بيع الوفاء في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

دراسة مقارنة

Sale fulfill in Islamic law and the Iraqi Civil
A comparative study

الدكتور .ميكائيل رشيد علي الزيباري

مديرية تربية محافظة دهوك / إعدادية آزادي للبنات

Dr. Mikael Rashid Ali Zebari
Directorate of Education in the province of Dohuk

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الميامين وبعد:

بيع عقد الوفاء من إحدى المعاملات المالية، المختلف في حكمها شرعاً وقانوناً، حيث يعد نوعاً خاصاً من العقود يتعهد بموجبه المشتري أن يرد المبيع إلى البائع، متى رد المشتري الثمن خلال هذه المدة المتفق عليها البائعان، ويعود السبب في اختلاف حكمه إلى أمرين : يتعلق الأول :بالمصلحة والحاجة الماسة إلى هذه المعاملة في تلبية حاجة المكلفين، ويعود الثاني :إلى قوة أدلة المنع وثبوتها في المذاهب الإسلامية .

ولم يكن هذا البيع موجودا بهذا المفهوم في الصدر الأول من الإسلام، وبعد انتشار المذاهب الفقهية، تعارف الناس على هذا النوع من البيع .

فمن ناحية تنطبق عليه بيع آخر يحتمل معنى الرهن، بل هو رهن حقيقة مادام الشرط أن يرد المشتري المبيع، إذا دفع له الثمن بعد حين، ومن ناحية القانون فإن فيه شبهة العقد الصحيح المقترن بالشرط الفاسخ، ما دام العقد يفسخ عند استعمال البائع حقه في الاسترداد .

وبهذا تنوع الخلاف عند فقهاء المذاهب الإسلامية حتى ذهبوا فيه مذاهب شتى، حيث تعددت الآراء في المذهب الواحد، ففي المذهب الحنفي وحده تعددت الآراء، كل رأي له وجهة نظر خاصة به.

لذا يتضح لي من ذلك أن معاملة بيع الوفاء جديرة بالبحث والدراسة، نظراً لأهميتها من الناحية العملية، لكونها تمثل وسيلة ناجحة وفعالة في تنشيط حركة التجارة وتنمية الاقتصاد، لأنها تعد بديلاً عن القروض الربوية.

وسوف يكون هذا البحث بحثا مقارناً في الفقه الإسلامي بالإضافة إلى القانون المدني العراقي، كل هذا وذاك دعاني إلى الخوض فيه وبيان المراد .

ستكون دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث :المبحث الأول : مفهوم بيع الوفاء ,والمبحث الثاني :بيع الوفاء رهن حيازي في الفقه الإسلامي

والقانون المدني العراقي، وفي المبحث الثالث :آراء المذاهب الإسلامية والقانون المدني العراقي في بيع الوفاء والرأي الراجح منها.

المبحث الأول

مفهوم بيع الوفاء، وفيه مطلبان

المطلب الأول :بيع الوفاء لغة واصطلاحاً .

الوفاء لغة : ضد الغدر، يقال:وفى بعهده وأوفى بمعنى واحد .(1)

والوفاء: الخلق الشريف العالي الرفيع،وأوفى الرجل حقه ووفاه إياه بمعنى:أكمله له وأعطاه وافياً .(2)

وفي اصطلاح الفقهاء ، بيع الوفاء هو :أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي، على أني متى قضيت الدين فهو لي، أو يقول البائع بعتك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إلي، وإنما سمي)بيع الوفاء(، لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط .(3)

أو هو أن يبيع شخص لآخر عقاراً أو غيره بمبلغ معين، بشرط أن يرد له المبيع متى جاءه بالثمن المتفق عليه، وسمي بهذا الاسم لأن فيه عهد بالوفاء من المشتري، بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن، وربما سمي هذا البيع بشرط التراد، والحنابلة سموه البيع الجائز، ولعله مبني على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري أكل ريعه، وبعض الأحناف يسميه بيع المعاملة، ووجهه أن المعاملة ربح الدين، وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه.(4)

والذي يبدو لي :هو عقد بيع يحتفظ فيه البائع لنفسه بالحق في استرداد المبيع خلال مدة معينة، مقابل رد أصل الثمن ، والمصاريف التي تترتب على البيع ومصاريف الإصلاحات الضرورية أو التي زادت في قيمة المبيع بمقدار الزيادة المذكورة دون المصاريف الكمالية.(5)

وهذا البيع اختلفت تسميته لدى الفقهاء فعند المالكية) بيع الثنيا (6)والشافعية) بيع العهدة (7)والحنابلة) بيع الجائز (وأيضا)بيع الأمانة)(بيع الطاعة (8) وفي التترخانية سماه) بيع المعاملة(9)

ولبيع الوفاء نوع آخر هو بيع الاستغلال حيث نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (119) على أنه):بيع وفاء على أن يستأجره البائع (أي أن بيع الاستغلال هو بيع الوفاء الذي يشترط فيه استئجار البائع المبيع من المشتري، فهو بذلك مركب من بيع وفاء وبيع إجارة(1)

وفي كتب المعاصرة :في قرار لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 12-7 ذي القعدة 1412هـ الموافق 14 - 9 أيار) مايو1992 (م ، بعد الإطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع) بيع الوفاء (وبعد الاستماع للمناقشات

التي دارت حول بيع الوفاء وحقيقته) :بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع (تقرر:

أولا :إن حقيقة هذا البيع) قرض جر نفعا (فهو تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء .(11)

ثانيا : يرى المجمع أن هذا العقد غير جائز شرعاً.

المطلب الثاني :بيع الوفاء في القانون المدني العراقي

أما في اصطلاح فقهاء القانون :بيع الوفاء هو البيع الذي يحفظ به البائع عند البيع بحق استرداد المبيع إذا أظهر إرادته في ذلك خلال مدة معينة في مقابل دفع مبلغ معين مساو لما قبضه من ثمن أو مختلف عنه.(12)

المبحث الثاني

بيع الوفاء رهن حيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، وفيه مطلبان

المطلب الأول :بيع الوفاء عقد رهن في الفقه الإسلامي.

من المعلوم في الفقه الإسلامي أن العقود هي أسباب جعلية شرعية(13)، إذ أن العقد، يعد صحيحاً بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين،أما آثاره فمن عمل الشارع الحكيم (14) ، بينما بعض العقود تحتاج إلى القبض كركن فيها مثل الهبة والرهن الحيازي ،وآثار العقد قد تكون على وفق حاجة المتعاقدين وقد لا تكون كذلك ، لذا نجد أن المتعاقدين يعدلون من هذه الآثار بالزيادة أو النقصان من خلال الشروط التي تتفق والغاية الأساسية لهما (15) ،وقد ورد في الكتاب والسنة نصوص متعددة تؤكد المبدأ السابق، وتقرر للعقود آثاراً،ومنها ما هو عام ومنها ما كان خاصاً، وهذه النصوص في مجملها تشير إلى حقوق المتعاقدين في تعديل آثار العقود بالزيادة أو النقصان من خلال الشروط المقترنة بالعقد(16)، قال تعالى :(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (17)، وقال تعالى:(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)(18) ، وجاء في السنة النبوية :قوله صلى الله عليه وسلم))المسلمون على شروطهم ،والصلح جائز بين المسلمين إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا(19)

وتباينت آراء الفقهاء حول مسألة الشروط، وسبب تباينهم يعود إلى وجود شرط الاسترداد فيه وفيما يأتي بيان موقف المذاهب الإسلامية والقانون المدني العراقي:

موقف الحنفية:

تنوعت آراء فقهاء الحنفية حول بيع الوفاء حتى أوصلها بعض المؤلفين إلى تسعة آراء (20) ، ويمكن حصر هذه الآراء إلى ثلاثة آراء رئيسة من الذين قالوا بهذا البيع .

الرأي الأول :(21)أنه عقد رهن ضامن-:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى تكييف بيع الوفاء على أنه عقد رهن ، ومن ثم لا يملك المشتري البيع ، وليس له أن ينتفع به، وأي شيءٍ أكله من زوائد المبيع أو منافعه يضمنه، ويسترده عند قضاء الدين ، وإذا أستأجر البائع المبيع من المشتري فإنه لا تلزمه الأجرة، كالراهن إذا أستأجر المرهون وأنتفع به ،فتثبت فيه جميع أحكام الرهن.(22)

وفي كتاب جامع الفصولين))البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة، لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه لو بقي، ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام.(23)

وأستدل أصحاب هذا الرأي بدليلين:

الأول :إن البائع إذا اشترط على المشتري رد المبيع له الثمن ومصروفات العقد، فإنه يكون بمعنى الرهن،لأنه هو الذي يؤخذ فقط عند قضاء الدين (24)

الثاني: قاعدة)العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمبان (25)، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة، وعقد الاستصناع عند ضرب الأجل سلماً، وهبة الحرة نفسها بحضور الشهود مع عدم تسمية المهر نكاحاً (26)، لذا فإن البيع بشرط رد الثمن يكون رهناً .

الرأي الثاني : (27)يرى أنصار هذا الرأي بأن بيع الوفاء عقداً جديداً مركباً من نوعين من العقود ، وهما عقد الرهن وعقد البيع الصحيح ، حيث يعد عقد الرهن بالنسبة للبائع حتى يسترد المبيع عند رد الثمن ،بمعنى قضاء الدين على اعتبار انه رهن، ويضمنها له المشتري بالهلاك أو لانتقاص ضمان الرهن ،وبالتالي لا يستطيع المشتري التصرف بالمبيع، ويعد عقد بيع صحيح بالنسبة للمشتري ، حتى يتمكن من الانتفاع بالمبيع طيلة فترة الاسترداد (28)

وأستدل أصحاب هذا الرأي إلى دليلين أيضا:

الأول : إنه أعطى لبيع الوفاء حكم عقدين ،لأن الكثير من العقود تأخذ هذا التكييف، كما بالنسبة إلى الهبة بشرط العوض ،والهبة في حالة المرض(29)

أي أعطى للهبة في الحالة الأولى حكم عقد البيع ، لكي يستفيد من أحكامه كافة ،وأعطى للهبة في الحالة الثانية حكم الوصية حتى لا تزيد على الثلث.

الثاني : هي حاجة الناس إليه) أي إلى بيع الوفاء (خوفاً من الربا،فأهل مدينة بلخ اعتادوا على الدين والإجارة معاً ،وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة ،وهي غير ممكنة في الأشجار فاضطروا إلى بيعها بيعاً وفائياً، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه.(30)

الرأي الثالث : (31)بينما ذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه عقداً مركباً متمثلاً ثلاثة عقود ،وهي عقد الرهن ،وعقد البيع الفاسد، وعقد البيع الصحيح (32)، فهو عقد رهن ؛ لأن المشتري لا يملك بيعه للغير،ولا يستطيع رهنه ،ويسقط الدين بهلاكه، وهو عقد فاسد؛ لأن كلاً من طرفي العقد له حق الفسخ فكان غير لازم، وهو في حكم العقد الصحيح؛لأنه يجيز للمشتري الانتفاع بالمبيع طيلة مدة الاسترداد (33)وأستدل أصحاب هذا الرأي بما استدل به أصحاب الرأي الثاني.

وهناك بعض أوجه الاتفاق بين بيع الوفاء والرهن،فهو يشبه عقد الرهن؛ لأن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع، ولا يستطيع نقل ملكيته للغير،ولا يستطيع أن يرتب عليه حقوقاً عينية أصلية أو تبعية.(34)

ولا يجوز للمشتري أن ينتفع بالمبيع بدون إذن البائع، وهو بهذا يتفق مع الرهن الحيازي.

ونفقات تعمير المبيع تكون على البائع، شأنه شأن الرهن حيث تكون نفقات تعمير المرهون على الراهن، والمشتري بعد وفاة البائع يكون أحق بالمبيع من سائر الغرماء، وعند وفاة أي من طرفي العقد فإن الورثة تقوم مقامها. (35)

إذا حل الأجل ولم يدفع البائع الدين أو لم يرد الثمن فلا يصير البيع باتاً، ولا يملك المشتري المبيع، وإنما يحكم القاضي على البائع بالرد، فإذا امتنع باع عليه القاضي ،أي باع العين وأوفى حق المشتري منها(36)، وأخيراً فإنه إذا بيع عقار مجاور للمبيع فإن حق الشفعة يثبت للبائع وليس للمشتري، وذلك لأن الأخير حقه على المبيع حق عيني تبعي .(37)

وضمان المبيع في بيع الوفاء على المشتري، كضمان المرهون على المرتهن، أي أنه إذا هلك المبيع في بيع الوفاء وهو في يد المشتري، فإنه يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع ،كما تضمن المرتهن من قيمة الرهن الهالك بمقدار مبلغ الدين المرهون فقط، هذا إذا كانت قيمة المبيع أكبر من الثمن المدفوع، وهو في الغالب ،ويعد الباقي أمانة في يد المشتري ،لا يضمن هلاكه إلا بالتعدي أو التقصير.(38)

موقف المالكية : حيث ذهب بعض من فقهاء المالكية (39)، إلى أن بيع الوفاء عقد رهن، بينما هو رهن باطل، ليس رهناً صحيحاً، وعللوا ذلك أن هذا العقد يعد سلفاً (40)عقداً جر نفعاً؛ لان المشتري بمقتضى عقد بيع الوفاء سينتفع بالمبيع، وهي الغاية الأساسية المقصودة من العقد ،طيلة فترة الاسترداد ،وهو باب من أبواب الربا .(41)

وحجة أنصار هذا الرأي هو ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال)) :لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع ،ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك (42)

موقف الشافعية:

قال ابن حجر :وقع لكثيرين من علماء حضرموت في بيع العهدة المعروف في مكة ببيع الناس آراء واضحة البطلان، لا تتأتى على مذهبنا بوجه لفقوها من حدسهم تارة، ومن أقوال في بعض المذاهب تارة أخرى، مع عدم إتقانهم لنقلها، فيجب إنكارها، وعدم الالتفات إليها والحاصل أن كل شرط مناف لمقتضى العقد إنما يبطل إن وقع في صلب العقد، أو بعده، وقبل لزومه لا إن تقدم عليه ولو في مجلسه، وحيث صح لم يجبر على فسخه بوجه، وما قبض بشراء فاسد مضمون بدلا وأجرة ومهرا وقيمة ولد كالمغصوب، ويقلع غرس وبناء المشترى هنا مجاناً على ما في موضع من فتاوى البغوي، ورجحه جامعا لكن صريح ما رجحه الشيخان من رجوع مشتر من غاصب بالأرش عليه الرجوع به، هنا على البائع بالأولى لعذره مع شبهة إذن المالك ظاهرا فأشبه المستعير وتطيين الدار كصبغ الثوب فيرجع بنقصه إن كلف إزالته وإلا فهو شريك به.

ويستثنى من النهي عن بيع وشرط) صور (تصح)... كالبيع بشرط الخيار أو البراءة من العيب أو بشرط قطع الثمر (كالبيع بشرط) الأجل (في غير الربوي لأول آية الدين وشرطه :أن يحدد بمعلوم لهما كإلى العيد أو شهر كذا لا فيه ولا إلى نحو الحصاد. (43)...

ومع هذا فقد قال بعض علماء الشافعية المتأخرين أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه , وهو انتفاع المشتري بالمبيع - دون بعضها - وهو البيع من آخر .

واستدلوا على ذلك : أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه , فراراً من الربا , فيكون صحيحا لا يفسد البيع باشتراطه فيه , وإن كان مخالفاً للقواعد , لأن القواعد تترك بالتعامل , كما في الاستصناع، - وقال صاحب بغية المسترشدين من متأخري الشافعية :بيع العهدة صحيح جائز، وتثبت به الحجة شرعا وعرفاً على قول القائلين به , ولم أر من صرح بكراهته , وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم، وحكمت بمقتضاه الحكام , وأقره من يقول به من علماء الإسلام , مع أنه ليس من مذهب الشافعي , وإنما اختاره من اختاره، ولفقه من مذاهب , للضرورة الماسة إليه , ومع ذلك فالاختلاف في صحته من أصله وفي التفريع عليه , لا يخفى على من له إلمام بالفقه.(44)

موقف الحنابلة:

هذا النوع من البيع باطل عند الحنابلة لأنه فيه شرط ينافي مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه، أو متى نفق المبيع وإلا رده أو ألا

يبيع ولا يهب ولا يعتق وان اعتق فالولاء له، أو يشترط أن يفعل ذلك ؛ فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء))ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل (45) نص على بطلان هذا الشرط وقسنا عليه سائر الشروط لأنها في معناه.(46)

المطلب الثاني :بيع الوفاء عقد رهن في القانون المدني العراقي

نصت المادة (1333) من القانون المدني العراقي على أن)): بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً .

يتبين لنا من هذا النص أن المشرع العراقي قد تصدى لمحاولات استخدام بيع الوفاء، كوسيلة للتحايل على أحكام الرهن من خلال اعتبار هذا البيع رهناً ، لذا تطبق عليه أحكام الرهن ، وفي ذلك إحباط لمحاولات التحاليل : ولكن نتأمل ونتساءل هل كان قصد المشرع في المادة (1333)أن بيع الوفاء ما هو إلا رهن حيازي ولا يختلف عنه في شيء ؟ نعتقد بأن المشرع العراقي لا يقصد ذلك ؛ حيث هناك عدة فروق بينهما؛ فمثلاً في بيع الوفاء يكون المشتري ضامناً للشيء الذي بحوزته (47)في حين في الرهن الحيازي لا يكون المرتهن ضامناً (48)لان المرتهن على شيء يد أمانة.

كما أنه يجوز في بيع الوفاء اشتراط انتفاع المشتري بالشيء دون مقابل (49) في حين، لا يجوز ذلك الرهن الحيازي.(50)

ونرى أن ما ورد في المادة (1333)يمثل قاعدة قانونية تقوم على أساس الاحتمال الراجح الذي مفاده : إن كل من باع شيئاً بيع وفاء لم يقصد من بيع الوفاء إلا صورته التي يستر بها اتفاقاً خفياً على قرض مضمون برهن حيازي، أي أن المشرع العراقي يعد بيع الوفاء عقداً صورياً يستر قرضاً مضموناً برهن حيازي.

المبحث الثالث

آراء المذاهب الإسلامية والقانون المدني العراقي في بيع الوفاء ،

وفيه مطلبان

المطلب الأول : بيع الوفاء عقد غير صحيح في الفقه الإسلامي

ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة إلى بطلان عقد بيع الوفاء، وذلك لأن شرط الوفاء، أي استرداد المبيع عند رد الثمن، شرط مناقض لمقتضى عقد البيع المتمثل في تمليك المبيع للمشتري على وجه الدوام، وليس هناك دليل على جواز شرط الوفاء، لذا فإن بيع الوفاء لا يقصد منه حقيقة البيع، وإنما القصد منه الوصول إلى الربا، حيث أن انتفاع المشتري بالمبيع دون مقابل يعد من الربا، ومع هذا اختلف العلماء في بيان الأساس الذي بني

عليه هذا البطلان ،فذهب بعض من فقهاء الحنفية إلى أن بيع الوفاء يكون بيعاً باطلاً قياساً على بيع الهازل .(51)

ووجه القياس هنا :أن العلة المشتركة بين العاقدين من كلا الطرفين هو عدم تحقق الرضا أثناء إنشاءه ولم يقصدا أن يترتب على عقديهما أحكامه وآثاره الشرعية (52)في حين ذهب البعض الآخر من فقهاء الحنفية إلى اعتبار بيع الوفاء كبيع المكره (53)، فعدّوه فاسداً باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين ،فيفيد الملك عند اتصال القبض به.

وينقض بيع المشتري كبيع المكره؛ لأن الفساد باعتبار عدم تحقق الرضا ؛ فأشبه حكمه كبيع المكره في جميع الأحكام.

ووجه القياس :أن بيع الوفاء هو بيع فاسد بسبب وجود الشرط الوفائي، وبيع المكره بيع فاسد بسبب وجود عيب الإكراه والذي يعد عيباً من عيوب الإرادة ، فكلاهما يعد بيعاً فاسداً ويأخذ حكم عقد البيع الفاسد.

وذهب البعض الآخر من فقهاء الحنفية(54)، إلى أن بيع الوفاء يكون بيعاً فاسداً(55) ، يفيد الملك عند حصول القبض، ويكون قابلاً للفسخ وإن تصرف به المشتري وتداولته الأيدي، وأستدل أصحاب هذا الرأي إلى ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه)) :نهى عن بيعٍ وشرط(56) ((، فإذا ذكرا الشرط في العقد ، أو ذكراه قبل العقد ثم عقدا البيع مطلقاً عن الشرط وأقرا بالبناء على الشرط المتواضع عليه، أو عقداه مطلقاً وشرطاه بعد العقد وألحقا الشرط بالعقد فإن بيع الوفاء في جميع هذه الأحوال يكون بيعاً فاسداً،لكون الشرط يخالف مقتضى العقد.(57)

وذهب البعض من فقهاء المالكية (58)إلى أن بيع الوفاء بيع فاسد، وحجتهم في ذلك أنه لما أشترط فيه أخذ المبيع من قبل البائع عند رد الثمن عند المشتري؛ فيجعل العقد مترددا بين البيع والسلف)القرض(، فالبائع إذا رد الثمن إلى المشتري كان العقد سلفاً) قرضاً (وإذا لم يرده كان العقد بيعاً، وبين السلف والبيع اختلاف في كثير من الأحكام،والعقد الذي يتردد بينهما لا تترتب عليه آثاره في أحدهما .(59)

ويرى قسم آخر من فقهاء المالكية أنه بيع باطل، وفائدة الخلاف بين هذين الرأيين في غلة المبيع، فمَن قال أنه بيع فاسد تكون الغلة فيه للمشتري؛ لأن العين في ضمانه، والخراج بالضمان، ومن قال إنه رهن باطل فإن الغلة تكون من البائع؛ لبقاء ملكيته للمبيع وضمانه عليه ويلتزم المشتري بردها .(60)

بينما ذهب جمهور الشافعية إلى أن بيع الوفاء بيع باطل، إذا كان مقترناً به شرط فاسد ، إذ يترتب عليه ألا ينتقل الملك في المبيع عن مالكه ولا في الثمن عن مالكه ، بل هما باقيان على ما كانا عليه (61) ، بمعنى آخر إذا كان الشرط الوفائي في صلب العقد أو اشترط في مجلس العقد أو اشترط في زمن خيار الشرط ؛ فإن العقد في جميع هذه الأحوال يكون باطلاً ؛ لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد وحكمه، وهو ثبوت ملكية البدلين لطرفي العقد،

في حين يعد هذا العقد صحيحاً إذا خلا من الشرط الوفائي، أو إذا اتفق عليه قبل العقد، أو اتفق عليه بعد أن أصبح العقد لازماً .(62)

ومن حيث القانون المدني العراقي حيث عدّ بيع الوفاء بأنه بيع رهن حيازي، حيث نص المادة (1333)منه على أن))بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً (63) ((لذا تنطبق عليه جميع أحكامه وبدون تميز.

ونلاحظ أن القانون المدني العراقي قد أخذ هذا المفهوم من مجلة الأحكام العدلية من مادة(118) ، ولم يكن موفقاً بهذا الأخذ، بل المشرع العراقي استخدم بيع الوفاء كوسيلة للتحايل على أحكام الرهن، باعتباره رهناً، ولذا تطبق عليه على أحكام الرهن، وذلك لعدم قدرة المشتري على بيع المبيع للغير، وهذا ما أكد عليه القضاء العراقي في محكمة التمييز في العراق على أن)) عقد بيع الوفاء يأخذ الرهن الحيازي الذي يشترط القانون المدني لتمامه التسجيل في دائرة الطابو وفق المادة (1324)منه.(64)

وهذا ما أكد عليه في قرار آخر لمحكمة التمييز على أن)) :البيع بشرط أن يكون للبائع حق إعادة البدل إلى المشتري هو بيع وفاء، وهو بمثابة رهن ، وليس للمشتري إلا المطالبة بالفائدة القانونية عن بدل الشراء للفترة من تاريخ العقد حتى تاريخ إعادة البدل المادة (1333)من القانون المدني العراقي .(65) ((حتى وإن كان المبيع منقولاً حيث وجب بثبوت بيع الوفاء أن يقبض المشتري المبيع ، هذا ما جاء به الفقرة الأولى من المادة (1322)من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه)) :يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ، أن يقبض المرتهن المرهون ((، لأن المشتري هنا بمثابة مركز المرتهن ،ويتبين من ذلك أن الرهن الحيازي بكونه عقداً لا يكون له أثر شرعي يترتب عليه إلا بالقبض.

غير أن هدف بيع الوفاء ليس فقط توثيق الدين، وإنما المقصود منه تمليك منفعة للمقرض مقابل القرض بصورة مشروعة، في حين أن الرهن لا يؤدي إلى تمليك المرتهن منافع المرهون، فإذا اشترط ذلك فسد عقد الرهن،لأن في هذا الشرط شبه الربا، وإذا أباح الراهن المنافع للمرتهن إباحة لم يكن ملزماً، وبالتالي فللراهن منعه متى شاء.(66)

لذا نرى أن بيع الوفاء ما هو إلا للتحايل على أحكام الرهن، فإنه لا يتطابق مع أحكام الرهن المنصوص عليها في القانون.

المطلب الثاني : بيع الوفاء عقد صحيح في الفقه الإسلامي

يرى بعض من فقهاء الحنفية أن بيع الوفاء عقد جائز غير لازم ،فيحل للمشتري الانتفاع بالمبيع ، ويفسخ العقد عندما يطلب أحد المتعاقدين ذلك(67)، بينما يكون العقد فاسداً إن اتفقا على شرط الاسترداد في نفس العقد ، أو تلفظ بلفظ البيع بالشرط الوفاء ، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أولاً :ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال)) :العدة دين68 .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث :أنه يجعل الوعد لازماً لحاجة الناس إليه، وفراراً من الربا.(69)

ثانياً : أن هذا العقد جائز بأنه خالٍ من شرط يخالف مقتضاه.

ثالثاً :أن أهل بلخ اعتادوا الدين والإجارة معاً ، وهي لا تصح في الكروم، وأهل بخارى اعتادوا الإجارة الطويلة، ولا يكون ذلك ممكناً في الأشجار فاضطروا إلى بيعها بيع وفاء ، وما ضاق على الناس أمر إلا أتسع حكمه (70).

وذهب آخرون من الحنفية إلى أنه بيع جائز لازم، فيستطيع المشتري الانتفاع بالمبيع وفاء، وكذلك استغلاله حتى بإجارته إلى نفس البائع ، وهو يملك نماءه وما ينتج عنه ، وحجتهم في ذلك أنهما تلفظان بلفظ البيع ، ولا عبرة بمجرد النية بلا لفظ ، فإن من تزوج أمرا ة بنية تطليقها بعد سنة فأن العقد لا يكون متعة.

إن هذا الاتجاه من بعض الفقهاء المذهب الحنفي يميز العقد باعتبار النية، بالقياس على عقد النكاح.

فقد جاء في كتاب جامع الفصولين) قال النسفي :اتفق مشايخ زماننا على صحته بيعاً على ما كان عليه البعض، لأنهما تلفظا بلفظ البيع بلا ذكر شرط فيه ، والعبرة للملفوظ دون المقصود، فأن من تزوج امرأة بنية أن يطلقها بعدما جامعها صح العقد ،وإن الانتفاع به مقصود، كما أن الاستيثاق به مقصود ، فلا وجه لجعله رهناً مع رضاه بالانتفاع فعلى هذا لا يكون رهناً لا لفظاً ولا غرضاً(71).

أما الشافعية فقد أجاز المتأخرون منهم (72) بيع الوفاء ، بشرط أن يتفق المتبايعان قبل العقد أن البائع متى أراد رجوع المبيع إليه أتى بمثل الثمن المعقود عليه، وله أن يقيد الرجوع بمدة فليس له الفك _ أي الفسخ _ إلى بعد مضيها، ثم بعد المواطاة _ أي بعد الاتفاق على الشرط _ يعقدان عقداً صحيحاً بلا شرط؛ إذا لو وقع شرط العهدة المذكور في صلب العقد أو بعده في زمن الخيار أفسده. (73)

وقد جاء في كتاب الفتاوى لابن حجر الهيتمي ما نصه:هو)أي بيع الوفاء (صحيح معتد به يترتب عليه سائر أحكامه؛ حيث خلا عن شرط فاسد كتأقيت وتعليق وشرط ينافي مقتضاه . كان تكون الأجرة مثلاً لغير المشتري ونحو ذلك ولا عبرة بما يسبق العقد من تواطؤ على ما لو وقع في العقد لأفسد ،هذا هو مذهبنا ، ولا تغتر بما قد أطال في ذلك بعض علماء اليمن مما يخالف ما قررناه ، وينحو في أكثره نحو غير مذهبنا. (74)

والذي يبدو من كلامه :أن بيع العهدة الذي كان معروفاً بمكة وغيرها أنما كان يتقدمه الاتفاق من المتعاقدين على شرط الاسترداد، ثم يعقدان العقد خالياً من ذلك الشرط ، لذا قال إنه بيع صحيح ، وهذا راجع إلى ما هو مقرر في مذهب الشافعية من أن الشروط السابقة على العقد أو الواقعة بعد لزومه لا اعتبار لها

، ولا تأثير لها في العقد بأي حال من الأحوال ، وإنما المعتبر منها ما يذكر في صلب العقد أو قبل أن يكون لازماً.

وممن رجح صحة بيع الوفاء أبن قيم الجوزية من متأخري فقهاء الحنابلة ؛ فقد يحصل أن يتفق المتعاقدان_ أي الراهن والمرتهن _ على جعل العقد بينهما شراء إذا لم يرد الثمن في الوقت المتفق عليه ؛ فيكون المرهون مبيعاً، وهو باطل عند بعض الحنابلة من حيث تعليق البيع على الشرط ، و حرام من حيث إنه كذب وأكل مال بالباطل، وقد رد أبن قيم الجوزية على هذا الافتراض بأنه لا تناقض في هذا الاتفاق، وأن الراهن والمرتهن قد اتفقا على أنه رهن ثم كتبا تواطئا أنه عقد بيع في الحال وتواطئاً على أنه رهن،فهو شراء في الكتابة ،رهن في الباطن، والعقد إذا وقع على جهة الشرط فليس بكذب، وليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع بالشرط، والحق جوازه، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهذا لم يتضمن واحداً من الأمرين، فالصواب جواز هذا العقد[75]

ويشير ابن قيم الجوزية في كتابه إعلام الموقعين أنه إذا باع رجل عبده، وكان غرضه أن لا يكون إلا عنده أو عند بائعه؛ فإن الحيلة في ذلك أن يشهد عليه أنه إن باعه فهو أحق به بالثمن، وهذا العقد على قول المانعين باطل ،لان الشرط يخالف مقتضى العقد المقيد، أي المقيد بالشرط مع تحديد المدة فيه، بل هو من مقتضاه، لذا فإن الراجح صحة البيع والشرط.(76)

الرأي الراجح منها:

من خلال سرد آراء المذاهب الفقهية تبيّن لي أن لكل مذهب مجموعة من الآراء والأدلة لبيان حقيقة بيع الوفاء، حيث ذهب جمهورهم إلى بطلان بيع الوفاء، والسبب في ذلك يعود إلى أنه يؤدي إلى منفعة المشتري بالعين مقابل غلة الثمن، وذلك يفضي إلى التحايل على الأحكام الشرعية الخاصة بتحريم الربا، مما يكفينا في هذه المسألة ما روي عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه قال)) :الخراج بالضمان . (77)

والذي يعد قاعدة من القواعد الكلية في الفقه الإسلامي، وهو أن رجلاً ابتاع عبداً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد فيه عيباً فخاصمه إلى النبي عليه الصلاة والسلام، فرده عليه ،فقال الرجل :يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال النبي)) :الخراج بالضمان .(78)

ويفهم من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل منافع الشئ مضمونة على المنتفع، أي أن من يضمن شيئاً إذا تلف ذلك الشئ، فيكون نفعه له في مقابلة ضمانه حال التلف، لذا لو هلك العبد قبل الرد بالعيب فإن الهلاك من ذمة المشتري ؛ لأنه هو المالك للعبد ،وكذا الحال في عقد بيع الوفاء ،لذا فلا وجود لشبهة الربا في هذا النوع من العقد .

وكذلك تكييف بيع الوفاء بكونه عقد رهن أو عقداً باطلاً في الفقه الإسلامي لا يتلائم وحقيقة هذا العقد في كونه بيعاً صحيحاً، وأنه جائز من باب

الاستحسان اعتباراً للعرف ولحاجة الناس، وفي هذا يذكر ابن نجيم الحنفي أنهم قالوا)) :إن بيع الوفاء صحيح لحاجة الناس إليه فراراً من الربا، وما ضاق على الناس أمر إلا واتسع حكمه . (79)

لذا أرى رجحان جواز بيع الوفاء في الفقه الإسلامي انطلاقاً من بعض القواعد الكلية الفقهية المعروفة في الفقه الإسلامي التي تحكم العقود، فإذا انطبقت هذه القواعد على العقود أصبحت جائزة شرعاً، منها قاعدة)) :أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة (80) ((، وقاعدة)) المشقة تجلب التيسير)).(81)

وتعني هذه القاعدة رفع الحرج أو العسر أو المشقة والتيسير والتخفيف على الناس، والتسهيل عليهم فيما شرعه الله تعالى لهم من الأحكام الشرعية .

ومن المعلوم من تتبع مصادر الشريعة ومقاصدها يرى بأن كلها إما لجلب مصلحة أو درء مفسدة و كل ما يناسب مقصد الإنسان وأهدافه، ولا يتصادم مع مبدأ وروح الشريعة، فهو جائز شرعاً عقداً كان أو شرطاً أو غيرهما، وانطلاقاً منها استنبط الفقهاء هذه القاعدة وجعلوها قاعدة شرعية عامة تصلح أن تكون مقياساً عاماً لمعرفة الأحكام الشرعية، ونبراساً يستضيئون به عند الحوادث والوقائع، وحل كثير من القضايا والمسائل المعضلة في ضوئها.لذا يمكننا ترجيح صحة عقد بيع الوفاء.

وتبّين لي أيضاً من خلال استعراضنا النصوص القانونية للقانون المدني العراقي :بأن بيع الوفاء كونه عقداً صحيحاً أوضح وأدق من أن يكون رهناً، حيث أن أوجه التشابه بين بيع الوفاء والرهن الحيازي، غير كافية لإعطاء هذا البيع وصف رهن حيازي، لذا أقترح على المشرع العراقي صياغة نص المادة (1333)من القانون المدني العراقي أو إعداد مادة أخرى على تنظيم هذا البيع باعتباره عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ.

الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث توصلت إلى جملة من النتائج والتوصيات:

١. بيع الوفاء هو عقد يشترط فيه البائع لنفسه الحق في استرداد المبيع خلال فترة معينة مقابل رد المشتري الثمن والمصاريف التي تترتب على البيع ومصاريف الإصلاحات الضرورية أو النافعة عدا الكمالية، وتعامل الناس بهذا البيع نظراً لحاجة الناس إليه كبديل عن القروض الربوية.
٢. هو عقد اختلف الفقهاء في حكمه، فمنهم من جوزه ومنهم من عدَه باطلاً والبعض الآخر اعتبره عقداً غير لازم بالنسبة لطرفيه، ولا ينقل ملكية المبيع، بل يملكه المنفعة كـ الرهن.
٣. أرى رجحان بيع الوفاء في الفقه الإسلامي انطلاقاً من بعض القواعد الكلية الفقهية المعروفة في الفقه الإسلامي التي تحكم العقود، فإذا انطبقت هذه القواعد على العقود أصبحت جائزة شرعاً، منها قاعدة)) :

أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة (77) ، وقاعدة المشقة تجلب التيسير.(78) وتعني هذه القاعدة رفع الحرج أو العسر أو المشقة والتيسير والتخفيف على الناس، والتسهيل عليهم فيما شرعه الله تعالى لهم من الأحكام الشرعية .

فأصبحت هذه القاعدة مقياساً عاماً لمعرفة الأحكام الشرعية، ونبراساً يستضيئون به عند الحوادث والوقائع، وحل كثير من القضايا والمسائل المعضلة في ضوئها.

٤. ذكر ابن نجيم في كتاب)الأشباه والنظائر" :(قول الحنفية بأن الوفاء صحيح، لحاجة الناس إليه فراراً من الربا، وما ضاق على الناس أمر إلا واتسع حكمه، وقد أجازه الحنفية استحساناً "أي على خلاف القياس ويبدو أن باب الاستحسان عندهم واسع

٥. نظراً لأهمية بيع الوفاء في الوقت الحاضر وحاجة الناس إليه أقترح على المشرع العراقي إلغاء أو صياغة المادة (1333)من القانون المدني العراقي، والتي عدت بيع الوفاء عقد رهن حيازي، وتنظيم مادة على أنه عقد بيع صحيح معلق على شرط فاسخ.

Conclusion

At the conclusion of this research reached a number of conclusions and recommendations:

1. Selling fulfillment is a contract which requires the seller to himself the right to recover the sales during a certain period for Re buyer price and expenses incurred on sales and expenses reforms necessary or useful except for perfectionism, and treat people in this sale because of the need for people to him as an alternative to usurious loans.
2. Is a contract scholars differed in his reign, some of whom nut from whom the promise is void and others saw as a contract is necessary for the terminal, Sales does not convey ownership, but owned by benefit forfeit.
3. I see a preponderance of sale fulfillment in Islamic jurisprudence from some of the rules college jurisprudence known in Islamic jurisprudence governing contracts, if applicable, these rules on contracts became a prize religiously, including base: ((that need descend status necessary, whether public or private (77), and the base ((hardship bring facilitation)) (78). This rule means to relieve hardship or hardship, facilitation and relief to people, and easing them as Allah has prescribed them of the legal provisions.

   This rule became a measure of years to learn the legal provisions, and beacon Astadhaion when the accidents and

incidents, resolving many of the issues and questions in the light of dilemma.

4. Ibn al-Najim in the book (likes and isotopes): "say tap that fulfilling true, people need to escape from usury, and fed to the people is only widened his reign, has been passed by the tap acclaimed" any otherwise measurement seems to be the door of plaudits have broad
5. Given the importance of the sale to meet at the present time and the need for people to suggest that the Iraqi legislature cancel or wording of Article (1333) from the Iraqi civil law, which promised to sell to meet contract mortgage hypothèque, and organize material to hold it properly hung on sale condition

المصادر

١. ينظر : محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة - بيروت ،1/1731، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا :سعدي أبو جيب.1/272:

٢. أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرزي،المغرب في ترتيب المعرب، ط1، مكتبة أسامة بن زيد – حلب ،1979 م، 2/363،تحقيق : محمود فاخوري و عبد الحميد مختار ، أبو بكر محمد بن القاسم الأنبا ري، الزاهر في معاني كلمات الناس، مؤسسة الرسالة - بيروت 1412 - هـ1992- ، ط1، تحقيق :د .حاتم صالح الضامن :2/240.

٣. ينظر :القاموس الفقهي لغة واصطلاحا :سعدي أبو جيب 1/384: بتصرف بسيط .، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ، دار الفكر1411 - هـ - 1991م.3/209

٤. ينظر :حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة :ابن عابدين .، دار الفكر للطباعة والنشر - .بيروت1421 - .هـ 2000 -م ،.5/276

٥. المصروفات الضرورية :ويقصد بها تلك التي ينفقها المشتري في سبيل المحافظة على العين من الهلاك والتلف، كالتي تنفق لترميم المنزل الآيل للسقوط مثلاً .والمصروفات النافعة :وهي التي يصرفها المشتري لا لحفظ العين وصيانتها، بل لزيادة قيمتها، كالتي تنفق لجعل الأرض أكثر إنتاجاً في الزراعة .وأما المصروفات الكمالية :وهي التي لا تكون ضرورية ولا نافعة وإنما تنفق لتجميل العين وزينتها، هذه النفقات لا يلزم البائع بردها .

٦. ينظر :محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت، تحقيق :محمد عليش ،.3/71
٧. ينظر : عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر – بيروت ،.4/296
٨. ينظر : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر - بيروت1402 - ، تحقيق :هلال مصيلحي مصطفى هلال. 3/149:
٩. ينظر : الفتاوى الهندية.3/209:
١٠. فلو باع شخص منزله المملوك له لآخر بعشرين ألف دينار على أن يرده له عند إعادة الثمن وعلى أن يؤجره له، وبعد إخلاء المنزل وتسليمه للمشتري استأجره البائع من المشتري بألف دينار وهي الفائدة التي تعود على المشتري من المبيع .انظر:حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المطبعة العباسية، حيفا،1995 م،ص.98
١١. ينظر : مجلة المجمع الفقه الإسلامي)ع5 ، ج 2ص 753 و. (965
١٢. ينظر :د.الهادي السعيد عرفه، حكم بيع الوفاء وهل يعتبر رهناً، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية القانون، جامعة المنصورة، العدد(17)،ص.228
١٣. ونقصد بالشروط الجعلية هنا هو :شروط يلزم بها أحد المتعاقدين الطرف الآخر بموجب عقده، وذلك لتحقيق غرض معين .ويطلق عليها أيضا الشروط المقترنة، أو المقارنة للعقد، أو الشروط في البيع.انظر :د . مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيج الجديد، ط1، المكتبة القانونية، بغداد،1432هـ2011 - م، ص 247وما بعدها، الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، ص.218
١٤. قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ). سورة المائدة ، آية. (1)
١٥. ينظر :إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الفقه، دار المعرفة - بيروت، تحقيق :عبد الله دراز ، 243 /1 وما بعدها، أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس،كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط2،مكتبة ابن تيمية، تحقيق :عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ،29/129 ،346 ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، د .أحمد فراج حسين ،ط1،مؤسسة الثقافة،مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، ص 202 ، عبد الرحمن عبد الله بكير،بيع العهدة بين مؤيده ومعارضه،ط1،دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد،1982م ، ص76

١٦. ينظر:الموسوعة الفقهية الكويتية ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط2،دار السلاسل، كويت،1404هـ1427 - هـ . 9/243
١٧. سورة المائدة، الآية. 1/
١٨. سورة النساء ، الآية. 29/
١٩. أخرجه الترمذي في سننه، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم(1352) ،3/634 ، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح، والطبراني في المعجم الكبير، رقم(30) ،17/22 ، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، ط2، مكتبة الزهراء، الموصل،1404 هـ1983-م، تحقيق :حمدي بن عبد المجيد السلفي .
٢٠. للإطلاع على هذه الآراء راجع : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية،ط3،دار إحياء التراث العربي،بيروت،1980م ،. 409_ 4/405
٢١. وهو الرأي الإمام أبي شجاع الثلجي والإمام علي السغدي والإمام القاضي الحسن الماتريدي من فقهاء الحنفية . ينظر :الفتاوي البزازية على هامش الفتاوي الهندية ،4/405 ، و الزيلعي، تبين الحقائق ، .5/183
٢٢. ينظر :فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، شرح كنز الدقائق،دار الكتب الإسلامي - .القاهرة1313 - .هـ .، . 5/183
٢٣. ينظر :محمود بن إسماعيل الشهير بابن القاضي سماوه الحنفي ، جامع الفصولين،ط1،المطبعة الأزهرية،1300هـ ، . 1/234
٢٤. ينظر :الزيلعي، تبيين الحقائق ، . 5/183
٢٥. ينظر :الأشباه والنظائر، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي ،ص27؛والمادة (3)من مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، كارخانه تجارت كتب، تحقيق :نجيب هواويني ، . 1/16
٢٦. ينظر :أبن قاضي سماوه، جامع الفصولين، .1/234
٢٧. ونحى هذا المنحى الإمام فخر الدين الزاهد من فقهاء الحنفية . ينظر:الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية ،. 4/406
٢٨. الزيلعي ، تبيين الحقائق،.5/184
٢٩. ينظر :زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة - بيروت، ط 2، 8 /6 ،.9
٣٠. ينظر :ابن نجيم ، البحر الرائق ،6/9 ؛ جامع الفصولين ، ابن قاضي سماوة ،.1/237
٣١. وهو رأي المتأخرين من فقهاء الحنفية ،وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام في المادة (118) منها

٣٢. ينظر :د . عدنان خالد التركماني ،ضوابط العقد في الفقه الإسلامي،ط1،دار الشروق، جدة،المملكة العربية السعودية،1981م ، ص. 279

٣٣. ينظر :ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر - .بيروت - . 1421هـ-2000 - م ، . 5/276-277

٣٤. ينظر:علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، تحقيق :تعريب :المحامي فهمي الحسيني ،. 1/97

٣٥. ينظر :نفس المصدر السابق .1/97 :

٣٦. ينظر :أحمد أبو الفتح ،المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ،ط1،مطبعة البسفور،مصر،1913م، ص.390

٣٧. على حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ،. 1/97

٣٨. ينظر :مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،المدخل الفقهي العام،ط/9مطابع ألف باء الأديب،دمشق1967 م،545 /1 ، 546 .

٣٩. ونحى هذا المنحى سحنون وابن الماجشون وغيرهم من فقهاء المالكية . ينظر :محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر - بيروت ،.121 /2

٤٠. إن المقصود بالسلف هو القرض ، وليس عقد السلم.

٤١. ينظر :المدونة الكبرى ، مالك بن أنس ،4/133، محمد عرفه الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت، تحقيق :محمد عليش ،. 3/231

٤٢. أخرجه النسائي في سننه الكبرى ، باب بيع ما ليس عند البائع ، رقم (6204)،.4/39

٤٣. تحفة المحتاج في شرح المنهاج،.10/298

٤٤. عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر المشهور بباعلوي، بغية المسترشدين،مطبعة دار إحياء الكتاب العربي،مصر،بلا سنة طبع، ص. 133

٤٥. متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا يحل،رقم2/759 (2060)، ، ومسلم في صحيحه باب، إنما الولاء لمن أعتق، رقم (1504)، 2/1142 ، والبيهقي في سننه الكبرى ، باب الشرط الذي يفسد البيع ، رقم(10609)،5/336 ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة1994 - 1414 - ، تحقيق :محمد عبد القادر عطا .واللفظ له. .

٤٦. ابن قدامة، المغني ،.5/284

٤٧. المادة (399)من مجلة الأحكام العدلية.
٤٨. المادة (1336) من القانون المدني العراقي.
٤٩. المادة (398)من مجلة الأحكام العدلية.
٥٠. المادة(1340)من القانون المدني العراقي.
٥١. ينظر :منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ط2، عالم الكتب - بيروت - 1996،.2/31
٥٢. ينظر :إبراهيم دسوقي الشهاوي، المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة،ط1،شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، 1946، ص. 84 /
٥٣. ونحى هذا المنحى الإمام ظهير الدين المرغيناني وظهير الدين إسحاق الولوالجي والصدر الشهيد حسام الدين والصدر الشهيد تاج الإسلام أحمد بن عبيد العزيز ، وما رجحه الإتقاني من فقهاء الحنفية في بخارى . ينظر :الزيلعي ، تبيين الحقائق ،.184- 5/183
٥٤. ونحى هذا المنحى الإمام علاء الدين بدر وصاحب الهداية وأولاده . ينظر :الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية، 4/408 ، الزيلعي ، تبيين الحقائق ،.184- 5/183
٥٥. ينظر :المصدر السابق ، 4/407؛ الزيلعي ، تبيين الحقائق ، 5/183
٥٦. أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط وهو غريب، رقم (4361)، 4/335، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، دار الحرمين - القاهرة1415 - ، تحقيق :طارق بن عوض الله بن محمد, عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، كما في " مجمع الزوائد " باب ما جاء في الصفقتين في صفقة أو الشرط في البيع عن طريق عبد الله بن أيوب الضرير .انظر :علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الريان للتراث/دار الكتاب العربي - القاهرة , بيروت – 1407،.4/85
٥٧. ينظر) :قليوبي وعميرة (حاشيتا الإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي،القاهرة ، . 2/177 الزيلعي ، تبيين الحقائق ، .184- 5/183
٥٨. وهو قول الإمام مالك في جامع البيوع من سماع أشهب وقول أبن القاسم في المدونة . ينظر :المدونة الكبرى ،الإمام مالك بن أنس ، .4/132
٥٩. ينظر :محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة في الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لامها ت مسائلها المشكلات،ط1،دار الغرب الإسلامي،بيروت،1988م، تحقيق:سعيد احمد أعراب،عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ،. 2/336

٦٠. ينظر :محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،ط 2،دار الفكر - بيروت1398 - ،. 4/373
٦١. ينظر :أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن على نور الدين بن حجر الهيتمي الشافعي المكي ، الفتاوى الكبرى الفقهية ،المكتبة الإسلامية،مصر، .257
٦٢. ينظر :إبراهيم دسوقي الشهاوي ،المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، ص89 ،. 90
٦٣. المادة (1333) من القانون المدني العراقي .
٦٤. قرار محكمة تمييز العراق المرقم (313) ، حقوقية ، (966) هيئة عامة في26/11/1966) م (،منشور في مجلة القضاء ،تصدرها نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع ،ص.98
٦٥. قرار محكمة تمييز العراق المرقم (857)في20/11/1973) م(، منشور في النشرة القضائية ، يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، العدد الرابع، ص.68
٦٦. مصطفى الزرقا ، شرح القانون السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة،ط6، مطابع فتى العرب، دمشق1965/م،ص .244
٦٧. ينظر :محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، الفروع وتصحيح الفروع، ط1،دار الكتب العلمية - بيروت 1418 - ، تحقيق :أبو الزهراء حازم القاضي ،4/47 ، الفتاوى البزازية على هامش الفتاوي الهندية ، 3/209.
٦٨. أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط، رقم3513)،(3514 ،4/23، كشف الخفاء، رقم (1719)، 2/73، عن ابن مسعود بلفظ قال لا يعد أحدكم صبية ثم لا ينجز له فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال العدة دين، إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، ط4،مؤسسة الرسالة - بيروت1405 - ، تحقيق :أحمد القلاش.
٦٩. ينظر :الزيلعي ، تبيين الحقائق ،.5/184
٧٠. ينظر :زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2،دار المعرفة - بيروت ،. 6/8
٧١. ينظر :أبن قاضي سماوه ، جامع الفصوليين ، .1/234
٧٢. وممن أجاز هذا العقد ابن حجر الهيتمي وباعلوي من متأخري فقهاء الشافعية.
٧٣. عبد الحميد الشرواني، حواشي الشيرواني ،. (296 /4)
٧٤. ينظر :ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، دار ،. 230 /2
٧٥. ينظر :محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، بدائع الفوائد، ط1،مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة1996 - 1416 - ،

تحقيق :هشام عبد العزيز عطا - عادل عبد الحميد العدوي - أشرف أحمد ،4/904.

٧٦. ينظر :أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل - بيروت 1973 -، تحقيق :طه عبد الرؤوف سعد ، . 3/369

٧٧. أخرجه الإمام أحمد في مسنده برقم(24270)،6/49،وأبو داود في سننه برقم(3508)،.3/284

٧٨. ينظر :ابن نجيم الحنفي الأشباه والنظائر ، ص.151

٧٩. ينظر :عبد الرحمن بن أبي بكر ط1،دار الكتب العلمية - بيروت – 1403هـ، 1/88، والمادة (32) من مجلة الأحكام العدلية.

٨٠. ينظر 1/76 :؛ المادة (17)من مجلة الأحكام العدلية.

٨١. ينظر :السيوطي، الأشباه والنظائر،1/83، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص.84

- المصادر والمراجع -

القرآن الكريم.

١. إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الفقه، دار المعرفة - بيروت، تحقيق :عبد الله دراز.

٢. إبراهيم دسوقي الشهاوي، المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة،ط1،شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة،.1946

٣. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر - .بيروت1421 - .هـ - 2000م.

٤. أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرزي،المغرب في ترتيب المعرب، ط1، مكتبة أسامة بن زيد – حلب ،1979 م، 2/363،تحقيق : محمود فاخوري و عبد الحميد مختار.

٥. أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، دار الحرمين - القاهرة1415 - ، تحقيق :طارق بن عوض الله بن محمد,عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني.

٦. أبو بكر محمد بن القاسم الأنبا ري، الزاهر في معاني كلمات الناس، مؤسسة الرسالة - بيروت 1412 - هـ1992- ، ط1، تحقيق :د .حاتم صالح الضامن.

٧. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل - بيروت - 1973، تحقيق :طه عبد الرؤوف سعد.
٨. أحمد أبو الفتح ،المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ،ط1،مطبعة البسفور،مصر،1913م.
٩. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة1994 - 1414 - ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا.
١٠. أحمد شهاب الدين بن محمد بدر الدين بن محمد شمس الدين بن على نور الدين بن حجر الهيتمي الشافعي المكي ، الفتاوى الكبرى الفقهية ،المكتبة الإسلامية،مصر.
١١. أحمد عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس،كتب ورسائل وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ط2،مكتبة ابن تيمية، تحقيق :عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي.
١٢. إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، ط4،مؤسسة الرسالة - بيروت - 1405، تحقيق :أحمد القلاش.
١٣. حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المطبعة العباسية، حيفا، 1995م.
١٤. د.عدنان خالد التركماني ،ضوابط العقد في الفقه الإسلامي،ط1،دار الشروق، جدة،المملكة العربية السعودية،1981م.
١٥. د .أحمد فراج حسين ،الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط1،مؤسسة الثقافة،مطبعة شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة.
١٦. د.الهادي السعيد عرفه، حكم بيع الوفاء وهل يعتبر رهناً، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية القانون، جامعة المنصورة، العدد.(17)
١٧. د .محمد ذكي عبد البر ،أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي)عرض منهجي (، العقود الناقلة للملكية،ط1،دار الثقافة للطباعة والنشر، قطر،.1968
١٨. د .مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيج الجديد، ط1، المكتبة القانونية، بغداد،1432هـ2011 - م.

١٩. زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2،دار المعرفة – بيروت.
٢٠. سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، ط2، مكتبة الزهراء، الموصل،1404 هـ1983-م، تحقيق :حمدي بن عبد المجيد السلفي.
٢١. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية،ط3،دار إحياء التراث العربي،بيروت،1980م.
٢٢. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ، دار الفكر1411 - هـ1991 - م.
٢٣. عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر – بيروت.
٢٤. عبد الرحمن بن أبي بكر ط1،دار الكتب العلمية - بيروت1403 – هـ.
٢٥. عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر المشهور بباعلوي ، بغية المسترشدين،مطبعة دار إحياء الكتاب العربي،مصر.
٢٦. عبد الرحمن عبد الله بكير،بيع العهدة بين مؤيده ومعارضه،ط1،دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد،1982م.
٢٧. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي)بلا سنة طبع (المغني ، ،مطبعة العاصمة ،القاهرة.
٢٨. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي - بيروت1982-
٢٩. علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الريان للتراث/دار الكتاب العربي - القاهرة , بيروت.1407 –
٣٠. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، تحقيق :تعريب :المحامي فهمي الحسيني.
٣١. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق،دار الكتب الإسلامي،القاهرة،1313 هـ.
٣٢. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا،ط2،دار الفكر، دمشق، سورية،1408هـ1988-م.

٣٣. قليوبي وعميرة حاشيتا الإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي،القاهرة.
٣٤. محمد حسين آل كاشف الغطاء1360)هـ (تحرير المجلة، ،المكتبة المرتضونة ومطبعتها الحيدرية ،النجف الأشرف.
٣٥. مجلة الأحكام العدلية، دار ابن حزم، بيروت،14424 ه،2004-م.
٣٦. مجلة المجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس،الجزء الثاني،1410هـ1990-م.
٣٧. محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، بدائع الفوائد، ط1،مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة1996 - 1416 - ، تحقيق :هشام عبد العزيز عطا - عادل عبد الحميد العدوي - أشرف أحمد.
٣٨. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة في الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لامها ت مسائلها المشكلات،ط1،دار الغرب الإسلامي،بيروت،1988م، تحقيق:سعيد أحمد أعراب،عبد الله بن إبراهيم الأنصاري.
٣٩. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر – بيروت.
٤٠. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير , اليمامة - بيروت1987 - 1407 - ، ط3، تحقيق :د .مصطفى ديب البغا.
٤١. محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،ط 2،دار الفكر - بيروت.1398 –
٤٢. محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، الفروع وتصحيح الفروع، ط1،دار الكتب العلمية - بيروت 1418 - ، تحقيق :أبو الزهراء حازم القاضي.
٤٣. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة – بيروت.
٤٤. محمد عرفه الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ، دار الفكر - بيروت، تحقيق :محمد عليش.
٤٥. محمود بن إسماعيل الشهير بابن القاضي سماوه الحنفي ، جامع الفصولين،ط1،المطبعة الأزهرية،1300هـ.

٤٦. مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق :محمد فؤاد عبد الباقي.
٤٧. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،المدخل الفقهي العام،ط/9مطابع ألف باء الأديب،دمشق1967 م
٤٨. مصطفى الزرقا ، شرح القانون السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة،ط6، مطابع فتى العرب، دمشق1965/م.
٤٩. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ط2، عالم الكتب - بيروت.1996 –
٥٠. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر - بيروت1402 - ، تحقيق :هلال مصيلحي مصطفى هلال.
٥١. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ط2،دار السلاسل، كويت،1404هـ1427 - هـ.

القوانين

٥٢. قانون المدني العراقي.
٥٣. قرار محكمة تمييز العراق المرقم (857)في20/11/1973) م(، منشور في النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، العدد الرابع.