلـين فلا تستحق الأجرة على المستأجر ولو أنتفع بالعين المستأجرة الانتفاع المعتاد باذن المؤجـر سواء كانت معدة للاستغلال أم لا (٤) .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٤ : ٥٠٥ .
(٢) حاشية ابن عابدين : ٤ ٥٠٥ ـ ٥٠٦ .
(٣) البحر الرائق : ٧ : ٣٢٤ .
(٤) البحر الرائق : ٧ : ٣٣٩ .

ثانياً ـ الاجارة الفاسدة وحكمها :

والاجارة الفاسدة هي ماكانت مشروعة بأصلها دون وصفها، بأن استوفت شرائط انعقادهـا ولكن فقدت شرطـا من شروط صحتهـا ، كاقترانها بشرط فـاسد ، أو جهالة العين المؤجرة ، أو الاجرة ، أو المدة ، أو العمل، أو الشيوع الاصلي عند التسليم لاالطارىء بعده أو بسكوت عن تسمية الأجرة والاقتران قبل العـلم بها ، فاذا نصا على نفيها بطلت الاجارة أو أن تكون المنفعة غير مقصودة في نظر الشرع والعقلاء، أوالمعقود عليه معصية أو طاعة .

واذا فسدت الاجارة وجب فيها أجر المثل بعد التسليم أو استيفاء المستأجر المنفعة حال كونه لايزاد أجر المثل على المسمى ، لأنهما رضيا باسقاط حقهما حيث سميا الأقل ، وينقص إن كان أجر المثـل ناقصا عن المسمى لفساد التسمية (١) وعند زفر يجب أجر المثل تاما (٢) .

وجهالة العين كأن يقول آجرتك احدى هاتين المدرستين بكذا ، وجهالة الأجرة انما تكون بعدم ذكرها ، أو أنها تذكر دون الأوصاف المميزة لها عن غيرها كأن يقول آجرتك داري بمائة ثوب أوخمسة دنانير وفي البلد دنانير مختلفة في المـالية واتحادها في الرواج ، وجهالة المدة تكون بعدم ذكرها أصلا أوبذكر ماليس له وقت معلوم كنزول المطر أو الى مجيء الغائب .

وجهالة العمـل كأن تقول آجرتك على صنع هذا الحديد مكتبة مثلا بدون ذكر مقاسها ولا كيفية صناعتها ممايكون عدم بيانه داعية النزاع .

والاجارة على المعاصي كما اذا استأجر مغنيا أو نائحة وماأشبه ذلك من كل مافيه مخالفة للشرع أو فساد الاخلاق . ولايجوز اجارة النهر والبئر والقناة مع الماء ، ولااجارة المراعي والآجام ، لأن هذه اجـارة على استهلاك العين ، والاجارة انما تكون لاستيفاء المنافع مع بقـاء العين ، وكذلك لايجوز استئجار الاقلام للكتابة ، لأن ذلك استهلاك للعين الا أن هذا من الأمور التي يتسامح فيها غالبا فلا نجريها مجرى القياس .

---

(١) خليج البحار : ٣٨٠ والبحر الرائق :٧: ٣٤٠ .

(٢) تحفة الفقهاء :٣: ٥٣٠ .

والاجارة على القرب والطاعات باطل، اذ أن كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار عليها باطل ، كالأذان ، والحج ، والامامة ، والتذكير ، والتدريس ، وتعليم القرآن ، والفقه ، وقراءتهما خلافا للشافعي . لأن القربة تقع على العامل ولقوله ﷺ أقرؤوا القرآن أي علموا ولاتأكلوا به ، بخلاف بناء المساجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم الكتابة والنجوم والطب والعلوم الأدبية فان أخذ الأجرة في الجميع جائز بالاتفاق(١) .

وقد أفتى متأخروا الفقهاء بجواز أخذ الاجرة على أعمال الطاعات استحسانا بعد أن انقطعت العطايا التي كانت تجرى على هؤلاء المتعلمين في الصدر الأول من الموسرين وبيت المال دفعا للحرج والمشقة ، لأنهم يحتاجون الى مابه قوام حياتهم ومن يعولهم وفي اشتغالهم بالحصول عليه من زراعة أوصناعة اضاعة القرآن الكريم والشرع الشريف بانقراض حملته فجاز اعطاؤهم أجرا على هذا التعليم (٢) . وهذا رأي سديد وخاصة في هذا الزمان بعد أن فسد طباع الناس وكثرت تكاليف المعيشة .

ولايجوز اجارة المشاع ، وصورته أن يؤجر نصيبا من داره ونصيبه من عقار مشترك سواء قبلا التقسيم أولا فهذا غير جائز عند أبي حنيفة وزفر الا من الشريك الاخراذا كان المشاع مشتركا بين اثنين فقط ، سواء كان نصيباهما متساويين أم متفاوتين وروى الحسن عدم جوازه أيضا ، وعندهما وعند الشافعي تصح اجارة المشاع مطلقا ، أي سواء كان من الشريك أم لا ، لأن للمشاع منفعة جائزة الحصول ، والمؤجر قادر على تسليم المعقود عليه ، واذا سلم المالك الدار كلها ، أوتهايأ مع مستأجر الحصة ، يحصل التسليم حكما ، فصار كما لو أجر نصيبه من شريكه أو الكل من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة اذا أجر مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز ،وهذا لأن التسليم المشاع وحده لايتصور ، لأنه سارٍ في جميع الاجزاء فكل جزء من الدار مشترك بين المؤجر والشريك الآخر فلا يمكن تمييز المستأجر عن غيره ليصح تسليمه (٣) .

---

(١) مجمع الانهر : ٢ : ٣٨٤ وتحفة الفقهاء : ٣ : ٥٢٨ — ٤٢٩ .

(٢) خليج البحار : ٣٨٠ أ .

(٣) خليج البحار : ٣٨٠ أ وتحفة الفقهاء : ٣ : ٥٢٨ ومجمع الانهر : ٢ : ٣٨٥ .

(والحيلة في جواز اجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز، لأن الشيوع الطارىء (١) لايفسدها ويحكم الحاكم بجوازه) (٢) .

الفرع الثاني

أقسامها باعتبار الصيغة

البند الأول

الاجارة المطلقة وحكمها

الاجارة المطلقة هي ماصدرت بصيغة مجردة عن الاقتران بالشرط أو التعليق عليه أو الاضافة الى الزمان المستقبل .

وحكمها : أن الاجارة في هذا النوع متى استوفت شرائطها أفادت الملك في البدلين لكل من المتعاقدين ساعة فساعة كما مر في الاجارة اللازمة (٣) .

البند الثاني

الاجارة المقترنة بالشرط

وينطبق على الاجارة ماينطبق على البيع من اقترانه بالشرط وهي ثلاثة أقسام :

١) مايبطل العقد والشرط، وهو ماكان الشرط المشترط فاسد، أوله تأثير في الثمن ،كالذي يبيع الدابة على أن يسافر عليها سفرا بعيدا وماأشبهه .

٢) مايصح فيه البيع والشرط وهو ماكان الشرط المشترط خفيفا لايؤول به البيع الى غرر ولافساد في الثمن ولامثمون كالذي يبيع الدابة على أن يركبها اليوم واليومين وما أشبه ذلك .

---

(١) مجمع الانهر ٢: ٣٨٥ –٣٨٦ ودرر الحكام : ٢ : ٢٣١ .

(٢) الشيوع الطارىء : كما اذا أجر الدار ثم فسخا في النصف أو أجر رجلان دارهما لواحد فمات أحدهما أو بالعكس (درر الحكام : ٢ : ٢٣١) .

(٣) مجمع الانهر :٢: ٣٦٩ .

٣) مايصح فيه البيع ويبطل الشرط وهو ماكان الشرط فاسدا الاأنه خفيف، وهو الذي لايزيـــد في الثمن ولاينقص منه نحو أن يبيع السلعة على أنه ان لم يأته بالثمن الى يومين أو ثلاثة فلا بيع بينهما (١) .

البند الثالث

الاجارة المعلقة على الشرط

والاجـــارة المعلقة على الشرط ، هي ماجعل حصولها مرتبطا بحصول شيء آخربأداة من أدوات التعليق ، وحكمها كحكم البيع المعلق على الشرط في جميع أحواله .

ويثبت في الاجارة خيار الشرط كما يثبت في البيع ،وخيار الرؤية، وخيار العيب،سواء كان حاصلا قبل العقد أو بعده (٢).

البند الرابع

الاجـــارة المضـــافة

والاجارة المضافة الى الزمن المستقبل هي التي لايترتب عليها حـــكم الا بعد حلول الزمن المضاف الى العقد ، كأن يقول أجرتك هذه الدار غدا أو رأس الشهر كذا أوقال أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان،فهذه الاجارة جائزة عند جمهور الفقهاء(٣) .

وحجتهم في ذلك : أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المعقود عليـــه شيئا فشيئا وهو المنفعة : فكان العقد مضافا الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة ، ولذا فالتنصيص على الاضافة من مقتضى العقد ، الا أن الاضافة في البيع لاتصح وفي الاجارة تصح للضرورة ، لأن المنفعة حال وجودها لايمكن انشاء العقد عليها، ولذلك فقد دعت الضرورة الى الاضافة ، أما في البيع فلا ضرورة الى الاضافة فيه ، لأن العقد انما يقع على المنفعة بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة الى الاضافة (وطريقنا أولى لأن جعل

---

(١) المقدمات الممهدات :٢: ٣٠١ .

(٢) مجمع الانهر :٢: ٣٦٩ .

(٣) بدائع الصنائع :٤: ٢٠٣ والدر المختار شرح تنوير الابصار ٦: ٦ وبداية المجتهد ٢: ٢٤٥ والمغني :٥: ٣٢٦ .

المعدوم موجودا تقدير للمحال وتقدير المحال محال، ولا احالة في الاضافة الى زمان في المستقبل فان كثيرا من التصرفات تصح مضافة الى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما (١) .

أما ابن قاضي سماونه : فانه يذكر خلافا لجواز الاضافة في الاجارة ولذا فانه يقول : (أقول هذا يخالف أصل أبي حنيفة رحمه الله كما هو مذكور في الاقرار بدرهم الى عشرة، وكذا مخالف لما في عامة الكتب من أن الغاية في الاجارة لاتدخل ، لأن الصدر لايتناول الغاية فكانت لمد الحكم ، ويمكن أن يكون فيه روايتان ويمكن أن يكون عدم دخولها في نحو الاجارة الى رمضان والدخول في نحو الاجارة الى خمس سنين والفارق هو العرف) (٢).

وأرى أن مسألة إضافة الاجارة الى المستقبل انما مرده الى العرف .

وترى الشافعية أن الاجارة المضافة الى زمان مستقبل لاتجوز ، لأن الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عندهم أن يجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيحا له ، اذ لابد وأن يكون محل العقد موجودا ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كأنها أعيان قائمة بنفسها ، واضافة البيع الى عين ستوجد لاتصح كما في بيع الاعيان حقيقة . أما اجارة الذمة فانه يجوز تأجيل المنفعة الى أجل معلوم ،لان الدين يقبل التأجيل كما في السلم الى أجل معلوم . (٣)

أما اذا كانت الاجارة على منفعة موصوفة في الذمة فانه يجوز حالا ومؤجلا في الذمة كالسلم ،لأنه يجوز حالا ومؤجلا فكذلك الاجارة في الذمة (٤) .

أما الظاهرية فلا ترى اشتراط الاضافة الى أجل ، ولا تأخير شيء ، ولا اشتراط تأخير الشيء المستأجر ، ولا تأخير العمل المستأجر ، وعلل ذلك بأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل .

أما اذا كان التأخير بلا شرط فلا بأس به . وعلة ذلك عنده أن التأخير في المدة غرر سواء كان الزمن طويلا أم قصيرا (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع : ٤ : ٢٠٣ .
(٢) جامع الفصولين : ٢ : ٥ .
(٣) المهذب : ١ : ٤٠٦ ومغني المحتاج : ٢ : ٣٣٨ .
(٤) المهذب : ١ : ٤٠٦ .
(٥) المحلى : ٨ : ١٨٣ — ١٨٤ .

تقسيم ابن رشد الجد لاقسام الاجارة

قسم ابن رشد الجد الاجارة الى ثلاثة اقسام وهي :

١) جائزة: وهي التي تسلم من الحيل والغرر الا اليسير منها المغتفر وكان في المباح من الأعمال

٢) الاجارة المكروهة :

وهي ما تتعارض الادلة في صحة عقده مع السلامة من الجهل ومن الغرر كالاجارة على الصلاة والحج وكاجارة المسلم نفسه للذمي .

أو فيما فيه من الجهل والغرر .

٣) الاجارة المحظورة : وتقسم الى ثلاثة أقسام :

أ ــ الاستئجار على مايجب على الأجير فعلة فينفسخ ان عثر عليه قبل العمل، وإن فات العمل لم يكن للأجير شيء من الأجرة وردت كلها الى المستأجر وان كان قد دفعها، كمن استأجر أجيرا لقلع السن فمات صاحب السن قبل القلع .

ب ــ الاستئجار على مالا يحل له فعله ، فالحكم فيه اذا وقع ، أن يفسخ أيضا عندما يقر عليه، فان فات بالعمل لم يكن للاجير من الاجرة شيء، كمن استأجر رجلا ليصنع له خمرا والعياذ بالله .

ج ــ الاستئجار على المباح من الاعمال بمالا يجوز من الغرر أو المحرم أو على وجه لايجوز ،وذلك فيما يدخله جهــل أو غرر والحكم فيه اذا وقع أن يفسخ العقد مالم يفت فان فات كانت فيه القيمة (١) .

---

(١) المقدمات الممهدات :٢: ٢٩٦ ــ ٣٠٤ .

المطلب الرابع

اجارة الظئر

أجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر وهي المرضعة وقدثبت جوازه بالقرآن الكريم : (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) (١) وبالسنة : فقد استرضع النبي ﷺ لولده ابراهيم . وللحاجة فانها تدعو الى ذلك فان الطفل في العادة انما يعيش بالرضاع وقد يتعذر رضاعه من أمه فجاز كالاجارة في سائر المنافع (٢) .

أما المعقود عليه فقد اختلف فيه .

فقيل : هي المنفعة وهي وضع الطفل في حجرها والقامه ثديها وخدمة الصبي وحمله واللبن يدخل ضمنا وتبعا فهو كنقع البئر في اجارة الدار ، لأن اللبن عين من الاعيان فلا يعقد عليه في الاجارة (٣) .

وقد توهموا أن الاجارة لاتكون الاعلى منفعة وليس كذلك ، لأن الاجارة تكون على كل مايستوفى مع بقاء أصله ، سواء كان عينا أم منفعة ، كما أن هذه العين هي التي توقف وتعار فما استوفاه الموقوف عليه والمستعير بلا عوض يستوفيه المستأجر بالعوض ، فلما كان لبن الظئر مستوفى مع بقاء الأصل جازت الاجارة عليه كما جازت على المنفعة وهذا محض قياس . فان هذه الاعيان يحدثها الله شيئا بعد شيء وأصلها باق كما يحدث الله المنافع شيئا بعد شيء وأصلها باق .

وقيل : هو اللبن لأنه المقصود دون الخدمة ، وعلى هذا لو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الأجرة ، ولو خدمته بدون الرضاع لم يستحق شيئا والله سبحانه وتعالى يقول :

---

(١) سورة الطلاق :٦ .

(٢) المغني :٥: ٣٦٨ .

(٣) زاد المعاد :٤: ٢٦٩ وابن عابدين :٦: ٥٣ .

(فان أرضعْنَ لكم فآتوهنَّ أجورهنَّ) فجعل الأجر مرتبا على الارضاع وهذامايدل على أنه المعقود عليه ، ولأن العقد لوكان على الخدمة لمالزمها سقيه لبنها (١) .

وان أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضا : ففيه وجهان :

الأول : لاتدخل وهذا قول أبي ثور وابن المنذر ، لأن العقدما تناولها .

الثاني : تدخل وهو قول أصحاب الرأي ، وذلك أن العرف جـــار بأن المرضعة تحضن الصبـي ، وعندئذ فان الاطلاق انما يحمل على العرف (٢) .

شروط عقد اجارة الظئر :

ويشترط بهذا العقد ماينفي عنه الغرر وهي .

١) أن تكون مدة الرضاع معلومة ، لأنه لايمكن تقدير الرضاع الا بالمدة ،لأن النفي والعمل يختلفان .

٢) معرفة الصبي بالمشاهدة ، لاختلاف الرضاع باختلاف الصبي في كبره وصغره ونهمته وقناعته ، وقال القاضي : يعرف بالصفة كالراكب .

٣) موضع الرضـــاع : لاختلافه مشقة وسهولة : فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها .

٤) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق .

---

(١) المغني : ٥ : ٣٦٨ .

(٢) المغني : ٥ : ٣٦٨ والقواعد النورانية : ١٥٠ .

المطلب الخامس

اجارة الشاة للبن

واجارة الشاة أو البقرة أو الناقة مدة معلوم لأخذ لبنها في تلك المدة فهذا لا يجوزه الجمهور (١) وعلل ابن حزم بأن الاجارة انما هي في المنافع خاصة لا في تملك الاعيان وهذا تملك اللبن وهو عـين قائمة فهو بيع لا اجارة ، وبيع مالم ير قط ولا تعرف صفته بيع باطل (٢) أما ابن عابدين فقد علل عدم جواز استئجار الشاة للبن بأن لبن البهائم له قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز (٣) .

أما المالكية فقد أجازت بيع اللبن بشروط خاصة (٤) أما الشاة للبن فـلا يجوز ، لأن فيه استيفاء عين قصدا (٥) الا اذا اشترى الناقة أو البقرة تحرث له أو تسقي له مدة معلومة واشتراط حلابها ، فقد ذكر مالك رحمه الله ان كان المستأجر يعرف حلابها فلا بأس (٦) .

وابن حزم يعترض على هذا الرأي بأنه خطأ وتناقض ، لانه فرق بين القليل والكثير بلا برهان أصلا (٧) .

رأي ابن تيمية :

ويرى ابن تيمية فيمن استأجر غنما أو بقرا أو نوقا أيـام اللبن باجرة مسماة وعلفها

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٦ : ٥٤ والبحر الزخار : ٤ : ٣١ وزاد المعاد : ٤ : ٢٦٨ . والمحلى ٨ : ١٨٩ ومجمع الانهر : ٢ : ٣٨٦ .

(٢) المحلى : ٨ : ١٨٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ٦ : ٥٤ .

(٤) انظر موضعه من رسالتنا .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير : ٤ : ٢٠ .

(٦) المدونه : ١٠ : ١٣٠ .

(٧) المحلى : ٨ : ١٨٩ .

على المالك . أو بأجرة مسماة مع علفها على أن يأخذ اللبن جاز ذلك في أظهر قولي العلماء كما في الظئر . وقال وهذا يشبه البيع ويشبه الاجارة ، لكن اذا كان اللبن يحصل بعلف المستأجر وقيامه على الغنم فانه يشبه استئجار الشجر ، وان كان المالك هو الذي يعلفها وإنما يأخذ المشتري لبنا مقدرا فهذا بيع محض ، وان كان يأخذ اللبن مطلقا فهو بيع أيضا ، فان صاحب اللبن يوفيه باللبن (١) .

رأينا :

والذي أراه في اجارة البقرة أو الناقة للحراثة وأن ينتفع باللبن أنه غير ممتنع ، لأن المقصود والذي عليه المدار في العقد هو الحراثة لا اللبن واللبن انما يدخل ضمنا وتبعا للحراثة . والقاعدة الفقهية تقول : (يغتفر في التابع مالا يغتفر في غيره) (٢) .

وعلى ذلك فقد اشترط الامام مالك رحمه الله معرفة مقدار حلاب الناقة أو البقرة ، اما الاجارة من أجل اللبن خاصة فاني أقف مع الجمهور ، لأن الغرر فيها ظاهر وواضح ، فلا المقدار معروف ، ولا الإجارة على تملك الاعيان تصح .

---

(١) القوعد النورانية : ١٥٢ .

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم : ١٢١

المطلب السادس

اجارة الفحل للضراب

ولا تجوز اجارة الفحل للضراب ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور ، وابن المنذر . أمـــا أبو الخطاب فقد خرج وجها في جوازه ، وهو مذهب الحسن وابن سيرين . وعلل ذلك بأنه انتفاع مباح والحـــاجة تدعو اليه ، فجاز كاجارة الظئر للرضاع والبئر ليستقى منها الماء ، ولانها تستباح بالاعارة فتستباح بالاجارة كسائر المنافع (١) . ومن أجازه أيضا : ابن أبي هريرة ، وعقيل بن أبي طالب ، وربيعة ، وعطاء وعبد العزيز بن أبي سلمة (٢) .

وقد منع الجمهور هذه الاجارة لورود الاحاديث في منعه (٣) .

ومن الاحاديث أن النبي ﷺ قال : مـــن السحت عسب التيس ، ويدخل فيه كل فحل كحصان وحمار وثور وجمـــل . والمكروه هو أجرة العسب ، لأن حقيقة العسب ليس بمكروه ، لأنه سبب لبقاء النسل وأنه جائز بالاعارة وعلل صاحب مجمـــع الانهر: بـــأن الاستئجار للاحبال والانزاء وهو أمر موهوم غير معلوم (٤) .

والمالكية أجازت إجارة الفحول من الابل والبقر والدواب ، وأجاز مالك أن يكري الرجل فحله على أن ينزو أكواما معلومة . وقد تأول مالك هذا بقوله : (وأما اذا استاجره على أن ينزيه على ناقته أكوامـــا معدودة عددها يسير يمكن أن يتأتى في وقت أوقات

---

(١) المغني لابن قدامة : ٥ : ٤٠٦ .

(٢) انظر ص موضعه من رسالتنا هذه .

(٣) مجمع الانهر : ٢ : ٣٨٣ ـ ٣٨٤ وابن عابدين : ٦ : ٥٥ وبدائع الصنائع : ٥ : ١٣٩ .

(٤) المنتقى : ٥ : ٢٢ .

متقاربة فلا بأس بذلك ، لأن الفحل معلوم معين والاكوام معلومة فليس فيها شيء من الغرر ولا الجهالة) (١) .

الا أن الباجي ذكرأن عسب الفحل لايجوز وهو أن يعطيه ثمنا على أن يحمل فحله على ناقة المشتري لمافيه من الغرر ، وذلك على أساس أن يبقى الفحل الى أن تحمل الناقة ، فهذا صحيح ، ويكون تأويل الامام مالك صحيحا على أساس أن الأكوام معلومة فلاغرر فيها وان كان يدخله جهالة مقدار الماء . الا أن ابن رشد الحفيد قد ضعف رأي من أجاز أجرة عسب الفحل وأنه شبهه بسائر المنافع فقال : (وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع) (٢) .

أما من منع فحجته ، بأن المقصود هو الماء الذي يخلق منه الولد فيكون عقد الاجارة لاستيفاء عين غائبه فلم يجز كاجارة الغنم لاخذ لبنها ، وهذا أولى ، وعلل ابن قدامة بأن هذا الماء محرم لاقيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم وهو مجهول فاشبه اللبن في الضرع (٣) .

وقد علل ابن قدامة لمن أجاز اجارة الفحل للضراب فقال : (فينبغي أن يوقع العقد على العمل ويقدر بمرة أومرتين أوأكثر . وقيل يقع العقد على مدة ، وهذا بعيد ، لأن من أراد اطراق مرة فقدره بمدة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به ، وان اقتصر على مقداره فربما لايحصل الفعل فيه ، ويتعذر أيضا ضبط مقدار الفعل فيتعين التقدير بالفعل ، الا أن يكتري فحلا لا طراق ماشية كثيرة كفحل يتركه في مواشيه فان هذا انما يكتري مدة معلومة) (٤) وهذا التعليل الذي جاء به ابن قدامة لمن أجاز الضراب هو مذهب الشيعة الامامية بأنه جوز للضرورة (٥) .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٢٤٣ .
(٢) المدونة : ١١ : ٦٩ .
(٣) المغني لابن قدامة : ٥ : ٤٠٦ .
(٤) المغني لابن قدامة : ٥ : ٤٠٦ — ٤٠٧ .
(٥) مفتاح الكرامة : ٤ : ١٤٤ .

رأينا :

والذي أراه أن اجـــارة الفحل لاتجوز ، وأن صاحب الفحل لايجوز له أن يأخذ عليه شيئا . أما صاحب الماشية اذا لم يجد من يسمح له بالفحل جـــاز له أن يبذل الكراء لأنه بذل ماله ليحصل منفعة مباحة تدعو الحاجة اليها ، اذ بفوات مدة الاطراق للماشية فوات الدر والنسل فجـــاز له دفع الأجرة وصار كجواز شراء الأسير ، ورشوة الظالم ، لدفع ظلمه فيكون الإثم على من أخذ لا على من دفع ، ولكن لوأن صاحب الفحل أهديت له هدية دون أن يكون له عـــلم مسبق على ذلك فلا بأس ، لانه فعل معروفا فجازت مجازاته عليه كما لوأهدى هدية .

المطلب السابع

اجارة الأرض

اختلف الفقهاء في كراء الأرض اختلافا كثيرا وبالرجوع الى اختلافاتهم نرى أنهم على رأيين : المانعون لاجارة الأرض والمجوزون لهـا الا أن المجوزين لها انقسموا على أنفسهم بكيفية الجواز واليك آراءهم .

المانعون لاجارة الأرض :

والذين منعوا كراء الأرض هم قلة من العلماء وهما طـاووس ، وأبوبكر ابن عبد الرحمن وحجتهم في ذلك مـارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج (أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع) فقالوا عن هذا الحديث بأنه عام . الا أنهم نظروا الى هذا الحديث العام ولم يلتفتوا الى تخصيص الراوي له حين روي عنه ، قال حنظله : فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا بأس به (١) .

واحتج المانعون أيضا بحديث (رافع بن خديج عن أبيه قال : نهى النبي ﷺ وسلم عن إجارة الأرضين) . وبحديث حمزة عن إبن شوذب عن مطرف عن عطـاء عن جابر قال : خطبنا رسول الله ﷺ فقال : (من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يؤجرها) . واحتجوا ايضاً من جهة المعنى فوق احتجاجهم بالاحاديث : بـأنه لم يجز

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٣٩ – ٢٤٠ والمنتقى ٥ : ١٤٢ قال ابن حزم : (ولاتجوز اجارة الارض اصلا لا للحرث فيها ولاللغرس فيها ولا للبناء فيها ولا لشيء من الاشياء أصلا لا لمدة قصيرة مسماة ولا طويـلة ولا لغير مدة مسماة لابدنانير ولا بدراهم ولابشيء أصلا فمتى وقع فسخ أبدا ولا يجوز في الارض الا المزارعة بجزء مسمى مما يخرج منها او المغارسة كذلك فقط (المحلى ٨ : ١٩٠) .

كراؤها لما في ذلك من الغرر . وعللوا ذلك بأنه من الممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أوقحط أو غرق . وبذلك يكون قدلزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء(١)

وتمسكوا أيضاً بأنه لايجوز أن يعطي أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أوربعه،لأن الغرر يدخله لأنهم لايدرون قدر ذلك الريع ، لأنه قد يقل مرة وربمـا تلف جميعه ويكثر أخرى ، وبما أن الكراء معاوضة على منافع الأرض فلا يجوز الا بعوض معلوم (٢) .

المجوزون لاجارة الأرض :

والمجوزون لاجارة الأرض اختلفوا أيضاً اختلافاً كثيراً فيما يجوز به كراؤها فقالوا:

١ ـ لا يجوز كراؤهـا الا بالدراهم والدنانير فقط . وهـذا مذهب ربيعه وسعيد بن المسيب (٣) .

٢ ـ ولايجوز عند مالك اجارة الأرض بما ينبت فيها ويخرج منها ولابطعام كالسمك والعسل والسكر وغير ذلك من الأطعمة والمأكولات (٤) وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أم لم يكن .

٣ ـ يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط .

٤ ـ يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء ممـا يخرج منها من الطعام وهذا قول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وقول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ (٥) .

٥ ـ يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وهو قـول أحمد والثوري والليث وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة (٦)

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٢٣٩ .
(٢) بداية المجتهد : ٢ : ٢٤٠ .
(٣) المنتقى : ٥ : ١٣٢ والبحر الزخار : ٤ : ٥١ .
(٤) رحمة الامة في اختلاف الأئمة : ١ : ٢٢٣ .
(٥) الميزان الكبرى للشعراني : ٢ : ٩٦ وبداية المجتهد : ٢ : ٢٣٩ .
(٦) بداية المجتهد : ٢ : ٢٣٩ والميزان : ٢ : ٩٦ ورحمة الأمة : ١ : ٢٢٣ .

حجة من أجاز الكراء بالدراهم والدنانير : وقد احتجوا بما يلي :

١ ــ عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه قال : انما يزرع ثلاثة ، رجل له أرض فيزرعها ، ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح ، ورجل اكترى بذهب أو فضة) (١) .

٢ ــ عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما الذهب والورق فلا بأس به (٢) .

٣ ــ مالك عن ابن شهاب أنه قال سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لابأس به (٣) .

٤ ــ مالك عن ابن شهاب أنه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال : لابأس بها بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له أرأيت الحديث الذي يذكر عن رافع بن خديج فقال اكثر رافع ولو كان لي مزرعة اكتريتها (٤) .

وفي نظرهم أن الحديث الأول هو أقوى الأحاديث فقد قالوا عنه : لايجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث،والأحاديث الأخرى مطلقة ، وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد (٥) .

حجة من أجاز كراء بكل شيء ما عدا الطعام :

١ ــ عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله ﷺ (من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولاربع ولا بطعام معين) ومن هذا الحديث فهموا منه بأنه معنى المحاقلة التى نهى رسول الله ﷺ عنها ، وذكروا حديث سعيد بن

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٢٤٠ اخرجه ابو داود والنسائي مسنداً ومرسلا وأخرجه ابن ماجة انظر مختصر سنن أبي داود ٥ : ٥٦ .

(٢) المنتقى : ٥ : ١٤٢ ومسلم : ١٠ : ٢٠٦ ومختصر سنن ابي داود ٥ : ٥٦ .

(٣) المنتقى : ٥ : ١٤٢ ومختصر سنن ابي داود ٥ : ٥٦ .

(٤) المنتقى : ٥ : ١٤٢ .

(٥) بداية المجتهد : ٢ : ٢٤٠ .

المسيب مرفوعاً . وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة : قالوا : وأنه أيضاًمن باب بيع الطعام بالطعام نسيئة (١)

حجة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها :

١) ما أخرجه البخاري من حديث رافـــع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع أنه قال لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقا ،قلت: ما قال رسول الله ﷺ فهو حق قال :دعاني رسول الله ﷺ فقال ما تصنعون بمحاقلكم ؟قلت نؤجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير قال لاتفعلوا ازرعوها وأزرعوها أو أمسكوها قال رافع قلت سمعا وطاعة.

٢) قال ابن حبيب قال مالك: فيما نهى عنه من المحاقلة هو اكراء الارض بالحنطة.

٣) من جهة المعنى : أنـــه منفعة الأرض التي اكتريت لها وهي المنفعة المقصودة منها انما هو الطعام الخارج ، واذا اكتراها بطعام فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر

وذكر ابن الماجشون انما كرهه مالك ، لأنه من المحاقلة الا أن تكون أرضا لاتنبت ذلك الشيء كالقطن والزعفران في أرض لا تنبتها (٢) .

٤) قال مالك : فأما الرجل الذي يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك ممـــا يدخله الغرر ، لأن الزرع يقل مرة وربمـــا هلك رأسا ، فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكري أرضه بـــه ، وأخذ أمرا غررا لا يدري أيتم أم لا ، فهذا مكروه وإنما مثل ذلـك مثل رجل استأجر أجيرا لسفر بشيء معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفري هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي (٣) .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٢٤٠ ومسلم : ١٠ : ٢٠٤ وهذا الحديث جزء من حديث وأول الحديث : قال : كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رافقا وطواعية الله ورسوله أنفع لنا قلنا : وما ذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت . . . » أخرجه مسلم وابن ماجة وأبو داود .

(٢) المنتقى : ٥ : ١٣٢ ـ ١٣٣ أخرجه البخاري ، انظر اللؤلؤ والمرجان : ٢ : ١٤٢ .

(٣) تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك : ٢ : ١٨٨ ـ ١٨٩ .

فالامام مالك رحمه الله لا يرى في كراء الارض للزرع بأجر معلوم غررا ، وانما يرى في المزارعة غررا لأنـــه يقل مرة ويكثر مرة . والذي أراه أن المزارعة لا غرر فيها لأن ما يخرج يكون بينهما على حسب ما اتفقا ، واذا لم يخرج شيئا يكون الهلاك على المتعاقدين فصاحب الارض يخسر عطل أرضه ، والعامل يخسر عمله وعلى ذلك فـلا يكون أحدهما على خطر والثاني على ربح .

رأينا في إجارة الأرض :

وأرى ان اجارة الأرض جـــائزة في جميع الأنواع ، جائزة في إجارتها بالدراهم والدنانير جائزة بما يخرج منها ، الا أن يشترط صاحب الأرض على العامل بأن يكون له وضع معين أو اشتراط العامل كذلك ، جائزة بالطعام وغـير الطعام وذلك أن الأحاديث التي رأيتها في باب المزارعة لا تقوم على نهي قاطع الا في نقطة واحدة أرى أن الغرر فيها ظـــاهر واضح وذلك بـــأن يكون للمؤجر أو المستأجر نصيب متميز مستثنى لا يشاركه المتعاقد الآخر وهـــذا الذي نهى عنه النبي ﷺ وهو الرأي الـــذي يمكن التوفيق فيه بين الاحاديث .

واذا صح إجارة الأرض فلا تصح حتى يرى الأرض،لأن المنفعة تختلف باختلافها ولا تعرف الا بالرؤية ولاتنضبط بالصفة،ولا يصح حتى يذكر له ما يكترى له من زرع أو غرس أو بناء ،لأن الأرض تصلح لهذا كله وتأثيره في الأرض يختلف فوجب بيانه (١) .

الاجارة في القانون :

القاعدة أن كل مال يمكن التعامل فيه ، بأن كان موجودا وقت العقد ، والتعامل فيه مشروع يجوز ايجاره ، وهذا تطبيق للقواعد العامة .

وعليه فإن الشيء المؤجر يجب أن يكون موجودا وقت العقد شأنه شأن سائر العقود، لأن إيجار المعدوم باطل بطلانا مطلقا ، لانعدام أحـــد اركان العقد . وكذلك إذا كان الشيء قد وجد ولكنه هلك هلاكاً كلياً قبل العقد كان الايجار باطلا لعدم وجود موضوع التعاقد .

أما اذا هلك الشيء بعد العقد سواء كان قبل التسليم أو بعد التسليم، فاذا كان الهلاك لكل العين فسخ عقد الايجار وانفسخ ،واذا هلك بعض الشيء فالمحكمة هي التي تقدر الفسخ أو تنقيص الأجرة .

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٣٥٧ .

وتصح الاجارة إذا كان الشيء معدوما وقت العقد ولكنه محتمل الوجود في المستقبل، لأنه لا يشترط أن يكون الشيء موضوع العقد موجوداً وقت التعاقد ، بل يكفي أن يكون محتمل الوجود ، ويكون العقد في هذه الحالة معلقا على شرط موقوف هو وجود الشيء بالفعل .

ويشترط أيضاً أن يكون الشيء المؤجر معينا أو أن يكون قابلا للتعيين . كما اذا استأجر شخص من آخر مركبة للنقل من صنف معين بأجرة معينة ، فللمؤجر أن يسلم المستأجر أية مركبة ، ما دامت من الصنف المتفق عليه وتصلح للغرض المقصود منها .

أما الأجرة فلا بد من وجودها والا كان العقد من عقود التبرع فلا يعتبر ايجارا بل عارية استعمال أو هبة حق المنفعة ، إلا أن الأجرة والمدة إذا لم يتعرض لها المتعاقدان في العقد فان عقد الايجار يبقى صحيحا . فقد نصت المادة (٥٦٢) (اذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة وعلى كيفية تقديرها أو اذا تعذر اثبات مقدار الأجرة ، وجب اعتبار أجرة المثل) ونصت المادة (٥٦٣) على أنه (اذا عقد الايجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر اثبات المدة المدعاة . اعتبر الايجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة . وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين اذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالاخلاء في المواعيد الآتي بيانها . . .)

ولذا فان الأجرة في عقد الايجار تختلف عن الثمن في البيع بالرغم من أنهما ركنان في عقديهما ، فالثمن اذا لم يحدده المتعاقدان أو يجعلاه على الأقل قابلا للتحديد فالبيع يكون باطلا (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ٤ : ٤٧٧ ، ٤٧٨ والايجار للسنهوري : ١٥٥ ـ ١٥٦، ١٧٥ وعقد الايجار للدكتور عبد المنعم فرج الصده : ٨٢ ـ ٨٥ ، ٨٨ـ٩٢ ، ٩٤ ـ ١٠١ والوسيط ٦ : ٨٧ـ ٨٩ ، ١٢٦ ـ ١٢٨ ، ١٤٠ ـ ١٧١ وشرح العقود المدنية للدكتور جميل الشرقاوي : ١ : ٣٦٩ ـ ٣٧٢ ، و ٣٩٤ ـ ٤٠٥ والبيع والايجار للاستاذ محمد رياض ذياب : ١٩٩ ـ ١٩٠ وشرح العقود المدنية أحمد فتحي زغلول : ٢٧٠ ـ ٢٧١ .

المبحث الرابع

الجعـــالة

والجعل بالضم الأجر يقال جعلت له جعلا ، والجعـالة بتثليث الجيم ، واقتصر الفيومي على كسرها ، والجعيلة مثال كريمة ،وأجعلت له بالألف أعطيته جعلا فاجتعله هو اذا أخذه ، والجعل وزان عمر الحربـاء وهي ذكر أم حبين وجمعه جعلان مثل صرد وصردان (١) .

وهي : اسم لما يجعله الانسان لغيره على شيء يفعله إن أكمل العمل وإن لم يكمله لم يكن له شيء (٢) .

وأما تعريفها شرعا . التزام عوض معلوم على عمل معين (٣) وقد عرفها ابن جزيء من المالكية بأنها (الاجارة على منفعة يتضمن حصولها) (٤) وعرفها ابن رشد الحفيد (الاجارة على منفعة مظنون حصولها) (٥) .

وصورة الجعالة : كمن يقول : من رد ضالتي فله عشرة دنانير ، أو من رد بعيري الشارد فله عشرة دنانير ، ويكاد أن يكون هـذا المثال متفق عليه بين الفقهـاء الا أن بعض الفقهاء يذكر مثالا غير المثـال السابق مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على

---

(١) المصباح المنير ١ : ١٦١ .

(٢) المقدمات الممهدات ٢ : ٣٠٤ .

(٣) شرح منهج الطلاب بهامش البجيرمي ٣ : ٢٣٨ وفتح الوهاب ١ : ٢٦٧ .

(٤) القوانين الفقهية لابن جزيء :٢٦٦ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٤ وقد ذكر ابو اسحق الشيرازي وهو أن يجعل عن عمل له عملا عوضا فيقول من بنى له حـائطا أورد لي آبقا فله كـذا فاذا عمل ذلك استحق الجعل .التنبيه : ٨٦ والمهذب ١ : ٤١٨ .

الحذاق (١) . وبناء حائط وخياطة ثوب (٢) ومثل ما يحق للامام أو نـائبه أن يبذلا جعلا لمن يدله على ما فيه مصلحة للمسلمين ، مثل طريق سهل ، أو ماء في مغارة ، أو قلعة يفتحها ، أو مال يأخذه ، أو عدو يغير عليه ،أوثغرة يدخل منها(٣) ومثل من حمل هـذا المتاع الى موضع كذا فله درهم(٤).

أصل مشروعية الجعالة :

والجعالة ثبتت في الكتاب والسنة

أما الكتاب : فقوله تعالى : (فَلَمَّا جَهَّزَهُمْ بِجِهَازِهِمْ جَعَلَ السِّقَايَةَ فِي رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَارِقُونَ . قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ (٥) .

أما السنة : عـن أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه أنـه قال انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من العرب ، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فقال بعضهم أرأيتم هؤلاء الرهط الذي نزل عندنا لعله أن يكون عند بعضهم شيء فأتوهم فقالوا لهم : يا أيها الرهط إن سيدنا قد لدغ وقد سعينا له بكل شيء لا ينفعه شيء فهل عند أحدكم من شيء ،فقال بعضهم نعم والله إني لأرقي ولكن والله لقد استضفناكم فـلم تضيفونا فما أنا براق حتى تجعلوا لنا جعلا،فصالحوهم على قطيع من الغنم فانطلق يتفل عليه ويقرأ الحمدلله رب العالمين فكأنما نشط من عقال فانطلق يمشي وما به قلبة ، قال فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه فقال بعضهم أقسموا فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر له الذي كان فينظر ما يأمرنا به فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له ذلك فقال : وما

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٤ والقوانين الفقهية لابن جزيء:٢٦٦ .

(٢) المهذب ١ : ١٤٨ .

(٣) المغني ٩ : ٢٣٠ ويقول ابن قدامة (لا نعلم في هذا خلافا لانه جعل في مصلحة) ٩: ٢٣٠ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٤ : ٣٩٠ .

(٥) سورة يوسف : ٧٢ .

يدريك أنها رقيه ؟ثم قال قد أصبتم أقسموا واضربوا لي معكم سهماً فضحك النبي ﷺ(١) .

٢) قول رسول الله ﷺ يوم حنين : من قتل قتيلا فله سلبه . (٢)

٣) قوله يوم بدر من فعل كذا فله كذا ومن فعل كذا فله كذا (٣) .

حكم الجعالة :

اختلف الفقهاء في الجعالة على رأيين : المانعون والمجوزون .

والجعالة جائـــزة عند جمهور الفقهاء منهم المالكية (٤) والشافعية (٥) والحنابلة (٦) والزيدية (٧) والامامية (٨) .

وخالف ابن حزم في ذلك وجعل ذلك من قبيل الوفاء بالوعد (٩) .

أما الجواز فكان من ناحية النصوص، أما من ناحية القياس فلا يجوز لأنه غرر(١٠).

المانعون :

يذكر ابن حزم بأنه (لا يجوز الحكم بالجعل على أحد فمـــن قال لآخر : ان جئتني بعبدي الآبق فلك علي دينار ،أو قال : إن فعلت كذا وكذا فلك علي درهم أو ما أشبه هذا فجاءه بذلك ،أو هتف وأشهد على نفسه من جاءني بكذا فله كذا فجاءه به لم يقض عليه

---

(١) المقدمـــات الممهدات ٢ : ٣٠٥ والمهذب ١ : ٤١٨ والبحر الزخـــار ٤ : ٦٢ ، والمجموع ١٤ :٣٦٧ والبخاري ٧ : ١٣١ ورواه الجماعة إلا النسائي انظر نيل الأوطار ٥ :٣٠٥-٣٠٦ .

(٢) المقدمات الممهدات ٢ : ٣٠٤ أخرجه أبو داود ومسلم والراوي أنس رضى الله تعالى عنه . انظر مختصر سنن أبي داود : ٤ :٤٣ .

(٣) المصدر السابق . هذا الحديث عن ابن عباس ورواه أبو داود بهذه الصورة « مـــن فعل كذا وكذا فله من الفعل كذا وكذا » انظر سنن أبي داود ٢ : ٧٠ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٤ والمقدمات الممهدات ٢ : ٣٠٤ والقوانين الفقهية لابن جزيء ٢٦٦ .

(٥) الوجيز ١ : ١٤٤ وفتح الوهاب ١ : ٢٦٧ والتنبيه : ٨٦ والمهذب ١ : ٤١٨ .

(٦) المغني ٩ :٢٣٠ وكشاف القناع ٤ :٢٠٣ والروض المربع : ٢٣٣ والتنقيح المشبع : ١٨٢ .

(٧) البحر الزخار ٤ :٦٣ .

(٨) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤ :٤٣٩ ط النجف الأشرف .

(٩) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٠٤ .

(١٠) المحلى ٨ :٣٠٤ ، والمقدمات الممهدات ٢ :٣٠٤ وبداية المجتهد ٢ :٢٥٥ .

بشيء ويستحب لو وفى بوعده وكذلك من جاءه بآبق فـلا يقض له بشيء سواء عرف بالمجيء بالإباق أو لم يعرف بذلك إلا أن يستأجره على طلبه مدة معروفة ،أو ليأتيه به من مكان معروف فيجب له ما استأجره به) (١) .

وقد استدل ابن حزم على رأيه بأنه لم يرد نص في إباحة الجعل ، وما لم يأت نص بذلك فلا يلزم الانسان به ، ولذلك لا يجب الوفـاء بالعقود المنصوص عليها بأسمائها وأن كل ماعداها فحرام عقده . وأن من التزم أن يفعل شيئا ولم يقل إن شاء الله فقد خالف أمر الله تعالى : (وَلاَ تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَداً إِلا أَنْ يَشَاءَ اللهُ) ومن خالف أمر الله تعالى لم يلزمه عقد خالف فيه أمر ربه عز وجل بل هو معصية يلزمه الاستغفار . وقال رسول الله ﷺ :(من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) فان قال : (إلا أن يشاء الله فقد علمنا يقينا علم ضرورة اذ قـد عقد ذلك العقد بمشيئة الله عز وجل ، ثم لم ينفذه ولا فعله ، فان الله تعالى لم يشأه اذ لو شاءه الله لا نفذه وأتمه ، فلم يخرج عن ما التزم من كون ذلك العقد إن شاءه الله تعالى أنفذه وأتمه ولاإفلا) (٢) .

٢) عدم الزامنا بالآية الكريمة (وَلِمَنْ جاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) لوجوه :

أ ـ أن شريعة من قبلنا من الأنبياء عليهم السلام لا تلزمنا . قال تعالى : (لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً (٣) .

---

(١) المحلى ٨ : ٣٠٤ .

(٢) المحلي ٨ : ٣٠٤ .

(٣) شرع من قبلنا : فالرسول صلى الله عليه وسلم قبل البعثة كان متعبداً بشرع من قبله، قيل بشريعة نوح وقيل ابراهيم وقيل موسى وقيل عيس عليهم السلام وهذا هو الرأي المختار .
ورأي يقول إن شرع من قبلنا شرع لنا بماثبت أنه شرع ، ورأي منع أن شرع من قبلنا شرع لنا ، والرأي الثالث التوقف وهو رأي الغزالي . وقد استدل المجيزون على ذلك ماورد مـن الاحاديث أنه صلى الله عليه وسلم كان يتحنث أي يعتزل للعبادة كان يصلي كان يطوف، وهي أعمال شرعية تعلم بالضرورة ممن يمارسها قصد الطاعة . هذا وقد استدل بأن شرع من قبله عام لجميع المكلفين والا لخلا المكلف عن التكليف وأنه قبيح . أما من منع ذلك فحجتهم بأن العادة تقضى بوقوع مخالطة لأهل ذلك الشرع أو لزمته مخالطتهم لأخذ الشرع منهم فوقع ، ولو وقع =

ب ــ فضلت على الأنبياء بست فــذكر عليه السلام منهــا وأرسلت إلى النــاس كافة (١) .

ج ــ قال عليه السلام : « أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي » (٢) ، فذكر عليه السلام

= لنقل ولا افتخر به تلــك الطائفة ، والرد أن التعبد إنما يحصل بالتواتر دون الآحاد، والتواتر لا يحتاج الى المخالطة .

أما بعد البعثة : فالمختار أنه متعبد بما لم ينسخ لأنه كان متعبدا به قبل البعثة والأصل بقاء ما كان على ما كان، واستدلوا بقوله تعالى: وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) على وجوب القصاص في ديننا ولولا أنه متعبد بشرع من قبله لما صح الاستدلال بكون القصاص في دين بني اسرائيل على كونه واجبا في دينه . وأيضا فان النبي صلى الله علية وسلم قال : من نام عن صلاة نسيها فليصلها اذا ذكرها وتلا قوله تعالى : (واقم الصلاة لذكري وهي مقولة لموسى صلوات الله عليه وسياق الحديث يدل على الاستدلال والا لم يكن لتلاوة الاية فائدة .

واحتج المخالفون : ١) لو تعبد بشرع مــن قبلنا لذكره معاد في حديثه الذي سبق ولم يصوبه النبي صلى الله عليه وسلم اذا تركه . إما الجواب عن هذا ان تركه إما لأن الكتاب يشمله وإما لقلة وقوعه جمعا بين الأدلة .

٢) لو كان متعبداً بشرع من قبلنا لوجب علينا تعلم أحكام ذلك الشرع ولوجب البحث عنها على المجتهدين واللازم باطل ، والجواب على هذا الاستدلال بأن المعتبر في ثبوته انمــا يكون بالتواتر لأن الآحاد لا يفيد لعدم العلم بعدالة الأوساط ، والتواتر لا يحتاج الى التعلم والبحث .

٣) انعقد الاجماع على أن شريعته ناسخة للشرائع وذلك ينافي تقريره لها وتعبده بها . وقد اجيب على هذا الاستدلال بأن الشريعة ناسخة لما خالفها اذ انها غــير ناسخة بجميع الاحكام قطعاً والا وجب نسخ وجوب الايمان وتحريم الكفر لثبوتها في تلك الشرائع . ومن هذه الاجوبة ينتج أن شرع من قبلنا مردود الى الكتاب والسنة المطهرة . مختصر المنتهى لابن الحاجب وحاشيتا سعد الدين التفتازاني والشريف الجرجاني وحاشية المروي : ٢ . ٢٨٦ ، ٢٨٧ . وانظر اصول الفقه للخضري . ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(١) فضلت على الانبياء بست ـ اعطيت جوامع الكلم، ونصرت بالرعب، وأحلت لي الغنائم، وجعلت لي الارض طهوراً ومسجداً ، وارسلت الى الخلق كافة ، وختم بي النبيون ـ (الفتح الكبــير ـ ٢ ـ ٢٧٠) .

(٢) أعطيت خمساً لم يعطهن أحد من الانبياء قبلي نصرت بالرعب مسيرة شهر ، وجعلت لي الارض مسجداً وطهوراً فايما رجل من امتي ادركته الصلاة فليصل ، وأحلت لي الغنائم ولم تحل لاحد قبلي ، واعطيت الشفاعة ، وكان النبي يبعث الى قومه خاصة وبعثت الى الناس كافــة (الفتح الكبير ١ : ١٩٩) .

منها : (وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة) وإذا صح هـذا فلم يبعثوا إلينا فلا يلزمنا شرع لم نؤمر به ، وإنما يلزمنا الايمان بأنهم رسل الله تعالى وأن مـا أتوا به لازم لمن بعثوا إليه فقط .

٣) جهالة الحمل من قوله وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ) لأن هـذا الحمل لا يدرى مما هو ،أمن لؤلؤ أو من ذهب أو من رماد أو من تراب ، ولا أي بعران هو ؟ من الضعيف الذي لا ينقل بعشرين صاعاً ،أومن القوي والصحيح الذي ينقل بثلثمائة صاع .

٤) نهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال وقال تعالى : (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) . وبهذه الآية فقد نرضى عن كل مسلم حفظ مال أخيه إذا وجده ولا يحل له أخذ ماله بغير طيب نفسه . وعلى ذلك فلا شيء لمن أتى بآبق لأنه فعل فعلا ،لأنه مفروض عليه كالصلاة والصيام وبالله تعالى التوفيق ، أما اذا أعطاه بطيب نفسه لكان حسنا . وإذا رتب الإمام لمن فعل ذلك عطاء لكان حسناً .

٥) قـال الله تعالى : (مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ (١) . وأي رحمة اذا أكل الانسان مـال أخيه بدون طيب نفسه (٢) .

ويذكر الحصكفي من الحنفية عبارتين : الأولى : من إن دلني على كذا فله كذا فدله فله أجر مثله إن مشى لأجله) والثانية : من دلني على كذا فله كذا فهو باطل ولا أجر لمن دله الا اذا عين الموضع (٣) .

فالعبارة الأولى : على وجهين : إن قال ذلك على سبيل العموم بأن قـال : (مـن دلني (٤) فالاجارة باطلة ،لأن الدلالة والأشارة ليستا بعمل يستحق عليها الأجرة ،وإذا قال على سبيل الخصوص بأن قال لرجل بعينه : إن دللتني على كذا فلك كذا فإن مشى له فدله

«١» سورة الفتح : ٢٩ .

«٢» المحلى لابن حزم ـ ٨ : ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢١٠ .

«٣» تنوير الابصار ـ ٦ : ٩٥ .

«٤» (من) من الفاظ العموم .

فله أجر المثل للمشي لأجله،لأن المشي عمل يستحق بعقد الإجارة إلا أنه غـير مقدربقدر فيجب أجر المثل ، واذا لم يكن شيء ودله فهو والأول سواء .

العبارة الثانية :وظاهره وجوب المسمى وهذاكلام السير الكبير (١) والأظهروجوب أجر المثل إذ إلا عقد جارة هنا ، وهذه المسألة خاصة لمسألة الدلالة على العموم لكونه بين الموضع ، والدلالة على العموم باطلة إلا إذا عين الموضع .

أما بعض كتب الفقه المقارن فانها تذكر أن أبا حنيفة لا يجوز الجعالة (٢) .

والظاهر أن أبا حنيفة يجوز الجعالة في الآبق وهي مسألة اتفاقية في المذاهب فقـد ذكر محمد بن عبد الرحمن الدمشقي : (اتفق الأئمة على أن راد الآبق مستحق الجعل برده اذا شرطه ثم اختلفوا في استحقاقه اذا لم يشرطه .

فقال مالك ان كان معروفا برد الآبق استحق على حسب بعد الموضع وقربه وإن لم يكن ذلك شأنه فلا جعل له ويعطى ما أنفق عليه ،وقال أبو حنيفة وأحمد يستحق الجعـل على الإطلاق ولم يعتبرا وجود الشرط ولا عدمه،ولا أن يكون معروفـاً برد الإباق أم لا وقال الشافعي لا يستحق الجعل الا بالشرط) (٣) .

وبالرجوع الى كتب الحنفية نجد أنهم يجيزون الجعالة ويقدرون لـه قدرا معينا من الدراهم ويقدرون له موضعا ، ثم يبينون من لـه الجعل ، وإني لأذكر عبارة أبي العلاء السمرقندي مستشهدا بهـا ، لأن كتب الحنفية لم تجعل للجعالة بابا خاصا كبقية المذاهب وانما نجد عدم التجويز في كتب المذاهب الأخرى : قال أبو العلاء السمرقندي (إن كـان من مسيرة سفر يستحق الجعل على صاحبه أربعين درهمـا عندنا ، وعند الشافعي لا يجب شيء ،وان كانالرد في أقل من مدة السفر : يستحق الرضخ (٤) بقدره،ولو كان الراد اثنين فيكون الجعل بينهما ، وهذا ،اذا كانت قيمته أكثر منأربعين درهما ، فأما اذا

---

(١) نقلا عن ابن عابدين : ٦ : ٩٥ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ : ٢٥٤ .

(٣) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ٢ : ٨ ــ ٩ والميزان الكبرى للشعراني ٢ : ١٠٢ .

(٤) رضخت له رضخا من بـاب نفع ورضيخا اعطيته شيئا ليس بالكثير والمـال رضيخ تسمية بالمصدر أو فعل بمعنى مفعول مثل ضرب الأمير وعنده رضيخ من خير أي شيء منه. (المصباح المنير ١ : ٣٥١) .

كانت أربعين أو دون ذلك فانه ينقص من الجعل درهم عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا ينقص منه شيء ولو كان الراد من كان في عياله لا يستحق الجعل فاما من لم يكن في عياله ، فانـــه يستحق سواء كـــان أجنبيا أم ذا رحم محرم منه ، الا الوالدين والمولودين ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد (١) .

أما التنفيل بأن يجعل الامام جعلا لمن يقتل قتيلا بأن يقول: (من قتل قتيلا فله سلبه ومن أصاب منكم شيئا فهو له دون بـــاقي أصحابه فانه يجوز ، لأن فيه معنى التخصيص للتحريض ، وذلك لأن القاتل يختص بالنفل دون باقي أصحابه ، وإن كان يعترض على ذلك بـــأن فيه ابطال الخمس عن الاسلاب لكن المقصود منه التحريض ويجوز للامام إن ظهر على بلدة أن يجعلها خراجا ويبطل منها سهام من أصابها ، أما لو قسمها بين الغانمين وجعل حصة الخمس خراجا للمقاتلة الأغنياء لم يكن له ذلك، لأنه ابطال الخمس مقصودا (٢)

وكما جاز التنفيل للفرد ، يجوز التنفيل بالكل ، بـأن يقول لسرية (٣) ما أصبتم فهو لكم سوية بينكم ، أو يقدر لهم مقدارا معينا ، كأن يقول ما أصبتم فلكم ثلثه سوية بينكم بعد الخمس (أو يقول : قيل الخمس لكم ثلثه بعد اخراج الخمس أوقيل اخراجه أي ثلث الاربعة الأخماس أو ثلث الكل) (٤) .

هذا وجواز الامام التنفيل من باب الاستحسان ، لا من باب القياس ، والتنفيل من باب استحقاق الغنيمة ،ويدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما أو رضخا فلا يتهم به ، أما لو قال من قتلته أنا فلي سلبه فليس له هذا الاستحقاق لأنه خص نفسه فصار متهما (٥)

---

(١) تحفة الفقهاء ٣ : ٦١٣ — ٦١٤ .

(٢) ولو قال : من قتل الملك فله عشرة آلاف دينار صح ، وإن لم يحصل لقتله مال قـــال حين اصطفو للقتال من جـــاء برأس فله مائـــة دينـــار فهو على رأس الرجال دون = السبي ،لأن المقصود في هذه الحالة التحريض على القتال . ابن عابدين ٤ : ١٥٥ .

(٣) السرية : هي قطعة من الجيش من أربعة إلى أربعمائة من المقاتلة : درر الحـــكام ١ : ٢٩٠ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٤ : ١٥٥ ، ١٥٦ والدرر الحـــكام ١ : ٢٨٩ — ٢٩٠ ،غنية ذو الاحكام في بغية درر الحكام ١ : ٢٨٩ — ٢٩٠ .

(٥) الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام ١ : ٢٨٩ .

أدلة المجوزين للجعالة :

واستدل المجوزون للجعالة :

١) بالآية الكريمة(وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) ويذكر الجصاص من الحنفية تفسير أنا به زعيم : بمعنى ضامن ، قال الشاعر :

وانى زعيم ان رجعت مسلماً بسير يرى منه الفرانق أزورا

أي ضامن لذلك فهذا القائل لم يضمن عن إنسان شيئاً وانما ألزم نفسه ضمان الأجرة لرد الصاع (وهذا أصل في جواز قول القائل من حمل هذا المتاع الى موضع كذا فله درهم وأن هذه اجارة جائزة وإن لم يكن يشارط على ذلك رجلا بعينه) ومما يذكر أن محمد بن الحسن في السير الكبير اذا قال أمير الجيش من ساق هذه الدواب الى موضع كذا ، أو قال من حمل هذا المتاع الى موضع كذا ، فله كذا ، ان هذا جائز ، ومن حمله أستحق الأجر . فان قيل إن هذا لم يكن إجارة لأن الاجارة لا تصح على حمل بعير ،وان كانت اجارة فهي منسوخة لان الاجارة لا تجوز في شريعة نبينا محمد ﷺ الا بأجر معلوم ، فانه يقال له هو أجر معلوم ،لأن حمل بعير اسم لمقدار ما ، من الكيل والوزن كقولهم وقر ووسق ونحو ذلك ،وعدم انكار يوسف عليه السلام دل على صحته ، والجمهور على أن شرائع من قبلنا من الأنبياء حكمها ثابت عندنا مالم تنسخ (١) .

٢) حديث الرقية ، إلا أن المانعين لم يعتبروه حجة لأن الحديث ليس فيه الا أباحة أخذ ما أعطى الجاعل على الرقيه فقط وليس فيه القضاء على الجاعل بما جعل إن ابى أن يعطيه .

٣) قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) والجعالة عقد من العقود ، وابن حزم لم يعتبر هذا دليلا كما رأينا (٢) .

٤) الحديث (من قتل قتيلا فله سلبه) . وكذا يوم بدر (من فعل كذا فله كذا ، ومن فعل كذا فله كذا (٣) .

ويذكر ابن رشد الحفيد أن سبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعد ما برد القتال (من قتل قتيلا فله سلبه) أن يكون ذلك منه عليه الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل (٤) .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٤ : ٣٩٠ : ٣٩١ .
(٢) المحلى ٨ : ٢٠٤ — ٢٠٥ .
(٣) المقدمات الممهدات ٢ : ٣٠٥ .
(٤) بداية المجتهد ١ : ٤١٤ .

٥) إقرار النبي ﷺ على الجعالة إذ كان موجودا في المعاملات جاهلية واسلاما فأقرهم على فعله ولم يتعرض لابطاله مع علمه بذلك .

٦) الضرورة إلى التعامل فيه: فالضرورة تدعو إلى ذلك أشد مما تدعو إلى القراض والمساقاة والضرورة مستثناه من الأصول ، وقد مضى عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار على قديم الأوقات والأعصار (١) .

الفرق بين الجعالة والاجارة

الشافعية :

أما الشافعية فقد فرقت بين الاجارة والجعل بعدة أوجه :

١ ــ جواز الجعالة على عمل مجهول .

٢ ــ صحتها على غير معين .

٣ ــ عدم اشتراط قبول العامل .

٤ ــ كونها جائزة لا لازمة .

٥ ــ عدم استحقاق العامل الجعل الا بالفراغ من العمل فاذا اشترط تعجيل الجعل فسد العقد واستحق أجرة المثل ، أما إذا سلمه بلا شرط امتنع تصرفه فيه فيما يظهر .

٦ ــ الأجر يملكه في الاجارة بالعقد بينما الجعالة لا يملكها الا بالعمل (٢) .

الحنابلة :

وفرقت الحنابلة بين الاجارة والجعالة من عدة وجوه :

١) أن الجعالة يحتمل فيها الغرر وتجوز جهالة العمل والمدة ، أما الاجارة فلا يصح فيها جهالة العين المؤجرة ولا جهالة المدة ولا يحتمل فيها الغرر .

٢) الجعالة عقد جائز ، فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر ، بخلاف الاجارة اذ أن الاجارة عقد لازم ،فاذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك .

---

(١) المقدمات الممهدات ٢ : ٣٠٥ .

(٢) نهاية المحتاج ٥ : ٤٦٦ .

٣) أن الاجارة اذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها ، واذا بين تقدير المدة والعمل ، فربما عمله قبل المدة ، فاذا قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فيكون بذلك قد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه . واذا قلنا لا يلزمه فيكون قد خلا بعض المدة من العمل ، فان انقضت المدة قبل عمله والزمناه اتمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها ، وإن قلنا : لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسألتنا ، فان العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة ،إن أتى به فيها استحق الجعل ولا يلزمه شيء آخر ، وإن لم يف به فيها فلا شيء له .

واذا ثبت هذا ، فان الجعل إنما يستحق من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك، لأنه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل كالاجر في الاجارة (١)

الزيدية :

والجعالة تخالف الاجارة باغتفار جهل العمل فيها ، وأن الأجر غير معلوم ، وعقدها غير لازم لجهالة العمل كالمضاربة (٢) .

الفرق بين الجعالة والاجارة :

يفرق ابن جزيء بين الاجارة والجعالة من ثلاثة أوجه :

١) أن المنفعة لا تحصل للجاعل الا بتمام العمل كرد الآبق والشارد ، أما الاجارة فإن الأجرة تحصل من المنفعة ، بمقدار ماعمل ، وكذلك اذا عمل الأجير بعض العمل حصل له من الأجر بمقدار ماعمل ، بينما الجعل لايحصل له شيء الا بتمام العمل ، وكراء السفن من الجعل فلا تلزم الاجرة الا بالبلاغ ، خلافا لابن نافع إذ أنه يوجب الأجرة بمقدار ماحصل من المنفعة .

٢) إن العمل في الجعل قد يكون معلوما وغير معلوم ، كحفر بئر حتى يخرج منها الماء ، وقد يكون قريبا أوبعيدا ، بخلاف الاجارة فلا بد أن يكون العمل فيها معلوما ، أما مشارطة الطبيب على برء المريض والمعلم على تعليم القرآن فانهما يترددان بين الجعل والاجارة .

٣) عدم جواز تقديم الأجرة في الجعل بينما يجوز التقديم في الاجارة (٣) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٩٤ ، ٩٥ .

(٢) البحر الزخار : ٤ : ٦٣ .

(٣) القوانين الفقهية : ٢٦٦ .

شروط الجعالة :

الأول : أن يكون الجعل معلوما ، منتفعا به طاهرا مقدورا على تسليمه ، وما جاز أن يكون عوضا في الاجارة جاز أن يكون عوضا في الجعالة ومالا فلا . وكذلك في أن ماجاز أخذ العوض عليه في الاجارة من الاعمال ، جاز أخذه عليه في الجعالة ، والذي لايجوز أخذ الأجرة عليه في الاجارة ، مثل الغناء ، والزمر ، وسائر المحرمات ، لايجوز أخذ الجعل عليه ، وفي القرب ، ممالا يتعدى نفعه فاعله كالصلاة ، والصيام ، لايجوز أخذ الجعل عليه ، أما اذا كان نفعه مما يتعدى إلى غيره ، كالأذان والاقامة والحج ففيه وجهان (١) .

وإذا كان الجعل مجهولا فسد ، كمن قال من رد عبدي (٢) ، ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم كأن يقول من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضالتي فله ثلثها . فأما إذا كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجها واحداً ، وإن كان العمل معلوماً مثل أن يقول : من رد عبدي من البصرة أو بنى لي هذا الحائط ،أو خاط قميصي هذا فله كذا صح ، وذلك أن الجعل إذاصح مع الجهالة فمع العلم أولى ، وكذلك إن علقه على مدة معلومة كأن يقول من رد لي عبدي من العراق إلى شهر فله دينار ، لأن المدة إذا جازت مجهولة فمع التقدير أولى (٣) .

الثاني : أن لا يضرب للعمل أجلا .

والأصل في الجعالة بأن لا يضرب أجلا لذلك كمن يقول : جعلت لك ديناراً إن وجدت كتابي حتى الصباح ، أو إن حفرت بئري خلال شهر فلك كذا ، أو كما يقال للمقاول إن أنهيت بناء الفندق في نهاية عام كذا فلك كذا فسدت ،ووجه الفساد أن العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل (فقد ينقص الزمن قبل التمام فيذهب عمله باطلا ففيه زيادة غرر مع أن الأصل فيها الغرر) إلا بشرط الترك متى شاء.

فإن شرط الترك أو شرط لهالترك لم تفسد الجعالة، لأنه قد رجع فيها حينئذ لأصلها من عدم تعيين الزمان ، لأن تعيينه صار ملغي ،والمعلوم أن العامل له الحل عن نفسه مطلقاً

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٩٦ والوجيز للغزالي ١ : ١٤٤ والقوانين الفقهية ٢٦٦ . والمقدمات الممهدات ٣٠٥ وكشاف القناع ٤ : ٢٠٥ والبهجة شرح التحفة ١ : ١٨٨ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٠٠ .

(٢) نهاية المحتاج ٥ : ٤٦٦ .

(٣) المغني ٦ : ٩٤ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤ : ٤٤٠ : ٤٤١ ط النجف الأشرف.

سواء اشترط الحل أم لم يشترط ، وعلى ذلك فكيف يصح عند وجود الشرط ويفسد عند السكوت عليه ؟ ويذكر الخرشي جواباً عنه : بأن المجعول لـه عند عدم الشرط دخل على التمام وان كان له الترك وحينئذ فغرره قوي ، وأمـا عند الشرط فقد دخل ابتداء على أنه مخير فغرره خفيف (١) .

والذي أراه أن هذا التفريق بين اشتراط الترك ، وعدم اشتراط الترك لا فائدة فيه طالما أن العامل له ترك العمل متى شاء فيجوز، وليس له أي تأثير في زيادة الغرر، أو تخفيف الغرر.

وأرى جواز تحديد زمن ، وخاصة فإن بعض الناس ينظر إلى هـذا الزمن بأن له قيمة كبيرة ، وخاصة في المشاريع المالية الكبيرة ، كالفنادق الضخمة في العواصم الكبيرة السياحية . إذ نرى صاحب الفندق يقول لشركة التعمير ، إذا أنهيتم قبل الأوان فلكم ألف دينار لكل شهر . وبعض الناس لا يرى من عدم تحديد الزمن فائدة فمثلا الحاج في سبيل الله ، يضيع بعيره أو يشرد ، فلو ترك الأمر بدون تحديد زمن ، للحق الحاج مشقة ، اذ بانتظاره يفقد الرفقه وقد يفوت موسم الحج ، ولذلك فإذا قال من جاء ببعيري غدا مساء فله كذا ، فهذا التحديد له فائدة عملية ولا سيا على رأي المالكية أن العامل إذا شرع بالعمل صار العقد لازما .

والمخلص من هذا رأي الحنابلة أن العامل إذا شرع بالعمل ثم فسخ العقد الجاعل ، يكون للعامل أجرة مثل عمله ، لأنه عمل معوض ولم يسلم له ، فكان له أجرة عمله وما عمله بعد الفسخ لا أجرة له عليه لأنه عمل غير مأذون فيه .

الثالث : عدم شرط النقد للجعل ، فشرط النقد يفسدهـا للتردد بين السلفة والثمينه وأما تعجيله بلا شرط فلا يفسدها . فشرط النقد يفسدها للتردد بـين السلفية والثمنية إذ التردد بينهما من أبواب الربا ، لأنه سلف جر نفعاً احتمالا (٢) وأما تعجيله بلا شرط فلا يفسدها .

الرابع : اشتراط صحة الجعل ، توقفه على منفعة للجاعل بما يحصله العامل .

فهذا الشرط هو : هل يشترط في صحة الجعل أن يكون فـيما يحصله العامل منفعة تعود على الجاعل كآبق أو لا يشترط ؟ كأن يجعل لـه ديناراً على أن يصعد جبلا مثلا لشيء يأتي به ، ففي هذا قولان عند المالكية :

الأول : وهو المشهور وهو أن يجعل له جعلا في رد عبده الآبق أو جمله الشارد ، فالجعل في مثل هذا يجوز على ما قل وكثر ، لأن العامل إذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شيء .

---

(١) بلغة السالك ٢ : ٢٩٢ والدسوقي ٣ : ٦٢–٦٣ .

(٢) بلغة السالك ٢ : ٢٩٢ والدسوقي ٣ : ٦٣ والمنتقى ٥ : ١١١ .

الثاني : أن يجعل له جعلا على اخراج الجان من شخص ، أو على حـــل سحر ، أو حل مربوط ، فهذه الأشياء لا يصح الجعل عليها ، لأنه لا يعود نفع على الجاعل،اذ لا يعلم حقيقة الجان أنه خرج أولا ، ولكن ابن عرفه أفتى بأنه اذا تكرر النفع مـن ذلك العامل وجرب وعلمت الحقيقة جاز الجعل ، وقيد بما اذا كانت الرقية عربية أو عجمية معروفة المعنى من عدل ولو اجمالا لئلا تكون ألفاظ مكررة (١) :

الخامس : عدم انتفاع الجاعل اذا ترك العامل العمل :

فهذا الشرط لا يجوز الجعل في عمل ان ترك العمل بقي للجاعل فيه ما ينتفع به،كأن يقول ان عملت لي شهرا منك كذا والا فلا شيء لك .

هذا وما يعمل فيه المجعول له على ضربين :

١) امـا أن يعمل العامل في غير ملك الجاعل مثل أن يجعل له جعلا في رد عبده الآبق ، أو جمله الشارد ، أو يحفر له بئراً في غير أرضه ، ففي مثل هذا يجوز الجعل على ما قل وكثر ،لأن العامل اذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شيء (٢) .

٢) وإما أن يعمل في ملك الجاعل ، كأن يجعل له جعلا على أن يحفر له بئراً في ملكه الخاص ، فهذا لا يجوز على وجه العمل ، لأن الجعل مبني على أنه لا يلزم العامـــل اتمام العمل لما فيه من الغرر ، فالعامل اذا حفر في أرض الجاعل ثم ترك الحفر قبل تمام العمل فلا يستحق العامل شيئا ، لأن الأجر انما يكون بتمام العمل ، ويبقى ما حفره العامل منتفعا به للجاعل (٣) .

السادس . أن يكون الجعل غير معين أو يكون معينا لا يسرع اليه التغـــير ، وذلك كأن يقول من جاءني بعبدي الآبق فله هذه الدنانير أو هذا الثوب فجائز . أما ما لا يسرع اليه الفساد ، فان الجعالة به تجوز ، والذي يسرع فيـــه الفساد فالجعالة لا تجوز ، قال مالك : (ولا خير في أن يقول له هذا العبد أو هذه الدابة ، لأن ذلك يتغـــير وتسرع الحوادث اليه) (٤) .

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٦٤ .

(٢) أن يحفر له بئراً في غير أرضه : لأنه قد حفر في ملك الغيربغير تسليط من المالك وحفره يكون باطلا اذ البئر في النهاية يكون لمالك الأرض .

(٣) المنتقى للباجي : ٥ : ١١٠ وبداية المجتهد : ٢ : ٢٥٥ .

(٤) المنتقى : ٥ : ١١١ ولو مثل بالخضار التي يسرع اليها الفساد لكان أحسن .

السابع · أن لايكون له شيء ان لم يأت بما جعل له عليه الجعل ، لأن الجعل الجائز أن يقول ان لم يبع أو لم يجد فلا شيء له ، ولأنه اذا التزم له الجعل عمل أو لم يعمل ففيه غرر كثير مستغنى عنه فعاد ذلك بفساد العقد ، فاذا عقد وقع عقد الجعل على وجه الفساد، فمن قال إن جئتني بعبدي الآبق فلك نصفه فان جاء فله أجرة مثله وان لم يأت به فلا جعل له ولا اجارة .

قال مالك في هذه المسألة : (إن جاء به فله جعل مثله وان لم يأت به فلا شيء له) وقال ابن المواز : ان في الجعل الفاسد اجارة المثل ، وهنا يحصل فرق بين الاجارة والجعالة ، فالجعل اذا انعقد قبل العمل على عمل مجهول فالعامل له ما يجعل على مثل المجعول فيه على الوجه الذي علم من حاله أو ظهر منها يوم الجعل ، لأن العقد اذا تنوع الى صحة وفساد فان فاسده يرد الى صحيحه ولا ينقل الى غيره من العقود كالبيوع .

بينما الاجارة انما تكون في عمل معلوم ، فاذا ما عمل العامل شيئاً منها فله بحسابه دون ما كان عقد عليه يوم العقد ، لكنه لما خرج العقد مخرج الجعل ، لم يكن له شيء ان لم يأت به لأنه على ذلك دخل ، وان أتى به كان له اجر مثله على قدر نصيبه وتعبيه وطول مسافته ، لأن الاجارة هي الاصل وانما جوز الجعل في العمل المجهول والغرر للضرورة ، ولذلك كان الجعل عقدا غير لازم للعامل ، فاذا وقع العقد فاسدا وفات رد العقد الى الاجارة التي هي الأصل (١)

جعل نسبة معينه لبيع متاع ونحوه :

اذا جعل صاحب المتاع لرجل شيئاً من المال مقابل كل ما يبيع ، كأن يقول بع لي هذا الثوب ولك كذا وكذا في كل دينار لم يجز لأنه لم يسم ثمناً يبيعه به . واذا لم يكن الثمن معلوماً كأن جعل العامل مجهولا ، ولا ضرورة تدعو الى أن يكون الجعل مجهولا ، أما العمل فقد جاز أن يكون مجهولا للضرورة الداعية الى ذلك، وأيضاً فان العمل لما كان مجهولا كان العامل بالخيار في تركه متى شاء فتقل مضرته ،لأنه اذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك ، أما الجعل من جهة المالك لازم ، فلا يصح أن يكون مجهولا ، لأنه لا يقدر على أن يتخلص من مضرة غرره اذا شاء . قال مالك : (فأما الرجل يعطي السلعة

---

(١) المنتقى ٥ : ١١١ ، ١١٢ .

فيقال له بعها ولـــك كذا وكذا في كل دينار لشيء يسميه فان ذلك لا يصلح ، لأنه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذي له فهذا غرر لايدرى كم جعل له) .

وان باع على تلك الحالة فللعامل جعل مثله وان لم يبع فلا شيء له ، وقد روى هذا ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ .

أما لو قال الجاعل : ان بعته بعشرة فلك من عدد دينار ربعه أو عشره أو لك منه درهم جاز الجعل لأنه حصل معلوما . وان باع بأكثر مـــن عشرة ففي العتبية لابن القاسم ليس له الا سدس العشرة ، وذلك لأن الجاعل لمـــا جعل جعله الجزء المسمى من العشرة فمازاد من الثمن فذلك سواء ، لان العامل لم يوجد منه غير البيع مما يستحق فيه الاجرة(١).

ولا يجوز أن يقول له بعه فمازاد على عشرة دارهم فلك ، لأن الجعل مجهول قـــد دخله الغرر .

جعل الدرهم باع أو لم يبـــع :

فلو قال إن بعت هذا الثوب فلك درهم وان لم تبعه فلك درهم ، فقد ذكر ابن المواز هـذا البيع على أنه اجازة ، وهي جائزة ان ضرب لها أجلا ، لأن الدرهم قد لزم الجاعل باع العامل أو لم يبع فان لم يضرب للعمل أجلا كان على نهاية الغرر (لانه يعرضه ثم يرده اليه وقد استوجب الدرهم) .

أما لو قال ان بعته فلك درهم وان لم تبعه فلك نصف درهم لم يجز لانهما اجارتان في اجارة (٢)

الجعل على اشتراط البيع اليوم :

ولو قال : ان بعت اليوم هـذا الثوب فلك درهم فقد اختلفت الروايات في مذهب الامام مالك رحمـــه الله : الأولى : لا يجوز على الاطلاق وهي رواية الموازيه والواضحة الثانية :لا خير فيه الا أن يشترط أنه متى شاء أن يتركه تركه وهذه رواية المدونه . الثالثة: الجواز بمقتضى قول الله تعالى (٣) .

---

(١) المنتقى : ٥ : ١١٢ وتنوير الحوالك : ٢ : ١٧٢ .

(٢) المنتقى : ٥ : ١١٢ .

(٣) والمراد بقوله تعالى : ولمن جاء به حمل بعير وانابه زعيم يوسف ٧٢ .

وجه القول الأول أن الجعل لا يجوز أن يكون لازما ، لأنه ان لزمه العمل فعمل يومه أجمع ولم يبعه فلا شيء للعامل ، ولو باعه في بعض النهار سقط عنه سائر النهار يشير الى الغرر مع اللزوم . والذي يراه الباجي أن الجعل انما يتعذر بأمرين :

أحدهمـــا : بالعمل فاذا تقدر بالعمل في الجعل والاجارة جاز ، واذا تقدر بالزمن جاز في الاجارة فقط ، اما اذا تقدر الجعل بالزمـــن ففيه نظر ، لأن الجعل ان كان على معنى اللزوم فقد خالف حكم الجعل ، لأنه مبني على الجواز ، واذا فاته اللزوم (وان كان على معنى الجواز وأنه متى شاء أن يترك المدة في ترك فلا يفسد مـــن هذا الوجه) الا أنه يراعى العمل بعد الزمن ، فـان كان العامل لم يكن له أن يعمل بعد ما قدر من الزمن فلا يجوز ، لأنه يعمل جميع المدة والجاعل ينتفع بعمله ثم يمنع اتمام العمل فذهب عمله ، وذلك قال ابن المواز وابن حبيب لا يجوز الا ان يترك متى شاء في اليوم وبعده .

أمـا اذا كان للعامل أن يعمل بعد ذلك الزمن حتى يكمل ويستوفى جعله فهذا جائز وبطل التوقيت بالزمن .

الثاني : أن يقدر الزمن وذلك اذا كان بحيث يتيقن أن العمل يمكن غالبا اكمـاله فيما يتعلق به من الزمن جاز ، كأن يقول له لك درهم على أن تأتيني في كل يوم من هذا الشهر بقلة من ماء هذا النهر لأنه تقدر بالاتيان بالقلة مـن الموضع القريب الذي يمكنه أن يأتي به لساعته أو في ساعة من ساعات النهار منه ، ولم يتقدر العمل باليوم . وتعليق العمـــل باليوم لئلا يأتيه في يوم واحد أو يؤخر اتيانه بها عن تلك المدة (١) .

والذي أراه أن ما ضرب مـــن الزمن على سبيل التقدير للعمل لا يصلح أن يجتمع مع تقدير العمل بنفسه وما ضرب على سبيل التراضي لا يكون من العمل الذي هو أمد فلا يمنع صحة ذلك العقد لمعرفتها بالتمكن من الفراغ منه .

جواز الجعالة لعامل معـــين :

ويجوز أن تكون الجعالة لواحد بعينة لايتعداه ، واذا جاء به غيره لايحق له الجعل، كأن يقول لزيد : ان رددت لي ناقتي فلك دينار ، فاذا جاءبها بكر لم تصح الجعالة ، لأن الجاعل انمـــا أراد زيدا لاغيره . وكذلك يجوز أن يجعل لواحد في رده شيئا معلوما

---

(١) المنتقى : ٥ : ١١٢ ـ ١١٣ .

ولآخر أكثر منه أو أقـــل ، وكذلك يجوز أيضاً أن يجعل للمتعين عوضاً ولسائر الناس عوضاً آخر ، لأن الجعالة كالاجارة ، فالاجارة يصح أن يكون الأجر فيها مختلفاً مـــع التساوي في العمل والجعالة أولى . فمن قـــال : من رد لقطتي فله دينار فردها ثلاثة فلهم الدينار بينهم أثلاثاً ، لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض،وان قال لثلاثة إذا رددتم ناقتي فلواحد دينار وللآخر ديناران وللثالث ثلاثة ، فردها الثلاثة فلكل واحد منهم ثلث ماجعل له ، لأنه عمل ثلث العمل فاستحق ثلث المسمى . وإن جعـــل لواحد ديناراً ولآخرين عوضاً مجهولا فردوها معاً فلصاحب الدينار ثلاثة وللآخرين أجر عملهما (١). لأن الجعالة بالعوض المجهول لاتصح .

فإذا جاز أن يكون الجعل لمعين فلغير معين مـــن باب أولى والدليل على ذلك قوله تعالى وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ، فلم تعين الآية أحداً ، ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله فجاز من غير تعيين . والعامل في الجعالة لا يشترط فيه تعيينه لمصلحة العقد (٢) .

روى المزني في المختصر عن الشافعي رحمه الله في المنثور أنه قال : اذا قال أول مـــن يحج عني فله مائة فحج عنه رجل ، فإنه يستحق المائة .

ويذكر النووي رضي الله عنه أن للأصحاب فيها ثلاثة أوجه :

الأول : وقوع الحج عن المستأجر ، ويستحق الأجرة المسماة وهو الأصح ، وهذا نص الشافعي رحمه الله واختاره النووي : لأنه جعالة وليس بإجارة والجعالة تجوز على عمل مجهول فمن باب أولى المعلوم .

الثاني : أنه يقع عن المستأجر ويستحق الأجرة أجرة المثل لا المسمى وحجتـــه أن الجعالة لاتجوز على عمل معلوم ، لأنه يمكن الإستئجار عليه . وهو اختيار المزني وقـــد حكى امام الحرمين أن معظم الأصحاب مالوا الى هذا . واعترض النووي على هذا الرأي وقال : (ليس كما قال) .

---

(١) المغنى لابن قدامة ٦ : ٩٥ والمجموع ١٤ : ٣٧٠ .

(٢) الوجيز ١ : ١٤٤ والمهذب للشيرازي ١ : ٤١٨ .

الثالث : أنه يفسد الإذن ويقع الحج عن الأجير ، لأن الإذن غير متوجه الى انسان بعينة وهذا الوجه ضعيف جداً بل باطل مخالف للنص والمذهب . (١)

هل الجعالة عقد لازم أم غير لازم ؟

والعقود تنقسم باعتبار لزومها وجوازها الى ثلاثة أقسام :

الأول : عقد لازم من الطرفين قطعاً ، كالبيع ، والإجارة ، والسلم ، والصلح ، والحوالة والمساقاة ، والهبة لغير الفروع بعد القبض ، والخلع . ولازم من أحدهما قطعا ومن الآخر على الأصح وهو النكاح ، فإنه لازم من جهة المرأة قطعاً ومن جهة الزوج على الأصح .

الثاني : جائز من أحد الطرفين لازم من أحد الطرفين كالكتابة ، والرهن ، وهبة الأصول للفروع بعد القبض ، والضمان ، والكفالة .

الثالث : جائز من الطرفين كالشركة ، والوكالة ، والعارية ، والوديعة ، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل (٢) .

فالشافعية ترى أن الجعالة عقد غير لازم قبل فراغ العمل ، والمالكية ترى أن الجعالة عقد جائز غير لازم فمن شاء من المتعاقدين الرجوع عنه قبل الشروع في العمل .

قال القرافي : (من العقود التي لا تستلزم مصلحة مع اللزوم بل مع الجواز ، عدم اللزوم ، وهي خمسة : الجعالة ، والقراض ، والمغارسة ، والوكالة ، وتحكيم الحاكم لم يشرعا في الخصومة ، فإن الجعالة لو شرعت لازمة مع أنه قد يطلع على فرط بعد مكان الآبق أو عدمه مع دخوله على الجعالة بمكانة فيؤدي ذلك لضرره فجعلت جائزة لئلا تجتمع الجهالة بالمكان واللزوم وهما متنافيان) (٣) .

وقسم القرافي العقود الى قسمين :

١) مستلزم لمصلحته عند العقد ، فشرعه على اللزوم ترتيباً للمسبب على السبب وتحصيلا للمصلحة وهذا هو الاصل في العقود كالبيع ، والاجارة ، والهبة .

---

(١) المهذب للشيرازي : ١ : ٤١٨ ، والمجموع ١٤ : ٣٦٩

(٢) المجموع ـ ١٤ : ٢٧٥ .

(٣) الفروق للقرافي في الفرق التاسع والمائتين .

٢) عقد غير مستلزم فشرعه على الجواز نفيا للضرر عن المتعاقدين لانه قد تظهر أمارة فلا يكلف مايضره (١) .

أما اللزوم بالنسبة للجعالة فغير لازم قبل الشروع في العمل ، وبعد الشروع في العمل يكون لازما واللزوم يكون منصبا على أحد العاقدين وهما :

١ ــ الجاعل : فاللزوم بالنسبة له قبل الشروع في العمل لا يلزمه شيء لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العمل فلم يلزمة شيء كمالو فسخ المضاربة قبل العمل أما بعد الشروع فيحكم بلزومه بأجرة المثل لماعمل ، لأنه استهلك منفعة بشرط العوض فلزمه أجرته كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل .

قال ابن يونس للجاعل أن يفسخ الجعالة اذا لم يشرع المجعول له بالعمل ، وأما العامل فقد قال مالك له أن يدع الجعالة متى شاء ولاشيء له لأنه لايستحق شيئا الابتمام العمل وذاك اذا كان ماعمله لا انتفاع به للجاعل أما ماله به انتفاع فله أجرته عليه (٢) .

هذا وقد اختلف الفقهاء في لزوم العقد بالنسبة للجاعل قبل الشروع في، العمل فعيسى عن ابن القاسم وأحد أقوال مذهب ابن حبيب أن الجعل يلزمه بالعقد ، وقيل لايلزمه العمل متى شرع العامل في العمل ، وهذه رواية علي بن زياد وأشهب عن مالك ومذهب سحنون،قال ابن رشد وهو أظهر القولين ، لأنه لما كان العامل لايلزمه العقد وجب ألايلزم الجاعل (٣) .

٢ ــ العامل : والجعالة لاتكون لازمة بالنسبة للعامل وله أن يترك العمل متى شاء قبل العمل وبعد العمل ، لأن العمل يكثر فيه الغرر ويتفاوت من سهولة الى صعوبة ، فلو لزمه العمل لتعذر عليه العمل وعظمت فيه المشقة لجهالة العمل قبل أن يشرع فيه ولذا كان له أن يترك متى شاء .

قال سحنون : اذا شرع العامل في العمل لم يكن للجاعل اخراجه والعامل يخرج متى شاء (٤) .

---

(١) الفروق للقرافي ـ فرق ٢٠٩ .

(٢) المهذب ١ : ٤١٩ والبحر الزخار ٤ : ٦٣ والمقدمات ٢ : ٢٠٧ ــ ٢٠٨ ومياره ٢ : ١٠٦ .

(٣) المقدمات ٢ : ٣٠٧ ــ ٣٠٨ والدسوقي ٤ : ٦٢ والمنتقى ٥ : ١١١ والبهجة ٢ : ١٨ .

(٤) المنتقى ٥ : ١١١ : ١١٣ والبحر الزخار ٤ : ٦٣ والدسوقي ٤ : ٦٣ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٠١ .

جعل العبد الآبق ومقداره :

اختلف الفقهاء في جعل الآبق اذا لم يشرطه ، فالمالكية تقول ان كان معروفا برد الإباق استحق على حسب بعد الموضع وقربه ، وان لم يكن ذلك شأنه فلاجعل له ويعطى ماأنفق عليه . والشافعية لا يستحق الجعل الابالشرط (١) .

والعبد الآبق يستحق الجعل برده وان لم يشرط له ، روي هذا عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأصحاب الرأي .

وقد روي عن أحمد : أنه لم يكن يوجب ذلك ، ورواية أخرى عن أحمد بأنه قال: لا أدري قد تكلم الناس فيه ولم يكن عنده فيه حديث صحيح ، والذي يظهر من الروايتين عن أحمد أن العبد الآبق لا جعل له فيه لأنه عمل لغيره عملا من غير أن يشرط له عوضاًفلم يستحق شيئاً كما لو رد جمله الشارد (٢) وهو أقرب الى المصلحة،لأن الأصل عدم الوجوب بما يأتي :

أولا : الخبر المروي مرسل وفيه مقال .

ثانياً : الاجماع : لم يثبت الاجماع من الصحابة ولا القياس .

ثالثاً : أما المصلحة فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة ولا تحققت ،والظاهر عدم هربهم الى دار الحرب إلا في المجلوب منها إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم .

أما على الرواية الأولى في استحقاق الجعل وإن لم يشرط له ، فحجتهم :

أولا ـ بما روى عمرو بن دينار وابن أبي مليكة (أن النبي ﷺ جعل في الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً) .

ثانياً ـ قول من ذكرنا من الصحابة ولم نعرف مخالفاً لهم في زمنهم فكان اجماعاً .

ثالثاً ـ في اشتراط الجعل في ردهم حثاً على رد الإباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم مما يرجح أن يكون الجعل المراد مشروعاً لهذه المصلحة، ومن هنا يفترق عن الشارد لأنه لا يفضي إلى ذلك.

---

(١) رحمة الأمة ٢ : ٩ والميزان الكبرى ١ : ١٠٢ .

(٢) المغني لابن قدامة ٦ : ٩٧ .

والذي أراه عدم الجعل إذا لم يكن مشروطاً ،لأن الشريعة الاسلامية أمرتنا بالمحافظة على أموال الناس فقد قال رسول ﷺ (انَّ دِماءَكُمْ وَأَمْوالَكُمْ وأعْراضَكُمْ وأبْشَارَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ) .

أما مقدار ما يجعل لرد العبد فقد اختلف الفقهاء فيه أيضاً ، فالحنفية ان رد العامل العبد الآبق من مسيرة ثلاثة أيـــام استحق أربعين درهماً وان رده من دون ذلك يرضخ له الحاكم (١) .

والحنابلة ترى اما أن يكون الرد من داخل المصر أو من خارج المصر .

فإن كان من داخل المصر فقد قدره أحمد بعشرة دراهم أو دينار ، وإن كان مـــن خارج المصر ففيه روايتان :

الأولى : يقدر بدينار أو اثني عشر درهمـــاً يروى ذلك عن عمر ، وعلي ، رضي الله عنهـــا .

الثانية : أربعون درهما أن رده من خارج المصر ، وهذا اختيار الخلال ، وهو قول ابن مسعود ، وشريح ، وحجتهم ما رواه أبو عمر الشيباني قال : قلت لعبد الله بن مسعود إني أصبت عبيداً اباقا فقال : لك أجر وغنيمة فقلت هذا الأجر ، فما الغنيمة ؟ قال : من كل رأس أربعين درهماً .

وقال أبو اسحق : أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً. وحديث ابن مسعود أصح اسناداً كما ذكره الخلال .

أما لو زاد مقدار الجعل على قيمة العبد ، فقد قال أبو حنيفة ، ان كـــان العبد قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهماً لئلا يفوت عليه العبد جميعه ، وأرى أن النقص بحسب القيمة ولا يقدر بدرهم . ألا ترى لو أن قيمة العبد كانت عشرون ، والجعل أربعون ،فما فائدة الدرهم بالنسبة لهذه القيمة ، إذ أن هبة العبد خير من دفع جعله .

أما أبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل لم يفرقوا بين أن يزيد أو لا يزيد ، لأنه جعل يستحق في رد الآبق فاستحقه وان زاد على قيمته ، واذا مات سيده فإن الجعل يكون في

---

(١) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ٢ : ٩ والميزان الكبرى للشعراني ٢ : ١٠٢ ،والمغني ٦ : ٩٨ .
يرضخ له : يعطي له عطاء غير معلوم يقدره الحاكم ومذهب مالك ليس له أجرة المثل .

تركته وهذا رأي أبي حنيفة ، أما أبو يوسف فقال : إن كان الراد من ورثة المولى سقط الجعل (١) أما الامام مالك ، فله أجر المثل بأن كان معروفاً وإلا فلا .

والشافعية لا يستحق شيئاً إلا بالشرط والتقدير (٢) . أما بالنسبة للنفقة على العبدوهو في الطريق فقد اختلفو أيضاً فقال أبو حنيفة والشافعي لا يجب على سيده إذا أنفق تبرعاً وهو الذي ينفق من غير إذن الحاكم فإن أنفق بإذن الحاكم كان ما أنفقه دينا على سيده وله أن يحبسه حتى يأخذ دينه . أما أحمد فالنفقة على سيده بكل حال (٣) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٩٨ .

(٢) المغني لابن قدامة ٦ : ٩٨ ورحمة الأمة : في اختلاف الأئمه ٢ : ٩ .

(٣) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ٢ : ٩ والميزان الكبرى للشعراني ٢ : ١٠٢

المبحث الخامس

الصلح

الصلح لغة : المسالمة،وشرعاً:عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما . وأركان الصلح اثنان هما الإيجاب والقبول، ولا يشترط فيها ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين ينبئان عن معنى المصالحة ينعقد بهما الصلح كأن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه (١) .

مشروعية الصلح :

الصلح مشروع بالكتاب والسنة والاجماع .

الكتاب : قوله تعالى : (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ (٢). وقوله تعالى : (وَإِنْ امرأةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً ، أَوْ إِعْرَاضاً ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) (٣) .

وقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ (٤) .

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٤٠ .
(٢) ٩/٤٩ .
(٣) ٤ : ١٢٨ .
(٤) سورة البقرة ٢٠٨ .

وقوله تعالى (و لا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللهَ مَعَ الصَّابِرِينَ) (١) .

السنة : عن عمرو بن عوف أن رسول الله ﷺ قال (الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح (٢) وأجمعت الأئمة على جواز الصلح (٣) .

شروط الصلح :

وشرائط الصلح أنوع : بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه، وبعضها يرجع الى المصالح عنه . وسأتكلم عما يتعلق في موضوعنا .

الشروط التي ترجع الى المصالح عليه :

الأول : أن يكون مالا متقوما ، مقدور التسليم ، أو منفعة سواء كان المال عينا أم دينا فلا يصح على الخمر والميتة والدم وكل ما ليس بمال ، لأن في الصلح معنى المعاوضة فمالا يصلح عوضا في البياعات لا يصلح بدل الصلح .

والمراد بالعين كل ما يحتمل التعيين جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعروض والعقار والحيوان والمكيل والموزون ، والمراد بالدين كل مالا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف .

---

(١) سورة الأنفال ٤٦ .

(٢) المغنى ٤ : ٣٥٧ ونيل الأوطار ٥ : ٢٦٩ .

(٣) المغني : ٤ : ٣٥٧ وبدائع الصنائع : ٦ : ٤٠ ورحمة الأمة : ١ : ١٩٢ والميزان : ٢ : ٧٩ وواقعات المفتين : ٢١٤ ومجمع الانهر : ٢ : ٣٠٨ ودر المنتقى في شرح الملتقى : ٣٠٨ والمبسوط ٢ : ١٣٤ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ط النجف : ٤ : ١٧٣ والدسوقي ٣ : ٣٠٩ ، وبداية المجتهد : ٢ : ٣١٨ وتحفة الحكام : ١:١٤٣ وجواهر الاكليل :٣:١٠٣ والظاهرية أجازت الصلح مع الاقرار ولم تجز الصلح عن الانكار ولا على السكوت الذي لا انكار معه ولا اقرار لمحلى :٨: ١٦٠ ـ١٦١ وكشاف القناع : ٣ : ٣٩٠ والمهذب ١:٣٤٠ ومختصر المزني ١٠٥.

ثانيا : أن يكون معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع الا اذا كان لا يحتاج فيه الى التسليم والتسلم فانه لا يشترط العلم به، ومن الامثلة على ذلك اذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئا ثم تصالحا على أن يجعل كل منهما حقه بدل صلح عما للآخر .

ثالثا : أن يكون مما يصح ورود عقد البيع عليه اذ الاصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا ، ويترتب على ذلك أنه لا يصح أن يكون بدل الصلح حقا من الحقوق المجردة كالسيل والشرب اللذين لا حق للمصالح في ذات المصرف والمسقى المارين فيها .

الشروط التي ترجع الى المصالح عنه فأنواع :

١) أن يكون المصالح عنه حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال عين ولا دين ، حتى لا يصح الصلح عن حقوق الله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة وحد القذف وكذلك أداء الشهادة ، وذلك بأن يعطي المدعى عليه للشاهد شيئا على ألا يشهد عليه لأن الشاهد في أدائه الشهادة ، محتسب حقا لله عز شأنه .

٢) أن يكون الحق ثابتا للمصالح في المحل المصالح عنه فان لم يكن ثابتا له في المحل كما اذا صالح المشتري الشفيع على شيء ليترك شفعته فالصلح باطل ، لأن الشفيع له حق التملك والمشفوع غير متملك بعد ولا حق له بالمصالحة

٣) أن يكون المصالح عنه مالا متقوما أو منفعة .

٤) أن يكون المصالح عنه حقا للمصالح فان لم يكن حقا له فالصلح باطل، كمن طلق زوجته ثم ادعت الزوجة عليه صبيا في يده انه ابنه منها وأنكر الرجل ذلك النسب فصالحته ،لأن النسب حق الصبي لاحقها (١).

---

(١) بدائع الصنائع : ٦ :٤٢ _ ٥٢ وابن عابدين : ٥ ٦٢٨ – ٦٢٩ والبحر الرائق : ٧ : ٢٧٩، والمغني لابن قدامة : ٤ : ٣٥٨ .

أقسام الصلح :

ينقسم الصلح الى ثلاثة أقسام: صلح عن اقرار ، وصلح عن انكار ، وصلح عن سكوت.

الأول : الصلح عن اقرار ، كأن يدعي شخص على آخر شيئا عينا كان أو دينا أو منفعة فيقر المدعى عليه للمدعي بأنه محق في دعواه ثم يتصالحان على شيء . وقد اتفق المسلمون على جوازه على الاقرار (١) . ولا خلاف عند المالكية أن الصلح الذي يقع على الاقرار يراعى في صحة ما يراعى في البيوع فيصح بما تصح به البيوع ويفسد بما تفسد به البيوع من أنوع الفساد الخاص بالبيوع . (مثال أن يدعي انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر) .

الثاني : الصلح عن انكار : أن يدعي شخص على آخر شيئا عينا كان أو دينا أو منفعة فينكر ما ادعاه ثم يتصالحان . وقد اختلفوا في جوازه . فقال مالك وأبو حنيفه : يجوز الصلح على الانكار ، وقال الشافعي : لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ، وهذا النوع فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع ، مثال ذلك (أن يدعي انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لايجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ : هو جائز ،لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له ، وأما الدافع فيقول : هي هبة مني .

أما اذا ارتفع المكروه من الطرفين : كأن يدعي كل واحد منهما على صاحبه دنانير أودراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل ، فهذا عند المالكية مكروه لانه يخشي أن يكون كل واحد منهما صادقا ، وبذلك يكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه مقابل انظار الاخراياه فيد خله أسلفني وأسلفك .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٣١٨ .

أما كونه جـــائزا مع الكراهية لأن كل واحد منهما انما يقول مافعلت إنما هو تبرع مني ، وما كان يجب علي شيء (١) .

الثالث : الصلح عن سكوت كأن يسكت المدعى عليه أي لم يقر ولم ينكر ثم يتصالحا ، ففي حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه فداء عن اليمين وقطعا للخصومة .

فاذا كان بدل الصلح عينا كان في معنى البيع وتسري عليه أحكام البيع ويطبق عليه أثر الغرر ، واذا كان منفعة فتسري عليه أحكام الاجارة وتأثير الغرر فيها ، أما المصالح عنه فلا يكون في معنى المبيع لعدم الاقرار بملكية المـــدعى فلاتسري عليه أحكام البيع ولايؤثر الغرر فيه .

الغرر فى الصلح : لقد رأينا ممامضى أن الصلح الذي يكون عن معاوضة يؤثر فية الغرر كما يؤثر في البيع والذي لايكون فيه معاوضة لاأثر للغرر فيه ، أما المصالح عنه فان كان معاوضة يؤثر الغرر فيه الا أن يكون مجهولا ، لايدرى ماهو ؟ فان الغرر لايؤثر فيه كمـــا روي عن رسول الله ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست (استهما وتوخيا ، وليحلل أحد كما صاحبه) فانه يصح لأنه اسقاط حق فصح في المجهول (٢)

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٣١٨ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٤ : ٣٦٨

الفصل الثاني

أثر الغرر في عقود المشاركات

المشاركات عقود الغرض منها الاشتراك في العمل والربح بين أطرافهـــا وهذه العقود ، تارة تكون في الأموال وتارة تكون في العمل .

أما الأموال فانها تتجلى في شركة العنان ، والمفاوضة ، والوجوه .

وأما الأعمال ، فانها تكون بين أصحاب الحرف والمهن .

وأما المضاربة ، فانها شركة بين صاحب المال وبين الذي يتجربه ، على أن يكون الربح بينهما والخسارة عليهما .

وعقد المزارعة وعقد المســاقاة اللذان يكونان في الأرياف ، بين العامل وصاحب الأرض أو الشجر .

هذه العقود كلها سنرى أثر الغرر فيها إن شاء الله تعالى :

ولذا أقسم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الأول : عقد الشركة .

المبحث الثاني : عقد المزارعة .

المبحث الثالث : عقد المساقاة .

المبحث الأول

عقد الشركة

تمهيد :

ذكرت فيما سبق الغرض من عقود المشاركات ، والآن أخص عقد الشركة بالبيان :

وأبحث هذا العقد في المطالب التالية :

المطلب الأول : في تعريفها وأصل شرعيتها.

المطلب الثاني : في أقسام الشركة ، وأقسمه الى فرعين أساسيين :

الفرع الأول : شركة العقد ، وهي أنواع :

النوع الأول : الشركة بالأموال وهي :

- عنان .
- مضاربة .

النوع الثاني : الشركة بالوجوه .

النوع الثالث: الشركة بالأعمال .

النوع الرابع: شركة المضاربة وتفصيلها في المطلب الثالث .

الفرع الثاني : شركة الملك .

المطلب الثالث : في شركة المضاربة ، وقد أفردتها في مطلب مستقل لأهميتها وطولها رغم أنها من أنواع شركة العقد .

وعلى هذا التقسيم الذي اخترته أسير في هذا المبحث مبينا أثر الغرر في أثناء بحثي لعقد الشركة ، والله أسأل أن يوفقنا في ذلك .

المطلب الاول

تعريفها وأصل شرعيتها

تعريف الشركة لغة:

خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر ، وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل (١) والشركة ، اسم المصدر ، والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط (٢) .

تعريف الشركة في الاصطلاح :

هذا واني أعرف الشركة بتعريف المجلة العدلية وهو : (الشركة ، هي عقد بين اثنين فأكثر على أن يكون رأس المال والربح مشتركا بينهم (٣) ، أو عبارة عن تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة ليكون الغنم والغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع .

أصل شرعيتها :

وشرعية الشركة ثبتت بالكتاب والسنة والمعقول :

الكتاب : (فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) (٤) وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الأصلي الذي هو شركة العقد (٥) وقوله تعالى (وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ

---

(١) البحر الرائق ٥ : ١٧٩ وفتح القدير ٥ : ٢ .

(٢) القاموس المحيط ٣ : ٣٠٨ والمصباح المنير ١ : ٤٧٤ ـ ٤٧٥ .

(٣) المجلة العدلية مادة ١٣٢٩ .

(٤) سورة النساء ١٢ .

(٥) فتح القدير ٥ : ٣ والبحر الرائق ٥ : ١٧٩ .

لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ) والخلطاء هم الشركاء (١) .

السنة :

١) بما روي أن السائب بن شريك جاء الى الرسول ﷺ فقال أتعرفني فقال ﷺ وكيف لا أعرفك وكنت شريكي وكنت خير شريك لا تواري ولا تماري أي لا تداجي ولا تخاصم (٢) .

٢) بما روي (ان البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقدفأجيزوه وما كان بنسيئة فردوه) (٣).

٣) بما روي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ قال الله عز وجل : أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خانا خرجت من بينهما ــ رواه ابو داود وأبو القاسم البغوي وهذا لفظه ، والحاكم وقد قيل أنه منكر (٤) .

٤) بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : (يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا) (٥) .

٥) اقرار النبي ﷺ فقد بعث ﷺ والناس يتعاملون بهذه الشركة فأقرهم عليها حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم ، والتقرير أحد وجوه السنة (٦) .

الاجماع :

وأما الاجماع فما نراه من اشتراك المسلمين في التجارات من الصدر الأول الى الآن بدون نكير (٧) .

---

(١) سورة ص : ٢٤ . وانظر المغني ٥ : ٣ وفتح القدير ٥ : ٣ .

(٢) اخرجه النسائي وصححه الحاكم انظر سبل السلام ٣ : ٦٤ ونيل الأوطار ٥ : ٢٧٦ .

(٣) رواه احمد والبخاري بمعناه وصححه الحاكم انظر سبيل السلام ٣ : ٦٤ ونيل الاوطار ٥ : ٢٧٨ .

(٤) المحرر في الحديث ١٥٦ وابو داود ٢ : ٢٢٩ وصححه الحاكم انظر سبل السلام : ٣ : ٦٤ ونيل الاوطار ٥ : ٢٨٨ والمغني لابن قدامة ٥ : ٣ وفيض الا له المالك ٢ : ٤٥ .

(٥) المغني لابن قدامة ٥ : ٣ ومطالب أولي النهى ٣ : ٤٩٤ .

(٦) المبسوط ١١ : ١٥١ .

(٧) كشاف القناع ٣ : ٤٩٥ ومطالب أولي النهى ٣ : ٤٩٤ .

المطلب الثاني

أقسام الشركة

والكلام على الشركة ينقسم الى قسمين عظيمين وهما: شركة العقد وشركة الملك وليس لمجموع هذين القسمين تعريف يشملها لاختلافهما في الأحكام والشروط اختلافا بينا ، ولهذا يجب بيان مباحث كل منهما على حدة حتى لا تختلط على القارىء أحكام احداهما بالأخرى .

الفرع الاول

شركة العقـــد

والكلام في شركة العقد يقع في مواضع في بيان انواعها ، وكيفية كل نوع منها ، وركنه ، وفي بيان شرائط ركنه ، وفي بيان حكم الشركة ، وفي بيان صفة عقد الشركة .

أنواع شركة العقد :

وأنواع شركة العقود هي :

١ ـ شركة بالأموال .

٢ ـ شركة بالأعمال وتسمى شركة الأبدان .

٣ ـ شركة الصنائع .

٤ ـ شركة بالتقبيل .

٤ ـ شركة بالوجوه (١) .

---

(١) ويذكر الكمال بن الهمام ان العقد اما أن يذكر فيه مال أولا وفي الذكر اما ان تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره اولا ، فان شرطا ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان ، وفي عدم ذكر المال اما ان يشترط العمل في مال الغير اولا فالاول الصنائع والثـــاني الوجوه . فتح القدير ٥ : ٥ . وانظر بدائع الصنائع ٦ : ٥٦ .

وابن قدامة يذكر أن أنواع شركة العقود خمسة : (شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة) (١) .

ويقول ابن رشد : (والشركة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع : شركة العنان، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الوجوه) والمتفق عليها واحدة فقط هي شركة العنان (٢) .

ويقول النووي : وهي أنواع ، شركة الأبـــدان ، وشركة المفـــاوضة ، وشركة الوجوه ، وشركة العنان (٣) .

حكمها : فشركة الملـــك صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركا بينهما ، وشركة العقد صيرورة المعقود عليه أو ما يستفاد به مشتركا بينهما (٤) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٣ .
(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٧٣ .
(٣) متن المنهاج في صدر مغني المحتاج ٢ : ٢١٢ .
(٤) البحر الرائق ٥ : ١٨٠ .

النوع الاول

الشـــركة بالأموال

١ — شـــركة العنان : (١)

فهو أن يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما لافي جميع الأموال ، ولابد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى أن الشركة لاتجوز برأس مال غائب أو دين ، ويكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في التصرف في النوع الذي عينا من أنواع التجارة أو في جميع أنواع التجارة اذا عينا ذلك أو اطلقا ويبينان قدر الربح (٢) .

وشركة العنان جائزة باجماع فقهاء الامصار ، ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير ، ومارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (٣) .

٢ — شـــركة المفاوضة :

معناها لغة : المساواة وهي أن يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف

---

(١) العنان مشتق من قول القائل عن لي كذا أي عرض وظهر وقـــال امرؤالقيس :

فعن لنا شرب كأن نعاجه عذارى دوار في ملأ مذبل

أي عرض ، وزعم بعض أهل الكوفة من هذا شيء احدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك ، وسمي هذا النوع عنانا لانه يقع على حسب مايعن لهم في كل التجارات أوفي بعضها دون بعض ، وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس على معنى أن راكب الفرس يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه دون البعض . أو على معنى ان للدابة عنانين احدهما أطول والآخر أقصر فيجوز في هذه الشركة ان يتساويا في رأس المال والربح أويتفاوتا فسميت عنانا . المبسوط ١١ : ١٥٢ — ١٥١ وبدائع الصنائع : ٦ : ٥٧ — ٥٨ ؛ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤ : ١٩٨ ط النجف الأشرف .

(٢) المبسوط ١١ : ١٥٢ وتحفة الفقهاء ٣ : ٦ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ : ٥٨ ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١ : ١٩٦ والميزان الكبرى ٢ : ٨٢ .

في ماله مع غيبته وحضوره (١) ، وهي جائزة عند الحنفية ، وحجتهم أن المفاوضة شركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحدة منهما صحيحة مقصودة فكذلك هما ضمن الشركة، والجهالة لاتبطل الكفالة ، والمنـــازعة منعدمة هنا ، لأن كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه مالزمه بتجارته (٢) .

والوكالة تثبت في شركة المفاوضة ضمنا لا مقصودا والشيء قد يثبت ضمنا ، وإن كان لايثبت قصداً ، ويشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعاً ، كعزل الوكيل ونحو ذلك ورسول الله ﷺ قال : تفاوضوا فانه أعظم للبركة ، ولأنهـــا طريق استثناء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة (٣) .

وأجازت المالكية شركة المفاوضة في المال الذي أخرجاه غيبة ، وحضوراً ، وبيعا، وشراء ، وضماناً ، وتوكيلا ، وكفالة ، وقراضا ، فما فعل أحدهما من ذلك لزم صاحبهاذا كان عائدا على شركتهما، ولا يكونان شريكين الا فيما يعقدان عليه الشركة من أموالهادون ما ينفرد به كل واحـــد منهما مـــن ماله ، وسواء اشتركا في كل مـــايملكانه أو في بعض أموالهما (٤) وسواء تفاوضا في جميع أنواع المتاجر أم في نوع واحد منها وسواء عين كل منهما لصاحبه نوعا أم شيئا يعمل فيه أم لا (٥) .

والشافعية لاتجيز شركة المفاوضة لاشتمالها على أنواع من الغرر (٦) ، قال الشافعي : (وشركة المفاوضة باطل ولا أعرف شيئامن الدنيا يكون باطلا ان لم تكن شركة المفاوضة باطلا) (٧) وكذلك منعت الشيعة الامامية شركة المفاوضة لما فيها من غرر (٨) .

---

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٧٦ والبحر الرائق ٥: ١٨٢ والمحلى ٨: ١٢٤ والبحر الزخار ٤: ٩٢ وفتح القدير ٥: ٢٠ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤: ٢٠٠ .

(٢) المبسوط :١١: ١٥٣ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ : ٥٨ .

(٤) البهجة شرح التحفة للتسولي : ٢ : ٢٠٩ .

(٥) جواهر الاكليل : ٢ : ١١٦ .

(٦) نهاية المحتاج : ٥ : ٤ والبجيرمي : ٣ : ٤٠ ومغني المحتاج : ٢ : ٢١٢ والمهذب للشيرازي ١ : ٣٥٣ .

(٧) الام : ٣ : ٢٣٢ . والمقصود بذلك العقد .

(٨) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤ : ١٩٩ ط النجف الاشرف .

وشركة المفاوضة عند الحنابلة نوعان :

الأول : ان يشتركا في جميع أنواع الشركة،مثل أن يجمعا بيع شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك ، لأن كل نوع منها يصح على انفراده فصح مع غيره.

الثاني : أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو يجد من ركاز او لقطة . ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية ، وضمان غصب ، وقيمة متلف ، وغرامة الضمان ، أوكفالة فهذه شركة مفاوضة فاسدة، لان فيهاغرراً فلم تصح الشركة كبيع الغرر ، لانه يلزم كل واحد ما لزم الاخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به، وقد أدخلا في الاكساب النادرة ، وفسادها من جهة القياس أيضا ، لأن المفاوضة مختصة باسم الصحة كبيع المنابذة والملامسة (١) .

وأجازت الزيدية شركة المفاوضة ، لأنهما يشتركان في الغنم والغرم ولا يعتبر فيها الخلط اذ لا مفاوضة مع التمييز ، وانما يشترط الاستواء في العقد ولا وجه لاشتراط الخلط (٢) .

شروط شركة الأموال :

ولشركة الأموال شروط عنانا كانت أو مفاوضة وهي :

١ ــ أن يكون مال الشركة حاضراً ، اما عند العقد ، أو عند الشراء ، ولا يجوز بمال غائب أو دين في الحالين .

٢ ــ أن يكون رأس مال الشركة أثماناً مطلقة من الدراهم والدنانير عند أكثر العلماء ، ويصح عقد الشركة فيهما بالاجماع . اما اذا كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير جازت الشركة عند عامة الحنفية ، وعند زفر لاتجوز ، وكذلك فان خلط المالين ليس بشرط عندهم وعند زفر شرط .

أما اذا كان المال من المكيل والموزون ، أو من العدديات المتقاربة ، فقبل الخلط لاتصح بالاجماع ، لانها ليست بأثمان عند التعيين ، والشركة لاتصح فيها الا وهي ثمن وإنما

---

(١) المغني لابن قدامة : ٥ : ٢٢ .

(٢) البحر الزخار ٤ : ٩١ .

هي اثنان في الذمة ، أما بعد الخلط : فقال محمد صحت الشركة ، وقال أبو يوسف لا تصح الشركة .

وإذا كان رأس المال بالعروض فلا تصح الشركة عند الحنفية لأنها تقتضي الوكالة، والتوكيل لايصح بالعرض فانه لو قال لغيره (بع عرضك على أن ثمنه بيننا) لم يصح . ولو قال لرجل (اشتر بألف من مالك على أن ما اشتريته بيننا ، وأنا اشتري بألف من مالي على أن ما اشتري بيننا) . جاز ذلك ، وهذا وجه الفرق بين الحنفية والمالكية التي تجيز الشركة بالعروض (١) .

الشروط التي تخص المفاوضة :

١ ــ أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة ، بأن يكونا حرين ، عاقلين ، لأن كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه .

٢ ــ المساواة في رأس المال قدراً، والمساواة في المفاوضة شرط صحة لها بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرا لم تكن مفاوضة، لأن المفاوضة تنبيء عن المساواة فلابد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا قيمة .

٣ ــ أن لايكون لأحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة . وان تفاضلا في الأموال التي لاتصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب .

٤ ــ المساواة في الربح في المفاوضة **فان شرطا** التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة .

٥ ــ العموم في المفاوضة وهو أن يكون في جميع التجارات ، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة .

٦ ــ لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة ، فلا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة عند أبي يوسف ومحمد ، لأن للمفاوضة شرائط لايجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها (١) .

---

(١) تحفة الفقهاء : ٣ : ٤ ــ ٦ وبداية المجتهد : ٢ : ٢٧٣ ــ ٢٧٤ والبدائع ٦ : ٥٩ ــ ٦٠ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ : ٦٠ ــ ٦٢ :

النوع الثاني

شركة الوجوه

اختلف الفقهاء في شركة الوجوه فأجازها أبو حنيفة وأحمد والشيعة والزيدية ، ومنعها مالك والشافعي والشيعة الامامية (١) .

وصورتها :

أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما على أن ما اشتريا أو اشترى أحدهما ، فهو بينهما نصفان (٢) .

المجوزون لها :

وهذه الشركة صحيحة، لأن شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو ثلاثا صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك . الا أن في هذا العقد لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشتري، وسبب ذلك أن صاحب الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان، واشتراط جزء من ذلك الربح يكون ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك . واذا اتفقا على أن يكون التفاوت بينهما في الربح ، فيشترط أن يكون التفاوت في ملك المشتري بأن يكون لاحدهما الثلث وللاخر الثلثان ، لكي يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه .

وشركة الوجوه عند الحنفية تجوز أن تكون عنانا ومفاوضة ، الا أن المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشترى والربح جميعا (٣) .

---

(١) رحمة الامة في اختلاف الائمة : ١ : ١٩٧ والميزان الكبرى للشعراني : ٢ : ٨٣ .

(٢) تحفة الفقهاء : ٣ : ١٣ ورحمة الامة : ١ : ١٩٧ والميزان الكبرى : ٢ : ٨٣ .

(٣) تحفة الفقهاء :٣: ١٣ — ١٤ وبدائع الصنائع ٦: ٦٥ والمبسوط :١١: ١٥٤ والبحر الرائق=

المانعون لها :

وقد منعوا هذه الشركة لعدم المال المشترك فيها الذي يرجع اليه عند انفساخ العقد ، ثم ما يشتريه أحدهما في أن يشترك الوجيهـــان عند الناس ليبتاع كل منهما بمؤجل ويكون المبتاع لهما فاذا باعا كان الفاضل عن الاثمان المبتاع بها بينهما . واذا اتفق وجيه وخامل على أن يشتري الوجيه في الذمة ويبيع الخامل ويكون الربح بينهما فباطل (ملكة له ربحه وعليه خسرانه) واذا اتفقاً على أن يعمل الوجيه والمال للخامل وهو في يده والربح بينهما فهذا قراض فاسد ، لاستبداد المالك باليد . قال ابن رشد : (والشركة انما تتعلق على المال أوعلى العمل وكلاهما معدومان في هذه المسألة مع ما في ذلك من الغرر ، لان كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولاعمل مخصوص (١) .

= ٥:١٩٧ ودرر الحكام :٢: ٣٢٣ والمغني لابن قدامة :٥: ٢٣ والتنقيح المشبع :١٦٠ والروض المربع : ٢١١ وسميت شـــركة الوجوه لأنه لايشتري بالنسيئة الا من له وجـــه عند الناس .

(١) مغني المحتا :٢: ٢١٢ ونهاية المحتاج :٥: ٥ وبداية لمجتهد :٢: ٢٧٧ وهداية الراغب :١: ٣٧٠ — ٣ وكشاف القناع :٣: ٥٢٦ .

النوع الثالث

شـــركة الأعمـــال

وتسمى شركة الصنائع وتسمى شركة الأبدان لأن العمل يكون بالبدن ، وصورتها أن يشترك اثنان في عمل القصـــارة والصباغة على أن يتقبلا الاعمال ويعملا فما أخذا من الأجر فهو بينهما . وقد اختلف الفقهاء فيها على رأيين : فأجازها أبو حنيفة ، ومالك ، واحمـــد ، والشيعة الزيدية الا أنهم اختلفوا فيما بينهم كما سنراه ، ومنعها الشـــافعي ، وزفر وأنها باطلة (١) .

وشركة الاعمال قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانا ، فاذا ذكرا فيه لفظة المفاوضة أو ذكرا ما هو في معنى المفـــاوضة ففاوضة ، وذلك بأن يقبلا جميعا الأعمال وأن يضمنا جميع العمل على التســـاوي وأن يتساويا في الربح والوضيعة وأن يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة فهي مفاوضة .

اما اذا شرطا على أن ماقبلا من الاعمال وضمنا العمل فعلى أحدهما الثلثان من العمل وعلى الآخر الثلث ، والأجر والوضيعة بينهما على قدر ذلك . فهذا شـــركة عنان لوجود معنى شركة العنان وكذا اذا ذكرا لفظة العنان (٢) .

ولايشترط عند الحنفية في شركة الابدان اتحاد العمل والمكان في العقد خلافا لزفر وحجتهم أن المقصود من العقد التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لاتفاوت باتحـــاد العمل والمكان أو اختلافهما ، أما العمل فلأن التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لايحسن ، لانه لايتعين على المتقبل اقامة العمـــل بيديه بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا .

---

(١) رحمة الأمة في اختلاف الائمة :١: ١٩٧ .

(٢) تحفة الفقهاء :٣: ١٥ .

أما المكان : فلأن أحد الشريكين لوعمل في دكان والآخر في دكان آخر لايتفاوت المال وهوظاهر (١) .

وحجة المـــالكية في جواز شركة الأبدان اشتراك القائمين في الغنيمة وانما استحقوا ذلك بالعمل فقد روي أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا ، فلم ينكر النبى ﷺ عليهما ، وكذلك فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة ، الا أن الامام مالك اشترط في شركة الابدان اتفاق الصنعتين والمكان وعمدته في ذلك (زيادة الغرر الذى يكون عند اختلاف الصنعتين او اختلاف المكان) (٢) .

وترى الحنـــابلة أن شركة الأبدان تصح مع اتفاق الصنائع ، اما مع اختلافها فقد منعها أبو الخطاب كالمالكية ، وقال القـــاضي : تصح الشركة لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر فربما يتقبل احدهما مالايمكن الاخر عمله . ولم يمنع ذلك صحتها ، فكذلك اذا اختلفت الصناعتان (٣) .

والشيعة الزيدية تجيز شركة الأبدان مع اختلاف الصنعة كاتفاقها (٤) .

المانعون لها :

وحجتهم في ذلك أن شركة الأبدان باطلة ، لعدم المال فيها ولما فيها من الغرر إذ لا يدرى أن صاحبه يكسب أم لا ، ولأن كل واحد مـــن المتعاقدين متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة ويكون الدر والنسل بينهما . وكذلك فقد قاسوا على الاحتطاب والاصطياد (٥) .

---

(١) البابرتى على الهداية بهامش فتح القدير ٥: ٢٨ .
(٢) بداية المجتهد :٢: ٢٧٧ والمغني لابن قدامة :٥:٥ .
(٣) المغني لابن قدامة :٥: ٥ ــ ٦ .
(٤) البحر الزخار ٤ : ٩٤ .
(٥) مغني المحتاج ٢ : ٢١٢ .

الفرع الثاني

شركة الملك

وشركة الأملاك تقسم إلى قسمين : اختيارية وجبرية :

الأول : الاختيارية : ما كانت بفعل الشريكين أو الشركاء كشراء شخصين أو جملة أشخاص شيئاً شائعاً بينهما ، وكقبولها ، الهبة ، والوصية ، والصدقة لهما . وكخلطهما أموالهما اختيارا بحيث يتعذر فصلها ، كخلط حنطة بحنطة أو يتعسر كخلط حنطة بشعير .

الثاني : الجبرية : هي ما حصلت بغير فعلها ، بأن كانت بسبب الارث ، أو اختلاط المالين اضطراراً بحيث يتعذر أو يتعسر فصلها كما إذا كان بين الحنطتين أو الحنطة والشعير مثلا حاجز ، فهلك واختلط المالان ببعضها (١) .

حكم شركة الأمـــلاك :

وأما حكم شركة الأملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحد وهو :

١ ـ أن كل واحد من الشركاء يعتبر كأنـــه أجنبي في التصرفات المضرة بحصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها تصرفاً يضربها إلا بإذن صاحبها ، لأنـــه لا ملك له فيها ولا ولاية له عليها ، فإن تصرف بدون إذنه كان تصرفه موقوفاً على الاجازة ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، ولو كان التصرف بالبيع وسلم المبيع للمشتري ، فهلك في يده كان لشريكه الحق في أن يضمن شريكه أو المشتري فإن ضمن الشريك اعتبر هـــذا التضمين اجارة للعقد وأخذ منه ثمن حصته ، وان ضمن المشتري اعتبر فسخاً ورجع على البائع بما ضمن ، وكذلك يجري الحكم إذا كان الشركاء أكثر من اثنين وباع أحدهما المال المشترى وسلمه بإذن بعض الشركاء وبدون اذن البعض الآخر فلمن لم يأذن تضمين من أذنوا ، أو تضمين المشتري .

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٥٦ وتحفة الفقهاء ٣ : ٣ .

٢ ـ إذا كانت شركة الأملاك بغير خلط الأموال اختياراً أو كـــان اختلاطها اضطراراً فإنه يجوز لكل واحد من الشركاء أن يتصرف في حصة بـــدون إذن شريكه بسائر التصرفات الشرعية التي لا يترتب عليها ضرر لشريكه ، سواء كـان التصرف لشريكه أم لغيره لقدرته على التسليم في كلتا الحالتين فإن كان في التصرف ضرر فلا يجوز بدون إذن الشريك لأن الضرر يزال شرعاً .

٣ ـ إذا كانت شركة الاملاك بسبب الخلط والاختلاط ، فلا يخلو الحال من أن يكون تصرف المالك في حصته لشريكه ، أو لأجنبي ، فإن كان لشريكه صح للقدرة على التسليم . وإن كان لأجنبي ، فلا يجوز إلا بإذن شريكه ، وعللو ذلك بأن الخلط والاختلاط لا يترتب عليهما الاشتراك في كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لواحـــد من الشريكين وهو صاحبها الأصلي ، فلو باع نصيبه لأجنبي فلا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بملك غيره والتصرف في ملك الغير بلا إذنه يكون موقوفاً على الاجازة فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، ولكي يتيسر لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيبه توقف على إذن الآخـــر ، يجب أن يبيع كل منهما نصف حصته بنصف حصة الآخر حتى تحصل شركـــة ملك في كل حبة من المخلوط ثم يتصرف في نصيبه بعد ذلك بدون استئذان شريكه (١) .

صفة عقد الشركة :

أما صفة عقد الشركة سواء كان في شركة العقد ، أم في شركة الملك أن ا عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منها بالفسخ .

شروط الفسخ :

١) أن يكون الفسخ بحضرة صاحبه أي بعلمه حتي لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ ، وكذا يجوز الفسخ ، لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ ، أما إذا كان صاحبه غائباً ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد ، لأن الفسخ من غير عـــلم صاحبه اضرار بصاحبه ، وبناء على هذا لا يصح عزل الوكيل من غير علمه مع أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تتضمنه الشركة .

---

(١) تحفة الفقهاء ٣ : ٣ وبدائع الصنائع ٦ : ٦٥ ـ ٦٨ .

٢) أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة الفسخ وهي أن يكون دراهم أو دنانير أما إذا كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ لا يصح الفسخ ، أمـــا إذا كانت الشركة مضاربة فإن صاحب المال إذا نهى المضارب عـــن التصرف فإنه ينظر ، ان كان مـــال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير وبالعكس لأنها في الثمنية جنس واحد فكأنه لم يشتر بها شيئاً . وإذا كان رأس مال المضاربة وقت النهي عروضاً فلا يصح نهيه لأنه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه في التصرف وبعض مشايخ الحنفية فرقوا بين الشركة والمضاربة على النحو التالي:

لشركـــة يجوز فسخها وان كان رأس المال عروضاً ، أمـــا المضاربة فلا يجوز فسخها ، وذلك لأن الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما ولاية التصرف جميعاً ولكل واحد منهما نهي صاحبه سواء كان رأس المال عيناً أم عروضاً ، أما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال ، فلا يملك رب المال نهية بعد ما صار المال عروضاً (١).

تلخيص :

أجاز مالك شركة العنان والمفاوضة والأبدان ومنع شركة الوجوه

وأجاز أبو حنيفة الأربعة .

وأجاز الشافعي العنان خاصة .

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٧٧ .

المطلب الثالث

شركة المضاربة

المضاربة لغة : مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السفر فيها للتجارة ، ويحتمل أن يكون من ضرب كل منهما بسهم في الربح ، وقيل من المساواة والموازنة يقال: تفاوض الشاعران إذا توازنا (١) .

وشرعاً : أن يعقد على مال يدفعه لغيره يتجر فيه على أن يكون الربح مشتركاً بينهما حسبما يتفقان عليه (٢) .

جواز هذا العقد :

والمضاربة من ناحية القياس لا تجوز ، لأنها استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول الا أن القياس تركناه بالكتاب العزيز والسنة والاجماع .

الكتاب . قال تعالى : (وآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ الله) (٣) والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل . وقوله تعالى : (فَإِذا قَضَيْتُمُ الصَّلاةَ فانْتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ) ( ) وقوله تعالى (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلا مِنْ رَبِّكم)(٥)

---

(١) كشاف القناع ٣ : ٥٠٧ ومجمع الأنهر والدر المنتقى عليه ٢ : ٣٣١ ، وسماها أهل الحجاز قراضاً . هو من القرض بمعنى القطع : يقال ، قرض الفأر الثوب إذا قطعه ، فكأن رب العمل اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من ربحها : المبسوط ٢٢ : ١٨ .

(٢) فتح المعين بشرح قرة العين بهامش اعانة الطالبين ٣ : ٩٩ ومجمع الانهر ٢ : ٣٢١ ،وتحفة الفقهاء ٣ :٢٢ وكشاف القناع ٣ : ٥٠٧ والقوانين الفقهية : ٢٧٢ والبحر الزخار ٤ : ٧٩ وخزانة الفقه ٧٩ ب وبداية المجتهد ٢ : ٢٥٦ .

(٣) سورة المزمل : ٢٠ .

(٤) سورة الجمعة ١٠ .

(٥) سورة البقرة : ١٩٨ .

السنة : فيما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا وقع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا أو لا ينزل به واديا ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجاز شرطه (١) .

وروي أن عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم قدما العراق ونزلا على أبي يوسف رضي الله عنه فقال : لو كان عندي فضل مال لأكرمتكما ولكن عندي مال من مال بيت المال فابتاعا به فاذا قدمتما المدينة فادفعاه الى أمير المؤمنين رضي الله عنه ولكما ربحه ففعلا ذلك ، فلما قدما على عمر رضي الله عنه أخبراه بذلك فقال: هذا مال المسلمين فربحه للمسلمين فسكت عبد الله وقال عبيد الله لا سبيل لك الى هذا ، فان المال لو هلك كنت تضمننا ، قال بعض الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين اجعلهما بمنزلة المضاربين لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه فاستصوبه عمر رضي الله عنه (٢) .

تقرير النبي ﷺ على جوازه فقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتعاقدون المضاربة ينكر عليهم ، وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (٣)

وروي عنه ﷺ من عال ثلاث بنات فهو أسير فأعينوه يا عبادالله ضاربوه داينوه .

أما الاجماع : فانه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر ، وسيدنا عثمان ، وسيدنا علي ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عمر ، وعبيد الله بن عمر ، وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ، ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وقد تعامل الناس من لدن رسول الله ﷺ الى يومنا هذا في سائر الاعصار والأمصار ولم ينكر عليهم أحدا . واجماع أهل كل عصر حجة .

---

(١) نيل الاوطار : ٥ : ٢٨٢ والاصح حديث حكيم بن حزام إلا انه ليس فيه رفع شرط الى النبي وانظر بدائع الصنائع : ٦ : ٧٩ والمبسوط : ٢٢ : ١٨ .

(٢) المبسوط ٢٢ : ١٨ والمغني لابن قدامة :٥ : ١٩ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ : ٧٩ والمبسوط : ٢٢ : ١٩ .

القياس : وهناك نوع من القياس يدل على الجواز وهو أن النـــاس يحتاجون الى هذا العقد ، فصاحب المال قد لا يهتدي الى التصرف المربح ، والمهتـــدي الى التصرف قد لا يكون له مال ، والربح انما يحصل بهما يعني المال والتصرف فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم (١) .

وقد اتفق الائمة على جواز المضاربة وهي القراض (٢) وقد رأينا رأي الحنفيـــة أن المضاربة مستثناة من القياس ، والمضاربة من العقود التي كانت في الجاهلية فأقرها الاسلام.

ومن المالكية من اعتبر المضاربة مستثناة كابن رشد الحفيـد فانه يقول : (وأن هذا مستثنى من الاجارة الفاسدة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق بالنـاس) (٣) .

ويقول ابن جزيء : (والقراض جائز مستثنى من الغرر والاجارة المجهولة) (٤) .

ويقول الشيخ خليل (ففي التوضيح لا خلاف بين المسلمين في جوازه وهو مستثنى من الاجارة المجهولة ومن السلف بمنفعة)(٥) .

رأي الباجي :

(وأما القراض فهو جائز لا خلاف في جوازه في الجملة وان اختلف العلماء في صحة أنواعه ووجه صحته من جهة المعنى ، أن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه فانه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو الا بالعمل وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله ولا يجوز له اجارتها ممن ينميها فلولا المضاربة لبطلت منفعتها فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض لانه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال الى الانتفاع به في التنمية الاعلى هذا الوجه) (٦) وهذا تعليل جميل لصحة المضاربة .

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٧٩ والمبسوط : ٢٢ : ١٨ ــ ١٩ .
(٢) الميزان الكبرى للشعراني : ٢ : ٩٢ .
(٣) بداية المجتهد : ٢ : ٢٥٦ وانظر جواهر الاكليل ٢ : ١٧١ وبلغة السالك ٢ : ٢٤٥ .
(٤) القوانين الفقهية لابن جزيء : ٢٧٢ .
(٥) جواهر الاكليل : ٢ : ١٧١ وانظر الدسوقي : ٣ : ٥١٨ .
(٦) المنتقى ٥ : ١٥١ .

رأي ابن تيمية :

فقد ذكر ابن تيمية ردا على من اعتبر المضاربة على خلاف القياس ، بـأنهم ظنوا أنها من جنس الاجارة على أساس أن المضاربة الربح فيها غير معلوم وهذا من غلطهم ، فان عقد المضاربة من جنس المشاركة لا من جنس المعاوضة الخاصة التي يشترط فيها العلم بالعوضين والمشاركة جنس غير جنس المعاوضة ، والمضاربة ما لا يقصد فيه العمل ، بل المقصود المال فان رب المـال ليس له قصد في نفس عمل العامل كما للجـاعل والمستأجر قصد في عمل العامل ، ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء بل المضاربة مشاركة فالعامل بنفع بدنه وصاحب المال بنفع ماله وما قسم الله من الربح كان بينهما على الاشاعة ، واذا شرط شيئاً مقدرا في المضاربة لم يجز لأن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين . فاذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلا ، بخلاف ما اذا كان لكل منهما جزء شائع فانهما يشتركان في المغنم وفي المغرم ، فـان حصل ربح اشتركـا في المغنم وان لم يحصل ربح اشتركا في الحرمان وذهب نفع بدن هذا وذهب نفع مال هذا (١) .

رأي ابن القيم :

وقد تابع ابن القيم شيخه في أن المضاربة على وفق القيـاس فقال : (فـان هذه العقود (٢) من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات ، وان كان فيهـا شوب المعاوضة ، وما لا يقصد فيه العمل ، بل المقصود فيه المال وهو المضاربة ، فان رب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كالمجاعل والمستأجر له قصد في عمل العامل ، ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء ، وان سمى هذا جعالة بجزء ممـا يحصل من العمل كان نزاعا لفظياً بل هذه مشاركة : هذا بنفع ماله وهذا بنفع بدنه وما قسم الله من ربح كان بينهما على الا شاعة ، ولهذا لا يجوز أن يختص أحدهما بربح مقدر ، لان هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة . . . ومما يبين غلط هذا القول ، أن العامل قد يعمل عشر سنين أو أكثر . فلو أعطى أجرة المثل أعطى أضعـاف رأس المـال وهو في

---

(١) القياس لابن تيمية ٧ـ٩ .

(٢) يقصد ابن القيم بالعقود . مضاربة مساقاة . مزارعة

الصحيح لا يستحق الا جزءا من الربح ان كان هناك ربح ، فكيف يستحق في الفاسدة أضعاف ما يستحقه في الصحيحة ؟) ويرى ابن القيم ان المضاربة ليس فيهـــا شيء من الميسر بل هي من أقوم العدل (١) .

ركن العقد :

وركن العقد الايجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فتنعقد بلفظ المضاربة والقراض لأنهما لفظان موضوعان لها ، أو بما يؤدي معناها ، لأن المقصود المعنى فجاز بما دل عليه كلفظ التمليك في البيع كأن يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله عز وجل أو أطعم الله تعالى منه ، فربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة ، وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة (٢) ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك (٣) .

شروط المضاربة :

والشروط التي لا تجوز في المضاربة هي مـــا أدى عندهم الى غرر أو الى مجهلة زائدة . وكذلك لا خلاف بين العلماء أنه اذا اشترط أحدها لنفسه من الربح شيئاً زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه مجهولا (٤) هذا واني أعرض لك شروط المضاربة بشيء من التفصيل .

فالشروط بعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب ، وبعضها يرجع الى رأس المال ، وبعضها يرجع الى صيغة العقد .

الأول : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد :

١) لا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل ، لأن المضاربة تبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والاجارة(٦) بل تكون صيغة المضاربة متميزة كأن

---

(١) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزيه ٢ : ٤ — ٧ .

(٢) فالمضاربة لفظ صريح مأخوذ من الضرب،والمقارضة صريح في عرف أهل المدينة لأنهم يسمون المضاربه مقارضة والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء .

(٣) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٠ والبدائع ٦ : ٧٩ — ٨٠ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٨ .

(٦) المهذب للشيرازي ١ : ٣٩٣ .

يقول قارضتك أو ضاربتك أو عاقلتك على أن الربح بيننا نصفان فيقول قبلت ، ويذكر الغزالي لو قال على أن النصف لي لو سكت عن العامل فسد ، ولو قال على أن النصف لك وسكت عن جانب نفسه جاز (١) . والشيعة الزيدية تجيز التعليق وجاء في البحر الزخار : (ويدخلها التعليق والتوقيت كالوكالة كقارضتك سنة ، فاذا انقضت فلا شراء) (٢) .

٢) عدم التوقيت فاذا قال رب المال للعامل اعمل في هذا المال سنة من الآن أو اذا جاء الوقت الفلاني فاعمل فيه فمضاربة فاسدة ، لما فيه من التحجير النافي لسنة القراض ، أو اعمل فيه الصيف ، أو في موسم العيد ونحو ذلك ممـــا فيه زمن معين فانه فاسد لشدة التحجير ، لأن كل ما اشتد التحجير، قوي الفساد ، وحيث قوي الفساد خرج عن القراض بالمرة (٣) ، لأن ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غر علل ابن رشد الحفيد ، لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل الى بيعها ا ـقه في ذلك ضرر (٤) .

وهذا عند المالكية .

أما الحنفية فقد أجازت التوقيت قال السرخسي : (ولهـــذا لا يشترط التوقيت في هـــذا العقد ولكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه ، لان انعقـــاده بطريق الشركة دون الاجارة) (٥) .

والحنابلة ترى أنه يصح تأقيت المضـــاربة ، مثل أن يقول : ضـــاربتك على هذه الدراهم سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتر . قال مهنا : (سألت احمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهراً ، قال اذا مضى شهر يكون قرضا ، قال : لا بأس به . قلت : فان جاء الشهر وهي متاع ؟ قال : اذا باع المتاع يكون قرضا) . لان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت ، اذا رضي أن يأخذ بماله عرضا ، فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال رب المال : اذا انقضت السنة فلا تشتر شيئا ،

---

(١) الوجيز ١ : ١٣٣ — ١٣٤ .

(٢) البحر الزخار ٤ : ٨٢ .

(٣) بلغة السالك ٢ : ٢٤٧ وجواهر الاكليل ٢ : ١٧٢ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٩ .

(٥) المبسوط ٢٢ : ١٩ .

وقد سلموا بصحة ذلك (١) .

واختار أبو حفص العكبري عدم التوقيت لثلاثة معان :

احدها : انه عقد يقع مطلقا فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح .

الثاني : أن التوقيت ليس من مقتضى العقد لأن رأس المال يكون ناضا ولا له فيه مصلحة فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع فاذا منعه البيع لم ينض :

الثالث: أن هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لأنه قد يكون الربح ، والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها (٢) .

ويرى بعض الأصحاب من الشافعية عدم جواز شرط المدة في عقد المضاربة لأنه معاوضة يجوز مطلقا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ، ومنهم من قال ان عقد الى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح ،لأن العامل يستحق البيع لاجل الربح فاذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يصح ، وان عقده الى مدة على أن لا يشتري بعدها صح، لأن رب المال يملك المنع من الشراء اذا شاء (٣) ويوافق رأي الشافعية في عدم التأقيت الشيعة الزيدية (٤) .

والذي أختاره من هذه الآراء التي رأيناها . أن صاحب المال له الحق أن يتصرف في ماله كيف أراد لأنه ملكه . ولكن لا يجوز له أن يدخل الضرر على المضارب اذ في منعه في وقت لا يتمكن منه البيع يكون بذلك قد أدخل عليه الضرر ، أما اذا ضرب له مدة يمنعه من شراء الأمتعة بعدها فهو الرأي السديد السليم الذي لا يلحق الضرر بالعامل ولا بصاحب المال .

ثانيا : الذي يرجع الى العاقدين :

وهما رب المال والمضارب : فأهلية التوكيل والوكالة لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل ، الا أنه لا يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربي والمستأمن ويكون الربح بينهما على ما شرط ان رجع

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٥٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ : ٥٠ .

(٣) المهذب للشيرازي ١ : ٣٩٣ .

(٤) البحر الزخار ٤ : ٨٢ .

المضارب الى دار الاسلام مسلما أو معاهدا أو بأمان وذلك على وجه الاستحسان لا على وجه القياس (١) .

ولو قابض العامل غيره بمقدار ماشرط له بإذن المالك ففيه وجهـــان : وذلك لأن وضع القراض أن يدور بين عامل ومالك (٢) .

ثالثاً : الذي يرجع الى رأس المال :

١ ــ أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء (٣) فلا تجوز المضاربة بالعروض والنقرة ، لأن ربح ما يتعين بالتعيين ربح مـــا لم يضمن ، والعروض تتعين عند الشراء بها ،والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لاشيء على المضارب فالربح عليها يكون ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن ولأن المضاربة بالعروض تؤدي الى جهالة الربح وقت القسمة لأن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين واذا وجدت الجهالة أفضت إلى المنازعة التي تفضي الى الفساد ، والحاصل فقد قال الغزالي عن عدم صحة العروض رأس مال مضاربه: (فان ما يختلف قيمته اذا جعل رأس المال فاذا رد بالأجرة اليه ليتميز الربح فربما ارتفع قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح ، أو نقص فيصير بعض رأس المـــال ربحا) (٤) والذي لم يجز المضاربة في العروض : احمد ، وابن سيرين ، ويحي بن أبي كثير ، والثوري والشافعي ، واسحاق ، وأبو ثور وأصحاب الرأي ، والذين منعوا المضاربة بالعروض مالك ، وابن أبي ليلى ، وطاووس ، والأوزاعي وحماد بن أبي سليمان (٥) .

---

(١) وجه الاستحسان : أنه لماخرج المضارب بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير امره لأنه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الامر به . ووجه القياس : أنه لما عاد المضارب إلى دار الحرب بطل أمانه الذي دخل به وعاد حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين ، فـــاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه . بدائع الصنائع ٦ : ٨١ — ٨٢ ، وانظر الوجيز للغزالي ١ : ١٣٤ .

(٢) الوجيز ١ : ١٣٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ : ٨٢ والمهذب ١ : ٣٩٢ وتحفة الفقهـــاء ٣ : ٢٣ والمحلى ٨ : ٢٤٧ وبداية المجتهد ٢ : ٢٥٦ والوجيز ١ : ١٣٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٦ : ٨٢ والوجيز للغزالي ١ : ١٣٣ والمغني ٥ : ١٣ .

(٥) المغني لابن قدامة ٥ : ١٣ .

أما الامام مالك رحمه الله فقد قال المضاربة بالعروض تكون على وجهين :

الأول : أن يقول صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فما خرج من ثمنه فاشتر به وبع ، فهذه مقارضة لاتجوز عند الامام مالك رحمه الله ، لأن صاحب المال قد اشترط فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها .

الثاني : أن يقول صاحب السلعة للمضارب اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت من البيع فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت اليك ، فان فضل شيء فهو بيني وبينك وهذا الوجه من المضاربة لايجوز وقد علل مالك رحمه الله لهذا الوجه (ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل في زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف مانقص من ثمن العرض في حصته من الربح ، أو يأخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل ، فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده ، ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لايصلح (١) .

أما الباجي فقد استدل على المنع بأن هذا النوع من القراض بأن هذا شرط مستأنف فلم يجز تعليق القراض على أمر مستقبل هو بيع العروض كما لا يجوز تعليق القراض على هبوب الرياح ونزول المطر ، واستدل ثانيا بأن هذا قراض واجارة فلم يجز أن يجتمعا في عقد لاختلاف مقتضاهما (٢) وكذلك فان ما يبيع به السلعة مجهول فكأنه انما قارضه على رأس مال مجهول (٣).

وأجازت الشيعة الزيدية المضاربة بالعروض ، لأنه لا مانع عندهم من تعليق المضاربة بالمجهول (٤) وعند الظاهرية القراض انما هو بالدنانير والدراهم ولا يجوز بغير ذلك إلا بأن يعطيه العرض فيأمره ببيعه بثمن محدود وبأن يأخذ الثمن فيعمل به قراضا ، لان هذا مجمع عليه وما عداه مختلف فيه ولا نص بايجابه (٥) .

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى : ٥ : ١٦٥ .

(٢) المنتقى للباجي ٥ : ١٦٥.

(٣) بداية المجتهد : ٢ : ٢٥٦ — ٢٥٧ .

(٤) البحر الزخار : ٤ : ٨١ قارن بذلك الشركات للاستاذ علي الخفيف ٦٩ .

(٥) المحلى لابن حزم : ٨ : ٢٤٧.

(٢) أن يكون معلوما فان كان رأس المال مجهولا لا تصح المضاربة لأن جهالة رأس المال تؤدي الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة (١) ولأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة ولا يمكن مع الجهل . والشافعية تشترط أن يكون معلوم الصفة والقدر فان قارضه على دراهم جزاف لم يصح ، لأن مقتضى القراض رد رأس المال وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره (٢) وكذلك الحنابلة(٣) وأجازت الزيدية المضاربة بالجزاف ، لأنه معلوم الا أنهم يشترطون معرفة قدره قبل العمل فيه لئلا يلتبس الربح برأس المال (٤) .

المضاربة على أحد الكيسين ووديعة الآخر :

فان دفع اليه أحد الكيسين في كل واحد منهما ألف درهم فقال قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان عند الشافعية .

أحدهما : يصح لأنهما متساويان :

الثاني : لايصح لأنه لم يبين مال القراض من مال الوديعة (٥) ، أما الشيعة الزيدية فقد أجازت المضاربة على أحد الكيسين لأنها تجيز تعليقها بالمجهول (٦) ، وهناك رأي للشافعيه بالجواز على أحد الكيسين المتساويين في القدر ، والجنس ،فيتصرف العامل في أيهما شاء فيتعين القراض (٧) .

٣) أن يكون رأس المال عينا لادينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة (٨) وهو على وجهين :

أحدهما : أن يكون الدين لرب المال على رجل فيقول له (اعمل بدينى الذى في ذمتك

---

(١) بدائع الصنائع : ٦ : ٨٢ .

(٢) المغني : ٥ : ١٤ والمهذب : ١ : ٢٩٢ والوجيز ١ :١٣٣ ، والشركات للخفيف : ٦٩.

(٣) المغني لابن قدامة : ٥ : ١٤ ، ٥٤ .

(٤) البحر الزخار : ٤ : ٨١ .

(٥) المهذب للشيرازى :١: ٢٩٢ .

(٦) البحر الزخار :٤: ٨٠ .

(٧) مغني المحتاج :٢: ٣١٠ ، والوجيز ١: ١٣٣ وانظر المغني لابن قدامة :٥: ٥٤ .

(٨) بدائع الصنائع :٦: ٨٢ ــ ٨٣ وتحفة الفقهاء :٣:٢٣ والمغني :٥: ١٤ والوجيز ١: ١٣٣.

مضاربة بالنصف) فان اشترى العامل بها وباع فجميع مااشترى وباع بملكه ، وله ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بماله عند أبي حنيفة . أما الصاحبان فان العامل اذا اشترى وباع فهو لرب المال له ربحه وعليه وضيعتة ، وحجة أبي حنيفة فيمن وكل رجلا ليشتري بالدين الذي في ذمتة لم يجز ، وعند الصاحبين : يجوز هذا التوكيل ويبرأ المدين من الدين فيكون مااشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته ، والمضاربة فاسدة لأن الشراء وقع للموكل فيكون مضاربة بالعروض (١)

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لايجوز أن يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة ، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثوري واسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي (٢) .

٤) تسليم رأس المال الى المضارب لأنه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية . ولايصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده ، فاذا شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة ، بخلاف الشركة فانها تصح مع بقـاء يد رب المال على ماله لأنها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض مقتضى العقد ، أما في المضاربة فقد انعقدت على أن يكون رأس المال من جانب وأن يكون العمل من الجانب الآخر ، ولايتحقق العمل الابعد خروجه من يد رب المال فكان تسليم رأس المال شرطا موافقا لمقتضى العقد ، وكذلك لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل لأن اشتراط عمله مع المضارب اشتراط بقاء يده على رأس المال وهو شرط فاسد (٣) .

ثالثاً : والذي يرجع الى الربح فأنواع :

١) اعلام مقدار الربح لأن المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد (٤) فاذا شرطـا أن يكون جزء من الربح مجهولا ، أو ربح أحد الكيسين أو أحد لألفين أو ربح احدى السفرتين أو مايربح في هذا الشهر فهذه شروط فاسدة تفضي الى

---

(١) بدائع الصنائع :٦: ٨٣ وتحفة الفقهاء :٣: ٢٤ .

(٢) المغني لابن قدامة :٥: ٥٣ .

(٣) بدائع الصنائع :٦: ٨٤ ـ ٨٥ .

(٤) بدائع الصنـائع :٦: ٨٥ وتحفة الفقهـاء :٣: ٢٥ والمهذب :١: ٣٩٢ المغني :٥: ٢٤ وجواهر الا كليل ٢: ١٧١ والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٥١٨ وبلغة السالك ٢: ٢٤٥ .

جهل حق كل واحد منهما من الربح أو الى فوات الربح بالكلية ولهذا لايجوز (١) واذا قال رب المـــال خذ مضاربة ولك جزء من الربح أوشركة في الربح ، أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ، ولاتصح المضاربة الا على قدر معلوم (٢) وعند الشـــافعية لو قال قارضتك على أن يكون الربح بيننا ففيه وجهان : أحدهما لايصح لأنه مجهول لأن هذا القول يقع على التساوي وعلى التفاضل ، وكذلك عند الزيدية (٣) .

٢) يصح لأنه سوى بينهما في الاضافة فحمل على التساوي .

ولو قال قارضتك على أن لي نصف الربح ففيه وجهان :

أحدهما : يصح ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن الربح بينهما فاذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل .

والثاني : لايصح وهو الرأي الصحيح لأن الربح كله لرب المال بالملك وانما يملك العامل جزءا منه بالشرط ولم يشرط له شيئا فبطل .

وإن قال قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصح لأنه لم يبين ما لرب المال وفي هذا نظر إذ قوله ولك النصف معناه للآخر النصف فلا أرى في ذلك بأساً .

الثاني : يصح وهو الصحيح لأن ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط لأنه يملكه بملك المال وإنما يحتاج إلى شرط ما للعامل فإذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب المال (٤) ولو دفع رب المال للعامل ألف درهم على أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك عند الحنفية والربح بينهما نصفان ، لأن الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالى : (وَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) (٥) أما لو قـــال على أن للمضارب شركاً في الربح جاز في قول أبي يوسف ويكون الربح بينها نصفان ، وقال محمد المضاربة فاسدة . وحجته أن الشركة هي النصيب قال الله تعالى : (أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ) أي

---

(١) المغني لابن قدامة : ٥ : ٥١ .

(٢) المصدر السابق : ٥ : ٢٥ .

(٣) البحر الزخار : ٤ : ٨٠ .

(٤) المهذب للشيرازي ١ : ٢٩٢ .

(٥) سورة النساء ١٢ .

نصيب وقال تعالى : (وما لهم فيها من شِرْكٍ) أي نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا . أما حجة أبي يوسف : أن الشرك بمعنى الشركة ، يقال شركته في هذا الأمر شركة وشركا ، قال الشاعر :

وشاركنا قريشاً في بقاها وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها(١)

وعند المالكية لو قال رب المال للعامل لك شرك في ربحه ولا توجد عادة تعين قدر الجزء في القراض المقول فيه هذا القول فالقراض فاسد لجهالة الربح وللعامل أجرة المثل ، أما إذا كانت لهم عادة في قولهم تعين الجزء من نصف أو ثلث فإنه يعمل بالعادة وتصح المضاربة عندئذ ، ولو قال خذ هذا المال وضارب به والربح مشترك فالعقد صحيح وكلمة مشترك تفيد التساوي عرفاً فلا جهل . وإذا قال له اعمل فيه قراضاً ولم يعترض لذكر الجزء أصلا أو بجزء أو بشيء في ربحه ولم يبينه ولا توجد هناك عادة تبينه فله قراض مثله(٢).

والشيعة الزيدية تشترط أن يكون الربح مشتركا فيه معلوماً فلو شرطه كله للعامل فسدت المضاربة وكذلك لو شرط كله للمالك ، لأن المضاربة تقتضي العوض على العمل ، وكذلك إذ شرطه لأجنبي لأنه لم يقابل مالا ولا عملا إلا أن يكون الأجنبي عبد المالك إذ يملك ما يملك وكذلك لو شرط للعامل بأن يكون له ديناراً من نصيبه أو بالعكس فسدت المضاربة لجواز أن لا يحصل غيره (٣) .

٢) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً شائعاً ، نصفاً ، أو ثلثاً ، أو ربعاً (٤) لا يستحق أحدهما دراهم مسماة فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده والربح لرب المال . وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ،

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٨٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣ : ٥١٩ وبلغة السالك ٢ : ٢٤٧ وجواهر الإكليل ٢ : ١٧٢ والبهجة ٢ : ٢١٧ .

(٣) البحر الزخار ٤ : ٨٢ .

(٤) كشف الحقائق ٢ : ١٣٤ ، كنز الدقائق بهامش كشف الحقائق ٢ : ١٣٤ وبدائع الصنائع ٦ : ٨٥ ومجمع الضمانات ٣٠٣ والدرر الحكام ٢ : ٣١١ والاختيار في تعليل المختار ٢ : ٨٣ ونتائج الأفكار ٧ : ٦٠ . والبحر الرائق ٧ : ٢٨٧ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٦٤٨ :

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسدها وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط (١) .

وكذلك الحكم عند الشافعية فإنه لا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي، بينهما ، لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر (٢) ، لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا الشرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة (٣) .

والحنابلة ترى أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يشترط لنفسه جزاء وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر : (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة وممن حفظنا ذلك عنه : مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ،وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقد علل ابن قدامة عدم صحة المضاربة لمعنيين :

الأول : أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر ، فاذا جهلت الأجزاء فسدت ، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به ، ولان العامل متي شرط لنفسه دراهم معلومة ، ربما توانى في طلب الربح ، لعدم فائدته فيه ، وحصول منفعة لغيره ، بخلاف ما اذا كان له جزء من الربح .

الثاني : أنه اذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها ، فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها ، فيأخذ من رأس المال جزءا وقد يربح كثيرا ، فيتضرر من شرطت له الدراهم (٤) .

والزيدية تنفرد باجازة جزء معين في الربح .

---

(١) مجمع الضمانات ٣٠٤ والدرر الحكام ٢: ٣١١ وغنية ذو الأحكام في بغية درر الحكام ٢ : ٣١١.
(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٣٩٢ – ٣٩٣ .
(٣) بدائع الصنائع ٦ : ٨٦ .
(٤) المغني لابن قدامة : ٥ : ٢٨.

مما مر تبين لنا أنه لا يصح لأحد المتعاقدين في عقد المضاربة أن يشترط أحدهما لنفسه أو لصاحبه جزءا معيناً من الربح، لعدم وجود الشركة، اذ الشركة تقتضي المشاركة والمشاركة تقتضي العدل وبتعيين جزء معين لاحد المتعاقدين تبقى العدالة في العقود .

أما اذا كان الاشتراط لا ينفي الاشتراك في الربح فانه يجوز عند الزيدية كأن يشترط على صاحب المال بأن يكون له عشرة دنانير اذا زاد الربح عليها ويكون الباقي بينهما مناصفة ، فقد جاء في البحر الزخار : (فان قال أحدهما على أن لي عشرة إن ربحنا أكثر منها أو مما يزيد عليها صحت ولزم الشرط اذ لا مقتضى للفساد) (١) وفي رأيي أن هذا غير سليم لأن اشتراط مقدار معلوم زائد على مقدار معين من الربح مما يؤدي الى عدم الاشتراك في الربح الذي رزقهم الله سبحانه وتعالى ، فان كان الاشتراك لصاحب المال فقد يفتر العامل وقد ينشط في العمل وفي كلا الأمرين احتمال . وان كان للعامل ، فمن المؤكد أن العامل لا يدخر وسعا في بذل قصارى جهده .

تعيين ربح معين لأحد المتعاقدين :

وهذه مسألة يذكرها الفقه الحنبلي بأنه لو دفع رب المال للعامل ألفين مضاربة على أن لكل واحد منهما ربح ألف ، أو على أن لأحد هما ربح أحد الثوبين أو ربح احدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك ، فسد الشرط والمضاربة ، وسبب الفساد أن الربح قد يكون في العين دون غيره وقد يربح في غيره دونه وبذلك يختص أحد المتعاقدين بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة (٢) .

---

(١) البحر الزخار : ٤ : ٨٢ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٥ : ٢٨ .

المبحث الثاني

المزارعـــة

والكلام على المزارعة ينحصر في تعريفها وأركانهـــا وأصل مشروعيتهـــا وحكمة المشروعية وصفتها ، وشروطها وأحكامها واستحقاق أرض المزارعة .

تعريف المزارعة :

لغة : مفاعلة من المزارعة بمعنى الحراثة والفلاحة ، وشرعا : عقد على الزرع(١) .

والمفاعلة هنا ليست على بابها ، لأنها قد تستعمل فيما لا يوجد الا من جانب واحد كالمداواة والمعالجة . وقيل ان المفاعلة على بابها ، لأن الزرع هو الاثبات لغة وشرعا ، والمتصور من العبد هو التسبب في حصول النبات ويوجد التسبب من كل واحد منهما ، فمن العامل العمل ومن الآخر بالتمكين منه باعطاء الآلات والاسبـــاب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فيكون كل من المتعاقدين مزارعا حكما، ولكن اذا أطلق لفظ المزارع انصرف الى العامل (٢) .

اركان المزارعة :

وأركانها اثنان : وهما الايجاب والقبول وليس لها ألفاظ مخصوصة ، بل كل مادل على التراضي فاذا قـــال رب الأرض أعطيتك هذه الارض لتزرعها بجزءمما يخرج منها وقدره بالنصف أو الثلث فيقول العامل قبلت .

وتتحقق المزارعة بتوفر أربعة أشياء وهي : الأرض ، والبذر ، والعمل ، والبقر ، أو ما يقوم مقامه من الآلات الحديثة ، وقد اعتبر الفقهاء الأربعة المذكورة أركانا زيادة عن الركنين الاصليين .

وتنعقد باللفظ والكتابة والاشارة المعروفة للأخرس (٣) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٣٠٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ : ٢٧٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ : ٢٧٤ .

أصل مشروعية المزارعة :

اختلف الفقهاء في مشروعية المزارعة على رأيين :

المجوزون : والمزارعة جائزة عند كثير من العلماء ، قال البخاري قال أبو جعفر : (ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزارعون على الثلث والربع ،وزارع علي ، وسعد ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وعروة ، وآل أبي بكر ، وآل علي ، وابن سيرين) .

وممن رأى جواز المزارعة أيضا : سعيد بن المسيب ، وطاووس ، وعبد الرحمن ابن الأسود ، وموسى بن طلحة ، والزهري ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى ، وابنه ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وروي ذلك عن معاذ ، والحسن ، وعبد الرحمن بن يزيد ، وعامل عمر الناس وشرط عليهم بأنه (ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وأن جاؤا بالبذر فلهم كذا) (١) .

أدلة المجوزين :

١ ـ بما روى ابن عمر قال : (ان رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر) متفق عليه (٢) .

٢ ـ بما روى البخاري عن ابن عمر : أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ـ ثمانون وسقا تمرا وعشرون وسقا شعيرا . فقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي ﷺ أن يقطع لهن من الأرض والماء . أو يمضي لهن الأوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن اختار الأوسق فكانت عائشة اختارت الأرض (٣) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٣٠٨ والقواعد النورانية ٦٤ .

(٢) رواه البخاري ومسلم . اللؤلؤ والمرجان وصحيح البخاري مع فتح الباري ٥ : ٤١٠ . ومسلم ١٠ : ٢٠٨ والمغني لابن قدامة ٥ : ٣١٠ .

(٣) البخاري ومسلم ٥ : ٤٠٩ ومسلم ١٠ : ٢٠٨ – ٢٠٩ والمغني لابن قدامة ٥ : ٣١٠ .

٣ ــ قال أبو جعفر ، عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ، ثم أبو بكر ثم عمر ، وعثمان ، وعلي ثم أهلوهم الى اليوم ، يعطون الثلث ، والربع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ، ثم خلفاؤه الراشدين ، حتى ماتوا ، ثم أهلوهم من بعدهم ، ولم يبق بالمدينة أهل بيت الا عمل به ، وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده (١) .

المانعون :

أبو حنيفة ، ومجاهد ، والنخعي ، وعكرمة ، وأحد أقوال ابن عباس رضي الله عنهما.

أدلة المانعين :

١ ــ عن رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع ، قال ظهير : (لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقا . فقلت : وما ذاك ؟ ما قال رسول الله ﷺ فهو حق ــ قال : دعاني رسول الله ﷺ ، فقال : ما تصنعون بمحاقلكم ؟ فقلت نؤجرها يا رسول الله على الربع أو على الأوسق من التمر أو الشعير قال : فلا تفعلوا ، ازرعوها أو أزرعوها أو أمسكوها قال رافع : قلت : سمعا وطاعة) . أخرجاه في الصحيحين (٢) .

٢ ــ وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : (من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه ، فان أبي فليمسك أرضه) أخرجاه (٣) .

٣ ــ وعن جابر بن عبد الله قال : (كانوا يزرعونها بالثلث أو الربع ، فقال رسول الله ﷺ من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه . فان لم يفعل فليمسك أرضه) أخرجاه .

ولفظ مسلم : (كنا في زمان رسول الله ﷺ نأخذ الأرض بالثلث أو الربع بالماذيانات . فقام رسول الله ﷺ في ذلك . فقال : من كانت له أرض فليزرعها فان لم يزرعها فليمنحها أخاه . فان لم يمنحها أخاه فليمسكها) (٤) .

---

(١) رواه البخاري ، فتح الباري ٥ : ٤٠٧ . انظر المرجع السابق .
(٢) متفق عليه . مسلم ١٠ : ٢٠٥ والقواعد النورانية : ١٦١ .
(٣) مسلم ١٠ : ١٩٧ ونيل الاوطار ٥ : ٢٩٥ .
(٤) مسلم ١٠ : ١٩٩ .

٤ ـ وقد ثبت في الصحيحين عن جابر قال : (نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة) (١) .

٥ ـ عن جابر : أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وأن يشترى النخل حتى يشقه : والاشقاه : أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء ، والمحاقلة : أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم ، والمزابنة : أن يباع النخل بأوساق من التمر ، والمخابره الثلث والربع وأشباه ذلك . قال زيد : قلت لعطاء بن أبي رباح : أسمعت جابرا يذكر هذا عن رسول الله ﷺ ؟ فقال نعم) (٢) .

٦ ـ بما روى رافع بن خديج ، قال : كنا نخابر (٣) على عهد رسول الله ﷺ ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعا وطواعية رسول الله ﷺ أنفع ، قال : قلنا : ماذاك ؟ قال : قال رسول الله ﷺ (من كانت له أرض فليزرعها ، ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى) (٤) .

رد أدلة المانعين :

حديث رافع بن خديج وغيره من الأحاديث ، فقد جاءت مفسرة مبينة لنهي النبي ﷺ ، ولم تكن هذه الأحاديث نهيا عما فعل هو والصحابة في عهده وبعده ، بل الذي نهى عنه غير الذي رخص فيه ، فرافع بن خديج فسر المنهي عنه بما لا يختلف في فساده قال : (كنا أكثر أهل المدينة مزدرعا ، كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض قال : مما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، ومما تصاب الأرض ويسلم ذلك ؟ فنهينا فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ) ورواية أخرى له : (كنا أكثر أهل المدينة حقلا ، وكان أحدنا يكري أرضه . فيقول : هذه القطعة لي . وهذه لك فربما أخرجت ذه ولم تخرج ذه . فنهاهم النبي ﷺ) وعن حنظلة بن منسي قال : (سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق؟ فقال: لا بأس به ، وانما كان الناس يؤجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا

---

(١) مسلم ١٠ : ١٩٤ .

(٢) صحيح مسلم ١٠ : ١٩٢ ـ ١٩٥ وانظر القواعد النورانية ١٦٢ .

(٣) والمخابرة مشتقة من الخبار بفتح الخاء والباء ، ما لان من الأرض واسترخى .

(٤) صحيح مسلم ١٠ : ٢٠٤ .

ويسلم هذا ، ويهلك هذا ، ويسلم هذا . فلم يكن للناس كراء الا هذا فلذلك زجر الناس عنه . فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به) (١) .

وهـــذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ، ولا تعارض بين الحديثين .

وأيضا فان حديث رافع يذكر ، أنه لم يكن لهم على عهـــد رسول الله ﷺ كراء الا بزرع مكان معين من الحقل . وهذا النوع حرام عند الفقهاء قاطبة ، ونظيره اشتراط ربح ثوب بعينه في المضاربة فانه لم يجز . (وهذا الغرر في المشـــاركات نظير الغرر في المعاوضات) (٢) . لأن الاصل في المعاوضات انما هو التعادل من الجانبين ، فان اشتمل أحدهما على غررأو ربا دخلها الظلم فحرمها الله الذي حرم الظلم على نفسه وجعله محرما على عبـــاده . فاذا اشترط لاحد الشريكين مكانا معينا ، خرجـــا عن موجب الشركة ، لانها تقتضي النماء فاذا انفرد أحدهمـــا في المعين لم يبق للآخر فيه نصيب ودخله الخطر ومعنى القمار (فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه) فيفوز أحدها ويخيب الآخر . وهذا معنى القمار (٣) .

وأيضاً أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافا كثيرا ، يوجب ترك العمل بها فقد تكلم عنها العلماء :

قال الامام أحمد : حديث رافع ألوان ، وقال : حديث رافع ضروب .

وقال ابن المنذر : قد جـــاءت الأخبار عن رافع بعلل تـــدل على أن النهي كان لذلك (٤) .

وأيضا فان حديث رافع لو قدر صحته وامتنع تأويله وتعذر الجمع فعندئذ يتعين أنه منسوخ ، ويستحيل القول بفسخ حديث خيبر لكـــونه معمولا به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين (٥) .

---

(١) القواعد النورانية ١٧١ والمغني لابن قدامة ٥ : ٣١٠ .

(٢) القواعد النورانية ١٧١ .

(٣) القواعد النورانية ١٧٢ .

(٤) المغني لابن قدامة ٥ : ٣١١ .

(٥) المغني لابن قدامة ٥ : ٣١١ .

والذي أراه جواز المزارعة لقوة الأدلة التي رأيناها سابقا واضطراب حديث رافع.

حكمة مشروعية المزارعة :

والحكمة في اجازتها دفع الحرج والمشقة عن الناس وتسهيلا لهم في المعاملات ، لأن (صاحب الأرض والبذر قد يكون عاجزا عن العمل والعامل لا يجد أرضا وبذرا ليعمل فيجوز العقد بينهما شركة في الخارج لتحصيل مقصودهما) وربما لا يكون للعامل مالا يستأجر الأرض بها ، ولا يمكن أن يحصل عليها عارية أو صدقة ، لأن النفوس لا تسمح بذلك غالبا ، واذا أمكن فقد لا يرضى بها ذوو النفوس الشريفة ، وقد لا يستطيع مالك الأرض زرعها ولا يريد تأجيرها لاحتياجه إلى ما يخرج منها فشرعت لذلك ، ولو لم تشرع لحصل لأكثر الناس حرجا ومشقة ، والشريعة انما شرعت لجلب اليسر والسعادة بقدر الامكان ودفع الحرج والمشقة (١) .

صفة المزارعة :

وعقد المزارعة غير لازم قبل البذر فلا تلزم بمجرد الصيغة ، بخلاف شركة الاموال على المعتمد ، أما ابن الماجشون وسحنون فقالا بلزوم المزارعة بالعقد ، وهو قول ابن كنانة ، وانما وقع هذا الاختلاف في المزارعة لأنها شركة عمل واجارة . فمن غلب الشركة على الاجارة لم يرها لازمة بالعقد ، لأن شركة العمل انما تلزم بالعمل، ولا أجازها الا على التكافؤ والاعتدال الا أن يتطوع أحد المتعاقدين بما لا فضل لكرائه . ومن غلب الاجارة ألزمها بالعقد وأجاز التفاضل بينهما ، وقيل انها تلزم بالعقد اذا انضم اليه عمل (٢) .

أما الحنفية فترى أن صفة المزارعة بأنها لازمة من قبل من لا بذر له ، فلا يفسخ بلا عذر وغير لازمة ممن عليه البذر قبل القاء البذر في الارض (٣) فيملك فسخها بلا غدر لأنه لا يمكنه المضي في العمل الا باتلاف ماله وهو البذر بالقائه في الأرض فيهلك فيها ولا يدرى ان كان ينبت أولا ، وليس كذلك من لا بذر له ، أما بعد القائه فلا يملك الفسخ .

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٣ : ١٧ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٣٧٢ وجواهر الاكليل ٣ : ١٢٣ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ : ٢٧٤ ومجمع الضمانات ٣١٤ .

حكمهـــا :

ملك المنفعة في الحال والشركة في المال في الخارج (١) .

شروط المزارعة :

ويشترط في المزارعةأمورثمانية :

١) صلاحية الأرض للزرع ، لأن المقصود وهو الريع لا يحصل بدون كونهـــا صالحة للزراعة .

٢) أهلية العاقدين وهما الحرية والتكليف .

٣) تعيين مدة يتمكن فيها مـــن الزراعة ، وان ذكر وقتلا يتمكن فيه منالزراعة فهي فاسدة وكذلك اذا ذكر مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا . وذكر مشـــايخ بلخ أن التوقيت ليس بشرط ، وتجوز بلا ذكر المدة وتقع علىسنة وهذا قول الفقيه أبيالليث .

٤) تعيين رب البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود علية وهو منافع العامل ويلزم من هذا بيان من لا بذر من قبله .

٥) تعيين جنس البذر ليصير الأجر معلوما اذ الأجر بعض الخارج .

٦) تعيين نصيب من لا بذر من جهته فـــانه يستحق عليه ذلك عوضـــا عن عمله بالشرط ، فلا بد أن يكون نفسه وما يستحقه من الخارج معلوما لأن مالا يعلم لا يصلح أن يكون مستحقا ، ولا مستحقا فيكون غررا .

٧) التخلية بين الأرض والعامل بأن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل بحيث لا يبقى له فيها تصرف ولا يد حتى لو شرط أن يعمل رب الأرض أو غلامه مع العامل يفسد لفوات التخلية .

٨) الشركة في الخارج من الأرض بعد حصوله ، لأنه ينعقد اجارة ابتداء وشركة انتهاء وكل شرط يؤدي الىقطع الشركة فيالخارج يكون مفسدا للعقد فتفسد الىآخره (٢).

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦ : ٢٧٤

(٢) خليج البحار ٤١٩ أ ومجمع الانهر ٢ : ٤٩٩ ودر المنتقى شرح الملتقى ٢ : ٤٩٩ والـــدرر الحكام شرح غرر الاحكام ٢ : ٣٢٥ .

الشروط المفسدة للمزارعة :

١) ان شرط أحدهما قفزان معينة من الخارج لاحتمال أن لاتخرج الارض الا هذه القفزان أو أقل فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة .

٢) وان شرط لأحدهما ما يخرج من موضع مخصوص من الأرض كالماذيانات(١) والسواقي والمراد : المواضع التي يكون الخارج منها أجود من غيرها .

٣) ان شرط أن يرفع رب البذر قدر البذر أو شرط أن يرفع قدر الخارج الموظف ويقسم ما يبقى بينهما .

٤) ان شرط أن يكون التبن لاحدهما والحب للآخر ، أو شرط أن يكون الحب بينهما والتبن لغير رب الارض حيث يفسد في الصورتين ، لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي الى قطع الشركة اذ ربما تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن.

٥) ان شرط أن يكون التبن بينهما والحب لأحدهما ، لأنه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (٢) .

أقسام المزارعة :

وتنقسم الى قسمين صحيحة وباطلة وفاسدة .

المزارعة الصحيحة وتنقسم الى ثلاثة أقسام :

١ ــ ان كان البذر والارض لاحدهما ، والعمل والبقر للآخر ، فلأن البقر آلة العمل فصار كمن استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط .

٢ ــ ان كان الأرض لأحدهما ، والبقية للآخر (بقر ،وبذر ، وعمل) ، فلأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجر الأرض بدراهم معلومة .

---

(١) ماذيان : كلمة فارسية معربه وهو ماء ، أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى به الزرع . والسواقي : جمع ساقية : وهى انهار فوق الجدول يزرع عليها الخضروات .

(٢) خليج البحار ٤١٩ أ — ٤١٩ ب ، ودرر الحكام ٢ : ٢٢٦ وغنية ذو الاحكام : ومجمع الانهر ٢ : ٤٩٩ ــ ٥٠٠ والمبسوط ٢٣ : ٣٠ ــ ٤٤ . والدر عليه .

٣ ـ ان كان العمل لاحدهما،والبقية للاخر (أرض، وبقر، وبذر) ،فلأنه استأجر للعمل بآلة المستأجر فصار كما استأجر خياطا ليخيط ثوبة بإبرة صاحب الثوب (١) .

المزارعة الباطلة :

١ ـ الأرض والبقر لاحدهما ، والبذر والعمل للآخر . وهذا ظاهر الرواية ، لكن روي عن أبي يوسف أنه جوزه ، لأنه لو شرط البذر والبقر على رب الأرض يجـوز ، فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كما لو شرط على العامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض ، بخلاف جانب العامـل لتجانس المنفعتين فجعلت تابعة لمنفعة العامل .

٢ ـ لو كان البذر والبقر لأحدهما ، والأرض والعمل للآخر ، فباطل لكونه شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع .

٣ ـ لو كان البذر لأحدهما ، والأرض والبقر والعمل للآخر فباطل ، لأنه لو شرط من احدهما البقر وحده لم يجز فأولى أن لايجوز اذا شرط كلاهما معا .

والوجه الثاني والثالث لم يذكرهما أكثر المصنفين لظهور الفساد فيهما أو لان العرف لم يجز بهما .

٤ ـ لو كان البقر لأحدهما، والأرض والعمل والبذر للآخر باطلة ، لأن ذلك استئجار البقر بأجر مجهول اذ لا تعامل في استئجار البقر ببعض الخارج فلا يعلم ما هو أجره بحسب التعامل (٢) .

ولو اشترك أربعة نفر في زراعة فقال أحدهم علي الفـدان وقال الآخر قبلي الأرض ، وقال الاخر قبلي البذر ، وقال الآخر قبلي العمل ، فهذه المزارعة باطلة وقد حدثت في زمن رسول الله ﷺ فجعل لصاحب البذر وألغى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهماً ولصاحب الفدان شيئا معلوما .

فقال أحمد : لايصح والعمل على غيره (٣) .

---

(١) خليج البحار : ٤١٩ ب – ٤٢٠ أ والحاوي القدسي : ٣٦١ أ ومجمع الانهر ٢ : ٥٠١والدر المنتقى على الملتقى : ٢ : ٥٠١ .

(٢) خليج البحار : ٤٢٠أ والحاوي القدسي: ٣٦١أ ومجمع الانهر والدر الملتقى عليه: ٢ : ٥٠١ـ٥٠٢ .

(٣) الحاوي القدسي : ٣٦١ أو المغني لابن قدامة : ٥ :٣١٧ .

المزارعة الفاسدة :

١ ـ دفع رجل أرضه الى آخر وشرط عليه زراعتها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما نصفان فعملا على هذا،فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين وليس للعامل على رب الارض أجر ، ويجب عليه أجر نصف الأرض لصاحبها .

٢ ـ دفع رجل أرضه لآخر على أن يزرعها بنفسه وبقره ، والبذر ثلثاه من أحدهما وثلثه من الأخر والريع بينهما على قدر البذر فهي فاسدة كالصورة السابقة(١)، وان عقدا المزارعة على أن يكون جميع الآلات على المزارع والعمل على رب الأرض فهي فاسدة .

٣ ـ ان شرط صاحب البذر أن يرفع بذره ثم يكون الباقي بينهما على ماشرطا فهي فاسدة في قولهم .

٤ ـ ولو كان البذر من واحد والباقي من الآخر فهي فاسدة الا في رواية عن أبي يوسف (٢)

ماتفسد به المزارعة :

مما مر نرى أن ماتفسد به المزارعة هو فقدان شرط من شروط صحتها كعدم صلاحية الأرض للزراعة وجهالة المدة المفضية للغرر أو من عليه البذر ، أو عدم التخلية بين الأرض والعامل ، بأن اشترط العمل على رب الأرض وحده أو عليه وعلى العامل ، أو أن يجعل لأحدهما أرادب معلومة أو محصول موضع معين ، أو اعطاء البذر لصاحبه ثم قسمت الباقي ، أو اعطاء التبن لأحدهما وقسمة الحب ، لأنه قد لايبقى للآخر شيء أولا تخرج الأرض الا التبن ، والأصل في ذلك ، أن كل شرط يقطع الشركة في المحصول يفسد المزارعة . (٣)

أحكام المزارعة الفاسدة :

وإذا فسدت المزارعة فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه .

---

(١) خليج البحار ٤٢٠ أ والحادي القدسي ٣٦١أ،ومجمع الانهر والدر الملتقى عليه :٢:٥٠١ـ٥٠٢

(٢) الحاوي القدسي : ٣٦١ أ .

(٣) المبسوط : ٢٣ : ٣٢ ـ ٣٦ . وقد كتب السرخسي في المزارعة خمساً وخمسين صفحة وبما أن بحثنا لايحتمل التطويل فقد اقتصرت على ماذكرته ومن أراد البحث فليرجع اليه في الجزء الثالث والعشرين .

١) إن كان البذر من رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد : له أجر مثله بالغاً ما بلغ .

٢) وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه . وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرنا .

٣) إذا فسدت المزارعة ولم تخرج الأرض شيئاً فللعامل أجـــر مثله ، لأن وجوبه في الذمة وعدم الخارج لا يمنع من وجوبه فيها (١) .

٤) وإن فسدت لكون الأرض والبقر فقط لأحدهما لزم أجر مثل البقر والأرض وهو الصحيح (٢) .

استحقـــاق أرض المزارعـــة :

إذا استحقت أرض المزارعة للغير ننظر :

٢) إن كان البذر من العامل والزرع بقل وكلف المستحق العامل بالقلع فالمزارع مخير بين أحد ثلاثة أشياء وهي : أخذ نصيبه مقلوعاً ، أو تركه وأخذ قيمته من صاحب الأرض مستحق البقاء أو أخذ الأجرة وقيمة البذر .

٢) وإن كان البذر من صاحب الأرض والزرع بقل فالمستحق مخير بين ابقاء الأرض بأجر المثل إلى وقت الحصاد وتدفع الأجرة ممن كان أعطى الأرض وبين أن يكلف المزارع بقطع الزرع وتسليم الأرض خالية من الزرع ،وفي هذه الحالة يكون المزارع مخيراً بين أخذ نصيبه من الزرع وبين تركه لرب الأرض وأخذ أجرته هو وأدوات الزراعة منه(٣) .

عقد المزارعة في القانون :

تنص المادة (٦١٩) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

---

(١) مجمع الأنهر ٢ : ٥٠٢ ، ومجمع الضمانات ٣٠٤ .

(٢) احترازاً عما قيل يغرم له مثل أجر الأرض مكروبة ، وأما البقر فـــلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بمال فلا ينعقد العقد عليه لا صحيحاً ولا فاسداً ، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد والمنافع لا تتقدم بدونه . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحـــر ٢ : ٥٠٢ ودر المنتقى في شرح الملتقى ودرر الحكام ٢ : ٣٢٦ _٣٢٧ .

(٣) كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية : أحمد أبو الفتح .

(يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءاً معيناً من المحصول) (١) .

فالمزارعة في القانون : عقد ايجار تكون الأجرة فيه جزءاً من المحصول ، وهي لا تكون إلا في الأراضي الزراعية ، وللمزارعة خاصيتان :

الأولى : الأجرة فيها جزء من المحصول .

فالأجرة في المزارعة جزء من المحصول ولكن اختلف في طبيعة العقد فالبعض يرى أنها شركة ، لأن المؤجر لا يأخذ أجرة معينة ، بـل يأخذ حسب ما تنتجه الأرض من المحصول ، والرأي الراجح أنها إيجار ، فتنطبق عليها قواعـد الايجار لا سيما فيما يتعلق بالإثبات ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

وإذا لم تعين مدة ايجار الأرض للزراعـة ، يعتبر تأجيرها واقعاً على محصولات سنة واحدة وقد نصت المادة (٦٢١) من التقنين المدني المصري على ذلك فقالت: (إذا لم تعين مدة الزراعة ، كانت المدة دورة زراعية سنة) (٢) .

الثانية : شخصية المستأجر فيها هي موضع الاعتبار :

والملاحظ في عقد المزارعة هو شخصية المستأجر ويترتب على ذلك ما يأتي :

١) المزارعة تنتهي بحرث المستأجر أو بأي حادثة تمنعه من الزراعة إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك ، وإنما يكون على المؤجر أداء المصاريف المنصرفة من المستأجر على المزروعات التي لم تحصد .

٢) عدم جواز تنازل المستأجر عن الايجار لغيره أو أن يؤجر من الباطن .

٣) أن الغلط في شخص المستأجر يبطل عقد المزارعة ـ ولكن لا يبطلها الغلط في شخص المؤجر (٣) .

أما المساقاة : فلم يتعرض لها القانون ولـذا فقد أتبع في أحكامها أحكام الشريعة الإسلامية .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٦١٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٦٢٩ .

(٣) عقد الايجار للدكتور السنهوري ١٨٨ ـ ١٩٢

المبحث الثالث

المساقاة

والكلام على المساقاة ينحصر في تعريفها وأركانهـا وأصل مشروعيتها وشروطها وأحكامها .

تعريف المساقاة :

المساقاة معناها لغة ـ مفاعلة من السقي . لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي ، لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك .

ومعناها شرعا : أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره (١) ، ويطلق الشجر على كل مـا غرس ليبقي في الأرض سنة فأكثر من كل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة سواء كان الشجر مثمرا أم غير مثمر .

أركان المساقاة :

أركان المساقاة اثنان وهما الايجاب والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة فينعقد بلفظ المساقاة وبما يؤدي معناه . وتنعقد بالقول والكتابة والاشارة ، ومتى انعقدت فكل عمل قبل ادراك الزرع كسقي وتلقيح وحفظ يكون على العامل وما بعد الادراك كالجذاذ والحفظ بعد الجذاذ يكون عليهما (٢) أما الجذاذ فقد اختلفوا فيها على من هو ؟.

فقال مالك والشافعي : هـو على العاقل الا أن مالكا قال : ان اشترطه العامل على رب المال جاز .

---

(١) المغني لابن قدامة : ٥ : ٢٩٠ ومطالب أولي النهى : ٣ : ٥٥٤ وفتح الوهاب : ١ : ٢٤٤ .
(٢) التنبيه : ٢٨٢ وفتح الوهاب : ١ : ٢٤٤ اذا جرت العادة على العامل يكون عليه والمغني : ٥ : ١٩٧

وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع .

وقال محمد بن الحسن : الجذاذ بينهما نصفان وهذا الذي أختاره (١).

أصل مشروعيتها :

والأصل في جوازها السنة والاجماع :

السنة :

١ ــ بما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : (عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر مايخرج منها من ثمر أو زرع) حديث صحيح متفق عليه (٢) .

٢ ــ عن طاووس : أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع فهو يعمل به الى يومك هذا (٣) .

والمعنى شاهد ودال عليه فإن كثيراً من أهل الشجر يعجزون عن عمارته وسقيه، ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لاشجر لهم ويحتاجون الى الثمر ، ففي تجويز المساقاة تجويز للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين كالمضاربة بالأثمان .

٣ ــ قال البخاري : قال قيس بن مسلم عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين: ما بالمدينة أهل بيت هجرة الا ويزرعون على الثلث والربع (٤)

٤ ــ ما روى ابن عمر : (أنه قال : كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة) وهذا محمول على رجوعه عن معاملة فاسدة (٥) .

الاجماع :

قال ابو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، رضي الله عنه وعن آبائه (عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ، وعمر، وعثمان، وعلي، ثم أهلوهم

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٢٦٨ .

(٢) صحيح مسلم ١٠ : ٢٠٨ وانظر مطالب أولي النهى ٣ : ٥٥٤ والمغني ٥ : ٢٩٠ .

(٣) رواه ابن ماجة نيل الاوطار : ٥ : ٢٨٨ وانظر مطالب أولي النهى : ٣ : ٥٥٥ ، والمغني لابن قدامة : ٥ : ٢٩٠ .

(٤) فتح الباري : ٥ : ٤٠٧ وانظر مطالب أولي النهى : ٣ : ٥٥٥ .

(٥) صحيح مسلم : ١٠ : ٢٠٢ وانظر مطالب أولي النهى : ٣ : ٥٥٥ .

الى اليوم ، يعطون الثلث والربع) وقد عمل به الخلفاء الراشدون في مـــدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان اجماعاً .

وقد ورد اعتراض على هذا الاجماع فان عبدالله بن عمر راوي حديث معاملة خيبر قد رجع عنه وقال : كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة ، وهذا يمنع انعقاد الاجماع(١) ، والأ ظهر أن حديث رافع منسوخ (٢) .

شروطها :

وشروط المساقاة هي نفس شروط المزارعة الثمانية كما قررناها ما عدا ثلاثة شروط: وهي بيان البذر أي بيان جنسه ، وبيان صاحب البذر ، وصلاحية الأرض للزراعة فهذه الثلاثة لا تمكن هنا فلا تشترط ، وكذا بيان المدة . وما بقي من شروط المزارعة الثـمانية شروطا للمساقاة : كأهلية العاقدين ، وذكر حصة العامل ، والتخلية بينه وبين الأشجـار ، والشركة في الخارج ، وكون الجزء المشروط له مشاعا (٣) .

ما تختلف به المساقاة عن المزارعة :

والمساقاة كالمزارعة لا تختلف عنها الا في أربعة أشياء .

١) ان عقد المساقاة لازم من الجانبين بمجرد العقد، فاذا امتنع أحدهما أجبر عليه ، بخلاف عقد المزارعة ، فانه غير لازم من قبل رب البذر قبل القاء بذره لما سبـق (٤) .

٢) اذا انتهت المدة في المساقاة قبل نضـج الثمر تترك الاشجار للعامل ليعمـل فيها بلا أجر الى أن ينضج الثمر . أما في المزارعة فيأخذ أجرا على العمل عن نصيب صاحب الارض في المدة اللازمة لادراكه . قال ابن عابدين:(لأن الأرض يجوز استئجارها والعمل عليها بحسب ملكهـا في الزرع ، لأن رب الارض لما استوجب الأجر على العـامل لايستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة).

---

(١) المغنى لابن قدامة : ٥ : ٢٩٠ ومطالب أولي النهى : ٣ : ٥٥٥ .
(٢) انظر موضعه من رسالتنا هذه .
(٣) حاشية ابن عابدين :٦ : ٢٨٦ ومجمع الأنهر : ٢ : ٥٠٤ ،
(٤) فتح الوهاب : ١ : ٢٤٥ ومجمـع الانهر : ٢ : ٥٠٤ والدر المنتقى في شرح الملتقى : ٢ : ٢٠٤ وابن عابدين : ٦ : ٢٨٦ .

٣) اذا استحق الشجر وكان عليه ثمر يرجع الساقي على من أعطاه الشجربأجرةمثل عمله عن المدة التي عمل فيها . وإن لم يكن عليه ثمر وقت الاستحقاق فلا شيء للساقي .أما استحقاق الأرض في المزارعة فيختلف حكمهاباختلاف من له البذرحسبماهومبين في المزارعة.

٤) أن بيان المدة ليس بشرط في المساقاة ان علمت المدة،لان الثمرة لادراكهاوقت معلوم قلما يتفاوت بخلاف الزرع ، أما المزارعة فيشترط لصحتهـا بيان المدة على رأي أبي يوسف ، لأنه قد يتقدم الحصاد أو يتأخر تبعا لتقـدم القاء البـذر وتأخره ، لانه قد يزرع خريفا وصيفا وربيعا فاذا كان لابتداء الزرع وقت معلوم عرفا جاز .

هذا لو بينا مدة وجب ألا تكون قصيرة بحيث لا ينضج فيهاثمر ، فان كانت كذلك فسدت المساقاة ، أما إذا كانت المدة لايعلم ان كان الثمر ينضج فيها أولا يعلم صح العقد لعدم التيقن بفوات المقصود ، فان نضج الثمر في المدة صح العقـــد وان لم ينضج الثمر في المدة فسد ويكون للعامل أجرة مثـل عمله ان استمر الى حين نضج الثمر فان امتنـــع قبله فلا أجر له (١) .

هل المساقاة جائزة أم باطلة ؟ :

اختلفت الفقهاء في المساقاة على رأيين المجوزون لها والمانعون لها .

أولا : المجوزون للمساقاة :

والمساقاة جائزة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر عند الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ، قال سعيد بن المسيب ،وسالم ، ومالك ،والثوري، والأوزاعي ، وأبو يوسف ، ومحمد اسحق ، وأبو ثور ، والقديم من مذهب الشافعي، واختاره المتأخرون من أصحابه،أما يد من مذهب الشافعي فانها لا تجوز الا في النخل والعنب ، لأن الزكاة تجب في ثمرتها ٢) أما داود فانها لا تجوز الا في النخل خاصة

وحجـــة المجوزين في عامة الشجر : عدم نهي الشارع عن المساقاة في غير النخـــل والعنب (٤) وورود السنة والاجماع على اجازتها ولا يجوز التعويل على ما خالفها (٥).

---

(١) تنوير الابصار وحاشية ابن عابدين : ٦ : ٢٨٦ ــ ٢٨٧ والـــدر المنتقى على شـــرح الملتقى بهامش مجمع الانهر : ٢ : ٥٠٤ .

(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة : ١ : ٣١٨ والمغني لابن قدامة: ٥ :٢٩١ والميزان : ٢ :٩٣ وبداية المجتهد : ٢ : ٢٦٦ .

(٣) الميزان الكبرى للشعراني : ٢ : ٩٣ .

(٤) المصدر السابق ٢ : ٩٣ .

(٥) المغني لابن قدامة : ٥ :٢٩١ .

وحجة داود : الوقوف على حد مساقاة أهل خيبر فانها كانت في النخل فقط (١) .
وحجة الشافعي في القديم :أولا: لايجوز فيه ، لان الزكاة لاتجب فيه فأشبه مالا ثمرة له(٢).

المانعون :

أبو حنيفة وزفر فانهما قالا المساقاة بجزء من الثمرة باطلة ، كأن يستأجر صانعا للعمل في بستانه على أن يكون له من الثمرة ربعها أو أقل أو أكثر كالمزارعة ، ولأنها اجارة بثمرة لم تخلق أو اجارة بثمرة مجهولة ، فأشبة اجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه (٣) ، ومن المانعين للمساقاة الزيدية (٤) .

ردأدلة المانعين للمساقاة :

فأما احتجاجهم على أن المساقاة انما هى اجارة فغير مسلم ، وانما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة وأنه يعمل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جازت المضاربة بالاجماع والمساقاة هنافي معناه . والشارع الحكيم جوز الاجارة على المنافع المعدومة للحاجة ، فلم لايجوز على الثمرة المعدومة وللحاجة ومن المعلوم (أن القياس انما يكون في الحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، أو المجموع عليه ، فأما في ابطال نص ، وخرق اجماع بقياس نص آخر ، فلاسبيل اليه) (٥) .

أما ابن حزم فيقول : (ليست المزارعة ولااعطاء الشجر ببعض مايخرج منها اجارة والتسمية في الدين انما هي لرسول الله ﷺ عن ربه تعالى) ثم يرد على قول أبي حنيفة (انها اجارة بأجرة مجهولة ، والمضاربة متفق عليها . قلنا : ودفع الأرض بجزء ممايخرج منها ودفع الشجر بما يخرج منها متفق عليه بيقين من فعل رسول الله ﷺ وعمل جميع أصحابه رضي الله عنهم (٦) .

أما ابن تيمية : فانه يذكر أن التصرفات العدلية في الارض جنسان : معاوضات ومشاركات . فالمعاوضات كالبيع والاجارة ، والمشاركات : شركة الأملاك وشركة العقد.

---

(١) الميزان :٢: ٩٣ .
(٢) المغني لابن قدامة :٥: ٢٩١ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) البحر الزخار ٤: ٦٨ .
(٥) المغني لابن قدامة ٥: ٢٩١ .
(٦) المحلى ٨: ٢٣٠ .

ومن المعلوم قطعا أن المساقاة والمزارعة ونحوهما من جنس المشـــاركة ، ليسا من جنس المعاوضة المحضة ، والغرر انما حرم بيعه في المعاوضة لأنه أكل مـــال بالباطل ، والمساقاة والمزارعة لا يأكل أحدهما مال الآخر لأنه (ان لم يثبت الزرع فان رب الأرض يأخذ منفعة الآخر اذ هو لم يستوفها ولا ملكها بالعقد ولا هي مقصودة بل ذهبت منفعة بدنه ، كما ذهبت منفعة أرض هـــذا ، ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه الآخر لم يأخذ شيئاً بخلاف بيوع الغرر واجارة الغرر) فان فيها أن أحد المتعاقدين يأخذ شيئاً والآخر يبقى تحت الخطر فيفضي الى المنازعة ، وهذا المعنى منتف في هذه المشاركات التي مبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم البتة لا في غرر ولا في غير غرر (١) .

أما تخصيص الشافعي بالنخيل والكرم على أن في كليهما الزكاة ولا تجب الزكاة في شيء من الثمار ، فان هذا مخالف عموم قوله : عامل رسول ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ، وهذا النص عام في كل ثمر ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها ، وانما العلة هي الحاجة والسنة عن النبي ﷺ والاجماع (٢) .

المساقاة على الثمرة الظاهرة الموجودة :

واذا ساقاه على ثمرة ظاهرة موجودة ولم يبد صلاحها جاز عند الشافعي في الجديد لأنه عن الغرر أبعد اذ العوض موثوق به (٣) وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك (٤) وأبي يوسف ، ومحمد ، وأبي ثور ، والحجة في ذلك ، أن المساقاة جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى ، ويشترط لصحة هذه المساقاة اذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي واصلاح الثمرة ، واذا لم يبق مـــالا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (٥) .

ولا تجوز المساقاة وهو القول الثاني للشافعي :

١) لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فان النبي ﷺ عـــامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع .

---

(١) القواعد النورانية ١٦٦ ، ١٦٧ ، ١٦٩ ، ١٨٠ ، ١٨٣ ، ١٨٤ .
(٢) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٩١ والمحلى ٨ : ٢٣١ ـ ٢٣٢ .
(٣) الوجيز ١ : ١٢٦ ورحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١ : ٢١٩ .
(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٧٠ .
(٥) الميزان الكبرى للشعراني ٢ : ٩٤ والوجيز ١ : ١٣٦ وبداية المجتهد ٢ : ٢٧٠ . والمغني لابن قدامة ٥ : ٢٩٢ .

٢) وإن في هذه المساقاة عوض موجود مستحق بالعقد ينتقل الملك فيه عن رب المال الى المساقي فلم يصح وصار كما لو بدا صلاح الثمرة .

٣) ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة .

٤) ولأن هذا جعل العقد اجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك .

رد أدلة المجوزين:

ان اعتمادهم على قلة الغرر في المساقاة على هذا النوع ، فقلة الغرر ليست من المقتضى للجواز (ولا كثرة الغرر الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئا) والذي ورد الشرع به بان العامل لا يستحق فيه عوضا موجودا . ولا ينتقل اليه ملك رب المال شيء وانما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم يجز مخالفة هذا الموضوع ، ولا اثبات عقد ليس في معناه الحاقا به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربح (١) .

رد أدلة المانعين :

أما قبل بدو الصلاح فان المساقاة جائزة باتفاق جميع الفقهاء (٢) .

أحكام المساقاة الفاسدة :

المساقاة من العقود الجائزة لأن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ (نقركم على ذلك ما شئنا) .

وقال بعض أصحاب الحنابلة : هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء : لأنه عقدا معاوضة فكان لازما كالاجارة ، ولأنه لو كان جائزا لجاز لرب المال فسخه اذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستضر .

ومن هذا نعلم لو أن العقد لازم لم يجز بغير تقدير مدة ، ولم يعلم عنه أنه قدر مدة لهم ، ولو قدر لم يترك نقله ، لأن هذا مايحتاج اليه فلا يجوز الإخلال بنقله . وعمر أجلاهم من الأرض ، ولو كانت لهم مدة لم يجز اخراجهم منها . ولأن المساقاة عقد على

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٢٩٢ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٧٠ .

جزء من نماء المال فكان جائزا بخلاف الاجارة فانها بيع فكانت لازمة كبيع الأعيان ، وأن عوضها مقدر معلوم فاشبهت البيع (١) .

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ مـالم تفت بالعمل (٢) وقد تفسخ المساقاة بفسخ أحد المتعاقدين قبل ظهور الثمرة أوبعد ظهورها .

١) فان فسخ أحد المتعـاقدين بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ماشرطاه وعلى العامل اتمام العمل ،شأنه بذلك شأن المضارب بالزامه بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح .

٢) واذا فسخ العـامل قبل ظهور الثمرة فـلا شيء له لأنه رضي باسقاط حقه وشأنه في هذا كشأن العامل في الجعالة اذا فسخ قبل اتمام عمله، وكالمضارب اذا فسخ قبل ظهور الربح .

٣) واذا فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجرة المثل للعامل ، لأنه منعه من اتمام عمله الذي يستحق به العوض وشأنه كشأن فسخ الجاعل قبل اتمام عمل الجعالة .

ولم يمثل هنا بفسخ المضاربة ، لأن المساقاة تفارق المضاربة من حيث أن العمل في المساقاة مفض الى ظهور الثمرة غـالبا ولولا الفسخ لظهرت الثمرة فحرم نصيبه بالفسخ فصارت كفسخ الجعالة ، أما المضاربة فلا يعلم افضاؤها الى الربح . والمغارسة اذا ظهرت ثمرتها كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها بينما المضاربة اذا ظهر الربح قد لايكون للعمل الأول فيه أثر أصلا (٣) .

واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها ، فالشافعي واحدى الروايتين عن مالك أنها ترد الى أجرة المثل في كل نوع من أنواع الفساد . ويري ابن الماجشون أنها ترد الى مساقاة المثل باطلاق . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها إجارة المثل ، الا أنه اختلف في التأويل عنه . فقيل في مذهبه انها ترد الى اجـارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها .

---

(١) المغنى لابن قدامة : ٥ : ٢٩٩ ـ ٣٠٠ والمنتقى : ٥ : ١١٨ .

(٢) بدايه المجتهد : ٢ : ٢٧٢ .

(٣) المغنى لابن قدامة : ٥ : ٣٠٠ .

١ ــ المساقاة في حائط فيه تمر قد أطعم .

٢ ــ اشتراط المساقي على رب المال أن يعمل معه .

٣ ــ المساقاة مع البيع في صفقة واحدة .

٤ ــ مساقاته في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف (١) .

المعاملة في الأرض والشجر معاً :

واذا كان في الأرض شجر ، وبينه بياض أرض (٢) فانها تأخذ عدة صور :

١) المساقاة على الشجر والمزارعة على الارض التي بين الشجر ؛ فهذه الصورة جائزة سواء قل بياض الأرض أوكثر . وهذا مانص عليه أحمد واستشهد بأن النبي ﷺ دفع خيبر على هذا ومن أجاز المزارعة بالأرض المفردة فانهم يقولون بهذا . ولهذه الصورة عدة صور :

أ ــ ساقيتك على الشجر وزارعتك على الارض بالنصف جاز .

ب ــ عاملتك على الارض والشجر على النصف جاز لان المعاملة تشملها .

جـ ــ زارعتك على الارض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز .

د ــ ساقيتك على الارض والشجر بالنصف جاز لأن المزارعة مساقاة على أساس أنها تحتاج الى السقي فيها لحاجة الشجر اليها (٣) .

٢) الاجارة على الارض والمساقاة على الشجر ، فهذه الصورة جائزة أيضا على أساس أن كلا من الاجارة والمساقاة عقد جائز في انفرادهما فيجوز الجمع بينهما كالبيع والاجارة .

وبهذه الصورة رأي ضعيف في عدم جوازها على أساس أنه لا يجوز الجمع بينهما في الأصل والأول أظهر .

حكم المعاملة في الأرض والشجر معا :

يرى الشافعية بأنه لو كان بين الشجر بياض وان كثر صحت المزارعة مع المساقاة على الشجر تبعا للحاجة الى ذلك بشروط .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ : ٢٧٢ .

(٢) بياض الأرض : الأرض الخالية من الشجر .

(٣) المغني لابن قدامة : ٥ : ٣١٢ ــ ٣١٣ .

١) ان اتحد العقد واتحد العامل بأن يكون العامل للمزارعة هو العامل للمساقاة وان تعدد لأن عدم الاتحاد في كل منهما يخرج المزارعة عن كونها تابعة .

٢) العسر في افراد الشجر بالسقي وعسر افراد البياض في العمارة وان تيسر افراد الشجر بالسقي لم تجز المزارعة لعدم الحاجة (١) .

ويرى المالكية بأن هذا لا يخلو ، أن يسكت عن البياض في عقد المساقاة أو يشترط أحد المتعاقدين وحجتهم قول النبي ﷺ أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم فقط شرط لنفسه وللمساعين نصف الثمرة وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الحقوق .

فان سكت عن البياض :

أ ــ فهو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة واجارة أو ترك قاله ابن الجلاب ، ويرى محمد بن حبيب إن تشاحا عند الزراعة فذلك للعامل .

ب ــ ان الارض بين العاملين وانما يكون للنبي ﷺ وللمسلمين ما تناوله اشتراطه وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم .

وان سكت عن ذلك حتى زرعها العامل لنفسه فقد قال محمد وابن حبيب ما زرع العامل فهو له لأن لفظ المساقاة انما يختص بالثمار وما كان الأرض على وجه التبع فهو للعامل كالخراج وغير ذلك .

وقال مالك : عليه كراء الأرض لصاحب الحائط لأنه مقصود بالحرث والعمل فوجب أن لا يختص بالعامل كالثمرة .

وان شرط : فان (فضل ذلك ملغى للعامل) لأن اسم المساقاة يختص بالثمر وماله اصل ثابت وفرع ظاهر بين المساقاة ، وأما الارض البيضاء فعلى وجه ارتفاق العامل ما بين الأصول من البياض (٢) .

ولهم تفريق آخر ، ان كان الشجر قليلا بحيث يشغل ثلث الأرض فأدنى فالاجارة صحيحة ، وان كان الشجر كثيرا بحيث يشغل اكثر من ثلث الارض فالاجارة فاسدة(٣).

---

(١) فتح الوهاب : ١ : ٢٤٥ ومغني المحتاج : ٢ : ٣٢٤ ونهاية المحتاج : ٥ : ٢٤٧ ، ٢٤٨ .
(٢) المنتقى للباجي : ٥ : ١٢٢ ــ ١٢٣ .
(٣) المدونة : ١١ : ١٩٦ .

أما ابو عبيد : فقد قال (ان المنع من اجارة الأرض التي فيها شجر كثير اجماع)(١)
أمـــا ابن عقيل : فانه يرى أنه يجوز استئجار الأرض التي فيها شجر ودخول الشجر في الاجارة مطلقا واليه مـــال حرب الكرماني . وحجته في ذلك : ان اجارة الأرض جائزة والحـاجة اليها داعية ، ولا يمكن اجارتها اذا كان فيها شجر الاباجارة الشجر ، ومالا يتم الجائز الا به فهو جائز ، لان المستأجر لا يتبرع بسقي الشجر وقد لا يساقي عليها (٢) .

ورأي ابن عقيل هو قياس أصول أحمد وبعض أصول الشافعي وهو الصحيح لوجوه متعدده منها :

أ ــ فعـــل عمـــر في قصـــة أسيد بن الحضـــير ، فانه قبل الارض والشجر الذي فيها بالمال الذي كان للغرمـاء ، ولا يحمل على أن الشجر والنخل كان قليلا والذي يغلب على حيطان المدينه الشجر ، وبعيد أن يكون الغالب على حائطه الأرض البيضاء ، (ثم هذه القصةلا بد ان تشتهر ، ولم يبلغنا أن أحدا انكرها ، فيكون اجماعا) وانما جوزه الصحابة لأجل الحاجة الداعية اليه ، والحـاجةالى ذلك موجودة في كل ارض فيها شجر كالأرض المفتتحة سواء .

ب ــ وانا نعلم قطعا أن المسلمين ما زالت لهم أرضون فيها شجر ، بل هـذا غالب على أموال أهـــل الأمصار ، ونعلم أن السلف لم يكونوا كلهم يعمرون أرضهم بأنفسهم ولا غالبهم ، ولا تتيسر المساقاة والمزارعة في كل وقت فـــلا بد ان يكونوا قد كانوا يكرون الأرض السوداء ذات الشجر .

رأي ابن تيمة : فقد ذكر ان ما تمس الحاجة اليه مـن فروع هذه القاعدة ما قدعمت به البلوى في كثير مـــن بلاد الاسلام أو اكثرها لاسيا دمشق ، وذلك ان الارض تكون مشتملة على غراس وارض تصلح للزرع وذكر اقوال العلماء الثلاثة :

١ ــ لا يجوز .

٢ ــ يجوز إذا كان الشجر قليلا وكان البياض الثلثين أو أكثر .

٣ ــ انه يجوز استئجار الأرض التي فيها شجر ودخول الشجر في الاجارة مطلقاً وهذا

---

(١) القواعد النورانية ١٤٠ .
(٢) القواعد النورانية ١٤٠ .

الذي أيده ابن تيمية وابن عقيل ومال اليه حرب الكرماني ، وقـد اعتبر هذا القول ابن تيمية أنه كالإجماع من السلف وان كان المشهور عن الأئمة المتبوعين خلافه .

واستدل على ذلك بما يلي :

١) أن أسيد بن حضير توفي وعليه ستة آلاف درهم فدعـا عمر غرماءه فقبلهم أرضه سنين وفيها النخل والشجر .

٢) فإن عمر بن الخطاب ضرب الخراج على أرض السواد وغيرها . فأقر الأرض التي فيها النخل والعنب في أيدي أهل الأرض ، وجعل على كل جريب من جرب الأرض السوداء والبيضاء خراجاً مقدراً (١).

رأي حرب الكرماني :

وقد استدل الكرماني على المسألة بمعاملة النبي ﷺ لأهل خيبر على أرضها: بشطر ما يخرج منها من ثمر وزرع على أن يعمروها من أموالهم،ولأن هذا في المعنى إكراءللأرض منهم ببعض ما يخرج منها مع اكراء الشجر بنصف ثمـره فيقاس عليه اكراء الأرض والشجر بشيء مضمون ،لأن اعطاء الثمر لو كان بمنزلة بيعهلكان اعطاء بعضه بمنزلة بيعه وذلك لا يجوز .

وهذه المسألة لها أصلان :

الأصل الأول : يجوز لأجل الحاجـة إذا كان بين الشجر أرض أو مساكن دعت الحاجة إلى كرائها جميعاً ، وان كان في ذلك غرر يسير لا سيا إن كان البستان وقفاً أو مال يتيم فإن تعطيل منفعته لا يجوز ، واكراء الأرض أو المسكن وحده لا يقع في العادة ولا يدخل أحد في اجارته على ذلك وإن اكتراه فإنه يكتريه بنقص عـن قيمته وعلى هذا ما ثبت إباحته بنص أو اجماع وجب اباحة لوازمه ، إذ لم يكن نص أو اجماع بتحريمها وإن قام دليل يقتضي تحريم لوازمه وما لا يتم اجتناب المحرم إلا باجتنابه فهو حرام ، ومن هنا يتعارض الدليلان .

---

(١) القواعد النورانية ١٤٠ .

وفي مسألتنا هذه قد ثبت اباحة كراء الأرض بالسنه واتفاق الفقهاء المتبوعين بخلاف دخول كراء الشجر إذ أن تحريمه مختلف فيه ولا نص فيه .

وكذلك : إذا أكريت الأرض وحدهـا وبقي الشجر لم يكن المكتري مأموناً على الثمر فيفضي إلى اختلاف الأيدي وسوء المشاركة .

وبناء على هذا الأصل : فيجوز متى كان مع الشجر منفعة مقصودة كمنفعة أرض للزرع أو بناء للسكن ، وإذا كان المقصود هو الثمر فقط ومنفعة الأرض، أو المسكن ليست جزءاً من المقصود ، وإنما دخلت لمجرد الحيلة ، كما قـد يفعل في مسائل (مد عجوة) لم يجيء هذا الأصل .

الأصل الثاني : إكراء الشجر للإستثمار يجري مجرى إكراء الأرض للإزدراع ، لأن الفوائد التي تستحق مع بقاء أصولها تجري مجـرى المنافع وإن كانت أعياناً ، وهي ثمر الشجر ولبن الآدميات ، والبهائم والصوف ، والماء العذب فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذ ، خلق الله بدله مع بقـاء الأصل كالمنافع سواء ، فاكتراء الشجر لأن يعمل عليها ويأخذ غيرها بمنزلة استئجار الظهر لأجل لبنها ،وليس في القرآن الكريم إجارة منصوصة إلا إجارة الظئر في قوله : (فَإِن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) (١) .

ويذكر بأن الفائدة التي تستخلف مع بقـاء أصلها تجري مجرى المنفعة وليس من البيع الخاص ، لأن الله لم يسم العوض إلا أجراً . ولم يسمه ثمناً . بخلاف ما لو حلب اللبن فإنه لا يسمى المعاوضة عليه حينئذ إلا بيعاً ، لأنه لم يستوف الفائدة من أصلها كما يستوفي المنفعة من أصلها (٢) .

رأينا في المسألـة :

مما مر من أقوال العلماء واختلافهم،أن هذه المسألة مدارها على العرف في كل زمان. وخاصة في عرف زماننا ، فإن الأرض البيضاء وفيها شجر ننظر هل الشجر فيها كثير أم قليل ، فإن كان الشجر فيها كثيراً فالأرض البيضاء يكون تبعاً لها ،وعندئذ ننظر في شروط

---

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) القواعد النورانية ١٤٧ـ١٥٠ .

المساقاة من حيث وجود الثمرة أو عدم وجود الثمرة ، فإن كانت الثمرة غـــير موجودة فالمساقاة جائزة ولا غرر في ذلك وإن كانت الثمرة موجودة ، فإمـــا أن تكون قبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح فإن كانت قبل بدو الصلاح فالمساقاة جائزة والغرر فيها يسير، وان كانت الثمرة بعد بدو الصلاح فالمساقاة باطلة لأن العامل لا شأن له عندئذ .

وإن كانت الأرض البيضاء أكثر من الثلث فالعرف جار على أن تكون الشركة بين العامل وبين صاحب الأرض بحسب الاتفاق ولا يطيب للعامل أن يستقل بثمرة الأرض، وتكون عندئـــذ المزارعة على الأرض والمساقاة على الشجر ولكن بشرط أن يكون العقد متحداً والعامل متحداً وهو الرأي الراجح عند الشافعية .

الفصل الثالث

أثر الغرر في عقود الاستيثاق وفيـــه مبحثان

المبحث الاول

الـــرهن

وتنحصر مباحث الرهن في تعريفه وأركانه وأصـــل مشروعيته وصفة الرهن ، وشـروطه .

تعريف الرهن :

تعريفه لغة : رهن الشيء يرهن رهونا ، ثبت ودام فهو راهن ، ورهنت المتاع بالدين رهنا ، حبسته به فهو مرهون ، وقيل : الحبس مطلقا سواء كـــان حسيا كحبس الأعيان أو معنويا كحبس النفوس عن شهواتها بالصيام ونحوه وحبسها بما اقترفته مـــن الجرائم والآثام (١) قال الله تعالى : (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ) (٢) أي محبوسة لأن المحبوس ثابت في مكان لا يزيله ، وقال جل وعلا (كُلُّ امْرِيءٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ) (٣) أي حبس ، وقال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك لـه يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

وتعريفه شرعاً : حبس شيء مالي بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلا أو بعضاً (٤).

---

(١) المصباح المنير ١ : ٣٧١ – ٣٧٢ .

(٢) سورة المدثر : ٣٨ .

(٣) سورة الطور : ٢١ .

(٤) درر الحكام : في شرح غرر الاحكام ٢:٢٤٨ ومجمع الانهر ٢ : ٥٨٤ وابن عابدين ٦:٤٧٧ والمالكية : بلغة السالك ٢ : ١٠٨ والدسوقي ٣ : ٢٣١ والشافعية : فتح الوهاب ١ : ١٩٢ ، والمغني المحتاج ٢ : ١٢١ البجيرمي ٢ : ٣٥٧ والحنابلة : كشاف القناع ٣: ٣٢٠ والمغني =

أركان الرهن :

أركان الرهن اثنان (١) وهما الايجاب والقبول ، كأن يقول الراهن رهنتك هذه السيارة بمالك علي من الدين ، ويقول المرتهن قبلت ورضيت ، وليس للايجاب والقبول ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين يدلان على حبس العين للتوثق من استيفاء الدين يصلحان ايجابا وقبولا ، فلو اشترى ماتورا لتوليد طاقة كهربائية وقال له اجعل هذه السيارة عندك حتى أعطيك الثمن ، فأخذ السيارة فانها تكون رهنا ، وذلك لأن العبرة فى العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني ، وقيل ان الركن هو الايجاب فقط على أساس ان الرهن يلحق بعقود التبرعات ، لأنه عقد غير لازم (٢) .

أصل مشروعيته :

ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والاجماع

الكتاب : قوله تعالى : (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) (٣) وتقرأ فرهان وهو أمر بصيغة الخبر ، لأنه معطوف على قوله تعالى (فاكتبوه) ومعطوف أيضا على قوله (واشهدوا اذا تبايعتم) وأدنى مايثبت بصيغة الأمر الجواز (٤) .

السنة :

١) فقد روت عائشة رضي الله عنها (أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه) (٥) .

= لابن قدامة : ٤ : ٢٤٥ والشيعة الامامية : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤ : ٥١ ط النجف الاشرف .

(١) وذكر الشربيني الخطيب أن أركان الرهن أربعة : صيغة وعاقد ، ومرهون ، ومرهون به مغني المحتاج ٢ : ١٢١ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ : ٤٧٨ ـ ٤٧٩ ودرر الحكام ٢ : ٢٤٨ ومجمع الانهر ٢ : ٦٨٤ .

(٣) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٤) المبسوط للسرخسي ٢١ : ٦٣ وكشاف القناع ٣ : ٣٢١ .

(٥) متفق عليه . اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٥٦ ومسلم ١١ : ٣٩ ـ ٤٠ والبخاري بهامش فتح الباري ٦ : ٦٧ وانظر المبسوط ٢١ : ٦٤ والمغني لابن قدامة ٤ : ٢٤٥ .

٢) روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قـال رسول الله ﷺ (الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته ، اذا كان مرهونا وعلى ذلك يركب ويشرب بالنفقة) (١) .

٣) وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال (لايغلق الرهن) (٢) .

٤) وفي حديث أسماء بنت يزيد أن رسول الله ﷺ توفي ودرعه مرهون عنـد يهودي بوسق من شعير (٣) .

٥ ـ وعن ابن عباس وأنس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رهن درعه ليهودي فما وجد ما يفتكه حتى توفي صلوات الله وسلامه عليه وجاء اليهودي في أيام التعزية يطالب بحقه ليغيظ المسلمين به (٤) .

ومن هذه الأحاديث يتبين لنا جواز الرهن في كل ما هو مال متقوم مما يكون معداً للطاعة ومالا يكون معداً له في ذلك سواء ، فإن درعه كان معدا للجهاد .

الاجماع : وقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة .

صفته :

وصفته أنه عقد جائز غير لازم قبـل التسليم ، لأنه عقد تـبرع وذلك أن الراهن لايستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً ولهذا يجوز للراهن فسخه وامضاؤه قبل التسليم كما في الهبة ؛ فإذا فسخه جاز للدائن الذي اشترط أخذ الرهن أن يفسخ العقد الذي يترتب عليه هذا الرهن ، وإذا سلمه تم العقد ولزم من جانب الراهن لا من جانب المرتهن (٥) .

شروط الرهن :

وشروط الرهن عند الحنفية أنواع : نوع يرجع الى نفس الرهن . ونوع يرجع الى الراهن والمرتهن ونوع يرجع الى المرهون ونوع يرجع الى المرهون به (٦) .

---

(١) رواه البخاري. انظر البخاري بهامش فتح الباري ٦ : ٦٩ وانظر المغني لابن قدامة ٤ : ٢٤٥.
(٢) نيل الاوطار ٥ : ٢٤٩ .
(٣) انظر نيل الاوطار ٥ : ٢٤٧ رواه البخاري ومسلم انظر المبسوط ٢١ : ٣٤ .
(٤) انظر المبسوط : ٢١ : ٦٤ .
(٥) حاشية ابن عابدين : ٦ : ٤٧٨ — ٤٧٩ ودرر الحكام : ٢ : ٢٤٨ .
(٦) نكتفي ببيان الشروط التي لها علاقة ببحثنا فقط .

ما يرجع الى نفس الرهن :

يشترط ألا يكون الرهن معلقاً على شرط، ولا مضافاً الى الزمن المستقبل ، لأن الرهن والارتهان فيه معنى الايفاء والاستيفاء فأشبه البيع، والبيع لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت كذا الرهن ، وبهذا فإن الغرر يؤثر في الرهن من حيث التعليق والاضافة (١) .

ما يرجع الى المرهون :

هي نفس الشروط التي ترجع الى المبيع لانعقاد البيع ، اذ القاعدة أن كل ما يصح بيعه يصح رهنه وبالعكس (٢) وهاهي تلك الشروط :

١ ـ أن يكون الرهن موجوداً وقت العقد مالا ، مطلقاً ، متقوماً ، مملوكاً ، معلوماً ، مقدور التسليم ، وعلى ذلك فلا يجوز رهن ما فيه غرر كرهن ماليس بموجود ، ولا رهن مايحتمل الوجود والعدم ، كما اذا رهن ما يثمر نخيله هذا العام ، أو ما تلد أغنامه ، أو ما في بطن هذه الجارية .

٢ ـ أن يكون ما لا فلا يصح رهن الميتة والدم ، لأن كلا منهما ليس بمال أصلا .

٣ ـ أن يكون المرهون متقوماً ، فلا يصح رهن الخمر والخنزير اذا كان أحد المتعاقدين مسلماً فإن كانا ذميين صح الرهن فيما بينهما .

٤ ـ أن يكون مملوكا في نفسه ، فلا يصح رهن شيء من الأموال المباحة قبل احرازه الا أنه ليس بشرط لجواز الرهن ، لأنه يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالأب والوصي .

٥ ـ أن يكون ور التسليم ، وقيل هو شرط صحته كما في البيع

فمتى توفر هذه الشروط انعقد الرهن الا أنه يشترط لصحة الرهن ما يأتي :

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ١٣٥ .

(٢) ماقبل البيع قبل الرهن الا في أربعة مسائل : بيع المشاع جائز لا رهنه ، بيع المشغول جائز لا رهنه ، بيع المتصل بغيره جائز لا رهنه . بيع المعلق عتقه بشرط قبل وجوده في غير المدبر جائز لارهنه .
انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٢٨٨ .

أ ـ أن يكون المرهون مما يتعين بالتعيين . فلايصح رهن النقود ابتداء ويصح رهنها بقاء وذلك يكون فيما اذا باع المرتهن الرهن فإن ثمنه يكون رهنا بدل المبيع (١) .

ب ـ أن يقبضه المرتهن أو من يقوم مقامه ممن يحفظ عنده أمواله عادة ، كزوجته وخادمه أو يحفظه العدل الذي يتراضى عليه المتعاقدان . الا أن هـذا القبض لايعتـبر الا اذا توافرت فيه الشروط الآتية :

١ ـ ان يكون القبض بإذن الراهن صراحة أو دلالة .

٢ ـ ان يكون المرهون مفرزاً مميزاً فلا يصح قبض المشاع ولا يترتب عليه لزوم العقد من جهة الراهن بل يجوز له فسخه واسترداد الرهن .

٣ ـ أن يكون مفرغا أي غير مشغول بما ليس بمرهون فلا يصح رهن الأرض المشغولة بزرع الراهن ولا الشجر المشغول بثمرة .

واذا كان الرهن هو الشـاغل ننظر : ان كان اتصاله اتصـال قرار كالزرع والثمر وجب فصله ثم تسليمه ، وان كان اتصاله اتصال مجاورة يكفي في صحـة القبض التخلية أي ازالة الموانع وتمكين المرتهن من قبضـه (٢) .

وترى المالكية أن الرهن اعطاء من شخص يصح له المبيع ، وهو من فيه أهلية البيع صحة ، وهو المميز الرشيـد فمن يصح بيعه يصح رهنه ، فيجوز أن يرهن من كل ظاهر ، منتفع به ، مقدور على تسليمه ، معلوم غير منهي عنه (٣)، الا أنهم فرقوا بين الغرر اليسير، والغرر الشديد ، فأجازوا الرهن في الغرر اليسير ، كالآبق ، والبعير الشارد ، لأن المالك دفـع ماله قراضا أو بيعـا لأجـل بـلا توثق فيـه بشيء فجاز توثقه فيه بما فيه عـرر ، لأنـه شيء في الجملـة وهو خـير مـن لا شيء ، أمـا اذا كـان الغرر شديدا كالجنين فلا يجوز الرهن ، ولو اشترط رهن الغرر في البيع أو القرض فلا يفسده على المشهور (٤) وذكر ابن رشد أنه يجوز عند مالك أن يرتهن مالا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزرع ، والثمر لم يبد صلاحه الا أنه يباع عنده في أداء الدين إلا اذا بدا صلاحه وان حل

---

(١) بدائع الصنائع : ٦ : ١٣٥ .

(٢) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ٥٨٥ ودرر الحكام ٢ : ٢٤٨ وبدائع الصنائع ٦ : ١٣٥ ـ ١٤٢ وتحفة الفقهاء ٣ : ٥٠ ـ ٥٤ .

(٣) الدسوقي ٣ : ٢٣١ .

(٤) جواهر الاكليل ٢ : ٧٧ .

أجل الدين . وكذلك فليس ن شرط الرهن أن يكون ملـكا للراهن فيجـوز ان يكون مستعارا (١) .

وقال الباجي أن الغرر والمجهول يصح ارتهانه ، كما يصـح افراد الثمرة التي لم تؤبر بالارتهان (٢) والغرر اليسير في الرهن ليس الغرر اليسير في البيع اذ أن بيـع البعير الشارد والآبق هما من الغرر الكثير الباطل بيعها .

وتشترط الشافعية في المرهون كونه عينا ، يصح بيعها ، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه ، لأنه غير مقدور على تسليمه ، ورهن عين لا يصح بيعها ، كأن يقول رهنتك الوقف وأم الولد والمكاتب فهذا لا يصح ، لأن هذه الأشياء لا يصح بيعها ، وكذلك لا يصح رهن المنفعة كأن يرهنه سكنى داره لأن المنفعة تتلف ولأنه يؤدي الى فواتها كلا أو بعضا قبل وقت البيع (٣) .

ولا يجوز رهن مالا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر ، والبعير الشارد ، لأنه لا يمكن تسليمه ولا بيعه وهذا من الأمور التي يؤثر فيها الغرر ، كما أنه لا يجوز بيـع المجهول لا يجوز رهنه ، لأن الصفات مقصودة فى الرهن للوفاء بالدين باعتبار أن الصفات مقصودة في البيع للوفاء بالثمن (فاذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول)(٤)

أما مايتسارع اليه الفساد بدين مؤجل قبل حلول أجله فصحيح ان شرط المبيع وجعل الثمن رهنا ، وان شرط منعه فباطـل ، وان أطلق فقولان ، ولا خلاف أنه اذا طرأ ما يعرضه للفساد فيباع ويجعل بدله رهنا (٥) .

ويصح رهن الثمار بعد بدو الصلاح ، أما قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فقولان:

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٢٩٥ .

(٢) المنتقى للباجي ٥ : ٢٤١ ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا ان يشترطها المبتاع والثمرة التي ليست بمؤبرة خارجة عن ذلك لانها تتبع النخل في البيـع وان لم يشترطها المبتاع فهي في المبيع بمنزلة الجنين وفي البيع ينقل المبيع عن ملك البائع فكانت غلته للمبتاع والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن فبقيت غلته له . المنتقى ٥ : ٢٤٢ .

(٣) البجيرمي ٢ : ٣٦١ .

(٤) المهذب للشيرازي ١ : ٣١٦ .

(٥) الوجيز للغزالي ١ : ٩٦ .

أحدهما : أنه يصح،لانه إن كان الرهن بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ الثمرة وتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة ، وان كان الرهن بدين مؤجل فتلفت الثمرة لم يسقط دينه وانما تبطل وثيقته ، والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع ،اذ العادة أن يترك الثمر الى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة وعندئذ يذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجز من غير شرط القطع (١) .

وترى الحنابلة : أنه يجوز الرهن في كل عين يصح بيعها ، لأن المقصود منه الاستيثاق بالدين فلا يجوز رهن المنافع ولا يصح رهن المجهول ، كما لا يصح الرهن معلقا بشرط كالبيع ، كما أنه لا بد من معرفة الرهن ، ومعرفة قدره ، وصفته ، وجنسه ، لأن الرهن على مال فاشترط العلم به (٢) .

أما ما يسرع اليه الفساد ، كالعنب ، والرطب ، فانه يصح رهنه بدين حال أو مؤجل (٣) ، لأنه لا يجوز بيعه فيحصل المقصود اذا كان الدين مؤجلا وكان الرهن مما يمكن تجفيفه كالعنب ، وعلى الراهن تجفيفه ، لان التجفيف من مؤنة حفظه ، وان كان الرهن مما لا يمكن تجفيفه كالبطيخ ، وإن شرط في الرهن بيعه وجعل ثمنه رهنا مكانه فعل ذلك (٣) .

ولا يصح رهن مالا يقدر على تسليمه ، والمجهول الذي لا يصح بيعه ، لأن القصد من الرهن هو استيفاء الدين من ثمنه عند التعذر فلا يصح رهن العبد الآبق ، لعدم القدرة على التسليم (٤) .

أما رهن الثمرة بعد بدو الصلاح فجائز ، وقبل بدو الصلاح من غير شرط القطع أو الزرع الأخضر فعلى رأيين :

الأول : يجوز وهو اختيار القاضي ، لأن الغرر يقل فيه ، فالثمرة اذا تلفت عاد المرتهن الى حقه في ذمة الراهن ، ولأن الثمر يجوز بيعه فجاز رهنه .

الثاني : لا يصح ، لأنه لا يجوز بيعه ، فلا يصح رهنه كسائر مالا يجوز بيعه (٥) .

---

(١) المهذب للشيرازي : ١ : ٣١٦ .
(٢) كشاف القناع ٣ : ٣٢١ ـ ٣٢٢ والمغنى لابن قدامة ٤ : ٢٦١ وهداية الراغب : ٣٤٥ .
(٣) كشاف القناع ٣ : ٢٣٥ والمغني ٤ : ٢٥٦ .
(٤) كشاف القناع ٣ : ٣٢٧ .
(٥) المغني لابن قدامه ٤ : ٢٥٧ وتنقيح المشبع ١٤٢ وكشاف القناع ٢ : ٣٢٨ والروض المربع : ١٩٢ .

وشرط الرهن عند الامامية ، أن يكون عينا ، مملوكة ، يمكن قبضها ويصح بيعها ، فلا يصح رهن المنفعة كسكنى الدار لعدم إمكان قبضها ، اذ لا يمكن الا باتلافها ولتعذر استيفاء الدين كما أنه لا يصح رهن مالا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء الا اذا اعتيد عوده كالحمام الأهلي فيصح لامكان قبضه عادة . ولا السمك في الماء الا اذا كان محصورا مشاهدا بحيث لا يتعذر قبضه عادة . أما اذا تعذر القبض لا يصح لأنه غرر . وما يتسارع اليه الفساد قبل الأجل بحيث لا يمكن اصلاحه كتجفيف العنب فيشترط بيعه ورهن ثمنه ، فعلى الراهن أن يبيعه ويجعل ثمنه رهنا (١) .

والرهن عند الظاهرية جائز في كل ما يجوز بيعه ولا يجوز الرهن فيما لايجوز بيعه كالحر وأم الولد ، لأن الرهن انما هو وثيقة للمرتهن ليستوفى منه إن مطل الراهن ، ولايمكن الاستيفاء الا اذا كان مما يجوز بيعه . وأنهم لا يجيزون اشتراط الرهن الا في البيع الى اجل مسمى في السفر ، أو في السلم الى أجل مسمى في السفر خاصة أو في القرض الى أجل مسمى في السفر ، خاصة مع عدم الكاتب لقوله تعالى (إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوه . .وإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) (٢) فجاز اشتراط الرهن ، لان الله أجازه ، وأما الدين الى أجل مسمي فلا يعدو أن يكون بيعا ، أو سلما ، أو قرضا ، فهذه الوجوه يجوز اشتراط التأجيل فيها لورود النصوص بوجوبه في السلم وجوازه في القرض والبيع وماعدا ذلك لا يجوز اشتراط التأجيل ، لانه شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل (٣) .

الرهن في القانون :

تنص المادة (١٠٩٧) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

(لا يكون محلا للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار) (٤) فهذه المادة لا تجعل الرهن صحيحا ، الا اذا كان الرهن حيازيا ، وكان بالامكان بيعه مستقلا اذا بيع بالمزاد العلني ، سواء كان المرهون عقارا أو منقولا . ولذا فان الرهن يصح في كل شيء قابل للتنازل عنه أو لبيعه كالمنقولات المادية . وكذلك يصح

---

(١) الروضة البهية ٤ : ٦٥ ، ٧٠ ، ٧٢ ، والمختصر النافع ١٦١ .
(٢) سورة البقرة ٢ : ٢٨٣ .
(٣) المحلى ٨ : ٨٧ ، ٨٩ .
(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية ٧ : ١٩٤ .

رهن الاشياء المعنوية ، مثل حقوق الدائنين وحق التأجير ، والأوراق المالية القابلة للتحويل والصادرة بأسماء أصحابها أو لحامليها ،وكذلك يصح رهن المرتبات المقررة للأفراد على الحكومة (١) .

وقد ذكرت المادة (١٥٣٢) من المشروع التمهيدي مانصه .

١ ــ يجوز أن يكون محلا للرهن الحيازي كل ما يمكن بيعه بالمزاد العلني .

٢ ــ فيجوز رهن المنقول ورهن العقار ورهن الدين وغيرها من الأموال المعنوية (٢) .

---

(١) التأمينات للدكتور عبد السلام ذهني ٤٠ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٧ : ١٩٥ .

المبحث الثاني

الكفالة [1]

والكلام على الكفالة يقع في تعريفها وأركانها وأصل مشروعيتها وصفتها وشروطها.

تعريف الكفالة :

لغة : الضم وتطلق على نفس العقد ، وكفلت بالمال والنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا ، والاسم الكفالة ؛ وحكى أبو زيد سماعا عن العرب من بابي تعب وقرب، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه اذ تحملت به . . . قال ابن الأنباري : تكفلت بالمال التزمت به وألزمته نفسي ، وقال أبو زيد تحملت به . والكفيل الضامن والكافل هو الذي يعول انسانا وينفق عليه (٢) .

وشرعاً : هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة (٣) وقيل في الدين ، والأول أصح فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل (٤) .

---

(١) تنقسم الكفالة باعتبار المكفول به الى ثلاثة أقسام : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال ، وكفالة بالفعل فالكفالة بالنفس هو احضار الشخص المكفول الى المكفول له وتنعقد بقول الكفيل : أنا ضامن نفس فلان ، أو رقبته ، أو نحو ذلك مما يعبر به عن البدن حقيقة ، أو عرفا ، ولا تنعقد بقول الكفيل أنا ضامن معرفته ، لانه التزم المعرفة دون المطالبة .

والكفالة بالمال بأن يقول كفلت لك فلانا بألف دينار أو كفلته بما عليه أو بما يثبت في ذمته أو ماشابه ذلك . وكفالة بالفعل : بأن يكون الفعل واجبا على الأصيل كتسليم البائع المبيع للمشتري ، وفي كل يحتاج الى كفيل ، ومكفول به ، ومكفول له ، فالكفيل هو الذي يضم ذمته الى ذمة المكفول ويلتزم بتأدية ما عليه من الحق ، والمكفول به هو المال ، أو النفس أو الفعل ، والمكفول له هو المطالب بالنفس أوالمال أو الفعل (الدائن) والمكفول عنه هو المدين .

(٢) المصباح المنير ٢ : ٨٢٦ — ٨٢٧ .

(٣) البحر الرائق ٦ : ٢٢١ وفتح القدير ٥ : ٣٨٩ وابن عابدين ٥ : ٢٨١ .

(٤) فتح القدير ٥ : ٣٨٩ .

أركان الكفالة :

وأركان الكفالة اثنان وهما الايجاب والقبول ، فالايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا رأي الامام أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف الأخير . وحجة أبي حنيفة ومحمد ، أن الكفالة ليست بالتزام محض ، وانما فيها معنى التمليك ، والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع (١) .

والشافعية ترى ، أن القبول ليس بركن ، وحجتهم في ذلك ، أن النبي عليه الصلاة والسلام أتي بجنازة رجل من الأنصار فقال على صاحبكم دين ؟ فقيل نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدناعلي أوأبو قتادة رضي اللهعنهما هما عليّيارسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ، وثانيا فان الكفالة الضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصل شرعاً لا تمليك ، لأنها تقبل الجهالة والتعليق بالشرط والمعلوم أن التمليك لا يحتمل ذلك وكذلك المريض اذا قال لورثته اضمنوا عني وهم غيب يصح وهذا احد وجوه الشافعية (٢) .

وليس لكل من الايجاب والقبول ألفاظ مخصوصة ، بل كل ما يدل على ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة ، فالايجاب من الكفيل ، أن يقول ، أنا كفيل ، أو ضمين ، أو زعيم ، أو غريم ، أو قبيل ، أو حميل ، أو لك علي أو لك قبلي ، أو لك عندي ، فيقول القابل قبلت أو رضيت أو ما أشبه ذلك (٣) .

أصل مشروعية الكفالة :

الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب: فقوله تعالى : (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وانا بِهِ زَعِيمٌ)(٤) قال ابن عباس الزعيم الكفيل ، والآيه الكريمة وردت حكاية عما قاله عامل سيدنا يوسف عليه السلام عندما فقد صواع الملك لكنها تصلح دليلا على شرعية الكفالة ، لأن شرع

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٢.

(٢) مغني المحتاج ٥ : ٢٠٦ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ : ٢ .

(٤) سورة يوسف ٧٢ .

من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه ولم يرد في شريعتنا مـــا يخالف الكفالة لأن الحاجة ماسة اليها (١) . وهذا هو رأي الحنفية .

أما السنة فبما يأتي :

١ ــ ماروي عن النبي ﷺ أنه قال : (الزعيم غارم) (٢) .

٢ ــ روى البخـــاري عن سلمه بن الاكوع : (أن النبي ﷺ أتي برجل ليصلي عليه .

فقال : هل عليه دين ؟ قالوا نعم ، ديناران . قال : هل ترك لهمـا وفاء ؟ قالوا : لا ، فقيل : لم لا تصلي عليه ؟ فقال : ما تنفعه صلاتي وذمتـــه مرهونة ؟ الا إن قـــام أحدكم فضمنه ، فقال أبو قتاده : فقال هما على يا رسول الله ، فصلى عليه النبي ﷺ)(٣).

أما الاجماع :

فاننا نرى كفالة المسلمين بعضهم بعضا من الصدر الأول الى الآن بدون نكير على ذلك من أحد منهم (٤).

صفة الكفـــالة :

وصفة الكفالة ، أنها عقد لازم من جهة الكفيل ، فلا يستقل بفسخه بدون رضـــا المكفول له ، لأن سلامة حق المكفول له تعلقت بكفالته ، وفي فسخ هذا العقد بدون رضاه اضرار به ، ومن القواعد أن الضرر يزال ، أما من جهة المكفول له فيجوز له فسخه ولو لم يرض الكفيل لأن الكفالة لصالحه خاصة ، فتنازله عنهـــا لا يترتب عليه ضرر للغير وكل انسان لا يجبر على المحافظة على حقوقه (٥) .

---

(١) انظر مكانها من كتابنا ج ٢ : ٧١ــ٧٢ .

(٢) رواه ابو داود والترمذي وقالا حديث حسن انظر نيـــل الاوطار ٦ : ٢٥٠ والمغني لابن قدامة ٤ : ٤٠٠ .

(٣) اخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن مـــاجة من حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي هريرة وأما عن سلمه بن الاكوع فقد تفرد به البخـــاري انظر مختصر سنن أبي داود ٥ : ١٦ ــ ١٧ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٠٠ والمهسوط ١٩ : ١٦١ .

(٥) المصدر السابق .

شروط الكفالة : (١) .

وشروط الكفالة أنواع : نوع يرجع الى الكفيل ، ونوع الى الأصيل ، ونوع يرجع الى المكفول له ، ونوع يرجع إلى المكفول به . وهذه الشروط منها ما هو شرط الانعقاد ، ومنها ما هو شرط النفاذ الذي يرجع الى المكفول به :

والذي يرجع الى المكفول به عند الحنفية نوعان :

النوع الأول : أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل سواء كان دينا أو عينا .

أما العين فنوعان :

أ) عين هي أمانة ، فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أم كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير ، وذلك لأن الكفالة أضيفت الى عينها وعينها ليست بمضمونة .

ب) عين هي مضمونة وهي نوعان :

١ ــ عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ، والمقبوض بالبيع الفاسد ، فتصح الكفالة ، لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ، واذا هلك رد مثله ان كان مثليا ورد قيمته ان كان قيميا حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل .

٢ ــ عين مضمونة بغيرها : كالمبيع قبل القبض والرهن فلا تصح الكفالة ، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه بدليل أنه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لما وجب عليه شيء ، ولكن يسقط الثمن عن المشتري ، وكذلك الرهن فانه اذا هلك في يد المرتهن فلا يجب عليه شيء ولكن يسقط من الدين بقدره فهو مضمون بغيره لا بنفسه (٢) .

أما الدين : فيشترط فيه أن يكون دينا صحيحا ثابتا في الذمة ، والدين الصحيح هو الذي لا يسقط الا بالأداء أو الابراء ، كدين القروض ، والثمن ، والاجرة ، والمهر ، وبدل الخلع ، وضمان المتلفات من الاموال ، ونفقة الزوجة المستدانة بالتراضي أو بقضاء القاضي (٣) .

---

(١) نذكر منها ماله علاقة ببحثنا فقط .

(٢) بدائع الصنائع ٦ : ٧ .

(٣) الحاوي القدسي : ٢٤٣ ب ، وخزانة الفقه : ٧١ أ وخلجج البحار : ٣١١ ب – ٣١٢ أ وبدائع الصنائع : ٦ : ٧ – ٩ والبحر الرائق : ٦ : ٢٣٥ – ٢٣٩ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٣٨٣ . وتحفة الفقهاء ٣ : ٤٠١ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ .

النوع الثاني : أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مقيدا ، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل .

وبالنتيجة : فان الكفالةبالمال صحيحة ولو مجهولاً ،سواء كان المكفول به معلوما أو مجهولا ، لأن مبناها على التوسعة فيحمل فيها الجهالة اليسيرة اذا كان دينا صحيحا ، واذا كان مجهولا فتصح لقوله تكفلت بالـــدين الذي لك عليه أو تكفلت بمـــالك عليه أو تكفلت بمالك عليه أو تكفلت بمـــا يدركك أي يلحقك في هذا البيع من غرامة الثمن وهذا يسمى ضمان الدرك .

ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الموجبة ، مثل أن يقول ما بعت فلانا فعلي ، ومـــا غصبك فلان فعلي ، وما ذاب لك فعلي (١) ، كما تصح الكفالة الى وقت مجهول ، كالحصاد، والدياس :والقطاف ، أو الى أن تمطر السماء ونحوها ، أو الى النيروز والمهرجان (٢) .

والمالكية ترى أن الغرر لا يؤثر في الكفالة فانهم يجيزون الكفالة بالمجهول ، وبكل مال ثابت في الذمة (٣) وقال الباجي : (الحمالة تصح في المعلوم والمجهول . . . . إن هـذه وثيقة بحق فصحت في المجهول كالشهادة بالوصية) (٤) .

وعند الشافعية يصح ضمان كل دين لازم ، كالثمن ، والأجرة ، وعوض القرض ، ودين السلم ، وأرش الجناية ، وغرامة المتلف ، لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن ، أمـــا ضمان المجهول فلا يصح ، لانه اثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع (٥) ، ولا تشترط الشافعيةأن يكون المضمون معلوما ، جنسا ، وقدرا ، وصفة ، وعينا في الجـــديد (٦) ، وضمان الدرك صحيح عند الشافعية ، وهناك من يقول : ان ضمان الدرك لا يصح لأنه ضمان ما يستحق من المبيع وذلك مجهول،

---

(١) الحاوي القدسي: ٢٤٣ب وخزانه الفقه٧١ب وفتح القدير٥ :٤٠٢ ، ٤٠٤ ، والبحر الرائق ٦ :٢٣٩ .
(٢) خليج البحار ٣١٢أ وخزانة الفقه ٧١ ب والحاوي القدسي ٣٤٣ ب وفتح القدير ٥ : ٤٠٥ والمبسوط ١٩ : ١٧٢ والبحر الرائق ٦ : ٢٣٩ .
(٣) بداية المجتهد ٢ : ٣٢٣ .
(٤) المنتقى للباجي ٦ :٨٣ .
(٥) المهذب للشيرازى ١ : ٣٤٧ .
(٦) مغني المحتاج ٢ :٢٠٢ .

والصحيح أنه يصح قولا واحدا ، لأن الحاجة داعية اليه وهو : أن يضمن للمشتري الثمن ان خرج المبيع مستحقا أو معيبا أو ناقصا (١) .

والشافعية لا تجيز تعليق الكفالة بشرط ، لأنه ايجاب مال لآدمي بعقد فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع كأن يقول اذا جاء رأس الشهر فأنا كفيل مـا على فلان وهذا أصح الأقوال ، والرأي الثاني يجوز لأن القبول في الكفالة ليس بشرط فجاز تعليقها كالطلاق ، وكذلك لا يجوز شرط الخيار في الكفالة للكفيل لمنافاته مقصودهما (ـ ولا حاجة اليه لأن الملتزم فيها على يقين من الغرر) (٢) .

والحنابلة لاتشترط كون المضمون معلوما ، لانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالاقرار ، وكذلك لا يشترطون كون المضمون واجبا اذا كان مآله الى العلم والوجوب فيصح ضمان مالم يجب اذا آل الى الوجوب لقوله تعالى : (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (٣) فهذه الآية أفادت ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن وجب ، ومن الأمثلة على ضمان المجهول مالو قال : ضمنت لك ما على فلان ، أو ما على فلان علي ، أو عندي صح ، أو قال : ضمنت لك ما تداينه بـه صح ، أو قال : ضمنت لك ما يقر لك به فلان ، أو ما تقوم لك بـه البينة عليه ، أو مـا يخرجه الحساب بينكما صح (٤) .

ولا تصح الكفالة الى أجل مجهول ، لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه ، كأن يقول كفلت الى مجيء المطر وهبوب الرياح فلا يصحان ، أما اذا جعله الى الحصاد ، أو الجذاذ ، أو العطاء ، فكالأجل في البيع ، والأولى صحتها في الكفالة لأنه تبرع مـن غير عوض جعل له أجلا لا يمنع من حصول المقصود منه كالنذر (٥) .

أما اذا كان التعليق بسبب الحق كـالعهدة ، والدرك ، ومالم يجب ولم يوجد سببه ، فان الكفالة تصح بـلا نزاع في ذلك كأن يقول : إن اقرضت فلانا فضمانه علي وأنا كفيل به (٦) .

---

(١) مغني المحتاج ٢ : ٢٠١ والمهذب للشيرازي ١ : ٣٤٩ .
(٢) مغني المحتاج ٢ : ٢٠٧ .
(٣) سورة يوسف ٧٢ .
(٤) كشاف القناع ٣ ٣٦٧ .
(٥) مطالب أولي النهى ٣ : ٣١٦ والمغني ٤ ٤١٨ وكشاف القناع ٣ ٣٧٦
(٦) مطالب أولي النهى ٣ : ٣١٧ .

والشيعة الامامية لاتشترط معرفة قدر الحق المضمون ، فلو ضمن مافي ذمتة صح على أصح الأقوال عندهم (لان الضمان لاينافيه الغرر) ، لانه ليس معاوضة لجوازه من المتبرع اذا أمكن العلم به بعد ذلك ، أما اذا لم يمكن العلم بـــه لم يصح قطعا كضمنت شيئا مما في ذمتـه (١) .

أما اذا علقت الكفالة بشرط متوقع أوصفة مترتبة بطلت الكفالة (٢) .

وتشترط الظاهرية أن يكون المضمون معلوم المقدار ، فاذا كان غير معلوم المقدار فالكفالة لاتصح كأن يقول له: أنا أضمن عنـــك مالفلان عليك لقوله تعـــالى : (لاَتَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ الاَّ اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ) ولقوله (٣) عليه السلام (انه لايحل مـــال مسلم الابطيب نفس منه) والتراضي وطيب النفس لايكون الا على معـــلوم القدر ، ولأنـــه غرر . وكذلك فـــانه لايصح عنـــد الظاهرية ضمان مال لم يجب ، كأن يقول له :أنا أضمن لك ماتستقرضه من فلان أوقال له : اقترض من فلان دينارا وأنا أضمنه عنك أوقال له :أقرض فلانا دينارا وأنا أضمنه لك ، وهو قول ابن ابي ليلى ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن ، لانه شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل ، ولما لم يجز الغرر والمخاطرة في البيوع وعدم جواز اصداق المرأة مالم يخلق بعد فكذلك لايجوز ضمان مـــالم يلزم بعد (٤) ، وكذلك الشيعة الزيدية فان المجهول القدر لاتصح الكفالة به (٥) .

الذي يرجع الى المكفول عند الحنفية :

ويشترط أن يكون المكفول قادرا على تسليم المكفول به ، اما بنفسه ، واما بنائبه عند الامام أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس ، وقال الصاحبان تصح ، وهذا هو الظاهر وأن يكون الاصيل معلوما فلو قال ضمنت ماعلى أحد المدينين لزيد وكانوا متعددين ، أو قال ضمنت بعين ، أوبنفس ، أوبعمل ، ولم يعين المضمون تعيينا تامـــا نافيا للجهالة الفاحشة فلا تصح الكفالة اتفاقا ، لان المضمون عليه مجهول ، ولأن جواز الكفالة بالعرف وهي

---

(١) اللمعة الدمشقية ٤ : ١١٤ ــ ١١٥ .
(٢) اللمعة الدمشقية ٤ : ١٥٥ .
(٣) سورة : النساء ٤ : ٢٩ .
(٤) المحلى ٨ : ١١٧ ــ ١١٨ .
(٥) البحر الزخار ٥ : ٧٦ .

على هذا الوجه غير معروفة ، ولايشترط بلوغ المكفول ، ولاعقله ، ولاحضوره بل تجوز الكفالة عن الصبي والمجنون والغائب ولكن الكفيل لايرجع على أحد هولاء بمايؤديه بل يعتبر متبرعا الا اذا كانت الكفالة عن الصبي المأذون له بالتجارة وكانت بأمره (١) .

الشروط التي ترجع الى المكفول به :

١) أن يكون معلوما فلا تصح الكفالة لأحد من الناس ، لأن المكفول له اذا كان مجهولا لايحصل ماشرع له الكفالة وهو التوثق .

٢) أن يكون في مجلس العقد على رأي أبي حنيفة ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر فيه ولو فضوليا لأن قبوله ركن عندهما . وقال أبو يوسف لايشترط حضوره لماسبق من أن الالتزام عنده يتم بايجاب الكفيل وحده فكان ايجابه كل العقد ، وقد استدل أبو يوسف على رأيه بالحديث الذي رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه ﷺ حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا : نعم درهمان ، فقال صلوا على .... (٢) وقال ﷺ (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه) فقد اعتبر الضمان وفاء عن الدين من غير قبول أحد وقول أبي حنيفة ومحمد هو المعتمد (٣) .

وعند المالكية اذا جهل المضمون له فان الكفالة تصح ، فاذا قال الضامن : أنا ضامن للدين الذي على زيد للناس والحال أنه لايعلم عين من له الدين فان الكفالة تصح (٤) .

والشافعية اشترطت معرفة المضمون له لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديدا وتسهيلا ، ولأن كثيرا من الناس لايوكل الا من هو أشدمنه في الطلب فيكون الموكل أسهل في ذلك غالبا ، ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعا لأن قضاء دين الغير بغير اذنه جائز فالتزامه أولى كما لايشترط معرفته في الأصح قياسا على رضاه ، ورأي آخر عند الشافعية يشترط ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر الى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أولا . ورد بأن اصطناع المعروف لاهله ولغير أهله معروف فلا يشترط وهو الأصح (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٦ .
(٢) انظر ص ١٦٦ من كتابنا ج ٢ .
(٣) بدائع الصنائع ٦ : ٦ .
(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٣٣٤ وجواهر الاكليل ٢ : ١١٠ .
(٥) مغني المحتاج ٢ : ٢٠٠ والتنبيه للشيرازي : ٧٤ .

وعند الحنابلة لايعتبر معرفة الضامن للمضمون له والمضمون عنه لأنه لايعتبر رضاهما فكذا معرفتهما (١) .

والشيعة الاماميه لاتشترط علم المضمون ، ولاعلم من المضمون له ، لأن الغرض ايفاؤه الدين وذلك لايتوقف على معرفته (٢) .

الكفالة في القانون :

تنص المادة (٧٧٨) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ ــ تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلــغ المكفول ، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي .

٢ ــ على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يبين مدة الكفالة ــ كان له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ (٣) .

فمن هذا النص نرى أن الكفالة تصح في الــدين المستقبل كالدين الناشيء من فتح اعتماد بمصرف مالي لم يفتح هذا الحساب بعد .

أما الكفالة في دين طبيعي فلا تصح به ، لأنه لا بــد في الكفالة أن تستند إلى دين تجوز فيه مطالبة المدين الأصلي به . أما الدين الطبيعي فهو أعزل من أداة للدفاع عنه .

وبعض الشراح يقولون بعكس ذلــك ويجيزون كفالة الدين الطبيعي استناداً الى المادة (٢٠١٢) من القانون الفرنسي الخاصة بصحة كفالة مفقود الأهلية إلا أن هذه المادة قد قررت في الوقت الذي لم يطلب فيه بعد الغاء التزام القاصر ، وهــذه مادة على خلاف القياس فلا يجوز الأخذ بها في الأحوال المشابهة .

وكذلك أجازت المادة للكفيل أن يرجع في الكفالة إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يبين مدة للكفالة والدين المكفول لم ينشأ (٤) .

---

(١) كشاف القناع ٣: ٣٦٦ ــ ٣٦٧ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤: ١١٨ ط النجف الاشرف .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٤٥٢ .

(٤) التأمينات للدكتور عبد السلام ذهني : ٩ ومجموعة الأعمال التحضيرية ٥ : ٤٥٢ ــ ٤٥٨ .

الفصل الرابع

أثر الغرر في عقود الاطلاقات

المبحث الأول

الوكالة

والكلام في الوكالة ينحصر في تعريفها وركنها وأصل مشروعيتها وشروطها .

تعريف الوكالـــه لغة :

وكلت الأمر إليه وكلا، من باب وعد، ووكولاً فوضته إليه واكتفيت به والوكيل فعيل بمعنى مفعول، لأنه موكول إليه ويكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ، ومنه (حَسْبُنَا اللهُ وَنِعْمَ الْوَكِيل) (١) والجمع وكلاء ووكلته توكيلا فتوكل قبل الوكالة وهي بفتح الواو والكسر لغة ، وتوكل على الله اعتمد عليه ووثق به واتكل عليه في أمره كذلك (٢).

والحاصل أنها في اللغة تطلق على الحفظ ومنه قوله تعالى (لا إلهَ إلاَّ هُو فاتَّخِذْهُ وَكيلاً) (٣) أي حافظاً كما يقول المفسرون ، وتطلق ويراد بهـــا تفويض التصرف إلى الغير (٤) كما في قوله تعالى: (وَعلَى الله فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ)(٥) وقوله: (إنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ) (٦) حاكياً عن هود عليه السلام أي فوضت أمري وجعلت أمري إليه ، وقوله: (وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللهِ فَهُوَ حَسْبُهُ) (٧) .

---

(١) سورة آل عمران ١٧٣ .
(٢) المصباح المنير ٢ : ١٠٤٠ .
(٣) سورة المزمل ٩ .
(٤) البحر الرائق ٧ : ١٥٢ .
(٥) سورة آل عمران ١٢٣ .
(٦) سورة هود ٥٦ .
(٧) سورة الطلاق ٦٥ : ٣ .

والفقهاء يريدون هذا المعنى ، وهو التفويض والاعتماد لكن بقيود تجعله أخص من المدلول اللغوي . ويريدون المعنى الثاني وهـو الحفظ ، فالوكالة إذن ، تفويض للتصرف والحفظ الى الوكيل .

ومعناها شرعاً : اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم يملكه(١).

أركان الوكالة :

والوكالة شأنها كشأن سائر العقود فركنها هو الايجاب والقبول ، وليس لها ألفاظ مخصوصة بل كل لفظين يدلان على اقامة شخص غيره مقامه في التصرف يصلحان أن يكونا إيجاباً وقبولاً ، فلو قال وكلتك في هذا كـان وكيلا بحفظه لأنه الأدنى فيحمل عليه أو أذنت لك أن تفعل كـذا ونحوه فيقول الوكيل قبلت وما يجري مجراه ، فإذا لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد فلو وكل انساناً بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم (٢) .

أصل مشروعية الوكالة :

والوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب: فقوله تعالى: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا) (٣) ، فإجـازت العمل إنما بحكم النيابة عن المستحقين ، وقـوله تعالى : (فَابْعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرَقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ)(٤). وهذه وكالة ، وقوله تعالى :(فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِها إِنْ يُرِيدا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا) (٥) .

أما السنة :

١) فماروى أبو داود والأثرم وابن ماجة عن الزبير بن الخريت، عن أبي لبيد لمازة بن زبار عن عروة بن الجعد قـال (عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينـاراً . فقال :

---

(١) البحر الرائق ٧ : ١٥٢ وابن عابدين ٥ : ٥١٠ ومجمع الأنهر ٢ : ٢٢١ .
(٢) بدائع الصنائع ٦ : ٢٠ والبحر ٧ : ١٥٢ .
(٣) سورة التوبة ٩ : ٩٠ .
(٤) سورة الكهف ١٨ ـ ١٩ .
(٥) سورة النساء : ٣٥ .

ياعروة إئت الجلب فاشتر لنا شاة . قال : فأتيت الجلب فساومت صاحبه. فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما ، أو أقودهما ، فلقيني رجـــل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار . فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة . فقلت : يا رسول هـــذا ديناركم ، وهذه شاتكم قـــال : وصنعت كيف ؟ قـــال : فحدثته بالحديث . قـــال : اللهم بارك له في صفقة يمينه) (١) .

٢) عن جابر بن عبد الله قال (أردت الخروج الى خيـــبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له : إني أردت الخروج الى خيبر . فقال ائت وكيلي ، فخذ منه خمسة عشر وسقا . فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته (٢) .

٣) وروى عنه ﷺ (أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة) (٣) .

أما الاجماع : مانراه من توكيل المسلمين بعضهم بعضا في قضاء مصالحهم من الصدر الأول الى الآن ، ولأن الحاجة داعية الى ذلك اذ لايمكن كل واحد فعل مـــا يحتاج اليه فدعت الحاجة اليها (٤) .

شروط الوكالة : وهي ثلاثة أنواع :

١ ــ نوع يرجع الى الموكل .

٢ ــ نوع يرجع الى الوكيل .

٣ ــ نوع يرجع الى الموكل به .

النوع الأول :

ويشترط فيه شرط واحد ، وهو أن يكون ممن يملك فعل مـا وكل به بنفسه ، لأن التوكيل تفويض ويترتب على ذلك أنه لايصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقـل أصلا لانعدام الأهلية. ولا من الصبي المميز في التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كالطلاق والعتاق ، والهبة ، والصدقة ، ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غـــير

---

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود ، نيل الأوطار ٥ : ٢٨٥ وانظر المغني ٥ : ٦٣

(٢) رواه أبو داود والدار قطني ، نيل الاوطار ٥ : ٢٨٤ وانظر المغني ٥ : ٦٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥ : ٦٣ .

(٤) المغني لابن قدامة ٥ : ٦٣ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٥٠٩ ج ٣ : ٥٥ .

اذن المولى ، ويصح موقوفا على الاجازة في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر إن كان محجوراً عليه وإلا كان التوكيل نافذاً (١) .

النوع الثاني :

ما يرجع الى الوكيل : ويشترط فيه شرطان :

الأول : أن يكون عاقلا ، فلا تصح وكالة المجنون ، والصبي ، الذي لايعقل وتصح وكالة الصبي المميز والعبد المأذون ، لأن البلوغ والحرية ليسا بشرط لصحة الوكالة وقد صح أن الرسول لما خطب أم سلمه لنفسه وكان أولياؤها غيبا ــ فزوجها أبنها عمرو بن أم سلمه وكان صبيا (٢) . وعند الشافعية أن وكالة الصبي لا تصح ، لانه غير مكلف كالمجنون (٣) والفرق بين الصبي والمميز فرق بعيد ، لأن الصبي المميز له حظه من العقل الذي به تكون له أهليه الاداء في التصرفات الشرعية ، بخلاف المجنون الذي لا أهليه أداء له لعدم العقل .

الثاني : علم الوكيل أو من يتعاقد معه بالتوكيل ، فاذا لم يعلم به واحد منهما ، كان العقد موقوفا على الاجازة ، أما علم الوكيل شخصيا فقد اختلف فيه ، فقيل يشترط وقيل لايشترط وعلى هذا الخلاف يترتب أنه لووكل زيد بكراً وهو غائب في بيع داره بحضور خالد فاشتراها خالد من بكر دون أن يعلمه بأن زيداً وكله ببيعها فعلى القول الأول يقع العقد نافذاً ، وعلى القول الثاني يقع العقد موقوفا على الاجازة ، لعدم صحة التوكيل (٤) .

النوع الثالث :

ما يرجع الى الموكل به :

أثر الغرر فيه عند الحنفية : فالذي يرجع الى الموكل به بأنه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز . فقد قسمها علماء الحنفية الى قسمين : قسم في حقوق الله تعالى والقسم الثاني في حقوق العباد (٥) .

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ٢٠ والبحر ٧ : ١٥٣ والهداية مع فتح القدير ٦ : ١٠٨ ، خزانة الفقه ـ ٦٥ / ب ومجمع الانهر ٢ : ٢٢١ . ومجمع الضمانات : ٢٤٣

(٢) بدائع الصنائع ٦ : ٢٠ والهداية مع فتح القدير ٦ : ١٠٢ .

(٣) مغني المحتاج ٢ : ٢١٨ وشرح المنهج مع حاشية البجيرمي .

(٤) بدائع الصنائع ٦ : ٢٠-٢١ .

(٥) نقتصر على حقوق العباد وبما فيه الغرر فقط .

أما الوكالة في حقوق العباد فأنواع منها الوكالة في الخصومة ، وفي اثبات الدين ، وفي العين وفي الحقوق ونوع الوكالة في قبض الدين ، ونوع الوكالة في الشراء ، ونوع الوكالة في البيع .

وجملة الكلام أن الوكالة على ضربين : وكالة عامة ووكالة خاصة .

فالوكالة العامة : هي أن ينيب شخص غيره انابة عامة وليس في عمل خاص ، كأن يقول شخص لمن يوكله وكلتك عني في تصرفاتي كلها ، أو أنت وكيلي في كل شيء وهذا النوع من الوكالة صحيح عند فقهاء الحنفية ، لأن الانسان قد يكون عاجزاً عن اتيان أي عمل من أعماله فلو لم يبح له هذا النوع من الوكالةلأدى الى الحرج حيث يحتاج الىتوكيل وكلاء كثيرين ، أو يضطر الى توكيل خاص لكل عمل من الأعمال وفيه من المشقة ما لا يحصى .

والوكالة الخاصة : هي أن ينيب الشخص غيره في تصرف معين ، كأن يقول لمن يوكله وكلتك في بيع أرضي أو تأجيرها وما أشبه ذلك .

الوكالة العامة في الشراء :

فلو قال الموكل للوكيل اشتر لي كل ما يلزمني أو اشتر لي ماشئت أو مارأيت فانها تصح مع الجهالة الكثيرة ، لأنه فوض الرأي اليه فصار بمنزلة المضاربة .

الوكالة الخاصة في الشراء :

فيشترط أن يكون الموكل به معلوماً فاذا كان مجهولا فالقياس أن الوكالة لاتصح مالم يذكر الجنس ، وقدر الثمن ، والصفة ، كما في البيع ،وفي الاستحسان أن الجهالةاليسيرة لا تمنع (١) .

الجهالة القليلة والكثيرة :

الجهالة القليلة :

وتقل الجهالة اذا كان أسم ما وكل بشرائه لايتناول الا نوعا واحداً وذكر في هذا النوع أحد أمرين : إما الصفة ، وإما مقدار الثمن .

---

(١) تحفة الفقهاء ٣ : ٣٩٠ والرسائل الزينية الرسالة الرابعة ٥٩ ـ ٥١٠ .

فاذا قال الموكل للوكيل اشتر لي سيارة أو ساعة فإذا بين صفة السيارة ، أو ثمن السيارة بأن قال سيارة أمريكية أو ايطالية جاز ، لأن الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل . وإذا قال اشتر لي سيارة ولم يبين للوكيل صفتها ، ولا ثمنها . فقالوا : يجوزلأن النوع لم يختلف ، ولأن الصفة تكون معلومة بحال الموكل . أما اذا تعدد النوع بأن قال اشتر لي شاة أو بقرة أو فرسا ولم يبين للوكيل صفة ولا ثمنا فانه لا يجوز،لأن الوكالة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل،لأنه لابد أن تكون الصفة معلومة أو الثمن معلوما(١).

الجهالة الكثيرة :

وتكون اذا كان الاسم يتناول أنواعا مختلفة أو يتناول ما في حكم الأنواع المختلفة ، وعندئذ لا تجوز الوكالة وان بين مقدار الثمن ، أو الصفة ، أو كلاهما ، ما لم يبين مع الصفة أو مقدار الثمن نوعا منه .

فاذا قال الموكل : اشتر لي حيواناً ، أو مملوكا ، أو دابة ، أو ثوبا ، فأنه لا يصح لأن الدابة تشمل الفرس ، والحمار ، والبغل، والبقر وغيره . والثوب فمنه الحرير ، والقطن والصوف ، والكتان ، فالاسم اذن يقع على أنواع مختلفة،وكذلك اذا وكله بشراء جواهر وكذلك اذا وكله بشراء حنطة لا تجوز الوكالة مالم يبين الثمن أو عدد القفزان (٢) .

ومن هنا يتبين لنا أن الحنفية يغتفرون من الغرر في الوكالة ما لا يغتفرون في البيع فان ما اعتبروه هنا جهالة يسيرة في الوكالة ، هي جهالة فاحشة في البيع ، عند معظم علماء الحنفية .

---

(١) تحفة الفقهاء ٣ : ٣٩٠ — ٣٩١ والبحر الرائق ٧ : ١٦٧ وبدائع الصنائع ٦ : ٢٣ وخليج البحار ٣٣٦/أ والحاوي القدسي ٢٣٨/ب وابن عابدين ٥ : ٥١٥ ، ودرر الحكام ٢ : ٢٨٥ وغنية ذو الاحكام في بغية درر الحكام ٢ : ٢٨٥ . ومجمع الانهر ٢ : ٢٢٧ والدر المنتقى في شرح الملتقى ، وكشف الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشيتا صدر الشريعة وتاج الشريعة عليه ٢ : ٩٤—٩٦ .

(٢) تحفة الفقهاء ٣ : ٣٩٠_٣٩٢ والبحر الرائق ٧ : ١٦٨ وبدائع الصنائع ٦ : ٢٣—٢٤ وخليج البحار ٣٣٦أ — ٣٣٦ب والحاوي القدسي ٢٣٨ ب ، وابن عابدين ٥ : ٥١٥—٥١٦ ، ودرر الحكام ٢ : ٢٨٥ وغنية ذو الاحكام في بغية درر الحكام ٢ : ٢٨٥ ومجمع الأنهر ٢ : ٢٢٧ والدر المنتقى في شرح الملتقى وكشف الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشيتا صدر الشريعة وتاج الشريعة ٢ : ٩٣ _ ٩٤ .

وتجيز الحنفية أن تكون الوكالة معلقة ، وهي التي تكون صفتها معلقة على حصول شيء آخر بأداة من أدوات التعليق كإن واذا ، مثال ذلك أن يقول الموكل للوكيل : ان لم أحضر غدا من السفر فأنت وكيلي في ادارة أموالي ، أو اذا بلغ سعر الكيلو من الزيت كذا فأنت وكيلي في بيع مائة تنكة زيت بهذا السعر ، فهذه الوكالة يترتب عليها أثرها وقت وجود الشيء المعلق عليه ، أما قبل وجوده فلا يكون لها أثر ولا حكم .

وتجوز الوكالة المضافة ، وهي التي تكون الصيغة فيها مضافة الى زمن مستقبل ، كأن يقول شخص لآخر وكلتك بشراء كذا في أول الشهر القادم ، فهذه الوكالة تتحقق من الآن ولكن ليس للوكيل حق التصرف الا في الوقت المضاف اليه العقد (١) .

والوكالة عند المالكية ضربان : خاصة وعامة وهي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لايسمى فيه شيء دون شيء وإذا سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض (٢) وتكون خاصة كوكلتك على كذا فيختص بما وكل ، وقال ابن عرفه : وشرط صحة الوكالة علم متعلقها خاصا أو عاماً بلفظ ، أو قرينة ، أو عرف خاص ، أو عام ، فلو أتى بلفظ التوكيل مطلقا كأنت وكيلي أو وكلتك فطريقان : الأول : لغو لم يفد شيئاً وهو قول ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب .

الثاني تكون الوكالة مفوضة في كل شيء اذا لم يسم فيها شيء (٣) وعلى الطريق الأول حتى يفوض للوكيل بأن يقول الموكل وكلتك وكالة مفوضة أو في جميع أموري أو في كل شيء أو نحو ذلك أو يعين له بنص أو قرينة في شيء خاص كنكاح أو بيع أو شراء لخاص أو عام (٤) .

وللوكيل المفوض التصرف في كل شيء لموكله الا في أربعة مسائل وهي : طلاق زوجة موكله ، وتزويج بكر موكله ، وبيع دار سكناه ، وبيع عبد خدمة موكله ، فهذه الاربعة لا يد لواحد منها في وكالة التفويض العامة الجامعة ، لأن العرف قاض بأنها

---

(١) البحر الرائق ٧ : ١٥٣ وبدائع الصنائع ٦ : ٢٠ ومجمع الضمانات ٢٦٠ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٣٢٦ وجواهر الاكليل ٢ : ١٢٦ .

(٣) ميارة ١ : ١٣١ — ١٣٢ وبلغة السالك ٢ : ١٨٣ وبداية المجتهد ٢ : ٢٣٦ ، وجواهر الاكليل ٢ : ١٢٦ .

(٤) الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك ٢ : ١٨٣ وجواهر الاكليل ٢ : ١٢٦ .

لا تندرج تحت عموم الوكالة ، وانما يفعلها الوكيل بإذن خاص (١) وينصرف الوكيل في الوكالة العامة بما فيه مصلحة تعود بتنمية المال ، لا التصرف بما لا ينميه كالتبرعات ، والعتق ، والهبة ، والصدقة ، لأن هذا سفه وفساد ولم يأذن الشرع في السفه فاذا تصرف في مثل ذلك فينبغي أن يضمن الوكيل أو لا يحل له .

أما الوكيل في الوكالة المخصوصة فليس له أن يتصرف الا فيما وكل به ، وليس له أن يوكل غيره باتفاق علماء المالكية الا أن يجعل الموكل له ذلك ، ويستثنى من ذلك مسألتان :

الأولى : أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه ، كمن وكل رجلا شريفا معروفا بالجلالة والقدر على بيع دابة مثلا فله أن يوكل غيره ، لأنه لما كان يتصرف في هذا لنفسه كان ذلك قرينة على وكالة غيره كالتصريح باجازة التوكيل .

الثانية : أن يوكله على أمور كثيرة لا يمكن الوكيل أن ينشغل بها لأنه بالعادة قد أذن له في التوكيل (٢)

فالمالكية كالحنفية في اجازة الوكالة العامة الا أن المالكية تستثني مسائل كما لاحظنا وانما مرد هذه المسائل العرف ، والوكالة الخاصة تجوز مع جهالة الموكل به وانما يعينه العرف .

وتشترط الشافعية أن يكون الموكل فيه معلوما ولو بوجه ، كأن يقول وكلتك في بيع أموالي وعتق أرقائي ان كان له مال أو أرقاء ولكنها غير معلومة لقلة الغرر (٣) ، أما اذا وكله في كل قليل وكثير لم يصح لأنه يدخل فيه ما يطيق وما لا يطيق فيعظم الضرر ويكثر الغرر ، أما اذا وكله في بيع جميع ماله وقبض جميع ديونه صحت الوكالة ؛ لأنه يعرف ماله ودينه ، وان قال بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديوني جاز ، لأن الوكيل اذا عرف مال الموكل عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر (٤) . وكذلك

---

(١) جواهر الاكليل ٢ : ١٢٦ وحاشية أبي علي الحسن بن رحال بهامش مياره ١ : ١٣٢ .

(٢) مياره ١ : ١٣٢ — ١٣٣ .

(٣) منهج الطلاب مع حاشية البجيرمي ٣ : ٥٣ .

(٤) المهذب ١ : ٣٥٧ وشرح المنهج مع حاشية البجيرمي ٣ : ٥٣ — ٥٤ وفتح الوهاب ١ : ٢١٩ ومغني المحتاج ٢ : ٢٢٣ ، والتنبيه للشيرازي ٧٦ والوجيز ١ : ١١٣ ، وقليوبي وعميره ٢ : ٣٣٩ والشرقاوي على التحفة ٢ : ١٠٦ — ١٠٧ ونهاية المحتاج ٥ : ٢٦ والأم ٣ : ٢٣٣ .

الشافعية اذا جهل مقدار الثمن أو جهل النوع كثر الغرر ، واذا عـــرف النوع ، ومقدار الثمن ، قل الغرر ، فاذا قال اشتر لي عبدا تركيا لا يصح ، لأن فيه مـــا يكون منه بمائة دينار ، ومنه ما يكون بعشرة دنانير فيكثر الغرر وان قال اشتر عبدا بمائة لم يصح ، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر أما اذا ذكر الثمن والنوع بأن قال اشتر لي عبدا تركيا بمائة فانه يقل الغرر ، واذا ذكر النوع ولم يذكر الثمن فقد اختلف فيه على وجهين: كأن يقول اشتر لي عبدا تركيا .

الأول : يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً فيقل الغرر وهذا قول أبي العباس .

الثاني : لايصح لاختلاف الثمن ، فمنه ما يكون بألف ، ومنه ما يكون بمائة فيكثر الغرر (١) .

أما تعليق التصرف كأن يقول وكلتك الآن في بيـــع السيارة ولا تبعها حتى يجيء رجب فالتعليق يصح ، لأنه إنما علق التصرف فليس له بيعها قبل مجيئه (٢) ، أمـــا تعليق الوكالة على شرط مستقبل فلا يجوز على أصح الأقوال ، لأنه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والإجارة، والرأي الثاني أن هذا التعليق يصح كالوصية، لأنه أذن في التصرف .

والواقع أن هذا ليس بدليل ، لأن الوصية لايؤثر فيها غرر الجهالة فـــلا يؤثر فيها غرر الشرط بينما الوكالة تؤثر الجهالة في ابطالها فأثر غرر الشرط ، ومع ذلك فإذا علق الوكالة على شرط مستقبل فعقد الوكالة فاسد كما قلنا ، الا أنه إذا وجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف ، لأن الإذن قائم وتصرفه إنما كان بإذن (٣) .

والحنابلة ترى أن لايصح عندهم الوكالة الا في تصرف معلوم ، ولا يصح التوكيل في كل قليل وكثير أو في كل تصرف يجوز لي ، أو في كل مالي.. فالتصرف فيه لم يصح،

---

(١) المهذب للشيرازي : ١ : ٣٥٧ والتنبيه : ٧٦ وقليوبي وعميره٢ : ٣٤٠ والسراج الوهاج :٢٤٨
(٢) شرح المنهج مع حاشية البجيرمي ٣ : ٥٥ وفتح الوهاب ١ : ٢٢٠ وقليوبي وعميرة ٢ : ٣٤٠
(٣) شرح المنهج مع حاشية البجيرمي ٣ : ٥٥ والمهذب ١ : ٣٥٧ وفتح الوهاب ١ : ٢٢٠ والتنبيه : ٧٦ والوجيز ١ : ١١٤ وفيض الاله المالك مع عمدة السالك وعدة الناسك ٢ : ٥٠

وذكر الأزجي أن هذا اتفاق الأصحاب ، لأنه يدخل فيه كل شيء من هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق ارقائه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة فيعظم الغرر والضرر،ولأن التوكيل لابد أن يكون في تصرف معلوم وهذا كما عند الشافعية والحنفية (١) ، وأجازه إبن أبي ليلى ، ويملك بهذه الوكالة كل ما تناوله لفظه ، لأنه لفظ عام فصح فيما يتناوله وصار كما لو قال بع لي كله (٢) .

أما لو قال : وكلتك في كل قليل وكثير من مالي وقبض ديوني فان الوكالة تصح ، كقوله بع مالي كله (لانه لا يعرف ماله وديونه ، فيقل الغرر (٣) والظاهر عدم الصحة ، لأن هذا القيد لم يخرج الاطلاق نسائه فقط ودخل في هذا القيد عتق عبيده ، وهبة ماله، وسائر التصرفات ، وهو غرر عظيم . ولعل المراد هو تفويض التصرف في المال ببيع أو شراء أو ايجار فهذا يقل الغرر فيه وصار كما لو قال بع مالي كله لأنه قد يعرف ماله .

ولا يصح التوكيل عند الحنابلة اذا قال : اشتر ما شئت ، أو اشتر عبدا بما شئت حتى يبين النوع ، وقدر الثمن ، كالحنفية ، لأن الغرر لا ينتفي الا بذكر الشيئين ، بينما في المثال السابق يكثر فيه الغرر لجهالة النوع ومقدار الثمن . أما اذا كان مقدار ثمن المبيع معلوما بين الناس ككيل وموزون لأنه لا غرر فيه ولا ضرر (٤) .

قال القاضي : لا يشترط ذكر قدر الثمن اذا ذكر النوع ، لأنه قد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الغرر ولأن تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد بقدر الثمن .

قال أبو الخطاب : لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد وانما تتميز بالثمن ، فيذكر له أكثر الثمن وأقله (٥) .

---

(١) مطالب أولي النهى ٣ : ٤٤٢ — ٤٤٣ والمغني ٥ : ٦٩ وكشاف القناع ٣ : ٤٨٢ ، وهداية الراغب : ٣٦٦ والروض المربع : ٢٠٨ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ : ٩٦ :

(٣) مطالب أولي النهى ٣ : ٤٤٣ وكشاف القناع ٣ : ٤٨٢ .

(٤) مطالب أولي النهى ٣ : ٤٤٣ وهداية الراغب ٣٦٦ والروض المربع ٢٠٨ .

(٥) المغني لابن قدامة ٥ : ٦٩ وكشاف القناع ٣ : ٤٨٢

وتصح الوكالة عندهم مؤقته كأنت وكيلي شهراً ، كما تصح أيضـاً معلقة بشرط ، نحو اذا قدم الحاج فافعل كذا ، أو اذا جاء الشتاء فاشتر لنا كذا ، أو اذا طلب أهلي منك شيئا فادفعه اليهم ، واذا دخل رمضان فقد وكلتك في كذا ، واذا جـاء الأضحى فاشتر لنا أضحية ونحوه(١) لأن النبي ﷺ قال : أميركم زيد ، فان قتل فجعفر ، فان قتل فعبد الله ابن رواحه) وهذا في معناه ، ولأنه اذن في التصرف فأشبه الوصية والتأمير (٢) .

والشيعة الامامية تشترط التنجيز ، فلو علقت على شرط متوقع كقدوم المسافر ، أو صفة مترقبة كطلوع الشمس لم يصح . اما اذا قال وكلتك في كـذا ولا تتصرف الا بعد شهر ، فانه يصح ، لانه بمعنى اشتراط أمر سائغ زائد على أصلها الجامـع لشرائطها التي مـن جملتها التنجيز وان كان في معنى التعليق ، وذلك أن العقود التي مصدرها التشريع منوطة بضوابط فلا تقع بدونها وان أفاد فائدتها (٣) .

ولا تصح الوكالة عند الشيعة الزيدية الا اذا كان ما وكل به معلوما ، واذا وكله في كل شيء فالوكالة فاسدة كالشافعية والحنابلة ، لأنها تتضمن ضررا أو غررا . ولا تصح الوكالة فيما عظمت جهالته كوكلتك في كل قليل وكثير وصامت وناطق ومنقول وغيره . أما الوكالة الخاصة ، فانها لا تصح فـيما عظمت جهالته كما لو وكله بشراء حيوان ، فان عين الجنس وتحتـه أنواع لم تصح الوكالة الا مع ذكر النوع ، أو الثمن ، كالحنفيـة ، والشافعية ، والحنابلة ، كعبد تركي أو ثمنه كذا لقلة الجهالة حينئذ(٤) .

وتفرق الاباضية بين الخـلافة والوكالة ، فالخلافة مثل أقمتك مقـامي في كل شيء وأنبتك عن نفسي في كل شيء . والوكالة مثل وكلتك في كذا وأقمتك أو أنبتـك عني في كذا ، ولا أرى فائدة لهذا التفريق ، وعباراتهم مضطربة فعـلا ولم أر لهم تحديد معـين للتفريق بين الخلافة والوكالة ، فتارة يقولون : (وقد يسمى الاستخلاف توكيلا والامارة توكيلا) وفي موضـع آخر (الخلافة والوكالة في البيع والشراء) ، وإنني أعتبر الوكالة والخلافة بمعنى واحد وهو الوكالة ، وعندهم ، أن الوكالة تنقسم الى قسمن ، وكالة عامة

---

(١) كشاف القناع ٣ : ٤٦٢ ومطالب أولي النهى ٣ : ٤٢٨ — ٤٢٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ : ٦٨ والروض المربع ٢٠٥ :

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية : ٤ : ٣٦٨ ، ٣٦٩ ط النجف الاشرف .

(٤) البحر الزخار : ٥ : ٥٤ ـ ٥٧ .

وقد أخذوا بها ومثالها المثال المتقـــدم ، ووكالة خاصة بأن يوكل واحـدا ويشترطون أن يكون الموكل منه معلوما ، الا أنهم يغتفرون في الوكالة بعض أنواع الجهالة ، اذ يجوز أن يوكل واحدا معينا ، أو غير معين أو بيع شيء واحد ، لا بعينـه ، أو اثنين لا بعينهما ، أو ثلاثة لا بعينهم ، وهكذا من جهالة أو من غير جهالة أو كذا كيـلا مما يكال أو كذا وزنا مما يوزن وان لم يعين ثمنا ، ومنع بعضهم عدم ذكر الثمن وعدم تعيين المبيـع ، لان في عدم ذكر المثمن جهلا وفي عدم تعيين المبيع جهلا ، وبعضهم أجاز شراء جمال بدون تعيين عدد ويشتري الوكيل ثلاثة وهو أقل الجمع وهو أقل ما يصدق عليه كلام الموكل .

ولا يجوز التوكيـل الى أجـل مجهول ، فلو قال وكلتك أن تشتري لي كذا وكذا أو تبيع لي كذا وكذا من هذا الوقت الى وقت الحصاد أو الى قدوم الحاج أو الى نزول المطر وما أشبه ذلك من الآجال المجهولة .

أما اذا كان الأجل معلوما كوكلتك من الآن الى وقت معلوم كرمضان ، فالوكالة جائزة وكذلك يجـوز اذا علق الى معـين كوكلتك ان تبيـــع مالي أو تشتري لي اذا كان الحصاد ، أو قدم المسافر ، أو نزل المطر ، وكذلك لا تجوز الوكالة في ما لا يـــقدر على سليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب والمسروق (١) .

---

(١) شرح النيل ٤ : ٦٩٣ ، ٦٩٧ ، ٦٩٨ ، ٧٠٥ ، ٧٠٩ ، ٧١٢ .

المبحث الثاني

الوكالة في القانون

الوكالة العامة عند القانونيين :

تنص المادة (٧٠١) من التقنين المدني المصري على مايأتي :

(١ ــ الوكالة الواردة في ألفـاظ عامة لاتخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، لاتخول الوكيل صفة الا في أعمال الادارة) .

(٢ ــ ويعد من أعمال الادارة الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخـل فيها أيضا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الادارة . كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذي يسرع اليه التلف، وشراء مايستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله) (١).

فالوكالة العامة : هي التي لاتشتمل على بيان عمل معين بذاته بل يقتصر فيها على ذكر انابة الموكل الوكيل في أعماله أي الموكل . فيقول الموكل للوكيل مثلا ، وكلتك في ادارة اعمالي أو في ادارة مزرعتي أو متجري ، أو وكلتك عني في جميع أعمـالي أو في مباشرة جميع ماتراه صالحا لي أو جعلتك وكيلا مفوضا عني . وعلى كل حـال فالوكالة العامة لاتخول الوكيل صفة الا في أعمال الادارة ولايجوز للوكيل أن يقوم بأي عمل من أعمال التصرف تبرعا كان أومفاوضة الا اذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الادارة ، فلايجوز للوكيل وكالة عامة أن يهب مال وكله ولابعضه ولايقرضه ولايصالح عليه أو يرهنه أو يرتب عليه أي حق عيني ولا أنيبيع مال الموكل .

والخلاصة : أن الوكالة العامة هي التي ترد على أعمال الادارة ولاترد على أعمـال التصرف، لأن التصرف يحتاج الى وكالة خاصة. ولذانرى أن الفقرة الثانية من المادة(٧٠١)

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية : ٥ : ١٩٣

ذكرت طائفة من أعمال الادارة لاعلى سبيل الحصر وانما هي من أبرز أعمال الادارة وأبرزها الايجار لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات ، وأعمال الحفظ والصيانة ، ورفع الدعوى المستعجلة والتأمين من الحوادث ومن الحريق التي جرى العرف أن تعتبر من أعمال الادارة ... الخ الا أن هذه الفقرة لاتقتصر على أعمال الادارة بل تمتد أيضا الى أعمال التصرف اذا كانت أعمال الادارة تقتضيها ، كبيع المحصول وقبض ثمنه ، وبيع البضـــاعة وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف ، وقبض أثمان ذلك كله ، وشراء مـــا يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغـــلاله كشراء أدوات الزراعة اللازمة والأسمدة . . . وله أن يستغل ما بيده من مال للموكل في وجوه الاستغلال المختلفة مما يدخل في نطـــاق الادارة الحسنة كشراء العقـــار والمنقول اذا كانت مصلحة الموكل في ذلك واضحة وقد تشتمل بعض أعمال التبرع كالمنح والهدايا المألوفة التي تعطى للخدم والمستخدمين وله أن يصـــالح على حقوق موكله المتعلقة بالادارة (١) .

الوكالة الخاصة :

تنص المادة (٧٠٢) من التقنين المدني على ما يأتي :

(١ ــ لا بد من وكالة خاصه في كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمـــام القضاء) .

٢ ــ والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الاعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل من التبرعات) .

٣ والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة الا في مباشرة الأمور المحدودة فيهـــا ، وما تقتضيه هذه الامور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري (٢) .

فالوكالة الخاصة ، هي التي يكون موضعها عملا معينا كبيع ، أو شراء ، أو هبة ، أو في دفع حصة في الشركة ، أو في الإقراض ، أو في الصلح ، أو في الرهن ، أو في ترتيب حق انتفاع ، أو حق إرتفاق ، أو أي حق عيني آخر أصلي أو تبعي ، ويجوز أن تقتصر

---

(١) الوسيط ٧ : ٤٣٢ ــ ٤٣٨ وشرح القانون المدني للدكتور احمد فتحي زغلول ٢٩٣ ــ ٢٩٤ والعقود المدنية الصغيرة للدكتور كامل موسي ٤٢٢ ــ ٤٣٠ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ : ١٩٥ ــ ١٩٦ .

الوكالة الخاصة على تصرف واحد من هذه التصرفات . وبهذا فان أعمال التصرف هي من أعمال الوكالة الخاصة ولا يجوز فيها الوكالة العامة .

التمييز في أعمال التصرف بين المعاوضات والتبرعات :

فالمعاوضات كالبيع والرهن يصح أن تكون الوكالة فيها دون تحديد للمحل الذي يقع عليه التصرف ، فهي خاصة في نوع التصرف ، وعامة في محله ، فيجوز أن يوكل شخص آخر في بيع منزل معين ، كما يجوز أن يوكله في البيع بوجه عام ، فيكون للوكيل في هذه الحالة صفة في بيع أي مال للموكل بل في جميع أمواله . ولكنه ليس له أن يرهن هذه الأموال أو أن يصالح عليها أو أن يتصرف فيها غير البيع لانها تحتاج هذه التصرفات الى توكيل خاص .

أما التبرعات : كالهبة ، والإبراء ، فالوكالة فيها خاصة في نوع التصرف وخاصة في محله فلا بد للموكل من أن يعين للوكيل المال الذي وكله في هبته أو الدين الذي وكله في الابراء فيه فيذكر أنه وكله في هبة سيارة معينة او ابراء مدين معين من الدين الذي له في ذمته ومقداره كذا ، أو تاريخه كذا ، أو وصفه كذا، ويصفه بما يعينه تعيينا كافيا .

وهذا التفريق بين المعاوضات والتبرعات يرجع الى أن التبرعات أشد خطورة من المعاوضات ولذا يجب أن يكون التوكيل فيها محددا تحديداً أدق من التحديد في المعاوضات ، فيعين نوع التصرف ومحله معا حتى لا تطلق حرية الوكيل في التبرع بمال موكله كما يشاء (١) والذي أراه أن الوكالة بنوعيها لا يشترط فيه تحديداً ما وكل به ، واترك التحديد للعرف ، فهو الذي يحدد بما يكون فيه المصلحة .

---

(١) الوسيط ٧ : ٤٣٨ ـ ٤٤٨ ، وشرح العقود المدنية للدكتور احمد فتحي زغلول : ٢٩٣ ـ ٢٩٤ والعقود المدنية الصغيرة للدكتور كامل مرسي ٤٢٠ ـ ٤٢٢ .

الفصل الخامس

أثر الغرر في عقد النكاح

ويكون الغرر في عقد النكاح في مبحثين أساسيين لها علاقة بالمال وهما :

١) أثر الغرر في الصداق . ٢) أثر الغرر في بدل الخلع .

المبحث الاول

أثر الغرر في الصداق

تعريف الصداق : (١)

هو المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عند الاقتران بها في عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة أو دخول مبني على عقد فاسد .(٢) .

الأصل في مشروعيته : الكتاب ، والسنة ، والاجماع .

أمـــا الكتاب فقوله تعالى : (وَأُحِلَّ لَكُمْ مـــا وَرَاءَ ذَالِكُمْ أَنْ تَبْتَغُو بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ) (٣) . وقولـــه تعالى (وَآتُوا النِّسَاءَ

---

(١) وللصداق تسعة أسماء الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ، والفريضة ، والأجر والعلائق ، والعقر ، والحباء ، وقدروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ادوا العلائق : (قيل : يا رسول الله ، وما العلائق ؟ قال : مايتراضى به الاهلون) اخرجه الدار قطني والبيهقي من حديث ابن عباس ، وقال عمر : لها عقر نسائها . انظر المغني لابن قدامة ٧ : ٢٠٩ .

(٢) والصداق جعله الشارع الحكيم واجبا في الزواج اظهـــارا لخطره ومكانته ورمزا لاعزاز المرأة ورفعة قدرها ، وليكون أدعى الى دوام رابطة الزوجية ، واستمرار هذه الشركة لان مايصعب طريق الوصول اليه يعز في الاعين ويحرص الناس على ابقائه بعد الحصول عليه وما يتيسر طريق الوصول اليه يهون في الاعين ويسهل التفريط فيه بعد الحصول عليه أنظر أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للشيخ عبد الرحمن تاج ١١٧ ، الزواج والطلاق ٦٤ .

(٣) سورة النساء : ٢٤ .

صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) (١) قال أبو عبيد : معنى عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى . وقيل المراد بالنحلة : الهبة، والصداق في معناها ، لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه ، وجعل الصداق للمرأة فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل المراد بالنحلة : نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى : (فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً) (٢) .

وذكر الماوردي أن فيما يوجبه الله من خطاب قوله (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) قولان :

الأول : أنه متوجه الى الأزواج وهو قول الأكثرين.

الثاني : أنه متوجه إلى الأولياء لأنهم كانوا يتملكون في الجاهلية صداق المرأة فأمرهم الله بدفع صداقهن اليهن . وهذا قول أبي صالح وفي تحليلاته تأويلان :

أولا أنه بطيب النفس كما تطيب النفس بالجعل الموهوب .

ثانيا : أنه يحل من الله تعالى لهن بعد أن كان ملكاً لأوليائهن ، والنحل : الهبة قال الله تعالى : فيما حكاه عن شعيب في تزويج موسى بابنته قال : (اني أريد أن انكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج (٣) ولم يقل على أن تأخذه فجعل الصداق ملكاً لنفسه دونها ثم قال تعالى : فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً) في الزوجات إن طبن نفساً عن شيء من صداقهن لازواجهن ،وفي قول: من جعله خطاباً للأولياء فعندئذ فكلوه هنيئاً مريئاً يعني لذيذاً نافعاً . وقال تعالى : (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلاَ تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً) (٤) . ثم قال تعالى : وعيدا على تحريم الإسترجاع : أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وإِثْماً مبيناً) (٥) ثم تعليلا لتحريم الاسترجاع : وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً) (٦) .

---

(١) سورة النساء ٤ .
(٢) سورة النساء ٢٤ .
(٣) سورة القصص ٢٧ .
(٤) سورة النساء ٢٠ .
(٥) سورة النساء ٢٠ .
(٦) سورة النساء ٢١ وانظر الحاوي للماوردي ١٠ : ورقه ٢٠/٧ ب ـ ٢٠/ ٨ ب .

أما السنة :

١) بما روي عن أنس أن رسول الله ﷺ رأى على عبدالرحمن بن عوف درع زعفران فقال النبي ﷺ (مَيْهَمْ ؟ فقال يا رسول الله تزوجت امرأة ، فقال: ما أصدقتها ؟قال: وزن نواة من ذهب ، فقال : بارك الله لك ، أولم ولو بشاة) (١) .

٢) وعنه أيضاً أن رسول الله ﷺ أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها)متفق عليهما(٢).

٣) وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال : ان أعظم النكاح بركة أيسره مئونة (٣)) .

٤) وعن أبي العجفاء قال : (سمعت عمر يقول : لا تغلوا صدق النساء فإنها لو كانت مكرمة الدنيا أو تقوى في الآخرة كان أولاكم بها النبي ﷺ ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه،ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية)(٤).

٥) وعن أبي هريرة قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني تزوجت إمرأة من الأنصار فقال له النبي ﷺ : هل نظرت اليها فإن في عيون الأنصار شيئاً ؟. قال: قد نظرت اليها ، قال : على كم تزوجتها ؟ قال على أربع أواق ، فقال له النبي ﷺ على أربع أواق كأنما تنحتون الفضة من عرض هذا الجبل ، ما عندنا نعطيك ولكن عسى أن نبعثك في بعث تصيب منه ،قال:فبعث بعثاً إلى بني عبس بعث ذلك الرجل فيهم (٥).

٦) وعن عروة عن أم حبيبه (أن رسول الله ﷺ تزوجها وهي بأرض الحبشة زوجها النجاشي وأمهرها أربعة آلاف وجهزها من عنده وبعث بها مع شرحبيل بن حسنة ولم يبعث اليها رسول الله ﷺ بشيء وكان مهر نسائه أربعمائة درهم) (٦) .

---

(١) ميهم : ما أمرك وشأنك ، وهي كلمة يمنية وردت في ثلاث أحاديث من السنة انظر النهاية لابن الأثير ٤ : ٣٧٨ ط الحلبي متفق عليه . وانظر صحيح الترمذي ٥ : ٢ ـ ٣ ، وانظر أحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٢ : ٢٠٠ .

(٢) النهاية لابن الأثير والمغني لابن قدامة ٧ : ٢٠٩ والحديث عن أنس أنظر صحيح مسلم بشرح النووي ٩ : ٢٢٣ .

(٣) رواه أحمد . انظر نيل الأوطار ٦ : ١٧٨ .

(٤) رواه الخمسة وصححه الترمذي انظر نيل الأوطار ٦ : ١٧٩ .

(٥) رواه مسلم ٦ : ١٧٩ وانظر نيل الأوطار ٦ : ١٧٩ .

(٦) رواه أحمد والنسائي . انظر نيل الأوطار ٦ : ١٧٩ .

٧) وعن أبي سلمة قال : (سألت عائشة : كم كان صداق رسول ﷺ ؟ قالت : كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشا ، قالت : أتـــدري ما النش ؟ قلت لا ، قالت نصف أوقية فتلك خمسمائة درهم) (١) .

اما الاجماع : فقد أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح (٢) .

اثر الغرر في الصداق عند الحنفية :

ان الصداق يشترط فيه شروط :

١) أن يكون المهر مالا متقوما له قيمة معتبرة في نظر الشرع ، وما لا يكون مالا يكون مهرا فلا تصح تسميته مهرا كالخمر والخنزير.

٢) ان يكون معلوما ، فـــلا تصح التسمية اذا كان المهر مجهولا جهالة فاحشة ، والمهر في الأصل لا يخلو :

امـــا أن يكون معينا مشارا اليه ، فالمهر تصح تسمية ، سواء كان المهر مما يتعين بالتعيين في عقود المعاوضات من العروض والعقار والحيوان وسائر المكيلات والموزونات سوى الدراهم والدنانير ، أو كان المهر مما كان لا يتعين بالتعين في عقـــود المعاوضات ، كالدراهم فانه مال لا جهالة فيه، فاذا كان مما يتعين فعلى الزوج تأديته بعينه، لأن حقها تعلق بعينه واذا كان مما لا يتعين بالتعيين فللزوج أن يدفع مثله مع مراعاة المماثلة من حيث الجنس والنوع والقدر والصفة(٣).

واما أن يكون مسمى غير معين مشارا اليه ، فالمسمي لا يخلو أيضا :

أ ــ اما أن يكون مجهول الجنس والنوع والقدر والصفة.

فان كان مجهول الجنس فهذه الجهالة تبطل التسمية ، ويجب مهر المثل بالغا مابلغ وذلك كأن يتزوج امرأة على حيوان ، أو دابة أو ثـــوب ، أو دار ، ولم يبين لم تصح التسمية ، لان جهالة الجنس متفاحشة ، لان الحيوان اسم جنس تحته انواع مختلفه وتحت كل نوع أشخاص مختلفه ، وكـذا الثوب المجهول الجنس يقع على الخز ، والبز ، والقطن ،

---

(١) الحـــاوي للماوردي ١٠ : ٨٢ ـ ٥ ب رواه الجماعـــة إلا البخاري والترمذي : . انظر نيل الأوطار ٦ : ١٧٨ ــ ١٧٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ٧ : ٢٠٩ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢ : ٢٨٢ وحاشية بن عابدين ٣ : ١٢٨ .

والكتان ، والحرير ، وكل ذلك ينقسم أنواعا مختلفة ، وكذا الدار فانها تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع ، وأنها تختلف باختلاف البلدان والمحال والسكك اختلافا فاحشا فتفاحشت الجهالة فالتحقت بجهالة الجنس ، ويجب على الزوج في مثل هذه الحالة مهر المثل (١) . والأصل في ذلك، أن جهالة العوض تمنع صحة تسميته كما في البيع والاجارة لكونها مفضية الى المنازعة (الا أنه يحتمل ضربا من الجهالة في المهر بالا جماع) (٢) .

ب ــ اذا كان المسمى معلوم الجنس ، والنوع ، مجهول الصفة ، والقدر ، كما اذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو جمل أو حمار أو ثوب مروي أو هروي ، فهذا المهر معلوم النوع مختلف الأوصاف وقد صحت التسمية وللزوجة الوسط من ذلك ولزوج الخيار ان شاء اعطاها الوسط وان شاء اعطاها قيميه ،لان النكاح معاوضة المال بما ليس بمال ، والحيوان الذي هو معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة يجوز أن يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كما في الذمة ، وقد استدلت الحنفية على ذلك بقول النبي ﷺ : في النفس المؤمنة مائة من الابل) والبضع ليس بمال فجاز أن يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عنه . وأن جهالة الوسط في هذه الاصناف أقل من جهالة مهر المثل أو مثله ، وجهالة مهر المثل لم تمنع صحة تسميته البدل فكذا هذا ، الا أن هذه الجهالة لاتصح في البيع لانها لا تصلح ثمنا في باب البيع ، لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، فانه يجوز بمهر المثل مع جهالته فكل جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لاتمنع صحة التسمية وجهالة الوصف والقدر نظير ذلك ، أما البيع فلا يصح مع الجهالة أصلا .

وكذلك فان مبنى البيع على المضايقة والمماكسة فالجهالة في البيع وان قلت فانها تفضى الى المنازعة، اما النكاح فبمناه على المسامحة والمروءة فجهالة مهر المثل لا تفضي الى المنازعة ولذا فقد اتضح الفرق (٣) .

جـ ــ اذا كان معلوم الجنس والنوع ، والقدر والصفة كمن تزوج على مكيل أو موزون موصوف في الذمة سوى الدراهم والدنانير صحت التسمية ، لأن المسمى مال معلوم لا جهالة فيه بوجه ، ألا ترى أنه ثبت دينا في الذمة ثبوتا مطلقا فانه يجوز البيع به

---

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٢٠٤ ــ ٢٠٥ والحصكفي وابن عابدين ٣ : ١٢٧ ومجمع الانهر١ : ٣٤٧ وكشف الحقائق ١ : ١٧٧ البحر الرائق ٣ : ١٧٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٢ : ٢٨٢ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢ : ٢٠٥ ــ ٢٠٦ وبدائع الصنائع ٢ : ٢٨٣ وابن عابدين ٣ : ١٢٩ .

والسلم فيه ولاخيار للزوج في ذلك ، بـــل يجبر الزوج على دفعه اليها ولا يجوز أن يدفع قيمة ذلك الا برضاها .

أمـا لو تزوجها على مكيل أو موزون ولم يصف صحت التسمية ، لأنه مال معلوم الجنس والنوع فتصح التسمية فان شاء الزوج أعطاها كرا وسطا ، وان شاء اعطاها قيمته . ورواية عن أبي حنيفة أنه يجبر على تسليم الوسط (١) .

المهر المعجل والمهر المؤجل :

لايشترط تعجيـــل المهر كله قبل الدخول بل يجوز الاتفاق على تعجيل المهر كله أو تأجيله كله ، أو تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر الى أجـــل قريب أو بعيد ، كما يجوز تأجيله الى أقرب الأجلين : الوفـــاة أو الطلاق لجريان العرف بذلك ، وكذلك يصح أن يجعل المهر على أقساط تدفع حسب اتفاقهما ، فاذا كانت هذه الآجـــال الى أجل معلوم فيجب عليها تسليم النفس للحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما ، لانهـــا رضيت باسقاط حقها ، فلم يسقط حق الزوج بدون رضاه . قال أبو يوسف لهـــا أن تمنع نفسها بالمؤجل ، لأن حق الاستمتاع بها بمقابلة تسليم المهر ، فمتى طلب تأجيل المهر فقد رضي بتأخير حقه في الاستمتاع (٢) ولا أرى هذا الرأي سليما اذ لامعنى لتأجيل المهر لولا بغية الزواج والسكن النفسي .

فأما اذا كان المهر مؤجلا كأن تزوج على مهر آجل ، فان لم يذكر الوقت لشيء من المهر أصلا ، بأن قال تزوجتك على ألف مؤجلة ، أو ذكر وقتا مجهولا جهالة فاحشة ، بأن قال تزوجتك على ألف الى وقت الميسرة ،أو هبوب الرياح ، أو الى أن تمطر السماء، فانه يثبت المهر حالا ويبطل الأجل ، لأن التأجيل لم يصح لتفاحش الجهالة .

وان ذكر وقتا معلوما سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة بعد أن كانت معلومة أو مجهولة جهالة متقاربة كجهالة الحصاد والدياس فليس لها المنع خلافا لأبي يوسف (٣)

---

(١) تحفة الفقهاء ٣ : ٢٠٦ وبدائع الصنائع ٢ : ٢٨٤ وابن عابدين ٣ : ١٢٧ وفتح القدير ٢ : ٤٦١، ٤٧٩ والبحر الرائق ٣ : ١٧٥ .

(٢) تحفة الفقهاء ٢ : ٢١١ .

(٣) بدائع الصنائع ٢ : ٢٨٨ ــ ٢٨٩ وتحفة الفقهاء ٢ : ٢١١ ــ ٢١٣ .

أثر الغرر في النكاح عند المالكية :

لقد فصل الامام مالك رحمه الله بين قاعدة مايجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المماكسات ، والتصـــرفات الموجبة لتنمية الأموال ومايقصد به تحصيلها ، وبين قاعدة مالا يجتنب فيه الغرر والجهالة ، وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام : طرفان وواسطة ، فالطرفان أحدهما : معاوضة صرفة فيتجنب فيها الغرر الامادعت الضرورة .

ثانيهما : إحسان صرف لايقصد به تنمية المال كالصدقة ،والهبة ولابراء ، فلا أثر للغرر فيها ، أما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح ، فقد جوز الامام مالك الغرر القليل دون الكثير ،وذلك أن النكاح من جهة أن المال فيه ليس مقصودا وإنما مقصد النكاح المودة والالفة والسكون النفسي ،فهذا يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا فالحق بالتبرعات وكذلك من جهة أخرى فان المقصود من النكاح حيث اشترط صاحب الشرع فيه المـــال بقوله تعالى : (ان تبتغوا بأموالكم) يقتضي امتناع الجهالةو الغرر عنه ، لأنه أصبح من المعاوضات المالية ، ولهذا أي لوجود الشبهين فقد توسط الامام مالك فجوز في النكاح من الغرر ما لم يجوزه في البيع ، فالغرر القليل لا يؤثر في النكـــاح كمن تزوج بأن يكون المهر عبدا من عبيد وله الوسط .

اما اذا كان الغرر كثيرا فان النكاح لا يصح كمن تزوج على ما لا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد ، لأن هذه المسائل ليس لها ضابط فامتنع صحة النكاح (١).

ولا يفوتني أن الباجي جعل المهر على قسمين ، منافع ، وأعيـان ، وأن الأعيان على قسمين قسم يجوز تملكـه كالدراهم ، والدنانير والحيـوان ، والعروض ، وقسم لا يجوز كالخمر والخنزير ، والذى يجوز تملكه على قسمين : معين وغيرمعين ،فالمعين لا أثر للغرر فيه ما لم يمنع من ذلك عذر غالب وذلك على وجهين : حاضر وغائب ، فالحاضر لاغرر فيه كالدراهم ، والدنانير ، والعقار ، والحيوان ،والمكيـــل ، والعروض ، والموزون لأنه عقد معاوضة .

وأما ما يكون فيه عذر غالب كالثمرة التي لم يبد صلاحها أو الجنين في بطن أمـــه فالقاضي أبو محمد قال : لا خلاف في منع العقـد به لأنه غرر ، ولا يجوز عقد النكـــاح بمعين لا يملكه الناكح كدار لزيد .

---

(١) الفروق للقرافي ١ : ١٥٠ ــ ١٥١ وتهذيب الفروق ١ : ١٧١ والقوانين الفقهيـــة لابن جزيء ١٩٧ والمقدمات الممهدات ٢ ، ٤١ ، والمدونة ٤ : ٦٧ وبداية المجتهد ٢ : ٢٤ .

أما الأعيان الغائبة كالعبد الغائب على مسيرة شهر فلا خير فيه ، وان كان قريب الغيبة مما لا يجوز النقد فيه كاليومين والثلاثة جاز دخول الناكح قبل قبضه ، وان كان بعيد الغيبة لم يجز ذلك (١) .

وأجازوا النكاح بالاتفاق اذا كان العوض معينا موصوفا ويعرف ذلك بأن يكون منضبط الجنس والقدر والوصف ، واختلفوا في العوض غير الموصوف ولا معين مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته ، ورأينا أن المالكية اعتبرت الوسط :

قال ابن رشد الحفيد : (وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ ، بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فمن قال يجري فيه التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف ، كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري مجراه اذاً المقصود منه انما هو المكارمة قال : يجوز (٢) .

أما تأجيل المهر فالمشهور من مذهب مالك واصحابه أنه اذا أجل الصداق أو بعضه لأجل ولم يعين قدر الأجل فانه يفسخ كأن يقول أتزوجها بمائة دينار أو خمسين منها مؤجلة بأجل وترك تعيين قدر الأجل قصدا ، أما النسيان والغفلة فالنكاح صحيح وتعيين الأجل يعود الى عرف البلد قياسا على بيع الخيار اذا لم يضرب له أجلا ، ولذا فلا يصح النكاح اذا قال أتزوجها بمئة دينار إلى موت زيد أو اذا حصل الفراق بينهما (٣) .

والأوزاعي أجاز النكاح لموت أو فراق . يقول ابن رشد : (وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه؟ ، فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ، ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ، ومن منع التأجيل فلكونه عبادة (٤) ؛ أما اذا كان النكاح بصداق معلوم مؤجل كله أو بعضه الى الدخول بالزوجة ان علم وقته بعاداتهم كأيام النيل عند بعض أهل القرى في مصر أو فصل الربيع عند أرباب المواشي . وجذاذ الثمار عند أصحابها ، أما أهل الأمصار الذين لا يعتنون بمثل هذه الآجال فلا يجوز هذا

---

(١) المنتقى للباجي ٣ : ٢٨٩ — ٢٩١ ومن أراد التفصيل فليرجع هناك .
(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٤ .
(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٢ : ٣٠٣—٣٠٤ وفتح العلي المالك ١ : ٣٩٦ .
(٤) بداية المجتهد ٢ : ٢٤ .

الأجل لجهله عندهم ، أو كان الأجل في الميسرة (١) فان هذا الأجل يجوز اذا كان الزوج مليئا ، بغير الدراهم والدنانير كأن يكون عنده من الأراضي والدور ، واذا كان غير مليء فلا يجوز تأجيله لزيادة الغرر (٢) .

الشافعية :

فقد جعلت الشافعية ضابطا لصحة الصداق ، اذ جاء في مغني المحتاج : (كل ماصح كونه مبيعا عوضا أو معوضاً عينا أو دينا أو منفعة كثيرا أو قليلا صح كونه صداقا ومالا فلا) (٣) .

فيصح أن يكون الصداق دينا ، وعينا ، وحالا ، ومؤجلا ، لأن النكاح عقد على المنفعة فجازت الاجارة ، ويجوز أن يكون الصداق منفعة كالخدمة ، وتعليم القرآن ، وغيرهما من المنافع المباحة ، لقوله عز وجل (انِّي أُرِيدُ أَنْ اَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ) (٤) فجعل الراعي صداقاً ، وقد زوج النبي ﷺ الواهبة نفسها من الذي خطبها بما معه من القرآن ، أما الصداق الذي لا يجوز أن يكون العقد عليه كونه محرما كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذمية بشرط أنها لا تتعلمه للرغبة في الاسلام .

وكذلك لا يجوز الصداق بما فيه غرر كالمعدوم ، والمجهول ، ولا مالم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ، ولا مالا يقدر على تسليمه ، مثل العبد الآبق ، والجمل الشارد ، والطير الطائر لأن الصداق عوض في عقد كالعوض في البيع والاجارة ، فان تزوج على شيء من ذلك لم يبطل النكاح ووجب مهر المثل ، لأنها لم ترض من غير بدل (٥) .

ما يستثنى من الضابط :

١) اصداقها دينا على غيرها فان هذا الصداق لا يصح مع صحة بيعه ممن هو عليه .

---

(١) الميسرة : المراد تيسير الدنانير أو الدراهم للزوج .

(٢) جواهر الاكليل ١ : ٣٠٦ .

(٣) مغني المحتاج ٣ : ٢٢٠ ونهاية المحتاج ٦ : ٣٣٥ ومن أراد التفصيل فليرجع هناك .

(٤) سورة القصص ٢٧ .

(٥) المهذب ١ : ٥٧ والتنبيه ١٠٧ وفتح الوهاب ٥٥٢ ، والبجيرمي ٣ : ٤٠٤ — ٤٠٥ وقليوبي وعميرة ٣ : ٧٦ وفتح المعين واعانة الطالبين ٣ : ٣٤٧—٣٤٨ .

٢) لو جعل الزوج صداقها ، رقبة العبد ، أو جعل أم الولد صداقاً عن الولد أو جعل احدى أبوي الصغيرة صداقاً لها فانه يصح بيع هذه المذكورات ولا يصح جعلها صداقاً (١) .

الحنابلة :

والحنابلة لهم قاعدة في ما يجوز أن يكون مهرا كالشافعية جاء في الفروع : (وكل ما صح ثمنا أو أجرة صح مهرا وان قل) (٢) لحديث جابر (لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاماً كانت له حلالا) (٣) فيصح أن يكون المهر كثيرا أو قليلا ، ويصح أن يكون المهر عينا ، ودينا ومعجلا ومؤجلا ومنفعة معلومة ، كرعاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوبها ورد آبقها من موضع معين ، بل كل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا وبهذا قال الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن ابي ليلى ، والثوري ، والاوزاعي ، والليث والشافعي ، واسحاق ، وأبو ثور ، وداود (٤) .

وتشترط الحنابلة أن يكون الصداق معلوما كالثمن ، لأن الصداق عوض في حق معاوضة فأشبه الثمن ، ولأن غير المعلوم مجهول لا يصح أن يكون عوضا في البيع فلم تصح تسميته ، فالمحرم كالخمر والخنزير والميتة لا يصح أن يكون صداقا (٥) وكذلك لا يصح أن يكون دارا غير معينة أو دابة مبهمة أو أصدقها عبدا لم يعينه ولم يصفه ، وكذلك لا يصح أن يكون المهر مجهولا كمتاع بيته وما يحكم به أحد الزوجين ، أو ما يحكم به زيد ، كالثمن في البيع والأجرة في الاجارة ، وما لا منفعة فيه كالحشرات ، والمعدوم لا يصح أن يكون مهرا ، وكذلك ما لا يقدر على تسليمه ، كالطير في الهواء ،

---

(١) مغني المحتاج ٣ : ٢٢٠ــ٢٢١ وانظر باقي الاستثناءات .

(٢) الفروع وتصحيحه ٣ : ٨٩ وكشاف القناع ٥ : ١٢٩ والمغني ٧ : ٢١٢ والروض المربع ٢٨٠ وهدايةالراغب ٤٦٦ .

(٣) رواه أبو داود بمعناه كشاف القناع ٥ : ١٢٩ .

(٤) كشاف القناع ٥ : ١٢٩ والمغني لابن قدامة ٧ : ٢١٠ .

(٥) لا يصح أن يكون مهرا ولكن النكاح لا يفسد ولها مهر مثلها لان فساد العوض يقتضي رد عوضه وقد فات ذلك لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل ولأن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغة ما بلغت كالمبيع ،كمن اشترى بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده .

والسمك في الماء ، وما لا يتمول عـــادة كحبة حنطة ، وقشرة جوز ، لا يصح الاصداق للجهالة والغرر أو عدم التحول ، وكذلك لا يصح أن يكون مما لا يتم ملكه عليه ، كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه.

المؤجل والمعجل عند الحنابلة :

يجوز أن يكون الصداق معجلا ومؤجلا ، وبعضه مؤجلا وبعضه معجلا ، لان الصداق عوض في معاوضة كالثمن فانه يجوز فيه أن يكون فيه التعجيل والتأجيل ، وان كان المهر بدون ذكر أجل فانه يقتضي الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن .

أما لو كان المهر مؤجلا ن كان الى أجل معلوم فالمهر الى أجله ، وان كان الأجل مجـ ـ كقدوم زيد ، ومجيء ـطر ، ونحوه ، لم يصح ، لأن الأجل مجهول ولأنه صرفه عن العادة بذكر الاجل ولم يبينه ، فبقي مجهولا ، ولـــذا يقول ابن قـــدامة : (فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأحيل ، بحل) .

وان اجل المهر ولم يذكر الاجل بل أطلق فقال القاضي .

١) المهر صحيح ، ومحله الفرقة ، لأن المطلق يحمل على العرف ، والعـــادة في الصداق الأجل وترك المطالبة به الى حين الفرقة فحمل عليه ، فيصير حينئذ معلوما بذلك . وقال أحمد: اذا تزوج على العاجل والآجل ، لا يحل الآجل الا بموت أو فرقة . وهذا قول النخعي ، والشعبي .

٢) وقال الحسن ، وحماد بن أبي سليمان : وأبو حنيفة ، والثوري ، وأبو عبيد : يبطل الأجل ويكون حالا .

٣) وقال اياس بن معاوية وقتادة : لا يحل حتى يطلق ، أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها .

٤) وعن مكحول والأوزعي ، والعنبري : (لا تحل الى سنة بعد دخوله بها) .

٥) واختار أبو الخطاب : أن المهر فاسد ، ولها مهر المثل ، وهو قول الشافعي ، لأنه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع (١) .

---

(١) الشرح الكبير ٨ : ٢١ والمغني لابن قدامة ٧ : ٢٢٢ وكشاف القنـــاع ٥ : ١٣٣ وهـــداية الراغب ٤٦٧ .

أمور مستثناه :

ويصح النكاح ان تزوجها على منافعه المعلومة ، أو على منافع غيره المعلومة مدة معلومة قياسا على منفعة العبد وقصة موسى عليه السلام ، وكذلك فانه يصح أن يتزوجها على دين سلم أو غيره وعلى غير مقدور له كآبق ، ومغتصب ، يحصلهما وبيع اشتراه ولم يقبضه ولو مكيلا أو موزنا أو معدودا أو مذروعا وذلك لأن الصداق ليس ركنا في النكاح فاغتفر الجهل اليسير والغرر الذي يرجي زواله ، ولأن المقصود بالنكاح انما هو الوصلة والاستمتاع ، وعلى الزوج تحصيل المبيع قبل القبض ونحوه ، فان تعذر عليه تحصيله فعليه قيمته أو مثله ان كان مثليا عند تعذره لأن المثل أقرب اليه (١) ومتى بطل المسمى لكونه مجهولا كعبد ، أو ثوب ، أو خمر ، أو نحوه ، وجب مهر المثل في العقد ، لأن المرأة لا تسلم الا ببدل ولم يسلم البدل وتعذر رد العوض فوجب بدله ، ولا يضر جهل يسير ولا غرر يرجى زواله فلو أصدقها عبدا من عبيده أو فرسا من خيله ، أو قميصاً من قمصانه، أو خاتما من خواتمه ، فلها أحدهم بقرعة لأن الجهالة فيه يسيرة (٢).

الشيعة الامامية :

فقد ذكرت الشيعة الامامية ضابطا لجواز المهر وهو (كل ما يملكه المسلم يكون مهرا عينا كان أو دينا أو منفعة)أما الاجارة فلهم قولان،أصحهما بالجواز بأن استأجرته مدة، ولا تقدير للمهر من حيث الكثرة والقلة ولكن يقدر بالتراضي: وفي كل هذا فانهم يشترطون تعيين المهر بالوصف أو الاشارة ويكفي المشاهدة عن وكيله ووزنه . (ولو تزوجها على خادم فلم يتعين ، فلها وسطه) أو تزوجها على دار أو بيت (٣) ولو لم يذكر المهر بل قال تزوجتها على السنة فان المهر يكون خمسمائة درهم ، ويجوز عندهم التعويض فلا يشترط في صحة النكاح ذكر المهر، فلو أغفله أو شرط ان لا مهر لها فالعقد صحيح ، ولو جعل الحكم لاحد الزوجين في تقدير المهر صح النكاح فالزوجة لا يجوز لها أن تحكم بما لا يزيد عن مهر السنة والزوج له أن يحكم بما شاء وان قل (٤) .

---

(١) كشاف القناع ٥ : ١٣٠ .

(٢) الروض المربع ٢٨٠ وكشاف القناع ٥ : ١٣٣ والتنقيح المشبع ٢٢٥ .

(٣) ويفهم من هذا ان تعيين المهر عند الامامية ليس بشرط .

(٤) المختصر النافع ٢١٢ ـ ٢١٣ .

فالمهر عندهم اذا لم يوصف القيمي تعين الوسط، وبعضهم قال بل مهر المثل: الا أن الوسط أعدل لقول النبي ﷺ (خير الامور أوسطها) ، ولأن النبي ﷺ لم يفصل في قوله (ما تراضى به الأهلون) وجهالته أقل من جهالة مهر المثل وان كان القيمي ما يطلق على أجناس كثوب لم يصح الصداق ، لان الثوب منه الجيد ، ومنه الرديء ، ومنه القطن، والكتان ، والحرير ، الى آخره ، والقيمي اذا وصف وسمي كعبد تركي (أو حبشي لزم، اذ جهالته أقل من جهالة مهر المثل) (١) .

واذا وصف وصفا دقيقا حتى صعب الضبط بطلت التسمية لعظم الجهالة وعندئذ يلزم مهر المثل اذ جهالة مهر المثل أقل ، وبعضهم يقول اذا سمى قيميا تعين هذا القيمي ، وبعضهم يميز بين دفعه ودفع القيمة . واذا تزوجها على أرض وغرس يكفي أن يذكر قدرها وناحيتها وان كان من المثلي لم يصح اذا سمى وعند ئذ يلزم مهر المثل (٢).

ويصح المهر عندهم على تعليم ما معه من القرآن لقوله ﷺ (زوجتكها بما معك من القرآن) بينما الاجارة لا تصح لاختلاف السور ، لأن المهر تغتفر فيه الجهالة (٣) .

ويبطل تسمية المهر اذا تزوجها على مجهول الجنس أو سمى مهرا على مايكتسبه في المستقبل ، أو مايزنة من فلان فباطلة (٤) .

الاباضية :

لاأثر للغرر عند الاباضية ، فيجوز أن يكون الصداق عندهم مجهولا كالجزر ،وماخفي لجواز الجهل في الصداق ، وان لم يجيزوا ذلك بماجهل أوخفي فللمرأة مهر المثل ، واذا تزوجها بالصوف على الظهر ، أو بنبات أوثمرة بشرط القطع ، ومضى ثلاثة أيام ولم يحصل القطع فعند ئذ يثبت لها القيمة ، أما اذا تزوجت على ثمار بستان سنين معلومة لايجوز ذلك وانما يثبت لها مهر المثل (٥) .

---

(١) أرى أن هذا لا يصح لان ما يصدق على الثوب يصدق على العبد من حيث اختلاف القيمة .
(٢) البحر الزخار ٣ : ١٠٢ ، ١٠٣ .
(٣) المصدر السابق ٤ : ٤٩ .
(٤) البحر الزخار . ٣ : ١٠٣ .
(٥) شرح النيل ٣ : ١٠٤ ـ ١٠٥ .

واذا أصدقهـــا محرما منها (١) وقف الى التمام فان تم العقد عتق عليها ، والصداق يتبعه مايتبع الشيء المبيع ، واذا تزوجها على أرض ولم يذكرا على أن يكون المهر بمافيها فان مافيها لايدخل ولو نباتا .

واذا تزوجها على أن يكون المهر مؤجلا ، فالأجل اما أن يكون مسمي ، واما ان يكون غير مسمى ، فالأول : أن يصدقها كذا وكذا دينارا أو درهما أو يتزوجها على أن يكون مهرها أمة أو شاة أو نحو ذلك الى أجل مسمى سواء كان الأجل معلوما كرمضان وكيوم الجمعة ، أم كان الأجل مجهولا كقدوم زيد ونزول المطر وهبوب الريح .

الثاني : أن يصدقها دنانير أو دراهم مؤجلة الى غير مسمى ، وذلـــك بان يقول تزوجتك الى أجل وأطلق الأجل ولم يذكر أجلا ، فلا يجوز لها أن تدركه حتى يحـــل أجله وذلك ببينونة تقع بينهما أو بموت أو غيره أوبتزويج ، فلا يحتاج الى الشرط عند عقدة النكاح فيحل بموت أحدهما (٢) ، ولذلك لاأثر للغرر في الصداق عند الاباضية .

الظاهرية :

والظاهرية وضعت ضابطا لما يجوز أن يكون صداقا فقال ابن حزم :(وكل ما جاز أن يتملك بالهبة أو بالميراث فجائز ان يكون صداقا وأن يخالع به وأن يؤاجر به) فجـــاز أن يكون الصداق ثمرة لم يبد صلاحها ، والسنبل قبل أن يشتد لأن النكاح ليس بيعا (٣) ومن هذا نرى أنالظاهريةأجازت بعض أوجه الغرر كالثمرة قبل بدو الصلاح ، والسنبل قبل أن يشتد ، ويجوز عنده أن يكون الصداق كل ماله قل أو كثر ولو أنه حبة بر أوحبة شعير أو غير ذلك ، وكذلك يجوز أن يكون المهر منفعة موصوفة اذا تراضيا بذلك (٤) .

والنكاح الفاسد عند الظاهرية هو كل نكاح عقد على صداق فـــاسد أو على شرط فاسد مثل أن يؤجل الى أجلمسمى أو غير مسمى ، أو بعض الصداق مؤجلا أو أنيكون الصداق على خمر أو على خنزير أو على مايحل ملكه ، أو على شيء لايملكه أو أنه اشترط

---

(١) محرما . كأن يتزوجها على أن يكون المهر أباها أو أخاها أو ابنها فانه يعتق عليها .
(٢) شرح النيل ٣ : ١٠٧ ـ ١٠٨ .
(٣) المحلى لابن حزم ٩ : ٤٩٤ .
( ) المصدر السابق ٤٩٤ .

على نفسه أن لاينكح عليها ، أو أن لايتسرى عليها ، أو أن لايرحلها عن بلدها ، أو عن دارها ، أو أنه اشترط على نفسه أن لايغيب مدة أكثر من كذا .

فنرى أن ابن حزم أجاز تعليق النكاح والتعليق من أوجه الغرر ، الا أنه لم يجعل فساد النكاح لأجل الغرر ، وإذا وجد ماذكر فإن النكاح عنده مفسوخ أبداً ولايثبت به حقوق الزوجية من نفقة ولا يثبت به نسب (١) .

الرأي المختار :

من هذه الآراء جميعا أرى أن المهر يكون في كل ما صح كونه مبيعا عوضاً أو معوضاً عيناً أو ديناً ، أو منفعة كثيراً أو قليلا ، ولا يصح أن يكون الصداق بما فيه غرر كالمجهول والمعدوم ولا مالم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ولا مالا يقدر على تسليمه كالجمل الشارد ، والطير الطائر والعبد الآبق ، ومع ذلك اذا تزوجها على مثل ما ذكرنا لم يبطل النكاح ، ووجب مهر المثل والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) المصدر السابق : ٤٩١

المبحث الثاني

الخلع

الخلع هو الافتداء تفتدي به نفسها إذا كرهت زوجهـا لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لاتؤدي حق الله في طاعته . (١)

وهو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة (٢) .

مشروعيته :

ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة :

الكتاب : قوله تعالى : فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٣) .

السنة : بما روي أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن الشماس وكان يضربها ؟ فأتت الى النبي ﷺ وقالت لا أنا ولا ثابت وما أعطاني فقال رسول الله ﷺ خذ منها فأخذ منها فقعدت في بيتها (٤) .

وبما روي عن إبن عباس قال : (جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه من دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام فقال النبي ﷺ أتردين عليه حديقته قالت نعم : فأمرها بردها وأمره بفراقهـا) رواه البخاري (٥) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٧ : ٣٢٣ والمحلى ١٠ : ٢٣٥ والمذهب ٢ : ٧١ـ٧٢ وكشاف القناع ٥ : ٢١٢ .

(٢) كشاف القناع ٥ : ٢١٢ ومغني المحتاج ٤ : ٢٦٢ .

(٣) البقره : ٢٢٩

(٤) رواه البخاري : انظر البخاري بهامش فتح الباري ١١ : ٣٢٠ وانظر المهذب ٢ : ٧٢ .

(٥) رواه البخاري : انظر البخاري بهامش فتح الباري ١١ : ٣١٦ ـ ٣١٩ وانظر كشاف القناع ٥ : ٢١٢ .

حكمه :

جائز عند جميع العلماء الا بكر بن عبدالله المزني فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه وتعالى : « وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ) الآية (١)

وعن أبي قلابه وابن سيرين ، أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقوله تعالى (وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ) (٢) .

ولكن الاخبار تدل على أن الصحابة قالوا بالجواز كعلي وعمر ، وعثمان ، وغيرهم من الصحابة ، ولم يكن لهم في عصرهم مخالفاً فيكون اجماعاً . وهذا الذي أميل إليه ، لأنه إذا رأى رجلا على بطنها فإن له الملاعنة لا المخالعة .

الخلع بالمجهول وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده :

الخلع بالمجهول وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده يصح ، لأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق بـه العوض المجهول ، كالوصية ، ولأن الخلع اسقاط لحقه من البضع وليس فيـه تمليك شيء ، والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح .

وقال أبو بكر : لا يصح الخلع بالمجهول لأنه معاوضة كالبيع وهذا قول أبي ثور .

وقال الشافعي : يصح الخلع لأنه معاوضة بالبضع ولـه مهر مثلها إذا كان العوض مجهولا كالنكاح (٣) .

وقد أباح الشارع لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله ولذا لا يجب عليها مهر المثل .

وإذا ثبت لدينـا أن الخلع اسقاط لحق الزوج مـن البضع وليس فيـه تمليك شيء والإسقاط تدخله المسامحة ، ولذلك جـاز بغير عوض ، وللزوج ما جعل له من العوض المجهول والمعدوم المنتظر وجوده ، فإن خالعها على ما في يدها من الدراهم صح ، فإن كان

---

(١) سورة النساء ٢٠ .

(٢) سورة النساء ١٩ .

(٣) كشاف القناع ٥ : ٢٢٢ والمغني لابن قدامة ٧ ٣٣٢-٣٣٣

في يدها دراهم فهي له ، وان لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة ، لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة ، وإن كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو في يدها (١) .

أقسام الخلع على مجهول :

والخلع على مجهول ينقسم أقساماً :

أحدها : المسألة السابقة الذكر وهي على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتي يخالعها على ما في يدها من الدراهم .

الثاني : أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه قبل أن يخالعها على عبد مطلق أو عبيد ، أو يقول ان اعطيتني عبداً فأنت طالق ، فإنها تطلق بأي عبد أعطته أياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره .

الثالث : أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه مثل أن يخالعها على داية أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول : ان أعطيتني ذلك فأنت طالق ، فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه ولا يلزمها غير ذلك .

وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء : ترد عليه ما أخذت من صداقها ، لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة مـا فوتت وهو المهر ، ولذا فإن الخلع بالمجهول كالوصية به .

الرابع : أن يخالعها على حمل أمتها أو غنمها ، أو على ما في ضروع ماشيتها ، ونحوه من كل مجهول ، أو معدوم منتظر وجوده . فإن خرج الولد سليماً أو كـان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وان لم يخرج شيء فقد قال القاضي : لا شيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأي .

وقال ابن عقيل : (لها مهر المثل ، وقال أبو الخطاب : له المسمى .

وإن خالع امرأته على ثمر نخلها سنين ، فجائز ويكون كالوصية ، أما الشافعي فقد أوجب له مهر المثل (٢).

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) كشاف القناع ٥ : ٢٢٢ والمغني لابن قدامة ٧ : ٣٣٣ ـ ٣٣٥ .

الخلع المعلق والمضاف إلى أجل :

فإذا قالت لزوجها : طلقني بألف إلى شهر فقال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند الوقت المحدد بائنا لأنه طلاق بعوض .

وإذا قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالـــق أو اذا أعطيتني ألفاً فأنت طالق أو متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق فالشرط لازم من جهته لا يصح ابطاله كسائر التعاليق .

أما ماكان على شرط محض كان قدم زيد فقد وافق عليه الشيخ تقي الدين وكان ذلك التعليق على التراضي كسائر التعاليق (١) .

من هذا نرى أن الغرر لا يؤثر في بدل الخلع كالجهالة وهي احدى منابع الغرر قد اغتفر فيها بالخلع ، وكذلك الاضافة والتعليق لم يؤثرا في بدل الخلع . خلافاً للشافعية فإن بدل الخلع عندهم كالمبيع تماماً ، فيؤثر فيه الغرر كما يؤثر في المبيع ولـــذا أنقل إليك نصاً لأبي اسحق الشيرازي يثبت أن الغرر في الخلع كالغرر في المبيع فيقول :(ولا يجوز الخلع على محرم ، ولا على ما فيه غرر ، كالمجهول ، ولا ما لم يتم ملكه عليه ، ولا ما لا يقدر على تسليمه لأنه عقد معاوضة فلم يجز على مـا ذكرناه كالبيع ، والنكاح ، فإن طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق ، لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل ، لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير ، فإن خالعها بشرط فاسد بأن قالت طلقني بألف بشرط أن تطلق ضرتي فطلقها وقع الطلاق ، ويرجع عليها بمهر المثل ، لأن الشرط فاسد فإذا سقط وجب اسقاط مـــا زيد في البدل لأجله وهو مجهول ، فصار العوض فيه مجهولا فوجب مهر المثل ، فإن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على ألف ففيه وجهان :

أحدهما : يصح لأنه تعليق طلاق بشرط ، والثاني لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا إذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل (٢) .

---

(١) كشاف القناع ٥ : ٢٢٤ـ٢٢٥ والمغني لابن قدامة ٧ : ٣٤٨ .

(٢) المهذب للشيرازي ٢ : ٧٤ .

الظاهرية :

الخلع على مجهول عند الظاهرية باطل لأن الزوج لا يـدري ماله عند الزوجة ولا تدريه هي فهو عقد فاسد . قال ابن حزم : (ومـن خلع على مجهول فهو باطل لأنه لا يدري هو ما يجب له عندها ولا تدريه هي فهو عقد فاسد وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لاصحة له فهو غير صحيح) (١) .

ولذا فإن الغرر يؤثر في بدل الخلع كما يؤثر في البيع كالشافعية .

---

(١) المحلى لابن حزم ١٠ : ١٤٣ـ ٢٤٤ .

الفصل السادس

أثر الغرر في عقود التبرعات

وفيه مبحثان

المبحث الاول

الهبـــة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الاول

تعريفها وشرعيتها وأركانها

تعريف الهبة في اللغة :

وهي التفضل والتبرع بما ينفع الموهوب له ، سواء أكان الموهوب مالا أم منفعة أم كان أي شيء يسر به الموهوب له ويشكر لواهبه تفضله عليه به . ومـــن ناحية العرف فان الهبة تطلق على نفس الشيء الموهـــوب . وفي التنزيل (يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ) (١) فالمعطي يسمى واهبا فاذا بولـــغ قيل وهاب ومعطاها يقال له موهوب له ، والشيء المعطى من مال وغيره يقال له موهوب ، واتهبت الهبة قبلتها واستوهبتا سألتها وتواهبوا وهب بعضهم لبعض (٢) .

---

(١) سورة الشورى ٤٩ .

(٢) المصباح المنير ٢ : ١٠٤٥ ـ ١٠٤٦ .

تعريفها في الشريعة الاسلامية :

عرفت الهبة بعدة تعريفات أهمها :

١) تمليك في الحياة بغير عوض (١) .

٢) تمليك العين بلا عوض (٢) وقد تكون بعوض (٣) .

٣) الهبة تمليك المال في الحال بدون عرض (٤) وفي صياغة أخرى تمليك العين في الحال مجانا (٥) .

٤) الهبة تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك (٦) .

وهذا التعريف الاخير شامل لكل التعاريف السابقة وزيادة وهو الذي أختاره وانما هو تمليك العين بلا عوض : فخرجت الاباحة ، والعارية ، والاجارة،والبيع،وهبة الدين، ممن عليه،فانه اسقاط وان كان بلفظ الهبة (٧)والهبة نوعان تمليك واسقاط وعليها الاجماع(٨).

وكلمة بلا عوض : خرج ما ملك بعوض كالبيع .

وكلمة حال حياة المالك : أخرجت الوصية .

أصل مشروعيتها :

والهبة ثبتت شرعيتها بالكتاب والسنة . والإجماع .

اما الكتاب فقوله تعالى (وَاذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أو رُدُّوهَا (٩) والمراد بالتحية العطية .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٤١ .

(٢) تنوير الابصار ٥ : ٦٨٧ والبحر الرائق ٧ : ٣٠٩ وكشف الحقائق ٢ : ١٤٥ .

(٣) مرشد الحيران مادة ٧٧ للمرحوم محمد قدري باشا .

(٤) الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ط ٣ لاحمد ابراهيم ص ٣ ومغني المحتاج ٢ : ٣٩٦ .

(٥) شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ٢ : ٢٣٠ محمد زيد الابياني .

(٦) أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض للاستاذ احمد ابراهيم ص ٤ .

(٧) البحر الرائق ٧ : ٣٠٩ .

(٨) الاختيار لتعليل المختار ٢ : ١١١ .

(٩) سورة النساء : ٨٥ .

وقيل المراد السلام ، والأول أظهر ، واستدلوا من قوله (أو ردوها بأحسن منها) الكرامة بالمال ولا يمكن رد السلام بعينه ،وظاهر الآية يقتضي رد التحية بعينها وهي الهدية فاما أن يكون الرد بالتعويض أو الرد بعينه وهكذا لا يمكن في السلام (١)وقال تعالى : فان طِبْنَ لَكُم عَنْ شَيء مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً (٢) . واباحة الأكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة .

أما السنة :

١) بماروي عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال : الواهب أحق بهبته مالم يثب منها (٣) .

قال رسول الله ﷺ تهادوا اتحابوا) فالهبة من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخو ان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان (٤)

٣) قال الرسول ﷺ (لاتحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة) (٥)

٤) قال ﷺ (تهادوا تحابوا ، وقبل النبي ﷺ هدية المقوقس الكافر وتسرى من جملتها بمارية القبطية وأولدها ، وقبل هدية النجاشي المسلم وتصرف فيها وهاداه أيضا) (٦) .

أما الاجماع : فقد انعقد الاجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها (٧) .

أركان الهبة :

اتفق الائمة على أن الهبة تصح بالايجاب والقبول والقبض ، فلابدمن اجتماع الثلاثة

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢ : ٤٧ ، ٤٨ وأحكام القرآن لابن العربي ١ : ٤٦٥ ـ ٤٦٦قال الشاعر : (اذ تحيي بضمران وآس) ضمران من دق الشجر وقيل هو الحمض والضمران من ريحان البر . انظر لسان العرب : والآس ، نوع من الورد .

(٢) سورة النساء: ٤٣ .

(٣) كنز العمال بهامش مسند أحمد بن حنبل ٦ : ٤٤٨ .

(٤) المصدر السابق ٤٨ والمغني لابن قدامة ٦: ٤١ هذاالحديث راوية أبو هريرة ، قال الحافظ واسناده حسن . انظر نيل الأوطار ٥: ٣٦٧ .

(٥) رواه البخاري . انظر فتح الباري ٦: ١٢٤ الى ١٢٥ وانظر مغني المحتاج ٢: ٣٩٦ ومعنى الفرسن : الظلف .

(٦) راوي هذا الحديث أبو هريرة وقد قال الحافظ عنه واسناده حسن . انظر نيل الأوطار ٥: ٣٦٧.

(٧) مغني المحتاج ٢. ٣٩٦ .

عند أبي حنيفة ، والشافعي ، واحمد،وهوقول أكثر أهل العلم ، قال المروزي :اتفق أبوبكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، على أن الهبة لا تجوز الا مقبوضة ، ويروى ذلك عن النخعي ، والثوري،والحسن بن صالح ، والعنبري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي (١) .

أما مالك وابن حزم فقالا : لايفتقر صحتها ولزومها إلى قبض ، بل تصح وتلزم بمجرد الايجاب والقبول ولكن القبض شرط في نفوذها وتمامها (٢) .

أدلة من لم يجز الهبة الا بالقبض :

١) بما روي عن مطرف بن عبد الله بن الشخير عن أبيه (أنه سمع رسول الله ﷺ يقرأ الهاكم التكاثر ويقول : يقول ابن آدم مالي مالي وهل لك من مالك الا مـا أكلت فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فأمضيت) (٣) . فقد قالوا ان الرسول ﷺ قـد اشترط في العطية والصدقة ، الامضاء وهو الاقباض .

٢) القياس على القرض والعارية فلا يصحـان الا مقبوضين بعلة أن كل ذلك بر ومعروف .

٣) القياس على الوصية ، فلا تصح الوصية باللفظ وحده لكن بمعنى آخر مقترن اليه وهو الموت (٤) .

٤) روى عروة عن عائشة رضي الله عنها : أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية) (٥) فلما مرض قال : يا بنية ، مـا أجد أحب الي غنى بعدي منك ولا أحد أعز علي نفرا منك ، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ، وودت أنك حزتيه ، أو قبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختـاك ، فاقتسموا على كتـاب الله عز وجل) .

---

(١) رحمة الأمة في اختلاف الائمة ٢ : ٢ والميزان الكبرى للشعراني ٢ : ١٨ ، والمغني ٥ : ٤٤ .
(٢) رحمة الأمة في اختلاف الائمة ٢ : ٢ .
(٣) هذا حديث صحيح الاسنـاد وليس من شرط الشيخين وليس لعبد الله بن الشخير راو غير أبيه مطرف ، ويقول الحاكم : نظرنا فاذا مسلم قد أخرجه من حديث شعبة عن قتادة مختصرا ، انظر المستدرك ٢ : ٥٣٤ .
(٤) المحلى لابن حزم ٩ : ١٢١ .
(٥) رواه مالك في الموطأ : انظر نيل الاوطار ٥ : ٣٦٩ .

٥) عن عبد الرحمن بن القارىء ، أن عمر بن الخطاب قال (ما بال أقوام ينحلون أولادهم فاذا مات أحدهم قال : مالي ، وفي يدي ، واذا مات هو قال ، كنت نحلته ولدي ؟ لا نحلة الا نحلة يحرزها الولد دون الوالد ، فان مات ورثه) (١) .

أدلة من لا يعتبر القبض :

١) عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود يحدث عن أبيه عن جده عبدالله بن مسعود قال : الصدقة جائزة قبضت أو لم تقبض (٢) .

٢) عن جابر الجعفي عن القاسم بن عبد الرحمن قال كان علي بن أبي طالب وابن مسعود يجيزان الصدقة وإن لم تقبض (٣) .

٣) القياس على العقود باعتبار أن الهبة عقد من العقود فلم يكن عنده شرط من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام (٤) .

٤) جوز جمهور الفقهاء للأب النظر لابنه الصغير الذي في ولايته وللكبير السفيه الذي ما وهبه له كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفي في الحيازة له اشهاده بالهبة والاعلان بذلك .

وعمدتهم في ذلك ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنا له صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحلته ، فأعلن ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وان وليها (٥) .

والذي أراه من أدلة الفريقين أن الهبة لا تصح الا مقبوضة ، فاذا لم تقبض كانت من قبل الوعد ولا يلزم الانسان الايفاء بما وعد ، وان كان المستحب أن يفي بما وعد .

---

(١) المغني لابن قدامة : ٦ : ٤١ :
(٢) المحلى ٩ : ١٢٥ :
(٣) المحلى ٩ : ١٢٥ :
(٤) بداية المجتهد ٢ : ٣٥٦ :
(٥) بداية المجتهد ٢ : ٣٥٧ وانظر كتاب الهبة للاستاذ بدران ١١٥ ـ ١١٩ :

المطلب الثاني

شروط الهبـــة

هذا والكلام في شروط الهبة انما أتناول فيه جميع المذاهب مبينا أوجه الاختلاف .

شروط الهبة عند الحنفية (١) :

وهي أنواع فبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب وبعضهـــا يرجع الى الموهوب وبعضها يرجع الى الموهوب له .

الأول : مايرجع الى نفس الركن :

فهو أن لايكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلـــك فيما فيه غرر،وكذلك لاتصح الهبة بان تكون مضافة الى وقت، كان يقول وهبت الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا ، لأن الهبة تمليك العين للحـــال وأنه لايحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (٢) .

الثاني : مايرجع الى الموهوب فانواع :

١) أن يكون موجودا وقت الهبة ، فلا تجوز هبة ماليس بموجود وقت العقد ،بان وهب ما يثمر نخله هذا العام، أو ماتلد أغنامه هذه السنة ، ونحو ذلك لمـــافيه من الغرر ، لعدم الوجود ، ولعدم القدرة على التسليم ، وكذلك لايصح هبة مافي بطن هذه الجـــارية ، أومافي بطن هذه الشاة أو مافي ضرعها ، لايجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب، لأنه لاوجه لتصحيحه للمال لاحتمال الوجود ، والعدم ، كالبيع ، لأن انتفاخ البطن قد يكون الانتفاخ لحمل ، وقد يكون لداء في البطن وغيره ، وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد

---

(١) أقتصر على الشروط التي نحن بحاجتها والتي لها علاقة بالغرر

(٢) بدائع الصنائع ٦ : ١١٨ .

يكون لغيره فكان له خطر الوجود والعدم ، بخلاف ماذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه فإنه يجوز ، لأن الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بماليس بموهوب ، فاذا جزه فقد زال المانع وعند ئذ ينفذ عند وجود القبض وصار كما لووهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه .

٢)أن يكون الموهوب مالا متقوما فلا تجوز هبة ماليس بمال أصلا .

٣) أن يكون مملوكاً في نفسه فلاتجوز هبه المباحات ، لأن الهبة تمليك ، وتمليك ماليس بمملوك محال .

٤) أن يكون مملوكاً للواهب فلاتجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ماليس بمملوك .

٥) أن يكون محوزا ، فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم ، وتجوز الهبة فيما لايقسم كالعبد ، والحمام ، واستدلوا بانه قد روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لايجوز مالم يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله ﷺ ولم ينقل أنه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ، وكذلك فان قبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى ، الا انه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لايحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ، ولاضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال في القبض ولايوجد في المشاع (١) .

٦) أن يكون الموهوب مقبوضا (٢) ويشترط لصحة القبض أنواع :

أ ــ أن يكون القبض باذن المالك لأن الاذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع ،ومن المعلوم أن المشتري لو قبض المبيع من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد به فلأن يكون الاسترداد في الهبة أولى ، لأن البيع يصح بدون القبض لأن القبض في الهبة يشبه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فكذلك الهبة لا يجوز القبض من غير اذن الواهب .

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ١١٨ الى ١١٩ ودرر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ٢١٨ ، البحر الرائق ٧ : ٣١١ ومجمع الأنهر ٢ : ٣٥٦ والدر الملتقى عليه والحاوي القدسي ٢٥٠أ والمبسوط ١٢ : ٦٤ ، ٧٠ ، ٧١ ونتائج الأفكار ٧ : ١٢١ والهداية بهامش نتائج الأفكار ومجمع الضمانات ٣٣٦ وكشف الحقائق ٢ : ١٤٧ وتحفة الفقهاء ٣ : ٢٥٧ ــ ٢٥٩ وجامع الفصولين ٢ : ١٨٠ .

(٢) انظر موضعة من كتابنا . ص٢٢١ ج ٢

هذا والاذن في القبض نوعان : قبض صريح ، وقبض دلالة .

فالصريح : أن يقول الواهب اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجرى مجرى هـذا المجرى ، فهذا الاذن يجوز سواء قبض الموهوب له في حضرة الواهب أم بغير حضرته .

أما الدلالة : فهي أن يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا ، والقياس أن لايجوز ، كما لايجوز بعد الافتراق وهو قول زفر ؛ لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول ، فـلا يصح بعد الافتراق ، ولأن القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع .

وأما الاستحسان : فماروي أن رسول الله ﷺ حمل اليه ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه فقام عليه الصلاة السلام فنحرهن بيده الشريفه وقال مـن شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله ﷺ بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فـدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق (١) .

واذا وهبت شيئا متصلابغيره مما لاتقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر ، أو الشجر دون الارض ، أو حلية السيف دون السيف ، أو القفيز من الصبر ، أو الصوف على ظهر الغنم ، وغير ذلك مما لا يجوز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ، ننظر ، فاذا فصلت هذه الأشياء وقبضت بغير اذن الواهب لم يجز القبض سواء كـان الفصل والقبض بحضرة الواهب أم بغير حضرته ، وذلك لأن الجواز في المنفصل عنـد حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ها هنا ، لان الايجاب لم يقع صحيحاً حـين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض .

وان قبضت باذن الواهب فالقياس لا يجوز وهو قول زفر وجاز استحسانا .

وجه قول زفر : أن العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنـده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا ، أما من ناحية الاستحسان فان العقد اذا وقع فاسدا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان (٢).

---

(١) بدائع الصنائع ٦ : ١٢٣ ـ ١٢٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ : ١٢٤ ، ودرر الحكام ٢ : ٢١٨–٢١٩ وحاشية ابن عـابدين ٥ : ٦٩٠ الى ٦٩١ .

أثر الغرر في الهبة عند المالكية :

والمالكية ترى أن الغرر لا يؤثر في صحة الهبة ، وأنهم يصرحون بذلك بعبارات واضحة لا غموض فيها . ففي المدونة : (الغرر في الهبة لغير الثواب جائز لا في البيع ، فمن وهب لرجل مورثه من فلان وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع . أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز) (١) ويرون ان الهبة تصح في كل مملوك ينقل ممن تبرع بها وان كان الموهوب مجهولا ، سواء كانت الجهالة في العين أو في القدر ، أو كان الموهوب ديناً لمن كان عليه أو لغيره (٢) .

وممن صرح بعدم تأثر الغرر في الهبة ابن جزيء فقال : (وتجوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الآبق ، والبعير الشارد والمجهول ، والثمرة قبل بدو صلاحها ، والمغصوب(٣)

ويقول ابن رشد الحفيد : (ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه في الشرع من جهة الغرر) (٤) .

ويذكر الباجي أن لا أثر للغرر في هبة ثمر النخل قبل الإبار فقال : (وأما هبة ثمر النخل فتجوز قبل الابار وبعده ومعنى ذلك أن هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله) (٥) .

---

(١) جواهر الاكليل نقلا عن المدونة ٢ : ٢١٢ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٤ : ٩٧-٩٨-٩٩ ، وجواهر الاكليل ٢ : ٢١٢ وبلغة السالك ٢ : ٣١٣ فاذا وهب الدين لمن كان عليه يكون ابراء فلا بد من قبوله لأن الابراء يحتاج الى قبول وقد اختلف في الابراء فقيل انه نقل للملك فيكون عندئذ من قبيل الهبة وهو الراجح ، وقيل انه اسقاط للحق ، فاذا كان نقلا للملك فانه يحتاج الى قبول .

واذا وهب الدين لغير من عليه هبته يكون كرهن الدين ، وصورة المسألة أن يشتري سلعة من زيد بعشرة لأجل ويرهن المشتري عليها دينه الذي له على خالد ، فيجوز ان اشهد على الرهنية وجمع بين البائع ومن عليه الدين ودفع للبائع ذكر الدين . واعلم أنه اذا وهبه الدين وقام بذلك الدين شاهد واحد حلف الموهوب له لا الواهب لأن الشخص لا يملك ليستحق غيره واما ان دفع المدين الدين للواهب بعد العلم بالهبة ضمن . بلغة السالك ٢ : ٣١٣ وجواهر الاكليل ٢ : ٢١٢ والدسوقي على الشرح الكبير ٤ : ٩٩ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزيء ٣٥٢ وانظر المدونة ١٥ : ١١٩-١٢٠ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ٣٥٥ .

(٥) المنتقى للباجي ٦ : ٩٦ .

أركان الهبة : وهي أربعة :

الأول : الواهب ، ويشترط فيه أن يكون عاقـلا ، بالغاً ، لا حجر عليه لحريته ، ورشده ، فالمحجور عليه لا تصح منه الهبة ، ويشترط عـدم احاطة الدين بماله قبل انشاء الهبة ، وإلا كانت هبة باطلة لا أثر لها ، أمـا هبة الصغير ، والسفيه ، والمرتد ، فباطلة ، وهبة المريض والزوجة بأزيد من الثلث فصحيحة موقوفة على اجازة الزوج والورثة، كهبة من أحاط الدين بماله .

الثاني : الموهوب له : وهو ن يصح تملكه الهبة ولو لم يدم ومـن لم يصح تملكه الهبة كالحمار والجمل فالهبة غير جائزة .

الثالث : الموهوب : فيشترط أن يكون طاهراً ، منتفعاً به شرعاً ، كالمبيع ، حيواناً كان أم عرضاً أو عقاراً ، فإذا كان نجساً كالخمر ، والخنزير ، أو كـان الانتفاع به كآلة لهو وأمة للغناء فعقد الهبة في شيء من ذلك ونحوه فاسد .

الرابع : الصيغة: إذ أن عقد الهبة ولزومها يتوقف على صيغة صريحة كقول الواهب: وهبتك وأعطيتك أو ما يقوم مقامها في كل ما يدل على تمليك الرقبة للمعطى له ولو كان فعلا كدفع دينار لفقير (١) .

وإذا توفرت هذه الشروط في الهبة عند المالكية صحت الهبة حيث حصل القبول من الموهوب له سواء كانت الهبة معلومة منه أو موصوفة غائبة عن المجلس، أو مجهولة كوهبتك ما في يدي أو صندوقي ، أو لم يقدر على تسليمها، كوهبتك عبدي الآبق أو كان الموهوب دينـاً (٢) .

وبهذا يكون الفقه المالكي اعتبر الهبة من العقود التي لا غرر فيها .

الشافعية :

والغرر يؤثر في العقود عنـد الشافعية كتأثيره في البيع ولذلـك يشترطون في الهبة كشروط البيع .

---

(١) كفايـة الطالب الرباني وحـاشية العدوي عليهـا ٢ : ٢٠٤ ، أسهل المسالك وشرح سراج السالك ٢ : ١٩٠ .

(٢) سراج السالك وأسهل المسالك ٢ : ٢٠٤ .

وشروطها عند الشافعية ثلاثة :

الأول: الصيغة فلا بد من الإيجاب والقبول لفظاً، كوهبتك وملكتك وقبلت ورضيت واتهبت ، لأنه تمليك آدمي لآدمي فافتقر إلى الإيجاب والقبول ، وقال أبو العباس يصح على التراخي ، والصحيح هو الأول ، لأنه تمليك مال في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع (١) .

ويستثنى من اعتبارهما مسائل :

١) الهبة الضمنية فلا تحتاج إلى قبول ، كأن يقول انسان لآخر اعتق عبدك عني ففعل فيدخل في ملكه هبة ويعتق عليه .

٢) ما يخلعه السلطان على الأمراء فلا يشترط في مثل هذا القبول ، لجريان العادة بذلك .

٣) شراء الحلي لولده الصغير قال القفال : إنه يكون تمليكاً له بخلاف ما لو اشتراه لزوجته فإنه لا يصير ملكاً لها والعلة في ذلك الولاية على الولد لا الزوجة كما يقول السبكي.

أما الهدية فلا يشترط فيها الإيجاب والقبول ولو في غير المطعوم بل يكفي البعث ويكون منه كالإيجاب والقبض من الآخر كالقبول ، كما جرى عليه الناس في الاعصار ، وفي الصحيحين : (كان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة) (٢) .

ولا يصح تعليقها على شرط مستقبل ،لأن الهبة عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليق الهبة على شرط مستقبل كالبيع (٣) كذلك لا يصح تعليق الهبة كأن يقول وهبتك مكتبتي ان جاء زيد من طلب العلم في الأزهر (٤) .

الثاني : أهلية التبرع وفي المتهب أهلية الملك أي التمليك ، فاذا تصدق على طفل من قبل بالغ فانه لا يملك الصبي ما تصدق عليه الا بقبض وليه ، فاذا دلت قرينة على أن

---

(١) الوجيز ١ : ١٤٩ ، وقليوبي وعميرة ٣ : ١١٠، ونهاية المحتاج ٥ : ٤٠٦ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٩٦ والمهذب ١ : ٤٥٣ ـ ٤٥٤ ، والاشباه والنظائر للسيوطي ٥٢٤ .

(٢) مغني المحتاج ٢ : ٣٩٧ ـ ٣٩٨ ونهاية المحتاج ٥ : ٤٠٧ ـ ٤٠٨ .

(٣) المهذب ١ : ٤٥٣ ، والبجيرمي ٣ : ٢١٦ .

(٤) الوجيز ١ : ١٤٩ والبجيرمي ٣ : ٢١٦ واعانة الطالبين ٣ : ١٤٥ وفتح المعين ٣ : ١٤٥ .

وليه لا يرفض ذلك فانه يباح ، واذا وجدت قرينة تدل على عدم رضى الولي بالدفع سيما اذا كان ذلك يعوده على دناءة النفس والرذالة فتحرم حينئذ ، أما الواهب فقد قلنا لا بد من أهلية التبرع فلا يصح من مكاتب بغير اذن سيده ولا من ولي .

الثالث : الموهوب ، وقد ذكر النووي ضابطا لهذا الشرط وهو :(ما جاز بيعه جاز هبته ومالا كمجهول ومغصوب وضال فلا) (١) وذلك لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع ، وماجاز بيعه جاز هبته فلا يمتنع بالشيوع وان قبل القسمة ، واستدلوا بحديث : (روي عن عمرو بن سلمة الضمري ان رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى أتى الروحاء ، فاذا حمار عقير فقيل يا رسول هذا حمار عقير فقال دعوه فانه سيطلبه صاحبه فجاء رجل من فهر فقال يا رسول الله اني اصبت هذا فشأنكم به فأمر النبي ﷺ أبا بكر يقسم لحمه بين الرفاق) ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم في ذلك (٢) .

الاستثناءات :

١) أما المنافع فيصح بيعها بالاجارة وفي هبتها وجهان :

الأول : فقد قاله الأسنوي ورجحه وجزم به الماوردي ، ورجحه الزركشي ، بأنها ليست بتمليك على أساس أن ما وهبت منافعه عارية .

الثاني : أنها تمليك بناء على أن ما وهبت منافعه أمانة وقد رجح هذا الرأي جمع منهم ابن الرفعة ، والسبكي ، والعقبيني ، وغيرهما وهو الظاهر .

٢) القيم والوصي على مال الطفل يصح منهما بيع ماله لا هبته .

٣) بيع الموصوف سلما في الذمة جائز بخلاف بيعه ، كوهبتك ألف درهم مثلا في ذمتي غير صحيح ، وان عينه في المجلس وقبضه .

٤) فالمريض يصح بيعه لوارثه بثمن المثل لا هبة بل يكون وصية (٣) .

وما لا يجوز بيعه من المجهول ، وما لا يقدر على تسليمه ، وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ، ومغصوب لغير قادر على انتزاعه ، وضال وآبق ، لا تجوز هبته ، لانه عقد

---

(١) المنهاج مع مغني المحتاج ٢ : ٣٩٩ ، وانظر الوجيز ١ : ١٥٠ ونهاية المحتاج ٥ : ٤٢٣ ـ ٤١٢ وشرح العقود المدينة . للاستاذ عبد الوهاب البدراني (٦٩) .

(٢) الوجيز ١ : ١٥٠ ، ومغني المحتاج ٢ : ٣٩٩ والمهذب ١ : ٤٥٣ .

(٣) مغني المحتاج ٢ : ٣٩٩ ـ ونهاية المحتاج ٥ : ٤١٢ ـ ٤١١ .

يقصد به تمليك المال في حال الحياة فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع (١)ولا ينافي هذا خبر (زن وأرجح) لان الرجحان المجهول وقع تابعا لمعلوم،أو أن المراد من أرجح تحقق الحق حذرا من التساهل فيه ، ولا ينافيه أيضا قوله ﷺ للعباس رضي الله عنه في المال الذي جاء به من البحرين (خذ منه) والظاهر أن اعطاء العباس صدقة لا هبة لكونه من جملة المستحقين (٢)

ما يستثنى من هذه القاعدة :

١) جواز هبة المحقرات لا بيعها لانتفاء المقابل كهبة حبتي حنطة ونحوهما .

٢) جهل الورثة مقدار ما لكل منهم من الارث كما لو خلف ولدين أحدهما خنثى (٣) ذكر الرافعي في الفرائض ، أنه لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساو أو تفاوت جاز . وقيل لا بد أن يجري بينهم تواهب وهذا التواهب لا يكون الا عن جهالة ولكنها تحتمل للضرورة .

٣) ان اختلط حمام برجين ، فوهب صاحب أحدهما نصيبه للآخر فان الهبة تصح على الصحيح ، وان كان مجهول القدر ، والصفة ، للضرورة ، ومثل ذلك لو اختلطت حنطته بحنطة غيره .

٤) لو قال لآخر انت في حل مما تأخذ من مالي ، أو تعطي،أو تأكل ، فانه يجوز له الأكل دون الاخذ والاعطاء ، لأن الأكل اباحة ، والأكل يصح وهو مجهول بخلاف الأخذ والاعطاء فانه يعلم بالتقدير .

٥) جواز هبة الثمار قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع بخلاف البيع وكذا الزرع الأخضر قبل اشتداد الحب .

٦) لو وهب الأرض مع بذر أو زرع لا يفرد بالعقد ، اذ أن الهبة تصح في الأرض وتفرق الصفقة هنا على الأرجح،والجهالة في البذر لا تضر في الأرض اذ لا ثمن ولا توزيع(٤).

---

(١) المهذب ١ : ٤٥٣ ومغني المحتاج ٢ : ٣٩٩ والتنبيه للشيرازي ٩٣ :

(٢) نهاية المحتاج : ٤١٢ :

(٣) يعامل الشافعية الخنثى ومن معه بأقل النصيبين ويعطى بقية الورثة أقل النصيبين ايضا ويقبض الباقي الى أن ينكشف حاله فان لم ينكشف أمره تصالحوا فيما بينهم (الاحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي رحمه الله) ٢ : ٩٥ وانظر بقية المستثنيات في المراجع المذكورة وفيض الاله المالك ٢ : ٩٩ .

(٤) فتح الوهاب ١ : ٢٦٠ وقليوبي وعميرة ٣ : ١٢ ومغني المحتاج ٢ : ٣٩٩ ـ ٤٠٠ ونهاية المحتاج ٥ : ٤١٢ — ٤١٣ .

الحنابـــلة :

ويؤثر الغرر في الهبة عند الحنابلة كتأثيره في البيـــع ، ولذلك يشترطون في الهبة كشروط البيع .

ومن دراسة كتاب الهبة في فقه الحنابلة نجد أنهم يشترطون ثلاثة شروط كالشافعية :

الأول : الصيغة ، اختلف فقهاء الحنابلة في الايجاب والقبول ، ففريق منهم مـــال الى أن الايجاب والقبول لا بد منها سواء وجد القبض أم لم يوجـــد ، فهم كالشافعية في اشتراط هذا ، وفريق آخر وهو رأي ابن عقيل : انما يشترط الايجاب والقبول مـــع الاطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى ، لأنه اذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلا بد من قول دال عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل فلا وجه لتوقيفه على اللفظ ، مستدلا بالاكتفاء في بيع المعاطاة وبدلالة الحال في دخول الحمـــام وهو اجارة وبيع أعيان فاذا اكتفينا بالمعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال وأنها تنقل الملك مـن الجانبين . فلأن نكتفي به في الهبة أولى .

والصحيح عند الحنابلة أن الأفعال الدالة على الايجاب والقبول كـافية ولا يحتاج الى لفظ ، والهبة منها فلا حاجة الى ايجاب وقبول ، لأن النبي ﷺ كان يهدي ويهدى اليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها ، وكـــان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم ايجاب ولاقبول ، ولو كـــان شرطا لنقل عنهم نقلا متواترا أو مشتهرا (١) .

ولا يصح تعليق الهبة على شرط مستقبل ، فاذا جاء رأس الشهر ، أو قـدم فلان ، فقد وهبتك كـــذا قياسا على البيع ، لأنها تمليك لمعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط فان علقها على شرط كقول النبي ﷺ لأم سلمة (ان رجعت هـــديتنا الى النجاشي فهي لك) كان وعدا .

وكذلك لا يصح توقيت الهبة ، كقوله وهبتك هذا سنة أو شهرا فلا تصح ، لأنها تمليك عين فلا توقت كالبيع الا نحو جعلتها لك عمرك أو حياتك ، أو عمرى ، أو مابقيت

---

(١) المغني لابن قدامـــة ٦ : ٤٤ — ٤٥ ، والروض المربع ٢٤١ — ٢٤٢ وهداية الراغب ٤١٢ وكشاف القناع ٤ : ٢٩٨ .

فتصح ، وتكون لموهوب له ولورثته بعده وان قال سكناه لك عمرك أو غلته أو خدمته لك أو منحتكه فعارية ، لأنها هبة المنافع (١) .

الثاني : الموهوب :

ولا تصح هبة مجهول يتعذر علمه ، كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع ، والصوف على الظهر ، لأنه مجهول معجوز عن تسليمه الا ما تعذر علمه ، كما لو اختلط مال اثنين على وجه لايتميز فوهب أحدهما لرفيقه منه فيصح للحاجة .

وكذلك لاتصح هبة المعدوم كالذي تحمل أمته أو شجرته ، لأن المعدوم ليس بشيء فلا يقبل العقد ، وكذلك لا يصح هبة مالا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق ،والجمل الشارد ، والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه ، لأنه عقد مفتقر الى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع ، وكذلك الطير في الهواء ، والسمك في الماء ، ومرهون ، لأن ذلك لا يتأهل للقبض والقبض من ماهية العقد فلا يقع العقد عليه والمرهون يتعذر تسليمه شرعا (٢) .

وتصح هبة المشاع ، لأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، وقد استدلوا على ذلك : أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ (ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم) رواه البخاري وهذا هبة مشاع (٣) .

وهبة المجهول لا تصح ، فاذا قال : وهبتك شاه من غنمي لم يجز ، الا أن ابن قدامه يفرق بين جهل الواهب والموهوب ، فجهل الواهب مفسد للهبة بخلاف الموهوب له ، قال ابن قدامة : (ويحتمل أن الجهل اذا كان في حق الواهب منع الصحة ،لانه غرر في حقه ، وان كان الموهوب له لم يمنعها ، لانه لا غرر في حقه ، فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له ، كالموصى له) (٤) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٤٧ وكشاف القناع ٤ : ٣٠٧ والروض المربع ٢٤٢ .

(٢) كشاف القناع ٤ : ٣٠٦ ـ ٣٠٧ والمغني ٦ : ٤٦ ـ ٤٧ ، والروض المربع ٢٤١ وهداية الراغب ٤١١ والهبة لعبد الوهاب البنداري ٦٩ .

(٣) المغنى ٦ : ٤٥ ـ ٤٦ .

(٤) المغني ٦ : ٤٦ .

الزيدية :

ويؤثر الغرر في الهبة عند الزيدية كتأثيره في البيع ، ولذلك فانهم يشترطون في الهبة نفس الشروط في البيع ، ويمكن ردها الى ثلاثة شروط كالشافعية والحنابلة (١).

الاباضية :

والاباضية في تأثير الغرر في الهبة كالمالكية تقريبا في عدم تأثير الغرر . فانهم يقولون أن الهبة تجوز في كل ما جاز بيعه فلا عكس لجواز هبة المجهول عند كثير من علمائهم دون بيعه (٢) ، وفي موضع آخر يذكرون أن الهبة تصح مطلقا في كل شيء مملوك (٣) . وفي موضع آخر (وجازت هبة ماظهر أو بطن علم ، كان موجودا أو غير موجود أو جهل على الصحيح) والمراد بهبة المجهول الباطن مثل هبة ما في بطن أمة أو شاة أو ناقة (٤) .

وفي موضع آخر : تجوز هبة المجهول، وهبة الغائب ، طالت مدة الغيبة أوقصرت ، والقول الفصل في مذهب الاباضية (وجازت في كل ما جاز بيعه . . لأنها تحتمل مالا يحتمل البيع في وجوه الغرر) (٥) ولذلك فالذي أراه أن الغرر لا يؤثر في الهبة ، لأنها تصح في كل مملوك وبهذا فان الغرر الذي يؤثر في البيع غير مؤثر في الهبة .

الظاهرية :

وترى الظاهرية أن الغرر يؤثر في الهبة ، فلا يجوز عندهم هبة الا في موجود ،معلوم معروف القدر ، والصفات ، والقيمة ، والافهي باطلة مردودة ، وكذلك مالم يخلق بعد، كمن وهب ما تلد أمته أو شاته أو سائر حيوانه أو ما يحمل شجره العام وهكذا كل شيء، لأن المعدوم ليس شيئا ، والهبة تقتضي موهوبا فمن أعطى معدوما لم يهب شيئا ، وقد حرم الله تعالى على لسان رسول الله ﷺ أموال الناس الا بطيب أنفسهم ، وتكون بمعرفة صفات الموهوب ، وما هو ، وما قدره ، وما يساوي ، واذا لم تعلم فلا تطيب نفسه ، وربما تطيب نفس المرء غاية الطيب على بذل شيء أو بيعه ، ولكن اذا علم صفاته وقدره وما

---

(١) البحر الزخار ٤ : ١٣١ ـ ١٣٣ .
(٢) كتاب شرح النيل ٦ : ٨ .
(٣) كتاب شرح النيل ٦ : ١٣ .
(٤) كتاب شرح النيل ٦ : ١٣ .
(٥) كتاب شرح النيل ٦ : ١٣ .

يساوي لم تطلب نفسه به فيقول ابن حزم : وهذا أكل مال بالباطل فهو حرام لا يحل ، ومن وهب شيئا غير معين فحكمه كمن باع بدون علم الصفات ، كمن وهب درهما من هذه الدراهم أو رطلا من هذا الدقيق ، أو صاعا من هذا البر ، فهو كله باطل لما ذكرنا (١) .

الإمـــامية :

وترى الشيعة الامامية أن الغرر لا يؤثر في الهبة وكل ما شرطوا فيها ، بأنها تفتقر الى ايجاب وقبول ، وهو كل لفظ دل على تمليك العين من غير عوض كوهبتك وملكتك وأعطيتك ونحلتك وأهديت اليك وهذا لك مع نيتها ، والقبول كل لفظ دال على الرضا .

وكذلك فانهم يشترطون القبض باذن الواهب ان لم يكن مقبوضـــا بيده ولو وهبه ما بيده لم يفتقر الى قبض جديد ولا اذن فيه ولا مضي زمـــان يمكن فيه قبضه لحصول القبض المشروط وكذلك فان هبة المشاع جائز عندهم كالمقسوم (٢)

رأينـــا :

ان المذهب الظاهري لا يأخذ بالقياس ، والغرر في الهبة انمـــا ثبت عند من ثبت كالزيدية والشافعية ، انما كان وفق القياس على البيع ، فاذا نظرنا الى القياس عند الظاهرية التزم علينا أن لا نعتبر تأثير الغرر في الهبة عندهم وفق القياس وانما اعتبروا تـــأثير الغرر في الهبة للمعاني التي رأيناها ، ولو عملنا بالقياس والامكنة التي يوجد فيها الغرر ، كالمعدوم والمجهول ... فاننا نستطيع أن نقول إن الظاهرية تقرر أن الغرر يؤثر في الهبة كمـــا يؤثر في البيع .

---

(١) المحلى لابن حزم ٩ : ١١٦ ، ١٥٢ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ١٩٢ ـ ط النجف الأشرف والمختصر النافع ١٨٣ ـ ١٨٤ .

المطلب الثالث

الهبة في القـــانون

يشترط في محل الهبة أي المال الموهوب أربعة شروط :

أ ــ ان يكون موجودا .

ب ــ ان يكون مملوكا للواهب وقت الهبة .

ج ــ ان يكون معينا أو قابلا للتعيين .

د ــ أن يكون صالحا للتعامل فيه .

فالأول : أن يكون محل الالتزام موجودا في الحـــال لدى نشوء الالتزام ، أو يمكن وجوده بعد ذلك في الاستقبال ، فالشيء غير الموجود حـــالا ولكنه سيوجد في المستقبل يعتبر محلا موجودا في هذا المعنى (١) .

والهبة خرجت على هذه القاعدة ، وقد نص المشرع صراحة في المـــادة (٤٩٢) ونصها : (تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة) (٢) وعلة هذا النص : أن هبة المال المستقبل تنطوي على خطر بالنسبة للواهب ، اذ أن الواهب في العادة يندفع الى هبة المـــال المستقبل أكثر مما يندفع الى هبة مال حاضر ، فأراد المشرع أن يحميه من هذا الاندفاع بابطـــال هبته ، فمن يهب ما يثمره نخيله في العام القادم ، أو ما تلده دابته ، أو يهب كائنا ضمـــن غيره ، كمن يهب زبدا في لبن ، أو دهنا في سمسم ، أو دقيقا في حنطة . وهـــذا الاستثناء على محل الالتزام لم يرد في المذكرة الايضـــاحية تفسير لهذا الاستثناء ، لأن أحكام الهبة أخـــذت من الشريعة الاسلامية حيث يشترط في مذهب أبي حنيفة : أن يكون المـــال الموهوب موجودا وقت الهبة .

---

(١) الالتزامات للدكتور حشمت أبو ستيت بند ٢٠٦ صفحة ١٩٣ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ : ٢٥٧ .

ويلاحظ في هذا الشأن ما يلي :

١) المال المستقبل : هو المـــال الذي لا وجود له وقت ابرام الهبة ، ولكنه سوف يوجد ، فلا هو مملوك للواهب ولا هو مملوك لغيره لانعدام وجوده أصلا وقت الهبة كأن يهب شخص آخر منزلا سوف يبنيه في المستقبل .

٢) هبة المال المستقبل باطلة بطلانا مطلقا : ويستنتج البطلان المطلق من تعبير المقنن، اذ يقصد البطلان المطلق بتعبير لفظ البطـــلان ، واذا قصد البطـــلان النسبي فينص على القابلية للابطال ، وينتج من كون الهبة باطلة النتائج التالية :

١ ــ لاتصح بالاجازة لأن الهبة معدومة والاجازة لاترد على معدوم .

٢ ــ لايرد عليها التقادم .

٣ ــ لكل ذي مصلحة أن يستمسك ببطلانها .

٤ ــ للقاضي أن يحكم ببطلانها من تلقاء نفسه(١) .

أما هبة المال فيشترط فيه أن يكون مملوكا للواهب ، فـــان كان مملوكا للغير فقد نص المشرع على حكمه في المـادة (٤٩١) وهي : (اذا وردت الهبة على شيء معين بالذات ، غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين ٤٦٦ ــ ٤٦٧) (٢) .

فهبة ملك الغير ليست باطلة بطلانا مطلقا ، اذ لو كانت باطلة بطلانا مطلقا لكانت عدما ولما جاز تصحيحها أو اقرارها ، في حين أن هبة ملك الغير يجوز تصحيحها باجازة الموهوب له ، واني لأرى أن هبة مال الغير موقوفة على اجازة المالك ، ويكون تصرف الواهب تصرفا فضوليا .

وكذلك هبة مال الغير ليست باطلة بطلانا نسبيا ، لأن البطلان النسبي يكون لنقض الأهلية أو لعيب من عيوب الرضا ، وبطلان هبة مال الغير لاتبطل لهذه الاسباب وانمـــا

---

(١) العقود المسماه للدكتور محمود جمال الدين زكي ١٣٤ــ١٣٥ شرح العقود المدنية (الهبة) للدكتور عبدالوهاب البنداري ٦٨ ــ ٦٩ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ : ٢٥٥ ، ونص المـــادة (٤٦٦) (اذا باع شخص شيئا معينا بالذات فهو لايملكه جاز للمشتري أن يطلب ابطـــال البيع ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل . وفي كل حال لايسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشترى العقد) ونصت المادة (٤٦٧) على أنه (١ ــ اذا اقر المالك المبيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري) ٢ ــ وكذلك ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري اذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد .

لعدم ملكية الواهب . ولأن العقد القابل للابطال ينقلب صحيحا اذا اجازه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته .

هبة المشاع :

وهبـــة المشاع جائزة في القانون ، وهذا على خلاف مذهب أبي حنيفة الذي يفرق في هبة المشاع بين مايحتمل القسمة منه ومـــالا يحتملها ، ويقصر صحة الهبةعلى النـــوع الذي لايحتملها ، لأن الذي يقسم لاتصح الهبة فيه الا اذا قبضها مفرزة عن غيرها . على خلاف ماذهب اليه جمهور الفقهاء (١) أما بالنسبة للموهب بأن يكونمعينا أو قابلا للتعيين فانه يطبق فيالهبة مايطبق على المبيع ، لأن الأحكام العامة في القانون بالنسبة لتعيين المحل تطبق على البيع (٢) .

---

(١) شرح العقود المدنية للدكتور عبد الوهاب البنداري (الهبة) ٧٠ ــ ٧٤ والعقود المسماة للدكتور محمود جمال الدين زكي ١٣٥ ــ ١٣٦ .

(٢) العقود المسماة للدكتور محمد كامل مرسي ٢ : ٤٠ .

المبحث الثاني

الوصية

تعريف الوصية لغة :

جاء في اللغة أوصاه ووصاه توصية عهد اليه ،والاسم الوصاه والوصـــاية،والوصية وهو الموصى به أيضا ،والوصي الموصي ،والموصي وهي وصي أيضا وقوله تعالى يوصيكم الله أي يفرض عليكم ، وقال تعالى : أتواصوا به أي أوصى به أولهم آخرهم (١) .

تعريف الوصية شرعاً :

اختلف الفقهاء في تعريف الوصية بعبارات واصطلاحات مختلفة ، فالحنفية عرفوها بأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان عينا أم منفعة (٢) وهـذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب ، الا أن هذا التعريف ليس بجامع ، لانه لايشمـــل حقوق الله تعالى والدين الذي في ذمته (٣) .

وعرفها المالكية بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، وهذا تعريف إبن عرفة ، وإبن رشد عرفها بقوله : الوصية بالجملة هي هبة الرجـــل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته ، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به (٤) .

---

(١) القاموس المحيط : ٤ : ٤٠٠ والمصباح المنير : ٢ : ١٠٢٧ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ : ٦٩١ والدر المنتقى على الملتقى ٢ : ٦٩١ والفتاوى الهندية العالمكيرية ٦ : ٩٠ والزيلعي ٦ : ١٨١ وابن عابدين : ٦ : ٦٤٨ وكشف الحقائق : ٢ : ٣١٠ وتكملـــة البحر الرائق ٨ : ٤٥٩ ونتائج الافكار ٨ : ٤١٦ .

(٣) تكملة البحر الرائق للطوري ٨ : ٤٥٩ .

(٤) مغني المحتاج ٣ : ٣٩ والبجيرمي على المنهج ٣: ٢٦٦ وانظر الوصايا محمد سلام مدكور٢٥٦.

وعرفها الشافعية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت (١) وهو قريب من تعريف الحنفية المشهور .

أما الحنابلة فقد عرفها ابن قدامة بأنها التبرع بالمال بعد الموت (٢) .

أصل مشروعيتها :

• أصل مشروعية الوصية الكتاب والسنة والاجماع :

الكتاب : (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذَا حَضَرَ أحَدَكُمْ المَوْتُ إنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ) (٣) وقال تعالى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أوْ دَيْنٍ) (٤) .

السنة :

١ ـ بما روى سعد بن أبي وقاص ، قال : جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي ، فقلت : يارسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة أفا تصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا ، قلت : فبالشطر يارسول الله ؟ قال : لا ، قلت فبالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير ، أنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) (٥) .

٢ ـ بما روي عن ابن عمر : أن رسول الله ﷺ قال : (ما حق امرىء مسلم لـه شيء يوصي به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده) متفق عليه (٦) .

---

(١) بداية المجتهد ٢ : ٣٦٣ .

(٢) المغني ٦ : ١٣٧ .

(٣) سورة البقرة : ١٨٠ .

(٤) سورة النساء : ١١ .

(٥) رواه ابو داود والبخاري ومسلم والنسائي والترمذي وابن ماجة والامام احمد . انظر اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٦٣ وابو داود ٢ : ١٠١ واحكام الاحكام لابن دقيق العيد ٢ : ١٧٤ .

(٦) رواه البخاري ومسلم وأبو داود انظر صحيح مسلم ١١ : ٧٤ وفتح الباري ٦ : ٢٨ ـ ٢٨٧ ؛ وسنن ابي داود ٢ : ١٠١ وانظر الأحوال الشخصية للدكتور المرحوم مصطفى السباعي ١ : ٣٤٢ .

٣ ـ بما روى أبو أمامة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث) (١) رواه سعيد وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح .

٤ ـ وعن علي رضي الله عنه قال (انكم تقرأون هذه الاية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وإن النبي ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية) رواه الترمذي (٢) .

الاجماع :

فقد أجمع علماء الأمصار والأعصار من زمن النبي ﷺ الى يومنا هذا ولم يؤثر عن واحد منهم منعها (٣) .

أقسام الوصية :

وتنقسم الوصية الى خمسة أقسام واجبة ، ومندوبة ومباحة ومكروهة ومحرمة .

أ) الواجبة : الايصاء بما وجب في ذمة الموصي من حقوق الله والعباد ، كمن عليه دين أو عنده وديعة أو اخراج الزكاة والكفارات والنذور ، وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصية غير واجبة الا على من عليه حقوق بغير بينة ، وأمانة ، بغير اشهاد الا طائفة شذت فأوجبتها .

ب) المندوبة : وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا لمن لا يرث من الأقرباء ولأهل العلم الذين لا يرثون ، وهو رأي الجمهور ، والظاهرية ترى أن الوصية للأقرباء غير الوارثين واجبة .

ج) المباحة : وهي الوصية لصديق ، أو لغني ، لم يوصف بالعلم أو الصلاح أو الحاجة ، فان نوى في الايصاء اليهما البر والصلة كانت الوصية مندوبة لما فيها من معنى الطاعة وللأقرباء أفضل .

قال الشعبي : ما من مال أعظم أجرا من مال يتركه الرجل لولده فيغنيهم به عن الناس .

د) المحرمة : وهي الوصية بما حرمه الشرع كبناء كنيسة ، وبيت نار ، أو عمارتها ، ولإلكتب التوراة والانجيل ، ونحوها .

---

(١) نيل الأوطار ٦ : ٤٣ .
(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٦ : ٤٣ وانظر المغني ٦ : ١٣٧ .
(٣) المصدر السابق .

هـ) المكروهة : وهي الوصية بما كره الشرع ، كبناء القبة على القبور ، وايقاد الشموع والقناديل ، وذلك أن يكون مـــاله قليلا وورثته فقراء فالافضل أن لا يوصي لقوله عليه السلام : (انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) (١) .

ركن الوصية :

ذهب بعض الفقهاء الى أن ركن الوصية هو الايجاب والقبول كالهبة ، وذلك لأن الوصية اثبات ملك جديد ولا يملك احـــد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ، بخلاف الميراث ، أما القبول فلا بد منه لأن الايصاء تمليك فلا بد مـــن القبول ، واثبات الملك للموصى له من غير قبول منه قد يؤدي به الى ضررين معنوي ومادي ، فالمعنوي لما يلحقه من ضرر المنة ومن الناس من لا يحتملها ، وأما المادي ، كأن يوصى له بعبد مزمن أو دابة عمياء فإنه يلحقه بذلك الغرم لا الغنم (٢) .

أثر الغرر في الوصية عند الحنفية :

الغرر في الوصية عند الحنفيـــة لا أثر له ، واذا نظرنا الى شروط الموصى به يتبين لنا مدى عدم تأثير الغرر فيها وشروط الموصى به هي :

١) أن يكون مالا أو متعلقا بالمال ، لأن الوصية ايجاب الملك أو ايجاب ما يتعلق بالملك من البيع ، والهبة ، والصدقة ، والاعتاق ومحـــل الملك ، والمال ، فلا تصح الوصية بالميتة والدم لأنهما ليسا بمال .

٢) أن يكون المال متقوما فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر ، لأنها غير متقومة في حق المسلم لأنها لا تكون مضمونة بالاتلاف فلا تجوز الوصيه من المسلم (٣) .

والمال نوعان : المنافع والأعيان :

فالوصية بالمنافع جائزة فمن أوصى بخدمة عبد بعينه لفلان فالوصية تكون بالخدمة وعين العبد تكون للورثة مادام الموصى له حيا واذا مات فيسلم العبد الى الورثة ، وكذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ١٣٧ – ١٤١ والروض المربع ٢٤٦ – ٢٤٧ وشرح الاحوال الشخصية للمرحوم الدكتور مصطفى السباعي ١ : ٣٤٢ – ٣٤٣ ومغني المحتاج ٣ : ٣٩٠ .

(٢) مجمع الانهر ٢ : ٦٩٣ – ٦٩٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٧ : ٣٥٢ .

اذا أوصى بسكني داره ولم يوقت لها وقتـــا فيكون للموصى له مدة حياته وتعود الدار الى الورثة (١) .

والوصية بالأعيان ، كأن يوصي بثمرة البستان والشجر فانها تقع على الثمر الموجود وقت موت الموصي والحادث بعد موته ان ذكر الابد ، لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحـــادث ، فاذا ذكر الابد فان الوصية تتناوله ، وان لم يذكر الأبد فلا تتناول الوصية الثمر الحادث .

أما اذا كان الثمر عند موت الموصي موجودا فيد خل تحت الوصية ، ولايدخل مايحدث بعد الموت وتبطل الوصية من ناحية قيـــاسية ، أما من ناحية استحسانية فالثمرة تدخل تحت الوصية .

وجه القيـــاس : أن الثمرة بمنزله الولد والصوف واللبن ، فالوصية بمثل هذا فانه يتناول الموجود ولايتناول الحـــادث ، أما الاستحسان فان الاسم يحتمل الحادث وحمل الوصية عليه تصحيح للعقد ، وله نظائر من العقود وهو الوقت ، والمعاملة ، ولهذا لو نص على الأبد يتناوله ، أما الصوف والولد واللبن فـــلا ، لأنه عقـــد مالا يحتمله فلا يمكن تصحيحه بدليل لو نص على الأبد لايتناول الحادث (٢) .

ولو أوصى بلبن غنمه وأصوافها وأولادها ثم مات الموصي فانه يقع على مـــا هو الموجود يوم الموت كما رأينا (٣) .

٣) ان يكون الموصى به قابلا للتمليك أي مما يصح تملكه بعقد من العقود في نظر الشريعة ، لأن الوصية تمليك فما لايقبل التمليك لا تنعقد الوصية به ، فلو أوصى بما في بطن بقرته أو غنمه جاز ، لأنه مما يملك بالارث ، أما لو أوصي بما ستلد أغنامه فلا يجوز ، لأنه لا يقبل التمليك بعقد من العقود في الشريعة ، ولهذا كان شراء الحمل قبل أن يوجد باطلا (٤) .

---

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٣٤٢ ـ ٣٤٣ وكشف الحقائق ٢ : ٣١٣ وتكملة البحر ٨ /٥١٣ ومجمع الانهر ٢ : ٧١٥ وابن عابدين ٦ : ٦٩١ والحاوي القدسي ٣٧٣ ب ونتائج الافكار ٨ : ٤٨٤ والهداية عليه .

(٢) الفتاوى الهندية ٦ : ١٣٤ والميراث والوصية للاستاذ زكريا البرديسي ١٢٤ وبدائع الصنائع ٧ : ٣٥٥ — ٣٥٤ وتحفة الفقهاء ٣ : ٣٤٥ وتكملة البحر ٨ : ٥١٤ ومجمع الانهر ٢ : ٧٦٤ ونتائج الافكار ٨ : ٤٨٤ — ٤٨٥ والحاوي القدسي ٣٧٣ ب .

(٣) المصادر السابقة .

(٤) كشف الحقائق ٢ : ٣١٢ ، وكنز الدقائق ٢ : ٣١٢ .

وكما لاحظنا جواز الوصية بالمعدوم كذلك فان الوصية تصح بالمجهول أيضاً ، فلو أوصى انسان لآخر بسهم من ماله فله مثل أخس الانصباء يزاد على الفريضة مالم يزد على السدس عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين مالم يزد على الثلث، وهذا كما ذكرنا في الأصل، أما الجامع الصغير فذكر أن له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس عند أبي حنيفة وعندهما لايزاد على الثلث ، فرواية الأصل تجيز النقصان عن السدس عنده ورواية الجامع الصغير لاتجيز .

بيان هذه المسألة : (إذا مات الموصي وترك زوجة وابنا . فالزوجة لها الثمن والباقي للابن والموصى له ،فعلى رواية الأصل أحسن سهام الورثة وهو الثمن ويزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال . أما رواية الجامع الصغير ، فيعطى السدس لأنه اخس سهام الورثة .

ووجه قول الصاحبين : أن السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر ، بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء ولكنه لايسمى سهماً الا بعد القسمة فيقدر بواحد من أنصباء الورثة والأقل متيقن فيقدر به ، ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس ، وقد بلغ الصحابة هذه الفتوى فلم ينكر عليه أحد ، فيكون اجماعاً ، وروى اياس بن معاوية رضي الله عنه أنه قال : السهم في كلام العرب السدس الا أنه يستعمل أيضاً في أحد سهام الورثة والأقل متيقن به فيصرف اليه ، فان كان أقل منه لايبلغ به السدس ، لأنه يحتمل أنه أراد به السدس ويحتمل أنه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك والاحتمال (١) .

والأوضح من ذلك أن اجازة المجهول صحيحة في الوصية فيما لو قال أوصيت لفلان بجزء من مالي أو اعطوه ماشئتم ، فإن البيان يكون للورثة ، لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية (٢) .

وكذلك فان الوصية لاتكون منجزة بل هي مضافة الى مابعد الموت ، وكذلك فإنه يجوز تعليقها بحدوث أمر يقع في المستقبل ، كأن يقول : اذا شفيت من هذا المرض فقد جعلت ثلث مالي وصية .

---

(١) بدائع الصنائع ٧ : ٣٥٦ ومن أراد التوسع في مثل هذه المسائل فقد ذكرها الكاساني في البدائع من ٣٥٦ — ٣٦٩ ودرر الحكام : ٢ : ٤٣٤ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٩٨ .

(٢) درر الحكام شرح غرر الاحكام ٢ : ٤٣٤ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٩٨ .

وبالنتيجة فإن الغرر لاتأثير له عنـــد الحنفية ، لأنها أجيزت في المعـــدوم والمجهول والتعليق والإضافة وهي أهم دعائم الغرر .

أثر الغرر في الوصية عند المالكية :

وتجوز الوصية عندهم بالمجهول ، فإن أوصى بجزء مـــن ماله ،أو قال أوصيت له بسهم من مالي ،فبسهم يحاسب به ويأخذه من فريضته ان لم تكن المسألة عائلة ، هـذا اذا كان للموصي ورثة فإن لم يكن له وارث حين الموت فله سهم من ستة، لأنه أقل عدد يخرج منه الفرائض المقدرة لأهل النسب ، لأن الستة مخرج للسدس ، وهو أقـــل سهم مفروض لأهل النسب ،وهو قول ابن القاسم أومن ثمانية وهو قول أشهب ، لأنها مخرج أقل السهام التي فرضها الله (١) .

اما اذا كانت المسألة عائلة فيأخذ سهما من سبعة وعشرين ، لأن المسألة عالت مـن أربعة وعشرين الى سبع وعشرين وذلك في المسألة المنبرية : وهي مات رجل وترك زوجة وأبوين وبنتين فأصلها أربعة وعشرون ، لأن فيها ثمنا وسدسا وثلثين ، فللبنتين ستة عشر وللأبوين ثمنا ففضلت الزوجة مـــن غير شيء فيعال لها بمثل ثمنها فيصير ثمن الاربعة والعشرين تسعا ، لكونه ثلاثة من سبعة وعشرين ومعلوم أن الوصية مقدمة فيعطى الموصى له واحدا من السبعة والعشرين .

وان أوصى بعدد من الشياه كثلاث غير معينات من ماله وله شياه زائدة على ماسمى شارك الموصى له الورثة بالجزء أي بمثل نسبة ما سماه لمجموع شياهه ، فان سمى واحدة من اثنتين شارك بالنصف ، وان سمى واحدة من ثلاث شارك في الثلث، ومن عشرة فبالعشر، واذا قال بثلث غنمي وماتت الغنم الا ثلثها فليس للموصى له ثلث مـــا بقي ، وان قال له شاة من غنمي ولاغنم له يوم التنفيذ بطلت الوصية ، وان أوصى له بشاة ولم تكن له أي الموصى غنم فللموصى له شاة وسط تشترى له من ثلث مال الموصي (٢) .

وتصح الوصية بالمعدوم ، كأن يقول أوصيت لـه بأولاد أمتي أو مما تلد أمتي ، أو بما ولدت أبدا ، فانه يدخل في ذلك حملها أي الموجود قبل الوصية والحادث بعدها (٣) .

---

(١) بلغة السالك ٢ : ٤٧٢ ، والدسوقي : ٤ : ٤٤٧ وجواهر الاكليل ٢ : ٣٢٤ .
(٢) جواهر الاكليل ٢ : ٣٢٢ والدسوقي على الشرح الكبير ٤ : ٤٤٠ .
(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٤ : ٤٣٣ .

أثر الغرر في الوصية عند الشافعيه :

لا تأثير للغرر في الوصية عند الشافعية ، ويظهر لنا من اشتراط الشافعية للموصى به فقد اشترطوا : أن يكون المال الموصى به مباحا ، قابلا للنقل بالاختيار ، فلا تصح بنحو قود وحد قذف لغير من هو عليه ، أو قابلا للنقل ولو مآلا فدخل في صحة الوصية بالحمل ان انفصل حيا (١) .

وكذلك فتصح الوصية بالمجهول ، كالحمل الموجود في البطن ، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر ، والعبد الآبق . كما أنه تصح الوصية باللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم ، الا أن البغوي قال : يجز الصوف على العادة ، وما كان موجودا حال الوصية للموصى له ، وما حدث للوارث وان اختلفا في قدره فالقول قول الوارث بيمينه (٢) وكذا تصح الوصية بالاعيان الغائبة ، وبمالا يملكه كمن أوصى بألف درهم لا يملكه وقيل : ان لم يملك شيئا أصلا لم تصح وهذا الذي أميل اليه (٣) .

وتجوز الوصية بالمعدوم ، كالوصية بما تحمله الشجرة ، أو الجارية ، أو الدابة ، لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم ، والمساقاة ، والاجارة ، فكذا بالوصية ، ولأن الوصية تحتمل وجوها من الغرر رفقا بالناس فصحت بالمعدوم كالمجهول ، ولا حق له في الموجود عندها بأن ولدته الآدمية لدون ستة أشهر منها مطلقا .

والرأي الثاني عند الشافعيه أن الوصية بهذا لاتجوز لأن التصرف يستدعي متصرفا فيه ولم يوجد .

ولهم رأي ثالث أيضا ، أن الوصية تصح بالثمرة دون الحمل ، لأنها تحدث من غير احداث أمر في أصلها بخلاف الولد (٤) ، وأنهم يجيزون الوصية بالمبهم كمن يقول لآخر أوصيت لك بأحد عبدي ، لأن الوصية تحتمل الجهالة فلا يؤثر فيها الابهام ، والجهالة تحتمل في الموصى به ، ولا تحتمل في الموصى له ، (٥) وكذلك فانهم لا يجيزون

---

(١) فتح الوهاب ٢ : ١٤ ، والبجيرمي ٣ : ٢٧١ ومغني المحتاج ٣ : ٤٤ .

(٢) مغني المحتاج ٣ : ٤٤ والتنبيه ٩٥ والمهذب ٤٥٩ ونهاية المحتاج ٦ : ٥١ .

(٣) التنبيه ٩٥ وفيض الاله المالك في شرح عمدة السالك وعدة الناسك ٢ : ١١٧ .

(٤) نهاية المحتاج ٦ : ٥١ ومغني المحتاج ٣ : ٤٥ ، والمهذب ١ : ٤٥٩ ، والتنبيه ٩٥ والبجيرمي ٣ : ٢٠٣ وفيض الاله المالك وعدة الناسك ٢ : ١١٧ ، وقليوبي وعميرة ٣ : ١٦٠ .

(٥) مغني المحتاج ٣ : ٤٥ ، والوجيز ١ : ١٩٣ ، والبجيرمي ٣ : ٢٧١ ، وفتح الوهاب ٢ : ١٤ ونهاية المحتاج ٦ : ٥١ — ٥٢ وقليوبي وعميرة ٣ : ١٦٠ وفيض الاله المالك في شرح عمدة =

تعليق الوصية على شرط في الحياة لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق ، وكذلك فانه يجوز تعليقها على شرط بعد الموت ، لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة فاذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز تعليقها بعد الموت (١) .

الحنابلة :

وتصح الوصية بمجهول كعبد وثوب ، لأن الموصى لـه شبيه بالوارث من جهة انتقال شيء من التركة اليه مجانا ، وبما أن الجهالة لاتمنع الارث فكذلك لا تمنـع الوصية ويعطى الموصى له مـا يقع عليه الاسم ، لأنه مقتضى اللفظ لا ما يقع عليه العرف وهذا اختيار أبي الخطاب وابن عقيل وغيرهما (٢) وكذلك لو أوصى بسهم من ماله فالوصية صحيحة الا أن الروايات اختلفت في هذه المسألة عن أحمد :

فرواية تقول أن للموصى له السدس روي ذلك عن علي ، وابن مسعود ، رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن ، واياس بن معاوية ، والثوري .

ورواية ثانية تقول ، انه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة ، وذلك ينظر الى مقدار ما تصح منه الفريضة ثم يزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له ، وهذا قول شريح قال : ترفع السهام ، فيكون للموصى له سهم .

قال القاضي : (هذا ما لم يزد على السدس ، فان زاد السهم عن السدس فله السدس ، لانه متحقق) .

ورواية ثالثة ، يعطى أقل سهم من سهام الورثة وهو قول الخلال وصاحبه واستدل على ذلك بأن أحمد قال في رواية علي والأثرم : اذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهما من الفريضة ، قيل له نصيب رجل ، أو نصيب امرأة ؟ قال : أقل ما يكون من السهام ما لم يزد عن السدس ، قال ابن قدامة : وأن أوصى بجزء ، أو حظ ، أو نصيب ، أو شيء من ماله ، أعطاه الورثة ما شاء ولا أعلم فيه خلافا) (٣) .

وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد ، والطير في

= السالك ٢ : ١١٧ .

(١) المهذب ١ : ٤٥٩ والتنبيه ٩٥ .

(٢) كشاف القناع ٤ : ٣٦٩ وهداية الراغب ٤١٩ .

(٣) المغني ٦ : ١٥٩ ـ ١٦١ وتنقيح المشبع ١٩٨ ـ ١٩٩ وهداية الراغب ٤٢٠ .

الهواء ، والسمك في الماء، وللوصي السعي في تحصيله ،لان الوصية أجريت مجرى الميراث وهذه الاصناف ان خلفهـا المورث فانها تورث ولذلك يوصى به ، فان قدرعليه أخذه وسلمه اذا خرج من الثلث (١) .

وتصح الوصية أيضا بالمعدوم ، كمن أوصى بما تحمله جاريته أو بثمرة شجرة أو بستان ، مدة معينة، أو أبدا فإن حصل شيء فله،وذلك لأن الوصية أجريت مجري الميراث وهذا يورث فصحت الوصية به الا حمل الامة فيعطى مالك الامة قيمته لحرمة التفريق ، أما اذا لم يحصل شيء مما وصى به بطلت الوصية لفوات محلها (٢) .

وكذلك تصح الوصية بالمبهم ، كأن أوصى له بعبد من عبيده ولم يعينه ويعطيه الورثة ما شاؤا منهم ، لأن لفظه تناول واحدا فيلزم الموصى له قبول ما يدفعه الوارث من صحيح او مغيب جيد أو رديء لتناول الاسم له (٣) .

الامامية :

وتصح الوصية في المجهول عندهم ، فمن أوصى بجزء من ماله ، كان العشر ، وفي رواية السبع وفي رواية ثالثة : سبع الثلث . وكذلك لو أوصى بسهم كان ثمنا ، أمالو أوصى بشيء كان سدسا ، واذا أوصى بوجوه الا أنه نسي وجها منها فان هذا الوجه يصرف في البر وقيل يرجع ميراثا (٤) .

الزيدية :

وترى الزيدية أن الغرر لا يؤثر في الوصية ، ولذا فتصح بالمجهول قدرا ، وجنسا ، لثمار الشجر ومنافع البهيمة وجميع ما يكتسبه من تجارة أو زرع ، وذلك أن الموصى له كالوارث بالنسبة للميت فكما يصح ميراث المجهول يصح استحقاقه بالوصية، وكذلك فان الوصية تصح بمالا يقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق لأنه مملوك ، وكذلك فانهم يجيزون الوصية بالمبهم فمن قال أوصيت بشاة من مالي فان الموصي يسلمها من حيث يشاء ولو بشراء،

---

(١) المغني ٦ : ١٨٦ وكشاف القناع : ٤ : ٣٦٧ والروض المربع : ٢٤٧ وهداية الراغب ٤١٩ .
(٢) كشاف القناع ٤ : ٣٦٧ ـ ٣٦٨ ، والروض المربع : ٢٤٧ والمغني ٦ : ١٨٢ وهداية الراغب ٤١٩ .
(٣) كشاف القناع ٤ : ٣٧٠ وتنقيح المشبع : ١٩٧ .
(٤) المختصر النافع ١٩٠

لأن المشتراة من ماله ولا تتعين من شياهه وتجزيء الصغيرة والعنز لتسميتها شاة ، أما اذا قال من غنمي لم تجز المشتراه للمخالفة (١) .

الاباضية :

فانهم يجيزون الوصية بالمجهول ، سواء كان الجهل بعدم المشاهدة أو الجهل بالصفة وسواء كان الموصى به منفصلا كايصائه بعبد من عبيده أو شاة من غنمه أو جمل من ابله أو بقرة من بقره أو بغل من بغاله أو بجنين دابة أو أمة معينة فان الجنين مجهول منفصل عن أمه في بطنه . أما المجهول المتصل ، كالقمح والشعير فلا بد من تعينهما سواء ذكر مكيالا أو ميزانا لا يختلف أما إذا لم يعين فللموصى له الشيء الأوسط (٢) .

والمتصل كايصائه بغصن من شجرة ، أو برأس من شاة معينة أو رجلها أو رجليها أو ثلاثة أرجلها أو أرجلها كلها أو جلدها أو من رأسها الى وسطها فهذه الوصية لا تجوز قبل انفصاله ، لأن في ذلك جهلا لعدم انفصاله اذ لا يتحقق من أين يكون القطع ويختلفان حتى تذكى (٣) .

أما ما لا يقدر على تسليمه ، فان الوصية لا تصح كالآبق ، والشارد والمغصوب ، والمسروق ولو عرف موضعه وقدر على رده (٤) ومن هنا فان الغرر يؤثر في الوصية التي لا يقدر على تسليمها .

أما المبهم كمن أبهم جزءا أو سهما ، كمن يقول أوصيت له بسهم أو جزء فقيل يأخذ من الثلث كأقل الورثة سهما ، والمراد أفراد الورثة ، ووجه ذلك القول ، صرف الاسم الى أدنى مايطلق عليه في فريضتهم لانه المتحقق ، ولم ينقل الاكثر من ذلك ، لعدم دليل يوجب النقل الى ذلك ، ولأن السهم هو مايجعل في القسمة على حده وتلقى عليه القرعة وتقع القسمة على الأقل سهما .

ورأي يقول أن الوصية بالمجهول باطلة اذ لا يحكم بمجهول لقوله تعالى (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ) (٥) والوصية التي لم تبين وسائر العقود التي يشترط فيها العلم

---

(١) البحر الزخار ٥ : ١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ .
(٢) كتاب النيل : ٦ : ١٨٩ــ ١٩٠ .
(٣) كتاب النيل ٦ : ١٩١ .
(٤) كتاب النيل ٦ : ٢٣٤ .
(٥) سورة الاسراء : ٣٦ .

(لأنها ولو لم يكن فيهـــا العوض كالبيع ونحوه لكن مجرد عقد فلا يثبت على جهل ، اذ لايتوصل الى الكمية التي أراد ، فبم يحكم الحاكم وعلام يحمل) ، وأيضـــا فان الوصية أصلها الهبة ، والجهل في الهبة لايجوز وانما الذي يجوز فيها الجهل الذي قد يزول ، لأنه قد قارنه حد يميز به كأن يقول : وهبت لك مافي الغرفة ، فالغرفة لها حد وأيضا يدخلها بعد ويعلم مافيها ، بخلاف الجهل المحض مثل أن يقول وهبت لك سهما من مالي أوجزءا منه فبطل ذلك كما بطلت الوصية ببعض منه (١) .

الظـــاهرية :

والظاهرية لاتجيز الوصية بمـــا لا يملك ، لأن التركة بعد الموت تكون ملكا للورثة فلا يجوز للموصي أن يتصرف في ملك غيره، وكذلك لايجوز عندهم أن يوصى بمجهول ، لأنه لايعلم كيف تنفذ الوصية .

قال ابن حزم : (ولاتجوز الوصية بمالا ينفذ لمن أوصي له بها أوفيما أوصى به ساعة موت الموصي ، مثل أن يوصي بنفقة على انسان مدة مسماة أو يعتق عبدا بعد أن يخدم فلانا مدة مسماة قلت أو كثرت ، أويحمل بستانه في المستأنف ،أو بغلة داره وما أشبه ذلك : فهذا كله باطل لاينفذ منه شيء) .

وقد أجاب عمن أوصى لآخر بغنم حياته أنه جائز ، ويكون للموصى له من الغنم البانها وأصوافها ، وأولادهـــا ، مدة حياته ، وكذلك يصيب من أولادها مايصيب من أمهاتها ، لانه يعمل فيها ويقوم عليها ، وليس أن يأكل منها الابقدر ماكان ربها يأكل من عروضها بأن هذا قول ظاهر الخطأ ، لأن ذلك ان كان مقابل القيام عليها فهذه اجارة، والاجارة بمجهول على مدة مجهولة باطل لايحل وأكل مال بالباطل ، وكذلك اعتبار مقدار مايأكل منها مقدار ماكان يأكل صاحبها فيأكل ايضا ، لأنه مجهول لأنه تارة يكون كثيراوتارة قليلا وهذا أكل مال بالباطل فلا يجوز (٢) .

---

(١) كتاب النيل ٦ : ٣٦٢ ـ ٣٦٣ .

(٢) المحلى ٩ : ٣٢٢ ـ ٣٢٣ ، وانظر ٣٢٦ ـ ٣٢٧ ، ٣٢٨ .

الفصل السابع

أثر الغرر في العقود المالية المعاصرة

وفيه مبحثـــان

المبحث الاول

المقامرة والرهان في الفقه الاسلامي

وفية ثلاثة مطالب

المطلب الاول

المقـــامرة

تعريف الميسر :

وهو ضرب القـداح على أجزاء الجزور قمارا . ويقال للنرد ميسر على التشبيـه ، لأنه يضرب عليها بفصين كما يضرب على الجزور بالقداح ، ولأنها قمار كما أن الميسر قمار (١).

ويقول ابن حيان : الميسر قمار أهل الجاهلية (٢) .

والميسر هو الجزور نفسه سمي ميسرا ، لانه يجزأ أجزاء فكأنه موضع التجزئة ،وكل شيء جزأته فقد يسرته ، والياسر الجازر لأنه يجزىء لحم الجزور ، قال الشاعر :

---

(١) الميسر والقداح لابن قتيبـة : ٣٦ .

(٢) تفسير ابن حيان : ٢ : ١٥٧ .

أقول لهم بالشعب اذ يسرونني ألم تيأسوا أني ابن فارس زهدم (١) .

هذا الأصل في اليسر . ثم يقال للضاربين بالقداح : المتقامرين على الجزور (ياسرون) لانهم أيضا جازرون لانهم كانوا سببا لذلك، ولان الجزر انما يقع بضربهم والجازر يفصل اللحم لهم بأمرهم (٢) .

نفع الميسر :

قال الله تبارك وتعالى: (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا) (٣) ونفع الميسر ان العرب كانوا يتقامرون بالقداح على الابل عند شدة البرد وجدب الزمان وتعذر الأوقات على أهل الضر والمسكنة ، يجعلون لحومها لذوي الحاجة منهم والفقراء فاذا فعلوا ذلك اعتدلت أحوال الناس وأخصبوا ، وعاشوا واستراشوا .

وقد مدح الأعشى الياسرين بالقداح بقوله :

المطعمون الضيف اذا ما شتوا والجاعلون القوت على الياسر .

أي يجعلون أقوات الفقراء منهم على الياسرين بالقداح وهم أهل الردة وذو الجدة والأجود (٤) قال الطبري : وأما منافع الميسر فما يصيبون فيه من أنصباء الجزور ، وذلك أنهم كانوا يياسرون على الجزور ، واذا افلح الواحد منهم صاحبه نحره ثم اقتسمو اعشارا على عدد القداح (٥) .

---

(١) نقل صاحب تاج العروس عن أبي محمد الاعرابي أن (زهدم) فرس بشر بن عمرو الرياش أخي عوف بن عمرو ، وعوف جد سحيم بن دثيل ، أما صاحب لسان العرب فقد روى عن ابن بري أن زهدم فرس سحيم نفسه ، ويروى (أخي ابن قاتل زهدم) وهو رجل من عبس فعلى هذا يصح أن يكون الشعر لسحيم ، تاج العروس في مادتي يئس وزهدم والقداح له عشرة أسماء : ذوات الحظوظ منها سبعة أسماؤها : الفذ ، والتوأم ، والرقيب، والحلس ، والنافس ، والمسبل ، والمعلى ، والاغفال التي لا حظوظ لها ثلاثة : وأسماؤها : السفيح ، والمنيح، والوغد، ومن اراد مقادير الحظوظ فلينظر الميسر والقداح من ٧٥ — ٨٦ .

(٢) الميسر والقداح لابن قتيبة ٣٢ — ٣٥ .

(٣) سورة البقرة ٢١٩ .

(٤) الميسر لابن قتيبة ٤٣ — ٤٤ .

(٥) تفسير الطبري ٢ : ٢١٠ ط بولاق .

حكم الميسر :

والميسر حرمه الله سبحانه وتعالى بكتابه الكريم على التدريج ، فشأنه شأن الخمر فقد نزلت الأولى فيه : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا : إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ) (١) ، فكرهها قوم لقوله (فيها إثم كبير) ، وفعلهما اقوام لقوله (ومنافع للناس) حتى نزلت الآية القاطعة : (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ ، فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ) (٢) .

الميسر والقمار والرهان :

عرف ابن الرفعة القمار : القمار فى الشرع أخذ مال مخصوص بغير مال بازائه ولا تقرب الى الله سبحانه وتعالى ولا الى الخلق . والفرق بين القمار والبيع ، أن القمار لا بدل فيه (٣) والبقاعي عرف القمار بأنه (كل مراهنة على غرر محض) (٤) والميسر هو ضرب من ضروب القمار (٥) الا أن الفقهاء الحقوا بالميسر سائر ضروب القمار ، قال ابن تيمية : (وأصل هذا : أن الله سبحانه انما حرم علينا المحرمات من الاعيان كالدم والميتة ولحم الخنزير ، أو من التصرفات : كالميسر والربا وما يدخل فيهما بنوع من الغرر وغيره ، لما في ذلك من المفاسد التي نبه الله عليها ورسوله بقوله سبحانه : (إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللهِ وعن الصَّلاةِ . فَهَلْ أَنتُمْ مُنْتَهُونَ ؟) (٦) فأخبر سبحانه : أن الميسر يوقع العداوة والبغضاء سواء كان ميسراً بالمال ، أو باللعب ، فإن المغالبة بلا فائدة

---

(١) سورة البقرة ٢١٩ .

(٢) سورة المائدة ٩٠ ، ٩١ وتفسير الطبري ٢ : ٣٥٧-٣٦٣ .

(٣) وقد أخرجوا من هذا التعريف بلا تقرب الى الله تعالى : الصدقة ، والى الخلق الهدية والهبة. المجموع ١١ : ١٦٧ .

(٤) الميسر والألزام عبد السلام محمد هارون ١٦ .

(٥) تفسير أبي حيان ٢ : ١٥٧ .

(٦) ٥ : ٩١ .

وأخذ المال بلا حق يوقع في النفوس ذلـــك) (١) وأوضح من ابن تيمية في الحاق سائر ضروب القمار بالميسر الزمخشري فقال : « وفي حكم الميسر أنواع القمار من النرد والشطرنج وغيرهمـــا » .

وعن ابن سيرين : (كل شيء فيه حظ فهو من الميسر) (٢) .

والرهان : إنما يستعمل في المسابقة وقد قال الأزهري : النضال في الرمي ، والرهان في الخيل وهو الذي يوضع في النضال فمن سبق أخذه (٣) وقد اعتنى الفقهاء في افراد باب مستقل للسبق والرمي ولذا نفرد له مطلباً مستقلا .

---

(١) القواعد النورانية ١٣١ .

(٢) الكشاف ١ : ٣٦٩ .

(٣) النظم المستعذب في شرح غريب لمهذب في ذيل المهذب ١ : ٤١٩ .

المطلب الثاني

المسابقة

المسابقة : مصدر سابقه مسابقة قال الأزهري : النضال في الرمي ، والرهان في الخيل والسباق يكون فيها(١) ومشتقة من السبق بسكون الباء مصدر سبق إذا تقدم ، وبفتحها المال الذي يوضع بين أهل السباق (٢) .

أقسام المسابقة :

وتقسم المسابقة إلى قسمين : الأول أن تكون بعوض ، والقسم الثاني أن تكون بغير عوض ، وهذه جائزة على أية صورة كانت المسابقة في الخيل، والابل ، والحمير ، والبغال، والسفن ، ورمي الأحجار ، وعلى الأقدام ، وفي المصارعة إذا كـــان القصد منها التأهب للجهـــاد (٣) .

أصل مشروعيتها :

والأصل في جواز المسابقة الكتاب والسنة والاجماع.

١ ـ الكتاب : قوله تعالى : (يَـا أَبَـانَا إِنَا ذَهَبْنَـا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَـا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَـاعِنَـا فَأَكَـلَهُ الذِّئْبُ وَمَـا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صادقين) (٤) .

---

(١) الواضح النبيه في شرح التنبيه ٦ : ٣٣٩ .

(٢) الخرشي ٣ : ١٥٤ والبحر الزخار ٥ : ١٠١ .

(٣) الخرشي ٣:١٥٤ والبحر الزخار ٥:١٠١،١٠٢،١٠٦ ، والواضح النبيه ٦ : ٣٣٩،٣٤٣ .

(٤) سورة يوسف : ٢٦ .

٢ ـ السنه :

١) عن أبي هريرة قال : قـال رسول الله ﷺ (لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر) . رواه الخمسة . ولم يذكر فيه ابن ماجة (أو نصل) (١) .

٢) وعن ابن عمر قال : (سابق رسول الله ﷺ بين الخيل فأرسلت التي ضمرت منها ، وأمدها الحفياء إلى ثنية الوداع ، والتي لم تضمر أمدها ثنية الوداع ، إلى مسجدبني زريق ميل) رواه الجماعة (٢) .

وفي الصحيحن عن موسى بن عقبةأن بين الحفياء الى ثنية الوداع ستة أميال أوسبعة).
وللبخاري قال سفيان (من الحفيـاء الى ثنية الوداع خمسة أميال أوستة ، ومن ثنية الوداع الى مسجد بني زريق ميل) (٣) .

٣) بماروى أنس ان النبي ﷺ كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق فجاء أعرابي على قعود له فسبقها فشق ذلك على المسلمين ، فقـالوا يارسول الله سبقت العضباء فقال رسول الله ﷺ انه حق على أن لايرتفع من هذه القدرة شيء الاوضعه (٤) .

٤) وعن ابن عمر (ان النبي ﷺ سبق بالخيل وراهن) وفي لفظ (سبق بين الخيل واعطى السابق (٥) .

وعن أنس (وقيل له : أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ : أكان رسول الله ﷺ يراهن ؟ قال : نعم والله لقد راهن على فرس يقال له سبحة فسبق الناس ، فبهش لذلك (٦) فأعجبه (٧) .

---

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٨ : ٨١ وجواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجـة البحر الزخار ٥ : ١٠١ ومسند الامام الشافعي بهامش الأم ٨ : ٤٥٩ .
(٢) المصدر السابق . نيل الأوطار ٨ : ٨١ ومختصر سنن أبي داود ٣ : ٣٩٨ .
(٣) المهذب ١ : ٤١٩ رواه أحمد والبخاري. انظر نيل الاوطار للشوكاني : ٨ : ٨٣ وانظر المهذب ١ : ٤١٩ .
(٤) رواه أحمد وأبو داوود . نيل الاوطار ٨ : ٨٣ وانظر المهذب ١ : ٤١٩ .
(٥) المهـذب : ١ : ٤١٩ رواه احمد وأبو داود . انظر نيـل الاوطار للشوكـاني : ٨ : ٨٢ وانظر المهذب ١ : ٤١٩ .
(٦) بهش : هش وفرح كذا في التلخيص .
(٧) رواه أحمد نيل الاوطار : ٨ : ٨٢ .

الاجماع : وأجمعت الأمة على جواز المسابقة (١) .

المسابقة بعوض :

والمسابقة بعوض هي موضوع بحثنا ، لأن في ذلك رهانا ، والعوض يجوز أن يكون منهما ويجوز أن يكون من أحدهما ، ويجوز أن يبذ له السلطان من بيت المال ، ويجوز أن يكون من رجـــل من الرعية . وعلل ذلك الشيرازي ، بأنه اخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله .

أما العوض فيشترط فيه أن يكون معلوما ، اما معينا أوموصوفا في الذمة ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز الا على عوض معلوم كالبيع ، ويجوز على عوض حال ومؤجل ، لأنه عوض يجوز أن يكون عينا ودينا فجاز أن يكون حـــالا ومؤجلا كالثمن في البيع (٢) .

العوض من أحد المتسابقين :

فاذا كان العوض من أحد المتسابقين بأن قال : إن سبقتني فلك دينار وإن سبقتك فلا شيء عليه فهذا جائز ، لأنه لاقمار ولاغرر .

العوض من المتسابقين :

فاذا كان العوض من الجـــانبين بأن أخرج كل منهما شيئا معلوما على أن من سبق منهما أخذ الجميع ، أوقال احدهما للآخر ان سبقتك فلي دينـــار ، وان سبقتني فلك مني دينار فلا يجوز لأنه يصير قمـــارا ، لأن أحد المتسابقين يأخذ الغنم ، والاخر يكون عليه الغرم ، فكان قمارا ولهذا لايجوز الا اذا دخل معهما محلل وهو ثالث وأنه بينهما ولايخرج المحلل شيئا بشرط أن يكون المحلل كفوءا لغريهما وان لم يكن معهما محلل فالعقد باطل ، لماروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال من أدخل فرسا بين فرسين وهو لايأمن أن يسبق فلاباس ، ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن ان يسبق فهو قمار .

وحجتهم في ادخـــال المحلل ونفي القمـــار بدخوله ، لأن فيهم من يأخذ اذا سبق ولايعطى اذا سبق وهو المحـــلل ومع عدم المحلل ليس فيهم الا من يأخذ اذا سبق ويعطى اذا سبق وذلك قمـــار . واذا كان المحلل أكثر من واحد جاز أيضا ، لأن ذلك أبعد من القمار . ومن أجاز ذلك الأوزاعي ، وسعيد بن المسيب ، والزهري، واسحاق، والحنابلة،

---

(١) الواضح النبيه في :٦: ٣٤٠ .

(٢) المهذب :١: ٤٢٠ والخرشي ٣: ١٥٥ والمغني لابن قدامة :٩: ٤٦٩ .

والحنفية (١) ومنهم من منع ذلك وقد حكى أشهب عن مـــالك أنه قال في المحلل لاأحبه . وعن جابر بن زيد أنه قيل له : ان اصحاب رسول ﷺ كانوا لايرون بالدخيل بأسا . قال : هم أعف من ذلك (٢) .

هل دخول المحلل لتحليل المال أو لتحليل العقد ؟ .

لقد أثار هذه النقطة بعض أصحاب الشافعية فقالوا : ان قلنا انه لتحليل العقد لاغير لم يسحق المخرج سبق صاحبه ثم المخرج الاخرفـــان المخرج الســـابق يجوز سبقة وفي سبق المسبوق أربعة أوجه :

أحدها : وهو المنصوص أنه للشافعي المخرج .

الثـاني : أنه للمحلل لانه سبقة .

الثالث : أنه لا يستحقه السابق المخرج ولا المحلل وهو اذا قلنا ان المحلل دخل لتحليل العقد.

الرابع : انه بين السابق المخرج والمحلل لأنهما سبقاه ، وان جاء آخر المخرجين والمحلل معا الى الغـاية وتأخر المخرج الاخر عنهما فان المخرج السابق يجوز سبق نفسه .

وفي سبق المسبوق وجهـان :

١) المنصوص أنه للسابق ، قال أبو علي بن خيران يكون جميعـه للمحلـل ، فان سبق أحد المخرجين ، فان جاء المحلـــل أولا ، ثم جاء بعد المخرجين ، فالمحلل لانه سبقهمـــا .

٢) وان سبق أحد المخرجين ، ثم جاء المخرج الثاني، ثم جاء المحلل، فعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق، لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقي على ملك صاحبه(٣).

العوض من غير المتسابقين :

فاذا كان المخرج للسبق السلطان أو أحد الرعية ، فيكون الجعـــل اما للسابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم .

فان جعله للسابق كأن يقول من سبق منكم فله عشرة دنانير جاز، لأن المتسابقين يجتهد كل منهم بأن يكون هو السابق ليأخذ السبق فيحصل المقصود ، فان سبق أحدهم استحق

---

(١) الواضح النبيه شرح التنبيه ٦ : ٣٤٥ ، وحاشية ابن عابدين ٦ : ٤٠٣ والمهذب ١ : ٤٢٣ والمغني لابن قدامة ٩ : ٤٧٢ ، والام ٤ : ٢٠٣ .

(٢) المغني لابن قدامة ٩ : ٤٧٢ .

(٣) الواضح النبيه ٦ : ٣٤٥ ـ ٣٤٦ والمهذب ١ : ٤٢٢ .

العشرة، وان سبق اثنان أوثلاثة فانهم يشتركون في العشرة ، لأنهم اشتركوا في السبق وان جاءوا فليس لهم شيء لأنه لم يسبق منهم أحد .

وان جعله لجميعهم: فانه يكون على نوعين:اما أن يسوي بينهم كأن يقول من وصل منكم الى مكان كذا فله عشرة دنانير، فالمسابقة باطلة ، لأن القصد يكون هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية . وعلم كل واحد منهم أنه يستحق السبق تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود . واما أن يشرط للجميع ولكنه فاضل بينهم ، كأن يقول للأول عشرة ، والثاني تسعة ، والثالث ثمانية ، والرابع سبعة ، وهكذا فعلى وجهين :

الأول : يجوز لأن كلا من المتسابقين يجتهد ليصل الى المطلوب .

الثاني : لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة (١) .

ما تجوز المسابقة فيه :

ولا تجوز المسابقة بعوض الا في الخيل ، والابل ، والسهام للرجال ، لقوله ﷺ (لا سبق الا في نصل أو خف أوحافر) واختصت هذه الثلاثة بأخذ العوض فيها لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وأحكامها ، فالخيل تقاتل عليها العرب ، والعجم ، والابل تقاتل عليها العرب ،فجازت المسابقة عليها ، وذكر ابن عبد البر : تحريم الرهان في غير الثلاثة اجماعا ويشترط لصحة ذلك شروط خمسة :

١) تعيين المركوبين بالرؤية وتساويهما في ابتداء العدو وانتهائه .

٢) ان يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد .

٣) تحديد المسافة والغاية بأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة الأسبق ولا يحصل الا بتساويهما في الغاية .

٤) كون العوض معلوما اما بالمشاهدة ، أو بالقدر ، أو بالصفة ، لأنه قال في عقد فاشترط العلم به كسائر العقود .

٥) الخروج عن شبه القمار ، لأن القمار محرم فشبهه مثله ، بأن لايخرج جميعهم ، لأنه اذا خرج كل واحد منهم فهو قمار لأنه لا يخلو ، اما أن يغنم أو يغرم ، ومن لم يخرج بقي سالما من الغرم .

---

(١) المهذب الشيرازي ١ : ٤٢٢ .

واختلفوا في المسابقة على الحمام فنهم من أجاز ذلك لأنه يستعان به على الحرب في حمل الأخبار فجازت بعوض كالخيل ، ومنهم من قال لايجوز ، لأنه ليس من آلات الحرب فلم تجز المسابقة عليه بعوض . واختلفوا في المسابقة على الاقدام بعوض ، فمن أجازها اعتبر الاقدام في قتال الرجاله كالخيل في قتال الفرسان، ومن منعها فقد احتج بالمنصوص، ولأن المسابقة بالعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد ، والمشي بالأقدام لايحتاج الى التعليم وكذلك المصارعة ، ومن أجازها حجتهم أن النبي ﷺ صارع يزيد بن ركانة على شاء فصرعة ثم عاد فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، فأسلم ورد عليه الغنم (١).

ولا تجوز المسابقة عند الشافعية بعوض على كرة صولجان (٢) وسباحة وغطس ، بما اعتيد الاستعانة به في الحرب ، وقيدوا الغطس بما اعتيد به لتولد الضرر منه بل الموت بخلاف السباحة ، وشطرنج ، وخاتم ، ووقوف على رجل ، ومعرفة ما بيده من زوج أو فرد ، وكذا سائر أنواع اللعب لعدم نفع (٣) كل ذلك في الحرب (٤) .

المسابقة بالسيارات :

كثر في هذا العصر المسابقة في السيارات في معظم البلدان ، وذلك بأن يحدد مكانا فيه التواءات كثيرة ، أو مكانا سهلا فأيهم استطاع أن يصل هذه المسافة بأقل زمن كان هو الفائز الأول ، والأكثر من هذا الزمن الثاني ، وهكذا لكل المتسابقين ، فهل هذا السباق صحيح ام لا ؟ أرى أن المسابقة لا تكون استعدادا للحرب وانما هي للغلبة ، وثانيا نما السبق يكون بفعل السائق لا بالسيارة ، لأن المسابقة يشترط فيها أن تكون السيارات من جنس واحد ، وكل ما كان لغير الحرب لا يجوز المسابقة فيه ، وكل ما كان استعدادا للحرب فانه يجوز ، كالمسابقة في المدافع ، والرشاشات ، وضرب القنابل ، واصابة الأهداف ، وخاصة الطائرات في هذا العصر والله أعلم .

---

(١) كشاف القناع ٤ : ٤٨ — ٥٠ والمهذب ١ : ٤٢٠ — ٤٢١ والبحر الزخار ٥ : ١٠٣ واللمعة الدمشقية ٤ : ٤٣٠ ط النجف الاشرف ، والمزني ٢٨٧ .

(٢) صولجان : محجن وهي خشبة منحنية الرأس وتسمى في بلادنا (القطر الاردني) لعبة الكورة وفيها من الاضرار مالايخفى لانها قد تفقأ العين وتكسر الرجل وعظم الوجه وتكسر اليد وهي لعبة بطلت حديثا ، وصورتها كرة من الخشب تضرب بالصولجان من قبل أحد الفريقين ويتلقاها الفريق الاخر بصولجانه دفاعا عن حفرة تحفرلها لانها اذا استقرت في داخل الحفرة كانت الغلبة لذلك الفريق .

(٣) والمراد بالنفع نفع له وقع يقصد فيه .

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٨ : ١٦٥ — ١٦٦ .

المطلب الثالث

المقامرة والمراهنة في القانون

ماهيتها : المقامرة اتفاق بمقتضاه يتعهد شخصان أو أكثر بدفع مبلغ معين أو شيء معين لمن يربح منهم .

والمراهنة عقد بين شخصين أو أكثر اختلفوا على أمر بمقتضاه يتفقون على أن من يظهر صواب رأيه منهم يتسلم من الاخرين مبلغا أو أي شيء آخر (١) .

فمن التعريف للمقامرة والمراهنة يتبين أن المقامرة توافق الرهان في أن حق المتعاقد في كل منهما يتوقف على واقعة غير محققة ، هي أن يكسب المقامر اللعب في المقامرة أو أن يصدق قول المتراهن في الرهان .

وتختلف المقامرة عن المراهنة في أن الشرط المعلق عليه الربح هو فعل يقوم به أحد العاقدين ، في حين أن الشرط المعلق عليه ربح المراهنة ، هو مجرد التحقيق من أمر يكون قد وقع أو سيقع فيما بعد ، على ألا يكون هذا الامر من عمل أحد من العاقدين ، فالمقامر يقوم بدور ايجابي في محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة ، بينما المتراهن لايقوم بأي دور في محاولة تحقيق صدق قوله (٢) .

ومن الأمثلة الموضحة لذلك . الالعاب الرياضية كالجري ، والقفز ، والكرة ، والتنس ، والمصارعة ، والملاكمة ، والمبارزة ، فاذا اتفق المتبارون على أن من يكسب اللعب منهم يأخذ من الخاسرين مقداراً معينا من المال ، فهذا الاتفاق هو عقد مقامرة ، لأن كلا من المتبارين قد قام بدور ايجابي في محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة التي يقامر عليها ، لأن كلا منهم قد اشترك في المباراة وبذل كل جهده في اللعب ليكون هو الكاسب . بينما لو

---

(١) الوسيط ٧ : ٩٨٥ والعقود المدنية الصغيرة للدكتور محمد كامل مرسي ٥٠٩ .

(٢) الوسيط : ٧ : ١٩٨٦

تراهن عدد من الناس يشهدون اللعب وغير مشتركين في اللعب على من يكون الكاسب من اللاعبين فذلك هو الرهان . فالمتراهنون لم يقم احد منهم بدور ايجابي في محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة التي يراهن عليها وهي أن يصدق قوله فيمن يفوز باللعب (١) .

خصائص عقود المقامرة والرهان :

ولعقود المقامرة والرهان الخصائص الآتية :

١) هو عقد رضائي : أي أنه يتم بالايجاب والقبول بين المقامرين والمتراهنين ويشترط فيه الأهلية الكاملة فلا تصح من القاصر .

٢) عقد ملزم للجانبين : عند خسارة المقامرة أو الرهان ، وملزم للخاسر عند التنفيذ والخاسر هو الذي يدفع .

٣) عقد احتمالي : أو من عقود الغرر (٢) لأن عقدالمقامرة أو الرهان عقد لا يستطيع فيه كل من المقامرين أو المتراهنين ان يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى .

٤) هو من عقود المعاوضة : لأن المقامر أوالمتراهن اذا كسب شيئاً فذلك في مقابل تعرضه للخسارة واذا خسر شيئا يكون مقابل احتمال الكسب فالاحتمال هو الذي يقوم عليه العقد (٣) .

حكم عقد المقامرة والرهان في القانون :

وتنص المادة (٧٣٩) من التقنين المدني المصري والمادة(٧٤٠)على تحريم المقامرة والرهان وهذا نصهما :

مادة (٧٣٩) — ١ — يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان .

٢ — ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي ادى فيه ماخسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق .

---

(١) الوسيط : ٧ : ٩٨٦ — والعقود المدنية لمحمد كامل مرسي : ٥٠٩ .

(٢) (عنوان هذا الباب في المذكرة الاضافية (في العقود الاحتمالية) وقد غيرت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اصطلاح العقود الاحتمالية بعقود الغرر ، لأنه يستعمل في الفقه الاسلامي لاداء المعنى ذاته) مجموعة الأعمال التحضيرية بالهامش ٥ : ٣٠٠ .

(٣) الوسيط للسنهوري ٧ : ٩٨٧ — ٩٨٨ .

مادة (٧٤٠) يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الألعاب الرياضية . ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هـذا الرهـان اذا كان مبالغاً فيه .

٢ ـ ويستثني أيضا ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (١)

ونستطيع أن نستخلص من المادة (٧٣٩) ثلاثة أمور : بطلان المقامرة والرهان ، وعدم الاجبار على الدفع واسترداد مادفع .

١) بطلان المقامرة والرهان :

فعقد المقامرة او الرهان عقد باطل بطلانا مطلقا ، لمخالفته للآداب والنظام العام ، لأن المقامر أو المراهن انما يكون ثراؤه مـن قبيل المصادفة وحسن الحظ ولم يكتسب ثراؤه عن طريق الكد والعمل ، وكثيراً ما يكون القمار والرهان ينجم عن خراب بيوت عامرة ، والعصف بأسر آمنة ، والمقامر أو المراهن لايعمل ولا ينتج بل يخطف مالا لم يبذل جهدا مشروعا في كسبه ويقول الدكتور السنهوري : (ولو ان مجتمعـا انصرفت الناس فيه الى المقامرة والرهان دون غيرهما من الاعمال ، لما زادت ثروة هذا المجتمع شيئاً ولا اقتصر الامر على أن تنتقل الثروة دون أن تزيد من يد الى يد ، لا لفضل العمل فيمن كسب ، بل لمجرد الحظ والمصادفة) ولذا فإن القسم الاول مـن المادة (٧٣٩) تنص : (يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان) (٢) .

٢) عدم الاجبار على الدفع :

لما كان عقد المقامرة أو الرهان باطلا ، فان من خسر لا يلتزم بالخسارة ولا يجبر على الدفع ، لأن العقد الباطل لا يولد التزاما ، ولا يترتب عليه أثر ، ولمن خسر الحق بأن يرفع دعوى ببطلان العقد ،الا أن الغالب بأن الخاسر يسكت حتى تقام عليه دعوى من الكاسب فيدفعها بما يسمى بدفع مقامرة ، أورهان ، وبأن الدين دين مقامرة ، أو رهان ومن ثم لا يلزم بدفع الدين لبطلان العقد (٣) .

وبطلان المقامرة والرهان من النظـام العام فلا يجوز النزول عنه ولا الاتفـاق على ما يخالفه (٤) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ : ٣٠١ ، ٣٠٣ .

(٢) الوسيط للسنهوري ٧ : ٩٩٣ .

(٣) الوسيط ٧ : ١٠٠١ ، ١٠٠٢ .

(٤) العقود المدنية لمحمد كامل مرسي ٣٧٤ .

وكذلك فان عقد المقامرة والرهان لا يلحقها الاجارة ، لأن الاجارة لا تلحق العقد الباطل ويترتب على ذلك أن من خسر لا يجبر على دفع الخسارة حتى لو أجاز العقد .سواء كان بالاقرار أوتعهدا بالدفع أو تحرير كمبيالة أو مستند اذني أو شيك فهذه الامور لا تصح ويعتبر اجبارا على الدفع فقال السنهوري : (ومن ثم لا يصح ، ادماج دين المقامرة أو الرهان في حساب جار ، أو حوالته أو تجديده ، أو المقاصة فيه ، أو اتخاذ الذمة فيه، ولا تصح كذلك كفالته أو ضمانه برهن ، أو الصلح عليه ، أو التحكيم فيه (١) .

٣) استرداد ما دفع :

لقد قلنا أن عقد المقامرة أو الرهان باطل لمخالفته للاداب والنظام العام ،ويترتب على بطلانه أنه لا ينتج أي أثر وعلى ذلك اذا دفع الخاسر ما خسره، يكون قد دفع ما هو غير مستحق في ذمته ويكون له الحق في استرداد ما دفع دون حق،لانه لا يوجد في ذمة الخاسر التزام طبيعي ، والمادة (٢٠٠) من القانون المدني تقول في صراحة : (وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام) والمقامرة والرهان عقدان مخالفان للنظام العام والآداب فلا يترتب عليهما التزام طبيعي . واذا كان قد دفع ما خسره وهو عالم ببطلان عقد المقامرة أو الرهان فان علمه بالبطلان لا يمنعه من استرداد ما دفع .

والاسترداد انما يكون في خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه الخاسر ما خسره ، وكان المشروع التمهيدي اولا يجعل التقادم سنة واحدة ، ولكن التعديل بالقانون الجديد في الفقرة الثانية من مادة (٧٣٩) تنص (ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسر) واسترداد دين المقامرةأو الرهان هو اتساق مع الأحكام العامة المقررة في دفع غير المستحق ، أو مدة الاستردادطبقا لهذه الأحكام العامة هي ثلاث سنوات ، فالمادة ١٨٧ من القانون المدني تنص على أن : تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (٢) .

---

(١) الوسيط للسنهوري ٧ : ١٠٠٣ وانظر هذه المسائل مفصلة في ١٠٠٣ ، ١٠٠٤ ، ١٠٠٩ .
(٢) الوسيط للسنهوري ٧ : ١٠١٤ ، ١٠١٦ ، ١٠١٧ .

الاستثناءات من تحريم المقامرة والرهان :

ويستثني من قاعدة تحريم المقامرة والرهان :

١) المباراة في الالعاب الرياضية .

٢) العاب اليانصيب وقد نص على هذين الاستثنـــاءين صراحة ، ويضاف اليهما أيضا سباق الخيـــل ، والرماية ، والبيوع الآجلة في البورصة ، ولذا نبحث كلا من هذه الاستثناءات الأربعة :

١ ـ المباراة في الألعاب الرياضية :

لقد قلنا أن المقامرة والرهان عقدان باطلان الا أن مادة (٧٤٠) استثنت (الرهان الذي يعقده، فيما بينهم المتبارون شخصيا في الالعاب الرياضية) والالعاب الرياضيةالمقصود بها هي التي تقوم على المهارة في رياضة الجسم . وهذه المادة وردت في الفقرة الأولى من مادة ١٩٦٦من القانون الفرنسي (ويستثنى من حكم المادةالسابقة الالعاب الخاصة باستعمال السلاح ، وبالسباق على الاقدام ، أو على الخيل ، وبالمسابقة بالعربات ، ولعب الكرة وما أشبه ذلك من الألعاب التي تقوم على المهارة واستعمالالبدن) وهذاالنصيقتضي شرطين:

١) لا يطبق الاستثناء الا على اللاعبين أو المشتركين أنفسهم ، ففي سباق الخيلعلى المالك بخلاف المشاهدين .

٢) يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب اذا ظهر لهـــا أن المبلغ باهظ بالنسبة لحالة الطرفين او لنوع اللعب .

والاستثناء مقصور على ألعاب المهارة المتعلقة بالجسم ، كالمصارعـة والتنس وكرة القدم والعاب الرمي ، فلا يشمل الاستثناء الالعاب التي لا يوجد فيها الا مهارة فكرية مثل لعبة الشطرنج (١) .

ويشترط حتى تكون الألعاب الرياضية مشروعة أن يكون العقد قد تم بين المتبارين أنفسهم ، أما اذا كان من المشاهدين فالرهان غير مشروع ، ويشترط أن يكون كل مـــن من المتبارين أهلا ، أي أن تكون له أهلية التصرف في المبلغ الذي يدفعه عنـــد الخسارة ، وأن يكون التراضي على المباراة خالياً من عيوب الغلط والتدليس والإكراه .

---

(١) العقود المدنية الصغيرة مرسي ٥١٣ ـ ٥١٥ .

٢ ـ ألعاب النصيب :

الأصل هو تحريم العاب النصيب الا أن الفقرة الثانية من المادة (٧٤٠) (يستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب) وكما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي (توخيا لتحقيق بعض الاغراض الخيرية التي تقوم على اقتطاع جزء من الكسب الذي تدره هذه الالعاب) (١) .

وأوراق النصيب مبلغ من المال أو مبالغ توضع تحت السحب ، ويكون لكل مساهم في هذا السحب رقم معين ، وفي الوقت المقرر للسحب تسحب من بين هـذه الأوراق الرقم أو الأرقام الفائزة عن طريق محض الحظ ، فهذه اللعبة تعتبر مراهنة اذ كل مساهم فيها يراهن على أن رقمه هو الفائز فان صدق قوله فاز بالنصيب وان لم يصدق خسر المبلغ الذي دفعه (٢) .

٣ ـ سباق الخيل والرماية :

وسباق الخيل والرماية من الألعاب الرياضية التي تقوم على رياضة الجسم التي تجوز المباراة فيها بشرط أن يكون التعاقد بين المتبارين أنفسهم ، واذا كان من غـير المتبارين يكون مراهنة غير مشروعة وتكون باطلة ولا يترتب عليها اثر ، بل رفضت المادة الأولى مـن القانون رقم (١٠) لسنة ١٩٢٢ في شأن المراهنة على سباق الخيل ، ورمي الحمـام وغيرهما ، وهي المعدلة بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلثمائة جنية ولا تزيد على ألف جنيه على :

١) كل من استعمل نوعاً من أنواع الرهان المشار اليه في أية جهة وبأية صورة ، سواء أكان ذلك بصفة مؤقته أم مستديمة أو جعل نفسه وسيطا في هذه المراهنات .

٢) كل من عرض أو أعطى أو تلقى في أية جهة وبأية صورة رهانا على سباق الخيل أو رمي الحمام أو غيرهما ؟ من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة ، سواء أكان ذلك بالذات أم بالواسطة .

٣) كل من أخفى أو ساعد على اخفاء النقود أو الأوراق أو الأدوات المستعملة في الرهان المتقدم ذكره .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٤ .

(٢) ومعلوم أن المال الذي يجمع من المتساهمين ويقتطع جزء منها فإنه يوضع تحت السحب .

٤ ـ البيوع الآجلة في البورصة :

هي البيوع التي لا يلتزم البائع بالتسليم الناقل للملكية ، ولا يلتزم المشتري بدفع الثمن الا بعد أجل يحل في يوم معين يسمى بيوم التصفية .

فاذا تعاقد شخص على أن يبيع أوراقاً ماليـة ، أو بضائع لا يملكها وقت البيع ، اعتمادا على أنه يستطيع أن يحصل عليها وقت التسليم من السوق ، وهذا ما يسمى بالبيع الآجل على المكشوف،وكثيرا ما تنصرف نية المتعاقدين الى المضاربة ، وكلا منهم تنصرف نيته الى عدم التسليم أصلا ، والمضاربة انما تكون على مجرد دفع الفروق بين الأسعار ، وذلك أن البائع يبيع بيعاً آجلا كأن يبيع مائة سهم بسعر السهم عشرة جنيهات ، ويكون معتمدا على أن سعر السهم سيهبط يوم التسليم الى تسعة جنيهات ، والمشتري اشترى هذه الأسهم بسعر السهم عشرة جنيهات فانه سيكون معتمدا على أن سعر السهم سيصعد يوم التسليم الى أحد عشر جنيهاً .

فالمشتري يضارب على الصعود والبائع يضارب على الهبوط ، وعنـد حلول يوم التسليم قد يتحقق أمل البائع فيهبط السعر الى تسعة جنيهات وعند ذلـك لا يسلم البائع المشتري مائة سهم سعر السهم منهـا تسعة جنيهات ويتقاضى الثمن على أساس أن السهم عشرة جنيهات بل يقتصر على تقاضي الفرق من المشتري وقـد ربح في كل سهم جنيها واحدا، ويكون مجموع ربحه مائة جنيه يتقاضاها من المشتري،أما إذا تحقق أمل المشتري فيصعد سعر السهم الى أحد عشر جنيها وعند ذلك يكون المشتري هو الذي يتقاضى الفرق من البائع وهو مائة جنيه عن الاسهم المئة .

ربما ان التعاقد على المضاربة بالهبوط أو الصعود كما رأيتـا فجاز الحاقها بالمراهنة فالبائع يراهن على هبوط السعر ويراهن المشتري على صعوده ويفوز منها من يصدق تنبؤه ويكسب الفرق بين الاسعار .

فاذا الحق البيع الآجل بالمراهنة فانه يكون غير مشروع كالمراهنـة ، ومن ثم يكون باطلا وعندئذ لا يلزم الخاسر بدفع الفروق واذا دفعها جاز له استردادها لعدم ترتيب أثر على العقد الباطل .

البيع الآجل في القانون الفرنسي :

كان القانون الفرنسي يعتبر البيع الآجل كما قلنا بالمراهنة غير المشروعة فيجعله باطلا ، ولا يلزم الخاسر بدفع الفروق طبقاً للمادة (١٩٦٥) الا انه اذا دفعها لم يجز له استردادها طبقا للمادة (١٩٦٧) مما شكل عدم استقرار التعامل في البورصة عن طريق البيوع الآجلة ، ولذا فقد صدر قانون (٢٨) مارس سنة (١٨٨٥) يقضي بصحة جميع البيوع المتعلقة بالأوراق المالية أو بالبضائع فقد نصت المادة (لا يجوز لاحد ، للتخلص من الالتزامات التي تنشئها هذه البيوع ، أن يتمسك بالمادة (١٩٦٥) مدني ، حتى لو آلت هذه البيوع الى مجرد دفع الفروق) وبذا أعتبر التعامل صحيحا كي يستقر التعامل عن طريق هذه البيوع .

البيع الآجل في القانون المصري :

وهناك حد فاصل في التعامل بالبيوع الآجلة هو قانون رقم ٢٤/٢٣ لسنة ١٩٠٩ فما قبل صدور هذا القانون كان على نهج القانون الفرنسي (١٨٧٥) الذي يميز بين أن يقصد تنفيذ البيع ويؤول الى مجرد دفع الفروق وهذا بيع صحيح لانه مدني ، وبين بيع يؤول الى دفع الفروق ولا يقصد المتعاقدان تنفيذه منذ البداية وهذا بيع باطل ، لانه مراهنة غير مشروعة وللقضاء أن يحكم من تلقاء نفسه بالبطلان .

أما بعد صدور هذا القانون الذي يهدف الى كفالة استقرار التعامل بالبيوع الآجلة في البورصة ، ويعدل هذا القانون المادة ٧٩/٧٣ ، من التقنين التجاري على الوجه التالي : (الأعمال المضافة الى أجل ، المعقودة في بورصة ، مصرح بها طبقا لقانون البورصة ولوائحها ، وتكون متعلقة ببضائع وأوراق ذات قيمة مسعرة ، تعتبر مشروعة وصحيحة ، ولو كان قصد المتعاقدين منها انها تؤول الى مجرد دفع الفروق ـ ولا تقبل أي دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول الى مجرد دفع فروق اذا انعقد على ما يخالف النصوص المتقدمة) .

وهذا النص قد ازال التمييز بين آجل جدي وآجل بدفع الفروق ، والكل اعتبره القانون صحيحا دون بحث في نية المتعاقدين اذا انعقد في بورصة مرخص فيها وان يكون قد انعقد طبقا لقانون البورصة ولوائحها ، وبهذا يكون القانون المصري قد مر بنفس الدورين اللذين مر بهما القانون الفرنسي (١) .

---

(١) الوسيط للسنهوري ٧ : ١٠٢٨ـ١٠٤٠ والعقود المدنية الصغيرة محمد كامل مرسي ٥١٩ـ٥٢٦ .

المبحث الثاني

المرتب مدى الحياة في القانون [1]

تعريف المرتب مدى الحياة :

المرتب مدى الحياة مبلغ من المال يعطى على أقساط ، ايرادا دورياً لشخص مدة حياته أو مدة حياة شخص آخر .

الفرق بين المرتب مدى الحياة والدخل الدائم :

١ ـ المرتب مدى الحياة مقصور على حياة من رتب الايراد على حياته ، فإذا مات انقضى المرتب ، أما الدخل الدائم فهو ايراد دوري دائمي ، لا ينقضي بموت أحد ، ويورث .

٢ ـ عدم قبول المرتب مدى الحياة للاستبدال ، فلا يجوز للملتزم به أن يتخلص منه برده رأس المال الذي أخذه مقابل المرتب ، وذلك لان القصد من المرتب دوام مدة حياة من رتب الايراد على حياته ، أما الدخل الدائم فهو قابل للاستبدال في أي وقت شاء الملتزم .

٣ ـ يصح أن يكون الملتزم بالمرتب مدى الحياة شخصاً طبيعياً ، أو شخصاً معنوياً ، وغالباً مايكون في الشخص المعنوي شركة تأمين . بينما الدخل الدائم يكون شخصاً معنوياً والغالب فيه الدولة أو احدى الشركات .

٤ ـ جواز زيادة المرتب مدى الحياة على سعر الفائدة القانونية أو الاتفاقية ، لأن المرتب ليس مقابل فائدة رأس المال بل جزء منه هو الفائدة ، والجزء الآخر في مقابل استهلاك رأس المال شيئا فشيئاً ، ويتم الاستهلاك كاملا بانقضاء المرتب

---

(١) الوسيط للسنهوري ٧ : ١٠٤٣ ـ ١٠٧٩ ، ومجموعة الاعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٥ ـ ٣١٨ وشرح القانون المدني للدكتور / محمد كامل مرسي ٢ : ٤١١ ـ ٤٢٥ .

بينما الدخل الدائم كله فائدة لرأس المال ولايستهلك من رأس المال شيء بل يجب رده بكامله عند الاستبدال ، وعلى هذا لا يجوز أن يزيد الدخل الدائم على السعر الاتفاقي للفائدة .

٥ ـ نشأ المرتب مدى الحياة من تصرف شكلي فالمادة (٧٤٣) تنص (العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً الا إذا كان مكتوباً ، وهذا دون اخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع) أما الدخل الدائم فلم يشترط القانون لترتيبه شكلا خاصا (١) .

هذا وقد خص التقنين المصري المرتب مدى الحياة نصوصا ستة من المادة ٧٤١ ـ ٧٤٦ . وإنني اقتصر على ذكر مادتين رئيسيتين لأن فيهما مايهمنا في بحثنا هذا .

الاولى : مادة (٧٤١) :

١ ـ (لايجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي الى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض) .

٢ ـ ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية) .

الثانية : مادة (٧٤٢) :

١ ـ (يجوز أن يكون المرتب مقرراً مدى حياة الملتزم له ، أو مدى حياة الملتزم أو مدى حياة شخص آخر .

٢ ـ ويعتبر المرتب مقرراً مدى حياة الملتزم له اذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) .

فالعقد والوصية هما اذن المصدران الرئيسيان للالتزام بالمرتب ، والعقد يكون تارة عقد معاوضة وتارة عقد تبرع ، والوصية تبرع دائماً وعلى هذا فمصادر الالتزام بالمرتب مدى الحياة ينقسم الى قسمين :

أ ـ معاوضات ب ـ تبرعات

المعاوضات :

والالتزام بالمرتب مدى الحياة قد يكون مصدره عقدا من عقود المعاوضات التي أبرزها البيع أو القرض . فكثيرا مايبيع شخص عمارته من آخر على أن يتقاضى الثمن

---

(١) الوسيط للسنهوري ٧ : ١٠٤٣ـ ١٠٤٥ .

ايرادا شهريا مقداره مئة دينار مدة حياته ، ففي مثل هذه الحالة يكون المرتب عادة أكبر من ربع العين ، لأنه لو اقتصر على ربع العين لما كانت هناك فائدة للبائع من أن يبيع العين بإيراد لاتزيد على ريعها وكان الاولى به كما يقول السنهوري : (أن يستبقي العين ويستولي على ريعها ، فيكسب نفس ماكسبه بالمبيع دون أن يخسر العين) ولو كان المرتب ايرادا يقل عن العين ، المدفوعة ، فالثمن يلحق في هذه الحالة بالثمن التافه ويكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع ، كأن يبيع شخص دارا ، ريعها مائة دينار بايراد مرتب مدة حياته مقداره خمسون دينارا ، فان المشتري في هذه الحالة لايدفع من ماله في مقابل الدار لانه يعطى جزءاً من ريعها ويقبض باقي الريع ، ففي هذه الحالة يكون البيع هبة لابيعا . أما اذا باعه الدار بمرتب مدة حياته ، ولكن هذا المرتب يعادل الريع الا أنه غيرمستقر ، فقد قال السنهوري في هذا الصدد :

(على أن البائع اذا باع الدار بإيراد يعادل الريع الحالي للمبيع ، وظهر من الظروف أن هذا الريع الحالي غير مستقر ، وأنه عرضة للنقصان ،إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك ، فأراد البائع أن يكفل لنفسه ايراداً ثابتا وإن كان لايزيد على الريع الحالي للدار ، جاز اعتبار الثمن هنا جديالاتافها ، وان كان ثمنا بخساً وصح البيع) (١) .

أما الصورة الثانية من صور المعاوضات فهي القرض ، وذلك بأن يدفع المستحق للمرتب مدى الحياة مبلغاً من المال يرده الملتزم شهرياً مدى الحياة بخلاف الصورة الاولى في البيع الذي يكون فيه المدفوع عينا لا مالا ، فاننا ننظر : إما أن يكون المرتب أكبر من فائدة رأس المال أو أقل أو يعادلها .

فاذا كان المرتب أقل من فائدة رأس المال فإن العقد يكون تبرعا ويصح أن يكون هبة مستثمرة وكذلك اذا كان المرتب يعادل الفائدة .

أما اذا كان المرتب عادة أكبر من فائدة رأس المال ، كأن يدفع له الف دينار وريع هذا المبلغ عشرة دنانير ، والمرتب خمسون ديناراً فيرده مرتباً مدى الحياة ، فهنا المرتب اكبر من الفائدة في العادة لأن المستحق للمرتب يتقاضى القسط وجزء منه مقابل استهلاك رأس المال شيئا فشيئاً وجزء منه يعادل الفائدة، ومجموع القسط أكبر من الفائدة،

---

(١) الوسيط للسنهوري ٤ : ٣٨٦ – ٣٨٧.

فالعقد يكون قرضا ولا يجوز الطعن في القرض بالربا الفاحش ، فاذا فرضنا أن المستحق للمرتب هوالذي رتب الايرادعلى حياته وقد عاش مدة طويلة بحيث يتقاضى أقساطا يزيد مجموعها على رأس المالزيادة كبيرة بحيث يتحقق الربا الفاحش فإنه لا يجوز الطعن في القرض ، لأن المستحق للقرض ربما يعيش مدة قصيرة ولا يتقاضى من الأقساط ما يزيد علىرأس المال ، أو أنالمستحق للمرتب كان يتقاضى من الأقساط ما يقل عن رأس المال .

ومن الملاحظ اذا كان مصدر الالتزام بالمرتب هوعقد القرض ، فإن أحكامالقرض هي التي تسري من حيث الأهلية وعيوب الارادة وبقية الاحكام الأخرى .

التبرعات :

واذا كان مصدر الالتزام تصرفا من التصرفات التبرعية فانها تكون في الوصية والهبة ، وذلك كأن يهب شخص لاخر مرتبا مدى الحياة دون أن يتقاضى منه مقابلا لذلك ويضمن له نفقات حياته ، ومن الامثله على ذلك : اذا طلق الزوج زوجته وأراد أن يكفل لها حياتها ويجنبها العوز ، يهب لها مرتبا مدى حياتها ، أو أن يهب الابن لأبيه العاجز عن الكسب أو أن يهب الأخ لأخته التي لا مورد لها مرتبا مدى الحياة ، ففي هذه الصور تسري أحكام الهبة من حيث أهلية الواهب وأهلية الموهوب له ، وعيوب الارادة وما يلزم بموجب الوصية ، وتكون أحكام الوصية هي التي تسري من حيث أهلية الموصي وأهلية الموصى له وعيوب الارادة ، ومن الأمثلة على ذلك : كأن يوصي الزوج لزوجته مرتبا مدى حياتها (١) .

المدة التي يدوم فيها المرتب :

لقد بينت المادة (٧٤٢) من التقنين المدني . المدة للمرتب مدى الحياة بمدة حياة

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : (يتقرر المرتبمدى الحياة بعقد أو وصية ، والعقد قد يكون معاوضة أو تبرعا . فيصح أن يبيع شخص منزلا بثمن هو مرتب يؤدى له مدى حياته ، أو يقرض مبلغا يسترده ايرادا مرتبا مدى الحياة ، كما يصح ان يلتزم شخص على سبيلالتبرع، من طريق الهبة أو الوصية بمرتب يؤديه مدى حياة المتبرع له.ولا يوجد للايراد المرتب مصدر آخر غير العقد والوصية)مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٦ .

الملتزم له أو بمـدة حياة شخص آخر ، ويكون مقررا مدة حياة الملتزم له اذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، وهذه هي الصورة الغالبة في العمل حتى افترض القانون انها هي المقصودة حتى لو لم يصرح بها المتعاقد ان أو الموصي .

واذا تقرر المرتب مدى حياة المستحق أو المستحقين ومات الملتزم بالمرتب قبل موت المستحق أو المستحقين ، فالمرتب يبقى قائما بالرغم مـن ذلك ، وعلى ورثة الملتزم اداؤه للمستحق او المستحقين ما بقي احد منهم حيا .

وقـد يتقرر المرتب مدى حياة الملتزم لامدى حياة المستحق ، كأن يقرر شخص مرتبا لخادم أمين ويجعل هـذا المرتب مدى حياته ويتقاضى المستحق مادام الملتزم حيا ، واذا مات المستحق قبل الملتزم فان المرتب ينتقل الى ورثة المستحق واذا مات الملتزم قبل المستحق انقضى المرتب وليس له شيء من ورثة الملتزم .

وقد يتقرر المرتب لأقصر الأجلين ، أجـل الملتزم ، وأجل المستحق ، فاذا مات أحدهمـا انقضى المرتب ولا ينتقل ، واذا تقرر لأطول الأجلين فالمستحق له أن يتقاضى المرتب بعد موت الملتزم الى أن يموت هـو ، واذا مات المستحق قبل أن يموت الملتزم ، انتقل المرتب الى ورثة المستحق الى أن يموت الملتزم .

وقد يتقرر المرتب مـدى حياة شخص ثالث وهذا نادرا ، لأن الغالب أن يكون المرتب معقودا بحياة المستحق أو بحياة الملتزم ، امـا ان يكون المرتب معقودا بحياة شخص ثالث فحياته لها دخـل في تقرير المرتب ، والغالب أن يكون المستحق للمرتب يعول هذا الشخص الثالث ، وعندئذ يكون غرضه مـن تعليق المرتب على حياة الشخص الثالث معاونة المستحق على تحمل نفقات من يعول،فاذا تقرر ان يكون المرتب مدى حياة شخص ثالث معاونه فانه يبقى ما بقي هذا الشخص ، وعليه اذا مات المستحق قبل موت الشخص الثالث فالمرتب لا ينقضي وينتقل الى ورثة المستحق الى أن يمـوت الشخص الثالث ، أما اذا مات الملتزم قبل موت الشخص الثالث فالمرتب لم ينقض كذلك والتزم بالمرتب ورثة الملتزم الى أن يموت الشخص الثالث ، اما اذا مات كل من المستحق والملتزم قبل موت الشخص الثالث فالمرتب يتقاضاه ورثة المستحق مـن ورثة الملتزم الى أن يموت الشخص الثالث .

خواص المرتب مدى الحياة :

فالمرتب مدى الحياة له خاصيتان سواء كـــان التصرف الذي ينشيء المرتب مدى الحياة قرضا كان أم هبة أم وصية .

الخاصة الأولى :

لقد قلنا ان المرتب مـــدى الحياة تصرف شكلي وخاصة اذا كان هبة أو وصية ، لأن الهبة والوصية عقدان شكليان ،ويكون شكليا أيضا اذا كان قرضا أو بيعا فقد نصت المادة (٧٤٣) ، (بأن العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا اذاكان مكتوبا) .

الخاصة الثانية :

أنه تصرف احتمالي ، ولذلك كانت من عقود الغرر ، لان المرتب يدفع أقساطا لمدة حياة المستحق أو من علق عليه حياته ، أي أن المرتب مدى الحيـــاة محدود بحياة انسان وينتهي بانتهائه . وبما أن المرتب لا يعرف ميعاده فالمرتب لا يعرف مقداره الا عند الموت أو في ميعاد لا يمكن تحديده ، ولذا فانه تصرف احتمالي ، ويقول السنهوري : (ان هذا الاحتمالي في المرتب مدى الحياة هو على الرأي الغالب . السبب في التصرف) .

هل الغرر في المرتب مدى الحياة محل أو سبب ؟ :

اختلف فقهاء القانون في هذه المسألة ، فذهب السنهوري الى أن الاحتمال في المرتب مدى الحيـــاة هو محل التزام الملتزم بالمرتب ، وجعل محل التزامه مرتبا ينطوي على عنصر الاحتمال ، واذا خلا المرتب من هذا العنصر انعدم المحل ، وصار التصرف باطلا لانعدام المحل لا لانعدام السبب . ويكون الاحتمال في المرتب مدى الحيـــاة عنصرا من عنـــاصر المحل وليس هو السبب ، لان السبب هو الباعث ، وذهب فقهاء الفرنسيين الى أن اعتبار الاحتمال في المرتب مدى الحيـاة هو السبب لا المحل ، فاذا انعدم الاحتمال انعدم السبب وصار التصرف باطلا لانعدام السبب لا لانعدام المحل . وعلى كل فالمتفق عليه عند الفقهاء انه اذا انعدام الاحتمال في المرتب مدى الحياة كان التصرف باطلا ، امـــا لانعدام المحل واما لانعدام السبب . فالغرر أو الاحتمال هو عنصر جوهري في المرتب مدي الحياة فقد جاء نص في المشروع التمهيدى مادة ١٠٢٩ (يقع باطلا كل مرتب قرر مدى حياة شخص وجد ميتا وقت تقرير المرتب) وأيضا فقد جـــاء المشرع في صدد هذا النص في المذكرة الايضاحية (ربط المرتب بحيـــاة انسان هو الذى يجعله احتماليا ، لان الموت لايعرف

ميعاده وهذا الاحتمال هو السبب في العقد، كما هو الامر في سائر العقود الاحتمالية ، فاذا انعدم الاحتمـــال بطل العقد ، أو كان عقدا آخر . ويترتب على ذلك أن العقد اذا رتب ايرادا مدى حياة انسان وجد ميتا وقت ترتيب الايراد فهو باطل (١) ولجنة المرجعة قد حذفت هذه المادة لان حكمها مفهوم من كون الاحتمال المترتب على ربط المرتب بحياة انسان هو سبب الالتزام ، واذا انعدم السبب بطل العقد) (٢) .

ومن هذا يتبين أن المرتب يرتبط دائمـــا بحياة انسان كما سبق القول فاذا كان هذا الانسان ميتا وقت تقرير المرتب فانه ينقضي وقت نشوئه ولايتحمل الملتزم بالمرتب أي خطر ، لأنه لم يتولد في ذمته أي التزام سواء كان متبرعا أومعاوضا ، لانه لم يتبرع بشيء وأنه لايستحق مقابل المرتب اذا لم يتحمل أي خطر في المعاوضة ، فكانت المعاوضة باطلة.

وكذلك اذا قرر المرتب لمدة معينة كأن يقرر المرتب لمدة عشر سنوات بمقابل أو بغير مقابل لانه يكون قد فقد العنصر الجوهري منه وهو التقدير لمدة غير معينة ولا يكون هذا العقد مرتبا مدى الحياة لان عنصر الاحتمال غير موجود ، بل يكون عقدا آخر ، فمن وهب لآخر أو أوصى له بمرتب لمدة عشر سنوات كان التصرف هبة أو وصية عادية وليس مرتبا مدى الحيـــاة وكذلك اذا باع شخص منزلا لاخر بثمن هو مرتب لمدة عشر سنوات لم يكن العقد مرتبا مدى الحياة بل هو بيع عادي ،والثمن فيه مقسطا أقساطاً عشرة هي أقساط المرتب . وتقول المذكرة الا يضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : واذا تحدد للايراد مدة معينة ..... فقد خرج عن كونه عقدا احتماليا ، كما لو أقرض شخص آخر مبلغا من المـــال يرده ايرادا مرتبا لمدة معينة ، فان العقد في هذه الحالة يكون قرضا عاديا ، ومـــازاد من مجموع الاقساط على المبلغ المقترض يكون فائدة يجب ألاتزيد على الحد الأقصى المسموح به في الفوائد الاتفاقية ،اما الايراد مدى الحياة فبصفته الاحتمالية تمنع من معرفة ما اذا كانت الفوائد تزيد على الحد الاقصى المسموح به أولاتزيد(٣).

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية :٥: ٣٠٨ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية :٥: ٣٠٩ في الهامش .

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٥: ٣٠٩ في الهامش .

المبحث الثالث

المرتب مدى الحياة في الفقه الاسلامي

لا يوجد في الفقه الاسلامي عنوان بهـذا الاسم ، ولكن إذا قارنا صور المرتب في الحياة في القانون مع الفقه الاسلامي وجدنا الشبه موجـودا في الفقه الاسلامي ، فالمرتب مدى الحياة في القانون،قد يكون مصدره المعاوضات المالية،وقد يكون مصدرهالتبرعات، وفي كليها نرى أن المرتب مدى الحياة من عقود الغرر ،فالمرتب مدى الحياة الذيمصدره التبرعات فإنه يشبه العمرى في الفقه الاسلامي ، ولـذا فإننا نبحث هذا الموضوع حسب تأثير الغرر في التبرعات مبيناً آراء الفقهاء في ذلك .

بماذا تنعقد العمرى والرقبى ؟

العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره .

صورة العمرى والرقبى :

فصورة العمرى : أن يقول الرجل للآخر : عمرتك داري هذه أو هي لك عمرى ــ أو ما عشت ــ ــ أو مدة حياتك ــ أو ما حييت أو نحو هذا وقـد سميت بهذا الاسم لتقييدها بالعمر .

وصورة الرقبى . أن يقول : أرقبتك هذه الدار ، أو هي لك حياتك على أنك ان مت قبلي عادت الي . وإن مت قبلك فهي لك ، ولعقبك ، فكأنه يقول : هي لآخرنا موتا وسميت بهذا الاسم ، لأن كل واحد فيهما يرقب موت صاحبه .

حكمها :

الجواز في قول أكثر أهل العلم وحكي عنبعضهم أنها لا تصح مستدلين بحديثعن رسول الله ﷺ أنه قال : (لا تعمروا ولا ترقبوا) (١) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٦٨ .

أدلة من أجازها :

وقد استدلوا بالأحاديث الآتية :

١) بما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال . العمرى ميراث لأهلها . أو قال: جائزة) متفق عليه (١) .

٢) بما روي عن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله ﷺ (من أعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته ، لا ترقبوا ، من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث) ـ رواه أحمد وأبو داود والنسائي . وفي لفظ ان النبي ﷺ قال : (الرقبى جائزة) رواه النسائي . وفي لفظ جعل الرقبى للذي أرقبها) رواه أحمد والنسائي ، وفي لفظ (جعل الرقبى للوارث) رواه أحمد (٢) .

٣) بما روي عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ (العمرى جائزة لمن أعمرها، والرقبى جائزة لمن أرقبها) رواه أحمد والنسائي (٣) .

٤) وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ (لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته) (٤) . رواه أحمد والنسائي .

٥) بما روي عن جابر قال : قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له) متفق عليه . وفي لفظ قال : (امسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمر حياً وميتاً ولعقبه) رواه أحمد ومسلم . وفي رواية قال : (العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها) رواه الخمسة . وفي رواية (من أعمر ، رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها ، وهي لمن أعمر وعقبه) رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجة) وفي رواية قال : (ايما رجل أعمرى عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها ، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث) رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه وفي لفظ عن جابر (انما العمرى التي أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول : هي لك ولعقبك . فأما إذا قال : هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها) رواه أحمد

---

(٢) متفق عليه انظر نيل الأوطار للشوكاني ٦ : ١٤ .

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي انظر نيل الأوطار للشوكاني ٦ : ١٤ .

(٣) رواه أحمد والنسائي أنظر نيل الأوطار للشوكاني ٦ : ١٤ .

(٤) نيل الأوطار ٥ : ١٤ — ٢٥ .

ومسلم وأبو داود . وفي رواية أن النبي ﷺ قضى بالعمرى أن يهب الرجل للرجل ولعقبه الهبة ويستثنى ان حدث بك حدث ولعقبك فهي إلي والى عقبي ، انها لمن أعطيتها ولعقبه) رواه النسائي (١) .

وفي رواية جابر أيضاً (أن رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء اخوته فقالوا ، نحن فيه شرع سواء قال : فأبى ، فاختصموا إلى النبي ﷺ فقسمها بينهم ميراثاً) رواه أحمد (٢) .

وقد أجاب ابن قدامة على من قال بعدم صحتها : بأن النهي انما ورد على سبيل لاعلام لهم : انكم ان أعمرتم أو أرقبتم بعد للمعمر والمرقب ، ولم يعد اليكم منه شيء، ويدل على هذا سياق الحديث فانه قال: (فمن أعمر عمرى فهي لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه) ولو أريد به حقيقة النهي لم يمنع ذلك صحتها . فان النهي انما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة ، أما اذا كان صحة المنهي عنه ضررا على مرتكبه فلم يمنع صحته ،كالطلاق في زمن الحيض ، وصحة العمرى ضرر على المعمر ، فان ملكه يزول بغير عوض (٣) .

أحكام العمرى :

اختلف الفقهاء في أحكام العمرى على ثلاثة أقوال (٤) :

الأول : انها هبة مبتوتة تنقل الملك الى المعمر ، وبهذا قال : جابر بن عبد الله ، وابن عمر وابن عباس ، وشريح ، ومجاهد ، وطاوس ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن علي وابن حزم ، ومعنى ذلك فمن قال لاخر : أعمرتك داري هذه أو داري لك مدة حياتك ، فان الدار تكون ملكا للمعمر له ولورثته من بعده اذا صحت شروط الهبة فيها أي انها تأخذ أحكام الهبة ويبطل التأقيت(٥).

---

(١) نيل الأوطار ٦ : ١٤ — ١٥ وانظر احكام الاحكام لابن دقيق العيد ٢ : ١٦٩ .
(٢) نيل الأوطار ٦ : ١٥ .
(٣) المغني لابن قدامة : ٦ : ٦٨ .
(٤) بداية المجتهد : ٢ : ٣٥٨ .
(٥) نتائج الافكار ٧ : ١٤٣ ومختصر الطحاوي ١٣٩ والاختيار ٢ : ١١٦ والبحر الزخار ٤ : ١٤٣ الى ١٤٤ والمهذب ١ : ٤٥٥ والمجموع ١٥ : ٢٨ ـ ٣٢ والمحلى لابن حزم ٩ : ١٦٤ ـ ١٦٥ .

الثاني : انه ليس للمعمر فيها الا المنفعـة فاذا مات عادت الرقبة للصحراء أو الى ورثته وبه قال مالك وأصحابه والليث،فاذا قال أعمرتك داري ، فان الدار لا تملك بحال ويكون للمعمر السكنى . أما اذا قال : أعمرتك داري ولعقبك ، كان سكنـاها لهم فاذا انقضوا عادت الى المعمر وحجتهم في ذلك : بما روى يحيى بن سعيد ، عن عبد الرحمن بن القاسم : قال : سمعت مكحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى : ما يقول الناس فيها ؟ فقال القاسم : ما أدركت الناس الا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا .

قال ابراهيم بن اسحق الحربي عن ابن الاعرابي : لم يختلـف العرب في العمرى والرقبى والافقار ، والاحمال ، والمنحة والعرية ، والعارية والسكنى والاطراق، انها على ملك أربابها ومنافعها لمن جعلت له ، ولان التمليك لا يتأقت (١) ، ولذا فقوله أعمرتك مدة حياتك تأقيت ، واما المنافع فانه يتأقت ، ولذا فان العمرى هي تمليك المنفعة لانهـا مؤقتـة .

الثالث : ان العمرى تكون ملكا للمعمر اذا قـال هي عمرى لك ولعقبك واذا لم يشترط العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال أبو داود وأبو ثور.

ولذا فاننا نرى أن العمرى على القول الثـاني بأنها تمليك منفعة شيء مدة حيـاة المعطي وقد عرف ابن عرفة من المالكية بأن العمرى : تمليك منفعة حيـاة المعطي بغير عوض فخرج تمليك الذات بعوض وبغيره ، وخرج بقوله حيـاة المعطى أي بفتح الطاء الوقف المؤبد وكذا المؤقت بأجل معلوم(٢) ـ فاذا كانت مدة حياة المعطى بالفتح يقتضي أنها اذا كانت حياة المعطي بالكسر لا تكون عمرى حقيقية وان جازت ايضا كعمر زيد الاجنبي فيها فالعمرى حقيقية في حيـاة المعطى بالفتح ، لان الاسم ينصرف اليهـا عند الاطلاق (٣) .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٦٨ — ٦٩ والمنتقى شرح الموطأ ٦ : ١١٩ .

(٢) وذلك ان الجهل بمدة الحياة لا يضر ، لأن الغرر انما يمنع في المعاوضات دون التبرعات وذكر المواق في الضمان احدى عشرة مسألة يجوز الجهل فيها : (الحمالة والهبة والوصية والبراءة من المجهول والصلح يعني اذا لم يعرفا قدر الحق المصـالح فيه . . . والجلع والصـداق والقراض والمساقاة والمغارسة والصدقة) البهجة للتسولي ٢ : ٢٥٠ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٤ : ١٠٨ وانظر تحفة الاحكام ٢ : ١٦٠ ـ ١٦١ وانظر البهجة للتسولي ٢ : ٢٤٩ — ٢٥١ وحلي المعاصم عليه .

فهذا النوع عند المالكية يشبه المرتب مدى الحياة عند القانون المتعلقة بحياة شخص الا أنها لا تكون الا في تمليك المنافع .

المرتب مدى الحياة الذي مصدره الوصية :

والمرتب مدى الحياة الذي مصدره الوصية ، فان هذا النوع معروف لدى فقهاء الفقه الاسلامي ، وأ جازه جمهور الفقهاء الا أنهم أختلفوا في أحكامه (١) .

الوصية بالمرتبات في القانون المصري :

نصت المواد ٦٤ ـ ٧٠ من القانون المصري مفصلة أحكام الوصية (٢) بالمرتبات

---

(١) المنتقى شرح الموطأ ٦ : ١٦٦ والتحفة وأسنى المطالب على روض الطالب ٣ : ٥٩ ، والفتاوى الهندية ٦ : ١٢٩ .

(٢) وهذه المواد هي : مادة ٦٤ (تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى مايضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ، فاذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته الى أن يتوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو الى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له .

مادة ٦٥ : اذا كانت الوصية من غلة التركة ، أو من غلة عين فيها لمدة معينة تقوم التركة او العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به — ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فان خرج عن ثلث المال نفذت الوصية وان زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث ، وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصي) .

مادة ٦٦ : (اذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغله مطلقة أو مؤبده ، او مدة حياة الموصى له ، يقدر الاطباء حياته ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة (٦٤) وان كانت الوصية بمرتب من رأس المال ، ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة (٦٥) ان كانت الوصية بمرتب من الغلة فاذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الاطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من اوصى له بعده ، واذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية او عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء — فليس له الرجوع على الورثة) .

مادة (٦٧) : اذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما بقي بالمرتب ، واذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة الى ورثة الموصي ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع . فاذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ الوصية في احدى السنوات استوفى الموصي له مانقصه من الغلة الزائدة.=

مستمدة تلك الاحكام من الآراء الراجحة عند الفقهاء (١)، والذي يتعلق بموضوعنا هي المادة (٦٦) وهي : (اذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة . . . مدة حياة الموصى له يقدر الاطباء حياته ، ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة فاذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الاطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده واذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الاطباء ، فليس له الرجوع على الورثة) (٢) .

فنرى أن المادة ٦٦ من قانون الوصية أخذت برأي الجمهور من أن جواز الوصية بمرتب مدى الحياة موكول الى تقدير الاطباء كما هو المذهب المالكي (٣) .

= فاذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة فسنة ، او قامت على ذلك — وردت الزيادة السنوية لورثة الموصي) .

مادة (٦٨) (اذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام ـ مطلقة او موبدة يوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث الا باجازة الورثة) .

واذا أغل الموقوف اكثر من المرتب الموصي به اسحقته الجهة الموصى لها . واذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصي) .

مادة (٦٩) في الاحوال المبينة في المواد من ٦٤ ـ ٦٧ يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه بشروط ان يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقدا ، ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية فان مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي . ويزول كل حق للموصى له في التركة بالايداع والتخصيص) .

مادة (٧٠) (لا تصح الوصية بالمرتبات من راس المال او من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الاوليين من الموصى لهم وقت موت الموصي ويقدر الاطباء حياة الموجودين وتنفذ الوصايا بمراعاة الاحكام المبينة في الوصايا للمعينين) .

(١) انظر احكام الوصية للاستاذ على الخفيف ٤٨٩ والوصايا في الفقه الاسلامي : محمد سلام مدكور ٤١٨ — ٤٣٠ .

(٢) المادة ٦٦ من قانون الوصية .

(٣) المدونة الكبرى ١٥ : ٤٧ ـ ٤٨ .

التقدير في المذهب المالكي :

اختلفت الآراء عند المالكية في تقدير السن الذي يعيش فيه الانسان غالبا ، فروايه أشهب عن مالك في العتبية وغيرها : يعمرون سبعين سنة ، ورواية ابن كنانة عن مالك ثمانين سنة وروى القاضي ابو محمد عن ابن الماجشون تسعين سنة ، أمـــا على بن زياد عن مالك يعمر أعمار أهل زمانه ، وابن المواز يقول : التعمير في المفقود من السبعين الى المائة وقال عبد الله بن عبد الحكم : والمائة كثير .

ولذا فان له مقدار هذا العمر وما زاد على ذلك لا شيء له عند معظم فقهاء المالكية حسب اختلافهم في السن الا ابن القاسم فانه قال : (فان زاد عمره على مـــا عمر أو قصر عن ذلك . . . رد الى أهل الوصايا يتخاصمون فيه ثم ان بقي منه شيء بعد تمام وصاياهم رجع الى الورثة وان فنى ما أصابه وهو حي ، لم يرجع على أهل الوصايا بشيء) (١) .

والذي أراه : ان الوصية له تستمر ما دام حيا ، طالما ان الثلث يسع مـــا بقي من حياته ، لانه في تقدمه في السن أحوج اليه من أول عمره ، والموصي انما أوصى مراعـــاة لظروف الموصى له ويرغب بذلك اكرامه واعفافه عن الناس، وأيضا وقد رأينا اختلاف علماء المالكية في تقدير السن ، فلا يجوز لنا أن نعتمد على هذا الاختلاف .

المرتب مدى الحياة الذي مصدره معاوضة :

رأينا في عقود المعاوضات المالية ان الغرر يؤثر فيها المرتب مدى الحياة بعوض فيه غرر كثير وهو باطل ، ولذا فانني أذكر هذه المسألة عند المالكية : (ومن دفع الى رجل داره على أن ينفق عليه حيـــاته . روى ابن المواز عن أشهب لا أحب ذلك ولا أفسخه ان وقع ، وقال أصبغ هو حرام ، لان حياته مجهولة ويفسخ ، وقال ابن القاسم عن مالك لا يجوز اذا قال على أن ينفق عليه حياته) (٢) فقد علوا بطلان هـــذا العقد كون الحياة مجهولة ، الا أن أشهب يرى عدم الفسخ ان وقع العقد .

وقال الشيخ صـــالح عبد السميع الآبي في شرحه لمتن خليل فقد جاء : (وكبيعه أي المالك عقارا أو حيوانا أو عرضا بالنفقة من المشترى(عليه) أي البائع (حياته) أي للبائع فلا يصح للغرر أو لا يدرى مدة حياته وما ينفق عليه فيها) (٣) . وأوضح من ذلك ماقال

---

(١) المنتقى للباجي ٦ : ١٦٦ .

(٢) المنتقى للباجي ٥ : ٤١ .

(٣) جواهر الاكليل ٢ : ٢٢ .

الدردير في شرح متن خليل : (وكبيعه) يشمل الاجارة لأن المراد بيع الذات أو المنفعة أي بيع البائع سلعة دارا أو غيرها (بالنفقة عليه) اي على البائع (حيـاته) فـانه فاسد للغرر لعدم علم مدة الحياة)(١) .

فمن هذه النصوص نرى أن المرتب مدى الحياة الذي مصدره عقد معـاوضة من بيع أو اجارة لا يجوز لوجود الغرر فيه .

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٧ .

المبحث الرابع

عقد التأمين في القانون وفيه مطلبان

المطلب الأول

فكرة التأمين وتعريفه

فكرة التأمين :

والتأمين يقوم على فكرة مؤداها توزيع النتائج الضارة لحادثة معينة على مجموعة من الافراد ، بدلا من ان تحل هذه النتائج كلها على شخص معين حلت به الحادثة ، ولذا فان هذه المجموعة من الافراد تحقق رصيدا مشتركا يساهم فيه كل فرد يتعرض لخطر معين، ومن هذا الرصيد المشترك يعوض من تحقق الخطر بالنسبة له .

وبهذا المعنى فان التأمين نظام حديث نسبيا ، الا أنه حماية الشخص من الخسائر المالية التي قد يتعرض لها نتيجة تحقق خطر مالها جذور بعيدة في الزمن الماضي ولكن هذه الفكرة نمت وتطورت حتى وصلت بالتأمين الى ما وصلت اليه في الوقت الحاضر (١) .

ويذكر المؤرخون أن قدماء المصريين والهنود ،والرومان والاغريق، والعرب عرفوا التأمين الا ان هذا التأمين عندهم مبناه على المساعدة الانسانية ، فقد انشئت في روما القديمة بعض الجمعيات التي تعمل على مساعدة أسر أعضائها العسكريين واعطائهم بعض المال عند وفاة أحد أفراد الأسرة بالمال اللازم وتقديم مرتبا لهم لمن يبقى منهم حيا، وذلك في مقابل قسط من المال يؤديه كل عضو مشترك في الجمعية ، وكذلك توجد منظمات خيرية تعاون الأرامل والعاجزين والايتام تساعدهم في حالات الموت أو المرض (٢) .

---

(١) انظر التأمين على الحياة للدكتور / عبد الودود يحيى ص ١٠

(٢) مذكرات في التأمين للدكتور مقبل جميل ص ٢ : ط آلة كاتبة .

وأول ما ظهرت الحاجة الى التأمين في أوروبا أواخر القرون الوسطى ، فبدأ التأمين البحري في الانتشار منذ أواخر القرن الرابع عشر ، مع انتشار التجـارة البحرية بين مدن ايطاليا والبلاد الواقعة في حوض البحر الابيض المتوسط ، وكان التأمين اذ ذاك مقصورا على البضائع التي تنقلها السفن ولم يمتد الى التأمين على حياة البحارة والركاب (١) والتأمين البحري كان في ذاك الوقت يقوم على أن بعض رجال المال يقرضون أصحـاب السفن أموالا تعادل قيمة السفينة وحمولتها في مقابل فوائد باهظة ، فاذا غرقت السفينة ضاع على المقرض مبلغ القرض وفوائده واحتفظ صاحب السفينة بالقرض، واذا وصلت السفينة سالمة فان المستقرض يرد المبلغ ولكن مع فوائده ، وهذه الطريقة تسمى بطريقة القرض وبرهن السفينة أو طريقة القرض البحري (٢) فالتأمين البحري كان أول أنواع التأمين في الظهور، ثم في القرن السابـع عشر ظهر التأمـين البري . وأول صورة ظهرت فيه كانت صورة التأمين من الحريق عقب حريق هائل نشب في لندن في سنة ١٦٦٦ والتهم أكثر من ثلاثة عشر ألف منزل ونحو مائة كنيسة قدرت بمبلغ عشرة ملايين من الجنيهات،وعندئذ انتشر التأمين من الحريق في خلال القرن الثامن عشر في انكلترا وفي كثير من البلاد الاوروبيـة كالمانيا ، وفرنسا ، والولايات المتحده الامريكية ، وعقب هذا النوع من التأمـين ظهرت صور جديدة للتأمين أهمها التأمين من المسئولية والتأمين من حوادث العمل ثم التأمين على الحياة في أواخر القرن الثامن عشر ، وفي القرن العشرين ظهرت صور جديدة كالتأمين من السرقة والتبديد ، والتأمين من تلف المزروعات وآلات الميكانيكية والتأمـين من موت المواشي ، والتأمين من الاصابات والتأمين من أخطار الحروب ، والتأمـين من حوادث النقل الجوي والتأمين من المسئولية عن مزاولة المهنة (مسئولية الطبيب والجراح) والتأمين من المسئولية عن الغير ، والتأمين من استهلاك السندات ، وتأمين الدين ، وهكذا كلما اتسع نطاق المسئولية كلما اشتدت الحاجة الى التأمين . وظهرت صور أخرى متنوعة من التأمينات تتولاها الدولة كتأمين العمال من اصابات العمل وتأمينهـم من المرض والعجز والشيخوخة والوفاة ـ وتأمينات اجبارية كالتأمين من اصابات العمل والتأمين الاجباري من حوادث السيارات ، ثم أعقب ذلك موجة التأميمات للشركات كما حدث في فرنسا ، وتأميم جميع شركات التأمين في مصر ، فقد نصت المادة الاولى في القانون رقم ١١٧ على

---

(١) الوسيط : ٧ : ١٠٩٦ .

(٢) التأمين للدكتور جاد عبد الرحمن ص ٥٤ .

ما يأتي : (تؤمم جميع البنوك وشركات التأمين في اقليمي الجمهورية كما تؤمم الشركات والمنشآت المبينة في الجدول المرافق لهذا القانون وتؤول ملكيتها الى الدولة) ونصت المادة الثانية على أن (تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المشار اليها الى سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنويا ، وتكون السندات قابلة للتداول في البورصة ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات أن تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع في جلسة علنية ، وفي حالة الاستهلاك الجزئي يعلن عن ذلك في الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الاقل) (٢) .

تعريف التأمين :

التأمين في اللغة : يذكر اللغويون لمادة أمن معاني متعددة وكلها تدور حول طمأنينة النفس وزوال الخوف : (فأمن أمنا وأمانا وأمانة وأمنة : اطمأن ولم يخف ، وبيت آمن ذو أمن قال الله تعالى : (رَبِّ اجْعَلْ هذاَ الْبَلَدَ آمناً) (٢) وآمنت الاسير بالمد أعطيته الأمان فأمن هو بالكسر وآمنت بالله ايمانا أسلمت له وأمن بالكسر أمانة فهو أمين ثم استعمل المصدر في الأعيان مجازا فقيل الوديعة أمانة ونحوه والجمع أمانات ، واستأمن الحربي استجار وطلب الأمان ، ودخل دار الاسلام ، لايعتدي عليه مادام مستأمنا (٣) .

وعرف مجمع اللغة العربية التأمين بأنه : (عقد يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن قبل الطرف الآخر وهو المستأمن بآداء مايتفق عليه عند تحقق شرط ، أوحلول أجل في نظير مقابل نقدي معلوم) (٤) .

وعرف القانون المدني المصري (م ٧٤٧) التأمين بأنه : (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه ، أن يؤدي الى المؤمن له ، أو الى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال ، أو ايرادا مرتبا ، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى ، يؤديها المؤمن له للمؤمن) .

---

(١) الوسيط ٧ : ١٠٩٧ ـ ١١٠٨

(٢) سورة ابراهيم : ٣٥ .

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ، وأساس البلاغة للزمخشري ، ولسان العرب لابن منظور ، والمصباح المنير .

(٤) مجموعة المصطلحات العلمية والفنية التي أقرها مجمع اللغة العربية ٥ : ١١١ .

أما تعريف بلانيول للتـــأمين فهو : (التأمين هو عقد يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المؤمن بأن يعوض شخصا آخر يسمى المؤمن له عن خســارة احتمالية يتعرض لها هذا الاخير ،مقابل مبلغ من النقود هو القسط الذي يقوم المؤمن له بدفعه الى المؤمن) (١) .

أما تعريف هيمار الفقيه الفرنسي وأكثر مايميل اليه فقهاء القانون فقد عرفه على النحو التالي : (التأمين عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له . نظير دفع قسط ، على تعهد لصالحه أو لصالح الغير ، من الطرف الآخر وهو المؤمن ، تعهد بمقتضاه بدفع هذا الاخير اداء معينـــا عند تحقق خطر معين . وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر واجراء المقـــاصة بينها وفقا لقوانين الاحصاء) وهذا التعريف يصدق على نوعي التأمين : من الاضرار (التأمين على الاشياء والتأمين من المسؤليه) والتأمين على الاشخاص، وأنه أبرز العناصر القانونية والعناصر الفنية لعملية التأمين ، اذ قد أورد العناصر القانونية التي لابد من توافرها وهي : طرفا العقد ، والخطر المؤمن منه والقسط والمبلغ الذى يدفعه المؤمن عند تحقق الخطر (٢) .

وانني أختار التعريف الذي جاء به القانون المدني المصرى ولذا فاني استخلص من التعريف مايأتي :

١) أن عقد التأمين تعاقد بين شخص وشركة يؤدي لها أقساطا دورية في نظير أن يتقاضى منها مبلغا من المال عند تحقق الخطر ، سواء كان الخطر في شخصه كما في التأمين على الحياة أم في ماله كما في التأمين من الحريق . وقد يدفع المؤمن له مبلغا مقطوعا جملة واحدة كما اذا دفع هذا المبلغ في مقابل أن يتقاضى من المؤمن ايرادا مرتبا مدى حياته . فالتأمين اذن عقد من عقود المعاوضات المـــالية بين المؤمن له والمؤمن ، فيلتزم المؤمن بموجب هذا العقد بدفع مبلغ التأمين للمؤمن له عند تحقق وقوع الحادث أوتحقق الخطر ويلتزم المؤمن له مقابل التأمين ان يدفع للمؤمن القسطاوالاشتراكأوالدفعة المالية الأخرى .

٢) شركة التأمين تبرم العقد مع مجموعة من الناس لامع فرد أو عدد قليل ، واذا اقتصرت في العقد على فرد أو عدد قليل لكان عقد التـــأمين مقامرة أورهانا ولكان عقدا غير مشروع مثال ذلك :

---

(١) العقود المسماة الايجار والتأمين للدكتور عبد المنعم البدراوي :١٤٧ .

(٢) العقود المسماة (الايجار والتامين) للدكتور عبد المنعم البدراوي من ١٥٠ — ١٥١ .

لو تعاقدت الشركة مع مؤمن له على أنه اذا احترق منزله مثلا ــ في التــأمين من الحريق ــ دفعت له قيمته ، واذا لم يحترق كان مقابل التأمين الذي دفعه المؤمن له حقا خالصا لها ، وهذا هو الرهان بعينه . اما اذا تعاقدت مع مجموعة كثيرة فالتأمين لايحمل طابع المقامرة ، أو الرهان ، لأنهم معرضون لخطر واحد يتحقق في العادة بالنسبة الى عدد قليل منهم ولايتحقق بالنسبة الى الغالبية العظمى ، وانهم يتعاونون جميعا في تعويض العدد القليل منهم الذين يتحقق الخطر بالنسبة اليهم فلا يتحمل هؤلاء المتأخرون الخسارة وحدهم، وبهذا يكفل التأمين للجميع توزيع الخسارة عليهم ، فلا يخسر أي منهم الا مقابل التأمين الذي دفعه .

٣) ان عقد التــأمين من عقود الغرر ، لان كلا المتعاقدين المؤمن له والمؤمن لايعلم مقدار الأموال التي يدفعها في حال السلامة وحال الهلاك ، فالمؤمن له لو دفع قسطا واحدا ثم يقع الحادث فانه يأخذ ما التزم المؤمن به وهذا غرر واضح وقد لا يقع الحادث مطلقا ويأخذ المؤمن جميع الاقساط ولا يأخذ المؤمن له شيئا مقابل ذلك ، وهذا غرر ، وكذلك فان شركة التأمين لا تستطيع أن تقدر مقدار ما تدفع لكل عقد من العقود عند العقــد ، وبهذا نرى أن عقد التأمين معلق على أمر مجهول حدوثه أو مجهول وقت حدوثه ، وعقد هذا حاله فالغرر موطنه .(١)

---

(١) الوسيط : ٧ :١٠٨٣ – ١٠٩٦ ،وعقد التأمين للزرقاء ١٣

المطلب الثاني

أقسام التأمين

وينقسم التأمين الى قسمين :

القسم الأول : من حيث الشكل ، والقسم الثاني : من حيث الموضوع .

الفرع الاول

أقسامه من حيث الشكل

ينقسم الى قسمين : تأمين تعاوني ، وتأمين بقسط ثابت .

التأمين التعاوني :

وصورته أن تقوم جماعة بانشاء شركة تعاونية للتأمين ، والعضو فيها له صفة المؤمن والمؤمن له ويدفع مبلغا من المال كل عام يختلف من عام الى آخر تبعا لحاجة الشركة الى الأموال التي تلزم لتعويض الخطر طول العام ، وتخصص لأداء التعويض المستحق لمن يصيبه الضرر ، واذا زادت الاشتراكات على ما صرف من تعويض كان للاعضاء حق استردادها ، واذانقصت الاشتراكات طولب الاعضاء بالنقص بأن يدفعوا اشتراكا اضافيا لتغطية هذا العجز أو تنقص التعويضات المستحقة بالنسبة لهذا العجز ، وأعضاء التأمين التعاوني لا يسعون الى جر مغنم من اشتراكهم ، لأن مقصد الجميع هو تعويض الخسارة التي تلحق بأي منهم دون نظر الى مكسب مادي (١) .

التأمين بقسط ثابت . وهذا القسم هو الذي تقوم به الشركات المساهمة التجارية ــ والشركاء هم المساهمون الذين يقتسمون ما تحققه التركة من أرباح ، والمستأمن ليس

---

(١) العقود المسماة (الايجار والتأمين) ١٧٢ وعقد التأمين للسيد محمد السيد الدسوقي : ١٨ .

شريكا فيها وانما هو عاقد ملزم بدفع قسط ثابت في ميعاد محدد في مقابـــل قيام الشركة المؤمنة بدفع مبلغ التأمين في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، وهذا القسم من التأمـــين هو الذي تنصرف اليه كلمة التأمين عند اطلاقها وهو النوع السائد الآن .

الفرق بين التأمين التعاوني والتأمين بقسط ثابت :

التأمين التعاوني ، يفترض وجود مجموعـــة من الاشخاص يقومون في نفس الوقت بدور المؤمن والمؤمن لهم ، لانهن يتعاهدون فيما بينهم على تعويض الاضرار التي قد تصيب أحدهم اذا تحقق خطر معين . ويتفرغ على هذا ما يأتي :

١ ــ يقوم الأشخاص في التأمين التعاوني بدور المؤمن والمؤمن له ، أما في التأمين قسط ثابت فالشركة هي المؤمن تختلف عن العملاء (المؤمن لهم) فالمؤمن تأخذ شكل إ شركة والمشرع المصري استلزم ان تكون شركة مساهمة .

٢ ــ أعضاء التأمين التعاوني لا يدفعون مبلغا ثابتا ، وإنما يدفعون اشتراكا متغيرا ، لأن الدفع يتوقف على عدد الحوادث ومبلغ خطورتها . ولذا فلا يعلمون مقدما مقدار ما سيطلب اليهم دفعه من اشتراك . والمشترك لايثق أن يحصل على عوض الخسارة كاملا ، لأنه قد يتعرض لافلاس أحد المشتركين ، وفي هذا النظام للتأمين التعاوني مساويء لا توجد في التأمين بقسط ثابت وأهمها عدم تحديد اشتراك معـــين لذا فقد تلافوا هـــذا النقص بتحديده .

٣ ــ الفكرة الاساسية في التأمين التعاوني هي التضامن بين الأعضاء ، وذلك بأن يتحمل الموسر نصيب المعسر . بينما اليوم أصبحت مسئوولية كل عضو محددة ولا يجـوز أن يجاوز الحد الأقصى المقرر للاشتراك السنوي ، أما التأمين بقسط ثابت فالمؤمن وحده هو المسؤول عن دفع مبلغ التأمين في حالة وقوع الكارثة .

ويرى فقهاء التأمين أن التأمين التجاري يحقق مالا يحققه التأمين التعاوني في ميدان الاقتصاد والتأمين ، لأن الشركات التجارية ذات أجهزة فنية متخصصة ، ولأنها يتجمع لديها رصيد ضخم من الأموال فيمكنها بهذا أن تمارس مهنة التأمين بكفاية ومهارة تسهم في الوقت نفسه في تنمية الاقتصاد الوطني بمشاركتها بأموالها في مجالات التجارة والصناعة المختلفة ، وهذا لايوجد في التأمين التعاوني .

الفرع الثاني

أقسام التأمين من حيث الموضوع

ويقسم التأمين من حيث الموضوع الى ثلاثة أقسام :

١) تأمين بري وبحري وجوي .

٢) تأمين خاص وتأمين اجتماعي .

٣) تأمين الأضرار وتأمين الأشخاص .

التأمين البري والبحري والجوي :

فالتأمين الجوي هو الذي يكون القصد منه التأمين من مخاطر البحر التي تحدث في أثناء النقل البحري سواء كان التأمين للسفينة أو لحمولتها ، ويقيسون على التأمين البحري التأمين النهري من مخاطر النقل من مياه الانهار والترع العامة .

وفي القرن العشرين ظهر التأمين الجوي ، ويرد على خطر النقل الجوي مما تتعرض له الطائرات ذاتها أو حمولتها ، الا أن هذا النوع يخضع لاحكام التأمين البري فيما عدا ما تنظمه المعاهدات الدوليه .

أما التأمين البري وهو يشمل ما يدخل في الأنواع الثلاثة .

التأمين الخاص والتأمين الاجتماعي :

فالتأمين الاجتماعي ينظم العمال ، ويؤمنهم من اصابات العمل ومن المرض والعجز والشيخوخة ويساهم فيه الى جانب العمال أصحاب العمل والدولة ذاتها . وتتولى الدولة تنظيمه وادارة شؤونه .

والتأمين الخاص :

تقوم به الشركات والجمعيات التبادلية ؛ واذا كانت شركات التأمين في مصر قد أممت جميعا الا أنها بقيت تدار على النحو الذي كانت تدار به قبل التأميم .

الفرق بين التأمين الخاص والتأمين الاجتماعي :

١) يقوم التأمين الاجتماعي على فكرة التضامن الاجتماعي ، بينما التأمين الخاص هو الذي يعقده المستأمن ليؤمن نفسه من خطر معين يكون الدافع اليه هو الصالح الشخصي فقط .

٢) الغالب في التأمين الاجتماعي أن يكون اجباريا بينما التأمين الخاص يكون اختياريا ومتروكا لارادة صاحب المصلحة فيه .

٣) التأمين الاجتماعي لايقوم وحده بدفع الاقساط كاملة وانما يقوم بدفع جزء منها، ويتعاون معه في دفعها أصحاب العمل والدولة . فالدولة هي طرف من اطرافه ولذلك لا تحكمه القواعد المنظمة للتأمين الخاص والواردة في القانون المدني . والتأمين الخاص يتميز عن التأمين الاجتماعي من الناحية الاقتصادية ، فالفردي يعقده الفرد بدافع الاحتياط للمستقبل وهو لا يعتمد في ذلك الا على ما يدخره بنفسه ، بينما التأمين الاجتماعي يقوم على أساس الاحتياط للمستقبل والمساعدة في الوقت ذاته .

٤) يقوم التأمين على أساس سلطان الارادة وفي حدود ما يضعه المشرع من قواعد آمره بينما يقوم التأمين الاجتماعي على العكس على تنظيم الدولة له دون أن يترك للافراد أية حرية في هذا التنظيم ، فالاختلاف إذن من ناحية قانونية .

٥) يختلف التأمين الخاص عن التأمين الاجتماعي من الناحية الفنية ، فالخاص تقوم به شركات تستند الى أسس فنية واحصائية سليمة ودقيقة ،حتى يحقق المؤمن التوازن بين مجموع مايقبض من أقساط ومجموع مايدفعه من تعويضات ، بينما نرى أن التأمين الاجتماعي لاتحتل الاسس الفنية كل هذه الأهمية ، فالمهم فيه هو تحقيق الغاية الاجتماعية من ورائه بأي ثمن ، والغالب أن الدولة هي التي تتحمل العبء الأكبر فيه .

تأمين الاضرار وتأمين الاشخاص :

وموضوع هذا البحث انما هو النظر الى الضرر الحادث لذات المستأمن ، فاذا آمن ضد خسارة تلحق شخصه وجسمه كان التأمين تأميناً على الأشخاص ، أما إذا أمن ضد خسارة تلحق ذمته الماليه كان التأمين تأمينا من الأضرار .

تأمين الاشخاص :

هو تأمين يتعلق بشخص المؤمن له فيؤمن نفسه من الأخطار التي تهدد حياته أو سلامة جسمه أو صحته أو قدرته على العمل ، وهذا النوع من التأمين ليس له تعويض

ويستولي المؤمن له على مبلغ التأمين المتفق عليه بأكمله إذا تحقق الخطر المؤمن منه ولا ينظر إلى قيمة الضرر الذي أصابه بل حتى إذا لم يصب بأي ضرر .

ويشمل تأمين الأشخاص نوعين أساسيين :

الأول : التأمين على الحياة ويقصد به مواجهة خطر الموت ، وهذا هو التأمين لحالة الوفاة أو خطر البقاء بعد سن معينة وهذا هو التأمين لحالة البقاء .

والتأمين على الحياة له صور أخرى متعددة :

أ ـ) فمنه التأمين المختلط وهو تأمين لحالة الوفاة ولحالة البقاء معا . كأن يؤمن شخص على حياته لمدة خمس وعشرين سنه ولو بقي طوال المدة لا يستحق مبلغ التأمين . فاذا توفي قبلها آل المبلغ الى مستفيد بعينه .

ب ـ) التأمين لأجل محـــدود : وصورته أن يدفع المبلغ المؤمن عند حلول الأجل المحدد ، سواء عاش المؤمن عليه لحين الأجل أو مات قبل الأجل ، واذا حصلت الوفاة توقف دفع الاقساط حتى يحل ميعاد الاستحقاق ، فالأجل هو الشرط الاساسي في هذا التأمين اما وفاة المؤمن عليه فلا تؤدي الا الى انقضاء الالتزام بدفع القسط .

جـ ـ تأمين المهور : فهو من أنواع التـــأمين لاجل محدد ، وبه يؤمن الأب لصالح اولاده بحيث يستحقون مبلغ التأمين اذا بلغوا سنا معينة كسن الزواج مثلا .

د ـ التأمين الجمـــاعي : فهو من أنواع التأمين لاجل محدد وهو الذي تعقده هيئة معينة مع شركة تأمين على أن تقوم هذه بالتأمين لصالح أعضاء الجماعة (كنقابة مهنية) بشروط موحدة تحدد بالاتفاق مع ممثلي هذه الهيئة وشركة التأمين .

والتأمين على الحياة قد يكون العوض فيه مبلغا يدفع دفعة واحدة عند تحقق الخطر وقد يكون العوض مرتبا يدفع على اقساط .

الثاني : التأمين من الاصابات : ويكون تأمينا من الاصابات التي تقع بحياة الانسان أو بجسمه نتيجة لسبب خارجي مفاجيء ، فيستولي المؤمن له على مبلغ التأمين اذا تحققت الاصابة المؤمن منها ، كأن يموت المؤمن له في حادث مفاجيء أو يصاب في جسمه بما يسبب عجزه عن العمل عجزا دائما أو عجزا مؤقتا ويلحق بهذا النوع الثاني من التأمين على الاشخاص ، التأمين من المرض بالقدر الذي يغطى به التأمين العجز الناتج من المرض وتدخل في ذلك نفقات العلاج .

تأمين الأضرار :

وهو تأمين لا يتعلق بشخص المؤمن له بحاله ، فيؤمن نفسه من الاضرار التي تصيبه في الحال ، ويتقاضى من شركة التأمين تعويضا عن هذا الضرر .والتأمين من الاضرار له صفة تعويضية بارزة ويخضع لمبدأ التعويض ، فـالتعويض مترتب على لحقوق الضرر في ماله وفي حدود قيمة هذا الضرر ، ولا بد من مصلحة اقتصادية مشروعة تكون محلاللتأمين

وينقسم هذا النوع الى نوعين رئيسيين : تأمين الأشياء ، وتأمين المسئولية .

تأمين الأشياء :

ويراد به ، تعويض المستأمن عن خسارة أحد أمواله ، ولهذا لا يوجد فيه عـادة سوى طرفين : المومن والمؤمن له (وهو المستفيد أيضا) وهو أنواع كثيرة كالتأمين من السرقة ومن الحريق ومن الصقيع الذي يتلف المحصولات الزراعية ، ومن موت الحيوانات وضد الاعسار .

تأمين المسئولية :

يهدف الى تأمين الشخص نفسه من الضرر الذي يصيبه في مـاله فيما اذا تحققت مسئوليته قبل المضرور ورجع عليه هذا بالتعويض ، فالشركة لا تعوض المضرور نفسه ، والذي يعوضه هو المؤمن له ، ثم تأتي شركة التأمين بعد ذلك لتعوض المؤمن له ماغرمه لتعويض المضرور والمسئوليات التي يؤمن الشخص نفسه منها كثيرة متنوعة، كـأمين الانسان نفسه من مسئوليته عن حوادث سيارته ، أو من مسؤليته عن الحريق ، أو من مسئوليته عن حوادث النقل ، ومن بين هذه المسئوليات ما يكون التأمين منه اجبارياً كالتأمين من حوادث العمل والتأمين من حوادث السيارات .

نتائج التمييز بين تأمين الاشخاص وتأمين الاضرار :

١) للتأمين من الاضرار كما قلنا صفة تعويضية بخلاف التأمين على الاشخـاص ، فالمؤمن يلتزم في التأمين من الاضرار بالتعويض عن الكارثة في حدود مبلغ التأمين ، وليس له أن يزيد العوض بحال من الاحوال مقدار الضرر الحادث بالفعل ، وليس له أن يجمع بين عوض التأمين ودعوى التعويض ضد الغير المسئول عن الحـادث ، ولذا ليس له أن يأخذ مبلغا أعلى من مقدار الضرر الذى أصابه بالفعل . أما في التأمين من الاشخـاص فان عوض التأمين لا يرتبـط بالضرر وللأفراد مطلق الحرية في تحديد هـذا العوض لا يتعرض للنقصان ويدفع المبلغ كاملا كما ورد في العقد ، وقد نصت المادة (٧٥٤) على

أن (المبالغ التي يلتزم المؤمن في التأمين على الحياة بدفعها الى المؤمن له أو الى المستفيد عند وقوع الحـــادث المؤمن منه أو حلول الأجل المنصوص عليه في وثيقة التـــأمين . تصبح مستحقة من وقت وقوع الحادث أو وقت حلول الأجل ، دون حاجة الى اثبـــات ضرر أصاب المؤمن له أو أصاب المستفيد) ونصت المادة (٧٦٥) على قاعدة جمع المؤمن له أو المستفيد في التأمين على الحياة بين مبلغ التأمين والرجوع على الغير المسئول عن الحادث فقضت بأنه (في التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذي دفع مبلغ التأمين حق في الحلول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه أو قبل المسؤل عن هذا الحادث)

٢) عوض التأمين يتحدد على الأشياء بعد حصول الكارثة ، بينما في التـــأمين على الأشخاص فالعوض محدد مقدما في العقد ولذا يسمى بعض الأحيان (تامين المبالغ).

٣) اعتبار شخصية المتعاقد في عقد التأمين على الأشخـــاص ، فمثلا التأمين على الحياة من شخص المؤمن له ذا أهمية ولذا فقد يكون عقد التأمين مسبوقـــا بكشف طبي على المؤمن على حياته للتأكد من سلامة صحته ، بينما في تأمين الاضرار فلا يهم شخصية المستأمن وغالبا ما تكون من الامور الثانوية ، فـــالمهم بالنسبة للمومن هو الشيء ذاته والاستعمال المخصص له وكيفيته (١) .

---

(١) العقود المسماة (الايجار والتأمين) الدكتور عبد المنعم البدراوي ١٧٤ ـ ١٨٦ ، الوسيط ٧ : ١١٥٦ ـ ١١٥٩ والخطر والتأمين للاستاذ سلامه عبد الله ١٠١ : ١٠٢ .

المبحث الخامس

عقدالتأمين في الشريعة الاسلامية

آراء فقهاء الشريعة في عقد التأمين :

ان عقد التأمين بصورته الحديثة وقوانينه السائدة في هذا العصر لم يعرف قديما في زمن تقنين الفقه الاسلامي ، ولا زمن صحابة رسول الله ﷺ ، ولذا فليس له أحكام خاصة به ، فهو نظام حديث نقل الينا من الغرب مع ما نقل من قوانين وأنظمة .وأول من كتب عن هذا النظام من الفقهاء الاسلاميين ابن عابدين رحمه الله ثم توالى بعده الباحثون المحدثون في الكتابة عن التأمين .

التأمين عند ابن عابدين :

ذكر ابن عابدين في باب المستأمن من كتاب الجهاد أحكام التجار الأجانب الذين يدخلون دار الاسلام مستأمنين ويعقدون صفقاتهم مع السوكره فقال ما خلاصته : ان على الامام نصرة المستأمنين ما داموا في دار الاسلام ، لان دارنا محل اجراء الاحكام الشرعية فلا يحل لمسلم في دارنا أن يعقد مع المستأمن الا ما يحل من العقود مع المسلمين ، ولا يجوز أن يؤخذ منه شيء لا يلزمه شرعا وان جرت به العادة ، كالذي يؤخذ من زوار بيت المقدس .

ثم قال بعد ذلك :

(وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا ، وهو أنه جرت العادة أن التجار اذا استاجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربي مقيم في بلاده ، يسمى ذلك المال : سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره ، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ماياخذه منهم ، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الاسلامية باذن السلطان يقبض من

التجار مال السوكره . واذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تماما ، والذي يظهر لي : أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله لأن هذا التزام مالا يلزم (١) .

فان عابدين تحدث عن التأمين البحري ، لانه كان اول نوع من أنواع التأمين ظهر في البلاد الاسلامية بسبب النشاط التجاري بين الشرق والغرب ابان النهضة الصناعية في أوروبا اذ كانت التجار تقيم في بلادنا وتعقد صفقات الاستيراد الينا عن طريق التأمين على هذه الصفقات الاستيرادية .

وابن عابدين بتعليله أنه لا يحل للتاجر اخذ بدل الهالك من ماله لانه التزام مالا يلزم أي أن المؤمن الذي أسماه (صاحب السوكره) قد الزم نفسه بدفع ماله تعويضاً للتاجر الخاسر بأنه التزام لم يلزمه الشرع بذلك ، ومالا يلزم الشرع به لا يحل أخذه وان جرت العادة بالتعامل فيه كما يقول ابن عابدين : (وان جرت به العادة كالعوائد التي تؤخذ من زوار بيت المقدس . وقد اعتبر ابن عابدين مسألة التأمين كالوديع أو المستعير أو المستأجر اذا اشترط عليهم في عقد هـذا الايداع أو الاعارة ، أو الاجارة ، ضمان قيمة الوديعة أو العارية أو المأجور اذا هلك قضاء وقدرا دون تعد ولا تقصير فان هـذا الضمان لا يصح كما هو في المذهب الحنفي (٢) .

وقد أورد ابن عابدين مسألتين منصوصاً عليهما في المذهب قد يشعر كل منهما بالجواز وهما :

١ ـ ان المودع اذا أخذ أجرة على الوديعة يضمنها اذا هلكت .

٢ ـ كفالة الانسان لغيره بسلامة هذا الطريق .

المسألة الأولى : فقد ناقش ابن عابدين بأن المودع يضمن الوديعة اذا أخذ أجرة عليها ثم هلكت في يده ، أما في التأمين فالمال ليس في يده صاحب السوكره وانما هو في يد صاحب المركب ، وان كان صاحب السوكره هو صاحب المركب يكون اجيرا مشتركا قد أخذ اجرة على الحفـظ ، وعلى الحمل ، وكل من المودع والاجير المشترك لا تضمن ما لا يمكن الإحتراز عنه كالموت ، والغرق ونحو ذلك ، فليست مسألة التأمين من قبيل مسألة

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ : ١٦٩ ـ ١٧٠ ومجموعة رسائل ابن عابدين ٢ : ١٧٧ ـ ١٧٨ .
(٢) اسبوع الفقه الاسلامي : ٣٨٧ ـ ٣٧٩ .

الوديعة،وذلك لان المال فيها يكون بيد المودع ،أما التأمين فان المال يكون بيد صاحب المركب وليس بيد صاحب السوكره .

المسألة الثانية : فقد ذكر ابن عابدين ، لو قال لآخر اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن . ولو قال : ان كان مخوفا وأخـــذ مالك فأنا ضامن ضمن ، وعلله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفه السلامة للمغرور نصا . أي بخلاف الأولى فأنه لم ينص على الضمان بقوله فأنا ضامن (١) .

والأصل أن المغرور انما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة ، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فيصار كقول الطحان لرب البر : اجعله في الدلو فجعله فيه ، فذهب من الثقب الى الماء ، وكان الطحان عالما به يضمن ، اذ غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامه . (٢)

وقد علق ابن عابدين على مسألة التغرير من أنه لا بد أن يكون الغار عالماً بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان ، وأن يكون المغرور غير عالم. لأن رب البر لو كان عالماً بثقب الدلو يكون هو المضيع لماله باختياره ولفظ المغرور ينبيء عن ذلك لغة ، وعلى ذلك فالغار لا يضمن إلا إذا كان عالماً بالخطر ، وكان المغرور غير عالم بالخطر . أما في التأمين فإن صاحب السوكره لا يقصد تغرير التجار ولا يعـــلم بحصول الغرق هل يكون أم لا . أما الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار ، لأن التجار لا يعطون مال السوكره الا عند شدة الخوف طمعاً في أخذ بدل الهالك ، ولذلك فليست مسألة اللصوص والقطاع من هذا القبيل (٣) .

التأمين في دار الحرب والتأمين في دار الإسلام :

وقد فرق ابن عابدين رحمه الله بين أن يكون عقد التأمين معقوداً في دار الحرب ، أو أن عقد التأمين معقود في دار الإسلام ، فكانت نظرته رحمه الله إلى أن أحكام الإسلام تطبق في دار الإسلام وأحكام الكفر تطبق في دار الكفر . وإليك هذه هذه الصور :

١) قد يكون للتاجر شريك حربي في بلاد الحرب فيعقد شريك هذا العقد مع صاحب السوكره في بلادهم . ويأخذ منه بدل الهالك ، ويرسله إلى التاجر . فابن عابدين رحمه الله

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ : ١٧٠ .

(٢) جامع الفصولين نقلا عن ابن عابدين ٤ : ١٧٠ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ : ١٧٠ .

يميل إلى هذا ويجعله جائزاً فقال :(فالظاهر ان هذا يحل للتاجر أخذه ، لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين في بلاد الحرب ، وقد وصل اليه مالهم برضاهم فلا مانع من أخذه)(١).

٢) قد يكون التاجر في بلادهم ، فيعقد معهم هناك ويقبض التاجر المسلم البدل في بلادنا أو بالعكس . ففي الاولى ان حصل بينهما خصام في بلادنا لا يقضى للتاجر بالبدل وان لم يحصل خصام ودفع له البدل وكيله المستأمن هنا فإنه يحل له أخـذه ، لأن العقد الذي صدر في بلادهم لا حكم له ويكون قـد أخذ مال حربي برضاه ، وأما في الصورة الثانية أي صورة العكس كأن يكون العقد في بلادنا والقبض في بلادهم ، فالظاهر أنه لا يحل أخذه ولو برضا الحربي لابتنائه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام فيعتبر حكمه(٢).

هذا خلاصة رأي ابن عابدين رحمه الله في التأمين ، وأن التأمين البحري لا يجوز عنده لأنه التزام ما لا يلزم، وأنه عقد فاسد لا يجوز الاقدام عليه في دار الاسلام. واعتبر ابن عابدين ان أحكام الاسلام هي التي تطبق في دار الإسلام وفي غـير دار الإسلام لا يطالب بها وخاصة الحدود ، لأن الامام لا يقدر على اقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية وهذا رأي أبي حنيفة ومحمد ، لأن الامام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية إلا أن أبـا يوسف يقول : (لا يجوز للمسلم في دار الحرب إلا ما يجوز لـه في دار الإسلام) (٣) ويرى الشافعي ومالك وأحمد أن المسلم يلتزم أحكام الاسلام حيث كان)(٤).

التأمين عند الإمام محمد بن عبده .

ورد عن الشيخ محمد عبده جوابين عن سؤالين حول التأمين :

الأول : سأل جناب مدير شركة قومبانية متوال ليف الأمريكية في رجل اتفق مع جماعة « قومبانية » على أن يعطيهم مبلغاً معلوماً في مدة معلومة على أقساط معينة ، للإتجار فيما لهـم فيه الحظ والمصلحة ، وأنه إذا مضت المدة المذكورة ، وكـان حياً ، يأخذ هذا

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤ : ١٧٠ وقال : (بخلاف المسلم المستأمن في دار الحرب ، فإن له أخذ مالهم برضاهم ولو بربا أو قمار لأن مالهم مباح لنا إلا أن الغدر حرام) ابن عابدين ٤ :١٦٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ١٧٠_١٧١ .

(٣) بدائع الصنائع ٧ : ١٣١_١٣٢ .

(٤) اختلاف الفقهاء للطبري ٥٩ ط سنة ١٣٢٠ ، ومقدمات ابن رشد ٣: ٣٥٢ وتفسير القرآن الحكيم للامام محمد عبده ١٠ : ٣١٣ وأصول القانون للدكتور مختار القاضي : ١٨٤ .

المبلغ منهم مع ما ربحه من التجارة في تلك المـــدة ، وإذا مات في خلالها تأخذ ورثته ، أو من يطلق له حال حياته أخذ المبلغ المذكور مع الربـــح الذي ينتج مما دفعه فهل ذلك يوافق شرعاً ؟ .

وقد أجاب عن ذلك بقوله : اتفاق هذا الرجل مع هؤلاء الجماعـــة على دفع ذلك المبلغ على وجه ما ذكر يكون من قبيل شركة المضاربـة . وهي جائزة ولا مانع للرجل من أخذ ماله مع ما أنتجه من الربح بعد العمل فيه بالتجارة ، وإذا مات الرجل في إبان المدة، وكان الجماعة قد عملوا فيما دفعه ، وقاموه من دفع المبلغ لورثته ، أو لمن يكون لـــه حق التصرف في المال ، أن يأخذ المبلـــغ جميعه ، ما ربحه المدفوع منه بالتجارة على الوجه المذكور (١) .

الثانية : لقد نشر الفتوى الثانية الشيخ ابراهيم الجبالي رحمه الله في مجلة « نور الاسلام» ونسبها إلى الأستاذ محمد عبده وقد جاءت كما يلي :

رجل يريد أن يتعاقد مع جماعة على أن يـــدفع لهم مالا من ماله الخاص على أقساط متساويه ليعملوا فيه بالتجارة ، واشترط معهم أنه إذا قام بمـــا ذكر ، وانتهى آن الإتفاق بانتهاء الأقساط المعينة وكانوا قد عملوا في ذلك المال . وكان حيا ، فيأخذ ما يكون له من من المال ، مع ما يخصة من الأرباح ، وإذا مات في أثناء تلك المدة فيكون لورثته ، أو لمن يكون له حق الولاية في ماله . أن يأخـــذوا المبلغ ، تعلق مورثهم مع الأرباح ، فهل مثل هذا التعاقد الذي يكون مفيد لأربابه ، بما ينتجه لهم من الربح ، جائز شرعاً ؟ .

وقد أجاب فضيلته: أنه لو صدر مثل هذا التعاقد بين ذلك الرجل ، وهؤلاء الجماعة على الصفة المذكورة ، كان ذلك جائزاً شرعاً ، ويجوز لذلك الرجل بعد انتهاء الأقساط والعمل في المال وحصول الربح أن يأخذ لو كان حياً ما يكون له من المال مع ما خصه في الربح ، وكذا يجوز لمن يوجد بعد موته من ورثته أو من له ولاية التصرف في ماله بعد موته ، أن يأخذ ما يكون له من المال مع ما أنتجه من الربح (١) .

---

(١) مجلة المحاماة السنة الخامسة ، رقم ٤٦٠ ص ٥٦٣ .

(٢) مجلة نور الاسلام التي تحولت الي مجلة الأزهر فيما بعد — التاسع من المجلد الأول ص ٦٧٩ .

ملاحظات حول اجابة محمد عبده للسؤالين :

ومن الملاحظ للسؤالين نجد أن ما نشر في مجلة (نور الإسلام) يختلف عما نشر في مجلة المحاماة من وجوه عدة :

أولها : انما نص عليه في مجلةالمحاماة ، أن شركات التأمين على الحياة من قبيل شركة المضاربة ، وقد اعتبر الشيخ محمد عبده التأمين على الحياة جائزاً ، أما في مجلة نور الاسلام فإنه ينص على الجواز .

ثانياً : في الفتوى الأولى فإن التأمين يأخذ شكلا مـــن أشكال التأمين في أخذ المبلغ المتفق عليه سواء أديت الأقساط أم لم تؤد الأقساط جميعها .

ثالثاً : ففي مجلة المحاماة إذا مـــات المستأمن قبل أن يدفع جميع الأقساط جاز للورثة أخذ المبلغ المتفق عليه جميعه مع ربح ما دفع من أقساط ، ولذا فقد نص في الأولى : (جاز للورثة ، أو من يطلق له حق التصرف في المال أن يأخذ المبلغ جميعه ما ربحه المدفوع منه بالتجارة على الوجه المذكور) . بينما مثل هـــذا النص لا يوجد في مجلة نور الاسلام ولا يؤدي معناه إذ جاء (وكذا يجوز لمن يوجد بعد موته من ورثته،أو من له ولاية التصرف في ماله بعد موته أن يأخذ ما يكون له من المال مع ما أنتجه من الربح معهم) فهذا النص لا يؤدي معنى النص السابق إذ يفيد أن المستأمن إذا مـــات قبل تأدية جميع الأقساط فإن الورثة لا تأخذ إلا ما دفع من أقساط مع ربحها .

وعلى كل فإن فضيلة الشيخ محمد عبده اعتبر عقد التأمين من قبيل المضاربة وهي جائزة شرعاً والفرق واضح ، لأن المضاربة كما يعرفها الفقهاء : أن يعقد على مـــال يدفعه لغيره ليتجر فيه على أن يكون الربح مشتركاً بينهما حسبما يتفقان عليه. بينما التأمين لا يقوم المستأمن بدفع الأقساط كلها ويتحمل الخسارة وحده. ويقاسم في الربح . لأن المضاربة إذا خسرت من رأس المال انما تكون الخسارة على صاحب المال فقط . (هذا وكل من الأساتذة محمد كامل البنا والشيخ عبد الحليم بسيوني والدكتور مصطفى زيد والشيخ محمـــد أبو زهرة ، لم يقبلوا قياس عقد التأمين هذا على عقد المضاربة وحكموا عليه بأنه غير جائز شرعاً) (١).

---

(١) التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه للاستاذ محمد السيد الدسوقي : ٧٩ .

عقد التأمين عند المطيعي :

سئل الشيخ محمد بخيت المطيعي من بعض العلماء المقيمين بولاية (سلانيك) حول وضع المسلم ماله تحت ضمانة أهل قومبانية تسمى قومبانية السوكرتاه نظير مبلغ من المال يدفع اليهم فقال : ورد خطابكم تذكرون به أن المسلم يضع ماله تحت ضمانة أهل (قومبانيه) تسمى (قومبانية السوكرتاه) . أصحابها مسلمون أو ذميون أو مستأمنون ، ويدفع لهم في نظير ذلك مبلغاً معيناً من الدراهم . حتى إذا هلك ماله الذي وضعه تحت ضمانهم يضمنونه لهم بمبلغ مقرر بينهم من الدراهم، وتستفهمون عما إذا كان له شرعاً أن يضمنهم ماله المذكور إذا هلك بحرق أو نحوه ، أم لا يكون ذلك ؟ وعما إذا كان يحل له ما أخذه من الدراهم إذا ضمنوا له ما هلك من ماله ، أم لا يحل ذلك؟ وعما إذا كان يشترط في حل ما يأخذه من الدراهم بدلا عن ماله الهالك أن يكون كل من العقد وأخذ الدراهم المذكورة في غير دار الإسلام أم يكفي أن يكون العقد في غير دار الاسلام ، فإذا هلك المال الموضوع تحت الضمان كان لصاحبه أن يأخذ الدراهم المقررة ، بدلا من ماله الهالك ويستلمه في دار الاسلام من وكيلهم الذمي والمستأمن فيها؟ . وعما إذا كان يحل لأحد الشركاء أن يعقد ذلك العقد بغير دار الاسلام ، وأنه يأخذ بدل ماله الهالك أيضاً في غير دار الإسلام ، ثم يعود بما أخذ إلى دار الإسلام ، أو يبعث به إلى شريكه أو وكيله بها ، أم لا يحل ذلك أيضاً ؟ .

وقلتم أن ذلك مما عمت به البلوى في الديار التي أنتم بها الآن وأنكم راجعتم ما لديكم من كتب المذهب فلم تقفوا على شيء تطمئنون به في حكم ذلك، وطلبتم منا الجواب عن الحكم بما يقتضيه الوجه الشرعي (١) .

فقد أجاب رحمه الله : أن المقرر شرعاً أن ضمان الأموال ، اما أن يكون بطريق الكفالة ، أو بطريق التعدي أو الاتلاف ، اما الضمان بطريق عقد الكفالة فليس متحققا ، هنا ، لأن شرطه أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً لا يسقط الا بالاداء ، أو الابراء ، أو عينا مضمونة بنفسها ، بل يجب على المكفول عنه تسليمها بعينها للمكفول له ، فان هلكت ضمن مثلها في المثليات ، وقيمتها في القيميات، والأصل في ذلك قوله تعالى (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (٢) اى كفيل ، وعلى ذلك لا بد من كفيل يجب

---

(١) رسالة أحكام السوكرتاه ص ١١ ط ٢ – ١٩٣٢ .
(٢) سورة يوسف : ٧٢ .

عليه الضمان ، ومن مكفول له يجب تسليم المال المضمون اليه ، ومكفول عنه يجب تسليم المال علية ، ومن مكفول به يجب تسليمه للمكفول له . وبدون ذلك لا يتحقق عقد الكفالة . والتأمين لا تنطبق عليه شرائط الكفالة .

وأما الضمان بطريق التعدي ، أو الاتلاف فالاصل فيه قوله تعالى : (فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) (١) وأهل القومبانية لم يتعد واحد على ذلك المال ، ولم يتلفه ولم يتعرض له بأدنى ضرر ، بل ان المال هلك بالقضاء والقدر ، ولو فرض وجود متعد ، او متلف فالضمان عليه دون غيره ، فلا وجه حينئذ لضمان أهل « القومبانية » من هذا الطريق ايضاً (٢) .

ويخلص المطيعي الى أن الضمان لا يجب على أحد الا عند وجود سبب يقتضي وجوبه شرعاً ولم يوجد هنا سبب يوجب الضمان على أهـــل القومبانية ، لأن هلاك المال المؤمن عليه لا يكون بتعد من شركة التأمين ، فلا مجال لايجاب الضمان عليها اذا هلك المال المؤمن عليه لعدم توافر أسباب الضمان شرعاً .

وفي النهاية فالمطيعي قد نحى منحى ابن عابدين في تقسيم الدارين دون ان يشير الى ذلك ويقرر بأنه عقد فاسد ، وفي موضع آخر من رسالة السوكرتاه يقرر ، ان التأمين عقد فاسد شرعاً وذلك لأنه معلق على حظ ، تارة يقع ، وتارة لايقع فهو قمار معنى) (٣) .

وانه يحل للمسلم أخذ بدل المال الهالك اذا دفع المؤمن ضمان بدل المال في دار الحرب لا في دار الاسلام ، لأنه أخذ المال برضاه في دار الحرب دون عذر أو خيانة .

فقال : (ولكن مع ذلك يحل أخذ بدل المال الهالك متى كان الأخذ بغير دار الاسلام وبرضاهم . فالحاصل أن المدار في حل أخذ بدل الهالك منهم ، على ان يكون أخذ البدل من مالهم وفي دارهم وبرضاهم . ولا يضر في ذلك كون الاخذمبنياً على سبب فاسد شرعاً (٤) .

---

(١) سورة البقرة : ١٩٤ .
(٢) رسالة السوكرتاه : ص ١٣ .
(٣) السوركتاه : ٢٤ .
(٤) رسالة السوكرتاه : ص ١٥ .

ويقول الاستاذ مصطفى الزرقاء عن المطيعي : (وقد كان رحمه الله ضيق الافق جداً في معالجة الموضوع) (١) .

رأي الشيخ أحمد ابراهيم :

وقد كتب عن التأمين على الحياة ما يأتي : (أما اذا مات المؤمن له قبل ايفاء جميع الاقساط ، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط ، وقد يكون الباقي مبلغاً عظيما جداً ، لأن مبلغ التأمين على الحياة موكل تقديره الى طرفي العقد ، على ما هو معلوم ، فاذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملا لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته ، ففي مقابل اي شيء دفعت الشركة هذا المبلغ ؟ اليس هذا مخاطرة ومقامرة ؟ واذا لم يكن هذا من صميم المقامرة ، ففي أي شيء تكون المقامرة ؟ على ان المقامرة حاصلة أيضاً من ناحية اخرى ، فان المؤمن له بعد أن يوفي جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا ، وان مات قبل أن يوفيها كلها يكون لورثته كذا ، أليس هذا قمارا ومخاطرة ؟ حيث لا علم له ولا للشركة بما سيكون من الأمرين على التعيين) (٢) .

فالاستاذ احمد ابراهيم رأى أن عقد التأمين فاسد شرعاً ، لانه عبارة عن مقامرة ومخاطرة لان تعاملها على مجهول . فالمؤمن يدفع المبلغ المتفق عليه بعد موته لورثته ، والمؤمن له يكون له كذا ان ادى جميع الاقساط وان مات قبل أن يوفيها يكون له كذا ، فكلا الأمرين مخاطرة وقمار .

والذي أراه أن المقامرة تختلف عن التأمـــين ، فالمقامرة مؤداها خسارة أحد الطرفين وربح أحد الطرفين ، بينما عقد التأمين يقوم على توزيع المخاطر على اكبر عدد ممكن من الأفراد بدلا من أن يتحمل كل فرد عبء ما يصيبه من كارثة وحده ، وكذلك فان التأمين يقوم على تعهد المستامن من دفع الاقساط وتعهد المؤمن من دفع المبلغ المستحق . فهذا التعهـــد من الطرفين هو ما يسعى اليـــه كل من المستأمن والمؤمن ولا نجـــد مثل هذا في المقامرة .

الغرر في عقد التأمين :

لقد رأينا سابقاً أن عقد التأمين من العقود الاحتمالية لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين

---

(١) عقد التأمين للزرقاء : ١٩ .

(٢) مجلة الشبان المسلمين السنة الثالثة عشرة عدد (٢) في ٧ من نوفمبر سنة ١٩٤١ .

او أحدهما وقت ابرام عقد التأمين معرفة مدى ما يأخذ أو ما يعطي ، ولا يعرف الا في المستقبل نتيجة لأمر غير محقق الحصول أصلا ولا معروف وقت حصوله، ان حصل قلنا ان عقد التأمين عقد غرر . والمصادفة تلعب دورها في التزام كل من المؤمن والمستأمن لجهالة وقوع الخطر وتاريخه ، فكلا الطرفين اذن معرض للربح والخسارة على أســاس احتمالي وعلى غير نسبة معقولة . الا أن بعض الباحثين حاول أن ينفي صفة الغرر عن التأمين وعلى رأسهم الاستاذ مصطفى الزرقاء ، ولذا فاني أفرد له عنوانا مستقلا .

التأمين عند الزرقاء :

لقد أورد الاستاذ الزرقــاء ردا على من يقول إن التأمين ينطوي على غرر ، فذكر أن الغرر انما يكون في الملاقيح ، وضربة الغائص وبيع الثمار قبل بدو الصلاح ، وذكر أن عنصر المغامرة والاحتمال والمخاطرة قلما تخلو منه أعمــال الانسان وتصرفاته المشروعة باتفاق المذاهب ، والغرر المنهي عنه انما هو الغرر الفاحش المتجاوز للحدود الطبيعية بحيث يجعل العقد كالقمار المحض اعتمادا على الحظ المجرد في خسارة واحد ، وربح آخر دون مقابل ، فاذا طبقنا هذا المقيــاس على نظام التأمين وجدنا الفرق كثيرا فعقد التأمين فيه معاوضة محققة النتيجة فور عقده ولذا يقول :(فالتأمين فيه عنصر احتمالي بالنسبة الى المؤمن فقط حيث يؤدى التعويض الى المستأمن ان وقع الخطر المؤمن عنه ، فــان لم يقع لايؤد شيئا ، على أن هذا الاحتمال أيضا انما هو بالنسبة الى كل عقد تأميني على حده ، لابالنسبة الى مجموع العقود التي يجريهــا المؤمن ، ولابالنسبة الى نظام التأمين في ذاته ، لأن النظام وكذا مجموع العقود يرتكزان على اساس احصائي ينفي عنصر الاحتمال حتى بالنسبة للمؤمن عادة . أما بالنسبة الى المستأمن فان الاحتمال فيه معدوم ذلك، لان المعاوضة الحقيقية في التـأمين بأقساط انما هي بين القسط الذي يدفعة المستأمن وبين الأمـان الذي يحصل عليه ، وهذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد دون توقف على الخطر المؤمن منه بعـد ذلك، لانه بهذا الامـان الذي حصل عليه واطمـأن اليه لم يبق بالنسبة اليه فرق بين وقوع الخطر وعدمه : فانه ان لم يقع الخطر ظلت أمواله وحقوقه ومصالحة سليمة ، وان وقع الخطر عليها أحياها التعويض ، فوقوع الخطر وعدمه بالنسبة اليه سيان بعد عقد التأمين وهذا ثمرة الأمان والاطمئنان الذي منحه اياها المؤمن نتيجة للعقد في مقابل القسط وهنا المعاوضه الحقيقية) (١) .

---

(١) اسبوع الفقه الاســلامي : ٤٠١ ــ ٤٠٣ وعقد التــأمين وموقف الشريعة الاســلامية منه ٤٣ ــ ٤٦

فالاستاذ الزرقاء قد نفى الغرر عن المؤمن ، لأن المؤمن اذا نظر اليه على أساس مجموع المستأمنين فان الغرر منتف عنه في الظروف العادية . أما اذا نظرنا اليه على أساس علاقته مع مستأمن واحد فالغرر حاصل ، لأن المؤمن لايستطيع أن يحدد مقدار مايعطي أو يأخذ وقت العقد . بخلاف مجموع المستأمنين فانه يستطيع ذلك بالطرق الاحصائية ، أما انتفاء الغرر عن المستأمن فالزرقاء نفى الغرر عنه وجعل الأساس أن العقد حاصل للأمان الذى يأخذه مقابل الأقساط التى يدفعها ، وهذا غير مسلم لأن الأمان يعد باعثا على العقد لا محلا للعقد ، لأن الأمان أمر معنوي لايباع ولايشترى ، وهو أمر نفسي يتصل بالنفس قديأتي بغير ثمن وقد يدفع فيه الثمن الكبير ولا أمان (١) .

ولاأرى حجة في دفع الغرر عن المستأمن مقابل الأمان ، ويكون بذلك قد أثبت انتفاء الغرر عن المؤمن ولم ينف الغرر عن المستأمن ، وانتفاء الغرر عن المؤمن وحده لايكفي في نفي الغرر عن التأمين .

أما استشهاد الاستاذ بجواز العقد على الأمان بعقد الاستئجار على الحراسة باعتبار أن محل العقد في الحراسة هو الأمان فيقول : (فالأجر الحارس هنا وان كان مستأجرا على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة نجد أن عمله المستأجر عليه ليس له أي أثر أونتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس واطمئنانه الى استمرار سلامتة من عدوان شخص أوحيوان يخشى أن يسطو عليه فهو ليس كعمل الصانع فيما استؤجر على صنعة . فكذا الحال في عقد التأمين يبذل فيه المستأمن جزءا من ماله في سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التي يخشاها) (٢) وهذا غير مسلم فيه لأن الأمان في عقد الحراسة غاية وليس محلا للعقد وطرفا العقد فيه هما الاجير والمستأجر والأجير انما ياخذ الاجرة في نظير القرار في مكان معين يكون فيه قائما بالحراسة والاجرة على الزمن لاعلى مجرد العمل، وقد رد الاستاذ الزرقاء كلامه بالنص : (العقد جميعا انما شرعت بحسب غاياتها ونتائجها فما هي غاية عقد الحراسة ، وماهو ذلك الأثر الذي يحصل من عمل الحارس ؟ الجواب واضح ، وهو أن ذلك الأثر ليس سوى أمان المستأجر واطمئنانه) .

وهذا غير سليم لأن آثار العقود لاتسمى محل العقود وكيف يطبق شراء الأمان على عقد التأمين طالما أجاز شراء الأمان في عقد الحراسة اذ أن الحراسة انما تقوم على عمل

---

(١) اسبوع الفقه الاسلامي : ٥٢١ .

(٢) اسبوع الفقه الاسلامي : ٤٠٤ .

فقد قال مانصه : (اني مسلم بأن عقد الاستئجار على الحراسة وارد على عمل .....) فالحارس يقوم بحراسة العين في ضمن الطاقة البشرية ونتيجة لتلك الدراسة يحصل الأمان ، أما في عقد التأمين فإن المؤمن لا يقوم بأي عمل من أعمال الحراسة حتى يحصل الأمـــان، اذ أن المؤمن عليه انما هو في يد المستأمن وتحت حراسته ويكون المؤمن ضامنا لسلامـــة الشيء المؤمن عليه .

درجة الغرر في عقد التأمين :

مما مضى رأينا أن في عقد التأمين غررا ونفي الغرر عنه بالكليـة لم يثبت رغم محاولة الاستاذ الزرقاء نفي الغرر عن المؤمن والمستأمن . وأثبتنـا أن نفي الغرر عن المستأمن غير سليم وبما أن الغرر موجود في عقد التأمين فهل هذا الغرر كثير أو يسير أو متوسط وقد قلنا في أول الرسالة أن الغرر الكثير في العقديكون مفسدا للعقد والغرر اليسير يكون معفوا عنه، والمتوسط المتردد بين الكثير والقليل حسب الحاجة بأحد النوعين، والتأمين كما قلنا من العقود الاحتمالية وأن أحد أركانه التي لا يستغني عنها (الخطر) والمراد بالخطر في التأمين الحادثة المحتملة الوقوع والتي لا تتوقف على ارادة أحد الطرفين ، ولذا فالتأمين لا يجوز عقده الا من حادث مستقبـل غير محقق الوقوع ، فالغرر عنصر ملازم له ، ولذا نرى أن كثيرا من القوانين المدنية تضعه تحت عنوان (عقود الغرر) أما بعض الفقهـاء المعاصرين يعتبرون الغرر في عقد التأمين مغتفرا لايمنع صحته ومن هؤلاء الأستاذ علي الخفيف .

ذهب الاستاذ علي الخفيف الى جواز عقد التأمـين في المؤتمر الثاني لمجمـــع البحوث الاسلامية واعتبر الغرر فيه من المغتفر معتمدا في ذلك على أن الغرر المانع من جواز المعاملة هو ما أدى الى نزاع . والغرر الموجود في عقد التأمين لا يؤدي الى نزاع واستدل على ذلك بشيوع عقد التأمين وانتشاره دون أن يبطلوه فقال : (وما يظن أن الناس يتعارفون عقدا يحوي غررا يؤدي الى نزاعهم ثم يشيع بينهم ولا يتركونه ، اذ المقبول انهم اذا تعاملوا به فتنازعوا تركوه) وهذا غير مسلم فيـه اذ أن كثيرا من العقود كانت تفضي الى المنـازعة . وما أبطلها من يتعامل بها ، فقد اعتادت العرب أن تتعـامل بالميسر ويؤدي الى النزاع بل الى الضرب بالسيوف رقاب بعضهم بعضا ومع ذلك استمروا في مزاولته حتى جاء الاسلام وأبطله ، واعتادت بيع الملاقيح والمضامين وضربة الغائص والقانص وغير ذلك من البياعات التي يكون الغرر فيها كثيرا والنزاع ما يغلب تحـتم وقوعه وتعارفوا على ذلك ولم يبطلوه

حتى جاء الاسلام فأبطلها ، وعلى ذلك فاستمرار الناس في التعامل بعقد من العقود لا يدل على أن هذا العقد لا يؤدي الى النزاع .

وعقد التأمين انتشر في العالم هذا صحيح ولكن نفي النزاع فيه غير مسلم ، لأن الغالب عندما تحصل الحادثة فان المؤمن يتهم المستأمن عن أسبابها وافتعالها لكي يحصل على المبلغ المؤمن له (١) .

ويستشهد الأستاذ الخفيف على أن الغرر في التأمين غير مؤثر بأن هناك عقودا (جوزها كثير من الفقهاء مع أن ما فيها من الغرر أكثر من الغرر الذي في عقد التأمين ، كبيع ما في هذا الصندوق دون أن يعلم المشتري ما فيه ، وكدخول الحمام نظير أجر معين ، دون أن يتحدد مقدار ما سيستعمل من الماء وما يقضي فيه من الزمن ، وكبيع السلم وهو بيع لمعدوم لا يتصور أن يسلم من الغرر ، وكبيع الثمر قبل بدو صلاحه وكاجارة الأجير نظير كسوته وطعامه) .

واستشهاد الاستاذ بجواز بيع ما في هذا الصندوق فالغرر فيه لا يقل عن الغرر في التأمين فهذا صحيح ، لأنه بيع مع جهالة جنس المبيع ، الا أن ادعاءه بأنه جوزه كثير من الفقهاء غير مسلم فيه ، اذ من أجاز هذا عامة الحنفية والزيدية (٢)، ولم أر لغيرهم من يقول بهذا وعللوا جواز ذلك : بأن خيار الرؤية يزيل الجهالة .

وبيع السلم فقد ذكرنا أنه من بيع المعدوم الذي لا غرر فيه وأنه جوز على خلاف القياس والخفيف ذكر هذا في كتبه (٣) .

وبيع الثمر قبل بدو صلاحه فاني أستغرب اجازة الخفيف لهامع . أنها ممنوعة بالنص، ولم يقل أحد من الفقهاء بجواز بيعها قبل بدو صلاحها الا بشرط القطع كما رأينا .

---

(١) ذكرت جريدة الجمهورية في عددها الصادر يوم الاحد ٢٤ من يناير سنة ١٩٦٠ من (أن البوليس الامريكي قبض على الدكتور روبرت سيرص ٦٥ سنه وكان الاعتقاد السائد أنه قتل منذ شهرين في حادث طائرة . كان الطبيب قد حجز لنفسه مكانا في هذه الطائرة . ولكنه أقنع في آخر لحظة صديقا له بالسفر بدلا منه ، واختفي وسقطت الطائرة وقتل ركابها جميعا وعددهم ٤٢ وتبين أنه كان قد أمن على حياته بمبلغ ٣٧٧٠٠ دولارا لصالح أولاده قبل سقوط الطائرة بعشرة أسابيع اتهمه البوليس بنسف الطائرة للحصول على التأمين .

(٢) نفيس المتجر بشراء الدرر ص ٧ .

(٣) انظر أحكام المعاملات الشرعية للخفيف : ٢٦٧ ؛ ٢٦٨ .

وأما دخول الحمام نظير أجرة معينة مقابل الماء والزمن الذي يقضيه فلا أرى في ذلك وجها سليما، لأن عقد التأمين الذي فيه جهالة مقدار المبلغ الذي يدفعه المؤمن أو المبلغ الذي يأخذه من المؤمن في عقد التأمين ، فالغرر في التأمين أكثر من الغرر في دخول الحمام لأن المؤمن له قد يدفع عشرة ويأخذ مائة وقد يدفع مائة ولا يأخذ شيئاً . ولذلك فلا أرى قياساً على ذلك ومثله يقال عن الأجير نظير كسوته وطعامه .

وأجاز الخفيف عقد التأمين أخذا برأي بعض المالكية في البيع بالنفقة على المشتري مدة حياته فقد قال ما نصه : (وعلى هذا يرى أن منع التأمين لما فيه من الغرر أو الجهالة لا يقوم على أساس، ويؤيد ذلك أنا قد وجدنا من فقهاء المالكية من يجوز اتفاقاً يشبه عقد التأمين تمام الشبه ويحوي كثيراً من الغرر لا يحويه عقد التأمين ، فقد جاء في شرح المنتقى على موطأ مالك للباجي : (ومن دفع الى رجل داره على أن ينفق عليه حياته ، روى أبن المواز عن أشهب قال : لا أحب ذلك ولا أفسخه ان وقع ، وقال أصبغ : هو حرام ، لأن حياته مجهولة ويفسخ ، وقال ابن القاسم عن مالك : لا يجوز اذا قال : على أن ينفق عليه حياته) (١) فنرى من ذلك أن أشهب أجاز هذا الاتفاق مع الكراهة ، وأن مالكا قيد عدم جوازه بجهالة مدة الانفاق ، وهي مدة الحياة ، ويقتضي ذلك أنه اذا تم الاتفاق على أن ينفق عليه مدة معينة صح عنده مع مافي ذلك من الغرر ، وعليه فلو عرض عقد التأمين على مالك لذهب الى تجويزه بناء على ذلك) .

فالخفيف في قوله لو عرض على مالك لأجازه ، وهل يجيز الامام مالك رحمه الله عقدا مدة الانفاق عليه مجهولة ؟ أما لو كانت مدة الانفاق معينه فالانفاق صحيح عند مالك لعدم وجود الغرر ، ولأن الانفاق يمكن تحديده بحسب العادة ، وليس بين التأمين وبين هذا الاتفاق على الانفاق شبه (٢) .

عقد التأمين عند الحجوي :

لقد كتب تحت عنوان (مسألة عمت بها البلوى ، وهي الضمان المسمى سكورتاه) بحثا عن التأمين على الأموال دون الأنفس ، وقد استهل بحثه بأن بعض العلماء قد حرم التأمين على الأموال الا أنهم اختلفوا في تعليل هذا التحريم .

---

(١) المنتقى ٥ : ٤٢ .

(٢) التأمين للاستاذ على الخفيف ٨ ، ٩ ، ١٨ ، ٢٠ .

فمنهم قد علل التحريم بالغرر ، ومنهم من علل بالقمار ، ومنهم من علل بأن قال : انه ضمان بجعل . ثم رأى أن هذه العلل الثلاث فاسدة والاخذ بها على أنها محرمة لا يصح وناقش هذه العلل الثلاث والرد عليها .

فأما من علل بالغرر فانه قاس ذلك على منع الغرر في البيع وهي فتوى باطلة ، لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وهذه المعاملة لابيع فيها ولا معاوضة . وانما التأمين يدفعه للمستأمن كتبرع للشركة تضعه في صندوقها كالصندوق الاحتياطي ثم تكون الشركة ملزمة بالتعويض للدافع ، فشبه التأمين بالتبرع أقرب من شبهها بالبيع ، والغرر المنهي عنه هو في البيوع خاصة لا في التبرع (١) .

فالحجوى يذكر : (ثم تكون الشركة ملزمة بالتعويض للدافع اذا أصابته كارثة مقابل ما أخذ منه). ويذكر (أن التأمين لا بيع فيها ولا معاوضة) فالتناقص ظاهر في كلامه اذ نفي المعاوضة يتعارض مع القول بالتعويض مقابل ما أخذ من المستأمن . فقسط التأمين يمثل الأجرة في الاجارة والثمن في البيع .

وأن عقد التأمين شبهه بالتبرع أكثر من شبهه بالبيع فلا صحة له ، لأن عقد التأمين يقوم على شروط وقوانين تراعى من الجانبين فاذا أخلت هذه الشروط انتفى الالتزام واذا صحت هذه الشروط بقي الالتزام بين الطرفين ، يؤكد أن شبهه بالبيع أقرب من شبهه بالتبرع .

أما حصره للغرر في البيع دون العقود الأخرى فغير مسلم فيه ، لأن الغرر يؤثر في العقود كما يؤثر في البيع ، الا بعض العقود لا أثر للغرر فيها . وكأنني ألح أن حصره للغرر في البيع فقط لكي لا يشمل الغرر في التأمين .

وأما من علل التحريم بالقمار ، فالفرق واضح بين التأمين والقمار لأنه أحدهما يربح والآخر يخسر ، بينما التأمين ليس كذلك وخاصة اذا كان العقد مع عدد كثير من المستأمنين .

وأما من جعل الضمان في التأمين هي كفالة بجعل ، فقد قال هي فتوى لا تصح لوجود الفرق بين الصورتين فصورتنا انما فيها مال مكفول ، وليس فيها كفالة ذمة لذمة ، وليس فيها جعل أصلا ، وانما ذلك كالتبرع الا كتتابي يوضع في صندوق احتياط وتوفير (٢)

---

(١) الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي : ٤ : ٣١٣ ـ ٣١٧ .
(٢) الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي ٤ : ٣١١ ـ ٣١٢ .

فالشركة لم تكفل المال لأنه لم يخرج عن يد مالكه وانما التزمت بدفع مبلغ التأمين، اذا حدثت الخسارة، وليس كالتبرع الاكتتابي يوضع في صندوق احتياط، وتوفير، لأن التأمين انما يقوم على فكرة الالتزامات المتقابلة والمعاوضة مما ينفي التبرع، بل هو معاملة مالية تزاد لها الشركة بقصد الربح المادي لا بقصد التبرع ويقبل عليها الافراد حرصاً على ثرواتهم من الضياع لا بقصد التعاون والاكتتاب.

والحجوي يخرج الضمان على مسألة تعرف بقضية تجار البز مع (الحاكة) لوجود الشبه بينها، وقضية البز مع الحاكة أنه في أواسط القرن الثامن وقعت مسألة في (سلا) على عهد قاضيها أبي عثمان سعيد العقباني تسمى قضية تجار البز مع الحاكة، ذلك أن تجار البز رأوا توظيف مغارم ثقيلة عليهم فاتفقوا على أن كل من اشترى منهم سلعة، دفع درهما عند رجل، يثقون به، وما اجتمع من ذلك، استعانوا به على الغرم وأراد الحاكة منعهم بدعوى أنه يضربهم وينقص من ربحهم، قال العقباني: (فحكمت باباحة ذلك بشرط الا يجبر واحد من التجار على دفع الدرهم) (١).

فهذه القضية التي استدل بها الحجوي لا شبه بينها وبين التأمين، ففي القضية أن التجار يحصلون على مال من آخرين، فمن يدفع الدرهم لا ينال شيئا ومن يتعرضون للمغارم يستعينون عليها بأموال سواهم. فالمعاوضة والالتزام غير متحقق في هذه القضية بينما في التأمين يدفع المستأمن مالا، لينال في مقابله ضماناً يدفع قيمة الخسارة، فالصورتان اذن متباينتان، وحكم العقباني باباحة ما فعله التجار ليس فيه دليل على جواز التأمين شرعاً.

التأمين عند عبد الرحمن عيسى

قسم الشيخ عبد الرحمن عيسى التأمين الى قسمين: تأمين تبادلي وتأمين تجاري، وقال عن التأمين التبادلي بأنه جائز شرعاً لأنه يقوم بأن يجمع من الجماعة المخصوصة مبلغ معين من المال، وهذا تبرع لناحية من الخير فهو تعاون على البر ولا حرج في ذلك شرعاً بل فهو جائز بل مرغب فيه لأنه من قبيل التعاون على درء الشدائد والكوارث. الا أن هذا النوع من التأمين يشبه الجعل الذي لا يعود على الجاعل منفعته، والتأمين التبادلي فان كل فرد فيه قد التزم جعلا عند حصول الخطر ولو كان ذلك الخطر قد نزل بغيره.

أما التأمين التجاري ضد أخطار الملكية والمسؤولية المدنية فقد حكم عليه بأنه مباح شرعاً لأنه يخدم الصالح العام. وأن في التأمين حاجة الناس اليه قد اشتدت وعظمت وأنه

---

(١) الفكر السامي: ٤: ٣٠٨.

يشق عليهم جدا ألا يمارسوا عمليات التأمين ليدافعوا بها الكوارث الفادحة التي تقضي على الثروات . وتخرب الديار ، ويقول : (وجملة القول ان شركة التأمين والمؤمن لـه تعاقدا على هذه العملية برضاهم التام وهي عملية تخدم الصالح العام ، وتحفظ لكثير من الناس ثرواتهم وتدرأ عنهم الكوارث المالية الخطيرة ، كما أنها تدر على شركة التـأمين الربح الوفير فقد أتفق بهذا العقد الطرفان . واتفقا على عملية مصلحية تتصل بما خلقه الله لمنفعتنا، وللناس في هذه العملية حاجة ، ولم يوجد نص يحظرها بعينها من كتاب أو سنة أو اجماع ، ولا يترتب عليها ما يترتب على ما حظره الشارع من التنازع والشحناء .

لذلك كله نحكم بجواز عمليات التأمين تيسـيراً على الناس ودفعا للحرج وللعسر عنهم (١) فهذا الحكم غير مسلم فيه ، لأن الشركة تملي ارادتها على المستأمـن وما عليه الا القبول ، والتأمين مـن عقود الغرر ، وشركات التأمين يتجمع اليها رؤوس الأمـوال وتحتكره فتضر بالصالح العام كما أكد ذلك بعض فقهاء الاقتصاد .

اما التأمين على الحياة فيقرر أنه جائز شرعاً اذا كان تأمينا مختلطاً (٢) وغـير جائز اذا كان عادياً ، هذا اذا كانت الأخطار المؤمن ضدها غير خطيرة . أما اذا كانت خطيرة فالتأمين جائز في كلتا الحالتين (٣) .

التأمين عند الدكتور محمد يوسف موسى :

أجاب الاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى على السؤال المذكـور المنشور في مجلة الاهرام الاقتصادي العدد ١٣٢ ص ٢٠ أن التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون الذي يفيد المجتمع ،وأنه لا بأس به شرعاً اذا خلا من الربا ، فالمؤمن عليه اذا عاش المستأمن في التأمين على الحياة المدة المنصوصة عليها في العقد استرد ما دفعه فقط دون زيادة ، أمـا اذا لم يعش المدة المذكورة حق لورثته أن يأخذوا قيمة التأمين كاملة وهذا حلال شرعاً .

---

(١) اسبوع الفقه الاسلامي : ٤٦٩ـ٤٧٩ وانظر المعاملات المدنية وأحكامها لعبد الرحمن عيسى ط أولى من ٨٤ـ٩١ وأنظر التأمين للدسوقي : ٩٧ـ١٠٠ .

(٢) المختلط : يتعهد المؤمن فيه بدفع عوض التأمين للمؤمن عليه شخصياً ان كان حيا بعد مضي مدة التأمين أو الى المستفيد ان توفي قبل مضي المدة ، وفي هذا التأمين يكون القسط مزدوجاً . قسط التأمين وقسط للادخار .

(٣) المعاملات الحديثة : ٩٠ .

فالدكتور محمد يوسف موسى انما ذكر عن التأمين التبادلي وجعله ضربا من ضروب التعاون فهذا صحيح ، والربا لا يجوز بأي حال من الأحوال اباحته .

وتطرق الدكتور محمد يوسف موسى للتأمين عن الحياة في اجابة عن سؤال وجه اليه ، وكانت اجابته بأن التأمين حلال اذا مارسته شركات لا تتعامل بالربا في استغلال ما لديها من أموال ، أو في اعطاء المستأمنين مبالغ التأمين (١) فقد جعل الدكتور محمد يوسف موسى مدار الحرمة في التأمين هو الربا ، فإذا انتفى الربا فهل لديه أدلة على ان التأمين حلال لا أدري كيف جعله مباحاً ، وخاصة وقد استدل على اباحته بالقياس على جمعية الحج التعاوني ، ونظامها يقوم على أن كل عضو يدفع قسطا سنويا مقداره مئتان وأربعون قرشاً فإذا مات قبل أن يخرج اسمه بالقرعة فيمن يحجون ، فلا يسترد الورثة شيئاً مما دفعه ، أما اذا توقف عن دفع الأقساط استرد ما دفعه فقط ، وان أتيحت له فرصة الحج بالقرعة ، أعطته الجمعية نحو أربعين جنيهاً ، على أن يؤدي متى عاد ما عليه من أقساط ، واذا مات قبل الأداء لا تطالب الجمعية ورثته بشيء مما تبقى عليه (٢) .

فجمعية الحج جمعية اكتتابية تؤدى خدمة للآخرين ولا تحقق ربحا للمساهمين فهي جمعية تعاونية بمعنى الكلمة على البر والتقوى فلاربا ولا شبهه للمخاطرة والمقامرة ، لان كل عضو يشترك فيها بروح التضامن والتعاون . أما التأمين التجاري فالقصد منه هو الكسب المادي وهو عقد معاوضة والزام واحتمال وغرر ونظرا لأن فيه مجالا كبيرا للغش والتضليل فقد نص فقهاء التأمين على أن هذا العقد من عقود حسن النية ، وليس في النص على هذه الخصيصة ، ما ينفي عن التأمين هذه الصفه فلا وجه للمقارنة بين جمعية الحج التعاوني والتأمين التجاري (٣) .

رأي الأستاذ أحمد طه السنوسي:

لقد كتب الاستاذ السنوسي بحثا مقارنا (٤) عن (عقد التأمين في التشريع الاسلامي) قارن فيه بين عقد التأمين وعقد ولاء الموالاة الذي يذكره فقهاء الحنفية في ترتب أسباب

---

(١) الاسلام والحياة محمد يوسف موسى : ط ١ : ٢١٧ .
(٢) الاسلام والحياة : ٢١٧ ج ١ مكتبة وهبة .
(٣) التأمين للدكتور أحمد جابر عبدالرحمن : ٢٤ .
(٤) هذا البحث منشور في مجلة الازهر (المجلد الخامس والعشرون) ج ٢ : ٢٣٢ و ج ٣ : ٣٠٣

الميراث (١) وانتهى في هذا البحث بأنه لا يرى بأسا في جواز ذلك التأمين ، وذلك لأن أركان التأمين تتفق وأركان ولاء الموالاة .

تعريف ولاء الموالاة :

ومولى الموالاة : شخص مجهول النسب قال لآخر : أنت مولاي ترثني اذا مت ، وتعقل عني اذا جنيت،وقال الآخر قبلت فعند الحنفية يصح هذا العقد لعدم قولهم بنسخه ، أما الجمهور فقالوا انه منسوخ (٢) ، وقد كان هذا الولاء سبباً للارث في الجاهلية يحالف الرجل الرجل فيقول له (هـدمي هدمك ودمي دمك وترثني وأرثك) ، فالتناصر بينهم كان يقوم على الحق وعلى الباطل . وكان الرجل يرث الرجل دون أقربائه ، فجاء الاسلام ونهى عن النصرة في سبيل الباطل ودعا الى العدل والتسوية بين الجميع في حكم الله تعالى ، (يَا أيها الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ على أَنْفُسِكُمْ ، أو الْوَالِدِين والْأَقْرَبِينَ إنْ يَكُنْ غَنِيـاً أوْ فَقِيراً فاللهُ أَوْلَى بِهِمَا فلا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أنْ تَعْدِلُوا)(٣) الاأن عقدالموالاة هذبه الاسلام واعترف به وأقره وحظر ما يخالف قواعده .

الصلة بين الموالاة وبين التأمين من المسؤولية :

والتأمين من المسئولية ،عقد به يتعهد المؤمن بضمان الخسائر التي قد تلحق بالمستأمن، بسبب رجوع الغير عليه ، بدعوى المسؤولية المترتبة على خطئه ، أو فعله ولا يضمن هذا النوع من التأمين الا المسؤولية المدنية . فالتأمين من المسئولية عبارة عن تعهد الشركة ، بالقيام بدفع الخسائر المالية التي يتعرض لها المستأمن نتيجة لفعل غير مقصود . وذلك في مقابل قيام المستأمن بدفع الأقساط التي تحددها له الشركة دون انقطاع .

هذا وعقد ولاء الموالاة تتفق أركانه وعقد التأمين من المسؤولية ، فالتأمين عقد بين طرفين ، وكذلك الموالاة بين طرفين ، فموالي الموالاة يقابله المؤمن والمعقول عنه يقابله

---

(١) شرح السراجية والميراث المقارن للاستاذ محمد عبدالرحيم الكشكي : ١٩ .

(٢) ومرتبة ارثه بعد مرتبة الارث بالفرض النسبي والعصوبة والرحم. فهو عندهم متأخر عن جميع الاقارب ودليلهم : (ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) فآخر هذا الكلام المحكم يفيد أن العقد يثبت به الميراث كالقرابة ، كشكي : ١٩ .

(٣) سورة النساء : ١٣٥ .

المؤمن له أو المستأمن . وعقد الموالاة يتضمن عنصر العرض المـــالي الذي يلتزم المؤمن هو (مولى الموالاة) دفعه عند تحقق الخطر المؤمن منه ، ويكون ذلك في الدية في المولاة وفي المسؤلية الضرر للغير المستحق له عن الاضرار الناشئة عن ارتكاب جريمـــة تترتب عليها الغرامة المالية .

وعقد الموالاة فيه المقابلة بالعوض مقابل تحمله تبعة الخطر ويكون ذلك في التركة الموروثة اذا توفي عن التركة ولم يترك وارثاً .

وبحق فان الاستاذ السنوسي يعتبر أول من بحث في عقد التأمين بحثاً فقهياً وبسط القول في أحد الأدلة الفقهية الذي انتبه الى صلته الوثيقة بالتأمين وهو عقد الموالاة .

وقد حصر الاستاذ بحثه في التأمين من المسئولية سواء كانت مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ناشئة من الفعل الضار .

اما التأمين على الأموال ، والتأمين على الأشخاص فلم يتناولها بحثه لأن التشابه التام مع عقد الموالاة الاسلامي انما هو يكون في التأمين من المسئولية (١) .

رأي الشيخ عبد الرحمن قراعة :

وقد سئل الشيخ عبد الرحمن قراعة عن شركات التأمين على الحريق ، فأجاب فضيلته بأن عمل هذه الشركات غير مطابق لأحكام الشريعة الاسلامية ، وقد وازن بين وسائل الضمان وبين شركات التأمين التي تحدث عنها الشيخ بخيت المطيعي ، وانتهى الى ما انتهى اليه المطيعي في فتواه من أن التأمين على الحريق تعلق على خطر تارة يقع ، وتارة لا يقع ويكون هذا التأمين قمارا معنى يحرم الاقدام عليه شرعاً (٢) .

رأي الشيخ محمد المدني :

أجاب الاستاذ الشيخ محمد المدني عميد كلية الشريعة الاسلامية في الجامعة الازهرية على سؤال وجهته مجلة الاهرام الى عدد من فقهاء الشريعة والقانون عن التأمين والسندات والاشهر : (إن مسألة التأمين على الحياة والسندات والتعامل مع البنوك ينبغي أن لا تترك لفرد يفتي فيها ، بل يجب ان يجمع لها المختصون وأهل الفكر من العلماء ورجال الاقتصاد

---

(١) اسبوع الفقه الاسلامي : ٣٨٣ ــ ٣٨٤ وعقد التأمين للزرقاء : ٢٢ ــ ٢٤ وعقد التأمين للسيد الدسوقي : ٩٠ ــ ٩٧ .

(٢) مجلة المحاماة السنة الخامسة رقم ٣٩٤ ص ٤٦٦ .

في مختلف النواحي ليدرسوها دراسة عميقة ويخرجوا برأي مجمع عليه ، فان هذا وحده هو الذي يستطيع ان يناهض الاجماع المشهور لدى العلماء على التحريم ، وبغير هذا سيظل الناس منقسمين : منهم من يحرم اتباعاً للمأثور والمشهور ومنهم من يبيح رغبة في التيسير والمسايرة للتطور) .

رأي الاستاذ أبي زهرة :

فقد نشر أبو زهرة تصريحاً في العدد الآنف الذكر من مجلة الاهرام الاقتصادي قال فيه : (ان التأمين على السيارات مثلا لضمان اصلاحها ليس حراماً وان كان في النفس منه شيء والتأمين على الحياة نوع من المقامرة ، لأنه ان دفع شخص بعض المال ومات فبأي حق يستحق كل المبلغ ، وان عاش حتى نهاية مدة التأمين فانه ياخذ المال الذي دفعه مع فائدة وهذا ربا) (١) .

رأي الأستاذ الشيخ أحمد الشرباصي :

ويرى الشرباصي أن نظام التأمين اذا قام على اساس ربوي فهو محرم . وفوق ذلك فان عقد التأمين ينطوي على جهالة ، وان شركات التأمين يتكدس لديها رأس المال الضخم والفرد يغبن ، ويرى أن النظام الربوي في عقد التأمين اذا لم يمكن التخلص منه فانه عندئذ يعتبر ضرورة فيعمل به مؤقتاً مع وجوب العمل على التخلص منه (٢) .

هل في عقد التأمين جهالة : ؟

أورد الاستاذ الزرقاء في الشبهة الخامسة في تحريم الربا بأن عقد التأمين على الحياة ينطوي على جهالة ، لأن الأقساط التي يدفعها المستأمن الى حين وفاته لا يعرف كم ستبلغ ، والجهالة تمنع صحة العقد ، وقد رد فضيلته على هذه الشبهة بان فقهاء الحنفية يميزون بين جهالة تؤدي الى مشكلة تمنع تنفيذ العقد ، وجهالة لا تأثير لها في تنفيذ العقد .

الجهالة التي تمنع تنفيذ العقد :

وهي الجهالة التي تمنع صحة العقود ، وذلك كعدم تعيين المبيع ، أو الثمن ، أو الأجرة ، فمن قال : بعتك شيئاً أو آجرتك دارا بكذا ، ولم يعين عين المبيع ، ولا مقدار الأجرة ، فهذه جهالة تمنع صحة العقد ، وكذا لو قال بعتك شاه من هذا القطيع فالبيع غير

---

(١) عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية للزرقاء : ٢٠ ـ ٢١ .

(٢) عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية للزرقاء : ١٢١ .

صحيح ، لان آحاد الغنم تتفاوت من الهزال الى السمن ، ومن الصغر الى الكبر ، والجهالة في هذا تتساوى معها حجة الفريقين .

والتنازع حاصل لهـذا الاختلاف ، لأن كلا من البائع والمؤجر يريدان تسليم الادنى وأخذ الاعلى لعدم التعيـين ، والمشتري والمستأجر يريدان أخذ الاعلى واعطاء الأدنى بحجة عدم التعيين ، فهذا النوع من الجهالة تمنع صحة العقود .

الجهاله التي لا تؤثر في العقد :

الجهـالة التي لا تؤثر في صحة العقد كالجهالة التي تكون في الصلح فانه يجوز الصلح على المجهول ، والغرر يغتفر في الصلح ، فمن قال لآخر صالحتك على جميع الحقوق التي لي عليك (ولا يعرفان مقدارها وانواعها) لقاء بدل معين ، فان الصلح يصح وتسقط جميع الحقوق ، لأن اسقاط الحقوق لا تحتاج الى تنفيذ .

ومن هذا التقسيم استدل الاستاذ الزرقا على أن الجهالة الحاصلة في عقد التأمين هي من النوع الثاني الذي لا يمنع صحة العقد ، لأن مبلغ كل قسط عند حلول ميعاده هو مبلغ معلوم والجهالة انما هي في مجموع الاقساط وهي : (لا تمنع التنفيذ ما دام المؤمن قد تعهد بأن يدفع التعويض المتفق على دفعـه عند وفـاة المؤمن له الى اسرته مثلا في أي وقت حصلت الوفاة ضمن المدة المحددة بالعقد ، ومهما بلغ عدد الاقساط قلة أو كثرة (ويشهد لذلك من جواز الحنفية بيع ما في الصندوق المغلق دون معرفة أنواعها وكمياتهـا بثمن معين ولا ترى الحنفية هذه الجهالة رغم ثمنهـا مانعه من تنفيذ العقد ، لأن البائع التزم التنازل عن هذا المبيع مهما بلغ لقاء الثمن المعين بارادتة الواضحة) (١) .

إن جهالة عدد أقساط التأمين جهالة فاحشة تمنع تنفيذ العقد ، لأن المؤمن ربما يدفع المبلغ المستحق مقابل قسط واحد يدفعه المستأمن ويموت ، وربما يدفع المستأمن جميع الأقساط ، وعقد تتمكن الجهالة فيه من العاقدين المؤمن له والمؤمن فكيف يجيزه ونعمل به والله أعلم .

هل يقوم عقد التأمين على أساس الربا : ؟

ان عقد التأمين كما عرفناه ، له نظام مستقل لا يقوم على أساس الربا ، اذ لا توجد فيه احدى علل الربا ، ولكن الربا انما يقوم بعقد آخر غير التأمين ، وذلك أن شركات

---

(١) عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه — للزرقاء : ٤٨ — ٥١ .

التأمين تقوم باستثمار أموالهـــا فى البنوك ، وهذا قطعـــاً حرام بنصوص الشريعة الغراء . والمستأمن اذا انهى الاقساط فانه ياخذ المبلغ مع الارباح الربوية بثمنه لهذه الاقســـاط ، فالربا هنا لا علاقه له أبدا في التأمين وصار شأنه شأن العقود الاخرى فـــاذا وجد فيها شروط منافية للشريعة حكمنا ببطلانها ، واذا كانت الشروط وفق الشريعة حكمنا بصحتها ، والتأمين عقد مستقل فالربا لا يفسده وانما يفسده ما ينطوى عليه من غرر وجهالة .

حكم عقد التأمين في الشريعة الاسلامية :

لقد رأينا مما مضى أن التأمين ينقسم الى قسمين : تأمين تبادلي ويسمى أيضاً التأمين بالاكتتاب ، وتأمين بالاقساط وهو المسمى بالتأمين بقسط ثابت وهو الشـــائع اليوم ، وهذا النوع قد نظمت له أحكام خاصة ، وأحكام بالقوانين المدنية .

التأمين التبادلي :

وهذا النوع جائز شرعـــاً بلا خلاف مهما كان نوع الخطر المؤمن منه ، بل هو أمر مرغوب فيه ، لأنه يقوم على أساس انشاء صندوق تعاوني مشترك بين جماعة يكتتبون فيه لجبر اضرار من تصيبه منهم نوائب معينه ، اذ كل مشترك في الجمعية التعـــاونية يدفع جزءاً من ماله عن رضا وطيب نفس ليتكون منه رأس مال الجمعية . فكل مشترك هو في الواقع متبرع باشتراكه لمن يحتاج اليه من سائر الشركاء حسب الطريقة التي يتفقون عليها . فالواقع أن التأمين التبادلي عبارة عن جمعية تعاونية لا تهدف الى ربح ما . وانما هدفهـــا ترميم المصائب التي تنزل ببعضهم ، وبحق فان هذا النوع من التأمين بنظري يعتبر من أنبل ما يمكن فيه التعاون على البر وليتها كانت هي الصورة الحية التي يسود فيها نظام التأمين العام ، فهي أنبل فكرة تعاونية لسلامتها من أية شبهة .

ولكن هذا النوع كما قلنا فيه غرر ، الا أن هذا الغرر لا يؤثر فيه كما يؤثر في التأمين بقسط ثابت ، لأن هذا النوع كما رأينا من قبيل التعاون والبر والتبرع ، والتبرعات يغتفر فيها الغرر . بل إن التأمين التعاوني تبرع محض لا يقصد فيه المعاوضة . الا ان هذا النوع ظهر فيه كثير من الصعوبات وقصور في المجالات الاقتصادية مما جعل النـــاس ينصرفون عنه الى النوع الثاني وهو التأمين بقسط ثابت (١) .

---

(١) عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية للزقاء : ٥٣ — ٥٤ ، واسبوع الفقه الاسلامي : ٤٠٧ .

التأمين بقسط ثابت :

وهذا النوع لا نظير له في الفقه الاسلامي ، وقد اختلف الفقهاء فيه كما رأينا فمن مجوز له ، ومن محرم له ، ومن متردد فيه . ولذا فاننا نعود الى المقدمة وقد أثبتنا فيها ان العقود الأصل فيها الجواز الا ما ورد نص بمنعه . وأكثر الفقهاء في هذا العصر يميل الى تحريمه لما فيه من غرر وغيره كما رأينا . أما من أجاز وعلى رأسهم الشيخ مصطفى الزرقاء فقد استدل ببعض الامور فيقول : (نرى في أحكـــام الشريعة وأصول فقهها ونصوص الفقهاء مايصلح أن يكون مستندا قياسيا واضحا في جواز عقد التأمين) (١) ، واستشهد لذلك بمايأتي :

١) عقد الموالاة : فقد قال عنه الاستاذ الزرقاء يكاد يكون نصا صريحا في التأمين من المسئولية) وهو مـــاتكلم عنه الاستاذ احمـــد طه السنوسي ، وقد بينت أن هذا العقد ينطبق على التأمين من المسئولية ولاعلاقة له بالتأمين بقسط ثابت .

٢)ضمان خطر الطريق ، وذلك فيما اذا قال شخص لآخر (اسلك هذا الطريق فانه آمن وان اصابك فيه شيء فأنا ضامن) فسلكه فاخذ ماله ، حيث يضمن القائل ، ويرى الاستاذ الزرقاء فيه فكرة فقهية يصلح بها أن يكون نصا استئناسيا قويا في تجويز التأمين على الأموال من الأخطار . وقد بينت رأي ابن عابدين في هذه المسالة ، ولكن أرى على أي أساس يصلح هذا الضمان نصا في تجويز التأمين على الأموال من الاخطـــار ؟ واني لأرى أن الضامن في هذه الحالة اما أن يكون ضمانه من قبيل التعاون على تحمل الخسارة وقد الزم نفسه بهذا ، واما أن يكون ضمانه لأنه غر من أخبره بأمن الطريق ، وعقد التأمين هذا لايتحقق معه الحالة الثانيه وهي الغرر ممن أخبره ، والحالة الاولى التي هى من قبيل التعـــاون لاعلاقة بينها وبين ماتقوم به شركات التأمين التجارية ، لانها تقوم على التزام بعوض وليست متبرعة . وعند ئذ فكيف يمكن القول بان هذا الضمان يصلح أن يكون نصا في تجويز التأمين على الأموال من الاخطار .

٣) قاعدة الالتزامات والوعد الملزم عند المالكية : فذكر الزرقاء ان خلاصة هذه القاعدة أن الشخص اذا وعد غيره عدة بقرض ، أو بتحمل وضيعة عنه (أي خسارة) أو اعارة أو نحو ذلك ، مما ليس بواجب عليه في الأصل ، اختلف فقهاء المالكية في هذا

---

(١) عقد التأمين للزرقاء : ٥٥ .

الوعدهل هو ملزم أوغير ملزم على أربعة أقوال: فمنهم من يقول: يقضى بالعدة مطلقا، ومنهم من يقول: لايقضى بها مطلقا ومنهم من يقول: ان العدة تلزم الواعد فيقضى بها اذا ذكر لها سبب وان لم يباشر الموعود ذلك السبب، كما لو قال لآخر: اني اعيرك بقري ومحراثي لحراثة أرضك فان وعده ملزم وان لم يباشر الموعود السبب الذي ذكر وهو الحراثة .

ومنهم من يقول: لايلزم بوعده الا اذا دخل الموعود في سبب ذكر في الوعد أي اذا باشر السبب كـأن يعده بأن يسلفه ثمن شيء يريد شراءه فاشتراه فعلا، أويعده بأن يقرضه مبـلغ المهر في الزواج فتزوج الآخر بناء على هذا الوعد، وهو الرأي الراجح عند المالكيه .

ويرى الاستاذ الزرقاء في قاعدة الالتزامات متسعا لتخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من المؤمن للمستأمن بأن يتحمل عنه اضرار الحادث الخطر الذي هو معرض له، ولو كان هذا على سبيل الوعد ولو بلامقـابل، فقال: (ولا يخفى أن أقل مايمكن أن يقول في عقد التأمين أنه التزام تحمل الخسائر عن الموعود في حادث معين محتمل الوقوع بطريق الوعد الملزم، نظير الالتزام بتحمل خسارة المبيع عن البائع، فما نص عليه المالكية على سبيل المثال لا على سبيل الحصر) .

واذا نظارنا الى آراء فقهاء المالكية وجدناهم على اختلاف فيما بينهم ومبناه الاجتهاد العقلي، ولايوجد نص قاطع في هذه المسألة، غير أن أرجح الأقوال عند هم وهو القول الرابع بان العدة لاتلزم الا اذا اقترنت بسبب، ودخل الموعود في السبب، وبأن يكون الواعد على ثقة من قدرته على تنفيذ ماوعد، حتى لايثبت في ايقاع الضرر في الغير، وكون عقد التأمين من قبيل الوعد الملزم ولو بلا مقـابل فغير مسلم به، لاختلاف طبيعة عقد التأمين عن الوعد المشار اليه، لأن عقد التأمين انمـا هو التزام مقابل التزام، التزام من المستأمن بدفع الاقساط مقابل التزام المؤمن بدفع المال المؤمن به، اذا عجز المستأمن عن دفع الاقساط تحللت الشركة من التزامها، وصارت غير مسئولة عن أي تعويض للمستأمن وهنا يتبين أن عقد التأمين يختلف بمبادئة ونظمه عن الوعد الذي قالت به المالكية .

٤)نظـام العواقل في الاسلام: وخلاصته أنه اذا جنى أحد جناية قتل غير عمد بحيث يكون موجبها الاصلي الدية لاالقصاص، فـان هذه الدية توزع على القتلة الذين يحصل بينه وبينهم التناصر عـادة واذا لم يف وزعت الى اقرب القبائل نسبا وهكذا .

وينقل ابن عـــابدين عن المعراج مانصه : (ان العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم وتركهم حفظه ومراقبته ، لأنه انما قصر لقوته بانصاره ، فكانوا هم المقصرين وقد كانوا قبل الشرع الاسلامي يتحملون عنه تكرما واصطناعا للمعروف ، فالشرع قرر ذلك (أي أوجبه وجعله الزاميا) . وتوجد هذه العادة بين الناس : فان من لحقه خسران من سرقة أو حرق يجمعون له مالا لهذا المعنى) .

والعاقلة انما تتحمل الدية نتيجة تقصيرهم في تهذيب الجاني . وتتحمل نتيجة القتل الخطأ ، والجاني في هذه الحالة ارتكب الجريمـــة دون قصد منه ، والقبيلة انما تدفع بنظام تعاوني صرف أي بلا مقابل لأنها لا تعود على الجاني بشيء مما دفعته ، لأنها تدفع من قبيل البر ، وقد الزم الشارع القبيله بتحمل الدية من باب التعاون على البر والتقوى فضلاً عن أن العاقلة أسرة (يربطها الدم ، وتربطها الرحـــم الموصولة والتي أمر الله بوصلها ، ويربطها التعاون على البر والتقوى ويربطها التعاون في تحمل الغرم والاشتراك في كسب الغنم) .

فالعاقلة تتحمل كل ذلك لربط الأسرة بعضها ببعض ولتوطيد صلة الرحـــم والله سبحانه وتعالى قد أمر بوصلها وعدم تفككها .

بينما التأمين التجاري فإنه يقوم على أساس تبادل الإلتزام بين المستأمن والمؤمن ولا نظير له في نظام العواقل وكما يقول أبو زهرة عن التأمين : (أنه نظام جعلي ينشأ بالإرادة ويكون بين شركة مستقلة ، وطرف آخر يقدم اليها مالا كل عام ، أو كل شهر) .

وقد أثبت الأستاذ الزرقاء بأن نظام العواقل يمكن أن يقاس عليه نظام التأمين بجامع أن كلا منهما يقصد فيه التعاون على تحمل المسؤولية المـــالية ، فالتأمين التعاوني والعواقل ربما تكون هذه الفكرة فيه ،أما في التأمين التجاري الذي يسعى إلى تحقيق أرباح للمساهمين وتحكمه أنظمة وقوانين لا تراعى فيها المساواة بين الطرفين ، فهو عقد احتمالي واذعان ولا يوصف بأنه عقد تعاوني (١) .

٥) نظام التقاعد والمعاش لموظفي الدولة : وهو نظام مالي عام في عصرنا يقوم على أساس أن يقتطع من المرتب الشهري للموظف في أعمال الدولة جزء نسبي ضئيل ، حتى إذا بلغ سن الشيخوخة أعطته الدولة راتباً شهرياً يبلغ أضعاف ما كانت تقطعه ويستمر حتى

---

(١) عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منـــه للزرقاء : ٥٣ ـ ٦٣ واسبوع الفقـــه الاسلامي ٥١٥ ـ ٥١٩ . وعقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه للسيد الدسوقي ١٠٨ـ١١٣ .

آخر حياته ثم ينقل إلى مـــن يعولهم بشرائط معينة بعد وفاته ، ويرى الأستاذ الزرقاء أن نظام التقاعد والمعاش ، يقره فقهاء الشريعة الإسلامية ولا يرون أيـــة شبهة أو شائبة من الوجهة الشرعية ، والتأمين يشبه هذا النظام إذ في كليهما يدفع الشخص قسطاً ضئيلاً دورياً لا يدري كم يستمر به دفعه وكم يبلغ مجموعه عند التقاعد ، ويأخذ مقابل ذلك عند التقاعد مبلغاً دورياً وفورياً في التأمين على الحياة ، يتجاوز كثيراً مجموع الأقساط ولا يدري كم يبلغ مجموعه في التقاعد إلى أن ينطفىء الاستحقاق وانتقالاته . بينما هو محدد معلوم المقدار فى التأمين على الحياة .

ويقول الاستاذ الزرقاء : (فالغرر والجهالة في نظام التقاعد أعظم منها في التأمين على الحياة) .

ألا انني أرى أن فارقاً جوهرياً بين نظام التقاعد والتأمين على الحياة ، لأن التأمين تجاري يخضع لقواعد معينة وتدخله شبهات متعددة ، بينما نظـــام التقاعد تفرضه الدولة لصالح موظفيها تقديراً لخدماتهم واعترافاً بفضلهم ، فالدولة وان أخذت جزءاً من راتب الموظف ، فليست كشركة التأمين في أخذها الأقساط مـــن المستأمنين لاستغلالها بطرقها الخاصة وتجني منها أرباحاً ينتفع به المساهمون دون المستأمنين . وتجعل المال ملكاً لها بينما الدولة مسئولة عن كفالة ورعاية الأمة بأسرهـــا . سواء الموظف منها أو غير الموظف والمسلم والكافر ، فإذا عمل الدولة هو جزء من واجبها نحو الأمة كلها : (وما تأخذه الدولة من الموظفين ليس قسط تأمين بالمعنى المتحقق في التأمين التجاري ولكنه أشبه شيء بالضريبة التي تفرضها على مختلف الأموال ، لتكون عوناً لها في القيام بمهمتها ، في شتى مرافق الحياة)(١) .

وإذا نظرنا إلى موارد صندوق الهيئة العامة للتأمين والمعاشات لوجدنا أن هذه الموارد لا تعتمد على ما يقتطع من رواتب الموظفين . ولننظر إلى المادة الثامنة من هذا النظام التي تبين الموارد فقالت :

مادة ٨ ــ تتكون أموال الصندوق من الموارد الآتية :

أولاً : الاشتراكات التي تقتطع شهرياً بمقدار ١٠٪ مـــن مرتبات وأجور المنتفعين بأحكام هذا القانون .

---

(١) التأمين من وجهة نظر الشريعة والقانون للاستاذ عيسوي أحمد عيسوي : ٥١ .

ثانياً : المبالغ التي تؤديها الخزانة العامة ، أو الهيئات أو المؤسسات العامة ويصدر بتحديدها قرار من وزير الخزانة بحيث لا تقل عن ٥ر١٢٪ من مرتبات وأجور المنتفعين بأحكام هذا القانون .

ثالثاً : حصيلة استثمار أموال الصندوق .

رابعاً : الموارد الأخرى الناتجة عن نشاط الهيئة .

إذن فما تقتطعه الدولة من الموظف ليس المصدر الوحيد . ولا يعتبر قسطاً كالقسط التجاري في التأمين . والدولة تدفع أكثر منه ولو كان ما يدفعه الموظف مثل قسط التأمين التجاري ما دفعت الدولة أو المؤسسة شيئاً . ولذا فإننا نقول إن ما تدفعه الدولة للموظف انما هو ضرب من التكافل والتعاون بين الموظفين والدوله لتنفيذ ذلك النظام الذي يضمن للعاملين بعد بلوغهم السن القانونية حياة كريمة فاضلة .

فنظام التأمين التجاري يختلف عن نظام التقاعد ، لأنه عمل اجتماعي تعاوني تفرضه الدولة وتشرف عليه وتسهم فيه ، وبين عمل تجاري تزاوله شركات تجارية ويخضع لنظم ومبادىء تجعله محلا لا يخلو عن شبه كثيرة محرمة لهذا التأمين .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

اللهم اجعل ثواب هذه الرسالة نوراً يتلألأ في قبري وغفراناً لذنوبي ، اللهم لا تجعل هذه الرسالة آخر ما أكتبه وأحققه في حياتي ، بل تكون منطلقاً لكتابة وتحقيق الكتب الكثيرة إنه سميع مجيب .

الخاتمة وأهم نتائج البحث

والآن ، بعد هذا المطاف الطويل الشيق في رياض الفقه الاسلامي ، والذي كانت نتيجته هذا البحث الذي يسعدنا اليوم التقدم به لطالبي الحق ؛ ومريدي القدوة والعلم ، نشير في هذه الخاتمة الى هذه الأمور :

١) جاء الاسلام بعد أن استنفذ كل من الأديان السابقة أغراضه ، وصارت الانسانية مستعدة لتقبله ، وأحست بالحاجة الملحة لرسالة سماوية تكون خاتمة الرسالات جميعاً ، وتشوقت لدين جديد يسير بها قدماً الى حياة العزة والكرامة والسعادة ، والى وضع النظم والقوانين الصالحة لحياة الفرد والجماعة ، وبخاصة وقد كان حظ ما سبقه من الأديان السماوية ضئيلا في هذه الناحية ، ومن هذه النظم والقوانين ، ما نعرفه اليوم باسم «الفقه» .

٢) ان الفقه الاسلامي الذي جاء زاخراً بالأحكام الفقهية وخاصة تنسيق المعاملات وحل مشاكل الناس في العقود بسبب مرونة نصوصه ، مما جعله صالحا لكل زمان ومكان ولو لم تكن نصوصه مرنة لكان فقهها ميتاً غير صالح للحياة ، ولو أن رجال الفقه الاسلامي لم يركنوا للراحة ، وعدم العمل به ، وعدم أخذ الدول فيه ، لما كانت الأمة الاسلامية بحاجة مطلقا للجؤ للفقه والقوانين الغربية تأخذ منها تشريعاتها وقوانينها ونسوا قول الله سبحانة وتعالى : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » وقوله تعالى « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون » ، والآية الرهيبة « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » اللهم أني لا أرض بشرع غير شرعك وبحكم غير حكمك وبدين غير دينك .

وهكذا أصبحنا أمة في حالة مؤلمة من الأخذ من الغرب والشرق جميع قوانينا حتى كأننا أمة ليس لها مقوماتها الذاتية ، وتقاليدها الطيبة العريقة .

٣) هذا والغرر اذا وجد في عقد من العقود أبطله اذا كان الغرر كثيراً أو مؤثراً ، وان العقد الباطل لا يجوز التعامل فيه ، لأنه حرام بنص من رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الغرر » وبنص من الكتاب « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » .

٤) وأن الله سبحانه وتعالى أحل البيع وحرم الربا ، وأمر بالوفاء بالعقود فقال تعالى أوفو بالعقود ، وأن العقود الواجبة الايفاء هي الصحيحة لا الباطلة .

أما النتائج التفصيلية لهذا البحث فقد عنيت باظهارها ، بعد أن انتهيت من الرسالة ووضعت الفهرس لها الذي يبرز فيها جميع المسائل التي حوتها الرسالة .

الا أنني في هذه الخاتمة ، من المستحسن أن أبرز أهم النتائج التي وردت في الرسالة ، مرتبة حسب الأبواب والفصول (١) .

١) عرضت في مقدمة الرسالة تعريف العقد وتكوينه ومدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط ومكان الغرر منها ، وقد عرفت العقد من ناحية اللغة ، وبينت أن معنى العقد انما يدور حول الشد والتوثيق والربط ، سواء كان ذلك في الأمور المحسوسة ، كعقدت الحبل ، أو الأمور المعنوية كعقدت البيع ، وعقدت العهد ، وكل ما يعقده المكلف على نفسه فيلزمها به في المستقبل من اثبات فعل أو تركه .

وعرفت العقد من ناحية الاصطلاح ، وذكرت أن الفقهاء المتقدمين لم يعرفوا العقد تعريفا مثيراً ومنفصلا كما نراه اليوم قد أبرز بشكل نظرية مستقلة ، وانما كانوا يبحثون عن العقد في كل عقد من العقود ، وخلصت الى أن معظم الفقهاء وخاصة الحنفية يطلقون العقد بمعنيين :

الأول : تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل .

الثاني : العقد هو ما يتم به الارتباط بين ارادتين من كلام وغيره كالاشارة والكتابة وترتب على ذلك التزام بين طرفين . وفرقت بين العقد والتصرف ، وبينت المراد من التصرف بأنه مايستقل الشخص لوجوده ، لكونه ملكا له فقط ، ولا يشاركه فيه أحد ، ولا يحق لأحد أن يمنعه ، ولا أن يكون له دخل في وجوده كالطلاق ، وبينت أن أهم ما ينعقد به العقد هو الايجاب والقبول ثم بحثت دور الارادة المنفردة في تكوين العقد ، وأن بعض العقود بالارادة المنفردة كالطلاق ، والوقف ، والوصية ، والرجعة ، والابراء من

---

(١) لقد اغفلت ذكر المطالب وبعض المباحث خوفا من إطالة الخاتمة .

الحقوق ، ثم بينت أن الايجاب وحده غير ملزم للعقد ، وان بعض العقود قد يباشرها شخص واحد ، كأن يكون أصيلا عن نفسة ووكيلا عن غيره .

أما مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط ، فقد بينت فيه بأن الشارع هو الذي رتب الأحكام والآثار لكل عقد من العقود ، ولكن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم على أساس : هل هذا التنصيص على بعض العقود يعتبر مانعـاً من انشاء غيرها من العقود ؟ وأن الآثار قد حددها الشارع وعينها بالنسبة لكل عقد ؟ وهل يحق للعاقدين أن يقولا من الآثار والشروط بما يشترطون ؟ فقد اختلفوا فيه على ثلاثة آراء وهي :

المضيقون — الموسعون — المتوسطون

وبعد أن استعرضت جميع آرائهم وأدلتهم من القرآن والسنة خلصت الى نتيجة هي : ان الانسان حر في انشاء العقود والشروط ، وان حريته هي الأصل ، وأن النواهي والزواجر من الشارع هي القيود الحادة من ارادة الانسان ، وأن الغرر هو قيد من هذه القيود الحادة من ارادة الانسان في انشاء ما يشاء من العقود والشروط ، ثم بينت رأي المصنفين ، بأن الأصل في العقود والشروط الحضر الا ما ورد الشرع به ، وقد ناقشت أدلتهم وأدلة الموسعين ، وخلصت الى عدم الأخذ برأي المضيقين .

ثم تكلمت عن المذهب الحنبلي ومزايا فقهه رغم أنه من مذاهب الموسعين ، ولكن مسألة الشروط والعقود عند الحنابلة أوضح من بقية المذاهب ولذلـك فقد أبرزت مزايا المذهب الحنبلي في العقود ، وأنهم وسعوا أكثر من غيرهم مما تحتاج لمثله في هذا العصر كبيع ما ينقطع به السعر .

ثم عرفت العقد عنـد القانون ، وخلصت الى أن تعريف الفقهاء أدق وشامـل وجامع أكثر من تعريف القانون ، لأن تعريف القانون يبيح كل اتفاق فيدخل فيه العقود المحرمة شرعاً كالخمر ، والربا . بينما في الشريعة الاسلامية عندما اعتبرت الغرر من القيود التي تحد من ارادة الانسان ، فلا يجوز التعـامل فيـه لأن الزواجر والنواهي من قبل الشارع والله هو الذي حرمه .

ثم تكلمت عن سلطان الارادة في القانون ، والمراحل التي مرت بها مبدأ سلطان الارادة في القانون ، وخلصت بان عقود الغرر أكثرها تخـرج عن دائرة النظام العام والآداب ، وأن الانسان يجوز له أن ينشيء عقوداً فيها غرر ولو ورد نص بمنعها .

٢) اما الباب الأول ، فقد استعرضت فيه ، تعريف الغرر عنـــد الفقهاء لجميع المذاهب واخترت التعريف التالي : « الغرر ما انطوت عنـــا عاقبته » ثم ذكرت الآيات والأحاديث الواردة في الغرر ، وبينت أن القرآن لم يأت بآية واحدة خاصة بالغرر ، وانما أورد آيات تدل على عدم أكل المال بالباطل « وقد شرحت هذه الآيات شرحاً وافياً عند العلماء وأن الأحاديث الشريفة جاءت بنصوص كثيرة بالنهي عن بيع الغرر ، وقد فسرت الأحاديث التي تنهى عن الغرر ، وخلصت الى أن المنهي عنه يكون فاسدا وبينت جهة الفساد ، وأن المنهي عنه بأحاديث الغرر بيوع محرمة شرعاً وفاسدة ، ثم ذكرت تعريف الغرر عند القانون .

٣) وفي الفصل الثاني ، فقد تكلمت عن أقسام الغرر ، فذكرت أن الغرر ينقسم الى غرر يسير ، وكثير ، ومتوسط ، وضربت أمثلة لكل منها ، ثم بحثت هل وضع الفقهاء ضابطاً للغرر ؟ وبينت أن الفقهاء قد حاولوا لوضع ضابط للغرر وكاد الباجي يوفق في وضع ضابط للغرر الكثير . أما اليسير فلم أر لهم ضابطاً ، وكذا رأيت أن يترك للأزمنة والبيئة ، ولتطور الحضارة .

ونتيجة لهذا الاختلاف بـــين الفقهاء في تقسيم الغرر الى يســـير ومتوسط وكثير خلصت الى تقسيم آخر وهو أن الغرر ينقسم الى قسمين ، غرر مؤثر ، وغرر غير مؤثر وقد بينت أن الغرر مؤثر في العقد هو : أنه اذا دعت الحاجة الى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه الا بمشقة ، أو كان الغرر معتبراً جاز البيع » . وان الغرر المؤثر هو بعكس ذلك تقريباً : اذا لم تدع الحاجة الى ارتكابه ويمكن الاحتراز عنه بدون مشقة وكان الغرر كثيراً فان البيع لا يجوز ثم بيـــنت أن الغرر يؤثر في عقود المعاوضات الماليـــة ، أما غير المعاوضات المالية ، فان الغرر لا يؤثر فيها ، كالهبات ، ثم ضربت عدة أمثلة مستثناة من الغرر والمؤثر في العقود كمـــا تقول القاعدة الفقهية : « يغتفر في التوابـــع ما لا يغتفر في غيرها » ، وبينت أن الحاجة والضرورة سواء في الغرر ، وما المراد من الحاجة وما المراد من الضرورة وبينت قيد الحاجة بأنها الحاجة العامة أو الخاصة .

٤) أما الباب الثاني : فقد استعرضت فيه أثر الغرر في عقد البيع ، وقدمت له تمهيداً بتقسيم الفقهاء للغرر في عقد البيع وخلصت بتقسيم مختار ، رددت جميع التقاسيم الى ثلاثة أقسام ، وهي : أن الغرر إما أن يكون في صيغة العقد ، واما ان يكون في المبيع ، واما أن يكون في الثمن ، وجعلت الباب في ثلاثة فصول .

فالفصل الأول : استعرضت فيه أثر الغرر في صيغة العقد وأنه يشمل البياعـات التاليـة :

١ ـ بيع المنابذة ٢ ـ بيع الملامسة ٣ ـ بيع الحصاة ٤ ـ بيع العربون
٥ ـ بيعتان في بيعة وصفقتان في صفقة ٦ ـ العقد المعلق والعقد المضاف .

وفي الفصل الثاني : والذي مدار الرسالة عليه فقد حصرته في سبعة أقسام هي :

١ ـ الجهل بصفة المبيع ٢ ـ الجهل بمقدار المبيع ٣ ـ جهالة العين .
٤ ـ جهالة الأجل في المبيع ٥ ـ عدم رؤية المبيـع ٦ ـ بيع المعدوم .
٧ ـ عدم القدرة على التسليم .

وفي الفصل الثالث : فقد حصرته في ثلاثة أقسام :

الأول ـ الجهل بصفة الثمن .
الثاني ـ الجهالة في الثمن ومقداره .
الثالث ـ جهالة الأجل في الثمن .

٥) أما في الفصل الأول ، فقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في صيغة العقد وفق التقسيم السابق فقد تكلمت عن بيع المنابذة والملامسة ،وبيع الحصاة وأنها بيوع كانت في الجاهلية، فجاء الاسلام وأبطل هذه البيوع ، وقد بينت حكمهـا وعلة فسادها عند الفقهاء وما هي الأدلة التي اعتمدوا عليها وخرجت أحاديثها ، وذكرت بعض البيـاعات التي تشبـه بيع الحصاة في زماننا كبيع لبس تكسب ، وبيع حظك بختك .

وتكلمت عن بيع العربون ورجحت بطلان بيع العربون ، ثم تكلمت عن بيع العربون في القانون المصري ، والعربون في القانون العراقي ، والعربون في الفقـه الغربي الحديث وبينت كيف يكون العربون في هذه القوانين .

وتكلمت عن بيعتين في بيعه وصفقتين في صفقة وقد بينت تفاسير الفقهاء لبيعتين في بيعه وحكم كل تفسير ، وبينت رأي في بيعتين في بيعه بأنه العقـد الذي يضم بيعتين في بيعة واحدة سواء كان العقد الذي يقول بعتك هذه السلعة بألف نقدا أو الفين الى نسيئة ، أو العقد الذي يضم بعتك هذه السلعة بألف على أن تبيعني دارك بكذا ، ولذا فان الفساد

انما حصل بالصيغة ، ثم تكلمت عن معنى صفقتين في صفقـــة ، وأنها أعم من بيعتين في بيعه ، وحكمها ، وما هي الفروع التى تفرعت عن صفقتين في صفقة .

ثم تكلمت عن تعدد الصفقة في القانون ، وما هي نظرية اهرنج في تعدد الصفقـــة وبينت أن الفقه الاسلامي قد أخذ بعـدم تعدد الصفقة في العقـد الواحد مما يجعل المعاملات في الفقه الاسلامي مستقرة ثابتة ولا يحول دون التطور المنشود للمعاملات .

وقد بحثت في العقد المعلق والعقـد المضاف ، وأن العقـد المعلق هو ما علق وجوده على حصول أمر آخر باداة من أدوات الشرط أو ما في معناها ، ثم ذكرت الشروط التي تشترط لصحة التعليق ، من كونها ،أن يكون المعلق عليه معدوما على خطر الوجود ، وأن تكون عبارة التعليق متصلة الاجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها الا لضرورة ،وألا يكون التعليق على مشيئة غير معلومة كمشيئة الله تعالى ، وبينت تقسيم العقود بالنسبة للتعليق منها ما يجوز تعليقه بالشرط كالطلاق ومنها لا تقبـــل التعليق بحال كالهبة ، والبيـــع .. ومنها ما تجوز مع التعليق ولكن على الشرط المناسب أو الملائم ،وقد بينت حكم بيع العقد المعلق ، وعلة فساد هذا العقد . وانتهيت الى منع بيع هذا العقـد المعلق ، ثم تحدثت عن العقد المضاف ، وأقسام العقود مع الاضافة من حيث ان بعض العقود بطبيعتها لا تكون الا مضافة لزمن مستقبل وهي الوصية ، وعقـود لا تصـح مع الاضافة كالبيع .. وعقود تارة تكون مضافة وتارة منجزة ، ثم تكلمت عن الفرق بين التعليق والاضافة ، وحكم العقد المضاف ، وعلة فساد هذا العقد وأن الغرر في العقد المعلق أظهر منه في العقد المضاف . ثم تكلمت عن البيع المعلق والمضاف في القانون .

٦) أما الفصل الثاني فقد تكلمت فيه عن الجهل بصفة المبيع عند الفقهاء جميعا الحنفية والشافعية ، والمالكية ، والحنابلة ، والاماميـــة ، والزيدية والاباضية والظاهرية، وبينت رأي الحنفية وما استدلوا به ، وأن أكثر الفقهاء يشترطون ذكر صفة المبيع ، ثم تكلمت عن صفة المبيع عند القانون وبعد ذلك تكلمت عن بعض البيوع الممنوعة للجهل بصفة المبيع في مطالب مستقلة ، كبيع المضامين والملاقيح وبينت تفسير اللغويين والفقهاء ، ومعنى بيع المضامين ، وحكم هذا البيع ، وعلة المنع لهذا البيـــع ، وبيع المجر وحكمه وعلة بطلانه ، وبيع الحمل ، وحكمه ، وعله منع بيعه ، وكذلك عسب الفحل ، وخلصت برأي أن عسب الفحل لا يأخذ الأجر عليه الا فئة من الناس عرفوا بدناءة النفوس ،وأن الشريعة الاسلامية

حرمت المعاوضة على ضرابه ، ثم تكلمت عن بيع المغيب في الأرض ، وأن الفقهاء منهم المجيز ، ومنهم المانع ، وخلصت الى جواز بيع المغيب في الأرض مما تدعوا اليه الضرورة والحاجة . وتكلمت عن بيع المغيب في قشره ، وآراء العلماء فية ، وانتهيت الى أن بيع ما يكمن في قشره اذا أمكن معرفته من غير ازالة قشرته يجوز بيعـــة، وأن ما لا يعرف الا بازالة قشره لا يجوز البيع .

٧) ثم تكلمت بعد ذلك عن جهالة مقدار المبيع ، وأن الفقهاء اشترطوا العلم بمقدار المبيع ، وقد تكلمت عن تسع مطالب للجهل بمقدار المبيع وهي : بيع اللبن في الضرع، بيع النحل في الكندوج ، بيع الصوف على ظهر الغنم ، بيع السمن مع الظرف ، بيع الصبرة ، بيع المحاقلة ، بيع المزابنة ، بيع العرايا ، بيع الجزاف .

وقد تكلمت عن بيع اللبن في الضرع واختلاف الفقهاء فيه على رأيين ، المجوزون لهذا البيع ، والمانعون لهذا البيع ، وخلصت الى جواز بيع اللبن في الضرع عند المالكيـــة ورجحتة على رأي الجمهور .

وتكلمت بعد ذلك على بيع النحل في الكندوج ، والصوف على ظهر الغنم ، والسمن مع الظرف ، وبيع بعض الصبرة ، وبيع المحاقلة ، والمزابنة ، وقد بينت معناها وأحكامها، واختلاف الفقهاء فيها .

ثم تكلمت عن بيع العرايا ، ومعناها ، وأقسامها عند الماوردي من الشافعية وشروط بيع العرايا .

ثم تكلمت عن بيع الجزاف ، وحكمه ، وآراء الفقهاء فيه ، وشروط بيع الجزاف ، والجزاف في القانون ، ثم تكلمت عن جهالة مقدار المبيع في القانون .

٨) وفي المبحث الثالث تكلمت عـــن جهالة العين ، وأن الأساس في العقود هو التراضي ، وعليه لا بد أن يكون المبيع معلومـاً لطرفي العقد علماً ينفي الجهالة المؤدية إلى النزاع منعاً للغرر بين المتعاقدين . وقد تكون الجهالة في تعيين المعقود عليه ، أو في جنسه، أو في نوعه ، وبينت أحكام هذه الجهالات وضربت عدة أمثلة على جهالة التعيين ، كبيع شاة من قطيع ، وثوب من هذا العدل ، وبيع رطل من لحم ، ثم تكلمت عن شروط خيار التعيين في الأشياء المتعددة ، ثم تكلمت عن خيار التعيين في القانون .

٩) وفي المبحث الرابع تكلمت عـــن جهالة الأجل في المبيع ، لأن القياس يأبـي جواز التأجيل ، لأنه تغيير لمقتضى العقد كما تقول الحنفية ، وبينت بقية آراء العلماء في جهالة الأجل ، ثم تكلمت عنه في القانون .

١٠) وفي المبحث الخامس: تكلمت عن عدم رؤية المبيع ، فبينت المراد من الرؤية، وأنه هو العلم بمحل العقد بأي حاسة من الحواس ، ثم بحثت في بيع العين الغائبة وبينت اختلاف الفقهاء فيها ، وأدلتهم ، ومناقشتها ورددت أدلة المانعين لبيع العين الغائبة ، ثم فصلت رأي المجوزين لبيع العين الغائبة ، فتكلمت عن الحالات التي أجازوها ، فتكلمت عن بيع العين الغائبة الموصوفة ، وتقدم الرؤية على بيع العين الغائبة وبيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية ، وبيع الغائب ولو بلا وصف ، وبيع الانسان ما غاب عنه . ورجحت أن العين التي ليست حاضرة في مجلس العقد ، يجوز بيعها على الصفة ولو كان في البلدوان لم يكن في احضارها مشقة ، وأثبت للمشتري مع الرؤية السابقة اذا لم يجدها على ما رآها بأن له الخيار ، ثم تكلمت عن بيع الأعمى وشرائه ، واختلاف الفقهاء فيه وخلصت إلى رأي الجمهور بجواز بيعه ، ثم تكلمت عن بيع العين الغائبة في القانون وأنهم يجيزون بيع العين الغائبة من غير رؤية ، وأن الفقهاء مجمعون على عدم الجواز لما فيه من الغرر الكثير .

١١) وفي المبحث السادس: تكلمت عن بيع المعدوم وأراء الفقهاء فيه ، وقدتشددوا فيه خشية الغرر ، ثم تكلمت عن تطبيقات بيع المعدوم ، فتكلمت عن بيع الثمار وتكلمت عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وبينت رأي الفقهاء فيه، ومعنى بدو الصلاح وخلصت إلى رأي : أن بدو الصلاح في جميع الثمار : صيرورتها إلى الصفة التي يطاب غالباً أكلها بكونها على تلك الصفة ، ثم تكلمت عن حكمها في أحوالها الثلاثة ، بيعها بشرط التبقية، وبشرط القطع وبيعها مطلقاً،وخلصت إلى أن بيع الثمر قبل بدو الصلاح لا يجوزوبينت الأدلة التي اعتمدوا عليها ، ثم تكلمت عن بيع الثمار بعد بدو الصلاح ،سواء كان بشرط القطع ، أو بشرط الـــترك إلى وقت الجذاذ أو بيعها مطلقاً ، وأن الرأي الراجح أن بيع الثمار بعد بدو الصلاح جائز . في حالاته الثلاثة . ثم تكلمت عن بيع ما يوجد من الزرع والثمر بعضه بعد بعض ، وبينت اختلاف الفقهاء فيه ثم بينت رأي ابن تيمية وابن القيم في هذا ، ورأيت أن رأي المالكية يستجيب أكثر من غيره من المذاهب لحاجات الناس في التعامل إذ أجازوا مثل هذا . فبينما الجمهور لا يجيزون هذا البيع ، بل يباع الثمر لقطة لقطة

وجزة جزة ، ثم تكلمت عن بيع المعدوم في القانون ، وأوضحت بيع الأشياء المستقبلة ، وأوضحت أن البيع البات فيه غرر عندهم .

١٢) وفي المبحث السابع : تكلمت عن عدم القدرة على التسليم . وقسمته إلى سبعة مطالب ، بيع الآبق ، والطير في الهواء ، والسمك في الماء ، وبيع المغصوب ، وبيع الدين، وبيع ما لا يملكه الانسان ، وبيع مـــا لم يقبض . وبينت أحكامها عند الفقهاء والأدلة التي اعتمدوا عليها ، وخلصت إلى أن بيع الآبق لا يجوز وهو اتفاق الفقهاء جميعاً ما عدا ابن حزم ، وان بيع الطير في الهواء كذلك لقوة أدلة الجمهور وكذلك بيع السمك في الماء، وأن بيع المغصوب لغير الغاصب جائز إذا كان المغصوب منه قادراً على استرداده بأية وسيلة ، وأن بيع المغصوب من الغاصب جائز أيضاً ، وبالعكس لا يجوز ، وأن بيع الدين بالدين إذا لم يكن هناك شبهة ربـــا لا بأس به ، وخـــاصة أن هذا الأمر في نظر التجار مستساغ لسهولة المعاملة فيما بينهم ، ثم تكلمت عن بيع الدين في الـــدين في القانون وكذلك أن بيع ما لا يملكه الانسان لا يجوز كبيع السمك في الماء ، والطير في الهـواء ، وتكلمت عن بيع ما لم يقبض ، وما المراد من القبض ، وبينت أن القبض يكون في المبيعات بكل ما يناسبه ، وبينت أحكام القبض ، وآراء الفقهـاء في بيـع المنقول قبل القبض ، وأوضحت أن النهي يتناول الطعام وغيره ، ثم تكلمت عن عدم القدرة على التسليم في القانون ، وخلصت إلى أن الإستحالة المطلقة ان كانت سابقة على وجـــود التعهد فانها تجعل العقد باطلا ، وان كانت الإستحالة لاحقة فانها تجعله قابلا للفسخ .

١٣) وفي الفصل الثالث تكلمت عن أثر الغرر في الثمن ، فتكلمت عن جهالة صفة الثمن عند الفقهاء وبينت أن الفقهاء متفقون على أن جهالة صفة الثمن مبطلة للبيع ، وبينت رأي الشرنبلالي بأن جهالة وصف الثمن لا تمنع البيع سواء كان الثمن مشاراً اليه أولا . ثم تكلمت عن جهالة وصف الثمن في القانون ، وخلصت الى أن الثمن يجب ان يوصف وصفاً يكون مانعاً للجهالة . ثم تكلمت عن جهالة الثمن ومقداره ، وخلصت الى أنه اذا لم يذكر في الصيغة مقدار الثمن يكون فاسداً ، وتكلمت عن بعض الصور منها جهالة الثمن ومقداره وجعلتها في مطالب مستقلة ، فقد ذكرت البيع بغير ذكر الثمن ، والبيع بالرقم ، وخلصت الى أن البيع بالرقم بيع صحيح ، لأنه بيع معلوم الثمن لأنه يشبه الثمن المقدر باعتبار أن الثمن مكتوب عليه ، ثم تكلمت عن بيع الاستجرار والبيع بما باع به فلان أو بما يبيع به الناس ، والبيع بحكم أجنبي أو أحد المتبايعين .

وبيوع الأمانات : التولية ، والمرابحـة ، والوضعية ، وجعل الربح بنسبة واحد في العشرة ، وبيع الاسترسال ، وبيع العدل على أنه عشرة فبان خلافه ، وبعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة بدون ذكر الثمن ، وجهالة جملة الثمن في بيع مضاف الى جمـلة ، والبيع بإناء لا يعرف مقداره ، وبوزن حجر لا يعرف مقداره . ثم تكلمت عن الجزاف في الثمن ، والجهل بمقدار الثمن في القانون .

١٤) وفي المبحث الثالث تكلمت عن جهـالة الأجل في الثمن ، واستعرضت في ذلك بيع حبل الحبلة وتفسيرها عند العلماء ، وحكمها ، وما استدلوا به ، والبيع الى النيروز ونحوه ، والبيع الى الحصاد ونحوه ، وخلصت الى أن الجهاله الفاحشة مفسدة للبيع ، وهي مسألة اتفاقية عند جميع الفقهاء ، وأن الجهالة اليسيرة مفسدة للبيع أيضاً عند معظم الفقهاء وأن المالكية ترى أن الجهالة اليسيرة لاتفسد البيع ، ثم تكلمت عن جهالة الأجل في الثمن في القانون وأنهم لا يشترطون العلم بأجل الثمن لصحة البيع ، وقد تكلمت أيضاً عن التأجيل الى الميسرة في القانون .

١٥) وفي الباب الثالث تكلمت عن أثر الغرر في بقية العقود الاخرى ما عدا عقد البيع ، وقد قسمته الى سبعة فصول :

ففي الفصل الأول تكلمت عن أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية ، وقد بينت أن الغرر يؤثر في عقود المعاوضات المالية كلها قياسا على البيع ، وقد تكلمت عن عقد السلم، والاستصناع، وعقد الإجارة ، والجعالة، وعقد الصلح ، وبينت أن عقد السلم شرع على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم ، وأن شرعيته ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع ، ثم بينت حكم السلم ، وشرائط السلم ، وأنه لابد من تأجيل السلم فيه الى أجل فيه فـائدة وأقله شهرا ، وخلصت الى خلاصة أن للسلم شروط منها ما هو في نفس العقد ، ومنها ما هو في البدلين، ثم تكلمت عن الاستصناع، وحكمه ، وشروط جوازه ، وصفة الاستصناع وأن الغرر فيه كالغرر في البيع ، ثم تكلمت عن الاستصناع في القانون وهو ما يعبر عنه بعقد المقاولة ، وبينت احكامها .

وفي المبحث الثالث : تكلمت عن عقد الاجارة ، وشروط الاجارة هي شروط البيع ، وأن الغرو يؤثر فيها كما يؤثر في عقد البيع ، ثم تكلمت عن اقسام الاجارة باعتبار وصفها ، وباعتبار صيغتها ، ثم تكلمت عن اجارة الظئر وشروطه التي تنفي عنه الغرر ،

واجارة الشاة للبن ، واجارة البقر أو الابل للحراثة مع الانتفـاع باللبن الى انه غير ممتنع لأن المقصود الحراثةواللبن تبعا ، وأن الاجارة للبن فقط ممتنع ، لأن الغرر ظاهر وواضح. وتكلمت عن اجارة الفحل للضراب ، وأن المالكية أجازته بأن ينزو أكواما معلومـة ، ثم تكلمت عن اجارة الأرض واختلاف الفقهـاء فيها على رأيين ، وبينت حججهم ، وخلصت الى رأي بأن اجارة الأرض جائزة في جميع أحوالها سواء كان بالدراهم والدنانير أو بما يخرج منها ، وتكلمت عن الاجارة في القانون .

وفي المبحث الرابع ، فقد تكلمت عن الجهالة ، وحكمها وانها جائزة عند جمهور الفقهاء ، وان ابن حزم قد خالف في ذلك ، وأوردت أدلة الطـرفين ، ثم تكلمت عن الفرق بين الجعالة والاجارة عند الفقهاء ، ثم تكلمت عن شروط الجعـالة ، وأن الغرر يؤثر فيها كالبيع .

وفي المبحث الخامس تكلمت عن الصلح ، وعن شروطه ، وخلصت الى أنه يشترط أن يكون المصالح عليه معلوماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع ، وأثبتت أن الغرر يؤثر فيه كما يؤثر في البيع .

١٦) وفي الفصل الثاني : تكلمت عن أثر الغرر في عقود المشاركات . وجعلته في ثلاثة مباحث ، فتكلمت عن الشركة في المبحث الأول ، فقد تكلمت عن تعريفها وأصل مشروعيتها ، وعن أقسامهـا ـ شركة عقد ، وشركة ملك ، وبينت أنواع شركة العقد وهي العنان مفاوضة ، ووجوه ، وأعمال ، ومضاربة ، وبينت ما هي الشركة التي تجوز وما هي الشركة التي لا تجوز ، وفصلت شركة المضاربة ، لأنهـا شركة عملية ، حية مع المجتمع ولأنها شركة بأجر مجهول بل باجر معدوم وعمل مجهول ، ولذا فمن ناحية القياس لا تجوز لقوة الغرر فيها الا أن تركنا هذا القيـاس للاستحسان ، وبينت شروطهـا ، وبينت أن الشروط التي لا تجوز هي الشروط التي تؤدي الى غرر .

وفي المبحث الثاني: تكلمت عن الزراعة، وحكمها ، واختلاف الفقهاء فيها وأدلتهم، وشروطها ،وأقسام المزارعة ، وبينت ما تفسد به المزارعة ،وهو فقدان شرط من شروط صحتها ، كعدم صلاحية الأرض للمزارعة ، وجهالة المدة المفضية للغرر . . ثم تكلمت عن أحكام المزارعة الفاسدة ، وأخيراً عن المزارعة في القانون .

وفي المبحث الثالث : تكلمت عن المساقاة ، وشروطها ، وما تختلف المساقاة عن المزارعة ، واختلاف الفقهاء في حكمها ، ورددت أدلة المانعين للمساقاة ، ثم بينت حكم

المساقاة ، على الثمرة الظاهرة الموجودة، وجوازها عند الشافعي في المذهب الجديد ومالك وأبي يوسف ومحمد من الحنفية ،لأن اجازة المساقاة في المعدوم مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى . ثم تكلمت عن المعاملة في الأرض والشجر معا، وحكمها ،وخلصت في النهاية إلى رأي ، أن هذه المسألة مدارها على العرف في كل زمان ومكان .

١٧) وفي الفصل الثالث ، فقد تكلمت عن أثر الغرر في عقود الإستيثاق ، فقد تكلمت في المبحث الأول منه عن الرهن ، وشروط الرهن ، وخلصت إلى قاعدة أن كل ما يصح بيعه يصح رهنه وبالعكس ، ولذا فإن الغرر يؤثر في الرهن كما يؤثر في البيع ، إلا أن المالكية فرقوا بين الغرر اليسير والغرر الشديد فأجازوا الرهن فيما فيه غرر يسير ، ثم تكلمت عن الرهن في القانون .

وفي المبحث الثاني تكلمت عن الكفالة ، وشروطها ، وخلصت إلى أن الكفالة يغتفر فيها الغرر ما لا يغتفر في البيع ، ثم تكلمت عن الكفالة في القانون . وأن الكفالة تجوز في الدين المستقبل .

١٨) وفي الفصل الرابع تكلمت عن أثر الغرر في عقود الاطلاقات ، وقد تكلمت فيه عن الوكالة عند الفقهاء ، وفي القانون وتكلمت عن شروطها ، ثم بينت أثر الغرر فيها عند الفقهاء ، وأنهم يقسمونها إلى قسمين ، وكالة عامة ، ووكالة خاصة ، ووجدت أن أكثر الفقهاء يجيزون الوكالة العامة ، الا أنهم يختلفون فيما بينهم في اجازة الوكيل من التصرفات ، أما في الوكالة الخاصة ، فقد اغتفر فيها الفقهاء من الغرر ما لا يغتفر في البيع، وفي القانون ، فقد نصوا عليها أنها تكون في أعمال الادارة ولذا فقد كانت الوكالة عندهم أضيق من الدائرة عند الفقهاء .

١٩) وفي الفصل الخامس تكلمت عن أثر الغرر في عقد النكاح ، وحصرت الفصل في مبحثين ما لهما علاقة بالمال ، وهما في الصداق ، والخلع . فقد تكلمت عن الصداق وعن أثر الغرر فيه عند الفقهاء وأن الفقهاء يتسامحون في الغرر اليسير في المهر لأن مبناه على المسامحة بخلاف البيع فإن مبناه على المضايقة والمماكسة وأن فساد المهر لا يؤثر في صحة النكاح ، إلا أن المالكية قالوا إذا كان الغرر كثيراً فإن النكاح لا يصح ، كمن تزوج على ما لا يقدر على تسليمه ، وخلصت بأن المهر يكون في كل ما صح كونه مبيعاً ، عيناً أو ديناً، أو منفعة ، ولا يصح بما فيه غرر كالمجهول ، والمعدوم ، وما لا يتم ملكه عليه . وإذا تزوجها على مثل ما ذكرنا لم يبطل النكاح ، ووجب مهر المثل .

وفي المبحث الثاني فقد تكلمت عـــن الخلع ، وحكمه ، وأن الغرر لا يؤثر فيه ، إذ يصح الخلع بالمجهول والمعدوم ، والمعلق على شرط وهكذا لأن الخلع طلاق معنى ،وخالف في ذلك ابن حزم بأن الخلع على المجهول باطل ، أما الشافعية فقد نظرت إلى بـــدل الخلع كالمبيع تماماً ولذا فإن الغرر يؤثر في الخلع عندهم كالبيع .

٢٠) وفي الفصل السادس تكلمت عن أثر الغرر في عقود التبرعات ، فقد تكلمت عن الهبة وحكمها ، وشروطها ، وخلصت بأن الفقهاء جعلوا للغرر في الهبة تأثيراً ، الا أن المالكية ترى أن الغرر لا يؤثر في صحة الهبة ، والإباضية تقرب مـــن المالكية في عدم تأثير الغرر في الهبة ، ثم تكلمت عن أثر الغرر في الهبة في القانون ، وحكم الهبة المستقبلة وما يترتب على ذلك من أحكام .

وفي المبحث الثاني : تكلمت عن أثر الغرر في الوصية . فقد تكلمت عـــن أقسامها وأثر الغرر فيها عند الفقهاء ، وأن الغرر لا يؤثر فيها عند الفقهاء ، لأنهم يغتفرون الغرر في الوصية ما لا يغتفر في البيع،إلا أن الإباضية لا ترى صحة الوصية بما لا يقدر على تسليمه، وكذلك الظاهرية فإنها لا تجوز الوصية بما لا يملك،لأن الشركة بعد الموت تكون للورثة.

٢١) وفي الفصل السابع تكلمت عن أثـــر الغرر في العقود المالية المعاصرة وهذا الفصل إنما عقدته تطبيقاً ، للعقود المستجدة في هذا العصر ، وبينت رأي الشريعة في هذه العقود ، وأن الشريعة الاسلامية ، هي شريعة الخلود ، شريعة البقاء ، شريعة سد حاجات كل عصر ، وأنها لا تضيق بالعقود مهما كان نوعها إلا إذا خالف ذلك نصا فإنها ترفضه، لعدم صلاحيته للناس بالتأكيد .

فقد بحثت في المبحث الأول عن عقد المقامرة والرهان في الفقه الاسلامي ، فقدبينت حكم الميسر ، وفرقت بين الميسر والقمار،والرهان ، وأن الميسر ضرب من ضروب القمار، وأن الرهان انما يستعمل في المسابقة ، ولذا فقد تكلمت عنها ، وعن أقسامها وأحكامها ، وخلصت بنتيجة أن المقامرة بجميع صورها ممنوعة في الفقه الاسلامي ومحرمة ، وأن الرهان الممنوع التي تتصور فيه ضرب من القمار ، ثم تكلمت عن المقامرة والمراهنة في القانون وأن الالعاب الرياضية ، كالجري والقفز ، والكرة والتنس ، والمصارعة .... كل هذا لايجوز في الفقه الاسلامي وقد أجازه القانون ، وأن الاستثناءات التي جعلها القانون صالحة محرمة في الفقه الاسلامي ، كالالعـــاب الرياضية ، والعاب اليانصيب ، والبيوع الآجـــلة في البورصة لاتجوز وهي المضاربة على فروق الأسعار في البورصة .

وفي المبحث الثاني: تحدثت عن المرتب مدى الحياة في القانون. وما الفرق بين المرتب مدى الحياة والدخل الدائم ، وأن المرتب مدى الحياة يجوز اذا كان مصدره عقد تبرع ، وأنه لايجوز اذا كان مصدره عقد معـاوضة . وأن الغرر على اختلاف عندهم هل هو محل أو سبب .

وفي المبحث الثالث : تحدثت عن المرتب مدى الحياة في الفقة الاسلامي وصورته في مسألة العمرى والرقبى ، وأن المرتب مدى الحياة الذي مصدره الوصية ، أجـازه جمهور الفقهاء ، الا أنهم اختلفوا في أحكامه .

وفي المبحث الرابع : تكلمت عن عقد التأمين في القانون ، فقد تكلمت عن فكرة التأمين وأقسام التأمين من حيث الشكل ، ومن حيث الموضوع ، وأقسامه من حيث الشكل الى تعـاوني وتامين بقسط ثابت ، والتـأمين من حيث الموضوع الى تأمـين بري وبحري وجوى ، وتأمين خاص واجتماعي ، وتأمين الاضرار ، وتأمين الاشخاص ، ثم خلصت الى نتيجة ان الغرر يؤثر في التأمين بقسط ثابت .

وفي المبحث الخامس تكلمت عن عقد التأمين في الشريعة الاسلامية ، فقد ذكرت آراء العلماء في عقد التأمين ، وبينت درجة الغرر في عقد التأمين ، ودحضت رأي من ينفي الغرر عن التأمين بقسط ثابت ، ثم بينت رأي الشريعة الاسلامية في عقد التأمين ، وخلصت الى أن عقد التأمين بقسط ثابت حرام لايجوز ، لأن فيه غررا كثيرا ، وناقشت رأي الزرقاء الذي يجوز عقد التأمين التبادلي .

أما التأمين التعاوني أو التبادلي ، فلم أر للغرر فيه أثرا ، ولذا أجزت هذا النوع ، بل هو أمر مرغوب فيه ، لأنه يقوم على أساس تعـاوني لجبر أضرار من تصيبه من المشتركين ، وهذا النوع يحتمل الغرر الا أن هذا الغرر لايؤثر فيه كما يؤثر في التأمين بقسط ثابت لأنه من قبيل التعاون والبر ، والتبرع ، والتبرعات يغتفر فيها الغرر .

وفي ختام هذه الرسالة ، أحمد الله سبحانه وتعالى الذي أعانني على كتابتها ، وأرجو الله سبحانه وتعالى أن تكون خالصة لوجهه الكريم وأن تجعلني من عبادك الصالحين ، ومن المدافعين عن دينك ، والناشرين له ، ومن العاملين فيما نعلم ، اللهم اني أعوذ بك من علم لاينفع ، ومن قلب لايخشع ومن دعاء لايستجاب .. آمين يارب العالمين .

وصلى الله على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين وعلى آله وصحبه وسلم .

جريدة التراجم

هـــذه تراجم لأهم الأعلام الذين ورد ذكرهم في هـــذه الرسالة ، وقد اتبعت في ترجمتهم الترتيب التالي :

١ ــ رتبت هذه الأعلام ترتيبا أبجدياً .

٢ ــ اتبعت اسم ما يشتهر فيه العلم بين الناس .

٣ ــ ذكرت للعلم تاريخ الوفاة وتاريخ الميلاد ، وتوخيت الرواية الصحيحة .

٤ ــ اذا لم يذكر تاريخ الوفاة أذكر القرن الذي كان فيه أو الطبقة التي كان فيها .

٥ ــ أذكر تاريخ الوفاة فقط ، أو تاريخ الولادة فقط اذا لم يكن له تاريخ بذلك .

٦ ــ لقد كانت الترجمة موجزة للأعلام خوفا من طول الرسالة ، علما بأن معرفة الأعلام من الأمور المهمة للطالب ، فتشجعه للعمل ، عندما يرى ما تركوه لنا من ذخيرة علمية ، وموعظة لكل قارىء لما كانوا عليه من ورع وتقى ، وصبر على مـــذاكرة العلم وتحمل نشره .

الاعـــلام

١ ـ **ابراهيم بن الجنيد** : هو من علماء الطبقة الاولى التي روت عن الامام **احمد بن حنبل** وقال أبو بكر الخلال عنه : عنده عن أبي عبدالله مسائل حسان (١) .

٢ ـ **ابن أبي ليلى** : هو محمد بن عبد الرحمن قال فى الاثار ، كان من اصحاب الرأي ، وولي قضاء الكوفة ، وأقام حاكما ثلاثة وثلاثين سنة ، ولي لبني أمية ولبني العباس وكان فقيها مفتياً وكانت بينه وبين أبي حنيفة وحشة يسيرة ومعارضة في الاحكام وصنف في الفرائض توفي بالكوفة وهو على القضاء سنة ١٤٨ هـ . (٢)

٣ ـ **ابن تيمية** : هو محمد بن الخضر بن علي بن عبدالله ابن تيمية الحراني الفقيه المفسر الخطيب الواعظ ولد في حران سنة ٥٤٢هـ وله تصانيف كثيرة منها « التفسير الكبير » في مجلدات كثيرة وهو تفسير حسن جدا ، ومنها ثلاث مصنفات في المذهب على طريقة البسيط والوسيط والوجيز للغزالي أكبرها « تخليص المطلب في تلخيص المذهب» وأوسطها « ترغيب القاصد في تقريب المقاصد »وأصغرها « بلغة الساغب وبغية الراغب » . وذكر المنذري وغيره أنـــه سئل عن معنى تيمية فذكر ان اباه اوجده حج على درب تيماء فرأى هناك جارية خرجت من خبائها فلما رجع وجد امرأته قد وضعت جارية فلما رآها قال ياتيمية كأنه يشبهها بتلك الجويرية فلقب بذلك وتوفي سنة ٦٢٢ بحران . (٣)

٤ ـ **ابن حزم** : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، أول من اسلم من أجـــداده يزيد مولى يزيد ابن أبي سفيان ، واصله من فارس وجده خلف أول من دخل الاندلس من آبائه .ولد ابن حزم سنة ٣٨٤هـ بقرطبة كان حافظا عالما بعلوم الحديث

---

(١) طبقات الحنابلة ١ : ٩٣ .

(٢) التاج المكلل : ٣٩٤ .

(٣) الذيل على طبقات الحنابلة . ٢ : ١٥١ ـ ١٦٢ .

وفقهه، مستنبطا للاحكام من الكتاب والسنة، وتآليفه كثيرة فألف في الحديث كتابا اسماه « الايصال الى فهم الخصال » وله كتاب الاحكام لاصول الاحكام وكتاب المحلى لابن حزم وقال الذهبي : وكان اليه المنتهى فى الذكاء وحدة الذهن وسعة العلم بالكتاب والسنة والمذاهب والملل والنحل، وتوفي رحمه الله سنة ٤٥٦ هـ في (نث يشم) وهي قرية ابن حزم المذكور رحمه الله تعالى(١).

٥ ـ **ابن راهويه** : هو اسحق بن ابراهيم بن مخلد، ابو يعقوب المعروف بابن راهوية : وقد روى عن احمد اشياء : منها : قال : رأيت أحمد بن حنبل رضى الله عنه يصلي، فقال بيده هكذا ـ يشير باصبعه ـ فلما سلم ، قلت يا ابا عبدالله ما قلت في صلاتك قال كنت على طهارة فجاء ابليس فقال : انك على غير طهارة فقلت شاهدين عدلين ، ولد سنة ١٦٦ هـ ومات سنة ٢٤٣ هـ بنيسابور . (٢)

٦ ـ **ابن رجب** : هو عبد الرحمن بن احمد بن رجب البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي الحافظ وقد صنف التصانيف المفيدة النافعة منها شرح البخاري بلغ فيه الى كتاب الجنائز وله شرح على الترمذي وكتاب القواعد وذيل على كتاب (طبقات الحنابلة) وغير ذلك توفي سنة ٧٩٥ هـ . (٣)

٧ ـ **ابن رستم** : هو ابراهيم بن يوسف بن رستم ، قال الغزي : فلا أدري أهو ابراهيم بن رستم الامام المذكور قبله ، ونسب الى جده رستم أو غيره ؟ ولا أعلم أحداً من الحفاظ ذكر ان رستم جد ابراهيم ، والله تعالى أعلم . (٤)

٨ ـ **ابن رسلان** : هو أحمد بن حسين بن حسن بن على بن يوسف بن رسلان ولد سنة ٧٧٣ هـ بالرملة حفظ القرآن وله نحو عشر سنين وقرأ الحاوي على القلقشندي وابن الهائم قال السخاوي هو في الزهد والورع والتقشف واتباع السنة وصحة العقيدة كلمة اجماع بحيث لا يعلم في وقته من يدانيه في ذلك ، وله مصنفات منها : في التفسير وشرح سنن أبي داود ، مات في سنة ٨٤٤ هـ ومن تآليفه نظم أنواع علوم القرآن

---

(١) التاج المكلل : ٨٧ ـ ٩٢ ، وفيات الأعيان ٣ : ١٣ ـ ١٧ .
(٢) طبقات الحنابلة ١ : ١٠٩ .
(٣) البدر الطالع ١ : ٣٢٨ .
(٤) الطبقات السنية في تراجم الحنفية : ١ ٢٩٠ ـ ٢٩١ .

وشرح البخاري وشرح اذكار النووي وشرح جمع الجوامع وشرح ألفية العراقي وتوفي في بيت المقدس (١) .

٩ ـ **ابن رشد الحفيد** : هو القاضي ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد المالكي الاندلسي القرطبي العالم الفيلسوف الطبيب المشهور ، ولد سنة ٥٢٠ هـ في بيت فقه وقضاء قديم قال ابن الابار : انه لم يصرف ليلة من عمره بلا درس أو تصنيف الا ليلة عرسه وليلة وفاة ابيه ، وكان اكثر تلامذته من اليهود والنصارى وقل من كان يقرأ عليه من المسلمين لأنه كان يرمى بضعف المعتقد ، ولم يزل يزداد شهرة ورفعة حتى كثر حساده واتهموه بتفضيل فلسفة القدماء على الاسلام ، وله تصانيف كثيرة منها كتاب « بداية المجتهد ونهاية المقتصد » في الفقه وله كتاب « التهافت رد به تهافت الغزالي . توفي سنة ٥٩٥ هـ ، رد عليه شيخ الاسلام ابن تيمية في كثير من مقالاته (٢) .

١٠ ـ **ابن الرفعة** : هو نجم الدين أبو العباس ، شافعي الزمان ، ومن تصانيفه المطلب في شرح الوسيط ، والكفاية في شرح التنبيه ، وكتاب مختصر في هدم الكنائس توفي رحمه الله بمصر سنة عشر وسبعمائة (٣) .

١١ ـ **ابن سيرين** : هو ابو بكر محمد بن سيرين مولي انس بن مالك رحمه الله من سبي عين التمر ، ومات سنة ١١٠ هـ وهو ابن ٧٧ وكان الشعبي يقول : عليكم بذاك الرجل الاصم يعني محمد بن سيرين (٤) .

١٢ ـ **ابن عابدين** : هو محمد امين بن عمر ، بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ، ولد سنة ١١٩٨ هـ ١٧٨٤ م وتوفي سنة ١٢٥٥ هـ ـ ١٨٣٦ م ، كان فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره ، ومولده ووفاته بدمشق ، وله مصنفات منها : (رد المحتار شرح تنوير الأبصار . يعرف بحاشية ابن عابدين فى ثمان مجلدات ، والعقود الدرية في الفتاوي الحامدية) جزءان و (الرحيق المختوم في الفرائض) و (مجموعة رسائل ابن

---

(١) البدر الطالع ١ : ٤٩ ـ ٥٢ التاج المكلل ٣٦١ ـ ٣٦٢ .
(٢) التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول ٢٩٨ ـ ٢٩٩ .
(٣) طبقات الشافعية الكبرى ٥ : ١٧٨ ، مفتاح السعادة ٢ : ٣٥٧ ـ ٣٥٨ .
(٤) طبقات الفقهاء للشيرازي : ٨٨ .

عابدين) . (١)

١٣ ــ **ابن عبد البر** : ابو عمرو يوسف يوسف «بن عبد البر» بن محمد بن عبدالبر بن عاصم النمري القرطبي الحافظ جمال الدين : إمام عصره في الحديث والاثر وما يتعلق بها ، قال أبو محمد بن حزم : لا اعلم في الكلام على فقه الحديث مثله فكيف أحسن منه ؟ ثم وضع ــ الاستدراك ــ لمذاهب الاعصار فيما تضمنه الموطـأ من معاني الرأي والآثار ، شرح فيه الموطأ على وجهه ونسق ابوابه وجمع في اسماء الصحابة رضي الله عنه كتاباً مفيداً جليلا سماه «الاستيعاب» وله كتاب «جامع بيـان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله» تولى قضاء لشبونة وشنترين في ايام ملكها المظفر بن الافطس ولد سنة ٣٦٨ وتوفي سنة ٤٦٣ هـ بمدينة شاطبه من شرق الأندلس . (٢)

١٤ ــ **ابن عبد الحق** : هو احمد بن علي بن أحمد الامـام شهاب الدين المعروف بابن عبد الحق ولد سنة ٦٧٦ هـ تقريبا ، وتوفي سنة (٧٣٨ هـ) وكان اماما فاضـلا ، فقيها ، محدثاً ، أفتى ودرس وحصل وأفاد .

١٥ ــ **ابن عقيل الحنبلي** : علي بن محمد بن عقيل ابو الوفاء قاضي القضاء ولد سنة ٤٣١ هـ وكان يقول هذا المذهب (الحنبلي) انما ظلمه اهله لأن اصحاب ابي حنيفـة والشافعي اذا برع واحد منهم في العلم تولى القضاء وغيره مـن الولايات ، فكانت الولاية سببا لتدريسه واشتغاله بالعلم ،واما اصحاب احمد فانه قل فيهم من يعلق بطرف من العلم الا ويخرجه ذلك الى التعبد والتزهد ، لغلبة الخير على القوم فينقطعون عن التشاغل بالعلم ، توفي رحمه الله سنة ٥١٣ هـ . (٤)

١٦ ــ **ابن عقيل الشافعي** : هـو عبدالله بن عبد الرحمن بن عبدالله بن أبي الفتح بن محمد بن عقيل ، العقيلي الطالبي الهاشمي الأصل ، المصري المولد ، الشافعي الإمـام ، شيخ الشافعية بالديار المصرية ، وله من المصنفات : «كتاب الجامع النفيس على مـذهب الامام محمد بن ادريس » كتب فيـه ست مجلدات الى آخر الاستطابه ثم لخصه في

---

(١) الاعلام للزركلي : ٦ : ٢٦٨ ، ٢٦٨ ، ومعجم المطبوعات العربية ١٥١ ــ ١٥٢ .
(٢) التاج المكلل : ١٥٣ ــ ١٥٤ .
(٣) طبقات السنية في تراجم الحنفية ١ : ٤٦٠ ــ ٤٦١ .
(٤) طبقات الحنابلة ٢ : ٢٥٩ ، التاج المكلل : ١٩٤ ــ ١٩٦ .

املاء سماه : تيسير الاستعداد الى رتبة الاجتهاد (١) توفي سنة ٧٦٩ هـ.

١٧ ـ **ابن القاسم** : هو عبدالرحمن بن القاسم بن خالد بن جناده مولى زبيد بن الحارث العتقي يكنى بأبي عبدالله والعتقاء منهم ، ولد سنة ١٢٨ هـ توفي عصر سنة ١٩١ هـ ، وكان فقيها قد غلب عليه الرأي وروايته الموطأ عن مالك رواية صحيحة قليلة الخطأ (٢) .

١٨ ـ **ابن قتيبة الدينوري** : هو ابو محمد عبدالله بن مسلم « بن قتيبة » الدينوري وقيل المروزي صاحب كتاب المعارف وله تصانيف مفيدةمنها : «غريب القرآنوغريب الحديث » ومشكل القرآن «ومشكل الحديث» توفي سنة ٧٠ هـ وكانت وفاته فجأة صاح صيحة سمعت من بعد ثم اغمى عليه فمات ، وقتيبة واحدة الاقتاب والاقتاب: الأمعاء والدينوري : بالكسر نسبة الى دينور وهي بلدة من بلاد الجبل عند قرميشين (٣) .

١٩ ـ **ابن قيم الجوزية** : هو محمد بن أبي بكر بن ايوب بن سعد بن جرير الزرعي ثم الدمشقي ، الفقيه ، الاصولي ، المفسر النحوي ، شمس الدين ابو عبد الله بن قيم الجوزية ، ولد سنة ٦٩١ هـ وحبس مع الشيخ ابن تيمية ولم يفرج عنهالا بعد موت الشيخ ، وله تآليف كثيرة منها تهذيب سنن ابي داود . وزاد المعاد في هدي خير العباد «وكتاب اعلام الموقعين عن رب العالمين ، توفي رحمه الله عام ٧٥١ هـ ودفن في دمشق في الباب الصغير (٤) .

٢٠ ـ **ابن ماجة** : محمد بن يزيد « ابن ماجة» القزويني الحافظ المشهور ، مصنف كتاب السنن في الحديث ، كان رحمه الله اماما في الحديث ، عارفا بعلومه وجميع ما يتعلق به ، ارتحل الى العراق ، والبصرة ، والكوفة ، وبغداد ، ومكة ، والشام ، والري، ومصر ، لكتابة الحديث وكتب ايضا تفسير القرآن ، وله كتاب تاريخ ، وكتابهفي الحديث احد صحاح الستة ، وكانت ولادتهسنة ٢٠٩ ، وتوفي سنة ٢٧٣ هـ وماجة

---

(١) الدرر الكامنة في اعيان المائة الثامنة ٢ : ٢٦٦ ـ ٢٦٩ ، والنجوم الزهرة لابن تغري بردى ١١ : ١٠٠ ـ ١٠١ ، البدر الطالع ١ : ٣٨٦ ـ ٣٨٧ ، حسن المحاضرة للسيوطي ١ : ٣١٠ .

(٢) الانتقاء في فضائل الثلاثة الائمة الفقهاء ٥٠ ـ ٥١ .

(٣) التاج المكلل : ٥٩ ـ ٦٠ .

(٤) التاج المكلل ٤١٦ ـ ٤٢٠ ، البدر الطالع ٢ : ١٤٣ ـ ١٤٦ .

بفتح الميم والجيم ، وقزوين بفتح القاف وكسر الواو ، نسبة الى قزوين وهي من اشهر مدن عراق العجم ، وخرج منها جماعة من العلماء (١) .

٢١ ـ **أبن المواز ابو عبدالله محمد بن ابراهيم المواز :** كان من الاسكندرية تفقه بابن الماجشون وابن عبدالحكم واعتمد على اصبغ ، وطلب في المحنة فخرج من الاسكندرية هاربا الى الشام ، ولزم حصنا من حصونها حتى مات ، وذلك سنة ٢٨١ هـ ، والمعول بمصر على قوله (٢)

٢٢ ـ **ابن المنذر :** هو ابو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري صنف في اختلاف العلماء كتبا لم يصنف احد مثلها ، واحتاج الى كتبه الموافق والمخالف مات بمكة سنة ٣١٩ هـ (٣) ولم أعثر له إلا على جزء من كتاب مخطوط في دار الكتب المصرية .

٢٣ ـ **ابن نجيم :** هو العلامة الشيخ زيد الدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم اسم بعض اجداده ، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦ هـ واشتغل بالفقه ، والعربية ، والعلوم العقلية ، وانتفع بها خلق ، منهم اخوه صاحب النهر ، ومؤلفاته كثيرة منها البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، وشرح المنار في الأصول ، والاشباه والنظائر وتوفي رحمه الله سنة ٩٧٠ هـ وكان مع ذلك متصوفاً كريم الاخلاق حسن العشرة وقيل توفي سنة ٩٦٩ هـ. (٤)

٢٤ ـ **ابن هشام :** هو عبد الله بن يوسف المعروف بابن هشام ، صاحب مغني اللبيب في النحو ، وكان كثير المخالطة لابي حيان ، شديد الانحراف عنه . قال ابن خلدون ما زلنا ونحن بالمغرب نسمع انه قد ظهر بمصر عالم يقال له « ابن هشام » أنحى من سيبويه ولد سنة ٨٠٨ هـ ومات سنة ٧٦١ هـ (٥) .

٢٥ ـ **ابو اسحق الطرسوسي :** هو ابراهيم بن علي بن أحمد نجم الدين ابو اسحق الطرسوسي ابن القاضي عماد الدين ، ولد سنة ٧٢١ هـ وناب عن ابيه في قضاء دمشق ، ثم وليه استقلالا في سنة ٧٤٦ هـ توفي سنة ٧٥٨ هـ وله تصانيف كثيرة ، ومن تصانيفه

---

(١) التاج المكلل : ١١٣ ، تذكرة الحفاظ ، ٢ : ١٨٩ـ١٩٠ ، تهذيب التهذيب لابن حجر ٩ : ٥٣٠ـ ٥٣٢ ، الكامل لابن الاثير ٧ : ١٤٢ .

(٢) ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض ٣ : ٩١ .

(٣) السبكي ٢ : ١٢٦ ، ابن خلكان ٣ : ٣٤٤ .

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ٤ ـ ٥ .

(٥) التاج المكلل : ٣٨٧ .

(الفتاوي الطرسوسيه) وأرجوزة في معرفة مابين الاشاعرة والحنفية من الخلاف في أصول الدين وكتاب « رفع الكلف عن الاخوان في ذكر ما قدم فيه القياس على الاستحسان» (وكتاب مناسك الحج) وكتاب الاختلافات الواقعه في المصنفات) وكتاب محظورات الاحرام وغيرها من الكتب المفيده (١) .

٢٦ ــ **أبو اسحق الموصلي** : هو ابراهيم بن محمد أبو اسحق الموصلي ، القاضي ، قال في الجواهر : درس في المدرسة الصادرية(داخل دمشق بباب البريد على باب الجامع الأموي الغربي) مات سنة ٥٦٠ هـ ، ذكره الذهبي في تاريخه (٢) .

٢٧ ــ **أبو بكر الصديق**: (الخليفة الاول لرسول الله ﷺ ، وهو عبدالله بن عثمان بن عامر ابن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب . . توفي سنة ١٣ هـ وهو ابن ٦٣ وكانت خلافته سنتين وأشهرا ، ولم يكن احد يفتي بحضرة النبي ﷺ غير ابي بكر الصديق رضي الله عنه ، روى انه لما أقر ماعز بالزنا ثلاث مرات عند رسول الله ﷺ قال له ابو بكر رضي الله عنه : ان اقررت رابعة رجمك رسول الله ﷺ . روى ابن عوف عن ابن سيرين قال كانوا يرون ان الرجل الواحد يعلم من العلم مالا يعلمه الناس اجمعون قال : فكأنه رأى اني انكرت فقال : اني اراك تنكر ما أقول اليس ابو بكر كان يعلم ما لا يعلم الناس ثم عمر كان يعلم ما لا يعلم الناس ؟ وقاتل المرتدين وما نعي الزكاة من قوته في الاجتهاد ومعرفته بوجوه الاستدلال ما عجز عنه غيره (٣) .

٢٨ ــ **أبوثور هو ابراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي قال** : كنت من اصحاب محمد بن الحسن فلما قدم الشافعي علينا جئت الى مجلسه مستهزئاً ، فسألته عن مسألة من الدور (٤) فلم يجبني ثم سألني : كيف ترفع يديك في الصلاة؟فقلت هكذا فقال: اخطأت ، فقلت : هكذا ، وقال : أخطأت ، قلت : فكيف اصنع ؟ فقال حذو منكبيه حدثني سفيان عن الزهري عن سالم عن أبيه ان رسول الله ﷺ كان يرفع يديه واذا ركع ، قال ابو ثور فوقع في نفسي ذلك فجعلت أتردد عليه كثيراً وأقلل المجيء إلى محمد بن الحسن فقال : محمد لي يوما :يا أبا ثور احسب هذا

---

(١) الطبقات السنيه في تراجم الحنفية ٢ : ٢٤٦ ــ ٢٤٨ .

(٢) الطبقات السنيه في تراجم الحنفيه ١ : ٢٧٦ ، ٢٩٩ .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازي ٣٦ ــ ٣٧ .

(٤) الدور : والمقصود هنا هو هل يجوز بيع دور مكة أم لا ؟ .

الحجازي قد غلبنا عليك ، قلت : أجل الحق معه . قـال : فكيف ذلك ؟ قلت كيف ترفع يديك في الصلاة ؟ فأجابني على نحو ما أجبت الشافعي فقلت : أخطأت قال : كيف اصنع ؟ قلت حدثني الشافعي عن سفيان عن الزهري عن سالم عن ابيه ان النبي ﷺ كان يرفع يديه حذو منكبيه ، واذا ركع ، واذا رفع ، قال ابو ثور : فلما كان بعد شهر وعلم الشافعي أني قد لزمته للتعلم منه قـال : يا أبا ثور ، خذ مسألتك في الدور فانما منعني ان أجيبك يومئذ لانك كنت متعنتا وحديث علم. توفي ببغداد سنة ٢٠٤ هـ (١) .

٢٩ ـ **ابوحنيفة** : هو ابو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى مولى بني تـيم الله بن ثعلبة ، ولد ابو حنيفة عام ٨٠ هـ وتوفي سنة ١٥٠ هـ قال حفيده اسماعيل بن حماد : نحن من ابناء فارس الاحرار ، والله ما وقع علينا رق قط ، وهو من اتبـاع التابعين ادرك اربعة من الصحابة : انس بن مالك بالبصرة ، وعبد الله بن ابي اوفى بالكوفة ، وسهل بن سعد الساعدي بالمدينة ، وابو الطفيل عامر بن واثلة بمكه ، ولم يلق احدا منهم وحجز ، على ابي حنيفه في الفتيا ، ولكن سبب حجره : كانت امرأه مجنونة يقال لها أم عمران مر بها انسان فقال لها شيئا فقالت يا ابن الزانيين . وابن ابي ليلى قائم يسمع فأمر أن يؤتى بها ، فادخلها المسجد وهو فيه فضربها حدين حدا لأبيه وحدا لأمه ، فبلغ ذلك ابا حنيفة فقال اخطأ فيها من ستة مواضع : المجنونة لاحد عليها واقام الحد عليها في المسجد ، ولا تقام الحدود في المساجد ، وضربها قائمة ، والنساء يضربن قعودا ، وأقام عليها حدين ، ولو ان رجلا قذف قومـا ماوجب عليه الا حد واحـد ، وضربهـا والابوان غائبـان ، ولا يكون ذلك الا بمحضرهما لأن الحد لا يكون الا لمن يطلبه ، وجمع بين الحدين في مقـام واحد ، ومن وجب عليه حدان لم يقم عليه احدهما حتى يجف الاخر ثم يضرب الحد الثاني ، فبلغ ذلك ابن أبي ليلى فذهب الى الامير فشكاه فحجر الامير على ابي حنيفة ان يفتي . وكان ورعاً عرضت عليه الدنيا بذاخيرها فلم يقبلها وتوفي رحمه الله سنة ١٥٠ هـ (٢) .

---

(١) الانتقاء : ١٥٧ ، الفهرست : ٢١١ ، والسبكي : ١ : ٢٢٧ ، وطبقات الفقهاء للشيرازي ١٠١ـ١٠٢

(٢) الانتقاء في فضائل الائمة الثلاثة الفقهاء : ١٣٢ : / ١٥٢ / ١٦٨ ، تاريخ الفقه الاسلامي للاستاذ محمد علي السايس : ٢٩١ ـ ٢٩٤ .

٣٠ ـ **أبو داود** : هو سليمان بن الاشعث بن اسحق بن بشير بن شداد بن عمر بن عمران الازدي السجستاني ، احد حفاظ الحديث ، وعلمه ، وعلله ، وقد جمع كتاب السنن قديما وعرضه على الامام احمد بن حنبل فاستجاده واستحسنه ، وقال ابو داود : كتبت عن رسول الله ﷺ خمسمائة الف حديث انتخبت منها ما ضمنته هذا الكتاب يعني « السنن » جمعت فيه أربعة آلاف وثمانمائة حديث ، ذكرت الصحيح وما يشبهه ويقاربه وكانت ولادته سنة ٢٠٢ هـ ، وقدم بغداد مرارا ثم نزل الى البصرة وسكنها وتوفي بها سنة ٢٧٥ هـ رحمه الله (١) .

٣١ ـ **أبو سعيد الاصطخري** : ولد سنة ٢٤٤ هـ ومات سنة ٣٢٨ هـ ، وقد ولي القضاء ، وولي الحسبه ببغداد ، وكان ورعاً ، وصنف كتابا حسناً في آداب القضاء (٢) . وآراؤه في الفقه جيدة .

٣٢ ـ **أبو سلمة** : هو محمد بن على البياسي الغرناطى ، روى عن الحافظ ابو الزبير ،وقدم الى القاهرة واستوطنها بعد الحج ، حتى مات فيها سنة ٧٠٣ هـ ، وكان عارفا بالحديث ومال الى مذهب الظاهريه ، وانتفع به جماعة من طلبة الحديث وكان ثقة رحمة الله تعالى عليه (٣) .

٣٣ ـ **أبو عبيد الله القاسم بن سلام** : كان ابوه عبدا روميا لرجل من اهل هراة ، ذكره ابن درستويه النحوي ، فقال : وممن جمع صنوفا من العلم وصنف الكتب في كل فن من العلوم والآداب : ابو عبيد القاسم ابن سلام : ولما عمل ابو عبيدالله كتاب غريب الحديث ، عرضة على عبد الله بن طاهر فاستحسنه وقال : ان عقلا بعث صاحبه على عمل هذا الكتاب لحقيق ان لايحوج الى طلب المعاش فرتب له عشرة آلاف درهم في كل شهر ، وقد اختلف في وفاته فقال البخاري : مات ابو عبيد الله سنة ٢٢٤ هـ وقال غيره سنة ٢٢٣ هـ بمكة وقيل ثنتين وعشرين ومائتين في خلافة المعتصم بالله العباسي (٤) .

---

(١) التاج المكلل ٥٣ ـ ٥٤ ، تذكرة الحافظ ٢ : ١٥٣ ـ ١٥٤ ، تاريخ بغداد ٩ : ٥٥ .
(٢) الفهرست : ٢١٣ ، ، ابن خلكان : ١ : ، ١٩٣ .
(٣) التاج المكلل : ٢٨٨ .
(٤) طبقات الحنابلة : ١ : ٢٦١ ـ ٢٦٢ .

٣٤ ـ **أبو قلابة** : هو عبد الله بن زيد بن عمرو الحربي الازدي ، مات بالشام سنة ١٠٧ هـ قال مسلم بن يسار : لوكان ابو قلابة من العجم لكان موبذ الموبذان (١) ويروى ان ابا قلابة حضر عند عمر بن عبد العزيز فسأله عن القسامة فذكره ثم قال لكن هذا الجند لايزال بخير ماابقاك الله بين اظهرهم (٢) لفهمه في الفقه.

٣٥ ـ **ابو موسى الأشعري** : هو عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري : مات بالكوفة سنة ٥٢٠ هـ وكان من بعثة رسول الله ﷺ الى اليمن ليعلم الناس القرآن ، وولاه عمر رضي الله تعالى عنة البصرة ، وقال أبو البختري : سئل علي بن أبي طالب عن أبي موسى فقال : صبغ في العلم صبغة ، وقال مسروق : كان العلم في ستة نفر من أصحاب رسول الله ﷺ يصفهم أهل الكوفة : عمر ، وعلي ، وعبد الله ، وأبوموسى، وأبي ، وزيد بن ثابت (٣) رضي الله تعالى عنهم أجمعين .

٣٦ ـ **أبو هريرة رضي الله تعالى عنه** : اختلف المؤرخون في اسمه واسم أبيه ـ في الجاهلية والاسلام ـ على تسع عشرة أقوال: عبد الله بن عائذ، أوعبد الله بن غنم، أوعبد شمس، أوعبد نهم ، أو عمرو بن عبد غنم، أوعامر بن عبد شمس ، أو عبد يا ليل ، أو عبد العزى ، أو عامر بن عمر ، أو عمر بن عامر ، أو سعد بن الحارث ، أو سكين بن رزقه ، أو سكين بن حل ، أوسكين بن صخر ، أو سكين بن هاني ، أو عبد الله بن عمرو ، أو عبد الرحمن بن صخر ، أو عبد الرحمن بن غنم ، أو أبو الأسود ، وأشهر الروايات ان اسمه في الجاهلية عبد شمس أو عبد عمرو ، وفي الاسلام، عبد الله ، أو عبد الرحمن بن صخر ، وغلبت عليه كنيته ، فهو كمن لا اسم له ، وانما سمي أبا هريرة ، لأنه كانت له هرة صغيرة يحملها معه . كان من أهل الصفة ، أسلم عام خيبر ، وشهدها مع النبي ﷺ ثم لزمه ثلاث سنين ، وواظب عليه راغبا في العلم، راضيا بشبع بطنه وكان يدور معة حيث دار ، ويحضر ما لا يحضره أحد منهم ، لملازمته النبي ﷺ .

---

(١) الموبذ والموبذان : لفظتان فارسيتان معناهما الفقيه في الدين المجوسي ، واضافة احداهما الى الاخرى يراد فها هنا فقيه الفقهاء .

(٢) طبقات الفقهاء للشيرازى ٨٩ .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازى ٤٤ .

روى البخاري عنه قال: قلت: يارسول الله، أسمع منك أشياء فلا أحفظها، قال: أبسط رداءك، فبسطه، فبسط حديثا كثيرا ثم قال اضممه، فما نسيت شيئا حدثني به. توفي سنة تسع أو ثمان أو سبع وخمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة بالمدينة أو بالعقيق (١).

٣٧ ـ **أبو يوسف**: هو يعقوب بن ابراهيم من أصحاب ابي حنيفة وتلاميذه، وكان من اصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي، وقد أخذ الفقه عن محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى، وولي القضاء لهارون الرشيد، مات ببغداد سنة ١٨٢ هـ، وهو أول من تلقب بلقب قاضي القضاه (٢).

٣٨ ـ **الاجهوري**: هو ابو الحسن نور الدين علي بن زين العابدين بن محمد بن زين الدين الاجهوري، ولد بمصر سنة ٩٦٧ هـ شرح مختصر خليل شرحا جامعا وله «مواهب الجليل في تحرير ما حواه مختصر خليل» وشرح على رسالة بن ابي زيد ورسالة في المغارسة واحكامها «وغاية البيان لحل شرب ما يغيب العقل من الدخان» توفي ١٠٦٦ هـ (٣).

٣٩ ـ **أحمد بن حنبل**: هو احمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن ذهل بن شيبان، وقال ابو عبيد القاسم ابن سلام: انته العلم الى اربعة: احمد بن حنبل، وعلي ابن المديني، ويحيى بن معين، وابي بكر بن شيبة، وكان احمد بن حنبل افقههم فيه وكان عالما في الحديث، والفقه، واللغة، واماما في القرآن، واماما في الزهد، والورع، واماما في السنة، تفقه على الشافعي ثم اصبح مجتهداً مستقلا، وبرز على اقرانه بحفظ السنة النبوية والذب عنها وجمع شتاتها، فكتابه المسند حوى نيفا واربعين الف حديث، وقد اعطى من قوة الحفظ ما لم يكن لغيره، قال الشافعي عنه: خرجت من بغداد وما خلفت فيها افقه، ولا أروع، ولا أزهد، ولا أعلم، من ابن حنبل، وامتحن احمد بن حنبل في زمن خلفاء العباسيين المأمون، والمعتصم، والواثق، بالضرب والحبس والاقامة والارهاب، وأريد القول بخلق القرآن، فابى كل الاباء وما وهن ولاضعفت عزيمته لهذا الايذاء. قال ابن المديني: ان الله أعز الاسلام برجلين أبي بكر يوم الردة وابن حنبل يوم المحنة ـ وامتحن في ايام المتوكل بالتكريم

---

(١) مفتاح السعاده ومصباح السياده ٢ . ٧٠ ـ ٧١، وغاية النهاية في طبقات القراء للجزري ١ : ٣٧٠.
(٢) الجواهر المضيه : ٢ : ٢٢٠، الفهرست : ٢٠٣، عبر الذهبي ١ : ٢٨٤ . والشيرازي : ١٣٤
(٣) تاريخ الفقه الاسلامي للسايس ١٢٤ .

والتعظيم وبسط الدنيا فما ركن اليها رحمه الله ، وتوفي سنة٢٤١ هـ وله سبع وسبعون سنه (١)

٤٠ ـ **الأردبيلي** : هو أحمد بن عبد الله بن عوض، الشهاب بن الجلال الأردبيلي الشرواني القاهري ولد سنـــة ٧٩١ هـ تعلم اللغـــة التركية وتقرب بها عند الدولة ، مات سنة ٨٤٤ هـ (٢) .

٤١ ـ **الاسفراييني** : هو طلحة بن الحسين بن محمد بن الحسين بن طلحة أبو محمد الاسفراييني مات في دهليز الحمـــام فجأة ، وذلك في خامس ذي الحجـــة سنة ست وأربعـــين وخمسمائة (٣) .

٤٢ ـ **أشهب** : كان صاحبا للشافعي يتذاكران الفقه ، وهو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي ، ثم العامري ، ويكنى أبا عمرو ، واشهب لقب غلب عليه ، وكان كاتب خراج مصر توفي سنة ٢٠٤ هـ وفيها مات الشافعي ، وكان بين موتيهما ثمانية عشر يوما ، ويقول الشافعي عنه وخلف الى مصر فلم ار افقه من اشهب بن عبدالعزيز (٤) .

٤٣ ـ **الاصطخري** : هو أحمد بن اسحاق بن أحمد أبو جعفر الاصطخري الحلبي ، قاضي حلب الملقب بالجرذ، وذكره ابن عساكر ، وقال : قضى بحلب في أيام سيف الدولة بن حمدان كـــذا ذكره عبدالقادر في (الجواهر) وذكره الذهبي ، فيمن توفي في حدود سنة ٣٥٠ هـ . (٥)

٤٤ ـ **الأوزاعي** : ابو عمرو عبدالرحمن بن عمرو بن يحمد (الاوزاعي) أمام أهل الشام، كانت ولادته ببعلبك ، سنة ٨٨هـ وقيـــل سنة ٩٣هـ ، ذكر الحافظ ابن عساكر في تاريخ دمشق : أن الاوزاعي دخل الحمام ببيروت وكان لصاحب الحمام مشغل فاغلق الحمام عليه وذهب ثم جاء ففتح الباب فوجده ميتاً ، قد وضع يده اليمنى تحت خده وهو مستقبل القبلة . وقيل ان امرأته فعلت ذلك ولم تكن عامدة لذلك ، توفي سنة

---

(١) طبقات الحنابله : ١ : ٤ ـ ٢٠ ، تاريخ الفقة الاسلامي للاستاذ السايس ١٠٧ ـ ١٠٨ .
(٢) الطبقات السنية في تراجم الحنفيه ١ : ٤٣٤ ـ ٤٣٥ .
(٣) طبقات الشافعيه الكبرى ٧ : ١١٨ .
(٤) الانتقاء في فضائل الثلاثه الائمة الفقهاء ٥١ ـ ٥٢ ، ١١٢ ـ ١١٣ .
(٥) الطبقات السنيه في تراجم الحنفية ١ : ٣١١ .

١٥٧هـ بمدينة بيروت وأهل القرية لا يعرفونه ، ويقولون ههنا رجل صالح يـنزل عليه النور ولا يعرفه الا الخواص من الناس (١) .

٤٥ـ **الباجي** : أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن ايوب بن وارث التجيبي المالكي الاندلسي الباجي ولد سنة ٤٠٣هـ بمدينـة بطليموس ، وصنف كتبا كثيرة منها : كتاب المنتقي ، « التعديل والتجريح فيمن روى عنه البخاري في الصحيح » ،وذكر له المقري في نفح الطيب ترجمة حافلة قال فيها : ان كتابه « المنتقي في شرح الموطأ « ذهب فيه مذهب الاجتهاد وايراد الحجج وهو ما يـدل على تبحره في العلوم والفنون ، توفي ـ رحمه الله ـ بالمرية ـ عام ٤٧٤ هـ ودفن بالرباط على ضفة البحر (٢) .

٤٦ـ **البغوي** : اسحق بن ابراهيم بن عبدالرحمن ،أبو يعقوب المعروف بالبغوي ، قرابة احمد بن منيع يلقب لؤلؤ سمـع اسماعيل بن عليـه ، ومحمد بن ربيعة الكلابي ، ووكيع بن الجراح ، وأبا قطن القطيعي ، واسحاق الازرق ،وداود بن عبدالحميد المغني توفي سنة ٢٥٩ هـ (٣) .

٤٧ـ **البيضاوي** : هو الامام القاضي ناصر الدين أبو الخير عبدالله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي البيضاوي ، من قرية يقال لها : البيضاء من عمل شيراز .

قال الأسنوي عنه في طبقات الشافعية : كان رجلا عالما بعلوم كثيرة ، صالحا ، خيراً صنف التصانيف المشهورة في أنواع العلوم منها : مختصر الكشاف ، مختصر الوسيط في الفقه المسمى « بالغاية » ، المنهاج في الأصـول ، شرح مختصر ابن الحاجب في الأصول . (٤)

٤٨ـ **الترمذي** : أبوعيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الضرير البوفي الترمذي الحافظ المشهور ، أحد الائمة الذي يقتدي بهم في علم الحديث ، وله

---

(١) التاج المكلل : ٦٣ .

(٢) التاج المكلل من من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول ٥٥ـ٥٦ .

(٣) طبقات الحنابلة ١ : ١٠٩ـ١١٠ .

(٤) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٥:٥٩ ، والبداية لابن كثير ١٣ : ٣٠٩ ومرآة الجنان لليافعي ٤:٢٢٠ ، ومفتاح السعادة ومصباح السياده لطاش كبرى زاده ٢:١٠٣ـ١٠٥ .

من الكتب (الجامع) (والعلل) وكان يضرب بالترمذي المثل من حيث الاتقان ، وهو تلميذ البخاري ولد سنة ٢٠٩هـ وتوفي سنة ٢٧٩هـ وقال السمعاني توفي بقرية بوغ في سنة ٢٧٥هـ وذكره في كتاب الانساب في نسبة البوغي ، وبوغ قريـــة من قرى ترمذ على ستة فراسخ منها (١) .

٤٩ــ **تقي الدين بن تيمية** : هو شيخ الاسلام احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي ، تقي الدين ابو العباس ، ولد سنة ٦٦١هـ وله تصانيف كثيرة جدا ، وتوفي في القلعة بدمشق سنة ٧٢٨هـ . (٢)

٥٠ــ **الحسن البصري** : ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه ، ومات بالبصرة سنة ١١٠ هـ وهو ابن ٨٨ سنة ، وسئل انس بن مالك عن مسألة فقال : سلوا مولانا الحسن فإنه سمع وسمعنا فحفظ ونسينا . وروى بلال بن أبي بردة قال : سمعت أبي يقـــول : والله لقـــد ادركت اصحاب محمد ﷺ فمـــا رأيت احـــدا أشبه باصحاب محمد ﷺ من هذا الشيخ يعني الحسن . وقال علي بن يزيـــد : أدركت عروة بن الزبير ، وسعيد بن المسيب ، ويحيي بن جعدة ، والقاسم بن محمد ، وسالما وآخرين فلم أر مثل الحسن ، ولو ان الحسن ادرك أصحاب رسول الله ﷺ وهو رجل لاحتاجوا الى رأيه (٣) .

٥١ ــ **الحسن بن زياد** : هو الحسن بن زياد اللؤلؤي من أصحاب أبي حنيفة ، ولي القضاء ثم استعفى عنه ، وقدقال عنه يحيى بن آدم : ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد ، توفي رحمه الله عام ٢٠٤ هـ (٤) .

٥٢ ــ **الحكم بن عتيبة** : هو مولى كندة مات سنة ١١٥ هـ قال الأوزاعي : قال لي يحيى بن أبي كثير ونحن بمنى : لقيت الحكم بن عتيبة ؟ قال : قلت : نعم قال : ما بين لا بتيها احداً أفقه منه ، قال : وبها عطاء بن أبي رباح وأصحابه (٥) .

---

(١) التاج المكلل : ١١٢ــ١١٣ .

(٢) التاج المكلل : ٤٢٠ــ٤٣٠ .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازي ٨٧ .

(٤) الجواهر المضية ١ : ١٩٣ ، الفهرست ٢٠٤ ، وعبر الذهبي ١ : ٣٤٥ .

(٥) طبقات الفقهاء للشيرازي ٨٢ ــ ٨٣ .

٥٣ ـ **الحكم بن نافع** : هو ابو اليمان حدث عن جماعة منهم امامنا احمد ، يقول نافع : قال لي أحمد بن حنبل كيف سمعت الكتب من شعيب بن أبي حمزة ؟ قلت : قرأت عليه بعضه ، وبعضه قرأه علي ، وبعضه أجازه ، وبعضه تناوله . فقال : قل في كله : أخبرنا شعيب وهذا الحكم احد شيوخ الحربي ، وقد روى البخاري عنه في الصحيح (١) .

٥٤ ـ **حماد بن أبي اسماعيل** : هو ابو اسماعيل حماد بن أبي سليمان ، مولى ابراهيم بن ابي موسى الاشعري ، تفقه بابراهيم ومات سنة ١٠٩ وقيل سنة ١٢٠ هـ قال عبد الملك بن اياس : قيل لابراهيم من لنا بعدك ؟ فقال حماد (٢) .

٥٥ ـ **الخرشي**: هو أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي : اخذ العلم عن جماعة من الاعلام وكان مجلسه بمدرسة الاقبغاوية بالازهر ، يقرأ فيه درسه من بعد الفجر الى الضحى ، كان شيخ المالكية واماما في مختلف العلوم ، ومرجعاً في الفتوى له شرح نفيس على مختصر خليل ، ويقول : الشيخ السايس : « لا تجد فيه من الصعوبة والادماج ما تجده في أغلب مؤلفات المالكية المتأخرين » مات سنة ١١٠١ هـ (٣) .

٥٦ ـ **الخرقي** : هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي له مصنفات كثيرة في مذهب أحمد بن حنبل لم ينشر فيهـــا الا المختصر في الفقه ، لأنه خرج من مدينة السلام لما ظهر سب الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ، واودع كتبه في درب سليمان ، فاحترقت الدار التي كانت فيها الكتب ولم تكن انتشرت لبعده عن البلد ، وقد توفي رحمه الله سنة ٣٣٤ هـ وذلك بدمشق (٤) .

٥٧ ـ **الخصاف** : هو أحمد بن عمر ، وقيل عمرو ، وقيل مهران الشيباني أبو بكر الخصاف وقد صنف للمهتدي (كتاباً في الخراج) ومن كتبه (كتاب الحيل) وكتاب (الوصـــايا) وكتاب (الشروط الكبير) ، و (الشروط الصغير) وكتاب (أدب

---

(١) طبقات الحنابلة ١ : ١٤٩ .

(٢) طبقات الفقهاء للشيرازي ٨٣ .

(٣) تاريخ الفقه الاسلامي للشيخ السايس ١٢٤ـ١٢٥

(٤) طبقات الحنابلة ٢ : ٧٥ ـ ١١٨ ، وفيات الاعيان لابن خلكان ١ : ٤٨٩ ، النجوم الزاهرة ٣ : ٢٨٩ ، تذكرة الحافظ ٣ : ٦٢ .

القاضي) وهو مخطوط في مجلد كبير في دار الكتب ليته يحقق ، وكتاب (النفقات على الأقارب) توفي سنة ٢٦١ هـ (١) .

٥٨ ـ **الخطابي** : هو أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب « الخطابي » البستي فقيهاً ، ومحدثاً ، له تصانيف بديعة منها « غريب الحديث » ومعالم السنن في شرح سنن أبي داود واعلام السنن في شرح البخاري وكتاب الشجـــاع وكتاب شأن الدعاء ، وكتاب اصلاح غلط المحدثين » وغير ذلك .

والخطابي بفتح الخـــاء المعجمة وتشديد الطاء المهملة ، نسبة الى جده الخطاب المذكور ، لأنه يقال انه من ذرية زيد بن الخطاب ، والبستي نسبة الى مدينة في بلاد كابل ، توفي رحمه الله سنة ٣٨٨ بمدينة بست (٢) .

٥٩ ـ **خليل الكردي** : هو ابو الضياء خليـل بن اسحق الكردي المصري ، شرح مختصر ابن الحاجب في اصول الفقه سماه (التوضيح) ثم اختصر هذا المختصر ، وقد بالغ في اختصاره حتى عد من الالغاز ، ولذا فقد عني العلماء به وقصروا همهم عليه حتى قيل ان شروحه وحواشيه نيفت على الستين مات سنة ٧٧٦ هـ (٣) .

٦٠ ـ **داود بن نصير الطائي الكوفي** : أصله من خراسان ، وكان من أجلة أصحاب الامام أبي حنيفة ، وكان من العباد والزهاد ، قال الحسن بن الربيع لابن مبارك : ما بال داود ارتفع ذكره ، وفي البلد رجال كسفيان واصحابه ، قال : انمـــا عظم أمره عندهم ، لعظم أمر الله تعالى في قلبه ، وما ترك داود الناس الا لمعرفتـه . توفي سنة خمس وستين ومائة في خلافة المهدي (٤) .

٦١ ـ **الرازي** : هو أحمد بن علي ابو بكر الرازي المعروف بالجصاص وهو لقب له ، وله تصانيف كثيرة مشهورة،ضمنها أحاديث رواهاعن أبي العباس الاصم النيسابوري، منها : أحكام القرآن وشرح مختصر الطحاوي ، وشرح الجامع لمحمـــد بن الحسن وغيرها . توفي سنة ٣٧٠ هـ عن خمس وستين سنة (٥) .

---

(١) الطبقات السنية في تراجم الحنفية ١ : ٤٨٤ ـ ٤٨٥ .
(٢) التاج المكلل : ٤٣ .
(٣) تاريخ الفقة الاسلامي للسايس ١٢٤ .
(٤) مفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢ : ٢٥٠ ـ ٣٥٢ .
(٥) الطبقات السنية في تراجم الحنفية ١ : ٤٧٧ ـ ٤٨٠ .

٦٢ ـ **الرازي** : هو محمد بن عمر ابن الحسن بن الحسين ، التيمي البكري ، الامـام فخر الدين الرازي بن خطيب الري . ولد الامام سنه ثلاث أو أربع وأربعـين وخمسمائة وكان أول أمره فقيراً ، ثم فتحت عليه الأرزاق ، وانتشر اسمه وبعـد صيته في الآفاق ، وكان اذا ركب يمشي حوله نحو ثلاثمائة من الفقهاء وغيرهم ، وكان كثير الأزراء بالكرامية ، فوضعوا عليه من سقاه سماً فمات منه . وله تصانيف كثيرة ، منها : التفسير الكبير ، وكتاب المحصول ، وشرح وجيز الغزالي في الفقه ، وغيرها تزيد على عشرين كتـاباً . توفي بهراة في يوم الاثنين يوم عيـد الفطرسنة ست وستمائة (١) .

٦٣ ـ **الرافعي** : هو عبد الكريم بن محمـد ابو القاسم الرافعي القزويني ، صنف (شرح الوجيز) في اثني عشر مجلدا لم يشرح الوجـيز بمثله ، وصنف شرحا لمسند الشافعي رحمه الله ، مـات بقزوين سنة ٦٢٣ وخرج لكتاب ابن حجر تخريجا سمـاه « التلخيص » (٢) .

٦٤ ـ **ربيعة** : هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، وأبو عبد الرحمن اسمـه فروخ ، وهو مولى تيم ابن مرة ، ويعرف بربيعةالرأي ، أدرك من الصحابةأنس بن مالك، والسائب بن يزيد ، وعامة التابعين ، قال يحيى بن سعيد الأنصاري : مـا رأيت أحدا أفطن من ربيعة ، وقال اسوار بن عبدالله العنبري ما رأيت أحداً أعلم مـن ربيعة الرأي ، فقيل له : ولا الحسن وابن سـيرين ؟ فقال ولا الحسن وابن سيرين مات سنة ١٣٦ هـ (٣) .

٦٥ ـ **الروياني** : هو عبد الكريم بن شريح بن عبد الكريم بن أحمد بن محمـد الروياني قاضي آمل طبرستان ، وكان اماما فاضلا ، مناظرا ، فقيهاً ، حسن الكلام فصيح النطق ، ورد نيسابور وأقام بها ، وقد تكلم في مسألة القتل بالمثقل ، مات بنيسابور في شهر رمضان سنة احدى وثلاثين وخمسمائة (٤) .

---

(١) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٥ : ٣٥ ، مرآة الجنان لليافعي ٤ : ٧ ـ ١١ ، طبقات المفسرين للسيوطي ٣٩ ، والنجوم الزاهرة ٦ : ١٩٧ـ١٩٨ ، ومفتاح السعادة ٢ : ١١٦ـ١٢٣ .

(٢) التاج المكل ١٧٠ .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازي ٦٥ .

(٤) طبقات الشافعية الكبرى ٧ . ١٧٦ ـ ١٧٧ ، ومعجم البلدان لياقوت الحموي ٢ : ٨٧٤ .

٦٦ ـ **زفر** : هو زفر بن الهذيل العنبري التيمي فكان كبيراً من كبار اصحاب أبي حنيفة وافقهم ، وكان يقال انه كان احسنهم قياسا ولي القضاء بالبصرة فقال له ابوحنيفة قد علمت ما بيننا وبين أهل البصرة من العداوة والحسد والمناغسة ما أظنك تسلم منهم ، وعندما قدم البصرة قاضيا اجتمع اليه أهل العلم ،وصاروا يناظرونه في الفقه يوما بعد يوم فكان اذا رأى منهم قبولاً حسنا واستحسانا لما يجيء به قال لهم هذا قول أبي حنيفة ، وعند ذلك يسألونه ايحسن ابا حنيفة هذا ؟ فيقول لهم نعم وأكثر من هذا فلم يزل بهم حتى رجع كثير منهم عن بغضه الى محبته والى القول الحسن فيه بعدما كانوا عليه من القول السيء فيه ومات زفر رحمه الله سنة ١٥٨ ﻫ ابن ثمان وأربعين سنة (١) .

٦٧ ـ **زكريا الأنصاري** : ولد سنة ٨٢٦ ﻫ فحفظ القرآن وعمدة الاحكام وبعض مختصر التبريزي في الفقه ثم تحول الى القاهرة سنة ٨٤١ وقرأ في جميع الفنون واذن له شيوخه بالافتاء ، والتدريس ، وتصدر وافتى ، وعلّم ،وصنف التصانيف منها : «فتح الوهاب شرح الآداب » وغاية الوصول في شرح الفصول « وشرح الروض مختصر الروضة» لابن المقري وله حاشية على شرح البهجةللولي العراقي ، وله شروح ومختصرات في كل فن من الفنون انتفع الناس بها وتنافسوا فيها ودرست في امكنة متعددة وعمر حتى جاوز المائة او قاربها ومات يوم الجمعة سنة ٩٢٦ ﻫ (٢) .

٦٨ ـ **الزمخشري** : هو ابو القاسم جار الله محمود بن عمر بن محمد بن احمد الزمخشري ، الخوارزمي ولد في رجب سنة سبع وستين وأربعمائة ، بزمخشر ، وهي قرية كبيرة من قرى خوارزم وكان حنفيا ثم صار معتزلياً ، وله تصانيف كثيرة تنيف عن ست وعشرين كتاباً ، منها الكشاف ، والفائق في غريب الحديث ، وأساس البلاغه ، والمفصل في النحو ، والرايض في الفرائض ، توفي بقصبة جرجانية خوارزم ليلة عرفه من سنة ثمان وثلاثين وخمسمائة بعد رجوعه من مكة شرفها الله . (٣)

٦٩ ـ **الزيلعي** : هو ابو محمد عثمان بن علي بن محجن الملقب بفخر الدين الزيلعي نسبة الى زيلع بلدة على ساحل بحر الحبشة ، وكان مشهورا بالفقه ، والنحو ،والفرائض

---

(١) الانتقاء في فضل الثلاثة الائمة الفقهاء ١٧٣ ـ ١٧٤ .

(٢) البدر الطالع ١ : ٢٥٢ـ٢٥٣ ، تاريخ الفقه الاسلامي ١٢٦ .

(٣) وفيات الاعيان لابن خلكان ٢ : ١٠٧ ـ ١١٠ ، معجم الأدباء لياقوت الحموي١٩ : ١٢٦ ـ ١٣٥ الكامل لابن الاثير ١١ : ٣٧ ، وتاج التراجم ٥٣ .ومفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢ : ١٢٠ .

وضع شرحا على كنز الدقائق سماه تبيين الحقائق وهو شرح معتمد مقبول، وقد تكلم على احاديث الاحكام الواقعة في الهداية وسائر كتب الحنفية في كتاب : نصب الراية ، وذكر صاحب الكشف ان له شرحاً مع الجامع الكبير وتوفي رحمه الله سنة ٤٧٣ هـ. (١)

٧٠ ـ **سحنون** : هو أبو سعيد سحنون بن سعيد التنوخي، وسحنون لقب ، واسمه عبدالسلام، وقد تفقه على ابن القاسم ، وابن وهب ، واشهب ، وانتهت اليه الرياسة في العلم بالمغرب ، وصنف المدونة ، وعليها يعتمد أهل القيروان وعنه انتشر علم مالك في المغرب ، مات سنة ٢٤٠ هـ بالمغرب . (٢)

٧١ ـ **السرخسي** : هو محمد بن احمد بن سهل ، أبو بكر ، شمس الأئمة ، قاض من كبار الاحناف ، مجتهد من أهل سرخس في خراسان ، أشهر كتبه (المبسوط) في الفقه في ثلاثين جزءا ، أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند بفرغانه ، وله شرح الجامع الكبير للامام محمد ، والأصول في أصول الفقه ، وشرح مختصر الطحاوي ، توفي أواخر القرن الخامس (٣) .

٨٢ ـ **سعيد بن جبير** : هو سعيد بن جبير بن هشام الأسدي الرابي ، مولاهم أبو محمد الكوفي التابعي قال سفيان الثوري : خذوا التفسير عن أربعة : عن سعيد بن جبير، ومجاهد وعكرمة ، والضحاك ، قال قتادة ، أعلم التابعين أربعة : أعلمهم بالمناسك : عطاء ابن أبي رباح ، وأعلمهم بالتفسير : سعيد بن جبير ، وأعلمهم بالسير : عكرمة ، وأعلمهم بالحلال والحرام : الحسن البصري ، قتله الحجاج بواسط شهيداً سنة خمس أو أربع وتسعين عن تسع وخمسين سنة (٤) .

٧٣ ـ **سعيد بن المسيب** : هو أبو محمد سعيد بن المسيب بن مزن بن أبي وهب المخزومي ، ولقد لسنتين مضتا من خلافة عمر ومات سنه ٩٤ ، قال عبدالرحمن بن يزيد بن أسلم ، لما مات العبادلة : عبدالله بن عباس ، وعبدالله بن الزبير ، وعبدالله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص ، صار الفقه في جميع البلدان الى الموالي ، فقيه مكه عطاء وفقيه اليمن طاووس ، وفقيه اليمامة يحيى ابن أبي كثير ، وفقيه البصرة الحسن،

---

(١) تاريخ الفقه الاسلامي للشيخ محمد علي السايس ١٢٢ .
(٢) المدارك ٢ : ٥٨٥ . وطبقات الفقهاء للشيرازي ١٤٦
(٣) الاعلام للزركلي ٦ : ٢٠٨ . الطبقات السنية في تراجم الحنفية ١ : ١٣٠ .
(٤) مفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢ : ٧٤ ، ٢٢

وفقيه الكوفه ابراهيم النخعي ، وفقيه الشام مكحول، وفقيه خراسان عطاءالخرساني الا المدينة فإن الله قد خصها بقرشي فقيه غير مدافع سعيد بن المسيب (١) .

٧٤ـ **سفيان الثوري** : أبو عبدالله سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب رافع الثوري الكوفي ، قال سفيان بن عيينه : مارأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري . قال : المسعودي في مروج الذهب قال المهدي : اكتبوا عهده على قضاء الكوفه على أن لا يعترض عليه في حكم ، فكتب عهده ودفع اليه ، فأخذه وخرج ، فرمى به في دجلة وهرب ، فطلب في كل بلدفلم يوجد ، ولما امتنع من قضاء الكوفة تولاه شريك ابن عبدالله النخعي،مولده في سنة ٩٥وتوفي بالبصرة سنة ١٦١متواريا من السلطان ودفن عشاء ولم يعقب (٢) .

٧٥ـ **السيوطي** : هو ابو الفضل جلال الدين عبدالرحمن بن الكمال ابن بكر بن محمد بن سابق الخضري الاسيوطي الشافعي : ولد سنة ٨٤٩ ونسب الى اسيوط وله فيها رسالة تسمى « المضبوط في اخبار اسيوط » ومقامة تسمى « المقامة الأسيوطية » وكان السيوطي صاحب فنون ، واماما في كثير من العلوم ، ورزق التبحر في سبعة علوم : التفسير ، الحديث ، الفقه ، النحو ، المعاني ، البديع ، على طريقة العرب والبلغاء ، لا على طريقة العجم وأهل الفلسفة ، أما مؤلفاته فالله سبحانه وتعالى بارك للسيوطي في عمره ووقته فألف في كل فن ، وكان في بعض المؤلفات نسيج وحده ، كما يظهر ذلك من كتابه « الدر المنثور في التفسير بالمأثور » والاشباه والنظائر النحوية » وجمع الجوامع شرح همع الهوامع في النحو أو الجامع الكبير في الحديث وقد ذكر تلميذه الداودي المالكي انها زادت عن خمسمائة مؤلف ، وذكر ابن اياس انها بلغت ستمائة مؤلف ، توفي السيوطي رحمه الله سنة ٩١١هـ عن احدى وستين سنة وعشرة أشهر وثمانية عشر يوماً ودفن في حوش قيسون خارج باب القرافه (٣) .

٧٦ـ **الشافعي** : هو ابو عبدالله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي ٥٧ـ٥٨ .

(٢) التاج المكلل : ٥٠ـ٥١ . هكذا يجب أن يكون نظر العلماء الى المناصب .

(٣) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي . ١ : ١٠ـ٢٩ .

بن عبد بن عبد يزيد بن هاشم بن عبدالمطلب بن عبد مناف ونسبه يتصل بنسب رسول الله ﷺ عند الانتهاء ، وأكثر الروايات على أن الشافعي ولد بغزة بالشام عام ١٥٠هـ، وهي السنة التي توفي فيها الامام أبي حنيفة ،وقداغرم بالعلم وحبب اليه الحديث منذ نعومة اظفاره ، وهو أول من الف في علم الاصول وسماه كتاب « الرسالة » الذي وضع به الأساس لعلم أصول الفقه ، وجاء في مناقب الشافعي للرازي أنه « روى ان عبدالرحمن بن مهدي التمس من الشافعي ، وهو شاب ، أن يضع له كتابا يذكر فيه شرائط الاستدلال بالقرآن ،والسنة ؛ والاجماع ، والقياس، وبيان الناسخ ، والمنسوخ ، ومراتب العموم والخصوص، فوضع الشافعي رضي الله عنه كتاب الرسالة وبعثها اليه ، فلما قرأها عبدالرحمن بن مهدي قال : ما أظن ان الله عز وجل خلق قبل هذا الرجل « وقالى احمد بن حنبل : ما أحد ممن بيده محبرة أو ورق الا وللشافعي في رقبته منه ،وتوفي رحمه الله يوم الجمعة آخر يوم من رجب سنة ٢٠٤ ودفن بالقرافه الصغرى وقبره يزار بها . (١)

٧٧ ـ **الشعبي** : ابو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد الشعبي : من همدان ،ولد لست سنين خلت من خلافة عثمان ومات سنة أربع ومائة وهو ابن ٨٢ ، وقال الزهري :العلماء اربعة : سعيد بن المسيب بالمدينة ، وعامر الشعبي بالكوفة ، و الحسن بن أبي الحسن البصري بالبصرة ، ومكحول بالشام ، وقال أشعث بن سوار : نعى الينا البصري الشعبي فقال: كان والله فيما علمت كثير العلم عظيم الحلم قديم السلم من الاسلام بمكان (٢) .

٧٨ ـ **الشوكاني** : محمد بن على بن محمد بن عبدالله الشوكاني الصنعاني مؤلف كتاب « البدر الطالع » ولد سنة ١١٧٢ في بلدة هجرة شوكان ونشأ على العفاف والطهارة ولازم القاضي : امام الفروع في زمانه أحمد بن محمد الرازي وانتفع به في الفقه ، وأخذ النحو والصرف من العلامة اسماعيل بن حسن ، والقاسم بن محمد الخولاني واخذ في علم الحديث عن الحافظ على بن ابراهيم بن عامر وغير هؤلاء من المشايخ، وصار المشار اليه في علوم الاجتهاد بالبنان، وله مؤلفات جليلة ممتعه مفيدة نافعة منها نيل الأوطار للشوكاني شرح منتقى الاخيار لابن تيمية

(١) مناقب الشافعي . الرازي ٣ ، والشافعي لابي زهرة . ١٤ ، ٢٧ ، ٢٧ ، والتاج المكلل . ١٠٤ .
(٢) طبقات الفقهاء للشيرازي ٨١ .

في اربعة مجلدات ، وتناقله عنه مشايخه الكرام فمن دونهم من الاعلام ، وطار في الآفاق في زمان حياته وقرىء عليه مرارا وانتفع به العلماء ، وكان يقول انه لم يرض عن شيء من مؤلفاته سواه لما هو عليه من التحرير بأرفع مكان ومن التمسك بالدليل في أعلى شأن وله تفسير القرآن الكبير (فتح القدير) الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، وله في اصول الفقه (ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول) توفي رحمه الله ١٢٥٠ هـ (١) .

٧٩ ـ **الشيرازي** : ولد ابراهيم بن علي بن يوسف سنة ٣٩٣ هـ في بلدة فيروز اباد جنوب شيراز ب ١١٥ كم وله تصانيف متعددة منها (المهذب في المذهب وسماه حاجي خليفة) والمهذب في الفروع (وكان سبب تصنيفه انه بلغه قول ابن الصباغ) اذا اصطلح الشافعي وابو حنيفة ذهب علم ابي اسحاق الشيرازي (يعني ان علمه هو مسائل الخلاف بينهما فاذا اتفقا ارتفع ذلك الخلاف وكتاب التنبيه في الفقه والنكت في الخلاف والتبصرة وطبقات الفقهاء وتوفي رحمه الله سنة ٤٧٦ هـ (٢) .

٨٠ ـ **طاووس بن كيسان اليماني**: ويقال انه مولى ابناء الفرس ، ومات بمكة حاجا سنة ١٠٦ وكان فقيها جليلا وقال خصيف اعلمهم بالحلال والحرام طاووس (٣) .

٨١ ـ **الطبري** : محمد بن جرير بن يزيد ، الامام ابو جعفر الطبري الآملي البغدادي أحد الاعلام ، وصاحب التفسير والتاريخ والتصانيف ولد سنة ٢٢٤ بآمل طبرستان ورحل لطلب العلم وله عشرون سنة ، وله كتاب (تهذيب الآثار) ولكنه لم يتمه ، وله في أصول الفقه وفروعه كتب كثيرة ، وقال أبو محمد عبد الله بن أحمد الفرغاني ـ صاحب ابن جرير ، أن قوما من تلامذة ابن جرير ، حسبوا له منذ بلغ الحلم الى أن مات ، ثم قسموا على تلك المدة أوراق مصنفاته فصار لكل يوم أربع عشرة ورقة ، وقال أبو حامد الاسفراييني امام الشافعية : لو سافر رجل الى الصين حتى يحصل تفسير بن جرير الطبري لم يكن كثيرا ، توفي سنة ٣١٠ رحمه الله (٤) .

---

(١) التاج المكلل : ٤٤٣ – ٤٥٨ :

(٢) طبقات الفقهاء ٥ ، ١٩ ، ٢٠ .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازي : ٧٣ .

(٤) مفتاح السعاده ومصباح السياده ٢ : ٨٠ .

٨٢ ـ **الطحاوي** : هو أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمه بن عبد الملك بن سلمة بن سليم بن سليمان بن جواب الازدي ثم الحميري المصري الطحاوي) ولقد اختلف في ميلاده فقال ابن عساكر نقلا عن ابن يونس انه ولد سنة ٢٣٩ هـ ، امـا السمعاني فقال : ولد الطحاوى سنة ٢٢٩ هـ ، وهو الصحيح اما نسبة الطحـاوي اليه نسبة الى قرية بصعيد مصر ، الفقيه الحنفي صاحب المصنفات المفيدة وهو ابن اخت المزني وكان عمره وقت وفاة البخاري ٢٧ سنة وعند وفاة مسلم ٣٢ ووفاة ابو داود ٤٦ ووفاة الترمذي ٥٠ ووفاة ابن ماجة ٤٤ ووفاة ابن حنبل ١٢ ووفاة يحيى بن معـين ٤ سنوات قال عنه البدر العيني في نخب الأفكار : اما الطحاوي فانه مجمع عليه في ثقته وديانته وأمانته، ويده الطولى في الحديث وعلله وناسخه ومنسوخه ، وللطحاوي مضنفات ممتعة فمنها : كتاب معاني الاثار ، وكتاب مشكل الاثار في نفي التضاد عن الاحاديث واستخراج الاحكام منها موجود في استنبول تحت أرقام (٢٧٣ ـ ٢٧٩) في سبعة مجلدات ضخام ومنها أحكام القرآن للطحـاوي في نحو عشرين جزءا وكتاب الشروط الكبـير في التوثيق في نحو أربعين جزءا وقد طبع بعض المستشرقين جزءا منه والشروط الأوسط ومختصر الشروط له في خمسة أجزاء محفوظ في مكتبة شيخ الاسلام فيض الله وغيرها من الكتب ، توفي كما يقول ابن خلكان ، وفيات الاعيان في ترجمة الطحـاوي : انه توفي سنة ٣٢١ هـ ودفن بالقرافة وقبره مشهور بها (١) .

٨٣ ـ **الطوفي** : سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الصرصري الاصولي الفقيه ، ولد سنة بضع وسبعين وستمائه ، وتصانيفه كثيرة منها (دفع التعارض عما يوهم التناقض في الكتاب والسنة وفي كلامه تخبيط كثير ، قال تاج الدين القيسي في حقه : قدم علينا في زي أهل الفقر ، واشتهر عنه الرفض والوقوع في ابي بكر وابنته عائشة، فرفع امـر ذلك الى القاضي الحنبلي وقامت عليه بذلك البينة فأمر بعـض نوابه

---

(١) الحاوي في سيرة الامام ابي جعفر الطحـاوي ٤ ، ٥ ، ١٣ ٣٣ ، ٤٠ ، ٤٣ ، ٤٤ ، الجواهر المضيه : ١ : ١٠٢ ، الفهرست لابن النديم : ٢٠٧ ، ابن خلكـان ١ : ٥٣ . وعبر الـذهبي ٢ : ١٨٦ .

بضربه وتعزيره واستهانته ، وطيف به ونودي عليه بذلك وحبس اياما وتوفي سنة ٧١٦ هـ (١) .

٨٤ ـ **عائشة**: هي ام المؤمنين بنت ابي بكر الصديق رضوان الله عليها ، قال أبو موسى الاشعري : ما اشكل على اصحاب رسول الله ﷺ بشيء فسألنا عنه عائشة الا وجدنا عندها منه علما ، وقال عروة : كانت عائشة اعلم الناس بالحديث ، وأعلم الناس بالقرآن الكريم ، وأعلم الناس بالشعر ، ولقد قلت قبل ان تموت بأربع سنين لو ماتت عائشة لما ندمت على شيء الا كنت سألتها عنه. توفيت سنة ثمان وقيل سنة سبع وخمسين بالمدينة المنورة على ساكنها افضل التحية والسلام (٢) .

٨٥ ـ **عبد العزيز بن عبد السلام** : سلطان العلماء ، الشيخ عز الدين ، ومن تلامذته شيخ الاسلام ابن دقيق العيد وهو الذي لقب عز الدين بسلطان العلماء ، كان رحمه الله يتكلم بالحق ويصدع به ولا تأخذه في الحق لومة لائم ، وكان ينادي سلاطين مصر بأسمائهم في مجالسهم العظام ، عند تقبيل العلماء أيديهم بل الأراضي بين أيديهم ، توفي الشيخ سنة ستين وستمائه (٣) .

٨٦ ـ **عبد الله بن عباس** : ابو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ابن عم رسول الله ﷺ توفي رسول الله ﷺ وله ثلاث عشرة سنة ، ومات بالطائف سنة ٧٨ وهو ابن ٧١ سنة قال الواقدي : مات وهو ابن ٧٢ سنة وكان النبي صلى الله عليه وسلم دعا له فقال : اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل ، وقد أخذ الفقه عن ابن عباس : عطاء بن أبي رباح ، وطاووس ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وعبدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود ، وابو الشعثاء جابر بن زيد ، وابن أبي مليكة ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وعمرو بن دينار (٤) .

٨٧ ـ **عبد الله بن عمر** : هو أبو عبد الرحمن عبدالله بن عمر بن الخطاب : توفي بمكة سنة اربع او ثلاث وقيل اثنتين وسبعين ، وهو ابن اربع وثمانين سنة ، قال أبو اسحق

---

(١) التاج المكلل : ٢٦٥ — ٢٦٦ .

(٢) طبقات الفقهاء : ٤٧ — ٤٨ .

(٣) النجوم الزاهره ٧ : ٢٠٨ ، ومفتاح السعاده ٢ : ٣٥٣ — ٣٥٤ .

(٤) طبقات الفقهاء للشيرازي ٤٨ ـ ٤٩ .

الهمذاني كنا عند ابن ابي ليلى في بيته فجاءه أبو سلمة (ابن عبد الرحمن فقال : عمر كان عندكم افضل ام ابنه ؟ قالو : لا بل عمر ، فقال أبو سلمة : ان عمر كان في زمانه له فيه نظراء ، وان ابن عمر كان في زمانه ليس له فيه نظير (١) .

٨٨ ــ **عبد الله بن مسعود** : هو ابو عبد الرحمن الهذلي مات بالمدينة سنة ٣٢ هـ وهو ابن بضع وستين سنة ، لقد روى حارثة بن مضرب ان عمر رضي الله عنه كتب الى اهل الكوفة اما بعد : فاني قد بعثت اليكم عمارا اميراً ، وعبدالله قاضياً ووزيراً ، وانهما من نجباء أصحاب النبي عليه السلام ، وممن شهدا بدرا فاسمعوا لهما واطيعوا فقد آثرتكم بهما على نفسي وروى ان النبي ﷺ قــال : رضيت لامتي ما رضي لها ابن ام عبد (٢) .

٨٩ ــ **عثمان بن عفان** : هو ابو عمرو عثمان بن عفان ابن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي الاموي ، يجتمع مع رسول الله ﷺ في عبد مناف ، قتل يوم الجمعة سنة ٣٥ هـ وهو صائم ، قال ابن قتادة كان ابن اثنتين وثمانين سنة وخلافته ١٢ سنة الا اياماً . وكان من كبار الفقهاء رضى الله عنه ، روي ان جارية سوداء رفعت الى عمر رضى الله عنه فخفقها بالدرة خفقات وقــال : اي لكاع زنيت ؟ قالت : من مرعوث بدرهمين ، تخبر بصاحبها الذي صنع بها ومهرها الذي اعطاها ، فقال عمر : ما ترون ؟ وعنده عثمان وعلي وعبد الرحمن ، فقال علي : ان ترجمها : وقال عبد الرحمن ارى مثل رأي أخوك ، فقال عثمان ما ترى ؟ قال اراها تستهل (اي تستهين) بالذي صنعت لا ترى به بأساً وانما حد الله تعالى على من عــلم امر الله عز وجل قال : صدقت فرد على الجماعة واسقط الحد وبين العلة وهو انها تجهل ما صنعت فلا يجب عليها الحد (٣) .

٩٠ ــ **العدوي** : هو ابو الحسن نور الدين علي بن مكرم الله الصعيدي العدوي ولد سنه ١١١٢ له مؤلفات كثيرة نافعة منها حاشية علي بن تركي وحاشية على الزرقاني بشرح العزيه وحاشية علي بن الحسن على رسالة ابن أبي زيد القيرواني وحاشية كبيرة علي

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي ٤٩ ــ ٥٠ .

(٢) مجمع الزوائد ٩ : ٢٩٠ . وطبقات ابن سعد٣ : ١٥٧ ؛ والشيرازي٤٣ .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازي ٤٠ ــ ٤١، ابن حزم . المحلى ١١ ــ ١٨٤ .

الخرشي مات سنة ١١٨٩ هـ (١) .

٩١ ـ **عطاء بن أبي رباح** : هو ابو محمد واسم ابي رباح أسلم : كان مفلفل الشعر اسود أفطس أشل أعور ثم عمي ، وكان مولى فهو مات سنة ١٠٥ هـ وقال الواقدي مات وهو ابن ثمان وثمـانين سنة ، وكان من اجلاء الفقهاء ، وقـال ايضاً اعلم الناس بالمناسك عطاء ، وقال الاوزاعي مات عطاء يوم مات وهو ارضى أهل الأرض عند الناس ، وما كان اكثرهم يهدي اليه (٢) .

٩٢ ـ **العقيلي** : هو أحمد بن ابراهيم بن محمد بن أبي جبرادة العقيلي الحلبي ابن العديم قاضي الحنفية بالقاهرة وولي قضـاء حلب ، قال السخاوي : انـه ولي عدة مدارس ، وحمدت سيرته ، وكان محافظاً على الجماعة والاذكار ، وأثنى عليه البرهان الحلبي مات سنة ٨٤٧ هـ (٣) .

٩٣ ـ **العكبري** : هو نصر بن علي بن يونس العكبري أبو القاسم الواعظ سمع أبا القاسم علي بن احمد بن البسري ، وابا ايمن عاصم بن الحسن العاصمي والوزير نظام الملك وغيرهم،ولد في منتصف شهر المحرم سنة ست وستين واربعمائة ،وتوفي في ذي الحجة سنة اثنتين وخمسين وخمسمائة (٤) .

٩٤ ـ **علي بن أبي طالب** : هو أمير المؤمنين رضى الله عنه واسم ابي طالب عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم بن عم رسول الله ﷺ قتله عبد الرحمن بن ملجم لعنـه الله صبيحة ليلة الجمعة لسبع عشرة ليلة مضت من شهر رمضان سنة ٤٠ هـ وهو ابن ٥٨ سنة وقيل ابن ٦٣ سنة ، ويعتبر من فقهاء الصحابة ، وروي عنه انه قال : بعثني رسول الله الى اليمن فقلت : يا رسول الله اتبعثني وانا شاب وهم كهول ولا علم لي بالقضاء . قال : انطلق فان الله تعالى يهدي قلبك ويثبت لسانك ، قال علي فوالله ما تعايبت في شيء بعد ، وروي أنه قال : اللهم اهد قلبه ، قال : فما تشككت في قضاء بين اثنين حتى جلست مجلسي هذا .

---

(١) تاريخ الفقه الاسلامي للسايس ١٢٥ .

(٢) طبقات الفقهاء للشيرازي ٦٩ .

(٣) الطبقات السنية في تراجم الحنفية ١ : ٣٠٥ .

(٤) طبقات الشافعية الكبرى ٧ : ٣٢٠ .

قال مسروق : انتهى العلم الى ثلاثة : عالم بالمدينة ، وعالم بالشام ، وعالم بالعراق ، فعالم المدينة علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وعالم العراق عبدالله بن مسعود ، وعالم الشام أبو الدرداء ، فاذا التقوا سأل عالم الشام وعالم العراق ، وعالم المدينة لم يسألهما (١) .

٩٥ ـ **علي بن زياد** : هو يكني بأبي الحسن ، وأصله من العجم ولد بطرابلس الغرب ثم سكن تونس روى عن مالك وغيره ، ويقال له علي بن زياد التونسي توفي سنة ١٨٣ هـ (٢) .

٩٦ ـ **عمر بن الخطاب** : هو امير المؤمنين أبو حفص ابن نفيل بن عبد العزى بن رباح بن عبد الله بن قرط مات سنة ٢٣ هـ قال ابن عمر وهو ابن خمس وخمسين وكانت ولايته عشر سنين واشهرا ورى عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ قال : بينما انا نائم اذ رأيت قدحاً اتيت فيه بلبن فشربت منه حتى اني لأرى الري يجري في أظفاري ثم اعطيت فضلي عمر قالوا : ما أولت يا رسول الله قال : العلم (٣)وروي أن عبدالله ابن الحسن مسح على خفيه فقيل له : تمسح قال : نعم ـ مسح عمر ابن الخطاب ، ومن جعل عمر بن الخطاب بينه وبين الله فقد استوثق . والمتأمل في كتابه الى ابي موسى الاشعري وجد الفضل والفقه له فانه كتب : « أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم فيما ادلى اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له بين الناس وساوي في لفظك ولحظك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا والفهم الفهم فيما تلجلج في نفسك مما ليس في نص كتاب ولا سنة ثم اعرف الاشكال والامثال فقس الامور عند ذلك بأشبهها بالحق (٤) .

٩٧ ـ **عمر بن عبد العزيز** : هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن ابي العاص بن أمية الأموي ، مات سنة ١٠١ ، قال مجاهد : أتيناه نعلمه فما برحنا حتى تعلمنا منه ، وقال

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي ٤١ ـ ٤٢ .

(٢) الانتقاء ٦٠ .

(٣) ورواية تقول ابن ٦٣ . طبقات الفقهاء ٦ ٣ ـ ٤٠ .

(٤) تاريخ الفقه الاسلامي الشيخ محمد علي السايس ٥٣ ـ ٥٤ . ومفتاح السعاده ٢ : ٨ .

ميمون بن مهران : كان العلماء عنده تلامذه ، وسأل رجل سعيد بن المسيب عن عدة أم الوليد يموت عنها سيدهافقال : سل هذا الغلام ، يعني عمر وهو أمير المدينة، فسأله فقال : حيضة (١) .

٩٨ ـ **عيسى بن أبان** : هو عيسى بن ابان بن صدقة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي ، وقد تفقه علي محمد بن الحسن ، ويقول عنه ابو حازم القاضي : ما رأيت لأهل البصره حدثا أذكى من عيسى بن ابان وبشر بن الوليد توفي رحمه الله سنة ٢٢٠ هـ (٢) .

٩٩ ـ **العيني** : هو محمد بن احمد بن موسى بدر الدين العيني نسبة الى عنتاب ، بلدة قريبة من حلب ولد بها سنة ٧٦٢ هـ وقدم القاهره وله مؤلفات كثيرة في الفقه وغيره فله شرح الهداية المسمى بالبناية ، الفه حينما كان عمره قريبا من التسعين وله شرح الكنز المسمى رمز الحقائق وله في الحديث شرح معاني الاثار للطحاوي وعمدة القارىء شرح صحيح البخاري وتوفي في مصر سنة ٨٥٥ هـ (٣) .

١٠٠ ـ **الغزالي**: ابو حامد محمد بن محمد بن احمد الغزالي الطوسي قال الخفاجي في نسيم الرياض شرح شفاء القاضي عياض في ترجمته ما نصه « صاحب المؤلفات الجليلة الذي على كاهله فقه الشافعي ولد بطوس سنة ٤٥٠ هـ ، وصار مدرسا بالمدرسة النظامية في بغداد واقام بدمشق عشر سنين وتعلم على يد امام الحرمين والنصر المقدسي وتوفي سنة ٥٠٥ هـ من خمس وخمسين سنة ودفن بطوس ، قال ابن تيمية : بضاعته في الحديث مزجاة ولذا اكثر من ايراد الموضوعات في كتبه واثر فيها من مقالات الفلاسفة حتى قال صاحبه ابو بكر بن العربي مع شدة تعظيمه له ، شيخنا ابو حامد دخل في الفلسفة ، ثم اراد ان يخرج منها فما قدر ، هذا وقد توفي وكتاب صحيح البخاري على صدره (٤) .

١٠١ ـ **قاسم بن اصبغ**: هو قاسم بن اصبغ بن محمد بن البياني المالكي وكان بصيرا بالحديث

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي ٦٤ .

(٢) الفهرست ٢٠٥ ، الجواهر المضية ١ : ٤٠١ ، وانظر الشيرازي ١٣٧ .

(٣) تاريخ الفقه الاسلامي الشيخ محمد علي السايس ١٢٣ .

(٤) التاج المكلل . ٣٨٨ ـ ٣٨٩ ، ومفتاح السعاده ومصباح السياده ٢ : ٣٣٢ـ٣٥٠ .

وامور الرجال ، صنف على كتاب السنن لابي داود كتابا في الحديث وفيه من الحديث المسند الفان واربعمائة وتسعون حديثا في سبعة أجزاء ، ولد سنة ٤٤٧ هـ قرىء عليه حديث مسدد : أنه قدم عليه قوم من مضر مجتابي النمار ، فقال انما هو مجتابي الثمار ، فقال القرطبي : انما هو النمار ، فسألت الشيخ فقال كما قلت وهم قوم كانوا يلبسون الثياب مشققة جيوبهم امامهم ، فقال بكر وأخذ بأنفه رغم أنفي للحق (١) .

١٠٢ــ **القاضي أبو الطيب** : طاهر بن عبدالله بن طاهر الطبري ، شرح المزني ، وصنف في الخلاف والمذاهب ، والأصول ، والجدل كتباً كثيرة ، وليس لأحد مثلها ولد سنة ٣٤٨ ومات سنة ٤٥٠هـ . عن عمر مائة وسنتين لم يختل عقله ولا تغير فهمه يفتي من الفقهاء ويستدرك عليهم الخطأ ويقضي ويشهد ويحضر المواكب في دار الخلافة إلى أن مات (٢) .

١٠٣ــ القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء ادريس بن عبد الرحمن بن عبدالله بن يلين الصنهاجي البهنسي المصري القرافي ، والقرافة مقبرة من مقابر المسلمين في مصر نسب اليها ، لأنه كان في مصر القديمة وكان يأتي من جهة القرافة ، وصادف يوماً أنه أريد كتابة اسمه مع العلماء فلم يعرف الكاتب اسمه فكتبه القرافي فلصقت به هذه النسبة وشهر بها فيما بعد وله مؤلفات مفيدة انعقد على كمالها لسان الاجماع وتشنفت الآذان لسماعها منها كتاب (الذخيرة) من أجل كتب المالكية ومنها كتاب (القواعد وكتاب شرح التهذيب) . توفي رحمه الله سنة ٦٨٤هـ ولم نعثر على تاريخ ميلاده والذي يظهر من حال الشيخ انه كان في حياته غير منظور اليه نظر يتفق مع مكانته العلمية فقد كان كثيراً ما يتمثل بقول القائل :

عتبت على الدنيا لتقديم جاهل ... وتأخير ذي علم فقالت خذ العذرا
بنو الجهل أبنائي وكل فضيلة ... فأبناؤها ابناء ضرتي الاخرا (٣)

١٠٤ــ **القزويني** : هو عبدالله بن حيدر بن أبي القاسم القزويني أبو القاسم ، سافر إلى خراسان وتفقه على أئمتها ، وسمع الحديث بنيسابور من أبي عبدالله الفراوي

---

(١) التاج المكلل . ٢٨٦ .
(٢) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣ : ١٧٦ . وابن خلكان ٢ : ١٩٥ . والشيرازي ١٢٧ ــ ١٢٨
(٣) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والامام للقرافي ١ ، ٢ .

وغيره وممن سمع منهم عمرو يوسف بن أيوب الهمذاني ، وعاد إلى همذان فاستوطنها وحدث بصحيح مسلم ، توفي بهمذان سنة اثنتين وثمانين وخمسمائة (١) .

١٠٥ــ **القفال الشاشي**: هو أبو بكر محمد بن علي بن أسماعيل القفال الشاشي له مصنفات كثيرة ليس لأحد مثلها ولــه كتاب في أصول الفقه وهو أول من صنف في الجدل الحسن من الفقهاء وله شرح الرسالة وعنه اشتهر فقه الشافعية فيما وراء النهر مات سنة ٣٣٦ هـ (٢) .

١٠٦ــ **الكرماني**: هو محمد بن يوسف بن علي بن سعيد الكرماني، ثم البغدادي، العالم في الفقه والحديث ، والتفسير ، ولد يــوم الخميس سادس عشر جمادى الآخرة سنة سبع عشرة وسبعمائة ، وتوفي بكرة يوم الخميس سادس عشر المحرم ، سنة ست وثمانين وسبعمائة وقد شرح صحيح البخاري (٣).

١٠٧ ــ **الكلبي**: هو أبو النضر ، محمد بن السائب بن بشر الكلبي ، نسبة إلى كلب بن وبرة قبيلة من قضاعة ، الكوفي ، صاحب التفسير والأنساب ، وشهد الكلبي دير الجماجم مع عبد الرحمن بن محمــد بن الأشعث ابن قيس الكندي ، توفي سنة ست وأربعين ومائة بالكوفة (٤).

١٠٨ــ **الكمال بن الهمام**: هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام السيواسي السكندري ، كان والده قاضياً بسيواس من بلاد الروم ، ولد الكمال سنة ٧٨٨ في القاهرة ، وكان اماماً في الفقه ، والأصول ، وعلوم العربية ، بارعاً في الحديث ، والتفسير ، والمنطق أما تصانيفه فبعشرة منها « فتح القدير) شرح الهداية وكتب فيه إلى الوكالة ثم أكمله قاضي زاده المتوفى سنة ١٨٨ وسمي نتائج الأفكار ، وله كتاب المسايرة في علم الكلام وفي الأصول « كتاب التحرير » « وزاد الفقير » توفي رحمه الله سنة ٨٦١ هـ (٥) .

---

(١) طبقات الشافعية الكبرى ٧ : ١٢٣ . والشيرازي ١٣٠

(٢) ابن خلكان ٣ : ٣٣٨ ، الفهرست : ٢١٥ ، السبكي ٢ : ١٧٦ . والشيرازي ١١٢

(٣) مفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢ : ١٤٨ .

(٤) الفهرست لابن النديم ١٣٩–١٤٠ ، وفيــات الأعيان لابن خلكان ٦٢٤ ، وميزان الاعتدال للذهبي ٣ : ٦١ــ٦٣ ، الاعلام للزركلي ٧ : ٣ ومفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢ : ٦٥–٦٦.

(٥) تاريخ الفقه الاسلامي للشيخ محمد علي السايس ١٢٢–١٢٣ .

١٠٩ــ **الليث بن سعد** : أبو الحارث الليث بن سعد بن عبدالرحمن مولى قيس بن رفاعة، وهو مولى عبد الرحمن بن خالد بن مسافر النهمي ، وكـان أصله من اصفهان ولد سنة ٩٤ على أصح الروايات ومات سنة ١٧٥ وقال الشافعي : الليث أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به (١) .

١١٠ــ **المازري** : أبو عبدالله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري الفقيه المالكي المحدث شرح صحيح مسلم شرحاً جيداً سماه « كتاب المعلم بفوائد كتاب مسلم وعليه بنى القاضي عياض(كتاب الاكمال)وله كتاب إيضاح المحصول في برهان الأصول) توفي رحمه الله سنة ٥٣٦ هـ وله من العمر ثلاث وثمانون عامـاً والمازري بفتح الميم وبعدها الألف ثم زاي مفتوحة وقد تكسر ثم راء نسبة إلى مازر وهي بلدة بجزيرة صقليـة (٢) .

١١١ــ **مالك بن أنس** : ولد الإمام مالك رحمه الله سنة ثـلاث وتسعين من الهجرة على أصح الروايات وقد أخذ العلم عن الثقات كما يروي ابن أبي أويس عن مالك يقول: « ان هذا العلم دين ، فانظروا عمن تأخذون دينكم لقد أدركت سبعين ممن يقول قال رسول الله ﷺ . عند هذه الأساطين وأشار إلى مسجد رسول الله ﷺ فما أخذت عنهم شيئاً وان أحداً منهم لو اؤتمن على بيت مـال لكان أميناً الا انهم لم يكونوا من أهل هذا الشأن ــ وقدم علينا ابن شهاب فكنا نزدحم على بابه » والإمام مالك مشهور بالحفظ والضبط والاتقان ، يقول الإمام مالك عن نفسه : لقيت ابن شهاب يوماً في موضع الجنائز على بغلته فسألته عن حديث فيه طول فحدثني به فلم أحفظه قال فأخذت بلجام بغلته فقلت يا آبا بكر أعده علي فأبى فقلت أما كنت تحب أن يعاد عليك فأعاد ، وقد قال سفيان بن عيينه في تفسير حديث رسول الله ﷺ « يوشك ان يضرب الناس اكباد الابل في طلب العلم فلا يجدون عالما اعلم مـن عالم المدينة «اظنه مالك بن أنس ، وقال الشافعي ــ رضي الله عنـه ــ اذا جاءك الحديث عن مالك فشد به يديك» وقد توفي رحمه الله في صبيحة أربع عشرة من شهر ربيع الاول سنة تسع وسبعين ومائة في خلافة هارون الرشيد ودفن في البقيع وكان يوم ذاك ابن

---

(١) طبقات الفقهاء للشيرازي ٧٨ .

(٢) التاج المكلل : ١١٦-١١٧ .

خمس وثمانين سنة (١) .

١١٢ـ **الماوردي** : ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، تفقه على أبي القاسم الضميري بالبصرة وارتحل الى الشيخ ابي حامد الاسفراييني ، ودرس بالبصرة وبغداد سنين كثيرة وله مصنفات كثيرة في الفقه ، والتفسير ، وأصول الفقه والادب ، وكان حافظاً للمذهب وتوفي ببغداد سنة ٤٥٠ هـ وأشهر كتب الفقه له «الحاوي في اربع وعشرين مجلداً وهو مخطوط في دار الكتب المصرية واقول فيه «كل الصيد في جوف الفرا» (٢) .

١١٣ـ **مجاهد** : هو مجاهد بن جبر وهو الذي قال : عرضت القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة قال الثوري : اذا جاءك التفسير عن مجاهد فحسبك به ، واعتمد على تفسيره الشافعي ، والبخاري وغيرهما من أهل العلم. مات سنة ثلاث ومائة أو أربع او اثنين وقد نيف على الثمانين . يقال : مات وهو ساجد رحمه الله (٣) .

١١٤ـ **المحاملي** : هو يحيى بن محمد بن أحمد بن محمد أو طاهر الضبي المحاملي البغدادي كان فقيها كبيرا ، وله مصنف في الفقه ، وكان ورعا كثير العبادة ، جاور مكة وتوفي بها في جمادى الآخرة ، سنة ثمان وعشرين وخمسمائة (٤) .

١١٥ـ **محمد بن الحسن** : هو مولى لبني شيبان ولد بواسط سنة ٢٣٥هـ لازم ابا حنيفة ثم ابا يوسف بعد، وهو راوية ابي حنيفة وابي يوسف القائم بمذهبيهما وله في ذلك مصنفات وكان الشافعي رحمه الله يثني على محمد بن الحسن وبفضله ويقول : ما رأيت قط رجلا سمينا أعقل منه ، قال وكان افصح الناس كان اذا تكلم خيل الى سامعه أن القرآن نزل بلغته وقال الشافعي ايضاً كتبت عن محمد بن الحسن وقر بعير في اول قدمة قدمتها عليه كتب بها اليه وتوفي بالري سنة ١٨٩ وهو ابن اربع وخمسين سنة (٥) .

---

(١) الانتقاء في فضائل الأئمة الفقهاء ١٠ ، ١٦ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٣ ، ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين السبكي ١ ـ ٦ القاهرة ١٣٢٤ ٣ : ٣٠٣ ، وفيات الاعيان لابن خلكان ٢ : ٤٤٤ . الشيرازي : ١٣١ .

(٣) مفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢ : ١٩ ، ٧٤ .

(٤) طبقات الشافعية الكبرى ٧ : ٣٣٥ .

(٥) الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ١٧٣ ـ ١٧٥ هـ .

١١٦ـ**محمد بن سلمة بن محمد** : هو محمد بن سلمه بن محمد بن هشام بن إسماعيل بن هشام ، ين الوليدبن المغيرة روى عن مالك بن انس والضحاك بن عثمان وابراهيم بن سعد وشعيب ابن طلحة وهو من فقهاء المدينة من أصحاب مالك توفي رحمه الله سنة ٢١٦ . (١)

١١٧ـ**محمد بن عبدالله بن عبد الحكم** : اخذ عن الشافعي وصحبه وكتب كتابه ويقول: سمعت من الشافعي كتاب احكام القرآن في أربعين جزءا وكتاب الرد على محمد بن الحسن سبعة اجزاء وروى عن الشافعي كتاب الوصايا ويقولون انه لم يروه عن غيره وتوفي محمد بن عبدالله بن الحكم في ذي القعدة سنة ٢٦٨ . (٢)

١١٨ـ**محي الدين النووي** : هو شيخ الاسلام محي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف بن سري الخزامي الشافعي ولد بنوى وهي بلدة بحوران تبعد عن دمشق مسافة يومين ولد سنة ٦٣١ هـ وله كتب كثيرة منها : الروضة . والمجموع شرح المهذب وتهذيب الاسماء واللغات وشرح مسلم وامتنع عن اكل فاكهة الشام الكثيرة لما رأى الشبهة في معاملة اهلها بالمساقاة والعلماء مختلفون في جواز المساقاة ولأن أرض الاوقاف كثيرة في الشام ومستحق الوقف له الا حظ من الثمن فالتزم في ذلك الورع وتوفي سنة ٦٧٦هـ، في بلده على المشهور (٣) .

١١٩ـ**المروزي** : هو ابو عبد الله محمد بن نصر المروزي : ولد ببغداد ونشأ بنيسابور واستوطن سمرقند وقد روي عنه انه قال : كتبت الحديث بضعاً وعشرين سنة وسمعت قولا ومسائل ولم يكن لي حسن رأي في الشافعي فبينا انا قاعد في مسجد رسول الله ﷺ في المدينة اذ أغفيت أغفاءة فرأيت النبي ﷺ في المنام فقلت يارسول الله اكتب رأي أبي حنيفة ؟ فقال لا فقلت رأي مالك قال اكتب ما وافق حديثي قلت أكتب رأي الشافعي فطأطأ رأسه شبه الغضبان وقال: تقول رأي؟ ليس بالرأي هو رد على من خالف شيء قال فخرجت في اثر هذه الرؤيا الي مصر فكتبت كتب الشافعية وكتبت كتاب القسامه وهو به يعتبر من افقه الناس ولد سنة ٢٠٢ ، وتوفي سنة ٢٩٤ هـ (٤) .

---

(١) التاج المكلل : ٥٦ .

(٢) الأنتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ١١٣ ـ ١١٤ .

(٣) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي ١ : ٢٩-٣٢ ، ٣٠ .

(٤) السبكي ٢ : ٢١ . والشيرازي ١٠٦ ـ ١٠٧

١٢٠ـ**المزني** : ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمر بن اسحاق المزني صنف كتبا كثيرة منها : الجامع الكبير والجامع الصغير ومختصر المختصر والمنثور والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وكتاب الوثائق وقد قال الشافعي عنه المزني ناصر مذهبي مات بمصر ٢٦٤ . (١)

١٢١ـ**الامام مسلم** : ابو الحسين مسلم بن الحجاج بين مسلم القشيري النيسابوري صاحب الصحيح احد الائمة الحفاظ واعلام المحدثين ، قال محمد الماسرجسي ، سمعت مسلم بن الحجاج يقول : صنفت هذا المسند الصحيح من ثلاثمائة الف حديث مسموعة وقال الحافظ ابو علي النيسابوري ما تحت اديم السماء اصح من كتاب مسلم ، وقد ولد سنة ٢٠٦ على أصح الروايات وتوفي سنة ٢٦١ بنيسابور وعمره خمس وخمسون سنة (٢).

١٢٢ ـ **معاذ بن جبل** : هو ابو عبد الرحمن معاذ بن عمرو بن اوس الخزرجي بعثه النبي ﷺ الى اليمن فقال بم تقضي قال بكتاب الله فقال فان لم تجد قال بسنة رسول الله ﷺ ، قال فان لم تجد قال (اجتهد رأيي قال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضاه رسول الله توفي بناحية الاردن قال الواقدي مات سنة ١٩ ، او ١٨ وهو ابن اربع وثلاثين سنة (٣) .

١٢٣ ـ **الموفق بن قدامة المقدسي** : عبد الله الله بن احمد بن قدامة المقدسي شيخ الاسلام واحد الاعلام ولد سنة ٥٤١ وكان كثير الحياء عزوفا عن الدنيا واهلها هينا لينا متواضعا محبا للمساكين من رآه كأنما رأى بعض الصحابة وكان كامل العقل شديد التثبت دائم السكوت نزها ورعا عابدا على قانون السلف ينتفع الرجل برؤيته قبل ان يسمع كلامه ، واشتهر في البلاد وكان حسن المعرفة بالحديث وله يد في علم العربية ، وكان لايكاد يناظر احدا الا وهو مبتسم حتى قال بعض الناس هذا الشيخ يقتل خصمه ببسمته ومن كراماته ماحكاه سبط ابن الجوزي قال : قلت فى تفسير لو كان لى قدرة لبنيت للمنذر مدرسة واعطيته كل يوم الف درهم قال فجئت بعد ايام فسلمت عليه فنظر الي وتبسم وقال : اذا نوى شخص نية كتب له اجرها ومن تصانيفه (البرهان في مسالة القرآن) ومسالة العلو ومختصر

---

(١) ابن خلكان ١ : ١٩٦ ، السبكي ١ : ٢٣٨ ، الانتقاء ١١٠ـ١١١ .
(٢) التاج المكلل ١٣٠ ـ ١٣١ .
(٣) الاستيعاب في معرفة الاصحاب : ١٤٠٣ ومابعدها . والشيرازي ٤٥ .

العلل في فن الحديث والمغني في الفقه الذي قلما تخلو رسالة في هذا العصر الا وللمغني فيها باع ، وتوفي سنة ٦٢٠هـ (١).

١٢٤ ـ **نافع** : هو نافع بن عبد الرحمن بن ابي نعيم ، اختاره أهل المغرب ليكون فقههم وفقه عالم المدينه ، وقراءتهم قراءة قارىء المدينة ، وهو من الطبقة الثالثة بعد الصحابة ـ رضوان الله عليهم اجمعين ـ كان زاهدا جوادا صلى في مسجد رسول الله ﷺ سبعين سنة ، قال محمد بن اسحق لما حضرت نافعا الوفاة ، قال له أبناؤه : اوصنا قال : « فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله ان كنتم مؤمنين (٢)» مات سنة تسع وستين ومائه ، أو سبعين ، أو سبع وستين، أو خمسين ، أو سبع وخمسين ومائة (٣) .

١٢٥ ـ **النسائي** : أبو عبد الرحمن احمد بن علي بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر النسائي الحافظ ، كان امام عصره في الحديث وله كتاب السنن قال الدارقطني لما امتحن النسائي بدمشق قال احملوني الى مكة فحمل اليها فتوفي بها وهو مدفون بين الصفا والمروة سنة ٣٠٣هـ قال ابن خلكان ورأيت في مسوداتي ان تولده بنساء سنة ٢١٥هـ وقيل سنة ٢١٤هـ ونسبة الى نساء بفتح النون وفتح السين وبعدها همزة وهي مدينة بخراسان ، خرج منها جماعة من الأعيان (٤) .

١٢٦ ـ **النسفي** : هو عبدالله أحمد بن محمود أبو البركات حافظ الدين النسفي نشأ نشأة علمية خالصة حتى أصبح رأساً في الفقه والاصول وحاذقاً بارعا في الحديث ، قال عنه ابن كمال باشا إنه من المقلدين القادرين على تمييز القوي من الضعيف وقال غيره : انه خاتم مجتهدي المذهب وكتبه كثيرة منها : مدارك التنزيل وحقائق التأويل وقد اختصره من الكشاف للزمخشري وقد توفي في اوائل القرن الثالث الهجري (٥) .

---

(١) التاج المكلل : ٢٢٩ ـ ٢٣١ .

(٢) سورة الانفال : ١ .

(٣) مفتاح السعادة ومصباح السيادة ٢ : ٢٦ ـ ٢٨ .

(٤) التاج المكلل ٣٠ ـ ٣١ ، حسن المحاضرة للسيوطي ١ : ٢٩٧ ـ ٢٩٨ ، طبقات الشافعية الكبرى ٢ : ٨٣ ـ ٨٤ .

(٥) تاريخ الفقه الاسلامي للشيخ محمد علي السايس ١٢٢ ، وتأسيس النظر للدبوسي ١٠٩ .

١٢٧ ــ **النيسابوري** : هو الامــام المعظم الشهيد أبو سعيــد محمــد بن يحيي بن منصور النيسابوري تلميذ الغزالي ولد سنة ست وسبعين وأربعمائة ، وتفقه على الغزالي وبه عرف ، وعلى أبي المظفر الخوافي ، وله تصانيف كثيرة ، منها : « المحيط في شرح الوسيط » و « الانصاف في مسائل الخلاف » .

قتل محمد بن يحيى في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين وخمسمائة ، حين استباحت الشرك نيسابور قتله الغز فــات شهيدا ، قيل : أنهم دسوا في فيه الشراب حتى مات ، وذلك لما خرجوا على السلطان الكبير أعظم ملوك السلجوقيه سنجر بن ملكشاه السلجوقي (١) .

١٢٨ ــ **الواسطي** : هو محمود بن المبارك بن علي بن المبارك بن الحسن بن بعتيرة الواسطي قـرأ المذهب والخلاف على أبي بكر الارموي ، صاحب أبي اسحق الشيرازي صنف كتبا كثيرة في الأصول والجدل وغيرهما ، وعلق عنه الناس تعاليق كثيرة . تولى تدريس النظامية في شهر رمضان سنة اثنتين وتسعين .

ولد في رمضان سنة سبع عشرة وخمسمائة ، وقد ندب الى الخروج في رسالة من الديوان الى خوارزمشاه . فخرج من بغداد سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة ، فانتهى الى همذان ، وقد مرض واشتد مرضه ، فأقام بها الى أن توفي (٢) .

١٢٩ ــ **وكيع بن الجراح** : هو وكيع بن الجراح بن مليح بن عدي ، أبو سفيان الرواس الكوفي من قيس عيلان ، أصله من قرية من قرى نيسابور ، أو من الصغد ، ولد سنة تسع أو ثمان وعشرين ومائة .

عن أبي السائب قال : جالست وكيعا سنين ، فما رأيته يحلف بالله تعالى وشكا اليه صاحبه سوء الحفظ فقال استعينوا على الحفظ بترك المعاصي فأنشأ صاحبه يقول :

شكوت الى وكيع سوء حفظي ... فأوصاني الى ترك لعــاصي
وحفظ العــلم فضل من الــه ... وفضل الله لا يهدى لعاصي

توفي سنة ثمان أو تسع وتسعين ومائة . (٣)

---

(١) وفيات الاعيان ٣ : ٣٥٩ ، والنجوم الزاهرة ٥ : ٣٠٥ ، وطبقات الشافعية الكبري ٧ : ٢٥ــ٢٨ .

(٢) طبقات الشافعية الكبرى ٧ : ٢٨٧ ، والنجوم الزاهرة ٦ : ١٤٠ . ومفتاح السعاده ٢ : ٢٩٠ .

(٣) الفهرست : لابن النديم ، والكواكب الدرية للمناوي ١ : ١٧٧ ، ومفتاح السعادة ٢ : ٢٥٣ ــ ٢٥٥ :

مصادر البحث ومراجعه

١ ـ القرآن الكريم وتفسيره وأحكامه .
٢ ـ كتب الحديث وعلومه .
٣ ـ كتب أصول الفقه .
٤ ـ كتب الفقه الحنفي .
٥ ـ كتب الفقه المالكي .
٦ ـ كتب الفقه الشافعي .
٧ ـ كتب الفقه الحنبلي .
٨ ـ كتب فقه مذاهب غير الأربعة .
٩ ـ كتب المصطلحات والفقه العام .
١٠ـ كتب عامة وحديثة في الشريعة .
١١ـ كتب اللغة والتاريخ والتراجم .
١٢ـ كتب القـانون .
١٣ـ المجلات والجرائد .

ملحوظـات :

١ ـ راعيت في هذه الجريدة الترتيب الأبجدي لأوائل أسماء الكتب .
٢ ـ راعيت ترتيب الموضوعات حسب موضوعاتها .
٣ ـ رجعت في بعض الكتب الى أكثر من طبعة ، وكنت أشير الى طبعاتها أثناء البحث والتي اعتمدت عليها ذكرت طبعتها في الجريدة .
٤ ـ وقد رمزت الي الطبعة بحرف (ط) ، والجزء : (ج) ، والمخطوطة للوجه الأول (أ) ،

وللوجه الثاني (ب) ، وللورقة (و) ، وللمادة القانونية ؛ (م) .

٥ ـ اغفلت بعض المراجع ، وخاصة الكتب التاريخية ، والكتب الحديثة مكتفيا بذكرها أثناء البحث .

اولا ـ القرآن الكريم وتفسيره واحكامه

١ ـ **أحكام القرآن** : لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ في خمسة أجزاء : طبع مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد ـ القاهره .

٢ ـ **أحكام القرآن** : لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣هـ تحقيق علي محمد البيجاوي ، الطبعة الثانية ، مطبعة عيسى الحلبي ١٩٦٧ م .

٣ ـ **أنوار التنزيل وأسرار التأويل** : القاضي ناصر الدين ابو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (٩٧١ هـ) .

٤ ـ **تفسير أبي السعود** : وهو أول طبعة ظهرت له .

٥ ـ **تفسير المنار** : رشيد رضا (١٣٥٤ هـ) يقع في اثني عشر جزءا الطبعة الأولى مطبعة المنار ١٣٤٩ هـ ـ ١٩٣١ م .

٦ ـ **تفسير البحر المحيط** : لأبي حيان (ابو عبد الله محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي المولود سنة ٦٥٤ هـ ، والمتوفى سنة٧٥٤هـ ، ودفن في القاهره) الطبعة الأولى مطبعة السعادة سنة ١٣٢٩ هـ .

٧ ـ **الجامع لأحكام القرآن** : لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفي سنة ٦٧١ هـ ، الطبعة الثانية ، مطبعة دار الكتاب العربي للطباعة والنشر سنة ١٩٦٧ م .

٨ ـ **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** : للعالم أبي جعفر محمد بن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١١ هـ الطبعة الثانية ١٩٥٤ م مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة .

٩ ـ **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني** : لأبي الفضل شهاب الدين محمود الألوسي البغدادي (١٢٧٠ هـ) ، الطبعة الأولى بالمطبعة المنيرية بالقاهرة سنة (١٣٠١ هـ) .

١٠ـ **فتح القدير** : محمد بن علي الشوكاني ١٢٥٠ هـ طبع بمصر .

١١ـ **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل** : لأبي القاسم جارالله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (٤٦٧ ـ ٥٣٨ هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة الطبعة الأخيرة ١٣٨٥ هـ ـ ١٩٦٦ م .

١٢ ـ **مجمع البيان للطبرسي** : ابو علي الفضل بن الحسن الطبرسي ، من أكابر علماء الامامية في القرن السادس ، طبع مكتبة الحياة بيروت ١٩٦١ م .

ثانياً ـ كتب الحديث وعلومه

١٣ـ **احكام الأحكام شرح عمدة الأحكام** : ابو الفتح محمد بن علي بن وهب القشيري المشهور بابن دقيق العيد (٧٠٤ هـ) جزءان مطبعة السنة المحمدية تحقيق الشيخ أحمد شاكر .

١٤ـ **بلوغ المرام في جمع أدلة الأحكام** : لابن حجر العسقلاني . مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٦٠ م مع سبل السلام .

١٥ـ **تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي** : للامام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١ هـ) المطبعة الخيريه بمصر ١٣٨٧ هـ .

١٦ـ **التحقيق في أحاديث الخلاف** : أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي (٥٩٧ هـ) مخطوط دار الكتب المصرية ، فقه حنبلي ، مكتوبة سنة ٦١٤ هـ .

١٧ـ **الترغيب والترهيب من الحديث** : زكي الدين أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (٦٥٦ هـ) أربعة أجزاء الطبعة الثالثة مطبعة مصطفى الحلبي ـ سنة ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م .

١٨ـ **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** . شهاب الدين أبو الفضل احمد ابن علي العسقلاني (٨٥٢ هـ) مع المجموع لابن حجر العسقلاني المطبعة الأنصارية (دلهي ١٣٠٢ هـ) .

١٩ـ **تنوير الحوالك** : شرح موطأ الامام مالك ، مطبعة دار احياء الكتاب العربي .

٢٠ـ **تهذيب الامام ابن قيم الجوزية على المختصر** : ابو عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ)يقع في ثمانية أجزاء.مطبعة أنصار السنة المحمدية١٩٤٩م.

٢١ـ **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم** : لأبي فرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي . الطبعة الثانيـة ١٩٦٢ م . مطبعة مصطفى الحلبي ـ القاهرة .

٢٢ ـ **جواهر الأخبار والآثار المستخرجه من لجة البحر الزخار** : محمـد بن يحيى بهران (٩٥٧ هـ) مطبوع بذيل البحر الزخـار ، خمسة أجزاء ، الطبعة الأولى ـ مكتبة الخانجى ١٣٦٨ ـ ١٩٤٩ م .

٢٣ ـ **رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين** : للامـام المحدث الحافظ محي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي المتوفي سنة ٦٧٦ هـ . مطبعة عيسى البـابي الحلبي بالقاهرة ١٩٥٥ م .

٢٤ ـ **زاد المعاد في هدي خير العباد** : ابو عبـدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١) أربعة أجزاء . المطبعة المصرية ١٣٧٩ هـ .

٢٥ ـ **زهر الربى على المجتبى** : للحافظ الجلال السيوطي ٨٤٩ ـ ٩١١ هـ بهـامش سنن النسائي ، مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الأولى سنة ١٩٦٤ م .

٢٦ ـ **سبل السلام شرح بلوغ المرام** : محمد بن اسماعيل الصنعاني (١١٨٢)هـ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة . الطبعة الرابعة ، أربعة أجزاء .

٢٧ ـ **سنن ابن ماجة** : مع حاشية السندي للامام الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجة (٢٧٣ هـ) المطبعة العلمية (١٣١٣ هـ) .

٢٨ ـ **سنن أبي داود** : أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحق الأزدي السجستاني (٢٧٥ هـ) جزءان ، الطبعة الأولى . مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٧١ ـ ١٩٥٢) ومرتب على أبواب الفقه المعروفة .

٢٩ ـ **سنن النسائي** : على شرح السيوطي ، وحاشية السندي للحافظ أبي عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي النسائي (٣٠٣ هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بالقـاهرة ، الطبعة الأولى ١٩٦٤ م .

٣٠ ـ **السنن الكبرى** : للامام الحافظ ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي (٤٥٨ هـ) مطبعة دار المعارف العثمانية بحيدر آباد (١٣٥٤ هـ) .

٣١ ـ **شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك** : للشيخ محمد الزرقاني (١١٢٢ هـ) أربعة أجزاء ، المكتبة التجارية ١٣٥٥ هـ ـ ١٩٣٦ م .

٣٢ ـ **شرح صحيح البخاري** : لشهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني (٩٢٣ هـ) .

٣٣ ـ **شرح صحيح البخاري** : محمد يوسف بن علي الكرمـاني ، خمسة وعشرون جزءاً المطبعة البهية المصرية ١٣٥٨ هـ ـ ١٩٣٩ م .

٣٤ ـ **شرح صحيح مسلم** : ابو زكريا النووي (٦٧٦) المطبعة المصرية ومكتبتها .

٣٥ ـ **صحيح البخاري** : ابو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ٢٥٦ هـ المطبعة الاميرية (١٣١٤ هـ) .

٣٦ ـ **صحيح مسلم** : ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (٢٦١هـ) .

٣٧ ـ **صحيح الترمذي** : بشرح ابن العربي ـ ابو عيسى محمد بن عيسى السلمي (٢٧٩ هـ) المطبعة المصرية بالأزهر (١٣٥٠ هـ) هـ ومطبعة مصطفى الحلبي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٣٨ ـ **عمدة القارىء** : شرح صحيح البخاري ، بدر الدين ابو محمد محمود بن أحمد (٨٥٥هـ) المطبعة المنيرية بالقاهرة .

٣٩ ـ **فتح الباري شرح صحيح البخاري** . شهـاب الدين احمد بن علي بن محمد المعروف بابن حجر العسقلاني (٨٥٢) مطبعة الحلبي ١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٩ م يقع في سبعـة عشر جزءاً .

٤٠ ـ **الفتح الكبير في ضم الزيادات الى الجامع الصغير**: الشيخ يوسف النبهاني (١٣٥٠هـ) ثلاثة أجزاء ، مصطفى الحلبي ١٣٥١ هـ .

٤١ ـ **اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان** : تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهره وهو في ثلاثة أجزاء .

٤٢ ـ **المجتبي المعروف بسنن النسائي** : ومعه زهر الربى على المجتبى للسيوطي الطبعة الاولى، مطبعة مطصفى الحلبي ١٩٦٤ ، ويقع فى ثمانية أجزاء .

٤٣ ـ **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** : نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧ هـ) عشرة أجزاء مكتبة القدس ـ القاهره ـ ١٣٥٣هـ .

٤٤ ـ **مختصر سنن أبي داود** : زكي الدين ابو محمد عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (٦٥٦ هـ) ومعه معالم السنن للخطابي مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٩٤٩م .

٤٥ ـ **المستدرك على الصحيحين** : ابو عبد الله محمد بن عبدالله المعروف بالحاكم النيسابوري (٤٠٥ هـ (ومطابع النصر الحديثة ـ الرياض) .

٤٦ ـ **مسند الامام احمد بن حنبل** : المتوفى سنة ٢٤١ هـ المطبعة اليمنية ١٣١٣ هـ .

٤٧ ـ **مسند الامام احمد بن حنبل** : المتوفى سنة ٢٤١هـ بشرح محمد شاكر مطبعة دار المعارف بمصر ١٣٧٥ ـ ١٣٧٧ هـ .

٤٨ ـ **مسند الامام الشافعي** : بهامش الجزء الثامن من الأم ، مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦١م لمحمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤ هـ .

٤٩ ـ **معالم السنن شرح ابي داود** : ابو سليمان حمد بن محمد بن ابرهيم البستي الخطابي (٣٨٨) مطبوع مع مختصر سنن أبي داود ثمانية أجزاء ، مطبعة أنصار السنة المحمديه (١٣٦٧ ـ ١٩٤٨ م) .

٥٠ ـ **المنتقى شرح الموطأ** : ابو الوليد سليمان بن خلف الباجي (٤٧٤ هـ) سبعة أجزاء ، الطبعة الأولى . مطبعة السعادة ١٣٢٢ هـ .

٥١ ـ **موطأ الامام مالك بن أنس** : المتوفى سنة ١٧٩ هـ مطبعة السعادة بهامش النسفي .

٥٢ ـ **نصب الرايه لأحاديث الهداية** : جمال الدين ابو محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ) أربعة أجزاء ، الطبعة الأولى ، من مطبوعات المجلس العلمي ، الهند ، وطبع بمصر ١٣٥٧ ـ ١٩٣٨ م .

٥٣ ـ **النظم المستعذب في شرح غريب المهذب** : محمد بن أحمد بن بطال ، مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهره الطبعة الثانيه ١٩٥٩ م .

٥٤ ـ **النهاية في غريب الحديث والأثر** : أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير ، خمسة أجزاء ، مطبعة عيسى الحلبي ١٣٨٣ هـ ـ ١٩٦٣ م .

٥٥ ـ **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** : محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١٢٥٥ هـ) ثمانية أجزاء مطبعة مصطفى الحلبي . الطبعة الثالثه ١٩٦١ .

ثالثا ـ كتب أصول الفقه

٥٦ ـ **الاحكام في أصول الأحكام**: لابن حزم الأندلسي علي بن أحمد بن سعيد المتوفى سنة ٤٥٦ هـ في ثمانية أجزاء حسب تجزئة المؤلف طبع في مطبعة الامام القاهره ، وهو المرجع الأول لمعرفة أصول الفقه الظاهري .

٥٧ ـ **الاحكام في أصول الأحكام** : لسيف الدين ابي الحسن الآمدي المتوفي سنة ٦٣١ هـ طبع في مطبعة محمد علي صبيح ١٣٨٨ هـ ـ ١٩٦٨ م وكثير من كتب في هذا الموضوع عيال على هذا الكتاب الجليل .

٥٨ ـ **أصول الفقه** : للمرحوم الشيخ محمد الخضري ، طبع في مطبعة الاستقامة الطبعة الثالثة ، وهو كتاب جامع جيد محرر في جزء واحد .

٥٩ ـ **تيسير التحرير** : محمد أمين المعروف بأمير بادشاه على كتاب التحرير لعماد الدين الشهير بابن همام الاسكندري المتوفى سنة ٨٦١ هـ في أربعة أجزاء يجمع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية ، مطبعة البابي الحلبي ١٣٥٧ هـ .

٦٠ ـ **حاشية سعد الدين على عضد الملة** : للتفتازاني .

٦١ ـ **حاشية الشريف الجرجاني** : للجرجاني المتوفى ٨١٦ هـ على عضد الملة المتوفى سنة ٧٥٦ هـ .

٦٢ ـ **حاشية الشيخ حسن الهروي** : على حاشية السيد الجرجاني ، ومجموعها في كتاب واحد طبع في المطبعة الكبرى الاميرية ، الطبعة الاولى .

٦٣ ـ **رسالة الشافعي** : محمد بن ادريس الشافعي الطبعة الأولى .

٦٤ ـ **كشف الأسرار** : لعبد العزيز البخاري على أصول فخر الاسلام ابي الحسن على بن محمد بن حسن البزدوي المتوفى عام ٣٧٠ هـ طبعة الأستانة عام ١٣٠٧ هـ في أربعة أجزاء مرقمة صفحاتها بتسلسل من الأول للأخير في مجلدين .

٦٥ ـ **المستصفى من علم الأصول** : لحجة الاسلام الامام ابي حامد الغزالي المتوفى عام ٥٠٥ هـ طبع بمطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٩٧١ م في جزء واحد وهو كتاب محدد دقيق .

٦٦ ـ **مختصر المنتهى** : للامام ابن الحاجب المالكي المتوفى سنة ٦٤٦ هـ عثمان بن عمر بن أبي بكر بن الحاجب .

٦٧ ـ **نظرية الاباحة عند الأصوليين والفقهاء** : للاستاذ محمد سلام مدكور ، المطبعة العالمية ١٣٨٣ هـ ـ ١٩٦٣م .

رابعاً ـ كتب الفقه الحنفي

٦٨ ـ **الاشباه والنظائر** : للشيخ ابراهيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم (٩٧٠ هـ) تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل ١٩٦٨ م ، جمع فيه مؤلفه القواعد العامة للفقه ، وما يدخل تحت كل قاعدة من المسائل الاشباه والنظائر .

٦٩ ـ **الجامع الكبير** : لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني المتوفي سنة ١٨٩ هـ الطبعة الأولى مطبعة الاستقامة .

٧٠ ـ **الاختيار لتعليل المختار** : ابو الفضل عبدالله بن محمود الموصلي (٦٨٣ هـ) مطبعة حجازي بالقاهرة .

٧١ ـ **أختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى** : للإمام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري المتوفى سنة ١٨٢ هـ مطبعة الوفاء الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ.

٧٢ ـ **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** : زين الدين بن ابراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم (٩٧٠ هـ) طبعة أولى بالمطبعة العلمية .

٧٣ ـ **الأصل** : لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ) مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤ م .

٧٤ ـ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** : لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى عام ٥٨٧ هـ ، وهو في سبعة اجزاء ، وهو من أدق الكتب في المذهب ، وأفضلها نظاماً وترتيباً ، كما يعتبر من الكتب التي عنيت بالمقارنة ، طبع عام ٣٢٧ ـ ٣٢٨ هـ الطبعة الاولى .

٧٥ ـ **تأسيس النظر** : أبو زيد عبدالله بن عمر بن عيسى الدبوسي (٤٣٠ هـ) مطبعة الامام بالقاهرة الطبعة الاولى .

٧٦ ـ **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى عام ٧٤٣ هـ في ستة اجزاء الطبعة الألى ، المطبعة الاميرية ببولاق عام ١٣١٣ هـ ـ

١٣١٥ هـ . ويمتاز الشرح لا بكثرة المسائل والتفريعات ، ولكن يعرض الآراء والاستدلال لها ، ثم بالاحتجاج للمذهب الذي يذهب اليه .

٧٧ ـ **تحفة الفقهاء** : لأبي العلاء السمرقندي (٥٣٩ هـ) مطبعة جامعة دمشق (١٩٥٨ م) .

٧٨ ـ **جامع الفصولين** : محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة ، وبهامشه حواش وتعليق للمحقق خير الدين الرملي الطبعة الاولى ببولاق (١٣٠٠ ـ ١٣٠١ هـ) في جزأين والمراد بالفصولين هو : فصول محمد بن محمود الاشروشني ، وفصول عماد الدين ، وهما من أجل ما صنف في الفتاوى والدعاوى وفصل الخصومات وقد حذف المؤلف الجامع المكرر منها وزاد عليها زيادة مفيدة من كتب أخرى .

٧٩ ـ **الجامع الكبير** : لأبي عبدالله محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ الطبعة الأولى مطبعة الاستقامة .

٨٠ ـ **حاشية الدرر على الغرر** : لأبي سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان الخادمي المتوفى سنة ١١٥٤ هـ المطبعة العثمانية سنة ١٣١٣ هـ .

٨١ ـ **حاشية سعدي جلبي** : المتوفى عام ٩٤٥ هـ على شرح الهداية وفتح القدير بهامش الفتح المذكور .

٨٢ ـ **حاشية الشيخ شهاب الدين** : شهاب الدين أحمد شلبي بهامش الزيلعي المطبعة الاميرية ببولاق ١٣١٥ هـ .

٨٣ ـ **الحاوي القدسي** : احمد بن محمد بن نوح القابسي الغزنوي في القرن السادس الهجري ، جعله على ثلاثة اقسام : الاولى في اصول الدين ، والثاني في اصول الفقه ، والثالث في الفروع وهو مخطوط رقم (٣٦) دار الكتب المصرية .

٨٤ ـ **اختلاف ابي حنيفة : وابن أبي ليلى للامام أبي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري** المتوفى سنة ١٨٢ هـ ، طبع في مطبعة الوفاء الطبعة الاولى ١٣٥٧ هـ .

٨٥ ـ **الخراج** : لأبي يوسف يعقوب بن ابراهيم المتوفى سنة ١٨٣ هـ المطبعة السلفية الطبعة الثالثة ـ القاهرة ١٣٨٢ هـ .

٨٦ ـ **خزانة الفقه** : للامام الفقيه ابي الليث نصر بن محمد بن أحمد بن ابراهيم السمرقندي المعروف بامام الهدى مخطوطة (١٦١ هـ) دار الكتب المصرية .

٨٧ ـ **خليج البحار** : شرح على ملتقى الأبحر لأبي اسحق ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي تأليف العلامة محمد المعروف بقصاب زاده . مخطوطة تحت رقم (١٦٥ هـ) دار الكتب المصرية .

٨٨ ـ **الدر المختار شرح تنوير الأبصار** : على هامش رد المحتار ـ ابراهيم بن احمد بن علي الحصكفي (١٠٨٨) .

٨٩ ـ **الدر المنتقى في شرح الملتقى** : لمؤلف در المختار ـ المطبعة العامرة .

٩٠ ـ **الدرر الحكام شرح غرر الأحكام**: محمد بن قراموز المشهور بمنلا خسرو (٨٨٥هـ) مطبعة سنده طبع أدلنمشدر في جزأين من أدق الكتب .

٩١ ـ **رد المحتار على الدر المختار** : شرح تنوير الأبصار ـ وهو معروف بحاشية ابن عابدين الطبعة الثانية ١٩٦٩ مطبعة مصطفى الحلبي .

٩٢ ـ **الرسائل الزينية في فقه الحنفية** : زين الدين ابراهيم المشهور بابن نجيم (٩٧٠ هـ) دار الطباعة العامرة .

٩٣ ـ **السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج** : لأبي بكر محمد بن علي بن محمد الحدادي اليمني العبادي مخطوط مكتبة الأزهر رقم خاص (٣٧١) وعام (٧٥٥٣).

٩٤ ـ **شرح العناية على الهداية** : محمد بن محمود البابرتي (٧٨٦) مطبوع مع فتح القدير المكتبة التجارية ١٣٥٦ هـ .

٩٥ ـ **شرح الوقاية** : لصدر الشريعة بهامش كشف الحقائق .

٩٦ ـ **غنية ذو الأحكام في بغية درر الحكام** : بهامش الدرر لحسين بن عمار الشرنبلالي (١٠٦٩ هـ) .

٩٧ ـ **فتح القدير شرح الهداية** : لكمال الدين بن الهمام المتوفى عام ٦٨١ هـ مع تكملته : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لقاضي زاده المتوفى ٩٨٨ هـ وهو شرح الهداية شرح بداية المبتدي ، والهداية والبداية كلاهما لبرهان الدين المرغيناني المتوفى عام ٥٩٣ هـ مطبعة مصطفى محمد .

٩٨ ـ **الفتاوى العالمكيرية** : المعروفة بالفتـــاوى الهندية في ستة أجزاء بالمطبعة الاميرية ببولاق القاهرة (١٣١٠ ـ ١٣١١ هـ) على هامش الثلاثة الأولى الفتاوى الخانية لقاضي خان المتوفى عام ٢٩٥ هـ وعلى الأخرى الفتاوى البزازية لابن البزاز المتوفى عام ٨٢٧ هـ والمجموع تأليفه جيد جامع لأبواب الفقة .

٩٩ ـ **الفتاوى المهديه** : للعـــلامة الشيخ عبد الرحمن السويسي مطبعة المؤيد بمصر سنة ١٣١٨ هـ .

١٠٠ـ **الفروق** : للشيخ أبي المظفر جمال الاسلام سعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري،مخطوط في دار الكتب المصرية رقم (٢٩٢) .

١٠١ـ **قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار** : محمد علاء الدين نجل ابن عابدين (١٣٠٦هـ) جزءان هما السابع والثامن من طبعة مصطفى الحلبي لحاشية ابن عابدين ، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م .

١٠٢ـ **كشف الحقائق في شرح كنز الدقائق** : للشيخ عبد الحكيم الأفغاني نزيل دمشق .

١٠٣ـ **كنز الدقائق بهامش البحر الرائق** : حافظ الدين عبد الله بن أحمـــد بن محمود النسفي (٧١٠ هـ) .

١٠٤ـ **المبسوط** : لشمس الدين ابو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (٤٩١هـ) الطبعة الأولى مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٤ هـ وهذا الكتاب من الكتب الأصلية في المذهب اذ أنه يشتمل على كتب ظاهر الرواية للامام محمد بن الحسن عن الامام أبي حنيفة وهو في ثلاثين جزءاً .

١٠٥ـ **متن الوقاية** : لتاج الشريعه ، بهامش كشف الحقائق المار الذكر .

١٠٦ـ **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر** : عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بشيخ زاده (١٠٨٧ هـ) المطبعة العثمانية ١٣٢٧ هـ .

١٠٧ـ **مجمع الضمانات** : في مذهب الامام ابي حنيفة الأعظم لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي الطبعة الأولى بالمطبعة المنيريه بالقاهره سنة ١٣٠٨ هـ .

١٠٨ـ **مجموعة رسائل ابن عابدين** : في مسائل كثيرة في الفقه طبعة الآستانه في جزئين عام ١٣٢٥ هـ .

١٠٩ ـ **مجلة الاحكام العدلية** : الطبعة الأولى بالآستانه سنة ١٢٩٧ هـ بمطبعة الجوائب وقد أخذت في مجموعها من الفقه الحنفي وجاءت في ١٩٥١ مادة ، وتشبه كتاباً في الفقه لما جاء بالمواد من ايضاحات وأمثلة متعددة .

١١٠ـ **مختصر الطحاوي** : لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلام الطحاوي المتوفى سنة ٣٢١ هـ مطبعة دار الكتاب العربي بالقاهرة .

١١١ـ **مختصر القدوري**: احمد بن محمد بن احمد القدوري (٤٢٨ هـ) الآستانةسنة ١٣١٠هـ.

١١٢ـ **ملتقى الأبحر** : ابراهيم بن محمد الحلبي المتوفي سنة ٩٥٦هـ جعله مشتملا على مسائل القدوري والمختار ، والكنز ، والوقاية بعبارة سهلة ، وأضاف اليه بعض ما يحتاج اليه من مسائل المجمع ونبذة من الهداية .

١١٣ـ **منحة الخالق على البحر الرائق** : للسيد محمد أمين الشهير بابن عابدين .

١١٤ـ **نفيس المتجر بشراء الدرر** : مخطوط في مكتبة الأزهر ،ومكتبة دار الكتب ـ حسن ابن عمار الشرنبلالي ، وطبعها عبدالله بن جبير في رسالة (الغرر في محل الالتزام التعاقدي) معهد الدراسات العربية . مطبوع على الآله الكاتبة .

١١٥ـ **الهداية شرح بداية المبتدي**: كلاهما لبرهان الدين المرغيناني السابق ذكره في الكلام على فتح القدير وهو في أربعة أجزاء .

١١٦ـ **واقعات المفتين** : للشيخ عبد القادر بن يوسف الشهير بقدري أفندي الحنفي . المطبعة الأميرية ـ الطبعة الأولى (١٣٠١ هـ) .

خامساً ـ كتب الفقه المالكي

١١٧ـ **الأحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والامام** : شهاب الدين ابو العباس احمد بن ادريس القرافي المالكي (٦٨٤ هـ) مطبعة الأنوار ، الطبعة الأولى ١٩٣٨ م .

١١٨ـ **اسهل المسالك نظم** : لناظمه السيد محمد البشار على سراج السالك . (ترغيب المريد السالك) .

١١٩ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** : لأبي الوليد احمد بن محمد بن رشد المشهور بالحفيد وبفيلسوف قرطبة في الأندلس المتوفى عام ٥٩٥ هـ ، جزءان ، نشر مكتبة الكليات

الأزهرية ١٩٦٩ م وهو كتاب في الفقه المالكي مع عرض المذاهب الأخرى ، فهو دراسة مقارنة فضلا عن أنه كتاب في فلسفة الفقه عامة أيضاً .

١٢٠ـ **بلغة السالك لأقرب المسالك** : للشيخ احمد الصاوي ، على الشرح الصغير للدردير مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ، الطبعة الأخيرة ، وهو في جزأين ومن كتب المذهب الغنية بكثرة المسائل والاستقلال مع الايجاز .

١٢١ـ **البهجة في شرح التحفة** : لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، الطبعة الثانية مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٠ هـ ـ ١٩٥١ م .

١٢٢ـ **التاج والاكليل** : لمختصر خليل لمحمد بن يوسف بن أبي القاسم العدوي الشهير بالمواق المتوفى ٨٩٧ هـ بهامش الحطاب ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة عام ١٩٢٨ـ١٩٢٩ م كتاب في ستة أجزاء ضخام .

١٢٣ـ **تحفة الحكام** : وهي ملا أجل ما الف في علم الوثائق والابرام لعلامة زمانه ، المعي أوانه ، للقاضي ابي بكر محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي الغرناطي الطبعة الثانية ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ١٩٥١ م .

١٢٤ـ **تهذيب الفروق** : الشيخ محمد علي حسين مفتي المالكية (القرن الرابع عشر) على هامش الفروق للقرافي ، طبعة عيسى الحلبي ١٣٤٦ هـ .

١٢٥ـ **جواهر الاكليل** : شرح مختصر خليل : للشيخ صالح عبدالسميع الآبي الأزهري، مطبعة دار الكتاب العربية الكبرى ١٣٤٦ هـ .

١٢٦ـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** : شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ على الشرح الكبير للدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ ، نشر دار احياء الكتب العربية أربعة أجزاء، مطبعة عيسى البابي الحلبي بالقاهرة، وهو كتاب دقيق كثير المسائل والتفريعات .

١٢٧ـ **حاشية علي الخرشي** : علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ١١٨٩ هـ .

١٢٨ـ **حاشية العدوي على شرح** : أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني على الصعيدي العدوي المالكي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٣٨ م .

١٢٩ـ **حلي المعاصم بهامش البهجة** : لبنت فكر ابن عاصم وهو شرح على الأرجوزة المذكورة الطبعة الثانية مصطفى البابي الحلبي ١٩٥١ م .

١٣٠ـ **الرسالة** : عبد الله بن عبد الرحمن ابو زيد القيرواني (٣٨٩ هـ) مطبعة مصطفى الحلبي بهامش كفاية الطالب الرباني (١٩٣٨ م) .

١٣١ـ **سراج السالك شرح أسهل المسالك** : للسيد عثمان بن حسين بري المعلي المالكي الطبعة الأولى (١٣٨٣ هـ ـ ١٩٦٣ م) مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

١٣٢ـ **شرح على مختصر خليل** : ابو عبد الله بن محمد بن عبد الله الخرشي (١١٠١ هـ) المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٧ هـ .

١٣٣ـ **الشرح الكبير على مختصر خليل** : أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير ١٢٠١ هـ طبعة دار احياء الكتب العربية .

١٣٤ـ **الشرح الصغير** : للدردير بهامش بلغة السالك الطبعة الأخيرة ١٣٧٢ هـ ـ ١٩٥٢م مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

١٣٥ـ **فتحي العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك** : ابو عبد الله محمد بن أحمد الملقب بعليش المتوفى (١٢٩٩) جزءان مطبعة التقدم العالية بالقاهرة .

١٣٦ـ **الفروق أو أنواء البروق في أنواء الفروق** : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس المشهور بالقرافي (٦٨٤) أربعة أجزاء طبعة عيسى الحلبي ١٣٤٦ هـ .

١٣٧ـ **الفواكه الدواني** : للشيخ احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي الأزهري المتوفى سنة ١١٢٠ هـ على رسالة أبي زيد القيرواني المتوفى سنه ٣٨٦ هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثالثة بالقاهرة .

١٣٨ـ **قوانين الأحكام الشرعية رسائل الفروع الفقهية** : محمد بن احمد بن جزيء الأندلسي (٧٤١ هـ) مطبعة النهضة بتونس ١٩٢٦ م وهو كتاب جمع بين الايجاز والبيان ، وقد عنى مؤلفه فما يختص بالفقه ببيان مذهب مالك في كل مسألة مع ذكر الخلافات الهامة لأصحاب المذاهب الأخرى .

١٣٩ـ **كفاية الطالب الرباني** : لرسالة أبي زيد القيرواني لعلي ابي الحسن المالكي الشاذلي مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٣٨ م .

١٤٠ـ **مختصر العلامة خليل** : خليل بن اسحق بن موسى ٧٧٦ هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٣٣ هـ .

١٤١ـ **المدونة الكبرى** : رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم ـ مالك بن أنس الأصبحي ـ المتوفى ١٧٩ هـ .

١٤٢ـ **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية** : أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد المعروف بابن رشد الجد ٥٢٠ هـ) ، جزءان مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٥ هـ .

١٤٣ـ **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** : أبو الضياء سيدي خليل امام المالكية في عصره محمد بن عبد الرحمن المغربي الأصل المكي المولد المعروف بالحطاب المتوفي عام ٩٥٤هـ

سادسا ـ كتب الفقه الشافعي

١٤٤ـ **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية** : للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الأخيرة (١٩٥٩) م جزء واحد ، وهو يشمل قواعد الفقه الكلية وما يدخل تحت كل منها من فروع .

١٤٥ـ **الأم** : للامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (٢٠٤ هـ) شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٩٦١ م في ثمانية أجزاء ثم طبعها عام ١٣٢٦ .

١٤٦ـ **تحفة الطلاب على حاشية الشرقاوي** : ابو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (٩٢٥ هـ) مطبعة مصطفي البابي الحلبي ١٣٦٠ هـ .

١٤٧ـ **التنبيه** : لأبي اسحق الشيرازي ، مطبعة البابي الحلبي ، الطبعة الأخيرة ١٩٥١ م .

١٤٨ـ **تصحيح التنبيه** : للامام يحيى الدين يحيى النووي بهامش التنبيه ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأخيرة ١٩٥١ م .

١٤٩ـ **حاشية البجيرمي على المنهج** : واسمها التجريد لنفع العبيد لسليمان بن عمر ابن محمد البجيرمي على شرح منهج الطلاب .

١٥٠ـ **حاشية ابي الضياء** : للشيخ علي الشبراملسي بهامش النهاية .

١٥١ـ **حاشية اعانة الطالبين** : لأبي بكر المشهور بالسيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي . المصري على حل ألفاظ فتح المعين ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثانية ١٩٢٨ م .

١٥٢ــ **حاشية الرشيدي** : بهامش النهاية للرملي .
١٥٣ــ **حاشية الشيخ** احمد البرلسي : على شرح الجلال المحلى على المنهاج (٩٥٧ هـ) على شرح المحلى على المنهاج مطبعة البابي الحلبي الطبعة الثالثة (١٩٥٦ م) .
١٥٤ــ **حاشية للشيخ احمد بن احمد القليوبي** : احمد بن احمد بن سلام القليوبي (١٠٦٩) مطبعة البابي الحلبي الطبعة الثالثة (١٩٥٦ م) .
١٥٥ــ **حاشية على تحفة الطلاب** : عبدالله بن حجازي بن ابراهيم الشرقاوي الأزهري ٢٢٧ هـ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٦٠ هـ .
١٥٦ــ **الحاوي الكبير** : علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠) مخطوط في دارالكتب فقه شافعي ٨٢ ، ٢٤ مجلدا ، وفقه شافعي ٨٣، أربعة عشر مجلدا :
١٥٧ــ **الرسائل الذهبية في المسائل الدقيقة المنهجية** : للسيدمصطفى الذهبي،الطبعة الأخيرة بهامش فتح الوهاب ١٩٤٨ م مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة .
١٥٨ــ **السراج الوهاج** : للشيخ محمد الزهري الغمراوي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي
١٥٩ــ **شرح منهج الطلاب** : لشيخ الاسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري بهامش البجيرمي الطبعة الأولى ١٩٥٠ م مطبعة البابي الحلبي ، والشرح والحاشية والمتن في أربع مجلدات .
١٦٠ــ **عمدة السالك وعدة الناسك** : لأبي العباس (ابن النقيب) المتوفى سنة٧٦٩ هـ مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٩٥٥ م .
١٦١ــ **فتح العزيز شرح الوجيز** : ابو القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعي ٦٢٣ هـ بهامش المجموع مطبعة الآداب بالقاهرة .
١٦٢ــ **فتح المعين لشرح قرة العين** : لزين الدين بن عبدالعزيز الميباري الفناني بهامش اعانة الطالبين .
١٦٣ــ **فتح الوهاب شرح منهج الطلاب** : لشيخ الاسلام ابي يحيى زكريا الأنصاري المتوفي سنة ٩٢٥ هـ .
١٦٤ــ **فيض الاله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك** : للسيد عمر بركات ابن المرحوم محمد بن بركات الشامي البقاعي المكي ١٣٠٧ هـ مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٩٥٥ م .

١٦٥ــ **قواعد الاحكام في مصالح الأنام** : ابو محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي (٦٦٠ هـ) مطبعة دار الشرق للطباعة ــ طبعة جديدة .

١٦٦ــ **كشف الغمة عن جميع الامة** : عبد الوهاب بن احمد بن علي الشعراني (٩٧٣ هـ) مطبعة محمد علي صبيح .

١٦٧ــ **المجموع شرح المهذب** : ابو زكريا يحيى الدين بن شرف النووي ٦٧٦ مع تكملته للامام أبي الحسن علي بن عبدالكافي السبكي وهي ثلاثة مجلدات ، وتكملته محمد نجيب المطيعي في ستة مجلدات نشر مطبعة الامام لصاحبها زكريا علي يوسف .

١٦٨ــ **مختصر المزني** : ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني (٢٧٤ هـ) في الجزء السابع من كتاب الام للشافعي ، شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٩٦١ م .

١٦٩ــ **مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج** : الشيخ محمد الشربيني الخطيب (٩٩٧هـ) أربعة أجزاء ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٧ هـ ــ ١٩٥٨ م .

١٧٠ــ **المهذب** : لأبي اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعه مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة الطبعة الثانية ١٩٥٩ م .

١٧١ــ **المنهاج** : لأبي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي بهامش مغني المحتاج مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة .

١٧٢ــ **الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي للامام الغزالي** : مطبعة الآداب بالقاهرة عام ١٣١٧هـ ، وهو كتاب محرر في المذهب مع المقارنة بالمذاهب الأخرى بايجاز وهو في جزئين .

١٧٣ــ **الواضح النبيه في شرح التنبيه** : لمؤلفه محمد بن ابراهيم السلمي مخطوط في دار الكتب المصرية ، فقه شافعي ، تحت رقم (٣٢٠ هـ) .

١٧٤ــ **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج** : محمد بن ابي العباس أحمد بن حمزة الرملي الشهير بالشافعي الصغير (١٠٠٤) ومعه حاشية أبي الضياء علي الشبراملسي (١٠٨٧ هـ) وحاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي (١٠٩٧ هـ) يقع في ثمانية مجلدات مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الاخيرة ١٢٧٦ هـ / ١٩٦٧ م .

سابعا ـ كتب الفقه الحنبلي

١٧٥ـ **أعلام الموقعين عن رب العالمين** : لشمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، المتوفى عام ٧٥١ هـ طبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة في القاهرة طبعة جديدة في أربعة أجزاء ، وهو كتاب قيم حقاً وفيه كثير من الدراسات المقارنة في المذاهب المختلفة كما أنه يمثل الفقه الاسلامي الحي المتطور حسب الزمان والمكان .

١٧٦ـ **التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع** : في الفقه الحنبلي لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي المتوفى سنة ٨٨٥ هـ طبع المطبعة السلفية ومكتبتها في القاهرة وهو جزء واحد .

١٧٧ **تجريد زوائد الغاية** : والشرح للشيخ حسن الشطي المتوفي سنة ١٢٧٤ هـ المتوفي في دمشق في سفح قاسيون .

١٧٨ـ **الروض المربع** : للشيخ منصور بن يونس البهوتي سيأتي ذكره في كشاف القناع .

١٧٩ـ **زاد المستقنع** : مختصر المقنع لشرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي طبع في المطبعة السلفية ومكتبتها في القاهرة وكلا الكتابين (الروض والزاد) في جزأين صغيرين يصلح أن يكون كتابا للمبتدئين في دراسة الفقه الحنبلي .

١٨٠ـ **زاد المعاد في هدي خير العباد** : للامام ابن قيم الجوزية طبع في المطبعة المصرية ومكتبتها ، وهو فى أربعة أجزاء في مجلد واحد .

١٨١ـ **الشرح الكبير على متن المقنع** . لشمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن ابي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ والمطبوع في مطبعة المنار سنة ١٣٤٧ هـ .

١٨٢ـ **غايه المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى** : للشيخ مرعي بن يوسف المقدسي الذي جمع فيه بين كتابين عظيمين عليهما مدار الفتوى في العصور المتأخرة ، وهما الاقناع للشيخ موسى الحجاوي ، والمنتهى للشيخ محمد الفتوحي ، وهذا الكتاب بمجموعة في ستة مجلدات بترتيب جيد من منشورات المكتب الاسلامي بدمشق ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٠ هـ ـ ١٩٦١ م .

١٨٣ـ **الفروع** : للعالم محمد بن مفلح المقدسي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ مطبعة المنار ١٣٣٩ هـ وهو في ثلاثة أجزاء .

١٨٤ـ **الاقناع مع كشاف القناع** : لشرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحجاوي . نشر مكتبة النصر الحديثة في الرياض .

١٨٥ـ **القواعد في الفقه الاسلامي** : للحافظ ابي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي المتوفي سنة ٧٩٥ هـ الطبعة الأولى لمؤسسة طبع الفكر العربي للطباعة عنى فيه مؤلفه بجميع القواعد العامة للفقه ، وبآخره فهرس ، متقن لجلال الدين نصر الله البغدادي الحنبلي ، جمع فيه مسائل الكتاب مرتبا لها على أبواب الفقه حسب تشاكل المسائل ومناسبة بعضها البعض لا على ترتيب المؤلف فصار أداة طيبة ، يكشف للباحث سريعاً عما يريد .

١٨٦ـ **القواعد النورانية الفقهية** : لشيخ الاسلام ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ تحقيق محمد حامد الفقي الطبعة الأولى في مطبعة السنة المحمدية سنة ١٩٥٢م ، في القاهره ، وهو لا يختلف عن قاعدة العقود والشروط في الفتاوى ونظرية العقد لابن تيمية .

١٨٧ـ **القياس** : لابن تيمية شيخ الاسلام تقي الدين احمد بن تيمية ٧٦١ ـ ٧٢٨هـ المطبعة السلفية الطبعة الثالثة ١٣٨٥هـ .

١٨٨ـ **كشاف القناع عن متن الاقناع**: للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس ابن ادريس البهوني نشر مكتبة النصر الحديثه في الرياض . في ستة مجلدات وهو أجود الكتب وأوفاها التي رجعنا اليها في المذهب .

١٩٩ـ **الكافي في فقه الامام المبجل احمد بن حنبل** : الطبعة الاولى من منشورات المكتب الاسلامي بدمشق .

١٩٠ـ **مجموعة فتاوى ابن تيمية** : مطبعة الرياض من الطبعة الأولى على نفقة سعود بن عبد العزيز وقد وصلت الى ثلاثين جزء المتوفي سنة ٧٢٨هـالطبعةالاولى وهو كتاب جامع لفتاوى في نواح متعددة في العقائد والتصوف وغير ذلك ، كما يشمل كثيرا من أبواب الفقه ومسائله ، وخاصة في المعاملات بالجزء التاسع والعشرين وفي هذا الجزء رسالة هامة في العقود والشروط .

١٩١ــ **المحرر في الفقه** : مجد الدين ابو البركات عبدالسلام ابن تيمية (٦٥٢ هـ) جزءان ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٩ ــ ١٩٥٠ م .

١٩٢ــ **المدخل الى مذهب الامام** : لعبدالقادر بن احمد بن مصطفى بن عبدالرحيم الدومي الدمشقي الملقب بابن بدران سنة ١٣٤٦ هـ .

١٩٣ــ **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**: تأليف الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني المتوفي سنة ١٢٤٣ هـ .

١٩٤ــ **المغني لابن قدامة المقدسي** : ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة(٦٢٠هـ) الطبعة الأولى ، مطابع سجل العرب القاهرة نشر مكتبة القاهرة في عشرة أجزاء ، وهو كتاب جيد في الفقه الحنبلي مع تعرض للمذاهب الأخرى وبذلك يمكن عده في كتب الفقه المقارن .

١٩٥ــ **منار السبيل في شرح الدليل في مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل** : تاليف الشيخ ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ١٥١٥ ــ ١٣٥٣ هـ . منشورات مؤسسة دار السلام .

١٩٦ــ **نظرية العقد أو قاعدة العقود** : تقي الدين ابن تيمية، نشرد ار أنصار السنة المحمدية عام ١٩٤٩ ، وهذه التسمية فيها تلبيس من الناشر بلا ضرورة إذ أنه يسمى كتاب العقود كما جاء بمقدمته على أنه لا يخرج كثيرا عن رسالة العقود والشروط المنشورة بالجزء التاسع والعشرين من مجموعة فتاوية .

١٩٧ــ **هداية الراغب لشرح عمدة الطالب**: تأليف عثمان احمد النجدي المتوفي سنة ١١٠٠هـ طبع على نفة الشيخ محمد سرور الصبان في مطبعة المدني في المؤسسة السعودية بمصر ــ القاهرة .

ثامنا ــ كتب فقه مذاهب غير الأربعة

أ ــ كتب الفقه الامامي

١٩٨ــ **جواهر الكلام شرح شرائع الاسلام** : محمد حسن بن الشيخ محمد باقر النجفي (١٣٢٢ هـ) طبعة حجر ، ايران ١٢٧١ هـ .

١٩٩ــ **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية** :للشهيد زين الدين ابن الامام نور الدين علي بن أحمد بن محمد بن جمل الدين الجبعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني المتوفى سنة ١٩٦٥ ، الطبعة الأولى من منشورات جامعة النجف الدينية .

٢٠٠ــ **شرائع الاسلام** : في الفقه الاسلامي الجعفري الامامي للمحقق المحلي من منشورات دار مكتبة الحياة بيروت جعفر بن الحسن بن ابي بكر زكريا يحيى بن الحسن بن سعد الهذلي الملقب بالمحقق والمحقق المحلي توفي سنة ٦٧٦ هـ .

٢٠١ــ **شرح كتاب الاجارة من الشرائع** : للشيخ مرتضى الغروي الأشنياني طبع دار بهمت ايران ١٣٣٣ هجري شمسي .

٢٠٢ــ **اللمعة الدمشقية** : للإمام أبي عبدالله محمد بن الشيخ جميل الدين مكي النبطي الجزيني المعروف بالشهيد الاول ٧٨٦ هـ مطبعة دار الكتاب العربي .

٢٠٣ــ **المختصر النافع** : أبو القاسم نجم الدين جعفر بن يحيى الهذلي المحلي ٦٧٦ هـ الطبعة الثانية ، وزارة الأوقاف القاهرة .

٢٠٤ــ **مفتاح الكرامة** : محمد الجواد بن محمد الحسيني الحسني الموسوي العاملي ١٢٢٦ هـ طبعة القاهرة ١٣٢٣ وهو بحق يعتبر أهم مرجع في الفقه الامامي في سبعة أجزاء في دار الكتب منه نسختان كاملتان .

ب ــ كتب الفقه الزيدي

٢٠٥ــ **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار** : أحمد بن يحيى المرتضى ابن مفضل بن منصور الحسني ٨٤٠ هـ القاهرة ١٩٤٨ الطبعة الأولى ، وهو كتاب جليل في أربعة أجزاء ومنزلته في الفقه الشيعي وتعرضه للمذاهب الأخرى كسابقه .

٢٠٦ــ **التاج المذهب لأحكام المذهب** : شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ ــ ١٩٤٧ م مطبعة دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٢٠٧ــ **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير** : شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسن اليمني الصنعاني ١٢٢١ هـ مطبعة السعادة ١٣٤٨ هـ الطبعة الأولى .

٢٠٨ـ **شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار المفتح لكمائم الازهار في فقة الأئمة الأطهار:** انتزعه من هو لكل مبهم مفتاح العلامة أبو الحسن عبدالله بن مفتاح رحمه الله ، مطبعة حجازي بالقاهرة ١٣٥٧ الطبعة الثانية والمتوفى ٨٧٧ هـ .

٢٠٩ـ **متن الأزهار :** للامام المهدي وشرحه بالغيث توفي سنة ٨٣٠ هـ بظبير .

٢١٠ـ **المنتزع المختار من الغيث المدار :** عبدالله بن مفتاح ٨٧٧ هـ القاهرة ١٣٣٢ هـ .

٢١١ـ **مجموع الفقه الكبير :** أبو الحسين زيـد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب المتوفي سنة ١٢٢ هـ طبعة ميلانو ١٩١٩ م .

كتب الفقه الإباضي

٢١٢ـ **شرح النيل وشفاء العليل :** محمـد بن يوسف بن عيسى اطفيش الحفصي العدوي الجزائري ١٣٣٢ هـ القاهرة ١٣٤٣ هـ .

٢١٣ـ **كتاب النيل :** ضياء الدين عبد العزيز بن ابراهيم الثميني ١٢٢٣ هـ مطبعة العرب بتونس ١٣٤٤ هـ .

كتب الفقه الظاهري

٢١٤ـ **المحلى :** أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (٤٥٦ هـ) منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيـع ـ بيروت ، طبعة مصورة عن نسخة دار الكتب المصرية التي حققها الشيخ أحمد محمد شاكر ، ينتهي بفهرس تفصيلي جيد ، وفي الكتاب عرض للمذهب الظاهري وللمذاهب الأخرى ، مع الاحتجاج القوي للمذهب في عنف أحياناً كثيرة .

تاسعاً ـ كتب المصطلحات والفقه العام

٢١٥ـ **اختلاف الفقهاء :** أبو جعفر محمد بن جـرير الطبري (٣١٠ هـ) الطبعة الأولى مطبعة الموسوعات والترقي ١٣٢٠ هـ ـ ١٩٠٢ م .

٢١٧ــ **الاعتصام** : لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي والغرناطي المتوفي عام ٧٩٠ هـ يطلب من المكتبة التجاريـة الكبرى وهـو كتاب يدعو إلى العمل بالكتاب والسنة وترك البدع ــ القاهرة :

٢١٨ــ **الأموال** : أبو عبيد القاسم بن سلام (٢٢٤ هـ) دار الشرق للطباعة الطبعة الأولى ــ ١٣٨٨ هـ ــ ١٩٦٨ م .

٢١٩ــ **التعريفات** : علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف الجرجاني (٨١٦ هـ) طبع سنة ١٣٥٧ هـ ــ ١٩٣٨ م وطبع مطبعة الاتحاد المصرى سنة ١٣٢١ هـ .

٢٢٠ــ **رحمة الأمة في اختلاف الأئمة** : محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني (٩٦٩ هـ) وهو بهامش الميزان للشعراني ، الطبعة الأولى مصطفى البابي الحلبي .

٢٢١ــ **شرح السراجية** : السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني سنة ٨١٤ هـ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٤٤ ، ، والسراجيه لسراج الملة والدين : محمد بن محمد بن عبد الرشيد السجاوندي الحنفي .

٢٢٢ــ **المعجم المفهرس لالفاظ الحديث** :جماعة من المستشرقين باشراف ! . ي فنستك ، مكتبة بريل في مدينة ليدن .

٢٢٣ــ **المعجم المفهرس لالفاظ القرآن** : محمد فؤاد عبد الباقي ــ دار الشعب بالقاهره .

٢٢٤ــ **مفتاح كنوز السنه** : أ ي . فنستك . ترجمة محمد فؤاد عبد الباقي مطبعة مصر ١٩٣٤ م .

٢٢٥ــ **الميزان الكبرى** : عبد الوهاب بن علي الشعراني (٩٧٣ هـ) الطبعة الأولى مصطفى البابي الحلبي .

عاشرا ــ كتب عامة وحديثة في الشريعة

٢٢٦ــ **أحكام المعاملات الشرعيه** : للاستاذ الشيخ علي الخفيف . الطبعة الثالثة مطبعة أنصار السنة المحمديه .

٢٢٧ــ **أحكام الوصية** : للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

٢٢٨ ـ **أحكام العقود في الشريعة الاسلامية** : الشيخ علي قراعة رئيس المحكمة العليا الشرعية سابقا . دار مصر للطباعة .

٢٢٩ ـ **أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية** : الشيخ عبد الرحمن تاج . مطابع دار الكتاب العربي بمصر .

٢٣٠ ـ أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض : للاستاذ احمد ابراهيم .

٢٣١ ـ التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه : للاستاذ محمد السيد الدسوقي وهي رسالة ماجستير مقدمة الى كلية دار العلوم من جامعة القاهره طبع المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية بالقاهرة .

٢٣٢ ـ التصرف الانفرادي والارادة المنفردة : للشيخ علي الخفيف . بحث مقارن ١٩٦٤م معهد الدراسات العربية العالمية ١٩٦٤م .

٢٣٣ ـ الأحوال الشخصية : للمرحوم الدكتور مصطفى السباعي . مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٨ م .

٢٣٤ ـ البيوع والمعاملات المالية المعاصرة : محمد يوسف موسى . دار الكتاب ١٣٧٣هـ.

٢٣٥ ـ تاريخ الفقه الاسلامي : للشيخ محمد علي السايس . مطبعة محمد علي صبيح .

٢٣٦ ـ تفسير النصوص في الفقه الاسلامي : للدكتور محمد أديب صالح مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٤ م .

٢٣٧ ـ رسالة في أحكام السوكورتاه : للشيخ محمد بخيت المطيعي الحنفي طبع مصر ١٣٢٤ هـ .

٢٣٨ ـ الزواج والطلاق في الاسلام : تاليف زكي الدين شعبان الدار القومية للطباعة . والنشر ـ القاهرة .

٢٣٩ ـ الاسلام والحياة : محمد يوسف موسى طبعة اولى مكتبة وهبي.

٢٤٠ ـ الشركات في الفقه الاسلامي : بحوث مقارنة ، الشيخ علي الخفيف ، معهد الدراسات العربية ـ القاهرة ١٩٦٢ .

٢٤١ ـ الشافعي : محمد ابو زهرة . دار الفكر العربي . الطبعة الأولى .

٢٤٢ ـ شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية : محمد زيد الابياني .

٢٤٣ ـ عقد التأمين وموقف الشريعة الاسلامية منه : للاستاذ مصطفى الزرقاء مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٢ م .

٢٤٤ ـ الغرر في محل الالتزام التعاقدي : رسالة دكتوراة في معهد الدراسات العربية وهي مطبوعة على الآلة الكاتبة .

٢٤٥ ـ الغرر وأثره في العقود : للاستاذ محمد صديق الضرير ، رسالة دكتوراة في جامعة القاهرة .

٢٤٦ ـ الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام) : للاستاذ مصطفى الزرقاء مطبعة الانشاء بدمشق الطبعة التاسعة ، منقحة ومزيده .

٢٤٧ ـ الفقه الاسلامي : محمد سلام مدكور . مكتبة عبدالله وهبة الطبعة الثانية ١٩٥٥م .

٢٤٨ ـ الفقه الاسلامي : للاستاذ عيسوي احمد عيسوي مطبعة دار التأليف .

٢٤٩ ـ الفكر السامي في تاريخ الفقه : للشيخ محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي الرباط ١٣٤٠ هـ .

٢٥٠ ـ كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية : احمد ابو الفتح ، الطبعة الاولى ١٩١٣ م .

٢٥١ ـ المدخل للفقه الاسلامي : محمد سلام مدكور ، دار النهضة العربية ١٣٨٩ هـ ١٩٦٩ م .

٢٥٢ ـ مختصر أحكام المعاملات الشرعية « العقد » : على الخفيف . القاهرة ١٣٧٤ هـ ، ١٩٥٤ م .

٢٥٣ ـ مرشد الحيران : محمد قدري باشا القاهرة ١٩٠٩ م .

٢٥٤ ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي : عبد الرزاق السنهوري ١٩٦٧ م معهد الدراسات العربية .

٢٥٥ ـ المعاملات الشرعية المالية : للاستاذ احمد ابراهيم طبع المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٩٣٦ م .

٢٥٦ ـ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامي : محمد يوسف موسى الطبعة الاولى مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٢ م .

٣٥٧ ـ المعاملات الحديثة واحكامها : عبد الرحمن عيسى طبعة اولى .

٢٥٨ ـ الميراث المقارن : محمد عبد الرحيم الكشكي الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ ، ١٩٦٣ م .

٢٥٩ ـ الميسر والأزلام : عبد السلام محمد هارون . دار الفكر العربي ١٩٥٣ م.

٢٦٠ ـ الميسر والقداح : لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة ٢١٣ ـ ٢٧٦ هـ المطبعة السلفية القاهرة ١٣٤٢ هـ .

٢٦١ ـ الميراث والوصيـــة : للاستاذ محمد زكريا البرديسي دار الاتحـــاد العربي للطباعة ١٩٦٩ م .

٢٦٢ ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية : للاستاذ محمد أبو زهرة الطبعة الأولى عام ١٩٣٩ م فتح الله الياس نوري وأولاده ـ القاهرة .

٢٦٣ ـ نظام المعاملات في الفقه الاسلامي : للاستاذ محمـــد مصطفى شلبي ، مطبعـــة اتحاد الجامعات ١٩٥٥ .

٢٦٤ ـ نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون : للدكتور زكي الدين شعبان رسالة دكتوراه الطبعة الأولى ١٩٦٨ نشر دار النهضة العربية .

٢٦٥ ـ النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية : للدكتور شفيق شحاته مطبعة الاعتماد القاهرة ١٩٣٦ م .

٢٦٦ ـ نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء : محمد سلام مدكور . دار النهضة العربية سنه ١٩٦٣ م .

٢٦٧ ـ الوصايا في الفقه الاسلامي : محمد سلام مدكور . دار النهضة العربية ١٩٦٣ .

حادي عشر كتب اللغة والتاريخ والتراجم

٢٦٨ ـ أساس البلاغة : ابو القاسم محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨) طبعة دار الشعب ١٩٦٠ .

٢٦٩ ـ الاستيعاب في معرفة الاصحاب : ابو عمر يوسف بن عمر بن عبد البر النمري ٤٦٣ هـ طبعة نهضة مصر تحقيق علي محمد البيجاوي .

٢٧٠ ـ الأعلام : خير الدين بن محمود بن محمد علي الزركلي . الدمشقي . الطبعة الثانية ١٩٥٢ ـ ١٩٥٩ م ، ١٣٧١ ١٣٧٨ هـ .

٢٧١ ـ الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء : للامام الحافظ ابي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي المتوفى عام ٤٦٣ هـ مكتبة القدسي عام ١٣٥٠ هـ وهو مجز أثلاثة أجزاء

٢٧٢ ـ البداية والنهاية : للامام الحافظ المفسر المؤرخ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى ٧٧٤ هـ الطبعة الاولى (١٣٥١) هـ مطبعة السعادة ومكتبة الخانجي .

٢٧٣ ـ البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن التاسع : محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠هـ) مطبعة السعادة بمصر ـ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٨ هـ .

٢٧٤ ـ التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول : لأبي الطيب صديق ابن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنوجر ١٢٤٨ ـ ١٣٠٧هـ ١٨٣٢ ـ ١٨٩٠ م ، يحتوي هذا الكتاب على ٥٤٣ ترجمة من تراجم العلماء الأعلام ، المطبعة الهندية . الطبعة الثانية .

٢٧٥ ـ الجواهر المضية في طبقات الحنفية : لابن أبي الوفا القرشي في جزأين .

٢٧٦ ـ الحاوي في سيرة الامام ابي جعفر الطحاوي : تأليف محمد زاهد الكوثري مطبعة الأنوار المحمدية .

٢٧٧ ـ الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة : شهاب الدين احمد بن محمد العسقلاني (٨٥٢ هـ) خمسة أجزاء ، دار الكتب الحديثة ١٣٨٢ ـ ١٩٦٦ .

٢٧٨ ـ الذيل على طبقات الحنابله : لزين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي ٧٣٦ هـ ٧٩٥ هـ بتصحيح محمد حامد الفقي ١٣٧٢ هـ ـ ١٩٥٢ م مطبعة السنة المحمدية .

٢٧٩ ـ الصحاح : اسماعيل بن حماد الجوهري (٣٩٣ هـ) طبعة دار الكتاب العربي بمصر .

٢٨٠ ـ الطبقات السنية في تراجم الحنفية : للمولى تقي الدين بن عبد القادر التميمي

الداري الغزي المصري الحنفي ، المتوفى سنة ١٠٠٥هـ ،وقيل ١٠١٠ هـ منشورات المجلس الاعلى للشؤون الاسلامية القاهرة١٩٧٠ في مطبعة مطابع الأهرام التجارية.

٢٨١ ـ عبر الذهبي : تأليف الحافظ الذهبي١٣٤٧ م تحقيق صلاح الدين المنجد الكويت ، وزارة الارشاد والأنباء ١٩٦٦ م .

٢٨٢ ـ غاية النهاية في طبقات القراء : شمس الدين ابي الخير محمد بن محمد بن محمد المعروف بالجزري الشافعي المتوفى ٨٣٣ نشر . ج . براجنرا سر القاهره ، مطبعة السعادة ١٩٣٢ م .

٢٨٣ ـ الفهرست : لابن النديم ، صورة عن طبعة فلوجل مكتبة خياط بيروت ١٩٦٤م .

٢٨٤ ـ القاموس المحيط : ابو طاهر محمد بن يعقوب الشيرازى الفيروز ابادي (٨١٧ هـ) الطبعة الخامسة المكتبة التجارية الكبري ١٣٧٣ هـ ـ ١٩٥٤ م .

٢٨٥ ـ الكامل لابن الأثير : تأليف عز الدين علي بن محمد بن عبدالكريم ، المعروف بابن الأثير ليدن ١٨٦٦ .

٢٨٦ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : احمد بن محمد الفيومي ٧٧٠ هـ المطبعة الأميريه بالقاهره . الطبعة السابعة ، سنة ١٩٢٨ م .

٢٨٧ ـ تاج التراجم في طبقات الحنفية : أبو العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا (٨٧٩ هـ) مطبعة العاني ببغداد ١٩٦٢ م .

٢٨٨ ـ تاج العروس شرح القاموس : محمد مرتضي الزبيدى (١٢٠٥ هـ) بنغازى ليبيا .

٢٨٩ ـ ترتيب المدارك وتقريب المسالك : للقاضي عياض ، تحقيق الدكتور احمد بكر محمود ، بيروت ١٩٦٧ ، ويقع في اربع أجزاء .

٢٩٠ ـ تاريخ بغداد : للحافظ ابي بكر الخطيب البغدادي المتوفى ٤٦٣ هـ في اربعة عشر جزاء ، الطبعة الأولى بالقاهرة بمطبعة السعادة عام ١٩٣١ م .

٢٩١ ـ تذكرة الحفاظ : محمد بن أحمد بن عثمان بن قيماز التركماني المعروف بالذهبي بيروت ـ دار احياء التراث العربي . أربعة أجزاء وذيل في ثلاث مجلدات (كل جزأين في مجلد والذيل في مجلد) .

٢٩٢ ـ تهذيب التهذيب : تأليف الحافظ شهاب الدين أبي الفضل احمد بن محمد

بن مجد العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ وهو مختصر التهذيب لأبي الحجاج يوسف بن الركبي العربي ، هذب فيه كتاب الكمال في أسماء الرجال للحافظ ابي محمد عبد الغني بن عبد الواحد بن سرور المقدسي (فهو مختصر المختصر) طبع مطبعة مجلس دائرة المعارف النظاميه بحيدر أباد الدكن الهند سنة ١٣٢٦ هـ ــ ٣٢٧ هـ.

٢٩٣ ــ حسن المحاضره في تاريخ مصر والقاهرة : ابو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي مطبعة عيسى الحلبي ١٩٦٧ م .

٢٩٤ ــ طبقات ابن سعد : دار بيروت للطباعة والنشر ١٣٨٠هـ ــ ١٩٦٠ م .

٢٩٥ ــ طبقات الفقهاء : ابو اسحق الشيرازي الشافعي (٤٧٦ هـ) تحقيق د. احسان عباس . دار الرائد العربي ــ بيروت ١٩٧٠م :

٢٩٦ ــ طبقات الحنابلة : للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى ، يقع هذا الكتاب في جزئين تحقيق محمد حامد الفقي ١٣٧١ هـ ١٩٥٢ م مطبعة السنة المحمديه .

٢٩٧ ــ طبقات الشافعية الكبرى : تاج الدين ابو نصر عبد الوهاب علي بن عبد الكافي السبكي (٧٧١ هـ) صدر منه حتى الان سبعة أجزاء . مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٩٦٤ ــ ١٩٧٠ م .

٢٩٨ ــ طبقات المفسرين : جلال الدين السيوطي الشافعي . طهران ١٩٦٠ م .

٢٩٩ ــ كشاف اصطلاحات الفنون : محمد بن علي التهانوي (١١٥٨ هـ) ، جزآن كلكتا ــ الهند ١٨٦٢ هـ .

٣٠٠ ــ لسان العرب : محمد بن بكر بن منظور المصري (٧١١ هـ) دار صادر بيروت ١٣٧٥ هـ ــ ١٩٥٦ م .

٣٠١ ــ معجم الادباء : شهاب الدين ابو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الجنس الحموي المولد ، البغدادي ٥٧٥ هـ ٦٢٦ هـ القاهره دار المأمون ٢٠ جـ في عشرة مجلدات .

٣٠٢ ــ معجم البلدان : للحموي أيضا طهران ، مكتبة الأسدي ستة أجزاء في ست مجلدات .

٣٠٣ ــ مناقب الشافعي : لأبي عبد الله محمد بن عمر الرازي ــ المكتبة العلامية بمصر .

٣٠٤ ــ النجوم الزاهرة : ابو المحاسن ــ أبو يوسف بن تغري بردي الأتابكي . الطبعة المصورة عن طبعة دار الكتب .

٣٠٥ ـ وفيات الأعيان وأنباء الزمان : لابن خلكان تحقيق الشيخ المرحوم محي الدين عبد الحميد . القاهره ١٩٤٨ م في ستة أجزاء للقاضي احمد الشهير بابن خلكان المتوفى عام ٦٨١ هـ وهو كتاب في تاريخ العلماء ومشاهير رجالات الاسلام معروف ولاغناء عنه .

ثاني عشر ـ كتب القانون

٣٠٦ ـ الالتزامات : أحمد حشمت أبو ستيت طبع ١٩٥٤ القاهرة .

٣٠٧ ـ أصول الالتزامات : للدكتور حلمي بهجت بدوي مطبعة نوري بالقاهرة١٩٤٣م

٣٠٨ ـ البيع والايجار : محمد رياض ذياب وهي طبعة وحيدة فقط .

٣٠٩ ـ التأمين على الحياة : للدكتور عبد الودود يحيى .

٣١٠ ـ التأمينات : للدكتور عبد السلام ذهني . مطبعة الاعتماد ١٩٢٦م .

٣١١ ـ التأمين : للدكتور أحمد جاد عبد الرحمن .

٣١٢ ـ التأمينات العينية : محمد كامل مرسي طبعة ١٩٥١م المطبعة العالمية .

٣١٣ ـ الخطر والتأمين : الدكتور سلامه عبد الله طبعة ١٩٦٧م .

٣١٤ ـ شرح البيع : محمد حلمي عيسى بك مطبعة المعارف ١٩١٦م .

٣١٥ ـ شرح العقود المدنية : الهبـة (الدكتور عبد الرحمن البنداري ١٩٦٨ م ، المطبعة العالمية .

٣١٦ ـ شرح العقود المدنية : للدكتور أحمد زغلول طبع بالمطبعة الأيوبية بمصر ١٩١١م .

٣١٧ ـ شرح العقود المدنية : البيع والمقايضة والإيجار ـ جميل الشرقاوي . دار النهضة العربية ١٩٦٤م .

٣١٨ ـ شرح القانون المدني في العقود : أحمد نجيب الهلالي بك الجزء الأول مطبعة الاعتماد ١٩٢٥م .

٣١٩ ـ عقد البيع في التقنين المدني الجديد : سليمان مرقس مطبعة نهضة مصر ١٩٥٥ .

٣٢٠ ـ عقد الايجار : للسنهوري طبعة أولى مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ١٩٢٩م .

٣٢١ ـ عقد الايجار : الدكتور عبد المنعم فرج الصده .

٣٢٣ ـ العقـود المدنية الصغيرة : للدكتور كامـل مرسي الطبعة الثانية . مطبعة فتح الله الياس نوري بمصر ١٩٣٨م .

٣٢٣ ـ العقود المسماة : للدكتور محمد كامل مرسي الجزء السادس (عقد البيع والمقايضة) المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٥٣م .

٣٢٤ ـ العقود المسماة : للدكتور محمود جمال الدين زكي طبعة دار الكتاب العربي ـ القاهرة ١٩٦٠ .

٣٢٥ ـ العقود المسماة (الايجار والتأمين) : عبد المنعم البدراوي مطبعة المدني ١٩٦٨ .

٣٢٦ ـ العقود المسماة (شرح عقدي البيع والمقايضة) : للدكتور أنور سلطان طبعة أولى ١٩٥١ مطبعة دار نشر الثقافة .

٣٢٧ ـ العقد والارادة المنفردة : للدكتور محمد حسني عباس . مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٩ .

٣٢٨ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية : القانون المدني المصري الجديد وهي أول طبعة وزارة العدل المصرية .

٣٢٩ ـ الموجز في النظرية العامة للالتزامات : الدكتور أحمد السنهوري طبع ١٩٣٨ .

٣٣٠ ـ مصادر الالتزام : عبد المنعم فرج الصده . دار النهضة العربية .

٣٣١ ـ نظرية العقد : للدكتور حسين النوري . مطبعة الرسالة ١٩٦١م .

٣٣٢ ـ نظرية الالتزام : للدكتور حسين النوري . مطبعة الرسالة ١٩٦٠ .

٣٣٣ ـ نظرية العقد : عبد الرزاق السنهوري . طبع ١٩٣٤م .

٣٣٤ ـ النظرية العامة للالتزام : للدكتور أنور سلطان . دار الكتاب العربي ١٩٦٥م .

٣٣٥ ـ النظرية العامة للالتزام : للدكتور عبد الحي حجازي المطبعة العالمية ١٩٦٢م .

٣٣٦ ـ الوسيط : للدكتور عبد الرزاق السنهوري ١٩٣٤م . دار النهضة العربية .

ثالث عشر ـ المجلات والجرائد

٣٣٧ ـ مجلة المحاماة الشرعية ـ وكانت تصدر من قبل نقابة المحامين الشرعيين .

٣٣٨ ـ مجلة الأزهر . وكانت أولا تسمى مجلة نور الاسلام .

٣٣٩ ـ مجلة الشبان المسلمين .

٣٤٠ ـ جريدة الجمهورية . تصدر في الجمهورية العربية المتحدة .

الفهارس

١ - فهرس الآيات الكريمة

٢ - فهرس الاحاديث الشريفة

٣ - فهرس الاعلام الواردة في الكتاب

٤ - فهرس الاعلام المترجمة

٥ - فهرس الموضوعات

أولا : فهرس الآيات الكريمة

١ – فهرس الآيات الكريمة الواردة في الجزء الأول

اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه	٣٣٦ ، ٥٥٥
اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد	س
أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي	٨٣
اليوم أكملت لكم دينكم	٢١
الحج أشهر معلومات	٥٥٤
إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم	٢٧ ، ٢٠٩ ،
إلا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم	٢٥
ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فإنه مني	٤٨٧
إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السموات والارض منها اربعة حرم	٥٥٦
انما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان	١٤٩
أو كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم	٢٩
انما يخشى الله من عباده العلماء	ل
بلى من أوفى بعهده واتقى فان الله يحب المتقين	٢٤ ، ٢٩
شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن	٥٤٥
فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن	٥٠٢
فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً	٢٧
فانهم عدو لي إلا رب العالمين	٨٣
فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس	٨٣
فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله	٨٥٥

قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ل
قل هي مواقيت للناس والحج ٥٥١ ، ٥٦٠
قل لا يعلم من في السموات والارض الغيب الا الله ٤٣٦
كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ٢٩
لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا ٨٣
منكراً من القول وزوراً ٣٢
وأحل الله البيع وحرم الربا ٨١ ، ٣٤٠ ، ٣٧٨ ، ٣٣٤
وأن عسى ان يكون قد اقترب أجلهم ٤٣٦
وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ٥٦٠
وان منهم لفريقاً يلوون السنتهم بالكذب ٥٥٨
وأوحى ربك الى النحل أن اتخذي من الجبال بيوتاً ٢٦٥
وأوفو بالعهد إن العهد كان مسئولا ٢٤ ، ٢٩
وأوفو بالعقود ٢٩
وبعهد الله أوفو ذلكم وصاكم به لعلكم تتذكرون ٢٤
وأخذهم الربا وقد نهو عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل ٧٩
واذكروا الله في أيام معدودات ٥٥٤
وطعام الذين اوتو الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ٤٨٦
وقد فصل لكم ما حرم عليكم ٢٧
وقل ربي زدني علماً ل
والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون ٢٥ ، ٢٩
ولما جاءهم كتاب من عند الله مصدق لما معهم وكانوا من
قبل يستفتحون على الذين ٣٤٤
والموفون بعهدهم اذا عاهدوا والصابرين في البأساء ٢٥ ، ٢٩
وليوفوا نذورهم ٢٨
ومن أوفى بما عاهد عليه الله فسيؤتيه اجراً عظيما ٢٥ ، ٢٩
وما جعل عليكم في الدين من حرج ١٠٧
وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ٨٢
ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ٢١

وما يضل به الا الفاسقين الذين ينقضون عهد الله من بعد ٢٥
ولا تأكلو أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ٤٨ ، ٨٩ ، ٨١
٨١، ١٠٢، ١٤٩، ٢٣٤، ٣٣٠، ٣٤٠، ٤٦٢، ٥٣٣، ٥٤٥
ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ٣
ولا تقتلوا أنفسكم ٨١
ولا تنكحوا المشركات ٨٧
ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق ٣١
لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاماً ٨٣
يا أيها الذين آمنوا ان كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون ٧٩
يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام ٥ ، ٢١ ، ٢٤
يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ٧٩
يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ٣١
يرفع الله الذين آمنو منكم والذين أوتو العلم درجات ل
يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ٣٤
يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج ٥٥٤، ٥٥٦، ٥٦٠
يسألونك عن الشهر الحرام ٥٤٥
يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيراً ٢٥ ، ٢٩

٢ ـ فهرس الآيات الكريمة الواردة في الجزء الثاني

أتأخذونه بهتاناً واثماً مبينا ١٨٨
أتواصوا به ٢٢٧
إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً ١٦١
أم لهم شرك في السموات والأرض ١٢٤
إني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمان حجج ١٩٥
اني توكلت على الله ربي وربكم ١٧٢
أن تبتغوا بأموالكم ١٩٣
انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ٢٤١
إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ١٦٣
انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ٢٤١
أو ردوها بأحسن منها ٢٠٩
أوفوا بالعقود ٧٦، ٣١٣
إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح أن لا تكتبوها ١٠
بدين إلى أجل مسمى ٢٤
حسبنا الله ونعم الوكيل ١٧٣
رب اجعل هذا البلد آمنا ٢٧٤
عن تراض منكم ٢٥
فإذا قضيتم الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله ١١٣
فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما ١٧٣
فآتوهن أجورهن فريضة ١٨٨

فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فريضة ٣٩، ٥٥، ٥٦، ١٥٢
فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ٢٠٢
فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ٨٨، ٢٠٩
فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية في رحل أخيه ثم أذن مؤذن أيتها العير ٦٩
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ٢٩١
فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ٣٩
فهم شركاء في الثلث ٩٨
قالت احداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين ٣٩
كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ٢٢٨
كل امرىء بما كسب رهين ١٥٤
كل نفس بما كسبت رهينة ١٥٤
لتبين للناس مانزل اليهم ٢٧
لو شئت لاتخذت عليه أجراً ٣٨
لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ٧١
ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ١١٣
ما تراضى به الأهلون ١٩٩
محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم ٧٣
من بعد وصية يوصي بها أو دين ٢٢٨
وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً ١٨٨، ٢٠٣
وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ١٨٧، ١٨٨
وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ١٨٧
وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله ١١٣ ١١٣
وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها ٢٠٨
وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ٩١
وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض ٩٨
وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهن مقبوضة ١٥٥
وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ٩١

وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ٧٣
واستشهدوا إذا تبايعتم ١٥٥
وعلى الله فليتوكل المؤمنون ١٧٢
وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ١٨٨
وما لهم فيها من شرك ١٢٥
ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم ٧١، ٧٣، ٧٦، ٨٥، ١٦٤، ١٦٨، ٢٩٠
وما كان ربك نسياً ٥٧
ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ٣١٢
ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ٣١٢
ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ٣١٢
ومن يتوكل على الله فهو حسبه ١٧٢
وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ٢٧
ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا إن الله مع الصابرين ٩٢
ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا يأتين بفاحشة مبينة ٢٠٣
ولا تقف ما ليس لك به علم ٢٣٧
ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله ٧١
لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا ١٧٢
لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ١٦٩
لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ٢٨
يا أبانا إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا فأكله الذئب ٢٤٣
يا أيها الذين آمنوا ادخلوا في السلم كافة ولا تتبعوا خطوات الشيطان ٩١
يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ١٠
يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ٣٠٢
يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس ٢٤٠، ٢٤١
يهب لمن يشاء اناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ٢٠٧
يوصيكم الله ٢٢٧

ثانياً : فهرس الاحاديث الشريفة

١ ـ فهرس الاحاديث الشريفة الواردة في الجزء الأول

أترضى أن أزوجك فلانه ؟ قال نعم ، قال للمرأة : أترضين ؟ ١٦
أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ٣٠
أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج ٤٣
اذا بايعت فقل لاخلابه ولي الخيار ثلاثة أيام ١٢١، ٣٧٨
اذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ٢٨٩، ٣٠٥
اذا خرجتم فدعوا لهم الثلث فدعوا لهم الربع ٢٩٢
اذا كان اكراما فلا بأس ٢٢٤
أرأيت ان منع الله الثمرة بما يأكل أحدكم مال أخيه بغير حق ١٨٢
أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ٤٠٥
أرادت عائشة أن تشتري جارية فتعتقها ٢٢
أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة ٢٥
السلف فى حبل الحبلة زنا ٥٤٧
اشتريها فأعتقيها ، فانما الولاء لمن أعتق ٤٠
الصفقة في الصفقة ربا ١٦٦
الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً ٢٦
المسلمون على شروطهم ٤٣
الناس على شروطهم ما وافق الحق ٢٦
ان أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج ٢٦، ٤٣
ان بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت ٢٢

أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا فما دون ٢٩٩
أن رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن ٢٩٨
أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشري جارية ٢٢
اني قد أهديت الى النجاشي حلة وأواقي من مسك ولا أرى النجاشي ١٨١
أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ؟ فقال أينقص الرطب اذا ٢٨٩
أن النبي ﷺ قال : لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر ٤٤٧
أن النبي ﷺ قال : لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن ٢٨٢
أنه سأل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله ١٤٩
أن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ١٣٧
أي شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ٣٢
بعثني رسول الله ﷺ الى حليق النصراني ٥٦٠
بيع السمك في الماء غرر ٣٤٥
بين العالم والعابد مائة درجة ن
تعلموا العلم فان تعلمه لله حسنة وطلبه عبادة م
جاءتني بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق ٢٢
جاء رجل من بني الصعق أحد بني كلاب الى رسول الله ﷺ ٢٢٤
خففوا في الخرص فان في المال العريه والوصية ٢٩٢
زن وأرجح ١٧٢
سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك ٨٦
فضل العالم على العابد سبعون درجة ن
قال رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ اذا ابتاعوا الطعام ٤٨٥
قال لمروان أحللت بيع الربا فقال مروان ما فعلت فقال أبو هريرة أحللت بيع الصكاك ٤٨٥
قال من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله ٤٨٥
قلت لزيد ما عرايا كم هذه، فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا الى النبي ٢٩٥
قلت يا رسول الله إني أشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم علي ٤٨٤
قلت يا رسول يأتيني الرجل فيسألني عن المبيع ليس عندي فأبيعه منه ٤٦٤

كان أهل الجاهلية يبتاعون لحوم الجزور الى حبل الحبلة ٥٤٧
كانو يبتاعون الجزور الى حبل الحبلة فنهاهم ﷺ عن ذلك ٤٧٥
كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعاماً جزافاً ٤٨٥
كانوا يبتاعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه ٤٨٥
كفى بالعلم شرفاً أن يدعيه من لا يحسنه ويفرح اذا نسب إليه م
كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ٢٩
كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من ٤٨٤
كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير ٤٨٦
لعل أحدكم ألحن بحجته . . . فانما هي قطعة من النار ٣٦٦
لكل غادر لواء عند أسته يوم القيامة ٢٦
ليس الخبر كالمعاينة
ليس على رجل بيع فيما لا يملك ٤٦٤
ما أبين من حي فهو ميت ٢٤٨
من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه ٤٨٠، ٤٨٢، ٤٨٤
من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ٤٨٠، ٤٨٤، ٤٨٥
من أحدث في أمرنا أو ديننا هذا ما ليس فيه فهو رد ٢٨
من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد ٨٧
من أسلف فليسلف في كيل معلوم وأجل معلوم ٥٥٤
من باع ببيعتين في بيعة فله أوكسهما أوالربا ١٥٩
من باع نخلا مؤبراً فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ٢٤٦
من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترط المبتاع ٤١٧
من ادعى الى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة ٢٨
من سلك طريقاً يبتغي فيه علماً سهل الله له طريقاً الى الجنة م
من اشترى ما لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه ٢٠٥، ٣٤٠، ٣٥٥، ٣٥٣
من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ٣٥٦، ٣٦٥
من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه ويقبضه ٤٨٥
من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه ، قال وكنا نشتري ٨٤٥
من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل ٤٠

مطل الغني ظلم واذا أحلت على مليء فاتبعه ١٥٧
ما عراياهم هذه ؟ فقال وسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا ٢٩٩
من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ٢١، ٢٣، ٣٠، ٨٧
ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ٢٣
من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصي الله ٢٩
من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين
ل
نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية أن تباع ٢٩٥
نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر الا أنه أرخص في العرية ٢٩٨، ٢٩٩
أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر وقال : ذلك الربا تلك المزابنة ٢٨٦
نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع ١٠٥، ٢٤٦، ٣٩٤، ٣٩٥
نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل : وما تزهي ؟ قال ٢٩٥، ٢٩٦
نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ٣٩٨
نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة ٥٤٧
نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ٨٤، ١٤٣، ٣٠٩
نهي رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل وعن بيع الماء ٢٢٣
نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الفحل ٢٢٣
نهى عن بيعتين في بيعة
نهى عن بيعتين وعن لبستين أما البيعتان ١٥٦، ١٥٧
نهى النبي ﷺ عن بيعتين : الملامسة والمنابذة ١٣٩
نهى النبي ﷺ عن بيعتين وعن بيع العربان ١٣٣
نهى النبي ﷺ عن بيع العربان ١٤٩
نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد ١٤٧
نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ٢٤٣
ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر ٨٥، ٢٠٩، ٣٣٠، ٣٤١، ٣٤٣
أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ٨٥
نهى عن بيع الكالىء بالكالىء ٨٥، ٢٧٦، ٣٨٧
نهى عن بيع اللبن في الضرع ولا الصوف على الظهر ٤٥٨
نهى عن بيع مافي ضروع الماشية قبل أن تحلب ٢٥٧
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ٨٤
نهي عن بيع ما ليس عندك، ونهى عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن ٤١٠، ٤٨٢

نهى عن بيع المجر ٢١٨
نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة ٢٨١
نهى عن بيع النخل حتى تحرز من كل عارض ٣٩٥
نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط ١٧١
نهى رسول الله ﷺ عن التلقي وأن يبتاع المهاجر للأعراب ٣٠
نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعسب الفحل ٢٢٣
نهى النبي ﷺ عن ثمن عسب الفحل ٢٢٣
نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعما في ضروعها ٢١٩
نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين فى صفقة ١٦٥
نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل ٢٢٣
نهى عن كسب الحجام وعن ثمن الكلب وعن عسب الفحل ٢٢٣
نهى عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير ٢٢٣
نهى عن لبستين : أن يحتبي الرجل في الثوب الواحد ثم يرفعه عن منكبه ١٣٩
نهى رسول الله ﷺ عن المجر ١٠٩
نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة ١٣٣، ٢٧٩
نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا ٢٧٩، ٢٨١
نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وان يشتري النخل حتى تشقه ٢٨٠، ٢٨١
نهى عن المحاقلة والمزابنة والمحاقلة والمخابرة عن بيع الثمرة حتى تشقح ٢٨٠
نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ٢٨
نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة ٢٧٩، ٢٨٠
نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة وعن بيع الثمرة حتى تطعم ٢٨٠
نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة أن يبيع ثمر حائط ان كانت نخلا ٢٨٧
نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة شراء الثمر في رؤوس ٢٨١
نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب ٢٩٦
نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع الزبيب ٢٨٧

نهي عن المزابنة وبيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب ٢٨٧
نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر الا أنه أرخص في العرايا ٢٩٨
نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا ٢٨٧
نهي عن المزابنة والمزابنة أن يباع ما في رؤوس النخل بتمر بكيل مسمى ٢٨٧
نهى عن المزابنة والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا ٢٨٩
نهى عن المضامين والملاقيح ٢١٥
نهى عن المعاومه وقال أحدهما بيع السنين ٢٨٧
نهى عن المعاومة وفي بعضها عن بيع السنين ٣٨٧
نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ١٣٩
نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع ، والملامسة ١٣٣
نهي أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ٤٨٤
نهى أن يباع ثمر حتى يطعم أو صوف على ظهر ٢٦٧
نهى أن يباع ثمرة حتى تشقح قيل وما تشقح ؟ قال حتى تحمار وتصفار ٣٩٥
هو الطهور ماؤه الحل ميتته ٢٤٥
لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شيء ٤٥٦
لا تبع ما ليس عندك ١٢٢، ٣٤١، ٣٤٥، ٣٨٩
لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر اليها ٣٤٤
لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ٨٧
لا حسد الا في اثنين ل
لا ربا في الحيوان وانما نهى عن الحيوان عن ثلاثة ٢١٥
لا طلاق الا فيما تملك ولا عتق الا فيما تملك ولا وفاء نذر الا فيما تملك ٤٦٤
لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك ٤٦٤
لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ١٦٧
لا يحل لامرأة أن تسأل طلاق اختها لتستفرغ صحفتها ٣٠
يا رسول الله اني رجل اشتري هذه البيوع فما يحل لي منها مما يحرم علي ؟ ٤٧٤، ٤٧٥

٢ ـ فهرس الأحاديث الشريفة الواردة في الجزء الثاني

أردت الخروج الى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له: اني أردت الخروج ١٧٤
الرقبى جائزة ٢٦٥
أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد الى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبي أوفي ١١
فسألتهما عن السلف ! فقال كنا نصيب المغانم ١١
الزعيم غارم ١٦٥
استهما وتوخيا ، وليحلل أحدكم صاحبه ٩٥
أسلفوا في كيل معلوم ١٩
الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب اذا كان مرهوناً ١٥٦
أعطيت خمساً لم يعطهن أحد قبلي ٧٢
أعمرتك داري هذه أو داري لك مدة حياتك فان الدار تكون
ملكاً للمعمر له ولورثته من بعده ٢٦٦
العمرى جائزة لمن أعمرها ، والرقبى جائزة لمن أرقبها ٢٦٥
العمرى ميراث لأهلها ، أو قال جائزة ٢٦٥
أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمر حياً
وميتاً ولعقبه ٢٦٥
أميركم زيد ، فان قتل فجعفر ، فان قتل فعبد الله بن رواحه ١٨٢
أن بين الحنفياء الى ثنية الوداع ستة أميال الى سبعة ٢٤٤
أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة
فبلغ رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد ٩٩
أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن الشماس وكان يضربها
فأتت الى النبي ﷺ وقالت : لا أنا ولا ثابت وما أعطاني ٢٠٢
ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام ٨٩

أن رسول الله ﷺ تزوجها وهي بأرض الحبشة ، زوجها النجاشي وأمهرها
أربعة آلاف ١٨٩
ان رجعت هديتنا الى النجاشي فهي لك ٢٢٠
ان رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء
اخوته فقالوا... ٢٦١
أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى أتى الروحاء ، فاذا
حمار عقير فقيل يا رسول الله ٢١٨
أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف درع زعفران فقال النبي
ﷺ ميهم ؟ ١٨٩
أن رسول الله ﷺ اشتري من يهودي طعاماً ورهنه درعه ١٥٥
أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ١٨٩
أن رسول الله ﷺ قال : ان أعظم النكاح بركة أيسره مئونة ١٨٩
أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر
فكان يعطي أزواجه مائة وسق ١٢٩
أن رسول الله ﷺ قال قال الله عزوجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل
أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ٤٠
أن رسول الله ﷺ قال : الصلح بين المسلمين جائز الا صلحاً
حرم حلالا أو أحل حراماً ٩٢
أن رسول الله ﷺ قال : ما حق امرئي مسلم له شيء يوصي به يبيت
ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ٢٢٨
أن رسول الله ﷺ نهي عن كراء المزارع . قال حنظله فسألت رافع بن خديج
بالذهب ٦٢، ٦٤
أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة .وأن يشتري
النخل حتى يشقه ١٣١
أن السائب بن شريك جاء الى الرسول ﷺ فقال أتعرفني فقال ﷺ
وكيف لا أعرفك وكنت شريكي ٩٩
أنه سمع رسول الله ﷺ يقرأ الهاكم التكاثر ويقول : يقول ابن آدم مالي مالي
وهل لك من مالك إلا ما أكلت ٢١٠

انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من العرب ٦٩
انكم تقرأون هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين وان النبي ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ٢٢٩
انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ٢٣٠
إنما العمرى التي اجازها رسول الله ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك ٢٦٥
انما يزرع ثلاثة : رجل له أرض يزرعها . ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح ، ورجل اكترى بذهب ٦٤
أن النبي ﷺ أتي برجل ليصلي عليه فقال : عليه دين ؟ فقالوا : نعم ١٦٢
أن النبي ﷺ جعل في الآبق اذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً ٨٨
أن النبي ﷺ رهن درع يهودي فما وجد ما يفتكه حتى توفي صلوات الله وسلامه عليه ١٥٦
أن النبي ﷺ سبق بالخيل وراهن ٢٤٤
أن النبي ﷺ قال : الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها ٢٠٩
أن النبي ﷺ قال : من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ٢٤٥
أن النبي ﷺ قضى بالعمرى أن يهب الرجل للرجل ولعقبه الهبة ويستثني ٢٦٦
أن النبي ﷺ قال : من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم ١٠
أن النبي ﷺ كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق فجاء أعرابي على قعود له فسبقها فشق ذلك على المسلمين ٢٤٤
أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ١١
أنه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال : لا بأس بها بالذهب والورق ، قال ابن شهاب . فقلت له أرأيت الحديث الذي يذكر عن رافع بن خديج : ٦٤
أنه ﷺ حضر جنازة فقال هل على صاحبكم دين فقالوا : نعم درهمان ١٧٠
أنهم قدموا المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال : من أسلف في شيء ١١
أنه قال لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً ، قلت : ما قال رسول الله ﷺ فهو حق ٦٥
أنه وكل عمر بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيب وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة ١٧٤
أنه لا يحل مال مسلم الا بطيب نفس منه ١٩٦
أيما رجل أعمرى عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها ٢٦٥
جاءت امرأة ثابت بن قيس الى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن

قيس ما أعيب عليه من دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الاسلام ٥٠٢
جاء رجل الى النبي ﷺ فقال : اني تزوجت امرأة من الأنصار فقال له النبي ١٨٩
ﷺ : هل نظرت اليها
جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت ٢٢٨
جعل الرقبي للذي أرقبها ٢٦٥
جعل الرقبى للوارث ٢٦٥
خير الأمور أوسطها ١٩٩
زن وأرجح ٢١٩
زوجتها بما معك من القرآن ١٩٩
سابق رسول الله ﷺ بين الخيل فأرسلت التي ضمرت منها وأمدها الحفياء ٢٤٤
سبق بين الخيل وأعطي السابق ٢٤٤
سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال: لا بأس به ٦٤
سألت عائشة كم كان صداق رسول الله ﷺ قالت : كان صداقه لأزواجه
اثني عشرة أوقية ونشاً ١٩٠
سمعت رسول الله ﷺ يقول: ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ٢٢٩
سمعت عمر يقول : لا تغلو صداق النساء فانها لو كانت مكرمة الدنيا أو تقوى في ١٨٩
عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ١٤١
عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ، وعمر ، وعثمان وعلي، ١٣٠، ١٤١
عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال : ١٧٣
فمن أعمر عمرى فهي لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه ٢٦٦
فضلت على الأنبياء بست فذكر عليه السلام منها ، وأرسلت الى الناس كافة ٧٢
في النفس المؤمنة مائة من الابل ١٩١
قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا ٢٠٩
قال رسول الله ﷺ قال الله عزوجل : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما ٩٩
قد ثبت أن رسول الله ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلا من بني الديل هادياً خريتاً ٤٠
قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهب له ٢٦٥
قوله يوم بدر من فعل كذا فله كذا ومن فعل كذا فله كذا ٧٠
كان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة ٢١٧
كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ٢٧

كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ ١٤١
كنا نخابر على عهد الرسول ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ١٣١
كنت في رفعة منزلنا قرب المدينة وكان معنا ناقة حمراء فخرج الينا رجل عليه ثوبان ١١
لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً فقلت وما ذاك ١٣٠
لو أن رجلا أعطى امرأة صداقاً ملىء يده طعاماً كانت له حلالا ١٩٦
ليس لك الا سلمك أو رأس مالك ٢٦
ما كان لي ولبني عبدالمطلب فهو لكم ٢٢١
من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم ٢٢
من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره ٢١
من أعمرى عمرى فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا ٢٦٥
من استأجر أجراً فليعلمه أجره ٤٤
من الحفياء الى ثنية الوداع خمسة أميال أوستة أميال ٢٤٤
من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه فقد ٢٦٥
من عال ثلاث بنات فهو أسير فأعينوه يا عباد الله ضاربوه داينوه ١١٤
من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ٧١
من كانت له أرض فليزرعها أو يزرعها أخاه ولايكرها ٦٤
من كانت له أرض فليزرعها أو يزرعها أخاه ولا يؤجرها ٦٢
من قتل قتيلا فله سلبه ، ومن أصاب منكم شيئاً فهو له ٧٠،٧٥،٧٦
نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه ١٧٠
نهى النبي ﷺ عن اجارة الأرض ٦٢
نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة ١١٣
وقيل له: اكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ، اكان رسول الله ﷺ يراهن؟ ٢٤٤
وهم شركاء في الثلث ١٢٤
لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه ٢٦٤،٢٦٥
لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة ٢٠٩
لا سبق الا في نصل أو خف أو حافر ٣٤٤،٢٤٧
لا يغلق الرهن ١٥٦
يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا ٩٩

ثالثاً : فهرس الاعلام الواردة في الكتاب

١ ـ فهرس الاعلام الواردة في الجزء الأول

(أ)

الآبي : ٧٣

الأثرم : ٤٣، ٨٩، ١٥٠

ابراهيم النخعي : ٤١٤

ابن الأثير : ٧٥، ١٣٧، ٢١٧

ابن الأعرابي : ٢١٦

ابن بركة : ١٧٣

ابن تيمية : س، ١٧، ٢٣، ٢٤، ٢٨، ٣٤، ٣٧، ٣٩، ٧٥، ٧٦، ٧٩، ١٠٣، ١٠٦، ١١٠، ١١٦، ١٢٤، ١٤٢، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٦، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٥، ٢٤٦، ٢٧٨، ٣٣٣، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٤١٧، ٤١٨، ٤٣٣، ٤٥٧، ٤٧٥، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٦، ٥٠٨، ٥٠٩

ابن جريج : ٥، ٢٧٧

ابن جزيء : ١٢٠، ٣٠٩، ٤١٦

ابن الجنيد : ٣٠٤

ابن الجوزاء : ٣٠٩

ابن حبان : ١٥٦، ١٦٤، ١٦٦

ابن حبيب : ٢٩١، ٣٠٩، ٣١٢، ٤٧٠، ٤٨١، ٤٨٧، ٥٢٦

ابن الحداد : ١٠٣

ابن حزم : ٢٠، ٢٣، ٣٠، ٧٦، ١٥٦، ١٥٨، ٢٣٥، ٢٥٠، ٢٦٩، ٢٩٣، ٣٤٤، ٣٤٩، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٦٠، ٣٧٢، ٣٩٧، ٤١٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٤٢، ٤٤٧، ٤٨٦، ٥٢٣، ٥٣٤

ابن رسلان : ١٥٩
ابن رشد الجد : ٧٣، ٩٩، ١١٦، ١١٧، ١٤٥، ١٤٩، ٣٠٨، ٣٤٣، ٣٤٤، ٥٤٣
ابن رشد الحفيد : ٦، ٤٧، ٩٧، ١٠١، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢٩، ١٣٥، ١٤١، ١٤٢، ١٤٥، ١٤٨، ١٦٨، ١٧٠، ٢٢٨، ٢٨٤، ٣٠٨، ٣١٢، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٨٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٤١٥، ٤٦٩، ٥٢٠، ٥٢٧
ابن الرفعة : ٥١٦
ابن زيد : ٥
ابن سيرين : ٤٦، ١٥٠، ٣٤٠، ٤٣٢، ٤٣٥، ٥٢٣
ابن شبرمة : ٣٨، ٤٥٦
ابن شعبان : ٣٤٩
ابن شهاب : ٢١٥، ٤٨٥
ابن طفيش : ١٤٥، ١٤٨، ١٥٦، ٢١٤، ٢٧٨، ٢٨٦، ٣٠٣، ٣٠٧، ٣٨٧، ٤٨٢
ابن عابدين : ٧٢، ٧٧، ١٨٧، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٢٨، ٢٣٨، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٦٩، ٣٧٠، ٥٠٨
ابن عباس : ٥، ٨٥، ١٤٧، ١٧٣، ٢٥٧، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٨٢، ٣٣٦، ٤٥٦، ٤٧٣، ٤٧٩، ٤٨٤، ٥١٣، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٤٧، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٤، ٥٥٦
ابن عبد البر : ٢٨٩، ٤٨١
ابن عبد السلام : ٣٧٠
ابن العربي : ع، ٨١
ابن عرفة : ٧٣، ٧٤، ٧٧، ٣٠٣
ابن عقيل : ٢٢٢، ٢٣١
ابن عمر : ٢٦، ٨٧، ١٤٧، ١٥٧، ٢١٨، ٢٢٣، ٢٩٦، ٣٤١، ٣٧٨، ٣٩٥، ٤٠٤، ٤٣٥، ٤٥٦، ٤٨٥، ٤٨٦، ٥١٣، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٤٢، ٥٤٤، ٥٤٧، ٥٥٨
ابن عرف : ٤٦
ابن القاسم : ٢٢٤، ٢٦١، ٢٩١، ٣١٢، ٣٤٩، ٣٥٧، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٨٣، ٥٥٣
ابن قاضي سماونة : ٥٥٢
ابن قتيبة : ٢١٦

ابن قدامة : ٤١، ١١١، ١٣٧، ١٤٦، ١٥٨، ٢٠٧، ٢٦٧، ٢٩٥، ٤١٢، ٤٧٨
ابن قيم الجوزية : ٢٤، ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٧٧، ١٠٣، ١٠٥، ١١٠، ١١٦، ١٣١، ١٨٤، ١٨٦
٢٣٢، ٢٣٥، ٢٤٧، ٢٦٧، ٢٦٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠
٤٣٣، ٤٦٢، ٥٠٣، ٥٠٩
ابن الكمال : ٤٢٦
ابن كيسان : ٥٤٦
ابن لهيعة : ١٢٩
ابن ماجة : ١٥٠، ١٥٦، ١٦٧، ٢١٩، ٢٨٠، ٢٨٩، ٤٨٥
ابن مالك : ٢٠٣
ابن المرتضى : ٢١٧
ابن مسعود : ل ، ٤٤، ٨٥، ١٦٤، ١٨٠، ١٨٤، ٤٤٧، ٤٥٦
ابن المنذر : ١٠٤، ١٠٥، ٢١٥، ٢٣٠، ٢٥٧، ٢٦٦، ٣٤٠، ٣٥٤، ٣٨٦، ٣٩٤،
٤٢٦، ٤٥٦، ٤٨١، ٥٢٣
ابن منظور : ٥٤٦
ابن نجيم : ٢٠٣، ٢٠٤، ٣١٢، ٤٢٧، ٤٩٤، ٥٠٧، ٥١٩، ٥٢٤
ابن هشام : ٢١٣
ابن وهب : ٧٣، ١٢٩، ٤٨٠، ٥٤٤
ابن أبي عصرون : ٣٩٩
ابن أبي الفوارس : ٣٩٣
ابن أبي ليلى : ٣٧، ٣٩٦، ٣٩٧، ٤٤٣، ٥٥٠
ابن أبي موسى : ٢٧٥، ٥٢٧، ٥٥٦
ابن أبي نعيم : ٢٢٣
ابن أبي هريرة : ٢٩٦، ٣٤٣، ٣٦١
أبو اسحق المروزي : ٨٢، ٢٥٤، ٣٦١
أبو أشوع : ٤١٥
أبو بكر بن أبي مريم: ٣٤٢
أبو بكر بن أبي عاصم: ٨٤
أبو بكر بن داود : ٤٣٥

أبو بكر الحدادي : ٢١٧
أبو بكر البزار : ٢٦
أبو بكر الصديق : ٧٤، ٢٧٥، ٤٨٥، ٥١٤، ٥٢٧
أبو بكر محمد بن : ١٠٣، ٤٠٩، ٤١٠
الفضل البخاري
أبو ثور : ٢٥٧، ٢٦٦، ٣٥٤، ٤٢٦، ٤٤٣، ٤٨٦، ٥٢٠، ٥٢٥
أبو حازم : ٢٢٣
أبو حامد : ٢٩٥، ٣٩٩
أبو الحسن الكرخي: ٨٧، ٢٦٤
أبو الحسن البصري: ٨٧
أبو حنيفة : ٢٠، ٨٦، ٩٨، ١١٣، ١٤٧، ١٥٧، ١٦٠، ١٦٤، ١٦٦، ١٦٩، ٢٢٢، ٢٤١، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٧، ٢٦٣، ٢٦٦، ٢٧٣، ٢٨٦، ٢٨٩، ٣٢٤، ٣٢٦، ٣٣٩، ٣٤٤، ٣٥٠، ٣٦٣، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٩٢، ٣٩٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٨، ٤١٥، ٤٢٧، ٤٣٠، ٤٤٣، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٩، ٤٧٧، ٥٠٤، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٥٢، ٥٥٤
أبو حيان : ٤
أبو الخطاب : ١٤٧، ٢٦٣، ٤٦٨
أبو داود : م ١٤٧، ١٥٩، ٢٢٣، ٢٣١، ٢٨٩
أبو طالب : ٣١١، ٣٩٨، ٤٣٤
القاضي أبو الطيب : ٣٩٩، ٤٠٥
أبو العباس بن شريح : ٢٦٣
أبو عبدالله البصري : ٨٧
أبو عبدالله البلخي : ٤٢٧
أبو علي السنجي : ١٠٣
أبو العلاء السمرقندي : ١١٦، ١٦٦، ٣٨٤
أبو عبيد القاسم بن سلام : ١٦٤، ٢١٧، ٢٩٢، ٥٤٤

أبو عبيدة : ٢٩٨، ٤٧٠
أبو القاسم الأنماطي : ٣٥١، ٣٥٧
أبو الليث : ٤١٠
القاضي أبو محمد : ٤٠٢، ٤٧١
أبو هريرة : ٣٠، ٨٤، ١٢٩، ١٣٧، ١٣٩، ١٤٣، ١٥٦، ١٥٩، ٢١٥، ٢٢٣، ٢٥٧، ٢٨١، ٢٩٤، ٢٩٩، ٣٠٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٨٧، ٣٩٥، ٤٨٥
القاضي أبو الوليد : ٣٩٢
أبو الزبير : ٣٨٧
أبو زكريا الأنصاري : ٢٩٣
أبو الزناد : ٤٤٣
أبو زيد القيرواني : ٢٨٤، ٣١٧، ٣١٨، ٣٥٠
أبو سعيد الخدري : ٢٦، ١٣٣، ١٣٩، ٢١٩، ٢٢٣، ٢٧٧، ٢٨١، ٤٨٦، ٤٨٧
أبو سعيد الاصطخري : ٢٤١
أبو سفيان مولى بن أبي أحمد : ٢٨١
أبو سلمة بن عبد الرحمن : ٤٥٦
أبو يوسف : ١٧٧، ١٧٩، ٢٣٨، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٨، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٨٩، ٣٢٦، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٩٤، ٤٠٦، ٤٤٣، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٧، ٥٠٤، ٥١٤، ٥١٥، ٥٣٣، ٥٣٥، ٥٣٦
أحمد بن حنبل : ٢٠، ٢٤، ٣٩، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٩٠، ٩٣، ١٤٧، ١٥٠، ١٥٦، ١٦٥، ١٦٧، ١٦٨، ١٧٩، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ٢٢٠، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٥٧، ٢٦٢، ٢٦٦، ٢٦٨، ٢٨١، ٢٨٩، ٢٩٢، ٣١٠، ٣٣٣، ٣٣٩، ٣٥٩، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٨٦، ٣٩٢، ٣٩٨، ٤٠٠، ٤٠٦، ٤٠٨، ٤١٥، ٤١٧، ٤٤٧، ٤٥٦، ٤٥٨، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٧، ٤٨١، ٥٠٢، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٨، ٥١٣، ٥٢٢، ٥٧٢، ٥٤٤

أحمد بن سعيد : ٣٩٨
أحمد بن المرتضى : ٥٣٨
المولى الأردبيلي : ٣٠٥
الأزهري : ٧٥، ٢٦٥، ٢٩٠
اسحق بن راهويه : ٢٣٠، ٢٥٧، ٢٦٦، ٢٨٩، ٢٩٨، ٣٣٩، ٣٥٤، ٤٠٠، ٤١٥، ٤٧٠، ٤٨١، ٥١٣، ٥٢٢، ٥٤٤
اسماعيل بن اسحق المالكي : ١٦٩
أشهب : ٢٦١، ٢٩١، ٣١٢، ٣٤٨، ٤٣١
أصبغ : ٢٦١، ٤٥٥
الأصطخري : ٢٤٢
الأصمعي : ٢١٦
الأعرج : ١٢٩
الألوسي : ٣
إمام الحرمين : ٨٧، ٢٤٢، ٢٥٨، ٢٦٨
أم سلمة : ٤٤، ١٨١
أم كلثوم بنت أبي سلمة : ١٨١
أنس بن مالك : ١٣٣، ٢٢٤، ٢٤٣، ٢٧٩، ٣٩٦، ٥٦٠
أنور سلطان : ٨٩، ٩١، ٩٢
اهرنج : ١٧٣
الأوزاعي : ٤٨، ٢٣٠، ٢٩٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٥٥٦
أيوب السختياني : ٣٥٤، ٤٣٥

ب

البابرتي : ٨، ٧١، ٧٢، ١٤٢، ٢٦٧، ٤٦١
الباجي : ٩٩، ١١٣، ١١٦، ١٣٥، ٢١٤، ٢٦٩، ٢٨٥، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣٣٥، ٤٦١، ٤٧٤
بجيرمي : ٧٤، ٧٨
بخاري : ٢٢، ٢٢٣، ٢٧٩

بريرة : ٢١، ٢٢، ٢٣، ٤٠، ٤١
بزدوي : ١٨
بساطي : ٣١٥
بشر بن يسار : ٢٨٦، ٢٨٧
بغوي : ١٦٦، ١٦٨، ٢٤٢، ٢٦٣، ٢٧١
بهوتي : ٣٧١، ٣٨٦، ٥٤٦
بيضاوي : ٣

ت

الترمذي : ١٥٦، ١٦٧، ٢١٩، ٢٢٤، ٢٨٠، ٤٨١، ٤٨٥
تقي الدين ابن تيمية : ٢٠
تميم الداري : ١٧٢

ث

الثوري : ٣٩٦، ٣٩٨، ٥٢٣

ج

جابر بن عبدالله : ٤٤، ١٧٣، ١٨٥، ٢٢٣، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٩٨، ٣٨٧، ٣٩٥، ٥١٥
الجاحظ في التلخيص : ١٦٥
جبير بن مطعم : ٣٤٠، ٣٤٢، ٣٦٥، ٣٦٦، ٤٦١
الجصاص : ع، ٦، ٨٠
الجعلي : ٣٠٣

ح

حبان بن منقذ : ١٢، ٣٥، ٣٧٨
حسان بن ثابت : ٢٩١، ٣٠٠
الحسن البصري : ١٤٧، ٢٥٩، ٢٦٢، ٣٣٩، ٣٤٠، ٤١٤، ٤٤٣، ٤٨١، ٥٢٢، ٥٢٣
حسن بن زياد : ٥٣٥

حسين النوري : ٩٠، ٩٣
حسين القاضي : ٢٥٨
الحصكفي : ١١٠، ٥٠٧
الحطاب : ٣٤٨
الحكم : ١٥٧، ٣٣٩، ٣٥٩، ٤٨١، ٥٥٨
حكيم بن حزام : ١٢٢، ١٢٣، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٨٢، ٤٨٤
حماد بن أبي سليمان : ١٥٧، ٣٣٩، ٤٤٣، ٤٨١

خ

الخراساني : ٣٠٥
الخرشي : ١٢٩، ٣١٥،
الخرقي : ٤١، ٢٩٣، ٢٩٥، ٤٨١، ٥٣٣
الخصاف : ٢٥٢
الخطابي : ف، ١٥٩
خليل : ١٠٨، ١٠٩، ٣٤٩
الخوارزمي : ٣٩٩

د

الدارقطني : ٢٦٧
داود بن الحصين : ٢٨١، ٢٩٨
دواد بن علي : ٢٠، ٤٠٠، ٤٠٦
الدردير : ١٠٨، ١٠٩، ٢٩١، ٣٠٣، ٥٢٦، ٥٢٧
الدسوقي : ٦، ٧٣، ٩٩، ١٠٩، ٢٢١، ٣٠٣، ٣١٥، ٣٥١
الديني : ٣٠٠

ر

الرافعي : ١٣٠، ٢٤٢، ٢٧٦، ٢٨٧، ٣١٥، ٣٩٧، ٣٩٩، ٤٥٠، ٤٩٧، ٤٩٨، ٥٠٥
الربيع : ٥

ربيعة : ٢٦٨، ٢٦٩، ٣٣٥، ٤٧٠، ٤٨٠
روسو : ٦٤
الرملي : ٧٤، ٧٨
الروياني : ٢٥٨، ٢٦٢، ٢٦٦، ٢٩٧، ٣٩٩، ٥٥٤

ز

الزجاج : ٤
زكريا الأنصاري : ٥٥٥
زفر : ١٥، ١٦، ٣٦، ١١٣، ٣٢٢، ٤٧٦، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٣٧، ٥٥١، ٥٥٢
الزرقاني : ١٠٨
الزركشي : ٣٧٣، ٥١٥
الزمخشري : ٨١
الزاهدي : ٢٠٣
زيد بن أبي أنيسه : ٢٨١
زيد بن أسلم : ٥، ١٤٧، ١٤٩
زيد بن ثابت : ٢٨٠، ٢٨١، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٤٨٤، ٤٨٦، ٤٨٧
زيد بن علي : ١١٦، ١٢٥، ١٣٨، ١٥٦، ١٦٦، ٢٠٨، ٢٢٠، ٣٠٣، ٤٤٢، ٤٧٧، ٥٥٨
الزيلعي : ٣٧، ٧١، ٧٢، ٧٧، ٧٨، ٣١٣، ٣٢٦، ٣٦٩، ٤٠٩، ٤١٠

س

سالم بن عبدالله : ٢٨١، ٤٨٥
السبكي : ٣٩٨
سحنون : ٣١٢
السدي : ٨٠
السرخسي : ٧٢، ٧٧، ١٠٣، ١١٠، ١٥٨، ٢٢٥، ٣٦٨، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤٦٠، ٤٦١، ٥٥٠، ٥٥١
سعد بن أبي وقاص : ٢٨٨، ٢٨٩، ٣٩٥
سعدي جلبي : ٩

سعيد بن جبير : ٢٥٩، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٨٠، ٥٢٢، ٥٤٧، ٥٥٨
سعيد بن المسيب : ٨٥، ١٥٠، ٢١٥، ٢٧٧، ٢٨١، ٢٨٨، ٤٨١، ٥١٤، ٥٢٣
سعيد بن ميناء : ٣٨٧
سفيان الثوري : ٣٤٠، ٣٩٧
سفينة : ٤٤
سليمان مرقس : ٤٦٦، ٤٨٦
سماك : ١٦٤، ١٦٥
السمرقندي : ٣٨
السنهوري : ٥٩، ٩١، ٩٢، ٩٣، ١٠٠، ١٥٤، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٩١، ١٩٢، ١٩٧، ٥٦١
سهل بن أبي حتمة : ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٨
سهل بن سعد : ٨٥
سهيل بن أبي صالح : ٢٨١
السيوطي : ١٠٨

ش

الشاذلي : ٧٣، ٧٤، ٧٧
الشاشي : ٣٩٩
الشاطبي : ١٨
الشافعي : ١١، ١٥، ٢٠، ٤٧، ٨٣، ٨٦، ٩٨، ١٠٥، ١١٣، ١٣٠، ١٣٦، ١٣٩، ١٤٧، ١٥٥، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦٤، ١٦٩، ١٧٨، ١٨٢، ٢١٣، ٢٢٢، ٢٢٤، ٢٣٠، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٥٢، ٢٥٧، ٢٦٢، ٢٨٨، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٣٠٠، ٣٠٦، ٣٢٤، ٣٣٦، ٣٣٩، ٣٤٤، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٧، ٣٧٥، ٣٩٢، ٣٩٧، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٨، ٤٩٥، ٤٤١، ٤٤٣، ٤٦٢، ٤٧٠، ٤٧٢، ٤٧٦، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٧، ٥٤٤، ٥٤٦، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦،
الشرقاوي : ٧٤، ٧٨
شريح : ٤٦، ٤٣٥، ٥٢٣

الشيرازي : ٩، ٧٤، ١٠٩، ١١٦، ١٢٢، ٢٤٢، ٢٦٦، ٣٢٧، ٣٣١، ٣٥٣، ٣٨٦، ٣٨٧، ٤٥٥، ٤٦٢، ٤٧٥، ٥٣٢، ٥٣٧، ٥٥٥
الشرنبلالي : ٤٩٣، ٤٩٤
الشعبي : ٢٥٧، ٣٣٩، ٣٤٠، ٤١٤، ٤٣٥، ٥٥٩
شمس الأئمة الحلواني : ٤٠٩، ٤١٠
الشمني : ٤١١
شهر بن حوشب : ٢١٩
الشهيد : ٩، ٤٤٦
الشوكاني : ٤، ١٥٧، ١٥٩، ١٦٧، ٢٢٤، ٢٦٦، ٣٠٣

ص

صالح عبد السميع : ١٠٩
صدر الشهيد : ٢٥٧
صفوان بن أمية : ٤٦، ١٤٩
صهيب : ٤٣٥

ط

طاووس : ١٥٧، ٢٥٩، ٣٦٦، ٤٣٦، ٥٠٥،
الطبري : ع، ٨٠، ٨٢
الطحاوي : ٢٩١، ٤٣٨
طلحة بن عبد الله : ٢٠٥، ٣٤٠، ٣٤٢، ٣٦٥، ٤٦٠

ع

عائشة : ٢١، ٢٢، ٢٤٤، ٥٥٠، ٥٥١
عامر الشعبي : ٨٥
العاملي : ٩، ١١١، ٢٠٨، ٢١٧، ٢٧٨، ٣٠٤، ٣٠٥
العباس بن عبد المطلب : ٣٧٨
القاضي عبد الجبار : ٨٧
عبد الحي حجازي : ٩٠، ٩٢، ٩٣
عبد الحميدبن عبدالرحمن : ٤٤٣

عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود : ١٦٥
عبد الرزاق في مصنفه : ١٤٩
عبد الرزاق السنهوري : ٩٠
عبد السلام ذهني : ٩٠، ٩٣
عبد العزيز بن أبي سلمة : ١٦٠، ١٦٢، ٤٧٠، ٤٨٠
عبدالله بن دينار : ٤٨٥
عبدالله بن زيد بن ثابت : ٢٨١
عبدالله بن عباس : ٣٧٨
عبد الله بن عمر : ٢٢ ، ٢٥ ، ٤٦ ، ٨٥ ، ١٦١ ، ١٦٧، ١٦٩، ٢٨٧، ٣٧٨ ، ٤٨٠ ، ٥٠٢
عبدالله بن عمرو بن العاص: ٥٥٣
عبد الله عبد النبي : ش
عبدالله بن عبدالله بن عمر : ٤٨٥
عبد الملك بن مروان : ١١٤
عبد الملك بن الحسن : ٤٣١
عبد الوهاب : ٩٨
عثمان بن عفان : ٢٠٥، ٣٤٠، ٣٤٢، ٣٦٥، ٣٦٦، ٤٦٠، ٤٨١
عثمان البتي : ٤٣٥، ٤٧٩
العدوي : ٧٣، ٣١٨، ٥٤٣
العز بن عبد السلام : ٢٠٦
عطاء بن أبي رباح : ٢٨٠، ٢٨١، ٤١٤
عطاء بن بشار : ٥٢٢
عقبة بن عامر : ٢٦
العقلي : ٢٢٧
عكرمة : ٥٢٢، ٥٢٣
علي بن أبي طالب : م ، ٨٦، ٢٢٣، ٥٣٣، ٥٥٨
عمران بن الحصين : ٨٤
عمر بن ابراهيم بن خالد : ٣٤٠، ٣٤٢

عمر بن الخطاب : ١١، ٤٣، ٤٦، ١٤٧، ١٤٩، ١٥٠، ١٨٤، ٥٠٢
عمر بن عبد العزيز : ٤٤٣
عمرو بن الحريث : ٥٥٩
عمرو بن شعيب : ١٤٧، ١٥٦، ١٧١، ٤٦٤
العنبري : ٣٥٤
عيسى بن أبان : ٣٠٠
عيسى عليه السلام : ٥٤٩

غ

الغزالي : ١٨، ٨٧، ٢٥٩، ٢٦٨

ف

فخر الاسلام : ٣٢٢
الفوارني : ٢٥٨
الفيروزبادي : ٢١٣، ٥٤٦

ق

القاسم : ٣١١، ٤١٥
قاضيخان : ٤٣٨
قتـــادة : ٥
القتيبي : ٢١٧
القدوري : ٢٦٤، ٤٩٤
القرافي : ٧٣، ١٢١، ١٧٨، ٣٢٤، ٣٣٣
القرطبي : ٨٠
القفال : ٨٧، ٣٩٩، ٤٧٣

ك

كابيتان : ١٩٧
الكاساني : ٧٢، ٧٧، ١٦٦، ٢٦٧، ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٨٣، ٣٤٢، ٣٤٥، ٣٥٢، ٣٦٢، ٣٨٤، ٤٠٨، ٤٢٩، ٤٤٩، ٤٦٠، ٤٩٣

الكرمي : ١١٣، ٢٦٤، ٣٧٦، ٤٢٧، ٤٣٨
الكمال بن الهمام : ٣٦، ١١٢، ١١٣، ٢٣٨، ٢٦٥، ٣٧٧، ٣٩٤، ٤٦١، ٤٩٤، ٥٠٤، ٥٣٥، ٥٤٩، ٥٥٠
كولان : ١٩٧

ل

اللخمي : ٣٤٩، ٣٩٦، ٤٣١
الليث بن سعد : ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٨٨، ٢٩٥

م

مالك : ٩٩، ٢٠، ٢٤، ٤٧، ٧٣، ٧٤، ٨٦، ٩٨، ١٠٤، ١٠٥، ١١٦، ١٣٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٥٥، ١٥٧، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٤، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢٢٠، ٢٢٢، ٢٢٨، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٥٩، ٢٦١، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٢، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٨٥، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩١، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٨، ٣٠٠، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٣٥، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٧، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٨٨، ٣٩٠، ٣٩٢، ٤٠٠، ٤٠٦، ٤٠٨، ٤١١، ٤١٢، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٤٣، ٤٦٩، ٤٧٧، ٤٨٠، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٦، ٤٨٧، ٥١٣، ٥٢٧، ٥٤٤، ٥٥٣
الماوزري : ٧٢، ٧٤، ١٢٩
الماوردي : ع، ٧٤، ٨١، ٨٢، ١٣١، ٢١٣، ٢١٥، ٢٢١، ٢٤١، ٢٧٨، ٢٨٥، ٢٩٢، ٣٤٤، ٣٩٦، ٣٩٨، ٤٠١، ٤٠٤، ٤٣٢
المتنبي : ٢٤٤
مجـــاهد : ٥، ١٤٧، ٢٥٧، ٤١٥
مجد الدين أبو البركات : ٢٠٧
المحاملي : ٢٩٧، ٣٩٩
محمد بن ابراهيم السلمي : ع
محمد بن أحمد بن سهل البرمكي: ١٦٩

محمد بن الحسن الشيباني : ٧٢، ١٧٩، ٢٣٨، ٢٥١، ٢٦٢، ٢٦٤، ٢٦٩، ٢٧٣، ٢٧٤، ٣٠٥، ٣٢٤، ٣٢٦، ٣٩٤، ٣٩٨، ٤٠٦، ٤٠٩، ٤٢٧، ٤٧٠، ٤٧٦، ٤٧٩، ٥٠٤، ٥١٤، ٥٣٣، ٥٥٢

محمد بن سيرين : ١٤٧، ٣٤٠، ٣٥٤، ٤٣٥، ٥٥٨

محمد بن عبد الحكم : ١٦٩، ١٧٠، ٣١٠

محمد بن عبد الرحمن الدمشقي : ٤٠٨

محمد بن عبد الرحمن السلماني : ٢٦

محمد كامل مرسي : ٩٠

محمد بن مسلمة المالكي : ٢٥٩، ٣٩٥

محمد الصاوي : ١٠٩

محمود بن لبيد : ٢٩٥

المرتضى : ١١١، ٢٧٨، ٥٣٣

المرغيناني : ٨، ١٠، ١١٢، ١٦٥، ٣٧٠

مروان بن الحكم : ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧

المزني : ٢١٣، ٢٩٤، ٣٥٨، ٤٥٦ ٥٥٦

مسروق : ٥٢٢، ٥٢٣

مسلم : ف، ٢٢، ٢١، ٢٢٣

معاذ بن جبل : م

معاوية رضي الله عنه : ل

المغيره بن شعبة : ٢٢٣، ٤٣٥

المغرب في الحديث : ٧١، ٧٢، ٧٧، ٧٨

المقوقس العجلي : ٢٤٤

مكحول : ٣٤٠، ٣٤٢

موسى عليه السلام : ل، ١٨٤

المؤيد بالله : ٣١١، ٤٣٤

الموثق : ٤٠٣

ن

نابليون : ٦٤
نافع مولى بن عمر : ٤٦، ١٤٧، ١٤٩، ٢٨٧، ٤٨٠، ٥٤٢، ٥٤٤
الناصر : ٢٣٣
النجاشي : ١٨١ ، ٢٤٤
الحنفي : ٧
النخعي : ٣٣٩، ٣٤٠، ٤٤٣، ٥٢٣
النسفي : ١٤٧، ١٥٦، ٢٢٣، ٢٥٥، ٤٩٤
النووي : ١٠١، ١٠٤، ١٠٧، ١٠٩، ١١٦، ٢١٧، ٢٤٥، ٢٥٧، ٢٥٩ ، ٢٦٦، ٢٧١، ٢٧٨، ٣٠٣، ٣٧١، ٣٨٦، ٤٣٢، ٤٧٠، ٤٩٨، ٥٠٥،

ه

الهروي : ٢١٦، ٢٩٠
الهادي : ٣١١

و

وليد بن كثير : ٢٨٧
وهب البكري : ٣٤٠

ي

يحي بن سعيد : ٣١١، ٤٨٠
يزيد بن حبيب : ٢٩٥، ٣٩٦
يزيد بن عبد الله بن أبي
بردة : ٤١٤
يعقوب باشا : ٢٥٨
يونس بن ربيعة : ١٢٩

٢ – فهرس الاعلام الواردة في الجزء الثاني

أ

الأسنوي : ٢١٨
ابراهيم الجبالي : ٢٦٧، ٢٨٨
أبن أبي ليلى : ٦٣، ١٢٠، ١٦٩، ١٨١، ١٩٦
ابن أبي مليكة : ٨٨
ابن الأصم : ٤٠
ابن الأعرابي : ٢٦٧
ابن الأنباري : ١٦٣
ابن أبي هريرة : ٥٩
ابن بشير : ١٧٨
ابن تيمية : ٥٧، ١١٦، ١٤٤، ١٥٠، ١٥١، ٢٤١، ٢٤٢، ٣١٩
ابن جزيء : ٦٨، ٧٨، ١١٥، ٢١٥
ابن الجلاب : ١٤٩
ابن الحاجب : ١٧٨
ابن حبان : ٢٣٩
ابن حبيب : ٦٥، ٨٣، ٨٤، ٨٧
ابن حزم : ٢٧، ٢٩، ٣٩، ٥٧، ٧٠، ٧١، ٧٦، ١٤٤، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٦، ٢١٠، ٢٢٣، ٢٣٨، ٢٦٦، ٣٢٠، ٣٢٢، ٣٢٥
ابن رشد الجد : ٥٤، ٨٧
ابن رشد الحفيد : ٤٠، ٦٠، ٦٨، ٧٦، ١٠١، ١٠٧، ١١٥، ١١٨، ١٥٨، ١٩٤، ٢١٥، ٢٢٧

ابن الرفعة : ٤٤، ٢١٨، ٢٤١
ابن سيرين : ٥٩، ١٢٠، ١٢٩، ٢٠٣، ٢٤٢
ابن شهاب : ٦٤، ١٧٨، ٢١١
ابن عابدين : ٥٧، ١٤٢، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٩١، ٣٠٧، ٣٠٩
ابن عباس : ١٠، ١١، ١٧، ١١٤، ١٣٠، ١٦٤، ٢٠٢، ٢٦٥، ٢٦٦
ابن عبد البر : ٢٢٩، ٢٤٧
ابن عرفة : ٨١، ١٧٨، ٢٢٧، ٢٦٧
ابن عقيل : ١٥٠، ١٥١، ٢٠٤، ٢٢٠، ٢٣٥
ابن عليه : ٤٠
ابن عمر : ١٢٩، ٢٢٨، ٢٤٤، ٢٦٥، ٢٦٦
ابن القاسم : ٨٣، ٨٧، ١٤٧، ٢٣٣، ٢٧٠، ٢٩٧
ابن قاضي سماونه : ٥٣
ابن قدامة : ٦٠، ١٠١، ١٢٦، ١٩٧، ٢٢١، ٢٢٨، ٢٣٥، ٢٦٦
ابن القطاع : ١٦٣
ابن قيم الجوزية : ١١٦، ١١٧، ٣١٩
ابن كنانة : ١٣٣، ٢٧٠
ابن كيسان : ٤٠
ابن الماجشون : ٦٥، ٨٣، ١٣٣، ١٤٧
ابن ماجة : ١٧٣، ٢٤٤، ٢٦٥
ابن مسعود : ٨٨، ٨٩، ١٠٩، ١٢٩، ٢٣٢، ٢٣٥
ابن المسيب : ١٢
ابن المنذر : ٥٦، ٥٩، ١٢٣، ١٢٦، ١٣٢
ابن المواز : ٨٢، ٨٣، ٨٤، ٢٧٠، ٢٩٧
ابن نافع : ٧٨
ابن يونس : ٨٧
ابو اسحق الشيرازي : ٨٩، ٢٠٥
ابو أمامة : ٢٢٩
ابو بردة : ١١

ابو بكر بن عبد الرحمن : ٦٢
ابو بكر الصديق : ٤٠، ١٤١، ١٤٥، ٢٠٣، ٢١٠، ٢١٨
ابو ثور : ٢٨، ٥٦، ٥٩، ١٢٠، ١٢٣، ١٢٦، ١٤٣، ١٤٥، ١٩٦، ٢٠٣، ٢٦٧
ابو جعفر : ١٢٩، ١٣٠
ابو حفص العكبري : ١١٩
ابو حنيفة : ١٣، ١٤، ١٥، ١٧، ٢٧، ٢٨، ٣٢، ٥٠، ٥٣، ٦٣، ٧٤، ٧٥، ٨٩، ٩٠، ٩٤، ١٠٦، ١٠٨، ١١٢، ١٢٣، ١٣٠، ١٣٨، ١٤٤، ١٦٤، ١٦٩، ١٧٠، ١٩٢، ١٩٧، ٢١٠، ٢٢٤، ٢٢٦، ٢٣٦، ٢٨٧
أبو الخطاب : ٥٩، ١٠٩، ١٩٧، ٢٠٤، ٢٣٥
ابو داود : ٩٩، ١٧٣، ٢٢٩، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧
ابو رافع : ١٧٤
ابو زيد : ١٦٣
ابو سعيد الخدري : ١١، ٦٩، ١٧٠
ابو سلمة : ١٩٠
ابو صالح : ١٨٨
ابو العباس : ١٨٠، ٢١٧
ابو عبيدالقاسم بن سلام : ١٥٠، ١٨٨، ١٩٧
ابو العجفاء : ١٨٩
ابو العلاء السمرقندي : ٧٤
ابو علي بن خيران : ٢٤٦
ابو عمر الشيباني : ٨٩
ابو القاسم البغوي : ٩٩
ابو قتادة : ١٦٤، ١٦٥
ابو قلابة : ٢٠٣
ابو الليث : ١٣٥
ابو محمد القاضي : ١٩٣، ٢٧٠

ابو هريرة : ٤٠، ٩٩، ١٣٠، ١٥٦، ١٨٩، ٢٠٩، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٦٥
ابو يوسف : ١٥، ٣٠، ٣٢، ٦٣، ٧٥، ٨٩، ٩٠، ١٠٥، ١١٤، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٩، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٤٣، ١٤٥، ١٦٤، ١٧٠، ١٩٢، ٢٨٧، ٣٢٣
الأثرم : ١٧٣، ٢٣٥
احمد ابراهيم : ٢٩٢
احمد بن حنبل : ٦٣، ٧٤، ٨٨، ٨٩، ١٠٦، ١٠٨، ١١٨، ١٢٠، ١٣٢، ١٣٦، ١٤٨، ١٥٠، ١٩٧، ٢١٠، ٢٣٥، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٨٧
احمد الشرباصي : ٣٠٤
احمد طه السنوسي : ٣٠١، ٣٠٧
الأزجي : ١٨١
الازهري : ٢٤٢، ٢٤٣
اسحق بن راهوية : ١٢٠، ١٢٣، ١٤٣، ١٩٦، ٢٤٥
أسماء بنت يزيد : ١٥٦
أسيد بن الحضير : ١٥٠، ١٥١
أشهب : ٨٧، ٢٣٣، ٢٤٦، ٢٩٧، ٢٧٠
أصبغ : ٨٣، ٩٤، ٢٧٠، ٢٩٧
الأعشى : ٢٤٠
امام الحرمين : ٨٥
ام حبيبة : ١٧٤، ١٨٩
أم سلمة : ١٧٥، ٢٢٠
أنس : ١٨٩، ٢٤٤
الأوزاعي : ٢٨، ٦٣، ١٢٠، ١٢٦، ١٤٣، ١٩٤، ١٩٦، ١٩٧، ٢٤٥
اياس بن معاوية : ١٩٧، ٢٣٢، ٢٣٥

ب

الباجي : ٦٠، ٨٤، ١١٥، ١٢١، ١٥٩، ١٦٧، ١٩٣، ٢١٥، ٢٩٧، ٣١٥
البخاري : ٣، ١٠، ١١، ٤٠، ٦٥، ١٢٩، ١٤١، ١٦٥، ٢٠٢، ٢٢١، ٢٤٢،

البراء بن عازب : ٩٩
البغوي : ٢٣٤
البقاعي : ٢٤١
بكر بن عبد الله المزني : ٢٠٣
بلانيول : ٢٧٥

ت

تاج الدين الفزاري : ٤٥
الترمذي : ٩٢، ٢٢٩
تقى الدين : ٢٠٥

ث

الثوري : ٦٣، ١٢٠، ١٢٣، ١٤٣، ١٩٦، ١٩٧، ٢٠٢، ٢١٠، ٢٣٥، ٢٦٦

ج

جابر بن عبد الله : ٦٢، ١٣٠، ١٣١، ١٧٤، ١٩٦، ٢١١، ٢٤٦، ٢٦٥، ٢٦٦
جامع بن شداد : ١١
الجصاص : ٧٦
جعفر بن أبي طالب : ١٨٢
جميلة بنت سهل : ٢٠٢

ح

الحاكم : ٩٩
الحجوي : ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩
حرب الكرماني : ١٥٠، ١٥١
الحسن البصري : ٤٠، ٥٠، ٥٩، ١٢٩، ١٩٦، ١٩٧، ٢٣٥
الحسن بن صالح : ٢١٠
الحصكفي : ٧٣
الحكم : ١٢٣

حماد بن أبي سليمان : ١٢٠، ١٢٣، ١٩٧
حمزه بن شوذب : ٦٢
حنظلة بن قيس : ٦٢، ٦٤، ١٣١

خ

الخرشي : ٨٠
الخلال : ٢٣٥
خليل : ١١٥

د

داود : ١٤٣، ١٤٤، ١٩٦
الدسوقي : ١٨

ر

رافع بن خديج : ٦٢ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٤١ ، ١٤٢ ،
الرافعي : ٢١٩
ربيعة : ٥٩، ٦٣

ز

الزبير بن الحريث : ١٧٣
الزركشي : ٤٣، ٢١٨
زفر : ٩، ١٦، ٣٠، ٤٩، ٥٠، ١٠٤، ١٠٨، ١٤٤، ٢١٤
الزمخشري : ٢٤٢
الزهري : ١٢٩، ٢٤٥
زيد بن أرقم : ٩٩
زيد بن ثابت : ١٣١، ٢٦٥
زيد بن حارثة : ١٨٢

س

السائب بن شريك : ٩٩
سالم بن عبدالله : ٦٣، ٦٤، ١٤٣

السبكي : ٢١٧، ٢١٨
سحنون : ٨٧، ١٣٣
السرخسي : ١١٨
سعد بن أبي وقاص : ١٠٩، ١٢٩، ٢٢٨،
سعيد بن المسيب : ٦٣، ٦٤، ١٢٩، ١٤٣، ٢١١، ٢٢٩، ٢٤٥
سعيد العقباني : ٢٩٩
سفيان الثوري : ٢٨، ٢٤٤
سلمة بن الأكوع : ١٦٥
السنهوري : ٣٦، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٩، ٢٦٢

ش

الشافعي : ١٠، ١٦، ١٨، ٢٧، ٣٠، ٥٠، ٥٩، ٦٣، ٧٤، ٨٥، ٩٠، ٩٤، ١٠٣، ١٠٦، ١٠٨، ١١٢، ١٢٠، ١٢٣، ١٢٦، ١٤٠، ١٤١، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٧، ١٥٠، ١٦٩، ١٨١، ١٩٦، ١٩٧، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢١٠، ٢٤٦، ٢٦٦، ٢٨٧، ٣٢٣
شرحبيل بن حسنه : ١٨٩
شريح : ٨٨، ٨٩، ٢٣٥، ٢٦٦
الشرنبلالي : ٣٢٠
الشعبي : ١٩٧، ٢٢٩
الشيرازي : ٢٤٥

ص

صالح عبد السميع الآبي : ٢٧٠
الصعيدي : ١٨

ط

طاووس : ٦٢، ١٢٠، ١٢٩، ١٤١، ٢٦٦
الطبري : ٢٤٠
الطحاوي : ١٣

طارق المجازي : ١١
طه السنوسي : ٣٠٣

ظ

ظهير بن رافع : ٦٥، ١٣٠

ع

عائشة : ١١٤، ١٢٩، ١٥٥، ١٨٩، ١٩٠، ٢١٠
العباس بن عبد المطلب : ١١٤، ٢١٩
عبد الله بن أبي أوفى : ١١
عبدالله بن رواحة : ١٨٢
عبدالله بن شداد : ١١
عبدالله بن عبد الحكم : ٢٧
عبدالله بن عمر : ١١٤، ١٤١، ١٤٢
عبدالله بن مسعود : ٨٩، ١١٤، ٢١١
عبد الحليم بسيوني : ٢٨٩
عبد الرحمن بن أبزى : ١١
عبد الرحمن بن أبي ليلى : ١٢٩
عبد الرحمن بن الأسود : ١٢٩
عبد الرحمن بن الأصم : ٤
عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود : ٢١١
عبد الرحمن بن عوف : ١٨٩
عبد الرحمن بن قاسم : ٢٦٧
عبد الرحمن بن القارىء : ٢١١
عبد الرحمن بن يزيد : ١٢٩
عبد الرحمن عيسى : ٢٩٩
عبد الرحمن قراعة : ٣٠٣
عبد العزيز بن أبي سلمة : ٥٩
عثمان بن عفان : ١١٤، ١٣٠، ١٤١، ٢٠٣، ٢١٠، ٢١١

عروة بن الزبير : ١٢٩، ١٧٤، ١٨٩، ٢١٠
عروة بن الجعد : ١٧٣
عطاء بن أبي رباح : ٥٩، ٦٢، ١٢٣، ١٣١، ١٩٦
العقبيني : ٢١٨
عقيل بن أبي طالب : ٥٩
عكرمة : ١٣٠
علي بن أبي طالب : ٨٨، ٨٩، ١١٤، ١٢٩، ١٣٠، ١٤١، ١٦٤، ٢٠٣، ٢١٠، ٢١١، ٢٢٩، ٢٣٥، ٢٦٦
علي الخفيف : ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧
علي بن زياد : ٨٧، ٢٧٠
عمرو بن أمية الضمري : ١٧٤، ١٧٥
عمر بن الخطاب : ٣، ٨٨، ٨٩، ١١٤، ١٢٩، ١٣٠، ١٤١، ١٤٦، ١٥٠، ١٥١، ١٨٩، ٢٠٣، ٢١٠، ٢١١
عمر بن سلمة الضمري : ٢١٨
عمر بن عبد العزيز : ٨٨، ١٢٩
عمرو بن دينار : ٨٨، ١٩٦
عمرو بن عوف : ٩٢
العنبري : ١٩٧، ١٢٠
عيسى بن أبان : ٩، ٨٧

غ

الغزالي : ١١٨، ١٢٠

ق

القاسم بن عبد الرحمن : ٢١١، ١٢٩، ٢٦٧
القاشاني : ٤٠
قتادة : ١٩٧
القرافي : ١٧، ١٨، ٨٦

القفال : ٢١٧
قيس بن مسلم : ١٤١

ك

الكاساني : ١٤
الكرخي : ١٣

ل

الليث بن سعد : ٦٣، ١٩٦، ٢٦٧
لمازة بن زياد : ١٧٣

م

مالك ج٢ : ١٤، ٢٧، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥، ٧٤، ٨١، ٨٢، ٨٣، ٨٧، ٨٨، ٩٠، ٩٤، ١٠٦، ١٠٨، ١٠٩، ١١٢، ١٢٠، ١٢١، ١٢٣، ١٢٦، ١٤٠، ١٤٣، ١٤٥، ١٤٧، ١٤٩، ١٥٨، ١٩٣، ١٩٤، ٢٠٤، ٢١٠، ٢١١، ٢٤٦، ٢٦٧، ٢٧٠، ٢٨٧، ٢٩٧، ٣٢٣، ١٣٠
الماوردي : ١٨، ١٨٨، ٢١٨، ٣١٨
مجاهد : ٢٦٦
محمد أبو زهرة : ٢٨٩، ٣٠٤، ٣٠٩
محمد نجيب المطيعي : ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٣٠٣
محمد بن أبي المجالد : ١١
محمد المدني : ٣٠٣
محمد بن حبيب : ١٤٩
محمد بن عبد الرحمن الدمشقي : ٧٤
محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب : ١٤١
محمد بن الحسن الشيباني : ١٣، ١٥، ٣٢، ٦٣، ٧٥، ٧٦، ٨٩، ١٠٥، ١٢٤، ١٢٩، ١٣٨، ١٤٩، ١٤٣، ١٤٥، ١٤٩، ١٦٤، ١٦٩، ١٧٠، ١٩٢، ٢٨٧، ٣٢٣

محمد عبده : ٢٨٧، ٢٨٩
محمد كامل البنا : ٢٨٩
محمد لبيب شيت : ٣٥
محمد يوسف موسى : ٣٠٠، ٣٠١
المروزي : ٢١٠
المزني : ٨٥
مسلم : ٣، ١٠، ١٣٠، ٢٦٥، ٢٦٦
مصطفى الزرقاء : ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣٢٥
مصطفى زيد : ٢٨٩
مطرف بن عبد الله بن الشخير : ٦٢، ٨٣، ٢١٠
معاذ بن جبل : ١٢٩، ١٤١
معاوية بن أبي سفيان : ٨٩
المقوقس : ٢٠٩
مكحول : ١٩٧
مهنا : ١١٨
موسى بن طلحة : ١٢٩
موسى بن عقبة : ٢٤٤
موسى عليه السلام : ١٩٨
ميمونة : ١٧٤

ن

النجاشي : ١٨٩
النخعي : ١٣٠، ١٩٧، ٢١٠
النسائي : ١٠، ٢٦٥، ٢٦٦
النووي : ٨٥، ١٠١، ٢١٨
النهرواني : ٤٠

ه

هرنج : ٣١٧
هيار : ٢٧٥

ي

يحيى بن أبي كثير : ١٢٠
يحيى بن أبي سعيد : ٢٦٧
يزيد بن ركانة : ٢٤٨
يوسف عليه السلام : ٦٤،٧٦ـ١ـ١٦٤

رابعاً - فهرس الاعلام المترجمة

الصفحـــة

ابراهيم بن الجنيد ٣٢٧
ابن أبي ليلى ٣٢٧
ابن تيمية (محمد بن الخضر) ٣٢٧
ابن حزم ٣٢٧
ابن راهوية ٣٢٨
ابن رجب ٣٢٨
ابن رستم ٣٢٨
ابن رسلان ٣٢٨
ابن رشد الحفيد ٣٢٩
ابن الرفعة ٣٢٩
ابن سيرين ٣٢٩
ابن عابدين ٣٢٩
ابن عبد البر ٣٣٠
ابن عبد الحق ٣٣٠
ابن عقيل الحنبلي ٣٣٠
ابن عقيل الشافعي ٣٣٠
ابن القاسم ٣٣١
ابن قتيبة الدينوري ٣٣١
ابن قيم الجوزيه ٣٣١
ابن ماجة ٣٣١
ابن المواز ٣٣٢

الصفحـــة

ابن المنذر	٣٣٢
ابن نجيم	٣٣٢
ابن هشام	٣٣٢
ابو اسحق الطرسوسي	٣٣٢
ابو اسحق الموصلي	٣٣٣
ابو بكر الصديق	٣٣٣
أبو ثور	٣٣٣
أبو حنيفة	٣٣٤
أبو داود	٣٣٥
أبو سعيد الاصطخري	٣٣٥
أبو سلمة	٣٣٥
أبو عبدالله القاسم بن سلام	٣٣٥
أبو قلابه	٣٣٦
أبو موسى الأشعري	٣٣٦
أبو هريرة رضي الله عنه	٣٣٦
أبو يوسف قاضي القضاة	٣٣٧
الأجهوري	٣٣٧
احمد بن حنبل	٣٣٧
الأردبيلي	٣٣٨
الاسفراييني	٣٣٨
أشهب	٣٣٨
الاصطخري	٣٣٨
الأوزاعي	٣٣٨
الباجي	٣٣٩
البغوي	٣٣٩
البيضاوي	٣٣٩
الترمذي	٣٣٩

الصفحـــة

تقي الدين ابن تيمية ٣٤٠
الحسن البصري ٣٤٠
الحسن بن زياد ٣٤٠
الحكم بن عتيبه ٣٤٠
الحكم بن نافع ٣٤١
حماد بن أبي سليمان ٣٤١
الخرشي ٣٤١
الخرقي ٣٤١
الخصاف ٣٤١
الخطابي ٣٤٢
خليل الكردي ٣٤٢
داود بن نصير الطائي الكوفي ٣٤٢
الرازي (احمد بن علي) ٣٤٢
الرازي (محمد بن عمر) ٣٤٣
الرافعي ٣٤٣
ربيعة ٣٤٣
الروياني ٣٤٣
زفـــر ٣٤٤
زكريا الانصاري ٣٤٤
الزمخشري ٣٤٤
الزيلعي ٣٤٤
سحنون ٣٤٥
السرخسي ٣٤٥
سعيد بن جبير ٣٤٥
سعيد بن المسيب ٣٤٥
سفيان الثوري ٣٤٦
السيوطي ٣٤٦

الصفحـــة

الشافعي ٣٤٦
الشعبي ٣٤٧
الشوكاني ٣٤٧
الشيرازي ٣٤٨
طاووس ٣٤٨
الطبري ٣٤٨
الطحاوي ٣٤٩
الطوفي ٣٤٩
عائشة ٣٥٠
عبد العزيز بن عبد السلام ٣٥٠
عبد الله بن عباس ٣٥٠
عبد الله بن عمر ٣٥٠
عبد الله بن مسعود ٣٥١
عثمان بن عفان ٣٥١
العدوي ٣٥١
عطاء بن أبي رباح ٣٥٢
العقيلي ٣٥٢
العكبري ٣٥٢
علي بن أبي طالب ٣٥٢
علي بن زياد ٣٥٣
عمر بن الخطاب ٣٥٣
عمر بن عبد العزيز ٣٥٣
عيسى بن أبان ٣٥٤
العيني ٣٥٤
الغزالي ٣٥٤
قاسم بن أصبغ ٣٥٤
القاضي أبو الطيب ٣٥٥

الصفحـــة

القرافي ٣٥٥
القزويني ٣٥٥
القفال الشاشي ٣٥٦
الكرماني ٣٥٦
الكلبي ٣٥٦
الكمال بن الهمام ٣٥٦
الليث بن سعد ٣٥٧
المازري ٣٥٧
مالك بن أنس ٣٥٧
الماوردي ٣٥٨
مجـــاهد ٣٥٨
المحاملي ٣٥٨
محمد بن الحسن ٣٥٨
محمد بن سلمة بن محمد ٣٥٩
محمد بن عبد الله بن عبـــد الحكم ٣٥٩
محي الدين النووي ٣٥٩
المروزي ٣٥٩
المزني ٣٦٠
الامام مسلم ٣٦٠
معاذ بن جبل ٣٦٠
الموفق بن قدامة المقدسي ٣٦٠
نافع ٣٦١
النسائي ٣٦١
النسفي ٣٦١
النيسابوري ٣٦٢
الواسطي ٣٦٢
وكيع بن الجراح ٣٦٢

الصفحة

خامساً : فهرس الموضوعات التفصيلية للكتاب

١ ـ فهرس موضوعات الجزء الأول

تقديم وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الاسلامية . . . هـ

مقتطفات من تقرير اللجنة عن رسالة نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية ر

الافتتاحية ك ـ ش

الاشتغال بالعلم من أهم الفضائل التى يقوم بها الانسان والنصوص الدالة عليه ل

أولا : النصوص من القرآن . . . . . ل

ثانياً النصوص من السنة . . . . . ل

ثالثاً : من الآثار . . . . . م

فضل العالم على العابد مائة درجة . . . . . م

سبب اختيار هذا الموضوع . . . . . ن

ركود الفقه الاسلامي ناتج عن عدم العمل به . . . . ن

مجاراة الكتاب المحدثين للانظمة المستوردة والدفاع عنه بوجودها في الاسلام ن

حاجة الناس إلى معرفة الحلال والحرام في العقود يوم يحرص الناس على ذلك س

الاستعانة بأصناف مختلفة من الكتب لهذا الموضوع . . . . ع

١ـ الرجوع إلى المخطوطات في مكتبة دار الكتب المصرية ومكتبة الأزهر الشريف . . . . . ع

٢ـ كتب مطبوعة من الفقه لمختلف المذاهب . . . . ع

٣ـ كتب التفسير والحديث وشروحها . . . . ع

الصفحة

عدم المقارنة بين الشريعة والقانون ، لشمول الرسالة السماوية وقصور القوانين الوضعية . . . . . ف

خطة البحث ف

تقسيم الرسالة إلى تمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة . . . . ف

أختم الرسالة بأهم النتائج وترجمة للاعلام وغيره . . . . ش

تمهيد ١ ـ ٦٨

خطة البحث في التمهيد ١

المبحث الأول ٣ ـ ١٦

في

تعريف العقود لغة واصطلاحا وتكوينه ٣

تعريف العقد لغة ، وله معان كثيرة تدور كلها حول الربط والاحكام ٣

اختلاف المفسرين في المراد من العقود في قوله تعالى: أوفوا بالعقود . ٥

والذي أرجحه : العقد هو جميع ما ألزمه الله عباده من التكاليف وغيرها ٥

العقد في اصطلاح الفقهاء وأنها تدور على معنيين . . . ٥

الجصاص يجعل العقد عاما ٦

تعريف مرشد صاحب الحيران للعقد ٧

تعريف مجلة الأحكام العدلية وأنه المختار ٧

تحليل التعريف الفقهي ٧

الفرق بين العقد والتصرف والعلاقة بينهما العموم والخصوص . ١٠

الإيجاب والقبول وتكوين العقد ١٠

عدم توفر الرضا الحقيقي ولا عبرة لها في العقود . . . ١١

نظرت الشريعة فقط إلى الشوائب التى تشوب العقد . . . ١١

ومن الأمثلة على ذلك المكره ١١

الخلابة من الشوائب ومستند ذلك حديث حبان بن منقذ . . ١٢

الارادة المنفردة وتكوين العقد ١٢

الصفحة

بعض العقود تنعقد بالإرادة المنفردة كالطلاق وغيره ١٢
الايجاب وحده غير ملزم للعقد ١٣
العقد يباشره شخص واحد وأحواله ١٤
آراء العلماء في تولي الشخص وحده طرفي العقد ١٥
المالكية والحنابلة يجوزان تولي الشخص الواحد طرفي العقد . . ١٥
زفر والامام الشافعي لا يجوزان تولي الشخص الواحد طرفي العقد . ١٥
رأي الحنفية لا تجعل عبارة الواحد بدلا من عبارتين . . . ١٥

المبحث الثاني ١٧ ـ ٤٩

مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط ومكان الغرر منهما . ١٧
رأي الفقهاء بأن العقود أسباب جعلية ١٧
الخلاصة أن الفقهاء لا يختلفون من حيث أن الشارع هو الذي رتب الآثار ١٨
اختلاف الفقهاء فيما يختص بحرية المتعاقدين في انشاء العقود والشروط ١٩
رأي المضيقين في العقود والشروط بأنها الحظر ١٩
رأي الموسعين في العقود والشروط الجواز والصحة ٢٠
أدلة أهل الظاهر (المضيقين) من القرآن والسنة والاعتبار . . ٢١
أدلة المذهب الثاني (الموسعين) ٢٣
أدلة الموسعين من الكتاب ٢٤
أدلة الموسعين من السنة ٢٥
أدلة الموسعين من ناحية الاعتبار من عدة وجوه ٢٦
أحدها : أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية . . . ٢٦
الثاني : ان الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة إلا ما أمر به الشرع ٢٧
الثالث : الأصل في العقود رضا المتعاقدين وما أوجباه على أنفسهما . ٢٧
الرابع : الالتزام بالشروط كالالتزام بالنذر ٢٨
مناقشة أدلة المجوزين (الموسعين) ٢٩
مناقشة أدلة أهل الظاهر (المضيقين) ٣١
المذهب الثالث (رأي المتوسطين) ٣٤

الصفحة

مذهب الحنفية في الشروط وأقسامها الثلاثة ٣٤
الشرط الصحيح وله أربع صور ٣٥
١ــ أن يكون شرطاً يقتضيه العقد ٣٥
٢ــ أن يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه ٣٥
٣ــ أن يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولم يرد به الشرع لكنه يلائمه ٣٥
الشرط الفاسد وهو الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد العاقدين ٣٧
الشرط الباطل ما لم يتوفر فيه ما قلناه من الشرطين السابقين . . ٣٩
الشروط في المذهب الحنبلي وأنها أربعة أقسام ٣٩
القسم الأول : ما هو من مقتضى العقد ٤٠
القسم الثاني : ما يتعلق به مصلحة العاقدين ٤٠
القسم الثالث: شرط ينافي مقتضى العقد ٤٠
القسم الرابع : ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه ٤١
مزايا المذهب الحنبلي ٤١
الميزة الأولى : جواز أحمد للزوجين ما يشاء ان من الشروط في عقد النكاح ٤٢
الميزة الثانية : جواز تعليق العقود والالتزامات وغيرها بالشروط . ٤٣
الميزة الثالثة : جواز أحمد تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده لشروط تحفظية ٤٤
الميزة الرابعة : أجازه أحمد بيع ما ينقطع به السعر ٤٥
الميزة الخامسة : أجاز الاجتهاد الحنبلي بيع العربون ٤٦
مكان الغرر في العقود والشروط ٤٨
الغرر من القيود التي تحد من ارادة المتعاقدين ٤٨
المبحث الثالث ٥٠ ــ ٦٠
تعريف العقد في القانون ٥٠
تميز بعض فقهاء القانون بين العقد والتصرف وبعضهم لا يرى ذلك . ٥٠
تعريف العقد بأنه توافق أو أكثر على احداث أثر قانوني . . ٥١
تحليل تعريف العقد ٥١
الارادة المنفردة وانشاء الالتزام وأنها تتم بدون توقفها على ارادة أخرى ٥٣

الصفحة

نقد نظرية الارادة المنفردة بأنها لا تستطيع إنشاء التزام بدون نص . ٥٤
توافق الارادتين من قبل طرفين وهما الايجاب والقبول . . . ٥٥
المراحل التي يمر بها الايجاب ٥٥
أولا : المفاوضات ٥٥
ثانيا : الايجاب المعلق ٥٦
ثالثاً : الايجاب البات ٥٦
القوة الملزمة للايجاب ٥٦
يكون الايجاب ملزما اذا حدد الميعاد ٥٧
يجوز للموجب أن يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا . . ٥٧
اقتران الايجاب بالقبول ٥٧
العقد الملزم للجانبين في القانون هو الذي ينشىء التزامات متقابلة . ٥٧
العقد الملزم لجانب واحد هو الذي يولد التزاماً في ذمة أحد الطرفين . ٥٨
تظهر أهمية هذا التقسيم من حيث آثار العقد ٥٨

المبحث الرابع ٦١ — ٦٨

مبدأ سلطان الارادة في القانون

معنى سلطان الارادة ٦١
تفريعهم على مبدأ سلطان الارادة عدة نتائج ٦١
المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الارادة تبعا لما يسود في العصور من تيارات سياسية وفكرية واقتصادية واجتماعية ٦٢
تناقص الارادة الشكلية بفضل عوامل مختلفة كالعوامل الدينية والاقتصادية ٦٣
نقد نظرية مبدأ سلطان الارادة ٦٥
وضع الأمور في نصابها بأن جعلوا الأمر وسطا بين الطرفين . . ٦٦
دائرة القانون العام لا سلطان للارادة فيه ٦٦
دائرة القانون الخاص لا مجال للارادة الا في قدر محدود . . ٦٦
في الحقوق الشخصية الارادة لها المجال الواسع في انشائها وترتيب آثارها ٦٧
قيود سلطان الارادة ٦٧

الصفحة

قيد النظام العام والآداب العامة ٦٧
قيود ترد على حرية الفرد في تحديد شروط المتعاقد . . . ٦٨

الباب الأول ٦٩ ـ ١١٤
التعريف بالغرر وأقسامه ٦٩

الفصل الأول ٧١ ـ ٩٤
التعريف بالغرر والآيات والأحاديث الواردة فيه

المبحث الأول ٧١ ـ ٧٨
في تعريف الغرر لغة واصطلاحا

تعريف الغرر لغة ٧١
تعريف الغرر في اصطلاح الفقهاء ٧١
تعريف علماء الحنفية للغرر ٧١
مدار تعاريف الحنفية على جهالة المبيع والشك . . . ٧٢
تعريف علماء المالكية للغرر ٧٢
تعاريف المالكية لا تشمل جهالة الأجل في البيع . . . ٧٤
تعريف علماء الشافعية للغرر ٧٤
تعاريف الشافعية تفيد معنى واحدا هو انطواء العاقبة والتردد بين أمرين أغلبها أخوفهما ٧٥
تعريف الحنابلة ٧٥
تعريف الامامية ٧٥
تعريف الزيدية ٧٥
مدار تعريف الزيدية انما هو على المعدوم ٧٦
تعريف الظاهرية يقتصر على تفسير الغرر ٧٦
تفسير ابن تيمية للغرر بأنه المجهول العاقبة ٧٦
تعريف ابن قيم الجوزية وأنه مضطرب في تعاريفه . . . ٧٧
رأينا في التعريف والتعريف المختار هو « ما انطوت عنا عاقبته » . ٧٧

الصفحة

المبحث الثاني ٧٩ ـ ٨٨

الآيات والأحاديث الواردة في الغرر

الآيات الدالة على الغرر ٧٩
المراد من الباطل في الآيات الدالة على الغرر واختلاف العلماء في تفسير الباطل ٨٠
تفسير قوله « الا أن تكون تجارة » عند العلماء بالنصب أو الرفع . ٨٢
الأحاديث الواردة في الغرر ٨٤
تفسير الأحاديث وأنها تشمل على النهي وعلى لفظ (بيع الغرر) . ٨٦
حكم العقد المنهي عنه ٨٦
صيغة النهي تدل على التحريم ولا تستعمل في غير التحريم الا مجازا . ٨٦
جمهور الفقهاء يقولون بفساد العقد المنهي عنه ويختلفون في جهة الفساد ٨٦
حجة من قال بالفساد واستدلاله بالنص والاجماع والمعنى . . ٨٧
الفساد اما أن يكون لعينه واما أن يكون لصفته . . . ٨٨
المنهي عنه لعينه ٨٨
المنهي عنه لصفته ٨٨

المبحث الثالث ٨٩ ـ ٩٤

تعريف الغرر في القانون

انفراد القانون المصري بذكر كلمة الغرر وما عداه بذكره بالعقد الاحتمالي ٨٩
تعريف العقد الاحتمالي عند علماء القانون ٨٩
جهالة المتعاقدين لمقدار ما يأخذانه أو يعطيانه ٩١
موطن عقد الاحتمال يكون فى عقود المعاوضات . . . ٩٢
مشابهة العقد الاحتمالي بالعقد الشرطي ٩٢
وجه التشابه مسألة حادثه غير محققة الوقوع في العقدين . . ٩٣
الاحتمال وطرفا العقد ، وأن الاحتمال لا بد من وجوده في كل طرف من طرفي العقد ٩٣

الصفحة

الفصل الثاني ٩٥ ـ ١٤١

أقسام الغرر

المبحث الأول ٩٥ ـ ١٠٠

الغرر اليسير والمتوسط والكبير

تقسيم المالكية للغرر ٩٥

تعريف الغرر اليسير بأنه الذي يغتفر ويجوز بيعه للحاجة مع التمثيل . ٩٥

الغرر الكثير لا يغتفر في العقود مع التمثيل ٩٦

الغرر المتوسط هو المختلف في الحاقه بالغرر اليسير أو الكثير مع التمثيل ٩٦

هل وضع الفقهاء ضابطا للغرر اليسير والمتوسط والكثير . . ٩٩

محاولة الباجي لوضع ضابط للغرر الكثير واليسير . . . ٩٩

ابن رشد الجد وضع ضابطاً للغرر اليسير ٩٩

الغرر اليسير لم يوفق أحد في وضع ضابط له ٩٩

المبحث الثاني ١٠١ ـ ١١٤

الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر

الغرر اليسير لا يؤثر في العقد والكثير يؤثر في العقد . . . ١٠١

الغرر يؤثر في المعاوضات المالية ولا يؤثر في غيرها . . . ١٠١

يستثنى من الغرر المؤثر في العقود ما يشمل القاعدة الفقهية يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها ١٠٢

بيع المعدوم تبع للموجود كبيع المقاثي والمطابخ . . . ١٠٢

بيع اللبن في الضرع مع الشاة ١٠٣

بيع الشاة مع الحمل ١٠٤

بيع الزرع تبعاً للأرض ١٠٤

شراء شيء لم يره المشتري ١٠٤

بيع الثمرة مفردة لمالك الأصل قبل بدو الصلاح ١٠٥

بيع الجبة وحشوها ١٠٦

نفي الغرر عن بعض العقود للحاجة ١٠٧

الصفحة

المراد بالحاجة بأنها اذا لم تكن في جهد ومشقة ١٠٨
الحاجة والضرورة سواء في الغرر ١٠٨
عدم التفريق بين الحاجة والضرورة في الغرر فيستعملون الواحدة بدل الأخرى ١٠٨
تفسير الدردير الحاجة بالضرورة ١٠٩
الشافعية أكثر الناس استعمالا للحاجة مع التمثيل ١٠٩
المراد من الحاجة التي لا تؤثر في العقد أن تكون معينة . . . ١١١
اختلاف الفقهاء في المعقود عليه اذا تعينت الحاجة . . . ١١٢
تقييد الحاجة بمقدار معين واذا زاد انتفت الحاجة عند العلماء . ١١٢

الباب الثاني ١١٥ ـ ٥٦١

أثر الغرر في عقد البيع

يتقدمه تمهيد لتقسيم الفقهاء للغرر في البيع ١١٦
لم أر للحنفية تقسيما مستقلا لباب الغرر وانما هو منثور في كتبهم . ١١٦
تقسيم المالكية ١١٧
تقسيم ابن رشد الجد للغرر ١١٧
تقسيم ابن رشد الحفيد وقسم البيوع التي فيها غرر الى بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ١١٨
البيوع المنطوق عنها في الشرع ولم يصنفها حسب تقسيمه ، واكتفى بعدها ١١٩
البيوع المسكوت عنها ويذكر اهمها لتكوين كالقانون للمجتهد النظار . ١٢٠
تقسيم ابن جزيء ، ويقسمها الى نوعين، ممنوع ويسير، والممنوع عشرة أنواع ١٢٠
تقسيم القرافي وأن الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء . . . ١٢١
تقسيم الشافعية للغرر ومنهم الشيرازي ١٢٢
تقسيم الحنابلة ومنهم ابن تيمية ١٢٤
تقسيم الزيدية ومنهم زيد بن علي واكتفى بضرب الأمثلة على ذلك . ١٢٥
رأينا في التقسيم والتقسيم المختار وحصرته في ثلاثة فصول . . ١٢٦

الصفحة

الفصل الأول ١٢٧ ـ ٢٠٠

أثر الغرر في صيغة العقد

معنى صيغة العقد بأنها الكاشفة عن ارادة المتعاقدين . . . ١٢٧
أحوال الصيغة في العقود ١٢٧

المبحث الأول ١٢٨ ـ ١٣٣

بيـــع المنابـــذة

اختلاف الفقهاء في تفسير بيع المنابذة ١٢٨
تفسير الحنفية لبيع المنابذة وعلة الفساد بأنه تعليق للتمليك بالحظر
وجهالة الثمن ١٢٨
تفسير المالكية لبيع المنابذة بأن يحصل النبذ على غير تأمل من العاقدين . ١٢٩
اعتبار بيع المنابذة من أبواب القمار ومن الغرر . . . ١٢٩
تفسير الشافعية لبيع المنابذة على ثلاثة آراء ١٣٠
علة البطلان ، لعدم الصيغة وللجهالة وللغرر وللشرط الفاسد . . ١٣٠
تفسير الحنابلة للمنابذة ، بأنه بيع من غير نظر ولا تراض . . ١٣١
تفسير الشيعة الامامية بأن نفس النبذ بيع ١٣١
تفسير الزيدية لبيع المنابذة ١٣٢
تفسير الاباضية ١٣٢
حكم بيع المنابذة باطل بالاتفاق وأدلتهم من السنة . . . ١٣٣

المبحث الثاني ١٣٤ ـ ١٣٩

بيـــع الملامسة

تفسير بيع الملامسة عند الحنفية ١٣٤
علة فساد بيع الملامسة عندهم ٤١٣
تفسير بيع الملامسة عند المالكية وعلة الفساد عندهم . . . ١٣٥
تفسير بيع الملامسة عند الشافعية وعلة الفساد عندهم . . . ١٣٦
تفسير الحنابلة واختلافهم في التفسير على أقوال وعلة الفساد عندهم . ١٣٧

الصفحة

تفسير الامامية ١٣٧
علة الفساد عند الامامية ١٣٨
تفسير الزيدية وعلة الفساد عندهم ١٣٨
تفسير الاباضية ١٣٨
حكم بيع الملامسة والأحاديث التي اعتمدوا عليها . . . ١٣٩

المبحث الثالث ١٤٠ ـ ١٤٤

بيـــــع الحصاة

تفسير الحنفية بيع الحصاة بعدة تفسيرات وعلة الفساد عندهم . ١٤٠
تفسير المالكية ١٤١
علة الفساد عند المالكية ١٤١
تفسير الشافعية وعلة البطلان عندهم ١٤١
تفسير الحنابلة وعلة البطلان عندهم ١٤٢
تفسير الشيعة الامامية والزيدية والاباضية ١٤٢
علة بطلان هذا البيع عند الشيعة ١٤٣
حكم بيع الحصاة والأدلة التي استدلوا بها ١٤٣
رأينا في البياعات التي تشبه بيع الحصاة في زماننا . . . ١٤٣

المبحث الرابع ١٤٥ ـ ١٥٤

تعريف بيع العربون عند العلماء ١٤٥
التفسير المختار ١٤٦
صفة هذا العقد ١٤٦
رأي الفقهاء في بيع العربون ١٤٧
أدلة المانعين لبيع العربون بالحديث ، ولما فيه من الشرط الفاسد . ١٤٧
ثالثاً للغرر وأكل المال بالباطل ١٤٨
رأي ابن رشد الجد لبيع العربون بأنه من أكل المال بالباطل . . ١٤٩
أدلة المجوزين من السنة ١٤٩

الصفحة

بيع العربون في القانون المصري ودفعه يفيد بأن العقد بات . . ١٥١
طبيعة البيع بالعربون ، بأنه بيع معلق على شرط . . . ١٥٢
العقود التي يحصل فيها دفع العربون ، يكون عند الوعد أو البيع . ١٥٢
التقنين العراقي ببيع العربون ١٥٣
العربون في الفقه الغربي الحديث ١٥٣

المبحث الخامس ١٥٥ ـ ١٧٥

بيعتان في بيعة وصفقتان في صفقة

المطلب الأول ١٥٥ ـ ١٦٣

بيعتان في بيعة ١٥٥

اختلاف الفقهاء في تفسير بيعتين في بيعة ١٥٥
التفسير الأول : هذه السلعة بألف نقداً وبألفين الى سنة . . . ١٥٥
حكم هذا البيع ولا خلاف في بطلانه عند الفقهاء . . . ١٥٦
استدلالهم بالأحاديث ١٥٦
استدلالهم على البطلان بجهالة الثمن ١٥٧
التفسير الثاني ، أبيعك بألف على أن تبيعني دارك . . . ١٥٨
حكم هذا النوع من البيع لا خلاف في بطلانه . . . ١٥٩
التفسير الثالث وحكم بيعه وعلة بطلانه ١٥٩
التفسير الرابع وعلة بطلانه ١٦٠
التفسير الخامس واختلاف الفقهاء فيه ١٦٠
التفسير السادس وحكم هذا النوع من البيع ١٦٠
التفسير السابع وعلة فساده ١٦١
التفسير الثامن وعلة فساده ١٦١
التفسير التاسع وعلة منع هذه الصورة ١٦٢
رأينا في تفسير بيعتين في بيعة ١٦٢

الصفحة

المطلب الثاني ١٦٤ـ ١٧٥

صفقتان في صفقة

معنى صفقتان في صفقة ١٦٤

بيعتان في بيعه أخص من صفقتين في صفقة ١٦٥

رأينا أن الغرر وقع في صيغة العقد ١٦٦

يتفرع على بيع صفقتين في صفقة فروع ١٦٦

الفرع الأول ١٦٦

شرطان في بيع

تفسير الكاساني لبيع شرطين في بيع ١٦٦

حكم هذا البيع واختلافهم على ثلاثة آراء ١٦٧

الفرع الثاني ١٦٧

سلف وبيع

معنى السلف ١٦٧

حكم هذا البيع ، واتفاق الفقهاء على بطلانه ١٦٨

أسباب بطلان هذا البيع الأحاديث وغيرها ١٦٩

اختلاف الفقهاء فيما اذا ترك الشرط قبل القبض على رأيين . . ١٦٩

الرأي الأول المانعون ١٦٩

تعليل الجمهور لذلك ١٦٩

الرأي الثاني المجوزون ١٧٠

صور أخرى مشابهة لبيع وسلف ١٧٠

الفرع الثالث ١٧١

بيع وشرط

اختلاف الفقهاء في هذه المسألة اختلافاً كبيراً ١٧١

تعدد الصفقة في القانون ١٧٣

نظرية اهرنج في تعدد الصفقه، متبعاً في ذلك تطور القانون الروماني . ١٧٣

الصفحة

المبحث السادس ١٧٦ ـ ١٨٩

العقد المعلق والعقد المضاف

المطلب الأول ١٧٦ ـ ١٨٩

العقد المعلق

العقد المعلق ما علق وجوده على حصول أمر آخر بأداة من أدوات التعليق ١٧٦

شروط صحة التعيق ١٧٦

تقسيم العقود بالنسبة للتعليق على ثلاثة أقسام ١٧٧

حكم بيع العقد المعلق باطل عند الفقهاء ما عدا احمد . . . ١٧٩

علة فساد البيع عند الحنفية ١٨٠

مناقشة ادلة الحنفية من عدة وجوه ١٨١

رأي ابن تيمية في التعليق بأنه يجوز اذا كان فيه منفعة . . ١٨٢

رد ابن تيمية على الحنفية ٨٣

رأي ابن القيم في التعليق بأنه أمر قد يدعوا اليه الضرورة او الحاجة أو المصلحة ١٨٤

المطلب الثاني ١٨٦ ـ ١٨٩

العقد المضاف

المضاف : ما صدر بصيغة أضيف فيها الايجاب الى زمن مستقبل . ١٨٦

العقود مع الاضافه ثلاثة أقسام ١٨٦

الأول عقود بطبيعتها لا تكون مضافة لزمن مستقبل . . . ١٨٦

الثاني عقود لا تصح مع الاضافة ١٨٧

الثالث : عقود تقبل الاضافة ، فتارة تكون مضافة وتارة منجزة . ١٨٧

الفرق بين التعليق والاضافة ١٨٨

حكم العقد المضاف وعلة الفساد ١٨٩

الصفحة

المطلب الثالث ١٩٠ ـ ٢٠٠

البيع المعلق والمضاف في القانون

مقومات الشرط ثلاثة أمور ١٩٠
غير محقق الوقوع ١٩١
غير مخالف النظام العام أو الآداب ١٩١
أثر الشرط في مرحلة التعليق ١٩٢
١ ـ الشرط الواقف ١٩٢
٢ ـ الشرط الفاسخ ١٩٤
أثر تحقق الشرط الواقف أو تخلفه ١٩٥
أثر تحقق الشرط الفاسخ أو تخلفه ١٩٦
الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ١٩٦
الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي ١٩٧
النتائج المترتبة على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط ١٩٨
الاستثناءات من الأثر الرجعي ١٩٨
الأثر المترتب على الأجل لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل ١٩٩
الآثار قبل حلول الأجل ١٩٩
١ ـ الأجل الواقف ١٩٩
النتائج المستمدة من كمال الوجود ١٩٩
٢ ـ الأجل الفاسخ مؤكد الزوال عند حلول الأجل . . . ٢٠٠

الفصل الثاني ٢٠١ ـ ٤٩٠

أثر الغرر في المبيع

يتقدمه تمهيد وينقسم الفصل الى مباحث ٢٠١

المبحث الأول ٢٠٢ ـ ٢٥٤

الجهل بصفة المبيع

اختلاف الفقها في اشتراط وصف المبيع ٢٠٢

الصفحة

الحنفيةلا تشترط معرفة الأعواض المشار اليها ٢٠٢
اختلافهم في الأعواض غير المشار اليها ٢٠٣
الذين لا يشترطون ذكر الوصف ٢٠٤
استدلال الحنفية على صحة هذا البيع بأمور ٢٠٥
المالكية تشترط صفة المبيع ٢٠٥
الشافعية لهم آراء في بيع الصفة ٢٠٦
الحنابلة لا تجيز بيع ما تجهل صفته ٢٠٦
الشيعة الامامية بيع العين الغائبة تفتقر الى ذكر الجنس والوصف . ٢٠٧
الشيعة الزيدية بيع الموصوف اذا وجد على ما وصف صحيح وبعكسه
له الخيار ٢٠٨
الاباضية بيع العين المجهولة الصفة لا يجوز ٢٠٨
الظاهرية الجهل بالصفة مفسد للبيع وأدلة البطلان عندهم . . . ٢٠٩
الجهل بصفة المبيع في القانون لا يجوز ٢١٠
البيع من الاشياء القيمية ٢١٠
البيع من الاشياء المثلية ٢١٠
الفرق بين تعيين المبيع والعلم به ٢١١

المطلب الأول ٢١٣ – ٢١٥

بيع المضامين والملاقيح

تفسير اللغويين للمضامين والملاقيح ٢١٣
معنى بيع المضامين ٢١٤
حكم بيع الملاقيح والمضامين وأنه باطل بالاجماع والاحاديث الواردة . ٢١٤
علة المنع الغرر وتعذر التسليم ٢١٥

الصفحة

المطلب الثاني ٢١٦ـ ٢١٨

بيع المجر

تعريف المجر ٢١٦

حكم بيع المجر باطل باتفاق الفقهاء وعلة البطلان . . . ٢١٧

المطلب الثالث ٢١٩

بيع الحمل

حكم بيع الحمل ولا خلاف بين الفقهاء في بطلانه . . . ٢١٩

علة المنع عندهم لوجوه ٢١٩

المطلب الرابع ٢٢١ـ ٢٢٦

عسب الفحل

معنى عسب الفحل عند العلماء واللغويين ٢٢١

حكم بيع عسب الفحل واختلافهم على ثلاثة آراء . . . ٢٢٢

الأول : الجمهور على أنه باطل ٢٢٢

الثاني : لابن عقيل الحنبلي ويحتمل عنده الجواز . . . ٢٢٢

الثالث: التفصيل وهو رأي مالك ٢٢٢

الأدلة التي استدلوا بها ٢٢٢

حكم الهدية على عسب الفحل ٢٢٣

أدلة من يقولون بأخذ الهدية ٢٢٤

علة المنع عند من لا يرى الأخذ ٢٢٥

الرأي المختار بأن الأخذ مستقبح ومستهجن ٢٢٥

المطلب الخامس ٢٢٧ـ ٢٣٦

بيع المغيب في الأرض

الحنفية تجيز بيع ما أصله غائب كالجزر والفجل مع تفصيل . . ٢٢٧

المالكية تجيز بيعه اذا بدا صلاحه ٢٢٨

الشافعية لا تجيز بيعه للغرر ٢٢٩

الصفحة

الفرق بين بيع العين الغائبة والمغيب في الأرض ٢٣٠
الحنابلة لا تجيز بيعه قبل قلعه ومشاهدته ٢٣٠
رأي ابن تيمية ٢٣١
رأي ابن قيم الجوزية ٢٣٢
علة المنع عند الحنابلة الجهالة ووجود الغرر ٢٣٢
الشيعة الزيدية على رأيين في بيع المغيب ٢٣٣
الاباضية اذا وقع على ما بطن لم ينعقد الا على المتاممة . . . ٢٣٣
الظاهرية لا ترى البيع قبل القلع لا مع الأرض ولا دونها . . ٢٣٤
رأينا في بيع المغيب في الأرض ٢٣٥

المطلب السادس ٢٣٧ـ ٢٥٠

بيع المغيب في قشره

اختلاف الفقهاء في بيع المغيب في قشره ٢٣٧
الحنفية تجيز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره . . . ٢٣٧
اللؤلؤ في الصدف فاسد عند الحنفية للغرر ٢٣٨
المالكية تجيز بيع المغيب كالجوز ونحوه وأما الحنطة فلهم تفصيل . ٢٣٩
الشافعية يختلفون في بيع المغيب بأكمامه ٢٤٠
بيع الجوز واللوز وعليه القشرة العليا بأنه لا يجوز عندهم . . ٢٤٢
بيع الحنطه في سنبلها واختلاف أقوال الشافعي في بيع الحنطة . . ٢٤٣
المسك في فأره ٢٤٣
حكم بيعه ٢٤٤
بيع الزباد وحكم بيعه ٢٤٥
الحنابلة تجيز بيع ما مأكوله في جوفه ٢٤٦
لا يصح بيع المسك في فأره عند الحنابله ٢٤٧
الشيعة الامامية لا تجيز بيع الثمرة قبل بروزها ٢٤٧
المسك في فأره يجوز بيعه عندهم وان لم يفتق ٢٤٨
الدر في الصدف ٢٤٩

الصفحة

الشيعة الزيدية لهم تفصيل في بيع المغيبات ٢٤٩
المسك في فأره على رأيين عندهم ٢٤٩
الظاهرية لا ترى البيع مطلقا دون قشره وجواز بيع المسك مع فأره . ٢٥٠

المطلب السابع ٢٥١ــ ٢٥٤

بيع ذراع من الدار وهما لا يعرفان ذرعان الدار

اختلاف أبي حنيفة والصاحبين في بيع عشرة أذرع من مائه . . ٢٥١
الشافعي لا يجيز لجهله بالأذرع من الدار ٢٥٢

المبحث الثاني ٢٥٥ــ ٣١٩

الجهل بمقدار المبيع

يتقدمه تمهيد وتقسيمه الى مطالب ٢٥٥

المطلب الأول ٢٥٧

بيع اللبن في الضرع

اختلاف الفقهاء في بيع اللبن في الضرع وعلة من منع . . . ٢٥٧
المجوزون لبيع اللبن في الضرع قياسا على استئجار المرأة للارضاع . ٢٥٩
شراء لبن الغنمة المعينة عند المالكية على ضربين . . . ٢٦٠
بيع اللبن الشاة الواحدة واختلافهم في ذلك ٢٦١

المطلب الثاني ٢٦٢ــ ٢٦٥

بيع النحل في الكندوج

اختلاف الفقهاء في بيع النحل في الكندوج ٢٦٢
المجوزون له لأنه حيوان منتفع به وطاهر ٢٦٢
المانعون لبيع النحل الحنفية ٢٦٣
الرأي المختار ٢٦٤
ضربة القانص ٢٦٥
حكم هذا البيع فاسد وعلة منعه الغرر ٢٦٥

الصفحة

المطلب الثالث ٢٦٦ـ ٢٦٩

بيع الصوف على ظهر الغنم

اختلاف الفقهاء في بيع الصوف على ظهر الغنم على رأيين . . ٢٦٦

الرأي الأول المانعون لهذا البيع ٢٦٦

علة المنع عندهم الغرر ٢٦٦

المجوزون لبيع الصوف على ظهر الغنم لأنه عين مال ظاهر . . ٢٦٨

المطلب الرابع ٢٧٠ـ ٢٧٢

بيع السمن مع الظرف

ذكرت الشافعية في بيع السمن مع الظرف مسائل . . . ٢٧٠

الاختلاف في تبيين الزق ٢٧١

المطلب الخامس ٢٧٣ـ ٢٧٦

بيع الصـــبرة

اختلاف الفقهاء في بيع الصبرة على رأيين ٢٧٣

الأول الحنفية ، والمراد أبو حنيفة يصح في قفيز واحد . . ٢٧٣

الرأي الثاني ، الجمهور يجوز بيع صاع منها وان جهلت صيعانها . ٢٧٤

علة البطلان جهالة القدر وللنهي عن بيع الغرر . . . ٢٧٦

المطلب السادس ٢٧٧ـ ٢٨٢

بين المحاقلة

معنى المحاقلة عند العلماء ٢٧٧

حكم بيع المحاقلة وانه لا يجوز للأدلة ٢٧٩

ما يستفاد من هذه الأحاديث من حيث الجملة ٢٨٢

المطلب السابع ٢٨٣ـ ٢٨٩

بيع المزابنة

معنى المزابنة وتفسيرها عند الفقهاء ٢٨٣

حكم بيع المزابنة ، لا خلاف في عدم جواز بيعها واختلفوا في بيع الرطب

الصفحة

بمثله من اليابس ٢٨٦
علة المنع ٢٨٧
مسألة عند الشافعي عن ضمان مقدار صبرة وهذا قمار . . . ٢٨٨
بيع الرطب بيابس لا يجوز ٢٨٨
أدلة الجمهور بالأحاديث ٢٨٩
علة المنع لأنه ينقص ولأنه جنس فيه الربا ٢٨٩

المطلب الثامن ٢٩٠ـ ٣٠١

بيع العرايا

معنى العريه وتفسيرها عند العلماء ٢٩٠
شروط بيع العرايا ٢٩٤
بقية الثمار ما عدا الرطب والقنب فمذهب الشافعي على رأيين . . ٢٩٧
الأول : يجوز لشمول المعنى لأنه ثمرة فجاوز بيع رطبه بيابسه . ٢٩٧
الثاني : المنع لتعذر الخرص وهو الصحيح ٢٩٧
بيع العرايا بصنفها جزافا لا يجوز عند الشافعي ٢٩٧
التصرف في العريه بأنه يجوز ٢٩٨
حكم بيع العرايا واختلاف الفقهاء على ثلاثة آراء . . . ٢٩٨
الاول : جائز عند الجمهور وجعلوه مستثنى واستدلوا على ذلك بالاحاديث ٢٩٨
الثاني : الحنفية فانها تخالف الجمهور في أمور ٣٠٠
الثالث : الامام مالك وتفسيره للحديث بتفسير أخص من الشافعي . ٣٠٠
علة الترخيص ٣٠٠
موطن الضرر في العرية انها مجهولة القدر ٣٠١
الرأي المختار ٣٠١

المطلب التاسع ٣٠٢ـ ٣١٩

بيع الجزاف

تفسير الجزاف في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء ٣٠٢

الصفحة

حكم بيع الجزاف واختلافهم على رأيين ٣٠٣
أولا : رأي الشيعة الامامية لا يصح بيع المكيل والموزون جزافا . ٣٠٣
ثانيا : رأي الجمهور أجازوا بيع الجزاف بشروط . . . ٣٠٥
شروط بيع الجزاف ٣٠٧
الشرط الاول : جهالة المتعاقدين بقدره ٣٠٧
الشرط الثاني : رؤية المبيع حين العقد ٣١١
حكم الرؤية السابقة على العقد وأنها تجوز ٣١٢
استثناء بيع الحاضر على الصفة بدون رؤية ٣١٢
رؤية بعض المبيع الذي يدل على باقية كرؤية بعض مغيب الاصل . ٣١٣
بيع الجزاف من الأعمى ٣١٣
الشرط الثالث : ان يعتاد الحزر في ذلك ٣١٤
الشرط الرابع : أن يكون كثيرا لاجدا فان قل جدا جاز . ٣١٤
الشرط الخامس : ان تستوي أرض المبيع والعلم بالاستواء من المتعاقدين ٣١٥
الشرط السادس : أن لا تكون أفراد المبيع مقصودة كالثياب . . ٣١٦
الشرط السابع : أن لا يكون الجزاف مكيلا مع ما ماثله . . ٣١٧
بيع الجزاف في القانون ٣١٨
الجهل بمقدار المبيع في القانون وانه يجب تعيين الجنس والنوع والمقدار ٣١٩

البحث الثالث ٣٢٠ـ٣٣٤

جهالة العين

الاساس في العقود هو التراضي ٣٢٠
حكم جهالة التعيين ، واختلافهم على رأيين ٣٢٠
المجوزون لهذا البيع الحنفية ولهم عدة صور كعبد من ثلاثة . . ٣٢١
بيع شاة من قطيع فاسد للجهالة ٣٢١
بيع ثوب من هذا العدل فاسد للجهالة ٣٢١
بيع عدد من جملة معدودات متفاوته فاسد للجهالة ٣٢٣
بيع رطل من لحم اذا لم يبين الموضع فاسد ٣٢٣

الصفحة

المالكية ولا يتشدد مالك كبقية الأئمة ولم يعمم ذلك في كل العقود . ٣٢٤
الشافعية لا تجيز بيع مجهول العين ٣٢٦
الحنابلة ترى ان بيع المجهول باطل لما فيه من الجهالة والغرر . . ٣٢٨
الشيعة الامامية لا ترى جواز البيع المجهول ولا من متعدد . . ٣٢٨
الشيعة الزيدية تجيز بيع المجهول العين اذا كان العقد مجزأ فية . . ٣٢٩
الظاهرية لا تجيز بيع شيء لايدري بائعه ما هو . . . ٣٢٩
هل يشترط ذكر الصفة اذا عرف الجنس والنوع . . . ٣٣٠
اذا عرف الجنس والنوع فهل يحتاج الى ذكر الصفة . . . ٣٣٠
خيار التعيين في القانون (الالتزام التخييري ٣٣٣

المبحث الرابع ٣٣٥ ـ ٣٣٧

جهالة الأجل في المبيع

البيع إلى رأس السنة فاسد عند الحنفية ٣٣٦
أجمع علماء المالكية على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل . . . ٣٣٦
اشتراط الحنابلة معرفة الأجل بزمن لا يتغير عادة . . . ٣٣٦
جهالة أجل المبيع في القانون ٣٣٦
جواز الأجل المجهول ٣٣٧

المبحث الخامس ٣٣٨ ـ ٣٨٢

عدم رؤية المبيع

المراد بالرؤية هو العلم بأي حاسة من الحواس ٣٣٨

المطلب الأول ٣٣٩ ـ ٣٦٧

بيع العين الغائبة

اختلاف الفقهاء في بيع العين الغائبة ٣٣٩
أدلة المجوزين لبيع العين الغائبة بالنصوص والقياس . . . ٣٤٠
أدلة المانعين لبيع العين الغائبة بالنصوص والقياس . . . ٣٤١
مناقشة أدلة المجوزين ٣٤١

الصفحة

رد أدلة المانعين لبيع العين الغائبة ٣٤٣
حالات بيع العين الغائبة وجعلها في فروع ٣٤٦

الفرع الأول

بيع العين الغائبة الموصوفة ٣٤٧
لا خلاف بين الفقهاء في بيع العين الغائبة وانما اختلفوا في ثبوت خيار الرؤية ٣٤٧
شروط صحة بيع العين الغائبة الموصوفة ٣٤٧
الاول : عدم البعد جدا ٣٣٧
الثاني : أن لا يكون البيع قريباً جداً ٣٤٧
العين الغائبة التي في بلد آخر ٣٤٨
الثالث : أن يصفه غير البائع ٣٤٩
الرابع : أن يصفه بصفاته التي تتعلق الأغراض بها وهي شروط التسليم ٣٥٠
الخيار في بيع العين الغائبة الموصوفة واختلاف الفقهاء . . ٣٥٢
العقد عند الحنفية غير لازم مع وجود خيار الرؤية . . . ٣٥٢
الشافعية تثبت خيار الرؤية وان وجد كما وصف . . . ٣٥٣
الاباضية تجعل الخيار للمشتري ٣٥٣
دفع حجة الجمهور من قبل ابن حزم بأن حديثهم مرسل . . ٣٥٣
المالكية تنفي خيار الرؤية إذا وجد كما وصف . . . ٣٥٣
رأينا فيما وجد على ما وصف أو أعلى لا حاجة لخيار الرؤية . . ٣٥٤

الفرع الثاني

تقدم الرؤية على بيع العين الغائبة ٣٥٦
اختلاف الحنفية في تقدم الرؤية السابقة على رأيين . . . ٣٥٦
المالكية أجازت البيع بشروط ٣٥٦
الشافعية وتفصيلهم في هذا البيع على أمرين ٣٥٧
الحنابلة تقدم الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه جائز . . . ٣٥٩
الامامية تخير المشتري في الرؤية القديمة لكلا المتعاقدين . . ٣٥٩

الصفحة

الاباضية . البيع صحيح مع عدم التغير وللمتعاقدين الخيار مع التغير . ٣٥٩
حكم خيار الرؤية لهذا البيع ٣٦٠

الفرع الثالث ٣٦١

بيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية

بيع الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية باطل ٣٦١
بيع العين الحاضرة بشرط خيار الرؤية اختلف أصحاب الشافعي فيها ٣٦١

الفرع الرابع ٣٦٢

بيع الغائب ولو بلا وصف

اختلاف الفقهاء في بيع العين الغائبة ولو بلا وصف . . . ٣٦٢

الفرع الخامس ٣٦٣

بيع الانسان ما غاب عنه

اختلاف الفقهاء على رأيين ٣٦٣
حجه من ثبت له خيار الرؤية بالقياس والرضا ٣٦٣
أدلة من ينفي خيار البائع ٣٦٤
بيع الشيء برؤية بعضه الذي يستدل به على الباقي ٣٦٦

المطلب الثاني ٣٦٨ _ ٣٧٢

بيع الأنموذج

بيع متفق عليه عند علماء الحنفية مع اختلافهم في بعض الشروط . ٣٦٨
المالكية أجازت بيع الأنموذج اذا كان من المثليات ٣٧٠
الشافعية أجازت بيع الانموذج إذا كان من المثليات ومنفصلا عن المبيع ٣٧٠
الحنابلة لم تجز بيع الأنموذج إلا أن نصوصهم تدل على بيعه . . ٣٧١
الظاهرية لا تجيز بيع الأنموذج وتشنع على الجمهور ٣٧٢

المطلب الثالث ٣٧٣ _ ٣٨٢

بيع الأعمى وشراؤه

اختلاف الفقهاء في بيعه على رأيين ٣٧٣

الصفحة

المانعون لبيعه الشافعية ٣٧٣
أدلة المانعين لبيعه ٣٧٥
المجوزون لبيعه جمهور الفقهاء ٣٧٥
أدلة الجمهور على صحة بيع الأعمى وشرائه بالنص والاجماع والقياس ٣٧٨
رد أدلة الجمهور ٣٧٩
رد أدلة المانعين ٣٧٩
عدم رؤية المبيع في القانون ٣٨٠
خيار الرؤية في المبيع جزافا ٣٨١
البيع بالأنموذج ٣٨١
شراء الأعمى وأنه أهلي للتصرفات ٣٨٢

المبحث السادس ٣٨٣ ـ ٤٢٤

بيع المعدوم

يتقدمه تمهيد ٣٨٣

المطلب الأول ٣٨٤ ـ ٣٩٠

بيع المعدوم عند الفقهاء

اختلاف الفقهاء في التصريح ببيع المعدوم ٣٨٤
الحنفية ترى أن بيع المعدوم باطل ٣٨٤
الغرر متحقق عند المالكية في البيع المعدوم ٣٨٥
الشافعية لا ترى بيع المعدوم ونقل عن النووي الاجماع . . ٣٨٦
الحنابلة لا ترى بيع المعدوم ٣٨٦
رأي ابن تيمية في بيع المعدوم ، يصح أن يكون موضوعا للعقد . ٣٨٨
رأي ابن القيم يصح ما دام لا غرر فيه ٣٨٩
السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر ٣٨٩
علة النهي بما ينطوي عليه من الغرر ٣٨٩
الرأي المختار يعود الى طبيعة العقد ٣٩٠

الصفحة

٣٩١ ـ ٤٢٠

المطلب الثاني

بيع الثمار

بتقدمه تمهيد بتقسيمه الى فرعين ٣٩١

٣٩٢

الفرع الأول

بيع الثمرة قبل بدو الصلاح

اختلاف الفقهاء في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح على رأيين . . ٣٩٢

معنى بدو الصلاح عند الفقهاء ٣٩٢

حكم بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ٣٩٤

بيع الثمرة بشرط التبقية لا يصح وسبب فساده الشرط الفاسد . ٣٩٤

أدلة من احتجوا ببطلان هذا البيع ٣٩٥

المجوزون لبيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط التبقية . . . ٢٩٦

بيع الثمرة بشرط القطع واختلاف الفقهاء فيه ٣٩٦

حجة المانعين التمسك بمطلق النصوص ٣٩٧

حكم من ترك الثمرة حتى بدو الصلاح ٣٩٧

بيع الثمر مع الشجر واختلافهم فيه ٣٩٩

المانعون لهذا البيع مالك وأحمد والشافعي ٤٠٠

المجوزون لهذا البيع الحنفية وابن القاسم من المالكية . . . ٤٠١

حكم الاطلاق في بيع الثمرة ببلاد شديدة البرودة ٤٠٢

الامامية واختلاف علمائهم في بيع الثمرة بعد الظهور وقبل الصلاح . ٤٠٣

٤٠٤

الفرع الثاني

بيع الثمار بعد بدو الصلاح

بيع الثمر بشرط القطع، والماوردي ادعى الاجماع على جوازه . ٤٠٤

بيع الثمرة مطلقا لا خلاف فيه عند الفقهاء ٤٠٥

بيع الثمرة بشرط التبقية جائز خلافا لأبي حنيفة ٤٠٦

علة المنع عندهم وجود الشرط الفاسد ٤٠٦

الصفحة

بيع ما يوجد من الزرع والثمر بعضه بعد بعض والاختلاف فيه . . . ٤٠٧
علة المنع عند الشافعية عدم القدرة على التسليم ٤١٢
الشيعة الامامية ترى جواز بيع الخضروات قبل ظهورها . . . ٤١٣
الظاهريه تجيز بيع ما ظهر من المقاثي وان كان صغيراً: . . . ٤١٤
المجوزون لبيع ما لم يظهر مع ما ظهر ٤١٥
رأي ابن تيمية في بيع المقاثي ٤١٧
رأي ابن القيم ٤١٨

المطلب الثالث ٤٢١ـ ٤٢٤

بيع المعدوم في القانون المصري

١ ـ المبيع الموجود ٤٢١
الهلاك الكلي للمبيع ٤٢١
الهلاك الجزئي للمبيع ٤٢٢
٢ ـ المبيع المحتمل الوجود ٤٢٢
١ ـ بيع الاشياء المستقبلة ٤٢٣
٢ ـ طريقة معرفة المبيع ٤٢٣
٣ ـ التعامل في تركة مستقبله ٤٢٤

المبحث السابع ٤٢٥ـ ٤٩٠

عدم القدره على التسليم

يتقدمه تمهيد ٤٢٥

المطلب الأول ٤٢٦ـ ٤٣٧

بيع الآبق

تعريف بيع الآبق وايضاح هذا التعريف ٤٢٦
حكم بيع الآبق واختلاف الفقهاء فيه ٤٢٦
الحنفية لا ترى بيع الآبق ٤٢٧
تفصيلات لبيع الآبق عند الحنفية ٤٢٧
الآبق المطلق ٤٢٧

الصفحة

بيع الآبق ممن يزعم أنه عنده ٤٢٩
المالكية تشترط القدرة على تسليم المعقود عليه من المشتري . . ٤٣٠
الشافعية في بيع العبد الآبق على ثلاثة اقوال ٤٣٢
الحنابلة أن بيعه لا يجوز ولا جعله ثمناً ٤٣٣
الشيعة الامامية لا ترى بيع الآبق منفردا ويصح منضما . . . ٤٣٣
اختلاف الزيدية في بيع الآبق ٤٣٤
الاباضية في بيع الآبق لهم قولان الجواز وعدمه ٤٣٥
المجوزون لبيع العبد الآبق ٤٣٥
الظاهرية تجيز بيع الآبق بشرط ان تكون ملكيته صحيحه . . . ٤٣٦
الرأي المختار لبيع الآبق ودفع حجة ابن حزم بعدمه ٤٣٧

المطلب الثاني ٤٣٨ـ ٤٤٢

بيع الطير في الهواء

الحنفية في بيع الطير في الهواء على ثلاثة أوجه ٤٣٨
بيع الحمام يجوز بيعه اذا علم العدد وأمكن التسليم . . . ٤٣٩
الشافعية لا تجيز بيع الطير في الهواء لعدم الملك وتعذر التسليم . . ٤٤٠
الحنابلة لا ترى بيع الطير في الهواء يألف الرجوع أولا . . ٤٤١
الامامية تجيز بيع الطير اذا يألف العود بالعادة ٤٤١
الزيدية لا يصح بيعه في الحال لا في المستقبل ٤٤٢
الظاهرية تجيز بيعه اذا صح الملك عليه قبل ذلك ٤٤٢

المطلب الثالث ٤٤٣ـ ٤٤٧

بيـــع السمك في الماء

مدار البحث على السمك المصطاد ثم ارساله في الماء . . . ٤٤٣
الحنفية لا ترى بيع السمك اذا كان بحظيره ولا يؤخذ الا بصيد بخلاف الصغـــيره ٤٤٤

الصفحة

المالكية بيعه في الانهار والبرك الكبيرة لا يجوز . . . ٤٤٤
علة المنع عندهم الغرر لعدم التسليم وكونه يقل ويكثر . . ٤٤٥
الشافعية لا ترى بيع السمك اذا كان في بحر ٤٤٥
الحنابلة تجيز بيع السمك بثلاثة شروط ٤٤٥
الامامية كالحنابلة وزادت ان يكون مما يباع صنفه عددا . . ٤٤٦
الزيدية تجيز اذا كان في بركة صغيرة وللمشتري الخيار . . ٤٤٦
الاباضية لا تجيز بيع السمك فى البرك ٤٤٧
الظاهرية تجيز اذا كان مملوكا ٤٤٧
أدلة من منع بيع السمك ٤٤٧

المطلب الرابع ٤٤٨ـ٤٥١

بيـــع المغصوب

لا خلاف في جواز بيع المغصوب من الغاصب والخلاف في غيره . ٤٤٨
الحنفية بيع المغصوب من غير غاصبه موقوف ٤٤٨
المالكية لاترى البيع اذا كان الغاصب ممتنعا من دفعه . . . ٤٤٩
الشافعية تفرق بين القدرة وعدمها ٤٥٠
الحنابلة يصح اذا كان من غاصبه أو لم يقصد الاستيلاء عليه . . ٤٥٠
الامامية تجيز اذا قدر المشتري على انتزاعه دون البائع . . . ٤٥٠
الرأي المختار ٤٥١

المطلب الخامس ٤٥٢ـ٤٥٩

بيـــع الدين

تقسيمه ثلاثة اقسام عند المالكية ٤٥٢
الأول : فسخ الدين بالدين ٤٥٢
الثاني : بيع الدين بالدين ٤٥٣
الثالث : ابتداء الدين بالدين ٤٥٣
بيع الدين بالنقد على أقوال ٤٥٣
بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز عند الحنفية . . . ٤٥٤

الصفحة

المالكية ترى أنه جائز بالشيء الذي يجوز البيع به ٤٥٤
الشافعية وتفصيل الشيرازي في بيع الدين ٤٥٥
الحنابلة لا تجيز بيع الدين بالدين بالإجماع ٤٥٦
الشيعة الامامية أن بيع الدين بالدين حرام وكذلك الاباضية . . ٤٥٧
الرأي المختار بالجواز ان لم يكن هناك شبهة ربا ٤٥٨
بيع الدين في القانون لا يجوز للدائن أن يحول حقه إلا إذا أحال القانون ٤٥٨

المطلب السادس ٤٦٠ ـ ٤٦٦

بيع ما لا يملكه الانسان

اختلاف الفقهاء فيه ٤٦٠
اختلاف الحنفية في بيع ما لا يملكه الانسان ٤٦٠
المالكية أنه بيع حرام ٤٦١
اختلاف الشافعية في بيع ما ليس عند الانسان ٤٦٢
الحنابلة لا يجوز إلا موصوفاً بصفات السلم ٤٦٢
الزيدية لا يجوز لأنه غير متعين ٤٦٣
بيع الاستيراد في زماننا ٤٦٣
الأدلة ٤٦٤
علة المنع في هذا البيع الغرر لأنه لا يقدر على تسليمه . . . ٤٦٤
بيع ملك الغير في القانون ٤٦٤

المطلب السابع ٤٦٧ ـ ٤٩٠

بيع ما لم يقبض

المراد من القبض وما يشترط فيه واختلاف الفقهاء فيه . . . ٤٦٧
رأينا بالقبض في العقار التخلية والمنقول الى العرف ٤٦٩
العقود التي يعتبر القبض فيها شرطا والعقود التي لا يعتبر القبض فيهاشرطاً ٤٧٠
الحنفية واختلافهم فى ذلك ٤٧٠
المالكية وتقسيم العقود إلى قسمين ٤٧١
الشافعية لا يجوز بيع ما لم يقبض في عقود المعاوضات . . . ٤٧٢

الصفحه

ارزاق السلطان وأنه يجوز عند الشافعية ٤٧٢
الحنابلة لا ترى بيع المبيع قبل قبضه وهو الطعام . . . ٤٧٣
الشيعة الامامية واختلاف علمائهم في بيعه ٤٧٣
الزيدية اعتبروا النهي على الطعام ٤٧٣
الظاهرية أن القمح لا يحل بيعه قبل قبضه بأي وجه . . . ٤٧٣
علة منع هذا البيع عند الفقهاء ٤٧٤
حكم بيع ما لم يقبض ٤٧٦
أولا : حكم بيع العقار ٤٧٦
المجوزون لبيع العقار ٤٧٧
ثانيا : حكم بيع المنقول قبل قبضه هم الجمهور على اختلاف في التفصيل ٤٧٨
الحنفية لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لأن فيه غرر الانفساخ . ٤٧٨
المالكية لا يجوز في الطعام خاصة ٤٧٩
الشافعية لا يجوز كالعقار ٤٨١
الحنابلة يجوز بيع ما ليس بمكيل وموزون ٤٨١
الشيعة الزيدية لا يجوز ما لم يكن التصرف استهلاكاً : . . ٤٨٢
الاباضية لا يجوز بيع شيء يكال أو يوزن ٤٨٢
الظاهرية لا يجوز وخاصة القمح ٤٨٣
المجوزون لبيع المنقول هم المالكية فقط ٤٨٣
الأدلة بالأحاديث ٤٨٤
معنى الصكوك ٤٨٧
حكم بيع الصكوك. ٤٨٧
بيع كرت مؤن اللاجئين في زماننا ٤٨٨
القدرة على التسليم في القانون ٤٨٨

الفصل الثالث ٤٩١ _ ٥٦١

أثر الغرر في الثمن

يتقدمه تمهيد ٤٩١

الصفحة

المبحث الأول ٤٩٣ _ ٤٩٩

الجهل بصفة الثمن

الصفحة

الحنفية لا ترى معرفة صفة الثمن اذا كان مشارا اليه ٤٩٣
المالكية معرفة وصف الثمن شرط في صحة العقد ٤٩٦
الشافعية لا تجيز مجهول الصفة في موضع لا يتعارف فيه على نقد . ٤٩٦
الحنابلة اذا لم يكن معينا ولا موصوفا لا يصح البيع . . . ٤٩٨
جهالة الوصف في الثمن في القانون ٤٩٩

المبحث الثاني ٥٠٠ _ ٥٤١

الجهل في الثمن ومقداره

يتقدمه تمهيد ٥٠٠

المطلب الأول ٥٠١ _ ٥٠٣

البيع بغير ذكر الثمن

اختلاف الفقهاء فيه والحنفية تشترط العلم ٥٠١
ابن تيمية فقد أجاز البيع بدون ذكر الثمن وتقديره ٥٠٢

المطلب الثاني ٥٠٤

البيع بالرقم

تعريفه وأحكامه واختلاف الفقهاء فيه ٥٠٤
الرأي المختار بأنه بيع صحيح لأنه بيع معلوم الثمن ٥٠٦

المطلب الثالث ٥٠٧

بيع الاستجرار

اختلاف الفقهاء فيه ٥٠٧

الصفحة

عند الحنابلة يجوز أن يأخذ السعر من الفامي وغيره بالعوض المعروف ٥٠٨
ابن تيمية أنه يجوز بدون اشتراط تسمية الثمن ٥٠٨

المطلب الرابع ٥١٠

البيع بما باع به فلان أو بما يبيع به الناس

البيع بحكم أجنبي او أحد المتبايعين ٥١٠

المطلب الخامس ٥١٢

بيع التولية والمرابحة والوضعية والمسترسل

يتقدمه تمهيد ٥١٢

الفرع الأول ٥١٤

بيـــع التوليه

عند الحنفية ان بيع التولية جائز بالنص ٥١٤
وعند الشافعية تجوز التويلة بمثل الثمن جنساً وقدر أو صفة . . . ٥١٥

الفرع الثاني ٥١٨

بيـع المرابحة

معني بيع المرابحة ٥١٨
شرائط بيع المرابحة عند الفقهاء ٥١٨
شرائط بيع المرابحة عند الحنفية ٥١٨
رأس المال وما يلحق به ٥١٩
جعل الربح بنسبة واحد في العشرة ٥٢١

الفرع الثالث ٥٢٤

الوضيعـــة

جعل الوضيعة نسبة معينة واختلاف الفقهاء فيها ٥٢٤

الصفحة

الفرع الرابع ٥٢٦
بيع الاسترسال

رأي المذهب في بيع الاسترسال ٥٢٦

المطلب السادس ٥٢٨
بيع العدل على أنه عشرة فبان خلافه

علة فساد هذا البيع ٥٢٨

المطلب السابع ٥٢٩
بعتك هذه الأثواب الثلاثة بدون ذكر الثمن

صورة المسألة وحكم هذا البيع فاسد ٥٢٩

المطلب الثامن ٥٣٠
جهالة جملة الثمن في بيع مضاف الى جملة

اختلاف الفقهاء في الجهالة ٥٣٠
أحوال الجهالة بالجملة أربعة ٥٣٢

المطلب التاسع ٥٣٥
البيع باناء لا يعرف مقداره وبوزن حجر لا يعرف مقداره

رأي العلماء في هذا البيع ٥٣٥

المطلب العاشر ٥٣٧
الجزاف في الثمن

لايصح عند الشافعية والحنفية بيع الذهب جزافا ٥٣٧
المالكية في كل ماكان مسكوكا لا يجوز ٥٣٨
الجهل بمقدار الثمن عند القانون ٥٣٨
أساس التقدير سعر السوق ٥٣٩
تقدير الثمن بمعرفة الغير فقد أجازه القانون المصري ٥٤٠

الصفحة

المبحث الثالث ٥٤٢ـ٥٦١

جهالة الأجل في الثمن

المطلب الأول ٥٤٢ـ٥٤٧

البيع الى حبل الحبلة

اختلاف الفقهاء في تفسير بيع حبل الحبلة ٥٤٢
حكم هذا البيع عند المالكية ٥٤٤
حكم هذا البيع عند الشافعية ٥٤٤
علة البطلان عند الحنابلة ٥٤٥
علة البطلان عند الامامية ٥٤٦
علة الفساد عند الزيدية ٥٤٦
الادلة واستدلالهم بالأحاديث ٥٤٧

المطلب الثاني ٥٤٨

البيع الى النيروز ونحوه

الحنفية ان لم يدر ذلك الزمن باطل ٥٤٨

المطلب الثالث ٥٥٠

البيع الى الحصاد ونحوه

حكم هذا البيع أنه باطل ٥٥٠
حكم البيع اذا أبطل المشتري الأجل الفاسد ونقد الثمن . . ٥٥١
المالكية اذا كان الاجل مقصودا بالعقد فيجب ان يكون معلوما . ٥٥٣
الشافعية اتفقت على انه لا يجوز البيع بثمن الى أجل مجهول . . ٥٥٣
الحنابلة تشترط معرفة الأجل ٥٥٥
ترى الشيعة الامامية عدم الاشتراط لتعين الأجل باطل . . ٥٥٧
الشيعة الزيدية ترى اذا أجل الثمن الى وقت غير معلوم لا يجوز . ٥٥٨

الصفحة

وترى الاباضية ان كل بيع آجل لغير وقت منضبط فاسد . . ٥٥٩
الظاهرية ترى ان البيع بثمن مجهول لا يجوز ولا الى أجل مجهول . ٥٦٠
جهالة أجل الثمن في القانون ٥٦٠
التزام الوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة ٥٦١

٢ ـ فهرس موضوعات الجزء الثاني

مقدمـــة ١

الباب الثالث ٥ ـ ٣١١

أثر الغرر في العقود الأخرى ما عدا عقد البيع

يتقدمه تمهيد وتقسيمه الى فصول ٧

الفصل الأول ٨ ـ ٩٥

أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية

يتقدمه تمهيد وتقسيمه الى مباحث ٨

المبحث الأول ٩ ـ ٢٩

عقـــد السلم

تعريف السلم ٩
أركان السلم واختلاف الفقهاء فيه ٩
أصل مشروعيته وأنه شرع على خلاف القياس ١٠
حكم السلم كالبيع ١٢
شرائط السلم واتفاقهم على شروط ستة ١٢
حكم السلم في المنقطع لا يجوز لفوات شرط السلم . . . ١٦
شروط السلم عند المالكية ١٧

الصفحة

شروط السلم ستة مع شروط البيع عند الشافعية ١٨
تشترط الحنابلة سبعة شروط زيادة على شروط البيع ٢٢
شروط السلم عند الزيدية خمسة زيادة على شروط البيع . . . ٢٤
شروط السلم عند الشيعة الامامية ٢٦
الظاهرية لم تذكر شروطا للسلم ولكن من يقرأ لهم يجد أنهم قد اشترطوا له ٢٧
خلاصة للشروط ٢٨

المبحث الثاني ٣٠ ـ ٣٧

الاستصناع

تعريفه وأركانه ٣٠
حكمه وشروط جوازه ٣١
صفة الاستصناع ٣٢
الاستصناع عند المالكية سلم ٣٢
الاستصناع في القانون ٣٣
تميز المقاولة عن عقد العمل ٣٤
تميز المقاولة عن عقد البيع ٣٤
صيغة عقد المقاولة ٣٥
الشروط الواجب توافرها في العمل ٣٦

المبحث الثالث ٣٨ ـ ٦٧

عقد الاجارة

يتقدمه تمهيد ٣٨

المطلب الأول ٣٨

تعريفها وأركانها ومشروعيتها وحكمتها

تعريف الاجارة في اللغة والاصطلاح ٣٨

الصفحة

أركان الاجارة ٣٩
أصل مشروعية الاجارة الكتاب والسنة والاجاع . . . ٣٩
حكمه مشروعية الاجارة دفع الحرج والمشقة ٤٠

المطلب الثاني ٤٢

شروط الاجارة

وشروط الاجارة ٤٢
الأول : معرفة المنفعة ٤٢
والمنافع تصير معلومة بثلاثة أشياء ٤٢
الثاني : معرفة الأجرة ٤٤
الثالث: أن تكون المنفعة مباحة لغير ضرورة ٤٥

المطلب الثالث ٤٧

أقسام الاجارة

يتقدمه تمهيد ٤٧

الفرع الأول ٤٧

اقسامها باعتبار وصفها

البند الأول ٤٧

الاجارة الصحيحة

تقسم الاجارة الصحيحة الى ثلاثة أقسام ٤٧
١ ــ الاجارة الموقوفة وحكمها ٤٨
٢ ــ الاجارة النافذة اللازمة وحكمها ٤٨

البند الثاني ٤٨

الاجارة غير الصحيحة

أولا : الاجارة الباطلة وحكمها لا تفيد الملك مطلقا . . . ٤٨
ثانيا : الاجارة الفاسدة وحكمها ٤٩

الصفحة

الفرع الثاني ٥١

أقسامها باعتبار الصيغة

البند الأول ٥١

الاجارة المطلقة وحكمها

البند الثاني ٥١

الاجارة المقترنة بالشرط

ما ينطبق على البيع ينطبق على الاجارة ٥١

البند الثالث ٥٢

الاجارة المعلقة على الشرط

حكمها كحكم البيع ٥٢

البند الرابع ٥٢

الاجارة المضافة

جائزة عند جمهور فقهاء الحنفية ما عدا ابن سماونه ٥٢

الشافعية الاجارة المضافة الى زمن مستقبل لا يجوز ٥٣

الظاهرية لا ترى اشتراط الاضافة الى أجل ٥٣

تقسيم ابن رشد الجد لاقسام الاجارة ٥٤

المطلب الرابع ٥٥

اجارة الظئر

اجماع أهل العلم على جواز استئجار الظئر ٥٥

شروط عقد اجارة الظئر ٦٦

المطلب الخامس ٥٧

اجارة الشاة للبن

عدم اجازة الجمهور لها بخلاف المالكية فقد اجازت بشروط خاصة . ٥٧

الصفحة

رأي ابن تيمية بالجواز بشرط علفها على المالك ٥٧
رأينا أن الاستئجار للحراثة والانتفاع باللبن غير ممتنع . . . ٥٨

المطلب السادس ٥٩

اجارة الفحل للضراب

لا تجوز اجارة الفحل للضراب عند الجمهور للأحاديث . . . ٥٩
المالكية أجازت الاجارة على أن ينزوا أكواما ٥٩
رأينا ، لا أرى اجارة الفحل ٦١

المطلب السابع ٦٢

اجارة الأرض

اختلاف الفقهاء في اجارة الأرض ٦٢
المانعون لاجارة الأرض ٦٢
المجوزون لاجارة الأرض اختلفوا فيما تجوز به كراؤها . . . ٦٣
حجة من أجاز الكراء بالدراهم والدنانير ٦٤
حجة من أجاز كراء بكل شراء ما عدا الطعام ٦٤
حجة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها . . ٦٥
رأينا في اجارة الأرض جائزة في جميع الأنواع ٦٦
الاجارة في القانون ٦٦

المبحث الرابع ٦٨ ـ ٩٠

الجعالة

تعريفها لغة وشرعاً ٦٨
وصورة الجعالة كمن يقول من رد ضالتي فله كذا ٦٨
أصل مشروعية الجعالة الكتاب والسنة ٦٩
حكم الجعالة واختلاف الفقهاء فيها ٧٠
المانعون للجعالة ابن حزم لعدم ورود نص وغيره ٧٠

الصفحة

أدلة المجوزين وهم الجمهور ٧٦
الفرق بين الجعالة والاجارة ٧٧
الشافعية تفرق من عدة أوجه ٧٧
تفريق الحنابلة ٧٧
تفريق الزيدية باغتفار جعل العمل فيها ٧٨
الفرق بين الجعالة والاجارة ٧٨
شروط الجعالة ٧٩
الأول : أن يكون الجعل معلوماً منتفعاً به طاهراً مقدوراً على تسليمه . ٧٩
الثاني : أن لا يضرب للعمل أجلا ٧٩
الثالث : عدم شرط النقد للجعل ٨٠
الرابع : اشتراط صحة الجعل ٨٠
الخامس : عدم انتفاع الجاعل اذا ترك العامل العمل . . . ٨١
السادس : أن يكون الجعل غير معين أو يكون معينا لا يسرع اليه التغير ٨١
السابع : أن لا يكون له شيء ان لم يأت بما جعل له عليه الجعل . ٨٢
جعل نسبة معينة لبيع متاع ونحوه لا يجوز ٨٢
جعل الدرهم باع أو لم يبع ٨٣
الجعل على اشتراط البيع اليوم ٨٣
جواز الجعالة لعامل معين ٨٤
هل الجعالة عقد لازم أم غير لازم ؟ وتقسم إلى ثلاثة أقسام واختلاف الفقهاء فيها ٨٦
جعل العبد الآبق ومقداره واختلاف الفقهاء فيه ٨٨

المبحث الخامس ٩١ _ ٩٥

الصلح

تعريفه لغة ومشروعيه الصلح بالكتاب والسنة والاجماع . . . ٩١
شروط الصلح ٩٢

الصفحة

الشروط التي ترجع إلى المصالح عليه ٩٢
الشروط التي ترجع الى المصالح عنه ٩٣
أقسام الصلح وينقسم إلى ثلاثة أقسام ٩٤
الأول : الصلح عن اقرار ٩٤
الثاني : الصلح عن انكار ٩٤
الثالث الصلح عن سكوت ٩٥
الغرر في الصلح ٩٥

الفصل الثاني ٩٦ ـ ١٥٣

أثر الغرر في عقود المشاركات

يتقدمه تمهيد وتقسيمه إلى ثلاثة مباحث ٩٦

المبحث الأول ٩٧ ـ ١٢٧

عقد الشركة

يتقدمه تمهيد ٩٧

المطلب الأول

تعريفها وأصل شرعيتها . ٩٨

تعريف الشركة لغة وفي الاصطلاح ٩٨
أصل شرعيتها الكتاب والسنة والمعقول ٩٨

المطلب الثاني ١٠٠

أقسام الشركة

يتقدمه تمهيد ١٠٠

الفرع الأول ١٠٠

شركة العقد

أنواع شركة العقد : ١٠٠

الصفحة

النوع الأول

١ ـ شركة العنان وهي جائزة باجماع فقهاء الأمصار . . . ١٠٢
٢ ـ شركة المفاوضة وهي جائزة عند الحنفية . . . ١٠٢
المالكية أجازت المفاوضة في المال الذي أخرجاه . . ١٠٣
الشافعية لا تجيزها لاشتمالها على أنواع من الغرر . . . ١٠٣
والحنابلة عندهم نوعان ١٠٤
شروط شركة الاموال، ١٠٤
الشروط التي تخص المفاوضه ١٠٥

النوع الثاني ١٠٦

شركة الوجوه

اختلاف الفقهاء في جوازها ١٠٦
المجوزون لها باعتبار الوكالة ١٠٦
المانعون لها لعدم المال ١٠٧

النوع الثالث ١٠٨

شركة الأعمال

اختلاف الفقهاء فيها على رأيين ١٠٨
المانعون لها الشافعية ١٠٩

الفرع الثاني ١١٠

شركة الملك

حكم شركة الأملاك ١١٠
صفة عقد الشركة ١١١
شروط الفسخ ١١١
تلخيص للآراء ١١٢

الصفحة

المطلب الثالث ١١٣

شركة المضاربة

تعريفها لغة وشرعاً ١١٣
جواز هذا العقد بالكتاب والسنة والاجماع ١١٣
رأي الباجي في المضاربة ١١٥
رأي ابن تيمية في المضاربة ١١٦
رأي ابن القيم في المضاربة ١١٦
ركن العقد الايجاب والقبول بألفاظ تدل عليها . . . ١١٧
شروط المضاربة ١١٧
اولا : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد ١١٧
ثانياً : الذي يرجع الى العاقدين ١١٩
ثالثاً : الذي يرجع الى رأس الاموال ١٢٠
رابعاً : الذي يرجع الى الربح فأنواع ١٢٣
تعيين ربح معين لاحد المتعاقدين ١٢٧

المبحث الثاني ١٢٨ ـ ١٣٩

المزارعة

تعريف المزارغة لغة وشرعا ١٢٨
أركان المزارعة الايجاب والقبول وليس لها الفاظ مخصوصة . . ١٢٨
أصل مشروعية المزارعة واختلافهم ١٢٩
أدلة المجوزين بالأحاديث ١٢٩
المانعون أبو حنفية ومجاهد ، والنخعي وعكرمة . . . ١٣٠
أدلة المانعين بالاحاديث ١٣٠
رد أدلة المانعين ١٣١
حكمة مشروعية المزارعة ١٣٣
صفة المزارعة عقد غير لازم ١٣٣

الصفحة

حكمها ملك المنفعة في الحال والشركة في المآل في الخارج . . . ١٣٤
شروط المزارعة ١٣٤
الشروط المفسدة للمزارعة ١٣٥
أقسام المزارعة الى صحيحة وباطلة وفاسدة ١٣٥
أقسام المزارعة الصحيحة ١٣٥
المزارعة الباطلة ١٣٦
المزارعة الفاسدة ١٣٧
ما تفسد به المزارعة هو فقدان شرط من شروط صحتها . . ١٣٧
أحكام المزارعة الفاسدة ١٣٧
استحقاق أرض المزارعة ١٣٨
عقد المزارعة في القانون ١٣٨

المبحث الثالث ١٤٠ ـ ١٥٣

المساقـــاة

تعريف المساقاة لغة وشرعا ١٤٠
أركان المساقاة ١٤٠
أصل مشروعيتها السنة والاجماع ١٤١
شروطها هي نفس شروط المزارعة ما عدا ثلاثة . . . ١٤٢
ما تختلف به المساقاة عن المزارعة ١٤٢
هل المساقاة جائزة أم باطله ؟ ١٤٣
اولا : المجوزون للمساقاة ١٤٣
المانعون ابو حنيفة وزفر ١٤٤
رد أدلة المانعين للمساقاة ١٤٤
المساقاة على الثمرة الظاهرة الموجودة يجوز عند الشافعي ومالك . ١٤٥
رد أدلة المجوزين ١٤٦
أحكام المساقاة الفاسدة ١٤٦
المعاملة في الأرض والشجر معا ، ولها عدة صور ١٤٨

الصفحة

حكم المعاملة في الارض والشجر معا ١٤٨
فان سكت عن البياض فهو لصاحبه ١٤٩
رأي ابن تيمية ١٥٠
دليله على ذلك ١٥١
رأي حرب الكرماني واستدلاله بمعاملة النبي ﷺ ١٥١
رأينا في المسألة بأن المدار على العرف ١٥٢

الفصل الثالث ١٥٤ــ ١٧١

أثر الغرر في عقود الاستيثاق

المبحث الأول ١٥٤ــ ١٦٢

الرهن

تعريف الرهن لغة وشرعا ١٥٤
أركان الرهن الايجاب والقبول ١٥٥
أصل مشروعيته بالكتاب والسنة والاجماع ١٥٥
صفة عقد الرهن جائز غير لازم ١٥٦
شروط الرهن ١٥٦
ما يرجع الى نفس الرهن ١٥٧
ما يرجع الى المرهون واختلاف الفقهاء فيه ١٥٧
الرهن في القانون ١٦١

المبحث الثاني ١٦٣ــ ١٧١

الكفالة

تعريف الكفالة لغة وشرعا ١٦٣
أركان الكفالة ١٦٤
أصل مشروعية الكفالة : بالكتاب والسنة ، والاجماع . . . ١٦٤
صفة الكفالة أنها عقد لازم من جهة الكفيل ١٦٥

الصفحة

شروط الكفالة أنواع : ١٦٦
الذي يرجع الى المكفول به عند الحنفية نوعان ١٦٦
المالكية ترى أن الغرر لا يؤثر في الكفالة ١٦٧
الشافعية لا تجيز تعليق الكفالة بشرط ١٦٧
الذي يرجع الى المكفول عند الحنفية ١٦٩
الشروط التي نرجع الى المكفول به عند الأئمة ١٧٠
الكفالة في القانون ١٧١

الفصل الرابع ١٧٢ــ ١٨٦

اثر الغرر في عقود الاطلاقات

المبحث الأول ١٧٢ــ ١٨٣

الوكالة

تعريف الوكالة لغة وشرعا ١٧٢
أركان الوكالة الايجاب والقبول وليس لها ألفاظ مخصوصة . . ١٧٣
أصل مشروعيتها ، الكتاب والسنة ، والاجماع ١٧٣
شروط الوكالة ثلاثة أنواع ١٧٤
النوع الاول : ما يرجع الى الموكل ١٧٤
النوع الثاني : ما يرجع الى الوكيل ، ويشترط فيه شرطان . . ١٧٥
النوع الثالث : ما يرجع الى الموكل به وأثر الغرر فيه عند الحنفية . ١٧٦
الوكالة العامة في الشراء تصح مع الجهالة ١٧٦
الوكالة الخاصة في الشراء ١٧٦
الجهالة القليلة والكثيرة ، ونقل اذا كان ما وكل به نوع واحد . ١٧٦
الجهالة الكثيرة تكون اذا كانت تتناول أنواعا مختلفة . . . ١٧٧
الوكالة العامة والخاصة وأثر الغرر فيهما عند الأئمة الثلاثة والخلاف بينهما ١٧٧

المبحث الثاني ١٨٤ــ ١٨٦

الوكالة في القانون

الوكالة العامة عند القانونيين ١٨٤

الصفحة

الوكالة الخاصة ١٨٥
التمييز في أعمال التصرف بين المفاوضات والتبرعات . . . ١٨٦

الفصل الخامس ١٨٧ – ٢٠٦

أثر الغرر في الصداق

تعريف الصداق ، وأصل مشروعيته ١٨٧
أثر الغرر في الصداق عند الحنفية ١٩٠
المهر المعجل والمهر المؤجل ١٩٣
أثر الغرر في النكاح عند المالكية ١٩٢
الشافعية جعلت ضابطا لصحة الصداق ١٩٥
الحنابلة كالشافعية في أن كل ما صح ثمنا أو أجرة صح مهراً وان قل ، ١٩٦
المؤجل والمعجل عند الحنابلة ، وهذا جائز عندهم . . . ١٩٧
أمور مستثناة ١٩٨
الشيعة الامامية جعلت المهر كل ما يملكه المسلم . . . ١٩٨
الشيعة الزيدية ، إذا لم يوصف القيمي تعين الوسط . . . ١٩٩
الاباضية لا أثر للغرر عند الاباضية ، ويصح أن يكون مجهولا . ١٩٩
الظاهرية أن كل ما يتملك بالهبة أو بالميراث فجائز أن يكون صداقا . ٢٠٠
الرأي المختار يصح المهر في كل ما صح كونه مبيعاً ولا يصح بما فيه غرر ٢٠١

المبحث الثاني ٢٠٢ – ٢٠٦

الخلع

تعريفه ومشروعيته ٢٠٢
حكمه ، جائز عند جميع العلماء إلا بكر بن عبدالله المزني . . ٢٠٣
الخلع بالمجهول وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده ٢٠٣
أقسام الخلع على مجهول ٢٠٤
الخلع المعلق والمضاف إلى أجل ٢٠٥
الظاهرية الخلع على المجهول باطل ٢٠٦

الصفحة

الفصل السادس ٢٠٧ـ٢٣٨

أثر الغرر في عقود التبرعات

المبحث الأول ٢٠٧

الهبـــة

المطلب الأول

تعريفها ومشروعيتها وأركانها

تعريف الهبة في اللغة وفي الشريعة ٢٠٧
أصل مشروعيتها ،الكتاب والسنة ، والاجماع ٢٠٨
أركان الهبة ، تصح بالإيجاب والقبول والقبض ٢٠٩
مالك وابن حزم لا يفتقر صحتها ولزومها إلى قبض . . . ٢١٠
أدلة من لم يجز الهبة الا بالقبض ٢١٠
أدلة من لا يعتبر القبض ٢١١

المطلب الثاني ٢١٢

شروط الهبة

شروط الهبة عند الحنفية وهي أنواع ٢١٢
الأول : ما يرجع الى نفس الركن ٢١٢
الثاني : ما يرجع الى الموهوب فأنواع ٢١٢
أثر الغرر في الهبة عند المالكية ، وأنه لا يؤثر في صحة الهبة . . ٢١٥
أركان الهبة في الواهب ، والموهوب له ، والموهوب ، والصيغة . ٢١٦
الشافعية يؤثر الغرر في العقود عند الشافعية كالبيع . . . ٢١٦
شروط الهبة عند الشافعية ثلاثة : ٢١٧
الاستثناءات عند الشافعية ٢١٨
الحنابلة ، يؤثر الغرر في الهبة كتأثيره في البيع وشروط الهبة عندهم . ٢٢٠
الأول : الصيغة واختلاف الفقهاء عندهم في الايجاب والقبول . . ٢٢٠

الصفحة

الثاني : الموهوب ، لا يصح هبة مجهول يتعذر علمه ٢٢١
يؤثر الغرر في الهبة عند الزيدية كتأثيره في البيع ٢٢٢
الاباضية كالمالكية في عدم تأثير الغرر تقريباً ٢٢٢
الظاهرية ترى أن الغرر يؤثر في البيع ٢٢٢
رأينا ٢٢٣

المطلب الثالث ٢٢٤

الهبة في القانون

شروط الهبة عند القانونيين أربعة ٢٢٤
ملاحظات منها : المال المستقبل هو المال الذي لا وجود له وقت ابرام الهبة ، ولكنه سوف يوجد ٢٢٥
هبة المال المستقبل باطلة بطلانا مطلقا ٢٢٥
هبة المشاع جائزة فى القانون ٢٢٦

المبحث الثاني ٢٢٧

الوصية

تعريف الوصية لغة وشرعا واختلاف الفقهاء في تعريفها . . . ٢٢٧
أصل مشروعيتها الكتاب والسنة والاجماع ٢٢٨
أقسام الوصية ، تنقسم الى خمسة أقسام : منها الواجبة . . . ٢٢٩
أثر الغـــرر في الوصـــية عند الأحناف ، لا أثر له من النظر الى شروط الموصى به ٢٣٠
أثر الغرر في الوصية عند المالكية ، تجوز عندهم بالمجهول . . . ٢٣٣
الشافعية ، لا تأثير للغرر في الوصية عند الشافعية ٢٣٤
الحنابلة وتصح الوصية بمجهول كعبد ٢٣٥
لا أثر للغرر عند الامامية ٢٣٦
الزيدية تجعل الوصية كالميراث ويصح ميراث المجهول . . . ٢٣٦
الاباضية تجيز الوصية بالمجهول ٢٣٧
الظاهرية لا تجيز الوصية بما لا يملك ٢٣٨

الصفحة

الفصل السابع ٢٣٩ـ٣١١

أثر الغرر في العقود المالية المعاصرة

المبحث الأول

المقامرة والرهان في الفقه الاسلامي ٢٣٩

المطلب الأول

المقامرة

تعريف الميسر بأنه ضرب القداح على أجزاء الجزور . . . ٢٣٩
منع الميسر ٢٤٠
حكم الميسر ، حرام ٢٤١
الميسر ، والقمار ، والرهان ٢٤١

المطلب الثاني

المسابقة ٢٤٣

أقسام المسابقة ٢٤٣
أصل مشروعيتها : الكتاب والسنه والاجماع ٢٤٣
المسابقة بعوض ، وهي التي فيها الرهان ٢٤٥
العوض من أحد المتسابقين ٢٤٥
العوض من المتسابقين ٢٤٥
ما تجوز المسابقة فيه ٢٤٧
المسابقة بالسيارات ٢٤٨

المطلب الثالث ٢٤٩

المقامرة والمراهنة في القانون

ماهيتها ، اتفاق يتعهد شخصان أو أكثر بدفع مبلغ معين أو شيء معين لمن يربح منهم ، والمراهنـــة : عقد بين شخصين أو أكثر اختلفـــوا على أمر بمقتضاه ٢٤٩

الصفحة

خصائص عقود المقامرة والرهان ٢٥٠
ما يستثنى مما رخص فيه قانونا ٢٥١
١ ــ بطلان المقامرة والرهان ٢٥١
٢ ــ عدم الاجبار على الدفع ٢٥١
٣ ــ استرداد ما دفع ٢٥٢
الاستثناءات من تحريم المقامرة والرهان ٢٥٣
١ ــ المباراة في الألعاب الرياضية ٢٥٣
٢ ــ العاب اليانصيب. ٢٥٤
٣ ــ سباق الخيل ٢٥٤
٤ ــ البيوع الآجلة في البورصة ٢٥٥
البيع الآجل في القانون الفرنسي ٢٥٦
البيع الآجل في القانون المصري ٢٥٦

المبحث الثاني ٢٥٧ ــ ٢٦٣

المرتب مدى الحياة في القانون ٢٥٧

تعريف المرتب مدى الحياة ٢٥٧
الفرق بين المرتب مدى الحياة والدخل الدائم ٢٥٧
مصادر الالتزام بالمرتب مدى الحياة ينقسم الى قسمين . . ٢٥٨
المعاوضات ويكون في البيع ونحوه ٢٥٨
التبرعات ويكون في الوصية والهبة ٢٦٠
المدة التي يدوم فيها المرتب ٢٦٠
خواص المرتب مدى الحياة ٢٦٢
الخاصة الأولى أنه تصرف شكلي ٢٦٢
الخاصة الثانية أنه تصرف احتمالي ٢٦٢
هل الغرر في المرتب مدى الحياة محل أو سبب واختلاف فقهاء القانون في ذلك ٢٦٢

الصفحة

المبحث الثالث ٢٦٤ ـ ٢٧١

المرتب مدي الحياة في الفقه الاسلامي ٢٦٤

عدم وجود هذا العنوان في الفقه الاسلامي ٢٦٤

المرتب الذي مصدره التبرعات يشبه العمرى ٢٦٤

صورة العمرى والرقى ٢٦٤

أدلة من أجازها ٢٦٥

أحكام العمرى واختلاف الفقهاء على ثلاثة أقوال : . . . ٢٦٦

الأول : أنها هبة مبتوتة تنقل الملك الى المعمر . . . ٢٦٦

الثاني : أنه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت . . ٢٦٧

الثالث: أن العمرى تكون ملكا للمعمر ٢٦٧

تقدير السن في المذهب المالكي واختلاف الفقهاء فيه . . . ٢٧٠

المبحث الرابع ٢٧٢ ـ ٢٨٣

عقد التأمين في القانون

المطلب الأول

فكرة التأمين وتعريفه

فكرة التأمين ٢٧٢

تعريف التأمين في اللغة ومجمع اللغة العربية والقانون المدني المصري . ٢٧٤

اختيار تعريف القانون المدني المصري وأستخلص النتائج التالية. . ٢٧٥

١ ـ عقد التأمين بين شخص وشركة ٢٧٥

٢ ـ شركة التأمين تبرم العقد مع مجموعة من الناس . . . ٢٧٥

٣ ـ أن عقد التأمين من عقود الغرر ٢٧٦

المطلب الثاني ٢٧٧

أقسام التأمين

الفرع الأول

أقسامه من حيث الشكل

التأمين التعاوني بين أشخاص بدفع مبالغ متبرع بها . . . ٢٧٧

الصفحة

التأمين بقسط ثابت وهو الذي تقوم به الشركات اليوم . . ٢٧٧
الفرق بين التأمين التعاوني والتأمين بقسط ثابت . . . ٢٧٨

الفرع الثاني

أقسام التأمين من حيث الموضوع

يقسم الى ثلاثة أقسام: ٢٧٩
١ ـ التأمين البري والبحري والجوى ٢٧٩
٢ ـ التأمين الخاص والتأمين الاجتماعي ٢٧٩
٣ ـ تأمين الأضرار وتأمين الأشخاص ٢٨٠
تأمين الأضرار وهو يتعلق بحال المؤمن ٢٨٢
تأمين الأشياء تعويض المستأمن عن خسارة أحد أمواله . ٢٨٢
تأمين المسئولية بهدف الى تأمين الشخص نفسه من الضرر الذي يصيبه في ماله ٢٨٢
نتائج التمييز بين تأمين الأشخاص وتأمين الأضرر . . . ٢٨٢

المبحث الخامس ٢٨٤ ـ ٣١١

عقد التأمين في الشريعة الاسلامية

آراء فقهاء الشريعة في عقد التأمين ٢٨٤
التأمين عند ابن عابدين ٢٨٤
ايراد ابن عابدين مسألتين قد يشعر كل منهما بالجواز ، المودع ، وكفالة الانسان لغيره ٢٨٥
التأمين في دار الحرب والتأمين في دار الاسلام عند ابن عابدين . ٢٨٦
التأمين عند الامام محمد بن عبده ٢٨٧
ملاحظات حول اجابة محمد عبده للسؤالين ٢٨٩
عقد التأمين عند المطيعي ٢٩٠
المطيعي ينحى منحى ابن عابدين في تقسيم الدارين ويقرر بفساد التأمين ٢٩١

الصفحة

رأي الشيخ احمد ابراهيم وأنه فاسد شرعا ٢٩٢
الغرر في عقد التأمين ، لأنه عقد تلعب فيه المصادفة ٢٩٢
التأمين عند الزرقاء ، وانه ينفي الغرر عن المؤمن ٢٩٣
عدم رؤيتي بدفع الغرر عن التأمين كما يقول الزرقاء ٢٩٤
عدم رؤيتي ان الأجر مقابل الحراسة ٢٩٤
درجة الغرر في عقد التأمين والشيخ الخفيف يعتبره من الغرر المغتفر . ٢٩٥
جواز الخفيف عقد التأمين اخذا برأي المالكية في البيع بالنفقة على المشتري
مدة حياته ٢٩٦
عقد التأمين عند الحجوي ، ولم يعتبر البطلان له سببه الغرر . . ٢٩٧
تناقض الحجوى في فتواه ٢٩٨
الحجوي يخرج الضمان على مسألة تعرف بقضية تجار البز مع الحـاكة ٢٩٩
ولا شبه بينها وبين التأمين ٢٩٩
التأمين عند عبد الرحمن عيسى وتقسيمه الى تبادلي وتعاوني . . ٢٩٩
جوازه للتأمين التبادلي ، والتأمين التجاري ضد أخطار المالكية . ٢٩٩
جوازه للتأمين على الحياة ٣٠٠
التأمين عند الدكتور محمد يوسف موسى وأنه بجميع أنواعه ضرب من
ضروب التعاون الذي يفيد المجتمع وأنه جائز اذا خلا من الربا . ٣٠٠
اجازته للتأمين على الحياة اذا كانت الشركة لا تتعامل بالربا . . ٣٠١
قياسه على جمعية الحج التعاوني ٣٠١
التأمين عند طه السنوسي وتعريف ولاء الموالاة ٣٠٢
الصلة بين الموالاة وبين التأمين من المسؤلية ٣٠٢
لم يتعرض للتأمين على الأموال والأشخاص ٣٠٣
رأي الشيخ عبد الرحمن قراعة أنه يحرم لأنه قمار ٣٠٣
رأي الشيخ محمد المدني. خلاصته دعا الى مؤتمر لبحثه ٣٠٣
رأي أبي زهرة لا يجيز التأمين على الأشخاص ويجيزه على مضض في مسألة
تصليح السيارات ٣٠٤

الصفحة

رأي الشرباصي : يحرمه على اساس الربا ٣٠٤
هل في عقد التأمين جهالة ؟ ٣٠٤
الجهالة التي تمنع تنفيذ العقد هي التي تمنع صحة العقود . . . ٣٠٤
الجهالة التي تؤثر في العقد ٣٠٥
هل يقوم عقد التأمين على أساس الربا ؟ ٣٠٥
حكم عقد التأمين في الشريعة الاسلامية ٣٠٦
التأمين التبادلي ، وقد رأيت جوازه ٣٠٦
التأمين بقسط ثابت وهذا لا نظير له في الفقه وأرى حرمته . . ٣٠٧
الزرقاء يرى جواز هذا النوع من التأمين ويستشهد لذلك بشواهد . ٣٠٧
دفع شبهه جميعاً ٣٠٧

الصفحة

الخاتمة وأهم نتائج البحث

الحقائق التي قررتها هذه الرسالة ٣١٢
نتائج البحث في مقدمة الرسالة ٣١٣
نتائج البحث في الباب الأول ٣١٥
نتائج البحث في الباب الثاني ٣١٥
نتائج البحث في الباب الثالث ٣٢١
تراجم أهم الأعلام في الرسالة ٣٢٧ـ ٣٦٢
مصادر البحث ومراجعه ٣٦٣ـ ٣٩٤
الفهارس ٣٩٥
فهرس الآيات الواردة في الجزء الأول ٣٩٧ـ ٣٩٩
فهرس الآيات الواردة في الجزء الثاني ٤٠٠ـ ٤٠٢
فهرس الأحاديث الشريفة الواردة في الجزء الأول ٤٠٣ـ ٤٠٨
فهرس الأحاديث الشريفة الواردة في الجزء الثاني ٤٠٩ـ ٤١٣
فهرس الأعلام الواردة في الرسالة ٤١٤ـ ٤٤٣
فهرس الاعلام الواردة في الجزء الأول ٤١٤ـ ٤٣٠
فهرس الاعلام الواردة في الجزء الثاني ٤٣١ـ ٤٤٣
فهرس الاعلام المترجمة ٤٤٤ـ ٤٤٨
فهرس الموضوعات التفصيلية للكتاب ٤٤٩ـ ٥٠٦
فهرس موضوعات الجزء الأول ٤٤٩ـ ٤٨٥
فهرس موضوعات الجزء الثاني ٤٨٥ـ ٥٠٦

ـ وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ـ

الجـــــــزء الأول

الخطـأ	الصواب	رقم الصفحة
مره	أثره	٧
أوقف	أو وقف	١٣
نكاح اجارة	نكاح أو اجارة	٢٨
إلا الزام لا	لا إلزام إلا	٣١
بمجهم	تبجحهم	٤٥
يستشير	يستثير	٥٥
ودت	ولدت	٧٣
بالمعنيين	بالمعينين	١٦٨
قد هديت	قد أهديت	١٨١
القينة	القنية	٢٠٥
البحث	المبحث	٢١٢
ربعة	أربعة	٢٣٥
لنجساته	لنجاسته	٢٤٩
الجهالة	لجهالة	٢٥٥
طام	طعام	٢٨٨
ليم	لم	٣١٢
الصافعي	الشافعي	٤٠٥
للبلع	للبائع	٤٠٩
يقصد أن	يقصدان	٤٢١
مخاطوه	مخاطرة	٤٣٣
أجه	أوجه	٤٣٨
طلاق	لا طلاق	٤٦٤
بن أبر	بن أبي	٤٧٠
تأجيل في الثمن	تأجيل الثمن	٤٩٢

الجـــــــزء الثاني

الخطـــأ	الصواب	رقم الصفحة
بيح	بيع	١٠
مفضة	مفضية	١٥
واستدلو	واستدلوا	٢٣
الآلىء	اللآلىء	٢٦
شأن	شأنه	٣٢
شيث	شيت	٣٥
اجورُهن	أجورَهن	٣٩
أنتفع	انتفع	٤٨
ناقص	ناقصاً	٤٩
وقت أوقات	وقت أو أوقات	٥٩
عقد جارة	عقد اجارة	٧٤
فقط	فقد	١٤٩
فرهُن	فرهان	١٥٥
قيمية	قيمته	١٩١
المرجعة	المراجعة	٢٦٣
فان	فابن	٢٨٥
فانه ينص	فإن لم ينص	٢٨٩
الزرقا كلامه	وكلامه	٢٩٤
ألح	المح	٢٩٨
مثيراً	متميزاً	٣١٣
المصنفين	المضيقين	٣١٤
الحضر	الحظر	٣١٤
الأزراء	الإزراء	٣٤٣
مولى فهومات	مولى مات	٣٥٢
فتحي	فتح	٣٧٦

تم طبع الجزء الثاني من الكتاب
بحمد الله