

الفصل الثاني : بيع الدين في البيع والصرف .

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : بيع العطاء والرزق والقبالات.

المبحث الثاني : بيع دين النفقة والمهر.

المبحث الثالث : بيع كتابة المكاتب.

المبحث الرابع : بيع العبد الدائن.

المبحث الخامس : الصرف بما في الذمة.

المبحث الأول: بيع العطاء والرزق والقبالات

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بيع العطاء والرزق .

المطلب الثاني : القبالات .

المطلب الأول : بيع العطاء والرزق .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف العطاء والرزق .

الفرع الثاني : حكم بيع العطاء والرزق .

الفرع الأول : تعريف العطاء والرزق .

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : تعريف العطاء والرزق لغة .

المسألة الثانية : تعريف العطاء والرزق اصطلاحاً .

المسألة الأولى : تعريف العطاء والرزق لغة .

العطاء: اسم لما يُعطى، من العَطْو وهو التناول ، وجمع العَطَاءُ أَعْطِيَةٌ، وهو اسم جامع، فإذا أفرد قيل العَطِيَّةُ، وجمعها عَطَايَا ، وجمع الأَعْطِيَّةِ والعَطَايَا أَعْطِيَّاتٌ^(١).

والرَّزْقُ: ما ينتفع به ، والرَّزْقُ والرَّزْقُ: بمعنى العطاء ، أي إيصال ما ينتفع به، وجمعه أرزاق ، والرَّزْقَةُ المرة الواحدة من ذلك، وجمعها رَزَقَاتٌ^(٢).

المسألة الثانية : تعريف العطاء والرزق اصطلاحاً .

يتفق كل من العطاء والرزق في اصطلاح الفقهاء في أن كلا منهما مال يفرض في بيت المال لمن

(١) لسان العرب: ٦٨/١٥ - ٦٩ ؛ ترتيب القاموس المحيط: ٢٥٥/٣ ؛ مختار الصحاح، ص ٤٤٠-٤٤١ .

(٢) لسان العرب: ١٠/١١٥ ؛ ترتيب القاموس المحيط: ٣٣٢/٢ ؛ مختار الصحاح، ص ٢٤١ .

يستحقه.

ومن الفقهاء من لا يفرق بينهما ، فيستعمل الرزق والعطاء بمعنى واحد^(١) .

ومن الفقهاء من يفرق بينهما، واختلف في ذلك:

١ - فقليل العطاء ما يخرج للجندي ونحوه من بيت المال في السنة مرة أو مرتين، والرزق ما يخرج كل شهر^(٢)، أو يوما بيوم^(٣).

٢ - وقيل العطاء ما يفرض للمستحقين بالنظر للعمل، كالجهاد والقضاء والتدريس، فيعطى منه من قام بذلك ولو كان غنيا، والرزق ما يفرض بالنظر للحاجة، فيكون بقدر الكفاية^(٤).

وفي معنى العطاء والرزق : ما يسمى بالجامكية، إلا أنها تخرج كل شهر، وتكون في الغالب من ريع وقف وعن وظيفة^(٥) .

الفرع الثاني : حكم بيع العطاء والرزق .

أتناول حكم بيع ما يخرج من العطاء والرزق^(٦) في مسألتين :

المسألة الأولى: بيع العطاء والرزق بعد استحقاقه.

المسألة الثانية: بيع العطاء والرزق قبل استحقاقه .

(١) الموسوعة الفقهية : ٢٠٢/٢٢ ؛ وانظر الأحكام السلطانية للمواردي، ص ٢٥٦ ؛ حاشية البجيرمي على المنهج: ٣/٣٠٤؛

المعني: ٣٢١/٦؛ كشف القناع: ٢٣٤/١، ١٠٣-١٠١/٣ .

(٢) المبسوط: ٤٧/١٤، ١٣٠/٢٧؛ الجوهرة النيرة: ١٤٦/٢؛ رد المختار: ٢٢٠/٤؛ المغرب، ص ٣١٩ .

(٣) الجوهرة النيرة: ١٤٦/٢ .

(٤) انظر كشف الأسرار : ٥/١؛ المغرب، ص ٨٨، ٣١٩؛ العناية : ٦٧/٦؛ حاشية الدسوقي: ١٨٢-١٨١/٢ .

(٥) انظر رد المختار: ٤٣٤/٤-٤٣٥ .

(٦) أما بيع أصل العطاء والرزق، فتعلقه ببيع الدين غير ظاهر، وأصل العطاء والرزق المبيع قد يكون من غير وظيفة ولا عمل، وقد يكون عن وظيفة أو عمل، وهي مسألة التزول عن الوظائف. وقد اختلف الفقهاء في ذلك، فمنعه بعضهم، لأن استحقاق العطاء أو الأهلية للوظيفة حق مجرد فلا يعتاض عنه، ولأن ذلك يثبت ولي الأمر، ولا دخل لرضاء الغير وجعله، ولأن في ذلك غررا، من حيث أن ما يحصل لمشتري العطاء أو الوظيفة من ذلك غير معلوم. وأجازه بعض الفقهاء، لأنه جعله على التزول عن العطاء أو الوظيفة، وكشراء يوم الضررة، وكخلع الأجنبي، وللعرف الجاري بذلك مع الحاجة إليه. (انظر حاشية الحموي على الأشباه والنظائر: ٣٢٣/١؛ مواهب الجليل: ١٣/٤؛ حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٢٣٦/٥؛ نهاية المحتاج: ٤٨٠/٥-٤٨١؛ حاشية الجمل: ٢٨٨/٤، ٣١٥-٣١٦؛ فتاوى السبكي: ٢٢٤/٢؛ فتاوى الرملي: ٢٠٨-٢٠٩/٣؛ كشف القناع: ١٩٤-١٩٣/٤)

المسألة الأولى: بيع العطاء والرزق بعد استحقاقه.

لا يخلو بيع العطاء والرزق بعد استحقاقه ، إما أن يكون ذلك بعد ثبوت الملك فيه بخروجه وتعين مقداره ، ففي هذه الحالة يجوز بيعه^(١) ، لأنه متعين والحق مستقر فيه ، ويد من هو في يده بمقتلة يد المودع ونحوه من الأمانة^(٢).

وإما أن يكون ذلك بعد استحقاقه بحلول وقت العطاء وقبل خروجه ، أي في حال كونه ديناً على بيت المال، ففي هذه الحال اختلف الفقهاء في حكم بيعه على قولين :

القول الأول : جواز ذلك . وإليه ذهب المالكية^(٣) ، وهو رواية عند الحنابلة^(٤) .

القول الثاني: عدم جواز ذلك . وإليه ذهب الحنفية^(٥) ، والحنابلة^(٦) ، والظاهرية^(٧) .

والقولان مبنيان على حكم بيع الدين لغير من هو عليه ، وقد سبق ترجيح الجواز بشروطه.

المسألة الثانية: بيع العطاء والرزق قبل استحقاقه .

لا يخلو بيع العطاء والرزق قبل استحقاقه ، إما أن يكون ذلك قبل وجود سببه ، كما لو باع من لا رسم له في ديوان العطاء ما يرجوه من الرزق بعد إثبات رسمه، وحكمه في هذه الحالة عدم الجواز^(٨) ، لأنه من بيع ما لم يملك^(٩) .

وإما أن يكون ذلك بعد وجود سبب الاستحقاق وقبل الاستحقاق ، كما لو باع من أثبت رسمه في الديوان رزقه للعام القادم أو للعامين القادمين، وحكم ذلك يختلف في العطاء المأمون عن غير المأمون ، وأتناول ذلك في أمرين :

(١) المبسوط: ٤٧/١٤ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٨٣.

(٢) روضة الطالبين: ٥١١/٣-٥١٢ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٨٣ .

(٣) المنتقى للباقي: ٢٨٥/٤ ؛ مواهب الجليل: ١٣/٤ ؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ١٤٢/٤ .

(٤) ويستثنى المالكية من ذلك ما إذا كان العطاء أو الرزق عن عمل وكان طعاماً، لأنه يكون في حكم الأجرة في الذمة ، والأجرة كالمبيع في حكم البيع قبل القبض (المنتقى للباقي: ٢٨٠/٤ ؛ شرح الخرشي: ١٦٣/٥-١٦٤) .

(٥) القواعد لابن رجب، ص ٨٣-٨٤ ؛ الإنصاف : ٣٠٣/٤ .

(٦) المبسوط: ٤٧/١٤ ؛ الدر المختار مع حاشيته رد المختار: ٥١٧/٤-٥١٨ .

(٧) الإنصاف : ٣٠٣/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤/٢ ؛ كشف القناع: ١٦٧/٣ .

(٨) بناء على عدم جواز بيع الدين عندهم على ما تقدم.

(٩) المبسوط: ٤٧/١٤ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٨٣-٨٤ .

(١٠) انظر القواعد لابن رجب، ص ٨٣-٨٤ .

الأمر الأول : بيع العطاء والرزق المأمون قبل استحقاقه.
الأمر الثاني : بيع العطاء والرزق غير المأمون قبل استحقاقه.

الأمر الأول : بيع العطاء والرزق المأمون قبل استحقاقه .

اختلف الفقهاء في حكم بيع العطاء والرزق المأمون قبل استحقاقه وبعد وجود سبب الاستحقاق، وذلك على أقوال :

القول الأول : جواز ذلك بشرط ضمان صاحب العطاء له إذا لم يخرج . وهو قول عند المالكية^(١).

القول الثاني : جواز ذلك مطلقا، ومقتضاه ضمان صاحب العطاء له إذا لم يخرج. وهو قول عند المالكية^(٢).

القول الثالث : عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦).

القول الرابع : جواز ذلك مطلقا، ولا يضمنه صاحب العطاء إذا لم يخرج إلا بشرط. وهو قول عند المالكية^(٧).

دليل القول الأول :

أن الأصل في العقود الحل والصحة ، ولا محذور ولا مفسدة في بيع العطاء المأمون بشرط الضمان ، وليس في ذلك غرر، لأن حق مشتري العطاء يدور بين العطاء إن خرج وذمة صاحبه إن لم يخرج ، فهو كما لو اشترى صاحب العطاء في ذمته واشترط تأجيل الثمن إلى حلول أجل العطاء، وذلك جائز في العطاء المأمون.

(١) مواهب الجليل: ٣٦٩/٤ .

(٢) مواهب الجليل: ٣٦٩/٤ .

(٣) المبسوط: ٤٧/١٤ ؛ الدر المختار مع حاشيته رد المختار: ٥١٧/٤-٥١٨ .

(٤) انظر روضة الطالبين: ٥١١/٣-٥١٢ .

(٥) القواعد لابن رجب، ص ٨٣-٨٤ ؛ الإنصاف : ٣٠٣/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤/٢ .

(٦) بناء على عدم جواز بيع الدين عندهم، فبيع العطاء قبل استحقاقه أولى بعدم الجواز.

(٧) مواهب الجليل: ٣٦٩/٤ .

أما بيع العطاء دون شرط الضمان ففيه غرر ، لأنه لا يدرى أخرج أم لا يخرج ، فقد يتخلف خروجه بانقطاع العطاء أو بموت من فرض له العطاء أو عجزه عن العمل أو تركه له أو غير ذلك.

دليل القول الثاني:

أنه لا محذور ولا مفسدة في بيع العطاء المأمون مع ضمانه ، لعدم الغرر في ذلك ، بخلاف بيع العطاء دون ضمان ، على ما تقدم في دليل القول الأول ، فإذا ورد العقد مطلقا عن اشتراط الضمان حمل عليه تصحيحا له .

ويعترض عليه :

بأن مراد المتعاقدين قد يكون بيع العطاء دون ضمان ، وعلى ذلك جرى تقدير ثمنه ، فلا يصح إلزامهما بالضمان ما لم يلتزماه .

أدلة القول الثالث :

الدليل الأول :

أن في بيع العطاء قبل استحقاقه غررا ، لأنه لا يدرى أخرج أم لا يخرج^(١) ، فقد يتخلف خروجه بانقطاع العطاء أو بموت من فرض له العطاء أو عجزه عن العمل أو تركه له أو غير ذلك.

ويعترض عليه :

بأن الغرر يندفع باشتراط الضمان على ما تقدم في دليل القول الأول.

الدليل الثاني:

أن ملك العطاء لا يثبت فيه قبل استحقاقه ، فبيعه بيع غير مملوك لبائعه ، وذلك لا يجوز^(٢) .

ويعترض عليه :

بأن بيع العطاء مع اشتراط ضمانه بمعنى بيع مقداره في الذمة مؤجلا إلى وقت العطاء ، وذلك جائز.

الدليل الثالث:

أن بيع الدين لغير من هو عليه مع ثبوته في ذمته لا يجوز ، فبيع ما يرجى من العطاء في بيت المال

(١) القواعد لابن رجب، ص ٨٤.

(٢) المبسوط: ٤٧/١٤ .

قبل ثبوته أولى^(١) .

ويعترض عليه :

بأن الراجح جواز بيع الدين لغير من هو عليه على ما تقدم .

دليل القول الرابع :

أن الأصل في العقود الحل والصحة ، والغرر في بيع العطاء المأمون غير فاحش، لأن الغالب على الظن خروجه ، واحتمال عدم الخروج لا يضر لأنه غير غالب، كما أن بيع الدين والحوالة جائز مع احتمال إعسار المدين أو موته مفلسا.

ويعترض عليه :

بأن الغرر في العطاء المأمون غير يسير ، لاحتمال تخلف خروجه بانقطاعه أو بموت صاحب العطاء أو عجزه عن العمل أو تركه له.

ولا يقاس بيع العطاء قبل استحقاقه على بيع الدين ولا على الحوالة ، لأنهما يردان على دين ثابت في ذمة المدين برضا مشتري الدين والمحتال، فهو كما لو باشر مبيعته بدين في ذمته ، وذلك جائز ولو كان مفلسا أو كان على خطر الإفلاس، بخلاف العطاء والرزق، فإنه ليس بثابت في ذمة .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول : جواز بيع العطاء بشرط ضمان صاحب العطاء له في حال عدم خروجه ، لأنه لا غرر في ذلك . وفي معنى شرط الضمان جريان العرف بذلك، فإنه يغني عن الاشتراط ، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

الأمر الثاني : بيع العطاء والرزق غير المأمون قبل استحقاقه .

القول الأول: جواز ذلك بشرط ضمان صاحب العطاء له إذا لم يخرج . وهو قول عند المالكية^(٢).

القول الثاني: جواز ذلك مطلقا، ومقتضاه ضمان صاحب العطاء له إذا لم يخرج. وهو قول عند

(١) المبسوط: ٤٧/١٤ .

(٢) مواهب الجليل: ٣٦٩/٤ .

المالكية^(١) .

القول الثالث: عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٢) ، والشافعية^(٣) ، والحنابلة^(٤) ، والظاهرية^(٥) ، وهو قول عند المالكية^(٦) .

وأدلة هذه الأقوال قريبة من أدلتها في الأمر الأول . فلا حاجة للإطالة بإيرادها .
والراجع في هذه المسألة أيضا جواز بيع العطاء غير المأمون بشروط بيع الدين لغير من هو عليه،
إذا ضمنه صاحب العطاء، أو جرى العرف بضمانه، لعدم الغرر حينئذ.

(١) مواهب الجليل: ٣٦٩/٤ .

(٢) المبسوط: ٤٧/١٤ ؛ الدر المختار مع حاشيته رد المحتار: ٥١٧/٤-٥١٨ .

(٣) انظر روضة الطالبين: ٥١١/٣-٥١٢ .

(٤) القواعد لابن رجب، ص ٨٣-٨٤ ؛ الإنصاف : ٣٠٣/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤/٢ .

(٥) بناء على عدم جواز بيع الدين عندهم على ما تقدم، فبيع العطاء غير المأمون أولى بعدم الجواز .

(٦) مواهب الجليل: ٣٦٩/٤ .

المطلب الثاني : القبالات.

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف القبالات .

الفرع الثاني : حكم القبالات .

الفرع الأول : تعريف القبالات .

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : تعريف القبالة لغة .

المسألة الثانية : تعريف القبالة اصطلاحاً .

المسألة الأولى : تعريف القبالة لغة .

ترد القبالة في اللغة بمعان، منها^(١) :

١- القَبَالَة بالفتح: الكفالة والعرافة، فالقَبِيل : الكفيل والعريف، يقال: قَبِلَ وقَبِلَ به يَقْبَلُ وَيَقْبَلُ وَيَقْبُلُ قَبَالَةً: إذا كفله ، وتَقَبَّلَ به : تكفَّل ، وقَبُلَ : صار كفيلاً ، ونحن في قَبَالَتِهِ : أي عرافته. وهذا المعنى هو المراد هنا .

٢- والقَبَالَة والقَبَالَة ، بالفتح والكسر : اسم لما يتقبله العامل من العمل ، أي يلتزمه.

٣- والقَبَالَة، بالفتح : اسم المكتوب مما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك.

٤- والقَبَالَة ، بالضم : ما يُستقبل ، يقال : هو قُبَالَتُكَ : أي تُجاهك ، وقَبَالَة الطريق : ما استقبلك منه .

٥- والقَبَالَة ، بالكسر : تلقي القابلة للولد عند الولادة ، يقال : قَبِلَتِ القابلة المرأة تَقْبَلُهَا قَبَالَةً : إذا قَبِلَتِ الولد : أي تلقتَه عند الولادة .

(١) لسان العرب: ٥٣٦/١١-٥٤٧ ؛ ترتيب القاموس : ٥٥٣/٣-٥٥٦ ؛ مختار الصحاح، ص ٥١٩-٥٢٠ ؛ المصباح المنير،

ص ٤٨٨-٤٨٩ ؛ المغرب، ص ٣٧١-٣٧٢ .

المسألة الثانية : تعريف القبالة اصطلاحاً .

القبالة محل البحث في الاصطلاح الفقهي ترد بمعنيين^(١) :

المعنى الأول : أن يدفع السلطان أو نائبه صقعا أو بلدة أو قرية إلى رجل مدة سنة مقاطعة بمال معلوم يؤديه إليه عن خراج أرضها ، وجزية رعوس أهلها إن كانوا أهل ذمة ، وعشور أموال التجارة ، أو عن بعض ذلك ، ويكتب له بذلك كتابا^(٢) .

المعنى الثاني : أن يكون للرجل الضيعة فيها الزرع والشجر وأناس يعملون فيها، وقد يكون فيها أيضا بيوت وحوانيت مؤجرة ، فيدفع ذلك جميعه لمن يبذل له مالا معلوما عن ريعها مدة معلومة^(٣) .
والمعنيان متقاربان ، وحقيقة العقد في كل منهما ضمان المتقبل الريع بمال معلوم ، على أن يكون الريع له، زاد عما التزمه من المال أو نقص ، يدفعه لذلك ما يرجوه من زيادة الريع عما التزمه .

الفرع الثاني : حكم القبالات .

نص الفقهاء على عدم جواز القبالات ، وروي ذلك عن بعض الصحابة والتابعين^(٤)، وقال أبو عبيد^(٥) : "لا نعلم المسلمين اختلفوا في كراهة القبالات"^{(٦)(٧)} . وذلك لأن القبالة على أي عقد حملت

(١) يستعمل الفقهاء القبالة ببعض معانيها اللغوية السابق إيرادها، فيستعملونها في الكفالة، والتزام الصانع العمل، والورقة التي يكتب فيها الدين والوقف ونحو ذلك ، ويستعملونها أيضا بمعنى كراء الأرض أو الشجر أو الدور أو غيره (انظر على سبيل المثال: البحر الرائق: ١٩٥/٥-١٩٦/٥، ٢٥٩/٥، ٢٢٦/٦، الفتاوى الهندية: ٢/٣٣٠، ٦/٣٠٨، ٦/٣١٤-٣١٥؛ التاج والإكليل: ٤٥٤/٦، ١٤٩/٨؛ المدخل لابن الحاج: ١٥/٤؛ الأم: ١٤/٤؛ أسنى المطالب: ٨٧/٣؛ حاشية الجمل: ١٣١/٣)

(٢) الموسوعة الفقهية : ١٩٨/٥ ، ٨٢-٨٠/١٩ ، ١١٥-١١٤/٣٠ ، ٢٤٣/٣٢ ؛ وانظر تبصرة الحكام: ١٧٧/٢ ؛ الفروع: ٤٥٣/٢ ؛ مطالب أولي النهى: ٧٥-٧٦ .

(٣) انظر أحكام أهل الذمة: ٢٦٤/١ ؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٣/٤ ؛ فتاوى السبكي: ١/٤٠٧-٤٠٨ ، ٤٢٨-٤٢٩ .

(٤) روي ذلك ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم وعن سعيد بن جبير وإبراهيم النخعي (مصنف ابن أبي شيبة: ٣٦٥/٥ ؛ الأموال لأبي عبيد، ص ٨٩-٩٠) .

(٥) هو القاسم بن سلام، إمام في اللغة والفقه والحديث والقراءات، ولد بجمرة عام ١٥٧هـ ، وبها نشأ وتعلم، وولي القضاء بطرسوس ثماني عشرة سنة، ثم رحل إلى مصر وبغداد وحج فتوفي بمكة عام ٢٢٤هـ . من تصانيفه : "الأموال"، و"الغريب المصنف"، و"الأمثال". (الأعلام للزركلي: ١٧٦/٥؛ تهذيب التهذيب: ٢٨٣/٨-٢٨٥؛ سير أعلام النبلاء: ١٠/٤٩٠-٥٠٩) .

(٦) الأموال، ص ٩٠ .

(٧) مع أن أبا عبيد فسر القبالات بأنها "أن يتقبل الرجل النخل والشجر والزرع النابت قبل أن يستحصد ويدرك" (الأموال، ص ٩٠) ، وظاهر أن القبالات بالمعنى محل البحث أولى بالمنع.

لم تصح :

فلا تصح إجارة^(١)، لما بينهما من الفرق الظاهر، فإن العقد في الإجارة على منفعة الأرض بما فيها من الشجر، والغالب أن لا تحصل هذه المنفعة للمستأجر إلا بعمله في الأرض بجهده وماله^(٢)، أما في القبالة فالعقد ليس على منفعة الضيعة، وإنما هو على ريعها، أجرة كان الريع أو ثمرة، والغالب أن المتقبل ينحصر جهده في تحصيل الريع. ولو عقدت القبالة على أنها إجارة لم تصح، وكانت إجارة فاسدة^(٣)، لأن الضيعة لا يصح إيجارها بمن فيها من الناس الذين يعملون فيها، وقد يكون عملهم فيها بالمساقاة أو المزارعة أو باستئجارهم الأرض، ولا بما فيها من البيوت والخوانيت المؤجرة.

ولا تصح بيعا لعدم العلم بالريع وما يحصل للمتقبل منه، وذلك غرر لا يجوز^(٤)، وإن كان ما يبذله المتقبل من جنس الريع انضم إلى الغرر الربا^(٥).

ولا تصح ضمانا، لأن مقتضى الضمان الاقتصار على القدر المضمون، لا تملك أكثر منه^(٦)، ولأن الضمان من عقود الإرفاق بخلاف القبالة التي يراد منها الربح.

ولا تصح وكالة، لأن الوكالة لا تكون في مقابل مال يبذله الوكيل، ولأن مقتضى الوكالة أن ليس للوكيل ما زاد من الريع، وليس عليه ما نقص منه^(٧)، بخلاف القبالة.

وفي قبالة الخراج والجزية والعشور ما يقتضي المنع منها إضافة إلى ما سبق، وهو كونها تفضي إلى ظلم الناس وحملهم على ما لا يطيقون، لأن المتقبل يريد بالقبالة الربح، وذلك لا يكون إلا بزيادة الريع عما بذله من المال، وهذا يدعوه إلى عسف الناس وظلمهم ليحصل له ذلك^(٨).

(١) أحكام أهل الذمة: ٢٦٤/١.

(٢) انظر الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٣/٤.

(٣) انظر أحكام أهل الذمة: ٢٦٤/١.

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٣/٤.

(٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٢/٤-٤٣.

(٦) مطالب أولي النهى: ٧٥/٢.

(٧) انظر الفروع: ٤٥٣/٢.

(٨) انظر الخراج لأبي يوسف، ص ١٠٥؛ تبصرة الحكام: ١٧٦-١٧٧.

قال أبو يوسف رحمه الله في رسالة كتبها إلى الخليفة الرشيد^(١) : "رأيت أن لا تقبل شيئاً من السواد ولا غير السواد من البلدان ، فإن المتقبل - إذا كان في قبالته فضل عن الخراج - عسف أهل الخراج ، وحمل عليهم ما لا يجب عليهم ، وظلمهم ، وأخذهم بما يحجب بهم ، ليسلم مما يدخل فيه ، وفي ذلك وأمثاله خراب البلاد ، وهلاك الرعية ، والمتقبل لا يبالي بهلاكهم لصلاح أمره ، ولعله أن يستفضل بعد ما يتقبل به فضلاً كبيراً ، ولا يمكنه ذلك إلا بشدة منه على الرعية ، وضرب لهم شديد، وإقامته لهم في الشمس ، وتعليق الحجارة في الأعناق ، وعذاب عظيم ينال أهل الخراج منه ، وهذا ما لا يحل ، ولا يصلح ، ولا يسع ، والحمل على أهل الخراج بما لا يجب عليهم من الفساد الذي نهى الله عنه ، وإنما أمر الله عز وجل أن يؤخذ منهم العفو ، ولا يحل أن يكلفوا فوق طاقتهم ، وإنما أكره القبالة لأني لا آمن أن يحمل هذا المتقبل على أهل الخراج ما ليس بواجب عليهم ، فيعاملهم بما وصفت لك ، فيضر ذلك بهم ، فيخربوا ما عمروا ويدعوه ، فينكسر الخراج ، فليس يبقى على الفساد شيء ، ولن يقل مع الصلاح شيء ، إن الله قد نهى عن الفساد ، قال الله عز وجل : {وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا} ^(٢) ^(٣) .

ويضاف إلى ذلك أيضاً أن ولي الأمر أمين على أموال الجزية والخراج والعشور، وليس له صرف شيء منها في غير مصارفه ، والغالب في القبالة أن يكون الريع أكثر مما يبذل فيها من المال، ففي الاقتصار على هذا المال ضرر على بيت مال المسلمين^(٤).

(١) هو الخليفة العباسي هارون الرشيد بن محمد المهدي بن أبي جعفر المنصور، خامس خلفاء الدولة العباسية، ولد بالري عام ١٤٩هـ، ونشأ في دار الخلافة ببغداد، وتولى الخلافة عام ١٧٠هـ بعد أخيه الهادي، وكان من أنبل الخلفاء، وأحشم الملوك، ذا حج وجهاد، وغزو وشجاعة، ورأي، وكرم بالغ، وتواضع مع العلماء، توفي غازياً بخراسان عام ١٩٣هـ ، ودفن بطوس، وتولى الخلافة بعده ابنه الأمين. (الأعلام للزركلي: ٦٢/٨ ؛ سير أعلام النبلاء: ٢٨٦/٩-٢٩٥).

(٢) الأعراف : ٥٦ ، ٨٥ .

(٣) الخراج لأبي يوسف، ص ١٠٥-١٠٦ .

(٤) انظر مطالب أولي النهى : ٧٦-٧٥ / ٢ .

المبحث الثاني : بيع دين النفقة والمهر.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بيع دين النفقة .

المطلب الثاني : بيع دين المهر .

المطلب الأول : بيع دين النفقة .

أتناول هنا حكم بيع النفقة حال كونها ديناً في ذمة من وجبت عليه النفقة لمن وجبت له^(١)، وذلك في فرعين:

الفرع الأول : بيع دين النفقة لمن هو عليه.

الفرع الثاني : بيع دين النفقة لغير من هو عليه.

الفرع الأول : بيع دين النفقة لمن هو عليه .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : بيع دين النفقة الماضية لمن هو عليه.

المسألة الثانية : بيع دين النفقة الحاضرة لمن هو عليه .

المسألة الثالثة : بيع النفقة المستقبلية لمن هي عليه .

المسألة الأولى : بيع دين النفقة الماضية لمن هو عليه.

إذا ثبتت النفقة ديناً في ذمة من وجبت عليه النفقة لمن وجبت له عن نفقة ماضية، وهو ما يسمى بـ "متجمد النفقة"^(٢)، فقد اتفق الفقهاء المحيرون لبيع الدين لمن هو عليه على جواز بيع هذا الدين لمن هو عليه^(٣)، لاستقراره في ذمته، كسائر الديون.

(١) أما في حال الاستدانة بإذن الحاكم للإنفاق على الزوجة أو القريب فهذا الدين كسائر الديون وإن كان بسبب النفقة، لأن للحاكم ولاية على المنفق، فهو كما لو استدان بنفسه للإنفاق، وفي معنى الاستدانة من أنفق على زوجة رجل أو قريبه مع غيبته أو امتناعه بنية الرجوع عليه بإذن الحاكم، أو بدون إذنه عند بعض الفقهاء (انظر تبين الحقائق: ٥٦-٥٤/٣؛ شرح الخرشي مع حاشية العدوي: ٢٧٣/٥-٢٧٤؛ تحفة المحتاج: ٣٤٩/٨-٣٥٠؛ مطالب أولي النهى: ٦٤٩/٥-٦٥٠)

(٢) انظر البحر الرائق: ٤/٣، ٢٠٣/٢٠٧؛ رد المحتار: ٣/٥٩٧، ٥٩٥؛ شرح الخرشي: ٤/٢٠١، ١٩٥؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/٥٢٤، ٥٢١، ٥١٧.

(٣) البحر الرائق: ٤/٢٠٤-٢٠٥؛ شرح الخرشي: ٤/١٩٠، ١٩٥؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢/٥١٤، ٥١٧؛

المسألة الثانية : بيع دين النفقة الحاضرة لمن هو عليه .

إذا وجب على المنفق نفقة حاضرة ، أي نفقة وجب عليه بذلها لمدة حاضرة لم تكتمل بعد ، كنفقة اليوم قبل تمامه ، فقد يتراضى هو والمنفق عليه على الاعتياض عنها بغيرها ، كما لو تراضيا على أن يعطي المنفق المنفق عليه دراهم بدلا عما يجب عليه من القوت والكسوة ، وهذا التراضي يقع على أحد وجهين:

الوجه الأول: أن يقع على سبيل تقدير الكفاية واستيفائها ، فهذا ليس من بيع الدين ، لأنه ليس معاوضة ، وهو جائز ، لأن الشارع لم يعين الواجب في النفقة ، وإنما أوجب الكفاية ، وتقدير الكفاية يصار فيه إلى العرف إذا لم يتراض المنفق والمنفق عليه على غيره ، فإن تراضيا على غيره جاز ، لأن الحق لا يعدوهما^(١) .

الوجه الثاني: أن يقع على سبيل المعاوضة ، وفي هذا وقع الخلاف بين الفقهاء على قولين :

القول الأول : جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٢) ، والمالكية^(٣) ، والشافعية^(٤) .

القول الثاني: عدم الجواز ، وإليه ذهب الحنابلة^(٥) ، والظاهرية^(٦) ، وهو قول عند الشافعية^(٧) .

والقول بعدم الجواز يبيّن على القول بعدم جواز بيع الدين غير المستقر لمن هو عليه ، ذلك أن

تحفة المحتاج: ٣٠٥/٨-٣٠٦؛ أسنى المطالب: ٤٣١/٣ ؛ الفروع : ٥٨١/٥-٥٨٢ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٧/٢ ، ٢٣٠-٢٢٩/٣ .

(١) انظر البحر الرائق: ٢٠٤-٢٠٥/٤ ؛ نهاية المحتاج: ١٩٠/٦ ؛ تحفة المحتاج مع حاشيتي الشرواني والعبادي عليه: ٣٠٥/٨-٣٠٦ ؛ كشف القناع: ٤٦٢/٥ .

(٢) البحر الرائق: ٢٠٥/٤ ؛ وانظر المبسوط: ١٢٥/١٣-١٢٦ ؛ بدائع الصنائع: ١٨١/٥-١٨٢ ، ٢٣٤ .

(٣) انظر المدونة: ٤٥٥/٢-٤٥٦ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٩٠/٤ .

(٤) مغني المحتاج: ١٥٤/٥ ؛ نهاية المحتاج: ١٩٠/٦ ؛ أسنى الطالب: ٤٣١/٣ .

(٥) لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب الحنابلة نصا لهم في ذلك ، وإنما أطلقوا جواز أخذ العوض عن النفقة إذا تراضى المنفق والمنفق عليه على ذلك وعلل ذلك في كشف القناع (٤٦٢/٥) بقوله : " لأن الحق لا يعدوهما ، بخلاف الطعام في الكفارة فإنه حق لله تعالى ، وليس هو معاوضة حقيقة ، لأن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأي شيء حصلت كان هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الجزع عند الاختلاف لأنه المتعارف ، فرجح بذلك " ، وبه يتبين أن الجواز لا على سبيل المعاوضة . ويؤكد إطلاقيهم عدم جواز بيع الدين غير المستقر كما تقدم ص ، والنفقة كذلك لسقوطها بالنشوز .

انظر أيضا شرح منتهى الإرادات : ٢٢٨/٣ ؛ مطالب أولي النهى : ٦٢٢/٥ .

(٦) بناء على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الدين .

(٧) تحفة المحتاج: ٣٠٥/٨ .

النفقة الحاضرة غير مستقرة لسقوطها بالنشوز^(١) ، وقد سبق ترجيح جواز بيع الدين غير المستقر لمن هو عليه.

المسألة الثالثة : بيع النفقة المستقبلية لمن هي عليه .

النفقة المستقبلية لا تثبت دينا في ذمة من هي عليه ، وعليه فأخذ العوض عنها لا يكون إلا على سبيل تقدير الكفاية واستيفائها معجلة، وذلك ليس من بيع الدين، لأنه ليس معاوضة . وهو جائز^(٢)، كما في النفقة الحاضرة، لأن الشارع لم يعين الواجب في النفقة، ولم يوقت لذلك وقتا، فيصار في ذلك إلى العرف إذا لم يتراض المنفق والمنفق عليه على غيره ، فإن تراضيا على غيره جاز، لأن الحق لا يعدوهما^(٣) .

الفرع الثاني : بيع دين النفقة لغير من هو عليه .

وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : بيع دين النفقة الماضية لغير من هو عليه.

المسألة الثانية : بيع دين النفقة الحاضرة لغير من هو عليه.

المسألة الثالثة : بيع النفقة المستقبلية لغير من هي عليه.

المسألة الأولى : بيع دين النفقة الماضية لغير من هو عليه.

لا يختلف الفقهاء المحيزون لبيع الدين لغير من هو عليه في جواز ذلك إذا كان الدين دين نفقة ماضية^(٤) ، لأنه دين مستقر في ذمة من هو عليه، كسائر الديون^(٥) .

(١) تحفة المحتاج: ٣٠٥/٨ ؛ كشف القناع: ٤٦٩/٥ .

(٢) وقد ذهب الشافعية إلى عدم الجواز، لأن النفقة المستقبلية لم تملك ، فلا يصح الاعتياض عنها (نهاية المحتاج: ١٩٠/٦ ؛ أسنى

المطالب: ٤٣١/٣ ؛ حاشية البجيرمي على المنهج: ١٠٧/٤-١٠٨)

(٣) انظر البحر الرائق: ٢٠٤-٢٠٥ ؛ كشف القناع: ٤٦٢/٥ .

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٦٣/٣ ؛ منح الجليل: ٤٦/٥ ؛ نهاية المحتاج: ١٩٠/٦ ؛ أسنى المطالب: ٤٣١/٣ .

(٥) يحسن الإشارة إلى أن من الفقهاء من يجعل دين النفقة أدنى من غيره من الديون ، فالحنفية يسقطون دين نفقة الزوجة بالموت، وفي قول عندهم: يسقط بالطلاق أيضا ، والمالكية -في قول عندهم- لا يثبتون للزوجة المحاصة بدين النفقة عند الإفلاس أو الموت مفلسا، إلا إن فرضها لها الحاكم. (رد المختار: ٥٩٥-٥٩٦ ؛ المنتقى للباحي: ٨٨/٥ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٧٣/٣-٢٧٤) . وإطلاق المالكية جواز بيع الدين لغير من هو عليه، وما ذكروه من شروط ذلك،

المسألة الثانية : بيع دين النفقة الحاضرة لغير من هو عليه.

اختلف الفقهاء المجيزون لبيع الدين لغير من هو عليه في حكم بيع دين النفقة الحاضرة لغير من هو عليه على قولين:

القول الأول : جواز ذلك . وإليه ذهب المالكية^(١).

القول الثاني: عدم جواز ذلك . وإليه ذهب الشافعية^(٢).

والقول بعدم الجواز مبني على عدم تجويز بيع الدين لغير المستقر لغير من هو عليه، وقد سبق ترجيح جوازه .

المسألة الثالثة : بيع النفقة المستقبلية لغير من هي عليه .

بيع النفقة المستقبلية لا يدخل في بيع الدين ، لأنها ليست ديناً في ذمة من هي عليه، وقد نص الشافعية^(٣) على عدم جواز بيع النفقة المستقبلية، لعدم تملكها^(٤).
ويحتمل أن يأخذ ببيع النفقة المستقبلية حكم بيع العطاء والرزق قبل استحقاقه، على ما تقدم.

يظهر منه عدم تفريقهم بين دين النفقة وغيره في ذلك .

(١) بناء على تجويزهم بيع الدين لغير المستقر.

(٢) مغني المحتاج: ١٥٤/٥ ؛ نهاية المحتاج: ١٩٠/٦ ؛ حاشية الجمل: ٤٨٩/٤ .

(٣) مغني المحتاج: ١٥٤/٥ ؛ حاشية الجمل: ٤٨٩/٤ ؛ حاشية البجيرمي على الخطيب: ٩٣/٤ .

(٤) أسنى المطالب: ٤٣١/٣ .

المطلب الثاني : بيع دين المهر .

أتناول في هذا المطلب حكم بيع المهر الثابت دينا في ذمة الزوج في فرعين:

الفرع الأول : بيع دين المهر للزوج .

الفرع الثاني: بيع دين المهر لغير الزوج.

الفرع الأول : بيع دين المهر للزوج .

المهر في الذمة قد يكون مهرا مسمىً أو مفروضا^(١) ، كقدر معين من الدنانير أو القمح أو ثيابا موصوفة في الذمة، وقد يكون مهر المثل غير مفروض ، كما في نكاح التفويض بعد الوطاء ، وكما في النكاح بمهر فاسد التسمية، كخمر أو خنزير^(٢) . وأتناول ذلك في مسألتين:

المسألة الأولى : بيع دين المهر للزوج إذا كان مسمى أو مفروضا .

المسألة الثانية : بيع دين المهر للزوج إذا كان غير مسمى ولا مفروض .

المسألة الأولى : بيع دين المهر للزوج إذا كان مسمى أو مفروضا .

لبيع دين المهر المسمى أو المفروض حالتان :

الحالة الأولى : أن يكون ذلك بعد الدخول وما في حكمه كالخلوة^(٣) ، أي بعد تقرر كامل المهر في ذمة الزوج، ولا يختلف الفقهاء المجيزون لبيع الدين في جواز بيعه للزوج في هذه الحالة ، لاستقراره .

الحالة الثانية : أن يكون ذلك قبل الدخول، أي قبل تقرر كامل المهر في ذمة الزوج، ودين المهر في هذه الحالة غير مستقر، لاحتمال سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول ، وفيه الخلاف الوارد في بيع

(١) أي مقدرا ، وذلك فيما لو لم يكن مسمى عند العقد ، لكن قدر بعد ذلك من الزوج برضا الزوجة أو من الحاكم .

(٢) ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى صحة النكاح ووجوب مهر المثل في النكاح بمهر فاسد التسمية، كما لو كان الصداق خمرا أو خنزيرا، وكذلك المالكية بعد الدخول لا قبله (بدائع الصنائع: ٢٧٨/٢ ؛ منح الجليل: ٤٣٧/٣ ؛ تحفة المحتاج: ٣٨٤/٧ ؛ الإنصاف: ٢٤٥/٨).

(٣) ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المهر يتقرر كاملا بالخلوة التي لا مانع فيها من الاستمتاع، وذهب المالكية إلى ذلك ما لم يتصادق الزوجان على عدم الوطاء، وذهب الشافعية إلى عدم تقرر المهر بالخلوة (بدائع الصنائع: ٢٩٢/٢-٢٩٣ ؛ منح الجليل: ٤٣٣/٣-٤٣٤ ؛ مغني المحتاج: ٣٧٤/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٢١/٣) .

الدين غير المستقر لمن هو عليه ، وقد تقدم إيراده وإيراد أدلة كل قول، وترجيح القول بالجواز .

المسألة الثانية : بيع دين المهر للزوج إذا كان غير مسمى ولا مفروض .

إذا كان ما في ذمة الزوج مهر المثل غير مسمى ولا مفروض ، فأخذ الزوجة بدلا عنه يقع على أحد ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أن يقع على سبيل فرض مهر المثل والتراضي به من الزوجين، فهذا ليس عقد معاوضة، بل هو تعيين لمهر المثل الواجب بالعقد^(١) .

الوجه الثاني: أن يقع على سبيل الصلح عن المهر المتضمن معنى الهبة من الزوج أو الإسقاط من الزوجة، وهذا أيضاً ليس عقد معاوضة، بل إبراء أو هبة.

الوجه الثالث: أن يقع على سبيل المعاوضة ، وهو محل البحث هنا.

ولاعتياض الزوجة عما في ذمة الزوج من مهر المثل حالتان:

الحالة الأولى : أن يكون مهر المثل معلوما للزوجين، فحكم بيعه في هذه الحالة حكم بيع المهر المسمى، على ما تقدم من التفصيل بين ما إذا كان ذلك قبل الدخول وما إذا كان بعده.

الحالة الثانية : أن لا يكون مهر المثل معلوما للزوجين، وفي حكم بيعه في هذه الحالة اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول : عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥).

القول الثاني: جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٦).

دليل القول الأول :

أن المهر في ذمة الزوج مجهول، للجهل بقدر مهر المثل، ومن شرط صحة البيع العلم بالمبيع، دفعا

(١) انظر المبسوط: ١٤٥/١٤ ؛ الشرح الصغير: ٤٤٩/٢-٤٥٠ ؛ مغني المحتاج: ٣٨٢/٤ ؛ كشف القناع: ١٥٧/٥ .

(٢) مواهب الجليل: ٨١-٨٠/٥ ؛ حاشية الدسوقي: ٣١٠/٣ .

(٣) حاشية القليوبي: ٢٨٤/٣ ؛ أسنى المطالب: ٢٠٩/٣ .

(٤) كشف القناع: ٣٩٦/٣ ، ١٥٧/٥ ؛ مطالب أولي النهى: ٣٤١/٣-٣٤٢ ، ٢١٨/٥-٢١٩ .

(٥) بناء على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الدين.

(٦) المبسوط: ١٤٥/١٤ ؛ العناية: ٤٣٩/٨-٤٤٠ ؛ تبين الحقائق: ٥٠/٥ .

للجهالة المفضية إلى الغرر. ولا حاجة إلى هذه المعاوضة ، لإمكان العلم بمهر المثل بفرضه من الزوج برضا الزوجة ، أو من قاض .

دليل القول الثاني :

أن بيع دين المهر للزوج لا حاجة فيه إلى التسليم لأنه في حكم المقبوض للزوج، فلا تضره الجهالة ، لأن الجهالة إنما تمنع صحة البيع إذا كانت مفضية إلى التراجع، وذلك فيما يُحتاج فيه إلى التسليم^(١) .

ويعترض عليه :

بأن بيع المجهول من بيع الغرر وإن لم يفض إلى التراجع، وبيع الغرر منهي عنه .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول ، منعا للغرر .

الفرع الثاني: بيع دين المهر لغير الزوج.

وأتناول ذلك في مسألتين :

المسألة الأولى : بيع دين المهر لغير الزوج إذا كان مسمى أو مفروضا .

المسألة الثانية : بيع دين المهر لغير الزوج إذا كان غير مسمى ولا مفروض .

المسألة الأولى : بيع دين المهر لغير الزوج إذا كان مسمى أو مفروضا .

لبيع دين المهر المسمى أو المفروض لغير الزوج حالتان:

الحالة الأولى : أن يكون ذلك بعد الدخول وما في حكمه كالخلوة ، أي بعد تقرر كامل المهر

في ذمة الزوج، ولا يختلف الفقهاء المميزون لبيع الدين لغير من هو عليه في جواز بيعه لغير الزوج في هذه الحالة ، لاستقراره .

الحالة الثانية : أن يكون ذلك قبل الدخول، أي قبل تقرر كامل المهر في ذمة الزوج، ودين المهر

في هذه الحالة غير مستقر، لاحتمال سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول ، وفيه الخلاف الوارد في بيع

(١) العناية : ٤٣٩/٨ - ٤٤٠ .

الدين غير المستقر لغير من هو عليه ، وقد تقدم إirاده وإيراد أدلة كل قول، وترجيح القول بالجواز.

المسألة الثانية : بيع دين المهر لغير الزوج إذا كان غير مسمى ولا مفروض .

لبيع المهر لغير الزوج إذا كان غير مسمى ولا مفروض حالتان:

الحالة الأولى : أن يكون مهر المثل معلوما ، فحكم بيعه في هذه الحالة حكم بيع المهر المسمى، على ما تقدم من التفصيل بين ما إذا كان ذلك قبل الدخول وما إذا كان بعده .

الحالة الثانية : أن لا يكون مهر المثل معلوما ، فبيعه لا يجوز ، لأنه بيع مجهول يحتاج فيه إلى التسليم، مما يفضي إلى المنازعة ، مع ما في ذلك من الغرر ، وذلك لا يجوز باتفاق^(١) .

(١) انظر العناية : ٤٣٩/٨ - ٤٤٠ ؛ مواهب الجليل : ٨٠/٥ - ٨١ ؛ حاشية القليوبي : ٢٨٤/٣ ؛ كشف القناع : ٣٩٦/٣ ،

المبحث الثالث : بيع دين الكتابة.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بيع دين الكتابة للمكاتب .

المطلب الثاني: بيع دين الكتابة لغير المكاتب .

المطلب الأول : بيع دين الكتابة للمكاتب .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : بيع دين الكتابة للمكاتب بمعين .

الفرع الثاني : بيع دين الكتابة للمكاتب بدين منشأ في ذمته.

الفرع الأول: بيع دين الكتابة للمكاتب بمعين .

وذلك كأن يكون على المكاتب خمسة نجوم قدر كل منها مائة درهم، فيتراضى هو وسيده على أن يعطي سيده عوضا عنها دارا معينة أو دابة معينة أو دنائير مقبوضة ، وقد يكون هذا مع تعجيل عتق المكاتب ، وذلك فيما لو كانت المعاوضة على جميع ما في ذمة المكاتب من النجوم، وقد يكون دون تعجيل العتق ، وذلك فيما لو كانت المعاوضة على شيء منها مع بقاء بعضها في ذمته. وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو قول عند الشافعية^(٣)، ووجه عند الحنابلة^(٤).

القول الثاني : عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)^(٧)، والظاهرية^(٨).

(١) المبسوط: ٢١٤/٧، ٦/٨-٧ ؛ تبیین الحقائق: ١٥٠/٥ ؛ البحر الرائق: ٦٠/٨ .

(٢) شرح الخرشي: ١٦٥/٥ ، ١٤١/٨ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٩٠/٤ ؛ منح الجليل: ٤٤٢/٩-٤٤٣ .

(٣) مغني المحتاج: ٤٩٨/٦ ؛ شرح المنهج بحاشية الجمل: ٤٦٨/٥ .

(٤) الفروع : ١١٠/٥ ؛ الإنصاف: ١٠٨/٥-١٠٩ .

(٥) نهاية المحتاج: ٤١٥/٨ ؛ تحفة المحتاج: ٤٠٦/١٠-٤٠٧ ؛ حاشية الجمل: ٤٦٨/٥ .

(٦) الإنصاف: ١٠٨/٥-١٠٩ ؛ كشف القناع: ٣٠٦/٣-٣٠٧ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٧/٢ .

(٧) إلا أن الحنابلة يجيزون ذلك على سبيل المصالحة (المغني: ٣٩٩/١٠-٤٠٠ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٦١٠/٢ ؛ مطالب أولي

النهى: ٧٥٦/٤)

(٨) بناء على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الدين، وانظر المحلى: ٥١٣/٧-٥١٤ .

أدلة القول الأول :

يستدل أصحاب القول الأول بأدلة منها :

الدليل الأول :

أن نجوم الكتابة دين على المكاتب ، فبيعها من بيع الدين لمن هو عليه ، وذلك جائز^(١) .

ويعترض عليه :

بأن دين الكتابة دين غير مستقر ولا لازم ، لأن للمكاتب تعجيز نفسه ، فلا يصح بيعه^(٢) .

ويجاب عنه :

بأن الراجح جواز بيع الدين غير المستقر على ما تقدم . ولا يسلم بأن عدم لزوم الدين يمنع بيعه لمن هو عليه ، لعدم الغرر في ذلك ، ولأن عدم لزوم الدين لا يمنع اقتضائه ، فكذلك الاعتياض عنه.

الدليل الثاني :

أن هذا العقد يحقق مصلحة للمتعاقدين ، ولا محذور فيه ولا مفسدة ، والحق فيه لا يعدو المتعاقدين ، فيصح بناء على أصل الصحة في العقود.

الدليل الثالث :

أن هذا العقد في حال تعجيل العتق بمعنى العتق المعلق على شرط ، لأنه في معنى قول السيد لعبده: ائتني بخسمائة درهم منجمة وأنت حر ، ثم قوله بعد ذلك: إن أعطيتني الآن دابة أو دارا فأنت حر^(٣) .

دليل القول الثاني :

أن دين الكتابة دين غير مستقر ، وغير لازم ، وبيع الدين غير المستقر لا يجوز ، فما هو غير مستقر وغير لازم أولى بعدم الجواز .

(١) انظر البحر الرائق: ٦٠/٨ .

(٢) مغني المحتاج: ٤٩٨/٦ .

(٣) انظر المدونة : ٤٦١/٢ .

ويعترض عليه :

بعدم التسليم بعدم جواز بيع الدين غير المستقر، بل هو جائز على ما تقدم. ولا يسلم بأن عدم لزوم الدين يمنع بيعه لمن هو عليه ، لعدم الغرر في ذلك ، ولأن عدم لزوم الدين لا يمنع اقتضائه ، فكذاك الاعتياض عنه .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ، لما ذكر في أدلته ، ولأن القول الثاني مبني على عدم جواز بيع الدين غير المستقر لمن هو عليه ، وقد سبق ترجيح خلافه ، ولأن المكاتبه عقد إرفاق مبني على المسامحة. ويتأكد رجحان هذا القول في حالة تنجيز عتق المكاتب، لتشوف الشارع إلى الحرية ، ولأنه يكون حينئذ بمعنى العتق المعلق على شرط ، فهو بمعنى أن يقول السيد لعبده : اثني بخمسائة درهم منجمة وأنت حر ، ثم يقول بعد ذلك: إن أعطيتني الآن دابة أو دارا فأنت حر^(١).

ويحسن الإشارة إلى أن أصحاب القول الأول أجازوا في الاعتياض عن دين المكاتبه مع تنجيز العتق ما لا يجيزونه في الاعتياض عن غيره من الديون ، وذلك للمعاني السابقة ، فمن ذلك أنهم أجازوا أن يعجل المكاتب المؤجل من النجوم على أن يضع عنه سيده بعضا منها ويعجل عتقه^(٢)، وأجازوه الحنابلة^(٣) أيضا على سبيل المصالحة، وهي مسألة "ضع وتعجل" المتقدم إيرادها^(٤). كما أجاز المالكية الاعتياض عن دين الكتابة إذا كان طعاما^(٥)، وأجازوا الاعتياض عن المؤجل منه بما لا يجوز بيعه به نسيئة^(٦)، مع عدم تجويزهم ذلك في غيره من الديون على ما تقدم .

(١) انظر المدونة : ٤٦١/٢ .

(٢) المبسوط: ٦/٨؛ تبين الحقائق: ٤٣/٥ ؛ منح الجليل: ٤٤٢/٩ ؛ الشرح الكبير للدردير : ٣٩٠/٤ ؛ شرح الخرشي: ١٤١/٨ .

(٣) شرح منتهى الإرادات: ١٤٠/٢ ؛ كشف القناع : ٣٩٢/٣ .

(٤) انظر ص ١٤٠ .

(٥) المدونة : ٤٥٥/٢-٤٥٦ ؛ شرح الخرشي: ١٦٥/٥ .

(٦) انظر التاج والإكليل: ٤٨٢/٨ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٩٠/٤ .

الفرع الثاني : بيع نجوم الكتابة للمكاتب بدين منشأ في ذمته.

وذلك كأن يكون على المكاتب خمسة نجوم قدرها خمسمائة درهم ، فيتراضى هو وسيده على أن يعطي سيدة عوضا عنها دنانير مؤجلة أو ثيابا موصوفة مؤجلة ، وقد يكون هذا مع تعجيل عتق المكاتب ، وذلك فيما لو كانت المعاوضة على جميع ما في ذمة المكاتب من النجوم، وقد يكون دون تعجيل العتق ، وذلك فيما لو كانت المعاوضة على شيء منها مع بقاء باقيها في ذمته.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول : جواز ذلك مطلقا ، وإليه ذهب المالكية^(١).

القول الثاني : جواز ذلك في حال تعجيل العتق ، وعدم جوازه في حال عدم تعجيل العتق ، وإليه ذهب بعض المالكية^(٢).

القول الثالث : عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦).

أدلة القول الأول :

الدليل الأول:

أن هذا العقد يحقق مصلحة شرعية ، هي عتق العبد الذي يتشوف الشارع إليه، وفيه مصلحة للمتعاقدين ، ولا محذور فيه ولا مفسدة ، فيبقى على أصل الحل والصحة في العقود.

ويعترض عليه :

بأن في العقد بيعا للدين بالدين ، وذلك لا يجوز .

ويجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن نجوم الكتابة ليست دينا ثابتا ، ذلك أنها دين غير لازم لسقوطها بعجز

(١) شرح الخرشي: ١٤١/٨ ؛ منح الجليل: ٤٤٢/٩-٤٤٣ ؛ حاشية الدسوقي: ٣٩٠/٤ .

(٢) المدونة: ٤٦٠/٢-٤٦١ ؛ منح الجليل: ٤٤٢/٩-٤٤٣ ؛ حاشية الدسوقي: ٣٩٠/٤ .

(٣) المبسوط: ٦/٨-٧ ؛ البحر الرائق: ٦٠/٨ .

(٤) نهاية المحتاج: ٩٠/٤-٩١ ، ٤١٥/٨ ؛ تحفة المحتاج: ٤٠٦/٤-٤٠٨ ، ٤٠٦/١٠-٤٠٧ ؛ حاشية الجمل: ١٦٤/٣-١٦٦ ، ٤٦٨/٥ .

(٥) المغني: ٣٩٩/١٠-٤٠٠ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٦١٠/٢ ؛ مطالب أولي النهى: ٧٥٦/٤ .

(٦) بناء على ما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع الدين، وانظر المحلى: ٥١٣/٧-٥١٤ .

المكاتب، ولا يحاص بها في موت المكاتب أو إفلاسه^(١) ، وإذا لم تكن نجوم الكتابة دينا ثابتا جاز بيعها بالدين.

الوجه الثاني : أن ما في بيع الدين بالدين من المفسدة غير متحقق في بيع نجوم الكتابة بالدين، فلا ظلم فيه على المدين، وما يتوهم فيه من المفسدة مقابل بمصلحة أعظم منه ، وهي العتق الذي يتشوف إليه الشارع^(٢)، أو استمرار الكتابة، وذلك خير من عجز المكاتب وعودته إلى الرق .

الدليل الثاني:

أن العقد في حال تعجيل العتق بمعنى العتق على مال، فهو بمعنى أن يقول السيد لعبده : ائني بخمسائة درهم منجمة وأنت حر إذا أديتها ، ثم يقول بعد ذلك: أعتقتك على ألف في ذمتك^(٣). وفي حال عدم تعجيله فهو بمعنى فسخ الكتابة الأولى برضا السيد والمكاتب ، واستئناف كتابة جديدة بنجوم غير نجوم الكتابة الأولى ، وذلك جائز^(٤) .

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على الجواز في حال تعجيل العتق بأدلة القول الأول . واستدلوا على عدم الجواز في حال عدم تعجيل العتق بأن ذلك من بيع الدين بالدين، وهو غير جائز، وإنما جاز في حال تعجيل العتق لتشوف الشارع للحرية ، وهذا غير متحقق في حال عدم تعجيل العتق.

ويعترض عليه :

بأن العقد في حال عدم تعجيل العتق بمعنى استئناف مكاتبة جديدة على ما سبق، وذلك سبب للعتق مقصود للشارع، وهو خير من عجز المكاتب وعودته إلى الرق، فينبغي أن يكون حكمه كحال تعجيل العتق .

(١) التاج والإكليل: ٤٨٢/٨ .

(٢) التاج والإكليل: ٤٨٢/٨ .

(٣) انظر المدونة : ٤٦١/٢ .

(٤) المعونة : ١٤٦٩/٣ .

دليل القول الثالث :

أن ذلك من بيع الدين بالدين، بل هو من أشد صورهِ حرمة، لما فيه من مشاهة ربا الجاهلية.

ويعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول: أن نجوم الكتابة ليست ديناً ثابتاً ، ذلك أنها دين غير لازم لسقوطها بعجز المكاتب، ولا يحاص بها في موت المكاتب أو إفلاسه^(١)، وإذا لم تكن نجوم الكتابة ديناً ثابتاً جاز بيعها بالدين.

الوجه الثاني : أن ما في بيع الدين بالدين من المفسدة غير متحقق في بيع نجوم الكتابة بالدين، لأنه لا ظلم فيه ولا ربا، وما يتوهم فيه من المفسدة مقابل بمصلحة أعظم منه ، وهي العتق الذي يتشوف إليه الشارع^(٢)، أو بقاء المكاتب، وذلك خير من عجز المكاتب وعودته إلى الرق .

الترجيح :

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول ، لما ذكر في الاستدلال له من كون هذا العقد يحقق مقصوداً شرعياً ، هو الحرية التي يتشوف الشارع لها .

(١) التاج والإكليل: ٤٨٢/٨ .

(٢) التاج والإكليل: ٤٨٢/٨ .

المطلب الثاني: بيع دين الكتابة لغير المكاتب .

وأتناول ذلك في فرعين :

الفرع الأول : بيع جميع دين الكتابة .

الفرع الثاني : بيع جزء من دين الكتابة .

الفرع الأول : بيع جميع دين الكتابة .

وذلك كأن يكاتب السيد عبده على ألف درهم منجمة على عشرة أشهر كل شهر مائة درهم، ثم يبيع جميع هذه النجوم لغير المكاتب قبل أن يستوفي شيئاً منها .

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : عدم جواز ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).

القول الثاني: جواز ذلك، وإليه ذهب المالكية^(٥). وروي عن بعض التابعين^(٦). فيجوز عند

المالكية بيع كتابة المكاتب ، فإن عجز المكاتب كانت رقبته وماله لمشتري دينه، وإن مات قبل الوفاء بما عليه فماله له^(٧).

(١) المبسوط: ٢١٤/٧ ، ٢٢/١٤ ؛ البحر الرائق: ٢٨٠/٥ ، ٦٠/٨ .

(٢) مغني المحتاج: ٤٩٨/٦-٤٩٩ ؛ نهاية المحتاج: ٤١٥/٨-٤١٦ ؛ أسنى المطالب: ٤٩٣/٤ .

(٣) المغني: ٣٨٨/١٠ ؛ كشف القناع: ٣٠٦/٣-٣٠٧ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٧/٢ .

(٤) المحلى: ٥١٣/٧-٥١٤ .

(٥) المنتقى للباجي: ٢٣/٧-٢٦ ؛ المعونة: ١٤٦٨/٣-١٤٧٠ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٩١/٤ .

(٦) روي ذلك عن الزهري وسعيد بن المسيب وعطاء وابن سيرين (انظر المحلى: ٥١٤/٧).

(٧) يشابه بيع دين الكتابة بيع رقبة المكاتب في أمور منها:

أ - ملك رقبة المكاتب وماله عند العجز .

ب- ملك مال المكاتب عند موته قبل الوفاء بما عليه .

ج- فوات الحق لو جنى المكاتب أو مات مفلسا .

د - ما يحصل للمشتري في كل من العقدين غير معلوم، لأنه إن أدى المكاتب ما عليه وعققت كان له نجوم الكتابة، وإن

عجز المكاتب عند أول نجم كانت له الرقبة، وإن عجز عند آخر نجم كانت له الرقبة وما استوفى من نجوم الكتابة .

وفارقه في أمور منها :

أ - منع من بيع رقبة المكاتب الحنفية والمالكية والشافعية وهو رواية عند الحنابلة ، وأجازها الحنابلة وهو قول عند الشافعية.

بينما لم يجز بيع الكتابة سوى المالكية .

ب- في بيع المكاتب يملك المشتري رقبته من حين العقد، بينما في بيع الكتابة يملك المشتري ما عليه من دين الكتابة، ويملك

دليل القول الأول :

أن نجوم الكتابة دين محتمل السقوط بعجز المكاتب، فبيعه لغيره من الغرر المنهي عنه ، ولا ينتفي هذا الغرر فيما لو جعل للمشتري رقبة المكاتب في حال عجزه ، لأن ما يحصل للمشتري بالعقد حينئذ غير معلوم، لأنه إن أدى المكاتب كل النجوم كان للمشتري نجوم الكتابة دون الولاء ، وإن عجز المكاتب عند أول نجم كانت له الرقبة ، وإن عجز عند آخر نجم كانت له الرقبة وما حصل له من نجوم الكتابة^(١).

قال الشافعي رحمه الله : "وبيع كتابة المكاتب يبطل من وجوه منها : أنه دين غير ثابت كدين الحر، ألا ترى أن المكاتب يعجز فلا يلزمه من الكتابة شيء، أو لا ترى أن من أجاز بيع كتابته فقد أجاز له من غير شيء يأخذه المشتري ، ولا ذمة لازمة للمكاتب كذمة الحر. وأنه إن قال إذا عجز كان له دخل عليه أقبح من الأول، من قبل أنه بيع دين على مكاتب، فصارت له رقبة المكاتب ملكا ، ولم تبع الرقبة قط ، فإن قال : في عقد بيع كتابة المكاتب : إن أخذها المشتري وإلا فالعبد له ، قيل : هذا محال ، ولو كان كما قلت كان حراما من قبل أنه بيع ما لا يعلم البائع ولا المشتري في ذمة المكاتب هو أو في رقبته. أرأيت رجلا قال : أبيعك ديننا على حر فإن أفلس فعبيدي فلان لك بيع؟ ، فإن زعم أن هذا جائز فقد أجاز بيع ما لم يعلم ، وإن زعم أنه غير جائز فبيع كتابة المكاتب أولى أن يرد لما وصفت، وأولى أن لا يملك المشتري بها رقبة المكاتب"^(٢) .

رقبته إذا عجز .

ج- في بيع رقبة المكاتب يكون ولاء المكاتب للمشتري عند الحنابلة ، وهو وجه للشافعية على القول بجوازه ، والوجه الثاني عند الشافعية: أنه للبائع . بينما الولاء في بيع الكتابة للبائع . وهذا الفرق هو سبب عدم تجويز المالكية بيع المكاتب مع تجويزهم بيع الكتابة ، ذلك أن بيع المكاتب يقتضي عندهم أن يكون الولاء للمشتري، فيصير العقد بيعا للولاء، وذلك ممنوع، بخلاف بيع الكتابة.

د- في بيع الرقبة يثبت للمشتري الرد بما يجده من عيب في نفس المكاتب من حين العقد، وفي بيع الكتابة يثبت له الرد بما في المكاتب من عيب عند العجز فقط .

(انظر تبين الحقائق: ٤٤-٤٥؛ المنتقى للباجي: ٢٣/٧-٢٦؛ المعونة: ٣/١٤٦٨-١٤٧٠؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٨٤، ٣٩١/٤؛ روضة الطالبين: ٢٧٢/١٢؛ مغني المحتاج: ٤٩٨-٤٩٩؛ المغني: ٣٨٨-٣٨٦/١٠؛ الإنصاف: ٤٧٠/٧-٤٧١).

(١) الكافي لابن عبد البر، ص ٥٢٦ ؛ التاج والإكليل: ٤٨٢/٨ .

(٢) الأم: ٧٠/٦ .

ويعترض عليه :

بأن ما ذكر من الغرر مغتفر في عقد الكتابة ، فينبغي أن يغتفر كذلك في بيع دين الكتابة.

ويجاب عنه :

بأن الغرر إنما اغتفر في عقد الكتابة لكونه عقد إرفاق ، وكونه طريقا للعتق الذي يتشوف إليه الشارع، بخلاف بيع دين الكتابة ، فإنه عقد معاوضة لا يحصل به عتق المكاتب، فلا يغتفر فيه الغرر.

دليل القول الثاني:

أن بيع دين الكتابة من بيع الدين لغير من هو عليه^(١)، وذلك جائز على ما تقدم .

ويعترض عليه :

بأن دين الكتابة يفارق سائر الديون ، بعدم لزومه ، وكونه عرضة للسقوط بعجز المكاتب، فبيعه من بيع الغرر على ما تقدم في دليل القول الأول .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول ، لما في بيع الكتابة من الغرر على ما تقدم في دليل هذا القول.

(١) انظر المعونة: ١٤٦٨/٣.

الفرع الثاني : بيع جزء من دين الكتابة .

وذلك كبيع ربع دين الكتابة أو نصفه ، أو بيع نجم غير معين من نجوم الكتابة ، أو بيع النجم الثاني الحال في شهر معين المعلوم قدره . وفي هذا اختلف الفقهاء على قولين:
القول الأول : عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(١) ، والشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) ، والظاهرية^(٤) ، وهو قول عند المالكية^(٥) .

القول الثاني: جواز ذلك بشرط أن يعلم قدر الجزء ونسبته من دين الكتابة، وإليه ذهب المالكية^(٦) . واشترط بعض المالكية أيضا أن لا يكون الجزء نجما معيناً^(٧) . وعلى هذا القول فإن أدى المكاتب ما عليه كان للمشتري الجزء المشتري من الدين، وإن عجز كان له من الرقبة ما يقابله.

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

عدم جواز بيع دين الكتابة لما فيه من الغرر ، فكذلك بيع جزئه.

الدليل الثاني :

أن بيع جزء من دين الكتابة يفضي إلى أن يؤدي المكاتب كتابته أدائين مختلفين : أحدهما : إلى سيده بعقد كتابته والثاني إلى مبتاع الجزء لحق ابتياعه، وذلك غير جائز^(٨) .

(١) المبسوط: ٢١٤/٧ ، ٢٢/١٤ ؛ البحر الرائق: ٢٨٠/٥ ، ٦٠/٨ .

(٢) مغني المحتاج: ٤٩٨-٤٩٩ ؛ نهاية المحتاج: ٤١٥-٤١٦ ؛ أسنى المطالب: ٤٩٣/٤ .

(٣) المغني: ٣٨٨/١٠ ؛ كشف القناع: ٣٠٦-٣٠٧ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٧/٢ .

(٤) المحلى: ٥١٣/٧-٥١٤ .

(٥) المنتقى للباحي: ٢٣/٧ ؛ المعونة: ١٤٦٩/٣ .

(٦) المنتقى للباحي: ٢٣/٧ ؛ شرح الخرشي: ١٤١/٨-١٤٢ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٩١/٤ .

(٧) المنتقى للباحي: ٢٣/٧ ؛ منح الجليل: ٤٤٤/٩ .

(٨) المنتقى للباحي: ٢٣/٧ ؛ المعونة: ١٤٦٩/٣ .

أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب هذا القول للجواز في حال معرفة قدر الجزء ونسبته من دين الكتابة بأن دين الكتابة "مبيع مقصود في نفسه يجوز بيع جميعه فجاز بيع جزء منه كسائر المبيعات"^(١).

ويعترض عليه :

بعدم التسليم بجواز بيع دين الكتابة ، على ما تقدم في المسألة الأولى .

واستدلوا على عدم الجواز في حال الجهل بالقدر أو النسبة بأن المبيع يصير مجهولا ، ذلك أن المبيع هو الدين في حال أداء المكاتب ما عليه، والرقبة في حال عجزه، وفي الجهل بالقدر يصير الدين مجهولا، وفي الجهل بالنسبة يصير ما يحصل له من الرقبة مجهولا^(٢) .

واستدل من لم يجز بيع نجم معين بأن في ذلك غررا ، "لأنه إن كان النجم الذي باعه أول نجم فقبضه ثم عجز المكاتب رق جميعه وبطل حكم ذلك النجم، وإن اشترى الثاني ربما عجز العبد قبله فلا يدري ما يصير إليه"^(٣) .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول ، بناء على ما سبق من ترجيح عدم جواز بيع دين الكتابة .

(١) المنتقى للباقي: ٢٣/٧ ؛ وانظر المعونة: ١٤٦٩/٣ .

(٢) انظر شرح الخرشي: ١٤٢/٨ .

(٣) المنتقى للباقي: ٢٤/٧ .

المبحث الرابع : بيع العبد الدائن.

مما له صلة ببيع الدين : بيع العبد إذا كان عنده مال كله أو بعضه دين في ذمة غيره، وأتناول حكم ذلك ممهدا له بإيراد الخلاف في مدى ثبوت الملك للعبد ، وذلك في فرعين :

المطلب الأول : مدى ثبوت الملك للعبد .

المطلب الثاني : حكم بيع العبد الدائن.

المطلب الأول : مدى ثبوت الملك للعبد .

اختلف الفقهاء هل يملك العبد بالتمليك أم لا يملك ، وذلك على قولين :

القول الأول : أن العبد يملك بالتمليك ، وإليه ذهب المالكية^(١)، والظاهرية^(٢)، وهو القديم من قولي الشافعي^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤) ، إلا أن هذا الملك غير تام، فيملك السيد انتزاع ماله منه، ولا يتصرف فيه إلا بإذن سيده^(٥) .

القول الثاني: أن العبد لا يملك بالتمليك ، وإليه ذهب الحنفية^(٦) والشافعية^(٧)، وهو رواية عند الحنابلة^(٨) .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول بأدلة منها :

الدليل الأول :

قول الله تعالى : { وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمْ

(١) المنتقى للباحي: ؛ شرح الخرشي: ١٨٢/٥ ؛ حاشية الدسوقي: ١٧٢/٣ .

(٢) إلا أن الظاهرية ذهبوا إلى أن العبد يملك من غير أن يملكه سيده، ثم لسيدته انتزاع ما شاء من ماله، وقبل ذلك هو ملك العبد يتصرف فيه بما شاء من بيع وهبة وصدقة (الحلى: ١٩٥/٧-١٩٩).

(٣) مغني المحتاج: ٥٢٠/٢ ؛ نهاية المحتاج: ١٨١/٤ .

(٤) المغني: ١٢٦/٤ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٣٨٦ ؛ الإنصاف: ٧-٦/٣ .

(٥) المنتقى للباحي: ١٧٠/٤ ؛ مغني المحتاج: ٥٢٠/٢ ؛ المغني: ٢٢٩/٦ .

(٦) المبسوط: ١٢٩/٥ ؛ فتح القدير: ٣٩١/٣ ؛ البحر الرائق: ٢٠٣-٢٠٢/٣ .

(٧) تحفة المحتاج: ٤٩٣/٤ ؛ نهاية المحتاج: ١٨١/٤ ؛ أسنى المطالب: ١٠٠/٢ .

(٨) المغني: ١٢٦/٤ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٣٨٦ ؛ الإنصاف: ٧-٦/٣ ..

اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ {^(١) .

وجه الدلالة من الآية : أن الله تعالى وصف العباد والإماء بالفقر والغنى، "والفقر والغنى من صفات المالكين، لأن من لا يصح عليه الملك، لا يصح وصفه بالغنى ولا بالفقر"^(٢) .

يعترض على الاستدلال بالآية :

بأن الله سبحانه وتعالى وصف العباد والإماء بالفقر ، وذلك وصف صادق عليهم عند عدم ملكهم وإن لم يصح منهم الملك، ووعد الله أن يغنيهم الله من فضله لا يلزم أن يكون بملك المال، بدليل أننا نجد من يتزوج ولا يصير غنيا بالمال، ووعد الله سبحانه وتعالى وخبره كائن لا محالة، فدل على أن المراد بالغنى في الآية الاستغناء بالوطء الحلال عن الحرام ، أو هو حصول الكفاية للزوج والزوجة ولو بالإباحة دون ملك ، أو هو غنى النفس ^(٣) .

الدليل الثاني:

قول الله تعالى: {أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَمًا فَهُمْ لَهَا مَلَكَونَ} ^(٤) .

وجه الدلالة من الآية: أن الله سبحانه وتعالى امتن في الآية على عباده بما ملكهم من الأنعام، والخطاب في الآية عام للحر والعبد، فدل على أن الملك ثابت لهما ^(٥) .

ويعترض عليه :

بأن عموم الخطاب في الآية أفاد ملك جنس الآدميين للأنعام، وذلك لا ينفيه انتفاء استحقاق الملك في بعض الآدميين بعارض الرق، كما لا ينفيه انتفاء حقيقة الملك في بعضهم بعارض الفقر أو غيره .

الدليل الثالث:

قول الله تعالى : {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا} ^(٦) .

(١) النور: ٣٢ .

(٢) المعونة: ١٠٦٩/٢ .

(٣) انظر أحكام القرآن للحصص: ٢٧٨/٣ ؛ أحكام القرآن لابن العربي: ٣٩٤/٣ .

(٤) يس: ٧١ .

(٥) المعونة: ١٠٦٩/٢ ؛ وانظر المعني: ٦٦/٧ .

(٦) البقرة: ٢٩ .

وجه الدلالة من الآية : أن الله تعالى خلق الأموال للآدميين، ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكليف، وأداء العبادات، والعبد داخل في العموم ، ومن أهل التكليف والعبادات ، فيكون أهلاً للملك^(١) .

ويعترض على الاستدلال:

بأن اللام في الآية للاختصاص بالنفع ، وليست للتمليك، فمعنى الآية : الامتنان بإباحة الانتفاع، وذلك لا يقتضي التمليك^(٢) .

الدليل الرابع:

ما صح عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع عبداً فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم " أضاف المال إلى العبد باللام ، واللام تقتضي الملك"^(٤) .

ويعترض على الاستدلال بالحديث :

بعدم التسليم بأن اللام تدل على الملك، لأنه قد يراد بها اليد والتصرف ، كقولهم: الولاية في المال لفلان ، وقد يراد بها الاختصاص، كقولهم: الحركة للحجر، وقد يراد بها النسب، كقولهم: الولد لزيد . وإذا كانت محتملة لهذه المعاني كلها لم يكن فيها دلالة على الملك^(٥) .

وعلى التسليم بأن اللام تدل على الملك، فإن ذلك عند عدم القرينة الصارفة ، وقد وجدت القرينة ، وهي جعل المال للبائع، الذي يفهم منه عدم ملك العبد له، وإلا لما كان للبائع^(٦) .

ويجاب عنه :

بأن اللام متى قرن بها ما يملك اقتضت الملك ، وإنما تقتضي اليد والتصرف والاختصاص والنسب إذا تعلق بمال لا يملك، والمال مما يملك، فإذا قرن بها حمل على الملك، إلا أن يعدل عن

(١) المغني: ٦٦/٧ .

(٢) انظر إدرار الشروق: ٢٢٠/١ ؛ البحر المحيط: ٩/٨-١٠ .

(٣) تقدم تخريج الحديث، انظر ص ٣٢٠ .

(٤) المنتقى للباجي: ١٦٩/٤ ؛ وانظر المعونة: ١٠٦٩/٢ .

(٥) المنتقى للباجي: ١٦٩/٤-١٧٠ .

(٦) انظر تحفة المحتاج: ٤٩٣/٤ .

ذلك بدليل، فإذا قيل: هذا المال لزيد، فهم منه ملكه له^(١).
ويؤكد ذلك أن بإضافة المال للبائع باللام فهم ملك البائع له، فكذلك العبد^(٢).
أما جعل المال للبائع فلا يدل على عدم سبق ملك العبد له، وإنما يدل على أن للبائع انتزاعه منه،
وأن هذا الانتزاع في حكم المشترط في العقد.

الدليل الخامس:

أن العبد آدمي، فيثبت له الملك، كالحر^(٣).

الدليل السادس:

أن الملك يثبت للجنين، مع كونه نطفة لا حياة فيها، باعتبار مآله إلى الآدمية، فالعبد الذي هو
آدمي مكلف أولى^(٤).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: {ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ} ^(٥).

وجه الدلالة من الآية: أن الله وصف العبد المملوك بأنه لا يقدر على شيء، وليس المراد بذلك
القدرة الحسية، لأن المشاهد أن العبد فيها كالحر، فدل على أن المراد بذلك القدرة الشرعية^(٦)، ومنها
التملك.

ويعترض على الاستدلال بالآية:

بأن الله سبحانه وتعالى ضرب المثل بعبد مملوك من صفته أنه لا يقدر على شيء، ولا يقتضي

(١) المنتقى للباجي: ١٧٠/٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المغني: ١٢٦/٤، ٦٦/٧؛ المعونة: ١٠٦٩/٢.

(٤) المغني: ٦٦/٧.

(٥) النحل: ٧٥.

(٦) انظر أسنى المطالب: ١٦/٣.

ذلك أن كل عبد كذلك^(١) ، ذلك أن وصف العبد بعدم القدرة في الآية "إثبات في نكرة ، فليس يقتضي الشمول ، ولا يعطي العموم ؛ وإنما يفيد واحدا بهذه الصفة . ويجوز أن يكون العبد المملوك يقدر بأن يقدره مولاه ، فينقسم حال العبيد المماليك إلى قسمين : أحدهما : ما يكون في أصل وضعه لا يقدر . الثاني : أن يقدر بأن توضع له القدرة ، ويمكن من التصرف والمنفعة"^(٢) .

الدليل الثاني:

ما صح عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «من ابتاع عبدا فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع»^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل المال لمالك العبد ، فدل على أن العبد لا يملك شيئا^(٤) .

ويعترض على الاستدلال بالحديث:

بأن جعل المال لمالك العبد ليس لعدم ملك العبد للمال، بل لأن "البيع يقتضي انتزاع السيد مال العبد، لأن له شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء ، وكذلك لا يكمل ملك العبد ولا يملك التصرف في ماله دون إذن سيده، فإذا زال العبد عن ملكه بالبيع تعلق به حق السيد وحق العبد، ولم يصح أن يبقى المال بينهما على هذه الحال بعد البيع للحاجة إلى التفرق، ولأن حق الانتزاع يبطل، لأن الإنسان لا يملك انتزاع مال عبد غيره ، فلما لم يمكن إبقاؤه على ما كان عليه أولا، ولم يكن بد من تغليب أحد الحقين، غلب حق السيد، لأنه مغلب في حال ملكه، لأنه يملك تفويته والتصرف فيه دون إذن العبد، والعبد لا يملك تفويته ولا التصرف فيه دون إذن السيد"^(٥) .

الدليل الثالث:

أن العبد مملوك ، فلا يملك ، كالبهيمة^(٦) .

(١) شرح الخرشي: ١٨٢/٥ ؛ حاشية الدسوقي: ١٧٢/٣ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي: ١٤٦/٣ .

(٣) سبق تخريجه ، ص ٣٢٠ .

(٤) مختصر المزني: ١٨١/٨ .

(٥) المنتقى للباجي: ١٧٠/٤ .

(٦) أسنى المطالب: ١١٤/٢ ؛ حاشية الجمل: ٢٢٥/٢ .

اعترض عليه :

بأنه " لم يوجد في البهيمة ما يقتضي ثبوت الملك لها ، وإنما انتفى ملكها لعدم المقتضي له ، لا لكونها مملوكة ، وكونها مملوكة عديم الأثر ، فإن سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيود والوحوش ، لا تملك ، وكذلك الجمادات" (١) .

ويجاب عنه :

بأن كون العبد مملوكا يمنع ثبوت الملك له من وجهين:

الوجه الأول : " أن المملوكية تنافي المالكية ؛ فإن المملوكية تقتضي الحجر والمنع ، والمالكية تقتضي الإذن والإطلاق ؛ فلما تناقضا لم يجتمعا" (٢) .

ورد هذا الوجه : بأن " الحياة والآدمية علة الملك ، فهو آدمي حي ، فجاز أن يملك كالحُر ، وإنما طرأ عليه الرق عقوبة ، فصار للسيد عليه حق الحجر ، وذمته خالية عن ذلك ، فإذا أذن له سيده وفك الحجر عنه رجع إلى أصله في المالكية بعلة الحياة والآدمية وبقاء ذمته خالية عن ذلك كله" (٣) .

الوجه الثاني: أن العبد مال ، "والمال مبتذل من ماله، ولا يجوز أن يكون المبتذل مبتذلا" (٤) .

ويرد هذا الوجه : بعدم التسليم بأن المبتذل لا يكون مبتذلا ، لأنه يتصور أن يكون السيد مبتذلا لعبده، والعبد مبتذلا لماله بإذن سيده في حال انفكاكه عن ابتذال السيد أو بما لا يمنع ابتذاله.

الدليل الرابع:

أن العبد لا يملك بالإرث ، فأولى أن لا يملك بغيره (٥) .

ويعترض عليه :

بأن المانع من توريث العبد ليس عدم الملك، بل لأنه إنما يملك بتمليك سيده ملكا غير تام، لقدرة السيد على انتزاع ماله منه ، وكونه لسيده عند زوال ملكه عنه (٦) .

(١) المغني: ١٢٦/٤ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي: ١٤٦/٣ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي: ١٤٦/٣ .

(٤) كشف الأسرار: ٢٨٦/٤ .

(٥) أسنى المطالب: ١١٤/٢ ؛ حاشية الجمل: ٢٢٥/٢ .

(٦) انظر المغني: ١٢٦/٤ ، ٢٢٩/٦ .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول ، لما ذكر في الاستدلال له من ظاهر الحديث ، ومن كونه آدميا حيا ، فالأصل فيه استحقاق التملك ، وإنما حجر عليه لحق سيده ، فإذا أذن له سيده بالتملك رجع إلى الأصل.

المطلب الثاني: حكم بيع العبد الدائن .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : بيع العبد الدائن إذا كان ماله غير مقصود .

الفرع الثاني : بيع العبد الدائن إذا كان ماله مقصودا .

الفرع الأول : بيع العبد الدائن إذا كان ماله غير مقصود .

وذلك بأن لا يقصد المشتري شراء مال العبد ، وإنما يقصد بقاء المال له ، وإقراره في يده^(١).

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : جواز ذلك دون اشتراط العلم بما للعبد من الدين، ودون اعتبار لجريان الربا بين

ثمن العبد ودينه ولا لشروط بيع الدين. وإليه ذهب المالكية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤)، وهو القديم من قولي الشافعي^(٥).

القول الثاني : أن حكم ذلك كما لو لم يكن الدين للعبد وبيعا بعقد واحد وثمن واحد ، فحكم

ذلك حكم بيع الدين لغير من هو عليه ، وعلى القول بالجواز يشترط العلم بالدين وعدم جريان الربا بينه وبين الثمن ، وتحقق سائر شروط بيع الدين، ومن ذلك أن لا يباع بثمن مؤجل.

وإلى هذا القول ذهب الحنفية^(٦)، والشافعية^(٧)، وهو رواية عند الحنابلة^(٨).

(١) حاشية الدسوقي: ١٧٢/٣ ؛ المغني: ١٢٥/٤.

(٢) المدونة: ٢٧٠/٣ ؛ المنتقى للباجي: ١٧٢/٤ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٧٢/٣-١٧٣ ؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٢٢٩/٣ .

(٣) المغني: ٤٥، ١٢٥/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٧٠، ٨٧/٢ ؛ كشف القناع: ٢٨٧/٣-٢٨٨ .

(٤) المحلى: ٣٣٥-٣٣٤/٧ .

(٥) مختصر المزني: ١٨١/٨ .

(٦) فتح القدير: ٢٨٢/٦ ؛ البحر الرائق: ٣١٩-٣١٨/٥ .

(٧) مختصر المزني: ١٨١/٨ ؛ أسنى المطالب: ١٠٠/٢ .

(٨) انظر القواعد لابن رجب، ص ٣٨٨ ؛ الإنصاف: ٨١/٥-٨٣ .

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أن مال العبد دخل في البيع تبعا غير مقصود ، فاحتملت فيه الجهالة والغرر، وجاز كونه من جنس الثمن، كاللبن في ضرع الشاة المبعة والصوف على ظهرها، وكالتمويه بالذهب في سقف الدار، فإن ذلك كله لا يشترط العلم به، ولا يمنع بيع الشاة بلبن أو صوف ولا بيع الدار بذهب^(١) .

ويعترض عليه باعتراضين :

الاعتراض الأول :

أن مال العبد يقصد وحده بالبيع ، ويجوز إفراده به ، فلا يختلف حكمه حال إفراده بالعقد عن حال ضمه مع العبد ، دون اعتبار للقصد وعدمه ، بخلاف اللبن في ضرع الشاة والصوف على ظهرها والذهب المموه به إذا كان لا يتحصل منه شيء ، فإن ذلك لا يقصد وحده بالبيع ولو قصد لم يجز، فجاز على سبيل التبع للحاجة^(٢) .

ويجاب:

بأن جواز بيع الشيء مفردا لا أثر له في حكم بيعه مضموما مع غيره ، فإن من المبيعات ما يستوي في بيعه الأفراد والضم ولو على سبيل التبع، مع عدم جواز بيعه مفردا ، كالحلية في السيف^(٣)، ومن المبيعات ما يفرق في بيعه بين الأفراد، والضم على سبيل التبع، والضم لا على سبيل التبع، مع جواز بيعه مفردا ، كالتمر في النخل^(٤) .

الاعتراض الثاني:

على التسليم بأن ما يدخل في البيع تبعا غير مقصود تحتل فيه الجهالة ، فإنه لا يحتل فيه الربا، فلا يجوز بيعه مع أصله بما هو من جنسه ، وذلك كالنخل فيه التمر، يجوز بيعه وإن لم يعلم قدر التمر، ولا يجوز بيعه بتمر^(٥) .

ويجاب :

بأن التفريق بين الجهالة والربا في ذلك غير صحيح ، لأن العلة في احتمال الجهالة عدم القصد،

(١) المغني: ١٢٥/٤ .

(٢) انظر تكملة المجموع: ٢٧١/١٠-٢٧٢ ؛ المغني: ٤٦/٤ .

(٣) وهذا عند الحنابلة (المغني: ٤٦/٤) .

(٤) انظر المغني: ٤٦/٤ .

(٥) انظر تكملة المجموع : ٤٣٧/١٠ .

وهذه العلة ينبغي أن يحتمل معها الربا أيضا .

وما ذكر من عدم جواز بيع النخل فيه التمر بتمر غير مسلم، بل يجوز إذا كان المقصود هو النخل لا التمر^(١) .

الدليل الثاني:

أن المبيع هو العبد ، وماله ملك له على ما تقدم، فاشترطه بمعنى اشتراط أن يكون العبد ذا مال، وذلك صفة لم تقع المعاوضة عليها فلا أثر لها في صحة العقد^(٢) .

دليل القول الثاني :

أن البيع انعقد على العبد ودينه ، والدين غير مملوك له، فحكم ذلك حكم بيع العبد مع دين لسيد لا تعلق له به .

ويعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول :

أن هذا مبني على عدم تملك العبد، وقد تقدم ترجيح تملكه ، وعليه فالمبيع هو العبد وحده، والدين بمثابة الصفة فيه.

الاعتراض الثاني:

على التسليم بأن العبد لا يملك، فإن الدين ليس هو المقصود بالبيع ، وإنما المقصود الأكثر هو العبد، وضم معه الدين على سبيل التبع، وما بيع على هذه الصفة جاز فيه الجهالة وكونه من جنس الثمن، على ما تقدم في أدلة القول الأول .

الترجيح:

الراجح -والله اعلم- هو القول الأول، لقوة أدلته وسلامتها من المعارضة، ولما ورد على دليل القول الثاني من اعتراضات .

(١) انظر التاج والإكليل: ٤٤٥-٤٤٦ ؛ المغني: ٤/٤٦ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٢/٧٠ .

(٢) المغني: ٤/١٢٥ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٣٨٨ .

الفرع الثاني : بيع العبد الدائن إذا كان ماله مقصودا .

وذلك بأن يكون مال العبد مقصودا قريبا من قصد العبد أو أكثر ، بحيث لا يريد المشتري بقاء المال لعبده وإقراره في يده وإنما يريده لنفسه^(١).

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن حكم ذلك كما لو لم يكن الدين للعبد وبيعا بعقد واحد وثن واحد ، فحكم ذلك حكم بيع الدين لغير من هو عليه ، وعلى القول بالجواز يشترط العلم بالدين وتحقق شروط بيعه، ومن ذلك مراعاة عدم جريان الربا بين ثمن العبد والدين وعدم بيعه بثمن مؤجل^(٢) . وإلى هذا القول ذهب الحنفية^(٣) ، والشافعية^(٤) ، والحنابلة^(٥) ، وهو قول عند المالكية^(٦) .

القول الثاني : اشتراط العلم بالدين فقط ، مع جواز البيع بما لا يجوز بيع الدين به ، كالبيع بثمن مؤجل أو بيعه بثمن من جنس الدين، وهو قول عند المالكية^(٧).

القول الثالث : جواز ذلك دون اشتراط العلم بالدين، ودون اعتبار لجريان الربا بين ثمن العبد والدين ولا لشروط بيع الدين. وإليه ذهب الظاهرية^(٨) ، وهو القديم من قولي الشافعي^(٩) ، ووجهه عند الحنابلة^(١٠) .

دليل القول الأول:

أن الدين مقصود للمشتري كقصد العبد، فهو مبيع كالعبد ، كما لو ضم إلى العبد دين لا تعلق له به وبيع معه^(١١) .

(١) انظر حاشية الدسوقي: ١٧٢/٣ ؛ المغني: ١٢٥/٤ .

(٢) انظر ما تقدم في بيع الدين مع العين في المبحث الرابع من الفصل الأول.

(٣) فتح القدير: ٢٨٢/٦ ؛ البحر الرائق: ٣١٨/٥-٣١٩ .

(٤) مختصر المزني: ١٨١/٨ ؛ أسنى المطالب: ١٠٠/٢ .

(٥) المغني: ٤٥، ١٢٥/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٧٠، ٨٧/٢ ؛ كشف القناع: ٢٨٨-٢٨٧/٣ .

(٦) حاشية الدسوقي: ١٧٢/٣ ؛ الفواكه الدواني: ١٠٦/٢ ؛ منح الجليل: ٢٨٣/٥ .

(٧) حاشية الدسوقي: ١٧٢/٣ ؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٢٢٩/٣ .

(٨) انظر المحلى: ٣٣٤-٣٣٥/٧ .

(٩) مختصر المزني: ١٨١/٨ .

(١٠) انظر القواعد لابن رجب، ص ٣٨٨ ؛ الإنصاف: ٨١/٥-٨٣ .

(١١) انظر المغني: ١٢٥/٤ ؛ أسنى المطالب: ١٠٠/٢ .

ويعترض عليه :

بأن قصد المشتري للدين لا أثر له ، لأن العقد لا يرد على الدين ، بل يرد على العبد، والدين ملك له بمترلة الصفة فيه، فليس محلاً للمعاوضة .

ويجاب:

بأن للقصد تأثيراً بالنظر إلى المعنى ، فإنه يجعل الدين محلاً للعقد مراداً للمشتري ومراعى في الثمن، ولو أن البائع انتزع الدين من العبد وباعهما بعقد واحد وثن واحد لكان ذلك عند المشتري هو وبيع العبد بدينه سواء ، فينبغي أن يكون حكمهما كذلك.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على اشتراط العلم بالدين : بأن الدين مقصود للمشتري ، وما كان مقصوداً في العقد يجب العلم به وانتفاء الجهالة عنه، نفياً للغرر عن العقد .

واستدلوا على عدم اشتراط أن يكون الثمن مما يجوز بيع الدين به : بأن الدين ليس محلاً للعقد، وإنما محل العقد هو العبد، والدين ملك له بمثابة صفة فيه لم يرد عليها عقد المعاوضة، فلا تأثير له فيما يجوز البيع به من الثمن وما لا يجوز .

ويعترض عليه :

بأن مال العبد وإن لم تقع عليه المعاوضة من حيث الصورة إلا أنه محل لها من حيث المعنى، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني .

دليل القول الثالث:

أن المبيع هو العبد ، وماله ملك له ، فاشتراطه بمعنى اشتراط أن يكون العبد ذا مال ، وذلك صفة لم تقع المعاوضة عليها فلا أثر لها في صحة العقد^(١) .

ويعترض عليه :

بأن مال العبد وإن لم تقع عليه المعاوضة من حيث الصورة إلا أنه محل لها من حيث المعنى،

(١) انظر المغني: ١٢٥/٤ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٣٨٨ .

والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول ، اعتباراً لمقصود العقد ومعناه، فإن شراء العبد بماله مع قصد انتزاع ماله منه بمعنى شراء العبد مع ماله بعد انتزاعه منه .

المبحث الخامس : الصرف بما في الذمة.

في هذا المبحث أتناول حكم الصرف إذا كان أحد النقدين في الذمة، وكون أحد النقدين في الذمة يرد على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون النقد ثابتا دينا في الذمة قبل عقد الصرف، ويسقط عنها به.
الوجه الثاني: أن يثبت النقد في الذمة بعقد الصرف نفسه، أي أن يكون النقد موصوفا في الذمة.
ويفرق المالكية بين الوجه الأول والثاني، فيسمون الأول "صرف ما في الذمة"^(١)، أو "الصرف في الذمة"^(٢)، ويسمون الثاني "الصرف على الذمة"^(٣). أما الشافعية والحنابلة فالغالب أن يطلق "الصرف في الذمة" على الوجه الثاني خاصة^(٤)، وربما سموه "الصرف على الذمة" أيضا^(٥).
ويحسن الإشارة إلى أن الحنفية لا يرد عقد الصرف عندهم إلا على أحد هذين الوجهين^(٦)، لعدم تعيين النقود عندهم بالتعيين على ما سبق بيانه^(٧).
وأتناول هذين الوجهين في مطلبين :
المطلب الأول : صرف النقد الثابت دينا في الذمة .
المطلب الثاني : صرف النقد الموصوف في الذمة.

المطلب الأول : صرف النقد الثابت دينا في الذمة .

وفيه فرعان :

- الفرع الأول : صرف النقد الثابت دينا في الذمة بنقد معين^(٨) .
الفرع الثاني : صرف النقد الثابت دينا في الذمة بمثله .

(١) التاج والإكليل: ١٤٠/٦؛ حاشية الدسوقي: ٣٠/٣.

(٢) مواهب الجليل: ٣١٠/٤؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٥٠/٣ .

(٣) التاج والإكليل: ١٤٠/٦ ؛ شرح الخرشي: ٣٨/٥؛ حاشية الدسوقي: ٣٠/٣.

(٤) تكملة المجموع للسبكي: ٩٧، ١٠٥/١٠ ؛ حاشية الجمل: ٩٨/٣ ؛ المغني: ٥١-٥٠/٤؛ كشاف القناع: ٢٦٦/٣ .

(٥) انظر تكملة المجموع للسبكي: ١٠٤/١٠ .

(٦) بدائع الصنائع: ٢١٥، ١٣٤/٥ ؛ البحر الرائق: ٢٨٢/٥ .

(٧) انظر ص ١١٥-١١٧ .

(٨) المراد بالتعيين هنا أن يصارف بهذه الدنانير أو هذه الدراهم الحاضرة المشار إليها، بغض النظر عما إذا كان ذلك يقتضي

تعيينها شرعاً أو لا، وقد تقدم تناول الخلاف هل تتعين الدراهم والدنانير بالتعيين أو لا تتعين به، انظر ص ١١٥ .

وأرجئ تناول صرف النقد الثابت دينا في الذمة بنقد موصوف في الذمة إلى الفرع الثاني، ليكون ذلك بعد تناول صرف النقد الثابت دينا في الذمة بنقد معين ، وصرف النقد الموصوف في الذمة بنقد معين، لأنه فرع عن هاتين المسألتين.

الفرع الأول : صرف النقد الثابت دينا في الذمة بنقد معين .

اختلف الفقهاء في حكم صرف النقد الثابت في الذمة بنقد معين على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز ذلك ، سواء كان النقد الثابت في الذمة حالا أو مؤجلا، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وبعض الظاهرية^(٤) .

القول الثاني: جواز ذلك إذا كان النقد الثابت في الذمة حالا ، وعدم جوازه إذا كان مؤجلا ، وإليه ذهب المالكية^(٥)، وهو قول عند الشافعية^(٦)، ووجه عند الحنابلة^(٧) .

القول الثالث: عدم جواز ذلك، وإليه ذهب بعض الظاهرية^(٨)، وهو قول عند الشافعية^(٩)، ورواية عند الحنابلة^(١٠) .

أدلة القول الأول:

يستدل من ذهب من أصحاب هذا القول إلى جواز بيع الدين لمن هو عليه بأدلة جوازه المتقدم إيرادها، وبأدلة جواز ذلك مع جريان ربا النسئة بين الدين وبدله، دون فرق بين الدين المؤجل والحال، وقد تقدم إيراد ذلك في موضعه.

ومن ذهب منهم إلى القول بعدم جواز بيع الدين فيستدل بأن استبدال النقود الثابتة في الذمة

(١) تبين الحقائق: ١٣٩/٤ - ١٤٠؛ العناية: ١٤٩/٧ - ١٥١؛ البحر الرائق: ٢١٥-٢١٧ .

(٢) روضة الطالبين: ٥١٥/٣؛ نهاية المحتاج: ٩١/٤؛ أسنى المطالب: ٨٤/٢ .

(٣) الفروع: ١٦٦/٤؛ الإنصاف: ٥٠/٥؛ شرح منتهى الإرادات: ٧٨/٢؛ كشف القناع: ٢٧٠/٣ .

(٤) المحلى: ٤٥١/٧ .

(٥) الشرح الكبير للدردير: ٣٠/٣؛ منح الجليل: ٤٩٧/٤؛ شرح الخرشي: ٣٩/٥ .

(٦) الأم: ٣٣/٣؛ تكملة المجموع للسبكي: ١١٠/١٠ .

(٧) المغني: ٥٢/٤؛ الفروع: ١٦٦/٤؛ الإنصاف: ٥٠/٥ .

(٨) المحلى: ٤٥١/٧ .

(٩) روضة الطالبين: ٥١٥/٣؛ مغني المحتاج: ٤٦٤/٢ .

(١٠) المغني: ٩٥/٤؛ الفروع: ١٨٥-١٨٦؛ الإنصاف: ٤٩/٥-١١١ .

بنقود غيرها جائز، لأن النقود لتقاربها في المعنى تجرى مجرى الشيء الواحد ، فأخذ بعضها عن بعض ليس بمعاوضة محضة، بل هو نوع استيفاء^(١) .

أدلة القول الثاني:

أدلة هذا القول هي أدلة جواز بيع الدين لمن هو عليه ، وأدلة جواز بيع الدين بما يجري بينه وبين الدين ربا النسيئة إذا كان الدين حالا، وعدم جواز ذلك إذا كان الدين مؤجلا ، وقد تقدم ذكرها.

أدلة القول الثالث:

أدلة هذا القول هي أدلة المانعين من بيع الدين لمن هو عليه ، مع أدلة المانعين من بيع الدين بما يجري بينه وبين الدين ربا النسيئة مطلقا، وقد تقدم إيرادها .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ، بناء على ما سبق من ترجيح جواز بيع الدين لمن هو عليه إذا تحققت شروطه المتقدم ببيانها، وما رجح في تناول شروطه من أنه لا يشترط عدم جريان ربا النسيئة بين الدين وبذله، سواء كان الدين حالا أو كان مؤجلا.

الفرع الثاني : صرف النقد الثابت دينا في الذمة بمثله .

اختلف الفقهاء في حكم صرف النقد الثابت دينا في الذمة بمثله على ثلاثة أقوال:

القول الأول : جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٢).

القول الثاني : جواز ذلك إذا كان كل من النقدين الثابتين في الذمة حالا، وعدم جوازه إذا كان أحدهما أو كلاهما مؤجلا ، وإليه ذهب المالكية^(٣).

القول الثالث: عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وبعض الظاهرية^(٦) .

(١) القواعد لابن رجب، ص ٨١ ؛ وانظر روضة الطالبين: ٥١٥/٣ ؛ المغني: ٥١/٤-٥٢ .

(٢) تبين الحقائق : ١٤٠/٤ ؛ البحر الرائق : ٢١٦-٢١٧ ؛ رد المختار : ٢٦٥-٢٦٦ .

(٣) الشرح الكبير للدردير: ٣٠/٣ ؛ منح الجليل : ٤٩٧/٤ ؛ شرح الخرشي : ٣٨-٣٩ .

(٤) الأم : ٣٣/٣ ؛ مغني المحتاج : ٣٦٩-٣٧٠ ؛ تكملة المجموع للسبكي : ١٠٥-١٠٦ .

(٥) المغني : ٥١/٤ ؛ الإنصاف : ٤٤/٥ ؛ شرح منتهى الإرادات : ٧٢/٢ .

(٦) المحلى : ٤٥١/٧ .

أدلة القول الأول :

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة جواز بيع الدين لمن هو عليه ، مع أدلة جواز بيعه بدين مثله، وأدلة جواز بيعه بما يجري بينه وبين الدين ربا النسيئة ، سواء كان الدين حالا أو مؤجلا. وقد تقدم إيراد ذلك في موضعه.

أدلة القول الثاني :

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة جواز بيع الدين لمن هو عليه ، مع أدلة جواز بيعه بدين مثله، وأدلة جواز بيع الدين بما يجري بينه وبين الدين ربا النسيئة إذا كان الدين حالا، وعدم جواز ذلك إذا كان الدين مؤجلا، وقد تقدم إيرادها .

أدلة القول الثالث :

أدلة هذا القول هي أدلة المانعين من بيع الدين لمن هو عليه، مع أدلة المانعين من بيع الدين بدين مثله، وأدلة المانعين من بيع الدين بما يجري بينه وبين الدين ربا النسيئة مطلقا، وقد تقدم إيراد ذلك.

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ، بناء على ما سبق من ترجيح جواز بيع الدين لمن هو عليه إذا تحققت شروطه المتقدم ببيانها، وما رجع في تناول شروطه من أنه يجوز بيع الدين الثابت في الذمة لمن هو عليه بدين ثابت له في ذمة الدائن، وأنه يجوز بيعه بدين يجرى بينه وبين الدين ربا النسيئة، سواء كان الدين حالا أو مؤجلا.

المطلب الثاني : صرف النقد الموصوف في الذمة .

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول : صرف النقد الموصوف في الذمة بنقد معين .

الفرع الثاني : صرف النقد الموصوف في الذمة بمثله .

الفرع الثالث : صرف النقد الموصوف في الذمة بنقد ثابت في الذمة .

الفرع الأول : صرف النقد الموصوف في الذمة بنقد معين .

لا يختلف الفقهاء في صحة صرف نقود معينة حاضرة بنقود موصوفة في الذمة موجود عند باذها في مجلس العقد ما يفي بها، وإنما وقع الخلاف في صحة ذلك إذا لم يكن عنده ما يفي بها في مجلس العقد، بحيث يستقرض ذلك مثلاً بعد العقد من رجل بجواره ويدفعه إلى صاحبه دون تأخير، وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحة ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥) .

القول الثاني: صحة ذلك في حال عدم علم صاحب النقد الحاضر بأن الآخر عاقد على ما ليس عنده، وعدم صحة ذلك في حال علمه، وهو قول عند المالكية^(٦) .

القول الثالث: عدم الصحة، علم صاحب النقد الحاضر بأن الآخر عاقد على ما ليس عنده أو لم يعلم، ولا بد من حضور عوضي الصرف في المجلس عند العقد، وإليه ذهب أشهب من المالكية^(٧) .

(١) المبسوط: ٣/١٤ ؛ تبين الحقائق: ١٣٥/٤ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٠/٣ ؛ شرح الخرشي: ٣٨/٤ ؛ الشرح الصغير: ٥٠/٣ .

(٣) تكملة المجموع للسبكي: ١٠٧/١٠ ؛ نهاية المحتاج: ٩١/٤ .

(٤) المغني: ٥١-٥٠/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٧٤/٢ .

(٥) المحلى: ٤٦٤/٧ .

(٦) مواهب الجليل: ٣٠٩/٤ ؛ منح الجليل: ٤٩٦/٤ ؛ التاج والإكليل: ١٣٨/٦ .

(٧) المنتقى للباجي: ٢٦٣/٤ ؛ مواهب الجليل: ٣٠٩/٤ .

أدلة القول الأول:

الدليل الأول :

ما روي عن مالك بن أوس^(١) أنه التمس صرفاً بمائة دينار قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله^(٢) فتراوينا حتى اصطرف مني فأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتيني خازني من الغابة، وعمر بن الخطاب يسمع، فقال عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء»^(٣)

وجه الدلالة : أن عقد الصرف وقع على دنائير حاضرة ودراهم موصوفة في الذمة، ولم يكن عند طلحة في مجلس العقد ما يفي بها، وأجاز ذلك عمر رضي الله عنه بشرط التقابض قبل المفارقة.

الدليل الثاني:

أن لا دليل على اشتراط حضور عوضي الصرف في مجلس العقد، وشرط الصرف التقابض في المجلس، وذلك ممكن في العقد على موصوف في الذمة ليس عند باذله في مجلس العقد ما يفي به، كما في العقد على معين حاضر^(٤).

ويعترض عليه :

بعدم التسليم بأن المعتبر في الصرف هو التقابض في المجلس، بل المعتبر هو المناجزة ، فلو طال

(١) هو مالك بن أوس بن الحدثان، أبو سعيد، تابعي ثقة من أهل المدينة، واختلف في صحبته، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلاً، وروى عن عمر وعثمان وعلي وأكثر العشرة وغيرهم من الصحابة، ذكره بعضهم فيمن أدرك النبي صلى الله عليه وسلم ورآه ولم تثبت له عنه رواية، وذكر بعضهم أنه كان قديماً إلا أنه تأخر إسلامه. توفي سنة ٩٢ هـ. (تهذيب التهذيب: ٩/١٠ ؛ الأعلام: ٢٥٨/٥ ؛ سير أعلام النبلاء: ١٧١/٤).

(٢) طلحة بن عبيد الله بن عثمان بن عمرو القرشي التيمي، أبو محمد المدني، أحد العشرة وأحد السابقين إلى الإسلام وأحد الستة أصحاب الشورى، ومن شجعان الصحابة وأجوادهم، غاب عن بدر فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهمه وأجره، وشهد أحداً وما بعدها، وثبت في أحد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان أبو بكر إذا ذكر يوم أحد قال ذاك يوم كله لطلحة، قتل يوم الجمل عام ٣٦ هـ وعمره ٦٠ سنة وقيل ٦٣ سنة. (تهذيب التهذيب: ١٩/٥ ؛ الأعلام: ٢٢٩/٣ ؛ الاستيعاب: ٧٦٤/٢ - ٧٧٠).

(٣) رواه البخاري (صحيح البخاري: ٢/٧٦١ كتاب البيوع باب الشعير بالشعير).

(٤) المغني: ٤/٥٠ ؛

المجلس دون تقابض بطل العقد^(١)، وعقد الصرف على ما ليس عند العاقد مظنة التأخير، فلا يصح .

ويجاب :

بأن المشتراط في الصرف التقابض، وتوقيت التقابض بوقت العقد يفضي إلى عسر ومشقة^(٢) لشدة قصره، فكان لا بد من امتداد وقت التقابض إلى ما بعد العقد ، وذلك يحتاج إلى حد لنهايته، والمجلس أولى ما يحد به، لأنه حال انشغال المتعاقدين بالعقد، وللاتفاق عليه واعتبار الشارع له في بعض المواضع.

وعلى القول بعدم اعتبار المجلس فلو عين العوضان وحضرا ووقع القبض بعد العقد ناجزا صح ، ولو عين العوضان وحضرا وتأخر القبض في المجلس لم يصح العقد، فدل على أن المعتبر هو المناجزة لا التعيين ولا الحضور، والمناجزة ممكنة في الموصوف في الذمة الغائب كما في المعين الحاضر.

دليل القول الثاني:

أن عوض الصرف إذا كان غائبا لا يتيقن من إمكان تقبيضه ناجزا ، ففي المصارفة به دخول في العقد على غير ما يقتضيه من التناجز والتقابض حال العقد^(٣)، وذلك لا يصح . إلا أنه إذا كان عوض أحد المتصارفين حاضرا، وكان يظن أن صاحبه مثله، فقد دخل في العقد على ما يقتضيه من المناجزة والتقابض، فصح العقد من جهته، فلا يبطل حقه في صحة العقد بغياب عوض صاحبه دون علمه ، وقد يكون صاحبه عقد الصرف على عوض حاضر ثم لم يظهره وادعى غياب عوضه لإفساد العقد فلا يصدق^(٤) .

ويعترض عليه :

بعدم التسليم بأن شرط عقد الصرف مناجزة التقابض، وإنما شرطه التقابض في مجلس العقد ، وذلك ممكن في عوض الموصوف في الذمة الغائب .

وعلى القول بأن شرط عقد الصرف مناجزة التقابض ، فإن ذلك ممكن أيضا في عوض الغائب، فلا مانع من تجويز المصارفة به بهذا الشرط، فإن كان ذلك وإلا فسد العقد.

ولو صح أن شرط عقد الصرف مناجزة التقابض وأن ذلك يقتضي عدم تجويز المصارفة بالعوض

(١) المعونة: ١٠٢٣/٢ .

(٢) انظر تبين الحقائق: ١٣٥/٤ .

(٣) انظر المنتقى للباقي: ٢٦٣/٤ .

(٤) انظر المنتقى للباقي: ٢٦٣/٤ .

الغائب لم يكن للعلم وعدمه في ذلك تأثيراً، لأن ذلك مبني على مراعاة حق من أحضر عوضه، وذلك لا تأثير له فيما هو شرط لحق الشارع، كما لو فسد عقد الصرف بفوات التقابض بفعل أحد المتعاقدين دون رضا الآخر .

دليل القول الثالث:

أن عوض الصرف إذا كان غائباً لا يتيقن من إمكان تقبيضه ناجزاً ، ففي المصارفة به دخول في العقد على غير ما يقتضيه من التناجز والتقابض حال العقد^(١)، وذلك لا يصح .

ويعترض عليه :

بعدم التسليم بأن شرط عقد الصرف مناجزة التقابض، وإنما شرطه التقابض في مجلس العقد ، وذلك ممكن في العوض الموصوف في الذمة الغائب .
وعلى القول بأن شرط عقد الصرف مناجزة التقابض ، فإن ذلك ممكن أيضاً في العوض الغائب، فلا مانع من تجويز المصارفة به بهذا الشرط، فإن كان ذلك وإلا فسد العقد.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول ، لما سبق في الاستدلال له ، وبناء على أن المشتراط في عقد الصرف هو التقابض في مجلس العقد ، وذلك ممكن في المصارفة بعوض موصوف في الذمة غير حاضر .

الفرع الثاني : صرف النقد الموصوف في الذمة بمثله.

لا يختلف الفقهاء في صحة صرف نقود موصوفة في الذمة موجود عند باذنها في مجلس العقد ما يفي بها بمثلها، وإنما وقع الخلاف في صحة ذلك إذا كان كل من المتعاقدين ليس عنده ما يفي بها في مجلس العقد، وإنما يستقرض ذلك مثلاً بعد العقد من رجل بجواره ويدفعه إلى صاحبه دون تأخير، وذلك على قولين:

(١) انظر المنتقى للباقي: ٢٦٣/٤ .

القول الأول: صحة ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).
القول الثاني: عدم صحة ذلك، وإليه ذهب المالكية^(٥).

دليل القول الأول :

أن لا دليل على اشتراط حضور عوضي الصرف في مجلس العقد، وشرط الصرف التقابض في المجلس، وذلك ممكن في العقد على موصوف في الذمة ليس عند باذله في مجلس العقد ما يفني به، كما في العقد على معين حاضر^(٦).
ويعترض على هذا الدليل: بما اعترض عليه في المسألة السابقة ، ويجاب عنه بما أجيب به هنالك.

دليل القول الثاني:

أن عوض الصرف إذا كان غائبا لا يتيقن من إمكان تقبيضه ناجزا ، ففي المصارفة به دخول في العقد على غير ما يقتضيه من التناجز والتقابض حال العقد^(٧)، وذلك لا يصح .
ويعترض على هذا الدليل: بما اعترض عليه به في المسألة السابقة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول ،بناء على أن المشترط في عقد الصرف هو التقابض في مجلس العقد ، وذلك ممكن في المصارفة بعوضين موصوفين في الذمة غير حاضرين .

(١) المبسوط: ٣/١٤ ؛ تبين الحقائق: ١٣٥/٤ .

(٢) تكملة المجموع للسبكي: ١٠٧/١٠ ؛ نهاية المحتاج: ٩١/٤ .

(٣) المغني: ٥١-٥٠/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٧٤/٢ .

(٤) المحلى: ٤٦٤/٧ .

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٠/٣ ؛ شرح الخرشي: ٣٨/٤ ؛ منح الجليل: ٤٩٦/٤ .

(٦) المغني: ٥٠/٤ .

(٧) المنتقى للباجي: ٢٦٣/٤ .

الفرع الثالث : صرف النقد الموصوف في الذمة بنقد ثابت في الذمة .

يرد في صرف النقد الموصوف في الذمة بنقد ثابت في الذمة الخلاف الوارد في صرف النقد الثابت في الذمة بنقد معين المتقدم إirاده، وعلى القول بالجواز يرد الخلاف فيما إذا لم يكن عند باذل النقود الموصوفة في الذمة ما يفي بها في مجلس العقد، بحيث يستقرض ذلك مثلاً بعد العقد من رجل بجواره ويدفعه إلى صاحبه دون تأخير، وذلك على ما تقدم من الأقوال في صرف النقد الموصوف في الذمة بنقد معين.

الفصل الثالث: بيع الدين في السلم والاستصناع.

تقدم أن مصطلح بيع الدين يرد عند الفقهاء بثلاثة معان^(١):

المعنى الأول : معاوضة مال ثابت في الذمة قبل المبادلة بمال. وهذا المعنى هو الغالب عند الفقهاء.

المعنى الثاني : معاوضة مال منشأ في الذمة بعقد المبادلة بمال.

المعنى الثالث : معنى عام يشمل المعنيين السابقين ، وهو : معاوضة مال في الذمة بمال، سواء كان

المال في الذمة ثابتا قبل عقد المعاوضة أو ناشئا به، وهو موضوع هذا البحث، عدا ما كان منه معاوضة مال منشأ في الذمة بمال معين أو مقبوض .

ولعقد السلم بالنظر لهذه المعاني تعلق ببيع الدين من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول : أن عقد السلم نفسه من بيع الدين بالمعنى الثاني ، لأن المال المنشأ في الذمة قد

يكون ثمنا في مقابل مئمن معين ، كما في بيع عرض معين كثوب معين أو دابة معينة بنقود مؤجلة ،

وقد يكون مئمنا في مقابل ثمن مقبوض أو معين، وذلك قد يكون سلما إذا استوفى شروط السلم ،

وقد يكون بيع مئمن موصوف في الذمة على غير وجه السلم عند من يذهب إلى أن من بيع المئمن

الموصوف في الذمة ما لا يكون سلما.

(١) انظر ص ٤٩-٥٠ .

وقد تقدم أن البحث لا يتناول معاوضة المال المنشأ في الذمة بالمال المعين أو المقبوض، وعليه فليس عقد السلم نفسه محلاً للبحث هنا، ويستثنى من ذلك مسألة تأخير رأس مال السلم، لأنها من بيع الدين المنشأ في الذمة بدين منشأ في الذمة، وهو ما يسميه المالكية ابتداء الدين بالدين على ما سبق^(١)، فهذه المسألة يتناولها البحث، خاصة وأنها قريبة من معنى بيع الدين بالدين على المعنى الأول، وإن لم تكن منه.

الوجه الثاني : أن رأس مال السلم قد يكون ديناً ثابتاً في ذمة المسلم إليه، بحيث يصير العقد بيع دين ثابت في الذمة بدين منشأ في الذمة، مما يجعل هذه الصورة من بيع الدين بمعنى الأول والثاني معاً.

الوجه الثالث : أن عقد البيع قد يرد على المسلم فيه بعد ثبوته في الذمة، فهذا يدخل في بيع الدين بالمعنى الأول، سواء بيع المسلم فيه للمسلم إليه، أو لغيره. ومن هذه الأوجه تبين صلة السلم ببيع الدين بمعانيه المختلفة، ومباحته ذات الصلة ببيع الدين بالمعنى محل البحث، والتي أتناولها مع مبحث من مباحث الاستصناع في تمهيد وستة مباحث :

تمهيد : في حقيقة السلم.

المبحث الأول : تأخير رأس مال السلم.

المبحث الثاني: تأخير البدلين في بيع الموصوف في الذمة بغير وجه السلم.

المبحث الثالث: بيع الاستجرار.

المبحث الرابع : جعل الدين رأس مال السلم.

المبحث الخامس : بيع المسلم فيه قبل قبضه والاعتياض عنه.

المبحث السادس : تأخير البدلين في الاستصناع.

(١) انظر ص ٦٠ .

تمهيد: في حقيقة السلم

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف السلم لغة.

المطلب الثاني: تعريف السلم اصطلاحا.

المطلب الأول : تعريف السلم لغة .

يرد السَّلَم في اللغة بمعنى الإعطاء، والتقديم، والاستسلام.

فمن معنى الاستسلام قولهم: أسلم الرجل إذا دخل في السَّلَم أي الاستسلام.

ومن معنى الإعطاء قولهم: أسلم إليه الشيء أي دفعه إليه وأعطاه إياه .

ومن معنى التقديم قولهم: أسلم في برٍّ وسَلَم فيه، إذا بايعه بيعا مخصوصا فاشترى منه برا بتقديم

الثمن وتأجيل البرِّ إلى أمد، فأصله: أسلم الثمن في البر، وسَلَم الثمن فيه، فحذف ذكر الثمن.

ويطلق السَّلَف لغة بهذا المعنى أيضا، يقال: سَلَمَ وأَسْلَمَ وسَلَّفَ وأَسْلَفَ بمعنى واحد إلا أن

السلف يكون بمعنى القرض أيضا^(١).

المطلب الثاني : تعريف السلم اصطلاحا .

عرف السلم اصطلاحا بتعريفات كثيرة ، وسأورد لكل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة

تعريفا أجد أن بعض فقهاء المذهب اختاره على غيره، وأبين ما يحتاج لبيان منها، ثم أذكر التعريف المختار.

أولا : عند الحنفية :

عرف بعض الحنفية السلم بأنه : بيع آجل بعاجل^(٢).

قولهم : "بيع" يدل على أن السلم أحد أنواع البيع ، ولهذا ينعقد عندهم بلفظ البيع^(٣) .

(١) انظر ترتيب القاموس: ٥٩٧/٢ ، ٦٠٢ ، ؛ مختار الصحاح، ص ٣١١ ؛ لسان العرب: ١٥٨/٩-١٥٩ ، ٢٩٥/١٢ ؛

التعريفات للجرجاني، ص ١٦٠ ؛ الزاهر ص ٢١٧ .

(٢) العناية: ٦٩/٧-٧٠ ؛ فتح القدير: ٧٠/٧ ؛ مجمع الأثر: ٩٧/٢ ؛ الدر المختار: ٢٠٩/٥ .

(٣) فتح القدير: ٧٠/٧ ؛ البحر الرائق: ١٦٨/٦ .

قولهم : "آجل" يدل على أن المبيع -أي المسلم فيه- مؤجل، إذ لا يصح السلم عندهم إلا مؤجلاً^(١)، كما يدل على أنه موصوف في الذمة، ذلك أن التأجيل إنما يكون في الدين دون العين، وبذلك خرج بيع المعين.

قولهم: "بعاجل"، يدل على أن الثمن - أي رأس المال- معجل، فلا بد من قبضه في مجلس العقد على ما يأتي بيانه لاحقاً إن شاء الله^(٢).

ثانيا : عند المالكية :

عرف بعض المالكية السلم بأنه: عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين^(٣).

قوله "يوجب عمارة ذمة" أخرج المعاوضة في المعينات. كما أخرج بيع الدين لغير من هو عليه، ذلك أن عقد السلم "أوجب عمارة ذمة، وبيع الدين عقد قرر العمارة ولم يوجب عمارة ذمة خالية من الدين"^(٤).

"بغير عين" المراد بالعين هنا المضروب من الذهب والفضة، وأخرج بهذا القيد بيع السلعة المعينة بثمن مؤجل.

قوله "ولا منفعة" أخرج به الكراء المضمون وما شابهه من المنافع في الذمة.

قوله "غير متماثل العوضين" أخرج به القرض.

ثالثا : عند الشافعية :

عرف بعض الشافعية السلم بأنه: بيع موصوف في الذمة بلفظ السلف أو السلم^(٥).
قوله "بيع" دل على أن السلم بيع مخصوص، ولهذا يشترط فيه شروط البيع^(٦)، وبه يخرج القرض

(١) البحر الرائق: ١٧٤/٦؛ رد المختار: ٢١٤/٥.

(٢) انظر ص ٤٠٨، ٤١١، ٤١٧.

(٣) شرح حدود ابن عرفة، ص ٢٩١؛ وانظر شرح الخرشي: ٢٠٢/٥؛ الفواكه الدواني: ٩٨/٢؛ منح الجليل: ٣٣١/٥.

(٤) شرح حدود ابن عرفة، ص ٢٩١-٢٩٢.

(٥) تحفة المحتاج: ٢/٥؛ نهاية المحتاج: ١٨٢/٤؛ شرح منهج الطلاب بحاشية البجيرمي: ٣٢٥/٢؛ حاشية الجمل: ٢٢٦/٣.

(٦) نهاية المحتاج: ١٨٣/٤؛ حاشية القليوبي: ٣٠٤/٢.

فإنه ليس بيعا بل هو تمليك للشيء على أن يرد بدله^(١).

قوله " موصوف في الذمة " أخرج بيع المعين.

قوله " بلفظ السلف أو السلم " أخرج بيع الموصوف في الذمة بلفظ البيع ، فإنه ينعقد عندهم بيعا لا سلما^(٢).

رابعاً : عند الحنابلة :

عرف بعض الحنابلة السلم بأنه : بيع موصوف في الذمة إلى أجل^(٣).

وهو قريب من تعريف الشافعية إلا أنه مقيد بكون المسلم فيه مؤجلاً ، فذلك من شرط السلم عندهم^(٤).

التعريف المختار :

لعل التعريفين الأخيرين أولى من سابقيهما وأوضح دلالة ، إلا أنه يلاحظ على تعريف الشافعية أنه خص السلم بما كان بلفظ السلف أو السلم ، والجمهور يخالفهم في ذلك. كما يلاحظ على تعريف الحنابلة أن اشتراط التأجيل أمر غير متفق عليه.

بناء على ذلك وبالنظر إلى بعض التعريفات الأخرى المقاربة لهذين التعريفين^(٥) فيأتي أجد الأولى

تعريف السلم بأنه : بيع موصوف في الذمة مؤخر عن مجلس العقد.

فهذه هي حقيقة السلم ، وما قد يزداد على ذلك من تأجيل المثلث أو تعجيل الثمن أو كونه من غير جنس المثلث ونحو ذلك فهو من شروط السلم ، والشروط خارجة عن الحقيقة. إضافة إلى أن

(١) حاشية البجيرمي على المنهج: ٣٤٨/٢.

(٢) مغني المحتاج: ٤/٣ ؛ حاشية البجيرمي على الخطيب: ٥٣/٣ .

(٣) كشف القناع: ٢٨٨/٣-٢٨٩ ؛ مطالب أولي النهى: ٢٠٧/٣ .

(٤) شرح منتهى الإرادات: ٩٢/٢ ؛ كشف القناع: ٢٩٩/٣ .

(٥) ومن هذه التعريفات:

أ- بيع موصوف في الذمة (انظر المنهاج مع مغني المحتاج: ٣/٣-٤).

ب- بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه (الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٢٦١/٣-٢٦٢).

ج- بيع موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً (فتح العزيز: ٣٩١/٤ ؛ روضة الطالبين: ٣/٤ ؛ سبل السلام: ٦٨/٢).

د- عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد (كشف القناع: ٢٨٨/٣-٢٨٩ ؛ مطالب أولي

النهي: ٢٠٧/٣).

الغرض من إيراد الشروط إخراج السلم الفاسد، والشأن في التعريف أن يكون شاملاً للصحيح والفاسد.

والتعريف على هذا النحو كاف في تمييز السلم عما قد يشتبه به من العقود، فإنه أخرج القرض، لأنه ليس بيعاً، وأخرج بيع المعين ولو كان غائباً موصوفاً أو كان الثمن فيه مؤجلاً، لأن المبيع فيه ليس في الذمة، أما عبارة "مؤخر عن مجلس العقد" فالمراد منها إخراج بيع الموصوف في الذمة المقبوض في مجلس العقد، كبيع بر موصوف في الذمة ثم قبضه في مجلس العقد قبل التفرق، فإن ذلك ليس بسلم. وإنما اخترت عبارة "مؤخر" بدلاً من "مؤجل" ليشمل التعريف السلم الحال والمؤجل، فالتأخير أعم من التأجيل، لأن التأخير قد يكون من غير شرط، أي مع حلول الدين، وقد يكون بشرط لمدة تعتبر أجلاً كالشهر والشهرين، وقد يكون بشرط لمدة لا تعتبر أجلاً كالساعة واليوم ونحو ذلك^(١).

(١) ولذلك يعبر المالكية بالتأخير دون التأجيل في تأخير رأس مال السلم ليومين أو ثلاثة، لأن مثل هذه المدة لا تعد عندهم أجلاً على ما يأتي بيانه. انظر ص ٤٠٨.

المبحث الأول: تأخير رأس مال السلم

تأخير رأس مال السلم إما أن يكون ببقائه في يد المسلم مع تعيينه، أو ببقائه ديناً في ذمة المسلم، وبقاؤه ديناً في ذمة المسلم قد يكون بناء على تأجيله باتفاق المتعاقدين، أي بشرط حين التعاقد، وقد يكون من غير شرط، بأن يقع العقد بدون شرط التأجيل، ثم بعد ذلك يبقى رأس مال السلم ديناً في ذمة المسلم فلا يعين ولا يقبضه المسلم إليه، وذلك إما برضا المتعاقدين، أو بامتناع المسلم عن تسليم رأس المال، أو بامتناع المسلم إليه عن قبضه.

وأتناول ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: تأخير رأس مال السلم ببقائه ديناً في ذمة المسلم.

المطلب الثاني: تأخير رأس مال السلم بتأخير قبضه مع تعيينه.

المطلب الأول : تأخير رأس مال السلم ببقائه ديناً في ذمة المسلم .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تأجيل رأس مال السلم.

الفرع الثاني : تأخير رأس مال السلم ببقائه ديناً في ذمة المسلم من غير شرط.

الفرع الأول : تأجيل رأس مال السلم.

يتفق الفقهاء على عدم جواز عقد السلم بشرط تأجيل رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام^(١)،

ومن أدلة ذلك :

- ١- أن رأس مال السلم إذا اشترط تأجيله كان ذلك من بيع الدين بالدين، وقد تقدم الإجماع على المنع منه^(٢). ولم يحك خلاف في هذه الصورة، مما يجعلها من صور بيع الدين بالدين المتفق عليها.
- ٢- أن رأس مال السلم إذا اشترط تأجيله كان ذلك من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه^(٣) ، بل يرى شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تفسير بيع الكالئ بالكالئ بهذه المسألة على ما

(١) بدائع الصنائع: ٢٠٣/٥؛ تبين الحقائق: ١١٧/٤؛ المعونة: ٩٨٨/٢؛ حاشية الدسوقي: ١٩٥/٣؛ مغني المحتاج: ٤/٣؛ أسنى

المطالب: ١٢٢/٢؛ المغني: ١٩٧/٤؛ الإنصاف: ١٩٤/٥؛ المحلى: ٤٦/٨ .

(٢) انظر ص ٧٨-٨١، ٢٨٤-٢٨٥ .

(٣) سبق تخريجه ص ٨٤-٨٦ .

تقدم^(١) .

٣- أن هذا العقد فيه مفسدة انشغال ذمة كل من المسلم والمسلم إليه دون فائدة، ذلك أن مقصود السلم تحصيل المسلم إليه عند أجله، ولا بد لذلك من تسليم رأس المال للمسلم إليه ليتصرف فيه ويستعين به في ذلك^(٢) ، فإذا عقدا السلم بشرط تأجيل رأس المال لم يكن عقد السلم مفيدا . قال شيخ الإسلام ابن تيمية : "إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو المؤخر بالمؤخر، ولم ينه عن بيع دين ثابت في الذمة يسقط إذا بيع بدين ثابت في الذمة يسقط، فإن هذا الثاني يقتضي تفرغ كل واحدة من الذمتين، ولهذا كان هذا جائزا في أظهر قولي العلماء، كمذهب مالك وأبي حنيفة وغيرهما ، بخلاف ما إذا باع دينا يجب في الذمة ويشغلها بدين يجب في الذمة، كالمسلم إذا أسلم في سلعة ولم يقبضه رأس المال، فإنه يثبت في ذمة المستسلم دين السلم وفي ذمة المسلف رأس المال ولم ينتفع واحد منهما بشيء"^(٣) .

٤- أن معنى السلم أخذ عاجل بأجل ، لأنه يسمى سلما وسلفا ، والسلم ينبئ عن التسليم ، والسلف ينبئ عن التقدم ، فاشتراط تأجيل العوضين ينافي معناه^(٤) .

٥- أن اشتراط تأجيل رأس مال السلم يدخل في بيع الغرر، لما فيه من عدم التسليم من الطرفين^(٥)، وعقد السلم لا يخلو من غرر، لما فيه من تأجيل المسلم فيه إلى أجل لا يتيقن حصوله فيه، وإنما جاز لحاجة الناس وما فيه من المصالح، فلا يصح أن يضم إليه غرر تأخير رأس المال ، مع ما فيه من زوال فائدة العقد على ما تقدم .

٦- قال القرافي: "مقصود صاحب الشرع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفتن، حتى بالغ في ذلك بقوله: «لن تدخلوا الجنة حتى تحابوا»^(٦) ، وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين، وكان ذلك سببا لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشارع ما يفضي لذلك من بيع الدين بالدين"^(٧)

(١) انظر ص ٥٥ ، ص ١٠١-١٠٢ .

(٢) الهداية : ٩٧/٧ ؛ تبين الحقائق: ١١٧/٤ .

(٣) مجموع الفتاوى : ٤٧٢/٢٩

(٤) انظر بدائع الصنائع: ٢٠٢/٥ ؛ فتح القدير: ٩٧/٧ .

(٥) إدرار الشروق: ١٧٣/٣ .

(٦) تقدم تخريجه ص ٣١٨ .

(٧) الذخيرة: ٢٢٥/٥ .

واختلف الفقهاء في حكم اشتراط تأجيل رأس مال السلم ثلاثة أيام أو أقل من ذلك على قولين: القول الأول : عدم جواز ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤)، وهو قول عند المالكية^(٥).

القول الثاني: جواز ذلك، وإليه ذهب المالكية^(٦)، وذهب بعض المالكية إلى جواز ذلك في اليومين وأقل منها دون الثلاثة^(٧).

ومنشأ الخلاف : هل يسمى التأخير ثلاثة أيام دينا أم لا ، فعند المالكية لا يسمى ذلك دينا، لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه ، وعند غيرهم يسمى دينا^(٨).

دليل القول الأول:

أنه لا فرق بين اشتراط التأجيل لليومين والثلاثة واشتراط التأجيل أكثر من ذلك، فكل ذلك اشتراط لتأجيل رأس مال السلم ، وهو لا يجوز.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن اشتراط اليومين والثلاثة لا يصير به العقد بيع دين بدين، لأن العادة جارية بأن ذلك ليس أجلا^(٩) ، ولأن غالب من اشترط الأجل في المسلم فيه من الفقهاء^(١٠) لا يجوز عنده التأجيل إلى

(١) بدائع الصنائع: ٢٠٣/٥ ؛ تبين الحقائق: ١١٧/٤ ؛ مجمع الأنهر: ١٠٢/٢ .

(٢) تحفة المحتاج: ٥/٤-٥ ؛ مغني المحتاج: ٤/٣ ؛ أسنى المطالب: ١٢٢/٢ .

(٣) المغني: ١٩٧/٤ ؛ الإنصاف: ١٩٤/٥ ؛ كشف القناع: ٣٠٤/٣ .

(٤) المحلى : ٤٦/٨ .

(٥) المعونة: ٩٨٨/٢ ؛ حاشية الدسوقي: ١٩٥/٣ .

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٥/٣-١٩٦ ؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٢٦٤/٣ ؛ التاج والإكليل:

٤٧٦/٦ ؛ كفاية الطالب الرباني: ١٧٨/٢-١٧٩ .

(٧) المنتقى للباحي: ٣٠٠/٤ ؛ مواهب الجليل: ٥١٥-٥١٦ .

(٨) انظر الذخيرة: ٢٣٠/٥ .

(٩) المعونة: ٩٨٨/٢ .

(١٠) وهم الحنفية، والمالكية، والحنابلة ، والظاهرية، ولم يشترطه الشافعية (بدائع الصنائع: ٢١٢/٥ ؛ تبين الحقائق: ١١٥/٤ ؛

اليومين والثلاثة، فدل على أنه ليس بأجل وإلا لجاز إليه^(١) .

ويعترض عليه:

بعدم التسليم بأن اليومين والثلاثة ليسا أجلا . وما ذكر من العادة إنما هو اعتياد للمساحة في مثل هذه المدة لقصرها، لا لكونها ليست أجلا.

أما عدم جواز تأجيل المسلم فيه اليومين والثلاثة فغير مسلم، وعلى التسليم به فذلك لأن التأجيل لمثل هذه المدة لا تتحقق فيه فائدة السلم^(٢) ، لا لأن هذه المدة ليست أجلا ، وكل مدة لا تتحقق فيها فائدة السلم لا يجوز جعلها أجلا ، ولو كانت مما هو أجل باتفاق كالشهر .

الدليل الثاني:

أن الحاجة داعية إلى اشتراط اليومين والثلاثة، فإن المسلم يحتاج إلى استثناء مدة يمكنه فيها تحصيل رأس المال^(٣) ، فقد لا يمكنه تحصيله إلا ببيع سلعة أو متاع أو استيفاء دين ونحو ذلك ، وذلك يتطلب إمهاله مثل هذه المدة .

ويعترض عليه :

بأن ما ذكر من الحاجة وإن كان في مراعاته مصلحة إلا أن في اشتراط التأجيل مفسدة ، ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح .

وهذه الحاجة قد لا تتحقق في مهلة اليومين والثلاثة ، فينبغي -إذا كان مناط الجواز الحاجة- أن يجوز اشتراط التأجيل لأربعة أيام أو خمسة أيام أو أكثر من ذلك أيضا، لأنه لا دليل على التفريق بين ذلك، وما يذكر من المعنى في ثلاثة الأيام يكون في الأربعة والخمسة، فينبغي أن يجوز ذلك أيضا ، ولا قائل به ، فدل على أن هذه الحاجة مما لا يراعى .

ويجاب :

بأن دليل اعتبار الثلاثة أن مراعاة الحاجة من غير حد للأجل يفضي إلى مفسدة الدين بالدين، وأولى ما يجعل حدا ما اعتبره الشارع في بعض المواضع، وذلك في ثلاثة الأيام أظهر، كما في الخيار في

المعونة: ٩٨٨/٢ ؛ منح الجليل: ٣٥٧/٥ ؛ مغني المحتاج: ٨/٣ ؛ تحفة المحتاج: ١٠/٥ ؛ المغني: ١٩٣/٤-١٩٤؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٢/٢؛ المحلى : ٣٩/٨).

(١) المنتقى للباقي: ٣٠٠/٤ .

(٢) المغني: ١٩٥/٤؛ المعونة: ٩٨٩/٢ .

(٣) المعونة: ٩٨٨/٢ .

المصرأة^(١)، وهجر المسلم أخاه^(٢)، وإحداد المرأة على ميت غير زوجها^(٣)، وإقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه^{(٤)(٥)}.

ويرد هذا الجواب:

بأن اعتبار الشارع لثلاثة الأيام في نحو هذه المواطن لا يقتضي اعتبارها في تأخير رأس مال السلم، لاختلاف المعنى المقتضي لاعتبارها في كل من ذلك.

الترجيح :

الراجح -والله أعلم - هو القول الأول ، لعدم الدليل الموجب للفرق بين اليومين والثلاثة وما زاد على ذلك ، وإن كان القول الثاني متجها لما فيه من اليسر بمراعاة حاجة المسلم، لأنه قد يحتاج إلى مهلة لتحصيل رأس المال، وفي إيجاب تحصيله رأس المال قبل تيقنه من العقد مشقة عليه.

(١) وذلك في الحديث المتفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من ابتاع شاة مصرأة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر). وهذا لفظ مسلم . (صحيح البخاري: ٧٥٥/٢ كتاب البيوع باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم؛ صحيح مسلم ١١٥٨/٣-١١٥٩ كتاب البيوع باب حكم بيع المصرأة) .

(٢) متفق عليه عن أبي أيوب الأنصاري وأنس بن مالك رضي الله عنهما، ورواه البخاري في قصة عن المسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث، ورواه مسلم عن عبد الله بن عمر (صحيح البخاري: ٢٢٥٣/٥ كتاب الأدب باب ما ينهى عن التحاسد والتدابير وقوله تعالى ومن شر حاسد إذا حسد، ٢٢٥٥/٥-٢٢٥٦ كتاب الأدب باب الهجرة وقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث، ٢٣٠٢/٥ كتاب الاستئذان باب السلام للمعرفة وغير المعرفة؛ صحيح مسلم: ١٩٨٣/٤ كتاب البر والصلة والآداب باب تحريم التحاسد والتباغض والتدابير، ١٩٨٤/٤ كتاب البر والصلة والآداب باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعي)

(٣) متفق عليه عن أم حبيبة وأم عطية وزينب ، ورواه مسلم عن عائشة رضي الله عنهن (صحيح البخاري: ١١٩/١، كتاب الحيض باب الطيب للمرأة وغسلها من الحيض ، ٤٣٠/١ كتاب الجنائز باب حد المرأة زوجها، ٢٠٤١/٥ كتاب الطلاق باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا، ٢٠٤٣/٥ كتاب الطلاق باب الكحل للحادة، ٢٠٤٤/٥ كتاب الطلاق باب والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا.. الآية؛ صحيح مسلم: ١١٢٣/٢-١١٢٨ كتاب الطلاق باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام).

(٤) وذلك في الحديث المتفق عليه عن العلاء بن الحضرمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا) . (صحيح البخاري : ١٤٣١/٣ كتاب فضائل الصحابة باب إقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه؛ صحيح مسلم: ٩٨٥/٢-٩٨٦ كتاب الحج باب جواز الإقامة بمكة للمهاجر منها بعد قضاء الحج والعمرة ثلاثة أيام بلا زيادة).

(٥) انظر الذخيرة: ٢٣٠/٥.

الفرع الثاني : تأخير رأس مال السلم ببقائه ديناً في ذمة المسلم من غير شرط .

اختلف الفقهاء في فساد عقد السلم فيما لو بقي رأس مال السلم ديناً في ذمة المسلم، فلم يعين ولم يقبض، من غير شرط ولا مواطأة، وذلك على أقوال:

القول الأول: فساد عقد السلم بالتأخير عن مجلس العقد، وإليه ذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).

القول الثاني: أن التأخير إلى يومين أو ثلاثة أيام من غير شرط جائز، و ما زاد على ذلك يفسد العقد، وإليه ذهب المالكية^(٥).

القول الثالث: أن التأخير من غير شرط لا يفسد العقد ما لم يحل أجل السلم، فإن حل أجل السلم فسد، وهو قول عند المالكية^(٦).

القول الرابع: عدم فساد العقد بالتأخير من غير شرط مطلقاً، وهو قول عند المالكية^(٧).

القول الخامس : أن التأخير يرضا المتعاقدين مفسد للعقد، والتأخير من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر لا يفسده، كما لو فر أحدهما من الآخر، أو امتنع المسلم إليه من قبض رأس مال السلم، فإن العقد لا يفسد بذلك، وهو قول عند المالكية^(٨)، وعليه: فإن كان المسلم هو الممتنع خيّر المسلم إليه بين أخذ رأس المال ودفع المسلم فيه أو فسخ العقد ، وإن كان المسلم إليه هو الممتنع لزمه عند الأجل قبض رأس المال ودفع المسلم فيه.

(١) بدائع الصنائع: ٢٠٣/٥ ؛ تبين الحقائق: ١١٧/٤ ؛ مجمع الأنهر: ١٠٢/٢ .

(٢) تحفة المحتاج: ٥-٤/٥ ؛ مغني المحتاج: ٤/٣ ؛ أسنى المطالب: ١٢٢/٢ .

(٣) المغني: ١٩٧/٤ ؛ الإنصاف: ١٩٤/٥ ؛ كشف القناع: ٣٠٤/٣ .

(٤) المحلى : ٤٦/٨ .

(٥) المعونة: ٩٨٨/٢ ؛ مواهب الجليل: ٥١٥/٤ ؛ شرح الخرشي: ٢٠٢/٥ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٥/٣-١٩٦ .

(٦) منح الجليل: ٣٣٢-٣٣٤/٥ ؛ مواهب الجليل: ٥١٥/٤ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٥/٣-١٩٦ .

(٧) منح الجليل: ٣٣٢-٣٣٤/٥ ؛ مواهب الجليل: ٥١٥/٤ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٥/٣-١٩٦ .

(٨) المنتقى للباقي: ٣٠٠-٣٠١/٤ ؛ منح الجليل: ٣٣٣/٥ .

أدلة القول الأول :

الدليل الأول:

أن رأس مال السلم إذا تأخر عن مجلس العقد كان ذلك من ابتداء الدين بالدين، وهو ممنوع.

الدليل الثاني :

أن رأس مال السلم إذا تأخر عن مجلس العقد كان ذلك من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه^(١).

الدليل الثالث:

أن معنى السلم أخذ عاجل بآجل ، لأنه يسمى سلما وسلفا ، والسلم ينبئ عن التسليم ، والسلف ينبئ عن التقدم ، فتأخير رأس مال السلم عن مجلس العقد ينافي معناه^(٢) .

الدليل الرابع :

أن تأخير رأس مال السلم عن مجلس العقد يدخل في بيع الغرر، لما فيه من عدم التسليم من الطرفين^(٣)، وعقد السلم لا يخلو من غرر، لما فيه من تأجيل المسلم فيه إلى أجل لا يتيقن حصوله فيه، وإنما جاز لحاجة الناس وما فيه من المصالح، فلا يصح أن يضم إليه غرر تأخير رأس المال.

الدليل الخامس :

أن التأجيل بشرط لا يجوز على ما تقدم، وذلك متفق عليه فيما زاد على ثلاثة أيام، وهو الراجح فيما دون ذلك ، وهذا يقتضي عدم تجويز التأجيل من غير شرط من وجهين:

الوجه الأول : أن التجويز من غير شرط ذريعة إلى التجويز بالشرط، لأنه يؤول إليه^(٤)، وقد يكون حيلة وعن مواطأة ، فيجب منعه .

الوجه الثاني: أنه لو جاز التأجيل من غير شرط لجاز التأجيل بالشرط، لأن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، فما جاز من غير شرط جاز بالشرط ما لم يحصل بالشرط مفسدة

(١) سبق تخريجه ص ٨٤-٨٦ .

(٢) انظر بدائع الصنائع: ٢٠٢/٥ ؛ فتح القدير: ٩٧/٧ .

(٣) إدرار الشروق: ١٧٣/٣ .

(٤) انظر المنتقى للباجي: ٣٠٠/٤ .

كمخالفة مقصود الشارع أو انتفاء مقصود العقد ، الأمر المنتفي هنا ، فإن مفسدة اشتراط تأجيل رأس مال السلم لا تزيد على مفسدة عدم الاشتراط .

ويعترض على هذا الوجه: بأن الاشتراط يجعل العقد معاوضة على الضمان، وقصدًا للغرر والمقامرة على تغير الأسعار، بخلاف ما إذا وقع التأخير من غير اشتراط، فإن العقد يخلو من ذلك.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على تجويز التأخير إلى يومين أو ثلاثة بأدلة منها:

الدليل الأول:

أن تأخير اليومين والثلاثة لا يصير به العقد بيع دين بدين، لأن العادة جارية بأن ذلك في حكم النقد وليس أجلاً^(١)، ولأن من اشترط الأجل في المسلم فيه من الفقهاء^(٢) لا يجوز عندهم تأجيله إلى اليومين والثلاثة، فدل على أنه ليس بأجل وإلا لجاز إليه^(٣).

ويعترض على هذا الدليل:

بنحو ما اعترض عليه في الفرع الأول .

الدليل الثاني:

أن الحاجة داعية إلى تأخير اليومين والثلاثة، فإن المسلم يحتاج إلى مدة يمكنه فيها تحصيل رأس المال^(٤)، فقد لا يمكنه تحصيله إلا ببيع سلعة أو متاع أو استيفاء دين ونحو ذلك ، وذلك يتطلب إمهاله مثل هذه المدة .

ويعترض على هذا الدليل :

بنحو ما اعترض عليه في الفرع الأول .

(١) المعونة: ٩٨٨/٢ .

(٢) وهم الحنفية، والمالكية، والحنابلة ، ولم يشترطه الشافعية (بدائع الصنائع: ٢١٢/٥ ؛ تبين الحقائق: ١١٥/٤ ؛ المعونة: ٩٨٨/٢ ؛ منح الجليل: ٣٥٧/٥ ؛ مغني المحتاج: ٨/٣ ؛ تحفة المحتاج: ١٠/٥ ؛ المغني: ١٩٣/٤-١٩٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٢/٢).

(٣) المنتقى للباجي: ٣٠٠/٤ .

(٤) المعونة: ٩٨٨/٢ .

واستدلوا على عدم تجويزه أكثر من يومين أو ثلاثة أيام بأدلة القول الأول ، ومنها أن ذلك ذريعة إلى التعاقد على تأجيل رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام، لأنه يؤول إليه^(١)، وقد يكون حيلة أو عن مواطاة ، فيجب منعه .

دليل القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول على أن التأخير من غير شرط لا يفسد العقد ما لم يحل أجل السلم بأن عقد السلم انعقد صحيحا بعدم اشتراط التأجيل، ولم يفسد بعدم القبض قبل التفرق ، فلا يفسد بعدم القبض بعد ذلك^(٢) .

ويعترض عليه:

بعدم التسليم بأن عقد السلم لا يفسد بعدم القبض قبل التفرق، بل يفسد بذلك لما جاء في أدلة القول الأول .

وعلى التسليم بأن عقد السلم لا يفسد بالتفرق قبل القبض فإن ذلك لا يوجب بقاءه صحيحا مدة طويلة، لأن ذلك يصير دينا بدين ، فيجب أن يجعل لقبضه حد غير بعيد يفسد العقد بتجاوزه، وذلك إذا لم يكن مجلس العقد فهو ثلاثة أيام لما تقدم في أدلة القول الثاني .

ويستدل لهم على فساد عقد السلم بحلول الأجل دون قبض رأس المال بأدلة منها :

الدليل الأول :

أن ذلك يصير دينا مستحق المطالبة بدين مستحق المطالبة ، وذلك غير جائز .

الدليل الثاني :

أنه بحلول أجل السلم دون قبض رأس المال يصير عقد السلم من غير فائدة، بخلاف ما إذا قبض رأس المال قبل ذلك .

(١) المنتقى للباحي: ٣٠٠/٤ .

(٢) انظر المنتقى للباحي: ٣٠٠/٤ .

الدليل الثالث :

أنه بحلول أجل السلم تصير المطالبة مستحقة من جهتين في آن واحد، وذلك سبب لكثرة الخصومات والعداوات، الأمر الذي يخالف مقصود الشارع ، بخلاف ما إذا قبض رأس المال قبل حلول أجل السلم ، فإن المطالبة قبل الأجل تكون برأس المال، وبعده بالمسلم فيه ، فلم تستحق المطالبة من جهتين في آن واحد .

دليل القول الرابع :

أن عقد السلم انعقد صحيحا بعدم اشتراط التأجيل، ولم يفسد بعدم القبض قبل التفرق ، فلا يفسد بعدم القبض بعد ذلك ^(١) .

ويعترض عليه : بما اعترض عليه في أدلة القول الثالث .

دليل القول الخامس :

استدل أصحاب هذا القول على فساد عقد السلم بالتأخير برضا المتعاقدين: بالأدلة الدالة على عدم جواز تأخير قبض رأس مال السلم عن ثلاثة أيام، وأن ذلك مفسد لعقد السلم، فإذا كان التأخير برضا المتعاقدين "فقد رضيا بإفساده فيجب أن يفسد" ^(٢) .

واستدلوا على عدم فساده بالتأخير بفعل أحد المتعاقدين دون رضا الآخر : بأن عقد السلم وقع صحيحا وتعلق به حق الآخر ، فلم يكن لأحد المتعاقدين أن ينفرد بإفساده ^(٣) . وإنما أراد المتسبب بالتأخير أن يفسخ عقد السلم بذلك، فوجب أن يعامل بنقيض قصده، لئلا يكون ذلك ذريعة إلى حل العقود اللازمة ^(٤) .

ويعترض عليه :

بأن الأدلة الدالة على عدم جواز تأخير رأس مال السلم تقتضي فساده مع التأخير بفعل أحد المتعاقدين دون رضا الآخر ، كما أن الأدلة الدالة على وجوب التقابض في الصرف تقتضي فساده

(١) انظر المنتقى للباجي: ٣٠٠/٤ .

(٢) المنتقى للباجي: ٣٠٠/٤ .

(٣) المنتقى للباجي: ٣٠٠/٤ .

(٤) انظر مواهب الجليل: ٣٠٧/٤ .

فيما لو هرب أحد المتعاقدين قبل التقابض قاصدا إفساده بذلك^(١) .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول ، لما تقدم في أدلته . وكما تقدم في الفرع الأول فإن القول الثاني متجه لما فيه من اليسر بإعطاء المسلم مهلة لتحصيل رأس المال.

(١) وللمالكية في ذلك قولان ، كما في هذه المسألة (انظر مواهب الجليل: ٣٠٧/٤ ؛ المنتقى للباجي: ٢٧٢/٤) .

المطلب الثاني : تأخير قبض رأس مال السلم بتأخير قبضه مع تعيينه.

اختلف الفقهاء هل يشترط قبض رأس مال السلم ، أم يكفي فيه بالتعيين دون القبض ؟. فمن الفقهاء من اشترط القبض مطلقاً، ومنهم من جعل الأصل الاكتفاء بالتعيين دون القبض ، واستثنى من ذلك صوراً . وأتناول ذلك في فرعين:

الفرع الأول : الأصل في قبض رأس مال السلم المعين .

الفرع الثاني : الصور المستثناة عند من لا يشترط قبض رأس مال السلم المعين.

الفرع الأول : الأصل في قبض رأس مال السلم المعين.

اختلف الفقهاء في الأصل في قبض رأس مال السلم هل هو شرط أو لا ؟ وذلك على قولين :

القول الأول : أن قبض رأس مال السلم ليس بشرط إذا عين في العقد أو بعده من غير تأخير^(١). وإليه ذهب المالكية^(٢).

القول الثاني : أن قبض رأس مال السلم شرط مطلقاً، ولو كان معيناً في العقد أو عين بعده. وإليه ذهب الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦).

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أنه لا دليل على وجوب قبض رأس مال السلم إذا كان معيناً، فيبقى ذلك على الأصل الثابت بالأدلة العامة الدالة على جواز البيع دون اشتراط القبض نحو قوله تعالى : {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}^(٧)، وقوله عز وجل:

(١) وذلك عند المالكية إلى يومين أو ثلاثة أيام ، وسبق بيان ذلك في المطلب الأول .

(٢) مواهب الجليل: ٥١٦-٥١٧ ؛ شرح الخرشي: ٢٠٣/٥-٢٠٤ ؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٢٦٤/٣ .

(٣) بدائع الصنائع: ٢٠٣/٥ ؛ فتح القدير: ٩٧/٧ ؛ تبين الحقائق: ١١٧/٧ .

(٤) نهاية المحتاج: ١٨٤/٤ ؛ مغني المحتاج: ٤/٣ ؛ أسنى المطالب: ١٢٢/٢ .

(٥) الإنصاف: ١٩٤/٥ ؛ كشف القناع: ٣٠٤/٣ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٥/٢ .

(٦) المحلى: ٤٦/٨ .

(٧) النساء : ٢٩ .

{وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا} ^(١).

الدليل الثاني :

أن هذا بيع عين بدين، فيجوز الافتراق فيه دون قبض ، كما في بيع سلعة معينة بدين على غير وجه السلم.

أدلة القول الثاني :

الدليل الأول :

قول النبي صلى الله عليه وسلم : «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» ^(٢).

وجه الدلالة من الحديث : أن معنى الإسلاف هو الإعطاء، فالنبي صلى الله عليه وسلم "إنما قال: فليعط ولم يقل: ليباع ولا يعطٍ ، ولا يقع اسم التسليف فيه حتى يعطيه ما سلفه قبل أن يفارق من سلفه" ^(٣).

ويعترض على الاستدلال بالحديث من وجهين :

الوجه الأول : أن معنى الإسلاف هو التقديم ^(٤) ، وليس الإعطاء ، والتقديم يحصل بالتعيين دون القبض، لأن ما عين فهو مقدم غير مؤخر، إذ التأخير إنما يكون فيما في الذمة.

الوجه الثاني : على التسليم بأن معنى الإسلاف هو الإعطاء ، فإن ذلك يكون كما لو أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: من أعطى في شيء فليعط ، فهو بيان لحكم حالة الإعطاء، وذلك لا يفيد أن السلم لا يكون إلا إعطاء .

الدليل الثاني :

أن معنى السلم أخذ عاجل بآجل ، لأنه يسمى سلماً وسلماً ، والسلم ينبئ عن التسليم ، والسلف ينبئ عن التقدم ، وذلك يقتضي قبض رأس مال السلم قبل افتراق المتعاقدين وإن كان

(١) البقرة : ٢٧٥ .

(٢) متفق عليه عن ابن عباس (صحيح البخاري: ٧٨١/٢ كتاب السلم باب السلم في كيل معلوم ، ٧٨١/٢ باب السلم في

وزن معلوم ؛ صحيح مسلم: ١٢٢٦/٣-١٢٢٧ كتاب المساقاة باب السلم).

(٣) الأم: ٩٥/٣ ؛ وانظر المحلى : ٤٦/٨ .

(٤) انظر ترتيب القاموس المحيط: ٥٩٧/٢ .

معينا^(١) .

ويعترض عليه من أوجه:

الوجه الأول : أن المعين غير المقبوض مقدم غير مؤخر، فيصدق على العقد به أنه سلف .
الوجه الثاني : على التسليم بأن المعين غير مقدم إذا لم يقبض، فإن تسمية العقد سلماً وسلفاً قد تكون بناء على الغالب فيه، ولا يمنع ذلك انتفاء الإسلام والإسلاف في بعض صورته مع صدق اسم السلف والسلم عليها.

الوجه الثالث : على التسليم بأنه لا يسمى سلماً ولا سلفاً إلا ما تحقق فيه القبض، فإن غاية ما في ذلك أن لا يسمى العقد على المعين غير المقبوض سلماً ولا سلفاً، وذلك لا يوجب بطلانه ، بناء على أن الأصل في العقود الجواز والصحة.

الدليل الثالث :

أن اشتراط تأجيل قبض رأس مال السلم إذا كان معينا فيه غرر عدم التسليم ، وعقد السلم لا يخلو من غرر، لما فيه من تأجيل المسلم فيه إلى أجل لا يتيقن حصوله فيه، وإنما جاز لحاجة الناس وما فيه من المصالح، فلا يصح أن يضم إليه غرر آخر^(٢) .

ويعترض عليه :

بأن الغرر في ذلك ليس مما يمنع صحة العقد، لأنه ليس بفاحش، وما فيه من الغرر لا يزيد على الغرر في تأجيل قبض المعين المبيع بدين ، وذلك جائز.

الدليل الرابع :

"أن رأس مال السلم 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) .

ويعترض عليه :

بعدم التسليم بأن كون رأس مال السلم عيناً نادر ، ولو سلم فإن النادر هو التعيين حال العقد ، أما التعيين بعد العقد فليس بنادر.

(١) انظر بدائع الصنائع: ٢٠٢/٥ ؛ تبين الحقائق: ١١٧/٤ ؛ كشف القناع: ٣٠٤/٣ .

(٢) نهاية المحتاج : ١٨٤/٤ ؛ أسنى المطالب: ١٢٢/٢ .

(٣) بدائع الصنائع: ٢٠٣/٥ .

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، لعدم الدليل على وجوب القبض، والأصل عدم اشتراطه.

الفرع الثاني : الصور المستثناة عند من لا يشترط قبض رأس مال السلم المعين.

يستثنى عند المالكية صورتان^(١) يجب فيهما القبض ولا يكتفى فيهما بالتعيين، وإلا كان لذلك حكم تأخير رأس مال السلم مع بقاءه ديناً في ذمة المسلم المتقدم بيانه، على خلاف في الصورة الثانية كما يأتي، وهاتان صورتان هما:

الصورة الأولى : إذا كان رأس المال نقوداً.

الصورة الثانية : إذا كان رأس المال مما لا يعرف بعينه.

الصورة الأولى : إذا كان رأس المال نقوداً.

اشترط المالكية^(٢) قبض رأس مال السلم -ولو كان معيناً- إذا كان نقوداً كالدينارين والدراهم وما في حكمها. لأن النقود لا تتعين بالتعيين^(٣) وهي في حكم ما في الذمة ما لم تقبض^(٤). وحتى على القول بأن النقود تتعين بالتعيين فإن أعيانها غير مرادة، ولا تعرف بأعيانها^(٥)، فهي بمعنى ما في الذمة .

(١) سبق بيان أن الصور المستثناة من عدم اشتراط القبض في بيع الدين لمن هو عليه ثلاث صور ، هي صورتان أعلاه مع صورة ثالثة هي: بيع الدين بما يجري بينه وبين الدين ربا النسئبة (انظر ص ١١٤) ، وهذه الصورة غير واردة هنا كما أنها غير واردة في بيع الدين لغير من هو عليه على ما تقدم (انظر ص ٢٥٥) ، وذلك أنه من شرط السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلاً عند الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية، وذلك لا يجوز معه جريان ربا النسئبة ، وحتى عند الشافعية القائلين بجواز كون المسلم فيه حالاً لا يصح السلم إذا كان عوضه ربويين ولو قبضاً في المجلس ، للتضاد بين حكم السلم المقتضي لقبض أحد العوضين في المجلس دون الآخر مع حكم الصرف أو بيع الربوي بالربوي المقتضي قبض العوضين في المجلس، وقد ينعقد العقد عندهم صرفاً أو بيعاً لا سلماً على القول بأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني (بدائع الصنائع: ٢١٢/٥ ، ٢١٤ ؛ تبين الحقائق: ١١٥/٤ ؛ المعونة: ٩٨٨/٢ ؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٢٦٦/٣ ؛ مغني المحتاج: ٨/٣ ؛ تكملة المجموع للسبكي: ١٠٣/١٠ ؛ أسنى المطالب: ١٣٧/٢ ؛ المغني: ١٩٣/٤-١٩٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٢/٢ ؛ المحلى : ٣٩/٨).

(٢) مواهب الجليل: ٥١٦-٥١٧/٤ ؛ منح الجليل: ٣٣٦-٣٣٧/٥ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٧/٣ .

(٣) تقدم تناول ذلك ، وما فيه من الخلاف بين الفقهاء ، وترجيح أن النقود لا تتعين بالتعيين ، انظر ص ١١٥-١١٨ .

(٤) منح الجليل: ٣٣٧/٥ .

(٥) منح الجليل: ٢٣٦-٢٣٧/٥ .

الصورة الثانية : إذا كان رأس مال السلم مما لا يعرف بعينه.

وفيها أمران :

الأمر الأول : إذا كان رأس مال السلم مما لا يعرف بعينه وكان مضمونا .

الأمر الثاني : إذا كان رأس مال السلم مما لا يعرف بعينه وكان غير مضمون .

الأمر الأول : إذا كان رأس مال السلم مما لا يعرف بعينه وكان مضمونا .

يتفق المالكية على أن رأس مال السلم المعين إذا كان باقيا على ضمان المسلم، وكان مثليا كالطعام، أو عرضا لا يعرف بعينه كالثياب ، فإن تأخير قبضه غير جائز . وذلك لأن المثلي وما لا يعرف بعينه إذا كان مضمونا ففيه شبه من الدين، لكونه في ضمان المسلم ، ولقدرته على التصرف فيه دون إبطال حق المسلم إليه لثبوت مثله في ذمته ، ولعدم معرفته بعينه وكون عينه غير مقصودة في الغالب لقيام مثله بمقامها.

وربما يكون تأخير القبض عن مواطأة بين المسلم والمسلم إليه على أن يتصرف المسلم في رأس المال ويرد مثله دون أن يمنعه المسلم إليه من ذلك، ذلك أن المسلم إليه لا ضرر عليه في ذلك بأي حال، فحقه دائر بين العين إذا كانت باقية ومثلها إذا كانت تالفة أيا كان سبب تلفها.

إلا أنهم اختلفوا في حمل ذلك على الكراهية أو التحريم على قولين :

القول الأول : أن ذلك محمول على الكراهية ، والعقد صحيح . وهو المعتمد عند المالكية^(١) .

القول الثاني : أن ذلك محمول على التحريم ، والعقد فاسد ، وإليه ذهب بعض المالكية^(٢) .

يستدل للقول الأول :

بأن غاية ما في جعل المثلي وما لا يعرف بعينه رأس مال في السلم مع بقاءه على ضمان المسلم أن يكون ذلك ذريعة إلى ابتداء الدين بالدين، بأن يتصرف المسلم في رأس المال بعد تعيينه فيثبت مثله في ذمته، وقد يكون ذلك حيلة أو عن مواطأة بينه وبين المسلم إليه ، وابتداء الدين بالدين ليس من باب الربا ، بل هو من باب الغرر ، لما فيه من تأخير القبض من الجانبين^(٣) ، وباب الغرر لخفته لا

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٧/٣ ؛ شرح الخرشي: ٢٠٣/٥-٢٠٤ ؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي:

٢٦٣/٣-٢٦٤

(٢) مواهب الجليل: ٥١٧/٤ ؛ منح الجليل: ٣٣٧/٥ .

(٣) انظر إدرار الشروق: ٢٧٣/٣ .

يتوجب سد ذرائعه ولا منع الحيل الموصلة إليه ، فلا يتوجب الحكم بفساد العقد .

ويستدل للقول الثاني:

بأن المثلي وما لا يعرف بعينه إذا كان مضمونا فهو بمعنى الدين، فتأخير قبضه بمعنى جعل رأس مال السلم دينا في ذمة المسلم، وذلك غير جائز يقتضي فساد العقد.
وقد تقدم في بيع الدين لمن هو عليه أن البدل إذا كان مثليا أو عرضا لا يعرف بعينه اشترط قبضه، لكونه في معنى الدين ، فكذلك هنا.

ويعترض عليه :

بعدم التسليم بأن المعين المثلي وما لا يعرف بعينه بمعنى الدين ، لأنه يفارق الدين من أوجه ويشبهه من أوجه ، فلا يصح إلحاقه به في الحكم ما لم يتفقا في المعنى الموجب له، الأمر غير المتحقق هنا.

ولا يصح قياس هذه المسألة على بيع الدين لمن هو عليه ، لأن بيع الدين لمن هو عليه بالدين من باب الربا ، وذلك يوجب سد ذرائعه ومنع الحيل الموصلة إليه ، بخلاف ابتداء الدين بالدين فإنه ليس من باب الربا بل من باب الغرر، وباب الغرر لحفته لا يتوجب سد ذرائعه.

الترجيح :

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، وهو صحة العقد مع الكراهة، ما لم يقصد به الحيلة على ابتداء الدين بالدين، ذلك أن المثلي وما لا يعرف بعينه ليس ديناً حقيقة، فلا موجب لإفساد العقد بتأخير قبضه، وكونه بمعنى الدين وذريعة إلى ابتداء الدين بالدين وإن كان يوجب الكراهة إلا أنه لا يوجب فساد العقد، لأن ابتداء الدين بالدين من باب الغرر، وباب الغرر لحفته لا يتوجب سد ذرائعه، وهذا إن وقع تأخير قبض المثلي بغير قصد التحيل على ابتداء الدين بالدين، أما إذا وقع بقصد الحيلة فهو غير جائز لما تقدم في الحيل.

الأمر الثاني : إذا كان رأس مال السلم مما لا يعرف بعينه وكان غير مضمون .

اختلف المالكية في حكم تأخير رأس مال السلم المعين إذا كان مثليا كالطعام، أو عرضا لا يعرف بعينه كالثياب ، وانتقل ضمانه إلى المسلم إليه بكيله أو وزنه أو إحضاره إلى المجلس إن كان مما لا يكال أو يوزن ، وذلك على ثلاثة أقوال :

- القول الأول : جواز ذلك من غير كراهية ، وهو المعتمد عند المالكية^(١) .
- القول الثاني : كراهية ذلك ، مع صحة العقد ، وهو قول عند المالكية^(٢) .
- القول الثالث: حرمة ذلك وفساد العقد به، وهو قول عند المالكية^(٣) .

دليل القول الأول :

أن ما لا يعرف بعينه إذا كان غير مضمون فإنه لا يشبه الدين، لأنه في يد المدين على وجه الأمانة لا يثبت في ذمته مثله إلا بتعد منه أو تفريط^(٤). وتجويز تأخير قبضه ليس ذريعة إلى تجويز جعل رأس مال السلم ديناً ، وليس مما يتحايل به إلى ذلك، لأنه يبقى في يد المسلم على وجه الأمانة، ويتلف على ضمان المسلم إليه ما لم يثبت تعدي المسلم أو تفريطه، ومثل هذا لا يقصد في الغالب حيلة على جعل رأس المال ديناً.

دليل القول الثاني :

أن المثلي والعرض الذي لا يعرف بعينه مضموناً كان أو غير مضمون يشبه الدين في عدم معرفة عينه ، فيكره جعله رأس مال في السلم دون قبض^(٥). إلا أن ذلك لا يقتضي حرمة التأخير ولا فساد العقد بذلك، لأنه وإن أشبه الدين فليس ديناً حقيقة ، والتذرع به إلى جعل رأس مال السلم ديناً لا يقتضي إفساده، لأن ابتداء الدين بالدين من باب الغرر ، وباب الغرر لخفته لا يتوجب سد ذرائعه.

ويعترض على هذا الدليل :

بأن المثلي وما لا يعرف بعينه إذا كان غير مضمون يبقى في يد المسلم على وجه الأمانة ، فليس بمعنى الدين .

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٢٦٣/٣-٢٦٤؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٧/٣؛ شرح الخرشي: ٢٠٣/٥-٢٠٤ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٩٧/٣؛ شرح الخرشي: ٢٠٣/٥-٢٠٤؛ التاج والإكليل: ٤٨٠/٦-٤٨١ .

(٣) مواهب الجليل: ٥١٧/٤؛ منح الجليل: ٣٣٧/٥ .

(٤) انظر شرح الخرشي : ٢٠٤/٥ .

(٥) انظر شرح الخرشي : ٢٠٤/٥ .

دليل القول الثالث :

أن المثلي والعرض الذي لا يعرف بعينه مضمونا كان أو غير مضمون يشبه الدين في عدم معرفة عينه ، فتأخير قبضه بمعنى جعل رأس مال السلم دينا في ذمة المسلم، وذلك غير جائز يقتضي فساد العقد^(١).

ويعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول : أن المثلي وما لا يعرف بعينه إذا كان غير مضمون يبقى في يد المسلم على وجه الأمانة ، فليس بمعنى الدين .

الوجه الثاني : وعلى التسليم بأن المثلي وما لا يعرف بعينه بمعنى الدين فإن ذلك لا يقتضي فساد العقد، لأنه وإن أشبه الدين فليس دينا حقيقة ، والتذرع به إلى جعل رأس مال السلم دينا لا يقتضي إفساده، لأن ابتداء الدين بالدين من باب الغرر ، وباب الغرر لحفته لا يتوجب سد ذرائعه.

الترجيح :

الراجح - والله أعلم - القول الأول، وذلك لما تقدم في الاستدلال له من أن المثليات غير المضمونة التي تبقى في اليد على وجه الأمانة تفارق الدين في المعنى.

(١) انظر شرح الخرشي : ٢٠٤/٥ .

المبحث الثاني: تأخير البدلين في بيع الموصوف في الذمة بغير وجه السلم.

المراد ببيع الموصوف في الذمة بغير وجه السلم بيعه بلفظ البيع أو بلفظ ينعقد به البيع غير لفظ السلم أو السلف، وذلك كأن يقول أحد المتبايعين للآخر: "ابتعت منك قمحا صفته كذا وكيله كذا إلى كذا"^(١)، أو يقول: "بعتك عبدا تركيا ثم يستقصي صفات السلم فيه"^(٢)، على أن يكون العبد في ذمة البائع حالا أو مؤجلا إلى أجل معلوم .

ومحل البحث في بيع الموصوف في الذمة ما إذا لم يقبض في مجلس العقد، فإن ذلك في معنى السلم، فهل هو سلم ترد فيه أحكام السلم المتقدم ذكرها في المبحث الأول، أو ليس بسلم؟ وإذا لم يكن سلما فما حكم تأخير ثمنه؟.

أتناول ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: تكييف بيع الموصوف في الذمة بغير وجه السلم.

المطلب الثاني: حكم تأخير الثمن في بيع الموصوف في الذمة بغير وجه السلم.

المطلب الأول: تكييف بيع الموصوف في الذمة بغير وجه السلم.

اختلف الفقهاء في تكييف بيع الموصوف في الذمة بغير لفظ السلم مع تأخير قبضه عن مجلس العقد هل هو بيع أو سلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه سلم، وإليه ذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، وهو وجه عند الشافعية^(٥) رجحه كثير منهم^(٦)، ووجهه عند الحنابلة^(٧). وعلى هذا القول فإنه يصح بشروط السلم، ولا يصح بفوات

(١) كشف القناع: ٢٨٩/٣.

(٢) الإنصاف: ٢٩٩/٤ ؛ كشف القناع: ١٦٣/٣ .

(٣) تبين الحقائق: ١١٠/٤ ؛ البحر الرائق: ١٦٨/٦ ؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٦٩/٢ ؛ وانظر بدائع الصنائع: ٤ / ١٩٣ .

(٤) الفواكه الدواني: ١٠٢/٢ ؛ كفاية الطالب الرباني: ١٨٢/٢-١٨٣ ؛ المنتقى للباي: ٢٨٦/٤ ؛ وانظر التاج والإكليل: ٤٩٩/٦-٥٠٠ .

(٥) روضة الطالبين: ٦/٤ ؛ تحفة المحتاج: ٩-٨/٥ ؛ مغني المحتاج: ٧/٣ .

(٦) تحفة المحتاج: ٩-٨/٥ ؛ مغني المحتاج: ٧/٣ ؛ نهاية المحتاج: ١٨٨/٤ .

(٧) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٧٢/٤ ؛ مجموع فتاوى ابن تيمية: ٥٥١/٢٠-٥٥٢ .

شيء منها.

القول الثاني: أنه بيع ، وإليه ذهب الشافعية^(١)، والظاهرية^(٢)، وهو قول عند الحنفية^(٣). ويختلف مقتضى هذا القول عند الشافعية عن غيرهم، فعند الشافعية هو بيع صحيح إذا تحققت فيه شروطه، ولا يشترط فيه الشروط الخاصة بالسلم، وعند الظاهرية والحنفية هو بيع غير صحيح لكونه بيع معدوم على غير وجه السلم.

القول الثالث: أنه سلم إذا كان مؤجلا، وبيع إذا كان حالا. وإليه ذهب الحنابلة^(٤). فيصح في حال التأجيل بشروط السلم، ويصح في حال الحلول بشروط البيع ولا يشترط فيه الشروط الخاصة بالسلم.

وعندهم في حال الحلول وجه آخر^(٥): أنه بيع غير صحيح، لكونه بمعنى السلم الحال وهو غير صحيح عندهم.

وفيه أيضا وجه ثالث^(٦): أنه بيع صحيح إذا كان في ملك البائع ما يوفي منه ما باعه في ذمته، وإلا فهو غير صحيح. وهو وجه في السلم الحال^(٧).

والمقصود هنا تناول تكييف العقد، هل هو بيع أو سلم، بغض النظر عما قد يؤول إليه بهذا التكييف من صحة أو فساد، فذلك مما لا ضرورة إلى تناوله ليبيان حكم المسألة محل هذا البحث.

(١) تحفة المحتاج: ٨/٥ - ٩؛ نهاية المحتاج: ٤/١٨٨؛ أسنى المطالب: ٢/١٢٤ .

(٢) المحلى: ٨/٣٩ .

(٣) تبين الحقائق: ٤/١١٠ .

(٤) في كشف القناع (٣/٢٨٩): "ويصح السلم بلفظ بيع، كابتعت منك قمحا صفته كذا وكيله كذا إلى كذا، لأنه نوع من البيع . ويصح أيضا بلفظ سلم وسلف لأنه حقيقة فيه ويصح أيضا بكل ما يصح به البيع كتملكت واقتبت ونحوه". وفيه (٣/١٦٣): "والنوع الثاني من نوعي البيع بالصفة: بيع موصوف غير معين، ويصفه بصفة تكفي في السلم إن صح السلم فيه، بأن انضبطت صفاته، مثل أن يقول: بعثك عبدا تركيا، ثم يستقصي صفات السلم فيه، فهذا في معنى السلم، وليس سلما لحلوله".

وانظر الفروع: ٤/٢٢-٢٤؛ الإنصاف: ٤/٢٩٩ - ٣٠٠، ٦/١١؛ شرح منتهى الإرادات: ٢/٨٨، ٢/٢٥٢ .

(٥) الفروع: ٤/٢٢-٢٣؛ الإنصاف: ٤/٢٩٩ .

(٦) الفروع: ٤/٢٢-٢٣؛ الإنصاف: ٤/٢٩٩ .

(٧) الإنصاف: ٥/٩٨ .

دليل القول الأول:

ما تقدم في تعريف السلم من أنه بيع موصوف في الذمة، فبيع الموصوف في الذمة هو حقيقة السلم ومعناه ، ومن قواعد الفقه الإسلامي أن "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني"^(١) ، ومعنى هذه القاعدة أنه عند "حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان وإنما ينظر إلى مقاصدهما الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، لأن الألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني"^(٢).

وإذا كانت العبرة في العقود بالمعاني، فإن بيع الموصوف في الذمة بمعنى السلم، فيكون العقد سلماً، خاصة وأنه لا تعارض بين لفظ السلم ولفظ البيع، ذلك أن "كل سلم بيع كما أن كل صرف بيع فإطلاق البيع على السلم إطلاق على ما يتناوله"^(٣).

ويعترض على هذا الدليل:

بأن القاعدة المذكورة محل خلاف عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، فلا حجة فيها.

ويجاب عن هذا الاعتراض:

بأن منشأ الخلاف في هذه القاعدة هو الخلاف فيما تنعقد به العقود، هل هو الصيغة فقط؟ أو كل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل؟^(٦).

(١) انظر في هذه القاعدة: حاشية الحموي على الأشباه والنظائر: ٢٦٦-٢٧٠ ، المنشور للزرکشي: ٣٧١/٢-٣٧٤ ؛

الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٦٦-١٦٩ ؛ القواعد لابن رجب، ص ٤٨-٥٠ ؛ شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، ص ٥٥-٧٦ ؛ الوجيز في قواعد الفقه الكلية لمحمد البورنو، ص ٨٤-٨٥ .

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد البورنو، ص ٨٥ .

(٣) أسنى المطالب: ١٢٤/٢ .

(٤) المنشور للزرکشي: ٣٧١/٢-٣٧٤ ؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٦٦-١٦٩ .

(٥) القواعد لابن رجب، ص ٤٨-٥٠ ؛ مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٥٥١/٢٠-٥٥٢ .

(٦) للفقهاء في هذا ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الأصل في العقود أنها لا تصح إلا بالصيغة، وهذا ظاهر قول الشافعي، وقول في مذهب أحمد، والأصل عند هؤلاء هو اللفظ، إذا العقود من جنس الأقوال، فهي في المعاملات كالذكر والدعاء في العبادات.

القول الثاني: أن الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ، ولكن تقوم الأفعال مقام الألفاظ فيما كثر عقده بالأفعال، كالمبايعات بالمعاطاة وبعض أنواع الإجارة، كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يعمل بالأجرة، فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لفستد أمور الناس. وهذا القول هو الغالب على أصول أبي حنيفة، وهو قول في مذهب أحمد،

والصحيح أن العقود تنعقد بكل ما يدل عليها من قول أو فعل، وذلك لأوجه منها^(١) :

الوجه الأول: أن الله سبحانه وتعالى اكتفى بالتراضي في البيع في قوله: {إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}^(٢) ، وبطيب النفس في التبرع في قوله: {فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا}^(٣) . فتلك الآية في جنس المعاوضات، وهذه الآية في جنس التبرعات، ولم يشترط لفظاً معيناً ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي وعلى طيب النفس، فكل ما علم منه التراضي وكل ما علم منه طيب النفس انعقد به العقد.

الوجه الثاني: أن من تتبع ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابه والتابعين من أنواع المبيعات والمواجزات والتبرعات علم ضرورة أنهم لم يكونوا يلتزمون الصيغة من الطرفين.

الوجه الثالث: أن التصرفات جنسان: عقود وقبوض، والمقصود من العقود إنما هو القبض والاستيفاء، وإذا كان المرجع في القبض إلى عرف الناس وعاداتهم من غير حد يستوي فيه جميع الناس في جميع الأحوال والأوقات، فكذلك العقود.

وإذا ثبت أن العقود تنعقد بكل ما يدل على إرادتها من قول أو فعل، فمقتضى ظهرت إرادة المتعاقدين لعقد انعقد وإن كان لفظهما بوضعه يفيد عقداً آخر، أي أن : العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.

دليل القول الثاني:

يمكن أن يستدل لهذا القول: بأن الواجب حمل العقد على ما أراده المتعاقدان وتراضيا عليه، ولا

ووجه في مذهب الشافعي.

القول الثالث: أن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستقر في الشرع أو في اللغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تتنوع لغاتهم. وهذا هو الغالب على أصول مالك، وقول في مذهب أحمد، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

(مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: ٥٥١/٢٠ - ٥٥٢، ٢٩/٥ - ٢٠؛ الملكية ونظرية العقد لمحمد أبو زهرة، ص ٢٣٤ - ٢٥٠؛ وانظر الهداية مع فتح القدير: ٢٤٨/٦ - ٢٥٢؛ المدونة: ٢٠/٣، ١٦٩؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢٧٨ - ٢٧٩؛ القواعد لابن رجب، ص ٤٨ - ٥٠)

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٢٩/١٥ - ٢٠ .

(٢) النساء: ٢٩ .

(٣) النساء: ٤ .

تعلم حقيقة مرادهما وما تراضيا عليه إلا من جهة لفظهما، فإن تعاقدنا بلفظ السلم كان العقد سلماً، وإن تعاقدنا بلفظ البيع أو ما يدل عليه كان العقد بيعاً لا سلماً.

ويعترض على ذلك:

بأنه مبني على مباينة بيع الموصوف في الذمة للسلم، وأن من بيع الموصوف في الذمة ما لا يكون سلماً، وهذا لا يصح، فإن بيع الموصوف في الذمة هو حقيقة السلم ومعناه، وليس من شأن الشريعة في المعاملات التفريق بين عقدين متماثلين في المعنى بناء على اختلاف اللفظ الذي يعقد به كل منهما.

دليل القول الثالث:

يمكن أن يستدل لهذا القول بأن حقيقة السلم بيع موصوف في الذمة مؤجل، وهو ضرب من البيع، فإذا بيع الموصوف في الذمة مؤجلاً بلفظ البيع حمل على السلم، لأن هذا هو حقيقة السلم ومعناه، وإذا بيع حالاً لم يحمل على السلم، لأنه لا يصح بذلك، لأن السلم لا يكون إلا مؤجلاً، فلذا فيجب حمله على البيع لأنه يصح بذلك، والواجب تصحيح العقود ما أمكن.

ويعترض على ذلك من وجهين:

الوجه الأول: أنه لا يسلم بأن حقيقة السلم ما ذكر، بل هو بيع الموصوف في الذمة حالاً كان أو مؤجلاً، والتأجيل ليس جزءاً من ماهيته بل هو شرط فيه عند من يذهب إلى اشتراطه.

الوجه الثاني: أن ما ذكر في هذا الاستدلال يقتضي أن يصح العقد بلفظ ولا يصح بلفظ آخر، مع اتحاد المعنى فيهما، وليس هذا شأن الشريعة، فإنها جاءت في باب المعاملات باعتبار المعاني والمقاصد دون الألفاظ والمباني.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، لما تقدم في الاستدلال من أن بيع الموصوف في الذمة بمعنى السلم، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني. وهذا ما رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية، وذكر أنه من أصول الإمام أحمد، قال رحمه الله: " فإن أحمد لا يرى اختلاف أحكام العقود باختلاف العبارات، كما يراه طائفة من أصحابه الذين يجوزون هذه المعاملة بلفظ الإجارة ويمنعونها بلفظ المزارعة، وكذلك يجوزون بيع ما في الذمة بيعاً حالاً بلفظ البيع، ويمنعون بلفظ السلم، لأنه يصير سلماً حالاً. ونصوص أحمد وأصوله تأبى هذا كما قدمناه عنه في مسألة صيغ العقود، فإن الاعتبار في جميع التصرفات القولية بالمعاني لا يحمل على الألفاظ، كما يشهد به أجوبته في الأيمان والندور

والوصايا وغير ذلك من التصرفات ، وإن كان هو قد فرق بينهما كما فرقت طائفة من أصحابه
فيكون هذا التفريق رواية عنه مرجوحة" (١).

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٧٢/٤ .

المطلب الثاني: حكم تأخير الثمن في بيع الموصوف في الذمة بغير وجه السلم.

تقدم في المطلب السابق ترجيح تكييف بيع الموصوف في الذمة على السلم، ومن الغني عن البيان أن مقتضى هذا التكييف عدم اختصاص هذه العقد بشيء من الأحكام خلاف أحكام السلم. ومن ثم فإن ما تقدم في المبحث الأول - حكم تأخير رأس مال السلم - يرد في هذا العقد . ومع ذلك فإن تكييف بيع الموصوف في الذمة على البيع لا على السلم هو المعتمد عند الشافعية والحنابلة على التفصيل المتقدم، انطلاقاً من قواعد المذهبين التي لا تغفل النظر لألفاظ العقود مع مراعاة معانيها، ومن ثمرة هذا التكييف أن يثبت لهذا العقد عندهم بعض الأحكام التي يفارق فيها السلم، ومن هنا يتوجه التساؤل عما إذا كان من ضمن هذه الأحكام حكم تأخير الثمن في بيع الموصوف في الذمة. خاصة وأن ذلك لو ثبت فهو خلاف قوي قادح في دعوى الإجماع على عدم جواز ابتداء الدين بالدين. وقد أثاره بعض الباحثين المعاصرين في الاحتجاج على عدم صحة إطلاق هذا الإجماع. ولهذا أتناول حكم تأخير الثمن في بيع الموصوف في الذمة في المذهبين الشافعي والحنبلي بناء على تكييفه على البيع لا على السلم.

يتفق كل من الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) على عدم جواز تأخير تعيين الثمن عن مجلس العقد في بيع الموصوف في الذمة غير المقبوض بمجلس العقد. ويعللون ذلك بأن تعيين الثمن إذا أخر كان العقد من بيع الدين بالدين^(٣)، أي ابتداء الدين بالدين المجمع على عدم جوازه، وبأن العقد في معنى السلم^(٤)، وتأخير تعيين الثمن في السلم - وهو رأس المال - لا يجوز على ما تقدم. واختلفوا في حكم تأخير قبض الثمن إذا كان معيناً في العقد أو عين بعده في مجلس العقد، على قولين:

القول الأول: أن ذلك جائز، وإليه ذهب الشافعية^(٥)، وهو وجه عند الحنابلة^(٦).

(١) تحفة المحتاج: ٨/٥-٩؛ نهاية المحتاج: ٤/١٨٨؛ أسنى المطالب: ٢/١٢٤؛ حاشية البجيرمي على المنهج: ٢/٣٢٥؛ حاشية القليوبي: ٢/٣٠٦.

(٢) الإنصاف: ٤/٢٩٩-٣٠٠؛ كشف القناع: ٣/١٦٣.

(٣) أسنى المطالب: ٢/١٢٤؛ تحفة المحتاج: ٨/٥-٩؛ نهاية المحتاج: ٤/١٨٨؛ الفروع مع تصحيح الفروع: ٤/٢٢-٢٤؛ الإنصاف: ٤/٣٠٠.

(٤) كشف القناع: ٣/١٦٣.

(٥) أسنى المطالب: ٢/١٢٤؛ حاشية القليوبي: ٢/٣٠٦؛ حاشية البجيرمي على المنهج: ٢/٣٢٥.

(٦) الفروع: ٤/٢٢-٢٤؛ الإنصاف: ٤/٢٩٩-٣٠٠.

القول الثاني: أن ذلك غير جائز، فيجب قبض الثمن في مجلس العقد، وإليه ذهب الحنابلة^(١).

دليل القول الأول:

أن هذا العقد بيع لا سلم، والأصل في البيع عدم اشتراط القبض لصحته، فيبقى حكم العقد على هذا الأصل.

دليل القول الثاني:

أن هذا العقد في معنى السلم، ومن شرط السلم قبض الثمن في مجلس العقد ولو كان معينا على ما تقدم بيانه وبيان أدلته.

ويحسن التنبيه إلى أنه ورد في بعض كتب الشافعية والحنابلة ما قد يوهم وقوع خلاف عند فقهاء المذهبين في حكم تأخير تعيين الثمن في بيع الموصوف في الذمة، وما وقفت عليه من ذلك:

١- ما جاء في حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب^(٢) من كتب الشافعية شارحاً ما ذكره صاحب التحفة في باب الآجال في معرض تعداد ما يصح من العقود بالآجل وبالحلول، فذكر صاحب التحفة من ذلك: بيع الأعيان، وبيع الصفات. قال الشرقاوي: "قوله: (كبيع الأعيان)، ... أي كالثمن في بيع الأعيان، أما الأعيان نفسها فلا تقبل التأجيل. قوله: (وبيوع الصفات)، أي بيع الأعيان في الذمم، المشتمل على ذكر الصفات، لكن إن عقد بلفظ البيع صح تأجيل كل من المبيع والثمن، أو بلفظ السلم صح تأجيل الثمن فقط، وهو المسلم فيه، دون رأس المال". فظاهر العبارة جواز تأجيل المبيع الموصوف في الذمة وثمنه. ويؤكد هذا الظاهر ما ذكره من أن الأعيان لا تقبل التأجيل. إلا أنه يمكن حمل ذلك على أن المقصود بتأجيل الثمن في العبارة -والله أعلم- تأجيل القبض لا التعيين، بناء على المعتمد عند الشافعية على ما تقدم بيانه، أو هو سبق قلم منه رحمه الله. ويؤكد ذلك ما ورد في تحفة الطلاب^(٣) من قوله: "وعلى كون ذلك بيعاً [أي بيع الموصوف في الذمة بغير لفظ السلم] يشترط تعيين أحد العوضين"، فقد قرر الشرقاوي ذلك فقال: "قوله: (يشترط تعيين أحد

(١) الإنصاف: ٢٩٩/٤ - ٣٠٠؛ كشف القناع: ٣/ ١٥٨؛ ١٦٣.

(٢) حاشية الشرقاوي: ١٦٤/٢.

(٣) ١٧/٢.

العوضين) أي الغير ربويين، وإلا يشترط قبضه في المجلس، لأن التعيين بمثالة القبض، لصيرورة المعين حالاً لا يدخله أجل أبداً... إلى أن قال: "فإن عين أحدهما [أي العوضين] في المجلس كان صحيحاً، وهذا في غير الربويين، أما هما فتقدم أنه لا بد من قبضهما في المجلس ولا يكفي التعيين"^(١). وما ذكره هنا ذكره في موضع بيان حكم المسألة، فهو أولى بالاعتبار مما ذكره عرضاً في الحديث عن الآجال.

٢- وجاء في الكافي^(٢) لابن قدامة: "فإن كان [أي السلم] بلفظ البيع صح حالاً، قال القاضي^(٣): ويجوز التفرق قبل قبض رأس المال، لأنه بيع، ويحتمل أن لا يجوز، لأنه بيع دين بدين".
٣- وفي الفروع^(٤) لابن مفلح^(٥) من كتب الحنابلة: "وبيع موصوف غير معين يصح في أحد الوجهين اعتباراً بلفظه، والثاني لا، وحكاة شيخنا عن أحمد، كالسلم الحال. والثالث: يصح إن كان ملكه..

فعلى الأول حكمه كالسلم، ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس، في وجهه.
وفي آخر : لا .. فظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر، وهو أولى، ليخرج عن بيع دين بدين".
قال في تصحيح الفروع^(٦): "قوله : (فعلى الأول حكمه كالسلم ويعتبر قبضه أو ثمنه في المجلس ، في وجهه ، وفي آخر : لا) انتهى.

(١) حاشية الشرقاوي: ١٧/٢.

(٢) ١١٢/٢.

(٣) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، أبو يعلى، شيخ الحنابلة وإمامهم، من أهل بغداد، ولد عام ٣٨٠ هـ ، وتوفي بها عام ٤٥٨ هـ ، ولي القضاء، وكان ثقة في الحديث روى عنه الخطيب البغدادي ووثقه، قال الذهبي: "لم يكن للقاضي أبي يعلى خبرة بعلل الحديث ولا برجاله، فاحتج بأحاديث كثيرة واهية في الأصول والفروع لعدم بصره بالأسانيد والرجال... وأما في الفقه ومعرفة مذاهب الناس، ومعرفة نصوص أحمد، رحمه الله، واختلافها، فإمام لا يدرك قراره". ومصنفاته كثيرة متنوعة في العقيدة والفقه وأصوله والرقائق، منها العدة في أصول الفقه، والأحكام السلطانية، والمجرد في الفقه. (الأعلام: ٩٩/٦ - ١٠٠ ؛ سير أعلام النبلاء: ٨٩/١٨ - ٩١ ؛ طبقات الحنابلة: ٣/٣٦١ - ٤٢٦ ؛ تاريخ الإسلام للذهبي: ٤٥٣/٢٩ - ٤٦٣)..
(٤) ٢٤-٢٢/٤ .

(٥) هو محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحى، من كبار فقهاء الحنابلة، ولد في بيت المقدس عام ٧٠٨ هـ وقيل عام ٧١٢ هـ، وبه نشأ، وتوفي بصالحية دمشق عام ٧٦٣ هـ، من مصنفاته "الفروع"، و"الآداب الشرعية". (الأعلام: ١٠٧/٧ ؛ الدرر الكامنة: ٣١/٥).

(٦) ٢٣-٢٤ ؛ وانظر الإنصاف: ٤/٢٩٩ - ٣٠٠ ؛ المبدع: ٤/٢٧.

الوجه الأول هو الصحيح ، قدمه في المغني والشرح والرعاية الكبرى وغيرهم وجزم به في الوجيز .

والوجه الثاني اختاره القاضي، وهو ظاهر ما جزم به في المستوعب في أول باب السلم، فإنه قال: (الثالث ما لفظه لفظ البيع ومعناه معنى السلم، كقوله: اشترت منك ثوبا من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم، ولا يكون موجودا ولا معيناً، فهذا سلم، ويجوز التفرق فيه قبل القبض، اعتباراً باللفظ دون المعنى) انتهى.

ولكن يحتمل قوله (بهذه الدراهم) أن القبض يحصل في المجلس والله أعلم. قال المصنف هنا على هذا الوجه: (ظاهره لا يعتبر تعيين ثمنه، وظاهر المستوعب وغيره : يعتبر، وهو أولى، ليخرج من بيع دين بدين) انتهى. وهو كما قال ، والظاهر أنه عني بظاهر المستوعب ما نقلناه عنه".

والمأمل في النقول المتقدمة يجد أن جواز تأخير تعيين الثمن ظاهر إطلاق وجه في مذهب أحمد بجواز التفرق قبل قبض الثمن في بيع الموصوف في الذمة، فظاهر هذا الإطلاق أنه يجوز التفرق مع بقاء الثمن في الذمة غير معين، إلا أن فقهاء المذهب لم يأخذوا بظاهر هذا الإطلاق وحملوا هذا الوجه على معنى آخر يحتمله وهو أن المراد التفرق بعد التعيين وقبل القبض، بناء على قواعد مذهب الإمام أحمد، وبناء على أن من أطلق الوجه على النحو المتقدم -وهو القاضي- قد ذكره على نحو آخر فقال في صفته: "اشترت منك ثوبا من صفته كذا وكذا بهذه الدراهم"، فقوله "بهذه الدراهم" يدل على أن الثمن معين، ولهذا قال في الفروع: "وظاهر المستوعب وغيره: يعتبر" أي تعيين الثمن.

ولو صح حمل هذا الوجه على جواز تأخير التعيين فإنه وجه ضعيف مرجوح، وليس رواية عن الإمام أحمد، فلا يعارض به الإجماع الثابت في عدم جواز ابتداء الدين بالدين، ولا يكون قادحاً فيه^(١).

وإذا كان الأمر كذلك فليس في مثل هذا النقول ما يصح التمسك به لتجوز تأخير تعيين الثمن في بيع الموصوف في الذمة.

(١) في البحر المحيط (٦/٤٣٤): "الأوجه المحكية في المذهب، هل تقدر في الإجماع؟. لم أر فيه نصاً للأصوليين. ويشبهه تخريجه على أنه لازم المذهب، من جهة أن الأوجه مأخوذة من قواعد عامة لصاحب المذهب، وإلا فلا. لكن رأيت ابن الرفعة... صرح بحكاية خلاف في أنها هل تقدر في الإجماع أم لا؟. وقال الصحيح أنها تقدر". ولا يخفى أن ما ذكره إنما هو في الأوجه القوية الظاهرة. أما الأوجه الضعيفة المحتملة فلا ينبغي أن تكون قادحاً في الإجماع.

المبحث الثالث بيع الاستجرار

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف بيع الاستجرار وصوره.

المطلب الثاني : حكم بيع الاستجرار.

المطلب الأول : تعريف بيع الاستجرار وصوره .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف بيع الاستجرار.

الفرع الثاني: صور بيع الاستجرار.

الفرع الأول : تعريف بيع الاستجرار.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الاستجرار لغة.

المسألة الثانية: تعريف بيع الاستجرار اصطلاحاً.

المسألة الأولى: تعريف بيع الاستجرار لغة.

تقدم تعريف البيع لغة^(١).

أما الاستجرار فهو صيغة استفعال من الجر، وهو الجذب والسحب. يقال جررت الحبل أي

سحبته^(٢)، ثم اشتق من ذلك معان أخرى ومما له صلة بمحل البحث منها:

١- أَجَرَرْتَهُ الدِّينَ: إِذَا أَخْرَجْتَهُ لَهُ وَتَرَكْتَهُ بَاقِيًا عَلَيْهِ^(٣). وَلَا تَجَارَّ أَخَاكَ : أَي لَا تَمَاطِلْهُ، مِنَ الْجَرِّ،

وَهُوَ أَنْ تَلْوِيَهُ بِحَقِّهِ وَتَجُرَّهُ مِنْ مَحَلِّهِ إِلَى وَقْتٍ آخَرَ^(٤).

(١) انظر ص ٣-٥.

(٢) المصباح المنير، ص ٩٦.

(٣) لسان العرب: ٤/١٢٧؛ المصباح المنير، ص ٩٦.

(٤) لسان العرب: ٤/١٢٩.

٢- أَجَرَ فلانٌ فلاناً أغانيه: إذا تابعها^(١).

٣- فلانٌ يَجَارُ فلاناً: أي يطاوله^(٢).

٤- جَارَهُ : أي ماطله، أو حابه^(٣).

٥- استَجَرَّتْ له: أمكنته من نفسي فانقدت له^(٤).

قال ابن فارس: "الجيم والراء أصل واحد، وهو مد الشيء وسحبه... ومن هذا الباب أجزرت فلانا الدين إذا أخرته به"^(٥).

المسألة الثانية: تعريف بيع الاستجرار اصطلاحاً.

عرف بيع الاستجرار اصطلاحاً بأنه : أخذ الحوائج من البياع شيئاً فشيئاً ، ودفع ثمنها بعد ذلك^(٦). ويلاحظ على هذا التعريف أن الثمن قد يكون مقدماً قبل الأخذ، ولذا فلعل الأولى تعريف بيع الاستجرار بأنه: أخذ السلع ممن يبيعها شيئاً فشيئاً.

"ولعل سبب هذه التسمية: أن أخذ المشتري السلع من البائع بين الفينة والأخرى فيه معنى الجر والجذب، لأن المشتري يأخذ السلع شيئاً فشيئاً، فكأنه يجرها من البائع.

أو لعل سبب التسمية: أن الغالب في الاستجرار أن يكون الثمن مؤخراً، والعرب تقول: أجزرت له دينه، أي أخرته له.

أو لأن البائع ينقاد للمشتري فيعطيه ما يطلب منه، والعرب تقول: استجزرت له : أي أمكنته من نفسي فانقدت له.

والاحتمال الأول أقرب"^(٧).

(١) لسان العرب: ٤/ ١٢٧.

(٢) لسان العرب: ٤/ ١٢٧.

(٣) ترتيب القاموس: ١/ ٤٧٣-٤٧٤.

(٤) ترتيب القاموس: ١/ ٤٧٣-٤٧٤.

(٥) معجم مقاييس اللغة: ١/ ٣٦٨-٣٧٠ ، اتحاد الكتاب العرب.

(٦) الموسوعة الفقهية: ٩/ ٤٣؛ وانظر السوق المالية لوهبة الزحيلي، ص ١٣٣٠.

(٧) رأي في تأجيل العوضين في عقد التوريد لعبدالعزیز الشبل.

الفرع الثاني : صور بيع الاستجرار.

لبيع الاستجرار عدة صور، وذلك بالنظر إلى تقديم عوض ما يؤخذ من السلع أو تأخيرها، وبالنظر إلى العلم بالثمن أو عدم العلم به، وبالنظر إلى وقت وقوع عقد البيع ، ويمكن إجمال الصور فيما يلي^(١) :

١- الصورة الأولى : أن يضع الدراهم عند البقال ونحوه، مهملة دون عقد، فلا يقع اتفاق على ما سيأخذه بها من السلع ولا وقت أخذها، ثم يأخذ كل يوم ما يحتاجه من السلع التي لدى البقال، ويتفقان على ما يقابل كل سلعة من الدراهم عند أخذها، ويستمر ذلك حتى يستوفي الدراهم.

٢- الصورة الثانية : كسابقتها، إلا أنهما لا يتفقان على ما يقابل كل سلعة من الدراهم عند أخذها، بل قد لا يعلم المشتري ثمنها، وإنما يأخذها على أن يحسم البائع ثمنها بحسب سعر السوق مما لديه من الدراهم.

٣- الصورة الثالثة : أن يضع الدراهم عند البقال ونحوه، ويتعاقدان على ما سيأخذه بها من السلع ومقدار كل سلعة، وقد يتفقان على أن تكون هذه السلع حالة يأخذها المشتري متى شاء، أو يؤقتان لذلك وقتاً، كأن يتفقا على أن يأخذ كل يوم قدر كذا من التمر، وكذا من اللبن ، إلى تمام الشهر.

٤- الصورة الرابعة : أن يضع الدراهم عند البقال ونحوه، ويتعاقدان على أن يأخذ بها سلعة مما يبيعه البقال دون بيان ثمن ذلك، بل يأخذ كل يوم منها بسعر السوق يوم الأخذ، ويستمر ذلك حتى يستوفي الدراهم.

٥- الصورة الخامسة : أن يأخذ كل يوم ما يحتاجه من السلع التي لدى البقال، دون سابق عقد بينهما، ويتفقان عند أخذ كل سلعة على ثمنها، وقد يتفقان على حلول الثمن في ذمة المشتري، أو تأجيله إلى أجل معلوم، كتمام الشهر أو حلول العطاء .

٦- الصورة السادسة : كسابقتها، إلا أنهما لا يتفقان عند أخذ كل سلعة على ثمنها، بل قد لا يعلم المشتري ثمنها، وإنما يأخذها على أن يحتسب عليه البائع الثمن بحسب سعر السوق.

٧- الصورة السابعة : أن يتعاقدا على أن يأخذ قدرا معلوما من سلعة أو أكثر، بثمان معلوم

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢٨٥/٢ ؛ رد المختار: ٥١٦-٥١٧/٤ ؛ المنتقى للباجي: ٢١٥/٥ ؛ مواهب الجليل: ٥٣٨-٥٣٩ ؛ تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني عليه: ٢١٧-٢١٨/٤ ؛ نهاية المحتاج: ٣٧٦-٣٧٧/٣ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٣١٨/٢ ؛ كشف القناع: ١٠٨/٤ ؛ إعلام الموقعين: ٥-٦/٤ ؛ الموسوعة الفقهية: ٤٣-٤٧/٩ .

مؤجل إلى أجل معلوم، وعلى أن تكون السلعة منجمة على أيام معلومة ، مع بيان قدر ما يؤخذ في كل يوم.

ويسمي المالكية هذه الصورة بيعة أهل المدينة، وذلك لاشتغالها بينهم^(١).

٨- الصورة الثامنة : كسابقتها، إلا أنهما لا يتفقان على ثمن السلعة عند التعاقد، بل يتفقان على أن يأخذ المشتري كل يوم من السلعة بسعر السوق يوم الأخذ، مع تأجيل الثمن إلى أجل معلوم.

(١) مواهب الجليل: ٥٣٨/٤ .

المطلب الثاني : حكم بيع الاستجرار .

تختلف صور بيع الاستجرار في حكمها، وبيان حكم جميع هذه الصور يتطلب بيان أمور عدة خارجة عن محل البحث، كحكم بيع التعاطي، والبيع بسعر السوق، والسلم الحال، والسلم إلى آجال متعددة، لذا أقتصر في بيان الحكم على الصورة السابعة منها، وهي التي يسميها المالكية "بيعة أهل المدينة" ، نظرا لصلتها بمحل البحث، بما قد يرد فيها من ابتداء الدين بالدين ، وبما قد يخرج عليها من تطبيقات معاصرة، كالتوريد، على ما سيأتي بيانه لاحقا إن شاء الله^(١) .

اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم هذه الصورة من صور بيع الاستجرار على قولين:

القول الأول : الجواز ، وإليه ذهب المالكية^(٢) . وذلك بشرطين :

الشرط الأول : أن يشرع في الأخذ بعد العقد، ويتسامح في تأخير الشروع مدة لا تعد أجلا، وهي ما دون خمسة عشر يوما.

الشرط الثاني : أن يوجد أصل المبيع عند البائع فعلا، أو يغلب وجوده عنده لكونه ممن يحترفون العمل فيه، كالخباز واللحّام. وبعض المالكية لم يشترط هذا الشرط^(٣) .

وهذا العقد عند المالكية ليس سلما محضاً، ولا شراء شيء بعينه حقيقة، فهو يخالف السلم في جواز تأخير رأس المال فيه، ويخالف بيع المعين في جواز تأخير قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله^(٤) .

وهو عندهم عقد لازم ليس لأي من المتبايعين فسخه ما دام قد وقع على جملة من السلعة يأخذها مفرقة على أيام، كقنطار بكذا دينار كل يوم رطلين، أما إذا تعاقدوا على أن يشتري منه كل يوم قدرا من السلعة وسميا ثمن ذلك القدر، دون بيان جملة ما يؤخذ، فإن العقد يكون جائزا لأي

(١) انظر الفصل السابع من الباب الثاني .

(٢) المدونة: ٣١٤/٣-٣١٥؛ منح الجليل: ٣٨٤/٥؛ مواهب الجليل: ٥٣٨/٤؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢١٦/٣؛ شرح الخرشي: ٢٢٣/٥؛ الفواكه الدواني: ١٠٢/٢ .

(٣) في الكافي لابن عبد البر(ص٣٣٨): "ولا بأس بالسلم في اللحم وفي الخبز وفي الفواكه كلها، رطبها ويابسها، ولا بأس عند مالك أن يؤخر المشتري نقد ثمنها إذا شرع في أخذ ما سلم فيه، ولا يجوز أن يتأخر الثمن والمثمن معا، ولو سلم في كباش موصوفة ليأخذ منها كل يوم كبشا حيا، وضرب لأخذها من يوم العقد المعلوم أجلا معلوما جاز تأخير النقد عند مالك في ذلك، وكذلك لو سلم في أرادب قمح أو غير ذلك على ما وصفت لك، فإن لم يشرع في القبض كل يوم لم يجوز تأخير النقد".

وفي الذخيرة للقرافي(٢٢٩/٥): "في الجلاب: يجوز تأخير الثمن إذا شرع في أخذ المثمن، كالسلم في الخبز والفواكه، تزيلا لقبض البعض منزلة قبض الكل، فليس ديناً بدين، نظيره: قبض أوائل المنافع المأخوذة في الديون، وكذلك جملة الإجازات".

(٤) مواهب الجليل: ٥٣٨/٤ .

منهما فسخه متى شاء^{(١)(٢)}.

ويحسن التنبيه إلى أنه ليس من شرط صحة العقد عندهم تنجيم المبيع ، فلو وقع العقد على أن يأخذه جميعا خلال مدة لا تعد أجلا صح العقد، إلا أنه لا يسمى حينئذ استجارا.
كما أن الظاهر -والله أعلم- أنه ليس من شرط صحة العقد في حال تنجيم المبيع أن يكون الأخذ كل يوم، فيمكن أن يكون الأخذ كل يومين أو كل أسبوع، بشرط أن لا يفصل بين المرة والتي تليها مدة تعد أجلا، وهي عند المالكية خمسة عشر يوما أو أكثر .
القول الثاني : عدم جواز ذلك، وإليه ذهب الجمهور^(٣)، وهو قول عند المالكية^(٤) .

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

أن الأصل في العقود الصحة والجواز^(٥) لعموم الأدلة الدالة على مشروعية البيع، ما لم يدل دليل على خلاف ذلك، ولم يرد دليل على المنع من هذه المعاملة، فتبقى على أصل الجواز والصحة .
ويعترض على هذا الدليل بأدلة المنع التي يستدل بها للقول الثاني، ويجاب عنها بالاعتراضات الواردة عليها.

الدليل الثاني :

عمل أهل المدينة بهذه المعاملة، جاء في المدونة^(٦) : "وقد كان الناس يتعاونون اللحم بسعر معلوم فيأخذ كل يوم وزنا معلوما والتمن إلى العطاء فلم ير الناس بذلك بأسا ، واللحم وكل ما يباع في الأسواق مما يتبايع الناس به فهو كذلك لا يكون إلا بأمر معروف ويبين ما يأخذ كل يوم، وإن كان الثمن إلى أجل معلوم أو إلى العطاء إذا كان ذلك العطاء معلوما مأمونا إذا كان يشرع في أخذ ما

(١) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٢١٦/٣ ؛ منح الجليل: ٣٨٤/٥ .

(٢) وهذه الحالة الجائزة -فيما يظهر- أقرب إلى الصورة الخامسة من صور بيع الاستجار، فإن الاتفاق الواقع عند بداية المعاملة سؤم وليس بعقد، وإنما يقع العقد عند الأخذ بالمعاطة، ويكون الثمن والأجل على ما اتفقا عليه قبل (انظر مواهب الجليل: ٥٣٨/٤).

(٣) بناء على أصل المنع من ابتداء الدين بالدين.

(٤) مواهب الجليل: ٥٣٨ / ٤ ؛ منح الجليل: ٣٨٤/٥ .

(٥) المقدمات الممهدة : ٣٧٣/١ ؛ مجموع الفتاوى : ١٢٦/٢٩ - ١٣٣ ؛ إعلام الموقعين : ٢٥٩/١ .

(٦) ٣١٥-٣١٤/٣ .

اشترى ولم يره مالك من الدين بالدين.

قال مالك : ولقد حدثني عبد الرحمن بن المجبر عن سالم بن عبد الله قال : كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلا بدينار يأخذ كل يوم كذا وكذا ، والتمن إلى العطاء فلم ير أحد ذلك ديناً بدين ولم يروا به بأساً".

ويعترض على هذا الدليل باعتراضين :

الاعتراض الأول :

عدم التسليم بحجية هذا النوع من عمل أهل المدينة، لأن مأخذه الاجتهاد لا النقل، وما كان كذلك فليس بحجة^(١) .

الاعتراض الثاني:

على التسليم بحجية هذا النوع من عمل أهل المدينة فإن ما رواه عبد الرحمن بن المجبر يؤول بأنهم كانوا عند ابتداء المعاملة يسمّون الثمن والأجل وما يأخذونه كل يوم دون ذكر جملة ما يأخذونه، ولا ينعقد البيع بذلك ، وإنما ينعقد البيع بالتعاطي في كل مرة يأخذون فيها شيئاً، وذلك بالثمن والأجل السابق تسميتهما، وهذه الصورة صورة أخرى من بيع الاستجرار غير الصورة محل البحث .

وهذا التأويل روي عن مالك نفسه ، قال في مواهب الجليل^(٢): "وقد روي عن مالك أنه لم يجز ذلك ورآه ديناً بدين ، وقال : تأويل حديث المجرم^(٣) أن يجب عليه ثمن ما يأخذ كل يوم إلى العطاء، وهذا تأويل سائغ في الحديث ؛ لأنه إنما سمي فيه السوم وما يأخذ كل يوم ولم يذكر عدد الأبطال التي اشترى منه فلم ينعقد بينهما بيع على عدد مسمى من الأبطال فكلما أخذ شيئاً وجب عليه ثمنه إلى العطاء ولا يلزم واحداً منهما التمادي على ذلك إذا لم يعقدا بيعهما على عدد معلوم مسمى من الأبطال فكلما أخذ شيئاً وجب عليه ثمنه إلى العطاء".

(١) انظر في حجية عمل أهل المدينة: الفصول في الأصول للحصاص: ٣/٣١٨-٣٢٦؛ التقرير والتحبير لابن أمير الحاج: ٣/١٠٠-١٠١؛ إحكام الفصول للباقي، ص ٤٨٠-٤٨٥ ؛ المقدمات الممهدة: ٢/٥٠١-٥٠٢ ؛ المعونة: ٣/١٧٤٣-١٧٤٦؛ المستصفي، ص ١٤٧-١٤٨ ؛ البحر المحيط: ٦/٢٥٣-٢٥٥ ؛ ٤٤٩-٤٤٠ ؛ شرح الكوكب المنير، ص ٢٣٢؛ مجموع الفتاوى: ٢٠/٣٠٣-٣١٦؛ إعلام الموقعين: ٢/٢٧٤-٢٨٥؛ المدخل إلى دراسة المدارس والمذاهب الفقهية لعمر الأشقر، ص ١١٥-١٢١.

(٢) ٥٣٨ / ٤

(٣) صوابه : عبد الرحمن بن المجبر، فالأثر من روايته كما تقدم، أما المجرم الذي يروي عنه مالك فهو نعيم بن عبد الله المدني مولى آل عمر (انظر تقريب التهذيب، ص ٥٦٥).

ويجاب عن ذلك :

بأن لفظ رواية عبدالرحمن بن المجبر لا يساعد على هذا التأويل من وجهين:
الوجه الأول : أن قوله: "كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلا بدينار يأخذ كل يوم كذا وكذا"، يدل على أنهم كانوا يتفقون على جملة ما يأخذونه، مع تجزئته على أيام معلومة.
الوجه الثاني: أن قوله: "فلم ير أحد ذلك ديناً بدين" يدل على أنهم كانوا يعقدون العقد في بداية المدة، وإلا لما كان للدين بالدين مدخل في المعاملة^(١).

الدليل الثالث^(٢) :

أن البيع في هذه الصورة وإن كان واقعا في الذمة، إلا أن آحاد المبيع موجودة عند البائع حقيقة أو حكماً، لغلبة وجود المبيع عنده، ولأنه كلما خرج من يده شيء من المبيع حصل له غيره، فمن هذه الجهة أشبهت الصورة محل البحث بيع كيل معلوم أو وزن معلوم في معين مثلي مع بقائه لدى البائع، ويتأكد هذا الشبه بأن آحاد المبيع في كل غير مقصودة بعينها بل بصفتها، لقيام بعضها مقام بعض.

وإذا تقرر ذلك جاز إلحاق الصورة محل البحث ببيع الحصة الشائعة من المعين في عدم اشتراط تعجيل الثمن.

ويعترض على هذا الدليل:

بأن هذا الإلحاق لو صح لاقتضى عدم جواز ما في المعاملة من تأجيل السلعة بتنجيلها، لأن اشتراط تأجيل المبيع المعين إنما يجوز لغرض صحيح^(٣)، والغرض من التأجيل هنا بقاء المبيع مضموناً على البائع حتى يحتاجه المشتري، وليس هذا غرضاً صحيحاً.

ويجاب عن هذا الاعتراض :

بأن محذور التأجيل منتفٍ باشتراط الشروع في أخذ المبيع، فإن ذلك بمقتضى قبض جميعه على ما

(١) انظر رأي في تأجيل العوضين في عقد التوريد لعبدالعزیز الشبل.

(٢) وهذا الدليل - كما يظهر - مبني على القول باشتراط وجود أصل المبيع عند البائع فعلاً، أو غلبة وجوده عنده.

(٣) ذهب المالكية والحنابلة - خلافاً للحنفية والشافعية - إلى جواز اشتراط البائع منفعة في المبيع وتأخير تسليمه لذلك، كأن يبيع الدار ويستثنى سكانها سنة، ويشترط المالكية أن يكون ذلك لمدة لا يحشى تغير المبيع فيها، أما اشتراط التأخير إذا لم يكن للبائع غرض صحيح في ذلك فلا يجوز اتفاقاً. (انظر فتح القدير: ٤٨٨/٦ ؛ المبسوط: ٣٢/٢١ ؛ المدونة: ٢٦٦/٣ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٣/٤ ؛ أسنى المطالب: ٣٢/٢ ؛ حاشية الجمل: ٧٦/٣ ؛ مطالب أولي النهى: ٧٠/٣ ؛ المغني: ٨١/٤) ..

سيأتي في الدليل الرابع.

ويرد هذا الجواب:

بالاعتراض الوارد على الدليل الرابع.

الدليل الرابع :

أن الشروع في أخذ المبيع يجوز معه تأخير الثمن "تزيلا لقبض البعض منزلة قبض الكل، فليس ديننا بدين، نظيره: قبض أوائل المنافع المأخوذة في الديون"^(١) ، وكذلك جملة الإجازات"^(٢) .

ويعترض على هذا الدليل:

بأن قبض البعض إنما يتزل منزلة قبض الكل فيما يتعذر قبض جميعه، مع اتصال أجزائه بعضها ببعض، حتى يمكن أن يعد قبض بعضها قبضا للباقي، كما هو الشأن في الإجارة، بخلاف الصورة محل البحث.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

النهي عن بيع الكالئ بالكالئ"^(٣) ، فإنه يعم الصورة محل البحث.

ويعترض عليه:

بضعف الحديث، مما لا يصح معه التمسك بعموم لفظه.

الدليل الثاني:

الإجماع على عدم جواز ابتداء الدين بالدين، والصورة محل البحث من ذلك.

ويعترض عليه باعتراضين:

الاعتراض الأول:

أن الإجماع لا يثبت في خصوص الصورة محل البحث، لوقوع الخلاف فيها.

(١) وهذا في بيع الدين لغير من هو عليه، أما في بيع الدين لمن هو عليه فإن المشهور عند المالكية عدم جوازه بمنافع معين،

وذهب أشهب إلى جوازه ومال إليه بعض المالكية. انظر ص ١٣١ .

(٢) الذخيرة للقرافي: ٢٢٩/٥ .

(٣) تقدم تخريجه ص ٨٤-٨٦ .

الاعتراض الثاني:

أن الصورة محل البحث ليست من ابتداء الدين بالدين، وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن آحاد المبيع موجودة عند البائع حقيقة أو حكماً، مما يجعلها في الحكم كبيع حصة شائعة من معين في عدم اشتراط تعجيل الثمن، على ما تقدم في الدليل الثالث من أدلة القول الأول.

الوجه الثاني: أن الشروع في أخذ المبيع قبض للبعض يتزل متزلة قبض الكل، على ما تقدم في الدليل الرابع من أدلة القول الأول.

ويجاب عن هذا الاعتراض بوجهيه: بما ورد على الاستدلال بهما من اعتراضات.

الدليل الثالث:

قياس الصورة محل البحث على غيرها من صور ابتداء الدين بالدين المتفق على عدم جوازها، بجامع ما في كل من ابتداء الدين بالدين.

ويعترض على هذا الدليل:

بالفرق بين الصورة محل البحث وغيرها من الصور، وذلك من الوجهين المتقدم إيرادهما آنفاً.

ويجاب عن هذا الاعتراض:

بأن ما ذكر في الوجهين غير مؤثر لما تقدم من الاعتراضات الواردة عليهما.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، تمسكاً بأصل الحل والصحة في العقود، ولأن مستند المنع من ابتداء الدين بالدين هو الإجماع، ولا إجماع في المسألة، ولأن أقوى ما يمكن أن يتمسك به المانع قياس المسألة محل البحث على غيرها من صور ابتداء الدين بالدين، إلا أن هذا القياس قياس مع الفارق من الوجهين المتقدم إيرادهما، وإن كان الوجهان لا يخلوان من معارضة إلا أن هذا التفريق يعتضد بعمل أهل المدينة.

على أن الشأن في المسألة يسير، لأن باب ابتداء الدين بالدين من أبواب الغرر وليس من أبواب الربا، وأبواب الغرر مما يتسامح فيه للحاجة والمصلحة الراجحة، ولا تخفى الحاجة للصورة محل البحث

وما يتحقق بها من مصلحة كل من البائع والمشتري، قال القرطبي^(١): "وأما السلم في اللبن والرطب مع الشروع في أخذه فهي مسألة مدنية اجتمع عليها أهل المدينة، وهي مبنية على قاعدة المصلحة، لأن المرء يحتاج إلى أخذ اللبن والرطب مياومة، ويشق أن يأخذ كل يوم ابتداء لأن النقد قد لا يحضره ولأن السعر قد يختلف عليه، وصاحب النخل واللبن محتاج إلى النقد لأن ذلك عنده عروض لا يتصرف له، فلما اشتركا في الحاجة رخص لهما في هذه المعاملة قياسا على العرايا وغيرها من أصول الحاجات والمصالح"^(٢).

إذا تبين هذا فإن الجواز - كما تقدم - مشروط بشرطين:

الشرط الأول: الشروع في أخذ المبيع بعد العقد مباشرة أو خلال مدة وجيزة لا تعد أجلا.

الشرط الثاني: وجود أصل المبيع عند البائع أو غلبة وجوده عنده.

والشرط الثاني محل خلاف بين المالكية، إلا أن اشتراطه أرجح - والله أعلم - لأمرين:

أولا: أنه بوجود أصل المبيع لدى البائع أو غلبة وجوده عنده تكون المعاملة قريية في المعنى من بيع حصة شائعة في معين، مما يبتعد بها عن محذور ابتداء الدين بالدين.

ثانيا: أن المبيع إذا لم يكن موجودا لدى البائع كانت المعاملة من بيع ما ليس عند البائع^(٣)، وذلك منهي عنه^(٤).

ويحسن التنبيه أخيرا إلى أن فرض المسألة محل البحث أن الأخذ يكون كل يوم، ولهذا اقتصر المالكية على الشرطين المتقدمين، فإن لم يكن الأخذ كل يوم أضيف شرط ثالث إلى الشرطين المتقدمين، وهو أن لا يفصل بين المرة والتي تليها مدة تعد أجلا، لأن المعاملة إنما جازت بالنظر إلى أن الشروع في قبض جزء من المبيع مع تقارب أجزائه يأخذ حكم قبض جميعه، كما في استيفاء المنافع، وهذا المعنى لا يتحقق إذا تباعدت الأجزاء بطول الفصل بينها.

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي، أبو عبدالله، فقيه مالكي، ومن كبار المفسرين، واشتهر بالصلاح والتعب. كان من أهل قرطبة وإليها ينسب، ورحل إلى المشرق واستقر في منية ابن الخصيب (شمالي أسبوط، بمصر) وتوفي فيها عام ٦٧١هـ. من تصانيفه: "الجامع لأحكام القرآن"، و"التذكرة بأمور الآخرة"، و"الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى". (الأعلام: ٣٢٢/٥؛ الديباج المذهب ص ٣١٧).

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٣/٣٨٠.

(٣) شرح الخرشي: ٥/٢٢٣؛ الفواكه الدواني: ١٠١/٢ - ١٠٢.

(٤) تقدم تخريجه ص ٧٣.

المبحث الرابع : جعل الدين رأس مال السلم.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : جعل الدين الحال رأس مال السلم .

المطلب الثاني : جعل الدين المؤجل رأس مال السلم .

المطلب الثالث: مقاصة رأس مال السلم بدين آخر.

المطلب الأول : جعل الدين الحال رأس مال السلم .

اختلف الفقهاء في حكم جعل الدين الحال رأس مال في السلم على قولين :

القول الأول : عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب جماهير الفقهاء^(١).

القول الثاني : جواز ذلك . قال به ابن القيم ونسبه إلى شيخ الإسلام ابن تيمية رحمهما الله^(٢).

وجعل الدين الحال رأس مال السلم من صور بيع الدين الحال بدين منشأ في ذمة من هو عليه، الذي سبق تناوله وإيراد هذين القولين فيه وبيان أن لشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله قولين فيه، فإطلاق نسبة القول بالجواز إليهما غير صحيح . وأن الأولى -والله أعلم- بالنسبة إليهما هو القول بالمنع الموافق لجماهير أهل العلم.

وقد تقدم إيراد أدلة القولين وترجيح القول بالمنع ، لأن بيع الدين بدين منشأ في الذمة من بيع الدين بالدين، وذلك لا يجوز بالإجماع، وهو من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه ، ولأنه مظنة الزيادة في الدين في مقابل الأجل وذريعة إليه، وذلك ربا الجاهلية الذي أنزل الله فيه القرآن ، فقد كان الرجل يقول لغريمه عند محل الأجل : تقضي أو تربى، فإن قضاه وإلا زاده هذا في الدين وزاده هذا في الأجل.

(١) المبسوط : ١٤٢/١٢-١٤٣ ؛ بدائع الصنائع : ٢٠٤/٥ ؛ التاج والإكليل : ٢٣٢/٦ ؛ الشرح الصغير : ٩٦/٣ ؛ تكملة

المجموع للسبكي: ١٠٦/١٠ مغني المحتاج : ٤٦٥/٢ ؛ الإنصاف : ٤٤/٥ ؛ كشف القناع : ٢٦٥/٣ .

(٢) إعلام الموقعين : ٢٩٣/١-٢٩٤ .

المطلب الثاني : جعل الدين المؤجل رأس مال السلم .

وفيه فرعان :

الفرع الأول : جعل الدين المؤجل رأس مال في سلم أجله أبعد من أجل الدين .

الفرع الثاني : جعل الدين المؤجل رأس مال في سلم أجله مثل أجل الدين أو أقرب منه .

الفرع الأول: جعل الدين المؤجل رأس مال في سلم أجله أبعد من أجل الدين .

والخلاف فيه كالخلاف في جعل الدين الحال رأس مال في السلم على ما سبق بيانه.

الفرع الثاني: جعل الدين المؤجل رأس مال في سلم أجله مثل أجل الدين أو أقرب منه.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : عدم جواز ذلك ، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) .

القول الثاني : جواز ذلك ، وهو قول عند المالكية^(٥) وقول لشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله^(٦) .

وهذه المسألة من صور بيع الدين المؤجل لمن هو عليه بدين منشأ مؤجل إلى مثل أجل الدين أو أجل أقرب منه، الذي سبق تناوله، وإيراد هذين القولين فيه، وبيان أدلتهم، وترجيح الاحتياط بالمنع، مراعاة لقوة الإجماع في منع بيع الدين من المدين بدين منشأ في ذمته، وعدم ورود استثناءات على هذا الأصل، وكون المخالفة في هذه المسألة غير قوية.

(١) المبسوط : ١٤٢/١٢ - ١٤٣ ؛ بدائع الصنائع : ٢٠٤/٥ .

(٢) كفاية الطالب الرباني : ١٨١/٢ - ١٨٢ ؛ التاج والإكليل : ٢٣٢/٦ ؛ الشرح الصغير : ٩٦/٣ .

(٣) تكملة المجموع للسبكي : ١٠٦/١٠ مغني المحتاج : ٤٦٥/٢ .

(٤) الإنصاف : ٤٤/٥ ؛ كشف القناع : ٢٦٥/٣ .

(٥) كفاية الطالب الرباني : ١٨١/٢ - ١٨٢ .

(٦) إعلام الموقعين : ٢٩٣/١ - ٢٩٤ .

المطلب الثالث: مقاصة رأس مال السلم بدين آخر.

لا يختلف حكم جعل الدين رأس مال في السلم، سواء وقع ذلك ابتداء، أو وقع العقد على رأس مال موصوف، وقبل القبض اتفق المتعاقدان على مقاصته بدين في ذمة المسلم إليه.

إلا أن الكاساني من فقهاء الحنفية ذكر خلاف ذلك، ونقله عنه ملخصاً في البحر الرائق^(١) والفتاوى الهندية^(٢)، ولأهمية بيان مدى صحة ما ذكره أثبت هنا ما ذكره، ثم أقرنه بما ورد عند غيره من الحنفية.

قال في بدائع الصنائع^(٣): "وعلى هذا تخرج مقاصة رأس مال السلم بدين آخر على المسلم إليه بأن وجب على المسلم إليه دين مثل رأس المال أنه هل يصير رأس المال قصاصاً بذلك الدين أم لا؟ فهذا لا يخلو: إما إن وجب دين آخر بالعقد. فإما إن وجب بعقد متقدم على عقد السلم، وإما إن وجب بعقد متأخر عنه.

فإن وجب بعقد متقدم على السلم بأن كان رب السلم باع المسلم إليه ثوباً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم إليه عشرة دراهم في كر حنطة، فإن جعل الدين قصاصاً، أو تراضياً بالمقاصة يصير قصاصاً، وإن أبى أحدهما لا يصير قصاصاً وهذا استحسان، والقياس أن لا يصير قصاصاً كيف ما كان، وهو قول زفر... ولنا أن العقد انعقد موجبا للقبض حقيقة لولا المقاصة، فإذا تقاضا تبين أن العقد انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة، وقد وجد...". ثم ذكر الحكم فيما إذا وجب الدين بعقد متأخر عن السلم، والحكم إذا وجب الدين بالقبض لا بالعقد. ثم قال: "وكذلك المقاصة في ثمن الصرف تخرج على هذه التفاصيل التي ذكرناها في رأس مال السلم".

وما ذكره مشكل بالنظر إلى أنه في الحقيقة تجوز لبيع الدين لمن هو عليه بدين جديد منشأ في ذمته، وهو غير جائز إجماعاً على ما تقدم بيانه. وقد نص الحنفية في المعتمد من كتبهم على عدم جواز مقاصة رأس مال السلم بدين غيره^(٤)، وأشار بعضهم إلى أن ما ذكره في بدائع الصنائع بخلاف

(١) ١٧٨/٦-١٧٩.

(٢) ١٨٩/٣.

(٣) ٢٠٧/٥-٢٠٦.

(٤) انظر ما يأتي نقله عن المبسوط وتبيين الحقائق.

وفي الهداية (٩٩/٧): "إن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض". قال في العناية (٩٩/٧): "سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في إحداهما إلى الدين". ونحو ذلك في مجمع الأنهر: ١٠٣/٢.

الصحيح^(١). وبالإطلاع على ما ذكره الحنفية في مقاصة أحد البدلين في الصرف بدين آخر، وتعليهم لذلك، يترجح أن ما أورده رحمه الله قد التبس عليه بمسألة مقاصة ثمن الصرف بدين آخر.

ولبيان ذلك أورد النصين التاليين عن المبسوط وتبيين الحقائق:

١- قال السرخسي^(٢) في المبسوط^(٣): "وإذا اشترى ألف درهم بمائة دينار، فنقد الدينار، وقال الآخر: اجعل الدراهم قصاصا بالدراهم التي لي عليك، فهو جائز، وإن أبي لم يجز على ذلك ولم يكن قصاصا، والحاصل أن مقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحسانا إذا اتفقا عليه، وفي القياس لا تجوز، وهو قول زفر، لأن بالعقد المطلق يصير قبض البدلين في المجلس مستحقا، وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد، فلا يجوز بتراضيهما، كما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف والاستبدال به... والدليل عليه رأس مال السلم، فإنهما لو جعلاه قصاصا بدين سبق وجوبه لم يجز، فكذلك بدل الصرف، لأن كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس. ووجه الاستحسان: أنهما لما اتفقا فقد حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين، ولو أضافا العقد إليه في الابتداء جاز، بأن يشتري بال عشرة التي عليه دينارا ويقبض الدينار في المجلس، فكذلك إذا حولا

وفي البحر الرائق (٦/١٧٨): "إن أسلم مائتي درهم في كر بر، مائة دينا عليه، ومائة نقدا، فالسلم في الدين باطل، أي في حصته، لكونه دينا بدين، وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال بقدره، ولا يشيع الفساد لأنه طارئ، إذ السلم وقع صحيحا في الكل، ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق صح، والتقييد بكونه أضاف العقد إلى المائتين اتفاقي، بل كذلك إذا أضافه إلى مائتين مطلقا، ثم جعل المائة من رأس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح، لأن المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا، إذ الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه، وقيد بقوله دينا عليه، لأنه لو قال أسلمت إليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يطل في الكل وإن نقد الكل، لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد وهو مفسد مقارن فتعدي". ونحو ذلك في تبين الحقائق: ١١٨/٤.

وفي الدر المختار: "إن أسلم مائتي درهم في كر .. بر .. مائة دينا عليه .. ومائة نقدا .. وافترقا على ذلك فالسلم في حصة الدين باطل لأنه دين بدين". قال في رد المختار: "قال في النهر: والتقييد بإضافة العقد إليهما، أي إلى المائتين المذكورتين، ليس احترازا، لأنه لو أضافه إلى مائتين مطلقا ثم جعل المائة قصاصا بما في ذمته من الدين فالحكم كذلك في الأصح". ولعل قوله في البحر الرائق: "في الصحيح"، وقوله في رد المختار: "في الأصح" إشارة إلى مقابله، وهو ما ذكره في بدائع الصنائع، وقد ذكر ذلك الرملي كما نقله عنه ابن عابدين في منحة الخالق على البحر الرائق: ١٧٨/٦.

(١) منحة الخالق: ١٧٨/٦.

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، شمس الأئمة السرخسي، من كبار فقهاء الحنفية ومجتهديهم، وأصولي ومتكلم، ينسب إلى سرخس في خراسان، سجن في حب بسبب نصحه لأحد الأمراء، ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفي عام ٤٨٣هـ. من أشهر مصنفاته: "المبسوط" أملاه وهو سجين، وشرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن. (الأعلام: ٥/٣١٥؛ تاج التراجم، ص ٢٣٤-٢٣٥).

(٣) ٢٠-١٩/١٤.

العقد إليه في الانتهاء، لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة، فلا طريق له سوى هذا... ، ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة، وإن كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي، لأن هذا تحويل العقد إلى ذلك الدين، والعقد قد تم بهما، فالتصرف به بالتحويل لا يكون إلا بتراضيهما، وعند التراضي العقد القائم بينهما حقهما، ويملكان استدامته ورفعهما فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل إلى محل".

إلى أن قال: "وبهذا فارق رأس المال في السلم، فإنهما لو أضافا عقد السلم إلى رأس مال هو دين على المسلم إليه لم يجز ذلك إذا افترقا قبل قبض رأس المال، فكذا ذلك إذا حولا العقد إليه في الانتهاء، بخلاف عقد الصرف، وهذا لأن ما يقابل رأس المال هناك دين، وبالمقاصة لا يتعين رأس المال، فيكون ديننا بدين، وهنا ما يقابل الدين .. مقبوض في المجلس ، والافتراق عن عين بدين جائز".

٢- وقال الزيلعي^(١) في تبين الحقائق^(٢): "ودينار بعشرة عليه، أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة.. يجوز ذلك، ومعناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين، فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه، أو بعشرة مطلقة، ودفع الدينار إليه، ثم تقاصا العشرة بالعشرة، فكلاهما جائز، ... وأما إذا باعه بعشرة مطلقة ، ثم تقاصا ، فالمذكور هنا استحسان ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، لأنه يكون استبدالا ببدل الصرف ، لأن الذي وجب عليه بالصرف غير الذي كان عليه ...، فلا يجوز، ولهذا لا يجوز في رأس مال السلم.

وجه الاستحسان: أنهما لما تقاصا تضمن انفساخ الأول وانعقاد صرف آخر غير الأول مضافا إلى العشرة الدين، إذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف، فثبتت الإضافة اقتضاء، كما لو تبايعا بألف ثم جدداه بألف وخمسمائة، فإن البيع الأول يفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء، فكذا هذا... بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر مطلقا...، لأن المسلم فيه دين، ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقا عن دين بدين، وهو منهي عنه، ولأن جواز السلم مخالف للقياس رخصة، وهو أخذ عاجل بآجل للضرورة، فإذا لم يقتض شيئا فلا ضرورة فلا يجوز، ولهذا لا تجوز إضافته إلى الدين ابتداء، بأن يجعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم، بخلاف الصرف".

(١) هو عثمان بن علي بن يحيى، فخر الدين الزيلعي، فقيه حنفي ونحوي وفرضي، ينسب إلى زيلع بالصومال، قدم القاهرة عام ٧٠٥هـ، فأفتى فيها ودرس، وبها توفي عام ٧٤٣هـ. من مصنفاته: "تبين الحقائق في شرح كتر الدقائق"، و"شرح الجامع الكبير". (الأعلام: ٢١٠/٤؛ الدرر الكامنة: ٦١/٣).

(٢) ١٤٠/٤.

المبحث الخامس : بيع المسلم فيه قبل قبضه.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بيع المسلم فيه لمن هو عليه قبل قبضه .

المطلب الثاني : بيع المسلم فيه لغير من هو عليه قبل قبضه .

المطلب الأول : بيع المسلم فيه لمن هو عليه قبل قبضه .

اختلف الفقهاء في حكم بيع المسلم فيه لمن هو عليه قبل قبضه على ثلاثة أقوال:

القول الأول : جواز ذلك مطلقا، وهو رواية عن أحمد^(١)، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢).

القول الثاني : جواز ذلك إذا لم يكن المسلم فيه طعاما، وإليه ذهب المالكية^(٣).

القول الثالث: عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦)، والظاهرية^(٧).

أدلة القول الأول :

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة جواز بيع الدين لمن هو عليه، مع أدلة جواز بيع المبيع من بائعه

قبل قبضه إذا كان معينا، وأدلة جواز ذلك إذا كان موصوفا في الذمة غير معين. وقد تقدم إيراد ذلك كله.

أدلة القول الثاني :

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة جواز بيع الدين لمن هو عليه ، مع أدلة خصوص النهي عن بيع

(١) الفروع: ١٨٥-١٨٦/٤ ؛ الإنصاف: ١٠٨/٥ .

(٢) مجموع الفتاوى: ٥٠٣-٥١٨، ٥١٩-٥١٨ ؛ الفروع: ١٨٦/٤ ؛ الإنصاف: ١٠٨/٥ .

(٣) شرح الخرشي: ٢٢٧/٥ ؛ الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٢٢٠/٣ . التاج والإكليل: ٥٢٣/٦-٥٢٤.

(٤) بدائع الصنائع: ١٨١-١٨٢، ٢٣٤ ؛ تبين الحقائق: ٨٢-٨٣ ؛ العناية: ٥١٠-٥١٢، ٥١٩ .

(٥) روضة الطالبين: ٥١٤-٥١٦ ؛ تحفة المحتاج: ٤٠٥-٤٠٦ ؛ أسنى المطالب: ٨٥/٢ .

(٦) الإنصاف: ٤٦٨/٤، ١٠٨-١١١ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٦٠/٢، ٩٦-٩٧ ؛ كشف القناع: ٢٤٥/٣، ٣٠٦-

٣٠٧.

(٧) المحلى: ٤٥١/٧ .

المبيع قبل قبضه في الطعام، وأدلة عدم جواز بيع ما ينهى عن بيعه قبل قبضه من بئعه، ولو كان موصوفا في الذمة، وقد تقدم إيرادها .

أدلة القول الثالث :

يستدل الحنفية والشافعية بأدلة عموم النهي عن بيع المبيع قبل قبضه في كل شيء، باستثناء العقار عند الحنفية، مع أدلة عدم جواز بيع ما ينهى عن بيعه قبل قبضه من بئعه، ولو كان موصوفا في الذمة، وقد تقدم إيرادها.

ويستدلون هم والحنابلة بالأدلة الدالة على النهي عن بيع المسلم فيه قبل قبضه، نحو ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(١). ويستدل الظاهرية بأدلة عدم جواز بيع الدين لمن هو عليه.

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ، بناء على ما سبق من ترجيح جواز بيع الدين لمن هو عليه بشروطه، وجواز بيع المبيع لبائعه قبل قبضه، سواء كان معينا أو موصوفا في الذمة.

(١) سبق تخريجه ص ١٠٤ .

المطلب الثاني : بيع المسلم فيه لغير من هو عليه قبل قبضه .

اختلف الفقهاء في حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه لغير من هو عليه ، على ثلاثة أقوال:
القول الأول : جواز ذلك مطلقا ، وهو رواية عن أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية^(١).
القول الثاني: جواز ذلك ما لم يكن المسلم فيه طعاما ، وإليه ذهب المالكية^(٢).
القول الثالث: عدم جواز ذلك ، وإليه ذهب الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦).

أدلة القول الأول :

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة جواز بيع الدين لغير من هو عليه، مع أدلة جواز بيع المبيع قبل قبضه إذا كان في الذمة غير معين. وقد تقدم إيراد ذلك.

أدلة القول الثاني :

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة جواز بيع الدين لغير من هو عليه ، مع أدلة خصوص النهي عن بيع المبيع قبل قبضه في الطعام، وأدلة عدم جواز بيع ما ينهى عن بيعه قبل قبضه ولو كان في الذمة، وقد تقدم إيرادها.

أدلة القول الثالث :

يستدل الحنفية والحنابلة والظاهرية بأدلة عدم جواز بيع الدين لغير من هو عليه.
ويستدل الشافعية بأدلة عموم النهي عن بيع المبيع قبل قبضه في كل مبيع، مع أدلة عدم جواز بيع ما ينهى عن بيعه قبل قبضه ولو كان في الذمة.

(١) في الفتاوى الكبرى (٣٩٣/٥): " ويجوز بيع الدين في الذمة من الغريم وغيره ولا فرق بين دين السلم وغيره وهو رواية عن أحمد".

(٢) حاشية الدسوقي: ٦٣/٣ ؛ الشرح الصغير: ٩٩/٣ ؛ منح الجليل: ٤٦/٥.

(٣) المبسوط: ١٦٣/١٢ ؛ بدائع الصنائع: ١٤٨/٥ ؛ تبين الحقائق: ١٧٩/٦ .

(٤) روضة الطالبين: ٥١٤/٣-٥١٦ ؛ تحفة المحتاج: ٤٠٥-٤٠٦ ؛ أسنى المطالب: ٨٥/٢ .

(٥) الإنصاف: ١٠٨/٥ ، ١١٢ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٦-٩٧ ؛ كشف القناع: ٣٠٦-٣٠٧ .

(٦) المحلى: ٤٨٧/٧ .

الترجيح :

الراجح هو القول الأول ، بناء على ما سبق من ترجيح جواز بيع الدين لغير من هو عليه بشروطه، وجواز بيع المبيع قبل قبضه إذا كان في الذمة.

المبحث السادس : تأخير البدلين في عقد الاستصناع.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : حقيقة عقد الاستصناع.

المطلب الثاني : حكم الاستصناع.

المطلب الأول : حقيقة عقد الاستصناع.

وفيه فرعان:

الفرع الأول : تعريف عقد الاستصناع.

الفرع الثاني: تكييف عقد الاستصناع.

الفرع الأول : تعريف عقد الاستصناع.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى : تعريف الاستصناع لغة.

المسألة الثانية: تعريف الاستصناع اصطلاحاً.

المسألة الأولى : تعريف الاستصناع لغة.

الاستصناع: طلب صنْع الشيء: أي عمله^(١). أو هو طلب الصَّنعة، وهي عمل الصانع المحترف للصَّناعة^(٢).

والفرق بين المعنيين أن طلب العمل مطلق في الأول، أما في الثاني فهو مقيد بكونه من الصانع وفيما هو من حرفته.

المسألة الثانية : تعريف الاستصناع اصطلاحاً .

تسمية عقد الاستصناع بهذا الاسم مما احتص به الحنفية، وذلك لنظرهم لهذا العقد باعتباره عقداً

(١) طلبية الطلبية، ص ١٠٩ ؛ ترتيب القاموس المحيط: ٨٥٨/٢ ؛ لسان العرب: ٢٠٨/٨-٢٠٩.

(٢) ترتيب القاموس المحيط: ٨٥٩/٢ ؛ المصباح المنير، ص ٣٤٨ ؛ لسان العرب: ٢٠٩/٨ ؛ مختار الصحاح، ص ٣٧١.

مستقلا عن غيره من العقود، له أحكامه الخاصة، ولهذا ميزوه بهذه التسمية، وأفردوه بالبحث وتوسعوا في بيان مسأله. أما غيرهم من الفقهاء فإنهم لم ينظروا لعقد الاستصناع باعتباره عقدا مستقلا، ولهذا لم يصطلحوا على تسميته باسم خاص، وإن سموه استصناعا أحيانا، كما أنهم لم يتناولوا مسأله ضمن باب مستقل على غرار ما فعل الحنفية.

وقد عرف الحنفية عقد الاستصناع بتعريفات، منها :

أ- تعريفه بأنه: "عقد على مبيع في الذمة"^(١).

ب- تعريفه بأنه: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"^(٢).

ذكر هذين التعريفين الكاساني، واختار التعريف الثاني معللا ذلك بأن "الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا ؛ فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما ، وهذا العقد يسمى استصناعا ، واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل"^(٣).

ج- تعريفه بأنه: طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص^(٤). ويعترض على هذا التعريف بأن "الطلب ليس عقدا، فكأنما هو تفسير لكلمة الاستصناع، وليس تعريفا لعقده"^(٥) ، وبأنه "تدخل فيه الإجارة، فهو غير مانع"^(٦).

د- وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه "عقد مقالة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئا"^(٧). ويعترض على هذا التعريف بأنه يشمل ما إذا كانت العين المصنوعة من المستصنع وقاؤه على صنعها فقط،.. والعقد حينئذ عقد إجارة لا عقد استصناع^(٨).

ولعل أولى هذه التعريفات ما اختاره الكاساني، ولا يضيره شموله لعقد الاستصناع الفاسد، لأن الغالب في التعاريف أن تكون شاملة للصحيح والفاسد^(٩).

(١) بدائع الصنائع: ٢/٥ .

(٢) بدائع الصنائع: ٢/٥ ؛ وانظر نحوه في المبسوط: ٨٤/١٥-٨٥ .

(٣) بدائع الصنائع: ٢/٥ .

(٤) رد المختار: ٢٢٣/٥ .

(٥) عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا، ص ٢٠.

(٦) عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا، ص ٢٠.

(٧) شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ١١٤/١ .

(٨) انظر شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ١١٥/١ .

(٩) شرح حدود ابن عرفة ، ص ١٠ ؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٦٨١/٣ ؛ حاشية العطار على شرح الجلال

فإن أريد تعريف عقد الاستصناع المستوفي شروط الصحة فيمكن تعريفه بما اختاره بعض الباحثين من أنه "عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص"^(١).

وقد عرف الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله عقد الاستصناع بأنه "عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعا ، يلتزم البائع بتقديمه مصنوعا بمواد من عنده، بأوصاف مخصوصة، وبثمن محدد"^(٢) ، ثم قال : "أفاد هذا التعريف الأمور التالية :

١- أن عقد الاستصناع هو في طبيعته وحقيقته من قبيل البيع، فهو أحد أنواع البيع، وليس من قبيل الإجارة (إجارة الأشخاص)، ولا مجرد وعد^(٣) ...

٢- أن المبيع فيه هو العين الموصى عليها، وليس عمل الصانع ذاته...

٣- أن المبيع في الاستصناع مفترض فيه افتراضا أنه معدوم عند العقد، وأن المقصود هو صنعه وإيجاده... ولكن ليس شرطا فيه أن يكون معدوما فعلا عند العقد، وسوف يصنع أو يوجد فيما بعد...

٤- أن الاستصناع إنما يجري في السلع التي تصنع صنعا (المصنوعات) ولا يجري في الأشياء الطبيعية التي لا تدخلها الصنعة...

٥- أنه لا بد في الاستصناع من تحديد الأوصاف للمبيع المطلوب صنعه بما يكفي لصيرورته معلوما لا جهالة فيه، وكذا تحديد ثمنه...

٦- أن الثمن لا يجب تعجيله في الاستصناع، وإنما تجب معلوميته بتحديد نوعا وقدر، فيمكن أن يكون الثمن في الاستصناع معجلا كله، أو مؤجلا كله، أو مقسطا، وذلك كما في البيع العادي (البيع المطلق) ، وهذا فارق أساسي بين الاستصناع والسلم...

كذلك يمكن أن يكون الثمن محددًا بطريق المساومة غير مبني على مقدار ما سيبدله الصانع البائع من نفقة في سبيل صنع المبيع بالمواصفات المطلوبة، أو يكون الثمن محددًا بطريق المراجعة...

٧- أن المادة أو المواد الأولية التي يصنع منها الشيء المستصنع فيه، وسائر ما يحتاج إليه صنعه من مواد أساسية أو كمالية، سواء منها ما يحتاج إلى اشتراط، أو كان مفهوما عرفا، كل ذلك إنما يقدمه الصانع البائع من عنده، ولا يقدم المستصنع المشتري شيئا منه، لأنه محسوب حسابه في الثمن، وهو إنما

المحلي: ٤١٢/١ . وانظر : مواهب الجليل : ٢٢٢/٤-٢٢٣ .

(١) عقد الاستصناع لكاسب البدران، ص ٥٩.

(٢) عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا، ص ٢١.

(٣) يأتي تكييف عقد الاستصناع في الفرع التالي إن شاء الله.

يشترى الشيء مصنوعاً كاملاً. وهذا ما يفرق الاستصناع عن الإجارة. من ناحية ثانية إذا استؤجر أحد الأشخاص لعمل مما قد يحتاج إلى مواد، فإن الأجير الخاص لا يقوم بتقديمها من عنده، وإنما يقوم بالعمل فقط. وكذلك يخرج عنه الاستئجار على الصنعة، حيث يقدم المستصنع المواد اللازمة من عنده ليقوم الصانع بصنعها وفقاً للمطلوب، فهذا استئجار وليس استصناعاً، والمستصنع هو فيه مستأجر وليس مشترياً. والصانع أجير يؤدي خدمته وليس بائعاً^(١).

والظاهر من إطلاق التعريفات المتقدمة أنه لا يشترط عمل الصانع بنفسه، وقد نص على ذلك بعض الحنفية، فجاء في المبسوط^(٢): "والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف... ألا ترى أنه لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه كان جائزاً"^(٣).

الفرع الثاني: تكييف عقد الاستصناع والمعقود عليه فيه.

يرد هذا البحث بناء على ما ذهب إليه الحنفية من اعتباره معاملة مستقلة متميزة عن العقود الأخرى بتسمية وأحكام خاصة، أما على ما ذهب إليه المالكية^(٤) والشافعية، والحنابلة فلا محل لهذا

(١) عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا، ص ٢١-٢٣.

(٢) ١٣٩/١٢ .

(٣) لكن جاء في بدائع الصنائع (٢/٥): "ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع. قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. وجه القول الأول: أن الصانع لو أحضر عينا، كان عملها قبل العقد، ورضي به المستصنع؛ لجاز، ولو كان شرط العمل من نفس العقد؛ لما جاز؛ لأن الشرط يقع على عمل في المستقبل - لا في الماضي - والصحيح هو القول الأخير؛ لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً؛ فكان مأخذاً للاسم دليلاً عليه؛ ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلماً، وهذا العقد يسمى استصناعاً، واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل، وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد، ورضي به المستصنع؛ فإنما جاز لا بالعقد الأول، بل بعقد آخر، وهو التعاطي بتراضيهما."

(٤) قال في المقدمات الممهدة (٣٥٦/١-٣٥٧): "وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم إلى أربعة أقسام:

أحدها: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه.

والثاني: أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

والثالث: أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه.

والرابع: أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه.

فأما الوجه الأول - وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه - فهو سلم على حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل

البحث، إذ لا يخرج عندهم عن أحكام السلم، ولا يصح عندهم إلا بشروطه على ما يأتي بيانه لاحقا في حكم الاستصناع.

وقد اختلف الحنفية في تكييف الاستصناع هل هو وعد أو عقد؟ وإذا كان عقدا فما المعقود عليه فيه؟ هل هو العين؟ أو العمل؟ أو هما معا؟. وأتناول ذلك في مسألتين:

المسألة الأولى: تكييف الاستصناع.

المسألة الثانية : المعقود عليه في الاستصناع.

المسألة الأولى: تكييف الاستصناع.

اختلف الحنفية في الاستصناع هل هو عقد أو وعد؟ . وذلك على قولين:

القول الأول: أنه عقد. وإليه ذهب جمهور الحنفية، وهو الصحيح من مذهبهم^(١).

القول الثاني: أنه وعد وليس بعقد، وإليه ذهب بعض الحنفية^(٢)، وعليه فإنما ينعقد العقد بالتعاطي بعد استصناع الشيء.

وضرب الأجل وتقدم رأس المال.

أما الوجه الثاني -وهو أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه- فليس بسلم، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل، أو تمكن إعادته للعمل أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل، فيحوز على أن يشرع في العمل، وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخير، وإن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة الأيام ونحوها، لم يجز تعجيل النقد بشرط حتى يشرع في العمل.

وأما الوجه الثالث -وهو أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه- فهو أيضا من باب البيع والإجارة في المبيع، إلا أنه يجوز على تعجيل العمل وتأخير إلى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخير.

وأما الوجه الرابع -وهو أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه- فلا يجوز ذلك، لأنه يحتويه أصلا متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مضمونا، وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه".

ومحل البحث من هذه الأقسام هو القسم الأول، وهو ما لا يشترط عمل صانع بعينه ولا يعين ما يعمل منه، لأنه لا يلزم في الاستصناع أن يكون العامل هو الصانع نفسه، كما أن المادة فيه لا تعين بل تكون موصوفة في الذمة. وقد تبين مما تقدم أنه يدخل عند المالكية في السلم وتشترط له شروطه.

(١) الهداية: ١١٤/٧-١١٥؛ تبين الحقائق: ١٢٣/٤؛ البحر الرائق: ١٨٥/٦-١٨٦؛ الدر المختار: ٢٢٤/٥ .

(٢) في فتح القدير(١١٥/٧): "اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة ، فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور: مواعدة ، وإنما ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي". وانظر المبسوط: ١٣٩/١٢ ؛ البحر الرائق: ١٨٥/٦؛ مجمع الأنهر: ١٠٦/٢ .

وجه القول الأول :

بين وجه هذا القول في بدائع الصنائع^(١) فقال: " أما معناه : فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم: هو مواعدة وليس بيع ، وقال بعضهم : هو بيع ، لكن للمشتري فيه خيار ، وهو الصحيح؛ بدليل أن محمد [بن الحسن] رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان ، وذلك لا يكون في العادات ، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية ، وأنه يختص بالبياعات ، وكذا يجري فيه التقاضي ، وإنما يتقاضى في الواجب لا الموعود".

وفي فتح القدير^(٢): "والصحيح من المذهب جوازه بيعا، لأن محمد [بن الحسن] ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ، ولو كان مواعدة جاز في الكل ، وسماه شراء فقال : إذا رآه المستصنع فهو بالخيار لأنه اشترى ما لم يره ، ولأن الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها".

وجه القول الثاني :

١- ثبوت الخيار لكل من الصانع والمستصنع^(٣)، فإن "للصانع أن لا يعمل، ولا يجبر عليه، بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه"^(٤).

ويعترض عليه: بما تقدم في وجه القول الأول. وبأن "ثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ، ألا ترى أنهما إذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة"^(٥).

٢- أن الشيء المستصنع معدوم عند الاستصناع، والمعدوم لا يجوز بيعه، فحيث جاز الاستصناع علمنا أنه مواعدة لا عقد^(٦).

ويعترض عليه: بأن "المعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة.. وقد

(١) ٢/٥.

(٢) ١١٥/٧.

(٣) المبسوط: ١٣٩/١٢؛ تبين الحقائق: ١٢٣/٤؛ فتح القدير: ١١٥/٧.

(٤) فتح القدير: ١١٥/٧؛ البحر الرائق: ١٨٥/٦.

(٥) العناية: ١١٤/٧.

(٦) انظر العناية: ١١٥/٧.

تحققت الحاجة هنا، إذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق أصبعه، وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع"^(١) .

المسألة الثانية : المعقود عليه في الاستصناع.

اختلف الحنفية في المعقود عليه في الاستصناع على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه عين الشيء المستصنع. وهو الأصح من المذهب عند الحنفية^(٢) .

القول الثاني: أنه العمل ، وإليه ذهب بعض الحنفية^(٣) .

القول الثالث: أنه عين الشيء المستصنع والعمل، فالعقد "إجارة ابتداء بيع انتهاء ، لكن قبل التسليم لا عند التسليم"، وإليه ذهب بعض الحنفية^(٤) .

وجه القول الأول:

١- أن المقصود هو عين الشيء المستصنع^(٥) ، ولهذا " لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز"^(٦) .

٢- "أن محمد [بن الحسن] قال : (إذا جاء به مفروغا عنه فللمستصنع الخيار، لأنه اشترى شيئا لم يره)، وخيار الرؤية إنما يثبت في بيع العين فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه"^(٧) .

وجه القول الثاني:

١- "أن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه"^(٨) .

(١) تبين الحقائق: ١٢٤/٤ .

(٢) المبسوط: ١٣٩/١٢ ؛ البحر الرائق: ١٨٦/٦ ؛ مجمع الأنهر: ١٠٧/٢ .

(٣) كأبي سعيد البردعي . انظر المبسوط: ١٣٩/١٢ ؛ تبين الحقائق: ١٢٤/٤ ؛ العناية: ١١٥/٧ .

(٤) فتح القدير: ١١٦/٧ ؛ تبين الحقائق: ١٢٤/٤ ؛ البحر الرائق: ١٨٦/٦ .

(٥) مجمع الأنهر: ١٠٧/٢ .

(٦) فتح القدير: ١١٦/٧ .

(٧) المبسوط: ١٣٩/١٢ .

(٨) تبين الحقائق: ١٢٤/٤ ؛ المبسوط: ١٣٩/١٢ .

ويعترض عليه بأن العقد سمي استصناعا لكون العمل مشروطا في العين بمقتلة الوصف فيها^(١) ، مع كونها هي المقصودة بالعقد لما تقدم في وجه القول الأول.

٢- بطلان الاستصناع بموت أحد المتعاقدين، وذلك من أحكام الإجارة لا البيع^(٢) .

ويعترض عليه "بأن للاستصناع شبهة بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل ، وشبهة بالبيع من حيث إن المقصود منه العين المستصنع ، فلشبهه بالإجارة قلنا يطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحسان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع"^(٣) .

٣- أن صبغ الثوب إجارة محضة، ولا يخرج عنه ذلك ما فيه من العين وهو الصبغ، فكذا الاستصناع لا يخرج عنه كونه إجارة ما فيه من العين كالأديم^(٤) والصرم^(٥).

ويعترض عليه "بأن الصبغ أصل والصبغ آتة، فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر ، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير"^(٦)، وهو البطلان بموت أحد المتعاقدين.

وجه القول الثالث:

بين وجه هذا القول في تبين الحقائق فقال: "وقيل : ينعقد إجارة ابتداء، وبيعا انتهاء قبيل التسليم ، لأن البيع لا يطل بموت أحدهما بل يستوفى من تركته، والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع، فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة، كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء، والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيراً على الأمرين حفظهما.

(١) انظر المبسوط: ١٣٩/١٢؛ مجمع الأنهر: ١٠٧/٢.

(٢) انظر تبين الحقائق: ١٢٤/٤؛ العناية: ١١٥/٧ .

(٣) العناية: ١١٥/٧.

(٤) الأديم: الجلد المدبوغ (المصباح المنير، ص ١٠؛ المغرب، ص ٢٢).

(٥) الصرم: الجلد (المصباح المنير، ص ٣٣٩؛ المغرب، ص ٢٦٦).

(٦) انظر العناية: ١١٥/٧.

(٧) العناية: ١١٥/٧؛ وانظر المبسوط: ٨٤/١٥-٨٥.

فإن قيل: إذا اعتبرتم فيه معنى الإجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخير.

قلنا : الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر ؛ لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم^(١)، فباعثباره كان للصانع فسخه، وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعثباره يكون للمستصنع الفسخ؛ لأنه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخير، ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق الزوم فلا يظهر في حقه^(٢).

وبسط القول في بيانه صاحب المحيط البرهاني فقال: "ينعقد إجارة ابتداء، ويصير بيعا انتهاء.. بدليل أنهم قالوا: بأن الصانع إذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع، ولا يستوفي المصنوع من تركته، ولو انعقد بيعا ابتداء وانتهاء .. لم يبطل بموته، كما في بيع العين والسلم.

وقال محمد: إذا أتى به الصانع كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى شيئا لم يره، ولو انعقد إجارة ابتداء وانتهاء لم يكن له خيار الرؤية، كما في الخياط والصباغ، ولو كان ينعقد بيعا عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لأنه يكون مشتريا ما رآه، وخيار الرؤية لا يثبت في المشتري.

فعلما أنه ينعقد إجارة ابتداء، وإن كان القياس يأباه، لأنه إجارة على عمل في ملك الآخر، ثم يصير بيعا انتهاء قبل التسليم بساعة، وإن كان القياس يأبى أن يصير الإجارة بيعا، لكننا تركنا القياس في الكل لمكان التعامل.

والمعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا فلا بد من اعتبارهما جميعا، واعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذرة، لأن بين الإجارة والبيع تنافيا، فجوزناها إجارة ابتداء، لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع، فاعتبرناها إجارة ابتداء، وجعلناها بيعا قبل التسليم... كما فعلنا هكذا في الهبة بشرط العوض، اعتبرناها تبرعا ابتداء عملا باللفظ، بيعا انتهاء عملا بالمعنى، ولذلك قلنا: لو مات قبل التسليم يبطل كالإجارة، ومتى سلم كان المستصنع بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره^(٣).

(١) تقدم معناه آنفا.

(٢) تبين الحقائق: ١٢٤/٤؛ وانظر فتح القدير: ١١٦/٧؛ البحر الرائق: ١٨٦/٦.

(٣) المحيط البرهاني نقلا عن عقد الاستصناع لعلي القره داغي، ص ٣٤٢-٣٤٣.

المطلب الثاني : حكم الاستصناع.

عقد الاستصناع، بمعنى العقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، إما أن يقع على وجه السلم، مستوفيا لشروطه، كتقديم رأس المال، والأجل عند من يشترطه، وغير ذلك. وإما أن يقع على غير وجه السلم، كأن يؤجل فيه الثمن، أو يكون على الحلول أو إلى أجل قريب لا يعتبر أجلا على القول باشتراط الأجل في السلم.

ولا خلاف بين الفقهاء - في الجملة - على جواز الاستصناع على وجه السلم بشروطه. وإنما اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع على غير وجه السلم، والذي قد يقع بتأخير البديلين: السلعة المستصنعة، والثمن، مما قد يجعله من ابتداء الدين بالدين، فللفقهاء في ذلك قولان: **القول الأول:** جواز عقد الاستصناع على غير وجه السلم. وإليه ذهب الحنفية^(١).

ويدخل عقد الاستصناع عندهم حينئذ في بيع المعين، لا في البيع في الذمة، ويرجع ذلك إلى أن بيع المعلوم لا يجوز عندهم إلا على وجه السلم، وعليه فجواز الاستصناع على غير وجه السلم لا يكون إلا باعتبار الشيء المستصنع في حكم الموجود شرعا وإن كان معدوما حقيقة، وقد رتبوا على ذلك أحكاما منها ثبوت خيار الرؤية للمستصنع، لما هو مقرر عندهم من ثبوت خيار الرؤية في بيع المعين الغائب، بخلاف بيع ما في الذمة فإن خيار الرؤية لا يثبت فيه^(٢). ومنها عدم جواز تأجيل السلعة المستصنعة مدة تعتبر أجلا^(٣)، لأن التأجيل يختص بما في الذمة^(٤)، فإن أجلت السلعة أصبح العقد سلما يشترط فيه شروطه.

القول الثاني: عدم جواز عقد الاستصناع على غير وجه السلم، وإليه ذهب الجمهور من المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧)، وزفر من الحنفية^(٨).

إلا أن المالكية استثنوا من ذلك ما إذا كان الغالب وجود المادة التي يعمل منها الصانع عنده،

(١) تبين الحقائق: ١٢٣/٤؛ البحر الرائق: ١٨٥/٦؛ فتح القدير: ١١٤/٧-١١٥.

(٢) انظر المبسوط: ٨٥/١٥.

(٣) المبسوط: ١٣٩/١٢-١٤٠؛ تبين الحقائق: ١٢٤/٤-١٢٥.

(٤) المبسوط: ١٢/١٤٠؛ بدائع الصنائع: ٣/٥.

(٥) انظر التاج والإكليل: ٦/٥١٥-٥١٦؛ مواهب الجليل: ٥٣٩/٤؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٢٨٧/٣-٢٨٨.

(٦) انظر الأم: ١٣٣/٣-١٣٤؛ تحفة المحتاج: ٢٠-٢٩، ٣٠-٣١؛ مغني المحتاج: ٢٤/٣-٢٥.

(٧) انظر الإنصاف: ٣٠٠/٤؛ المغني: ١٨٦/٤، ١٩١؛ كشف القناع: ١٦٥/٣، ٢٩٠-٢٩١، ٢٩٥.

(٨) بدائع الصنائع: ١٧٢/٥؛ مجمع الأنهر: ١٠٦/٢.

فيجوز العقد في هذه الحالة بناء على ما تقدم من مذهبهم في بيع الاستجرار، ويكون العقد من اجتماع الإجارة والبيع^(١).

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

ما ثبت عن ابن عمر رضي الله عنهما " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب، فكان يجعل فسه في باطن كفه إذا لبسه، فصنع الناس كذلك، ثم إنه جلس على المنبر فترعه فقال : «إني كنت ألبس هذا الخاتم ، وأجعل فسه من داخل»، فرمى به ثم قال : «والله لا ألبسه أبدا فنبذ الناس خواتيمهم»^(٢).

فثبت بالحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد استصنع، وفعله دليل الجواز.

ويعترض عليه:

"بأنه من المحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أعطى [الصانع] الثمن في مجلس العقد، وأخذ منه الخاتم في المجلس أيضا، فليس في الحديث أن العقد كان مؤجلا. ومن المحتمل أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أعطاه المادة الخام للخاتم، فيكون العقد إجارة لا استصناعا، وهو جائز عند الجميع. ومع وجود هذين الاحتمالين فلا يصح الاستدلال بالحديث"^(٣).

(١) في مواهب الجليل (٣٩٦/٥): " من البيع والإجارة أن يدفع الإنسان ثوبه لمن يرقعه له ، أو نعله لمن يشركها، فلا يجوز ذلك حتى يريه الجلد والرقعة ؛ لأن ذلك مبيع فلا بد من رؤيته ، أو ما يقوم مقام الرؤية من الصفة في الشيء الغائب الذي يتعذر الوصول إليه حالة العقد. هذا إذا كان عند الصانع الجلود والرقاع ، فإن لم يكن عنده انضاف إلى ذلك بيع ما ليس عنده من غير أجل السلم، إلا أن يكون لا يعدم ذلك فلا يحتاج إلى طول الأجل ، ويكفي الوصف التام كما في سائر السلم ، ولا يكفي بالوصف إلا إذا كان ما يريد أن يعمل منه غير موجود عنده حين العقد ، ولا يتعذر عليه غالبا لكونه لا يعدمه ويكثر عنده قاله القباب ". وانظر التاج والإكليل: ٥٠٠/٦ ؛ منح الجليل: ٣٨٧/٥.

(٢) متفق عليه (صحيح البخاري: ٢٢٠٥/٢ كتاب اللباس باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، ٢٤٥٠/٦ كتاب الأيمان والنذور باب من حلف على الشيء وإن لم يحلف؛ صحيح مسلم: ١٦٥٥/٣ كتاب اللباس والزينة باب تحريم خاتم الذهب على الرجال ونسخ ما كان من إباحته في أول الإسلام).

(٣) الخدمات الاستثمارية ليويسف الشيلي: ٥١٨/٢-٥١٩.

الدليل الثاني:

ما ثبت عن سهل بن سعد^(١) رضي الله عنه أنه قال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة- امرأة سماها سهل- «أن مري غلامك النجار يعمل لي أعوادا أجلس عليها إذا كلمت الناس»، فأمرته بعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بها فوضعت وجلس عليه^(٢).

فقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم المنبر، وذلك دليل جوازه.

ويعترض على الاستدلال بهذا الحديث:

بأنه معارض بما ثبت عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن امرأة قالت: يا رسول الله، ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه، فإن لي غلاماً نجاراً، قال: «إن شئت»، فعملت المنبر^(٣). فدل هذا الحديث أنها هي التي ابتدأت بالسؤال متبرعة بذلك. ويمكن الجمع بين الحديثين: "بأن تكون المرأة ابتدأت بالسؤال متبرعة بذلك، فلما حصل لها القبول أمكن أن ييطئ الغلام بعمله، فأرسل يستنجزها إتمامه، لعلمه بطيب نفسها بما بذلته... أو أنه لما فوض إليها الأمر بقوله: «إن شئت» كان ذلك سبب البطء... وهذا أوجه"^(٤).

الدليل الثالث:

إجماع الناس العملي على التعامل بعقد الاستصناع في سائر الأعصار من غير نكير^(٥). فلا يكاد يخلو أحد من الناس -حتى من الفقهاء المخالفين في الاستصناع- من أن يكون تعاقده بطريق

(١) هو سهل بن سعد بن مالك الخزرجي الانصاري، من بني ساعدة، توفي النبي صلى الله عليه وسلم وعمره ١٥ سنة، وعمر طويلاً فتوفي بالمدينة عام ٩١هـ، وهو آخر من توفي فيها من الصحابة. (الأعلام: ١٤٣/٣؛ تهذيب التهذيب: ٢٢١/٤؛ سير أعلام النبلاء: ٤٢٢/٣-٤٢٣).

(٢) متفق عليه (صحيح البخاري: ١٧٢/١ أبواب المساجد باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد، ٣١٠/١ كتاب الجمعة باب الخطبة على المنبر، ٧٣٨/٢ كتاب البيوع باب النجار؛ صحيح مسلم: ٣٨٦/١ كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب جواز الخطوة والخطوتين في الصلاة).

(٣) رواه البخاري (١٧٢/١ أبواب المساجد باب الاستعانة بالنجار والصناع في أعواد المنبر والمسجد، ٧٣٨/٢ كتاب البيوع باب النجار).

(٤) فتح الباري: ٥٤٤/١.

(٥) المبسوط: ١٣٨/١٢-١٣٩؛ بدائع الصنائع: ٣-٢/٥؛ تبيين الحقائق: ١٢٣/٤.

الاستصناع على عمل شيء مما يحتاجه من أحذية أو ملابس أو أثاث أو غير ذلك^(١). وفي هذا يقول الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله: "إن الحنفية يدعون الإجماع على جوازه للحاجة. ودعوى الإجماع مستفيضة في كتب المذهب الأساسية... وقد تبدو هذه الدعوى غريبة، فأى إجماع مع أن مذاهب عديدة منها الشافعي والحنبلي لا تجيزه إلا بشرائط السلم كاملة؟".

ولكن الإجماع الذي يستند إليه الحنفية صحيح ولا يتنافى مع هذا الخلاف بين المذاهب في جواز الاستصناع. فإن الإجماع الذي يدعيه الحنفية هو الإجماع العملي. فهم يقولون إن العمل بالاستصناع فيما يحتاج إليه متعارف ومستمر من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم دون نكير... ويلحظ في هذا المقام أن المشاهد في عصرنا أن فقهاء المذاهب الثلاثة التي لا تجيز الاستصناع إلا بطريق السلم يمارسونه عمليا في حاجاتهم الخاصة وحاجات أبنائهم من أحذية وملابس وسواها، ولا يجدون منه بدا"^(٢).

الدليل الرابع:

"أن الحاجة تدعو إليه ؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعا، فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج"^(٣).

و"الأوضاع المتعارف عليها في الاستصناع لا تصلح مع جعله سلما، كما ذهب إليه من عدا الحنفية، لأن المعتاد للناس عدم الالتزام بتعجيل الثمن، ولأنهم في الغالب يطلبون كون الصنعة من عمل الصانع نفسه، وذلك يفسد به السلم، فلو شرط في السلم أن تكون المواد المشتراة من .. عمل الصانع نفسه، أو عمل صانع معين، فسد السلم"^(٤).

كما أن عقد الاستصناع لا يمكن أن يجعل على وجه الإجارة المحضة، لأنه يلزم لذلك تعيين المواد التي يصنع منها ، إما بأن يقدمها المستصنع للصانع، أو بأن تكون موجودة عند الصانع ويشتريها

(١) عقد الاستصناع لحمد الأشقر، ص ٢٢٩ ؛ عقد الاستصناع لمصطفى الزرقا، ص ٢٤.

(٢) عقد الاستصناع للزرقا، ص ٢٣-٢٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٣/٥.

(٤) عقد الاستصناع لحمد الأشقر، ص ٢٢٩.

المستصنع منه على التعيين. وكلا الأمرين متعذر، لأن المستصنع لا دراية له بالمواد حتى يحضرها^(١)، والصانع لا يمكنه شراء المواد قبل التعاقد لما في ذلك من المخاطرة، لاحتمال عدول المستصنع عن التعاقد، فضلا عن صعوبة تحديد جميع المواد بدقة حين التعاقد من حيث الكمية والمواصفات، خاصة في العصر الحاضر الذي تطورت فيه الصناعة ودقت حتى أنه يدخل في استصناع الشيء اليسير كثير من المواد بمقادير ومواصفات دقيقة.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول :

أن الشيء المستصنع ليس له وجود حقيقي ، فبيعه بيع معدوم، وذلك لا يجوز في غير السلم.

ويعترض عليه من وجهين :

الوجه الأول : عدم التسليم بعدم صحة بيع كل معدوم، إذ لا دليل على ذلك^(٢).

الوجه الثاني : أن "المعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة.. وقد تحققت الحاجة هنا، إذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق أصبعه، وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع"^(٣).

الدليل الثاني :

أن في الاستصناع بيع لما لا يعلم حصوله من عدمه، ولا يعرف بعينه، وهذا من بيع الغرر المنهي عنه^(٤).

ويعترض عليه:

بأن الشيء المستصنع معلوم، وهو في مقدرة الصانع غالبا، فليس في بيعه غرر من جهة الجهالة ولا من جهة عدم القدرة على التسليم.

(١) انظر عقد الاستصناع للزرقا، ص ١٤ ؛ الخدمات الاستثمارية ليوسف الشبيلي: ٥٢٤/٢-٥٢٦.

(٢) مجموع الفتاوى : ٢٠٠/٣٠ ؛ إعلام الموقعين : ٧/٢ .

(٣) تبين الحقائق: ١٢٤/٤.

(٤) تقدم تخريج النهي عن بيع الغرر ص ١٤ .

الدليل الثالث :

أن الصانع في الاستصناع يبيع ما ليس عنده، وذلك منهى عنه^(١).

ويعترض عليه:

بأن معنى ما ورد من النهي عن بيع ما ليس عند البائع : "أن السلع المعينة يمتنع بيعها قبل شرائها مثل أن يقول له : اشتر مني سلعة فلان ؛ لأنه غرر إذ لا يدري هل يبيعها فلان أم لا ، وهل يكون بمثل الثمن أو أقل فيكون ما بقي له من أكل أموال الناس بالباطل أو يكون بأكثر من الثمن فيخسر الزائد"^(٢). وبهذا المعنى فسر الإمام الشافعي الحديث^(٣).

ويحتمل أن يتناول النهي أيضاً "السلم الحال، وهو أن يبيع شيئاً في ذمته ليس عنده على أن يمضي للسوق فيشتريه ويدفعه للمشتري ؛ لأنه غرر ؛ لأنه إما أن يجده أو لا ، وإذا وجدته فإما بأكثر مما باعه فيؤدي من عنده ما يكمل به الثمن، وذلك من السفه المنهي عنه ، وإما أن يجده بأقل فيأكل ما بقي باطلاً وهو لا يجوز"^(٤).

وعلى أي من المعنيين فإن الاستصناع ليس من ذلك ولا في معناه.

الدليل الرابع :

أن في الاستصناع تأجيلاً للثمن والمثمن وكلاهما دين في الذمة، فيكون من ابتداء الدين بالدين، وذلك غير جائز، من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : ما ورد من النهي عن بيع الكالئ بالكالئ^(٥)، فإنه يعم الاستصناع.

ويعترض عليه: بضعف الحديث، مما لا يصح معه التمسك بعموم لفظه.

الوجه الثاني: الإجماع على عدم جواز ابتداء الدين بالدين^(٦) ، والاستصناع من ذلك.

ويعترض عليه: بأن الإجماع لا يثبت في خصوص الاستصناع، لوقوع الخلاف فيه.

(١) تقدم تخريج النهي عن بيع ما ليس عند البائع ص ٧٣ .

(٢) كفاية الطالب الرباني: ١٨٢/٢؛ وانظر إعلام الموقعين : ٣٠١/١-٣٠٢؛ المنتقى للباجي: ٢٨٦/٤.

(٣) الأم: ٩٤/٣ ، ١٧٤/٥ ، ١٨٨/٨-١٨٩ ، ٦٦٤/٨ .

(٤) كفاية الطالب الرباني: ١٨٢/٢؛ وانظر إعلام الموقعين : ٣٠١/١-٣٠٢ ؛ المنتقى للباجي: ٢٨٦/٤.

(٥) تقدم تخريجه ص ٨٤-٨٦ .

(٦) انظر ص ٧٨-٨١ ، ٢٨٤-٢٨٥ .

الوجه الثالث: قياس الاستصناع على غيره من صور ابتداء الدين بالدين المتفق على عدم جوازها، بجامع ما في كلٍّ من ابتداء الدين بالدين.

ويعترض عليه:

بالفرق بين الاستصناع وغيره من صور ابتداء الدين بالدين، وذلك من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: الحاجة إلى الاستصناع وجريان التعامل فيه على ما تقدم في أدلة القول الأول ، بخلاف غيره من صور ابتداء الدين بالدين.

الوجه الثاني: أنه "لا دين في الاستصناع. ألا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق؟" (١) (٢).

(١) بدائع الصنائع: ٣/٥ .

(٢) هذا الوجه مبني على القول بعدم لزوم الاستصناع، ويسلك الحنفية في حكاية الأقوال في هذه المسألة طريقتين:

الطريقة الأولى: أن الاستصناع غير لازم قبل العمل في حق كل من المستصنع والصانع بلا خلاف، وكذلك بعد الفراغ

من العمل قبل أن يراه المستصنع، فإذا أحضر الصانع للمستصنع العين على الصفة المشروطة ففيه ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يسقط خيار الصانع، أما المستصنع فيثبت له خيار الرؤية، وهو المذهب.

الثاني: أن لكل واحد منهما الخيار، وهو مروي عن أبي حنيفة.

الثالث: أنه لا خيار لهما جميعاً، وهو مروي عن أبي يوسف.

وهذه الطريقة هي المذكورة في بدائع الصنائع (٣/٥-٤).

وفي فتح القدير (١١٦/٧-١١٧): "إن قيل: لو انعقد إجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى .

أجيب بأنه إنما لم يجبر الصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأدم ونحوه ، والإجارة تفسخ ففسخ بهذا العذر".

وفيه (١١٧/٧): "للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار

للصانع".

وفي تبين الحقائق (١٢٤/٤): " فإن قيل : إذا اعتبرت فيه معنى الإجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على

المضي ولا يخير، قلنا : الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر ؛ لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعثاره كان للصانع

فسخه" فهذا تعليل لثبوت الخيار للصانع قبل العمل.

لكن يشكل عليه ما ذكره في تعليل القول الثاني المروي عن أبي حنيفة فقد قال (١٢٤/٤): "وعن أبي حنيفة أن له [أي

الصانع] الخيار أيضاً ؛ لأنه يلحقه الضرر بقطع الصرم"، وهذا التعليل إنما يصح لو كان هذا القول في إثبات الخيار للصانع

قبل العمل، وكان المشهور بخلافه.

الطريقة الثانية: إطلاق الروايات الثلاث دون التفصيل المتقدم بين ما قبل العمل وما بعده وما بعد إحضار العين على

الصفة، وعليه ففي لزوم ثلاثة أقوال:

الأول: أن العقد لازم في حق الصانع على كل حال، حتى لو امتنع عن العمل أجبر عليه. أما المستصنع فيثبت له خيار الرؤية عند إحضار العين. وهو المذهب.

الثاني: أن العقد غير لازم في حق أي منهما، فلا يجبر الصانع على العمل، ولا يجبر المستصنع على قبوله ولو جاء على الصفة بل يثبت له خيار الرؤية، وهو مروى عن أبي حنيفة.

الثالث: أن العقد لازم في حق كل منهما، وهو مروى عن أبي يوسف.

وهذه الطريقة هي ظاهر ما في العناية (١١٤/٧-١١٦) ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (١٩٨/٢) ومجمع الأثر (١٠٦/٢-١٠٧). ففي كل منها لم يذكر التفريق بين ما قبل العمل وما بعده، وأطلق القول بلزوم العقد في حق الصانع وإجباره على العمل.

وفي الهداية (١١٦/٧): " (وهو [أي المستصنع] بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه) لأنه اشترى شيئاً لم يره ، ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح ، لأنه باع ما لم يره . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضاً لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره". فظاهره أن القول الثاني في إثبات الخيار للصانع قبل العمل، وأن المشهور بخلافه. ونحو ذلك في العناية (١١٦/٧).

كما أورد قول أبي يوسف على هذه الطريقة صاحب المحيط البرهاني فقال: "ثم رجع أبو يوسف عن هذا وقال: لا خيار لواحد منهما، بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول" (المحيط البرهاني نقلاً عن عقد الاستصناع لعلي القره داغي، ص ٣٦١).

وذهب ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار إلى الطريقة الأولى، وقال بعد إيراد بعض النقول (٢٢٥/٥): "قد ظهر لك بهذه النقول أن الاستصناع لا حبر فيه إلا إذا كان مؤجلاً بشهر فأكثر ، فيصير سلماً وهو عقد لازم يجبر عليه ولا خيار فيه... وأما ما في الهداية عن المبسوط ، من أنه لا خيار للصانع في الأصح فذاك بعدما صنعه ورآه الأمر".

إلى أن قال بعد ذلك شارحاً قول صاحب الدر المختار (مفاده أنه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح): "هذا هو المراد من نفي الخيار في المبسوط فقول المصنف في المنح : (ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط ، فيجبر على العمل لأنه باع ما لم يره إلخ) صوابه أن يقول : (فيجبر على التسليم) لأن الكلام بعد العمل... وقد علمت تصريح كتب المذهب بثبوت الخيار قبل العمل ، وفي كافي الحاكم الذي هو متن المبسوط ما نصه: (والمستصنع بالخيار إذا رآه مفروغاً منه وإذا رآه فليس للصانع منعه ولا بيعه ، وإن باعه الصانع قبل أن يراه جاز بيعه)".

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بقول أبي يوسف على الطريقة الثانية فنصت في المادة (٣٩٢) على أنه "إذا انعقد الاستصناع ؛ فليس لأحد العاقلين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً" (شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ٤٢٤/١).

قال الدكتور علي محيي الدين القره داغي: "وعلماء المجلة من محققي المذهب الحنفي، وهم اطلعوا على ما قاله ابن عابدين، ومع ذلك لم يولوا له عنايتهم، بل أخذوا بلزوم العقد أخذاً برواية أبي يوسف" (عقد الاستصناع لعلي القره داغي، ص ٣٦٢).

وقد أخذ الاجتهاد المعاصر بالقول باللزوم، ففي قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٧ / ٣ / ٧ بشأن عقد الاستصناع الصادر في دورة مؤتمره السابع بجدة عام ١٤١٢هـ: "إن عقد الاستصناع -وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة- ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط" (مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٧٧٧/٢/٧). وكثير من الفقهاء المعاصرين على هذا الرأي (راجع بحوث عقد الاستصناع والمناقشات حول هذا العقد في العدد السابع الجزء الثاني من مجلة مجمع الفقه

=

الوجه الثالث: أن الاستصناع بمعنى عقدين: السلم والإجارة^(١)، أما السلم فلأنه عقد على مبيع في الذمة، وذلك يقتضي وجوب تقديم الثمن فيه، وأما الإجارة فلاشترط العمل فيه، وذلك يقتضي أن لا يجب تقديم الثمن فيه^(٢)، وإذ تناقض الحكمان فترجيح عدم وجوب تقديم الثمن أولى، مراعاة للحاجة على ما تقدم في أدلة القول الأول، ولأن العقد باجتماعهما لم يخرج عن كونه عقدا على العمل، و"مقاصد التشريع في العقود الواردة على العمل تختلف عن تلك الواردة على المال، كما نبه على ذلك العلامة الطاهر بن عاشور^(٣)، وتشوف الشارع إلى الآثار الإيجابية للعمل وما يترتب عليه من قيمة مضافة للاقتصاد، جعلته يغتفر في عقود العمل من الغرر ما لا يغتفر في عقود التبادل المالي"^(٤).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - جواز الاستصناع بتأجيل البدلين: السلعة المستصنعة، والثمن، لما تقدم في أدلة القول الأول، وتمسكا بأصل الحل والصحة في العقود، ولأن مستند المنع من ابتداء الدين بالدين هو الإجماع، ولا إجماع في المسألة، ولأن أقوى ما يمكن أن يتمسك به المانع قياس المسألة محل البحث على غيرها من صور ابتداء الدين بالدين، إلا أن هذا القياس قياس مع الفارق من الأوجه المتقدم إيرادها. ويتأكد الجواز إذا كان قصد العمل في عقد الاستصناع هو الغالب، ذلك أن في الاستصناع معنى السلم ومعنى الإجارة على العمل، فإذا كان معنى الإجارة على العمل هو الغالب كانت مراعاة أحكام الإجارة أولى، ومنها عدم اشتراط تقديم الأجرة، خاصة عند تعيين الأجير. على أن الشأن في المسألة يسير، لأن باب ابتداء الدين بالدين من أبواب الغرر وليس من أبواب الربا، وأبواب الغرر مما يتسامح فيه للحاجة والمصلحة الراجحة، ولا تخفى الحاجة للصورة محل البحث وما يتحقق بها من مصلحة كل من البائع والمشتري.

هذا ولا يلزم من جواز الاستصناع دخوله في بيع المعين وثبوت أحكامه فيه على ما ذهب إليه الحنفية، بل يبقى أحد صور البيع في الذمة، ذلك أن مستند الحنفية في ذلك عدم جواز بيع المعدوم على غير وجه السلم على ما تقدم الإشارة إليه، والصواب أن عدم التأثير له في حكم البيع، إذ لا

الإسلامي).

(١) انظر بدائع الصنائع: ٣/٥ .

(٢) انظر ما تقدم نقله عن المقدمات الممهدة، ص ٤٥٨ .

(٣) انظر مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٨٣-١٨٦ .

(٤) عقد الكالئ بالكالئ لسامي السويلم، ص ٧١ .

دليل على عدم صحة بيع كل معدوم، وإنما المؤثر هو عدم القدرة على التسليم أو الجهالة لما ينشأ عنهما من الغرر، وليس في الاستصناع شيء من ذلك. وعليه فإن العقد لازم في حق كل من الصانع والمستصنع ، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف خلافا للمعتمد عند الحنفية. كما يجوز أن تكون السلعة المستصنعة حالة في ذمة الصانع أو مؤجلة إلى أجل معلوم، كسائر ما يثبت في الذمة^(١).

(١) جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٧ / ٣ / ٧ المشار إليه آنفا: "يشترط في عقد الاستصناع ما يلي: (أ)... (ب) أن يحدد فيه الأجل". فعد الأجل شرطا، ومقتضى ذلك عدم جواز الاستصناع على الحلول، واشترط أن تكون المدة المحددة مما يعد أجلا عرفا. والأظهر -والله أعلم- عدم اشتراط الأجل ، مراعاة لما يراه الحنفية في هذه المسألة، وبناء على ترجيح عدم اشتراط الأجل في السلم، خاصة إذا كان عند البائع ما يوفي منه، فعقد الاستصناع أولى بعدم اشتراط الأجل فيه.

الفصل الرابع: بيع الدين في الحوالة والمقاصة.

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : الحوالة وبيع الدين.

المبحث الثاني : المقاصة وبيع الدين.

المبحث الأول: الحوالة وبيع الدين

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حقيقة الحوالة.

المطلب الثاني : الفرق بين الحوالة وبيع الدين.

المطلب الأول : حقيقة الحوالة .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف الحوالة في اللغة.

الفرع الثاني : تعريف الحوالة في اصطلاح الفقهاء .

الفرع الثالث : حقيقة الحوالة .

الفرع الأول : تعريف الحوالة لغة.

الحوالة لغة اسم من أحال يُحيل إحالة وإحالة، بمعنى النقل والتحريك، يقال أَحَلَّت الشيء إحالة نقلته، وَأَحَلَّت عليه بالسوط والرمح سدده إليه وأقبلت به عليه، وَأَحَلَّت الأمر على زيد أي جعلته مقصوراً عليه مطلوباً به^(١)، "والحوالة مأخوذة من هذا، فَأَحَلَّتْه بدينه نقلته إلى ذمة غير ذمتك"^(٢)، و"يقال للرجل إذا تحول... على رجل بدراهم: حال وهو يحول حَوَلاً، ويقال: أَحَلَّت فلانا على فلان بدراهم أُحِيلَه إحالة وإحالة، فإذا ذكرت فعل الرجل قلت: حال يحول حولاً واحتال احتيلاً، إذا تحول هو من ذات نفسه"^(٣).

وتأتي الحوالة بمعنى تحويل ماء من نهر إلى نهر^(٤).

وتأتي أيضاً بمعنى الكفالة، ومنه الحويل: أي الكفيل^(٥).

قال ابن فارس: الحاء والواو واللام أصل واحد، وهو تحرك في دور^(٦).

(١) المصباح المنير، ص ١٥٧.

(٢) المصباح المنير، ص ١٥٧.

(٣) لسان العرب: ١١/١٩٠.

(٤) لسان العرب: ١١/١٨٨.

(٥) لسان العرب: ١١/١٩٤.

(٦) مقاييس اللغة: ٢/٩٧.

الفرع الثاني : تعريف الحوالة في اصطلاح الفقهاء.

عرفت الحوالة اصطلاحاً بتعريفات مختلفة:

- ١ - عرفها بعض الحنفية بأنها: "نقل الدين من ذمة إلى ذمة"^(١). وعرفها بعضهم بأنها: نقل المطالبة بالدين من ذمة إلى ذمة^(٢). وهذا بناء على اختلاف الحنفية في الحوالة هل تنقل الدين من ذمة إلى أخرى، أم تنقل المطالبة فقط؟.
 - ٢ - وعرفها بعض المالكية بأنها "طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى"^(٣).
 - ٣ - وعرفها الشافعية بأنها: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة^(٤).
 - ٤ - وعرفها الحنابلة بأنها: انتقال مال من ذمة المحال إلى ذمة المحال عليه^(٥).
- وهذه التعريفات متقاربة، إلا تعريف الحنفية لها بأنها نقل المطالبة فقط دون الدين، وذلك بناء على ما ذهبوا إليه في حقيقة الحوالة، على ما سيأتي بيانه.

الفرع الثالث : حقيقة الحوالة .

اختلف الفقهاء في حقيقة الحوالة على أقوال :

القول الأول : أنها استيفاء ، وإليه ذهب بعض المالكية^(٦) وبعض الشافعية^(٧) وبعض الحنابلة^(٨) ،

-
- (١) تبين الحقائق: ١٧١/٤ ؛ وانظر درر الحكام شرح غرر الأحكام: ٣٠٨/٢؛ البحر الرائق: ٢٦٦/٦؛ رد المختار: ٣٤٠/٥.
 - (٢) فتح القدير: ٢٣٨/٧-٢٣٩؛ البحر الرائق: ٢٦٦/٦؛ رد المختار: ٣٤٠/٥.
 - وعرفها بعضهم بأنها: تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثيق به. (العناية: ٢٣٨/٧).
 - (٣) وهو تعريف ابن عرفة (شرح حدود ابن عرفة، ص ٣١٦؛ وانظر شرح الخرشي: ١٦/٦. منح الجليل: ١٧٨/٦)
 - وعرفها ابن الحاجب بأنها: نقل الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى. (الفواكه الدواني: ٢٤٠/٢ ؛ وانظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٢٥/٣).
 - (٤) مغني المحتاج: ١٨٩/٣؛ نهاية المحتاج: ٤٢١/٤؛ أسنى المطالب: ٢٣٠/٢.
 - (٥) شرح منتهى الإرادات: ١٣٥/٢. وانظر كشف القناع: ٣٨٣/٣.
 - (٦) قال الباجي: " والصحيح في الحوالة عندي أن الحوالة ليست من باب الدين بالدين إذا قلنا أنها لا تصح إلا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه ، وذلك أن المحيل تبرأ ذمته بنفس الإحالة، فهي من باب النقد " (المنتقى للباجي: ٦٦/٥) .
 - (٧) وهو ظاهر إطلاق بعضهم ، انظر المنشور في القواعد للزركشي: ٨٦/١ ؛ حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ٢٢٧/٥ ؛ وانظر الأم ٦٩/٧ .
 - (٨) الفروع : ٦٢٠/٢ ؛ الإنصاف : ٢٥٢/٣ ، ٢٢٢/٥ ؛ كشف القناع: ٣٨٣/٣ .

وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) وابن القيم^(٢) رحمهما الله.

القول الثاني : أنها بيع دين بدين جوز للحاجة ، وإليه ذهب المالكية^(٣) ، وهو الأصح عند الشافعية^(٤) ، وإليه ذهب بعض الحنابلة^(٥) .

القول الثالث : أنها عقد إرفاق مستقل ليس بمحمول على غيره ، وإليه ذهب الحنابلة^(٦) ، وهو قول عند المالكية^(٧) .

القول الرابع : أنها ضمان بإبراء ، وإليه ذهب الحنفية^(٨) ، وهو وجه عند الشافعية^(٩) .

القول الخامس : أنها بيع عين بعين ، وهو وجه عند الشافعية^(١٠) .

القول السادس : أنها بيع عين بدين ، وهو وجه عند الشافعية^(١١) .

القول السابع : أنها استيفاء وقرض ، وهو وجه عند الشافعية^(١٢) .

القول الثامن : أنها إسقاط بعوض ، وهو وجه عند الشافعية^(١٣) .

القول التاسع : أن فيها معنى الاستيفاء والبيع ، والاستيفاء هو الغالب ، وهو وجه عند

(١) مجموع الفتاوى: ٥١٢/٢٠ .

(٢) إعلام الموقعين: ٢٩٤/١ .

(٣) المدونة: ٨٤/٣ ؛ التاج والإكليل: ٢١/٧ ؛ حاشية الدسوقي: ٣٢٦/٣ .

(٤) تحفة المحتاج: ٢٢٦/٥ ؛ مغني المحتاج: ١٨٩/٣ ؛ أسنى المطالب: ٣٢٠/٢ .

(٥) الإنصاف: ٢٢٢/٥ .

(٦) المغني: ٣٣٦/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٣٤-١٣٥/٢ ؛ كشف القناع: ٣٨٣/٣ .

(٧) مواهب الجليل: ٩١/٥ ؛ حاشية الصاوي: ٤٢٤/٣ .

(٨) في المبسوط (٤٦/٢٠) : " وإذا كان لرجل على رجل مال فضمنه له على إبراء الذي عليه الأصل فهو جائز والكفيل ضامن للمال ولا يأخذ الطالب المكفول عنه بشيء ؛ لأنهما أتيا بمعنى الحوالة ، وإن لم يصرحا بلفظها ، والألفاظ قوالب المعاني . والمقصود هو المعنى دون اللفظ ... والكفالة والحوالة يتقاربان من حيث إن كل واحد منهما إقراض للذمة والتزام على قصد التوثق فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة ؛ فإذا شرط في الكفالة أن يكون الأصيل بريئا كانت الحوالة " ، وفي البحر الرائق (٢٦٦/٦) : " كتاب الحوالة ، ذكرها بعدها [أي الكفالة] ؛ لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق ، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة بخلاف الكفالة " ، وذكر نحوه في مجمع الأثر: ١٤٦/٢ ؛ رد المختار: ٣٤٠/٥ .

(٩) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٤٦١ ؛ حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ٢٢٧/٥ .

(١٠) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٤٦١ ؛ حاشية عميرة: ٣٩٩/٢ .

(١١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٤٦١ ؛ نهاية المحتاج: ٤٢١/٤ ؛ أسنى المطالب: ٢٣٢/٢ .

(١٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٤٦١ ؛ حاشية عميرة: ٣٩٩/٢ ؛ أسنى المطالب: ٢٣٠/٢ .

(١٣) نهاية المحتاج: ٤٢١/٤ ؛ حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ٢٢٧/٥ .

الشافعية^(١).

القول العاشر : أن فيها معنى الاستيفاء والبيع ، والبيع هو الغالب ، وهو وجه عند الشافعية، وعلى هذا الوجه فقد اختلف في البيع : هل هو بيع دين بدين ، أو عين بعين ، أو عين بدين؟ على ثلاثة أوجه^(٢) .

والقولان التاسع والعاشر لا يخرجان - فيما يظهر لي - عن ما سبقهما من الأقوال ، ذلك أن من يطلق القول بأن الحوالة من باب الاستيفاء أو من باب بيع الدين بالدين إنما يعني الغالب فيها ، لا أنه ينكر أن فيها معنى الاستيفاء والمعاوضة معا .

ويمكن إجمال أهم هذه الأقوال في أربعة أقوال :

القول الأول : أنها من باب الاستيفاء ، وإن كان فيها شوب معاوضة .

القول الثاني : أنها من باب المعاوضات ، وإن كان فيها معنى الاستيفاء .

القول الثالث : أنها من باب الضمان ، إلا أنها ضمان بشرط البراءة .

القول الرابع : أنها أصل مستقل بنفسه غير محمول على غيره .

أدلة القول الأول :

الدليل الأول :

قول النبي صلى الله عليه وسلم : «مطل الغني ظلم ، وإذا أحيى أحدكم على مليء فليحتل»^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث : "ذكر النبي صلى الله عليه وسلم الحوالة في معرض الوفاء ...، فأمر المدين بالوفاء ، ونهاه عن المطل، وبين أنه ظالم إذا مطل، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيى على

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٤٦١ ؛ حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ٢٢٧/٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٤٦١ ؛ حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ٢٢٧/٥ .

(٣) متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه (البخاري : ٧٩٩/٢ كتاب الحوالات باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة،

٧٩٩/٢ كتاب الحوالات باب إذا أحال على مليء فليس له رد، ٨٤٥/٢ كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر

والتفليس باب مطل الغني ظلم؛ مسلم: ١١٩٧/٣ كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها

إذا أحيى على مليء) .

مليء، وهذا كقوله تعالى: {فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ} ^(١)، أمر المستحق أن يطالب بالمعروف، وأمر المدين أن يؤدي بإحسان ^(٢) .

الدليل الثاني :

إن المدين إذا قضى ما عليه من الدين بمال معين من جنس الدين لا يعد هذا من باب المعاوضات وإن كان فيه شوب معاوضة، كما لو قضى ما عليه من الدنانير بدنانير بقدرها لكنها مخالفة لها في الجودة، أو قضاه بدنانير أقل منها مساوية لها في الجودة أو أدنى منها، فإن هذا لا يعد معاوضة ما دام الفضل والتسامح من أحد الجانبين دون مقابل، فكذلك إذا قضاه بدين له في ذمة غيره من جنس دينه لا يعد هذا معاوضة ^(٣)، لأن الدين في ذمة الغير مال فيحصل به الوفاء كالمال المعين، وإنما فارقته في كونه في الذمة، وذلك بمتزلة الاختلاف في الجودة.

دليل القول الثاني :

أن الحوالة عقد إبدال مال بمال عن تراضي ملك به كل واحد من المتعاقدين ما لم يكن يملكه من قبل، وذلك معنى المعاوضة ، فكأن الحيل باع المحتال ما له في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته ^(٤) .

ويعترض عليه باعتراضين :

الاعتراض الأول :

أن معنى المبادلة وملك ما لم يكن مملوكا من قبل موجود في الاستيفاء ، ففي استيفاء الدين استبدال المال المطلق الواجب في الذمة بمال معين، يملك به المدين ما في ذمته ، والدائن ما قبضه من المال المعين ، وذلك غير ما كان يملكه كل منهما من قبل .

واشترط التراضي لا يختص بالمعاوضة ، فيشترط في الاستيفاء رضا المدين، لأن له أن يوفي دينه بما يشاء من ماله ، ويشترط رضا الدائن إذا كان ما يبذله المدين دون حقه ، ولهذا المعنى اشترط الرضا في الحوالة ، فاشترط رضا الحيل لأنه لا يجبر على وفاء ما عليه من الدين بما له في ذمة غيره، واشترط

(١) البقرة: ١٧٨ .

(٢) مجموع الفتاوى: ٥١٢/٢٠-٥١٣ .

(٣) انظر مجموع الفتاوى : ٥١٢/٢٠-٥١٣ .

(٤) مغني المحتاج : ١٨٩/٣ ؛ تحفة المحتاج: ٢٢٦/٥ ؛ أسنى المطالب: ٢٣٠/٢ .

رضا المحال -عند القائلين به- لأن ما في ذمة الغير دون حقه فلا يجبر على قبوله .
وإذا كان معنى المبادلة عن تراض مشتركاً بين معنى المعاوضة والاستيفاء فالأولى الحمل على
الاستيفاء لما تقدم في أدلة القول الأول ، ولما سيأتي في الاعتراض الثاني.

الاعتراض الثاني :

إن إلحاق الحوالة بالمعاوضات يقتضي عدم جوازها لكونها بيع دين بدين ، كما يقتضي عدم
جواز التفرق فيها قبل القبض، لما فيها من بيع مال الربا بجنسه ، ويقتضي أيضاً جوازها بلفظ البيع ،
وجوازها بين الدينين غير المتماثلين في الجنس أو القدر أو الأجل^(١). وذلك كله غير صحيح .

ويجاب عن هذا الاعتراض :

بأنه لا يمتنع أن تكون الحوالة من باب المعاوضات ، وأن يكون الأصل فيها ما ذكر من عدم
الجواز ، إلا أنه رخص فيها استثناء بين الدينين المتماثلين للحاجة، ويبقى ما عدا موضع الرخصة على
المنع^(٢).

ويرد هذا الجواب :

بأن الحمل على الاستيفاء دون حاجة إلى تقدير الرخصة والاستثناء أولى.

دليل القول الثالث :

إن ثبوت دين المحال في ذمة المحال عليه واستحقاقه مطالبته ليس على سبيل المعاوضة ، لما تقدم،
ولا على سبيل الاستيفاء ، وإلا لكان ذلك تمليك الدين لغير من هو عليه بعوض، وذلك غير جائز،
ولأنه ليس في الحوالة قبض من المدين ، ولا ممن يدفع عنه، فلم يبق إلا أن يكون على سبيل الضمان ،
ويؤكد أنه المقصود من الحوالة ليس بمجرد ثبوت الدين في ذمة المحال عليه واستحقاق مطالبته ، لأن
الذمم متساوية في ذلك ، وإنما المقصود التوصل إلى الاستيفاء على الوجه الأحسن^(٣)، وهذا مقصود
الضمان ، إلا أنه ضمان بشرط براءة الأصل من الدين .

(١) المغني : ٣٣٦/٤ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي : ٣٢٦/٣ .

(٣) انظر فتح القدير : ٢٤٤/٧ ؛ العناية : ٢٤٤/٧ .

ويعترض عليه باعتراضين :

الاعتراض الأول :

أن هذا مبني على القول بعدم جواز بيع الدين لغير من هو عليه ، والراجح جوازه كما تقدم ، واختصاص الوفاء بما فيه قبض غير مسلم ، فلا مانع من أن يكون الوفاء بمال من جنس الدين في ذمة الغير .

الاعتراض الثاني :

أن جعل الحوالة من باب الضمان يوجب اشتراط رضا المحال عليه ، واستحقاق المحال العود على المحيل في حال عدم حصول حقه بإفلاس المحال عليه أو موته مفلسا أو جحده الدين ، وعدم اختصاص المحال بدين المحال عليه إذا مات المحيل مفلسا ولا مال له سوى هذا الدين ، وهو غير مسلم .

دليل القول الرابع :

إن ثبوت دين المحال في ذمة المحال عليه واستحقاقه مطالبته ليس على سبيل المعاوضة ، ولا على سبيل الاستيفاء ، ولا على سبيل الضمان ، لما تقدم ، فوجب أن تكون عقد إرفاق مستقل بنفسه غير محمول على غيره ، ويؤكد اختصاص الحوالة باسم وأحكام لا يشركها فيه غيرها من العقود ، مما يدل على أنها عقد منفرد بنفسه .

ويعترض عليه :

بأن نفي كون الحوالة من باب الاستيفاء مبني على القول بعدم جواز بيع الدين لغير من هو عليه ، والراجح جوازه كما تقدم ، وعلى اختصاص الوفاء بما فيه قبض ، وهو غير مسلم ، فلا مانع من أن يكون الوفاء بمال من جنس الدين في ذمة الغير .

والاختصاص بالاسم لا دلالة فيه ، فإن الإجارة والسلم اختصا باسم يميزهما عن سائر البيوع والمعاوضات ولم يخرجهما ذلك منها ، فكذلك الحوالة .

الترجيح :

الراجح - والله أعلم - القول الأول : أن الحوالة من باب الاستيفاء ، وذلك لأمر منها :

١- ما تقدم في أدلة هذا القول وما ورد على أدلة الأقوال الأخرى من الاعتراضات .

٢- أن جعل الحوالة من باب المعاوضات لا يستقيم مع أحكام الحوالة الخاصة بها والتي تفارق

بها عقود المعاوضات ، حتى قال بعض الشافعية: "من تأمل مسائل الباب عرف أن التفريع على قول

البيع لا يستمر"^(١) ، ومن هذه الأحكام : اشتراط المماثلة بين الدينين ، واشتراط اتفاقهما في الجنس ، وما يغتفر من الغرر في الحوالة ، ونحن نجد القائلين بالمعاوضة يعللون ذلك بأن الحوالة ليست بعقد مماكسة^(٢) ، أو بأنها معاوضة ليست على قواعد المعاوضات^(٣) ، أو بأنها رخصة أجازت للحاجة فلا يتعدى بها موارد^(٤) ، أو بأنها عقد معروف يغتفر فيه الغرر^(٥) ، وهذه التعليلات لا حاجة لها على القول بأن الحوالة عقد استيفاء ، لأن هذه الأحكام لا تتعارض مع كون الحوالة عقد استيفاء ، فإن مقتضى كونها استيفاء أن لا تجوز إذا انقلبت إلى معاوضة لما فيها من بيع الدين بالدين ، وأن يجوز فيها ما يجوز في الاستيفاء من الغرر على سبيل المسامحة .

٣- أما ما ذهب إليه الحنفية من القول بأن الحوالة من الضمان بشرط البراءة ، وما ذهب إليه الحنابلة من أن الحوالة عقد مستقل بنفسه ، فهو مبني على ما ذهبوا إليه من عدم جواز تمليك الدين لغير من هو عليه بعوض ، والصحيح جوازه كما تقدم ، إضافة إلى ما يقتضيه ما ذهب إليه الحنفية من أحكام لم يوافقهم عليها غيرهم من الفقهاء .

(١) أسنى المطالب: ٢٣٠/٢ ؛ وانظر مغني المحتاج : ١٨٩/٣ .

(٢) شرح منهج الطلاب بحاشية الجمل : ٣٧٢/٣ .

(٣) أسنى المطالب : ٤٧/٢ .

(٤) حاشية الدسوقي: ٣٢٦/٣ .

(٥) منح الجليل: ١٩٣/٦ ؛ حاشية الدسوقي : ٣٢٨/٣ .

المطلب الثاني : الفرق بين الحوالة وبيع الدين .

تفارق الحوالة بيع الدين لمن هو عليه إلى حد لا يتطلب تفريقا بينهما ، لاختصار العقد وآثاره في بيع الدين لمن هو عليه في طرفين اثنين هما الدائن والمدين ، بخلاف الحوالة التي تتطلب ثلاثة أطراف . وإنما قد تشبه الحوالة ببيع الدين لغير من هو عليه ، لكون كل منهما عقدا ذا أطراف ثلاثة ، الأمر الذي يتطلب تناول أهم الفروق بينهما بما يميز أحدهما عن الآخر . ويمكن إجمال أهم هذه الفروق فيما يلي :

أولا :

إن بيع الدين لغير من هو عليه عقد معاوضة تجري عليه قواعد المعاوضات ، بخلاف الحوالة ، فإنها ليست بعقد معاوضة على الأرجح كما تقدم ، والقائلون بأنها عقد معاوضة لا يجرون عليها كثيرا من قواعد المعاوضات ، لأنها رخصة أجازت للحاجة فلا يتعدى بها مواردها ، ولأنها عقد إرفاق ومعروف فيغتفر فيها أحيانا ما لا يغتفر في عقود المعاوضات . ويثمر هذا الفرق فروعا تخالف فيها الحوالة بيع الدين لغير من هو عليه ، ومنها :

- أ- لا تنعقد الحوالة بلفظ البيع عند الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) ، وهو قول عند المالكية^(٣) .
- ب- لا تقع الحوالة إلا بين دينين متماثلين في الجنس والقدر والأجل^{(٤)(٥)} ، بخلاف بيع الدين فإنه لا يشترط فيه المماثلة بين الدين المبيع وعوضه ، بل تمتنع المماثلة في الجنس إذا كان الدين ربويا .
- ج- يحتتمل الغرر في الحوالة ، فيجوز الحوالة على من لا تعلم ملائته من إعساره^(٦) ، بخلاف بيع الدين لغير من هو عليه كما تقدم ، فيشترط فيه علم المشتري بملاءة المدين من إعساره .

(١) وذهب بعض الشافعية إلى انعقادها به (نهاية المحتاج : ٤/٤٢٢ ؛ حاشية البحر المحمي على المنهج : ٣/٢٠ ؛ تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني : ٥/٢٢٨) .

(٢) المغني : ٤/٣٣٦ ؛ كشف القناع : ٣/٣٨٣ .

(٣) مواهب الجليل : ٥/٩٢ ؛ منح الجليل : ٦/١٨٥-١٨٦ .

(٤) منح الجليل : ٦/١٩١-١٩٢ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣/٣٢٦-٣٢٧ ؛ تحفة المحتاج : ٥/٢٣٠-٢٣٢ ؛ مغني المحتاج : ٣/١٩٢ ؛ الإنصاف : ٥/٢٢٥-٢٢٧ ؛ مطالب أولي النهى : ٣/٣٢٥ .

(٥) إلا أن المالكية يجيزون حوالة الدين الحال على المؤجل ، ويجيزون حوالة الدين المؤجل على الحال إذا قبض قبل الافتراق كالصرف ، ولا يجيزون حوالة الدين المؤجل على المؤجل . (منح الجليل : ٦/١٨٧-١٨٩ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣/٣٢٦-٣٢٧)

(٦) التاج والإكليل : ٧/٢٧ ؛ منح الجليل : ٦/١٩٣ ؛ نهاية المحتاج : ٤/٤٢٩ ؛ مغني المحتاج : ٣/١٩٤ ؛ الإنصاف : ٥/٢٢٨-٢٢٩ ؛ كشف القناع : ٣/٣٨٣ .

د- لا يجري خيار المجلس في الحوالة على الأصح عند الشافعية^(١) والحنابلة^(٢).

هـ- لا تصح الإقالة في الحوالة على المعتمد عند الشافعية^(٣)، بخلاف بيع الدين فتجري فيه الإقالة كسائر البيوع.

ثانيا:

لا يتصور بيع الدين إلا إذا كان هنالك دين للبائع في ذمة آخر يبيعه لغيره ، بخلاف الحوالة، فإنها تصح عند الحنفية^(٤) دون أن يكون المحيل دائنا للمحال عليه إذا قبلها المحال عليه، وهو قول عند الشافعية^(٥)، وذلك بناء على أن الحوالة ضمان أو استيفاء وليست بمعاوضة.

ثالثا:

إن الحوالة لا بد فيها من كون المحيل مدينا للمحال عليه، وإلا لم يكن العقد حوالة، بخلاف بيع الدين ، فإنه لا يلزم أن يكون بائع الدين مدينا لمشتريه ، بل لو وقع وكان الاعتياض بأحد الدينين عن الآخر بطل العقد لما فيه من بيع الدين بالدين^(٦).

رابعا:

لا يشترط رضا المدين في بيع الدين ، في حين يشترط رضا المحال عليه في الحوالة عند الحنفية^(٧)، وهو قول عند الشافعية^(٨)، وذلك بناء على أن الحوالة ضمان أو استيفاء وليست بمعاوضة.

خامسا:

ذهب الحنفية^(٩) إلى استحقاق المحال الرجوع على المحيل في حال جحد المدين الدين أو إفلاسه أو موته مفلسا، أما في بيع الدين فلا رجوع لمشتري الدين على بائعه، بل يتحمل مخاطر الدين.

(١) مغني المحتاج: ٤٠٤/٢ ؛ نهاية المحتاج : ٥/٤ ؛ أسنى المطالب: ٤٧/٢ .

(٢) الإنصاف: ٣٦٥-٣٦٦/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٣٦/٢ ؛ كشف القناع: ١٩٩/٣

(٣) انظر تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني: ٢٢٧/٥ ؛ مغني المحتاج: ١٩٤/٣ ؛ أسنى المطالب: ٢٣٠/٢ .

(٤) بدائع الصنائع: ١٦/٦ ؛ رد المختار: ٣٤٦/٥ .

(٥) مغني المحتاج: ١٩٠/٣ ؛ ؛ نهاية المحتاج: ٤٢٣/٤ .

(٦) انظر حاشية البحر رمي على الخطيب: ١٠٧/٣ .

(٧) تبين الحقائق: ١٧١/٤ ؛ رد المختار: ٣٤١/٥ .

(٨) مغني المحتاج: ١٩٠/٣ ؛ نهاية المحتاج: ٤٢٣/٤ .

(٩) بدائع الصنائع : ١٨/٦ ؛ تبين الحقائق: ١٧٢-١٧٣/٤ .

المبحث الثاني: المقاصة وبيع الدين

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : حقيقة المقاصة.

المطلب الثاني : الفرق بين المقاصة وبيع الدين.

المطلب الأول : حقيقة المقاصة .

وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : تعريف المقاصة في اللغة.

الفرع الثاني : تعريف المقاصة في اصطلاح الفقهاء .

الفرع الثالث: أنواع المقاصة

الفرع الرابع : حقيقة المقاصة .

الفرع الأول : تعريف المقاصة لغة.

المقاصة مصدر، من قاصه وتقاصاً وقاصَصْتَه: إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك فجعلت الدين في مقابلة الدين^(١). وفي المغرب^(٢): "تقاصّوا: إذا قاص كل منهم صاحبه في الحساب فحبس عنه مثل ما كان له عليه".

الفرع الثاني : تعريف المقاصة في اصطلاح الفقهاء.

لم يذكر الحنفية والشافعية والحنابلة -فيما اطلعت عليه من مصادرهم - تعريفاً للمقاصة، ولعل ذلك لعدم الفرق بين معناها في الاصطلاح الفقهي عن معناها اللغوي، ولعدم إفرادهم المقاصة بباب مستقل، بل تناولوا مسائلها متفرقة في الأبواب الفقهية المتعلقة بها.

أما المالكية فقد أفردوا المقاصة بفصل خاص بها، وعرفوها بتعريفات ، منها:

١- تعريف المقاصة بأنها : "متاركة مطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه، فيما ذكر

(١) المصباح المنير، ص ٥٠٥ .

(٢) ص ٣٨٦ ؛ وانظر ترتيب القاموس المحيط: ٦٣٣/٣ ؛ مختار الصحاح، ص ٥٣٨

عليهما^(١) .

قوله: "متاركة" لأنها من فاعلين.

قوله: "مطلوب" يصح أن يكون فاعلاً ومفعوله محذوف تقديره: طالبه، ويصح أن يكون مفعولاً وفاعله محذوف تقديره: طالبه. وقد يقدر المحذوف: "وطالبه"، باعتبار المتاركة منهما معاً.

قوله: "بمماثل" متعلق بمطلوب، وهو صفة لمحذوف أي حق.

قوله: "صنف" بالرفع، فاعل مماثل، أي مماثل في الصنفية، ويحتمل الجر بالإضافة، من إضافة الصفة للموصوف. أي مطلوب بصنف ما عليه المماثل لما له على طالبه. وبه يخرج المختلفان جنساً أو نوعاً فإن المقاصة في ذلك لا تصح ولا تجب عند المالكية، فإن تماثلاً في الصنفية واختلفا في صفة الجودة والرداءة ففيه خلاف عندهم باعتبار حلول الأجل وعدمه.

قوله: "ما عليه" خير من لفظ الدين لتدخل المقاصة فيما حل من الكتابة ونفقة الزوجة .

"لما له" متعلق بمماثل

"على طالبه" يتعلق بالصلة.

قوله: "فيما ذكر" يتعلق بمتاركة، أخرج به المتاركة في غير المذكور.

قوله: "عليهما" حال مما ذكر ، أي: حال كون ما ذكر عليهما ، أي: حال كون المماثل الذي لأحدهما هو الذي على الآخر^(٢).

قال في البهجة^(٣): "وهذا الحد لا يخفى ما فيه من التعقيد".

٢- تعريفها بأنها: متاركة مدينتين بمماثلين عليهما كل ما له فيما عليه^(٤).

(١) شرح حدود ابن عرفة، ص ٣٠١-٣٠٢ ؛ مواهب الجليل: ٥٤٩/٤ ؛ منح الجليل: ٤١٠/٥ ؛ شرح الخرشي: ٢٣٣/٥ . وفي التعريف بهذه العبارة غموض، ولو حذف قوله "ما عليه" لكان أوضح، ويكون التعريف على النحو التالي: "متاركة مطلوب بمماثل صنفه ما له على طالبه، فيما ذكر عليهما". انظر منح الجليل: ٤١٠/٥ ؛ حاشية العدوي على الخرشي: ٢٣٣/٥ .

وكذلك قد يتضح التعريف بحذف الباء في قوله "بمماثل"، ليكون التعريف: "متاركة مطلوب مماثل صنف ما عليه لما له على طالبه، فيما ذكر عليهما". إلا أن التعريف ورد بالباء في المراجع المتقدمة، ولم أجد من أشار إلى حذفها .

(٢) شرح حدود ابن عرفة، ص ٣٠١-٣٠٢ ؛ منح الجليل: ٤١٠/٥ ؛ شرح الخرشي مع حاشية العدوي عليه: ٢٣٣/٥ ؛ البهجة: ٨٤/٢ .

(٣) ٨٤/٢ .

(٤) الشرح الصغير: ٢٩٧/٣ .

٣- تعريفها بأنها "تطرح المتدائنين دينهما المتفق الجنس، على أن يأخذ كل منهما ما في ذمته في مقابلة ما له في ذمة صاحبه"^(١).

٤- تعريفها بأنها "إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه"^(٢). وهذه التعريفات متقاربة، وهي أولى من التعريف الأول لما فيه من التعقيد.

الفرع الثالث : أنواع المقاصة.

تنوع المقاصة بالنظر إلى احتياجها إلى رضا المتدائنين أو رضا أحدهما أو وقوعها دون رضاهما، إلى ثلاثة أنواع^(٣):

النوع الأول: المقاصة الجبرية.

وهي المقاصة التي تقع بمجرد ثبوت الدينين في ذمتي المتدائنين، دون حاجة إلى رضا أي منهما أو علمه^(٤).

وذهب إلى وقوع هذه المقاصة الحنفية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧) خلافاً للمالكية^(٨)، فإن

(١) البهجة: ٨٥/٢.

(٢) الشرح الكبير للددير: ٢٢٧/٣.

(٣) انظر المقاصة لمحمد سلام مذكور، ص ٢٢، ١٠٧، ١١٦، ١٢٠؛ المقاصة لفايز محمد حسين، ص ١١٣-١١٤؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٨/٣٣١.

ولم أحد هذا التقسيم عند الفقهاء المتقدمين، إلا أن ما تناولوه من فروع يدل عليه، وكذلك لم أحد تسمية المقاصة التي تقع بدون تراض بـ "المقاصة الجبرية"، إلا في مواضع يسيرة منها قوله في منح الجليل (٥٦/٦): "و حبس السيد في دين عليه لمكاتبه إن لم يحل من نجوم كتابته ما يفي بدينه ولم يكن في قيمتها ما يفي به، ولا يقاصصه السيد جبراً عليه بما إذا كان دينه حالاً أو اختلفت قيمتها وقيمة الدين اختلافاً لا تجوز المقاصة معه". وقد عبر في أحد المواضع في شرح مجلة الأحكام (٥٩٠/٢) بـ "التقاص الجبري". إلا أنه في موضع تناوله لأحكام المقاصة الجبرية عبر عنها بـ "التقاص دون تراض" (شرح مجلة الأحكام: ٨٧/٣-٨٨).

(٤) في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية تعريف المقاصة الوجوبية (أي الجبرية) بأنها "سقوط الدينين تلقائياً دون طلب أو توقف على تراضي الطرفين أو رضا أحدهما". (المعايير الشرعية، ص ٤٩).

(٥) المبسوط: ١٤٩/٣٠-١٥٠؛ الفتاوى الهندية: ٣/٢٣٠؛ شرح مجلة الأحكام: ٨٧/٣-٨٨.

(٦) تحفة المحتاج: ١٠/١٨؛ مغني المحتاج: ٦/٥٠٩؛ أسنى المطالب: ٤/٤٩٤.

(٧) المغني: ١٠/٣٥٨؛ كشف القناع: ٣/٣١٠؛ شرح منتهى الإرادات: ٢/٩٩.

(٨) انظر منح الجليل: ٥/٤١١؛ مواهب الجليل: ٤/٥٤٩-٥٥٠.

وورد عند المالكية ما قد يوهم وقوع المقاصة جبراً عندهم، ومن ذلك أنه لا يجوز عندهم بيع سلعة بثمن مؤجل، ثم شراؤها بثمن من جنس ما باعها به مؤجلاً إلى نفس الأجل الأول، مع شرط عدم المقاصة، لأن ذلك فيه ابتداء الدين

المقاصة عندهم لا تقع إلا بتراضي المتدائنين أو بطلب أحدهما. وهو قول عند الشافعية^(١) ورواية عند الحنابلة^(٢).

ويشترط فيها تماثل الدينين، في الجنس والصفة والحلول^(٣)، وأن لا يترتب عليها ضرر^(٤)، ويشترط الحنفية أيضاً تماثل الدينين في القوة^(٥)، وفي تفاصيل ذلك خلاف بين الفقهاء القائلين بوقوع هذه المقاصة.

النوع الثاني: المقاصة الجبرية الطلبية.

وهي المقاصة التي تقع بطلب أحد المتدائنين، دون اشتراط رضا الآخر^(٦). وقد ذهب الحنفية^(٧) إلى أن المقاصة الجبرية إذا امتنعت لكون أحد الدينين أفضل من الآخر، مع اتحادهما في الجنس، فإن المقاصة تقع بطلب الدائن بالأفضل، ولا تتوقف على رضا صاحبه، لأن

بالدين، فإن لم يقع البيع الثاني على شرط عدم المقاصة جاز. وفي تعليل الجواز قال الخرشي (٩٦/٥): "لأن الأصل المقاصة فلم يبق غير الزائد في إحدى الذمتين فليس فيه إلا تعمير ذمة واحدة"، وفي منح الجليل (٨٤/٥): "لسقوط المتماثلين، ولا يبقى إلا الزائد في ذمة أحدهما". وانظر الفواكه الدواني: ١٠٢/٢.

لكن جاء التعليل في مصادر أخرى على نحو آخر لا يفهم منه وقوع المقاصة جبراً دون طلب، ففي مواهب الجليل (٣٩٥/٤): "لوجوب الحكم بها وإن لم يشترطها، ووجوب المقاصة ينفي التهمة"، وفي حاشية الدسوقي (٧٩/٣): "لأن الأصل المقاصة، لأنه يقضي بها عند تساوي الأجلين". والتعليل على هذا النحو أصح، لموافقته ما ذكره في باب المقاصة من أنها لا تقع إلا بطلب من أحد المتعاقدين أو باتفاقهما، ويؤكد ذلك أن صحة اشتراط عدم المقاصة عند المالكية وتأثيره في إسقاطها يقتضي أنها حق للمتعاقدين، وإلا لما ملكا إسقاطها، وعليه فلا تقع جبراً عليهما.

(١) في المنهاج (٥٠٩/٦): "أصح أقوال التقاض سقوط أحد الدينين بالآخر بلا رضا، والثاني برضاها، والثالث برضا أحدهما، والرابع لا يسقط". وانظر نهاية المحتاج: ٤٢٤/٨.

(٢) في الفروع (١٩١/٤): "ومن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه... تساقطاً، أو قدر الأقل، وعنه: برضاها، وعنه: أو أحدهما، وعنه: لا". وانظر الإنصاف: ١١٨/٥.

(٣) البحر الرائق: ٢١٧/٦؛ شرح مجلة الأحكام: ٨٧/٣-٨٨؛ أسنى المطالب: ٤٩٣/٤-٤٩٤؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٩/٢.

(٤) التاج والإكليل: ٥٥٠/٥؛ حاشية الصاوي: ٧٤٠/٢؛ شرح منتهى الإرادات: ٩٩/٢.

(٥) شرح مجلة الأحكام: ٨٨/٣.

(٦) في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية تعريف المقاصة الطلبية بأنها "سقوط الدينين بطلب صاحب الحق الأفضل وتنازله عما تميز به حقه، سواء رضي صاحب الحق الأدنى أم أبي". (المعايير الشرعية، ص ٤٩).

(٧) انظر بدائع الصنائع: ٢٠٧/٥؛ المبسوط: ١٦٦/٢٨.

امتناع المقاصة لحق الدائن بالأفضل وقد أسقطه.

وعند المالكية^(١) - وهو قول عند الشافعية^(٢) ورواية عند الحنابلة^(٣) - أن المقاصة - وإن تماثل الدينان - لا تقع جبراً، بل لا بد فيها من طلب أحد المتدينين.

النوع الثالث: المقاصة الاتفاقية.

وهي المقاصة التي لا تقع إلا باتفاق المتدينين عليها^(٤). وذلك لعدم توفر شروط المقاصة الجبرية أو الجبرية الطلبية فيها. وذلك كما لو كان الدينان مختلفين في الجنس، أو كانا متفقين في الجنس وكل من الدينين أفضل من الآخر من وجه.

وقد ذهب الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) إلى جواز هذه المقاصة ولو اختلف الدينان في الجنس، أو اتفقا فيه واختلفا في النوع أو الصفة أو الأجل، بشرط عدم المحذور الشرعي كالربا.

وفي قول عند المالكية^(٧) أن المقاصة - ولو تماثل الدينان - لا تقع إلا على هذا الوجه، فلا تقع جبراً على المتدينين، ولا بطلب من أحدهما ما لم يرض الآخر. وهو قول عند الشافعية^(٨) ورواية عند الحنابلة^(٩) في حال تماثل الدينين. أما في حال اختلافهما في الجنس فإن المقاصة لا تجوز عند الشافعية والحنابلة باعتبارها بيعاً للدين بالدين، وقد تقدم ذلك. وللشافعية في حال اتفاق الدينين في الجنس واختلافهما في النوع أو الصفة أو الأجل أقوال وأوجه، يخرج بسطها عن موضوع هذا البحث^(١٠).

(١) منح الجليل: ٤١٠/٥ - ٤١١؛ مواهب الجليل: ٥٤٩/٤ - ٥٥٠؛ الشرح الصغير: ٢٩٧/٣.

(٢) المنهاج مع مغني المحتاج: ٥٠٩/٦؛ نهاية المحتاج: ٤٢٤/٨.

(٣) الفروع: ١٩١/٤؛ الإنصاف: ١١٨/٥.

(٤) في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية تعريف المقاصة الاتفاقية بأنها "سقوط الدينين بتراضي الطرفين على انقضاء الالتزام فيما بينهما". (المعايير الشرعية، ص ٥٠).

(٥) انظر تبين الحقائق: ١٤٠/٤؛ البحر الرائق: ٢١٦/٦ - ٢١٧؛ رد المختار: ٢٦٥/٥ - ٢٦٦.

(٦) انظر شرح الخرشني: ٣٨/٥ - ٣٩؛ التاج والإكليل: ١٤٠/٦ - ١٤١؛ مواهب الجليل: ٣١٠/٤.

(٧) منح الجليل: ٤١٠/٥؛ مواهب الجليل: ٥٤٩/٤.

(٨) المنهاج مع مغني المحتاج: ٥٠٩/٦؛ نهاية المحتاج: ٤٢٤/٨.

(٩) الفروع: ١٩١/٤؛ الإنصاف: ١١٨/٥.

(١٠) انظر روضة الطالبين: ٢٧٣/١٢ - ٢٧٤.

الفرع الرابع : حقيقة المقاصة .

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حقيقة المقاصة الجبرية.

المسألة الثانية: حقيقة المقاصة الجبرية الطلبية.

المسألة الرابعة: حقيقة المقاصة الاتفاقية

المسألة الأولى: حقيقة المقاصة الجبرية.

لم أظفر في معظم ما اطلعت عليه من المصادر الفقهية المتقدمة على نص صريح في حقيقة المقاصة الجبرية عند الفقهاء القائلين بها، والأظهر أنها ليست إلا تساقطاً للدينين، ولا تحمل على معنى زائد عن ذلك، سواء عند الحنفية أو عند الشافعية أو الحنابلة. وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام^(١) في قواعد الأحكام^(٢): "والتصرفات أنواع : نقل، وإسقاط، وقبض، وإذن، ورهن، وخلط، وتملك، واختصاص، وإتلاف، وتأديب خاص وعام" إلى أن قال: "وأما مقابلة الإسقاط عند تساوي الديون في باب التقاص فلا نقل فيه من الجانبين ولا من أحدهما، وإنما هو سقوط في مقابلة سقوط إذا لم يشترط الرضا، أو إسقاط في مقابلة إسقاط".

وقد تقدم^(٣) أن الحنفية يذهبون إلى أن الدين لا يقضى بذاته، وإنما يقضى بمثله على سبيل المقاصة، وذلك بأن يكون ما يقتضيه الدائن مضموناً عليه، وفي ذمة المدين مثله، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما.

وبناء على ذلك يرى بعض الباحثين حمل حقيقة المقاصة عند الحنفية على الوفاء^(٤)، إلا أن

(١) هو عبدالعزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، عز الدين، الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي مجتهد جمع بين فنون من العلم، وكان آمراً بالمعروف ناهياً عن المنكر، ولد عام ٥٧٧هـ في دمشق، وبها نشأ، ورحل إلى بغداد فأقام بها أشهراً، ثم عاد إلى دمشق، وتولى فيها التدريس وخطابة الجامع الأموي، حتى سجنه حاكمها بعد أن أنكر عليه تسليمه قلعة للإفرنج اختياراً، فلما أطلقه خرج إلى مصر، فولاه سلطانها القضاء والخطابة ومكنه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ثم اعتزل القضاء بنفسه، توفي عام ٦٦٠هـ. من كتبه "قواعد الأحكام في مصالح الأناس"، و"الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المحاز". (الأعلام: ٢١/٤ ؛ طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب: ٤٤٠/١-٤٤٢).

(٢) ٨٣-٨٢/٢.

(٣) انظر ص ٣٣-٣٤.

(٤) انظر المقاصة لفائز محمد حسين، ص ٢٧١ ؛ المقاصة لليلي سعيد، ص ٩١-٩٢.

الظاهر -والله أعلم- أن معنى ما ذهب إليه الحنفية أن وفاء الدين تصرف يتضمن أمرين^(١):
الأول: قبض الدائن للعين التي يقع بها الوفاء، وبه يثبت في ذمته مثل ما في ذمة المدين.
الثاني: المقاصة الجبرية.

وبهذا يظهر تميز المقاصة الجبرية عن الوفاء عند الحنفية. وإن كان الوفاء يستلزم المقاصة.
ومع ذلك فإن المقاصة الجبرية تتضمن معنى الوفاء وإن وقعت من غير قصده، لما فيها من سقوط الدين، ولذا يعتبر آخر الدينين فيها وفاء لأولهما، وقد نص على ذلك الحنفية^(٢)، وفرعوا على ذلك بعض الفروع، إلا أن هذا لا يجعل المقاصة الجبرية من باب الوفاء، بل تبقى حقيقتها مجرد تساقط للدينين، وإن تضمن معنى الوفاء^(٣).

وأما الشافعية فلهم في حكم المقاصة عند تماثل الدينين أربعة أقوال، وقد ذكروا في تعليلها ما يمكن أن يستنبط منه حقيقة المقاصة الجبرية عندهم:

فالقول الأول: أن المقاصة تقع جبراً ولا تتوقف على ثبوت الدينين، وهو الأصح عندهم، وعللوا ذلك بأن اقتضاء أحد المتدينين دينه وللآخر عليه مثله عبث وعناد لا فائدة فيه.

والقول الثاني: أن المقاصة تقع برضا أحدهما. لأن للمدين أن يوفي دينه بما شاء من ماله، فإذا رضي أحدهما فقد وجد القضاء منه.

والقول الثالث: أن المقاصة لا تقع إلا برضاهما، لأن فيها إبدال ذمة بذمة، فأشبهت الحوالة.

والقول الرابع: أن المقاصة لا تقع وإن رضا بها، لأنها بيع دين بدين^(٤).

كما أنهم عللوا عدم جواز مقاصة الدينين مختلفي الجنس بأن ذلك بيع للدين بالدين، فلا يجوز^(٥).

ومنه يتضح أنهم لا يعتبرون المقاصة الجبرية من قبيل المعاوضة، وإلا لاشتراط فيها الرضا كما في الحوالة، والحوالة عندهم بيع دين بدين جواز للحاجة على ما تقدم^(٦)، أو لمنعت باعتبارها بيعاً للدين بالدين، كما في مقاصة الدينين مختلفي الجنس. كما لا تعتبر هذه المقاصة عندهم من باب وفاء الدين،

(١) انظر المقاصة لـ محمد سلام مذكور، ص ١٤٣.

(٢) المبسوط: ١٢/١٦٨، ١٩/١٤؛ تبين الحقائق: ٥/٤٧؛ العناية: ٨/٤٣٥.

(٣) انظر المقاصة لـ محمد سلام مذكور، ص ١٤٤، ١٤٧.

(٤) نهاية المحتاج: ٨/٤٢٤؛ مغني المحتاج: ٦/٥٠٩؛ تحفة المحتاج: ١٠/٤١٨.

(٥) مغني المحتاج: ٢/٣٦٩-٣٧٠.

(٦) انظر ص ٤٧٧.

وإلا لا شرط فيها رضا أحد المتدينين، لأن للمدين أن يوفي دينه بما يشاء. وعليه فإن حقيقة المقاصة الجبرية عندهم لا تعدو كونها سقوط كل من الدينين في مقابل الآخر. وهو ما ذكره العز بن عبدالسلام وتقدم إirاده آنفاً.

ولا يختلف الحنابلة عن الشافعية فيما تقدم، فالأقوال الأربعة المذكورة عن الشافعية هي روايات عند الحنابلة^(١)، كما أنهم لا يميزون مقاصة الدينين مختلفي الجنس باعتبار ذلك معاوضة يشترط لها الرضا، فتكون من بيع الدين بالدين^(٢).

ومع ذلك فقد صرح الشافعية بأن هذا النوع من المقاصة فيه شبه بيع تقديرًا، ولا يدخل في بيع الدين بالدين لأنه يغتفر في التقديري ما لا يغتفر في غيره^(٣).

المسألة الثانية: حقيقة المقاصة الجبرية الطلبية.

تقع هذه المقاصة عند القائلين بالمقاصة الجبرية عندما يكون أحد الدينين أفضل من الآخر مع اتفاقهما في الجنس، مما يمنع وقوع المقاصة الجبرية، فيطلب صاحب الدين الأفضل إجراء المقاصة مسقطاً لحقه.

ولا تقع المقاصة مع تماثل الدينين إلا على هذا الوجه عند المالكية. وبالنظر إلى وقوع هذه المقاصة بطلب أحد المتدينين، وعدم توقفها على رضا الآخر، فإنه يمكن إطلاق القول في حقيقة هذه المقاصة أنها وفاء لأحد الدينين بالآخر.

وقد وقع التصريح بذلك عند المالكية، قال في المدونة^(٤): "قلت: فإن حل أجل الطعامين الذي لي على صاحبي والذي له علي، فتقاصصنا، وذلك من قرض، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم. قلت: لم جوزته إذا حل الأجل أو لم يحل؟ قال: ليس هاهنا بيع الدين بالدين، وإنما هو قضاء قضاء كل واحد منهما صاحبه من دين عليه قد حل أو لم يحل".

وتقدم آنفاً أن للشافعية قولاً بعدم وقوع المقاصة - وإن تماثل الدينان - إلا برضا أحد المتدينين، وتعليلهم ذلك بأن للمدين أن يوفي دينه بما شاء من ماله، فإذا رضي أحدهما فقد وجد القضاء منه. ومقتضى هذا التعليل أن المقاصة الجبرية الطلبية من باب الوفاء.

(١) الفروع: ١٩١/٤؛ الإنصاف: ١١٨/٥.

(٢) شرح منتهى الإرادات: ٧٢/٢.

(٣) تحفة المحتاج: ٤١٨/١٠؛ نهاية المحتاج: ٤٢٤/٨.

(٤) ١٨١/٣.

وبناء على ما تقدم فإن الدين الأفضل يكون وفاء للدين الأدنى، وهذا عند تفاضل الدينين. أما عند تساويهما - وعلى القول بعدم وقوع المقاصة الجبرية- فإن دين طالب المقاصة يكون قضاء للدين الآخر، فإن وقعت المقاصة باتفاق المتدينين لم يكن أحد الدينين أولى بأن يكون قضاء للدين الآخر، إلا أن يكون أحدهما متقدماً والآخر متأخراً، فيمكن حينئذ اعتبار الدين المتأخر وفاء للدين المتقدم^(١).

المسألة الثالثة: حقيقة المقاصة الاتفاقية.

تقع المقاصة الاتفاقية عند عدم توفر شروط المقاصة الجبرية، والمقاصة الجبرية الطلبية. كما لو كان الدينان مختلفين في الجنس، أو كانا متفقين في الجنس وكل من الدينين أفضل من الآخر من وجه. وحقيقة هذه المقاصة -عند القائلين بالمقاصة الجبرية، والمقاصة الجبرية الطلبية- أنها عقد معاوضة، خاصة عند اختلاف الجنس، ولهذا اشترط فيها رضا المتدينين، وأدخلها الشافعية والحنابلة -عند اختلاف الجنس- في الممنوع من بيع الدين بالدين، فلم يجزوها، وذكر بعض المالكية أنها مما يستثنى من بيع الدين بالدين^(٢).

ومع أن هذه المقاصة معاوضة، إلا أن فيها معنى الوفاء إذا تماثل الدينان في الجنس واختلفا في النوع أو الصفة أو الأجل، ويزداد معنى الوفاء فيها كلما تقارب الدينان^(٣)، كما أن مآلها إلى تساقط الدينين، وقد يكون هذا هو المقصود عند المتدينين، دون التفات منهما إلى معنى المغالبة والمكايسة الجاري في عقود المعاوضات^(٤)، خاصة إذا تقارب الدينان، ولهذه الاعتبارات فقد يجوز في المقاصة ما لا يجوز في غيرها من عقود المعاوضات.

ويستثنى مما تقدم المقاصة الاتفاقية التي اشترط فيها الرضا لتضرر المتدينين أو أحدهما بها، ولولا ذلك لوقعت جبراً عليهما، أو بطلب أحدهما جبراً على الآخر، فإن هذه المقاصة -والله أعلم- ليست معاوضة، لأن اشتراط الرضا فيها ليس إلا مراعاة لحق المتضرر بها.

ويمكن التمثيل لهذه المقاصة بما إذا كان للزوج على زوجته دين من جنس ما لها عليه من النفقة، إلا أنه أجود، وكانت معسرة، فإن المقاصة لا تجري إلا برضاها، أما الزوج فلأن دينه أجود، وأما الزوجة فلأنها تتضرر بالمقاصة لإعسارها، ولولا تضررها بالمقاصة لجرت المقاصة بطلب الزوج جبراً

(١) انظر المقاصة لمحمد سلام مذكور، ص ١٤٧-١٤٨.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢٢٩/٣.

(٣) انظر التصرف في الديون لخالد إبراهيم، ص ٢٩٥-٢٩٦.

(٤) انظر حاشية العدوي على شرح الخرشي: ٢٣٣/٥.

عليها ، فإذا تراضيا على المقاصة جازت، لأن الزوج يكون مسقطاً لحقه في الجوده، والزوجه راضية بما يعود عليها من الضرر بالمقاصة، وهذه المقاصة -مع اشتراط رضا الطرفين فيها - لا تكيف على أنها عقد معاوضة، بل تكيف على أنها عقد وفاء، فيعتبر الزوج موفياً زوجته نفقتها بما له من الدين في ذمتها.

وأما على القول بعدم وقوع المقاصة إلا باتفاق المتدائنين، فإن المقاصة الاتفاقية تكون مترددة بين معنى المعاوضة، ومعنى الوفاء، وقد يتمحض أحد المعنيين أو يغلب فيها، وذلك بحسب تماثل الدينين أو تباينهما.

المطلب الثاني : الفرق بين المقاصة وبيع الدين .

تفارق المقاصة بيع الدين لغير من هو عليه مفارقة بينة، لانهصار العقد وآثاره في المقاصة في طرفين اثنين هما المتداينان، في حين أن عقد بيع الدين لغير من هو عليه يتطلب ثلاثة أطراف. وعلى ذلك فلا حاجة إلى التفريق بين العقدين لظهور الفرق بينهما.

وإنما قد تشبه المقاصة ببيع الدين لمن هو عليه، لكون العقد ذا طرفين اثنين، ووجود علاقة دائنية بين طرفيه سابقة للعقد. الأمر الذي يتطلب تناول أهم الفروق بينهما بما يميز أحدهما عن الآخر .

ويمكن إجمال أهم هذه الفروق فيما يلي :

أولاً :

أن العلاقة بين العقدين هي العموم والخصوص الوجهي، لاتفاقهما في بعض الصور التي تندرج في كل منهما، وانفراد كل من العقدين بصور لا تندرج في العقد الآخر:

فيتفق العقدان في بيع الدين لمن هو عليه بدين سابق التقرر في ذمة الدائن للمدين، سواء كان الدينان من جنسين، أو من جنس واحد واختلفا على نحو لا تقع فيه المقاصة إلا بتراضي المتداينين. فهذه الصور يصح إطلاق القول بأنها مقاصة رضائية، ويصح إطلاق القول بأنها بيع للدين.

وتختص المقاصة بالصور التي تقع فيها المقاصة جبراً على المتداينين، أو بطلب أحدهما جبراً على الآخر، فإن هذه الصور ليست من عقود المعاوضات، فلا تدخل في بيع الدين.

ويختص بيع الدين بالصور التي يباع فيها الدين بمعين، أو بموصوف في الذمة، فإنها لا تدخل في المقاصة، لأن المقاصة تتطلب وجود دينين سابقين على العقد.

ثانياً:

أن بيع الدين لمن هو عليه عقد معاوضة تجري عليه قواعد المعاوضات، ومن ذلك اشتراط الرضا فيه، بخلاف المقاصة، فإنها قد تكون معاوضة يشترط فيها الرضا، وذلك في المقاصة الاتفاقية، وقد تكون وفاء يشترط فيه رضا أحد المتداينين، وذلك في المقاصة الجبرية الطلبية، وقد تكون مجرد تساقط للدينين لا يشترط فيه الرضا ولا يحمل على شيء من التصرفات الإرادية.

ثالثاً:

يتطلب بيع الدين لمن هو عليه وجود دين واحد ثابت في ذمة المشتري للبائع، في حين

تتطلب المقاصة وجود دينين لكل من المتدينين للآخر.

رابعاً:

أن العوض في بيع الدين لمن هو عليه قد يكون معيناً، وقد يكون ديناً سابق التقرر في الذمة، وقد يكون موصوفاً غير معين، في حين أن العوض في المقاصة يجب أن يكون ديناً سابق التقرر في الذمة.

الفصل الخامس : بيع الدين في الصلح والقسمة.

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الصلح عن الدين.

المبحث الثاني : قسمة الدين.

المبحث الأول: الصلح عن الدين

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الصلح.

المطلب الثاني : حكم الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والمدعى عليه.

المطلب الثالث: حكم الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والأجنبي.

المطلب الأول : تعريف الصلح.

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف الصلح في اللغة.

الفرع الثاني : تعريف الصلح في اصطلاح الفقهاء .

الفرع الأول : تعريف الصلح في اللغة.

الصُّلْحُ الاسم من المصالحة والتصالح أي المسالمة، وهي خلاف المنازعة والمخاصمة، يقال: صلح فلانٌ فلاناً مُصْلِحَةً وصالِحاً، وقد اصْطَلَحَا وتَصَالَحَا وَاصْلَحَا وأَصْلَحَا^(١).

وفي مقاييس اللغة^(٢): "الصاد واللام والحاء أصلٌ واحدٌ يدلُّ على خلاف الفساد".

فمن ذلك: الصُّلْح، لما فيه من الخير، والصلّاح: أي الخير والصواب^(٣). وفي الأمر مصلحة: أي

خير^(٤). ويقال: صلح الشيء وصلح: أي كمل^(٥). وهو صالح للولاية: أي له أهلية القيام بها^(٦).

وأصلح إليه: أي أحسن^(٧). وأصلحه: ضد أفسده^(٨).

(١) طلبة الطلبة، ص ١٤٤ ؛ ترتيب القاموس المحيط: ٨٣٩/٢ ؛ المصباح المنير، ص ٣٤٥ ؛ المغرب، ص ٢٧٠ .

(٢) ٢٣٦/٣ .

(٣) المصباح المنير، ص ٣٤٥ .

(٤) المصباح المنير، ص ٣٤٥ .

(٥) عقد الصلح لزيه حماد، ص ٥ .

(٦) المصباح المنير، ص ٣٤٥ .

(٧) ترتيب القاموس المحيط: ٨٣٩/٢ .

(٨) ترتيب القاموس المحيط: ٨٣٩/٢ .

الفرع الثاني : تعريف الصلح اصطلاحاً.

يرد الصلح - في اصطلاح الفقهاء - بمعنيين: عام وخاص.

أما المعنى العام، فهو رفع المنازعة والمخاصمة، ويندرج تحت هذا المعنى أنواع متعددة من الصلح، كالصلح بين المسلمين وأهل الحرب، والصلح بين أهل العدل وأهل البغي، والصلح بين الزوجين إذا خيف شقاق بينهما، أو خافت الزوجة إعراض الزوج عنها، والصلح بين المتخاصمين في غير المال، والصلح بين المتخاصمين في المال^(١).

وأما المعنى الخاص، فهو الصلح بين المتخاصمين في المال، وهو محل البحث هنا لتعلقه ببيع الدين، وقد عرفه الفقهاء بتعريفات مختلفة :

١ - فعرفه الحنفية بأنه "عقد يرفع النزاع"^(٢).

٢ - وعرفه المالكية بأنه : معاوضة عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه^(٣).

٣ - وعرفه الشافعية بأنه: عقد يحصل به قطع النزاع^(٤).

٤ - وعرفه الحنابلة بأنه: معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين في المال^(٥).

وبتأمل التعريفات المتقدمة يظهر تقاربها من حيث المعنى ، إذ تتفق في أن الصلح عقد يحصل به رفع النزاع، وامتناز التعريف الذي أورده المالكية بأنه لم يقتصر على الصلح الذي يتم بعد وقوع النزاع، بل شمل أيضا الصلح الذي يتم اتقاء لنزاع محتمل قبل وقوعه بالفعل. كما أن قولهم "عن حق أو دعوى" يدخل فيه الصلح مع الإقرار، ومع الإنكار، ومع السكوت^(٦). إلا أن قولهم "معاوضة" يخرج به ما خلا عن العوض، وهذا غير مسلم، لما يأتي من أن الصلح قد يكون تقريراً واستيفاء للدين، أو إبراء من بعضه واستيفاء لباقيه، أو تأجيلاً له، وكل هذا لا يدخل في معنى المعاوضة .

(١) انظر شرح منتهى الإرادات: ١٣٩/٢.

(٢) تبين الحقائق: ٣٠/٥-٣١ ؛ مجمع الأنهر: ٣٠٧/٢-٣٠٨ ؛ الدر المختار: ٦٢٨/٥ .

(٣) منح الجليل: ١٣٥/٦ ؛ شرح حدود ابن عرفة، ص ٣١٤-٣١٦ ؛ شرح الخرشي: ٢/٦ ؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٤٠٥/٣ .

(٤) مغني المحتاج: ١٦١/٣ ؛ نهاية المحتاج: ٣٨٣/٤ ؛ أسنى المطالب: ٢/٢١٤ ؛ شرح منتهج الطلاب بحاشية الجمل: ٣/٣٥١ .

(٥) شرح منتهى الإرادات: ١٣٩/٢ ؛ كشف القناع: ٣/٣٩٠ ؛ مطالب أولي النهى: ٣/٣٣٤ ؛ وانظر المغني: ٤/٣٠٨ ؛ الإنصاف: ٥/٢٣٤ .

(٦) شرح حدود ابن عرفة، ص ٣١٥ .

المطلب الثاني: حكم الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والمدعى عليه.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به.

الفرع الثاني: حكم الصلح عن الدين مع إنكاره.

الفرع الثالث: حكم الصلح عن الدين مع السكوت.

الفرع الأول: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حقيقة الصلح عن الدين مع الإقرار به.

المسألة الثانية: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به.

المسألة الأولى: حقيقة الصلح عن الدين مع الإقرار به.

وفيه أمران:

الأمر الأول: حقيقة الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا كان المصالح به مالا من جنس المصالح عنه.

الأمر الثاني: حقيقة الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا كان المصالح به مالا من غير جنس المصالح عنه.

الأمر الأول: حقيقة الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا كان المصالح به مالا من جنس

المصالح عنه.

يقع الصلح عن الدين بمال من جنسه على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: الصلح عن الدين بمال من جنسه مماثل له في القدر والوصف والأجل.

وحقيقة ذلك أنه تقرير للدين، واستيفاء له أيضا إن وقع عقد الصلح على الاستيفاء حالا^(١).

(١) انظر بدائع الصنائع (٦/٤٣).

الوجه الثاني: الصلح عن الدين بمال من جنسه أدنى منه.

ويقع الصلح على هذا الوجه على ثلاثة أضرب:

أ- الصلح عن الدين بأقل منه قدرا من جنسه، وحقيقته أنه إبراء من جزء من الدين^(١)، وهو أيضا استيفاء لباقيه إن وقع عقد الصلح على الاستيفاء حالا.

ب- الصلح عن الدين بأدنى منه وصفا من جنسه، وحقيقته أنه إسقاط من الدائن لصفة الجودة^(٢)، واستيفاء أيضا إن وقع عقد الصلح على الاستيفاء حالا.

ج- الصلح عن الدين بدين أبعد منه أجلا، وحقيقته أنه تأجيل من الدائن للدين^(٣).

ويمكن أن يجتمع في الصلح ضربان أو أكثر مما تقدم، فيمكن أن يكون المصالح به أقل قدرا وأدنى وصفا وأبعد أجلا، وبذلك يكون إسقاطا لجزء من الدين، وإسقاطا لصفة الجودة عن باقيه وتأجيلا له^(٤).

وقد ذكر القدوري^(٥) من الحنفية ضابطا لمثل هذه المسائل فقال: "وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدائنة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه"^(٦).

(١) الهداية بشرحه العناية: ٤٢٥/٨-٤٢٦؛ منح الجليل: ١٣٧/٦؛ تحفة المحتاج: ٣٨٥/٤؛ شرح منتهى الإرادات: ١٣٩/٢-١٤٠؛ وانظر المحلى: ٤٧٠/٦.

(٢) مجمع الأثر: ٣١٥/٢؛ مغني المحتاج: ١٦٥/٣؛ كشف القناع: ٣٩٢/٣.

(٣) تبين الحقائق: ٤١/٥-٤٢؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٤١١/٣؛ أسنى المطالب: ٢١٦/٢؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤٠/٢.

(٤) يحتمل أن يكون الصلح عن الدين الحال بدين مؤجل أقل منه قدرا من باب المعاوضة، إذا وقع على لزوم الأجل لكل من الدائن والمدين، لما فيه من معاوضة القدر المسقط بضمان المدين للدين إلى أجله، أما إذا وقع على لزوم الأجل في حق الدائن دون المدين، فإنه لا يكون معاوضة، كما هو الشأن في القرض المؤجل (عند المالكية)، باعتبار التأجيل واقعا على وجه الإحسان، إذ يمكن المدين الوفاء بالدين قبل الأجل إذا شاء، ولا يتصور ورود المعاوضة على الضمان دون لزوم الأجل.

(٥) أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، أبو الحسين القدوري، فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق، وروى عنه الخطيب الحديث وذكر أنه كان صدوقا، إلا أنه لم يحدث إلا بشيء يسير، ولد ببغداد عام ٣٦٢هـ وبها توفي عام ٤٢٨هـ. من مصنفاته: المختصر المعروف باسمه، و"التجريد" ويشتمل على الخلاف بين الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه.

(الأعلام: ٢١٢/١؛ سير أعلام النبلاء: ١٧/٥٧٤-٥٧٥؛ تاريخ بغداد: ٣٧٧/٤).

(٦) الهداية بشرحه العناية: ٤٢٥/٨.

الوجه الثالث: الصلح عن الدين بمال من جنسه أكثر منه قدرا أو أعلى منه وصفا أو أقرب منه أجلا.

وحقيقة الصلح على هذا الوجه أنه معاوضة^(١)، لأن المصالح به زائد عن الدين من وجه أو أكثر، فلزومه على المدين بعقد الصلح -مع عدم لزومه عليه قبل ذلك- لا يمكن أن يكون إلا على وجه المعاوضة^(٢).

ويتأكد معنى المعاوضة إذا وقع عقد الصلح دون قبض المصالح به، فإنه يكون حينئذ اعتياضا عن ترك استيفاء الدين من قبل الدائن بزيادة في القدر يبذلها المدين. ويفارق هذا ما إذا وقع الوفاء من المدين بالأكثر أو الأجود أو قبل حلول الأجل ابتداء منه من غير التزام، فإن هذا يكون من باب التبرع وحسن القضاء^(٣).

ويدخل في هذا الوجه ما إذا صالح عن الدين بأقل منه قدرا وأعلى وصفا، أو بأدنى منه وصفا وأكثر قدرا، فإنه يحمل على معنى المعاوضة، لما تقدم من أن ما ثبت في ذمة المدين هو الأدنى وصفا أو الأقل قدرا، فلا يلزمه فوق ذلك إلا على وجه المعاوضة، ولأن الدائن إنما يسقط حقه في القدر أو الوصف في مقابل أن ينال زيادة على حقه في الوصف أو القدر، فيكون ذلك اعتياضا عن القدر بالوصف، أو اعتياضا عن الوصف بالقدر. وعلى هذا الجمهور^(٤)، وهو القول الأخير الذي رجع إليه أبو يوسف من الحنفية^(٥).

وفي الأول من قوليه، ذهب إلى أن الصلح عن الدين بأقل منه قدرا وأعلى منه وصفا من جنسه يحمل على استيفاء البعض، والإبراء من الباقي من قبل الدائن، مع إحسان المدين بقضاء ما بقي عليه من الدين بأعلى منه وصفا^{(٦)(٧)}.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، لأن حمل العقد على الإبراء، وحسن القضاء، إنما يمكن إذا

(١) تبين الحقائق: ٣١/٥ ؛ تحفة المحتاج: ١٩٢/٥ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤٠/٢.

(٢) انظر تبين الحقائق: ٤٢/٥ .

(٣) انظر أسنى المطالب: ٢١٥/٢.

(٤) بدائع الصنائع: ٤٣/٦ ؛ مغني المحتاج: ١٦٥/٣ ؛ كشف القناع: ٣٩٤/٣.

(٥) المبسوط: ١٦٦/٢٠ ؛ بدائع الصنائع: ٤٣/٦.

(٦) المبسوط: ١٦٦/٢٠ ؛ بدائع الصنائع: ٤٣/٦ .

(٧) إلا أنه اشترط أن يقبض المصالح به قبل تفرق المتصلحين، فإن تفرقا قبل القبض وجب في ذمته القدر المصالح به دون الوصف، فلا يثبت في ذمته من جهة الوصف إلا ما كان ثابتا فيها قبل الصلح، لأن الزيادة في الوصف جاءت على وجه الإحسان، وذلك لا يثبت في الذمة (انظر المبسوط: ١٦٦/٢٠).

اجتمع الإسقاط والوفاء بأجود من الدين دون شرط ولا مواطاة، لأن كلا من الطرفين يكون حينئذ قد بذل ما بذله دون مقابل من الطرف الآخر، أما إذا اجتمع الإسقاط والوفاء بالأجود في عقد واحد فإن أحدهما يكون عوضا عن الآخر، ويصير العقد معاوضة.

كما يدخل في هذا الوجه ما إذا صالح عن الدين المؤجل بأقل منه قدرا وأقرب أجلا، فإنه يحمل على معنى المعاوضة^(١)، لما تقدم من أن ما ثبت في ذمة المدين هو الأبعد أجلا، فلا يلزمه الأقرب أجلا إلا على وجه المعاوضة، ولأن الدائن إنما يسقط حقه في القدر في مقابل أن ينال زيادة على حقه في الأجل، فيكون ذلك اعتياضا عن الأجل بالقدر.

وقد يرد في حقيقة الصلح في هذه المسألة خلاف ممن يجيزها، لما ذكر في الاحتجاج لهم من أن هذا العقد تعجيل للدين المؤجل وإسقاط لبعضه، وكل من التعجيل والإسقاط من المعروف^(٢)، وقد تقدم^(٣) ترجيح أن هذا العقد معاوضة، لأن التعجيل والإسقاط إذا اجتمعا من غير اشتراط ولا مواطاة فإن ذلك لا ينقلهما عن معنى التبرع وحسن القضاء والاقتضاء، أما إذا اجتمعا في عقد واحد فإن أحدهما يكون حينئذ عوضا عن الآخر، وبذلك يصير العقد معاوضة تجري عليه قواعد المعاوضات.

ويدخل في هذا الوجه أيضا ما إذا صالح عن الدين المؤجل بأكثر منه قدرا وأقرب أجلا، فإنه يحمل على معنى المعاوضة، لما تقدم من أن ما ثبت في ذمة المدين هو الأقل قدرا، فلا يثبت فيه الأكثر قدرا إلا على وجه المعاوضة، ويتأكد ذلك إذا كان الأجل لازما في حق المدين، فإنه يكون حينئذ اعتياضا عن ضمان المدين للدين بالزيادة في القدر^(٤)، وهو ما يعبر عنه المالكية بـ"حط الضمان وأزيدك".

قال الزيلعي في تبين الحقائق^(٥): "والأصل في جنس هذه المسائل أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدرا ووصفا ووقتا أو في أحد هذه الأشياء فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباقي؛ لأنه استوفى دون حقه، وإن كان أزيد منه بمعنى أنه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف أو ما هو

(١) العناية: ٤٢٦/٨-٤٢٧؛ شرح الخرشي: ٣/٦؛ مغني المحتاج: ١٦٥/٣؛ كشف القناع: ٣٩٢/٣.

(٢) انظر ص ١٤٨.

(٣) انظر ص ١٤٨.

(٤) منح الجليل: ١٣٨/٦؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٤١٠/٣-٤١١.

(٥) ٤٣-٤٢/٥.

بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل ومن اختلاف جنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء في غير المستحق".

وقد ذكر بعض الحنفية ضابطا في مثل هذه المسائل، وهو "أن الإحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعا ، وإن وجد من الجانبين يكون معاوضة"^(١).

الأمر الثاني: حقيقة الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا كان المصالح به مالا من غير جنس المصالح عنه.

وحقيقة الصلح هنا أنه عقد معاوضة^(٢)، ويختلف ما يحمل عليه عقد الصلح من عقود المعاوضات بحسب الدين المصالح عنه، والعوض المصالح به، فإن كانا أثمانا كان عقد الصلح صرفا، وإن كان العوض المصالح به منفعة كان العقد إجارة ، وإن كان العوض المصالح به عرضا من عقار أو غيره كان العقد بيعا ، وهكذا.

المسألة الثانية: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به.

وفيه أمران:

الأمر الأول: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا جرى بمعنى الإسقاط أو التأجيل.
الأمر الثاني: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا جرى بمعنى المعاوضة.

الأمر الأول: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا جرى بمعنى الإسقاط أو التأجيل.

أولا: حكم الصلح عن الدين إذا جرى بمعنى إسقاط جزء من الدين.

اختلف الفقهاء في حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا جرى بمعنى إسقاط جزء من الدين، وذلك بالإبراء منه أو هبته^(٣) مع استيفاء باقيه ، على قولين:

(١) تبين الحقائق: ٤١/٥ .

(٢) بدائع الصنائع: ٤٣/٦ ؛ تبين الحقائق: ٣١/٥ ؛ المدونة: ٢٠٥/٤ ؛ منح الجليل: ١٣٦/٦ ؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٤٠٦/٣ ؛ مغني المحتاج: ١٦٣/٣-١٦٤ ؛ حاشية الجمل: ٣٥٣/٣ ؛ شرح منتهى الإردات: ١٤٠/٢ ؛ كشف القناع: ٣٩٤/٣ ؛ وانظر المحلى: ٤٧٠/٦ .

(٣) يفرق الحنفية بين هبة الدين للمدين وإبراءه منه بأن الإبراء لا يحتاج إلى قبول المدين، بخلاف الهبة، ويرى الجمهور أنهما بمعنى واحد، فعند المالكية - في الراجح من مذهبهم - أنهما يفتقران إلى قبول المدين، وعند الشافعية والحنابلة في الصحيح =

القول الأول: جواز ذلك، وإليه ذهب جمهور الفقهاء^(١)، وهو رواية عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني: عدم جواز ذلك إذا جرى بلفظ الصلح، أو كان بشرط، وجوازه إذا خلا من ذلك، وإليه ذهب الحنابلة^(٣)؛ وهو وجه عند الشافعية^(٤).

دليل القول الأول:

يستدل لأصحاب هذا القول بعموم الأدلة الدالة على مشروعية الصلح، كقوله تعالى: {وَالصُّلْحُ

خَيْرٌ^(٥)، وقوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين»^(٦).

من مذهبهم -وهو قول عند المالكية- أن المدين يبرأ بهما وإن رد ذلك ولم يقبله. على أن هذا الخلاف قد لا يكون ذا أثر في الصلح، لأنه معاقدة يشترط فيها الرضا من طرفيها. (انظر المبسوط: ٨٣/١٢-٨٤ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣١٠/٣ ؛ ٩٩/٤ ؛ حاشية الصاوي: ٤٠٧/٣-٤٠٨ ؛ منح الجليل: ١٧٨/٨ ؛ تحفة المحتاج: ٣٠٤-٣٠٥ ، ١٩٢/٥ ؛ كشف القناع: ٣٠٤/٤).

(١) تبين الحقائق: ٤١/٥ ؛ بدائع الصنائع: ٤٥/٦-٤٦ ؛ منح الجليل: ١٣٧/٦ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣١٠/٣ ؛ تحفة المحتاج: ١٩٢/٥ ؛ مغني المحتاج: ١٦٤/٣ ؛ المحلى: ٤٦٤/٦ .

(٢) الإنصاف: ٢٣٥/٥ ؛ الفروع: ٢٦٤/٤ .

(٣) الإنصاف: ٢٣٥/٥ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٣٩/٢ ؛ كشف القناع: ٣٩١/٣ .

(٤) مغني المحتاج: ١٦٣/٣-١٦٤ .

(٥) النساء: ١٢٨ .

(٦) رواه أحمد وأبو داود عن أبي هريرة، وزاد أبو داود في رواية عنده «إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، وفي رواية أخرى: وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم». ورواه الترمذي وابن ماجه عن عمرو بن عوف، وهو عند الترمذي بلفظ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». وعند ابن ماجه دون قوله «والمسلمون على شروطهم... إلخ». (مسند أحمد: ٣٦٦/٢ ؛ سنن أبي داود: ٣٠٤/٣ كتاب الأفضية باب في الصلح ؛ سنن الترمذي: ٦٣٤/٣ كتاب الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس؛ سنن ابن ماجه: ٧٨٨/٢ كتاب الأحكام باب الصلح). والحديث عند أحمد وأبي داود عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة، وفيه كثير بن زيد، وهو صدوق إلا أنه يخطئ (تقريب التهذيب: ٤٥٩/١) وعند الترمذي وابن ماجه من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده. وقال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح". إلا أن فيه كثير بن عبد الله وهو ضعيف ونسبه بعضهم إلى الكذب (تقريب التهذيب: ٤٦٠/١ ؛ تهذيب التهذيب: ٣٧٧/٨). ولهذا أنكر على الترمذي تصحيح الحديث، واعتذر له البعض بأنه اعتبره بكثرة طرقه (سبل السلام: ٨٤/٢) وحسن الألباني الحديث بمجموع طرقه (إرواء الغليل: ١٤٤/٥-١٤٥، ٢٥٠-٢٥١).

ويعترض عليه:

بأن الصلح مع الإقرار لا يسمى صلحا. وإن سمي صلحا فذلك من باب المجاز؛ لما فيه من قطع النزاع وإزالة الخصومة^(١).

ويجاب عن ذلك:

بأن الصلح مع الإقرار صلح حقيقة، لما تقدم في تعريف الصلح أنه "عقد يرفع النزاع" أو أنه "معاهدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين في المال"، وذلك يشمل الصلح مع الإقرار.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

أن الصلح يقتضي المعاوضة، بدليل أنه لا بد له من لفظ يتعدى به، كالبراء وعلى، فإذا أبرأه عن بعض الدين بلفظ الصلح كان معاوضة عن بعض حقه ببعض، وكذلك إذا أبرأه بشرط أن يعطيه الباقي، فإنه تعليق للإبراء بشرط، وكل ذلك لا يصح.

ويعترض عليه:

بأن لفظ الصلح "إنما يقتضي .. المعاوضة إذا كان ثم عوض، أما مع عدمه فلا . وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضا، وقد يحصل هذا من غير عوض، كالتملك إذا كان بعوض سمي بيعا، وإن خلا عن العوض سمي هبة"^(٢).

الدليل الثاني:

أن العقد بهذه الصيغة هضم للحق وأكل للمال بالباطل، فلا يجوز^(٣).

ويعترض عليه :

بأن "الهضم أن يقول : لا أقر لك حتى تهب لي كذا وتضع عني كذا وأما إذا أقر له ثم صالحه ببعض ما أقر به فأبي هضم هناك؟"^(٤).

(١) المغني: ٣١٣/٤.

(٢) المغني: ٣١٣/٤.

(٣) المغني: ٣١٣/٤.

(٤) إعلام الموقعين: ٢٧٧/٣.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، استنادا إلى عموم الأدلة الدالة على مشروعية الصلح، ولما يرد على استدلال أصحاب القول الثاني من اعتراضات.

ثانيا: حكم الصلح عن الدين إذا جرى بمعنى إسقاط صفة من الدين.

إذا جرى الصلح عن الدين مع الإقرار به بمعنى إسقاط صفة من الدين، فقد اختلف الفقهاء في سقوط الصفة بذلك من ذمة المدين على قولين:

القول الأول: أن الصفة تسقط بالصلح، وإليه ذهب الحنفية^(١).

القول الثاني: أن الصفة لا تسقط بذلك، وإليه ذهب الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣). وعليه فإن قبل الدائن ما اصطلاحا عليه صح الوفاء وبرئ المدين لوقوع الوفاء والاستيفاء من أهلهما، وإلا فإن ذلك غير لازم في حقه والدين باق في ذمة المدين بصفته قبل الصلح.

دليل القول الأول:

يمكن الاستدلال لهذا القول بأنه يصح إسقاط جزء من الدين مع بقاء باقية في الذمة، فكذا يصح إسقاط صفة فيه مع بقاء جنسه وأوصافه الأخرى في الذمة.

دليل القول الثاني:

أن الوصف لا يمكن إفراده بالعقد، فلا يفرد بالإسقاط^(٤)، وعليه فحقيقة الصلح أنه وعد من الدائن بالتجوز عند الاستيفاء بما لا يتحقق فيه الوصف^(٥)، وذلك غير لازم في حقه.

(١) بدائع الصنائع: ٤٣/٦ ؛ تبين الحقائق: ٤١/٥-٤٢ ؛ مجمع الأنهر: ٣١٥/٢.

(٢) مغني المحتاج: ١٦٥/٣ ؛ نهاية المحتاج: ٣٨٦/٤.

(٣) الإنصاف: ٢٣٧/٥ ؛ كشف القناع: ٣٩٢/٣.

(٤) المنشور في القواعد للزر كشي: ٣١٥/٢-٣١٦ ؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٨.

(٥) انظر الإنصاف: ٢٣٧/٥ ؛ مغني المحتاج: ١٦٥/٣.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، لما فيه من التخفيف عن المدين وتسهيل براءة ذمته الأمر الذي يتشوف إليه الشارع، واحتجاج أصحاب القول الثاني بأن الوصف لا يفرد بالعقد فلا يفرد بالإسقاط غير مسلم، فإن باب الإسقاط أوسع من باب التملك^(١).

ثالثا: حكم الصلح عن الدين إذا جرى بمعنى تأجيل الدين.

إذا جرى الصلح عن الدين مع الإقرار به بمعنى تأجيل الدين، فقد اختلف الفقهاء في لزوم الأجل بذلك على قولين:

القول الأول: أن الأجل يكون لازما، فلا يستحق الدائن مطالبة المدين قبل حلول الأجل المصالح عليه، وإليه ذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٤)، وهو وجه عند الحنابلة^(٥).
القول الثاني: أن الأجل غير لازم بالصلح، وإليه ذهب الشافعية^(٦) والحنابلة^(٧) والظاهرية^(٨).
وعليه فحلول الدين وتأجيله على ما كان عليه قبل الصلح.

دليل القول الأول:

أن حقيقة التأجيل إسقاط المطالبة إلى مدة، وإسقاط المطالبة إلى غير غاية بالإبراء صحيح، فإسقاطها إلى مدة بالتأجيل أولى بالصحة^(٩).

دليل القول الثاني:

أن الشرط إنما يعتبر في ضمن العقد اللازم أما منفردا عن العقد، فلا يتعلق به اللزوم^(١٠).

(١) انظر المبسوط: ٩٣/١٣

(٢) بدائع الصنائع: ٤٣/٦ ؛ تبين الحقائق: ٤١/٥ - ٤٢ ؛ مجمع الأنهر: ٣١٥/٢.

(٣) ما لم يكن الدين قرضا، فلا يلزم فيه الأجل عندهم (انظر المبسوط: ٣٣/١٤ - ٣٤ ؛ بدائع الصنائع: ٣٩٦/٧)

(٤) المدونة: ٣٧٨/٣ - ٣٧٩ ؛ التاج والإكليل: ٦/٧ ؛ شرح الخرشي: ٧٦/٥ ؛ حاشية الدسوقي: ٦٢/٣ .

(٥) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٣٩٤/٥.

(٦) مغني المحتاج: ١٦٥/٣ ؛ نهاية المحتاج: ٣٨٦/٤.

(٧) الإنصاف: ٢٣٧/٥ ؛ كشف القناع: ٣٩٢/٣.

(٨) المحلى: ٤٧١/٦

(٩) انظر المبسوط: ٣٣/١٤ - ٣٤ ؛ ٣٧/٢١ - ٣٨ .

(١٠) انظر المبسوط: ٣٤/١٤.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، لما ذكر في أدلته، ولأن الراجح في القرض صحة تأجيله عند العقد ولزوم الأجل في حق المقرض^(١)، والتأجيل في الصلح بمعناه.

الأمر الثاني: حكم الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا جرى بمعنى المعاوضة.

اتفق الفقهاء على أن الصلح عن الدين مع الإقرار به إذا كان بمعنى المعاوضة فحكمه حكم بيع الدين لمن هو عليه، فيجوز عند من يجيز بيع الدين لمن هو عليه بشروطه^(٢)، ولا يجوز عند من يمنعه^(٣).

(١) وهو ما ذهب إليه المالكية، ووجهه عند الحنابلة، رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله (مواهب الجليل: ٥٤٨/٤؛ منح الجليل: ٤٠٧/٥؛ الإنصاف: ١٣٠/٥؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٣٩٤/٥؛ إعلام الموقعين: ٢٨١/٣).

(٢) انظر بدائع الصنائع: ٤٣/٦؛ البحر الرائق: ٢٥٦/٧؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٤٠٨/٣؛ منح الجليل: ١٣٨/٦؛ مغني المحتاج: ١٦٣/٣؛ نهاية المحتاج: ٣٨٤-٣٨٥؛ الإنصاف: ٢٣٩/٥؛ مطالب أولي النهى: ٣٣٨/٣.

(٣) انظر المحلى: ٤٧٠/٦.

الفرع الثاني: حكم الصلح عن الدين مع إنكاره.

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حقيقة الصلح عن الدين مع إنكاره.

المسألة الثانية: حكم الصلح عن الدين مع إنكاره.

المسألة الثالثة: شروط الصلح عن الدين مع إنكاره عند المجيزين له.

المسألة الأولى: حقيقة الصلح عن الدين مع إنكاره.

يتفق الفقهاء المجيزون للصلح مع الإنكار^(١) أن حقيقة الصلح مع الإنكار في حق المدعي على نحو ما تقدم في حقيقة الصلح مع الإقرار، وذلك بالنظر إلى ما إذا كان المصالح به من غير جنس ما يدعيه أو من جنسه، مثله أو أعلى منه أو أدنى منه، على التفصيل المتقدم بيانه في الفرع السابق. أما حقيقته في حق المدعي عليه المنكر فهو افتداء ليمينه ودفع للخصومة وتهمة الكذب عن نفسه وصيانة لنفسه عن التبذل^(٢). وهذا إذا كان الإنكار مطلقا، أما إذا اقترن بالإنكار إقرار من المدعي عليه بغير المدعى، فقد ذكر المالكية^(٣) أن الصلح في حقه على ما تقدم في الصلح مع الإقرار أيضا، لكن بالنظر إلى ما أقر به مع ما صالح به.

وبيان ذلك بالمثال: ما لو ادعى زيد على علي بمائة دينار في ذمته، فأنكر علي ذلك، ثم اصطلحا على خمسين دينارا. فالصلح في حق زيد إبراء من جزء من الدين، وإن اصطلحا على خمسمائة درهم، فالصلح في حقه عقد صرف في الذمة، أو اصطلحا على طعام فالصلح في حقه بيع للدين لمن هو عليه، أما في حق علي فالصلح افتداء ليمينه ودفع للخصومة في هذه الصور الثلاث.

أما لو أنكر علي مائة الدينار، وأقر بخمسمائة درهم، ثم اصطلحا على خمسمائة درهم، فالصلح في حق زيد صرف في الذمة، وفي حق علي تقرير لما عليه ووفاء به أيضا إن وقع العقد على الوفاء حالا، وإن اصطلحا على خمسين دينارا، فالصلح في حق زيد إبراء من جزء من الدين، وفي حق علي صرف في الذمة، وإن اصطلحا على طعام فالصلح في حقهما بيع للدين لمن هو عليه.

(١) وهم الحنفية والمالكية والحنابلة على ما سيأتي بيانه إن شاء الله في المسألة التالية.

(٢) تبين الحقائق: ٤ / ٣٠٤ ، ٥ / ٣٣ ؛ الهداية مع العناية: ٨ / ٤٠٨ ، ٤١٠ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣ / ٣١١ -

٣١٣ ؛ منح الجليل: ٦ / ١٤٠ - ١٤٤ ؛ المغني: ٤ / ٣٠٩ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٢ / ١٤٣ - ١٤٤ .

(٣) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣ / ٣١١ - ٣١٣ ؛ منح الجليل: ٦ / ١٤٠ - ١٤٤ .

وينبغي على ما تقدم شروط جواز الصلح، فيراعى فيه حقيقة الصلح في حق المتصلحين على ما يأتي في المسألة الثالثة إن شاء الله، وكذلك آثار الصلح بالنسبة لكل منهما، فيثبت لكل منهما من الأحكام بحسب حقيقة الصلح في حقه، ويتضح ذلك بالمثلين الآتين:

أ- إذا ادعى محمد على بكر بدين في ذمته، فأنكر بكر، ثم اصطالحا على أن يعطي بكر محمدا شقصا في عقار، فإن الشفعة تثبت للشريك على محمد، لأن العقد في حقه بيع. ولو أن محمدا ادعى على بكر بشقص من عقار، وأنكر بكر، ثم اصطالحا على أن يعطي بكر محمدا -في مقابل ما يدعيه من ملكية الشقص- مائة دينار، لم تثبت الشفعة للشريك على بكر، لأن العقد في حقه ليس بيعا، لأن الشقص في اعتقاده كان على ملكه قبل الصلح، ولم يزل كذلك، وأن ما أعطاه لمحمد ليس إلا افتداء ليمينه وقطعا للخصومة^(١).

ب- إذا ادعى محمد على بكر بدين في ذمته، فأنكر بكر، ثم اصطالحا على أن يعطي بكر محمدا سلعة، كسيارة مثلا، ثم بانت السيارة معيبة، يثبت لمحمد حق فسخ الصلح بالعيب، لأن العقد في حقه بيع، وكذلك إذا بانت السيارة مستحقة، فإن الصلح يبطل. وفي الحالتين يرجع محمد على بكر بدعواه عند الحنفية^(٢) والحنابلة^{(٣)(٤)}، أما عند المالكية^{(٥)(٦)} فيرجع بقيمة السيارة. وهم بهذا يفرقون بين الصلح مع الإنكار والصلح مع الإقرار، ففي الصلح مع الإقرار يرجع المدعي بالمدعى أو بقيمته، وفي الصلح مع الإنكار يرجع بقيمة العوض المصالح به.

ولو أن محمدا ادعى على بكر بسيارة معينة، وأنكر بكر، ثم اصطالحا على أن يعطي بكر محمدا مائة دينار، وبانت السيارة بعد ذلك معيبة، لم يكن لبكر أن يرجع على محمد، لأن العقد في حقه ليس بيعا، فالسيارة -بحسب اعتقاده- كانت على ملكه، وما أعطاه لمحمد في الصلح ليس مقابل السيارة، وإنما افتداء لليمين وقطع للخصومة^(٧).

(١) انظر تبين الحقائق: ٣٣/٥ ؛ مجمع الأثر: ٣٠٩/٢-٣١٠ ؛ كشف القناع: ٣٩٨/٣.

(٢) تبين الحقائق: ٣٤/٥ ؛ مجمع الأثر: ٣١٠/٢ .

(٣) الإنصاف: ٢٤٧/٥ ؛ كشف القناع: ٤٠٠/٣ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤٦/٢.

(٤) وعند الحنابلة قول أن المدعي يرجع بقيمة المصالح به (انظر الإنصاف: ٢٤٧/٥ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤٦/٢).

(٥) منح الجليل: ١٧٩/٧ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٤٧٠/٣ ؛ شرح الخرشي: ١٥٩/٦.

(٦) وعند المالكية قول أن المدعي يرجع بالخصومة (انظر منح الجليل: ١٧٩/٧ ؛ حاشية الدسوقي: ٤٧٠/٣).

(٧) بدائع الصنائع: ٥٣/٦ ؛ كشف القناع: ٣٩٨/٣ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤٣/٢.

أما إذا بانت السيارة مستحقة، فذكر الحنفية^(١) والمالكية^(٢) أن بكرا يرجع على محمد بالمائة دينار، لا لأن العقد بيع في حقه، ولكن لأنه لم يدفع العوض إلا ليدفع خصومة محمد عن نفسه، لتبقى السيارة في يده من غير خصومة أحد، فإذا بانت السيارة مستحقة لم يحصل مقصوده، وتبين أيضا أن محمدا لم يكن له خصومة، فيرجع عليه^(٣).

المسألة الثانية: حكم الصلح عن الدين مع إنكاره.

اختلف الفقهاء في حكم الصلح عن الدين مع إنكاره على قولين:
القول الأول: جواز ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) والحنابلة^(٦).
القول الثاني: عدم جوازه، وإليه ذهب الشافعية^(٧) والظاهرية^(٨)، وابن أبي ليلى^(٩). وهو قول عند المالكية^(١٠)، ورواية عند الحنابلة^(١١).

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول:

عموم قوله تعالى: {وَالصُّلْحُ خَيْرٌ} ^(١٢)، فإنه دال على أن الأصل في الصلح الصحة والجواز، ما لم يدل دليل على خلاف ذلك، ولا دليل على عدم جواز الصلح مع الإنكار.

(١) تبين الحقائق: ٣٤/٥؛ مجمع الأثر: ٣١٠/٢.

(٢) منح الجليل: ١٨٠/٧؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٤٧٠/٣.

(٣) تبين الحقائق: ٣٤/٥.

(٤) المبسوط: ١٣٤/٢٠، ١٣٩؛ بدائع الصنائع: ٤٠/٦؛ تبين الحقائق: ٣٠/٥.

(٥) المدونة: ٣٧٩/٣؛ منح الجليل: ١٤٣/٦؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٤٠٥/٣-٤٠٦.

(٦) المغني: ٣٠٨/٤؛ الإنصاف: ٢٤٣/٥؛ كشف القناع: ٣٩٧/٣.

(٧) مغني المحتاج: ١٦٥/٣-١٦٦؛ تحفة المحتاج: ١٩٣/٥؛ أسنى المطالب: ٢١٦/٢.

(٨) المحلى: ٤٦٤/٦.

(٩) المحلى: ٤٦٤/٦؛ المبسوط: ١٤٠/٢٠.

(١٠) كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي عليه: ٣٥٣/٢-٣٥٤.

(١١) الإنصاف: ٢٤٣/٥.

(١٢) النساء: ١٢٨.

ويعترض على هذا الاستدلال بأن الآية ليست على عمومها^(١)، لما يرد في أدلة أصحاب القول الثاني.

والجواب عن ذلك الاعتراضات الواردة على أدلة القول الثاني.

الدليل الثاني:

قوله صلى الله عليه وسلم : «الصلح جائز بين المسلمين»^(٢). وذلك يشمل الصلح مع الإنكار.

اعترض على الاستدلال بالحديث باعتراضين:

الاعتراض الأول: ضعف الحديث على ما ذكر في تحريجه.

ويجاب عنه: بأن الحديث بمجموع طرقه لا يقل عن درجة الحسن على ما ذكر في تحريجه.

الاعتراض الثاني: أن جواز الصلح جاء في الحديث مقيدا بقوله صلى الله عليه وسلم: "إلا صلحا أحل حراما"، و"الصلح على الإنكار.. لا يخلو ضرورة من أحد وجهين: إما أن يكون الطالب طالب حق والمطلوب مانع حق أو مماطلا لحق، أو يكون الطالب طالب باطل، ولا بد من أحدهما. فإن كان الطالب محقا، فحرام على المطلوب بلا خلاف من أحد من أهل الإسلام أن يمنعه حقه، أو أن يعطله وهو قادر على إنصافه حتى يضطره إلى إسقاطه بعض حقه أو أخذ غير حقه، فالمطلوب في هذه الجهة آكل مال الطالب بالباطل وبالظلم والمطل والكذب، وهو حرام بنص القرآن. وإن كان الطالب مبطلا فحرام عليه الطلب بالباطل وأخذ شيء من مال المطلوب بغير حق، بلا خلاف من أحد من أهل الإسلام وبنص القرآن والسنة، فالطالب في هذه الجهة آكل مال المطلوب بالباطل والظلم والكذب، وهذا حرام بنص القرآن"^(٣).

ويجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن ما ذكر من أن الصلح لا يخلو من أحد وجهين غير مسلم من حيث ما يعتقده كل واحد من المتصالحين، ذلك أنه قد يكون كل منهما معتقدا أنه محق وأن غريمه مبطل، وعليه فما يأخذه المدعي يراه حلالا في حقه، لأنه يأخذ حقه أو عوضه، وما يستبقيه المدعى عليه يراه حلالا في

(١) انظر المحلى: ٤٦٦/٦.

(٢) تقدم تحريج الحديث، ص ٥٠٥.

(٣) المحلى: ٤٦٧/٦ ؛ وانظر حاشية القليوبي: ٣٨٦/٢ ؛ مغني المحتاج: ١٦٦/٣ ؛ المغني: ٣٠٨/٤ ؛ المسبوط: ١٣٤/٢٠.

حقه، لأنه لا يرى أن للمدعي حقا عليه أصلا. والأصل في الصلح على الإنكار أن يقع على هذا الوجه، وعليه يبنى القول بجوازه من حيث الظاهر، ويثبت لكل من المتصلحين مقتضى ذلك من الأحكام، أما من حيث الباطن وحقيقة الأمر فإن كان كل منهما معتقدا صحة ما يدعيه فالصلح صحيح في حقهما معا، وإن كان المدعي كاذبا، فذلك أكل مال بالباطل، وما يأخذه حرام عليه، والصلح باطل في حقه، وإن كان المدعى عليه جاحدا مع علمه بصدق المدعي فالصلح باطل في حقه، وحرام عليه ما يستتبعه من مال المدعي، وهذا "في الحقيقة"، وأما الظاهر لنا فهو الصحة لأننا لا نعلم باطن الحال، وإنما يبنى الأمر على الظواهر، والظاهر من المسلم السلامة^(١).

الوجه الثاني: أن الصلح مع الإقرار -والمخالف يسلم بصحته- لا يخلو من معنى استحلال ما كان محرما قبل الصلح، لأنه إن وقع بمعنى الإبراء والإسقاط فقد حل به للمدعى عليه ترك ما كان واجبا عليه، وإن وقع بمعنى الهبة فقد حل به للمدعى عليه ما كان حراما عليه، وإن وقع بمعنى المعاوضة فقد حل به لكل من المتصلحين ما كان حراما عليه قبل ذلك، وبذلك يتبين أن المراد معنى آخر، وهو الصلح الذي يتوصل به إلى تناول محرم لعينه، أو تناول محرم مع بقاءه على تحريمه، كما لو وقع الصلح على استرقاق حر، أو إحلال بضع محرم، أو بخمر أو خنزير^(٢).

الدليل الثالث:

أن الصلح جائز في حق المدعي مع اعتراف غريمه، فجوازه مع جحد الغريم وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بالصلح أولى^(٣).

الدليل الرابع:

أن المدعي في الصلح مع الإنكار يأخذ حقه الثابت له أو عوضه، وليس في الشرع ما يمنع من ذلك، والمدعى عليه يبذل ما يبذله "افتداء ليمينه"، وقطعا للخصومة، وصيانة لنفسه عن التبذل، وحضور مجلس الحاكم، فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك، ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل

(١) المغني: ٣٠٩/٤ - ٣١٠.

(٢) المغني: ٣٠٨/٤؛ المبسوط: ١٣٤/٢٠.

(٣) المغني: ٣٠٩/٤.

أموالهم^(١)، ومن هنا يظهر أن جواز الصلح مع الإنكار "ليس .. بمخالف لقواعد الشرع، بل حكمة الشرع وأصوله وقواعده ومصالح المكلفين تقتضي ذلك"^(٢).

ويعترض عليه:

بأن ما تقدم مبني على أن اليمين تفتدى بالمال، وذلك غير مسلم.

ويجاب:

بأن الافتداء من اليمين بالمال جائز بدليل ما روي عن بعض الصحابة من افتدائهم لأيمانهم^(٣)، ولا مخالف لهم، ولأنه موافق لأصل الحل والصحة في العقود، ولأن فيه تعظيماً لشأن اليمين، وتورعاً عنها، ودفعاً لمشقتها وما في أدائها عند الحاكم من التبذل، وصيانة للعرض من طعن المدعي وسوء

(١) المغني: ٣٠٩/٤.

(٢) إعلام الموقعين: ٢٧٧/٣؛ وانظر المغني: ٣٠٩/٤.

(٣) ومن ذلك:

أ- ما رواه الدارقطني والطبراني في الأوسط عن معاوية بن يحيى عن الزهري عن محمد بن جبير عن أبيه أنه افتدى يمينه بعشرة آلاف درهم ثم قال: "ورب هذا المسجد لو حلفت صادقاً إنما هو شيء افتديت به يميني". (سنن الدارقطني: ٢٤٢/٤، كتاب في الأقضية والأحكام؛ المعجم الأوسط للطبراني: ١/٢٧٠). قال الهيثمي: ورجاله ثقات (مجمع الزوائد: ١٨١/٤). وقال المنذري: بإسناد جيد (الترغيب والترهيب: ٣٩١/٢). لكن قال الزيلعي في نصب الراية (١٥٩/٥): "ومعاوية بن يحيى هذا هو الصديقي، وضعفه الألباني (ضعيف الترغيب والترهيب: ٥٦٩/١).

ب- وروى الطبراني عن الأشعث بن قيس قال: "اشتريت يميني مرة بسبعين ألفاً، وذلك لأني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (من اقتطع حق مسلم بيمين لقي الله وهو عليه غضبان). (المعجم الكبير للطبراني: ١/٢٣٤؛ المعجم الأوسط للطبراني: ١٥٥/٢). قال الهيثمي: "وفيه عيسى بن المسيب البجلي وهو ضعيف". (مجمع الزوائد: ١٨١/٤) وضعفه الألباني (ضعيف الترغيب والترهيب: ٥٦٩/١).

ج- وروى عبدالرزاق عن معمر عن الزهري أنه سئل عن الرجل يقع عليه اليمين فيريد أن يفندي يمينه؟ قال: قد كان يفعل. قد افتدى عبيد السهام في إمارة مروان وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة كثير، افتدى يمينه بعشرة آلاف. (مصنف عبدالرزاق: ٥٠٢/٨، كتاب الإيمان باب من يجب عليه التكفير). وهذا إسناد صحيح، وعبيد السهام هو عبيد بن سليم بن ضبيح الأنصاري الأوسي، أحد الصحابة (انظر الاستيعاب: ١٠١٧/٣).

د- وروى أيضاً عن الأسود بن قيس عن رجل من قومه قال: عرف حذيفة بغيراً له مع رجل فخاصمه، فقضي لحذيفة بالبيع وقضي عليه باليمين، فقال حذيفة: أفتدي يمينك بعشرة دراهم. فأبى الرجل. فقال له حذيفة: بعشرين. فأبى. قال: فبثلاثين. قال: فأبى. قال: فبارعين. فأبى الرجل. فقال حذيفة: أظن أني لا أحلف على مالي؟ فحلف عليه حذيفة. (مصنف عبدالرزاق: ٥٠٢/٨، كتاب الإيمان باب من يجب عليه التكفير). ورواه الدارقطني والبيهقي بسندهما عن حسان بن ثامة قال: زعموا أن حذيفة عرف جملأ له سرق، وساقا القصة. (سنن الدارقطني: ٢٤٢/٤، كتاب في الأقضية والأحكام؛ سنن البيهقي: ١٧٩/١٠، كتاب الشهادات، باب ما جاء في الافتداء عن اليمين ومن رخص فيها).

الظن عند من يحسن الظن بالمدعي^(١)، وكل هذا مما يوافق مقاصد الشريعة وقواعدها.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول:

قوله تعالى: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ}^(٢). وقوله تعالى: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ}^(٣).

ووجه الدلالة من ذلك : أن الصلح مع الإنكار لا يخلو من أكل المال بالباطل، وكونه من غير تراض، ذلك أنه إن كان المدعي كاذبا، فما يأخذه يأخذه من غير رضا مالكة وبالباطل، وإن كان المدعى عليه جاحدا مع علمه بصدق المدعي فما يستبقيه يستبقيه من غير رضا مالكة وبالباطل.

ويعترض على هذا الاستدلال:

بما تقدم^(٤) من عدم التسليم بكون الصلح لا يرد إلا على هذين الوجهين، بل يرد على وجه ثالث يبنى عليه الجواز وتبنى عليه الأحكام من حيث الظاهر، وهو أن يكون كل من المتداعيين معتقدا أنه محق وأن غريمه مبطل، وعليه فما يأخذه المدعي يراه حلالا في حقه، لأنه يأخذ حقه أو عوضه، برضاه ورضا خصمه، وما يستبقيه المدعى عليه يراه حلالا في حقه، لأنه يراه حقه، وأنه ليس لخصمه حق عليه أصلا، وأن ما بذله إنما بذله برضاه افتداء ليمينه وقطعا للخصومة.

الدليل الثاني:

أن هذا العقد معاوضة غير صحيحة، لأن المدعي فيه يبيع ما لا يملكه، والمدعى عليه يشتري ما هو ملك له^(٥)، ولاختلاف المتعاقدين في محل العقد الذي يبذل العوض في مقابله^(٦).

(١) انظر المغني: ٢١٥/١٠ ؛ الطرق الحكيمة، ص ٧٩-٨٠ ؛ بريقة محمودية: ٢٧٩/٣ .

(٢) النساء : ٢٩ .

(٣) البقرة: ١٨٨ .

(٤) انظر الإجابة عن الاعتراضات الواردة على أدلة أصحاب القول الأول.

(٥) حاشية القليوبي: ٣٨٦/٢ ؛ نهاية المحتاج: ٣٨٧/٤ ؛ وانظر المغني: ٣٠٨/٤ .

(٦) انظر الأم: ١١٩/٧ .

ويعترض عليه:

بعدم التسليم بأن هذا العقد معاوضة في حق الطرفين، بل هو معاوضة في حق المدعي وحده، أما في حق المدعى عليه فهو افتداء ليمينه وقطع للخصومة وليس بمعاوضة، "وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كما لو اشترى عبدا شهد بحريته ، فإنه يصح ، ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذا له من الرق في حق المشتري ، كذا هاهنا"^(١).

الدليل الثالث:

أن المدعى عليه في الصلح مع الإنكار -على فرض صدقه- يبذل ما يبذله اتقاء لشر خصمه، وافتداء ليمينه، وذلك لا يجوز، لأن بذل المال لكف الأذى من الرشوة، والإعانة على أكل المال بالباطل. ولأن اليمين لا يجوز مقابلتها بالمال^(٢).

ويعترض عليه:

بأن ما ذكر من الرشوة والإعانة على أكل المال بالباطل غير مسلم في كل الأحوال، فقد يكون المدعي معتقدا صحة دعواه، وعليه فما يأخذه يأخذه على أنه حق له أو في مقابل حقه، وعلى هذا الفرض يجوز للمدعى عليه -مع اعتقاده عدم صحة الدعوى- أن يعطيه شيئا، ولا يكون ذلك في حق أي منهما رشوة ولا أكلا للمال بالباطل.

وعلى فرض قطع المدعى عليه بعلم المدعي كذبه في دعواه فإنه لا يمنع من أن يدفع مالا يتقي به الشر عن نفسه، ويكون ذلك جائزا في حقه حراما في حق المدعي، كما يجوز دفع الرشوة للظالم اتقاء لظلمه، وكما يستحب استنقاذ العبد الذي تعلم حريته بالشراء ممن يسترقه وهو يعلم ذلك إذا عدت البينة، وكل هذا من حيث الباطن، أما من حيث الظاهر فهو مبني على ما تقدم من اعتقاد كل من المتداعيين صحة دعواه.

أما أن اليمين لا تقابل بالمال فقد تقدم بيان جواز الافتداء من اليمين بالمال.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول، لعموم الأدلة الدالة على جواز الصلح، ولأن الصلح

(١) المغني: ٣٠٩/٤ ؛ وانظر تبين الحقائق: ٣١/٥.

(٢) انظر حاشية القليوبي: ٣٨٦/٢.

شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى ذلك عند الإنكار أشد منها عند الإقرار، فينبغي أن يكون أولى بالجواز^(١).

المسألة الثالثة: شروط الصلح عن الدين مع إنكاره عند المجيزين له.

بالنظر إلى ما تقدم في حقيقة الصلح مع الإنكار، واختلاف حقيقة العقد في حق المدعي عنها في حق المدعى عليه، يرد الخلاف بين الفقهاء المجيزين للصلح مع الإنكار، هل المراعى في شروطه حقيقته في حق المدعي، أو حقيقته في حق المدعى عليه، أو حقيقته في حق كل منهما؟:

١- فأما الحنفية فنصوا على "أن الصلح على الإنكار مبني على زعم المدعي، فهو وما لو كان الصلح على الإقرار سواء"^(٢)، أي أنه يشترط له ما يشترط للصلح مع الإقرار. إلا أنهم لم يتناولوا - فيما اطلعت عليه - حالة إقرار المدعى عليه بغير المدعى.

٢- وأما المالكية -وبناء على ما تقدم من تناولهم حالة إقرار المدعى عليه بغير المدعى - فقد اختلفوا فيما يشترط في الصلح مع الإنكار على ثلاثة أقوال:

الأول: أن الشرط جواز الصلح على دعوى كل من المدعي والمدعى عليه، وإليه ذهب ابن القاسم من المالكية^(٣).

الثاني: أن الشرط أن لا تتفق دعوى كل من طرفي الصلح على فساد، أي أن لا يكون الصلح فاسدا على دعوى كل منهما. وإلى هذا ذهب أصبغ من المالكية^(٤).

الثالث: أن الشرط جواز الصلح على دعوى كل من المدعي والمدعى عليه، وأن يكون جائزا على ظاهر الحكم الشرعي، بمعنى أن لا يكون فيه تهمة فساد، وهو المشهور من مذهب المالكية^(٥). وقد وضحو ذلك بالأمثلة التالية:

أ- ادعى بعشرة حالة، فأنكر المدعى عليه ثم اصطلحا على ثمانية معجلة أو سلعة معينة حاضرة، فهذا جائز عند الجميع لتحقيق الشروط الثلاثة فيه^(٦).

(١) انظر بدائع الصنائع: ٤٠/٦.

(٢) المبسوط: ٢٨/٢١؛ وانظر ٧١/١٤-٧٢؛ بدائع الصنائع: ٤٧/٦.

(٣) شرح الخرشي: ٤/٦؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣١٢/٣-٣١٣؛ منح الجليل: ١٤٣/٦-١٤٥.

(٤) شرح الخرشي: ٤/٦؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣١٢/٣-٣١٣؛ منح الجليل: ١٤٣/٦-١٤٥.

(٥) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣١٢/٣-٣١٣؛ منح الجليل: ١٤٣/٦-١٤٥؛ التاج والإكليل: ٧/٨-٩.

(٦) منح الجليل: ١٤٤/٦؛ الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: ٣١٢/٣.

ب- ادعى بمائة درهم حالة، فأنكر المدعى عليه، ثم اصطالحا على مائة درهم أو خمسين درهما مؤخره إلى شهر، "فالصلح صحيح على دعوى كل ؛ لأن المدعي آخر صاحبه أو أسقط عنه البعض وأخره لشهر، والمدعى عليه افتدى من اليمين بما التزم أدائه عند الأجل، ولا يجوز على ظاهر الحكم لأنه سلف بمنفعة، فالسلف التأخير، والمنفعة سقوط اليمين المنقبة على المدعي عند الإنكار بتقدير نكول المدعى عليه، أو حلفه فيسقط جميع الحق المدعى به"^(١). وعليه فهذا الصلح غير جائز على المشهور، وجائز عند كل من ابن القاسم وأصبغ.

ج- ادعى بدراهم وطعام من بيع، فاعترف المدعى عليه بالدراهم وأنكر الطعام ثم اصطالحا بدنانير مؤجلة، فهذا لا يجوز على دعوى أي منهما، لما فيه من الصرف المؤخر في حقهما، وكذلك لو اعترف المدعى عليه بالطعام وأنكر الدراهم، ثم اصطالحا على طعام مؤجل أكثر مما أقر به، فإنه بحسب دعوى المدعي بيع للطعام بجنسه نسيئة، وبحسب دعوى المدعى عليه سلف بزيادة^(٢). فهذا الصلح غير جائز عند الجميع.

د- ادعى بعشرة دنانير فأنكرها المدعى عليه ثم اصطالحا على مائة درهم إلى أجل "فهذا يمتنع على دعوى المدعي وحده للصرف المؤخر ويجوز على إنكار المدعى عليه ؛ لأنه إنما صالحه على الافتداء من اليمين الواجبة عليه"^(٣). وهذا الصلح غير جائز على المشهور وعند ابن القاسم، وهو جائز عند أصبغ.

هـ- ادعى "بعشرة أرادب قمحا من قرض وقال الآخر إنما لك علي خمسة من سلم وأراد أن يصالحه على دراهم ونحوها معجلة فهذا جائز على دعوى المدعي ؛ لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه ويمتنع على دعوى المدعى عليه لعدم جواز بيع طعام السلم قبل قبضه"^(٤)^(٥). وهذا الصلح غير جائز على المشهور وعند ابن القاسم، وهو جائز عند أصبغ.

٣- وأما الحنابلة^(٦) فقد أجازوا الصلح مع الإنكار بالنقد والنسيئة، ولو كان المصالح عنه ديناً،

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: ٣١٢/٣-٣١٣ .

(٢) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: ٣١٢/٣-٣١٣؛ منح الجليل: ١٤٣/٦-١٤٥ .

(٣) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: ٣١٣/٣

(٤) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي: ٣١٣/٣

(٥) بناء على مذهب المالكية في عدم جواز بيع طعام السلم لمن هو عليه قبل قبضه، على ما تقدم بيانه.

(٦) كشف القناع: ٣٩٧/٣ ؛ شرح منتهى الإرادات: ١٤٣/٢ .

مما يجعل مذهبهم قريبا من مذهب أصبغ. إلا أن ذلك لا يخلو من خلاف عندهم^(١).

وعلى ما تقدم فالظاهر أن مذهب الحنفية قريب من مذهب ابن القاسم من المالكية، ومذهب الحنابلة قريب من مذهب أصبغ، خاصة إذا كان الإنكار مطلقا، فآلت المسألة بذلك إلى الأقوال الثلاثة الواردة عند المالكية المتقدم إيرادها.

دليل القول الأول:

يستدل لهذا القول بأن حقيقة العقد في حق كل من المتعاقدين تختلف عن حقيقته في حق الآخر، فيجب أن يعامل كل منهما بحسب اعتقاده، وذلك لا يكون إلا باشتراط جوازه على دعوى كل منهما.

أدلة القول الثاني:

يستدل لهذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول:

عموم الأدلة المحيطة للصالح^(٢)، المتقدم ببيانها.

ويعترض عليه:

بأن هذه الأدلة مخصصة بالأدلة التي تمنع الصالح بمحرم، ومن ذلك ما كان المصالح به محرماً في حق أحد المتعاقدين بالنظر إلى دعواه.

(١) تعليقا على عبارة المقنع: "ويكون بيعا في حق المدعي، حتى إن وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح، وإن كان شقفا مشفوعا ثبتت فيه الشفعة" قال في الإنصاف (٥/ ٢٤٣-٢٤٤): "فعلى المذهب: يثبت فيه ما قال المصنف. وعليه الأصحاب. لكن قال في الإرشاد: يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة لأن المدعي ملجأ إلى التأخير بتأخير خصمه. قال في التلخيص، والترغيب: وظاهر ما ذكره ابن أبي موسى: أن أحكام البيع والصرف لا تثبت في هذا الصلح، إلا فيما يختص بالبيع من شفعة عليه وأخذ زيادة مع اتحاد جنس المصالح عنه والمصالح به، لأنه قد أمكنه أخذ حقه بدونها، وإن تأخر. واقتصر صاحب المحرر على قول الإمام أحمد رحمه الله: إذا صالحه على بعض حقه بتأخير جاز، وعلى قول ابن أبي موسى: الصلح جائز بالنقد والنسيئة... قلت: ممن قطع بصحة صلح الإنكار بنقد ونسيئة: ابن حمدان في الرعاية وذكره في المستوعب، والتلخيص، والحاوئين، وغيرهم عن ابن أبي موسى. واقتصروا عليه". وانظر الفروع: ٢٦٧/٤-٢٦٨.

(٢) انظر شرح منتهى الإرادات: ١٤٣/ ٢؛ التاج والإكليل: ٨/٧.

الدليل الثاني:

أن هذا الأمر تدعو إليه الحاجة، لأن المدعي وإن أراد الالتزام بمقتضى حقيقة العقد في حقه، فقد لا يساعده خصمه على ذلك^(١).

ويعترض على هذين الدليين:

بأن هذا يرد في الصلح مع الإقرار أيضا، ومع ذلك يشترط فيه جوازه بالنظر إلى حقيقة العقد.

الدليل الثالث:

أن العقد إذا جاز بحسب ما يدعيه أحد المتعاقدين، فإنه يكون غير مقطوع بعدم جوازه، لأنه لا يعلم أيهما المحق أو المصيب فيما يدعيه، فيبقى العقد على أصل الجواز والصحة في العقود.

ويعترض عليه:

بأن العقد مقطوع بعدم جوازه في حق أحد المتعاقدين بالنظر إلى ما يدعيه، فلا يكون جائزا، ذلك أن مستند جواز الصلح مع الإنكار اختلاف حقيقته في حق كل من المتعاقدين، على نحو يكون جائزا لكل منهما، فإذا انتفى هذا الأمر انتفى مستند الجواز.

دليل القول الثالث:

يستدل لهذا القول بما تقدم في الاستدلال للقول الأول، ويستدل له على اشتراط جواز الصلح على ظاهر الحكم بأن بعض صور الصلح مع الإنكار تدخله قهمة التأخير مقابل منفعة سقوط اليمين عن الدائن -على القول برد اليمين عليه- وأمنه من ضياع حقه بحلف المدعى عليه. فيجب منع ما تدخله هذه التهمة سدا للذريعة.

ويعترض عليه :

بأن التهمة المذكورة قهمة ضعيفة لا يراعى مثلها.

الترجيح:

الأولى -والله أعلم- هو القول باشتراط جواز الصلح على دعوى كل من المتصالحين، لما تقدم في الاستدلال له.

(١) انظر كشاف القناع: ٣/٣٩٧؛ شرح منتهى الإرادات: ٢/١٤٣ .

الفرع الثالث: حكم الصلح عن الدين مع السكوت.

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حقيقة الصلح عن الدين مع السكوت.

المسألة الثانية: حكم الصلح عن الدين مع السكوت.

المسألة الثالثة: شروط الصلح عن الدين مع السكوت عند المجيزين له.

المسألة الأولى: حقيقة الصلح عن الدين مع السكوت.

اختلف الفقهاء المجيزون للصلح مع السكوت في حقيقته على قولين:

القول الأول: أنه كالصلح مع الإنكار على ما تقدم بيانه، وإليه ذهب الحنفية^(١) والحنابلة^(٢)،

وهو قول عند المالكية^(٣).

القول الثاني: أنه كالصلح مع الإقرار، وإليه ذهب المالكية^(٤).

(١) تبين الحقائق: ٣٣/٥ ؛ الهداية: ٤١٠/٨ ؛ الدر المختار: ٥ / ٦٣٠ .

(٢) الفروع: ٢٦٨/٤ ؛ كشف القناع: ٣٩٧/٣ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٢ / ١٤٤ .

(٣) كفاية الطالب الرباني: ٣٥٤/٢ .

(٤) أطلق المالكية أن حكم السكوت حكم الإقرار في مواضع كثيرة ، منها مثلاً:

أ - في منح الجليل (١٤٣/٦): " ظاهر كلام المصنف أن السكوت غير الإقرار والإنكار ، وهو كذلك باعتبار الصورة ، وأما باعتبار الحكم فهو كالإقرار "

ب - في التاج والإكليل (٨/٧): " قال عياض : فالصلح على الإقرار معاوضة صحيحة ، وحكم السكوت حكم الإقرار . "

ج - في شرح الخرشي (٤/٦): "الصلح على السكوت جائز مثل أن يدعي على شخص بشيء فيسكت فيصالحه على شيء، لأن حكم السكوت حكم الإقرار".

د - وفي الشرح الكبير للدردير (٣١١/٣): " وهو عند ابن محرز كالإقرار والإنكار " . علق على ذلك الدسوقي في حاشيته عليه بقوله : " أي فيعتبر فيه حكم المعاوضة في الإقرار ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في الإنكار . "

ه - وفي الفواكه الدواني (٢٣١/٢) بعد أن أورد تعريف الصلح: "ولا يقال: يخرج الصلح عن السكوت، لأننا نقول: للسكوت حكم الإقرار".

و - وفي كفاية الطالب الرباني (٣٥٤/٢): " ولم يتعرض الشيخ رحمه الله [أي ابن زيد القيرواني] للصلح على السكوت من غير إنكار ولا إقرار . ك [أي قال الفاكهاني]: هو كالإقرار على المشهور . ج [أي قال ابن ناجي]: ما ذكره من الخلاف لا أعرفه لكنه جار على قواعد المذهب في السكوت هل هو كالإقرار أم لا؟ " .

ز - وفي الشرح الصغير (٤٠٥/٣): " هو [أي الصلح] على ثلاثة أقسام : بيع ، وإجارة وهبة . لأن المصالح به إن كان ذاتا فبيع ، وإن كان منفعة فإجارة ، وإن كان ببعض المدعى به فهبة " . علق على ذلك الصاوي في حاشيته عليه بقوله: "أما جريئها [أي الأقسام الثلاثة] في الإقرار فظاهر، وأما في الإنكار فبالنظر للمدعى به والمصالح به، وأما في السكوت فلائنه

وجه القول الأول:

أن السكوت "يحتمل الإقرار والإنكار فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك مع أن حمله على الإنكار أولى لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل"^(١)

وجه القول الثاني:

لم أجد توجيهاً لما ذهب إليه المالكية فيما اطلعت عليه من مصادرهم، ويمكن أن يوجه قولهم بما يأتي من الاستدلال لابن أبي ليلى في تجويزه الصلح مع السكوت بأن المترجح في دعوى المدعي صدقه، باعتبار أن دينه وعقله يدعوانه إلى الصدق ويمنعانه من الكذب، فإذا عارضها المدعي عليه بإنكاره استوى فيها احتمال الصدق والكذب، وخرجت من أن تكون موجبة لاستحقاق المدعي ما ادعاه، إلا أن يقيم بينة على ذلك، أما إذا سكت المدعي عليه ولم يعارضها بالإنكار فإن جانب صدق المدعي في دعواه استحقاقه ما يدعيه يبقى مرجحاً^(٢)، فإذا اصطلحنا مع السكوت كان الصلح واقعاً باعتبار المدعي به حقاً للمدعي، كما في الصلح مع الإقرار.

المسألة الثانية: حكم الصلح عن الدين مع السكوت.

اختلف الفقهاء في حكم الصلح عن الدين مع سكوت المدعي عليه، على قولين:
القول الأول: جواز ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والحنابلة^(٥)، وابن أبي ليلى^(٦).
القول الثاني: عدم جوازه، وإليه ذهب الشافعية^(٧) والظاهرية^(٨).
وأدلة القولين -عند من ذهب إلى التسوية بين الصلح مع الإنكار والصلح مع السكوت في

راجع لأحدهما أي الإقرار والإنكار ؛ لأن المدعي عليه في الواقع إما مقر أو منكر، وإن كان يعامل على المعتمد معاملة المقر".

(١) درر الحكم شرح غرر الأحكام: ٣٩٧/٢. وانظر تبين الحقائق: ٣٣/٥.

(٢) المبسوط: ١٤٠/٢٠.

(٣) المبسوط: ١٣٤/٢٠، ١٣٩ ؛ بدائع الصنائع: ٤٠/٦ ؛ تبين الحقائق: ٣٠/٥ .

(٤) المدونة: ٣٧٩/٣؛ منح الجليل: ١٤٣/٦ ؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٤٠٥-٤٠٦.

(٥) المغني: ٣٠٨/٤ ؛ الإنصاف: ٢٤٣/٥ ؛ كشف القناع: ٣٩٧/٣.

(٦) المحلى: ٤٦٤/٦ ؛ المبسوط: ١٤٠/٢٠.

(٧) مغني المحتاج: ١٦٥-١٦٦ ؛ تحفة المحتاج: ١٩٣/٥ ؛ أسنى المطالب: ٢١٦/٢.

(٨) المحلى: ٤٦٤/٦.

الحكم- على نحو ما تقدم في حكم الصلح مع الإنكار، مما لا حاجة معه بالتطويل بإيراد ذلك.

أما ابن أبي ليلى الذي يفرق بينهما فقد استدل له في المبسوط^(١) بقوله "وبنحو هذا [أي استدلال الشافعي على عدم جواز الصلح مع الإنكار] يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله، إلا أنه يقول: المدعى بنفس الدعوى يصير حقا للمدعي ما لم يعارضه المدعى عليه بإنكاره . ألا ترى أنه لو لم ينازعه في ذلك لتمكن من أخذه، وهذا لأن الدعوى خبر محتمل بين الصدق والكذب، ولكن الصدق يترجح فيه من حيث إن دينه وعقله يدعوانه إلى الصدق ويمنعانه من الكذب، إلا أن المدعى عليه إذا عارضه بإنكاره فإنكاره أيضا محتمل بين الصدق والكذب، فلتحقق المعارضة تخرج دعواه من أن تكون موجبة للاستحقاق ما لم يظهر الترجيح في جانبه بالبينة، وإذا كان المدعى عليه ساكتا فالمعارض لم يوجد فتبقى دعوى المدعي معتبرة في الاستحقاق، فلهذا يجوز الصلح في هذه الحال".

وهذا الاستدلال مبني على القول بعدم جواز الصلح مع الإنكار، وفيما تقدم في أدلة القائلين بجوازه ما يعترض به عليه.

وبناء على ما تقدم من ترجيح الصلح مع الإنكار يترجح جواز الصلح مع السكوت من باب أولى.

المسألة الثالثة: شروط الصلح عن الدين مع السكوت عند المجيزين له.

لا تختلف شروط الصلح مع السكوت عند الحنفية والحنابلة عنه مع الإنكار على ما تقدم بيانه.

أما المالكية -ومع ما تقدم من أن الصلح مع السكوت عندهم بمعنى الصلح مع الإقرار- فلهم في شروط الصلح مع السكوت قولان^(٢):

القول الأول: أنه يشترط في الصلح مع السكوت ما يشترط في الصلح مع الإقرار، أي جواز الصلح على دعوى المدعي. وهو المعتمد عندهم .

القول الثاني: أنه يشترط في الصلح مع السكوت ما يشترط في الصلح مع الإنكار من الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها. وهو قول ابن محرز من المالكية^(٣)، تابعه عليه بعضهم.

(١) ١٤٠/٢٠.

(٢) انظر منح الجليل: ١٤٢/٦-١٤٣ ؛ مواهب الجليل: ٨٣/٥ ؛ شرح الخرشي مع حاشية العدوي عليه: ٤/٦-٥ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣١١/٣-٣١٢ ؛ حاشية الصاوي: ٤١٢/٣.

(٣) هو أبو القاسم عبدالرحمن بن محرز القيرواني، من كبار فقهاء المالكية، تفقه بشيوخ القيروان، وتوفي نحو ٤٥٠هـ، من مصنفاته: "التبصرة"، وهو تعليق على المدونة، و"القصد والإيجاز". (الديباج المذهب، ص ٢٢٦ ؛ شجرة النور الزكية،

وجه القول الأول:

أن الشروط الثلاثة المتقدم إيرادها هي: جواز الصلح على دعوى المدعي، وجوازه على دعوى المدعى عليه، وجوازه على ظاهر الحكم بانتفاء تهمة السلف بمنفعة على ما تقدم بيانه. والساكت لا دعوى له، كما أنه يحكم عليه دون يمين، مما يجعل تهمة السلف بمنفعة منتفية، فانحصر الشرط في شرط واحد هو جواز الصلح على دعوى المدعي، كما في الصلح مع الإقرار^(١).

وجه القول الثاني:

بين وجه هذا القول ومثاله في منح الجليل^(٢) فقال: "وهو عند ابن محرز كالإقرار والإنكار، فيشترط فيه شروط صلح الإنكار الثلاثة .. على مذهب الإمام مالك رضي الله عنه، ووجه جعله مثلهما كونه محتملا لهما، فإن ادعى عليه بدينار فسكت ثم صالحه بدراهم مؤخرة فلا يحل بالنظر لدعوى المدعي، وأما بالنظر إلى المدعى عليه فيجوز لأن حكم سكوته حكم إنكاره، وإن ادعى عليه بعشرة أراد من قرض فسكت ثم صالحه بدراهم فيمتنع بالنظر إلى المدعى عليه لاحتمال إقراره بعد، وأنه من بيع"

قال الدسوقي^(٣) في حاشيته على الشرح الكبير^(٤): "قوله (وأنه من بيع) أي ففيه بيع الطعام من بيع قبل قبضه، وهو ممنوع، وأما بالنظر لدعوى المدعي فهو جائز، لأن غاية ما فيه بيع طعام القرض قبل قبضه وهو جائز.

وما ذكره من عدم الجواز بالنظر للمدعى عليه لاحتمال إقراره وأنه من بيع ففيه نظر، لأننا إذا نزلنا السكوت منزلة الإقرار فالمدعى عليه موافق للمدعي، وطعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه، وإن نزلناه منزلة الإنكار كما قال ابن محرز واعتبر فيه الشروط الثلاثة، فلا دعوى للمدعى عليه بحال ولا منع من جهته، وأما مجرد احتمال إقراره بأنها من بيع فلا عبرة به ولا أثر له، لأنه مجرد تجويز عقلي كالوسوسة لا يبنى عليه حكم.

ص ١١٠).

(١) انظر منح الجليل: ١٤٣/٦.

(٢) ١٤٢/٦ ؛ وانظر الشرح الكبير للدردير: ٣/٣١١.

(٣) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، فقيه مالكي من علماء العربية والفقه، من أهل "دسوق". بمصر، تعلم وأقام في القاهرة وبها توفي عام ١٢٣٠هـ، وكان من المدرسين في الأزهر، له كتب منها "الحدود الفقهية"، و"حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل". (الأعلام للزركلي: ١٧/٦؛ معجم المؤلفين: ٨٢/٣؛ شجرة النور الزكية، ص ٣٦١-٣٦٢).

(٤) ٣١١/٣-٣١٢.

فالحق أن المدعى عليه إذا لم يجب بشيء فالشرط في الصلح أن يجوز على دعوى المدعي فقط
فإن لم يجز على دعواه منع".
ويظهر مما تقدم رجحان القول الأول، وانحصار الشرط في جواز الصلح على دعوى المدعي،
لأنه لا دعوى للساكت أصلاً.

المطلب الثالث: حكم الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والأجنبي.

تناول الفقهاء حكم الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي، والأجنبي، أي غير المدعى عليه، وأتناول في هذا المطلب طرفاً مما ذكره في ذلك بالإيجاز المناسب لمقتضى الحال، وذلك في فرعين :

الفرع الأول: الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والأجنبي بإذن المدعى عليه.

الفرع الثاني: الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والأجنبي من غير إذن المدعى عليه

الفرع الأول: الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والأجنبي بإذن المدعى عليه.

إذا جرى الصلح بين المدعي والأجنبي بإذن المدين، فالأجنبي وكيل عنه، وحكم الصلح حينئذ كما لو وقع بين المدعي والمدين نفسه، على التفصيل المتقدم^(١).

ويلتحق به ما إذا صالح الأجنبي المدعي على أن يكون عوض الصلح على المدعى عليه، فحقيقة العقد أنه في حكم شراء الفضولي لغيره^(٢)، وعلى القول بجوازه فإن صحة الصلح متوقفة على إجازة المدعى عليه، "فإن أجاز نفذ ويجب البذل عليه دون المصالح، لأن الإجازة اللاحقة بمترلة الوكالة

(١) بدائع الصنائع: ٥٢/٦ ؛ المغني: ٣١٠/٤ ؛ مواهب الجليل: ٨١/٥.

(٢) اختلف الفقهاء في حكم بيع الفضولي مال غيره على قولين:

القول الأول: أنه يقع موقوفاً على إجازة المالك. وإليه ذهب الحنفية والمالكية.

القول الثاني: أنه غير صحيح. وإليه ذهب الشافعية والحنابلة.

واختلفوا في حكم شراء الفضولي لغيره على قولين:

القول الأول: أنه يقع موقوفاً على إجازة الغير، وإليه ذهب الحنفية والمالكية. ويفرق الحنفية بين إضافة الفضولي العقد لنفسه وإضافته العقد للذي اشتراه له. فإن أضاف العقد لنفسه كانت العين المشتراة له، سواء أجاز له أو لم يجزه، وإن أضاف العقد للذي اشتراه له انعقد موقوفاً على إجازته. والظاهر مما ذكره المالكية في الوكالة في مسائل مخالفة الوكيل أن البيع يلزم الفضولي في حال عدم إجازة الغير، إلا أن يصرح بأن الثمن ليس عليه.

القول الثاني: أن العقد غير صحيح، وإليه ذهب الشافعية والحنابلة. إلا أن الحنابلة يستثنون من ذلك ما إذا اشترى الفضولي من ماله أو في ذمته ولم يسم من اشترى له فإن البيع عندهم صحيح، ثم إن أجاز المشتري له البيع ملك المشتري من حين الشراء، وإلا كان للفضولي، أما إن اشترى الفضولي بمال الغير أو سماه في العقد، فالبيع غير صحيح. أما الشافعية فالعقد يقع عندهم للفضولي في الصورة التي استثنوها الحنابلة.

(انظر بدائع الصنائع: ١٤٨، ١٥٠/٥؛ تبين الحقائق: ١٠٢/٤-١٠٣؛ البحر الرائق: ١٦٢/٦؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٢/٣، ٣٨٢-٣٨٤؛ منح الجليل: ٤٥٨/٤-٤٥٩، ٣٧٧/٦-٣٨١؛ تحفة المحتاج: ٢٤٧/٤-٢٤٨؛ أسنى المطالب: ١١-١٠/٢؛ شرح منتهى الإرادات: ٩/٢؛ كشف القناع: ١٥٧/٣-١٥٨؛ الإنصاف: ٢٨٣/٤)

السابقة. ولو كان وكيلا من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله، فكذلك إذا التحق التوكيل بالإجازة، وإن رده بطل، لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير إذنه وإجازته"^(١).

الفرع الثاني: الصلح عن الدين إذا جرى بين المدعي والأجنبي من غير إذن المدعى عليه.

وهو ما يسمى "صلح الفضولي"^(٢)، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: إذا جرى الصلح على أن يرجع الأجنبي على المدعى عليه.

المسألة الثانية: إذا جرى الصلح على وجه التبرع من الأجنبي.

المسألة الأولى: إذا جرى الصلح على أن يرجع الأجنبي على المدعى عليه.

إذا صالح الأجنبي المدعي بمثل ما يدعيه أو بأدنى منه على أن يرجع على المدعى عليه بما قضاه فهذا من وفاء الدين عن المدين بغير إذنه بنية الرجوع عليه^(٣).

أما إذا صالح الأجنبي المدعي بغير ما يدعيه على وجه المعاوضة على أن يرجع على المدعى عليه بالدين لا بما قضاه فحقيقة المسألة حينئذ أنها بيع للدين لغير من هو عليه^(٤)، وفيه الخلاف المبين في موضعه، ومن يميزه فإنما يميزه بالشروط المتقدم بياها، ومنها أن يكون المدين مقرا لا منكرا.

المسألة الثانية: إذا جرى الصلح على وجه التبرع من الأجنبي.

وحقيقة المسألة أنها تبرع من الأجنبي بإسقاط الدين عن المدعى عليه إن كان مقرا، وبإسقاط الخصومة عنه إن كان منكرا، فيصح ذلك، كما لو تبرع بقضاء دين غيره من ماله ابتداء، ويجب على الأجنبي تسليم العوض الذي جرى عليه الصلح، وليس له أن يرجع على المدعى عليه، لأن التبرع

(١) بدائع الصنائع: ٥٢/٦؛ وانظر تبين الحقائق: ٤٠/٥-٤١.

(٢) بدائع الصنائع: ٥٢/٦، مواهب الجليل: ٨١/٥.

(٣) اختلف الفقهاء فيمن قضى دين غيره بغير إذنه بنية الرجوع عليه. فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه متبرع وليس له الرجوع، وذهب المالكية والحنابلة إلى أن له الرجوع (أحكام القرآن للخصاص: ٧٣٥/١؛ تبين الحقائق: ٣٠٥/٣؛ الفروق للقرافي: ١٨٩/٣-١٩٠؛ التاج والإكليل: ٤٢/٧؛ تحفة المحتاج: ٢٧٦/٥؛ مغني المحتاج: ٢١٩/٣؛ الإنصاف: ٢٠٤/٥-٢٠٦؛ كشف القناع: ٣٧١/٣-٣٧٢).

(٤) انظر المغني: ٣١٠/٤؛ مغني المحتاج: ١٦٩/٣.

بقضاء الدين لا رجوع معه^(١).

ويستوي في ذلك ما إذا كان المدعى عليه مقرا أو منكرا عند الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣)، أما عند الشافعية^(٤) فيجب أن يكون المدعى عليه مقرا. وذلك بناء على ما تقدم في الخلاف في حكم الصلح مع الإنكار.

ويشترط الحنفية في الصلح على وجه التبرع أن يقع صريحا في كون الصلح منسوبا للأجنبي والبدل منه، وذلك بأن يضيف الأجنبي الضمان إلى نفسه فيقول: صالحتك من دعواك على فلان على ألف درهم في ذمتي، أو في ضماني، أو بأن يضيف المال إلى نفسه فيقول: على ألفي هذه، أو على عبدي هذا، أو بأن يعين البدل فيقول: على هذه الألف، أو على هذا العبد، أو بأن يسلم البدل، فيقول: صالحتك على ألف، ويسلمها له. ففي هذه الصور يصح الصلح ويلزم العوض في ذمة الأجنبي إذا لم يسلمه، ويرأى المدعى عليه^(٥).

أما إذا قال الأجنبي: صالحتك من دعواك على فلان على ألف، أو على عبد، ولم يزد على ذلك، فإن الصلح يكون عندهم حينئذ موقوفا على إجازة المدعى عليه، لأنه "لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه، فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه، فيقف على إجازته"^(٦).

(١) بدائع الصنائع: ٥٢/٦؛ وانظر المغني: ٣١٠/٤؛ مواهب الجليل: ٨١/٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٥٢/٦؛ تبين الحقائق: ٤١-٤٠/٥.

(٣) المغني: ٣١٠/٤؛ كشف القناع: ٣٩٨-٣٩٩.

(٤) انظر مغني المحتاج: ١٦٨-١٦٩/٣؛ تحفة المحتاج: ١٩٥-١٩٦.

(٥) بدائع الصنائع: ٥٢/٦؛ تبين الحقائق: ٤١-٤٠/٥.

(٦) بدائع الصنائع: ٥٢/٦؛ وانظر تبين الحقائق: ٤١-٤٠/٥.

المبحث الثاني: قسمة الدين

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القسمة.

المطلب الثاني: أنواع القسمة وحقيقتها.

المطلب الثالث: حكم قسمة الدين.

المطلب الأول : تعريف القسمة.

وفيه فرعان :

الفرع الأول : تعريف القسمة في اللغة.

الفرع الثاني : تعريف القسمة في اصطلاح الفقهاء .

الفرع الأول : تعريف القسمة في اللغة.

القسمة لغة اسم مؤنث من التقاسم والاققسام، وهما صيغتا التفاعل^(١) والافتعال^(٢) من قَسَمَ يَقْسِمُ قَسْماً، أي فَرَزَ الشيء أجزاء، أو تفرقه بين الشركاء وتعيين أنصبتهم فيه، والاسم من القَسَمِ قِسْمٌ، ثم أطلق على الحصة والنصيب فيقال هذا قِسْمِي، والجمع أقسام. وتطلق القسمة أيضا بمعنى القَسَمِ، ومنه قولهم هذه قسمة عادلة، فقد يراد به القَسَمِ، وقد يراد به الاقتسام.

كما تطلق القسمة بمعنى القَسَمِ أي النصيب وجمعها قِسَمٌ^(٣).

الفرع الثاني : تعريف القسمة في اصطلاح الفقهاء.

١- عرف بعض الحنفية القسمة بأنها: جمع النصيب الشائع في مكان معين^(٤). وهذا التعريف

(١) وتكون في الغالب عند صدور الفعل من اثنين فأكثر.

(٢) وهي كذلك قد تكون للاشتراك، كالافتتال والاختصام.

(٣) انظر المصباح المنير ص ٥٠٣ ؛ المغرب ص ٣٨٣-٣٨٤ ؛ طلبة الطلبة ص ٤٠، ١٢٠-١٢١.

(٤) تبين الحقائق: ٢٧٥/٥ ؛ العناية: ٤٢٥/٩ ؛ فتح القدير: ٤٢٦/٩ ؛ مجمع الأثر: ٤٨٧/٢ ؛ الدر المختار: ٢٥٣/٦ .

عندهم خاص بقسمة الأعيان، ولا تدخل فيه المهايأة باعتبارها قسمة للمنافع^(١). وعرف بعضهم القسمة بأنها "إفراز بعض الأنصاء عن بعض، ومبادلة بعض ببعض"^(٢).

٢- وعرفها ابن عرفة^(٣) من المالكية بأنها: تصيير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيناً، ولو باختصاص تصرف فيه، بقرعة أو تراض^(٤).

فقوله "من مملوك مالكين" احتراز به من تعيين المشاع في ملك مالك.

وقوله "ولو باختصاص تصرف فيه" يشمل المهايأة.

وقوله "بقرعة أو تراض" بناء على تقسيم المالكية لأنواع القسمة على ما يأتي بيانه لاحقاً إن شاء الله.

وعرفها بعض المالكية بأنها: تعيين نصيب كل شريك في مشاع، ولو باختصاص تصرف^(٥).

٣- وعرفها الشافعية بأنها "تمييز بعض الأنصاء عن بعض"^(٦). أو بأنها "تمييز بعض الحصص بعضها من بعض"^(٧).

٤- وعرفها الحنابلة بأنها "تمييز بعض الأنصاء عن بعض وإفرازها عنها"^(٨).

التعريف المختار:

يتقارب تعريف القسمة عند الشافعية والحنابلة، ولا يخرج عن تعريفها لغة^(٩). أما تعريف الحنفية الأول فلا يدخل فيه المهايأة، وتعريفهم الثاني أقرب لأن يكون بياناً لحقيقة القسمة من كونه تعريفاً، أما تعريف ابن عرفة فمع كونه جامعاً مانعاً إلا أن فيه غموضاً، كما أن قوله "بقرعة أو تراض" لا

(١) انظر تبين الحقائق: ٢٧٥/٥.

(٢) بدائع الصنائع: ١٧/٧.

(٣) هو محمد بن محمد بن عرفة أبو عبد الله الورعسي التونسي، من فقهاء المالكية، وإمام تونس وعالمها وخطيبها، ولد فيها عام ٧١٦هـ، وتوفي فيها عام ٨٠٣هـ، ومن مصنفاته: "المختصر الكبير" في فقه المالكية، و"الحدود" في التعاريف الفقهية. (الأعلام: ٤٣/٧؛ شذرات الذهب: ٣٨/٧).

(٤) شرح حدود ابن عرفة، ص ٣٧٣؛ مواهب الجليل: ٣٣٤/٥؛ شرح الخرشي: ١٨٣/٦؛ منح الجليل: ٢٤٧/٧.

(٥) الشرح الصغير للدردير: ٦٥٨/٣-٦٥٩.

(٦) مغني المحتاج: ٣٢٦/٦؛ تحفة المحتاج: ١٩٣/١٠؛ حاشية البجيرمي على الخطيب: ٤٠٣/٤.

(٧) نهاية المحتاج: ٢٨٣/٨؛ أسنى المطالب: ٣٢٩/٤؛ الغرر البهية: ٢٩٨/٥؛ شرح منهج الطلاب بحاشية البجيرمي عليه: ٣٦٨/٤.

(٨) شرح منتهى الإرادات: ٥٤٤/٣؛ كشف القناع: ٣٧١/٦.

(٩) انظر حاشية القليوبي: ٣١٥/٤؛ حاشية الشيراملسي على نهاية المحتاج: ٢٨٣/٨؛ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب: ٣٦٩/٤.

حاجة له، مع كونه مبنياً على أنواع القسمة عند الملكية، ولهذا أجد التعريف الثاني للملكية هو الأولى، والله أعلم.

المطلب الثاني : أنواع القسمة وحقيقتها.

وفيه فرعان :

الفرع الأول : أنواع القسمة.

الفرع الثاني : حقيقة القسمة.

الفرع الأول : أنواع القسمة.

تتنوع القسمة بعدة اعتبارات أتناول أهمها في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أنواع القسمة باعتبار الحاجة إلى التقويم وعدمه.

المسألة الثانية: أنواع القسمة باعتبار رضا المتقاسمين بها وعدمه.

المسألة الثالثة: أنواع القسمة باعتبار إمكان الجبر عليها وعدمه.

المسألة الأولى: أنواع القسمة باعتبار الحاجة إلى التقويم وعدمه.

تتنوع القسمة بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع^(١):

النوع الأول : القسمة بالأجزاء^(٢).

وهي قسمة المال المشترك بالنظر إلى المقدار إلى أجزاء تقابل أنصباء الشركاء فيه. دون حاجة إلى اعتبار قيمة أو منفعة المال، لتساوي الأجزاء في ذلك، وإذا كان المال المقسوم متنوعاً يتم التقسيم بالنظر إلى قدر كل نوع كيلاً أو وزناً أو ذرعاً أو عدداً دون حاجة إلى تقويم شيء من المال أو رد شيء من أحد الشركاء على الآخرين. وتسمى هذه القسمة أيضاً قسمة المتشابهات أو قسمة المتماثلات، لأنها لا تكون إلا فيما تماثلت أو تشابهت أجزاؤه ولم يكن بينها تفاوت يذكر، وتسمى أيضاً قسمة الإفراز، لأنها لا تتطلب أكثر من إفراز كل نصيب على حدة.

وتكون هذه القسمة فيما اتحد صورة وقيمة، وذلك يكون في المثليات كما يكون في القيميات

(١) يبرز هذا التقسيم عند الشافعية ثم الحنابلة. (انظر مغني المحتاج: ٣٣١/٦-٣٣٤ ؛ تحفة المحتاج: ١٠ / ٢٠١-٢٠٦ ؛ حاشية

البحريري على الخطيب: ٤ / ٤٠٧-٤١٠ ؛ الفروع: ٥١٣/٦ ؛ كشف القناع: ٣٧٨/٦ ؛ مطالب أولي النهى: ٥٤٩/٦ ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢١١/٣٣-٢١٢).

(٢) انظر مغني المحتاج: ٣٣١/٦-٣٣٣ ؛ أسنى المطالب: ٤ / ٣٣١-٣٣٢ ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢١١/٣٣-٢١٢ ؛

قسمة الأملاك المشتركة لأحمد فراج حسين، ص ٢١.

المتماثلة كالكتب والأقلام، والأرض الواسعة المتشابهة الأجزاء، والأبنية المتماثلة.

ومثالها ما لو كان المال المشترك تسعمائة ألف ريال سعودي، وثلاثون طناً من أرز هندي من نوع واحد، وستة مبانٍ متماثلة، وكان الشركاء فيه ثلاثة، لأحدهم نصفه، وللثاني ثلثه، وللثالث سدسه، فيأخذ الأول أربعمئة وخمسين ألف ريال، وخمسة عشر طناً من الأرز وثلاثة مبانٍ، ويأخذ الثاني ثلاثمئة ألف ريال وعشرة أطنان من الأرز ومبنيين، ويأخذ الثالث مائة وخمسين ألف ريال، وخمسة أطنان من الأرز، ومبنى واحداً.

النوع الثاني : قسمة التعديل^(١).

وهي قسمة المال المشترك باعتبار القيمة والمنفعة لا باعتبار المقدار^(٢)، وتكون هذه القسمة عندما لا يتحد المال المقسوم في القيمة والمنفعة، بحيث يجوز أن يعادل الجزء الأقل الجزء الأعظم في قيمته ومنفعته .

ومثال هذه القسمة قسمة أرض ثلثها جيد وثلثها رديء، والذراع من الجيد يساوي الذراعين من الرديء، وفيها شريكان اثنان لكل منهما نصفها، فيعطى أحدهما ثلث الأرض الجيد، ويعطى الآخر الثلثين الرديئين. وكذلك قسمة مال مشترك فيه ساعات وأقلام وكتب، وقيمة ما فيه من الساعات تساوي قيمة ما فيه من أقلام وكتب، فيعطى أحد الشريكين الساعات، ويعطى الآخر الأقلام والكتب.

وقسمة التعديل قد تكون اختياراً مع إمكان القسمة بالأجزاء، ففي المثال الأول قد تكون الأرض شاسعة بحيث يمكن أن يقسم الجيد منها نصفين والرديء نصفين، دون أن ينقص ذلك من قيمة الأرض أو منفعتها ، إلا أن في قسمتها قسمة تعديل مزية اجتماع نصيب كل من الشريكين وعدم تفرقه عليه، وقد تكون قسمة التعديل اضطراراً لعدم إمكان القسمة بالأجزاء، كما لو كانت الأرض صغيرة، وفي قسمة الجيد منها على حدة والرديء على حدة تفويت لمنفعتها أو نقص لقيمتها.

(١) انظر مغني المحتاج: ٣٣٣-٣٣٤ ؛ أسنى المطالب: ٤ / ٣٣٥-٣٣٦ ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٣ / ٢١٢؛ قسمة

الأموال المشتركة لأحمد فراج حسين، ص ٢٢.

(٢) المصباح المنير، ص ٣٩٧.

النوع الثالث: قسمة الرد^(١).

وهي قسمة المال المشترك بحيث يعطى أحد الشركاء ما يزيد على نصيبه منه، على أن يرد لبقية الشركاء قيمة الزيادة من مال أجنبي عن الشركة، وتكون هذه القسمة عندما لا تتعادل الأجزاء في القيمة بل تكون متفاوتة، إما اختياراً من الشركاء أو اضطراراً لعدم إمكان القسمة بغير ذلك.

ومثال حالة الاختيار: أرض مشتركة بين اثنين مناصفة، في أحد جانبيها بئر، والأرض تساوي ثلاثة آلاف، والبئر تساوي ألفاً، فيعطى أحد الشريكين النصف الذي فيه البئر، ويعطى الشريك الآخر النصف الآخر، على أن يرد الأول للثاني من ماله خمسمائة نصف قيمة البئر. فهذه القسمة ممكنة إذا اختارها الشريكان، وإلا فإنه يمكن قسمة الأرض قسمة تعديل، بأن يعطى الثاني من الأرض ما يعادل قيمة البئر، فيعطى الأول البئر وثلث الأرض، ويعطى الثاني ثلثي الأرض.

ومثال حالة الاضطرار: ما لو كانت البئر في المثال السابق تزيد على قيمة الأرض، كما لو كانت قيمة البئر ألفين وقيمة الأرض ألفاً، فإنه لا بد للقسمة في هذه الحالة من الرد، فإن أخذ أحد الشريكين البئر وأخذ الثاني الأرض، رد الأول للثاني خمسمائة، وإن أخذ الأول نصف الأرض مع البئر رد للثاني ألفاً وخمسمائة.

المسألة الثانية: أنواع القسمة باعتبار رضا المتقاسمين بها وعدمه.

تتنوع القسمة بهذا الاعتبار إلى نوعين^(٢):

النوع الأول : القسمة برضا الشركاء.

وهي القسمة التي تتم باتفاق الشركاء، بأن يرغب الشركاء جميعاً في قسمة المال المشترك ، أو يرغب بعضهم ويوافق بقيتهم، ويتناول الاتفاق أصل القسمة وكيفية تنفيذها ، وحينئذ فلا حاجة إلى لجوئهم إلى القضاء.

النوع الثاني : القسمة جبراً على الشركاء.

وهي القسمة التي تتم بواسطة القضاء ، لعدم اتفاق الشركاء عليها، وقد يتولاها القاضي بنفسه، أو بمن يندبه لذلك ، أو يجبس الممتنع من القسمة حتى يجيب إليها.

(١) انظر مغني المحتاج: ٣٣٤/٦ ؛ أسنى المطالب: ٤/ ٣٣٥-٣٣٦ ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢١٢/٣٣ ؛ قسمة الأملاك

المشتركة لأحمد فراج حسين، ص ٢٢.

(٢) انظر أسنى المطالب: ٤/ ٣٣٦ ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢١٥/٣٣ .

المسألة الثالثة: أنواع القسمة باعتبار إمكان الجبر عليها وعدمه.

تتنوع القسمة بهذا الاعتبار إلى نوعين^(١):

النوع الأول : القسمة التي لا تقبل الإجبار^(٢).

وهي القسمة التي لا تكون إلا بتراضي الشركاء، وليس للقاضي إجبار الممتنع عليها.

النوع الثاني: القسمة التي تقبل الإجبار^(٣).

وهي القسمة التي يجبر الممتنع من الشركاء عليها إذا طلبها أحدهم.

ويختلف الفقهاء في ضابط ما يقبل الإجبار من القسمة وما لا يقبله، وتفصيل ذلك مما يطول ويخرج عن مقصود البحث.

الفرع الثاني : حقيقة القسمة.

القسمة قد تكون قسمة أعيان، وقد تكون قسمة منافع، وهي المهايأة، والمتعلق بقسمة الدين منها قسمة الأعيان، وقد اختلف الفقهاء في حقيقتها:

أ- فذهب الحنفية^(٤) إلى أن القسمة تشتمل على معنى الإفراز ومعنى المعاوضة، إلا أن معنى الإفراز أظهر في قسمة ذوات الأمثال، لذا تعطى حكمه في كثير من الأحكام، ومعنى المعاوضة أظهر في قسمة غير ذوات الأمثال، لذا تعطى حكمها^(٥).

(١) انظر رد المختار: ٢٦٠/٦ ؛ مغني المحتاج: ٣٢٩/٦-٣٣٠ ؛ كشف القناع: ٣٧١/٦-٣٧٥ .

(٢) ويسميتها الحنابلة قسمة التراضي (انظر المغني: ١٤٧/١٠ ؛ كشف القناع: ٣٧١/٦ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٥٤٤/٣)

(٣) ويسميتها الحنابلة قسمة الإجبار (انظر المغني: ١٤٧/١٠ ؛ كشف القناع: ٣٧٥/٦ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٥٤٧/٣)

(٤) بدائع الصنائع: ١٨/٧ ؛ تبين الحقائق: ٢٦٤/٥ ؛ مجمع الأنهر: ٤٨٨/٢ .

(٥) في بدائع الصنائع (١٧/٧): "فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفرازا وتمييزا ، أو تعيينا لها في الملك، وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة ، وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه، فكانت إفراز بعض الأنصبة ومعاوضة البعض ضرورة، وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الأملاك المشتركة ، فكان معنى المعاوضة لازما في كل قسمة شرعية ، إلا أنه أعطى لها حكم الإفراز في ذوات الأمثال في بعض الأحكام ؛ لأن المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض ، فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمقتلة المقرض ، حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه ، فجعل إفرازا حكما ، وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الأمثال".

وفي تبين الحقائق(٢٦٤-٢٦٥/٥): "القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة، والتمييز هو الظاهر في ذوات الأمثال حتى كان لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، والمبادلة هي الظاهر في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى

ب- وذهب المالكية إلى أن القسمة ثلاثة أنواع^(١):

١- قسمة تجرى بالقرعة بعد التعديل والتقويم، وتكون في العين التي تنقسم بلا ضرر، كعقار متسع ينتفع به بعد القسمة، كما تكون في الأعيان المتماثلة، وفيما تقارب منها بالنظر إلى الغرض منه

لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه. والدليل على أن فيها معنى الإفراز والمبادلة أن ما يأخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين، فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان إفرازا، والنصف الآخر كان لصاحبه أخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة، إلا أن معنى الإفراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أبعاضه لأن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه ... ومعنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين".

وظاهر ما تقدم أنه يشمل ما إذا كانت القسمة بالإجبار أو بالتراضي، حتى لو وقعت القسمة بين أجناس مختلفة، كما لو كان المال إبلاً وبقراً وغنماً، فتراضى الشركاء على أن يأخذ أحدهم الإبل، والثاني البقر، والثالث الغنم. إلا أنه ورد عند الحنفية ما قد يفهم منه أن ما تقدم خاص بما وقعت القسمة فيه بين جنس واحد من المال مما يجبر على قسمته، فإن وقعت بين جنسين وجعل أحدهما في مقابل الآخر كانت القسمة معاوضة محضة، ومن ذلك قوله في تبين الحقائق (٢٦٥/٥): "وإن كان أجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الإفراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع إمكان الوصول إلى حقه". وفي الهداية (٤٣٦/٩): "ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض [أي إجباراً]، لأنه لا احتلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي". وفي العناية (٤٢٧/٩): "وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، ولو تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص".

ولعل ما تقدم أولاً أولى، قال في تكملة فتح القدير (٤٢٨/٩-٤٢٩) معلقاً على عبارة العناية الآنفه "إن أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع، كيف وقد تقرر.. أن القسمة مطلقاً لا تعرى عن معنى المبادلة والإفراز، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال، ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها، وإن أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم، لكن الأمر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الأمثال مع أن التراضي ليس بشرط فيها، على أن كون التراضي شرطاً في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطاً في قسمة مختلف الجنس أيضاً لأن قسمته ليست في معنى التجارة في كل الوجوه، إذ القسمة مطلقاً لا تعرى عن معنى الإفراز ألبتة، بخلاف التجارة، فكيف تلحق إحداها بالأخرى. والحق عندي أن معنى ... أنهم لو تراضوا عليها جاز، لأن الحق لهؤلاء دون غيرهم، وعدم الجبر على قسمة مختلف الأجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، وإذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب".

(١) المقدمات الممهدة: ٢٤٦/٢؛ المنتقى للباقي: ٤٩/٦-٥٠؛ البهجة: ٢١٧/٢؛ التاج والإكليل: ٤٠٧/٧. مواهب الجليل: ٢٥٥/٣؛ شرح الخرشي: ١٨٥/٦؛ منح الجليل: ٢٥٢/٧-٢٥٤. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٤٩٩/٣-٥٠٠.

وإن لم يتمثل، كالبقرة مع الجاموس، وكالصوف مع الحرير. و"إذا تساوت أجزاء المقسوم فلا يحتاج إلى تقويم، لأنه يعرف التساوي بدونه، ويقسم حينئذ بالذراع والمساحة أو العدد ونحو ذلك... وما تفاوتت أجزاؤه فلا بد فيه من التقويم، فتجمع الدور على حدتها... والبقرة صغیرها وكبیرها على حدتها، والإبل كذلك على حدتها... وهكذا، ثم يجزأ المقسوم من كل نوع بالقيمة... ويقترعون، وليس لهم أن يجعلوا البقرة مثلاً في ناحية، والعقار أو الإبل التي تعادلها في القيمة في ناحية ويقترعون، لأن القرعة لا يجمع فيها بين جنسين"^(١)^(٢).

وهذه القسمة يجبر عليها من أباه من الشركاء، والمشهور من مذهبهم أنها إفراز لا بيع، وروي عن مالك -وصوبه بعضهم- أنها بيع.

٢- قسمة تجري بتراضي الشركاء من غير قرعة، ولكن بعد التعديل والتقويم، وهذا النوع من القسمة لا يمتنع فيه اختلاف المقسوم، بأن يتراضى الشريكان مثلاً على أن يأخذ أحدهما البقرة، ويأخذ الآخر ما يعادلها في القيمة من الإبل والغنم.

وهذه القسمة لا يجبر عليها من أباه من الشركاء، والمشهور من مذهبهم أنها كالبيع، وذهب بعضهم إلى أنها إفراز.

٣- قسمة تجري بتراضي الشركاء من غير قرعة ومن غير تعديل وتقويم، وهذا النوع كسابقه لا يمتنع فيه اختلاف المقسوم، ولا يجبر عليه من أباه من الشركاء. ويتفق المالكية على أن هذه القسمة كالبيع.

ج- وذهب الشافعية^(٣) إلى التفريق بين قسمة الأجزاء، وقسمة التعديل، وقسمة الرد:

١- فالمذهب عندهم في قسمة الأجزاء أنها إفراز مطلقاً، وفيها قول آخر أنها بيع، ثم قيل: القولان فيما إذا جرت القسمة إجباراً، فإن جرت بالتراضي فبيع قطعاً، وقيل القولان في الحالين، وذهب البعض إلى أن القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كل ما حصل لكل منهما، بل هي بيع فيما لا

(١) البهجة: ٢١١/٢.

(٢) واختلفوا في دخول القسمة بالقرعة في المثليات، وهي المكيلات والموزونات والمعدودات المتفقة الصفة على قولين:

١- الذي أفتى به الشيباني وعليه ابن رشد عدم جواز القرعة فيها، وإنما تقسم كيلاً أو وزناً.

٢- والذي أفتى به ابن عرفة وعزاه للباحي الجواز، كالمقومات. (أسهل المدارك للكشناوي: ٤٦/٣-٤٧؛

البهجة: ٢١٥/٢؛ حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٣٦٧/٢)

(٣) روضة الطالبين: ٢١٤/١١-٢١٥؛ أسنى المطالب: ٣٣٦/٤؛ شرح المحلى على المنهاج: ٣١٨/٤؛ تحفة المحتاج:

٢٠٦/١٠؛ مغني المحتاج: ٣٣٤/٦-٣٣٥؛ نهاية المحتاج: ٢٨٩/٨؛ شرح منهج الطلاب بحاشية الجمل: ٣٧٦/٥.

يملكه من نصيب صاحبه، إفراز فيما كان يملكه هو قبل القسمة، فما صار في يد كل واحد نصفه مبيع ونصفه مفرز باق على ملكه.

٢- والمذهب عندهم في قسمة التعديل أنها بيع مطلقاً، وإن جرت إجباراً، وقيل فيها القولان في قسمة الأجزاء.

٣- والمذهب عندهم في قسمة الرد أنها بيع مطلقاً، وقيل أنها بيع فيما يقابل المردود، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل.

د- وذهب الحنابلة^(١) إلى أن القسمة نوعان:

١- القسمة التي لا يجبر عليها، وهي عندهم قسمة الرد، وما فيه ضرر على الشركاء بنقص القيمة بالقسمة. فهذه القسمة بيع. وكذلك القسمة من غير تعديل^(٢)، وقسمة المال إذا كان أعياناً من أنواع مختلفة^(٣)، وقيل في قسمة الرد أنها بيع فيما يقابل الرد، إفراز في الباقي.

٢- القسمة التي يجبر عليها من أباه من الشركاء إذا طلبها أحدهم، وهي ما لا ضرر فيه على أحد من الشركاء، ولا رد. فهذه القسمة إفراز. ومن هذا النوع قسمة المال إذا كان أعياناً من نوع واحد وأمكن تعديلها بالقيمة.

وذهب بعضهم إلى أن القسمة بيع مطلقاً.

وذهب بعضهم إلى أن القسمة بيع فيما فيه رد، إفراز فيما عداه. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤).

هـ- أما الظاهرية^(٥) فالقسمة عندهم إفراز سواء كانت قسمة بالأجزاء أو قسمة تعديل.

وبناء على ما تقدم في تفصيل المذاهب في حقيقة القسمة أتناول بيان أهم هذه الأقوال وأدلتها في مسألتين:

(١) الفروع: ٥٠٥/٦، ٥١١؛ الإنصاف: ٣٣٤/١١، ٣٤٧؛ المغني: ١٠/١٤١-١٤٢؛ القواعد لابن رجب، ص ٤١٢؛

شرح منتهى الإرادات: ٣/٥٤٤، ٥٤٩؛ كشف القناع: ٦/٣٧١، ٣٧٦.

(٢) انظر المغني: ٥/٤٩.

(٣) المغني: ١٠/١٤١؛ كشف القناع: ٦/٣٧٢-٣٧٣.

(٤) الفروع: ٥٠٥/٦؛ الإنصاف: ١١/٣٣٥.

(٥) المحلى: ٦/٤٢٦.

المسألة الأولى: حقيقة القسمة من غير رد.

مما تقدم في بيان مذاهب الفقهاء في حقيقة القسمة يتبين أن القسمة إذا وقعت من غير رد ففي حقيقتها أقوال أهمها:

القول الأول: أنها إفراز إن كانت مما يجوز الإجماع عليه^(١)، سواء وقع ذلك بالإجماع أو بالتراضي، بيع إن كانت مما لا يجوز إلا بالتراضي. وإليه ذهب المالكية الحنابلة.

القول الثاني: أنها إفراز في قسمة المتماثلات، بيع في قسمة التقويم، وإليه ذهب الشافعية.

القول الثالث: أنها تشتمل على معنى الإفراز والبيع، فهي إفراز فيما كان مملوكاً للشريك قبل القسمة، بيع فيما كان مملوكاً لصاحبه، وإليه ذهب الحنفية وهو قول عند الشافعية^(٢)، إلا أن الحنفية يجعلون معنى الإفراز أظهر في قسمة المتماثلات. ولذا يلحقونها به في معظم الأحكام، وفيما عداها يجعلون معنى البيع أظهر.

القول الرابع: أنها إفراز إن وقعت بالإجماع، بيع إن وقعت بالتراضي. وهو قول عند الشافعية.

القول الخامس: أنها إفراز مطلقاً. وهو قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وإليه ذهب الظاهرية.

القول السادس: أنها بيع مطلقاً. وهو قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة.

(١) تقدم الإشارة إلى القسمة التي يجبر عليها عند المالكية وعند الحنابلة، وعند الحنفية: يجبر على قسمة العين إذا كان ينتفع بها بعد القسمة، ويجبر على قسمة الأعيان المتعددة إذا اتحد جنسها، سواء كانت من المتماثلات أو لم تكن، لأن ما اتحد جنسه متقارب بالنظر إلى المقاصد، ويستثنى من ذلك ما تفاوتت أعيانه تفاوتاً فاحشاً، كالجواهر، فلا يجبر على قسمته. (تبيين الحقائق: ٢٦٥/٥؛ الهداية: ٣٤٦/٩). وعند الشافعية: يجبر على قسمة العين إن لم يتضرر بقسمتها، وعلى قسمة الأعيان المتعددة إذا كانت متماثلة أو كانت من نوع واحد وأمكن تعديلها بالقيمة (مغني المحتاج: ٣٣٤/٦؛ تحفة المحتاج: ٢٠٥/١٠).

ويظهر مما تقدم اتفاق المذاهب الأربعة على أن من شرط الإجماع على قسمة العين الواحدة من المال كالأرض والعقار أن لا يتضرر بقسمتها، على اختلاف بينهم في ضابط الضرر. أما الأعيان المتعددة كعدد من الإبل أو عدد من الثياب، فمن شرط الإجماع على قسمتها بين الشركاء أن تكون متماثلة أو متقاربة، ويكتفي الحنفية في التقارب باتحاد الجنس بشرط عدم التفاوت الفاحش، في حين يعتبر المالكية اتحاد الأغراض، أما الشافعية والحنابلة فيشترطون اتحاد النوع فضلاً عن الجنس.

(٢) عبارة الشافعية: بيع فيما لا يملكه الشريك من نصيب صاحبه، إفراز فيما كان يملكه هو قبل القسمة، فما صار في يد كل واحد نصفه مبيع ونصفه مفرز باق على ملكه. (أسنى المطالب: ٣٣٦/٤).

وجه القول الأول:

يلعل لهذا القول بأوجه منها:

١- أن القسمة التي يجوز الإجبار عليها لا تتوقف على رضا المتقاسمين، بل يدخلها الإجبار، ويتقدر فيها نصيب كل من المتقاسمين، وقد تجوز فيها المخاطرة بالقرعة، ولا تدخلها الشفعة، وكل ذلك ينافي البيع^(١).

أما القسمة التي لا يجوز الإجبار عليها فإنها تتوقف على الرضا ولا يدخلها الإجبار، ولا يتقدر فيها نصيب كل من المتقاسمين، بل لكل منهم بحسب ما يتراضون عليه، وذلك يجعلها في معنى البيع، فتلحق به.

٢- أن معنى كون القسمة إفرازاً أن يتبين بها أن ما خرج لكل هو ما كان يملكه، وهذا المعنى متحقق في القسمة التي يجوز الإجبار عليها، لأن ما يأخذه كل من المتقاسمين فيها مماثل لما كان يملكه على وجه يجعله كمن أخذ عين حقه.

وبيان ذلك أن قسمة الإجبار إن كانت في العين الواحدة فذلك بقسمتها بالأجزاء أو بالتقويم دون ضرر، وبهذه القسمة يتبين أن ما أخذه كل من المتقاسمين مثل ما كان يملكه بالنظر إلى القيمة وبالنظر إلى المنفعة المقصودة من العين المقسومة.

وإن كانت في أعيان متماثلة، فإنه لا تفاوت بين أحادها، وعليه فما يأخذه كل من المتقاسمين مثل حقه صورة ومعنى، فيكون كل منهم أخذاً لعين حقه حكماً، كما في استيفاء ما في الذمة^(٢). وكذلك إذا كانت القسمة في أعيان متقاربة، فإن قسمتها إجباراً يتطلب تعديلها بالقيمة، وبذلك فإن ما يأخذه كل من الشركاء يكون مماثلاً لحقه من جهة القيمة، ومن جهة الغرض والمنفعة المقصودة، مما يجعله أخذاً لمثل ما كان يملكه.

وما تقدم من المعنى غير متحقق في القسمة التي لا يجوز الإجبار عليها، لعدم التماثل بين حق المقتسم في المال وما يأخذه منه، ومن ثم فإن ما يأخذه ليس ما كان يملكه، ولا مثله، بل عوض عنه، وذلك يجعل هذه القسمة من باب البيع، ولهذا لم يجز الإجبار عليها واشترط لها التراضي.

(١) المقدمات الممهدة: ٢٤٦/٢ ؛ وانظر المغني: ١٠/١٤١ ؛ أسنى المطالب: ٣٣٦/٤ ..

(٢) انظر تحفة المحتاج: ١٠/٢٠٦ ؛ نهاية المحتاج: ٨/٢٨٩ ؛ تبين الحقائق: ٥/٢٦٤-٢٦٥.

وجه القول الثاني:

أن معنى الإفراز متحقق في قسمة المثليات، لأنه لا تفاوت بين أحادها، وبذلك فإن فما يأخذه كل من المتقاسمين مثل حقه صورة ومعنى، فيكون كل منهم آخذاً لعين حقه حكماً، كما في استيفاء ما في الذمة.

أما في قسمة التقويم، فإن ما يأخذه كل من المتقاسمين مخالف لحقه من جهة الصورة، وكذلك من جهة المعنى لأنه مبني على التقويم، والتقويم تخمين قد يخطئ^(١)، فلا يكون آخذاً لعين حقه بل لعوض عنه، فتكون هذه القسمة بيعاً.

ويشهد لهذا الفرق أن قضاء الدين بالمثل لا يعد معاوضة وإنما وفاء، بخلاف قضاء الدين بغير مثله فإنه معاوضة، وإن كان المال المقضي به مقارباً للدين.

ولا يؤثر فيما تقدم جواز الإجماع على قسمة التقويم في بعض صورها، فإن ذلك للحاجة، كما يبيع الحاكم مال المدين جبراً^(٢)، ولأن القسمة في هذه الصور ممكنة بلا ضرر، مع حصول كل شريك على ما يقارب حقه من جهة القيمة ومن جهة المنفعة المقصودة، مما يجعل الممتنع عن القسمة متعنتاً فيجبر عليها دفعاً لضرر الشركة.

وجه القول الثالث:

أن كل جزء من المال المشترك مشتمل على نصيب كل من الشريكين، فإذا اقتسم الشريكان المال، فإن نصف ما في يد كل منهما كان مملوكاً له من قبل، فيكون إفرازاً، والنصف الآخر كان مملوكاً لصاحبه وأخذه هو عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه، فيكون مبادلة^(٣).

ويعلل الحنفية للتفريق بين التماثلات وغيرها بأن "معنى الإفراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أعضائها، لأن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى، فأمكن أن يجعل عين حقه، ولهذا جعل عين حقه في القرض... لأنه لو كان مبادلة لما صح في القرض للافتراق قبل قبض أحد العوضين،... وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر، ولو كان غيره لما جرى، إذ لا يجبر أحد على المعاوضة،...

(١) انظر نهاية المحتاج: ٢٨٩/٨؛ تحفة المحتاج: ٢٠٦/١٠.

(٢) شرح المحلى: ٣١٨/٤؛ تحفة المحتاج: ٢٠٦/١٠.

(٣) تبين الحقائق: ٢٦٤-٢٦٥/٥؛ بدائع الصنائع: ١٧/٧؛ تحفة المحتاج: ٢٠٦/١٠.

ومعنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين، فلا يمكن إجراء الأحكام التي ذكرناها في المثلي^(١).

وجه القول الرابع:

يمكن أن يوجه لهذا القول بأن القسمة إذا وقعت إجباراً فإنها وإن أشبهت البيع إلا أنها تفارقه في عدم تحقق شرطه وهو التراضي، فلا تكون بيعاً، بخلاف ما إذا وقعت بالتراضي فإنه يتحقق فيها شرط البيع ومعناه، فتكون بيعاً.

وجه القول الخامس:

أنه لما انفرد كل من الشريكين ببعض المال المشترك، صار كأن كلاهما باع ما كان له مما انفرد به صاحبه، بما كان لصاحبه مما انفرد هو به^(٢). ولا ينافي كون القسمة بيعاً دخول الإيجاب فيها، لأن ذلك للحاجة، كما يبيع الحاكم مال المدين جبراً^(٣).

وجه القول السادس:

أن القسمة "غير البيع حقيقة واسماً وحكماً وعرفاً، ولا يسمى القاسم بائعاً لا لغة ولا شرعاً ولا عرفاً، ولا يقال للشريكين إذا تقاسما تباعاً، ولا يقال لواحد منهما إنه قد باع ملكه... ولو كانت بيعاً لوجب فيها الشفعة، ولو كانت بيعاً لما أجبر الشريك عليها إذا طلبها شريكه؛ فإن أحداً لا يجبر على بيع ماله، ويلزم إخراج القرعة، بخلاف البيع، ويتقدر أحد النصيبين فيها بقدر النصيب الآخر إذا تساويا، وبالجملة فهي منفردة عن البيع باسمها وحقيقتها وحكمها"^(٤).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن القسمة التي يجوز الإيجاب عليها إفراز، وهي قسمة العين إذا أمكن قسمتها بلا ضرر، وقسمة المتماثلات، وقسمة ما تقارب من الأعيان، فإن مثل هذه القسمة تفارق

(١) تبين الحقائق: ٢٦٤/٥ - ٢٦٥.

(٢) شرح المحلى: ٣١٨/٤؛ مغني المحتاج: ٣٣٥/٦؛ المقدمات الممهدة: ٢٤٦/٢.

(٣) شرح المحلى: ٣١٨/٤؛ تحفة المحتاج: ٢٠٦/١٠.

(٤) إعلام الموقعين: ٢٣٢/٣.

البيع بالنظر إلى أنه لا يلزم فيها رضا المتقاسمين، بل يجبر عليها من أبائها إذا طلبها غيره، وأن ما يأخذه كل من المتقاسمين يتقدر بحقه في المال، ولا ينظر في ذلك لإرادة الشركاء، ثم إن ما يأخذه كل من المتقاسمين مماثل لحقه في المال المقسوم بالنظر إلى الصورة والغرض والقيمة، أو بالنظر إلى الغرض والقيمة. ولا يؤثر في ذلك كون القيمة بالتخمين، فإن الغالب على الظن صحة التقويم، وذلك يأخذ حكم اليقين في الأحكام الشرعية.

أما القسمة التي لا تقع إلا بالتراضي، فإن كان اشتراط الرضا فيها راجعاً للتفاوت بين أجزائها إذا كانت عيناً واحدة، أو للتفاوت بين أعيانها، إذا كانت من أعيان متعددة، فهي معاوضة، لاختلاف ما يأخذه المقتسم عن حقه في المال، ولهذا اشترط فيها الرضا كسائر المعاوضات. وإن كان اشتراط الرضا فيها راجعاً للضرر ونحوه مع تماثل الأجزاء أو الأعيان، فهي إفراز، لأن ما يأخذه المقتسم مماثل لحقه في المال المقسوم، واشترط الرضا فيها مراعاة لحق الشركاء في عدم الإضرار بهم بالقسمة، وذلك لا يصيرها معاوضة.

المسألة الثانية: حقيقة قسمة الرد:

وفيهما قولان:

القول الأول: أنها بيع مطلقاً. وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. القول الثاني: أنها بيع فيما يقابل الرد، إفراز فيما عداه. وهو قول عند الشافعية والحنابلة.

وجه القول الأول:

أن في قسمة الرد مبادلة للمال بالمال، وهذه هي حقيقة البيع^(١).

وجه القول الثاني:

أن ما حصل للشريك البازل للمال مما كان يملكه صاحبه، جزء منه في مقابل المال الذي بذله، وجزء منه في مقابل مثله مما كان يملكه هو، فتكون القسمة بيعاً فيما قبل بالمال، لما فيها من معاوضة المال بغير جنسه، وإفرازاً فيما قبل بمثله، لانتهاء معنى المعاوضة فيه.

(١) مغني المحتاج: ٣٣٤/٦ ؛ نهاية المحتاج: ٢٨٩/٨ ؛ وانظر المغني: ١٤٢/١٠ .

الترجيح:

لا خلاف فيما يظهر في أن قسمة الرد بيع فيما قبول بالمال من أجزاء المقسوم، وأما ما عداه فلعله يمكن التفصيل فيه بين حالتين:

الأولى: أن يقابل بمثله أو بما يقاربه على نحو يمكن الإيجاب فيه على القسمة لو خلا المقسوم عن الجزء المقابل بالمال، فالراجح في هذه الحالة أن القسمة في هذا الجزء إفراز.

الثانية: أن يقابل بما لا يقاربه، فالراجح في هذه الحالة أن القسمة في هذا الجزء بيع.

ووجه هذا التفريق ما تقدم ترجيحه في القسمة التي لا رد فيها.

المطلب الثالث: حكم قسمة الدين.

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: حكم قسمة الدين الواحد.

الفرع الثاني: حكم قسمة الديون المتعددة.

الفرع الثالث: حكم قسمة الدين والعين.

الفرع الأول: حكم قسمة الدين الواحد.

اختلف الفقهاء في حكم قسمة الدين الواحد، بأن يتفق الشركاء على أن ينفرد كل منهم بالمطالبة بحصته منه، على قولين:

القول الأول: جواز ذلك، وإليه ذهب المالكية^(١)، وهو رواية عن أحمد ذكرها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، واختاراهما^(٢).

القول الثاني: عدم جواز ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) في المدونة (٢٧٦/٤ - ٢٧٧): "قلت: هل تقسم الديون على الرجال في قول مالك؟ قال: قال مالك: يقتسمون ما كان على كل رجل منهم ولا يقسم الرجال".

وفيها (٣/ ٣٧٩-٣٨٠): "وإن خرج أحد الشريكين لاقتضاء حقه دون مؤامرة من صاحبه ولا إغدار إليه، أو كان الغريم حاضرا فاقتضى منه جميع مصابته أو بعضها، كان شريكه بالخيار إن شاء شركه فيما اقتضى وإن شاء أسلم له ما اقتضى واتبع الغريم، فإن اختار اتباع الغريم ثم بدا له بعد أن يتبع شريكه لم يكن ذلك له بعد ما سلم - توى ما على الغريم أو لم يتو - لأن ذلك مقاسمة للدين على الغريم، ألا ترى لو أن رجلين ورثا دينا على رجل فاقتسما ما عليه جاز ذلك وصار ذلك كالدين يكون لهما على رجل لكل واحد منهما صك على حدة. فمن اقتضى من هذين شيئا دون صاحبه لم يكن يشركه صاحبه فيما اقتضى لأنه لا شركة بينهما، فكذلك إذا اقتسما".

وفي الشرح الكبير للدردير (٥٠٣/٣): "فإن كان الدين على رجل واحد يأخذ كل منهما منه ما يخصه جاز". قال الدسوقي في حاشيته عليه: "قوله (يأخذ كل منهما منه ما يخصه) أي فتراضى الورثة على أن يأخذ إلخ. قوله (جاز) أي ولو كان الغريم غائبا؛ لأنه لا غرر فيه. وسواء كان الدين كله مؤجلا بأجل أو بأجلين كأن يكون الدين مائتين إحداهما محرمة والأخرى رجبية فيتراضى الورثة على أخذ كل واحد منهما مائة".

وانظر منح الجليل: ٢٦٦/٧؛ شرح الخرشي: ١٨٨/٦؛ التاج والإكليل: ١٧/٧-١٨.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٠٣/٥؛ إعلام الموقعين: ٤/٣-٤؛ الإنصاف: ٤٢٠/٥.

(٣) المبسوط: ٦٩/١٥، ٣٨/٢١؛ بدائع الصنائع: ٦٥/٦؛ تبين الحقائق: ١٦٠/٤.

(٤) روضة الطالبين: ٢٢٠/١١-٢٢١؛ وانظر مغني المحتاج: ٣٣٨/٦؛ أسنى المطالب: ٣٣٩/٤.

(٥) المغني: ٤٩/٥؛ الفروع: ٣٩٧/٤؛ كشف القناع: ٥٠٢/٣؛ شرح منتهى الإردات: ٢١٢/٢.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

التمسك بأصل الحل والصحة في العقود، "إذا رضي كل من الشريكين أن ... ينفرد هذا بالمطالبة بحصته ، وهذا بالمطالبة بحصته ، لم يهدم بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ، ولا استحلالاً ما حرم الله ، ولا خالفاً نص كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، ولا قول صاحب ، ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار"^(١).

ويعترض عليه:

بدليل القول الثاني.

ويجاب عنه :

بما يرد على هذا الدليل من الاعتراض.

الدليل الثاني:

"أن الدين في الذمة يقوم مقام العين ، ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره ، وتجب على صاحبه زكاته إذا تمكن من قبضه، ويجب عليه الإنفاق على أهله وولده ورقيقه منه، ولا يعد فقيراً معدماً، فاقسامه يجري مجرى اقتسام الأعيان والمنافع"^(٢).

الدليل الثالث:

أن هذه القسمة "أولى بالجواز من قسمة المنافع بالمهياة بالزمان أو بالمكان، ولا سيما أن المهياة بالزمان تقدم أحدهما على الآخر ، وقد تسلم المنفعة إلى نوبة الشريك ، وقد تنوى"^(٣).

دليل القول الثاني:

أن قسمة الدين إن كانت بيعاً فهي بيع دين بدين، لأن كلاً من الشريكين يكون بائعاً ما كان يملكه من الدين مما انفرد به صاحبه، بما كان لصاحبه مما انفرد به^(٤).

(١) إعلام الموقعين: ٤/٣-٤.

(٢) إعلام الموقعين: ٤/٣-٤.

(٣) إعلام الموقعين: ٤/٣-٤.

(٤) انظر روضة الطالبين: ١١/٢٢١ ؛ المسبوط: ٢١/٣٨ ؛ بدائع الصنائع: ٦/٦٥ .

وإن كانت إفرازاً فمعنى الإفراز أن يتميز حق كل من الشريكين عن الآخر، وهذا لا يتصور في غير المعين، لأن التمييز فعل حسي يستدعي محلاً حسيّاً، والدين حكمي، فلا يرد عليه الفعل الحسي^(١).

يوضح ذلك "أن الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال، والمال حكمي في الذمة، وكل ذلك عدم حقيقة إلا أنه أعطي له حكم الوجود لحاجة الناس؛ لأن كل أحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الأعيان القائمة فيحتاج إلى الاستقراض والشراء بثمن دين فأعطي له حكم الوجود لهذه الحاجة، ولا حاجة إلى قسمته فبقي في حق القسمة على أصل العدم، والعدم لا يحتمل القسمة"^(٢).

ويعترض عليه:

بأن القسمة إن كانت بيعاً فإنها لا تدخل في بيع الدين بالدين، لأن كلاً من الشريكين "يأخذ نصيبه من الدين من نفس مدينه فليس فيه بيع ذمة بذمة، فإن ثبت فلهما جميعاً، وإن بطل فلهما جميعاً"^(٣).

وإن كانت إفرازاً فإن الدين وإن كان غير معين إلا أنه "يتعين تقديراً، ويكفي في إمكان القسمة التعين بوجه، فهو معين تقديراً، ويتعين بالقبض تحقيقاً"^(٤).

الترجيح:

الراجح والله أعلم هو القول الأول، لما تقدم في الاستدلال له، ولأن الظاهر في قسمة الدين الواحد أنها من قبيل الإفراز لا من قبيل البيع، لأن ما يصير إلى كل من الشريكين مثل ما كان له، فلا يتحقق فيها معنى المعاوضة، ولا يمنع من ذلك كون الدين غير موجود حقيقة، لأنه موجود حكماً، ولهذا صحت الحوالة عليه وصح بيعه من المدين وغيره، وعليه فيتصور فيه الإفراز.

(١) تبين الحقائق: ٤/١٦٠؛ وانظر المبسوط: ١٥/٦٩؛ بدائع الصنائع: ٦/٦٥؛ روضة الطالبين: ١١/٢٢١؛ المغني: ٥/٤٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/١٩٦.

(٣) منح الجليل: ٧ / ٢٦٦ .

(٤) إعلام الموقعين: ٤/٣-٤.

الفرع الثاني: حكم قسمة الديون المتعددة.

اختلف الفقهاء في حكم قسمة الديون المتعددة، بحيث يختص كل من الشركاء بدين أو أكثر، وذلك على قولين:

القول الأول: عدم جواز ذلك، وإليه ذهب الجمهور من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: جواز ذلك، وهو رواية عن أحمد^(٥) اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم^(٦). بل ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية أن الذمم إذا تكافأت فقياس المذهب من الحوالة على مليء: وجوب القسمة بطلب أحد الشركاء^(٧).

دليل القول الأول:

أن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل، والقسمة بغير تعديل بمثالة البيع، وبيع الدين بالدين غير جائز^(٨).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

التمسك بأصل الحل والصحة في العقود، "فإذا رضي كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين، فينفرد هذا برجل يطالبه، وهذا برجل يطالبه...، لم يهدم بذلك قاعدة من قواعد الشريعة، ولا استحلال ما حرم الله، ولا خالفا نص كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا قول صاحب، ولا قياسا شهد له الشرع بالاعتبار"^(٩).

(١) المبسوط: ٦٩/١٥.

(٢) منح الجليل: ٢٦٦/٧؛ شرح الخرشي: ١٨٨/٦؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٥٠٣/٣.

(٣) روضة الطالبين: ٢٢٠/١١-٢٢١؛ وانظر مغني المحتاج: ٣٣٨/٦؛ أسنى المطالب: ٣٣٩/٤.

(٤) المغني: ٤٩/٥؛ الفروع: ٣٩٧/٤؛ كشف القناع: ٥٠٢/٣؛ شرح منتهى الإردات: ٢١٢/٢.

(٥) المغني: ٤٩/٥؛ الفروع: ٣٩٧/٤؛ الإنصاف: ٤٢٠/٥؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٠٣/٥.

(٦) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٠٣/٥؛ إعلام الموقعين: ٤/٣-٤؛ الإنصاف: ٤٢٠/٥.

(٧) الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٤٠٣/٥؛ الإنصاف: ٤٢٠/٥.

(٨) شرح منتهى الإردات: ٢١٢/٢؛ المغني: ٤٩/٥؛ وانظر المبسوط: ٣٨/٢١؛ المدونة: ٤/٢٧٦-٢٧٧؛ روضة

الطالبين: ٢٢١/١١.

(٩) إعلام الموقعين: ٤/٣-٤.

ويعترض عليه:

بدليل القول الأول، فإنه يدل على استثناء هذه القسمة من أصل الحل والصحة.

الدليل الثاني:

أن الدين في الذمة يقوم مقام العين، على ما تقدم في المسألة السابقة، وإذا كان الأمر كذلك جاز قسمة الديون بين الشركاء بالتراضي ولو اختلفت وتفاوتت، كما تجوز قسمة الأعيان المتفاوتة إذا تراضى عليها الشركاء، لأن الحق لا يعدوهم^(١).

ويعترض عليه:

بأن مأخذ عدم جواز قسمة الديون ليس اختلافها وتفاوتها، وإنما ما يقتضيه ذلك من كون القسمة بمعنى البيع، ومن ثم دخولها في بيع الدين بالدين.

الترجيح:

بالنظر إلى أدلة القولين يترجح -والله أعلم- التفريق بين الديون المتشابهة، والديون المتفاوتة: فإذا كانت الديون متشابهة من حيث الجنس وملاءة المدين ونحو ذلك، جازت قسمتها، لأن تقاربها يقرب القسمة من معنى الإفراز ويبعدها عن معنى المعاوضة. وإذا كانت الديون مختلفة من حيث الجنس أو القدر أو ملاءة المدينين، لم تجز قسمتها لما في ذلك من معاوضة الديون بعضها ببعض، مما يدخل المعاملة في بيع الدين بالدين.

(١) المغني: ٤٩/٥ ؛ إعلام الموقعين: ٤/٣-٤.

الفرع الثالث: حكم قسمة الدين والعين.

اختلف الفقهاء في حكم قسمة المال إذا اشتمل على دين أو أكثر، وعلى أعيان، واتفق الشركاء على أن يأخذ بعضهم الديون، ويأخذ بقيتهم الأعيان، وذلك على قولين:
القول الأول: جواز ذلك. وإليه ذهب المالكية^(١). وهو قول عند الحنابلة^(٢).
القول الثاني: عدم جواز ذلك، وإليه ذهب الحنفية^(٣) والحنابلة^(٤).
والخلاف في هذه القسمة مبني على أمرين:
الأمر الأول: حقيقة هذه القسمة: هل هي إفراز أو بيع؟
الأمر الثاني: حكم بيع الدين لغير من هو عليه.
والاستدلال لكل قول لا يخرج عما يستدل به في كلا الأمرين، وقد تقدم طرف من ذلك فلا حاجة للتطويل بإعادته.

والراجح والله أعلم أن هذه القسمة بيع، وليست إفراز، وهو ما ذهب إليه المالكية، فحقيقتها بيع الشريك نصيبه من الدين لشريكه مقابل نصيب شريكه من العين، وبهذا تكون من بيع الدين لغير من هو عليه، ويشترط فيها شروطه، باعتبار ما يصير لبعض الشركاء من الأعيان ثمناً لما يصير لبعضهم الآخر من الديون. وقد تقدم بيان هذه الشروط على التفصيل.

(١) المدونة: ٢٧٦-٢٧٧؛ شرح الخرشي: ١٨٨/٦؛ الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه: ٥٠٣/٣؛ منح الجليل: ٢٦٦/٧.

(٢) في القواعد لابن رجب، ص ٤١٥-٤١٦: "وأما إن كان المشترك بعضه عينا وبعضه ديناً فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين وقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة، وحكاها عن ابن عباس وقال: لا يكون إلا في الميراث وخرجه الشيخ محمد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الغريم؛ لأن هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده، وعلى ما ذكره الشيخ تقي الدين قد يطرد فيها الخلاف والله أعلم". ويعني بما ذكره الشيخ تقي الدين طرد الخلاف في كون القسمة بيعاً أو إفرازاً بحيث لا ينحصر في قسمة الإجماع بل يرد في قسمة التراضي أيضاً. فعليه قد يطرد الخلاف في هذه المسألة.

(٣) المبسوط: ٦٩/١٥؛ الدر المختار مع حاشيته رد المحتار: ٤٦٣/٥؛ مجمع الأئمة: ٣١٩/٢.

(٤) القواعد لابن رجب، ص ٤١٥-٤١٦؛ وانظر شرح منتهى الإرادات: ٧٢، ٩٧/٢؛ كشف القناع: ٣٠٧/٣.

الفصل السادس : قبض الدين المبيع

و ضمانه وآثار بيع الدين .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : قبض الدين المبيع.

المبحث الثاني : ضمان الدين المبيع.

المبحث الثالث : آثار بيع الدين.

المبحث الأول: قبض الدين المبيع

يطلق قبض الدين في الاصطلاح الفقهي ويراد به أحد معنيين:

المعنى الأول: قبض الدين من المدين، أي استيفائه. وهو الغالب في عبارات الفقهاء. والمقبوض على هذا المعنى هو عين مالية من جنس ما ثبت في ذمة المدين، وثمرته براءة ذمة المدين. ولا يظهر تعلق لهذا المعنى ببيع الدين.

المعنى الثاني: قبض الدين عند التصرف به مع غير من هو عليه، مع بقاء الدين في ذمة المدين. وهذا المعنى هو محل هذا المبحث، وأتناوله في مطلبين:

المطلب الأول : حقيقة القبض.

المطلب الثاني : ما يتحقق به قبض الدين.

المطلب الأول : حقيقة القبض.

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : تعريف القبض في اللغة.

الفرع الثاني : تعريف القبض في الاصطلاح.

الفرع الثالث: ما يتحقق به القبض.

الفرع الأول : تعريف القبض في اللغة :

يطلق القبض في اللغة على معانٍ منها ^(١):

١- تناول الشيء بجميع الكف، نحو قبض السيف وغيره. ويطلق أيضاً على تحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف، كقولك: قبضت الدار أي حزتها، وقولك: قبضت الشيء إذا أخذته وإن لم يكن ذلك بالكف .

ويطلق القبض على قبول المتاع بدون تحويل، كما يطلق على تحويل المتاع وحوزه، ويقال: قبّضه المال أي أعطاه إياه، والقَبْض ما أُخذ من المال. ويقال: صار الشيء في قبضي وقبضتي أي في ملكي .

(١) انظر : لسان العرب ٢١٣/٧-٢١٦ ، ترتيب القاموس المحيط ٥٥١/٣-٥٥٢ ، مقاييس اللغة ٤١/٥ .

٢- ويطلق القبض أيضاً على الجمع، فيقال قبض الطائر جناحه أي جمعه، ويقال قبضت الشيء تقبيضاً أي جمعته وزويته، و القبض ما جمع من الغنائم، ويقال راع قبضة : أي يجمع الإبل .
والانقباض جمع الأطراف، ويستعمل في ترك التبسط، فالقبض خلاف البسط. ويقال تقبض إذا اشماز .

وقبض اليد على الشيء جمعها بعد تناوله ، وقبضها عن الشيء جمعها قبل تناوله، وذلك إمساك عنه، ومنه قيل لإمساك اليد عن البذل : قبض .

٣- ويطلق القبض أيضاً على الإسراع في العدو ، فيقال فرس قبيض أي سريع نقل القوائم، قيل: لأن المسرع إذا أسرع جمع نفسه، وقيل: لتصور الذي يعدو بصورة المتناول من الأرض شيئاً .
٤- وقد يكنى بالقبض عن الموت، فيقال قبضه الله، و قبضَ المريض: إذا توفي، وإذا أشرف على الموت.

والخلاصة في ذلك قول ابن فارس: " القاف والباء والضاد أصل واحد صحيح يدل على شيء مأخوذ ، و تجمع في شيء "(١).

الفرع الثاني : تعريف القبض في الاصطلاح :

عرف القبض اصطلاحاً أنه "حيازة الشيء"(٢). وهذا لا يصلح أن يكون تعريفاً للقبض، وإنما هو تفسير له بذكر المرادف، إذ حيازة الشيء لفظ مرادف للقبض لا يتحقق بالتعريف به بيان حد القبض و ماهيته.

وعرف بأنه : "رفع مباشرة الراهن التصرف في الرهن"(٣). وهذا التعريف لا يصح أيضاً، لأنه يعرف القبض بآثره وليس حداً يبين ماهيته.

والذي يصلح أن يكون تعريفاً للقبض قول بعض الحنفية : "معنى القبض هو التمكين والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً وحقيقة"(٤).

إلا أن هذا تعريف للقبض عند الحنفية، أما غيرهم فإن هذا التعريف لا يصح عنده، بناء على

(١) مقاييس اللغة: ٤١/٥ .

(٢) انظر الحيازة في العقود لآثره حماد ، ص ٤٠-٤١ .

(٣) شرح حدود ابن عرفة، ص ٣١٠ .

(٤) بدائع الصنائع : ١٤٨/٥ .

الاختلاف فيما يتحقق به القبض.

ولم أجد لغير الحنفية تعريفاً صحيحاً للقبض، ولعلمهم لم يريدوا أن يضعوا له تعريفاً جامعاً مانعاً لاختلافه في كل نوع عندهم^(١). وسيوضح حقيقة القبض عندهم في الفرع التالي : ما يتحقق به القبض .

الفرع الثالث : ما يتحقق به القبض :

الأعيان التي يراد قبضها نوعان:

النوع الأول: ما لا ينقل، كالعقار من الأرض و الأبنية والشجر ونحوه، وهذا القسم اتفق الفقهاء على أن قبضه بتخليته، بحيث يخلي البائع أو الراهن بين المشتري أو المرتهن والعقار ونحوه، مع عدم المانع^(٢).

النوع الثاني: ما ينقل، كالثياب والطعام والدواب وغيرها، وهذا النوع قد يتعلق به حق توفية، كالمكيل، والموزون، والمعدود، إذا بيع أو رهن بالكيل أو الوزن أو العد. وقد لا يتعلق به حق توفية، كالدابة المعينة، والصبرة المعينة من الطعام، والثوب المعين، ونحو ذلك. وأتناول ذلك في مسألتين:

المسألة الأولى: ما يتحقق به قبض المنقول الذي يتعلق به حق توفية.

المسألة الثانية: ما يتحقق به قبض المنقول الذي لا يتعلق به حق توفية.

المسألة الأولى: ما يتحقق به قبض المنقول الذي يتعلق به حق توفية.

التصرف بالمنقول الذي فيه حق توفية يقع على صور^(٣):

الصورة الأولى: التصرف في عشرة أصع من صبرة تبلغ أكثر من ذلك. ويتفق الفقهاء على أنه لا بد من تمييز ما وقع عليه العقد بالكيل، ثم اختلفوا هل يتحقق القبض بمجرد ذلك، أو لا بد مع ذلك من التخلية، أو لا بد مع ذلك من النقل.

(١) القبض لعلی محیی الدین القره داغي، ص ٥٦١.

(٢) بدائع الصنائع ٢٤٤/٥ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٤٥/٣ ؛ المجموع: ٣٣٤/٩ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٦٢/٢.

(٣) انظر المجموع: ٣٣٧/٩.

الصورة الثانية: التصرف في صبرة على أنها عشرة آصع.

الصورة الثالثة: التصرف في الصبرة على أن كل صاع بدرهم.

وفي هاتين الصورتين اختلف الفقهاء هل يتحقق القبض بمجرد التخلية، أو يتحقق أصل القبض بذلك، ولا بد لتمامه من الكيل، أو يتحقق القبض بالكيل فقط، أو لا بد من الكيل مع النقل؟.

وعلى نحو عام يمكن إجمال أقوال الفقهاء في قبض ما فيه حق توفية في ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن قبضه بالتخلية، وإليه ذهب الحنفية^(١)، ولا بد في التخلية -عندهم- من إفراز المبيع بحيث لا يكون مشغولاً بحق غيره^(٢). واختلفوا هل يتحقق تمام القبض بالتخلية، أم يتحقق بالتخلية أصل القبض ولا بد لتمامه من الكيل أو الوزن؟^(٣)، وفي رواية عند الحنابلة^(٤) اختارها بعضهم: أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز.

القول الثاني: أن قبضه باستيفائه بالكيل أو الوزن أو العد. وإليه ذهب المالكية^(٥) والحنابلة^(٦).

القول الثالث: أن قبضه باستيفائه بالكيل أو الوزن أو العد، مع النقل. وإليه ذهب الشافعية^(٨).

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٤٤-٢٤٥) ؛ وانظر تبين الحقائق: ٨٢/٤.

(٢) انظر رد المحتار: ٥٦١/٤-٥٦٣ ؛ مجمع الضمانات، ص ٣٢٧-٣٢٨ ؛ الفتاوى الهندية: ٣/١٦.

(٣) في بدائع الصنائع (٥/٢٤٤-٢٤٥): "لا خلاف بين أصحابنا في أن أصل القبض يحصل بالتخلية في سائر الأموال ، واختلفوا في أنها هل هي قبض تام فيها أم لا ؟ وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو إما أن يكون مما له مثل ، وإما أن يكون مما لا مثل له، فإن كان مما لا مثل له من المدروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف ... وإن كان مما له مثل فإن باعه مجازفة فكذلك ...، وإن باع مكايلة أو موازنة في المكيل والموزون وخلقى، فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع ، ويدخل في ضمان المشتري، حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك على المشتري. وكذا لا خلاف في أنه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن ، وكذا لو اكتاله المشتري أو اتزنه من بائعه، ثم باعه مكايلة أو موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع به حتى يكيله أو يزنه ... لكن اختلفوا في أن حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لانعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن، أو شرعا غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية. قال بعض مشايخنا : إنها تثبت شرعا غير معقول المعنى ، وقال بعضهم : الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن ، وكما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون قبضه أصلا لا يجوز بدون قبضه بتمامه".

(٤) الإنصاف: ٤/٤٦٩.

(٥) منح الجليل: ٥/٢٣١ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/١٤٤-١٤٥ ؛ الشرح الصغير: ٣/١٩٦-١٩٧.

(٦) إلا أن المالكية يشترطون مع ذلك استيلاء المشتري على المبيع بتفريغه في إنائه أو تناوله ونحو ذلك (انظر الشرح الكبير مع

حاشية الدسوقي: ٣/١٤٤-١٤٥ ؛ الشرح الصغير: ٣/١٩٦-١٩٧).

(٧) كشف القناع: ٣/٢٤٦ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٢/٦١.

(٨) المنهاج مع مغني المحتاج: ٢/٤٧٠ ؛ أسنى المطالب: ٢/٨٧.

أدلة القول الأول:

الدليل الأول:

أن القبض هو التسليم، والتسليم في اللغة عبارة عن جعل الشيء سالماً خالصاً يقال : سلم فلان لفلان أي خلص له ، ومنه قوله تعالى: {وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ} ^(١)، أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد. وعليه فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعله خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه غيره ، وهذا يحصل بالتخلية ^(٢).

ويعترض عليه:

بأن اللغة إن دلت من هذا الوجه على أن التخلية قبض، فقد دلت من أوجه أخرى على أن القبض يحصل بالتناول، أو بالنقل والتحويل، كما سبق بيانه في المعنى اللغوي، ولا مرجح لمعنى على معنى لا لغة ولا شرعاً، فيجب المصير إلى العرف في كل شيء بحسبه.

الدليل الثاني:

أن التسليم واجب على البائع، "ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه ، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع ، فأما الإقباض فليس في وسعه ؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقباض ، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب ، وهذا لا يجوز" ^(٣).

ويعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول:

أن البائع يمكنه الخروج من العهدة بمجرد التوفية بالكيل أو الوزن أو العد، على ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني.

الوجه الثاني:

عدم التسليم بأن سبيل خروج البائع من عهدة ما وجب عليه ينحصر في اعتبار التخلية قبضاً،

(١) الزمر: ٢٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٥/٢٤٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٥/٢٤٥.

بل يمكن ذلك على القول بحصول القبض بالنقل بأحد أمرين:

الأول: أن يجعل مجرد عرض البائع المبيع على المشتري وامتناع المشتري عن القبض موجباً لبراءة البائع من الضمان وانتقاله إلى المشتري^(١)، دون أن يكون المشتري قابضاً له بذلك، ولا مانع من ذلك، لانفكاك معنى القبض عن معنى الضمان^(٢).

الثاني: رفع البائع إلى الحاكم عند امتناع المشتري عن القبض، وينصب الحاكم نائباً يقبض عن المشتري^(٣).

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول:

قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»، وفي بعض الروايات: «حتى يستوفيه»، وفي بعضها: «حتى يكتاله»^(٤).

وجه الدلالة :

أن رواية «حتى يستوفيه» مفسرة لمعنى القبض في قوله صلى الله عليه وسلم: «حتى يقبضه»، والاستيفاء يكون بالكيل أو الوزن ونحوهما^(٥). وذلك فيما يبيع بالقدر من كيل أو وزن أو نحو ذلك. لأن الكيل أو الوزن غير معتبر في بيع الجزاف باتفاق، فتعين أن الحديث وارد فيما يبيع مقدراً. وكذلك رواية «حتى يكتاله»، فإنها مفسرة لمعنى القبض فيما يبيع بكيل، ويقاس على الكيل ما قدر بوزن أو ذرع أو عد^(٦).

الدليل الثاني:

ما روى عن عثمان رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: «إذا بعت فكل ،

(١) انظر شرح منتهى الإرادات: ٥٩/٢.

(٢) وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن ظاهر مذهب أحمد عدم التلازم بين جواز التصرف (الحاصل بالقبض) والضمان، وأن جواز التصرف بالقبض، وانتقال الضمان إلى المشتري بالتمكن من القبض. انظر مجموع الفتاوى: ٢٩/٣٩٩-٤٠٠.

(٣) انظر أسنى المطالب: ٣٦٢/٢.

(٤) تقدم تخريجه ، انظر ص ١٨٨.

(٥) انظر التمهيد: ٣٣٦/١٣.

(٦) انظر مغني المحتاج: ٤٧٠/٢.

وإذا ابتعت فاكتل»^(١). وفي لفظ: «إذا سميت الكيل فكله».

الدليل الثالث:

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع ، وصاع المشتري^(٢).

(١) رواه أحمد (٦٢/١ ، ٧٥/١) والدارقطني (٨/٣ كتاب البيوع) والبيهقي (٣١٥/٥-٣١٦ كتاب البيوع باب الرجل يبتاع طعاما كيلا فلا يبيعه حتى يكتاله لنفسه ثم لا يبرأ حتى يكيله على مشتريه)، ورواه ابن ماجه بلفظ «إذا سميت الكيل فكله» (٧٥٠/٢ كتاب التجارات باب بيع المجازفة) ، ورواه البخاري تعليقا فقال: "ويذكر عن عثمان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «إذا بعث فكل وإذا ابتعت فاكتل»". (صحيح البخاري: ٧٤٨/٢ كتاب البيوع باب الكيل على البائع والمعطي).

والحديث مروى عن عثمان رضي الله عنه مسنداً بثلاث طرق:

١- عن ابن لهيعة عن موسى بن وردان عن سعيد بن المسيب عن عثمان. رواه بهذا الإسناد أحمد وابن ماجه والبيهقي. وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف، إلا أن الحديث من قديم حديثه على ما بينه ابن حجر، لأن ابن عبدالحكم أورده في فتوح مصر من طريق الليث عنه، قال: وقد قال أحمد بن حنبل وغيره إن حديث ابن لهيعة القديم صحيح.

٢- عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن سعيد بن المسيب عن عثمان بن عفان. قال ابن حجر عن إسحاق: وهو أضعف من ابن لهيعة.

٣- عن منقذ مولى ابن سراقه عن عثمان بن عفان ، قال ابن حجر : ومنقذ مجهول الحال، وقد وثقه ابن حبان. وروي الحديث على أوجه أخر مرسلًا. قال ابن حجر: "ومجموع هذه الطرق يعرف أن للحديث أصلاً". (تغليق التعليق: ٢٣٨-٢٤٠ ، وانظر فتح الباري: ٣٤٤/٤-٣٤٥).

(٢) روي الحديث عن جابر، وعن أبي هريرة، وعن الحسن البصري مرسلًا :

فروي عن جابر باللفظ المذكور أعلاه. رواه ابن ماجه (٢ / ٧٤٩ كتاب التجارات باب النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض)، والدارقطني (٨/٣ كتاب البيوع) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣١٥/٥-٣١٦ كتاب البيوع باب الرجل يبتاع طعاما كيلا فلا يبيعه حتى يكتاله لنفسه ثم لا يبرأ حتى يكيله على مشتريه) عن ابن أبي ليلى عن أبي الزبير عن جابر، وابن أبي ليلى ضعيف.

وروي عن أبي هريرة بلفظ : (نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، فيكون للبائع الزيادة وعليه النقصان). رواه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٥/٥-٣١٦ كتاب البيوع باب الرجل يبتاع طعاما كيلا فلا يبيعه حتى يكتاله لنفسه ثم لا يبرأ حتى يكيله على مشتريه) وأبو يعلى (معجم أبي يعلى: ٢٣٩/١) عن مسلم بن أبي مسلم الجرمي عن مخرم بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة. قال ابن حجر في فتح الباري (٣٥١/٤): بإسناد حسن، وقال في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٥٥/٢): "بسند جيد". وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٩٩/٤): "فيه مسلم بن أبي مسلم الجرمي ولم أجد من ترجمه وبقيته رجاله رجال الصحيح". وقد وثق مسلماً الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد (١٠٠/١٣).

وروي عن الحسن مرسلًا بلفظ: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان فتكون زيادته

وجه الدلالة من الحديثين:

أن فيهما أمراً بكييل الطعام إذا بيع كيلاً، وقد ورد النهي عن بيع الطعام قبل قبضه^(١)، فدل على أن القبض يحصل فيما بيع كيلاً بالكيل، ومثله ما يبيع بوزن أو عد أو ذرع.

ويعترض على ذلك:

بأنه لا دلالة في الحديثين على أن الكيل قبض، بل غاية ما فيه الأمر بالكيل، ولا يلزم من ذلك أن الكيل قبض، لأنه يحتمل أن يكون الأمر بالكيل لمعنى آخر غير معنى القبض، ويحتمل أن يكون الأمر بالكيل باعتباره من تمام القبض، مع حصول أصل القبض بغيره^(٢)، ويحتمل أن يكون الأمر بالكيل باعتباره جزءاً من القبض، ولا يحصل القبض إلا به مع غيره.

أدلة القول الثالث:

يستدل أصحاب هذا القول بأدلة القول الثاني على أنه لا بد لقبض المقدرات من استيفائها بالكيل أو الوزن ونحوه.

ويستدلون على أنه لا بد لقبض المقدرات من نقلها أيضاً بأدلة منها:

الدليل الأول:

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه»، وفي رواية: «حتى يستوفيه ويقبضه»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن القبض غير الاستيفاء، وقد ورد الأمر به في أحاديث، وورد الأمر بالاستيفاء في أحاديث

لمن اشترى ونقصانه على البائع). رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: (٥ / ٣٣٨ كتاب البيوع والأفضية، في الرجل يشتري الطعام فيزيد لمن تكون زيادته؟)، وذكره البيهقي ثم قال: "وقد روي ذلك موصولاً من أوجه إذا ضم بعضها إلى بعض قوي مع ما سبق من الحديث الثابت عن ابن عمر وابن عباس في هذا الباب وغيرهما" (السنن الكبرى: ٣١٥/٥). ويعني بحديث ابن عمر ما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه». ويعني بحديث ابن عباس قوله: "أما الذي نهي عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبض".

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم عن بدائع الصنائع (٥/٢٤٤-٢٤٥) أن من الحنفية من ذهب إلى أن حرمة التصرف فيما بيع بالكيل أو الوزن قبل كياله أو وزنه ثبتت شرعاً غير معقولة المعنى، ومنهم من ذهب إلى أن الحرمة لانعدام القبض على التمام بدون الكيل أو الوزن، مع حصول أصل القبض بالتخلية.

(٣) تقدم تخريجه.

أخرى، فلا يكفي أحدهما عن الآخر، بل لا بد من حصولهما جميعاً، ويتأكد ذلك برواية «حتى يستوفيه ويقبضه».

الدليل الثاني:

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه^(١)

وجه الدلالة من الحديث:

أن النهي عن بيع الطعام قبل نقله ورد عاماً، فيشمل ما بيع جزافاً وما بيع مقدراً، فدل ذلك على أن ما بيع من الطعام مقدراً لا يكفي تقديره، بل لا بد فيه من النقل أيضاً.

ويعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول:

أن هذه الرواية فسرهما روايات أخرى بأن المراد فيها ما بيع جزافاً.

الوجه الثاني:

أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالنقل والتحويل كان بناء على أن العرف في وقته أن القبض يتحقق بذلك، فلا يلزم أن يكون الحكم كذلك إذا تغير العرف، إذ الأحكام الشرعية المعللة بالعرف تتبدل بتبدله^(٢).

الدليل الثالث:

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: "كانوا يُضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعه في مكانه حتى يحولوه"، وفي لفظ: "كنا نبتاع الطعام جزافاً فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه" وفي لفظ: "كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله"^(٣).

(١) رواه بهذا اللفظ مسلم (٣/١١٦٠)، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (

(٢) انظر في ذلك المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا: ٢/٨٩٤-٨٩٥؛ رفع الحرج ليعقوب الباسين، ص ٣٦٦-٣٧٢.

(٣) الحديث متفق عليه، وهذه الألفاظ لمسلم. وقد تقدم تخريج الحديث.

وجه الدلالة من الحديث:

أن في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام المشتري جزافاً حتى ينقل ويحول عن مكانه دلالة على أن قبضه بنقله وتحويله، ويقاس على ذلك سائر المنقولات، ومن ذلك ما يبيع مقدراً بكيل أو وزن ونحو ذلك.

ويعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول:

أن الحديث خاص بالطعام المبيع جزافاً، فيقاس عليه المنقولات التي ليس فيها حق توفية، وأما ما فيه حق توفية فقبضه بتوفيته بالكيل ونحوه، لما تقدم في أدلة القول الثاني.

الوجه الثاني:

أن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالنقل والتحويل كان بناء على أن العرف في وقته أن القبض يتحقق بذلك، فلا يلزم أن يكون الحكم كذلك إذا تغير العرف، إذ الأحكام الشرعية المعللة بالعرف تتبدل بتبدله^(١).

الدليل الرابع :

أن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، والعادة في المنقولات أن قبضها بالنقل والتحويل^(٢).

ويعترض عليه:

بأن إطلاق القبض في الشرع والرجوع فيه إلى العرف مسلم، إلا أن دلالة العرف على أن قبض المنقولات بالنقل والتحويل غير مسلم بإطلاق، إذ العرف مما يتغير، فإن كان هذا في زمان أو مكان، فقد لا يكون كذلك في زمان أو مكان آخرين، فينبغي أن يترك تحديد القبض للعرف.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن قبض ما فيه حق توفية لا يتحقق إلا بتوفيته بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع، ثم قد يكون ذلك كافياً، وقد لا يكون كافياً بل يتطلب التخلية أو التناول، أو النقل، أو

(١) انظر في ذلك المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا: ٢/٨٩٤-٨٩٥؛ رفع الحرج ليعقوب الباسين، ص ٣٦٦-٣٧٢.

(٢) انظر المغني: ٩٠/٤.

غير ذلك، وذلك بحسب دلالة العرف.

أما أن القبض يتطلب التوفية فلما تقدم في أدلة أصحاب القول الثاني من قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله». فدل على أنه لا بد فيما بيع مقدراً من استيفائه بتقديره. ولأن القدر فيما بيع بكيل أو وزن معقود عليه، لأنه لو كيل المبيع فبان زائداً عما وقع العقد عليه لم تكن الزيادة حقاً للمشتري، بل ترد للبائع أو يفرض لها ثمن، ولو كيل فبان ناقصاً طُرح من الثمن بحسب الناقص، وإذا كان القدر معقوداً عليه فإنه لا يمكن قبضه إلا بالكيل أو الوزن، لأنه لا يعرف إلا بذلك.

وأما الرجوع إلى العرف في الاكتفاء للقبض بالكيل أو الوزن، أو عدم الاكتفاء بذلك ووجوب التخلية أو التناول أو غير ذلك بحسب العرف، فلأن القبض جاء مطلقاً في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، والعرف قد يجعل التوفية بمجرد قبضها، وقد يتطلب أمراً زائداً عليها كالتخلية أو التناول.

ويحسن الإشارة هنا إلى أنه لا يلزم من اشتراط النقل أو التخلية لحصول القبض أن لا ينتقل الضمان إلى المشتري في عقد البيع الصحيح إلا بذلك، فيمكن القول بانتقال الضمان إلى المشتري بمجرد التوفية، لتعين حقه في المستوفى، وبقاء المبيع -مع ذلك- غير مقبوض للمشتري، فلا يجوز له التصرف فيه إلا بعد النقل أو التخلية، وذلك لما تقدم الإشارة إليه من عدم التلازم بين القبض وانتقال الضمان. على أن البحث هنا في حقيقة القبض، والذي يحصل في عقود مختلفة، كالبيع -صحيحه وفاسده- والإجارة والرهن والهبة والغصب، ولا مانع في بعض العقود من ترتب بعض آثار القبض على حصول جزئه، وترتب باقيها على حصوله بتمامه^(١).

(١) ولا مانع أيضاً من اختلاف حقيقة القبض في بعض العقود عنها في باقيها، وشاهد ذلك ما يأتي الإشارة إليه في المسألة التالية من أن أبا يوسف ذهب إلى حصول القبض في البيع بمجرد التخلية، وفي الرهن بالنقل.

المسألة الثانية: ما يتحقق به قبض المنقول الذي لا يتعلق به حق توفية.

اختلف الفقهاء فيما يتحقق به قبض المنقول الذي لا يتعلق به حق توفية على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن ذلك راجع الى العرف، وإليه ذهب المالكية^(١).

القول الثاني: أن ذلك بالتخلية، وإليه ذهب الحنفية^(٢).

القول الثالث: أن ذلك بالنقل والتحويل وإن كان متناولاً فبالتناول، وإليه ذهب الشافعية^(٣)

والحنابلة^(٤).

دليل القول الأول:

بأن القبض ورد مطلقاً في الشرع لا ضابط له فيه ولا في اللغة فيرجع فيه إلى العرف.

ويعترض عليه:

بعدم التسليم بكون القبض مطلقاً في الشرع، بل جاءت نصوص تبين أن المراد بالقبض النقل، وسيأتي ذكرها في أدلة القول الثالث .

ويجاب:

بأن هذه النصوص وردت بناء على العرف الموجود في عهد النبي صلى الله عليه وسلم من كون القبض بالنقل ، فلا يلزم منها كونه كذلك إذا تغيرت الأعراف، وسيأتي بيان ذلك في مناقشة أدلة القول الثالث .

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول :

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما من أنه كان مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فكان على بكر لعمر صعب ، فكان يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فيقول أبوه : يا عبد الله لا يتقدم النبي صلى

(١) التاج والإكليل: ٤١٣/٦ ؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٤٥/٣ .

(٢) بدائع الصنائع: ٢٤٤/٥-٢٤٥؛ تبين الحقائق: ٦٣/٦ .

(٣) وذهب أبو يوسف إلى التفريق بين الرهن والبيع، فقبض المنقول في البيع بالتخلية، وفي الرهن بالنقل. (تبين الحقائق: ٦٣/٦ ؛ مجمع الأثر: ٥٨٥/٢).

(٤) أسنى المطالب: ٨٥/٢-٨٨؛ مغني المحتاج: ٤٦٧/٢-٤٦٨ .

(٥) المغني: ٩٠/٤ ، ٢١٨-٢١٩ ؛ الفروع: ١٤٠/٤ ؛ شرح منتهى الإرادات: ٦٢/٢ .

الله عليه وسلم أحد، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «بعنيه»، فقال عمر: "هو لك"، فاشتراه ثم قال «هو لك يا عبد الله فاصنع به ما شئت»^(١).

وجه الدلالة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم تصرف في الجمل دون أن ينقله، فدل على أن قبض المنقولات لا يشترط فيه النقل وإنما يكتفى فيه بالتخلية^(٢).

ويعترض على الاستدلال من أوجه:

الوجه الأول :

عدم التسليم باشتراط القبض للتصرف في الجمل ونحوه مما ليس بطعام أو مما ليس بمكيل ولا موزون، وعليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم وهب الجمل قبل أن يقبضه، فلا يكون في الحديث دلالة على أن القبض حاصل بالتخلية إذ لم يحصل قبض أصلاً .

الوجه الثاني :

على التسليم باشتراط القبض للتصرف في الجمل ونحوه، إلا أن ذلك في التصرف بالبيع وما في معناه، أما الهبة ونحو ذلك فلا يشترط له القبض، وعليه فإن تصرف النبي صلى الله عليه وسلم في الجمل كان قبل قبضه لأنه إنما تصرف به بالهبة وهي لا تحتاج إلى قبض، فلا دلالة في الحديث على أن القبض بالتخلية.

الوجه الثالث :

على التسليم باشتراط القبض لكل التصرفات الواقعة على الجمل ونحوه من المنقولات، وأن الحديث دال على اكتفاء النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالتخلية، فإن اكتفاء النبي صلى الله عليه وسلم في الجمل بالتخلية لكون العرف في وقته يجعل قبضه بذلك فلا يعمم هذا الحكم على سائر المنقولات لإختلاف العرف في قبض كل نوع، ولا يعمم على سائر الأمكنة والأزمنة لتغير الأعراف، والحكم المعلل بالعرف يتغير بتغيره^(٣).

(١) رواه البخاري (صحيح البخاري: ٧٤٤/٢ كتاب البيوع باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا، ٩٢١/٢ كتاب الهبة وفضلها باب من أهدي له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق بها، ٩٢١/٢ كتاب الهبة وفضلها باب إذا وهب بغيراً لرجل وهو راكبه فهو جائز).

(٢) فتح الباري ٣٣٥/٤.

(٣) انظر في ذلك المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا: ٨٩٤/٢-٨٩٥ ؛ رفع الحرج ليعقوب الباسين ، ص ٣٦٦-٣٧٢ .

الدليل الثاني:

أن القبض هو التسليم، والتسليم في اللغة عبارة عن جعل الشيء سالماً خالصاً يقال : سلم فلان لفلان أي خلص له ، ومنه قوله تعالى: {وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ} ^(١)، أي سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد. وعليه فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعله خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه غيره ، وهذا يحصل بالتخلية ^(٢).

ويعترض عليه:

بما اعترض على الاستدلال به في قبض المنقول الذي يتعلق به حق توفية.

الدليل الثالث:

أن التسليم واجب على البائع، "ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه ، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع ، فأما الإقباض فليس في وسعه ؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقباض ، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب ، وهذا لا يجوز" ^(٣).

ويعترض عليه:

بما اعترض عليه به في قبض المنقول الذي يتعلق به حق توفية.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول:

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال : "كانوا يُضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعه في مكانه حتى يحولوه"، وفي لفظ : "كنا نبتاع الطعام جزافاً فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه" وفي لفظ : "كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله" ^(٤).

(١) الزمر: ٢٩.

(٢) بدائع الصنائع: ٢٤٤/٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٢٤٥/٥.

(٤) تقدم تخريج الحديث، انظر ص ١٨٨.

وجه الدلالة من الحديث:

أن في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام المشتري جزافاً حتى ينقل ويحول عن مكانه دلالة على أن قبضه بنقله وتحويله، والطعام المشتري جزافاً منقول لا يتعلق به حق التوفية، فيقاس عليه سائر المنقولات التي لا يتعلق بها حق التوفية .

ويعترض على الاستدلال بالحديث:

بأن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالنقل والتحويل كان بناء على أن العرف في وقته أن القبض يتحقق بذلك ، فلا يلزم أن يكون الحكم كذلك إذا تغير العرف، إذ الأحكام الشرعية المعللة بالعرف تتبدل بتبدله^(١).

الدليل الثاني :

أن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، والعادة في المنقولات أن قبضها بالنقل والتحويل أو التناول^(٢).

ويعترض عليه:

بأن إطلاق القبض في الشرع ووجوب الرجوع فيه إلى العرف مسلم، إلا أن كون العرف في قبض المنقولات أنه حاصل بالنقل والتحويل غير مسلم بإطلاق، إذ العرف مما يتغير، فإن كان هذا في زمان أو مكان، فقد لا يكون كذلك في زمان أو مكان آخرين ، فينبغي أن يترك تحديد القبض للعرف.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، من أن ما يتحقق به قبض المنقول راجع الى العرف، لإطلاق القبض في الشريعة وعدم تحديده في اللغة، فالمصير في تحديده الى العرف. قال شيخ الإسلام ابن تيميه: "الأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصلاة والصيام والزكاة والحج، وتارة باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر، وتارة بالعرف كالقبض والتفريق"^(٣).

(١) انظر في ذلك المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا: ٢/٨٩٤-٨٩٥ ؛ رفع الحرج ليعقوب الباسين ، ص ٣٦٦-٣٧٢ .

(٢) المغني: ٩٠/٤ .

(٣) مجموع الفتاوى: ٤٤٨/٢٩

وقال: "القبض مرجعه إلى عرف الناس حيث لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع"^(١).
وقال الشيخ محمد بن إبراهيم: "ونعرف أن القبض من الأمور التي تختلف باختلاف المقبوضات،
فما جاء فيه التنصيص في الشرع صار القبض فيه إلى مقتضى التنصيص، ومالا فيرجع فيه إلى
المتعارف"^(٢).

وينبغي التنبيه إلى أن الشافعية والحنابلة إنما اشترطوا النقل في المنقولات بناء على أن العرف في
قبضها كذلك، قال النووي: "قال أصحابنا: الرجوع في القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام: أحدها
العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية، والثاني: ما ينقل في العادة فقبضه بالنقل... والثالث ما
يتناول باليد.. فقبضه بالتناول"^(٣)، وقال ابن قدامة معللاً لإشتراط النقل في المنقولات: "ولأن القبض
مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف.. والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا"^(٤).

وإذا كانوا إنما قالوا بإشتراط النقل في المنقولات بناء على أن العرف في قبضها كذلك في وقتهم،
فينبغي أن يتغير الحكم على مذهبهم بتغير العرف، قال القرافي: "العوائد لا يجب الإشتراك فيها بين
البلاد خصوصاً البعيدة الأقطار، ويكون المفتي في كل زمان يتباعد عما قبله يتفقد العرف هل هو باقٍ
أم لا، فإن وجده باقياً أفتى به وإلا توقف عن الفتيا، وهذا هو القاعدة في جميع الأحكام المبنية على
العوائد... فتأمل ذلك فقد غفل عنه كثير من الفقهاء، ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بناء على عوائد
لهم وسطروها في كتبهم بناء على عوائدهم، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها وقد زالت
تلك العوائد، فكانوا مخطئين خارقين للإجماع، فإن الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه
خلاف الإجماع"^(٥)، ونقل الإمام ابن القيم نحو هذا عن من لم يسمه من المالكية وأقره وقال: "وهذا
محض الفقه"^(٦).

(١) مجموع الفتاوى: ٢٧٥-٢٧٦/٣٠ .

(٢) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم ١٠٣/٧ .

(٣) المجموع ٣٣٣/٩ .

(٤) المغني: ٩٠/٤ .

(٥) الفروق للقرافي: ١٦٢/٣ .

(٦) إعلام الموقعين: ٦٦/٣ .

المطلب الثاني : ما يتحقق به قبض الدين.

تناول فقهاء المالكية كيفية قبض الدين في باب الرهن والهبة، بناء على ما ذهبوا إليه من جواز رهنه^(١) وهبته^(٢)، واشتراطهم القبض لتمام الرهن. ولم أجد عند غيرهم - فيما اطلعت عليه من مصادرهم - تناولاً لهذه المسألة، ولعل ذلك لعدم جواز رهن الدين^(٣) عند غير المالكية، ولا هبته مع بقائه في ذمة المدين^(٤)، ولعدم جواز بيع الدين عند الحنفية والحنابلة، أما الشافعية فهم وإن أجازوا بيع الدين فإن المعتمد عندهم - على ما تقدم بيانه - اشتراط أن يقبض البائع الثمن من المشتري ويقبض المشتري الدين من المدين في مجلس العقد، ومع هذا الشرط فإن الدين لا يبقى بعد مجلس العقد فلا حاجة لبحث كيفية قبضه.

وقد ذكر المالكية أن قبض الدين يحصل بثلاثة أمور^(٥):

أولاً: الإشهاد على العقد. ولا خلاف عندهم في اشتراط ذلك لتحقيق القبض. ففي الرهن مثلاً يُشْهَدُ الراهن على أن الدين الذي له على فلان رهن في الدين الذي عليه لفلان^(٦)، وفي الهبة يُشْهَدُ الواهب على أنه قد وهب الدين لفلان^(٧).

ثانياً: دفع وثيقة الدين - إن وجدت - للمرتقن أو الموهوب له ونحوه. واختلفوا: هل يشترط هذا لصحة القبض، أو هو شرط كمال؟. والمعتمد عندهم أنه شرط صحة^(٨)، كدار مغلقة لم يقبض مفتاحها^(٩).

(١) حاشية الدسوقي: ٢٣١/٣؛ الفواكه الدواني: ١٦٦/٢.

(٢) شرح الخرشي: ١٠٣/٧؛ منح الجليل: ١٧٩/٨.

(٣) تكملة فتح القدير: ١٤٨/١٠؛ تحفة المحتاج: ٥٥/٥؛ كشف القناع: ٣٠٧/٣، ٣٢١.

(٤) لم يجز الشافعية والحنابلة هبة الدين لغير من هو عليه مطلقاً، وأجازها الحنفية بشرط أن يأذن الواهب للموهوب له بقبض الدين وأن يقبضه، ومعناه عندهم أنه يصير قابضاً من المدين بالوكالة، ثم قابضاً لنفسه بالهبة. (البحر الرائق: ٢٨٤/٧؛ بدائع الصنائع: ١١٩/٦؛ أسنى المطالب: ٤٨٢/٢؛ كشف القناع: ٣٠٥/٤)

(٥) شرح الخرشي: ١٠٣/٧-١٠٤؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٩٩/٤؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ١٤٢/٤؛ منح الجليل: ١٧٩/٨؛ مواهب الجليل: ٦ / ٥٢.

(٦) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ١٠٣/٧-١٠٤.

(٧) حاشية العدوي على شرح الخرشي: ١٠٣/٧-١٠٤.

(٨) حاشية الدسوقي: ٢٣١/٣؛ حاشية الصاوي: ١٤٢/٤.

(٩) منح الجليل: ١٧٩/٨.

ثالثاً: الجمع بين المدين والمتصرف إليه بالدين، والمعتمد عندهم أنه شرط كمال^(١)، ذكره بعضهم اتفاقاً^(٢)، وذكر بعضهم فيه قولاً بأنه: شرط صحة^(٣).

والأظهر -والله أعلم- الرجوع في ذلك إلى العرف، وهو يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة، وقد تقدم ترجيح الرجوع إلى العرف في قبض المنقولات، لوروده مطلقاً في الشريعة واللغة، والشأن كذلك في قبض الدين.

وعليه ففيما يتعلق بقبض وثيقة الدين -إن وجدت- فإن العرف قد يختلف في اشتراط قبض الوثيقة أو عدم اشتراط ذلك، بحسب أهمية الوثيقة في مطالبة المدين، الأمر الذي قد يختلف باختلاف البلدان وباختلاف الإجراءات القضائية المتبعة فيها، وبحسب نوع الوثيقة، وما إذا كانت معدة بحيث تكون قابلة للتداول -كما في السندات والأوراق التجارية- أو كانت مجرد توثيق للدين بين طرفيه لا يقصد به إتاحة تداول الدين، وفيما يتعلق بكيفية قبض الوثيقة نفسها فإن ذلك يختلف أيضاً باختلاف العرف -الذي تحكمه أحياناً الأنظمة المتبعة في كل بلد- فقد يكون قبض الوثيقة بمجرد تسليمها، وقد يكون بتسليمها مع تدوين بيانات عليها، وقد يكون بقيد انتقال ملكية الدين أو رهنه لدى الجهة المدينة أو لدى جهة مختصة.

وأما الجمع بين المدين والمتصرف إليه بالدين فإن المقصود منه إعلام المدين بالتصرف بالدين والمتصرف إليه به، وذلك لا يلزم أن يكون بالجمع بينهما، بل قد يكفي فيه الكتابة أو الإعلان في وسائل الإعلام ونحو ذلك، وهذا فيما يتعلق بوسيلة الإعلام، وأما فيما يتعلق بلزوم الإعلام نفسه لتحقيق القبض فإن ذلك راجع أيضاً للعرف، فقد يقضي العرف بلزوم إعلام المدين، خاصة إذا كان الدين حالياً من الوثيقة أو كانت الوثيقة غير لازمة لمطالبة المدين، فيلزم حينئذ إعلام المدين بالتصرف بالدين لكي لا يوفي الدين للدائن الأول أو لراهن الدين، وقد يقضي العرف بعدم لزوم إعلام المدين، خاصة إذا كان للدين وثيقة وكانت هذه الوثيقة لازمة لمطالبة المدين، فقد يستغنى بذلك عن إعلام المدين بالتصرف بالدين لأنه لن يقوم بالوفاء بالدين إلا بوثيقته وهي قد انتقلت عن حوزة الدائن الأول أو راهن الدين.

(١) شرح الخرشي: ١٠٣/٧-١٠٤؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٢٣١/٣، ٩٩/٤؛ الشرح الصغير مع حاشية

الصاوي: ١٤٢/٤؛ مواهب الجليل: ٦/٥٢؛ منح الجليل: ١٧٩/٨.

(٢) منح الجليل: ١٧٩/٨.

(٣) حاشية الدسوقي: ٩٩/٤؛ حاشية الصاوي: ١٤٢/٤.

المبحث الثاني: ضمان الدين المبيع

وفيه تمهيد ومطلبان:

التمهيد: في معنى الضمان في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي.

المطلب الأول: ما يقتضيه عقد بيع الدين لغير من هو عليه من الضمان على البائع.

المطلب الثاني: حكم اشتراط الكفالة بالدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه.

تمهيد: في معنى الضمان في اللغة وفي الاصطلاح الفقهي.

وفيه فرعان :

الفرع الأول : معنى الضمان في اللغة .

الفرع الثاني : معنى الضمان في الاصطلاح الفقهي.

الفرع الأول : معنى الضمان في اللغة.

يأتي الضمان في اللغة بمعنى الالتزام، يقال: ضَمَنْتُ المَالَ وَضَمَنْتُ بِالمَالِ ضَمَاناً فَأَنَا ضَامِنٌ وَضَمِينَ: التزمته^(١). ويتعدى بالتضعيف: فيقال: ضَمَنْتَهُ المَالَ تَضْمِيناً أي ألزمتُه به. ومن هذا المعنى الضمان بمعنى الكفالة، لما فيها من الالتزام، يقال: ضَمِنَ الشَّيْءَ وَضَمِنَ بِهِ ضَمَاناً فَهُوَ ضَامِنٌ وَضَمِينَ: كَفَلَهُ^(٢). وكذلك الضمان بمعنى الغرامة، يقال: ضَمَنْتُ الشَّيْءَ أي غرمتُه^(٣).

قال ابن فارس: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. من ذلك قولهم: ضَمَنْتُ الشيءَ، إذا جعلته في وعائه. والكفالة تسمى ضماناً من هذا كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته^(٤).

(١) المصباح المنير، ص ٣٦٤.

(٢) ترتيب القاموس المحيط: ٣٩/٣؛ مختار الصحاح، ص ٣٨٤.

(٣) ترتيب القاموس المحيط: ٣٩/٣؛ مختار الصحاح، ص ٣٨٤.

(٤) مقاييس اللغة: ٢٩٢/٣.

الفرع الثاني : معنى الضمان في الاصطلاح الفقهي.

يرد الضمان عند الفقهاء بالمعاني اللغوية المتقدمة، ومعان أخرى قريبة منها:

١- فيرد الضمان بمعنى عام هو: التزام المال بعقد أو بغير عقد^(١).

٢- ويرد الضمان بمعنى الكفالة.

٣- ويرد الضمان بمعنى الغرامة، ومن ذلك ضمان المتلفات، وضمن الجنايات.

٤- ويرد الضمان بمعنى تحمل تبعه هلاك العين أو نقصانها أو تعييبها، ومن ذلك ضمان المبيع قبل القبض، وضمن المرهون والعارية والوديعة، وضمن المغصوب. فالمراد بالضمان في هذه المسائل تحمّل ما يترتب على هلاك العين المضمونة أو نقصانها أو تعييبها، بحيث يستحق مالك العين -إذا لم يكن الضمان عليه- مطالبة الضامن برد العوض المتفق عليه أو المثل أو القيمة. والضمان بهذا المعنى نوعان:

أ- ضمان عقد، ويراد به ضمان العين بعوضها المتفق عليه في عقد معاوضة، كالبيع.

ب- ضمان يد، ويراد به ضمان العين بمثلها أو بقيمتها^(٢).

وبالنظر إلى المعاني المتقدمة للضمان، فإنه لا محل لبحثها في بيع الدين لمن هو عليه، لبراءة ذمة المدين من الدين بالعقد، وانتهاء الدين به، أما في بيع الدين لغير من هو عليه فيرد منها معنيان: المعنى الأول: ضمان العقد، وذلك بالنظر إلى أن العقد عقد بيع، ومحله -وهو الدين- معرض للتلف أو التعيب أو النقصان، كالأعيان التي يرد عليها عقد البيع.

المعنى الثاني: الكفالة بالدين، وذلك بالنظر إلى أن محل العقد دين في ذمة الغير، فتصور فيه اشتراط المشتري في العقد كفالة البائع أو غيره للمدين.

ولا يخفى ما بين المعنيين من التباين، واختلاف موجب الضمان في كل منهما، وإنما اجتماعهما لورود عقد البيع على الدين، فالمعنى الأول بالنظر إلى عقد البيع، والمعنى الثاني بالنظر إلى الدين.

(١) الموسوعة الفقهية: ٢٨/٢١٩-٢٢٠. ومثال ذلك قول السرخسي في المبسوط (١٩٣/٦): "وإن تبرع أجنبي في مرضه باختلاعها من الزوج بمال ضمنه للزوج".

(٢) وقد عرف الضمان بهذا المعنى في درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢٥٢/٢) بأنه: "رد مثل المالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا". وهذا التعريف يصلح تعريفاً للضمان بمعنى الغرامة أيضاً. وفي مجلة الأحكام العدلية: "الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيّمته إن كان من القيميات". وهذا التعريف يصلح للضمان بمعنى الغرامة، ولضمان اليد، ولذا عقب عليه شارح المجلة بقوله: "أي في الغصب والإتلاف". (شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر: ٤٤٨/١).

المطلب الأول: ما يقتضيه عقد بيع الدين لغير من هو عليه من الضمان على البائع.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: ضمان المبيع المعين قبل القبض في عقد البيع.

الفرع الثاني: ضمان الدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه.

الفرع الأول: ضمان المبيع المعين قبل القبض في عقد البيع.

يتفق الفقهاء على أن الأصل في المبيع بعد القبض أنه من ضمان المشتري.

واختلفوا في ضمانه قبل القبض على أربعة أقوال:

القول الأول: أن المبيع من ضمان المشتري إذا كان متمكناً من قبضه، وإلا فهو من ضمان البائع. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(١)، وذكر أنه ظاهر مذهب أحمد. قال في الفروع^(٢): "كذا قال، ولم أجد الأصحاب ذكره". ورده واستشهد للرد بكلام بعض الحنابلة^(٣). وقد نسب شيخ الإسلام ذلك أيضاً إلى مذهب مالك^(٤).

القول الثاني: أن المبيع من ضمان المشتري، ما لم يكن فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد أو ذرع. وإليه ذهب المالكية^(٥) والحنابلة^(٦)^(٧).

(١) مجموع الفتاوى: ٣٤٣/٢٠ - ٣٤٤، ٥٠/٢٩، ٣٩٨ - ٤٠٠؛ الفتاوى الكبرى لابن تيمية: ٣٩١/٥.

(٢) ١٣٨/٤.

(٣) الفروع: ١٣٨/٤؛ وانظر الإنصاف: ٤٦٧/٤.

(٤) انظر مجموع الفتاوى: ٣٤٣/٢٠ - ٣٤٥، ٥٠٧/٢٩، ٥٠٨، ٢٣٨/٣٠ - ٢٣٩.

(٥) المعونة: ٩٧٣/٢؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٤٦/٣؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ١٩٨/٣.

(٦) المغني: ٩٠/٤؛ الإنصاف: ٤٦٧/٤؛ شرح منتهى الإرادات: ٥٨/٢.

(٧) ويستثنى المالكية مسائل يبقى فيها المبيع مضموناً على البائع، منها:

١ - حبس البائع السلعة بثمنها، أو للإشهاد، ففي ضمانها قولان: الأول: أنها كالرهن، فهي من ضمان المشتري أصالة، إلا أن البائع يضمنها ضمان قفلة، فإن كانت مما يغاب عليه وتلفت ضمنها إلا أن يقيم بينة على التلف، وإن كانت مما لا يغاب عليه أو أقام بينة على التلف لم يضمنها. والقول الثاني: أنها من ضمان البائع. وهو المرجح عندهم.

٢ - بيع السلعة المعينة الغائبة على الصفة، ففي تلفها بعد العقد وقبل القبض ثلاث روايات: الأولى: أن التلف من البائع إلا

القول الثالث: أن المبيع من ضمان البائع مطلقاً. وإليه ذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢)، وحكي رواية عن أحمد^(٣).

القول الرابع: أن المبيع من ضمان المشتري مطلقاً، وإليه ذهب الظاهرية^(٤).

أدلة القول الأول:

يذهب أصحاب هذا القول إلى أن الأصل في المبيع أنه من ضمان المشتري، ما لم يكن القبض متعذراً عليه، وقد استدلوا على الشق الأول -وهو أن الأصل في المبيع أنه من ضمان المشتري- بأدلة منها:

الدليل الأول:

ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: "مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري"^(٥).

أن يشترطه على المشتري. والثانية: أنه من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، والثالثة: أن ضمان الحيوان المأكول وما ليس بمأمون على البائع، والعقار على المشتري.

٣- بيع الثمار بعد بدو صلاحها، إذا أصابتها جائحة قبل انتهاء طيبها، فضماتها من البائع.

٤- البيع على الخيار، فضمن المبيع فيه على البائع حتى ينقضي الخيار.

(انظر المعونة: ٩٨٠/٢، ٩٧٣؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٤٦/٣-١٤٧؛ الشرح الصغير مع حاشية الصاوي:

١٩٨/٣-١٩٩؛ مدونة الفقه المالكي للغرياني: ٤٥٩/٣-٤٦٠)

(١) بدائع الصنائع: ٢٣٨/٥؛ تبين الحقائق: ٨٠/٤؛ مجمع الأنهر: ٧٩/٢.

(٢) الحاوي للماوردي: ١٣٦/٥-١٣٧؛ تحفة المحتاج: ٣٩٣/٤؛ أسنى المطالب: ٧٨/٤-٧٩.

(٣) المغني: ٩٠/٤.

(٤) في المحلى (٢٧١/٧-٢٧٢): "وكل بيع صح وتم فهلك المبيع إثر تمام البيع فمصيبيته من المتاع ولا رجوع له على البائع. وكذلك كل ما عرض فيه من عيب أو نقص سواء في كل ذلك كان المبيع غائباً أو حاضراً، أو كان عبداً أو أمة فجن أو برص أو جذم إثر تمام البيع فما بعد ذلك، أو كان ثمرًا قد حل بيعه، فأجبح كله أو أكثره أو أقله، فكل ذلك من المتاع ولا رجوع له على البائع بشيء".

(٥) لم أجد الحديث بهذا اللفظ، مع وروده هكذا في كثير من كتب الحنابلة، وكذلك في مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، وإنما وجدته موقوفاً عن ابن عمر، أي بدون قوله "مضت السنة". رواه البخاري في صحيحه معلقاً مجزوماً به (٧٥١/٢) كتاب البيوع باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع ومات قبل أن يقبض). ووصله الدارقطني (٥٣/٣) كتاب البيوع، والطحاوي (شرح معاني الآثار: ١٦/٤) كتاب البيوع باب خيار البيعين حتى يتفرقا) عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن أبيه. وصححه ابن حجر (تغليق التعليق: ٢٤٣/٣)، والألباني (إرواء الغليل: ١٧٣/٥)

ويستدل به من وجهين:

الوجه الأول:

أن قول الصحابي: "مضت السنة" يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم^(١). ومعنى الحديث أن سنة النبي صلى الله عليه وسلم قد جرت بأن ما وقع عليه البيع وهو حي مجموع فهلك بعدها فهو من مال المشتري، أي مصيبته عليه. وهذا نص في موضع النزاع.

ويعترض عليه:

بأن الحديث لا يثبت إلا موقوفاً على ابن عمر، أي بدون قوله: "مضت السنة"، كما يتبين من التخريج.

الوجه الثاني:

أنه لا يعلم لابن عمر مخالف من الصحابة رضوان الله عليهم^(٢)، فما روي عنه قول صحابي على الوجه الذي يحتج به^(٣).

الدليل الثاني:

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الخراج بالضمان»^(٤)

(١) المغني: ٤/ ٨٨ ؛ وانظر شرح الكوكب المنير، ص ٢٩٦-٢٩٧.

(٢) المحلى: ٧/ ٢٧٨.

(٣) تقدم الإشارة إلى الخلاف في حجية قول الصحابي ، انظر ص ٩٥ .

(٤) رواه الخمسة عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها (مسند أحمد: ٦/ ٤٩، ٦/ ٢٣٧؛ سنن أبي داود: ٣/ ٢٨٤ كتاب الإجارة باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا؛ سنن الترمذي: ٣/ ٥٨١-٥٨٢ كتاب البيوع باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيبا؛ سنن النسائي: ٧/ ٢٥٤ كتاب البيوع باب الخراج بالضمان ؛ سنن ابن ماجه: ٢/ ٧٥٤ كتاب التجارات باب الخراج بالضمان).
وقد روي بأسانيد:

١- فرواه جميعهم عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف الغفاري عن عروة. وفيه مخلد بن خفاف، وهو مقبول عند المتابعة. (تقريب التهذيب، ص ٥٢٣).

٢- ورواه أبو داود وابن ماجه عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه، قال أبو داود: "هذا إسناد ليس بذلك"، وذلك لأن فيه مسلم بن خالد الزنجي، وهو فقيه صدوق إلا أنه كثير الأوهام (تقريب التهذيب، ص ٥٢٩).

٣- ورواه الترمذي عن عمر بن علي المقدمي عن هشام بن عروة عن أبيه. قال الترمذي: "استغرب محمد بن إسماعيل هذا الحديث من حديث عمر بن علي قلت: تراه تدليسا؟ قال: لا". وقال الألباني: "والمقدمي هذا ثقة لكنه كان يدلس تدليسا سيئا كما هو مذكور في ترجمته، فمن الجائز أن يكون تلقاه عن الزنجي ثم دلسه. فلا يتقوى الحديث بمتابعته" (إرواء

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث دل على أن الخراج في مقابل الضمان، والمبيع قبل القبض خراجه للمشتري اتفاقاً، فضمانه عليه^(١).

اعترض على الاستدلال بالحديث من وجهين:

الوجه الأول:

أن الحديث دليل على أن الخراج لمن عليه الضمان، ولا دلالة فيه على العكس.

ويجاب:

بأن الحديث جعل الخراج في مقابل الضمان، فدل على تلازم الخراج والضمان.

الوجه الثاني:

بأن قصة الحديث في مبيع رد بالعيب بعد القبض، فيقصر الخبر على سببه، أي فيما بعد القبض^(٢)، و"الألف واللام في الخراج بالضمان للتعريف"، فكأنه قال: الخراج في مقابلة مثل هذا بالضمان، ودل على هذا التقييد قيام الدليل من خارج أن ضمان الغاصب والمقبوض عند فسخ البيع والعقود الفاسدة الضمان فيها، ولا خراج للضامن بالضمان. وقد كانت قصة الحديث في بيع وجد فيه الرد بالعيب بعد القبض. وهذا لا يمنع ثبوت الخراج بملك أو نحوه، وإن لم يكن ضماناً^(٣). ف"الخراج معلل قبل القبض بالملك، وبعده به وبالضمان معاً، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان، لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه واستبعاده أن الخراج للمشتري"^(٤).

الغليل: ١٥٩/٥).

وقد ضعف ابن حزم الحديث (المحلى: ٥٧/٤، ٤٣١/٦، ٥٩٧/٧) إلا أن الأظهر - والله أعلم - أنه لا يتزل عن الحسن بمجموع طرقه، ولهذا قال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح... والعمل على هذا عند أهل العلم". وحسنه الألباني بطريقه الأول والثاني (إرواء الغليل: ١٥٩/٥). وقال الحاكم: "هذا حديث صحيح الإسناد" (المستدرک: ١٨/٢)، وقد تلقى أهل العلم الحديث بالقبول وعملوا به، ذكر ذلك الترمذي، كما تقدم عنه آنفاً، والطحاوي (شرح معاني الآثار: ٢٢/٤). والباجي (المنتقى: ٢٥١/٤). وقد تقدم أن الحديث يرتقي إلى الصحة بتلقيه بالقبول والعمل ويستغنى بذلك عن البحث في إسناده، انظر ص ٨٧-٨٩.

(١) المعونة: ٩٧٤/٢؛ المغني: ٩٠/٤.

(٢) أسنى المطالب: ٧٣/٢؛ الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي: ٢٥٢/٢.

(٣) البحر المحیط: ١٨٩/٥.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٣٦؛ غمز عيون البصائر: ٤٣٢/١.

ويجاب:

بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. أما ما ذكر من قيام الدليل من خارج على أن ضمان الغصب لا يوجب استحقاق الخراج، فغاية ما فيه إخراج العدوان الصرف من عموم اللفظ، ويبقى داخلاً تحت العموم ما فيه حقيقة الملك أو شبهته^(١)، ومن ذلك المبيع قبل القبض.

الدليل الثالث:

أن الأصل في الضمان أنه على المالك، والسلعة قبل القبض مملوكة ملكاً مستقراً للمشتري، فضمانها عليه.

وبيان ذلك: "أن الملك لا يخلو أن يكون استقر بنفس البيع الذي هو الإيجاب والقبول المطلق، فذلك يوجب أن يكون التلف من المشتري كما بعد القبض، أو أن لا يستقر إلا بمعنى زائد عليه وهو القبض، فالقبض فرع على الملك وتابع له، لأن البائع يجبر على إقباضه للمشتري، ولولا استقرار الملك لم يجبر عليه، وإذا كان البيع لمستقر فالتلف ممن حصل الملك له وامتنع الفسخ عليه، ولأن إعتاق المشتري في العبد نافذ قبل القبض، وذلك ممتنع فيما لم يكن يستقر كبيع الخيار"^(٢).

واستدلوا على الشق الثاني: وهو أن ما لم يتمكن المشتري من قبضه فهو من ضمان البائع بأدلة منها:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: {يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ} ^(٣)، وقوله تعالى: {وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ} ^(٤)، وقوله تعالى -فيما ذم به بني إسرائيل- {وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ} ^(٥).

(١) انظر الذخيرة: ٣١٨/٨.

(٢) المعونة: ٩٧٣/٢ - ٩٧٤.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) البقرة: ١٨٨.

(٥) النساء: ١٦١.

ووجه الدلالة من الآيات ما وضعه شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: "من أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر، لأن المقصود بالعهد والعقود المالية هو التقابض، فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه ...، وهذا هو موجب العقود ومقتضاها، لأن كلا من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه الآخر وسأله منه. فالعقود موجبة للقبوض، والقبوض هي المسئولة المقصودة المطلوبة، ولهذا تتم العقود بالتقابض من الطرفين حتى لو أسلم الكافران بعد التقابض في العقود التي يعتقدون صحتها أو تحاكما إلينا لم نتعرض لذلك لانقضاء العقود بموجباتها ...، وهو من الأحكام التي يجب اتفاق الأمم والملل فيها في الجملة، فإن مبنى ذلك على العدل والقسط الذي تقوم به السماء والأرض، وبه أنزل الله الكتب وأرسل الرسل كما قال تعالى: {لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ} ^(١). وذلك أن المعاوضة كالمبايعة والمؤاجرة مبناها على المعادلة والمساواة من الجانبين، لم يبدل أحدهما ما بذله إلا ليحصل له ما طلبه. فكل منهما أخذ معط طالب مطلوب. فإذا تلف المقصود بالعقد المعقود عليه قبل التمكن من قبضه - مثل تلف العين المؤجرة قبل التمكن من قبضها وتلف ما بيع بكيل أو وزن قبل تمييزه بذلك وإقباضه ونحو ذلك - لم يجب على المؤجر أو المشتري أداء الأجرة أو الثمن" ^(٢).

الدليل الثاني:

ما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا. بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» ^(٣) قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "فقد بين النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الصحيح أنه إذا باع ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئًا. ثم بين سبب ذلك وعلته فقال: «بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟». وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن أخذ ماله بغير حق بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض. وهذا الحديث أصل في هذا الباب. والعلماء وإن تنازعوا في حكم هذا الحديث واتفقوا على أن تلف المبيع قبل

(١) الحديد: ٢٥.

(٢) مجموع الفتاوى: ٢٦٤/٣٠-٢٦٦.

(٣) رواه مسلم (صحيح مسلم: ١١٩٠/٣ كتاب المساقاة باب وضع الجوائح).

التمكن من القبض يبطل العقد ويحرم أخذ الثمن^(١)، فلست أعلم عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثاً صحيحاً صريحاً في هذه القاعدة -وهي: أن تلف المبيع قبل التمكن من القبض يبطل العقد- غير هذا الحديث^(٢).

أدلة القول الثاني:

يذهب أصحاب هذا القول إلى أن الأصل في المبيع أنه من ضمان المشتري، ما لم يكن فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد أو ذرع. وقد استدلوا على الشق الأول -وهو أن الأصل في المبيع أنه من ضمان المشتري- بما استدل به أصحاب القول الأول الذين يوافقونهم في ذلك.

واستدلوا على الشق الثاني -وهو أن ما كان فيه حق توفية فهو من ضمان البائع- بأدلة منها:

الدليل الأول:

أن ما فيه توفية لا يتمكن مبتاعه من الانتفاع به أو بيعه حتى يقبضه، وقبضه لا يحصل إلا من جهة البائع بتوقيته وتمييزه، فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه، كالمبيع في الذمة^(٣).

ويعترض عليه:

بأن العلة المذكورة لا تختص بما فيه حق توفية، بل ترد في كل ما لا يتمكن المشتري من قبضه.

الدليل الثاني:

حديث النهي عن ربح ما لم يضمن^(٤).

ووجه الدلالة منه: أن المراد به ربح ما يبيع قبل القبض^(٥)، والنهي عن البيع قبل القبض خاص بما فيه حق توفية، فدل على أن ما ينهى عن بيعه قبل قبضه -وهو ما فيه حق توفية- من ضمان البائع.

(١) لعله يعني الاتفاق في مثل تلف العين المؤجرة قبل التمكن من قبضها وتلف ما يبيع بكيل أو وزن قبل تمييزه بذلك وإقباضه.

وهو الظاهر مما تقدم عنه في الدليل الأول.

(٢) مجموع الفتاوى: ٢٦٨/٣٠-٢٦٩.

(٣) انظر المنتقى للباي: ٢٥٠/٤.

(٤) تقدم تخرجه، انظر ص ١٩٨-١٩٩.

(٥) كشف القناع: ٢٤٢/٣.

ولا يضمنه المشتري إلا بالقبض^(١).

ويعترض عليه:

بأن هذا الاستدلال قائم على أمرين:

الأول: أن المراد بالنهي عن ربح ما لم يضمن ربح ما بيع قبل القبض، وتلازم جواز التصرف والضمان، وهذا غير مسلم، بدليل النهي عن بيع الطعام المشتري جزافاً قبل قبضه^(٢)، مع دخوله في ضمان المشتري بدليل قول ابن عمر رضي الله عنهما: ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري.

الثاني: أن النهي عن البيع قبل القبض خاص بما فيه حق توفية، وهو غير مسلم أيضاً بدليل النهي عن بيع الطعام المشتري جزافاً قبل قبضه، مع أن الصبرة المشتراة جزافاً لا توفية فيها.

أدلة القول الثالث:

الدليل الأول:

"أن الله تعالى جعل القبض موجبا لتمام العقد ، فقال سبحانه وتعالى : {وَدَّرُوا مَا يَتَى مِنَ الرِّبَا} ^(٣) فجعل المقبوض مما قد استقر عليه الملك ، فلم يوجب استرجاعه ، وما ليس بمقبوض مما لم يستقر عليه ملك فأوجب رده ، ولذلك قلنا : إن عقود المشركون إذا تقابضوها مضمضة وإن عقدت فاسدة. فلما كان القبض موجبا لاستقرار الملك، وعدم القبض مانعا من استقرار الملك. اقتضى أن يكون ما تلف قبل استقرار ملك المشتري عليه لا يلزمه ضمانه ويبتل عقده"^(٤).

(١) وهذا الاستدلال إنما يستقيم على ما ذهب إليه الحنابلة من أن ما فيه حق توفية لا يجوز لمن ابتاعه أن يبيعه قبل قبضه، ولا يدخل في ضمانه إلا بالقبض، وما ليس فيه حق توفية يجوز له يبيعه قبل قبضه، ويدخل في ضمانه بمجرد العقد. فيتلازم عندهم جواز التصرف والضمان. أما المالكية فلا تلازم بين الأمرين عندهم، فإنهم يوافقون الحنابلة في أن ما فيه حق توفية لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض. أما النهي عن البيع قبل القبض فيقتصر على الطعام المتاع بالكيل أو الوزن أو العد، فلا يجوز لمن ابتاع شيئا من ذلك أن يبيعه حتى يقبضه، وما عدا ذلك يجوز له يبيعه قبل قبضه والربح فيه وإن لم يدخل في ضمانه.

(٢) تقدم تخريجه، انظر ص ١٨٨.

(٣) البقرة: ٢٧٨.

(٤) الحاوي: ١٣٦/٥.

ويعترض عليه:

بعدم التسليم بأن القبض موجب لتمام البيع واستقرار الملك، بل البيع تام والملك مستقر من دونه، وإنما استحقاق القبض من آثار البيع^(١). وهذا المعنى -أي كون القبض من آثار العقد- هو علة عدم المطالبة بما بقي من ربا الجاهلية وما قبض من عقود المشركين، باعتبار أن هذه العقود غير صحيحة فلا يصح المطالبة بآثارها، بخلاف ما قبض، فإنه وقع واستوفيت آثاره حال الشرك فلا يتعرض له، فإن "التعرض للمقبوض بإبطاله يشق، لتطاول الزمان، وكثرة تصرفاتهم في الحرام، ففيه تنفيرهم عن الإسلام، فعفي عنه، كما عفي عما تركوه من الفرائض والواجبات"^(٢).

الدليل الثاني:

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه «نهي عن بيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أنه "أخبر أن ما لم يقبض غير مضمون فممنوع من طلب الربح فيه"^(٤).

ويعترض عليه:

بأنه لا دلالة في سياق الحديث على أن ما لم يقبض غير مضمون، بل ظاهره النهي عن بيع غير المقبوض ولو كان مضموناً، والنهي عن ربح غير المضمون ولو كان مقبوضاً.

الدليل الثالث:

ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(٥). "فمنع من المطالبة بالثمن لتلف الثمرة قبل القبض، ونبه على حكم كل مبيع

(١) الذخيرة: ١٢٢/٥.

(٢) المغني: ١٣٠/٧.

(٣) رواه بهذا اللفظ الربيع في مسنده (٣٥٠/١) عن يحيى بن عامر عن عتاب بن أسيد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «انطلق إلى أهل أيلة فانهم عن أربع خصال: عن بيع ما لم يقبض، وعن ربح ما لم يضمن، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف». وفي المعجم الأوسط للطبراني (١٥٤/٢) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن.

وتقدم تخريج النهي عن ربح ما لم يضمن ص ١٩٨-٢٠٠.

(٤) الحاوي: ١٣٧/٥.

(٥) هكذا أورد الحديث الماوردي في الحاوي، وهو بهذا اللفظ جزء من حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع

تلف قبل القبض^(١) .

ويعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول:

أن هذا لا يصح مرفوعاً عن النبي صلى الله عليه وسلم^(٢)، بل هو من قول أنس بن مالك^(٣) رضي الله عنه.

ويجاب عنه:

بأن الرفع قد رواه مالك^(٤) وغيره من الحفاظ^(٥). ومع من روى الرفع زيادة علم^(٦).

الوجه الثاني:

أن هذا ورد في معرض تعليل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ولا يستقيم هذا التعليل إلا باعتبار أن التلف على المشتري، إذ لو كان التلف على البائع لم يستحق شيئاً عند تلف الثمرة ولم يكن آخذاً مال أخيه بغير حق^(٧). وإذا ثبت ذلك فمقتضاه أحد أمرين: إما أن الثمار غير مقبوضة وأن

ثمر التمر حتى يزهو فقليل لأنس: ما زهوها؟ قال تحمر وتصفر. أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك؟. متفق عليه (صحيح البخاري: ٧٦٨/٢ كتاب البيوع باب بيع المخاضرة؛ صحيح مسلم: ١١٩٠/٣ كتاب المساقاة باب وضع الجوائح).

ويحتمل أن يكون المراد به حديث وضع الجوائح المتقدم. وسياق الاستدلال يدل عليه، وهو أقوى في الاستشهاد لهذا القول، لولا أن أصحاب هذا القول -وهم الحنفية والشافعية- لا يذهبون إلى وضع الجوائح. إلا أن يكون الاستشهاد به باعتبار أنه وارد فيما لم يقبض، وهو أحد تأويلاتهم له.

(١) الحاوي: ١٣٧/٥.

(٢) انظر فتح الباري: ٣٩٨/٤؛ التمهيد: ١٩٠/٢.

(٣) هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم الخزرجي الأنصاري، من بني عدي بن النجار، خادم النبي صلى الله عليه وسلم، أسلم صغيراً عند الهجرة وعمره عشرة أعوام أو دون ذلك، وخدم النبي صلى الله عليه وسلم إلى أن قبض، وهو من المكثرين من الرواية، توفي بالبصرة عام ٩٣هـ، وقيل عام ٩٠هـ. (الأعلام: ٢٥/٢؛ الاستيعاب: ١٠٩/١-١١١؛ الإصابة: ١٢٦/١-١٢٨).

(٤) موطأ مالك: ٦١٨/٢، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.

(٥) التمهيد: ١٩٠/٢.

(٦) فتح الباري: ٣٩٩/٤.

(٧) وبهذا علل الماوردي نفسه ما ذهب إليه الشافعية من عدم وضع الجوائح، فقال: "لو كانت الجائحة مضمونة على البائع لما استنصر المشتري بالجائحة قبل بدو الصلاح، ولما كان لنهييه عنه حفظاً لمال المشتري وجهاً، لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع على البائع، فلما نهي عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها، لأن لا يأخذ مال المشتري بغير حق، علم أن

الضمان في هذه الحال على المشتري على ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، فيكون الحديث دليلاً لهم لا عليهم. أو أن الثمار مقبوضة بالتخلية، والضمان بعد القبض على المشتري إجماعاً، فيكون الحديث في غير موضع النزاع.

الدليل الرابع:

أن قبض المبيع مستحق بالعقد، فيكون فواته -بتلف المبيع قبل القبض- مبطلاً له، كالصرف^(١).

ويعترض عليه:

بأن القبض شرط في الصرف، ولهذا يبطل بفواته، بخلاف غيره.

الدليل الخامس:

أن القفيز المبيع من الصبرة قبل استيفائه من ضمان البائع اتفاقاً، فكذلك كل مبيع قبل القبض^(٢).

ويعترض عليه:

بأن المعنى في عدم دخول القفيز في ضمان المشتري عدم تمكنه من قبضه، لعدم تعيينه واختلاطه بمال البائع، وذلك غير متحقق في المبيع المعين الذي يتمكن المشتري من قبضه.

أدلة القول الرابع:

يستدل أصحاب هذا القول بما يستدل به أصحاب القول الأول على أن الأصل في المبيع أنه من ضمان المشتري، إلا أنهم يعممون ذلك في كل مبيع سواء تمكن المشتري من قبضه أو لم يتمكن، وسواء كان فيه حق توفية أو لم يكن.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- هو القول الأول لما تقدم في الاستدلال له، وهو ما اختاره شيخ الإسلام

الجائحة لا تكون مضمونة على البائع، وأنها مضمونة فيما صح بيعه على المشتري" (الحاوي: ٢٠٦/٥ ؛ وانظر الأم:

٥٨٣).

(١) الحاوي: ١٣٧/٥.

(٢) انظر الحاوي: ١٣٧/٥.

ابن تيمية، وقد نسه إلى مذهب مالك، وذلك متجه بالنظر إلى الصور المستثناة عند المالكية من الدحول في ضمان المشتري، والمتقدم الإشارة إليها، إذ يجمعها عدم تمكن المشتري من القبض فيها.

الفرع الثاني: ضمان الدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه.

يرد على الدين التعيب، والغالب أن يكون ذلك من جهة ملاءة المدين أو من جهة ما يوثق به الدين من رهن أو كفالة، فقد يعسر المدين أو الكفيل بالدين أو يفلس أو يموت مفلساً، وقد يكون الدين موثقاً برهن فيتلف أو يستحق أو يتعيب، وكل ذلك قد يكون بعد أن يقبض الدينَ مشترى من بائعه، بالكيفية المتقدم بياها، وقد يكون قبل القبض.

وبناء على ما تقدم ترجيحه في ضمان المبيع قبل القبض فإن المشتري إذا كان متمكناً من قبض الدين من بائعه، فتأخر في قبضه حتى تعيب الدين، فإن ذلك من ضمان المشتري، ولا يستحق بذلك الرجوع على البائع بما سلمه من الثمن.

وإن كان المشتري غير متمكن من قبض الدين من بائعه، كما لو اشترى الدين وامتنع البائع من الإشهاد أو تسليمه وثيقة الدين، أو كانت الوثيقة غائبة وبعث البائع في طلبها، فتعيب الدين قبل وصولها، ففي مثل هذه الحالات يكون الدين من ضمان البائع، ويستحق المشتري فسخ العقد والرجوع على البائع بما سلمه من الثمن.

ومع أن الأصل ما تقدم فقد يشترط المشتري على البائع امتداد ضمانه الدين بالثمن إلى حين الوفاء به من المدين، بحيث إذا امتنع المدين عن الوفاء أو عجز عنه يثبت للمشتري حق فسخ عقد بيع الدين والرجوع على البائع بالثمن.

ولم أجد لهذه المسألة نصاً للفقهاء المحييين لبيع الدين لغير من هو عليه، والظاهر -والله أعلم- عدم جوازها لأن ثمن الدين المقبوض في مجلس العقد يكون متردداً بين السلفية والتمنية، فإن وفي المدين الدين كان ثمناً، وإن لم يف به كان سلفاً، لأن المشتري يرجع على البائع به. "وحكمة منع التردد بين السلفية والتمنية ما فيه من سلف جر نفعاً، لأن الدافع للثمن لم يكن قصده بالسلف على احتمال حصوله وجه الله بل رضاه به مجوزاً كونه ثمناً ولولا ذلك ما دفعه^(١)".

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ١٤٠/٣.

المطلب الثاني: حكم اشتراط الكفالة بالدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه.

وفيه فرعان:

- الفرع الأول: حكم اشتراط كفالة البائع بالدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه .
الفرع الثاني: حكم اشتراط كفالة غير البائع بالدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه.

الفرع الأول: حكم اشتراط كفالة البائع بالدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه .

قد يشترط المشتري - في عقد بيع الدين لغير من هو عليه - على البائع أن يضمن الدين بمثله، بحيث يستحق المشتري الرجوع عليه بالدين إذا امتنع المدين عن الوفاء. ولم أجد - فيما اطلعت عليه - نصاً للفقهاء الجيزين لبيع الدين لغير من هو عليه في هذه المسألة. وقد يقال أنه يرد فيها المعاوضة على الضمان، لأن الدين مع الضمان يباع بأكثر مما يباع بدونه، والمعاوضة على الضمان لا تجوز. وعلى فرض عدم الزيادة في ثمن الدين مقابل الضمان فإن عقد الضمان عقد تبرع، وعقد البيع عقد معاوضة، والجمع بين عقد معاوضة وعقد تبرع لا يجوز، للنهي عن سلف وبيع^(١).

إلا أن الأظهر - والله أعلم - جواز هذا الضمان، لأن العقد بالضمان يصبح قريباً في المعنى من التعاقد على بيع سلعة معينة بثمن مؤجل، على أن يستوفي صاحب السلعة ثمنها عند حلول الأجل من شخص آخر مدين للمشتري، وأنه إن تعذر عليه الاستيفاء رجع على المشتري، فالعقد جائز على هذه الصورة، لأنه لا غرر فيه، فكذلك إذا ضمن بائع الدين لمشتريه استيفاءه من المدين، بل هو أولى بالجواز من بيع الدين لغير من هو عليه مع عدم ضمانه، لأن الضمان أنفى للغرر، وقد جوز المالكية بيع العطاء قبل استحقاقه وإن كان غير مأمون بشرط ضمان صاحب العطاء له إذا لم يخرج^(٢)، وتقدم ترجيحه، ففي معناه بيع الدين لغير من هو عليه بشرط ضمان بائع الدين لمشتريه استيفاءه من المدين. أما المعاوضة على الضمان فإنها جاءت تبعاً، ويجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، وكثير من عقود

(١) تقدم تخرجه، انظر ص ٧٣ ، ١٨٩-١٩٩.

(٢) انظر ص ٣٥٠-٣٥٣.

المداينات لا تخلو من معنى الاعتياض عن الضمان، ولم يقتض ذلك المنع منها لأن المعاوضة على الضمان فيها جاءت تبعاً لا استقلالاً، فكذلك المعاملة محل البحث.

الفرع الثاني: حكم اشتراط كفالة غير البائع بالدين المبيع في عقد بيع الدين لغير من هو عليه.

قد يشترط المشتري - في عقد بيع الدين لغير من هو عليه - على البائع ضمينا - غيره - بالدين، بحيث يستحق المشتري الرجوع على هذا الضمين إذا امتنع المدين عن الوفاء. ولم أجد - فيما اطلعت عليه - نصاً للفقهاء المجيزين لبيع الدين لغير من هو عليه في هذه المسألة. وبتأملها يظهر أنه لا محذور في ذلك، لأن اشتراط الضمين بمعنى اشتراط صفة في المبيع، ولأن عقد الضمان يقع تبرعاً من الغير دون مقابل، وبذلك فإن عقد الضمان يقع مستقلاً عن عقد البيع منفكاً عنه، فلا يرد في ذلك محذور اجتماع عقدي البيع والضمان.

المبحث الثالث: آثار بيع الدين

وفيه مطلبان:

المطلب الأول : آثار بيع الدين لمن هو عليه.

المطلب الثاني : آثار بيع الدين لغير من هو عليه.

المطلب الأول : آثار بيع الدين لمن هو عليه.

بيع الدين لمن هو عليه عقد معاوضة بين الدائن والمدين، يستبدل فيه الدائن ما له من الدين في ذمة المدين بعوض. ولهذا العقد آثار بالنظر إلى كونه عقد معاوضة يشارك فيها بقية عقود المعاوضات، وآثار بالنظر إلى كون أحد عوضيه ديناً سابق التقرر في ذمة مشتريه، وآثار أخرى بالنظر إلى العوض الذي يستعاض به عن الدين تختلف بحسب ما إذا كان هذا العوض ديناً آخر للمدين على الدائن، أو منفعة مدة معلومة، أو عيناً - أي ليس ديناً ولا منفعة- . وتجنباً للإطالة فإني أقتصر هنا على بحث آثار العقد بالنظر إلى كونه وارداً على دين، أما بالنظر إلى آثاره المترتبة عليه باعتباره عقد معاوضة، أو آثاره المترتبة عليه بالنظر إلى كون العوض فيه منفعة أو عيناً، فمحل ذلك الدراسات الخاصة بالعقود عامة أو عقود المعاوضات خاصة، والدراسات الخاصة بعقدي البيع والإجارة.

وبناء على ما تقدم فإني أتناول آثار بيع الدين لمن هو عليه في فرعين:

الفرع الأول: براءة ذمة المدين بالعقد.

الفرع الثاني: عود الدين في ذمة المدين عند فسخ العقد أو انفساخه.

الفرع الأول : براءة ذمة المدين بالعقد.

وهذا الأثر هو غرض المدين في عقد بيع الدين لمن هو عليه. وهو أهم آثار العقد.

وهنا يرد البحث في كيفية ترتب هذا الأثر على العقد، ولم أجد في أكثر ما اطلعت عليه من

مصادر فقهية تصريحاً بذلك، إلا أنه يمكن إيراد ثلاثة آراء في ذلك:

الرأي الأول: أن ذمة المدين تبرأ بتملكه ما عليه من الدين، أي أن حقيقة العقد تمليك المدين ما

عليه من الدين، وبذلك يعد الدين منقضيّاً لاتحاد الذمة وعدم الفائدة في المطالبة. كما تبرأ

ذمة المدين في صورة ما لو كان مديناً لمورثه، ثم مات وإرثه منحصر فيه. فإن ذمته تبرأ بأيلولة الدين إليه بالإرث، "لحلولة محل الدائن المورث، فإذا طالب بالدين، فهو إنما يطالب نفسه ليأخذه لنفسه، وذلك لاتحاد الذمة، فيسقط الدين وينقضي لعدم الفائدة في المطالبة"^(١).

الرأي الثاني: أن ذمة المدين تبرأ بسقوط الدين من ذمته مقابل العوض الذي يبذله، أي أن حقيقة العقد إسقاط للدين بعوض.

قال العز بن عبدالسلام في قواعد الأحكام^(٢): "والتصرفات أنواع : نقل، وإسقاط، وقبض، وإذن، ورهن، وخلط، وتملك، واختصاص، وإتلاف، وتأديب خاص وعام" ثم قال: "إسقاط الحقوق.. ضربان: أحدهما : إسقاط بغير عوض، فمنه الإبراء الذي يسقط الدين من الذمة ولا ينقله إلى المدين، ومنه إسقاط القصاص بالعفو... الضرب الثاني: الإسقاط بالأعواض، كإسقاط حق الزوج من البضع بالخلع أو بالطلاق على مال، وكالصلح عن الدين فإنه يسقطه عن المدين ولا ينقله إليه، وكذلك العتق على مال، ويبيع العبد من نفسه، فإنه يسقط الملك ولا ينقله إلى الرقيق، وكذلك الصلح عن القصاص في النفوس والأطراف فإنه يسقط القصاص عن الجاني ولا ينقله إليه، فيقع بهذه التصرفات النقل في أحد الجانبين والإسقاط من الآخر". وكلامه رحمه الله وإن كان في الصلح عن الدين إلا أنه يرد في بيع الدين لمن هو عليه، لما تقدم^(٣) من أن الصلح عن الدين بعوض من غير جنسه هو في حقيقته بيع الدين لمن هو عليه.

ويشكل على هذا الرأي أن عقد بيع الدين لمن هو عليه - عند من يجيزه - عقد بيع، والبيع ينقل الملك في عوضه، في حين أن الإسقاط لا ينقل الملك في الساقط. إضافة إلى أن العقد لو كان إسقاطاً بعوض لاتجه القول بجواز أن يكون العوض ديناً في الذمة، لأن مقابل العوض هو إسقاط الدين وليس الدين نفسه، فلا يكون العقد بيعاً للدين بالدين، ولاتجه القول أيضاً - لهذا المعنى - بعدم جريان الربا بين الدين والعوض، ولا قائل بذلك.

الرأي الثالث: -وهو للحنفية- أن ذمة المدين تبرأ كما تبرأ بوفاء الدين من جنسه، أي بالمقاصة

(١) الموسوعة الفقهية: ١٤٠/٢١.

(٢) ٨٣-٨٢/٢.

(٣) انظر ص ٥٠٤.

على ما تقدم بيانه^{(١)(٢)}، ومعنى ذلك أن حقيقة العقد مبادلة المدين ما يبذله من العوض بحال في ذمة الدائن مماثل لما في ذمته، ثم يعد الدائن مستوفياً حقه بالمقاصة.

وهذا مبني على ما ذهب إليه الحنفية في حقيقة الوفاء بالدين، وقد تقدم ترجيح خلافه.

الفرع الثاني: عود الدين في ذمة المدين عند فسخ العقد أو انفساخه.

إذا استحق أحد طرفي عقد بيع الدين لمن هو عليه فسخ العقد، فاختار فسخه، أو انفسخ العقد لأي سبب، فإن الدين يعود في ذمة المدين كما كان، بعد أن برئت منه ذمته في المدة ما بين العقد والفسخ أو الانفساخ. فإن كان بالدين رهن أو كفيل عاد أيضاً.

قال ابن رجب في القواعد^(٣): "لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه في المجلس صح الصلح وبرئت ذمته من الدين وزال الرهن، فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله".

(١) انظر ص ٣٣-٣٤.

(٢) في تبين الحقائق (٩٦/٦): "لو استوفى المرهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى إلى من استوفى منه وهو من عليه الدين أو المتطوع بخلاف الإبراء. ووجه الفرق أن الإبراء يسقط به الدين أصلاً وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين، لكن يكون المقبوض مضموناً على القابض فيلتقيان قصاصاً، ومعناه أن دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة في مطالبة كل واحد منهما صاحبه، لأن كل استيفاء يوجد يعقب مطالبة مثله فيؤدي إلى الدور، فترك الطلب لعدم الفائدة، فأما الدين نفسه فثبت في ذمة كل واحد منهما. فإذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الأول -وهو الاستيفاء بقبض الرهن- وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة، وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عن الدين على عين". قال في حاشية الشلي عليه: "قوله: (أو صالح عن الدين على عين) أي لأنه استيفاء، أي لأن الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين".

(٣) ص ٥١؛ وانظر كشاف القناع: ٣/٣٣٣.

المطلب الثاني : آثار بيع الدين لغير من هو عليه.

على نحو ما تقدم في بيع الدين لمن هو عليه، فإن لعقد بيع الدين لغير من هو عليه -باعتباره عقد معاوضة- آثاراً يشارك فيها بقية عقود المعاوضات، وآثاراً بالنظر إلى كون أحد عوضيه ديناً في ذمة الغير، وآثاراً أخرى بالنظر إلى مقابل الدين تختلف بحسب ما إذا كان عيناً أو منفعة. وأقتصر هنا على بحث آثار العقد بالنظر إلى وروده على دين في ذمة الغير، وذلك في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: انتقال ملك الدين إلى مشتريه.

الفرع الثاني: استحقاق المشتري تسليمه الدين.

الفرع الثالث: ضمان البائع سلامة الدين من العيوب.

الفرع الأول: انتقال ملك الدين إلى مشتريه.

إن الغرض المقصود من عقد بيع الدين لغير من هو عليه هو انتقال ملك الدين المبيع من بائعه إلى مشتريه، فبانعقاد العقد صحيحاً ينتقل الملك في الدين إلى المشتري، فيكون له وحده حق مطالبة المدين بأدائه، والتصرف فيه بالإبراء والصلح والهبة والبيع والحوالة ونحو ذلك. وبمجرد تمكنه من تسلم الدين فإن الدين يدخل في ضمانه من جهة ما قد يطرأ بعد العقد على المدين أو كفيله من فلس أو إعسار، وما قد يطرأ على ما ارتهن بالدين من تلف أو نقصان أو عيب. أما بائع الدين فإن صلته تنقطع عن الدين من حين العقد، فلا يملك مطالبة المدين، ولا يملك إبراءه أو مصالحته، ولا هبة الدين أو التصرف فيه ببيع أو حوالة. كما أن الدين يخرج من ضمانه بتمكن المشتري من قبضه، فلا يتحمل تبعه ما قد يطرأ على الدين وتوثيقاته بعد ذلك.

وإذا كان الدين موثقاً برهن أو كفيل، فقد نص المالكية على "أن من اشترى ديناً أو وهب له وكان برهن أو حميل لم يدخل فيه الرهن أو الحميل إلا بشرط دخولهما وحضور الحميل وإقراره بالحمالة، وإن كره [أي الحميل] التحمل لمن ملكه، ولرب الرهن إذا شُرط دخوله وكره [أي ربُّ الرهن] ذلك الثاني -وهو المشتري للدين أو الموهوب له- وضعه عند أمين، وهذا بخلاف من ورث ديناً برهن أو حميل، فإنه يكون له بهما وإن لم يشترط ذلك، وللراهن وضعه عند أمين إذا كره وضعه

الفرع الثاني: استحقاق المشتري تسليمه الدين.

إذا انعقد بيع الدين لغير من هو عليه صحيحاً بشروطه، فعلى بائع الدين تسليمه لمشتريه، وذلك بحسب ما يقتضيه العرف في كيفية تسليم الدين، على ما تقدم بيانه^(٢)، ومن ذلك الإشهاد على البيع، وتسليم وثيقة الدين إن وجدت، والجمع بين المدين ومشتري الدين، إذا اقتضى العرف ذلك. فإن امتنع البائع عن تسليم الدين لم يؤثر ذلك في صحة العقد إذا استوفى شروطه، ويستحق المشتري مطالبة البائع بالتسليم، أو فسخ العقد والرجوع عليه بما أداه ثمناً للدين، وذلك وفقاً للأحكام الفقهية المقررة في حالة امتناع البائع عن تسليم المبيع، والتي ليس هذا موضع بسطها.

الفرع الثالث: ضمان البائع سلامة الدين من العيوب.

يضمن بائع الدين سلامته من العيوب الحادثة قبل العقد إذا لم يعلم بها المشتري، بناء على القواعد المقررة في ضمان البائع سلامة المبيع من العيوب. وكذلك يضمن بائع الدين سلامة الدين من العيوب الحادثة بعد العقد وقبل تمكن المشتري من قبض الدين. أما بعد تمكن المشتري من القبض فإن أي عيب يطرأ على الدين يكون من ضمانه، ولو لم يقبضه فعلاً. وهذا بناء على ما تقدم ترجيحه^(٣) من أن ضمان البائع في عقد بيع المعين يمتد إلى حين تمكن المشتري من القبض.

وقد تقدم الإشارة إلى أن العيوب -التي قد يكون الدين متصفاً بها حين العقد أو تطرأ على الدين بعد العقد- قد تكون من جهة ملاءة المدين أو من جهة ما يوثق به الدين من رهن أو كفالة، فقد يعسر المدين أو الكفيل بالدين أو يفلس أو يموت مفلساً، وقد يكون الدين موثقاً برهن فيتلف أو يستحق أو يتعيب.

وتوضيحاً لما تقدم أضرب المثال التالي: لو وقع العقد على بيع دين على زيد، ثم ظهر أن زيداً معسر، فإن كان الإعسار قبل عقد بيع الدين، وكان المشتري يعلم بذلك حين العقد، أي أن العقد

(١) حاشية الدسوقي: ٦٣/٣ ؛ وانظر حاشية الصاوي: ٩٩/٣.

(٢) انظر ص ٥٦٩-٥٧٠.

(٣) انظر ص ٥٧٣-٥٨٤.

وقع باعتبار زيد معسراً، فلا حق له في الرجوع على البائع، لعلمه بالعيب وقت العقد، وإن كان لا يعلم بذلك، أي أن العقد وقع باعتبار زيد مليئاً، فله حق فسخ العقد والرجوع على البائع بما أداه ثمناً للدين. أما إن كان الإعسار حادثاً بعد العقد، فإن كان قبل تمكن المشتري من قبض الدين بقبض وثيقته، فللمشتري الرجوع على البائع لأن العيب حدث في المبيع حال كونه من ضمان البائع، وإن كان الإعسار بعد تمكن المشتري من القبض، فلا حق له في الرجوع لحدوث العيب بعد انتقال الضمان إليه.