

!

ملخصات الأبحاث القضائية
(العدد التاسع عشر)

محتويات العدد

يضم هذا العدد من السلسلة عدد (7) من ملخصات الأبحاث وهي:

- القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقاتها في العقود 21
 - إعداد: محمد بن حسين العبدلي
 - إشراف: د. هشام بن عبدالمك آل الشيخ
 - العام الجامعي: 1429 - 1428هـ
- القصد في العقود المالية 109
 - إعداد: خالد بن صالح الجنيدي
 - إشراف: د. عبدالعزيز المحمود
 - العام الجامعي: 1429 - 1430هـ
- أثر الجهالة في المعاملات المعاصرة 213
 - إعداد: فهد بن عبدالرحمن الدهش
 - إشراف: د. هشام بن عبدالمك آل الشيخ
 - العام الجامعي: 1430 - 1429هـ
- المحكوم به من قولي المتعاقدين في المعاملات 265
 - إعداد: عبدالرحمن بن محمد حمزي
 - إشراف: د. خالد العجلان
 - العام الجامعي: 1429 - 1430هـ
- الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقود الإدارية 301
 - إعداد: زكريا بن إبراهيم العجلان
 - إشراف: د. خالد الظاهر
 - العام الجامعي: 1430-1431هـ
- بيع الاسترجار وتطبيقاته المعاصرة 371
 - إعداد: عبدالعزيز بن محمد الشيب
 - إشراف: د. هشام بن عبدالمك آل الشيخ
 - العام الجامعي: 1430 - 1431هـ
- ملكية الثمار والزروع بعد بيع أصولها في الفقه الإسلامي 459
 - إعداد: صلاح محمد الشدي
 - إشراف: د. خالد العجلان
 - العام الجامعي: 1432 - 1431هـ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله
وصحبه ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذا هو العدد السادس عشر من سلسلة ملخصات الأبحاث القضائية ، والتي
حرصنا فيها على تسهيل الانتفاع بالبحوث التكميلية ورسائل الدكتوراه لقسمي
(السياسة الشرعية ، والفقہ المقارن) في مكتبة المعهد العالي للقضاء ، وذلك بتلخيصها
تسهيلاً للانتفاع بها وإيصالها إلى المستفيدين بأكبر قدر ممكن.
وقد أخذت اللجنة في التلخيص منها حرصت فيه أن يقدم زبدة البحث بما
يفيد المختص و الباحث والقارئ.

وقد وصل عدد البحوث الملخصة في الأعداد السابقة (107) بحثاً ملخصاً.
أسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يبارك لنا في هذا المشروع ويعيننا على إنجازه
بجميع مراحلہ على أكمل حال وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يحقق فيه الأجر
والنفع للجميع.

كما أسأله سبحانه أن يجزي بالخير الوفير القائمين على هذا العمل ، ومن
بادروا بطباعة هذه السلسلة وإخراجها ونشرها. أمين أمين أمين.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه /

رئيس لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

د. عبدالعزيز بن سليمان بن علي الغسلان

رؤيتنا

جمعية رائدة محليا وعالميا في مجال القضاء.

رسالتنا

جمعية علمية قضائية سعودية رائدة تستهدف التميز في تقديم الاستشارات والدورات والدراسات والبحوث العلمية التطبيقية في المجالات القضائية من خلال أنشطتها ومشاريعها مع بناء علاقات إيجابية.

أهدافنا

1. تقديم الدراسات التي تجلي تميز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته وأبرز جوانب العدالة فيه، والإجابة عن ما يثار حوله من شبهات.
2. العناية بالتراث القضائي الإسلامي تحقيقا ودراسة ونشرا ورصدا، بما في ذلك الرسائل العلمية في الأقضية وما يتعلق بها.
3. دراسة ماله علاقة بالقضاء من النوازل والحوادث والقضايا المعاصرة.
4. تقديم المشورة العلمية في مجال التخصص.
5. التنسيق بين المتخصصين من القضاة والمحامين والباحثين في الشؤون العلمية القضائية، ومد الجسور بينهم وبين الجهات العلمية والإعلامية ونحوها.
6. تيسير تبادل النتاج العلمي في مجال اهتمامات الجمعية بين الجهات والأفراد ذوي الاهتمام داخل المملكة وخارجها.
7. تطوير الأداء العلمي والعملي لأعضاء الجمعية.
8. تحقيق التواصل العلمي بين أعضاء الجمعية.
9. المشاركة الفاعلة في الجهود المبذولة لتطوير القضاء وما يتصل به من الجوانب العلمية والعملية.
10. تدعيم مفاهيم ومبادئ الاستقلال القضائي، وسيادة الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، والأخلاقيات المهنية والأداء القضائي، وتيسير ممارسة الأفراد لحق التقاضي، وتوعيتهم بمبادئ وأداء مرفق القضاء.
11. نقل العلوم والمهارات القضائية في المملكة إلى العالم للتعريف بها.

قائمة بأسماء البحوث الملخصة في الأعداد السابقة

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
1	الحكمة العليا في نظام القضاء	الأول	عثمان بن صالح السبيعي	د.رضا متولي وهدان	1429هـ - 1430هـ
2	الاختصاص المكاني في رفع الدعوى	الأول	بندر بن عبد العزيز العرفج	د.ناصر بن محمد الجوفان	1425هـ - 1426هـ
3	حصانة القاضي	الأول	سلمان بن فوزان الفوزان	د.محمود حجازي	1429هـ
4	الصلح القضائي وتطبيقاته في المحاكم السعودية	الأول	عبد الله بن سعد القحطاني	د. يوسف بن عبد الله الشبيلي	1427هـ - 1428هـ
5	السوابق القضائية	الأول	شيخين بن محمد العبدلي	د. خالد الوذيني	1426هـ - 1427هـ
6	إجراءات الإثبات بالشهادة في نظام الإجراءات الجزائية	الأول	منصور بن محمد الهندي	د. فيصل الرميان	1424هـ - 1425هـ
7	الظعن بالإنكار في المحررات في نظام المرافعات	الأول	صالح بن عبد الله المحسين	د. عارف العلي	1429هـ - 1430هـ
8	أحكام غير المكلفين في نظام المرافعات الشرعية	الأول	عبد الله بن حمود العفيص	د. ناصر بن محمد الجوفان	1429هـ - 1430هـ
9	أحكام تشريح جثة الأدمي وتطبيقاته القضائية	الأول	نايف بن سعد الشنيفي	د. خالد العجلان	1425هـ - 1426هـ
10	ولاية كاتب العدل في توثيق العقود	الأول	فيصل بن عبد الرحمن العصفور	د. عبد الكريم الصايغ	1428هـ
11	المنع من السفر	الأول	إسحاق بن إبراهيم الحصين	د. فيصل الرميان	1428هـ - 1429هـ
12	الحبس التعويضي	الأول	عبد السلام بن سليمان الصنع	د. يوسف الخضير	1425هـ - 1426هـ
13	جريمة تعاطي المخدرات وعقوبتها	الأول	لؤي بن عبد الله الخليوي	د. سعود بن محمد البشر	1427هـ - 1428هـ

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
14	إشراف الجهة القضائية على تنفيذ العقوبات القضائية	الأول	إبراهيم بن يحيى الجهيمي	أ.د. عبد الله بن إبراهيم الطريقي	1428هـ
15	المحكم في نظام التحكيم السعودي	الأول	إبراهيم بن صالح الأطرم	د. ناصر الجوفان	1427هـ
16	الإدخال والتدخل في نظام المرافعات الشرعية	الثاني	محمد بن علي الدوسري	د. ناصر الجوفان	1428هـ
17	أحكام جريمة المعاكسة في النظام السعودي	الثاني	محمد بن رزق الله بن محمد السلمي	أ.د. عبدالله بن إبراهيم الطريقي	1431هـ
18	تعدد درجات التقاضي	الثاني	ضاحي بن علي بن سعود العثمان	د. عارف بن صالح العلي	1425هـ
19	الخبير ندبه ومسؤولياته وحقوقه في نظام المرافعات الشرعية	الثاني	عبدالرحمن بن عبدالإله الدوسري	د. حمزة بوستان حمزة	1425هـ
20	دعوى الإعسار في الفقه والنظام السعودي	الثاني	عبدالرحيم بن إبراهيم المحيذيف	د. ناصر بن محمد الجوفان	1429هـ
21	حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية	الثاني	حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري	د. سعود بن محمد البشر	1426هـ
22	إثبات جرائم تقنية المعلومات	الثاني	حسن بن رجب بن حسن الزهراني	د. رضامتولي وهدان	1424هـ
23	الإثبات الرقمي	الثاني	عبدالله بن صالح اللحيدان	د. عبدالرحمن السند	1430هـ
24	أحكام التظهير التأميني	الثاني	فارس بن لاحق بن مزيد السلمي	د. رضامتولي وهدان	1426هـ
25	أحكام رأس مال الشركة المساهمة	الثاني	عبدالرحمن بن محيسن بن عبدالرحمن المحيسن	د. رضامتولي وهدان	1425هـ
26	الجريمة الصحفية وعقوبتها	الثاني	مهدي بن عماش سليمان الشمري	د. يوسف	1423هـ

م	المخلص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
				الخضسي	
27	مواعيد إجراءات الإثبات في نظام المرافعات الشرعية	الثاني	عبدالرحمن بن حمد بن إبراهيم الجنيدل	د. فيصل بن زميان الرميان	1425هـ
28	تحريك القضاء للدعوى الجنائية في الفقه والنظام	الثالث	مشعل بن زايد بن مفوز الشمري	أ. د. مدني عبد الرحمن تاج الدين	1431-1432هـ
29	الأحكام الفقهية لخدمات المكاتب العقارية	الثالث	زياد بن عبدالمحسن بن محمد العجيان	أ. د. خالد بن زيد الوذيناسي	1428هـ
30	البريد الإلكتروني ضوابطه، وحجته	الثالث	عبدالله بن سعد الربيك	أ. د. عبدالرحمن بن عبدالله السند	1428-1429هـ
31	المساهمة في الجرائم المعلوماتية المتعلقة بالاعتداء الشخصي	الثالث	أشرف بن عبدالله الضوحي	د. رضا الملاح	1428-1429هـ
32	المسؤولية الجنائية في الجرائم العالمية تجاه القضاء	الثالث	سليمان بن إبراهيم بن عبد الرحمن الفعيم	د. علي بن راشد الديبان	1428-1429هـ
33	الستر في الجرائم	الرابع	علي بن عبد العزيز بن علي الرومي	د. عبد الكريم الصايغ	1428هـ
34	ضمانات التحقيق الجنائي مع المرأة قضاء تنفيذ	الرابع	عبد الله بن عبد العزيز الشتوي	د. فيصل الرميان	1427-1428هـ
35	قضاء التنفيذ	الرابع	يوسف بن عبد الرحمن البديوي	د. ناصر بن محمد الجوفان	1428-1429هـ
36	الضوابط الفقهية في النفقات مع تطبيقات قضائية	الرابع	عبد العزيز بن عبد الله المقبل	د. صالح اللحيان	1424هـ
37	سلطة الدولة في إبعاد الأجانب	الرابع	ماجد بن أحمد أبو زهير	د. سعود البشر	1432-1433هـ
38	أحكام بيع المزايمة في الفقه الإسلامي	الخامس	خالد بن عبدالعزيز السعيد	د. عبدالله بن منصور الغفيل	1430هـ
39	أحكام إصدار الأوامر القضائية	الخامس	مساعدة بن محمد بن	د. فيصل بن	1431هـ

م	المخصص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
			مبارك الجوفان	رميان الرميان	
40	الاستيقاف	الخامس	نواف بن عبدالرحمن السويلمي العتري	د. هاني الطهراوي	1429هـ
41	تصرفات القاضي وأحكامه النيابة وتطبيقاتها القضائية	الخامس	إبراهيم بن محمد بن عبدالله الفالح	أ.د. / عبدالرحمن بن سلامة المزيبي	1430هـ
42	خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري	الخامس	أحمد بن محمد الجوير	د. خالد بن خليل الظاهر	1430هـ
43	نظام الأئمة والمؤذنين	السادس	عبد العزيز بن حمود الفوزان	د. فيصل الرميان	1427هـ
44	أحكام التظلم الإداري	السادس	فارس بن أحمد الشهري	د. فيصل الرميان	1426هـ
45	أحكام المحاصة	السادس	سامي بن مسعد المطيري	د. سعد بن عمر الخراشي	1423- 1424هـ
46	احتصام الغير في نظام المرافعات الشرعية	السادس	عبد العزيز بن سليمان العيد	د. ناصر الجوفان	1422هـ
47	القواعد الفقهية في صيغ العقود وتطبيقاتها	السادس	عبد العزيز بن محمد عبد الباقي	د. يوسف الشبيلي	1426- 1427هـ
48	السببية الجنائية	السابع	عبد الله بن محمد عبد الله الرشود	د. رضا بن متولي وهدان	1425- 1426هـ
49	آثار القدرة على دفع الجنابة وتطبيقاتها القضائية	السابع	عبد الله بن سعد الدوسري	د. يوسف بن عبد الله الشبيلي	1426- 1427هـ
50	العاهات النفسية وأثرها في المسؤولية الجنائية	السابع	خالد بن سليمان الحمد الحويس	أ.د. سعود بن محمد البشر	1425هـ
51	أحكام جريمة الاتفاق الجنائي	السابع	عثمان بن سعدي بن خليف الشمري	د. رضا متولي وهدان	1424هـ

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
52	أحكام جريمة الكسب غير المشروع	السابع	ماجد بن محمد القشيري الشهري	د. يوسف الخصير	1423هـ
53	التحقيق الإداري	الثامن	عبدالله بن عبدالعزيز بن فهد العجلان	أ.د. محمد الحسيني الشعراوي	1425- 1426هـ
54	الدفع الإدارية وتطبيقاتها القضائية من محاكم ديوان المظالم	الثامن	عبدالله بن علي عبدالرحمن العليان	د. محمد مصيلحي	1423هـ
55	القيود على جهة الإدارة في العقود الإدارية	الثامن	يحيى بن أحمد بن محمد عبيد	د. خالد بن خليل الظاهر	1428- 1427هـ
56	العرف الإداري وتطبيقاته في النظام الإداري السعودي	الثامن	عبد اللطيف بن عوض محمد القرني	د.عبد الكريم الصايغ	1425هـ
57	الدفع في نظام المرافعات الشرعية	التاسع	فهد بن عبد العزيز اليحيى	د. ناصر بن محمد الجوفان	1424- 1425هـ
58	العرف التجاري وأثره في المعاملات التجارية السعودية	التاسع	داود بن محمد بن عبد الله بن دواد	د. ناصر بن محمد الجوفان	1424هـ
59	البيانات الشكلية وعبوها في السند الآمر	التاسع	عبد الرحمن بن عبد الله الرومي	د. عبد الكريم الصايغ	1425هـ
60	القروض المصرفية المتبادلة وتطبيقاتها المعاصرة		عبد اللطيف بن عوض محمد القرني	د.عبد الكريم الصايغ	1427-1426
61	القواعد الفقهية المتعلقة بدعوى الضمان وعوراضه وموانعه	التاسع	محمد بن سالم المري	د. عبد الله بن هـ	1423-1424 هـ

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
				ناصر السلمي	
62	المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية	التاسع	محمد بن عبد العزيز الخصيري	د. ناصر بن محمد الجوفان	1424هـ - 1425هـ
63	أحكام الشركات المهنية	التاسع	منصور بن تركي المطيري	د. يوسف الخصير	1423هـ
64	التحريض على الجرائم التعزيرية المنظمة	العاشر	ماجد بن حسن بن سليمان المشيقح	د. عبد الكريم الصايغ	1427هـ
65	التحكيم بواسطة الإنترنت	العاشر	نايف بن إبراهيم بن حمد المسعد	د. وليد التويجري	1430هـ
66	القواعد الفقهية المتعلقة بتكوين الضمان	العاشر	يحيى بن حمد بن بطي النعيمي	د. خالد بن زيد الوذيعاني	1424هـ
67	حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات	العاشر	عبد الله بن عبد العزیز بن محمد الفحام	د. فيصل الرميان	1430هـ
68	الشرط المتقدم على العقد	الحادي عشر	أحمد بن عبدالعزيز شبيب	عبدالعزیز بن عبدالله آل الشيخ	— — —
69	تحويل الملكية العامة إلى الخاصة	الحادي عشر	بندر بن سعد العرفي	سعود بن محمد البشر	— — —

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
70	فسخ العقد التجاري	الحادي عشر	فهد بن عبدالله العبيدي	د. يوسف بن عبدالله الخضير	1423هـ 1424هـ
71	ملكية الوحدات العقارية	الحادي عشر	ماجد بن عبد الله المشوح	د. سعود بن محمد البشير	— —
72	التدابير الاحترازية	الثاني عشر	محمد بن عبد الرحمن المهنا	د. محمد الحسيني مصيلحي	1423هـ 1424هـ
73	المواعيد الإجرائية في القضاء المستعجل والحراسة القضائية وحجة الاستحكام وتنحي القضاة في نظام المرافعات الشرعية	الثاني عشر	محمد بن عبد العزيز الخضير	د. ناصر بن محمد الجوفان	1424هـ 1425هـ
74	تنفيذ الأحكام الإدارية	الثاني عشر	وليد بن محمد الصمعي	د. رضا متولي وهدان	1424هـ 1425هـ
75	ضوابط الحكم بالعرف المصرفي	الثاني عشر	عبد المجيد بن محمد الصالح	د. سليمان التركي	1430هـ
76	فهم النصوص	الثاني عشر	راشد بن شهيل القعود	د. حمزة بستان حمزة	1424هـ 1425هـ
77	العلم اليقيني بالقرار الإداري	الثالث عشر	ياسر بن خلف المطيري	د. خالد بن خليل الظاهر	1430هـ 1431هـ
78	الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية	الثالث عشر	خالد بن عبد الله الشمراي	د. محمود حجازي	1428هـ
79	المساواة بين المتنافسين في العقود	الثالث عشر	أحمد بن عبد الله	د. خالد بن	1429هـ 1430هـ

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
	الإدارية		الناصر	خليل الظاهر	
80	امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري	الثالث عشر	سعد بن عثمان الماضي	د. هاني بن علي الطهراوي	1430هـ - 1431هـ
81	تعويض الإدارة عن المماطلة في تنفيذ العقود الإدارية	الثالث عشر	حمود بن دخيل اللحيان	د. خالد بن خليل الظاهر	1429هـ - 1430هـ
82	القرار الإداري المستمر وآثاره في الفقه والنظام	الرابع عشر	محمد بن عبد الله الملحم	د. هاني الطهراوي	1430هـ - 1431هـ
83	القرار الإداري السلبي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية	الرابع عشر	متعب بن عطية المالكي	د. هاني الطهراوي	1429هـ - 1430هـ
84	تحصن القرار الإداري	الرابع عشر	عمر بن محمد السعدان	د. مصطفى الباز	1429هـ - 1430هـ
85	تحول القرار الإداري	الرابع عشر	معيض بن حسن الحربي	د. رضا الملاح	1429هـ - 1430هـ
86	القرار الإداري المردود	الرابع عشر	بدر بن عبد الله المطرودي	د. مصطفى الباز	1429هـ - 1430هـ
87	جريمة السب والقذف في الشبكة العالمية وعقوبتها	الخامس عشر	عبد المجيد بن محمد اللحيان	د. عبد الرحمن السند	1428 - 1429هـ
88	نوازل جريمة القذف وتطبيقاتها القضائية	الخامس عشر	عبد الله بن إبراهيم المزروع	د. يوسف القاسم	1429هـ - 1430هـ

م	الملخص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
89	جريمة تزوير البطاقات الاتمائية وعقوبتها	الخامس عشر	فهد بن عبد الله العرفج	د. عبد القادر الشيخلي	1429هـ -
90	جريمة تزوير التقارير المقدمة إلى القضاء والمسؤولية عنها	الخامس عشر	عمر بن عبد العزيز إسماعيل	د. رضا الملاح	1428 - 1429هـ
91	جريمة الاحترق الالكتروني وعقوبتها	الخامس عشر	عبد اللطيف بن صالح السويد	د. مدني تاج الدين	1429 / 1430هـ
92	اشتغال الموظف العام بالتجارة	السادس عشر	صالح بن محمد السالم	د. خالد بن خليل الظاهر	1428هـ - 1429هـأ
93	جريمة إخلال الموظف بواجباته استجابة للوساطة	السادس عشر	عبد العزيز بن عبد الرحمن السالم	د. عارف العلي	1428هـ
94	فصل العامل بسبب الخطأ الجسيم دون إشعار	السادس عشر	محمد بن فهد الدوسري	د. عبد الله بن محمد أبا الخيل	1428هـ - 1427هـ
95	العقوبات التعزيرية لمخالفات نظام الإثامة	السادس عشر	فهد بن محمد المري	د. خالد الحصين	1429هـ - 1430هـ
96	الأحكام الخاصة بجريمة الابتزاز	السادس عشر	طارق بن عبد العزيز المطيري	د. مدني تاج الدين	1430هـ
97	تفريد العقوبة التعزيرية	السابع عشر	حسن بن علي الفيقيه	د. سعد بن مطر العنيني	1428 - 1429هـ
98	الحجز التنفيذي على أموال	السابع عشر	إبراهيم بن محمد	د. خالد	1428 -

م	المخصص	العدد	الباحث	المشرف	العام الجامعي
	المحكوم عليه		كديش	الظاهر	1429هـ
99	التعدي على براءة الاختراع وعقوبته في الفقه والنظام	السابع عشر	محمد بن إبراهيم الحسن	د. رضا الملاح	1428هـ
100	الضوابط الفقهية للإتلاف والآثار المترتبة عليه	السابع عشر	موسى بن عبد العزیز العبيدان	د. عبد الرحمن المزيني	1430 - 1431هـ
101	القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقاتها في العقود	الثامن عشر	محمد بن حسين العبدلي	د. هشام آل الشيخ	1429 - 1428هـ
102	القصد في العقود المالية	الثامن عشر	خالد بن صالح الجنيدى	د. عبدالعزیز المحمود	1429 - 1430هـ
103	أثر الجهالة في المعاملات المعاصرة	الثامن عشر	فهد بن عبدالرحمن الدهش	د. هشام آل الشيخ	1430 - 1429هـ
104	المحكوم به من قولي المتعاقدين في المعاملات	الثامن عشر	عبدالرحمن بن محمد حمزي	د. خالد العجلان	1429 - 1430هـ
105	الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقود الإدارية	الثامن عشر	زكريا بن إبراهيم العجلان	د. خالد الظاهر	1430 - 1431هـ
106	بيع الاستحجار وتطبيقاته المعاصرة	الثامن عشر	عبدالعزیز بن محمد الشبيب	د. هشام آل الشيخ	1430 - 1431هـ
107	ملكية الثمار والزروع بعد بيع أصولها في الفقه الإسلامي	الثامن عشر	صلاح محمد الشدي	د. خالد العجلان	1432 - 1431هـ

ملخص بحث

القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقاتها في

العقود

إعداد

محمد بن سعد بن حسين العبدلي

إشراف

د. هشام بن عبدالملك بن عبدالله آل الشيخ

1428 هـ — 1429 هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم 236 A4

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم 200 A4

البحث بعد التلخيص بحجم 48 A4

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث : وتتكون من مقدمة ، و تمهيد ، وفصلين ، و خاتمة .

المقدمة و فيها :

أهمية الموضوع و سبب اختياره .

خطة البحث .

منهج البحث .

التمهيد : في التعريف بمصطلحات البحث وفيه ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : معنى القواعد الفقهية.

المبحث الثاني : معنى الشروط .

المبحث الثالث : معنى العقود .

الفصل الأول : في حقيقة الشروط وأقسامها وفيه أربعة مباحث.

المبحث الأول : الأصل في الشروط .

المبحث الثاني : حقيقة الشروط الصحيحة وضابطها عند فقهاء المذاهب

الأربعة والمذهب الظاهري .

المبحث الثالث : حقيقة الشروط الفاسدة وضابطها عند فقهاء المذاهب

الأربعة والمذهب الظاهري .

المبحث الرابع : الشروط المقترنة بالعقود حقيقتها وموقف العلماء منها .

الفصل الثاني : القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الفاسدة وتطبيقاتها في

العقود وفيه ثمانية مباحث .

المبحث الأول : قاعدة - من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل -
وفيه أربعة مطالب .

المطلب الأول : معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أصل القاعدة .

المطلب الثالث : صيغ القاعدة .

المطلب الرابع : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .

المبحث الثاني : قاعدة - الشرط إذا نافي موجب العقد أبطله - وفيه أربعة
مطالب .

المطلب الأول : معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أصل القاعدة .

المطلب الثالث : صيغ القاعدة .

المطلب الرابع : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .

المبحث الثالث : قاعدة - الشرط الباطل إذا شرط في العقد لم يجز الوفاء
به - وفيه أربعة مطالب .

المطلب الأول : معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أصل القاعدة .

المطلب الثالث : صيغ القاعدة .

المطلب الرابع : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .

المبحث الرابع : قاعدة - النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة - وفيه خمسة مطالب .

المطلب الأول : معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أصل القاعدة .

المطلب الثالث : خلاف العلماء في القاعدة .

المطلب الرابع : صيغ القاعدة .

المطلب الخامس : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .

المبحث الخامس : قاعدة - كل قرض شرط إن زيد فيه فهو حرام بغير خلاف - وفيه خمسة مطالب .

المطلب الأول : معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أصل القاعدة .

المطلب الثالث : مستثنيات القاعدة .

المطلب الرابع : صيغ القاعدة .

المطلب الخامس : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .

المبحث السادس : قاعدة - الشروط الفاسدة تبطل العقود - وفيه خمسة مطالب .

المطلب الأول : معنى القاعدة .

المطلب الثاني : أصل القاعدة .

- المطلب الثالث : صيغ القاعدة .
- المطلب الرابع : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .
- المطلب الخامس : مستثنيات القاعدة .
- المبحث السابع : قاعدة - كل بيع بشرط فهو باطل - وفيه أربعة مطالب .
- المطلب الأول : معنى القاعدة .
- المطلب الثاني : أصل القاعدة .
- المطلب الثالث : صيغ القاعدة .
- المطلب الرابع : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .
- المبحث الثامن : قاعدة - الإسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد - وفيه أربعة مطالب .
- المطلب الأول : معنى القاعدة .
- المطلب الثاني : أصل القاعدة .
- المطلب الثالث : صيغ القاعدة .
- المطلب الرابع : تطبيقات فقهية لهذه القاعدة .
- الخاتمة : وفيها أبرز النتائج وأهم التوصيات
- الفهارس

التمهيد في التعريف بمصطلحات
البحث وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى القواعد الفقهية. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة في اللغة. القواعد جمع قاعدة ، وهي مأخوذة من قعد يقعد قعوداً ، بمعنى الاستقرار والثبات والأساس ، وأقرب المعاني إلى المراد في معاني القاعدة هو الأساس ، نظراً لابتناء الأحكام عليها ، كابتناء الجدران على الأساس .

المطلب الثاني: معنى القاعدة في الاصطلاح. هي القضايا الكلية

وهذا هو الأقرب والله أعلم ؛ لأن كل قضية كلية لا تكون كذلك إلا وهي شاملة لجزئيات موضوعها ، والحكم فيها حكم على هذه الجزئيات

المطلب الثالث: تعريف الفقهية. وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الفقه لغة. : "الفاء والقاف والهاء أصل واحد

صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به"

الفرع الثاني: تعريف الفقه اصطلاحاً: هو "العلم بالأحكام الشرعية

العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية .

المطلب الرابع: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً ولقباً على قواعد معينة.

اتجه العلماء رحمهم الله تعالى في تعريف القواعد الفقهية إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : من عرف القاعدة الفقهية بأنها حكم أو أمر كلي .

الاتجاه الثاني : من عرف القاعدة الفقهية بأنها حكم أو أمر أغلبي .

أولاً : بعض التعاريف على الاتجاه الأول : هي " حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه "

ثانياً : بعض التعاريف على الاتجاه الثاني . هي " حكم أغلبي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة "

- مقارنة بين الاتجاهين : من رأى من العلماء أن القاعدة هي حكم أو أمر كلي نظر إلى : أنها قضية كلية : ومن رأى أنه حكم أو أمر أغلبي نظر إلى :

أن التعبير بكون القاعدة كلية تعبير غير دقيق ، بالنظر لواقع الجزئيات المدرجة تحت القواعد الفقهية ؛ لأنه ما من قاعدة إلا ولها مستثنيات .

ويمكن اختيار تعريف للقواعد الفقهية هي حكم كلي فقهي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه ، والله أعلم .

المبحث الثاني معنى الشروط وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: معنى الشروط في اللغة.

الشروط جمع شرط ، ومادة هذه الكلمة هي "الشين والراء والطاء ، وهي أصل صحيح يدل على علم وعلامة" .

المطلب الثاني: معنى الشرط في الاصطلاح: هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره

المطلب الثالث: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

أن الشرط بمعناه اللغوي فيه إلزام والتزام ، والشرط الاصطلاحي كذلك .

المبحث الثالث معنى العقود

أولاً: تعريف العقد في اللغة: "العين والقاف والداد أصل واحد يدل على شد وشدة ، وإليه ترجع فروع الباب ثانياً: تعريف العقد في الاصطلاح: العقد في اصطلاح الفقهاء له معنيان :

الأول: معنى عام: ويتناول هذا المعنى جميع الالتزامات الشرعية ، سواء كانت نتيجة اتفاق بين طرفين ، أو كانت نتيجة إرادة شخص واحد. ويمكن تعريف هذا المعنى: "كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعي" سواء من طرفين أو من طرف واحد ، والعقد بهذا المعنى أكثر ما يظهر

عند الملكية والشافعية والحنابلة.

الثاني: معنى خاص: وهو الربط الحاصل بين كلامين ، أو ما يقوم مقامهما ، كالإشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعي

الفصل الأول حقيقة الشروط
و أقسامها وفيه أربعة مباحث.

المبحث الأول: الأصل في الشروط.

توصل الباحث إلى أن الأصل هو الجواز عند أصحاب المذاهب
الأربعة للأمور التالية:

- 1 - أن الأصل في المعاملات والعقود عند أصحاب المذاهب
الأربعة الإباحة ، إلا ما دل الدليل على تحريمه ، والشروط عقود
ومعاملات فما الفرق ؟
- 2 - لو كان الأصل عندهم الحظر ، لركن إليه في إبطال كل

شرط ، دون الحاجة إلى دليل آخر ، لكنهم عند ردهم لشرط ما ، فإنهم يستدلون على ذلك بالأدلة ، مما يدل على أن الأصل عندهم الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه .

3 - أما استدلالهم على إباحة الشروط ، فلا تدل على أن الأصل هو الحظر ، بل هو رد على من قال بالتحريم في خصوص ذلك الشرط استناداً إلى أدلة أخرى . انتهى ملخصاً .

تحرير محل النزاع : لا خلاف بين العلماء رحمهم الله في صحة ما جاء الدليل بصحته من الشروط ، كما لا خلاف بينهم على فساد ما جاء الدليل بفساده من الشروط . لكن محل النزاع هو في المستحدث من الشروط ، السالم من المعاني المحرمة كالربا والغرر . وقد اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في ذلك على قولين :

القول الأول : أن الأصل في هذه الشروط هو الصحة والجواز . وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة . واستدل أصحاب هذا القول

أولاً : الأدلة من القرآن : قوله تعالى : **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** سورة المائدة : الآية (1) . .

ثانياً : الأدلة من السنة : حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم (الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا ، وَالْمُسْلِمُونَ

عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَّالًا ، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا) أخرجه البخاري(2/670)، وأخرجه أبو داود رقم (3594) ، والدارقطني رقم (2867) ، وإسناده حسن ..

ومن العقل: أن الشروط من باب العادات لا العبادات ، والأصل في المعاملات الجواز والصحة حتى يدل الدليل على التحريم.
القول الثاني: أن الأصل في الشروط هو الحظر والتحريم. وهذا مذهب الظاهرية .

الترجيح: الذي يظهر للباحث -والله أعلم - هو القول الأول القائل بأن الأصل في الشروط هو الصحة والجواز ، لقوة أدلتهم ، ولورود المناقشة على أدلة القول الثاني ، ولأن هذا القول تدعو إليه حاجة الناس اليوم في عقودهم ومعاملاتهم ، إذ أن أكثرها مما بني على الشروط والواقع يشهد بذلك. **المبحث الثاني حقيقة الشروط الصحيحة وضابطها عند فقهاء المذاهب الأربعة والمذهب الظاهر وفيه خمسة مطالب:**

المطلب الأول: الشروط الصحيحة في المذهب الحنفي. أجاز علماء الحنفية رحمهم الله أربعة أنواع من الشروط ، وأوجبوا الوفاء بها وهي كالتالي :

1- الشروط التي يقتضيها العقد: وهي الشروط التي لا تثبت شيئاً زائداً

عن آثار العقد الأصلية.

2- الشروط الملائمة للعقد: وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد ، ولكنها تؤكد موجبها وتقرره.

3- الشروط التي ورد الدليل الشرعي بجوازها وإن لم تكن من مقتضى العقد.

4- الشروط التي جرى بها العرف: وهي كل شرط تعامل به الناس واعتادوه ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به نص شرعي ، فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به.

ودليل جواز هذا النوع من الشروط ، هو الاستحسان بالعرف ، ووجه الاستحسان: أن ترك ما تعارف الناس عليه واعتادوه يؤدي إلى مشقة عظيمة ، من أجل ذلك ترك القياس للعرف وهو ما يعرف بالاستحسان.

المطلب الثاني: الشروط الصحيحة في المذهب المالكي.

قسم علماء المالكية رحمهم الله تعالى الشروط الصحيحة إلى ستة أقسام وهي: **القسم الأول:** الشرط الذي يقتضيه العقد. وصحة هذا الشرط أمر بدهي ؛ لأنه يجب بالعقد نفسه فاشترطه وعدم اشتراطه سواء .

القسم الثاني: الشرط الذي يحقق مصلحة العقد. وهو شرط لا يقتضيه العقد ولا ينافيه ، ولكنه ملائم للعقد.

القسم الثالث: اشتراط منفعة معلومة يسيرة في العقود عليه. فهذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة. واستدلوا على صحة هذا القسم من

الشروط بما يلي : حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه المتقدم وفيه (أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَغْيَا فَمَرَّ النَّبِيُّ ﷺ فَضْرَبَهُ فَدَعَا لَهُ فَسَارَ بِسَيْرٍ لَيْسَ يَسِيرٌ مِثْلَهُ ثُمَّ قَالَ بَعْنِيهِ بَوْقِيَّةٌ قُلْتُ لَا ثُمَّ قَالَ بَعْنِيهِ بَوْقِيَّةٌ فَبَعْتُهُ فَاسْتَشَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي فَلَمَّا قَدِمْنَا أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ وَتَقَدَّنِي ثَمَنُهُ ثُمَّ انْصَرَفْتُ فَأَرْسَلَ عَلَيَّ إِثْرِي قَالَ مَا كُنْتُ لِأَخْذِ جَمَلِكَ فَخُذْ جَمَلَكَ ذَلِكَ فَهُوَ مَالِكٌ) متفق عليه ، أخرجه البخاري رقم (2718) واللفظ له وأخرجه مسلم رقم (715). وفي رواية (شَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ أَخْرَجَهَا الْبُخَارِيُّ رَقْم (2718).

. القسم الرابع : اشتراط عمل في المعقود عليه أو في غيره .

وجه صحة هذا الشرط : أن فيه اجتماع عقد إجارة وعقد بيع وهو صحيح ؛ لأنهما من باب واحد.

القسم الخامس : الشرط الذي يؤدي إلى منع المشتري من تصرف يسير في المعقود عليه. وجه صحة ها الشرط : أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى العقد منافاة تامة.

القسم السادس : شرط إيقاع معنى من معاني البر في المبيع. ووجه صحة هذا الشرط : أنه وإن كان منافياً لمقتضى العقد ، إلا أن فيه تصرفاً من معاني البر والخير يتشوف لها الشارع .

المطلب الثالث : الشروط الصحيحة في المذهب الشافعي.

تنقسم الشروط الصحيحة عند الشافعية رحمهم الله إلى أربعة أقسام وهي كالاتي: **القسم الأول**: الشرط الذي يقتضيه العقد. وهو الذي يثبت حكماً من أحكام العقد ، فهو لا يثبت شيئاً جديداً ، وإنما هو يؤكد ما يجب بنفس العقد دون اشتراط.

القسم الثاني: اشتراط صفة منضبطة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد ، ووجه صحة هذا الشرط : أنه شرط يتعلق بمصلحة العقد ، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف فيها الأغراض.

أن هذا ليس شرطاً حقيقة فلا يدخل في حديث النبي ﷺ : (أنه نهي عن بيع وشرط) جه الطبراني في الأوسط (211/3)، والأصبهاني في مسند أبي حنيفة ، والحاكم في معرفة علوم الحديث (128)، وابن حزم في المحلى (324/7)، .

القسم الثالث: شرط فيه مصلحة العقد. فهذه الشروط وإن كانت لا يقتضيها العقد ، لأنها لم تجب بنفس العقد لكنها شروط ملائمة .

القسم الرابع: شرط العتق ناجزاً في العبد والأمة. فهو مستثنى من النهي عن بيع وشرط لتشوف الشارع للعتق مع ما فيه من منافاة لمقتضى العقد

المطلب الرابع: الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي. يعتبر

الحنابلة رحمهم الله من أوسع المذاهب تصحيحاً للشروط وهي عندهم تشمل ما يلي :

أولاً: الشروط التي يقتضيها العقد. وهذا كما مر سابقاً شيء معلوم

بالضرورة فوجوده وعدمه سواء.

ثانياً: الشروط التي من مصلحة العقد وإن كان لا يقتضيها. قال في المغني: "ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً".

ثالثاً: الشروط التي فيها منفعة مباحة معلومة غير منافية لمقتضى العقد وإن كان لا يقتضيها وليست من مصلحته. فهذه الشروط صحيحة يلزم الوفاء بها ويثبت الخيار عند فواتها .

واستدل الحنابلة رحمهم الله تعالى على هذا النوع من الشروط بأدلة: حديث جابر رضي الله عنه في قصة البعير متفق عليه، أخرجه البخاري رقم (2718) واللفظ له، وأخرجه مسلم رقم (715) ..

ولأن غاية الشرط أنه جمع بين بيع وإجارة وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد فإذا جمعها جاز .

المطلب الخامس: الشروط الصحيحة في المذهب الظاهري.

الشروط الصحيحة عند الظاهرية هي ما ورد النص بجوازها أو انعقد الإجماع على صحتها وهي سبعة شروط . وهي كالآتي :

1- اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى لقوله تعالى: وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ سورة البقرة: الآية (283) ..

2- اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى لقوله تعالى: لَا تَسْأَمُوا أَنْ

- تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ سُوْرَةُ الْبَقْرَةِ: الْآيَةُ (282).. .
- 3- اشتراط أداء الثمن إلى المسيرة وإن لم يذكر أجالاً لقوله تعالى: وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (280) سورة البقرة: الآية (280)..
- 4- اشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً ويتبايعان في ذلك الشيء على أنه تلك الصفة لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ سُوْرَةُ النِّسَاءِ: الْآيَةُ (29)..
- 5- اشتراط أن لا خلافة لحديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: (أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبُيُوعِ فَقَالَ إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ) النهاية لابن الأثير (58/2)، وفتح الباري لابن حجر (67/5)..
- 6- اشتراط المشتري أن يكون مال العبد أو الأمة له.
- 7- اشتراط المشتري ثمر النخل المؤبر . والدليل عليهما: ما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤْبَرَ فَثَمَرُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ وَمَنْ ابْتَاعَ عَبْدًا فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ) متفق عليه، أخرجه البخاري رقم (2379) ، (122/6) ، وأخرجه مسلم رقم (3986) ، ...

المبحث الثالث حقيقة الشروط الفاسدة وضابطها عند فقهاء المذاهب

الأربعة والمذهب الظاهري وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: الشروط الفاسدة في المذهب الحنفي:

تنقسم الشروط الفاسدة عند الحنفية إلى قسمين :

القسم الأول: الشروط الفاسدة التي يترتب عليها فساد عقود

المعاوضات المالية، وهي كالتالي :

1- الشرط المؤدي للغرر والمنازعة: وذلك بأن يكون المشروط مثلاً في

المبيع وقت العقد شيئاً لا يمكن الوقوف على وجوده وعدمه في الحال ..

والدليل على فساد هذا النوع من الشروط ما يلي :

أ- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ (نَهَى عَنْ بَيْعِ

الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ). أخرجه مسلم رقم (3881)، وأبو داود رقم

(3376)،، والترمذي رقم (1230)، والنسائي رقم (4518)، وابن ماجه رقم

..(2194).

ب- ولأن الجهالة والغرر تؤدي إلى المنازعة والاختلاف وكل

شرط أدى إلى ذلك فهو فاسد مفسد للعقد .

2 - الشرط المحظور..مثال ذلك: من أقرض بفائدة ، أو اشترى

جارية على أنها مغنية ، فهذا النوع من الشروط فاسد

مفسد للعقد ؛ لأن الصفات المشروطة منهي عنها .

3- الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولا جرى به عرف ، ولم يرد الشرع بجوازه ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو للمعقود عليه إن كان من أهل الاستحقاق أي آدمي والأدلة على فساد هذا النوع من الشروط ما يلي :

- 1 - أن النبي ﷺ (فهمى عن بيع وشرط) سبق تخريجه
- 2 - ولأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا ؛ لأن المتعاقدين لما قصدا المقابلة بين المبيع والتمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا.

آثار هذا القسم من الشروط : هذه الأنواع من الشروط عند

الحنفية فاسدة ومفسدة للعقد كما ظهر من العرض السابق.

القسم الثاني : الشروط الباطلة التي تسقط ويصح العقد ، وهي الشروط التي لا يقتضيه العقد ولا تلائمه ولم يرد بها نص ولم يجربها عرف وليس فيها منفعة لأحد المتعاقدين ولا للمعقود عليه الآدمي . وهذا القسم له ثلاثة أنواع :

الأول : شرط قد يترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي أو يترتب عليه مضره. ودليل بطلان الشرط وصحة العقد ما يلي :

- 1 - أن هذه الشروط شروط لا يقتضيه العقد ولا تلائمه ولم يرد بها نص ولم يجرب التعامل بها وتتنافى مع ما يوجبها العقد

من أحكام

2 - الثاني: شرط فيه منفعة لأجنبي عن العقد. ووجه البطلان

ما سبق في النوع الأول من الأدلة بالإضافة إلى أن العقد يوجب حقاً للمتعاقدين أما الأجنبي فلا يوجب العقد له حقاً يصبح الشرط لاغياً ويصح العقد .

الثالث: شرط ليس فيه منفعة ولا مضرة . فهذا الشرط وأمثاله يبطل ويصح العقد لأن هذا الشرط يوجب على أحد العاقدين ما ليس بواجب فيلغو ويصح العقد .

أثر هذه الشروط: هذه الشروط أثرها مقتصر عليها بالإبطال ولا يمتد إلى العقد فهي تلغو ويصح العقد كما مر سابقاً.

المطلب الثاني: الشروط الفاسدة في المذهب المالكي.

قسم علماء المالكية -رحمهم الله تعالى - الشروط إلى قسمين:

القسم الأول: الشروط الباطلة المبطللة للعقد، وهي أربعة أنواع.

ويقصد به الشرط الذي يمنع المشروط عليه من الحصول على حق أثبت له العقد . فهذا الشرط باطل ويبطل العقد إلا إذا أسقطه المشتري. والدليل على بطلان هذا النوع هو:

1 - حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول

الله ﷺ (نهى عن بيع وشرط) سبق تخريجه

2 - أن العقد يقتضي إطلاق يد المشتري في التصرف وهذا الشرط يمنعه من التصرف أو يلزمه بتصرف معين ، ومثل هذا الشرط ينافي ويناقض المقصود من العقد منافاة كاملة ، فيبطل ويبطل معه العقد إلا إذا أسقطه المشتري .

الثاني : الشرط الذي يخل بالثمن .وهو شرط القرض في البيع فهو باطل مبطل للعقد إلا إذا أسقطه المشتري .والأدلة على ذلك فيما يلي :

1 - ما روي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع وشرط) سبق تخريجه .

2 - ولأنه يؤدي إلى الجهالة والإخلال بالثمن .

. الثالث : الشرط المحذور . وهو الشرط الذي يفضي إلى محرم .

الرابع : الشرط المؤدي للجهالة والغرر . ووجه ذلك : أن النبي ﷺ

(هَمَى عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ) سبق تخريجه ..

آثار هذه الشروط : هذه الشروط لا يقتصر تأثيرها على فسادها ،

بل يتعدى ذلك إلى العقد فتفسده ، مع التفريق بين النوعين الأولين ، حيث يصح العقد متى ما أسقط المشتري الشرط والآخران لا يؤثر الإسقاط فيها .

والفرق بين النوعين الأولين وبين النوعين الآخرين : أن نوع المشروط في الأولين في أصله مباح وأن الحرمة جاءت بسبب اقتران الشرط بالعقد ، بخلاف الآخرين فإن المشروط في أصله محرم .

القسم الثاني: الشروط الباطلة التي تبطل ويصح العقد. وهي على ثلاثة أنواع: الأول: شرط يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العبيد .

ووجه فساد هذا النوع من الشروط وعدم تأثيرها في العقد: أنها شروط منافية لمقتضى العقد ومبطله لحق من حقوقه ، ففسدت وأما عدم تأثيرها في العقد ؛ فلأن تأثيرها محدود أو معدوم فهي لم تؤد إلى خلل في الثمن أو جهالة وكذلك لم تمنع من التصرف في الملك .

الثاني: شرط يخالف النص ..دليل ذلك: قصة بريرة رضي الله عنها وقد اشترط أهلها

الثالث: شرط لا غرض فيه ولا مالية. كما لو شرط في المعقود عليه صفة ، فظهر أن صفة المعقود عليه أفضل مما شرط فهذا الشرط يلغو ويصح العقد . لكنهم استثنوا ما إذا كان للمشترط في شرطه غرض صحيح لا يحققه الأفضل ، كما لو كان اشتراطه لسمن الغنم لأجل حالة صحيحة لا يناسبها سمن البقر ، فإن الشرط هنا يكون صحيحاً ويحق للمشتري رد المبيع لعدم تحقق الشرط. وجه فساد الشرط هنا وصحة العقد: لأن الشرط هنا أصبح لاغياً لتحقيق ما هو أفضل منه.

المطلب الثالث: الشروط الفاسدة في المذهب الشافعي. قسم

علماء الشافعية -رحمهم الله تعالى -الشروط الباطلة إلى قسمين :
القسم الأول: الشرط الباطل المبطل للعقد. وهو الشرط المخالف لمقتضى

العقد والمنافي له وليس من مصلحته ولم يرد الشرع بجوازه وفيه غرض مقصود لأحد العاقدين. ويشمل هذا القسم ما يلي :

- 1 - الشرط المخالف للنص.
- 2 - الشرط المؤدي إلى المحذور
- 3 - الشرط المؤدي إلى المنع من التصرف أو من الانتفاع بمحل العقد مطلقاً أو لفترة معينة.
- 4 - الشرط الذي يؤدي إلى قيام أحد المتعاقدين أو غيرها بعمل في

والدليل على بطلان هذه الشروط :

- 1 - ما روي عن النبي ﷺ (أنه فهمي عن بيع وشرط) سبق تخريجه.
- 2 - ولأن هذه الشروط منافية لمقتضى العقد وليس فيها مصلحة وفيها منفعة مقصودة للعاقدين ، فتؤدي إلى المطالبة والنزاع فأفسدت العق.

آثار هذه الشروط : أنها باطلة مبطلة للعقد على الصحيح من المذهب

القسم الثاني : الشروط الباطلة غير المبطلة للعقد. وهي الشروط المخالفة لمقتضى العقد غير المتضمنة منفعة أو غرضاً يورث تنازعا ، كما لو باعه عبداً بشرط أن يأكل العبد طعاماً معنياً كالأرز مثلاً ، فهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ، لكنه غير منافع له بحيث لو التزم المشتري بإطعامه لما

ترتب عليه نقض لأحكام العقد وآثاره .

آثار هذه الشروط : أن فسادها مقتصر على نفسها فتلغو ويصح العقد على الصحيح من المذهب . أما فسادها فللأدلة السابقة في القسم الأول ، وأما عدم فساد العقد ؛ فلأنه لا يتعلق به منفعة أو غرض يورث مطالبة وتنازع فلم يؤثر في العقد

المطلب الرابع: الشروط الفاسدة في المذهب الحنبلي: قسم

علماء الحنابلة -رحمهم الله تعالى -الشروط الباطلة إلى قسمين :

القسم الأول: الشروط الباطلة المبطله للعقد وهي ثلاثة أنواع.

الأول: الشروط التي تؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين. فالشرط فاسد والعقد باطل على الصحيح من المذهب . ودليلهم على ذلك ما يلي :

1 - عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : (نهي رسول الله صلى الله عليه و

سلم عن بيعتين في بيعة) أخرجه الترمذي في رقم (1231) ، ،

والنسائي رقم (4646) ، ، وأحمد في مسند الكثيرين رقم

(9795) ، وصحح الحديث الترمذي في سننه وحسنه الألباني في إرواء

الغليل (5/149) .. .

2 - ولأنه شرط عقداً في عقد فلم يصح كنكاح الشغار.

الثاني: اشتراط شرطين في العقد. والمراد بذلك الشرطان

الفاسدان ، كالمؤدين للغرر الجهالة والربا أو المنافين لمقتضى العقد. وأما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته جاز ولا يؤثر في العقد وإن كثر . ووجه البطلان هنا : حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : (لا يجل سلف ويبيع ولا شرطان في بيع) سبق تخريجه .

الثالث : اشتراط ما ينافي مقصود العقد .

أثر هذه الشروط : أنها تفسد وتفسد العقد المقترن بها .

القسم الثاني : الشروط الباطلة غير المبطللة . وهي الشروط المنافية لمقتضى العقد غير الملغية لمقصوده فهذه شروط فاسدة لكنها لا تبطل العقد على الراجح من المذهب والرواية الأخرى أنها مبطللة للعقد . ودليلهم على ذلك :

قصة بريرة عن عائشة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : (مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) سبق تخريجه . .

أثر هذا النوع من الشروط : هذا النوع من الشروط فاسد لكنه غير مفسد للعقد كما مر سابقاً .

ويرى شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم أن الأصل في الشروط هو الجواز إلا ما دل على تحريمه ولا يفسد من الشروط إلا أحد أمرين :

1 - المنافي لمقصود العقد ؛ لأن في إباحته جمع بين المتناقضين

وهذا مبطل للعقد.

2 - المخالف للشرع وهذا لا يبطل العقد.

المطلب الخامس: الشروط الفاسدة في المذهب الظاهري.

مر سابقاً أن المذاهب الظاهري هو من أضيقت المذاهب في تصحيحهم للشروط فكل شرط لم يرد به نص ولم ينعقد الإجماع على اعتباره فهو باطل .

أثر الشروط الباطلة عندهم: أنها تبطل ويبطل العقد الذي اقترنت به.

دليلهم على ذلك حديث بريرة عن عائشة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) سبق تخريجه.

المبحث الرابع الشروط المقترنة بالعقود حقيقتها وموقف العلماء منها

عرفه أحد الباحثين المعاصرين بقوله: هو التزام واقع في العقد حال تكوينه يزيد عن أصل العقد ومقتضاه ، بحيث يصبح جزءاً من أجزائه التي تم التراضي على أساسها .

وأما عن مواقف العلماء رحمهم الله تعالى من الشروط المقترنة للعقود ، فقد سبق بيانها في المبحثين السابقين بما يغني عنه هنا .

وهذا ويختص هذا النوع من الشروط بالخصائص التالية :

- 1 - أنه التزام زائد عن أصل العقد.
- 2 - أنه التزام زائد عن مقتضى العقد وآثاره.
- 3 - أنه واقع في حال تكوين العقد وإنشائه.
- 4 - أنه أمر مستقبلي يقع في المستقبل.
- 5 - أنه أمر محتمل الوقوع أو ممكن الوقوع.

الفصل الثاني القواعد الفقهية
المتعلقة بالشروط الفاسدة
وتطبيقاتها في العقود وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول - قاعدة من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل
وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة. أن الشروط التي تخالف مقصود
الشارع وتعارض الحكمة من التشريع فهي باطلة غير معتبرة.

المطلب الثاني أصل القاعدة هو حديث عائشة رضي الله أن رسول الله
ﷺ قال (مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ
اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) سبق
تخریجه.

المطلب الثالث صيغ القاعدة هذه القاعدة وردت بصيغ كثيرة وهي
بمعنى واحد منها:

- 1 - "الأصل في العقود والشروط ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته".
- 2 - "ما ثبت بالشرع أولى مما ثبت بالشرط".
- 3 - "ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط".
- 4 - "كل شرط يخالف أصول الشريعة باطل".
- 5 - "التزام ما يخالف سنة العقود شرعاً من ضمان وغيره ساقط على المشهور".
- 6 - "كل شرط يغير حكم الشرع يكون باطلاً".

المطلب الرابع تطبيقات فقهية لهذه القاعدة وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: شركة الأبدان. وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريفها هي أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم أو يشتركون فيما يكسبونه من المباح كالاصطياد.

المسألة الثانية: حكم شركة الأبدان. اختلف أهل العلم رحمهم الله تعالى في حكم شركة الأبدان على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء رحمهم الله تعالى إلى جواز هذا النوع من الشركات ، واختلفوا في بعض أنواعها وأحكامها ، وهو مذهب الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة .

الأدلة استدلل الجمهور على جواز شركة الأبدان بما يلي :
 عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال : (اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب
 يوم بدر قال فجاء سعد بأسيرين ولم أجد أنا وعمار بشيء) أخرجه أبو
 داود رقم (3388) ، ، وأخرجه النسائي رقم (4697) ، وأخرجه ابن ماجه رقم
 (2288).

2- أن شركة الأعمال تتضمن الوكالة وتوكيل كل من الشريكين
 للآخر بتقبل العمل صحيح ، وصحة الوكالة وجوازها يدل على
 صحة الشركة بالأعمال لأن المشتمل على الجائز جائز .
القول الثاني : ذهب أصحاب هذا القول إلى أن شركة الأبدان باطلة ،
 وهو مذهب الشافعية ، والظاهرية.

الترجيح : الذي يظهر للباحث - والله أعلم - هو القول الأول ؛ لأن
 الأصل في الشروط والعقود هو الحل ، ولأن هذه الشركة حاجة لا بد منها
 ، ولو قلنا بمنعها لأدى ذلك إلى تعطيل كثير من أعمال الناس التي
 تعارفوا عليها من غير نكير ولفات المصلحة عليهم .

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : أن شركة الأبدان لم ترد في
 الكتاب ولا في السنة ولم يأت ما يدل على جوازها فتكون باطلة.

الفرع الثاني: شرط عدم الخسارة في البيع . سئلت اللجنة
 الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء السؤال التالي : ما حكم من يقول اشتر

مني هذه البضاعة وإذا خسرت أنا أدفع مقابل الخسارة؟
الجواب: إذا شرط المشتري أن لا خسارة عليه أو متى نفق المبيع وإلا رده
 عليه أو شرط البائع فقال اشتر هذه البضاعة مني وإذا خسرت فأنا أدفع
 مقابل الخسارة فإن الشرط يبطل وحده ويصح البيع لقول الرسول ﷺ:
 "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط" سبق تخريجه ،
 ولأن مقتضى العقد انتقال المبيع للبائع بعد دفع الثمن والتصرف المطلق
 فيه وأن له ربحه وعليه خسارته وحده فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية
 والإفتاء (278/15).

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: أن الشراء بشرط عدم الخسارة هو
 شرط باطل استدلالاً بهذه القاعدة ، ولأن فيه مخالفة لمقتضى عقد البيع
 الذي يفيد انتقال المبيع والتصرف فيه.

الفرع الثالث: أثر جهالة الأجل على العقد.

تحرير محل النزاع: اتفق العلماء رحمهم الله تعالى في الجملة على أن
 الأجل في البيع لا بد أن يكون معلوماً . ودليل ذلك من الكتاب قوله
 تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى
 فَارْتَبُواهُ سُوْرَةُ الْبَقَرَةِ: الآية (282).

ومن السنة حديث ابن عباس ؓ أن النبي ﷺ قال (مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرِ
 فَلْيُسَلَفْ فِي كَيْلٍ مَّعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَّعْلُومٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَّعْلُومٍ) متفق عليه، أخرجه

البخاري رقم (2239) ، وأخرجه مسلم رقم (4202) ، واللفظ له . واختلفوا فيما إذا شرط في العقد أجل مجهول على أقوال :
القول الأول : أن العقد صحيح والشرط باطل . وعليه يكون البيع بثمن حال ولمن فات غرضه من التأجيل حق الفسخ وهو مذهب الحنابلة .
واستدلوا بما يلي :

1 - حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة سبق تخريجه .

2 - أن العقد قد تم بأركانه ، والشرط زائد فإذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه ، فصح كما لو لم يشترط .

القول الثاني : أن العقد لا يبطل بجهالة الأجل بل هو فاسد يمكن تصحيحه بإزالة ما يقتضي الفساد بالاتفاق على أجل معلوم أو إسقاط الأجل المجهول ، وهو مذهب الحنفية .

القول الثالث : أن تأجيل الثمن إلى أجل مجهول يبطل العقد ، وهو مذهب المالكية ، والشافعية . □

الترجيح : الذي يظهر للباحث - والله أعلم - هو القول الأول لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين .

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة أن العقد إذا كان فيه أجل فلا بد أن يكون معلوماً ولو قدر وشرط فيه الأجل المجهول فهذا شرط باطل لما دلت عليه هذه القاعدة ولأن فيه مخالفة لحكم الله تعالى ورسوله ﷺ .

المبحث الثاني قاعدة الشرط إذا نافي موجب العقد أبطله وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة مفاد هذه القاعدة أن الشروط إذا

كانت مناقضة لمقتضى العقد فهي باطلة. وهل يفسد الشرط والعقد أم

يفسد الشرط والعقد صحيح ، هذا محل خلاف بين أهل العلم رحمهم

الله تعالى سبق في المبحث الثالث من الفصل الأول

المطلب الثاني صيغ القاعدة وردت هذه القاعدة بصيغ منها:

- 1 - "شرط ما يناقض موضوع العقد لا يصح".
- 2 - "الشروط المنافية للعقود تبطلها".
- 3 - "لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه".
- 4 - "كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل".

المطلب الثالث أصل القاعدة

- 1 - قول النبي ﷺ في حديث عائشة رضي الله عنها (قَالَتْ أَتَتْهَا بَرِيرَةٌ تَسْأَلُهَا فِي كِتَابَتِهَا فَقَالَتْ إِنْ شِئْتَ أُعْطِيَتْ أَهْلَكَ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لِي وَقَالَ أَهْلُهَا إِنْ شِئْتَ أُعْطِيَتْ مَا بَقِيَ وَقَالَ سُفْيَانُ مَرَّةً إِنْ شِئْتَ أَعْتَقْتِهَا وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَنَا فَلَمَّا

جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَكَرْتُهُ ذَلِكَ فَقَالَ
 ابْتَاعِيهَا فَأَعْتِقِيهَا فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ
 صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمِنْبَرِ فَقَالَ مَا بَالُ أَقْوَامٍ
 يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا
 لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ سَبَقَ
 تَخْرِيجِهِ.

المطلب الرابع تطبيقات فقهية لهذه القاعدة وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: اشتراط كون المدة مطلقة في خيار الشرط . اتفق

فقهاء المذاهب الأربعة رحمهم الله تعالى على مشروعية خيار الشرط من حيث الأصل ، واتفقوا على أنه ليس له حد أدنى فيجوز مهما قل ؛ لأن جواز الأكثر يدل بالأولوية على جواز الأقل

وقد نص على ذلك بعض أهل العلم أما الحد الأقصى فهو محل خلاف بين أهل العلم ، وأما إذا شرط في العقد مدة مطلقة من دون تحديد فهناك أربعة أقوال: **القول الأول:** أن هذا شرط باطل. وإليه ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة. واختلف أصحابها القول في بطلان العقد أو فساده فالبطلان مذهب الشافعية والحنابلة ، والفساد هو مذهب الحنفية .

دليلهم: أن اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التعرف على الأمد وذلك

ينافي مقتضى العقد ، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولأنه يفتح باب المنازعة والخصومة .

القول الثاني: أن هذا الشرط صحيح وبناءاً عليه يكون العقد صحيحاً، وهو رواية للحنابلة .

القول الثالث: هو تعديل هذا الشرط ويكون العقد صحيحاً، وهو مذهب المالكية .

الترجيح: الذي يظهر للباحث - والله أعلم - هو القول الأول لقوة ما استدلوا به ولأن في هذا القول قطع للنزاع والخصومة.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة أن خيار الشرط هو حق للعاقدين ولكن هذا الحق لا بد أن يكون مقيداً بما لا يخالف موجب العقد ، واشترط كون المدة مطلقة في خيار الشرط هو مخالف لمقتضى العقد فلذلك يكون باطلاً.

الفرع الثاني: تسليم رأس مال المضاربة إلى العامل.

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على جواز الاستعانة برب المضارب في المضاربة من قبل العامل ، واختلفوا فيما إذا شرط المالك بقاء المال في يده. على قولين :

القول الأول: أنه لا بد من تسليم رأس المال إلى العامل ليتمكن من العمل فيه وإلا فسدت المضاربة. وهو مذهب الحنفية ، والمالكية ،

والشافعية.

دليل هذا القول: أن رأس المال هو أمانة في يد العامل فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ، وأما الاستعانة بصاحب المال في العمل دون اشتراط فذلك جائز لأن الاستعانة به لا تخرج المال من العامل .

القول الثاني: إجازة اشتراط بقاء يد المالك على المال ، وهو مذهب الحنابلة . **الترجيح:** الذي يظهر للباحث هو القول الأول والله أعلم.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: أن المضاربة فيها رأس مال من طرف وعمل من الطرف الآخر ولا يتحقق إلا بتسليم المال للعامل لكي يعمل فيه وبقاء المال في يد المالك وعدم تسليمه للمضارب يخالف عقد المضاربة.

الفرع الثاني: اشتراط تحديد حصة من الربح في شركة المضاربة.

بيان هذه المسألة: من شروط صحة المضاربة أن يكون الربح جزءاً مشاعاً معلوماً أما إذا اشترط أحد العاقدين مقداراً محدداً مقطوعاً ، فهذا شرط فاسد ومحرم بإجماع علماء الأمة ؛ لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح وهذا الشرط يمنع الاشتراك إذ فيه مخالفة لمقتضى العقد ، لاحتمال ألا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور فيكون الربح لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة وبالتالي لا يكون التصرف مضاربة.

أدلة هذا الشرط وهي أن تكون حصة كل منهما من الربح شائعة من

السنة والإجماع والمعقول :

فمن السنة عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال (كُنَّا أَكْثَرَ الْأَنْصَارِ حَقْلًا - قَالَ - كُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ عَلَى أَنْ لَنَا هَذِهِ وَلَهُمْ هَذِهِ فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ فَتَهَانَا عَنْ ذَلِكَ وَأَمَّا الْوَرِقُ فَلَمْ يَنْهَنَا.) متفق عليه ،

أخرجه البخاري رقم (2574) ، وأخرجه مسلم رقم (4033) واللفظ له.

وأما الإجماع: قال ابن المنذر رحمه الله : "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة" .

وأما المعقول: أن في اشتراط أحدهما مبلغاً محدداً فيه إضرار بأحد العاقدين والضرر يزال.

وبهذا يتبين أن اشتراط كون الحصة مشاعة بني العاقدين شرط دل عليه الدليل الصحيح من السنة وإجماع سلف الأمة ولا يعتقد بمن خالف وشذ عن هذا القول . ويندرج تحت هذه المسألة مسألتان من المسائل المعاصرة وهي :

- 1 - الاستدلال بجواز عقد التأمين ، بأنه يشبه عقد المضاربة.
- 2 - الاستدلال بجواز صناديق التوفير على أنها من قبيل

المضاربة، وفيما يلي بيان ذلك :

أولاً: الاستدلال بجواز عقد التأمين على أنه عقد يشبه عقد المضاربة :

الخلاف في حكم عقد التأمين ليس هذا مجال بحثه وسأتناول الحديث هنا حول من استدل بجواز عقد التأمين على أنه عقد يشبه عقد المضاربة من جانب المؤمن جميعاً وشركة التأمين من جانب آخر.

ثانياً: الاستدلال بجواز صناديق التوفير على أنها من قبيل المضاربة.

وجه ذلك أن صندوق التوفير يستغل ويستثمر الأموال المودعة لديه في الصناعة والتجارة ونحو ذلك وقد دلت التجارب على أن هذه الاستثمارات رابحة حتماً ربحاً زائداً على النسبة المحددة للمودع فهي شبيهة بالمضاربة أو نوع منها.

وجه تطبيق القاعدة على المسألة: إن تحديد ربح معين مقطوع لأحد أطراف شركة المضاربة شرط فاسد دل على ذلك السنة والإجماع وهو مع ذلك مخالف لمقتضى عقد شركة المضاربة لاحتمال ألا يربح إلا القدر المحدد فيكون الربح لأحدهما دون الآخر.

الفرع الرابع: صكوك المقارضة. عرف مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي صكوك المقارضة بقوله: "هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه" قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي

(119).

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن صكوك المقارضة إذا كان فيها تحديد ربح معين فيكون هذا الشرط باطلاً كما سبق في التطبيق السابق.

المبحث الثالث قاعدة الشرط الباطل إذا شرط في العقد لم يجز

الوفاء به وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: معنى القاعدة. مقتضى الأصول والنصوص أن الشرط يلزم". وهذا الوفاء واللزوم مقيد بعدم مخالفة الشرط للنصوص وعدم مخالفته للمقصود من العقود ، فإن خلفها كان باطلاً وما كان باطلاً كان غير لازم.

المطلب الثاني أصل القاعدة يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بعدد من

الأدلة والعمدة في هذا الباب هو حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة رضي الله عنها وحديث أبي هريرة رضي الله عنه في الصلح بين المسلمين.

1 - حديث عائشة رضي الله عنها (قَالَتْ أَتَتْهَا بَرِيرَةٌ تَسْأَلُهَا فِي

كِتَابَتِهَا فَقَالَتْ إِنْ شِئْتَ أُعْطِيتُ أَهْلَكَ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لِي

وَقَالَ أَهْلُهَا إِنْ شِئْتَ أُعْطِيتُهَا مَا بَقِيَ وَقَالَ سُفْيَانُ مَرَّةً إِنْ

شِئْتَ أُعْطِيتُهَا وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَنَا فَلَمَّا جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

ذَكَرَتْهُ ذَلِكَ فَقَالَ ابْتَاعِيهَا فَأَعْتَقِيهَا فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ

ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمَنْبَرِ فَقَالَ مَا بَالُ أَقْوَامٍ

يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا
لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ سَبَقَ
تَخْرِيجُهُ .

2 - حديث أبي هريرة (الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا
حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا ، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ ،
إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا ، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا) سبق تخريجه .

المطلب الثال صيغ القاعدة

- 1 - " كل شرط يوافق الكتاب والسنة يوفي به " .
- 2 - " الشروط المشروطة إنما يلزم الوفاء بها إذا يفض ذلك إلى
الإخلال بالمقصود الشرعي " .
- 3 - " يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان " .
- 4 - " المأمور به من الوفاء بالشروط ما لم يبطله الكتاب والسنة " .

المطلب الرابع تطبيقات فقهية لهذه القاعدة وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: حكم البيع بشرط البراءة من العيب:

المسألة الأولى: معنى البراءة من العيب: البراءة هي " مصدر (برئ) إذا
تنزه وتباعد ، وبرئ إذا عزر وقيل : برئ إذا تخلص من عهدة الرد به " .
ومعني العيب : هو " ما ينقض به عن المبيع أو قيمته نقصاً يفوت به
غرضاً صحيحاً إذا غلب في جنس المبيع عدمه " .

المسألة الثانية: حكم اشتراط البرادة من العيب:

صورة المسألة: أن يبيع شخص عيناً من الأعيان كسيارة، أو آلة ونحوها ويشترط على المشتري البراءة من كل عيب فيها أو من عيب معين لغرض من الأغراض.

تحرير محل النزاع: أجمع العلماء على أنه يجب على البائع أن يبين للمشتري كل عيب يعلمه في المبيع ولا يجوز له كتمه، فإن كتمه ولم يبينه فهو آثم عاص.

دليل ذلك: حديث حكم بن حزام رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ (الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيْنَا بُورِكْ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا) متفق عليه، أخرجه البخاري رقم (2079)، وأخرجه مسلم رقم (3937)، واللفظ له.

عن أبي هريرة رضي الله عنه (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَرَّ عَلَى صُبْرَةٍ طَعَامٍ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا فَنَالَتْ أَصَابِعُهُ بِلَالًا فَقَالَ مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ . قَالَ أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَمَا يَرَاهُ النَّاسُ مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي) أخرجه مسلم رقم (295)، واللفظ له، وأخرجه الترمذي رقم (1315)، وصححه الترمذي.

فان شرط البراءة من العيب مع علمه به ولم يبينه، أو مع عدم علمه فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله تعالى في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول : أن البائع يبرأ بالشرط مما لم يعلمه من العيب عند البيع ولا يبرأ مما علمه عنده. وهذا القول رواية في مذهب الحنابلة اختارها جمع من المحققين 1. - ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه (أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه لي فاخصمنا إلى عثمان بن عفان فقال الرجل باعني عبداً وبه داء لم يسمه وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد فصح عنده فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم) أخرجه مالك في الموطأ رقم (4)، واللفظ له ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه رقم (14721)، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى رقم (22042).

1 - أن هذا الشرط يتفق مع قاعدة الشريعة في إباحة الشروط ما لم يخالف نصاً .

القول الثاني : أن هذا الشرط صحيح مطلقاً ويبرأ به البائع مطلقاً. وهو مذهب الحنيفة وقول للشافعية .

أدلة أصحاب هذا القول :

1 - عن أم سلمة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ (إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مِمَّا أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَطَعْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَلَا

يَأْخُذُهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ) متفق عليه ، أخرجه البخاري رقم (2680)، واللفظ له ، وأخرجه مسلم رقم (4570) .،.

القول الثالث: أن هذا الشرط باطل ولا يبرأ به البائع إلا فيما علمه من العيب فسماه للمشتري فأبرأه منه. وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية. وهو المشهور من الروايات عن المالكية إلا في الرقيق خاصة فانه يصح إذا لم يعلم ولا يصح إذا علم وأما دليل استثناء المالكية للرقيق: أن الرد بالعيب مبني على علم البائع بالعيب وتدليسه وما استوى فيه علم البائع والمبتاع فلا سبيل إلى الرد به ، والرقيق يكتف عيوبه ولا يظهرها سترأ على نفسه ورغبته في بقاءه في محله فيستوي علم البائع والمشتري فلا يثبت الرد.

الترجيح: الذي يظهر للباحث هو القول الأول والله أعلم بالصواب وذلك لأمر:

1 - - موافقة لعموم قول النبي ﷺ: "والمسلمون على شروطهم" سبق تخريجه.

2 - أن فيه جمعاً بين الأدلة الواردة في النهي عن كتمان العيب والغش وبين الأدلة التي تجيز البراءة من المجهول ومتى أمكن الجمع فهو أولى.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : أن اشتراط البراءة من العيب إذا كان عن علم بالعيب فهو شرط باطل ولا يجوز الوفاء به .

المسألة الثالثة : أثر الشرط على البيع . اختلف القائلون بفساد الشرط في حكم هذا البيع على قولين.

القول الأول : أن البيع صحيح والفساد للشرط فقط . وهو مذهب المالكية والأظهر عند الشافعية ومذهب الحنابلة . استدل أصحاب هذا القول :

ما سبق في قصة ابن عمر رضي الله عنهما مع عثمان رضي الله عنه سبق تخريجه .

القول الثاني : أن البيع فاسد كما أن الشرط فاسد . وهذا وجه عند الشافعية ورواية عند الحنابلة وبه قال ابن حزم .

الترجيح : الراجح والله أعلم على القول بفساد الشرط هو القول الأول لقوة أدلتهم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم في قصة بريرة أبطل الشرط وصحح العقد .

الفرع الثاني : الشرط الجزائي في الديون :

المسألة الأولى : معنى الشرط الجزائي : "هو اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه" .

المسألة الثانية : معنى الدين : الدين لغة : هو كل شيء غير حاضر ، أو ماله أجل ، ويطلق أيضاً على القرض .

وفي الاصطلاح : هو المال الثابت في الذمة .

المسألة الثالثة : حكم الشرط الجزائي في الديون : صورة المسألة :
"اشتراط زيادة معنية في العقد على أصل الدين عند عدم السداد أو التأخر في سداد الدين في الوقت المحدد" .

حكمه : حرام وهو صريح ربا الجاهلية " إما أن تقضي أوتربي " . وقد دل القرآن على تحريمه قال تعالى ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ سورة البقرة، الآية (275) . وقد نص على تحريم الشرط الجزائي في الديون وعدم صحته وبطلانه المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1409 هـ في القرار الثامن قرارات المجمع (266) . ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم 109(3/12) في الدورة الثانية عشرة لعام 1421 هـ قرارات وتوصيات المجمع (371) . .

المسألة الرابعة : أثر هذا الشرط في العقد : إذا شرط مثل هذا الشرط في العقد فإن العقد فاسد وكذلك الشرط فاسد لأنه من الربا المحرم .
وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : إن اشتراط زيادة معينة في العقد عن أصل الدين عند عدم السداد أو عند التأخر عن السداد هي ربا ولا يجوز الوفاء بها .

الفرع الثالث : اشتراط قروض متبادلة من المقرض والمقترض :

تسمي هذه المسألة عند الفقهاء أقرضني وأقرضك أو أسلفني وأسلفك .
المسألة الأولى : صورة هذه المسألة : صورتها أن يقول المقرض للمقترض

أقرضني كذا وأقرضك بعد ذلك غيره .

المسألة الثانية : حكم هذه الصورة : نص علماء المالكية والشافعية
والحنابلة على عدم جواز هذا الاشتراط والمنع منه . **والأدلة على ذلك :**

1 - أن هذا الاشتراط يجر منفعة للمقرض وقد أجمع العلماء

على أن كل قرض يجر منفعة مشروطة للمقرض فهي حرام والمنفعة في
هذا الاشتراط أن المقرض ينتفع بالقرض الثاني من المقترض ولا يقابل
هذه المنفعة شيء سوى القرض الذي أعطاه إياه .

المسألة الثالثة : أثر هذا الشرط في العقد : إذا شرط هذا الشرط في العقد
يكون باطلاً ولا يجوز الوفاء بهذا الشرط فالشرط بطل والعقد باطل .

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : إن مسألة أقرضني وأقرضك أو
أسلفني وأسلفك هي قرض بشرط يجر نفعاً فلا يجوز الوفاء بها .

الفرع الرابع : اشتراط الخيار في الصرف : ووفية مسألتان :

المسألة الأولى : معنى الصرف : لغة الفضل والزيادة ، .

وشرعاً : هو بيع النقد بالنقد من جنسه أو من غيره .

المسألة الثانية : الحكم الشرعي : اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن
شرط الخيار في الصرف فاسد وعلى ذلك لو شرط في العقد فيحرم

الوفاء به. واختلفوا صحة العقد على قولين :

القول الأول: أن العقد يفسد بهذا الشرط وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية. **دليل هذا القول:** لأن القبض في هذا العقد هو شرط بقاءه على الصحة ، والخيار يمنع انعقاده فيمنع صحة القبض.

القول الثاني: أن العقد صحيح والشرط فاسد. وهذا مذهب الحنابلة .

الترجيح : الذي يظهر للباحث والله أعلم للباحث هو القول الأول

القائل بفساد العقد لقوة الدليل الذي ذكره.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن الصرف حقيقته بيع نقد بنقد

بجنسه أو غير جنسه ، ويشترط فيه التماثل إن كان من جنس واحد

واتحاد المجلس وشرط الخيار فيه فاسد ومحرم.

المبحث الرابع قاعدة - النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وفيه خمسة مطالب.

المطلب الأول: معنى القاعدة. إذا اشترط في عقد النكاح شرط فاسد لا يخل بمقتضى وموجب العقد فإن العقد صحيح والشرط باطل ؛ لأن عقد النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة وإنما الذي يبطله ما كان شرطاً يضاد مقصوده فمع وجود الشرط الفاسد يصح العقد ويبطل الشرط .

المطلب الثاني أصل القاعدة يدل على هذه القاعدة حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريدة (قَالَتْ أَتَتْهَا بَرِيرَةُ تَسْأَلُهَا فِي كِتَابَتِهَا فَقَالَتْ إِنْ شِئْتَ أُعْطِيَتْ أَهْلُكَ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لِي وَقَالَ أَهْلُهَا إِنْ شِئْتَ أُعْطِيَتْهَا مَا بَقِيَ وَقَالَ سُفْيَانُ مَرَّةً إِنْ شِئْتَ أَعْتَقْتِهَا وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لَنَا فَلَمَّا جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَكَرْتَهُ ذَلِكَ فَقَالَ ابْتَاعِيهَا فَأَعْتَقِيهَا فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمَنْبَرِ فَقَالَ مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) سبق تخريجه.

1 - ما أخرجه في المصنف عن الحسن البصري رحمه الله أنه قال في رجل تزوج امرأة فاشتروا عليه إن جئت بمهرها إلى كذا أو كذا وإلا فلا نكاح بينكما قال الحسن قد جاز النكاح وبطل الشرط وقال إبراهيم

النخعي وحمه اللهكل شرط في النكاح فالنكاح يهدمه إلا الطلاق أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه رقم (16569)، .

المطلب الثالث خلاف العلماء في القاعدة اتجه العلماء رحمهم الله تعالى

في حكم الشروط في النكاح اتجاهات كثيرة
الفرع الأول: المذهب الحنفي: قسم الحنفية الشروط في النكاح إلى قسمين:

القسم الأول: الشروط الصحيحة : وهي التي دل الشرع على جوازها واعتبارها كشرط الزوج أن يكون له الحق في الطلاق . أو جرى العرف بها كاشتراط المرأة تعجيل المهر كله أو بعضه أو كان العقد يقتضيها كاشتراط الزوجة النفقة. أو كانت تؤكد ما يقضيه الزواج كاشتراط الزوجة أن يكون ولد الزوج ضامناً للمهر والنفقة.

القسم الثاني: الشروط الباطلة: وهي التي لم يرد بها الشرع لم يجربها العرف ، ولم تكن من مقتضيات العقد ولا مؤكداً لمقتضاه وذلك مثل طلاق الضرة أو عدم السفر بها .

الفرع الثاني: المذهب المالكي: قسم علماء المالكية الشروط في النكاح إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: شروط يقتضيها العقد مثل اشتراط الوطاء أو النفقة فيصح اشتراطها.

القسم الثاني: شروط تناقض العقد كشرط عدم القسم أو عدم النفقة فلا تصح مثل هذه الشروط.

القسم الثالث: ما لا تعلق له بالعقد وذلك كاشتراط عدم إخراجها من بلدها أو لا يتزوج عليها فمثل هذه الشروط مكروهة ويستحب الوفاء بها ولا يلزم.

الفرع الثالث: المذهب الشافعي: قسم علماء المذهب الشافعي الشروط في النكاح إلى قسمين

القسم الأول: شروط لا تخالف مقتضى العقد وهذه الشروط، إن تعلق بها غرض صحيح لكن لا يخالف مقصود النكاح فتكون صحيحة كشرط القسم لها أو إلا نفاق عليها وإن لم تعلق بها غرض صحيح فهي لغو.

القسم الثاني: ما خالف مقتضى العقد وهي على نوعين:

النوع الأول: ما لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح كشرط ألا يسافر بها فيفسد الشرط واختلفوا في فساد أصل النكاح على قولين:

القول الأول: أن فساد الشرط لا يفسد النكاح. وهذا المشهور عندهم.

القول الثاني: يفسد الشرط ويفسد النكاح وهذا وجه عندهم.

النوع الثاني: ما يخل بمقصود النكاح كشرط أن يطلقها أولاً يطلها فليل الشرط فاسد والعقد فاسد وهو المشهور وقيل الشرط فاسد والعقد صحيح .

الفرع الرابع: المذهب الحنبلي: قسم علماء المذهب الحنبلي الشروط في النكاح إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : شروط صحيحة وهي ما يعود نفعها وفائدتها إلى المرأة كشرط ألا يسافر بها أو لا يتزوج عليها فيلزمه الوفاء بهذا الشرط.

القسم الثاني : الشروط الباطلة في نفسها غير المبطللة لأصل العقد كشرط عدم النفقة أو عدم الوطاء.

لقسم الثالث : الشروط الباطلة في نفسها المبطللة لأصل العقد مثل شرط التوقيت في نكاح المتعة وشرط التحليل في نكاح التحليل ونكاح الشغار وشرط نفي الحل بأن يتزوجها على ألا تحل له.

الفرع الخامس: المذهب الظاهري: انتظم قول ابن حزم رحمه الله في أصله في الشروط سواء في البيع أو النكاح وهو البطلان إلا ما دل الدليل على جوازه .

الفرع السادس: قول بعض المحققين من أهل العلم أن الأصل في الشروط في النكاح هو الصحة إلا ما خالف النص

المطلب الرابع صيغ القاعدة ذكر بعض علماء الحنفية صيغة قريبة لهذه القاعدة¹ وهي: "النكاح يهدم الشرط ولا ينهدم به". وقد ذكر بعض أهل العلم قواعد قد تدخل في باب الشروط في النكاح وهي:

"مقاطع الحقوق عند الشروط". وقاعدة الأصل في الشروط النكاح الصحة إلا ما خالف النص.

المطلب الخامس تطبيقات فقهية لهذه القاعدة وفيه أربعة فروع

الفرع الأول: حكم اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج:

المسألة الأولى: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج: مجموعة الفحوصات التي تجرى للمقبلين على الزواج قبل العقد للتحقق من خلوهما من الأمراض التي تؤثر على الزوجين أو على ذريتهما مستقبلاً

المسألة الثانية: الحكم الفقهي في هذه المسألة:

أولاً: تحرير محل النزاع. لا يختلفون في أن الأمراض التي هي محل البحث هي ليست جميع الأمراض بما فيها الأمراض العادية التي لا يخلو منها الإنسان أو الأمراض الطارئة غير المعدية وإنما البحث هو في الأمراض المعدية الخطيرة والأمراض التي تنتقل من شخص لآخر بسبب الاتصال الجنسي أو نقل الدم ونحو ذلك ، وكذا الأمراض الوراثية التي تنتقل من خلال الجينات

ثانياً: عرض الخلاف في المسألة: اختلف العلماء المعاصرين رحمهم الله تعالى في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الفحص الطبي قبل الزواج جائز .

أدلة أصحاب هذا القول :

1 - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لَا عَدْوَى وَلَا طَيْرَةَ وَلَا هَامَةَ وَلَا صَفَرَ وَفِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ) أخرجه البخاري رقم (5707) ، وأخرجه البيهقي في سننه رقم (13550) .

3 - أن الضرر منهى عنه في الشريعة الإسلامية وهناك من الأمراض المخيفة التي يخشى على الزوجين منها والإقدام على الزواج دون معرفه تلك الأمراض المعدية والوراثية فيه من الضرر الكبير الذي يهدد لكيان الأسرة.

القول الثاني : أن الفحص الطبي قبل الزواج واجب

الترجيح : الذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول الأول لقوة أدلتهم ولأن أصحاب هذا القول خلطوا بين الأصل في مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج وبين حق ولي الأمر في الإلزام فهذه مسألة وهذه مسألة.

المسألة الثالثة: حكم إجبار الدولة على الفحص الطبي قبل الزواج:

اختلف أهل العلم المعاصرين في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن إجبار الدولة على الفحص الطبي قبل الزواج غير

جائز.

أدلة أصحاب هذا القول :

1 - أن عقد النكاح ليس عقداً جديداً حتى نبحت عن شروط

جديدة لصحته بل هو عقد تناوله الشرع بالتفصيل من

حيث أركانه وشروط وإجبار العاقدين بوجود هذا الشرط

-الفحص الطبي -مخالف لما ثبت عن الشرع ويكون هذا

الشرط باطلاً لأنه يدخل في قول النبي ﷺ (كل شرط ليس

في كتاب الله فهو باطل)

2 - إن تصرفات ولي الأمر بالأخص في جعل المباح واجباً إنما

يصح إذا تعينت منها المصلحة. وقد صدر بذلك قرار المجمع

الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة عشرة

لعام 1424هـ القرار الخاص بشأن موضوع أمراض الدم

الوراثية.

القول الثاني : يجوز لولي الأمر الإيجاب على الفحص الطبي قبل الزواج.

الترجيح : الذي يظهر للباحث هو القول الأول ويترك ذلك إلى حرية

الزوجين مع التوعية بأهمية هذا الموضوع خصوصاً إن كانت عائلة احد

الزوجين ينتشر فيها مرض وراثي بين ، أو مرض خطير أو حتى لو عرفوا

بمرض معين ، ولو صدر قرار بذلك فإن ذلك لا بد أن يكون مقيداً

بشرطين : الأول : أن يكون ذلك في الأمراض الخطيرة المعدية.
 الثاني : ألا يكون جزاء الإخلال بالفحص الطبي هو إبطال العقد وإفساده بل يكون الجزاء بأي عقوبة أخرى .

المسألة الرابعة : أثر هذا الشرط على العقد. لم أجد فيما اطلعت عليه من أقوال أهل العلم من أفسد النكاح بسبب الإخلال بهذا الشرط. فأصحاب القول الأول يرون أنه شرط باطل ولا يلزم الوفاء به أما أصحاب القول الثاني فيرون وجوب الإلزام به لكن من خالفه يكون آثماً لمخالفته لولي الأمر.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : أن اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج هو أمر مختلف فيه ومن قال بعدم جوازه قال هو شرط باطل فيكون داخل في الشروط الفاسدة.

الفرع الثاني : النكاح بشرط إسقاط حق المبيت: فيه مسائل :

المسألة الأولى: المراد بالمبيت وحكمه : بات عند امرأته أي صار عندها سواء حصل معه نوم أو لا" .

أي أنه يقسم فيه بالليل فهو عماد القسم لمن معاشه في النهار، وأما من معاشه في الليل كالحارس ونحوه فإن النهار كالليل لغيره وهذا باتفاق الفقهاء.

وأما حكم المبيت : المبيت حق من حقوق المرأة على زوجها . وهو واجب عليه ، على الصحيح من أقوال أهل العلم.

المسألة الثانية: حكم النكاح بشرط إسقاط المرأة لحقها في المبيت : اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن الشرط باطل و العقد صحيح . وهذا مذهب الشافعية في المشهور عنهم ومذهب الحنابلة . وقال به المالكية إن كان الشرط بعد الدخول أما قبله فإن العقد يكون باطلاً . أدلة أصحاب القول الأول :

1 - عن عائشة رضي الله عنها في قصة بريدة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال (مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) (سبق تخريجه).

2 - أن اشتراط مثل هذا الشرط فيه منافاة لمقتضى عقد النكاح

فلا يصح ، بل هي منافية لمقصد من مقاصد النكاح وهو السكن والاستقرار.

القول الثاني : أن الشرط صحيح والنكاح صحيح . وهذا مذهب الحنفية ورواية عند الحنابلة.

القول الثالث : أن الشرط باطل والعقد باطل . وهو وجه عند الشافعية ، ورواية عند الحنابلة ، وهو قول ابن حزم.

الترجيح : الذي يظهر للباحث هو القول الأول ، لقوة ما استدلوا به .
وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : إن النكاح بشرط إسقاط حق الميت شرط فاسد ولكن هذا الشرط لا يفسد النكاح إلا إذا كان قبل الدخول يفسد النكاح.

الفرع الثالث: النكاح بشرط إسقاط النفقة:

المسألة الأولى: المراد بالنفقة وحكمها: هي ما تستحقه الزوجة من الكسوة والسكنى والنفقة بما يصلح لمثلها بالمعروف.

وحكمها: أنها واجبة على الزوج وهي من حقوق زوجته بعد تسليم نفسها بعقد النكاح. وقد أجمع على ذلك أهل العلم.

المسألة الثانية: حكم النكاح بشرط إسقاط المرأة لنفقتها: إذا اشترط الزوج على زوجته إسقاط حقها من النفقة في عقد النكاح فما الحكم.

اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العقد صحيح والشرط باطل: وهذا مذهب الشافعية في المشهور عنهم ، وهو مذهب الحنابلة ، وهو مذهب المالكية إن كان ذلك بعد الدخول ، أما قبله فإن العقد فاسد .

أدلة أصحاب القول الأول: 1 - قال تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ رُبَاعٍ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ** **أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا** سورة النساء الآية (3)..

2 - عن عائشة رضي الله عنها في قصة بريدة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **(مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ**

اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ سَبَقَ تَخْرِيجِهِ .

3 - أن شرط عدم النفقة يعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلا يبطل أصل العقد كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً . واستدل المالكية على فاسد النكاح قبل الدخول بأن العقد اشتمل على شرط مناقض لمقتضاه وهو شرط عدم النفقة فيفسد .

القول الثاني: أن الشرط صحيح والعقد صحيح. وهو رواية عند الحنابلة .

القول الثالث: أن الشرط باطل والعقد باطل وهذا وجه عند الشافعية ، ورواية عند الحنابلة ، وهو قول ابن حزم.

الترجيح: الذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول الأول لقوة ما استدلوا به ولورود المناقشة على أدلة الأقوال الأخرى. هذا ومن التطبيقات المعاصرة للفرعين السابقين ما يسمى بزواج المسيار وهو زواج استوفى الأركان والشروط لكنه يتضمن تنازل المرأة عن حقها في المبيت والنفقة .

وبالنظر إلى واقع الذين يتزوجون بهذه الطريقة فإن الشروط تكون في العقد قبل الدخول وعليه فإن مثل هذه الأنكحة محرمة لما يلي :

1 - أن العاقدان في هذا الزواج لا يقصدان المقاصد التي

حددها الشارع.

- 2 - أن القوامة معدومة في هذا الزواج.
- 3 - أن في هذا الزواج استغلال من الرجل للمرأة.
- 4 - هذا النوع من الزواج سيكون مدخلاً للفساد والإفساد.
- 5 - أن الرسول ﷺ أمر بإعلانه والمتعاملون بمثل هذه الأنكحة يتوارون من الناس ولا يخبرون أحداً بذلك
- 6 - إن الزوجة التي تنازلت عن حقها اليوم من المبيت والنفقة كثيراً ما تغير رأيها عندما تدرك أسرار الحياة الزوجية وتتعرف من الشرع والواقع الحقوق التي تتمتع بها الزوجة عادة.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن النكاح بشرط إسقاط النفقة شرط فاسد ولكن هذا الشرط لا يفسد النكاح إلا إذا كان قبل الدخول فإن النكاح يفسد.

الفرع الرابع: اشتراط المرأة طلاق ضررتها: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: معنى الضررة: الضررة: بفتح الضاء والراء، جمعها ضرائر، والضررتان امرأتان للرجل، سميتا ضررتين، لأن كل واحدة منهما تضار صاحبتهما.

المسألة الثانية: حكم اشتراط المرأة طلاق ضررتها: اختلف أهل العلم

رحمهم في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : أن الشرط باطل والعقد صحيح. وهو مذهب الحنابلة .

أدلة أصحاب هذا القول : عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال :
(مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا
لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) سبق تخرجه .

القول الثاني : أن هذا الشرط صحيح ويجب الوفاء به. وهو رواية عند
الحنابلة ، وقال الحنفية إن الوفاء به مكروه .

الترجيح : الذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول الأول لقوة أدلتهم
ولورود المناقشة على أدلة القول الثاني ولأن الحديث نص صريح صحيح
في هذه المسألة والعدول عن النص بتعليلات لا تنهض للاستدلال أمر
مخالف لقواعد الاستدلال. ولم أقف لعلماء المالكية والشافعية على قول
في المسألة.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : إن في اشتراط طلاق المرأة ضررتها
ضرر على الزوجة المطلقة وهو مع ذلك منهي عنه بالنص فيكون فاسداً.

المبحث الخامس قاعدة كل قرض شرط إن زد فيه فهو حرام بغير خلاف

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: معنى القاعدة. اتفق العلماء رحمهم الله تعالى على أنه لا يجوز اشتراط زيادة في بدل القرض للمقرض وأن هذه الزيادة ربا. وسواء كانت الزيادة في الصفة أو القدر وسواء كانت عيناً أو منفعة ولا فرق بين اشتراط الزيادة عند العقد أو عند الوفاء. وتسمى الزيادة المشروطة في القرض ربا القرض ، وهي من ربا الجاهلية حيث إن ربا الجاهلية ينقسم إلى قسمين رئيسين :

1 - ربا القرض.

2 - ربا الدين.

فالأول : هو إقراض مال إلى أجل بشرط الزيادة.

والثاني : صورته إما أن تقضي أو تربي. وهذا الفعل محرم بالكتاب والسنة والإجماع .

المطلب الثاني أصل القاعدة استدل أهل العلم رحمهم الله تعالى لهذه

القاعدة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: الأدلة من الكتاب :

1 - قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا

بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ (278) سورة البقرة الآية (278)..

ثانياً: الأدلة من السنة: عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع: (وَرَبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلُ رَبَا أَضَعُ رَبَانَا رَبَا الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَإِنَّهُ مَوْضُوعٌ كُلُّهُ) أخرجه مسلم رقم (1218) واللفظ له ، وأخرجه أبو داود رقم (1905) ، وأخرجه ابن ماجه رضي الله عنه رقم (3110) .

1 - ثالثاً: الإجماع: حكى غير واحد من العلماء الإجماع

على تحريم الاشرطاط في الزيادة في القرض

المطلب الثالث مستثنيات القاعدة بالتأمل في هذه القاعدة ، فإنها تدل بعمومها على أن كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام ، وهذا بالإجماع لا يجوز ، أما إذا كانت الزيادة غير مشروطة أو كانت هناك منفعة غير مشروطة فهذا هو محل البحث. فالزيادة على القرض عند الوفاء من غير شرط جائزة على الصحيح من أقوال أهل العلم. دليل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة (خِيَارُكُمْ مَحَاسِنُكُمْ قَضَاءً) متفق عليه ، أخرجه البخاري رقم (3305) ، ، وأخرجه مسلم رقم (1600) واللفظ له . وكذلك يستثنى من هذه القاعدة المنفعة المشروطة للمقترض ، كشرط الوفاء بالأقل وشرط التأجيل ، وهذه جائزة على الصحيح من أقوال أهل العلم .

المطلب الرابع صيغ القاعدة

1 - "كل قرض جر منفعة فهو ربا" .

- 2 - "كل قرض جر منفعة بشرط فهو ربا".
- 3 - "كل قرض شرط فيه زيادة فهو حرام".
- 4 - "الزيادة المشروطة في العقد تحرم اتفاقاً".
- 5 - "اشتراط الزيادة في السلف ربا".

المطلب الخامس تطبيقات فقهية لهذه القاعدة وفيه خمسة فروع:
الفرع الأول: حكم دخول المصرف مع العميل المماطل في شركة بقدر الدين: هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء المعاصرين
 واختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: يرى بعض الباحثين أن هذه الطريقة غير مقبولة شرعاً. لأن العميل لا يخلو من حالين:

- 1 - إما أن يكون معسراً ففي هذه الحالة يجب إنظاره.
- 2 - أو أن يكون موسراً، فالربح الذي يأخذه البنك من هذه المضاربة زيادة مشروطة في دين ثابت في الذمة فهو من الربا. ولذلك حرم أهل العلم المضاربة بالدين الذي في ذمة المدين إذا كان ذريعة إلى الربا.

القول الثاني: ويرى بعض الباحثين إلى أن هذه العملية مقبولة شرعاً:
الترجيح: الذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول القائل بأن هذه العملية غير مقبولة شرعاً لقوة التعليل الذي ذكره.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن دخول المصرف مع العميل المماثل في شركة بقدر الدين إذا كان موسراً هو من قبيل الزيادة المشروطة في دين ثابت في الذمة وهذا من الربا المحرم.

الفرع الثاني: عمليات الشراء بالهامش: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: المراد بعمليات الشراء بالهامش: المقصود منها: شراء الورقة المالية بسداد جزء من قيمتها نقداً بينما يسدد الباقي بقرض، بضمان الأوراق محل الصفقة. لذا يسمى الشراء بالهامش، إذ تمثل قيمة المدفوعات النقدية هامشاً مبدئياً لصفقة الشراء، وفي العادة لا تزيد نسبة الشراء عن 60% من قيمة الصفقة.

والشراء بالهامش لا يخلو من قدر كبير من المجازفة، وإقدام المستثمر على التوسع فيه مبني على تنبؤاته بتحقيق قدر أكبر من الربح عنه فيما لو اشترى نقداً.

المسألة الثانية: الحكم الشرعي لهذه العملية: الذي يظهر للبحث والله أعلم أن هذه المعاملة بالصفة المذكورة محرمة، لأن فيها قرصاً بفائدة، ولا خلاف في تحريمه.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن عمليات الشراء بالهامش هي من قبيل القرض بفائدة ويكون ذلك مشروطاً بين أطراف العملية.

الفرع الثالث: البيع على المكشوف: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: المراد بالبيع على المكشوف: "هو عكس ما ورد في الفرع السابق - الشراء بالهامش - ففي هذا النوع يقوم المستثمر ببيع الورقة المالية أولاً قبل أن يملكها، ثم يشتريها فيما بعد عندما تنخفض قيمتها السوقية عن القيمة التي سبق أن بيعت بها. ويسمى هذا البيع بالبيع القصير تمييزاً له عن البيع الطويل، فالوضع الطويل يتعلق بشراء الأسهم والاحتفاظ بها للحصول على الربح أو بيعها للحصول على الزيادة الرأسمالية في أسعارها، أما الوضع القصير فيتعلق بالمقامرة على انخفاض أسعارها سواء أكان المستثمر مالكاً أم غير مالك لها في وقت إنشاء عقد البيع.

المسألة الثانية: الحكم الشرعي: الذي يظهر للباحث أن هذا البيع محرم لأمرين:

الأول: أنه مشتمل على قرض بفائدة.

الثاني: أن المقرض يشترط على البائع الاحتفاظ بقيمة الأسهم المباعة للانتفاع بها واستثمارها حتى سداد القرض فصورة ذلك أسلفني أسلفك وهذا محرم.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن حقيقة البيع على المكشوف هو قرض لفائدة وأيضاً يدخل في مسألة أسلفني أسلفك حيث إن المقرض يشترط على البائع الاحتفاظ بقيمة الأسهم المبينة للانتفاع بها واستثمارها.

الفرع الرابع: المتاجرة في السندات: وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حقيقة السندات: السندات من الأوراق المالية التي

تصدرها الشركات المساهمة، أو المؤسسات العامة، أو الدول.

والسند هو: "قرض طويل الأجل تتعهد الشركات المقترضة بموجبه أن

تسد قيمته في تواريخ محددة". وتختلف السندات عن الأسهم من عدة

جوانب:

- 1 - السند يمثل ديناً على الشركة.
- 2 - السند لا يعطي صاحبه حقاً في حضور الجمعية العمومية للشركة ولا للتصويت.
- 3 - عند تصفية الشركة يكون لصاحب السند الأولوية في الحصول على قيمة السند، أما صاحب السهم فلا يأخذ شيئاً إلا بعد تصفية السندات وقضاء الديون.
- 4 - السند يعطي صاحبه حقاً في فائدة ثابتة سواء ربحت الشركة أم خسرت، أما السهم فإن صاحبه معرض للربح والخسارة في حال تعرض المشروع لأي منها.

المسألة الثانية: حكم المتاجرة بالسندات: تكاد تتفق كلمة العلماء

المعاصرين على تحريم السندات ولم يخالف إلا عدد يسير من الباحثين،

ولهم شبه ساعرضها بالمناقشة في المسألة التالية.

أما الأدلة على تحريم السندات فهي الأدلة على تحريم القرض بفائدة السابق ذكرها في المطلب الثاني من هذا المبحث. وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم 60 (6/11) بتحريم السندات قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (199).

وعلى هذا فإنه يحرم الاشتراك في الصناديق الاستثمارية التي تشمل أصولها على سندات أياً كان نوع هذه السندات.

المسألة الثالثة: مناقشة الشبه التي تمسك بها من أجاز التعامل بالسندات الشبهة الأولى: أن هذه المعاملة لم تكن موجودة في عهد نزول التشريع الإسلامي، فتأخذ حكم المسكوت عنه، وهو أن الأصل في المنافع الإباحة، فتكون مباحة شرعاً.

المناقشة: مسلم أن هذه المعاملة لم تكن في عهد نزول التشريع الإسلامي، ولكن حقيقتها كانت موجودة فهي قرض إلى أجل بفائدة مشروطة، وقد دلت الأدلة على تحريمه. وأما كون هذه المعاملة نافعة، فهذا صحيح، وكذلك أيضاً الخمر والميسر فيها نفع، ولكن مضار الجميع أكبر من النفع.

الشبهة الثانية: أن السندات من قبيل "المعاملة التي كانت موجودة في عهد نزول التشريع الإسلامي والتي كانت معروفة باسم القراض أو المضاربة، والقراض جائز شرعاً فتكون جائزة مثله.

المناقشة: أن السندات تختلف عن المضاربة الصحيحة، وذلك لأن السندات معاملة تقوم على تحديد الربح، وهذا يخالف عقد المضاربة. ثم إن ضمان المال في عقد المضاربة يكون على صاحب المال، واشترطه على العامل شرط فاسد فالادعاء بأن البنوك تستثمر هذه الأموال نيابة عن أصحابها بطريق المضاربة ادعاء باطل.

الشبهة الثالثة: أن أموال السندات ودائع أذن أصحابها في استثمارها.

المناقشة: أنه لا يسلم بأن أموال السندات ودائع، وإنما هي قروض ربوية لاتفاق أحكامها مع القرض.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن المتاجرة بالسندات قروض يستحق صاحبها فائدة تامة بشكل دوري فهي من الزيادة المشروطة المحرمة.

الفرع الخامس: الودائع الآجلة: وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الودائع الآجلة: وهي الودائع التي لا يلتزم المصرف بردها إلا عند أجل معين حسب الشروط المتفق عليها، ولا يحق للمودع طلب استردادها قبل هذا الأجل.

وهناك بعض الفروق بين الودائع الآجلة والحالة منها:

- 1 - أن الودائع الآجلة لا يمكن لصاحبها سحبها إلا بعد أجل حسب الشروط المتفق عليها، أما الودائع الحالة فيمكن لصاحبها سحبها في أي وقت شاء.
- 2 - أن الودائع الآجلة لا يمكن تحويلها إلى شخص آخر عن طريق الشيكات، ولكن بطريقة الخصم والإضافة إلى أرصدها، بخلاف الودائع الحالة التي يمكن فيها ذلك.
- 3 - أن الفائدة في الودائع الآجلة أكبر مقدراً منها في الودائع الحالة.

المسألة الثانية: حقيقة الودائع الآجلة. إن حقيقة الودائع الآجلة هي قروض.

المسألة الثالثة: حكم الودائع الآجلة: الودائع الآجلة بأنواعها هي قروض ربوية محرمة.

لا خلاف معتبر في ذلك، وعلى ذلك يحرم الفوائد وإعطاؤها لأنها زيادة مشروطة أو في حكم المشروطة في بدل القرض للمقرض وقد تضافرت الأدلة على تحريمها قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في مكة في دورته التاسعة لعام (1406هـ) وقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في جدة في دورته التاسعة من قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (290)، وفتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء (116/18).

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن الودائع الآجلة هي من

القروض الربوية المحرمة للزيادة المشروطة فيها أو في حكم المشروطة.

المبحث السادس قاعدة الشروط الفاسدة تبطل العقود وفيه خمسة

مطالب :

المطلب الأول: معنى القاعدة.

المطلب الأول معنى القاعدة هذه القاعدة تنتظم مع منهج الإمام ابن حزم

رحمه الله في أن الأصل في الشروط الحظر

مناقشة القاعدة : لعل المراد والله أعلم من القاعدة هي الشروط المجمع

على بطلانها، أو الشروط المخالفة للنصوص الشرعية، أو المخالفة

للمقصود من العقد. ويتضح لي مما سبق من تقسيمات أهل العلم -

رحمهم الله تعالى - للشروط أن الشروط قسمان :

القسم الأول : شروط صحيحة : وهذا القسم على أربعة أنواع :

النوع الأول : شرط يقتضيها العقد.

النوع الثاني : شرط منفعة في العاقد أو المعقود عليه.

النوع الثالث : اشتراط صفة في المعقود عليه.

النوع الرابع : اشتراط مصلحة تعود على العقد أو العاقد.

القسم الثاني : شروط فاسدة. وهذا القسم على نوعين :

النوع الأول : شروط فاسدة غير مفسدة. ضابط هذا النوع : هي الشروط

المخالفة لحكم الشرع، ولم تبطل ركناً من أركان العقد، أو تعارض

مقصوداً أصلياً من أجله شرع العقد.

النوع الثاني: شروط فاسدة مفسدة. ضابط هذا النوع: هي الشروط التي تبطل ركناً من أركان العقد، أو تعارض مقصوداً أصلياً من أجله شرع العقد.

المطلب الثاني أصل القاعدة تعتمد هذه القاعدة على الأصل في باب

الشروط وهو حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة رضي الله عنها (مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) سبق تخريجه.

المطلب الثالث صيغ القاعدة لم أجد فيما اطلعت عليه من ذكر صيغ

لهذه القاعدة، ولكن يمكن أن يكون من صيغها:

- 1 - "كل شرط يخالف أصول الشريعة باطل".
- 2 - "كل شرط يغير حكم الشرع يكون باطلاً".
- 3 - "الشرط إذا نافي موجب العقد أبطله".

المطلب الرابع تطبيقات فقهيّة لهذه القاعدة وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: اشتراط عقد معاوضة في عقد القرض: وفيه

مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف عقد المعاوضة: هي العقود التي تقوم على

أساس المبادلة بين المتعاقدين ، فيأخذ كل منهما شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً آخر ، سواء كانت مبادلة مال بمال كالصرف ، أو مال بمنفعة كالإجارة ، أو كانت مبادلة منفعة بمنفعة كتمر في أو مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالنكاح .

المسألة الثانية: حكم هذا الاشتراط: اشتراط عقد المعاوضة في عقد القرض لا يجوز وهو محرم ولا يجوز الوفاء به . والأدلة على ذلك ما يأتي :

1 - قول النبي ﷺ: (لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ تَضْمَنْ وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ) سبق تخريجه .

2- أن الجمع بين القرض وعقد المعاوضة لا يجوز لأنه شرط عقد في عقد كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره .

الفرع الثاني: اشتراط التحليل في النكاح: وفيه مسألتان :

المسألة الأولى: المراد بنكاح التحليل:

المراد بنكاح التحليل: هو العقد على امرأة بزمن مقيد أقصاه إصابة المرأة لتحل لزوجها الأول .

المسألة الثانية: حكم اشتراط التحليل في النكاح:

تحرير محل النزاع: إذا نكحت المرأة هذا الرجل الثاني بدون شرط التحليل وبدون نيته في صلب العقد، وإنما تجردت نية الزوج للإمساك

والرغبة في النكاح فهو عقد صحيح بالإجماع. أما إذا شرط التحليل أو نواه الزوج في صلب العقد فهو الذي حصل فيه الخلاف.

اختلف أهل العلم رحمهم الله تعالى في هذه المسألة - وهي مسألة اشتراط التحليل في عقد النكاح - على قولين:

القول الأول: أن الشرط باطل والعقد باطل. وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وعليه عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين. وهو قول الإمام أبي يوسف من الحنفية أدلة أصحاب هذا القول:

1 - قوله تعالى: **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَكَحَّ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ** سورة البقرة الآية (230)..

2 - عن ابن مسعود رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال **(لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ)** أخرجه أبو داود رقم (2078)، وأخرجه الترمذي رقم (1120) وأخرجه النسائي في الكبرى رقم (5536)، وأخرجه الدارمي رقم (2258)، واللفظ له، تلخيص الحبير (3/372) وصححه الألباني كما في إرواء الغليل (307/6)..

القول الثاني: أن الشرط فاسد والعقد صحيح. وهذا النكاح مكروه

عندهم.

وهذا هو مذهب الحنفية وقال الإمام محمد بن الحسن : النكاح الثاني صحيح ، ولا تحل المطلقة للأول .

الترجيح : الذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول الأول وهو القول ببطلان نكاح التحليل ، لأن الأصل في مشروعية الزواج الدوام والاستمرار والمحلل لا يقصد شيئاً من ذلك ، ولتكاثر الأدلة وأقوال الصحابة على هذا بل إن شيخ الإسلام رحمه الله نقل إجماعهم عليه .

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : إن اشتراط التحليل في النكاح شرط فاسد بالنص وهو مفسد للعقد النكاح.

الفرع الثالث: بيع العينة: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف معنى العينة: للعينة في اللغة معان منها: السلف وخيار المال. العين والعينة الربا، وعين التاجر أخذ العينة أو أعطى بها، والعينة السلف".

ومعناها شرعاً: "أن يبيع سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها منها نقداً بأقل مما باعها".

المسألة الثانية: حكم بيع العينة:

أولاً: تحرير محل النزاع: اتفق أهل العلم رحمهم الله تعالى على تحريم بيع العينة إذا كان ثمة شرط بين المتعاقدين بالدخول في العقد الثاني. واتفق

العلماء على أن البائع إذا اشترى السلعة ممن باعها عليه بمثل الثمن الأول أو أكثر جاز ذلك لانعدام الشبهة. واتفق العلماء على أن البائع إذا باع السلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بعرض، أو كان يبيعها بعرض فاشترها بنقد أن ذلك جائز.

ثانياً: خلاف العلماء في حكم بيع العينة: اختلف أهل العلم رحمهم الله تعالى على قولين:

القول الأول: تحريم بيع العينة، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة. أدلة أصحاب هذا القول:

1 - عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:

(إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنَةِ وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَرَضِيْتُمْ بِالزَّرْعِ وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى

تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ) أخرجه أبو داود رقم (3464) واللفظ له،

وأخرجه البيهقي رقم (11017)، المحرر (487)، وقال الشيخ

الألباني الحديث صحيح بمجموع طرقه انظر: سلسلة الأحاديث

الصحيحة له (8/1)..

2- أن القول بتحريم العينة هو المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم منها أن ابن

عباس رضي الله عنه سئل عن رجل باع رجلاً حريراً بمائة ثم اشتراها منه بخمسين

فقال (دراهم بدراهم متفاضلة بينهما حريرة) هذا الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في

مصنفه رقم (20157)، ..

القول الثاني: جواز بيع العينة: وهو مذهب الشافعية ، والظاهرية .
الترجيح: الذي يترجح للباحث والله أعلم هو القول الأول القائل بالتحريم لقوة أدلتهم ولورود المناقشة على أدلة القول الثاني ولأن تحريم هذا البيع يعتمد على القول بقاعدة سد الذرائع ، وحقيقة الربا موجودة في هذا البيع دون صورته والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: إن بيع العينة إذا كان مشروطاً بين العاقدين فهو من الشروط الفاسدة المفسدة للعقد بالإجماع وإذا كان غير مشروط فهو محرم على قول الجمهور.

الفرع الرابع: الإيجار المنتهي بالتمليك: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: المراد بالإيجار المنتهي بالتمليك:

المراد بالإيجار المنتهي بالتمليك: "هو أن يتفق طرفان على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عن أجرة المثل على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر".

المسألة الثانية: حكم اشتراط البيع في عقد الإجارة:

ولهذه الصورة أمثلة منها:

1 - عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه

المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة دون إبرام عقد جديد

بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.

2 - إجارة عين لشخص بأجرة معلومة ولمدة معلومة مع عقد

بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة أو مضاف إلى وقت المستقبل.

3 - عقد إجارة حقيقي واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر

ويكون مؤجلاً إلى أجل طويل محدد وهو آخر مدة عقد

الإجارة. وهذه الصور حرمتها هيئة كبار العلماء بالمملكة

العربية السعودية ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر

الإسلامي أبحاث هيئة كبار العلماء (3/225)، وقرارات

وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (375-376).

وجه تطبيق القاعدة على المسألة: إذا ورد عقد الإجارة وعقد البيع على

عين واحدة في وقت واحد وكان ذلك مشروطاً فإن هذا محرم وهذه

صورة من صور الإيجار المنتهي بالتمليك.

المطلب الخامس مستثنيات القاعدة يستثنى من القاعدة كما سبق

الشروط الفاسدة غير المفسدة لأصل العقد وقد سبق بيانها والخلاف فيها

في المبحث الثالث من الفصل الأول وفي المطلب الأول من هذه القاعدة

عند الحديث عن معناها.

ومن الأمثلة على ذلك:

- 1 - اشتراط إسقاط النفقة.
 - 2 - اشتراط إسقاط الميit.
 - 3 - اشتراط المرأة طلاق ضربتها.
 - 4 - اشتراط الخيار في الصرف عند من قال به.
 - 5 - اشتراط البراءة من العيب عند من يقول بفساد هذا الشرط.
- وغيرها كثير وقد ذكرت بعض الأمثلة أيضاً في ثنايا البحث.

المبحث السابع قاعدة - كل بيع بشرط فهو باطل وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: معنى القاعدة. هذه القاعدة تحتاج إلى مزيد إيضاح، لأنها صدرت بلفظة كل ومن والمعلوم أنها من صيغ العموم . وهي مسألة من حديث ضعيف بل حكم بعض أهل العلم على بطلانه وقد بينت ذلك في تخريجه وهو حديث نهي النبي ﷺ (أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط) سبق تخريجه وهذه القاعدة تخالف ثلاثة أحاديث وهي :

- 1- حديث جابر رضي الله عنه (أَنَّهُ كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا فَأَرَادَ أَنْ يُسَيِّبَهُ قَالَ فَلَحِقَنِي النَّبِيُّ ﷺ فَدَعَا لِي وَضَرَبَهُ فَسَارَ سَيْرًا لَمْ يَسِرْ مِثْلَهُ قَالَ « بَعْنِيهِ بَوْقِيَّةٍ ». قُلْتُ لَا. ثُمَّ قَالَ « بَعْنِيهِ ». فَبَعْتُهُ بَوْقِيَّةٍ وَاسْتَشْنَيْتُ عَلَيْهِ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي فَلَمَّا بَلَغْتُ أُتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ فَتَقَدَّنِي ثَمَنَهُ ثُمَّ رَجَعْتُ فَأَرْسَلْتُ فِي أَثْرِي فَقَالَ أَتْرَانِي مَا كَسْتِكَ لَا أَخْذُ جَمَلَكَ خُذْ جَمَلَكَ وَدَرَاهِمَكَ فَهُوَ لَكَ) سبق تخريجه.

2. حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة رضي الله عنها (مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنْ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ) سبق تخريجه.

3. حديث جابر رضي الله عنه (هُوَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الشَّيْءِ حَتَّى يَعْلَمَ) سبق تخريجه.

ووجه المخالفة: أن الشرط جاز في حديث جابر رضي الله عنه وحديث الثنيا، وأما حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة فإن الشرط بطل لمخالفته للشرع. وليس لمقتضى العقد، فلو لم يمنعه الشرع لجاز، أو لكان من المسائل الخلافية، فهو لا يتنافى مع مقصود العقد.

وخالف أيضاً - أي حديث النهي عن بيع وشرط - مفهوم قول النبي ﷺ (لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ تَضْمَنْ وَلَا يَبْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ) سبق تخريجه. فإن منطوقه لا يتعارض مع الأحاديث السابقة، ولكن مفهومه يميز الشرط الواحد، أي يتعارض مع حديث النهي عن بيع وشرط، ولكن مع ضعف الحديث لا حاجة لإزالة التعارض. وقد سبق في المبحث الثالث من الفصل الأول ذكر أقوال المذاهب في الشروط الفاسدة وأن أكثر المذاهب أخذاً بهذه القاعدة هما المذهب الحنفي، والشافعي، وقليلاً ما يأخذ بها المذهب المالكي ولم يأخذ بها الحنابلة. ومما سبق يتضح أن هذه القاعدة محل نقد ومناقشة.

المطلب الثاني أصل القاعدة استدل من قال بهذه القاعدة بحديث عبدالله

بن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (أن النبي صلى الله عليه وسلم هي عن بيع وشرط) سبق تخريجه .
واستدلوا أيضاً بالأثر الوارد عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية فاشتترت عليه أنك إن بعته فهي لي بالثمن الذي تبيعها به فاستفتى في ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له عمر لا تقربها وفيها شرط لأحد أخرجه الإمام مالك في الموطأ رقم (2280)، وأخرجه البيهقي في السنن رقم (11145)، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه رقم (14291).

المطلب الثالث صيغ القاعدة لم ترد هذه القاعدة فيما اطلعت عليه إلا

- 1 - "كل بيع بشرط باطل" ، وهي القاعدة المراد بمحتها.
- 2 - "البيع شرط عقد آخر باطل" .
- 3 - "كل عقد شرط فيه عند عقده عقداً آخر فإنهما يبطلان معاً" .
- 4 - "البيع بشرط باطل" .

المطلب الرابع تطبيقات فقهية لهذه القاعدة وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: بيع العربون: وفيه ثلاث مسائل :

- المسألة الأولى: تعريف العربون: أصله في اللغة: التسليف والتقديم .
- وفي الاصطلاح: هو أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن وإلا فهي للمدفع إليه مجاناً .

المسألة الثانية: حكم بيع العربون:

تحرير محل النزاع: لم يختلف أهل العلم رحمهم الله تعالى على أن المشتري إذا نكس عن البيع ورد له العربون أن هذا جائز وإنما الخلاف عند عدم الرد إذا نكس المشتري .

ختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم بيع العربون على قولين:

القول الأول: أنه بيع جائز ويصح التعامل به والشرط صحيح. وهو مذهب الحنابلة . استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1 - عن زيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ (أحل البيع العربان)

التلخيص الحبير (3/45)، وقال في عون المعبود هو مع الإرسال فيه

إبراهيم ابن أبي يحيى وهو ضعيف: عون المعبود (5/290) . .

القول الثاني: أن هذا البيع غير جائز وأن الشرط فاسد. وهو مذهب

الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، ورواية عند الحنابلة .

الترجيح: الذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول القائل بجواز الشرط

والبيع للوقائع التي دلت على جوازه في عصر الصحابة، ولأن عرف

الناس في تعاملهم على جوازه والالتزام به، ولحاجة الناس إليه ليكون

عقداً ملزماً ووثيقة ارتباط عملية.

المسألة الثالثة: أثر بيع العربون على العقد: الذين قالوا بالجواز لا إشكال

عندهم في أن العقد صحيح. والكلام هنا فيمن قال بعدم جواز بيع

العربون وهم الجمهور.

فالحنفية لم أجد لهم نصاً في هذه المسألة، لكن مقتضى قواعدهم في الشروط أن هذا الشرط عندهم مفسد للعقد لأنه شرط مؤدي للغرر والمنازعة. وأما المالكية فذهبوا إلى فسخ بيع العربون ورد السلعة إن كانت قائمة، وإلا فإن المشتري يرد قيمتها يوم قبضها بعد حسم العربون المدفوع. وأما الشافعية فقالوا إن بيع العربون باطل إذا كان الشرط في نفس العقد، وأما إذا كان الشرط سابق للعقد فهو لغو غير مؤثر، وإن كان بعد العقد فهذا فيه تفصيل عندهم فإن كان بعد لزوم العقد بانقضاء مدة الخيار فهو لغو قطعاً، وإن كان قبله في مدة الخيار فعندهم ثلاثة أقوال:

الأول: أنه يلحق في مدة الخيار، وهو الصحيح عند جمهور الشافعية وقطع به أكثر العراقيين.

الثاني: أنه يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط.

الثالث: أنه لا يلحق.

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة: أن بيع العربون إذا كان بشرط فهو لا يجوز والشرط فاسد على قول الجمهور.

الفرع الثاني: الصيانة المشروطة في عقد البيع: وفيه

مسألتان:

المسألة الأولى: المراد بعقد الصيانة: والمراد بعقد الصيانة: "هو عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد" قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (354).

. وعقد الصيانة من العقود المستحدثة ويختلف تكييفه وحكمه باختلاف صورته .

المسألة الثانية: حكم اشتراط عقد الصيانة في عقد البيع: هذه المسألة من المسائل المستجدة التي لم يبحثها الفقهاء في كتبهم وبالنظر إلى حقيقة هذه المسألة فإنها مكونة من بيع وشرط وقد سبق خلاف الفقهاء رحمهم الله في الأخذ بحديث النهي عن بيع وشرط . وقد خرج أحد الباحثين أقوالاً لأصحاب المذاهب في هذه المسألة بناءً على أخذهم لهذا الحديث.

وصورة المسألة: أن يشتر شخص سلعة من السلع التي تحتاج إلى صيانة، ويشترط على البائع أن يقوم بصيانتها مدة من الزمن فيجتمع في العقد بيع وشرط. وقد جاء في قرار المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي أن هذا عقد اجتمع فيه بيع وشرط وهو جائز سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد أو مع تقديمها قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (354) .

والذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول بالجواز في هذه المسألة.

وجه تطبيق القاعدة على المسألة: إن الصيانة المشروطة في عقد البيع هي من قبيل البيع بشرط وهو باطل عند الحنفية والشافعية.

الفرع الثالث: شراء الحلي بشرط الشراء بثمنه حلياً من البائع: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: صورة المسألة: أن يقول التاجر مثلاً لا أبيعك هذا الحلي إلا أن تبيني، وقد تكون بالعكس فيقول المشتري لا أشتري منك إلا أن تشتري مني.

المسألة الثانية: الحكم الشرعي لهذه المسألة: تدخل هذه المسألة في عموم هذه القاعدة لأنها بيع وشرط، وصورتها لم تكن موجودة عند الفقهاء على هذا النحو. وقد خرج أحد الباحثين أقوالاً للمذاهب في هذه المسألة. فالملكية يخرج لهم القول بالجواز. ويخرج للحنفية والشافعية والحنابلة القول بالتحريم.

فالحنفية هذه الصورة عندهم تطابق تفسيرهم للبيعتين في بيعة ولأنه بيع وشرط وهو منهي عنه .

والشافعية هذه الصورة فيها بيع وشرط وقد ورد النهي عنه، ولأنه لا يجوز الاستبدال عن ثمن الصرف قبل قبضه . وأما الحنابلة فالتحريم عندهم لأنه من البيعتين في بيعة، ولأنهم قالوا أيضاً لا يجوز الاستبدال عن ثمن الصرف قبل قبضه .

الترجيح : الذي يظهر للباحث والله أعلم هو القول بالجواز وهو مذهب المالكية لأن هذا ليس من بيع الذهب بالذهب ، وإنما هو بيع ذهب بريالات ورقية ثم شراء ذهب بريالات ورقية . وأما من يقول إنها من بيعتين في بيعة فهذا غير صحيح لأن القول المختار في تفسير البيعة في بيعة أنها العينة لأن النبي ﷺ قال : **(مَنْ بَاعَ يَبْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْ كَسَهُمَا أَوْ الرَّبَّاءُ)** أخرجه أبو داود في سننه رقم(3461) واللفظ له ، وابن حبان في صحيحه رقم(4974). والحديث صححه الحاكم في المستدرک (52/2) ، وابن حزم في المحلى (16/9) ، والألباني في الإرواء (150/5) .

وجه تطبيق القاعدة على هذه المسألة : إن شراء الحلي بشرط الشراء بثمنه حلياً من البائع هو في حقيقته بيع وشرط فهو داخل في قاعدة كل بيع بشرط فهو باطل.



المبحث الثامن قاعدة - الإسقاط لا يبطل بالشرط الفاسد وفيه أربعة

مطالب :

المطلب الأول: معنى القاعدة. الإسقاط لغة الإزالة والإيقاع والإلقاء

وفي الاصطلاح: "هو إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك ولا إلى مستحق وتسقط بذلك المطالبة به".

ومعنى هذا الضابط ، أن من ترك حقاً أو أبطله بشرط فاسد فإن هذا الترك لا يبطل ، لأن ما أسقط لا يعود.



المطلب الثاني أصل القاعدة لم أقف على من بين أصل هذا الضابط إلا الاستدلال بقاعدة الساقط لا يعود والذي يظهر للباحث أن هذا الضابط هو فرع لهذه القاعدة كما بينه صاحب موسوعة القواعد الفقهية .

المطلب الثالث صيغ القاعدة هذا الضابط مأخوذ من قاعدة مهمة من قواعد الفقه الإسلامي تعرض لها الفقهاء من القديم وعبروا عنها بصياغات متقاربة وهي قاعدة: "الساقط لا يعود" ، وقد يعبر عنها بقولهم: "الساقط متلاش" ، وبعضهم يعبر بقوله: "المعدوم لا يعود" .

المطلب الرابع تطبيقات فقهية لهذه القاعدة في هذا المطلب سأذكر

بعض المسائل المدرجة تحت هذا الضابط ، ومنها :

- 1 - إذا صالح على كفالة النفس بما لا يصلح ، فلا يستحق المال وبطلت الكفالة على قول.
- 2 - الشفعة حق للشفيع ، فإذا صالح الشفيع عن شفيعته بمال أي ترك المطالبة بالمشفوع على مال يأخذه ، سقطت شفيعته ولا يستحق المال ، مع أن الصلح على ترك الشفعة بمال شرط فاسد ، ولكنه يدل على الإعراض فتسقط الشفعة به .
- 3 - ومن ذلك إذا خالعت المرأة زوجها واشترطت الرجعة لزم الخلع وبطل الشرط.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

القَصْدُ فِي الْعُقُودِ الْمَالِيَّةِ

إعداد الطالب:

خالد بن صالح الجنيدي

إشراف

عبدالعزیز بن عبدالرحمن الحمود

العام الجامعي 1429هـ - 1430هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم A4 217

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم A4 203

البحث بعد التلخيص بحجم A4 60

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث: وقد قسمت البحث إلى مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة:

المقدمة: وتشتمل على:

1— موضوع البحث وعنوانه.

2— أهمية الموضوع .

3— أسباب اختياره.

4— الدراسات السابقة.

5— منهج البحث.

6— مفردات البحث.

التمهيد: وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: في التعريفات وفيه خمسة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الأثر في اللغة والاصطلاح.
- المطلب الثاني: تعريف القصد في اللغة والاصطلاح.
- المطلب الثالث: تعريف العقد في اللغة والاصطلاح.
- المطلب الرابع: تعريف المال في اللغة والاصطلاح.

●المطلب الخامس: تعريف العقد المالي باعتباره لفظاً مركباً.

المبحث الثاني: في بيان بعض الفروق الفقهية وفيه أربعة مطالب:

●المطلب الأول: الفرق بين القصد والنية والإرادة والهم والعزم.

●المطلب الثاني: الفرق بين القصد والمقصد.

●المطلب الثالث: الفرق بين العقد الصوري والعقد الحقيقي.

●المطلب الرابع: الفرق بين عقد الراغب في العقد وغيره.

المبحث الثالث: دلالة قاعدة (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) وفيه خمسة مطالب:

●المطلب الأول: دليل القاعدة.

●المطلب الثاني: الاستدلال بالقاعدة.

●المطلب الثالث: أهمية القاعدة.

●المطلب الرابع: العقد بين اللفظ والقصد.

●المطلب الخامس: علاقة العقد بقصد العاقد.

الفصل الأول: أثر القصد في عقود المعاملات المالية، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أثر قصد الربا في العقد المالي، وفيه ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول:** تعريف الربا في اللغة والاصطلاح.
- **المطلب الثاني:** حكم قصد الربا في العقد المالي وما يترتب عليه.
- **المطلب الثالث:** صور قصد الربا في العقد المالي، وفيه ثمان مسائل:

- بيع العينة.
- بيع التورق.
- قلب الدين على المدين.
- أخذ العوض على الرهن والحوالة.
- مسألة (ضع وتعجل).
- مسألة السفتحة.
- بيع الأمانة.

المبحث الثاني: أثر قصد الضرر في العقد المالي، وفيه ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول:** تعريف الضرر في اللغة والاصطلاح.
- **المطلب الثاني:** حكم قصد الإضرار في العقد المالي وما يترتب عليه.
- **المطلب الثالث:** صور قصد الإضرار في العقد المالي، وفيه ثلاث مسائل:

● بيع المسلم على بيع أخيه.

● الاحتكار.

● وضع الهدايا من قِبَل المحلات التجارية.

المبحث الثالث: أثر قصد التغيرير في العقد المالي، وفيه ثلاثة مطالب:

● **المطلب الأول:** تعريف التغيرير في اللغة والإصطلاح.

● **المطلب الثاني:** حكم قصد التغيرير في العقد المالي وما يترتب عليه.

● **المطلب الثالث:** صور قصد التغيرير في العقد المالي ، وفيه أربع

مسائل :

● النجش.

● بيعُ جنسٍ ما دون بيان نوعه.

● بيع المصراة.

● تلقي الركبان.

المبحث الرابع: أثر قصد الاستعمال المحرم في العقد المالي، وفيه ثلاثة

مطالب:

● **المطلب الأول:** المراد بالاستعمال المحرم.

● **المطلب الثاني:** حكم قصد الاستعمال المحرم في العقد المالي وما يترتب عليه.

● **المطلب الثالث:** صور قصد الاستعمال المحرم، وفيه ثلاث مسائل:

● بيع العنب لمن يستعمله خمرًا.

● بيع السلاح في الفتنة.

● تأجير العقارات للبنوك الربوية.

الفصل الثاني: أثر القصد في بعض العقود المالية المعاصرة، وفيه خمسة مباحث:

● **المبحث الأول:** المشاركة المتناقصة والمنتهية بالتمليك، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المعاملة.

المطلب الثاني: أثر القصد فيها.

المطلب الثالث: حكمها.

● **المبحث الثاني:** الإجارة المنتهية بالتمليك، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المعاملة.

المطلب الثاني: أثر القصد فيها.

المطلب الثالث: حكمها.

●المبحث الثالث: المراجعة للآمر بالشراء، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المعاملة.

المطلب الثاني: أثر القصد فيها.

المطلب الثالث: حكمها.

●المبحث الرابع: الرسوم الإدارية على القروض، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المعاملة.

المطلب الثاني: أثر القصد فيها.

المطلب الثالث: حكمها.

●المبحث الخامس: المضاربة بالأسهم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المعاملة.

المطلب الثاني: أثر القصد فيها.

المطلب الثالث: حكمها.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

الفهارس:

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.

التمهيد وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : تعريف مصطلحات البحث. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الأثر في اللغة والاصطلاح.

تعريفه لغة: له عدة معان، منها:

● بقية الشيء.

● الخبر.

● التبعية، تقول: خرج في أثره: أي بعده.

● النتيجة، وهو الحاصل من الشيء.

● العلامة

وأما في الاصطلاح: استعمال الفقهاء والأصوليين للفظ (أثر) لا يخرج

عن أحد هذه المعاني اللغوية، والمراد به هنا هو المعنى الرابع، فآثار العقود

هي ما يترتب عليها ويحصل منها من حقوق وواجبات للمتعاقد

المطلب الثاني تعريف القصد

تعريفه لغة: "القصد: الاعتماد والأم قَصَدَه يَقْصِدُه قَصْدًا، وقصد له" والقصد هو: "الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان ذلك أو جور

وكلام الفقهاء -رحمهم الله- عن القصد لا يخرج مرادهم به عن هذا المعنى اللغوي.

فالقصد على ذلك هو نوع من الإرادة تبلغ في قوتها درجة الاعتزام، والإرادة لا تكون عزمًا ما لم تكن جازمة

المطلب الثالث تعريف العقد في اللغة والاصطلاح

تعريفه لغة: مصدر، بإسكان القاف، والفعل (عَقَدَ) بالفتح للجميع، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود، يدل على شد، وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها.

تعريفه في الاصطلاح: يطلق العقد في اصطلاح الفقهاء على معينين:

المعنى الأول: المعنى العام: وهو كل ما عقده المرء على نفسه

المعنى الثاني: المعنى الخاص: وهو الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما

وهذا المعنى الخاص هو المراد في هذا البحث. -والله أعلم-.

المطلب الرابع تعريف المال في اللغة والاصطلاح

تعريفه لغة: المال عند العرب يطلق على كل ما يملكه الإنسان مما له قيمة، وقد يطلقون المال ويريدون أحد أفراده مما تميزت فيه المالية كالنقدين أو الإبل.

تعريفه في اصطلاح العلماء: "هو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة"

المطلب الخامس تعريف العقد المالي باعتباره لفظاً مركباً من المهم إعطاء تعريف واضح (للعقد المالي) بهذا التركيب لأن مدار البحث يكون عليه، وقد تقدم في المطلب الثالث تعريف العقد، وأهم العقود المالية المقصودة في هذا البحث (عقد البيع)، وبناء على ذلك سأذكر في هذا المطلب أهم التعريفات للبيع عند الفقهاء -"مبادلة المال بالمال تملكاً وتملياً"

المبحث الثاني بيان بعض الفروق الفقهية وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : الفرق بين القصد والنية والإرادة، والمهم والعزم.

عند التحقيق يمكن أن يقال: إن بينهما عموم وخصوص وجهي: فالقصد يكون أعم من النية إذا كان القصد معلقاً بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره؛ لأن الفاعل لا يتصور منه أن ينوي فعل غيره ولكن يتصور أن يقصده ويريده.

وأما النية فتكون أعم من القصد لأن القصد لا يكون إلا بفعل مقدور يقصده الفاعل، وأما النية فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه

وأما الإرادة، فالذي يظهر لي والعلم عند الله -تعالى- أنها شاملة لجميع المراتب المتقدمة إلى أن يحصل الفعل ويقع، وأما ما قبل ذلك فهو داخل تحت مطلق الإرادة، لاسيما وأن الفقهاء يستعملون الإرادة بمعنى القصد إلى الشيء والاتجاه إليه.

وأما المعنى المراد بالقصد في هذا البحث: فهو بيان تأثير القصد إلى أمرٍ ما مشروعاً كان أو باطلاً يُراد تحقيقه عن طريق إنشاء هذا العقد المالي،

والعزيمة على فعله؛ لأن "القصد هو روح العقد ومُصَحِّحُه ومبطله ومبينه ومفسره

المطلب الثاني: الفرق بين القصد والمقصد: هذا المطلب وهو الفرق بين القصد والمقصد، كنت أظن فيه أمراً، وبعد مزيد من البحث لم يظهر ما كنت أظنه، وتبين لي أن الفرق لغوي محض فعدلت عنه. وأستغفر الله.

المطلب الثالث الفرق بين العقد الصوري والعقد الحقيقي

الصورية في اللغة: والصورة بمعنى الشكل: إعطاء الأمر شكلاً يوافق الصحة والحقيقة وهو ليس كذلك.

وهذا هو المعنى المراد في هذا البحث.

صورية التعاقد في الاصطلاح: "هي إظهار العقد بصورة لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي بل أريد باللفظ غيرهما وهو مالا يصلح إرادته منه"

وتحقق الصورية بأحد طريقتين: إما باتفاق سابق وإما أن تستفاد من قرائن الحال التي تدل على أن المتكلم هازلاً لا جاداً.

وأما العقد الحقيقي: فهو كما تقدم في التعريف الاصطلاحي للعقد بمعناه الخاص، متى ما اكتملت أركانه وشروطه فهو عقد حقيقي.

ومحل الفرق بين العقد الصوري والعقد الحقيقي هو قصد العاقد للعقد وإرادته له، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية، أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة"^١

المطلب الرابع: الفرق بين عقد الراغب في العقد وغيره:

عقد الراغب في العقد هو ما يرادف العقد الحقيقي المتقدم ذكره في المطلب الثالث، أن يكون العاقد قاصداً لمقتضى العقد، قاصداً للسلعة. وأما غير الراغب في العقد فهو الذي يتمثل عقده في عقدٍ لا يعدُّ كونه عقداً صورياً، المتقدم ذكره في المطلب الثالث، وهو الذي أراد بالعقد التوصل إلى أمرٍ آخر.

المبحث الثالث دلالة قاعدة (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني). وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول : دليل القاعدة.

دلائل هذه القاعدة كثيرة جداً منها:

● قول الله تعالى: وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبُعُوَّتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (سورة البقرة، الآية 228).

● قوله : "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى" رواه البخاري، برقم (1)، ورواه مسلم ، برقم (1907).

المطلب الثاني الاستدلال بالقاعدة

هذه القاعدة التي هي محل البحث مستنبطة من الحديث المتقدم وهو قوله : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)، وكذلك من الأدلة الأخرى التي سبق ذكرها في أدلة القاعدة وعند النظر في احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة فهي محل وفاق عند المالكية والصحيح من مذهب الحنابلة، وكذلك عند الظاهرية، ونازع فيها بعض الفقهاء من الحنفية والشافعية كما سيأتي. "وذلك لا يؤثر على حجية القاعدة على من استنبطها أو خرجها ووجود الاختلاف يضيق دائرة من يعمل بها ليس غير، ولكنها حجة تنفرع على الأحكام عند من خرجها، شأنها شأن الأدلة المختلف فيها"

وعند النظر في الترجيح فإن من تأمل النصوص المتقدمة ونظر في وجوه الاستدلال؛ تبين له رجحان مدلول هذه القاعدة، وأنها محل للاستدلال بها في موضع النزاع، تبعاً لإعمال الشارع لمعنى هذه القاعدة في كثير من الوقائع.

المطلب الثالث أهمية القاعدة

القواعد الفقهية بوجه عام لها أثر بالغ في تكوين الملكة الفقهية السليمة والصالحة للنظر فيما يستجد للناس من أقضية وأحكام.

وعند النظر في هذه القاعدة بوجه خاص؛ يتبين اعتناء الفقهاء رحمهم الله تعالى بها اعتناءً بالغاً حيث إنها وردت عند جميع المذاهب الأربعة مما يدل دلالة ظاهرة على اعتناء الفقهاء بمقاصد العاقدین ونياتهم ولا يقتصر نظرهم على ما يظهر من شكلية العقد وصورته الظاهرة، لاسيما وأنها إحدى القواعد المندرجة تحت القاعدة الكبرى (الأمور بمقاصدها)، وليس للباحث الفقيه غنىً عن هذه القاعدة عند بحثه لما استجد من معاملات في العقود المالية المعاصرة؛ لما لها من أثر بالغ في تصحيح أو إبطال المعاملة؛

سيما وأن الجشع قد حدا ببعض الناس وأرباب التجارة إلى استغلال بعض العقود المشروعة للتوصل إلى مُراد ممنوع شرعاً.

المطلب الرابع العقد بين اللفظ والقصد

العقد يدور بين اللفظ والقصد وجوداً لأحدهما وعدمًا للآخر، وكذلك يدور بينهما فيما إذا اتفقا أو اختلفا؛ فتلك مقامات أربع:

الأول: إذا اتفق اللفظ والقصد.

الثاني: إذا اختلف اللفظ والقصد.

الثالث: إذا وجد اللفظ ولم يوجد القصد.

الرابع: إذا وجد القصد ولم يوجد اللفظ.

الأول: إذا اتفق اللفظ والقصد: والحكم في هذه الحالة أن العقد يقع على نحو ما اتفقا عليه وتطابق لفظيهما لمقصوديهما، سواء أكان العقد مشروعاً أو غير مشروع. وأما إذا احتُمِلَتْ موافقة اللفظ للقصد، وكان اللفظ ظاهراً في معناه، ولكنه يحتمل إرادة المتكلم له ويحتمل إرادته لغيره ولا دلالة على واحد من الأمرين واللفظ دال على المعنى الموضوع له، وقد أتى به اختياراً،

فإنه والحالة هذه يجري العقد على ظاهره ويحكم عليه على نحو ما يظهر من ألفاظه، لعدم ظهور مقصد آخر يخالف ظاهر الأمر.

الثاني: إذا اختلف اللفظ عن القصد: والعاقبة في هذه الحال لا يخلو من أمرين:

الأول: ألا يكون مريداً لمقتضى العقد ولا لغيره.

الثاني: أن يكون مريداً لمعنى يخالف مقتضى العقد. وهذا كالمورّي أو المتأول أو المحتال على العقود المشروعة بقصد باطل. والحكم في هذه الحالة أن يقال: إذا اختلف اللفظ والقصد، فهل العبرة بظاهر ألفاظ العقد، أم بما اشتمل عليه مقصود العاقدين أو أحدهما؟ وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى في هذه المسألة على مذهبين:

الأول: أن العبرة بظاهر العقود، وأما القصد فليس لها اعتبار ما لم تظهر صراحة في التصرف، وكذلك القرائن والملابسات المصاحبة للتصرف الدالة على البواعث المستترة لا عبرة بها. وهذا المنهج هو الغالب في التطبيقات الفقهية في المذهب الحنفي والمذهب الشافعي.

المذهب الثاني: أن العبرة بقصد العاقد متى ما أمكن الكشف عنه، والعلم به من خلال القرائن والدلائل، وهذا هو الغالب في التطبيقات الفقهية في المذهب المالكي والحنبلي وبعض التطبيقات في المذهب الظاهري.

أدلة أصحاب هذا القول: تقدم ذكر أبرز أدلتهم عند ذكر أدلة قاعدة: (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني)، وذلك في المطلب الأول من هذا المبحث.

1- أن الله تعالى حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالاً ربوياً بمثله على وجه البيع، إلا أن يتقابضا، وجَوَّزَ الدفع على وجه القرض، وقد اشتركا في الصورة الظاهرة، حيث يقبض الآخذ في الصورتين دراهم ثم يعطي مثلها بعد العقد وبعد التفرق، لكن لما اختلف الباعث في الحالتين اختلف حكمهما.

ففي الحالة الأولى: مقصود البائع المعاوضة، والربح، ومعلوم أن العاقل لا يبيع درهماً بدرهم يساويه من كل جهة نسيئة؛ لأنه لا غرض له في هذا، وإنما يفعل ذلك لاختلاف صفة الدرهمين مثلاً، كأن يكون أحدهما أرفع سبكة، أو أجود فضة، فمُنِعَ التفرق في هذه المعاملة؛ لما في ذلك من الربا.

وأما في الثانية: فإن مقصود المقرض الإرفاق بالمقترض ونفعه، فليس له غرض إلا أن يُرْجَعَ إليه مثل ماله جنساً ونوعاً وقدرًا.

فلما اختلف القصد في الحالتين اختلف حكمهما، ولم يكن اتحاد الصورة الظاهرة موجباً لاتحاد الحكم.

* **الترجيح:** من تأمل أدلة الشرع وبراهينه يجد أن "حجج الله لا تتعارض، وأدلة الشرع لا تتناقض، والحق يصدق بعضه بعضاً، ولا يقبل معارضة ولا نفضاً". ولذلك إذا كان الناظر لأدلة الفريقين متوخياً للحق باحثاً عنه مع ما أُورد من مناقشة لم يكن بوسعهِ إلا ترجيح ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من الاعتداد بالقصد وإعماله في الحكم على التصرفات والعقود، متى ما أمكن الكشف عن هذا القصد ولو بالقرائن المُحتَفَّة. وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من النقض، وملائمة منهج النظر إلى القصود في العقود لروح الشريعة ومقاصدها، في سد الذرائع الموصلة إلى ما يغضب الله تعالى، وهو "أسلم وأجدر بالشرائع التي تجيء قاصدة إلى إصلاح الجماعة وترمي إلى تكوين بنائها على أسس من الفضائل الخلقية والاجتماعية".

الثالث: إذا وجد اللفظ ولم يوجد القصد: العقد مركب بطبيعته - كما تقدم- من ظاهر وباطن، وهذه الحال يتوفر فيها أحد الأمرين دون الآخر وهو توفر ظاهر العقد وهو اللفظ دون وجود لباطنه وهو القصد وعندئذ لا يخلو الأمر من أحوال أربعة:

الأول: أن يصدر لفظ العقد من شخص لم يقصد حقيقة ما تلفظ به: وذلك كعقد الجنون والصغير والنائم والمخطئ والسكران. والشارع قد

رفع التكليف بالعبادات عن هؤلاء لعدم إدراكهم للخطاب الشرعي لحديث "رفع القلم عن ثلاثة: النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق" أخرجه أحمد في المسند برقم (24738) وأبو داود في سننه، برقم (4398) والنسائي في الكبرى برقم (5625)، وابن ماجه في السنن برقم (2041)، والبيهقي في سننه (57/6) والحاكم في المستدرک (2351)، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

وأما المخطئ وهو من سبق على لسانه لفظ عقد أو التزام خطأ منه في حين أنه أراد أن يقول لفظاً آخر كمن أراد أن يقول لآخر: بعثك داري فقال: وهبتك داري ونحو ذلك.

فعند الحنفية لا يعتد بعبارته لأن الاعتبار بالكلام إنما هو بالقصد الصحيح وهو لا يوجد في المخطئ كالنائم. واستثنوا من ذلك الطلاق فقالوا يقع طلاقه

وعند المالكية يلزم بعبارته قضاءً إن لم يثبت خطؤه وإن ثبت خطؤه فلا يُلزم بشيء.

وعند الشافعية وإن كان الغلط في عقد من العقود فإن صدقَه العاقد الآخر
قُبِلَ قوله وإن لم يُصدِّقَه فلا يقبل قوله إلا ببينة.

وعند الحنابلة: أربع روايات عن أحمد - رحمه الله -:

الأولى: أن قوله في دعوى الخطأ لا يقبل إلا ببينة وهي المذهب. والثانية:
يقبل قوله مع يمينه. والثالثة: يقبل قوله إن كان معروفاً بالصدق. والرابعة: لا
يقبل قوله وإن أقام بنية إلا أن يُصدِّقَه الآخر كالشافعية.

فالمذاهب الأربعة تتفق على عدم الاعتداد بلفظ المخطئ بشرط تصديق
الآخر له أو أن يأتي ببينة.

وأما السكران: فعند الحنفية: إن كان سكره محرماً فتلزمه عبارته ويؤاخذ
بها من عتاق وطلاق وبيع وتزويج ونحو ذلك،

وعند المالكية: المشهور أن السكران تلزمه الجنائيات والحدود والطلاق ولا
تلزمه الإقرارات ولا العقود.

وعند الشافعية: ثلاثة أقوال: الأول: صحة بيعه وشرائه وسائر عقودها التي
تضره والتي تنفعه.

والثاني: لا يصح منها شيء. والثالث: يصح ما عليه دون ماله؛ فيصح بيعه وهبته ولا يصح إيهابه.

وعند الحنابلة: خمس روايات الأولى: وهي المذهب أنه مؤاخذ بأقواله وأفعاله. والثانية: أنه ليس بمؤاخذ بها فهو كالمجنون في أقواله وأفعاله. والثالثة: أنه كالصاحي في أفعاله وكالمجنون في أقواله. والرابعة: أنه في الحدود كالصاحي وفي غيرها كالمجنون. والخامسة: أنه فيما يستقل به كقتله وعتقه كالصاحي وفيما لا يستقل به كنكاحه فهو كالمجنون.

الثاني: أن يصدر من العاقد لفظ العقد من غير قصد لحقيقته ومؤداه؛ وهذا كَمَنْ لُقِنَ عبارة تفيد عقداً أو التزاماً بلغة لا يفهمها كأن يكون أعجمياً ولُقِنَ بالعربية.

فعند الحنفية: ن كان اللفظ الملقن يفيد البيع ونحوه من المعاوضات المالية فلا اعتبار لهذا اللفظ لعدم القصد. إلا إن كان يفيد عقد النكاح فإنه يصح.

وأما عند المالكية والشافعية، والحنابلة، فلا يلزم الملقن بما لُقِنَ من غير فهم لعنايه لأن العقد يستلزم العلم والفهم بالمقصود، وهو هنا كالمكروه.

الثالث: أن يصدر من العاقد لفظ العقد مع فهمه لمعناه، لكنه أراد به غرضاً آخر لم يوضع العقد لأجله لا يحتاج هذا الغرض في تحققه إلى التظاهر بإنشاء العقد. وهذه الصورة كحالة المُعلِّم والمتعلِّم ونحوهما، فالمعلم قد يتلفظ بإنشاء عقد من العقود يُقَرَّبُ مسألة ما إلى أذهان تلامذته ولم يقصد حقيقة العقد. فهذه لا أثر لها لأن من صدرت منه لا يقصد مطلقاً ما دلت عليه،

الرابع: أن يصدر من العاقد لفظ العقد مع فهمه لمعناه، لكنه أراد به تحقيق غرض آخر غير إنشاء العقد وهذا الغرض لا يتحقق له إلا مع التظاهر بإنشاء العقد. ويُمَثَّلُ لذلك بنحو: 1- الهازل: فالهازل قد قصد اللفظ المفيد لإنشاء عقد من العقود وتلفظ به وهو عارف لمعناه ولكنه أراد به الهزل واللعب، وهذا لا يتحقق له إلا مع التظاهر بإرادة إنشاء هذا العقد وهو لم يقصد إنشاء العقد حقيقة. ولذا فقد ذهب المالكية، والحنابلة إلى عدم صحة بيعه وسائر تصرفاته لعدم القصد ما عدا الأحكام التي يستوي فيها الجدل والهزل، وهي وقوع النكاح والطلاق والرجعة والعتاق فهذه تلزمه ولا يُقبل منه ادعاء الهزل فيها لحديث "ثلاث هزلن جد وجدهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة.

وذهب الحنفية إلى أن بيعه فاسد لأنه وإن كان مختاراً للسبب إلا أنه لا يكون مختاراً للحكم ولا راضياً به فالهزل لا يمنع انعقاد السبب، وإنما لا يكون موجباً لحكمه فإذا أحازه ورضي به بعد؛ نُفِذَ وجاز. وكذلك تصرفاته الأخرى ما عدا الأمور التي يستوي فيها الهازل والجاد فتلزمه.

وذهب الشافعية إلى أن نكاح الهازل وطلاقه وعتقه، وبيوعه وسائر تصرفاته تقع ظاهراً وباطناً أما النكاح والطلاق والعتق ونحوها فلورود السنة بذلك، وأما البيع ونحوه فالأنه أتى باللفظ عن قصد واختيار، وعدم رضاه بوقوعه لظنه أنه لا يقع لا أثر له لخطأ ظنه.

2- تلفظ المكروه: المكروه قاصد للتلفظ بعبارته وهو عارف لمعناها لكنه يريد التخلص بها من المكروه وأذاه، ولا يكون ذلك إلا بأن يتظاهر بإنشاء العقد، فهو في حقيقة أمره لم يقصد بعبارته إنشاء العقد ولم يرضَ به، ولذلك ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى بطلان بيعه، لانعدام الرضا المُشترَط وجوده.

وأما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن بيعه فاسد لكن إذا أجازته بعد ذلك صح؛
وأما الطلاق فإنه يقع لأنه مختار بين أمرين إما وقوع الطلاق أو عدمه وقد
اختار الوقوع، وأما الرضا من عدمه فلا أثر له مع وجود سببه

الرابع: إذا وجد القصد ولم يوجد اللفظ أو الفعل الدال عليه: إذا وجد
لدى العاقد قصدًا لإنشاء العقد وهو بعد لم يتلفظ به؛ فإنه لا يترتب على
هذا القصد الباطن المجرد عن اللفظ الظاهر أي إنشاء حقيقة العقد

المطلب الخامس علاقة العقد بقصد العاقد أن صيغ العقود لا تخرج عن
أحوال، فإما أن تكون

● إخباراً عما في النفس، كمن يخبر عن وقوع ذلك منه في الماضي فلا
تتوجه نية المتلفظ بها إلى إنشاء التزام جديد بل هو مجرد إخبار عما
سبق.

● وإما أن تكون إنشاء للعقد من غير أن تكون إخباراً عما في النفس.

● أن تتضمن الإخبار والإنشاء بأن تكون إخباراً عما في النفس وإنشاء
العقد.

والإنشاء يكون لحصول العقد في الخارج فاللفظ الصادر من العاقد يوجب
معناه وجود العقد في الخارج، وهو في ذات الوقت إخبار عما في النفس

من التوجه والقصد؛ فإن لم تكن معاني تلك العبارة أو الصيغة في النفس كانت تلك العبارة إخباراً كاذباً. فالله تعالى جعل هذا العقد سبباً لمواصلة النسل وعمارة الأرض ، وهو أراد به المفارقة فهو كاذب بتظاهره بأنه يقصد النكاح. ولذلك فإن العاقد "إن لم يقصد بها معانيها بل تكلم بها غير قاصد لمعانيها أو قاصداً لغيرها أبطل الشارع عليه قصده فإن كان هازلاً أو لاعباً لم يقصد المعنى ألزمه الشارع بالمعنى كمن هزال بالكفر أو الطلاق والنكاح والرجعة

الفصل الأول

أثر القصد في عقود المعاملات المالية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول : أثر قصد الربا في العقد المالي. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الربا في اللغة والاصطلاح.

الربا في اللغة: يطلق على النمو والزيادة والعلو والارتفاع يقال: ربا الشيء ربوا إذا زاد ونما وعلأ. وأربيته: نميته

الربا في الاصطلاح الزيادة في أشياء مخصوصة

المطلب الثاني حكم قصد الربا في العقد المالي وما يترتب عليه قصد الربا في العقد المالي يتمثل في عدة صور:

- 1- أن يظهر المتعاقدان عقد بيع صحيح، يقصدان به التحيل على الربا
- 2- أن ينص المتعاقدان في عقد البيع على شرط يفضي إلى الربا
- 3- أن يضم المتعاقدان إلى أحد العوضين ما ليس بمقصود

"وإذا ثبت بما ذكرنا من الشواهد أن المقاصد معتبرة في التصرفات، من العقود وغيرها فإن هذا يجتث قاعدة الحيل؛ لأن المحتال هو الذي لا يقصد بالتصرف مقصوده الذي جعل لأجله، بل يقصد به إما استحلال محرّم، أو إسقاط واجب، أو نحو ذلك". وأما ما يترتب على هذا القصد السيء فيظهر من جهتين:

الأولى: تحريم المعاملة التي قصد بها التحيل على إسقاط الحقوق أو استحلال المحرمات، وهذا فيما بين العبد وربّه، فمهما حصل على مال عن طريق الحيلة المحرمة، فهو آثم لا يستحق هذا المال بل يجب عليه التخلص منه: إما بإرجاعه على صاحبه أو صرفه في مصلحة من المصالح العامة.

الثانية: إبطال هذه المعاملة والحكم بفسادها، وعدم ترتب الأثر المقصود عليها؛ وذلك لأن المحرم منهي عنه.

المطلب الثالث صور قصد الربا في العقد المالي

1- بيع العينة: العينة في اللغة: السلف، والسلف يعم تعجيل الثمن وتأجيل الثمن وبالعكس.

وهي في الاصطلاح: "بيع سلعة إلى أجل مسمى ثم يشتريها البائع منه بأقل من ثمنها حالة".

أثر القصد في حكم هذا العقد اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على تحريم بيع العينة، إذا كان هناك شرط مذكور في نفس العقد على الدخول في العقد الثاني، وأما إذا لم يكن هناك شرط فاختلف الفقهاء في ذلك لورود بعض الآثار، ولأن الحقيقة والمؤدى والمقصود من هذه المعاملة إنما هو الاحتيال على الربا، وجُعِلت السلعة محللة كما قال ابن عباس: "دراهم بدراهم بينهما حريرة"، ومحصل الخلاف في ذلك على قولين:

الأول: تحريم هذه المعاملة وهذا هو مذهب جمهور العلماء ومنهم الأئمة الثلاثة: أبو حنيفة ومالك وأحمد ومحمد بن الحسن من الحنفية وقال: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا.

الثاني: جواز هذه المعاملة وهو مذهب الشافعي، والظاهرية، وقول أبي يوسف من الحنفية.

ومما استدل به أصحاب القول الأول من الأثر ما رواه عطاء عن ابن عمر قال سمعت رسول الله يقول: "إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا

بالعينة واتبعوا أذئاب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله؛ أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم" رواه الإمام أحمد في المسند، انظر: الفتح الرباني (44/15)، وانظر: سنن البيهقي (316/5)، تهذيب السنن (101/5)..

يتبين والعلم عند الله تعالى رجحان القول الأول للأدلة الصريحة الواردة في هذه المعاملة وأصرحها حديث ابن عمر، وكذلك الأدلة العامة الواردة في اعتبار القصور في العقود، والتي تقدم ذكرها عند ذكر أدلة قاعدة (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني).

وكذلك مما يشهد لترجيح القول بمنع هذه المعاملة اعتبار مسلك سد الذرائع لأن هذه المعاملة مآلها إنما هو الربا الصريح بنوعيه الفضل والسيئة، فهي حيلة صريحة مناقضة لمقصد الشارع الحكيم من تحريم الربا.

2- بيع التورق: هو في اللغة من الورق وهو الدراهم المضروبة، والتاء هنا للطلب فالمراد بذلك هو: طلب الورق أي الدراهم.

فمقصوده هو المال وليس السلعة، ولكنه لم يجد من يقرضه القرض الحسن فاشتري السلعة إلى أجل ثم باعها نقداً بأقل من ثمنها، فهو هنا يتحمل الخسارة من أجل الحصول على بعض المال ليتوسع به.

ومحل الفرق بين مبلغ العينة وبيع التورق هو مَنْ تُباع عليه السلعة بعد شرائها ففي العينة تباع على نفس بائعها الأول وفي التورق تباع على شخص ثالث.

أثر القصد في حكم هذا العقد: تبين أن المتورق إنما قصده المال من وراء هذا العقد ولم يقصد السلعة، والمتأمل في هذا العقد من حيث الظاهر بالنظر إلى العقد الأول على حده ثم الثاني على حده يجد أن هذا البيع قد اكتملت أركانه وشروطه، ولذلك أجازته جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية واحدى الروايتين عند الحنابلة.

وأما مَنْ نظر من الفقهاء إلى القصد من إجراء هذا العقد، منع من هذه المعاملة، لأن العاقد إنما مقصده هو المال لا السلعة وإنما توصل إلى المال عن طريق هذا العقد، لاسيما وأن المال هو أن المتورق أصبح مديناً بأكثر مما أخذه فأشبهه القرض الربوي من هذه الجهة؛ ولذلك قال عمر بن عبدالعزيز -رحمه الله-: "التورق آخية الربا". وهذا القول هو الرواية الثانية عن الإمام أحمد رجحها شيخ الإسلام ابن تيمية. وأما المالكية لما نظروا إلى (رائحة الربا) من جراء هذه المعاملة نصوا على كراهتها.

وذكر الشيخ محمد بن عثيمين - رحمه الله -: شروطاً لجواز بيع التورق وهو أشبه ما يكون بالسياسية الشرعية حتى لا يلجأ الناس إلى الربا الصريح في الأزمان التي انغلق فيها باب القرض الحسن والله المستعان.

والشروط التي ذكرها هي:

● أن يتعذر القرض أو السلم.

● أن يكون محتاجاً لذلك حاجة يئنة.

● أن تكون السلعة عند البائع.

ولا أعلم أحداً ذكر هذه الشروط قبل الشيخ محمد بن عثيمين - رحمه الله -، وضبط الجواز بهذه الشروط مسلك حسن للتوسط بين القولين، وهو مقتضى القاعدة الشرعية: أن ما منع سداً للذريعة فإنه يباح عند الحاجة.

3- قلب الدين على المدين: صورة قلب الدين: هو أن يكون للرجل دين على آخر، فيحل أجل الدين، وليس عند المدين ما يوفي به دينه، فيحتال الدائن، ويعطي المدين المعسر نقوداً على أنها رأس مال مسلم لمبيع موصوف مؤجل في الذمة، ثم إن الدائن يستوفي بهذه النقود عن دينه السابق.

أثر القصد في حكم هذه المعاملة

تحرير محل النزاع: اتفق العلماء على أنه إن كان الغريم معسراً، وحل الدين، ولم يجز أن يقلب الدين عليه فضلاً أن يكرمه عليه ومحل الخلاف فيما إذا كان قلب الدين على موسر أو كان على معسر ولكن برضاه الصريح، قال الشيخ عبدالله أبابطين -رحمه الله-: "وأما غير صورة الإكراه، من صور قلب الدين، فربما جوزها من لا يمنع بعض الحيل من الحنفية والشافعية، وبعض علماء زماننا أخذ من قول الشيخ في المسألة أنه إذا كان ذلك برضا الغريم، فلا بأس به".

وقال الشيخ عبدالله بن محمد بن عبدالوهاب -رحمه الله-: "اختلف العلماء هل يجوز للتاجر أن يسلم غريمه دراهم، يستوفي بها عن دينه؟ فمنعه الإمام مالك مطلقاً وأما الأئمة الثلاثة فيفرقون بين الملقى البازل وبين المعسر، فالمعسر لا يجوز قلب الدين عليه، والواجب إنظاره وأما الملقى البازل فظاهر كلامهم جواز السلم إليه، ولو أوفاه من الدراهم التي أسلمها إليه، إذا كان على غير وجه الحيلة".

وقال الشيخ عبدالله أبابطين: "الذي نرى ونفتي به المنع مطلقاً سواء كان المدين معسراً أو موسراً".

4- أخذ العوض على عقدي الرهن والحوالة: صورة ذلك في الرهن: كقول المرهن "ارهني بيتك ولك كذا" وكقول الراهن: "اقبل رهني ولك كذا".

وصورة ذلك في الحوالة: كما في بذل العوض للمحيل لأنه هو الذي يشترط رضاه في الشرع، وأما من لا يشترط رضاه فإنه يُجبر على الحوالة دون عوض والعلل التي ذكرها العلماء في المنع من أخذ العوض على عقدي الضمان والكفالة وجدها في هذين العقدين لما يلي:

أولاً: أنها تؤدي للزيادة على الدين، وهذه الزيادة قد تكون للمدين، كما لو قال المحال للمحيل: "أحلني على فلان بديني ولك كذا" وقد تكون الزيادة على الدين للدائن كما لو قال: "اقبل رهني ولك كذا" أو "احتل على فلان ولك كذا"، والزيادة على الدين هي في معنى الزيادة على القرض ولا فرق.

ثانياً: أن قبول الرهن أو الحوالة أمر غير متقدم في العادة، فلو اختلفا، لم يُعلم ثمن المثل وهو ليس سلعة أو منفعة متقومة، بل يشبه أخذ العوض على مجرد الالتزام بالدين وهو محرم بالإجماع.

5- مسألة (ضع وتعجل): صورتها تظهر عندما يعرض للإنسان حاجة مُلحة للمال، وله عند الناس ديون مؤجلة، فيطلب الدائن من المدين حقه قبل حلول الأجل مقابل إسقاط جزء له من الدين، وكذلك فيما لو كان المدين قد زالت حاجته للدين والمال لم يزل لديه ويرغب في إبراء ذمته فيؤديه لصاحبه قبل حلول أجله مقابل إسقاط جزء منه، وكذلك فيما لو توفي المدين ورغب الورثة في سداد ديون مورثهم قبل حلول آجالها على القول بأنهم يرثون حق التأجيل فيتفق الطرفان على إسقاط بعض الدين مقابل تعجيل الأجل، ونحو ذلك من الصور.

أثر القصد في حكم هذا العقد: اختلف الفقهاء -رحمهم الله تعالى- في حكم هذا العقد لورود بعض الآثار في ذلك، وللنظر في مناط الحكم هل هو قائم أو منتفي؟ وهو وجود الربا في العقد أو قصده، ومحصل الخلاف على قولين:

الأول: أنه عقد باطل وهو قول الجمهور، وممن قال به: عبدالله بن عمر بن الخطاب، وزيد بن ثابت، والشعبي، وسعيد بن المسيب ومالك وأبو حنيفة والشافعي وهو المشهور عن الإمام أحمد

القول الثاني: أن هذه المعاملة معاملة صحيحة لا بأس بها، وهو قول ابن عباس وابن سيرين، ورواية عن الإمام أحمد، ورُوي ذلك عن النخعي وأبي ثور وزفر. ورجَّح هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله

أولاً: ما رُوي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: لما أمر النبي بإخراج بني النضير من المدينة جاءه أناس منهم، فقالوا: يا رسول الله، إنك أمرت بإخراجهم ولهم على الناس ديون لم تحل فقال: "ضعوا وتعجلوا" السنن الكبرى للبيهقي (28/6)، المستدرک علی الصحیحین للحاکم (54/2)..

ثانياً: استدلو بما ثبت عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأساً أن يقول: "أعجل لك وتضع عني".

الترجيح: يظهر مما تقدم من عرض لأدلة الفريقين مع المناقشة أنه لا يصح حديث يدل على التحريم، وبالنظر إلى حقيقة هذه المعاملة فإنه لا يظهر فيها معنى الربا لا حقيقة ولا قصداً، أما حقيقة الربا فهي تأخير وزيادة وهنا تعجيل ونقص، كما أن الربا ضرر على المدين ونفع للدائن أما هنا ففيه مصلحة للدائن، لأنه ينتفع بتعجيل حقه ومصلحة للمدين ببراءة ذمته وأداء ما عليه، وأما من جهة القصد فإنه لو كان الدائن قاصداً الربا لأثر

بالتحريم في حكم هذا العقد، ولكن، لا يظهر قصد الربا في هذه المعاملة لأنه يعود بالضرر عليه وهذا لا يُتصور من عاقل، وكذلك المدين لا يظهر قصد الربا من جهته لأنه في أغلب أحوال هذه المعاملة أن الطلب بالوضع والتعجيل يكون من جهة الدائن لا المدين وليس له في ذلك قصد إلا الحصول على ما تيسر من حقه وكثيراً ما تدعو الحاجة إلى ذلك أن يحتاج صاحب الحق إلى حقه لعذر من الأعذار، وليس في ذلك مخالفة لقواعد الشرع وأصوله بل حكمة التشريع ومصالح المكلفين تقتضي الجواز، لظهور المصلحة في ذلك مع انتفاء الضرر عن أحدهما. ثم إن هذا العقد هو أشبه بكونه عقد إرفاق من كونه عقد معاوضة؛ ويمكن أن يُستدل لهذه المعاملة بناء على ذلك بحديث: "فإن خيار الناس أحسنهم قضاء" رواه مسلم.

6- مسألة السُّفْتَجَة: السفْتَجَة بضم السين وكسرهما وفتح التاء: واحدة السفاتج والسفجات: كلمة فارسية معربة، أصلها (سفتة) بمعنى: الشيء المحكم أو المحوف

وهي في اصطلاح الفقهاء: معاملة يقرض فيها شخص أو وكيله قرضاً لآخر في بلد ليوفيه المقرض أو وكيله إلى المقرض أو وكيله في بلد آخر معين".

أثر القصد في حكم هذا العقد: قصد المقرض بقرضه في مسألة السفتجة ضمان خطر الطريق لأنه يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة. وسميت بذلك لإحكام أمرها في اجتناب خطر الطريق وخطر التلف. وحينئذ هل قصد المقرض ضمان خطر الطريق باشتراك مؤثر في حكم هذا العقد؟

اتفق الفقهاء على أنه إن كان المقترض هو الذي كتب السفتجة من غير شرط من المقرض بذلك فهو جائز لأنه من حسن القضاء وخيار الناس أحسنهم قضاء. وأما إن كان ذلك مشروطاً في عقد القرض، والمنفعة عائدة إلى المقرض والمقترض معاً، فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: عدم جوازها: وهو مذهب الحنفية، والمشهور من مذهب المالكية، وهو مذهب الشافعية، والمذهب عند الحنابلة، وبه قال عمر بن الخطاب، وابن عباس وابن سيرين والزهرري.

واستدلوا بما يلي: **أولاً:** أن المعوض إنما أقرضه ليستفيد بالقرض سقوط خطر الطريق، وفي الحديث (كل قرض جر منفعة فهو ربا) أخرجه الحارث

بن أبي أسامة في مسنده عن زوائد مسند الحارث للهيثمي (141)،
(411/1) ونصب الراية للزيلعي (130/4)،..

ثانياً: ما روي أن النبي قال: "السفجات حرام" أخرجه ابن عدي في
الكامل (268/1) عن جابر بن سمرة مرفوعاً، وفيه: إبراهيم بن نافع
الجلاب: منكر الحديث، وعمر بن موسى بن وجيه في عداد من يضع
الحديث..

القول الثاني: جواز هذه المعاملة وهو قول عند المالكية، وقول عند
الحنابلة، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، وهو
مروي عن علي وابن عباس وابن الزبير -رضي الله عنهم-. واستدلوا بما
يلي: أولاً: الآثار المروية عن الصحابة -رضي الله عنهم- الدالة على جواز
اشتراط الوفاء في غير بلد القرض.

ومنها: ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال: "لا بأس أن يعطي المال
بالمدينة ويأخذ بأفريقية" أخرجه ابن أبي شيبة (1062)، المصنف (276/6)، ميزان
الاعتدال للذهبي (576/1)، وعبيد الله بن عبد الرحمن ضعيف ليس بالقوي، ميزان الاعتدال
للذهبي (12/3)، وضعفه الألباني في الإرواء (238/5)..

ثانياً: أن اشتراط الوفاء في غير بلد القرض مصلحة للمقرض والمقترض جميعاً من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، بل بمشروعيتها، وإنما ينهي عما يضرهم، وهذه المنفعة مشتركة بينهما وهما معاوانان عليها فهي من التعاون والمشاركة.

الترجيح: وبعد عرض الأدلة ومناقشة ما يحتاج إلى مناقشة تبين والعلم عند الله تعالى رجحان القول الثاني لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض، ولأن: "منفعة المقرض من سقوط خطر الطريق جاءت تبعاً لمنفعة المقرض، إضافة إلى أن القرض مضمون على المقرض على كل حال، وإذا كان الطريق آمناً كان احتمال الهلاك في السفر مقارباً لاحتماله في الحضر".

7- بيع الأمانة: وهي لغة: "الاطمئنان، يقال: أمن أمناً وأماناً وأمانةً: إذا اطمأن ولم يخف فهو آمن. واستعمل في الأعيان مجازاً فقليل: الوديعة مثلاً أمانة. وأمن فلاناً على كذا: وثق به واطمأن إليه. والأمانة الوفاء والوديعة. والمراد به في الاصطلاح: "هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه".

أثر القصد في حكم هذا العقد هذا العقد له صورة وظاهر، وله حقيقة ومعنى، فهو من ناحية الصورة والظاهر يشبه البيع بشرط خيار الشرط عند الحنابلة، إلا أنهم اشترطوا ألا يكون شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض؛ ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن. وأما من ناحية الحقيقة والمعنى ففيه من أحكام البيع حق انتفاع المشتري بمنافع المبيع استعمالاً واستغلالاً دون إذن المشتري، وفيه من معاني الرهن أن المشتري لا يملك منافع المبيع ولا يبيعه بدون إذن البائع، وكذلك المشتري ملزم برد المبيع للبائع متى رد الثمن إليه، كما أن نفقة المبيع على البائع وإذا تلف المبيع في يد المشتري سقط من الدين بمقداره ولو كان بغير تعد منه. وفي هذا النوع من البيع شيء من أحكام البيع الفاسد لأن لكل واحد منهما حق فسخه متى شاء، وليس ذلك في البيع الصحيح إلا كما في الإقالة. كما أنه يشمل على غبن فاحش حيث إن قيمة المبيع فيه تنقص كثيراً في الغالب عن قيمته المعتادة **مى** ولذلك فإن هذا العقد بهذا التركيب إنما "المقصود به وأمثاله أن يعطيه المال، ويستغل العقار عن منفعة المال، فما دام المال في ذمة الآخر فإنه يستغل العقار، وإذا رد عليه المال أخذ العقار" ..

وبناء على ما تقدم يترجح والعلم عند الله تعالى القول بالتحريم؛ لأن المقصود من هذا البيع في الحقيقة إنما هو الربا بإعطائه دراهم إلى أجل ومنفعة العقار ونحوه هي الفائدة؛ لأنه ما خرج عن كونه قرضاً بفائدة لقاء الأجل الذي يتفق عليه الطرفان، وتسميته بهذا الاسم لا يخرج عن حقيقته "فالأحكام لا تتعلق بشكل المعاملة وصورتها وإنما تتعلق بحقيقتها، فالحرام حرام لا يعتبر حلالاً بتغير اسمه أو شكله، والشريعة الإسلامية ليست شريعة صور وشكليات وإنما هي تشريع من حكيم عليم".

المبحث الثاني أثر قصد الضرر في العقد المالي وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الضرر في اللغة والاصطلاح. الضرر اسم من الضر، وقد أطلق على كل نقص يدخل الأعيان.

واصطلاح الفقهاء -رحمهم الله تعالى- لهذا الاصطلاح لا يخرج مرادهم به عن المعنى اللغوي المتقدم.

المطلب الثاني حكم قصد الإضرار في العقد المالي، وما يترتب عليه"

لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".

أن جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذوناً فيه فلا يخلو الحال من عدة أقسام:

الأول: ما لا يلزم عنه إضرار بالغير: فهذا باقياً على أصله من الإذن ولا إشكال فيه، ولا حاجة إلى الاستدلال عليه لثبوت الدليل على الإذن ابتداءً.

الثاني: ما يلزم عنه الإضرار، ويقصد الفاعل الإضرار: فهذا لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أنه "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".

الثالث: ما لا يقصد فيه الإضرار، وكان الإضرار اللازم فيه عاماً: فهذا إن لزم من منعه الإضرار به بحيث لا ينجبر كأن يترتب على ذلك فقد حياته أو عضو من أعضائه، فهذا يُقدم حقه مطلقاً، وأما إن أمكن انجبار ضرره ورفعته في الجملة كما هو الحال في الأمور المالية، فاعتبار الضرر العام أولى، فيمنع الجالب أو الرافع مما هم به.

الرابع: ما لا يقصد فيه الإضرار وكان الإضرار اللازم فيه خاصاً، والفعل محتاج إليه: فهذا إن اعتبرنا الحظوظ، فإن حق الجالب أو

الدافع مقدم وإن استتضر غيره بذلك، لأن جلب المنفعة أو دفع
المضرة مطلوب للشارع مقصود وإن لم نعتبر الحظوظ فيتصور هنا
وجهان:

أحدهما: إسقاط الاستبداد والدخول في الموااساة على سواء، وهو
محمود جداً، وقد فُعل في زمان رسول الله

الثاني: الإيثار على النفس، وهو أعرق في إسقاط الحظوظ لأنه يترك حظه
لحظ غيره، اعتماداً على صحة اليقين، وإصابة لعين التوكل، وقد كان
عليه الصلاة والسلام: (أجود الناس بالخير، وأجود ما كان في رمضان
وكان إذا لقيه جبريل أجود بالخير من الريح المرسلة) أخرجه البخاري، برقم
(1902)، وهكذا كان الصحابة.

الخامس: وهو ألا يلحق الجالب أو الدافع ضرر، ولكن أداؤه إلى
المفسدة قطعي عادة: فله نظران: نظر من حيث كونه قاصداً لما يجوز أن
يقصد شرعاً، من غير قصد اضرار بأحد؛ فهذا من هذه الجهة جائز لا
محدور فيه.

ونظر من حيث كونه عالماً بلزوم مضرّة الغير لهذا العمل المقصود، مع عدم استضراره بتركه؛ فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار؛ لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري ولا حاجي ولا تكميلي؛ فلا قصد لشارع في إيقاعه من حيث يوقع، وإما فاعل للمأمور به على وجه يقع فيه مضرّة، مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرّة، وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر. وعلى كلا التقديرين فتتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرّة لا بد فيه من أحد أمرين: إما تقصير في النظر للمأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضاً، فيلزم أن يكون ممنوعاً من ذلك الفعل، لكن إذا فعله فيعد معتدياً بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة.

السادس: وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً؛ فهو على أصله من الإذن.

السابع: وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنياً، كبيع السلاح من أهل الحرب، والعنب من الخمار، وما يُغش به مما شأنه الغش، ونحو ذلك. فهذا

مما يحتمل الخلاف: أما أن الأصل الإذن والإباحة فظاهر. وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظناً فالأرجح أن الظن هنا يجري مجرى العلم؛ لأن الظن في أبواب العمليات جار مجرى العلم، فالظاهر جريانه هنا.

الثامن: وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً، لا غالباً ولا نادراً فهذا موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من حيث صحة الإذن.

المطلب الثالث صور قصد الإضرار في العقد المالي وفيه ثلاث مسائل:

1- بيع المسلم على بيع أخيه: المراد ببيع المسلم على بيع أخيه أن يُعطى الرجل بسلعته شيئاً فيجيء مشتراً آخر فيزيد عليه".

ومن صورته: أن يتراضى المتبايعان على ثمن سلعة، فيجيء آخر فيقول: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن، أو يقول: أبيعك خيراً منها بتمنّها أو بدونه -أي بأقل منه- أو يعرض على المشتري سلعة رغب فيها المشتري ففسخ المبيع واشترى هذه.

أثر القصد في حكم هذا العقد: لما كان قصد العاقد من البيع على بيع أخيه نفع نفسه في مقابل الإضرار بالآخر؛ نهى الشارع عنه، فقد روى البخاري

ومسلم في صحيحهما عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله قال: "لا يبيع بعضكم على بيع بعض" رواه البخاري برقم (21399)، ورواه مسلم برقم (1512)..

ومن آثار القصد على حكم هذا العقد: إجماع العلماء على تحريم بيع المسلم على بيع أخيه وأن فاعله عاص للحديث المتقدم، واختلفوا في انعقاده ونفاذه. فذهب الحنفية إلى أن هذا البيع ونحوه من البياعات مكروه تحريماً، قال ابن الهمام: هذه الكراهات كلها تحريمية، لا نعلم خلافاً في الإثم، وذلك للأحاديث المذكورة، ولما فيه من الإيحاش والإضرار.

وأما عند المالكية فالمعتمد عندهم أنه بيع فاسد ولكن بعد تقارب المتعاقدين واتفقهم على البيع، وبعد أن يركن المشتري إلى البائع ويشعره برغبته بالشراء.

وذهب الشافعية إلى أن هذا البيع محرم، لكننه لا يبطل البيع، بل هو صحيح لرجوع النهي إلى معنى خارج عن الذات وعن لازمها، إذ لم يفقد ركناً ولا شرطاً، لكن النهي لمعنى مقترن به، وهو خارج غير لازم وهو الإيذاء والإضرار هنا.

وعند الحنابلة هو عقد غير جائز، وهو محرم ولا يصح هذا البيع، بل هو باطل لأنه منهي عنه، لما فيه من الإضرار بالمسلم والإفساد عليه، والنهي يقتضي الفساد

2- الاحتكار: الاحتكار في اللغة مصدر من الفعل احتكر، والحُكْرَةُ بالضم اسم من الاحتكار، وهي حبس الطعام انتظاراً لغلائه.

ومن أشهر تعاريف الفقهاء للاحتكار: الادخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق.

ويتبين من خلال التعاريف المتقدمة أن المالكية هم أوسع المذاهب جميعاً فيما يجري فيه الاحتكار من الأموال، حيث إن الاحتكار عندهم يجري في كل ما يحتاجه الناس، ويتضررون من حبسه، من قوت وإدام ولباس وغير ذلك، ووافقهم على ذلك أبو يوسف من الحنفية ثم يليهم قول محمد بن الحسن أنه لا احتكار إلا في القوت والثياب خاصة.

ثم يليهم قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة أنه لا احتكار إلا في القوت خاصة.

وبناء على ذلك فلو كان الشيء المُحتكر طعاماً، وحازه بطريق
الشراء وقصد به الاغلاء على الناس، وترتب عليه الإضرار والتضييق عليهم
فهذه الصورة تتحقق فيها المعنى المتفق عليه عند الفقهاء.

أثر القصد في حكم هذه المعاملة: اتفق الفقهاء رحمهم الله تعالى على تحريم
الاحتكار في الجملة، واتفقوا على أن الحكمة في تحريم الاحتكار هو رفع
الضرر عن عامة الناس، لأن المحتكر باحتكاره إنما قصد الغلاء لينفع نفسه
يترتب على ذلك إيقاع الضرر بالآخرين، ولذا فقد أجمع على أنه لو
احتكر إنسان شيئاً، واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أُجبر على بيعه دفعاً
للضرر عن الناس، وتعاوناً على حصول العيش، وهذا ما يستفاد مما نُقل
عن الإمام مالك -رحمه الله- من أن رفع الضرر عن الناس هو القصد من
التحريم، إذ قال: إن كان ذلك لا يضر بالسوق فلا بأس، وهذا ما أفاده
كلام الفقهاء جميعاً.

ومن أصح ما استدل به الفقهاء رحمهم الله تعالى على تحريم الاحتكار ما
رواه مسلم في صحيحه عن معمر بن أبي معمر أن رسول الله قال: (من
احتكر فهو خاطيء) رواه مسلم برقم (1604).

3- وضع الهدايا من قِبل المحلات التجارية: باختلاف القصد يختلف التخريج لها وحكمها، وبناء على ذلك يقال: إن التاجر إذا وعد المشتري بالهدية قبل الشراء، فإنها تحتل أحد التخريجات التالية:

التخريج الأول: أن البائع قصد من هذه الهدية تكثير مبيعاته وزيادتها. وبناء على ذلك فهي هبة بشرط الثواب.

أثر القصد في هذا التخريج: أن البائع قصد من الهدية تشجيع المشتري على الشراء وبالتالي تكثير مبيعاته وزيادتها، ولم يقصد حصوله على عوض مالي في مقابلها من المشتري، وبناء على ذلك: فإنه يجوز قبول الهدية والحالة هذه إذا كان العوض المشروط معلوماً، لأن العلم بالعوض في هبة الثواب واجب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وابن حزم من الظاهرية. وكذلك فإن للبائع الرجوع في هذا النوع من الهدايا الترويحية، إذا لم يحصل له العوض، وذلك لقول النبي "الواهب أحق بهبته ما لم يثب عليها" رواه ابن ماجه. رواه ابن ماجه " برقم (2387) السنن الكبرى للبيهقي (181/6). وقال في مصباح الزجاجاة (236/2): "اسناده ضعيف لضعف اسماعيل في التلخيص الحبير (73/3).

التخريج الثاني: أن البائع قصد من هذه الهدية الترويحية وعد المشتري بالهبة، وإلا فإن الثمن المبذول هو عوض عن هذه السلعة دون الهدية، والهدية لا أثر لها على الثمن مطلقاً، ولم يحتسب البائع قيمتها ضمن العقد.

أثر القصد في هذا التخريج:

- 1- جواز هذا النوع من الهدايا، لأن الأصل في المعاملات الحل.
- 2- استحباب قبول الهدية لعموم الأدلة الدالة على ذلك.
- 3- يلزم البائع إعطاء المشتري الهدية الموعودة لأن الوفاء بالوعد واجب - على الصحيح - من أقوال الفقهاء.
- 4- لا يجوز للبائع الرجوع في هذه الهدية بعد قبض المشتري ولو انفسخ العقد، لعموم النهي عن الرجوع في الهبة.
- 5- يجوز أن تكون هذه الهدية مجهولة، وهذا بناء على أن الجهالة لا تؤثر في عقود التبرعات، كما هو مذهب المالكية، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، والهبة من عقود التبرعات، فلا تؤثر الجهالة فيها.

التخريب الثالث: أن البائع قصد من هذه الهدية أن تكون جزءاً من المبيع، ولذلك احتسب العوض عن السلعة والهدية معاً، فالثمن المبذول عوض عنهما معاً، والعقد وقع عليهما بثمن واحد.

أثر القصد في هذا التخريب: 1- أنه يجري على الهدية حكم البيع، فتكون جائزة باعتبار أنها سلعة مبيعة.

2- يشترط في الهدية والحالة هذه - جميع شروط البيع.

3- إذا انفسخ العقد فيجوز للبائع أن يرجع بالهدية مع السلعة.

التخريب الرابع: أن قصد البائع من هذه الهدية الترويحية الإضرار بالتجار الآخرين، وأكل أموال الناس بالباطل، والتغريب بهم بهذه الحيلة.

أثر القصد في هذا التخريب: 1- أن هذه الهدية محرمة لتضمنها للإحتيال والتمويه والتغريب وأكل أموال الناس بالباطل.

2- أن فيها إضراراً بالتجار الآخرين الذين لم يستعملوها، وقد قال

النبي "لا ضرر ولا ضرار" تقدم تخريجه

الراجح من هذه التخريجات: يتبين والعلم عند الله تعالى رجحان التخريج الثاني وهو أن هذه الهدية هي هبة مطلقة تجري عليها أحكام الهبة، هذا من حيث الأصل، فإن قصد مضارة التجار الآخرين أو التغيير بهم أو بالمشتريين، فيمنع لهذا القصد لأن له تأثيراً على الحكم. والله تعالى أعلم.

المبحث الثالث أثر قصد التغيير في العقد المالي وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف التغيير في اللغة والاصطلاح.

التغيير في اللغة: يقال: غَرَّه، يَغُرُّه غُرّاً، وغروراً، وغرّة بكسر المعجمة، فهو مغرور وغرير، أي: خدعه وأطعمه بالباطل، وهو تزوين الخطأ بما يُوهم أنه صواب.

وفي الاصطلاح الفقهي "هو إغراء أحد المتعاقدين أو غيره الآخر في المعقود بخلاف الواقع، بقصد ترغيبه للدخول في العقد، بوسيلة قولية أو فعلية، لو علم به لامتنع من التعاقد عليه".

المطلب الثاني حكم قصد التغيير في العقد المالي، وما يترتب عليه

التغيير المراد هنا يختلف عن الغرر، وبيان ذلك من وجهين:

1- أن التغيرير مبني على الخطر وهو ما كان مجهول العاقبة لكل من الطرفين، فليس فيه خداع وتضليل، أما التغيرير فهو خداع من أحد الطرفين ليحمل الآخر على العقد.

2- أن الغرر عقد فاسد منهي عنه الشرع، أما الغرور والتغيرير فهو خارج - غالباً - عن ذات العقد، وهو يجر إلى عيب من عيوب الرضا فيجعل للمغرور حق الفسخ، بل الرد بالتدليس أولى الرد بالعيب. وبناء على ما تقدم فإن من قصد التغيرير في العقد المالي عليه أمور:

1- ترتيب الإثم على صنيعه التغيرير بالمشتري؛ لأنه لم يظهر المبيع على الصفة الحقيقية التي قع في مقابلها الثمن المكور، فهو قد كذب وكنتم ولم يبين، وأكل أموال الناس بالباطل والله تعالى يقول يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ [النساء: 29]

ولما روى أبو هريرة أن رسول الله مر على صبرة طعام، فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: (ما هذا يا صاحب الطعام؟) فقال:

أصابته السماء يا رسول الله، فقال، (أفلا جعلته فوق الطعام، كي يراه الناس، من غش فليس مني) اخرجته مسلم برقم (102).

2- ثبوت الخيار للمشتري - على الصحيح من أقوال الفقهاء رحمهم الله تعالى. ولا بد أن يعلم التغيرير أصل عظيم وباب واسع في مسائل البيوع، ويندرج تحته من الفروع والأمثلة ما لا حصر له، ويتنوع من حيث جهته ومحلّه، فقد يكون التغيرير من جهة العقد وأثره كبيع المصراة، وقد يكون من جهة جنس الثمن ومقداره وأثره كبيع السلعة بغير ذكر الثمن، أو الزيادة في الثمن ليوهم المشتري جودة في السلعة، وقد يكون التغيرير من جهة الجهل بصفة المبيع وقدره، وقد يكون التغيرير من جهة عدم القدرة على تسليم المبيع، وقد يكون التغيرير من جهة أجل الثمن والمثمن. والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث صور قصد التغيرير في العقد المالي

1- **النجش**: أصل النجش: الاستتار، لأن الناجش يستر قصده، ومنه يقال للصبائد: ناجش لاستتاره. والفاعل ناجش ونبَّحش مبالغة، ولا تناجشوا: أي لا تفعلوا ذلك.

والنجش في اصطلاح الفقهاء -رحمهم الله تعالى- هو التغيرير بأحد المتعاقدين ممن لا يريد الشراء بزيادة في السلعة ومدحها لتروج أو ذمها لئلا تروج".

أثر القصد في حكم هذه المعاملة: منع الشارع الحكيم من هذه المعاملة، نظراً على قصد المتعاقد بهذا العمل، حيث إنه لم يقصد إلا ترويج السلعة أو كسادها بوصفها فوق ما تستحقه أو أدنى مما تستحقه، وهذا فيه تغيرير ظاهر بالمشتري الذي لم يعلم بالسلعة على حقيقتها، ولذلك فإنه لا خلاف بين أهل العلم في حرمة النجش وأن فاعله آثم بذلك، ودليل ذلك ما ثبت في الحديث الصحيح أنه نهي عن النجش أخرجه البخاري في صحيحه، برقم (2142)، ومسلم في صحيحه برقم (1516)..

ومن آثار القصد في حكم هذه المعاملة: أن الحنفية وظاهر كلام الإمام مالك -رحمه الله- واختيار الحافظ ابن عبدالير وابن العربي؛ أن من قصد بالزيادة في ثمن السلعة بلوغها قيمتها فحسب، أنه غير عاص بذلك ولا يشمل عموم النهي الوارد في ذلك

وهذا -والعلم عند الله تعالى- محل نظر والأقرب هو الجمهور بأن النهي عن الزيادة ورد مطلقاً سواء بلغت قيمتها أو لم تبلغ، "لأن غرض هذا هو الخديعة لنفع البائع، وهو قاصد للخديعة والتغيير"، ولأن نفع البائع لا يكون بإيهام غيره بإرادة الشراء والزيادة في قيمة السلعة وهو لا يريد لها، وإنما يُعلم البائع بأن قيمة سلعته أكثر من ذلك، ثم هو باختياره بعد ذلك.

ومما يؤيد ذلك ما رواه ابن حزم وغيره أن عمر بن عبدالعزيز -رحمه الله- بعث عبيد بن مسلم يبيع السبي، فلما فرغ أتى عمرَ فقال له: "إن البيع كان كاسداً، لولا أنني كنت أزيد عليهم وأنفقه" فقال عمر: كنت تريد عليهم ولا تريد أن تشري؟ قال: نعم، قال عمر: هذا نجش، والنجش لا يحل، ابعث منادياً ينادي أن البيع مردود وأن النجش لا يحل" المحلى لابن حزم (448/8)، فتح الباري (447/4)..

ومن آثار القصد في حكم هذه المعاملة: أن بعض العلماء يؤثمون الناجش إن قصد مخالفة الشارع وإلا فلا، أي أنه لا يأثم إن فعله وهو غير عالم بالنهي الوارد في ذلك وقد نص الحافظ ابن عبد البر على الإجماع على ذلك حيث قال: "وأجمعوا أن فاعل عاصٍ لله إذا كان بالنهي عالماً".

والدليل على ذلك قوله تعالى مَنْ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا سورة الإسراء، الآية 15.

وذهب بعض الشافعية إلى أن كل ناجش فهو آثم وعاص، سواء قصد مخالفة الشارع أو لا.

والأقرب والعلم عند الله تعالى أن يقال بالتفصيل: فإن كانت الزيادة إلى ثمن المثل فيشترط العلم بتحريم النجش بخصوصه، وأما إن كانت الزيادة فوق ثمن المثل وهي التي يتصور فيها التغرير أكثر من الأول فهذه يكفي فيها العلم بعمومات النصوص الدالة على تحريم الغش والخداع والنهي عن الغرر لأنها متضمنة لها بالإضافة إلى النجش.

2- بيع جنس ما دون بيان نوعه: جهالة النوع تمنع صحة البيع كجهالة الجنس، لما فيه من الغرر الكثير، فلو قال شخص لآخر: بعتك حيواناً بمبلغ كذا، من غير أن يبين نوعه، أهو من الجمال أم من الشاء، أو قال له: بعتك ساعة بكذا، أو بعتك قنطاراً من القطن بكذا، ولم يبين نوع السلعة أو القطن، فالبيع فاسد، لجهالة النوع. وقد يقصد البائع بإخفائه نوع المبيع

التغيير بالمشتري، أو لكي تنفق سلعته، ونحو ذلك من المقاصد التي تمنع من ذكر نوع المبيع. ولما كانت الجهالة بنوع المبيع تفضي إلى الغرر والجهالة بالمبيع، اشترط الفقهاء رحمهم الله تعالى العلم بنوع المبيع

3- بيع المصراة:

التصرية في اللغة: مصدر صرى يصري تصريةً، يقال: صرَّ الناقة أو غيرها تصريةً إذا ترك حليبها، فاجتمع لبنها في ضرعها.

وفي الاصطلاح: "هو ترك حلب الحيوان ليعظم ضرعه فيظن به كثرة اللبن".

أثر القصد في حكم هذه المعاملة: لا خلاف بين الفقهاء في تحريم التصرية، لتضمنها للتغيير والإضرار بالغير، وهي ضرب من الخديعة بطرق غير مشروعة، وقد نقل الاتفاق على ذلك جمع من أهل العلم، قال الترمذي رحمه الله: "والعمل على هذا - أي تحريم التصرية - عند أهل العلم...".

ومستند الإجماع على ذلك ما رواه أبو هريرة قال: قال رسول الله: "لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن

يحبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر" متفق عليه
أخرجه البخاري في صحيحه، برقم (2148)، ومسلم في الصحيح، برقم (1524)..

وبناء على ما تقدم فهل تحرم التصرية مطلقاً، أم أن النهي مقيد بقصد
البائع إيهام المشتري كثرة اللبن؟

جزم بعض الشافعية بتحريم التصرية مطلقاً؛ لأن النهي الوارد في الحديث
ورد عاماً من غير تخصيص بحالة دون أخرى، سواء قصد به التدليس أم لم
يقصد، لما في ذلك من إيذاء للحيوان، وذهب جمهور أهل العلم إلى أن
النهي خاص في البيع،

ويدل على هذا التقييد ما رواه النسائي في سننه من حديث أبي هريرة
قال: قال رسول الله: (لا تصروا الإبل والغنم للبيع...) أخرجه
النسائي، برقم (4487)، بسند صحيح

* **ومن آثار القصد في هذا العقد:** أن ثبوت الخيار للمشتري مشروط
بقصد البائع التصرية بنفسه، أو بغيره مع علمه بالحال، أما لو لم
يقصد ذلك بأن تحفلت الشاة بنفسها أو تكون قد لسعتها نحلة، أو
كان ضرعها كبيراً خلقة فظن المشتري أنها كثيرة اللبن، لم يثبت
للمشتري الخيار، وهذا هو الأصح عند الشافعية، بل قطع به

الغزالي. وهو وجه عند الحنابلة، وذلك لعدم تحقق التدليس، مثل أن
يجمر وجه الجارية لئجل أو تعب فيظن أنها كذلك خلقة، فلا
يثبت له الخيار

وذهب جماعة من أهل العلم من الشافعية، والحنابلة إلى ثبوت الخيار
للمشتري، سواء قصد أو لم يقصد لدفع الضرر اللاحق بالمشتري،
والضرر واجب الدفع فأشبهه العيب.

ولذلك فإن القول الراجح -والعلم عند الله تعالى- هو القول الثاني،
لأن تعليقه متعلق بالحكم الوضعي، والقول الأول إنما نظر إلى الحكم
التكليفي ولذلك أناطه بالقصد والإرادة، وكذلك فإن الضرر واجب الرفع
لصريح قول النبي : (لا ضرر ولا ضرار)، ومما يقوي ذلك بخصوصه أن
الرسول أثبت للمشتري الخيار فيما لو اشترى مُحفلة فبان خلافه، لدفع
ضرر المشتري بقوله : (من اشترى شاة مصراة، فهو بالخيار ثلاثة أيام..."
أخرجه مسلم في صحيحه، برقم (1524).

4- تلقي الركبان: وقد يُعبر عنه بتلقي الجلب، أو بتلقي السلع، والجلب-

بفتحتين- بمعنى الجالب، أو هو بمعنى المجلوب، فهو فعل بمعنى مفعول.

والمقصود بهذه الألفاظ واحد، وهو: أن يتلقى شخص أو أكثر جالب الطعام أو السلعة فيتعاقد معه -بيعاً أو شراء- قبل دخوله السوق، سواء لبس عليه في السعر أو لا.

أثر القصد في حكم هذا العقد: نهي الشارع عن تلقي الركبان، والمتلقي عاصٍ وآثم بفعله، وهذا قول الأحناف، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية لما ثبت في الصحيحين أن النبي: "نهى أن تُتلقى الركبان" أخرجه البخاري في صحيحه، برقم (2158)، ومسلم في صحيحه برقم (1521) من حيث ابن عباس رضي الله عنهما واللفظ له..

وبناء على ما تقدم فهل يجوز أن يتلقى الركبان إذا لم يقصد المتلقي التغيرير والتلبيس على أهل الركبان، ولم يقصد إيقاع الضرر بأهل السوق؟

ذهب الحنفية إلى جواز التلقي في هذه الحالة؛ لأنه قد جاء ما يفيد إباحة التلقي، من ذلك ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا نشترى

الطعام من الركبان جزافاً، فهانا رسول الله أن يبيعه حتى ننقله من مكانه"
أخرجه مسلم في صحيحه برقم (1527).

والتلقي إنما يكره عندهم الكراهة التحريمية في حالتين:

الأولى: أن يشتري من الركبان بقصد أن يبيعه على أهل السوق بزيادة
تضر بهم.

الثانية: أن يُلبَّس ويغر بالسعر على الواردين بأن يتلقاهم فيشتري منهم
بأرخص من سعر البلد، وهم لا يعلمون سعر البلد.

وذهب جمهور العلماء إلى أن التلقي محرم مطلقاً للنصوص الدالة على
حرمته، ولو لم يحصل تلبيس.

المبحث الرابع أثر قصد الاستعمال المحرم في العقد المالي وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : المراد بالاستعمال المحرم المراد به هنا: أن يكون الشيء مباحاً في ذاته، جائز الانتفاع به، فيستعمله شخص فيما يحرم استعماله فيه، كالطيبات التي أباح الله تعالى أكلها كالعنب والتمر ونحوها، فيُتخذ لتهيئة المسكر وإعداده، وكذلك ما سخره الله تعالى لخلقه في بعض الأجهزة الإلكترونية الحديثة كجهاز التسجيل (الكاسيت) فيُتخذ في سماع ما حرم الله تعالى.

المطلب الثاني حكم قصد الاستعمال المحرم في العقد المالي وما يترتب عليه ذهب الجمهور إلى أن كل ما يقصد به الحرام، وكل تصرف يفضي إلى معصية فهو محرم، فيمتنع بيع كل شيء عُلِمَ أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز. وما تقدم شامل للعقود المالية وغيرها مما يجري بين العباد، وبناء على ذلك

وأما ما يترتب على قصد الاستعمال المحرم في العقد المالي؛ فهو بطلان آثار العقد وفوائده "من حصول أملاك، واستباحة فروج، وانتفاع بالمطلوب"، في حق المشتري، كما هو الحال في بيع العينة، وفي حق البائع من تملك

الثلث والانتفاع به، بل يجب عليه أن يرده على مالكة، ويأخذ سلعته التي باعها، متى أمكن ذلك، فإن تعذر رد الثمن على مالكة؛ وجب على البائع التصديق بالثمن، والتخلص منه بالطرق الشرعية، كما هو الحال في كل مال حرام تعذر رده على صاحبه.

والبطلان في التصرفات التي تصاحبها القصد غير الشرعية، قاعدة أغلبية عند الحنابلة في كل ما قصد به الحرام من البيوع، والإجازات، كما أن ذلك قول في مذهب المالكية وهو مذهب ابن حزم

فإبطال هذه العقود، والتي حمل المكلف على فعلها قصد سيئة، تحقيق لقوله تعالى:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا
الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَتَتَعُونَ فِضْلًا مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ
فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَن
تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا
اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ سورة المائدة، الآية 2.

وينبغي أن يُعلم أن مناط بطلان العقد الذي قصد فيه المحرم هو العلم بالقصد بالسيئ من قبل طرفي العقد؛ وبناء على ذلك فبطلان الناتج عن

القصد غير المشروع قد يكون في حق طرفي العقد، وقد يكون في جانب أحدهما دون الآخر. فإن كان طرفا العقد عالين به، بطل ذلك العقد في حقهما جميعاً، وأما إن كان الطرف الآخر للعقد جاهلاً بالقصد غير المشروع، فيصح العقد في حقه دون الآخر.

المطلب الثالث صورة قصد الاستعمال المحرم وفيه ثلاث مسائل:

1- بيع العنب لمن يستعمله خمراً: ذهب المالكية والحنابلة وهو المعتمد عند

الشافعية أن هذا البيع بيع محرم لقوله تعالى:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا
الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَتَتَعُونَ فِضْلًا مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ
فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَن
تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا
اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ سورة المائدة، الآية 2

وذهب أبو حنيفة إلى أن هذا البيع جائز، وحكاه ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري، واستدلوا بقوله تعالى: الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا
كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ

الرَّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا [البقرة آية: (275)] وهذا هو المعتمد عند الحنفية.

واشترط الجمهور للمنع من هذا البيع أن يعلم البائع بقصد المشتري اتخاذ الخمر منه، فلو لم يعلم لم يكره بلا خلاف أما الشافعية فاكتفوا بظن البائع أن المشتري يعصر خمراً أو مسكراً، وهو اختيار ابن تيمية، أما إذا لم يعلم البائع بحال المشتري، أو كان المشتري ممن يعمل الخل والخمر معاً، أو كان البائع يشك في حاله أو يتوهم فمذهب الجمهور الجواز كما هو نص الحنفية والحنابلة، ومذهب الشافعية أن البيع في حال التوهم أو الشك مكروه.

أثر القصد في حكم هذا العقد من حيث الصحة والبطالان: قول الحنفية المتقدم بجواز هذا البيع يترتب عليه القول بصحته لأن الخمر ليس هو المقصود الأصلي من العنب، والمنهي عنه هو ما كان عينه منكرأً بلا صنعة تدخل فيه، فخرج العصير لأنه وإن كان يعمل منه عين المنكر لكنه بصنعة تحدث.

وذهب المالكية إلى أنه يجبر المشتري على إخراجه من ملكه، من غير فسخ للبيع

وذهب الشافعية إلى صحة هذا البيع؛ لأن النهي المستفاد من حديث العاصر وإن كان يقتضي الكراهة أو التحريم، لأن البيع سبب لمعصية متحقة أو متوهمة؛ إلا أنه لا يقتضي البطلان، لأنه راجع إلى معنى خارج عن ذات المنهي عنه وعن لازمه، لكنه معترف به، نظير البيع بعد نداء الجمعة فإنه ليس لذاته ولازمها، بل هو لخشية تفويتها.

أما الحنابلة فنصوا على أنه إذا ثبت التحريم، بأن علم البائع قصد المشتري الخمر بشراء العنب، بأي وجه حصل العلم، فالبيع باطل؛ وذلك لأنه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح، ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى فأفسد العقد، كبيع درهم بدرهمين. وهذا والعلم عند الله تعالى هو القول الصحيح الموافق للأدلة من الكتاب والسنة كما تقدم ذكر ذلك في المطلب الثاني من هذا الفصل.

2- بيع السلاح في الفتنة: تقدم في المطلب الثاني التأصيل لمسألة بيع ما يُقصد به الحرام، ومن ذلك بيع السلاح في الفتنة حيث إن من عزم على شراء سلاح في وقت فتنة ففي أغلب الأحوال أنه يقصد به المشاركة في قيام هذه الفتنة وهي معصية لأمر النبي بتجنب الفتن وعدم السعي فيها ووجوب إخمادها، وقد ورد النهي عن ذلك بخصوصه في حديث عمران

بن حصين قال: نهي رسول الله عن بيع السلاح في الفتنة أخرجه أحمد بن منيع في مسنده، كما في المطالب العالية (14/5)، الجرح والتعديل (418/2)، طبقات ابن سعد (284/7)، الضعفاء الكبير للعقيلي (154/1)، تهذيب الكمال (12/4). ولذلك ضعف هذا الأثر ابن حجر في التلخيص الحبير (20/3)، قال: "وهو ضعيف والصواب وقفه وكذلك ذكره البخاري تعليقاً". وضعفه في فتح الباري (378/4)، قال البخاري في صحيحه قال البيهقي "رفعه وهم والوقوف أصح" السنن (327/5).. وهذا المنع عليه جمهور أهل العلم تخريجاً على قولهم في أن كل ما يُقصد به الحرام، وكل تصرف يفضي إلى معصية فهو محرم، فيمتنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز.

والحنفية وإن خالفوا الجمهور في تحريم المسألة السابقة ونصوا على الجواز، فهم يوافقونهم في هذه المسألة وأما المالكية فنصوا على عدم الجواز. وأما الشافعية فنصوا على عدم جواز بيع السلاح للبغاة وأهل الحرب ولقطاع الطريق لأنه إعانة على المعصية والإضرار.

وأما الحنابلة فنصوا على ذلك واعتبره المرادوي هو المذهب ويتبين اتفاق الفقهاء رحمهم الله في الجملة على ذلك، لظهور المعنى في هذه المسألة أكثر من غيرها.

3- تأجير العقارات للبنوك الربوية: هل يجوز تأجير العقار لبنك يتعامل بالربا إقراضاً اقتراضاً أو بيعاً أو شراءً؟ تقدم بيان التأسيس لمسألة حكم قصد الاستعمال المحرم وذكرنا أن المُرَجَّح في ذلك إن شاء الله تعالى هو أن العقد المالي المشتمل على قصد الإستعمال المحرم عقد محرم وآثاره باطلة لا تترتب عليه، لاسيما إن كان التعاون فيه على الإثم والعدوان بين الظهور كحال مسألتنا هذه، والله تعالى يقول: **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ** [المائدة آية:

وقد نص جملة من الفقهاء رحمهم الله تعالى على تحريم إجارة الدار لمن يبيع الخمر فيها، أو لمن يتخذها كنيسة، أو معبداً للمجوس، بل وبطلانها عند الحنابلة وفسخها عند المالكية

الفصل الثاني

أثر القصد في بعض العقود المالية المعاصرة

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول : المشاركة المتناقصة والمنتهية بالتمليك.

شبهة وجوابها: من خلال التتبع لبحوث المعاصرين ومناقشتهم حول ما يتعلق ببعض المعاملات المالية المستجدة، ومدى شرعيتها، تبين لي أن ثمة فريقين في أعمال قواعد النيات والمقاصد في المعاملات المالية المستجدة:

الأول: من يرى وجوب مراعاة قصد العاقدين من التعاقد بهذه المعاملة، ومدى موافقة قصديهما لمقصد الشارع من البيوع

الثاني: من يرى الاكتفاء بظاهر العقود، فإن اكتملت أركانها وشروطها؛ وجب إنفاذها على هذا النحو، واستدلوا بعدة أدلة:

أولاً: أن اعتبار القصد والنيات في معاملات المصارف، قضية خطيرة على مستقبل الاقتصاد الإسلامي؛ لأنها تفضي إلى أننا نأمر البنوك بإفعال أبوابها، ثم تذهب الأموال إلى المصارف الأجنبية يتحكمون فيها وفي فوائدها.

وعند النظر في الترجيح: فإن ما تقدم من الأدلة والقواعد وكلام أهل العلم الدال على وجوب اعتبار المقاصد في جميع التصرفات، يتبين به وبجلاء رجحان القول الأول على الثاني بل ليس بينهما مكافأة للنظر في الترجيح بينهما. والله تعالى أعلم.

المبحث الأول المشاركة المتناقصة والمنتهية بالتملك وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : صورة المعاملة. توجد في الواقع المصري عدة صور لإبرام عقد المشاركة المتناقصة، ومن أبرزها :

المشاركة التي يتم بموجبها اتفاق الطرفين على تنازل البنك عن حصته تدريجياً ، مقابل سداد الشريك ثمنها دورياً ، وذلك خلال فترة مناسبة يتفقان عليها ، وعند انتهاء العملية يستقل الشريك بملكية المشروع.

وقد جاء في توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي أن المشاركات المنتهية بالتملك تكون على إحدى الصور الآتية:

الصورة الأولى: يتفق البنك مع عميله على تحديد حصة كل منهما في رأس مال المشاركة وشرطها ، وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصص البنك إلى المتعامل بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل، بحيث يكون له الحق في بيعها للبنك أو لغيره ، وكذلك الأمر بالنسبة للبنك بأن تكون له حرية بيع حصصه للمتعامل شريكه أو غيره.

الصورة الثانية: يتفق البنك مع عميله على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس اتفاق البنك مع

الشريك الآخر لحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلاً، مع حقه بالإحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد، أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل .

الصورة الثالثة: يحدد نصيب كل من البنك وشريكه في الشركة في صورة أسهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة (عقار مثلاً) يحصل كل من الشريكين (البنك والشريك) على نصيبه من الإيراد المتحقق من العقار ، وللشريك إذا شاء أن يقتني من هذه الأسهم المملوكة للبنك عدداً معيناً كل سنة، بحيث تكون الأسهم الموجودة في حيازة البنك متناقصة إلى أن يتم تمليك شريك البنك الأسهم بكاملها، فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر توصيات وقرارات مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدي قرار رقم 10 ، ص 14..

وبالنسبة لكيفية قسمة الأرباح والخسائر الناتجة عن هذه المشاركة ، فإن البنك يقوم باقتطاع نسبة معينة من صافي إيراد المشروع ، باعتباره مالكاً للمشروع - كلاً أو جزءاً- ومتحملاً تبعه هلاكه إذا تلف بلا تعد أو تقصير كتعرض المشروع للإحتراق أو الهدم ، فإن البنك في مثل هذه الحالة يتحمل الخسارة بقيمة الفرق بين أصل رأس المال والمقدار المسترد من دخل المشروع ، فإذا كان المشروع مملوكاً بكامله للمصرف فإنه يتحمل جميعها

، وإذا كان العامل في المشروع مشاركاً في تمويل أصل رأس المال فإنه يخسر بنسبة ما يملكه ، وأما الجزء المتبقي من الأرباح الناتجة ، فإن البنك يحتفظ به كله أو بعضه - حسب الاتفاق - لكي يكون مخصصاً لتسديد أصل رأس المال ، وإنهاء العملية بطريق تملك المتعامل مع المصرف الإسلامي كامل المشروع الذي يشاركه فيه.

وهي تحقق فوائد متعددة لكافة الأطراف: فبالنسبة للبنك ، تحقق له أرباحاً دورية على مدار السنة ، إضافة إلى استرجاعه قيمة مشاركته في المشروع والتي قد تكون زادت عما دفعه فعلاً . وبالنسبة للشريك ، تشجعه على الاستثمار ، وتحقق غرضه في الاستقلال بملكية المشروع..

المطلب الثاني: أثر القصد في حكم هذه المعاملة:

أولاً : لا بد أن يُعلم بأن ابتكار هذا النوع من التعاقد إنما هو من أجل أن يكون بديلاً عن القرض الربوي.

ثانياً : أن عقد المشاركة المتناقضة لا يتم المقصود منه والذي من أجله دخل فيه المتعاقدان إلا باشتراط عقد في عقد. وبناء على ذلك: فهل الدخول في هذا العقد بقصد أن يليه عقد بيع بثمن محدد مسبقاً مؤثر في

الحكم أو لا المطلب الثالث: حكمها: في كل حالة من الحالتين السابقتين حكمها المستقل وبيان ذلك على النحو الآتي:

الحالة الأولى: تقدم في التمهيد بيان أثر القصد في العقود ، ودلالة ذلك من الكتاب والسنة وكثير من الفروع الفقهية التي نص عليها الفقهاء رحمهم الله تعالى وكلام المحققين من أهل العلم كابن تيمية وابن القيم والقرافي والشاطبي وابن رجب وابن عبد البر وغيرهم في تقرير هذا الأصل العظيم وفي هذه الحالة إن كان قصد المتعاقد ليس إلا تغطية القرض الربوي بستر المشاركة المتناقضة ، بأن لا يكون هناك أي إرادة فعلية للمشاركة ، ولا قصد لها فالحكم هنا هو أن هذه المعاملة محرمة شرعاً لأن العبرة بالحقائق لا بالمسميات والألقاب. ولذلك فقد جاء في قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي أنه يجب أن يُقيّد جواز هذه المعاملة بشروط منها: أن لا تكون المشاركة المتناقضة مجرد عملية تمويل بقرض ، فلا بد من وجود الإرادة الفعلية للمشاركة وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة أثناء فترة المشاركة قرارات مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي قرار رقم 10 ، ، وأنظر

فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي، الفتوى رقم(74)..

الحالة الثانية: لا يظهر مانع شرعي من اشتراء الشريك حصة شريكه ، ولكن من طبيعة هذا العقد أنه يليه عقد بيع باشتراك بينهما ، فلو دخلا فيه بناءً على هذا الشرط، وقصداً أن يليه عقد بيع بثمن محدد قد اتفقا عليه، فإن هذا يؤدي إلى ضمان رأس المال والربح ، وهذا ينافي عقد الشركة القائم على أساس المشاركة في الربح والخسارة. فيتبين أن القصد من هذا الشرط إنما ليكون حيلة ووسيلة ليتوصل بها إلى محرم ، فتكون المعاملة شبيهة بالقرض الربوي من هذا الوجه. ولذلك وردت ضوابط في كثير من البحوث التي تناولت المشاركة المتناقضة ، ومن أبرزها :

ألا يتضمن عقد المشاركة شرطاً (لا نصاً ولا عرفاً) يقضي بأن يرد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال ، بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح ، لما في ذلك من شبهة الربا، أي لا يجوز أن يشترط كون البيع بالقيمة الاسمية المدفوع.

ومن الضوابط أيضاً: " لا يجوز أن تتفق المؤسسة المالية الإسلامية والشريك ابتداءً على المشاركة والبيع في عقد واحد ، بل لا بد أن يكون ذلك بعقدين منفصلين". وكذلك فإن الدخول في هذا العقد بهذا القصد لا يجوز؛ لأنه يفضي إلى (بيع ما لا يملك) المنهي عنه، كما أنه يؤدي أيضاً إلى

جهالة الثمن في المستقبل ، وقد يؤدي إلى الغبن، وذلك لأن الثمن في المستقبل قد يزيد وقد ينقص.

المبحث الثاني الإجارة المنتهية بالتمليك وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : صورة المعاملة للإيجار المنتهى بالتمليك صور متعددة ، أبرزها وأكثرها استعمالاً ثلاث صور:

الصورة الأولى : وفيها يصاغ العقد على أنه عقد إيجاره ينتهي بتملك العين المؤجرة بعد أداء جميع أقساط الإيجار ، وتنتقل الملكية تلقائياً بأداء آخر قسط من هذه الأقساط ، دون دفع ثمن آخر لنقل الملكية ، ودون حاجة إلى إبرام عقد جديد.

الصورة الثانية : وفيها يصاغ العقد على أنه عقد إجارة لمدة محددة، على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل مبلغ محدد.

الصورة الثالثة: وفيها يصاغ العقد على أنه عقد إجارة، وفي نهاية المدة يكون للمستأجر الخيار بين ثلاثة أمور: الأول: مدد مدة الإجارة لزمن آخر.

الثاني: تملك العين المؤجرة، مقابل ثمن حقيقي.

الثالث: إعادة العين المؤجرة إلى مالكيها.

المطلب الثاني: أثر القصد في حكم هذا العقد: المؤجر في هذا العقد قصد عدة أمور: 1- قَصَدَ المؤجر (البائع) بقاء السلعة المعقود عليها في ملكه، حتى لا يتمكن المستأجر (المشتري) من التصرف في تلك السلعة إلا بعد أداء كامل القيمة (وهي هنا: الأجرة) بحيث يستطيع المؤجر أن يسترد سلعته إذا ما أحل المستأجر بالدفع.

2- قَصَدَ المؤجر أن يأمن من مزاحمة غيره من غرماء المستأجر في العين المؤجرة، في حالة إعسار المستأجر أو إفلاسه، لأن العين المؤجرة لا تزال في ملك المؤجر، فيستردها، لأنها مملوكة له. وعلى كل حال فإن المؤجر استغل خصائص البيع وخصائص الإجارة التي تكون في صالحه في جانب المستأجر، فقصد إليها وأراد أن يجمع بينها.

ولذلك فإنه لا بد من استصحاب هذه القصود عند النظر في هذا العقد؛ لما لها من أثر ظاهر على حكم العقد، عند من يعتبر القصود ولا يلغيها.

وكذلك لا بد من اعتبار قصد الشارع من البيع وقصده من الإجارة " فالبيع يوجب انتقال العين بمنافعها إلى المشتري،...والإجارة توجب انتقال

منافع العين فقط إلى المستأجر، أيضاً المبيع مضمون على المشتري بعينه ومنافعه... والعين المستأجرة من ضمان مؤجرها" وَمَنْ "قصد بالعقد غير ما شرع له العقد، فيجب أن لا يصح

المطلب الثالث: حكمها: لكل صورة من الصور المذكورة لعقد الإيجار المنتهي بالتمليك حكم مستقل، وبيان ذلك كما يأتي، وبالله التوفيق :

الصورة الأولى: ذكرنا أن قصد المؤجر في هذه الصورة هو الجمع بين أحكام البيع وأحكام الإجارة على الوجه الذي يكون لصالحه في مقابلة المستأجر، وبناء على ذلك فإن هذا القصد يؤدي إلى عدة أمور تؤدي إلى التحريم، أبرزها: 1- أن هذا القصد أفضى إلى كون هذا العقد غير مستقر على واحد من العقدين المكونين لهذه المعاملة، فهو متردد بين أن يكمل الأقساط فيكون بيعاً، وأن لا يكمل فيكون ما دفعه أجرة مقابل عقد الإجارة.

2- أنه أفضى إلى جهالة الثمن وجهالة الأجرة، بسبب التردد بين العقدين.

3- أنه أفضى إلى حصول الغرر في المعاملة، وأكل أموال الناس بالباطل،.

4- أنه أفضى إلى توارد العقدين على عين واحدة. وهما متنافيان في الآثار والأحكام ، ولذا جاء في قرار هيئة كبار العلماء بالأكثرية الصادر بخصوص هذا العقد: " أنه عقد جامع بين عقدين على عين واحدة غير مستقر على أحدهما، وهما مختلفان في الحكم، متنافيان فيه قرار هيئة كبار العلماء رقم (198) في تاريخ 1420/11/6هـ.

الصورة الثانية: قَصْدُ المؤجر في هذه الصورة كقصده في الصورة التي قبلها، إلا أنه جعل إنتقال العين المؤجرة منه إلى المستأجر تكون بمقابل ثمن رمزي، أما في الصورة الأولى فهي تنتقل تلقائياً بمجرد سداد جميع أقساط الإجارة.

الصورة الثالثة: وهذه الصورة تحتاج إلى إعادة النظر والتأمل لأمر :

أولاً: أنه عقد اشتمل على اشتراط عقد آخر في العقد الأول ، وهو اشتراط إجاره أخرى بمد مدة الإجارة ، أو بيع العين في عقد الإجارة الأول . وجهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، يمنعون من اشتراط عقد في عقد ، ويعدونه شرطاً فاسداً في البيع.

ثانياً: أنه قد يوقع الضرر بأحد المتعاقدين

الخلاصة : الأجر والأولى عند النظر في البدائل الشرعية عن هذا العقد؛ النظر في جذور هذا العقد ومقاصد من ابتكره لتغييرها، لا مجرد إضافة صفة الشرعية عليه، من غير تغيير لحقيقته.

المبحث الثالث المراجعة للآمر بالشراء وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : صورة المعاملة. هذه المسألة اشتهرت بـ (المراجعة للآمر بالشراء) أو (المراجعة المركبة) أو (المراجعة للواعد بالشراء) أو (المراجعة المصرفية) والحقيقة واحدة ولا مشاحة في الإصطلاح.

وصورتها: "أن يتفق البنك والعميل على أن يقوم البنك بشراء سلعة ليست عنده، على أن يقوم العميل بشرائها من البنك بعد ذلك ، بسعر عاجل أو آجل، تحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً".

فإن من أهم المناطات التي تفترق بها هذه المعاملة عن غيرها :

- 1- أن السلعة ليست في ملك المأمور قبل طلب الأمر .
- 2- أن هذه المعاملة تتكون من مرحلتين: مرحلة المواعدة ثم مرحلة المعاقدة.

3- أن الثمن في هذه المعاملة مؤجل كله أو بعضه.

4- العلاقة في هذه المعاملة تدور بين ثلاثة أطراف.

5- أن المأمور قصد من امتلاكه السلعة بيعها على الأمر بالشراء، فلولاً وجود الأمر بالشراء بسعر مريح ، لم يكن للمصرف قصد للشراء.

المطلب الثاني : أثر القصد في حكم هذه المعاملة : التأجيل في بيع المراجعة
للأمر بالشراء ركن أساسي فيها كما تقدم ، وبناء على ذلك فإن أغلب المعاملات التي تُتخذُ وسيلةً للاحتيال ، يكون الدخول إليها عن طريق التأجيل ، ولذلك فإن قصد التحايل إلى الربا عن طريق هذه المعاملة وارد، سواء كان الوعد ملزماً أو غير ملزم ، وذلك في عدة صور منها:

الصورة الأولى : أن يحتاج الأمر إلى تمويل ، فيعرض على المأمور شراء شيء ممتلكاته بنقد، على أن يشتريها الأمر منه بثمن أعلى نسيئة .

الصورة الثانية : أن يكون الأمر بالشراء هو نفسه البائع على المأمور ، فإن كثيراً من الأمرين بالشراء يطلب شراء السلعة من شخص بعينه ، قد يكون شريكاً أو وكيلاً له أو بينه وبين الأمر مواطأة على الحيلة.

مثالها: أن يتوطأ صاحب شركة مساهمة تحتاج إلى تمويل مع شخصية اعتبارية، على أن تأمر الشخصية الاعتبارية المصرف بشراء أسهم الشركة

أو جزء منها على وفق ما تواطأ عليه، بثمن حال ، ثم يبيعه على الشخصية الاعتبارية بثمن مؤجل، وهو في الحقيقة باعها على الشركة نفسها.

وذهب بعض الباحثين : إلى أن هذه الصورة ليست من العينة، لأن من شرط العينة أن يكون المشتري الثاني هو البائع الأول أو وكيله ، والواعد هنا ليس هو البائع الأول ولا وكيلاً له وإنما شريك.

وذهب بعض الباحثين إلى التفريق بين الشركات التي يكون للآمر فيها نسبة قليلة من ملكية الشركة ، وبين الشركات التي يكون للآمر فيها نسبة أغلبية ، فيجوز إجراء المراجعة في الأولى دون الثانية، لأنه لو حرّمت الصورة الأولى لأدّى ذلك إلى إغلاق المراجعة في وجوه كثير من الناس ، إذ قل أن يخلو أحد من أن يحتاج إلى شراء سلعة بالمراجعة من شركة له أسهم فيها.

الصورة الثالثة: توكيل المصرف العميل بإجراء عملية التملك ثم البيع بعد ذلك : يُجري عقد المراجعة للآمر بالشراء مع المصرف بعض صغار العملاء وتجار التجزئة الذين يحتاجون إلى شراء مواد متفرقة ومتكررة ، مما يصعب معه الرجوع للمصرف لإجراء كل عملية بعقد منفصل. وحينئذ يتفق معه

المصرف على توكيله في عملية الشراء ، ثم توكيله ثانية في بيعها لنفسه
مراجعة، وقد يكون التوكيل بأن يعطيه المصرف شيكاً بالمبلغ لشرائها نيابة
عنه، ومن ثم بيعها على نفسه مراجعة.

والذي ذهبت إليه كثير من هيئات الفتوى عدم جواز هذه العملية ، حتى
مع القول بصحة تولي الوكيل طرفي العقد ، وذلك لأن لبيع المراجعة
المصرفية اعتبارات خاصة تختلف بها عن البيع المطلق، وفي هذه الصورة لا
يظهر للمصرف فيها دور بارز فهي أقرب إلى صورة التمويل
الربوي. وهذا المحذور -وهو تغليف الربا بصورة البيع- يرد هنا في حالين
أو أكثر :

الأول: أنه قد لا يكون للسلعة في هذه العملية وجود أصلاً، وتذكر
السلعة في العقد لتغليف العملية الربوية بصورة بيع شرعي.

الثاني: وإذا قدرنا وجوداً للسلعة في هذه العملية فإن المصرف غالباً لن يقوم
بالتزامات ووجبات البائع شرعاً بما في ذلك دخول السلعة في ملكه أو
ضمانه. فحقيقة هذه المعاملة تؤول إلى كون المصرف مقرضاً إلى أجل
بفائدة ، فالقول بمعناها متوجه سداً لذريعة الربا ، ولئلا تختفي صورة
الضمان الذي يحل به الربح - والله أعلم.

الصورة الرابعة : توكيلُ المصرفِ العميلَ بقبضِ السلعة: في بعض أحوال هذه المعاملة ، ، وهذا التوكيل يفضي إلى أن النهي عن بيع المبيع قبل قبضه ليس له معنى، فلكل بائع أن يسقط وجوب قبض السلعة قبل بيعها بهذه الحيلة الباطلة. ثم إن هذا التصرف سيفضي أيضا إلى إتمام البيع قبل قبض الصرف أو وكيهه -الامر- من البائع الأول ، لأتھما يتبايعان أولاً ثم يقوم المصرف بتوكيل الأمر باستلام السلعة من البائع الأول.

المطلب الثالث: حكمها: عند التأمل فيها يتبين أن تعامل المصرف مع البائع الأول ليس إلا لإظهار صفة الشرعية على هذا العقد، وإلا فإن الحقيقة هي: أن المصرف أقرض العميل المبلغ فاشتري به ما يريد، ثم رده على المصرف بزيادة، فهو يبيع نقد بنقد أكثر منه إلى أجل، بينهما سلعة مُحلَّلة، وذلك لأن المصرف لم يُقدِّم على هذه المعاملة إلا بعد أن أخذ الإلزام من العميل بالشراء منه مراوحة، واختلاف الصورة لا يؤثر على حكم المعاملة مادامت الحقيقة واحدة، وقد تقدمت الشواهد الكثيرة والأدلة المستفيضة على ذلك من الكتاب والسنة وأقوال أهل العلم. وأيضاً: إن هذا العقد بهذا الإلزام أفضى إلى ربح المصرف ما لم يضمن، فهو قد ضمن ربحاً محددًا من العميل قبل شراء السلعة ودخولها في ملكه وضمانه.

وأيضاً: فإن العبرة في العقود للمقاصد لا للألفاظ، فالإتفاق على الإلزام بالمواعدة يؤدي إلى بيع المصرف ما لا يملك، وكونه يسمى وعداً أو عقداً فهذا لا يُغيّر من الحقيقة شيئاً ما دام أن الطرفين ملزمان به. وأيضاً: فإن الشارع قد أعطى المتعاقدين خيار المجلس في كل بيع، ولا يستطيع أحد أن يسقطه بحجة أن المواعدة ملزمة بينهما.

وأيضاً: فإن الإلزام بالوعد يتضمن غرراً، لأن ثمن السلعة قد يتغير عند وقت البيع عن وقت الإلزام، فهو غير معلوم فكيف يتم التراضي على مجهول، ثم إن الأخذ بهذا القول يجعل المصارف تركز إلى أداة لا تكون لها أي مساهمة في تنمية الإقتصاد وانتشار المشاريع الإستثمارية المتنوعة، النافعة للمجتمع، بل هي أداة أشبه بالقرض الربوي كما تقدم. والله تعالى أعلم.

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز هذه المعاملة

الترجيح: يتبين مما سبق قوة القول الأول ورجحانه على الثاني. والله تعالى أعلم.

المبحث الرابع الرسوم الإدارية على القروض وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول : صورة المعاملة الرسوم الإدارية: "هي مقدار من المال يدفعه المنتفع لقاء خدمة أو منفعة معينة يقدمها له مرفق عام"، وهو في هذه المسألة المصرف.

وعلى كل حال إذا تقرر أن العقد بين العميل والمصرف عقد قرض، فهل يجوز للمصرف أن يستوفي مقابل هذا القرض مبلغاً من المال؟

المطلب الثاني: أثر القصد في هذه المعاملة: عند التأمل في واقع هذه الرسوم التي تفرضها المصارف في مقابل أعمالها يتبين أنه يتم فيها - غالباً - احتساب أمور أخرى غير الجهد، والعمل وما يتبع ذلك، وقد ورد في دراسة اقتصادية حول بطاقات الائتمان جاء فيها "توضح البنوك من ناحيتها أن أسباب ارتفاع رسوم البطاقات هي: حجم السوق السعودي المحدودة، وانخفاض عدد البطاقات المستخدمة داخل هذه السوق، وارتفاع تكاليف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى بعض الديون الرديئة". وبناء على هذا رأَت البنوك تعويض النقص الناجم من تلك الأسباب بما يكتسبه من رسوم.

وبناء على ما سبق: فإن أخذ المصارف رسوماً على القروض لا يقبل على إطلاقه لأنها قد لا تقصد منه أجره التكاليف، وإنما تقصد الاحتيال على الربا بهذه المسميات.

المطلب الثالث: حكم هذه الرسوم: لا بد من التفصيل في ذلك لأنه "عند اعتبار العمولة أجراً فلا تؤخذ على إطلاقها، ما دام الأمر متصلاً بالإقراض المقصود، لئلا تكون العمولة مجرد ستار للربا تحت هذا الاسم أو ذاك". فيقال وبالله التوفيق الرسوم التي يأخذها المصرف من عملية مقابل القروض التي يقدمها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: الفوائد.

الثاني: رسوم الإقراض.

الثالث: غرامات التأخير.

أما الفوائد فهي غالباً ما تكون مرتبطة بمبلغ القرض ومدته، وسعر الفائدة السائدة في السوق، والعوامل المؤثرة فيه. وهذا النوع محرم لأنه من الربا الصريح المجمع على تحريمه، وبه صدر قرار مجمع الفقه بشأن التعامل المصرفي بالفوائد، فقد جاء فيه "كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل

أجله، وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله، وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد، هاتان الصورتان ربا محرم شرعاً". قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة ص (22)

وأما رسوم الإقراض: لا يختص أخذ تكاليف القروض بالمصارف التجارية، بل حتى المصرف المركزي، والمصارف المتخصصة تتقاض رسوماً على نفقات القروض كما جاء في المادة الثانية من نظام مؤسسة النقد العربي السعودي.

وأخذ المصرف رسوماً مقابل نفقات الإقراض لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن تكون الرسوم أكثر من التكاليف الفعلية للإقراض فهذه الحالة لا ينبغي أن يكون فيها خلاف على عدم الجواز، لأن الزيادة عن التكلفة الفعلية هي ربا محرم صريح، وحينئذ فهذه "الفائدة على القرض هي الربا بعينه وتسميتها فائدة من باب تسمية الشيء بغير اسمه تحايلاً على التحريم، لتألف النفس الحرام ولا تنفر منه، فإن المسلم لا يقبل الربا ولا يطبق اسمه، فإذا تلطف إليه باستعمال كلمة فائدة، أصغى ونظر في الأمر"

الحالة الثانية: أن تكون الرسوم الإدارية على القروض هي بقدر التكلفة الفعلية، فهي محل خلاف بين أهل العلم على قولين:

الأول: جواز أخذ المصرف نفقات الإقراض بشرط أن تكون بقدر التكلفة الفعلية. وأفتت بهذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في جواب عن سؤال بخصوص أخذ صندوق التنمية الصناعية رسوماً عن القروض التي يقدمها جاء فيه: "إذا قدر أهل النظر والخبرة ما يقوم به الخبراء الفنيون من متاعب الدراسات الفنية والمالية لمصلحة المشروع، فلصندوق التنمية السعودي أن يتقاضى الأجر المنفق مقابل هذه الدراسات أو جزء منه، وإن تركه الصندوق مساعدة لصاحب المشروع فهو أولى". فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع: أحمد الدويش (415/13).

وأخذ به مجمع الفقه الإسلامي بجدة، وأصدر قراراً فيما يتعلق بأجور خدمات القرض جاء فيه: "أولاً: يجوز أخذ أجور عن خدمات القروض على أن يكون ذلك في حدود النفقات الفعلية.

ثانياً: كل زيادة على الخدمات الفعلية محرمة، لأنها من الربا المحرم" قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ص (29)..

القول الثاني: أنه يحرم أخذ المصرف لرسوم الإقراض حتى وإن كانت بقدر التكلفة الفعلية. وهو قول الشيخ العلامة عبدالله بن حميد، رحمه الله، واختاره بعض الباحثين.

أدلة القول الأول:

أولاً: قول الله تعالى مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ [التوبة: 91]

ثانياً: من القواعد الفقهية المقررة (ان الغنم بالغرم، وأن الخراج بالضمان). فهاتين القاعدتين دلتا على أن من كان العمل والإنفاق لأجله، فإنه يتحمل هذه النفقة.

ثالثاً: القياس على جواز أخذ القاضي لأجر المثل على كتابة الوثائق والسجلات، مع حرمة أخذ الأجرة على القضاء.

ويترجح والعلم عند الله تعالى هو القول بجواز أخذ المصرف للرسوم الإدارية على القرض بقدر التكاليف الفعلية الحقيقية لذلك، وهذا الجواز

مضبوط بضوابط لا بد منها حتى لا يكون ذريعة إلى الربا من أي وجه ممكن وهي كما يأتي:

أولاً: أن تكون هذه التكاليف حقيقة، وهي التي يقابلها عمل تم تقديمه بالفعل.

ثانياً: أن تكون التكاليف مباشرة.

ثالثاً: أن لا تربط تكاليف القرض بمبلغ القرض، وإنما تربط بالقيمة الحقيقية للخدمة أو النفقة التي يبذلها المصرف.

رابعاً: أن لا يتكرر أخذ التكاليف إلا إذا تكرر تقديم خدمة.

خامساً: أن يتم تحديد هذه التكاليف من قبل أهل الخبرة من المحاسبين، ويتم عرضها بعد تقديرها على الهيئات الشرعية المختصة

. فإذا تحققت هذه الضوابط فللمصرف أخذ تكاليف القرض، وعليه أن يكون حذراً في تقويمه، مجتهداً في تقديره، وإذا اشتبه عليه الأمر وتردد غلب جانب الحظر، لأنه هو الأصل هنا. والله أعلم.

وأما غرامات التأخير: الغرامة هي: عقوبة أو تعويض مالي مقابل الأضرار اللاحقة على المصرف في حالة عدم سداد المقترض، وليس أجراً أو مقابلاً للقيام بنشاط مصرفي، فهي تختلف عن الرسوم.

وذكرناها هنا لتكتملة ما يأخذه المصرف من عملية في مقابل عملية الإقراض. وقد جاء بيان حكمها في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن البيع بالتقسيط وفيه: "يُجرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء" قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة ص (110).

المبحث الخامس المضاربة بالأسهم وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : صورة المعاملة.

وعرفت المضاربة في سوق المال بعدة تعاريف منها "عملية بيع أو شراء، يقوم بها أشخاص، بناء على معلومات مسببة أو على مجرد الخط والتخمين والتنبؤ، لا بغرض تسلم السهم لمحتواه، والانتفاع بما يعود عليه من ربح، وإنما للاستفادة من فروق الأسعار بين وقت وآخر".

والمراد هنا: هو بيان حكم ما يجري في أسواق الأوراق المالية، من أن بعض المساهمين اليوم غالباً ما يشترون الأسهم بقصد إعادة بيعها في أقرب وقت بقصد تحقيق الربح من خلال الفروق بين الأسعار، ومدى مشابهة هذا الصنيع بالقمار والميسر، وما ترتب على مثل هذه الأفعال من أضرار اقتصادية واجتماعية كبيرة جداً، لا بد من اعتبارها.

المطلب الثاني: أثر القصد في حكم هذه المعاملة:

والمقصود هنا هو بيان حكم عمل المضارب الذي يشتري أسهم شركات، وبعد لحظات يبيعها ويشترى أسهم شركات أخرى... وهكذا، ليستفيد من فوارق الأسعار بين هذه الأسهم، إلى أن أصبح واقع التعامل على هذا النحو يُرَجَّح القول بأن هذه الأسهم أصبحت ورقة مالية منسوبة إلى شركة ما ليصح التعامل بها، ولكنها مستقلة من حيث عدم تأثرها بأنشطة الشركة ربحاً وخسارة، ومما يؤكد ذلك أمور:

1- أن المضارب لم يقصد المشاركة في نشاط هذه الشركة ، وإنما مقصوده الأعظم هو المضاربة على السهم بعيداً عن كل اعتبارات أخرى. ولذلك فإن حقيقة هذه العملية إنما هي متاجرة بأثمان هذه الأسهم، ولكن الأسهم إنما هي غطاء وستار لها، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

2- يحدث في كثير من الأحيان مضاربات حادة وبأسعار مرتفعة على أسهم شركات تُظهِرُ ميزانيتها ببطء في تقدمها، وقد تظهر خسائر متكررة، وقد يكون العكس من ذلك.

3- واقع العمل في السوق يظهر عليه غلبة الخداع في رفع المؤشرات وهبوطها، وهذه هي المخاطرة التي يعترينا قدر كبير من الغرر والجهالة التي قد تذهب بالأموال كلها أو جلها في طرفة عين، وهذا فيه شبه كبير جداً بالقمار - إن لم يكن هو بعينه ولكما كانت المضاربات تعتمد على الخبط والتخمين، دون وجود أسباب حقيقية للارتفاع والانخفاض كانت إلى القمار أقرب ومن الشرع

4- كثير من المساهمين غايته الحقيقة منصبة على القيمة السوقية، وبيع السهم إذا كان بغرض التداول السريع إنما هو بيع لقيمته السوقية، ومؤدى ذلك في حقيقة الأمر بيع نقد بنقد..

وعلى كل حال فمن تأمل واقع هذه المضاربات وما أنتجته من آثار اقتصادية واجتماعية يعلم أن الشريعة لا تأت بمثل هذا ولا تقره، وذلك ظاهر في عدة أمور:

أولاً: أن مليارات الريالات التي يتم تداولها يومياً، من أجل جني فروق الأسعار بينها، تبقى هكذا من غير مردود إيجابي على سوق العمل، أو الإنتاج المحلي بل هي معوق عن ذلك.

ثانياً: مناقضة مقصد الشارع من جعل المال قياماً للناس، يحتاجه جميع طبقات المجتمع، وهذه المضاربات أدت إلى تكدس المال في أيدي بعضهم كما قال سبحانه كَيَّ لَا يَكُونُ دَوْلَةٌ بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ [الحشر: 7]

ثالثاً: مناقضة مقصد الشارع الذي شرع المشاركة من أجل نماء المال ، وهذه لا تتحقق مع هذه المضاربات التي لم تقصد لذلك. بالإضافة إلى ذلك كله، فإن هذه المضاربات يعترئها كثير من البيوع الصورية والنجش والاحتكار التي ليس لها أي مبرر سوى التغيرير وأكل أموال الناس بالباطل، هذه الشريعة الحكيمة لا تشرع مثل هذه الطرق لكسب المال من وراءها ومن ذلك:

1- البيع الصوري: ويقصد به في سوق المال خلق تعامل مظهري نشط على سهم ما، ومن صورته:

أ- أن يقوم المضارب بالبيع على نفسه بكميات كبيرة، من خلال تعدد المحافظ ، ثم يقوم بإعادة هذا السهم وذات الورقة المالية إليه بسعر أكبر، وبناء على هذا التلاعب تتأثر العروض والطلبات، وهذه العملية يسميها بعضهم (بعملية التدوير).

ب- أن ينتهز المضارب فرصة الارتفاع في القيمة السوقية لأسهم ما، فيقوم ببيعها صورياً على أشخاص آخرين، بسعر أعلى من السعر الجاري في السوق ولا شك أن هذا البيع الصوري تغرير وخداع وغش مجمع على تحريمه.

2- الاحتيال: بعض المضاربين يجمع بين الاحتيال والبيع الصوري المتقدم حتى يرتفع السهم، ثم يصرفه على الناس، فيقوم بالتجميع حتى يقل العرض، فإذا أصبحت هناك فوارق سعرية جيدة، يقوم بعرض كمياته، فيضطر الملاك الآخريين للبيع فيبيعونه بخسارة، فيقوم هو بالشراء مرة ثانية، حتى إذا استحوذ على أكبر كمية مستطاعة، يقوم حينئذ بإجراء البيوع الصورية السابقة.

3- نشر الشائعات والأكاذيب، والترويج للأخبار، وتسريب معلومات خاطئة عن إحدى الشركات المساهمة، فيندفع بالتالي صغار المستثمرين لبيع ما يملكونه من أسهم تلك الشركة، فتتخفض الأسعار بناء على كثرة العرض والبيع، فيغتتم المضاربون المصللون هذا التدهور، فيقومون بشراء تلك الأسهم بأسعار زهيدة جداً، وهذه الطرق ظاهرة في التحايل لأكل أموال الناس بالباطل.

4- _ النجش : النجش في هذه المضاربات، هو البوابة الكبيرة وهو أول طريق يسلكه كثير منهم لتحقيق الأحلام المستقبلية وقد انعقد الإجماع على تحريم الغش والخديعة والتغوير، سواء كان بالقول أو بالفعل وسواء كان بكتمان العيب أو بالكذب والخديعة في المعاملات أو في غيرها من المشورة والنصيحة.

المطلب الثالث: حكم هذه المعاملة: يقول الله جل وعلا يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ [النساء: 29] وهذه المضاربات لا تخلوا من التغير والتلاعب بالأسعار وإذا ما أضحت اتجاهًا عامًا لسوق ما فإن التداول فيه يصبح مشوبًا بأمور غير جائزة شرعًا

والنبي لما مرَّ على صبرة طعام، فأدخل يده فيها، فنالت أصعابه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟" فقال: أصابته السماء يا رسول الله، فقال: (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟!، من غش فليس مني" أخرجه مسلم برقم (102)

وقد جاء هذا النص عن بضعة عشر صحابياً لتأكيد في النفوس. وكذلك، فإن المتلاعب بأسعار الأسهم بأنواع التغير والكذب يصدق عليه قوله (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعها، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما) أخرجه البخاري في صحيحه، برقم (2079) ومسلم برقم (1532).

إن المنهج الإسلامي للاستثمار يقوم على استعمال الأموال فيما يحقق مصالح الناس ويزيد من تمتعهم بالطيبات كما ونوعاً، ولا يقوم على مجرد الاسترباح

مهما كان هدفه وأياً كان موضوعه يقول الله تعالى: **وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ** [البقرة: 281].

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

أثر الجهالة في المعاملات المعاصرة

إعداد

فهد بن عبدالرحمن الدهمش

إشراف

د. هشام بن عبدالملك آل الشيخ

1429 – 1430 هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم 145 A4

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم 111 A4

البحث بعد التلخيص بحجم 37 A4

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث: تتكون خطة البحث من مقدمة ، وتمهيد ، وثلاثة فصول ،

وخاتمة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

المقدمة : وتشتمل على أهمية البحث ، وأسباب اختياره، والدراسات

السابقة، ومنهج البحث، وخطة البحث.

التمهيد ، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الجهالة، لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: تعريف الغرر، لغة واصطلاحاً.

المبحث الثالث: تعريف التغيرير، لغة واصطلاحاً.

المبحث الرابع: العلاقة بين الجهالة وبين الغرر والتغيرير، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: العلاقة بين الجهالة و بين الغرر.

المطلب الثاني: العلاقة بين الجهالة و بين التغيرير.

المبحث الخامس : شروط البيع إجمالاً.

الفصل الأول/ أقسام الجهالة ، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: جهالة المبيع.

المبحث الثاني: جهالة الثمن.

المبحث الثالث: جهالة الحصول.

المبحث الرابع: جهالة الأجل.

الفصل الثاني/ حكم الجهالة، وطرق نفيها، والخيارات التي تثبتها الجهالة،

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول/ علاقة الجهالة بقاعدة: " يغتفر تبعا ما لا يغتفر استقلالاً " ،
وفيه مطلبان:

المطلب الأول : معنى القاعدة ، ودليلها.

المطلب الثاني: تطبيق القاعدة على الجهالة.

المبحث الثاني: علاقة الجهالة بقاعدة: " اليسير مغتفر " ، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : معنى القاعدة ، ودليلها.

المطلب الثاني: تطبيق القاعدة على الجهالة.

المبحث الثالث : علاقة الجهالة بقاعدة: "هل العبرة بالحال أو بالمآل "

المطلب الأول : معنى القاعدة ، ودليلها.

المطلب الثاني: تطبيق القاعدة على الجهالة.

المبحث الرابع: ضوابط الجهالة التي تمنع صحة العقد وشروطها، وفيه
مطلبان:

المطلب الأول: ضابط الجهالة المحرمة.

المطلب الثاني: شروط الجهالة المحرمة.

المبحث الخامس/ طرق نفي الجهالة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الرؤية.

المطلب الثاني: الوصف.

المطلب الثالث: الإشارة.

المبحث السادس/ الخيارات التي توجبها الجهالة، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: خيار الرؤية.

المطلب الثاني: خيار التعيين.

المطلب الثالث: خيار كشف الحال.

المطلب الرابع: خيار الكمية.

المطلب الخامس: خيار فوات الصفة.

الفصل الثالث/ التطبيقات المعاصرة، وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: أوامر البيع في الأسواق المالية، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الأمر السوقي، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: صورة المسألة.

المسألة الثانية: موضع الجهالة في هذا العقد.

المسألة الثالثة: حكم هذا العقد.

المطلب الثاني: الأمر بسعر الفتح والإقفال، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: صورة المسألة.

المسألة الثانية: موضع الجهالة في هذا العقد.

المسألة الثالثة: حكم هذا العقد.

المطلب الثالث: الأمر بسعر تقريبي، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: صورة المسألة.

المسألة الثانية: موضع الجهالة في هذا العقد.

المسألة الثالثة: حكم هذا العقد.

المبحث الثاني: عقد مبادلة الأسهم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة.

المطلب الثاني: موضع الجهالة في هذا العقد.

المطلب الثالث: حكم هذا العقد.

المبحث الثالث: ربط المدفوعات المؤجلة بمستوى الأسعار، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة.

المطلب الثاني: موضع الجهالة في هذا العقد.

المطلب الثالث: حكم هذا العقد.

المبحث الرابع: ما يسمى بـ (البوفيه المفتوح)، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة.

المطلب الثاني: موضع الجهالة في هذا العقد.

المطلب الثالث: حكم هذا العقد.

المبحث الخامس: البيع والتأجير بالوصف قبل البناء، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة.

المطلب الثاني: موضع الجهالة في هذا العقد.

المطلب الثالث: حكم هذا العقد.

المبحث السادس: بيع الأسهم مع جهالة موجودات الشركة، وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة.

المطلب الثاني: موضع الجهالة في هذا العقد.

المطلب الثالث: حكم هذا العقد.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج.

الفهارس

التمهيد / وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول / تعريف الجهالة، لغة واصطلاحاً.

الجهالة لغة: يقال جهل فلان جهلاً وجاهلةً، وتجاهل: أظهر الجهل أي أرى من نفسه الجهل وليس به. والجهل نقيض العلم، والجهالة: أن تفعل فعلاً بغير العلم.

الجهالة اصطلاحاً: لعل التعريف المناسب للجهالة أن يقال: كل عقد علم حصوله وجهل وصفه أو قدره أو جنسه أو نوعه لا يؤول إلى العلم ومؤد للتنازع.

المبحث الثاني: تعريف الغرر لغة واصطلاحاً:

الغرر لغة يقال غرّه يغره غراً، وغروراً، فهو مغرور وغرير: خدعه وأطمعه بالباطل. والغرر: الخطر.

الغرر اصطلاحاً: عند التأمل في كلام أهل العلم نجد أنهم سلكوا في تفسير

الغرر — مع اعتبار المخاطرة — مسلكاً ترجع إليها تعاريفهم:

المسلك الأول: من يذهب إلى أنه التردد بين الوجود والعدم، أو الذي لا يدرى هل يحصل أول لا، أو التردد بين السلامة والعطب ونحو ذلك من

العبارات، ويدخل في ذلك من عرفه بكونه مجهول العاقبة

المسلك الثاني: من يجعل معنى الغرر هو المجهول. وذلك كمن عرفه بأنه: ما طوي عنك علمه ونحو ذلك.

والذي يظهر للباحث — والله أعلم — أن الأولى أن يقال إن الغرر يشمل أنواعا ثلاثة كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وأما الغرر فإنه على ثلاثة أنواع:

إما المعدوم، وإما المعجوز عن تسليمه، وإما المجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه أو قدره كقوله: بعثك عبدا" اهـ.

فيمكننا أن نعتبر أن الغرر عام وله أسباب وهي هذه الثلاثة.

المبحث الثالث: تعريف التغرير لغة واصطلاحاً:

التغرير لغة: حمل النفس على الغرر، ويقال قد غرر بنفسه تغريراً وتغريراً. ويقال الغار: أي الغافل.

التغرير اصطلاحاً: التعريف المختار للتغرير: أن يحمل العاقد على الدخول في عقد يظن فيه مصلحته وهو على خلاف ذلك.

المبحث الرابع / العلاقة بين الجهالة وبين الغرر والتغرير ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: العلاقة بين الجهالة والغرر: هناك طريقتين لهم في تعيين النسبة بينهما:

الأول : أن بين الغرر والجهالة عموماً وخصوصاً وجهياً ، وهذا ظاهر كلام القرافي ، فالغرر أعم من الجهالة من جهة أنه قد يحصل الشيء وقد لا يحصل وذلك كالعبد الأبق ولكنه معلوم الصفة قبل إباقة. والجهالة أعم من الغرر من جهة الجهل بالصفة ، فقد يكون الشيء موجوداً وهو حاصل لا محالة ولكن صفته مجهولة كعبد محبوس.

الثاني : أن بينهما عموماً وخصوصاً مطلقاً فالغرر أعم من الجهالة مطلقاً، والجهالة أخص من الغرر، وهو ظاهر تعريف شيخ الإسلام السابق. ولعل المسلك الثاني هو الراجح كما سبق في تعريف الغرر. فالغرر شامل لما هو متردد بين السلامة والعطب أو الوجود وعدمه، وكذلك شامل لما فيه جهالة. فالأول هو الذي يسميه بعضهم بالجهل بالوجود، ولعله شامل للنوعين الأولين الذين ذكرهما شيخ الإسلام، وأما الثاني فهو النوع الثالث الذي ذكره شيخ الإسلام.

وعلى هذا فإطلاق الفقهاء الغرر على الجهالة صحيح إذ هو من إطلاق الكل وإرادة الجزء، وأيضاً إطلاق الجهالة على الغرر صحيح لأن الجهالة نوع من الغرر

المطلب الثاني: العلاقة بين الجهالة وبين التغرير: هناك علاقة بينهما وهي:

أن الجهالة راجعة إلى ذات المعقود عليه من جهة جنسه أو وصفه... أما التغرير فهو راجع إلى جهل العاقد بحال المعقود عليه.

المبحث الخامس / شروط البيع إجمالاً:

أولاً: الشروط المتعلقة بالصيغة:

الشرط الأول: أن يوافق الإيجاب القبول.

الشرط الثاني: اتحاد المجلس.

الشرط الثالث: أن تكون الصيغة صريحة وجازمة في إرادة العقد والإنشاء في الحال، وذلك بأن يكونا بصيغة الماضي أو المضارع المقصود به الحال. تانيا: الشروط المتعلقة بالعاقدين:

الشرط الأول: التراضي منهما ، فلا يصح البيع إذا كان أحدهما مكرها، لقوله تعالى : " { إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ } النساء 29 وفي الحديث " إنما البيع عن تراض " أخرجه ابن حبان ، برقم (4967) ، وابن ماجه برقم (2185) إلا إذا كان الإكراه بحق.

الشرط الثاني : يشترط في كل من العاقدين أن يكون جائز التصرف. الشرط الثالث: يشترط في كل من المتعاقدين أن يكون مالكا للمعقود عليه وقت العقد أو قائما مقام مالكة. ودليل ذلك حديث حكيم بن حزام " لا تبع ما ليس عندك " أخرجه أبو داود : ، حديث (3503) والترمذي حديث (1232) والنسائي حديث (4627) ، ابن ماجه حديث (2187) . وحسنه الترمذي والبيهقي ، وصححه ابن حزم

ثالثا: الشروط المتعلقة بالمعقود عليه :

الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه مباح النفع مطلقا، فيشترط أن تكون فيه منفعة ، وأن تكون المنفعة مباحة من غير حاجة ولا ضرورة وأما كونه مباح النفع فلأن محرم النفع لا يجوز بيعه لحديث : " إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه " . أخرجه البخاري برقم (2236) ، ومسلم برقم (4020) ، والنسائي برقم (4678)

الشرط الثاني: يشترط في المعقود عليه أن يكون مقدورا على تسليمه.
الشرط الثالث: أن يكون المعقود عليه من المبيع والتمن معلوما عند المتعاقدين علما يمنع المنازعة.
وهذا الشرط هو الذي سيكون عليه مدار البحث تفصيلا وتأصيلا وتطبيقا.

شروط البيع عند الأحناف إجمالا:

يقسم الأحناف شروط البيع إلى أربعة أقسام :

شروط انعقاد ، شروط صحة ، شروط نفاذ ، شروط لزوم.

الأول : شروط انعقاد وتعلق شرائط الانعقاد بجميع أركان البيع كما يلي:

- شروط انعقاد متعلقة بالصيغة :

1/ دلالة الإيجاب والقبول على نوع العقد المقصود.

2/ دلالة الإيجاب والقبول على جزم الإرادة.

3/ دلالة الإيجاب والقبول على الإنشاء للحال وذلك بأن يكونا

بصيغة الماضي أو المضارع المقصود به الحال.

- شروط انعقاد متعلقة بالعاقد وهو شرطان :

1/ الأهلية بأن يكونا عاقلين مميزين

2/ أن يكون العاقد طرفين متقابلين فلا يتولى طرفي العقد شخص

واحد إلا في بعض الحالات المستثناة.

- شروط انعقاد متعلقة بالمعقود عليه:

- 1/ أن يكون المبيع موجودا.
 - 2/ أن يكون مالا متقوما.
 - 3/ أن يكون مملوكا في ذاته ولو لغير البائع فلا ينعقد بيع المباحات كالكلأ والعشب.
 - 4/ أن يكون مملوكا للبائع عند البيع.
 - 5/ أن يكون مقدور التسليم. والذي يرجع إلى شروط النفاذ نوعان: الملك أو الولاية.
- الثالث: شروط الصحة :
- 1/ أن يكون المبيع معلوما وثنمه معلوما علما يمنع من المنازعة.
 - 2/ أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع.
 - 3/ أن يخلو من الشروط الفاسدة.
 - 4/ الرضا.
- الثالث : شرائط اللزوم فيشترط للزوم البيع خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه.

الفصل الأول

أقسام الجهالة

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول / جهالة المبيع ، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: جهالة جنس المبيع تعتبر جهالة الجنس أشد أنواع الجهالات إذ تتضمن جهالة الذات والنوع والصفة.

المطلب الثاني: الجهالة بنوع المبيع أن يقول البائع بعتك سيارة بعشرة آلاف ريال .فهذا البيع باطل لأن العلم بالنوع يعتبر من شروط صحة المبيع ، فلا بد من ذكر النوع لاكتمال العلم بالمبيع.

المطلب الثالث : جهالة صفة المبيع إذا ذكر البائع جنس المبيع ونوعه فهل يشترط ذكر الوصف أو لا؟

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط ذكر الوصف وأنه شرط من شروط صحة البيع.وخالف الأحناف في ذلك فلم يجعلوه شرطاً للصحة بل شرطاً للزوم.

مسألة: بيع الغائب الموصوف.المبيع لا يخلو إما أن يكون مشاهداً أو موصوف فالمشاهد إن كان مشاهداً برؤية تحصل بها معرفة المبيع جاز البيع وأما الموصوف فلا يخلو: إما أن يكون الموصوف معيناً أو غير معين

أما غير المعين فالكلام فيه في باب السلم. أما المعين الغائب الموصوف فهو محل البحث في هذه المسألة واختلف أهل العلم في ذلك على قولين: الأول/ الجواز وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في أحد القولين. على أن الأحناف يميزون بين الغائب ولو لم يوصف ويكون له خيار الرؤية ، ولكنه لا يكون لازماً.

القول الثاني: عدم الجواز وإليه ذهب الشافعية في أحد القولين. واستدل الجمهور بعدة أدلة منها: عموم قوله تعالى: { وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا } البقرة 275

- قياساً على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: " لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض في أكمامه" أخرجه البيهقي في السنن الكبرى حديث رقم (10397) ومالك في الموطأ حديث رقم (1325)
- أنه إذا جاز أن يسلم الرجل إلى الرجل في ثوب أو عبد على صفة ولم يكن ذلك غرراً صح أن تقوم الصفة مقام الرؤية في غيره عند تعذرهما ونفي الغرر بها إذ لا فرق بين الموضعين. والذي يظهر — والله أعلم — هو رجحان القول الأول ، وذلك لضعف أدلة القول الثاني وورود المناقشات عليها.

تنبيه: يشترط المالكية لجواز بيع الغائب ستة شروط:
الأول: أن يقع على الصفة.

الثاني: أن يصفه غير البائع لأن البائع لا يوثق بوصفه.

الثالث: أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له .

الرابع ألا يكون المبيع بعيدا جدا.

الخامس: ألا يكون قريبا تمكن رؤيته بلا مشقة .

السادس: ألا ينقد فيه بشرط.

المطلب الرابع/ جهالة مقدار المبيع: نص أهل العلم على اشتراط العلم

بمقدار المبيع: المبيع لا يخلو : إما أن يكون مشارا إليه أو غير مشار إليه. فإن

كان مشارا إليه فإنه لا يحتاج إلى معرفة قدره كما في بيع الجزاف كما سيأتي. وأما إذا لم يكن مشارا إليه فلا بد من معرفة قدر المبيع حتى يتحقق

كونه معلوما. ويستثنى من ذلك : إذا كانت الأموال ربوية إذا قوبلت

بجنسها فإن العقد لا يجوز مع جهالة القدر فيها لاحتمال الربا.

المبحث الثاني: جهالة الثمن اتفق الأئمة الأربعة على اشتراط تسمية الثمن

في العقد .

وذهب الجمهور إلى بطلان العقد وأما الحنفية فقالوا بفساد العقد.

وينتظم الكلام في جهالة الثمن في مسألتين:

المسألة الأولى : وصف الثمن فلو قال البائع للمشتري : بعتك الثوب

بألف، ولم يصف هذه الألف فما الحكم؟

عند جماهير الفقهاء ينصرف الثمن إلى غالب نقد البلد ، وذلك لأن هذا

النقد هو الذي تعارف عليه الناس في بلدهم. وأما إذا كان هناك نقود

متساوية في الرواج فلا بد من وصف الثمن وإلا فسد العقد.

المسألة الثانية: جهالة مقدار الثمن يشترط الفقهاء لصحة العقد أن يبين مقدار الثمن في العقد. على أن الجمهور من الحنفية والشافعية مع الكراهة والحنابلة أجازوا المعرفة الإجمالية في مقدار الثمن. وهذا بخلاف المالكية فيشترطون المعرفة التفصيلية، وسيأتي تفصيل الكلام عليها. على أن الأحناف يجيزون أن يكون الثمن وزن هذه الحصة ذهباً، ولكن العقد في هذه الحالة لا يلزم، لثبوت خيار كشف الحال للمشتري.

المبحث الثالث: جهالة الحصول من الأشياء التي ذكر أهل العلم دخول الجهالة فيها:

الحصول. والمراد بذلك: أن العاقد لا يعلم هل يحصل المعقود عليه أو لا؟ ويذكر أهل العلم عدة أمثلة لهذا ومنها:

- بيع المعلق.
- بيع المضاف.
- بيع الطير في الهواء.
- بيع المغصوب.
- بيع الجمل الشارد.

ونحو ذلك من العقود مما لا يعلم هل يحصل عليه العاقد أو لا؟

المبحث الرابع: جهالة الأجل نص أهل العلم على اشتراط العلم بالأجل في العقد إن وجد. ويكون العلم بالأجل بتحديدته باليوم والشهر والسنة، لأن ذلك لا يختلف من شخص إلى شخص.

واستدلوا لاشتراط العلم بالأجل عدة أدلة منها: قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى } البقرة 282

وحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من

أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى

أجل معلوم " أخرجه البخاري ، برقم (2239) ومسلم برقم (1227)

وأبو داود برقم (3463) والنسائي برقم (4616) وابن ماجه (2280)

(والترمذي برقم (1311)

واختلف أهل العلم في أثر ذلك على العقد إذا اشترط أجلا مجهولا، على

أقوال:

القول الأول: أن العقد صحيح والشرط باطل، وعليه فيكون البيع بثمن

حال، ولمن فات غرضه من التأجيل حق الفسخ وهو مذهب الحنابلة،

واستدلوا بـ : حديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة حيث قال النبي

صلى الله عليه وسلم: " اشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق " ثم قام

خطيبا وقال: " ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، كل

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " أخرجه البخاري : برقم (3447)

أن العقد قد تم بأركانه والشرط زائد ، فإذا فسد وزال سقط الفاسد

وبقي العقد فصح.

القول الثاني: أن العقد لا يبطل بجهالة الأجل بل هو فاسد يمكن تصحيحه ، بإزالة ما يقتضي الفساد بالاتفاق على أجل معلوم أو إسقاط الأجل المجهول ، وهذا مذهب الحنفية.

القول الثالث: أن تأجيل الثمن إلى أجل مجهول يبطل به العقد ، وبه قال المالكية والشافعية.

الذي يظهر — والله أعلم — أن القول الأول هو الراجح لسلامة أدلته من المناقشة ، وورود المناقشة على الأقوال الأخرى.

الفصل الثاني

حكم الجهالة ، وطرق نفيها ، والخيارات التي تثبتها الجهالة

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول / علاقة الجهالة بقاعدة : " يغتفر تبعا ما لا يغتفر استقلالا

" ، وفيه مطلبان

المطلب الأول: معنى القاعدة هذه القاعدة يذكرها أهل العلم بعدة صيغ

غير هذه الصيغة :

فمنهم من يعبر ذلك بـ : " قد يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا "

ويعبر عنها كذلك بـ : " قد يسوغ في الشيء تابعا ما يمتنع فيه مستقلا "

وقد يعبر عنها أيضا بـ : " يغتفر في الشيء إذا كان تابعا ما لا يغتفر إذا

كان مقصودا "

وبعضهم عبر عنها بـ : " كل عين مقصودة فالجهل بها مبطل للبيع

بخلاف غير المقصود "

وهذه القاعدة من القواعد التي لا يكاد يخلو منها كتاب من كتب القواعد

، ويعلل بها كثير من الفقهاء.

والمراد بهذه القاعدة: أن هناك فرقا بين ما يثبت تبعا وبين ما يثبت أصالة ،

من جهة أنه يغتفر في التابع : أي يتسامح فيه — مادام تابعا — ما لا يغتفر

ولا يتسامح فيه إذا كان أصلا ومقصودا ، لأنه قد يكون للشيء قصدا

شروط مانعة ، وأما إذا ثبت ضمنا وتبعاً لشيء آخر فيكون ثبوته ضرورة ثبوت متبوعة.

ومن الأمثلة على هذه القاعدة: من حلف لا يشتري صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث لأن الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً فاغتفر فيه.

ومن الأمثلة :

شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ، ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً.

دليل هذه القاعدة: يشير بعض أهل العلم إلى دليل هذه القاعدة عند الكلام على حديث: "من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع" وحديث: "ومن باع نخلاً بعد أن تؤبر فتمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع" أخرجه البخاري ، برقم (2379) مسلم : برقم (3882) والترمذي برقم (1244) وابن ماجه برقم (2211)

و يشير أهل العلم لذلك خصوصاً عند المسائل التي يكون الحكم فيها مختلف تبعاً وأصالة.

المطلب الثاني: تطبيق هذه القاعدة على الجهالة. نص أهل العلم على أن من شروط الجهالة المحرمة أو الغرر أن يكون أصلاً مقصوداً ، وأن الغرر الذي يكون تابعاً في العقد لا يؤثر. ومن الأمثلة على ذلك :

بيع الحمل في البطن ، واللبن في الضرع

فهذه لا يجوز بيعها استقلالا لجهالة الحمل واللبن.
فبين أهل العلم أن العلة في تحريم هذه البيوع وما شاكلها هو الجهالة ،
وذلك إذا كانت مقصودة في البيع ، وأما إذا كانت تبعا في العقد ولم تكن
مقصودة فنص أهل العلم على جوازه ، بل نقل الإجماع في جواز بعض
الصور ،

فيتقرر مما مضى أن الجهالة إذا وقعت في شيء مقصود بالعقد فإنها تبطل
العقد.وأما إذا كانت تبعا فإنها تغتفر.ولذا عبر بعضها عن هذه القاعدة —
كما سبق — : " كل عين مقصودة فالجهل بها مبطل للبيع بخلاف غير
المقصود"

المبحث الثاني/ علاقة الجهالة بقاعدة : " اليسير مغتفر " ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول/ معنى القاعدة ودليلها:يراد بهذه القاعدة :أن الشيء إذا
كان يسيرا حقيرا مما يتغابن الناس بمثله ، ولا يسلمون منه غالبا فإنه مغفور
ومعفو عنه ، ولا يلتفت إليه وإنما يتجاوز عنه ويتسامح فيه ولا يعامل
معاملة الكثير ، فالعبرة بالأغلب واليسير يكون في حكم المعدوم.
والعبرة في اعتبار اليسير هو العرف ، فاليسير في كل شيء بحسبه والمرجع
في ذلك إلى العرف، لأن ما لم يرد الشرع بتحديدده فإنه يحدده العرف إذ
الكثير واليسير يعتبر من الأمور النسبية والتي يؤثر في تحديدها الزمان
والمكان.

دليل هذه القاعدة:هذه القاعدة داخلية ضمن قاعدة كبرى وهي :

المشقة تجلب التيسير ، ووجه كونها داخلة ضمنها:

أن عدم اغتفار اليسير يؤدي إلى المشقة .

فأدلة هذه القاعدة هي أدلة قاعدة المشقة تجلب التيسير.

وسأذكر جملة من الأدلة :

أولا / من القرآن : قوله تعالى : { وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ }
الحج 78

قوله تعالى : { يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ } البقرة 185

قوله تعالى : { يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ } النساء 28

ثانيا / في الحديث: " إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه " أخرجه

البخاري برقم (39) ، والنسائي برقم (5034)

المطلب الثاني: تطبيق القاعدة على الجهالة: نص أهل العلم على اغتفار

يسير الجهالة والغرر، فما كان من الجهالة يسيرا لا يمكن التحرز منه فإنه

معفو عنه.

وأن المؤثر في العقود إنما هو الغرر الكثير. وذلك لأن الغرر إذا كان كثيرا

مقصودا فهو الغرر المنهي عنه في الأحاديث ، وهو مفسد للعقود لأنه

يفضي إلى النزاع . وأما اليسير فلا يدخل في ذلك إذ لا يكاد تخلو منه

البياعات. ولذا أجمعوا على جواز بيع الجبة المشوة مع جهالة حشوها ،

وعلى جواز إجارة الدار والدابة شهرا مع أن الشهر قد يكون ثلاثين وقد

يكون تسعة وعشرين. وأجمعوا على جواز دخول الحمام بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم الماء وفي قدر مكنهم. فتبين مما مضى أن الجهالة: إن كانت يسيرة لا يمكن التحرز منها فإنها تغتفر. وأما إذا كانت كثيرة فإنها مؤثرة في العقد وهذا داخل تحت قاعدة اليسير مغتفر، إذ لو لم يتسامح فيه لأدى ذلك إلى حصول مشقة على الناس.

المبحث الثالث/ علاقة الجهالة بقاعدة: "هل العبرة بالحال أو بالمآل؟":
المطلب الأول: معنى القاعدة يعبر عن هذه القاعدة بتعبيرات مختلفة منها:

- ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟
 - المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟
 - المتوقع هل يجعل كالواقع؟
- ويقصد بهذه القاعدة: أن الشيء قد يكون له حالتان، وفي كل حالة يتعلق بها من الوصف ما يجعلها مغايرة لحكم الأخرى. ففي الحال يكون لها حكم وفي المآل يكون لها حكم آخر. فهل نعتبر حكم الشيء في الحال أو ننظر إلى ما يؤول إليه، فنعتبر حكمه في ذلك الوقت باعتبار ما يؤول إليه. ومن الأمثلة التي تبين معنى القاعدة: بيع الزيت المتنجس، والدهن المتنجس بعارض: إذا قيل بأنه يمكن تطهيره، فهل يصح بيعه قبل تطهيره "خلاف بين أهل العلم. فإذا قيل: يجب تطهيره جاز بيعه، وإلا ففي بيعه قولان، بناء على جواز الاستصباح به.

ومنها : بيع الماء المتنجس.

ومنها : لو كان القميص بحيث تظهر منه العورة عند الركوع ، ولا تظهر عند القيام ، فهل تنعقد صلاته ثم إذا ركع تبطل ، أو لا تنعقد أصلا.

المطلب الثاني: تطبيق القاعدة على الجهالة. من الأمثلة على ذلك :

- البيع بسعر السوق
- البيع بما ينقطع به السعر.
- البيع بما يبيع به زيد.

فعلى هذا إذا كانت الجهالة ستؤول إلى علم رافع للجهالة مانع للمنازعة ، ويكون منضبطا متفقا عليه بين الطرفين كمؤشر السوق صح البيع.

المبحث الرابع / ضوابط الجهالة التي تمنع صحة العقد وشروطها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ضابط الجهالة المحرمة . الجهالة المبطله للعقود ذكر أهل العلم أنها تتصف بوصف ، ونجد بعض أهل العلم يعلق الإبطال بالجهالة عليها. وضابط الجهالة هو: أن تكون الجهالة مفضية للمنازعة المانعة من التسليم والتسليم.

ومن صور كون الجهالة مؤدية للمنازعة أن المعقود عليه قد يهلك قبل التسليم.

المطلب الثاني : شروط الجهالة المحرمة.

الشرط الأول/كون الجهالة فاحشة كثيرة ، فإن كانت الجهالة قليلة فإنها يعفى عنها ولا يكون لها أثر في ذلك. والمرجع في ذلك إلى العرف
الشرط الثاني/ أن يكون العقد المشتمل على الجهالة من عقود المعاوضات التي تشتمل على تسلّم وتسليم. لأن العلة التي لأجلها حرم بيع الغرر موجود في البيوع ولذا جاء النهي عن بيع الغرر.
وأما في عقود غير المعاوضات كالهبة ونحوها فحين ننظر إلى المعنى الذي لأجله حرم الغرر فإننا لا نجد في عقود التبرعات ، وذلك لأن عقود المعاوضات مبنية على المماكسة والمشاحة بخلاف عقود التبرعات المبنية على المسامحة.

وأيضاً : لا يترتب أي ضرر مؤثر على المتبرع له حينما يجهل الشيء المهدي ، إذ ليس ثم ما يدعو إلى الخصام فلا يترتب عليه ما يترتب على الجهالة في عقود المعاوضات.

وأما عقود النكاح والخلع فتأثير الغرر فيها ليس كعدم تأثيره في عقود التبرعات، وأيضاً ليس كتأثيره في عقود المعاوضات ، فوجود الجهالة مؤثر فيها إذ إنها تؤدي إلى النزاع ، ولكن يتسامح فيها مالا يتسامح في عقود المعاوضات المالية.

الشرط الثالث : أن تكون الجهالة في المعقود عليه أصالة لا تبعا

و التبع لا يشترط فيه كونه يسيرا ، بل المشترط ألا يكون مقصودا في العقد ، إذ الكلام هنا على قاعدة التبعية لا قاعدة الأغلبية ، ولا يشترط أيضا ألا يأخذ التابع قسطا من الثمن

الشرط الرابع: ألا تدعو الحاجة إلى هذا العقد. فيشترط لتأثير الجهالة في العقد ألا يكون الناس بحاجة إلى هذا العقد ، فإن وجدت الحاجة لم تؤثر الجهالة في هذا العقد. إذ إن في إبطال العقد الذي يحتاج الناس إليه حرج على الأمة والحرج مرفوع عن هذه الأمة. كيف وكثير من المعاملات المباحة في الشريعة إنما جاءت لسد حاجة الناس.

ولكن لا بد من التنبيه إلى القواعد التي ذكرها أهل العلم في باب الحاجة ، مثل: الحاجة تقدر بقدرها. وأن الحاجة المعتبرة هي التي تعينت ، بمعنى أن الطرق انسدت في الوصول إلى الغرض من غير هذا العقد.

الشرط الخامس: ألا يؤول إلى العلم: وقد تقدمت الإشارة إلى هذا عند الكلام على قاعدة : هل العبر بالحال أو بالمآل؟

فالجهالة إن كانت تؤول إلى علم مانع للمنازعة منضبط متفق عليه بين الطرفين فإن العقد جائز. وإنما قيدت هذا بكونه مانعا للمنازعة لأن الغالب أن الجهالة تزول وتؤول إلى علم البائع والمشتري ، ولكن هذا العلم قد يؤول إلى المنازعة لكونه غير منضبط ولا متفق عليه بين الطرفين ، ولكن المراد أن يؤول إلى علم مانع للمنازعة بأن يتفقا على مآل معين كالبيع

بسعر السوق . مثال على هذا الشرط: أن يتفق بائع اسمنت مع المشتري بقوله:

سأبيعك هذا الإسمنت بما تبيعه به شركة اليمامة للإسمنت هذا اليوم فهذا العقد فيه جهالة في الثمن حين العقد ، ولكنه سيؤول إلى علم منضبط متفق عليه بين الطرفين

المبحث الرابع/ طرق نفي الجهالة ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: الرؤية وأول هذه الأمور : الرؤية للثمن والمثمن.

فالمبيع إن كان موجودا في محل العقد ويرى فإنه يكتفى به عن الوصف . ولذا قرر أهل العلم أن الوصف في الحاضر لغو، لأن الرؤية يحصل بها كمال العلم والإدراك، وليس الخبر كالمعاينة. وكذلك إذا كان المبيع غائبا وتقدمت رؤية سابقة له قريبة ، يؤمن من التغير فيها خلال هذه المدة ، فإنه يصح الاعتماد عليها.

والرؤية تكون في كل شيء بحسبه ، فرؤية كل شيء بحسب ما يليق به ففي شراء الدار يشترط رؤية البيوت والسقوف والسطوح ونحو ذلك . وكذلك رؤية بعض الشيء الدالة عليه كرؤية كله في بعض المبيعات ، فلا يجب أن ينظر إليه كله ليعتبر مرثيا بل يكفي النظر إلى ما يحصل به العلم بالمقصود الأصلي من المبيع ، وكذلك المثليات رؤية بعضها تغني عن رؤية الباقي وعلى هذا فشم المشمومات وذوق المطعومات ولمس ما يعرف

باللمس ونحو ذلك يكون بدلا عن الرؤية بل إن بعضها إذا رؤي بالعين فقط لما كان ذلك كافيا.

مسألة / هل يشترط في الثمن معرفته على التفصيل أم يكفي رؤيته ولو لم يعلم قدره على التفصيل؟

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية — مع الكراهة — والحنابلة إلى جواز ذلك فقالوا يشترط أن يكون الثمن عينا في المعين وقدرها وصفة فيما في الذمة ، فلو كان الثمن معينا كفى في رفع الجهالة عنه معاينته ومشاهدته عن العلم بقدره أو صفته ، كما لو قال : بعتك بهذه الدراهم ، فعينها وهي مجهولة القدر صح اعتمادا على المشاهدة.

وذهب المالكية إلى عدم جواز ذلك :

المطلب الثاني: الوصف يعتبر الوصف هو الطريق الثاني من طرق العلم ، ويكون ذلك ببيان الخواص التي تميزه عن سواه بحيث يذكر الجنس والنوع والصفة بحيث يستقصي الصفات المؤثرة في العقد ، وإلى هذا ذهب الجمهور من أهل العلم.

وقد استثنى الأحناف ذكر النوع والصفة بناء على أن للمشتري خيار الرؤية وأن ذكر الجنس تزول به الجهالة الفاحشة المؤدية للمنازعة ، ويبقى يسير الجهالة التي تزول بخيار الرؤية.

وذهب إلى ذلك بعض الشافعية حيث ذكر النووي وجهين عند الشافعية ، أحدهما: لا يشترط ذكر الجنس والنوع ، والآخر: يشترط ذكر الجنس دون النوع ، ولكنه قال : إن هذين الوجهين شاذان ضعيفان. والمبيع لا يخلو: إما أن يكون معينا بذاته في صلب العقد كأن يشير إليه أو يضيفه إلى نفسه كقوله : بعتك سيارتي ، وليس له إلا سيارة واحدة ونحو ذلك مما يقطع عنه كل اشتراك أو اختلاط بسواه من أمثاله بحيث يتميز عن كل ما سواه في الوجود الخارجي. ففي هذه الحالة وهي التعيين بالذات لا يشترط معرفة المقدار. وإما أن يعين في العقد نوعا من المبيع فقط دون تعيين ذاته ، وحينئذ لا بد من بيان مقداره أيضا ووصفه ، الذي يقطع بيانه المنازعة.

والمراد بالوصف : صفته ، أي : درجته بين المراتب الثلاث : الجودة والرداءة والوسطية.

المطلب الثالث : الإشارة

إذا كان المبيع متعينا موجودا أمام العقادين فإنه تكفي الإشارة إليه في نفي الجهالة عن المعقود عليه.

ولعل الإشارة تتداخل مع الرؤية إذ إن المرئي لا يختلف عن المشار إليه في الحكم ، فالمشار إليه لا بد أن يكون مرئيا ضرورة ، والمرئي تمكن الإشارة إليه. على أنه يستثنى من هذا ثلاثة مواضع ، لا يعمل فيها بالإشارة: الأول / أن يكون المبيع من الأموال الربوية التي تلاقي المبيع في الجنس.

الثاني / السلم.

الثالث / إذا كان رأس مال الثمن مكيلا أو موزونا.

المبحث الخامس/ الخيارات التي توجهها الجهالة ، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول : خيار الرؤية.

خيار الرؤية هو الخيار الذي سببه الرؤية فهو من إضافة الشيء إلى سببه ، والمعنى الشرعي لخيار الرؤية : أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين لم يره حق الفسخ إذا رآه.

وقد تقدم الكلام على مسألة بيع الغائب ، وأن الجمهور من أهل العلم يجيزون ذلك. ولكن اختلف أهل العلم الذين أجازوا بيع الغائب ، هل يشترط ذكر الصفات أو لا ؟

فذهب الأحناف والمالكية في قول إلى عدم اشتراط ذلك ، وهو قول عند الحنابلة.

وذهب المالكية والحنابلة في رواية هي المذهب إلى اشتراط ذلك. وعلى هذا : فمن لم يشترط ذكر الأوصاف أجاز ذلك لوجود خيار الرؤية ، فالمشتري مخير عند الرؤية إما أن يجيز البيع أو لا.

ولكن لا بد من التنبيه إلى أن خيار الرؤية إنما يرفع الجهالة اليسيرة التي تكون بعد ذكر الجنس والنوع ، أما الجهالة الفاحشة فلا يصح معها خيار الرؤية.

ومحل هذا الخيار هو بيع المعين الغائب لا الموصوف في الذمة، إذ إن خيار الرؤية يثبت بشرطين:

الأول: أن يكون محل العقد شيئاً معين ككتب ودار، بأن يكون معروفاً بالشخص لا بمجرد الوصف الذي يعم، أما إذا كان ديناً بأن يكون معروفاً بأوصاف لا تعين شخصه، بل تبين جنسه ونوعه وحاله، لا يثبت خيار الرؤية.

الثاني: أن يكون محل العقد غير مرئي وقت العقد، فأما إذا كان قد رآه فلا يثبت له خيار الرؤية.

على أنه لا بد من التنبيه إلى وجود فرق بين خيار الرؤية عند الحنفية، وبين خيار الرؤية عند المالكية في بعض الأحكام:

الفرق الأول: أن الأحناف يرون أن خيار الرؤية يثبت للمشتري، وإن جاء المبيع مطابقاً للوصف دفعا للضرر، وأما المالكية فيرون أن خيار الرؤية إنما يثبت فقط عند مخالفة المبيع للأوصاف التي وصف بها. الفرق الثاني: أن خيار الرؤية عند الأحناف شرط شرعي فلو لم يشترطه المتعاقدان صح العقد لأن الخيار ثابت لهما ولو لم يشترطاه، إذ لا يلزم العقد إلا بالرؤية، ولذا لا يسقط خيار الرؤية بالإسقاط، لأنه خيار ثبت شرعاً.

وأما المالكية، فلا بد عندهم من اشتراط خيار الرؤية في العقد، قال في مواهب الجليل بعد أن قرر جواز بيع الغائب:

" لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه وأما إذا انعقد البيع على الإلزام أو سكتنا عن شرط الخيار فالبيع فاسد"

المطلب الثاني : خيار التعيين فهذا النوع من الخيار يذكره الحنفية

والمالكية، ويعبر عنه المالكية بـ : بيع الاختيار.

صورته :بيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه.

مثل : بعتك أحد هذين الثوبين على البت بدينار وجعلت لك يوما تختار

فيه أحدهما. فالمشتري بالخيار بمقتضى شرط في العقد أن يعين واحدا من

اثنين أو ثلاثة متفاوتة قيمتها فيما بينها، على أن يكون للمشتري الحق في

تعيين ذلك.

ووجه وجود الجهالة :أن العقد قد وقع على غير معين ولا بد من العلم

بالمعقود عليه علما يميزه عن غيره ، وهنا العقد وقع على غير معين

، فوجدت فيه الجهالة .ولذا فهذا النوع مخالف لمقتضى القياس إذا القياس

يقتضي أن يكون محل العقد معينا معلوما ، والتخيير بين واحد من ثلاثة

تجهيل له.

ولذا منع من ذلك الحنابلة والشافعية فلم يجيزوا بيع شاة من الشياه ، ولا

عبد من العبيد.

وذهب الحنفية والمالكية إلى جواز ذلك استحسانا.

ووجه ذلك :أن الحاجة ماسة إليه ، لأن من الناس من لا يغشون الأسواق

ولا يصفقون فيها كالأكابر والمخدرات من النساء فاحتاجوا إلى أن يأمروا

بالشراء لهم ، ولا تندفع حاجتهم بشراء شيء واحد معين من جنس ما

يرغبون في شرائه فيحتاج وكيههم أن يشتري واحدا من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس ليختاروه.

ولأنه جرى التعامل به وجرى عرف الناس على إقراره ، وعرف الناس حجة يخالف بها القياس. ويشترط لهذا الخيار عدة شروط:

أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء فأقل

أن تكون هذه الأشياء التي يجري التخيير فيها متفاوتة فيما بينها
أن يذكر مع كل واحد ثمنه ليكون الثمن معلوما.

- أن يكون للخيار مدة معلومة.

- لا بد أن يذكر أنه بالخيار أن يأخذ أيهما شاء

المطلب الثالث: خيار كشف الحال.

والمراد بهذا الخيار: أن يتفق المتبايعان على البيع بمقاييس شخصية غير متعارف عليها ، ولا يعرفان قدر هذه المقاييس.

مثل : أن يبيع شخص شيئا مما يباع بالكيل أو الوزن ولا يستعمل لتقديره المكاييل أو الموازين المتعارف عليها ، بل يبيعه بوزن إناء بعينه لا يعرف مقداره أو يبيعه بوزن حجر.

فالجهالة هنا هي في المقدار ، إذ المقاييس المستخدمة لا يعلم بها العاقدان. فخيار الكشف هو: حق الفسخ لمن ظهر له مقدار المبيع على غير ظنه.

وقد أجاز الحنفية ذلك وبعض الشافعية، حيث أجازوا لو قال : بعتك ملء هذا الكوز أو البيت من هذه الصبرة ، أو زنة هذه الحصاة من هذا الذهب ، وذلك لإمكان الأخذ من المعين قبل تلفه.

وعلموا ذلك بأن الجهالة هنا غير مفضية إلى المنازعة لأنه يتعجل تسليمه في محل العقد. ويشترط من أجاز ذلك وأثبت خيار كشف الحال عدة شروط:

- أن يبقى المكيال أو الميزان غير المعروف على حالهما.
- تعجل تسليم المبيع في مجلس العقد.
- يشترط في الكيل خاصة ألا يحتمل المكيال الشخصي النقصان بألا ينكس ولا ينقبض

المطلب الرابع : خيار الكمية

خيار الكمية هو / حق للبائع في فسخ البيع لحفاء مقدار الثمن عند التعاقد.

والمقصود به : خيار البائع في الثمن بسبب جهل كمية الثمن ، وذلك لعدم رؤيته رؤية مفيدة بل يرى في وعاء بحيث لا يمكن معرفة مقداره.

وقد تقدم فيما سبق أن الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة يجيزون أن

يكون الثمن غير معلوم المقدار تفصيلا وذلك إذا كان صبرة مشاهدا

بخلاف الملكية. ولكن هذا إنما هو إذا كان الثمن مشارا إليه بذاته فإنه يلزم

العقد ، ولا خيار فيه.

وأما إذا كان الثمن مشارا إليه ولكنه في وعاء مانع من معرفة المقدار ولو على سبيل التقريب كما لو كان في صندوق ، ثم رأى الثمن بعدئذ باديا دون وعاء كان له الخيار ، لأنه لم يعرف قبل مقداره من الخارج.

المطلب الخامس : خيار فوات الصفة : يعرف هذا الخيار بأنه : حق

المشتري في فسخ العقد لتخلف الصفة في العين الغائبة المبيعة على الصفة وهذا الخيار مشروع ، وأساس مشروعيته وثبوته هو : خيار العيب ، لأن فوات الوصف المرغوب كفوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر به عيبا ، فالمشتري إنما رضي بالمبيع لكونه على هذه الصفة ، وخيار الوصف على قسمين :

الأول / ما يثبت بشرط ، والضابط فيه : أن كل وصف لا يكون فيه غرر — احتمال العدم — فاشترطه صحيح ، وإذا ظهر المبيع خاليا عنه أوجب ذلك الخيار للمشتري.

أما الوصف الذي فيه غرر فلا يجوز اشتراطه كبيع البقرة على أنها تحلب مقدار كذا من الحليب ، ويقسم بعضهم هذا القسم إلى عدة أقسام ، فيقال :

إن اشتراط اتصاف المبيع بوصف ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

- ١ / ما يكون البيع معه صحيحا وانعدام الوصف فيه موجبا للخيار .
- ٢ / ما يكون البيع معه صحيحا وانعدام الوصف فيه غير موجب للخيار
- ٣ / ما يكون البيع معه فاسدا إذا ظهر البيع خاليا من الوصف.

الثاني / ما يثبت بلا شرط ، وذلك كما إذا اشترى شخص مالا فيه وصف مرغوب فيه فزال ذلك الوصف قبل تسليم ذلك المال إلى المشتري.

الفصل الثالث

التطبيقات المعاصرة

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: أوامر البيع في الأسواق المالية، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الأمر السوقي، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: صورة المسألة. يعتبر الأمر السوقي من أوامر البيع والشراء المستخدمة في الأسواق المالية، وصورة هذا الأمر: أن يطلب الأمر — المشتري أو البائع — وهو الموكل من وكيله وهو السمسار أن يبيع أو يشتري له عددا معينا من الأسهم بالسعر السائد في السوق بدون أن يحدد له سعرا، ويقوم السمسار بتحصيل أفضل الأسعار للموكل. فعند الأمر بالشراء يقوم السمسار بالشراء بأدنى الأسعار المعروضة في السوق. وعند الأمر بالبيع يقوم ببيعها بأعلى الأسعار المعروضة في السوق. فمدار هذا الأمر على تحصيل أفضل الأسعار بيعا وشراء للموكل

المسألة الثانية: موضع الجهالة في هذا العقد. يعتبر العلم بالثمن من شروط صحة العقد، وهنا في الأمر السوقي: الثمن غير معلوم لا للموكل ولا للسمسار فالوكالة هنا على البيع بثمن مجهول.

المسألة الثالثة: حكم هذا العقد. لا شك أن هذا العقد يشتمل على جهالة في ثمن البيع عند التوكيل، والذي يظهر أن الجهالة هنا راجعة إلى الوكالة

بالبائع والشراء من غير تسمية الثمن. وقد نص أهل العلم في باب الوكالة على أن الموكل إذا وكله وكالة مطلقة من غير تقدير الثمن فإن الوكيل ليس له أن يبيع إلا بثمن المثل.

وهذا هو قول الجمهور خلافاً لأبي حنيفة حيث فرق بين الشراء والبائع المعين ، وبين الوكالة على شراء شيء بعينه. فلم يجز في الثانية إلا بثمن المثل نقداً ، وأما الأول فيجوز بغير ثمن المثل ويجوز نسيئة .

فكلامهم في هذه المسألة دليل على جواز الوكالة في البيع مع جهالة الثمن. وأما الوكالة بالشراء من غير ذكر الثمن ، فقد اختلف أهل العلم في ذلك على قولين :

الأول / صحة التوكيل من غير تقدير الثمن : وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وقول عند الحنابلة اختاره القاضي وابن عقيل وابن قدامة.

واستدلوا بـ : أن التوكيل بالشراء إذن في التصرف فجاز من غير تقدير ثمن كالإذن في التجارة ، والموكل قد أقام الوكيل مقام نفسه ووثق فيه فلم يلزم أن يقدر له ثمن ما يشتريه.

القول الثاني : أن الوكالة لا تصح إلا بذكر الثمن ، وهذا مذهب الحنابلة. ولعل القول الراجح هو الأول ، لقوة تعليلهم. وعلى هذا فالأمر السوقي يباع وشراء جائز. مع أنه قد حدد له حداً موصوفاً وهو: البيع بأعلى سعر أو الشراء بأقل سعر. وهذا من الأوامر التي تؤول إلى علم مانع للمنازعة ، إذ

المرجع في ذلك إلى قيمة السوق ولو لم يعرف الموكل قيمتها حال التوكيل.

وأيضاً قد يقال بأن ثمن المثل هو منتهى رغبات المتعاملين في السوق ، ولذا فتحصيل أفضل الأسعار هي في الحقيقة تحصيل لثمن المثل أو قريب منه.

المطلب الثاني: الأمر بسعر الفتح والإقفال ، وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : صورة المسألة. أن يقوم الشخص الذي يرغب في شراء الأسهم — مثلاً — بتوكيل السمسار ببيعها بسعر الفتح أو بسعر الإقفال. والمقصود بسعر الفتح: السعر الذي تبلغه الورقة المالية المعينة عند افتتاح التعامل في السوق.

والمقصود بسعر الإقفال: السعر الذي يتحدد للورقة المالية المعينة في آخر جلسة التجول قبيل إقفال السوق.

المسألة الثانية : موضع الجهالة في هذا العقد. هذا العقد يتضمن توكيلاً بالبيع والشراء من غير تقدير للثمن. فالجهالة هنا في التوكيل مع عدم العلم بالثمن.

المسألة الثالثة: حكم هذا العقد. هذا العقد قريب من المسألة السابقة وهي الأمر السوقي ، إذ إن هذا العقد لم يتحدد فيه سعر البيع والشراء ، ولكن يختلف عنه بتحديد وقت الشراء وتقييده بزمن معين. والذي يظهر هو جواز هذا العقد. إذ إن مآله إلى العلم فالجهالة هنا غير مفضية للمنازعة المانعة من التسلم والتسليم.

إذ الجهالة هنا مآلها للعلم المانع للتزاع لأن الموكل والوكيل اتفقا على طريقة منضبطة للعلم بالثمن لا تؤدي إلى التزاع. ويكون هذا الضابط المنضبط هو الذي يقدر به الثمن.

والبيع بهذه الطريقة قريبة من البيع بما ينقطع به السعر ، وهو لا يؤدي إلى المنازعة ، بل هو أخرى بتحقيق العدل في الثمن من المساومة
المطلب الثالث : الأمر بسعر تقريبي ، وفيه ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : صورة المسألة. أن يقوم الراغب بالشراء أو البيع بتحديد سعر معين للوكيل مع تفويضه في البيع أو الشراء بسعر مقارب لذلك السعر حيث يمكنه البيع أو الشراء بسعر أدنى أو أعلى بقليل من السعر المحدد.

المسألة الثانية: موضع الجهالة في هذا العقد. هذا العقد هو وكالة بالبيع والشراء من غير تقدير للثمن ، ولكنه قد حدد فيه سعر تقريبي ، فالجهالة هنا في كون الثمن غير معلوم المقدار.

المسألة الثالثة : حكم هذا العقد.

إذا تقرر جواز الوكالة بالبيع أو الشراء من غير ذكر الثمن فهنا أولى لكون الثمن قريبا من السعر المحدد فالثمن تقريبي في هذا العقد. وقد نص بعض أهل العلم إلى جواز الوكالة إذا قدر له أكثر الثمن وأقله لأنه يقل الغرر.

المبحث الثاني / عقد مبادلة الأسهم، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: صورة المسألة. أن يتفق شخصان على أن يدفع أحدهما للآخر بعد وقت معين — كخمسة أشهر — معدل العائد على الأسهم المتداولة في سوق الكويت للأوراق المالية الذي يظهره مؤشر السوق ، على مبلغ متفق عليه.

وذلك مقابل أن يدفع له الطرف الآخر معدل العائد على الأسهم المتداولة في سوق الأسهم السعودي.

المطلب الثاني : موضع الجهالة في هذا العقد. نجد أن العائد الذي سيتم مبادلتة بين الطرفين مجهولاً. فالأول لا يدري كم عائد الأسهم المتداولة في السوق السعودي. والثاني لا يدري كم عائد الأسهم المتداولة في سوق الكويت.

المطلب الثالث : حكم هذا العقد. إذا نظرنا إلى هذا العقد نجد أنه قائم على عدة أمور:

- أن يدفع الأول للآخر مبلغاً معيناً من المال ويدفع الآخر مبلغاً معيناً من المال.
- تحديد مقدار المبلغ غير معلوم إذ المرجع في ذلك إلى الوقت المحدد لإجراء المبادلة.

ولذا فالعقد يشتمل على عدة مآخذ :

أولاً / العقد متضمن للربا .

ثانيا / يتضمن بيع الدين بالدين : لأنه عقد مؤجل فيه العوضان .
ثالثا / يشتمل العقد على الجهالة في المعقود عليه .

رابعا / القمار ، لأن المقصود من هذه العقود : الفرق بين معدلي العائد على الأسهم ، وأحد العاقدين غائما والآخر غارما.وعلى هذا فالعقد يعتبر من العقود المحرمة والله أعلم .

المبحث الثالث / ربط المدفوعات المؤجلة بمستوى الأسعار ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تتلخص فكرة الربط بمستوى الأسعار :
في أن المدفوعات المؤجلة يزيد بقدر ما يحصل من ارتفاع في مستوى الأسعار .

المطلب الثاني : موضع الجهالة في هذا العقد .
الربط بمستوى الأسعار من المعايير التي تتضمن غررا وجهالة في أثمان العقود المؤجلة ، إذ لا يعلم كم مقدار الدفع في الآجل ، وإن كان تم التعاقد على مبلغ معين ، ويربط ذلك بمستوى الأسعار فإن ارتفع ارتفع وكذلك إذا انخفض.ولكن العاقدان لا يعلمان ما يؤول إليه مقدار الثمن ، ففي الحقيقة :

إن الثمن غير معلوم وذلك بسبب ربطه بمعيار معين يتغير بتغيره .
المطلب الثالث / حكم هذا العقد :اختلف أهل العلم المعاصرون في حكم هذا العقد على ثلاثة أقوال :

القول الأول : جواز ربط المدفوعات المؤجلة بمستوى الأسعار سواء كان سببها دينا أو عقداً،

القول الثاني : عدم جواز ربط المدفوعات المؤجلة بمستوى الأسعار سواء كان سببها دينا أو عقداً ، وذهب إلى ذلك مجموعة من الباحثين منهم : الدكتور القرني والدكتور الضيرير ، وهذا ما أوصت به الحلقة العلمية التي نظمت في البنك الإسلامي للتنمية .

القول الثالث : التفصيل

فيحوز الربط القياسي بمستوى الأسعار في الأجور والرواتب دون القروض والديون ، وهذا ما انتهى إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام 1409 هـ ، ودورته الثامنة عام 1414 هـ .
واستدل أصحاب القول الأول بعدة أدلة منها:

- قول النبي صلى الله عليه وسلم لابن عمر حينما سأله عن أخذ الدراهم عن الدينار والعكس : " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء " . أخرجه أبو داود برقم 3354 ، والترمذي برقم 4582 ، وابن ماجه برقم 2262 ،
- أن العدل أصل واجب في جميع المعاملات وربط المدفوعات المؤجلة بمستوى الأسعار وسيلة لتحقيق ذلك .
- الأصل في المعاملات الإباحة ، ولا دليل على التحريم .

وعند النظر إلى الجهالة في هذا العقد فإنه يمكن القول بأنها تندفع بعدة أمور:

- أن الثمن معلوم للطرفين ابتداء ، وإنما الربط القياسي وسيلة لتثبيت القيمة الحقيقية للثمن.
- أن غاية ما في الأمر إضافة نسبة الربط في حال التضخم النقدي ، وهذه الزيادة ليست ثمنا جديدا.
- أن الجهالة تغتفر في حال الضرورة والحاجة ، فليس كل جهالة مبطله للعقد ، فقد تغتفر هذه الجهالة في العقد إزاء ما يندفع به عن الناس من ضرر بسبب اضطراب قيمة الأوراق النقدية وتذبذبها.
- على أنه لا يعني هذا جواز العقد ، وإنما المقصود مما سبق تأصيل حكم الجهالة وتأثيرها في العقد.

المبحث الرابع / ما يسمى بـ: (البوفيه المفتوح) ، وفيه ثلاثة مطالب:
المطلب الأول : صورة المسألة. أن يقوم المطعم بتقديم عرض عام للزبائن ، وذلك بتقديم وجبة للزبائن بمبلغ محدد مع عدم تحديد مقدار الأكل ، وكما يسميه البعض : " الأكل حتى الشبع ". فيقدم المطعم للزبائن قائمة من الأكلات الكثيرة المتنوعة وللعميل أن يأخذ من كل نوع من أنواع الأكل بالمقدار الذي يريد.

المطلب الثاني / موضع الجهالة في هذا العقد. يتضمن هذا العقد جهالة في مقدار المبيع ، إذ المبيع معلوم الجنس والنوع والصفة في الغالب ، ولكن

المقدار غير معلوم. وذلك راجع إلى اختلاف أحوال الناس فمن الناس من يأكل كثيرا ، ومنهم من أكله قليل ونحو ذلك. فالعقد متضمن لجهالة ما سياًكله العميل ، والعمل لا يدري مقدار ما سياًكله.

المطلب الثالث / حكم هذا العقد. اختلف أهل العلم المعاصرين في هذا العقد على قولين :

الأول : أن هذا العقد محرم ، ومن أشهر المعاصرين الذين ذهبوا إليه :
الشيخ صالح الفوزان

القول الثاني: الجواز : وذهب إلى ذلك الشيخ محمد بن عثيمين رحمه الله ويستدل لهذا القول بما يلي: أن الأصل في العقود الإباحة.

- إجماع أهل العلم على اغتفار اليسير من الجهالة .
- إجماع أهل العلم على جواز دخول الحمام بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم للماء ، وفي قدر مكثهم.
- أن الجهالة إنما تحرم إذا كانت كثيرة مفضية إلى المنازعة وهذه الجهالة هنا يسيرة مغتفرة غير مفضية إلى المنازعة.

والذي يظهر أن الراجح — والله أعلم — هو القول الثاني لقوة أدلته ، وضعف أدلة القول الأول لورود المناقشات عليها.

المبحث الخامس / البيع والتأجير بالوصف قبل البناء ، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول : صورة المسألة لها صورتان : الأولى بيع ، والثانية

إجارة. أما صورة البيع : أن تقوم الشركة العقارية بالإعلان عن بيع وحدة سكنية على أرض معينة ، وهذه الوحدة السكنية ليست مبنية وقت العقد وإنما موصوفة ، فيكون طريق العلم بهذه الوحدات السكنية هو الوصف . أما صورة الإجارة : فهي نفس الصورة السابقة ، ولكن يقوم العقد على استئجار الوحدة السكنية بعد انتهاء البناء.

المطلب الثاني : موضع الجهالة في هذا العقد : العقد مبني على الوصف ،

وعلى هذا فهل يقال إن نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالחס جهل مؤثر في البيع أو ليس بمؤثر .

المطلب الثالث / حكم هذا العقد:

سبق في المطلب الأول أن هذه المسألة لها صورتان ، بيع وإجارة.

فأما الصورة الأولى : فهذه الصورة قد يكون العلاقة فيها ثنائية : بائع ومشتري ، وقد تكون العلاقة فيها ثلاثية ، بأن يكون هناك طرف ثالث كالبنك — — .

والكلام هنا عن العلاقة الثنائية والتأمل في صورة هذا العقد يجد أنه قد تم التعاقد بناءً على وصف البناء المراد بيعه وصفاً منضبطاً.

وهذا الوصف سواء كان بالكلام وتوثيقه في العقود ، أو كان باستخدام طرق العرض الحديثة ، وذلك بما يسمى بمحاكاة الواقع بتقنية العرض ثلاثي الأبعاد ، فكل ذلك داخل في دائرة الوصف .

ونجد أيضا أن الأرض المراد بناء الوحدة السكنية عليها معينة ، وأما البناء فهو موصوف كما تقدم. وإذا تقرر ما سبق : فالذي يظهر للباحث : أن هذا العقد مشتمل على عقدين :

العقد الأول : بيع أرض .

العقد الثاني : استصناع البناء.

ويختلف حكم هذا العقد باختلاف طبيعة العقد وصيغته ، فإن كان العقدان منفصلان فالعقد جائز ، وذلك لخلوه من الموانع التي تمنع صحة البيع ، والأصل في المعاملات الإباحة.

وأما إن كان العقدان مرتبطان ببعضهما ، فإن حكم هذا العقد يتخرج على الخلاف في حكم العقدين في عقد ، والخلاف في هذا معروف . فمن أجاز العقدان في عقد أجاز هذا العقد ، ومن منعه منع هذا العقد .

وكذلك من أجاز كون العقدين بئمن واحد فإنه يجيز هذا العقد — بيع الأرض والاستصناع — إذا كان بئمن واحد.

وأما الصورة الثانية : وهي الإجارة . فالذي يظهر أنها إجارة موصوفة في الذمة ، وتبدأ مدة الإجارة منذ اكتمال البناء . وهي التي يسميها البعض بالسلم في المنافع.

وهذا لا إشكال فيه حتى عند الشافعية الذين لا يجيزون ألا تلي مدة الإجارة العقد ، وذلك لكونهم يجيزونها في المنفعة الموصوفة ولكن لا بد من قبض الأجرة في مجلس العقد ، وذلك لكون هذا العقد من قبيل السلم في المنافع كما سبق.

المبحث السادس / بيع الأسهم مع جهالة موجودات الشركة ، وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول : صورة المسألة. هناك بعض الإشكالات أوردتها بعض الباحثين على جواز بيع الأسهم وتداولها ، ومن هذه الإشكالات :

أن البائع والمشتري لأسهم الشركات في الغالب أنهما لا يعلمان تفاصيل ممتلكات الشركة ونشاطاتها ، ومن المقرر اشتراط كون المبيع معلوما برؤية أو صفة، وهذا غير متحقق في بيع الأسهم.

المطلب الثاني : موضع الجهالة. تتحقق الجهالة في بيع الأسهم مع عدم العلم بموجودات الشركة.

المطلب الثالث / حكم هذا العقد . قبل الدخول في حكم العقد لا بد من الإشارة إجمالاً إلى أقوال المعاصرين في تكييف السهم .

القول الأول / أن السهم حصة شائعة من موجودات الشركة أو رأس مالها ، وهذا عليه أغلب الباحثين .

القول الثاني / اعتبار السهم عرضاً وسلعة مستقلة .

القول الثالث / النظر إلى السهم مع مراعاة الشخصية الاعتبارية للشركة .

ولهذه الاتجاهات في تكييف السهم أثر في حكم هذه المسألة .

فعلى القولين الثاني والثالث لا إشكال في جهالة موجودات الشركة ، وذلك لكونها تابعة في العقد ، الشركة ليس المقصود منها موجوداتها الحالية ، وليست زيادتها أو نقصها بحسب ممتلكاتها وأقيامها الحاضرة ، وإنما المقصود منها أمر وراء ذلك وهو نجاحها ومستقبلها وقوة الأمر في إنتاجها والحصول على أرباحها المستمرة غالباً ، والمحرم كما سبق هو أن يكون المجهول معقوداً عليه أصالة .

وأما على القول الأول في تكييف السهم ، فلا بد من معرفة الموجودات لأن العقد إنما هو على السهم ، والذي يمثل هذه الموجودات في الشركة . والذي يظهر : أنه يلزم معرفة الشركة ونشاطاتها ، وذلك للتأكد من سلامة تعاملاتها . ويلزم معرفة ما يمكن للمساهم معرفته بلا حرج ولا مشقة ، وذلك من خلال الميزانية التي تنشرها الشركات ، ويغتنر في ذلك تفاصيل المعلومات ، إذ الجهالة فيها مغتفرة لأمر : أن العلم في كل شيء بحسبه .

- أن الجهالة هنا غير مفضية إلى المنازعة.
 - أن الجهالة اليسيرة في تفاصيل الأمور مغتفرة.
- وقد سئل مفتي الديار النجدية محمد بن إبراهيم رحمه الله عن حكم ذلك وأجاب إجابة مفصلة يحسن إثباتها كاملة: فقد ورد إلينا استفتاء عن هذه الشركات المساهمة " كشركة الكهرباء، والأسمنت، والغاز " ونحوها مما يشترك فيه المساهمون ثم يرغب بعضهم بيع شيء من سهامهم بمثل قيمتها أو أقل أو أكثر حسب نجاح تلك الشركة.
- والجواب : الكلام على هذا مبني على معرفة حكم عقد هذه الشركة ومساهمة الناس فيها ولا ريب في جواز ذلك، ولا نعلم أصلاً من أصول الشرع يمنعه وينافيه ، ولا أحد من العلماء نازع فيه ، إذا عرف هذا فإنه إذا كان للإنسان أسهم في أية شركة وأراد بيع أسهمه منها فلا مانع من بيعها بشرط معرفة الثمن، وأن يكون أصل ما فيه الاشتراك معلوماً ، وأن تكون أسهمه منها معلومة أيضاً . فإن قيل : إن فيها جهالة ، لعدم معرفة أعيان ممتلكات الشركة وصفاتها؟ فيقال : إن العلم في كل شيء بحسبه ، ولا بد أن يكون هناك معرفة عن حالة الشركة ونجاحها وأرباحها ، وهذا مما لا يتعذر علمه في الغالب ، ، ومن القواعد المقررة أن المشقة تجلب التيسير ، وقد صرح الفقهاء — رحمهم الله — باغتفار الجهالة في مسائل معروفة في أبواب متفرقة مثل جهالة أساس الحيطان ، وغير ذلك" .هـ —
- مجموع فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم 42 / 7 ،

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث
المحكوم به من قولي المتعاقدين في المعاملات

إعداد الطالب:
عبدالرحمن بن محمد عبده حمزي

إشراف
فضيلة الشيخ د. خالد محمد العجلان
العام 1430/1429هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم 98 A4
البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم 81 A4
البحث بعد التلخيص بحجم 22 A4

إعداد
لجنة ملخصات الأبحاث القضائية
بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

التمهيد وفيه مبحثان

* المبحث الأول: المقصود بالعقد، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف العقد

العقد: في اللغة: الربط والشد والضمان والعهد

وفي الاصطلاح يطلق العقد على معنيين:

المعنى العام: وهو كل ما يعقده (يعزمه) الشخص أن يفعله هو، أو

يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه.

أما المعنى الخاص فهو أن يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره

الشرعي في الحل

ويجدر بي أن أشير أيضاً إلى أركان العقد حيث أنه قد حصل خلاف في

ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن أركان العقد كلها ثلاثة وهي:

الصيغة، العاقدان، الحل.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن ركن العقد هو الصيغة فقط.

والراجح هو القول الأول؛ لأنه أدعى إلى ضبط العقد وإزالة الجهالة والله أعلم.

وبناء على ما رجحته أن العاقدين من أركان العقد أذكر تعريف

العاقد أو العاقدين.

تعريف العاقد: هو كل من يتولى العقد إما أصالة كأن يبيع أو

يشترى لنفسه أو وكالة كأن يعقد نيابة عن الخير بتفويض منه في حياته،

أو وصاية كمن يتصرف خلافة عن الغير في شئون صغاره بعد وفاته بإذن منه أو من قبل الحاكم.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في العاقد: حتى ينعقد العقد صحيحاً نافذاً يشترط في عاقد ما يلي:

أولاً: الأهلية: المراد بالأهلية: هو أن يكون العاقد أهلاً للتصرف وهو البالغ الرشيد فلا يصح من صغير

ثانياً: الولاية: في اللغة: مأخوذة من الولي بمعنى القرب، والولاية النصرة.

وفي الاصطلاح: تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو لا

ثالثاً: الرضا والاختيار:

اتفق الفقهاء على أن الرضا أساس العقود قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا سورة النساء الآية: (29).

المبحث الثاني المحكوم به، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف المحكوم به. عبر بعض الأصوليين بالمحكوم فيه؛

لأن الفعل هو المحكوم فيه بالوجوب أو بالمنع مثلاً، وعبر بعضهم بالمحكوم به؛ لأن فعل المكلف يوصف بأنه مأمور به أو منهي عنه مثلاً.

والذي أرجحه هو المحكوم به لأن فعل المكلف يوصف بأنه مأمور به أو وصني عنه.

فالمحكوم به : هو فعل المكلف الذي تعلق به حكم الشارع اقتضاء

أو تخيير أو وضعاً.

والمحكوم به في الفعل التكليفي: لا يكون إلا فعلاً مقدوراً للمكلف دائماً من أول الأمر، بأن يكون واجباً أو حراماً أو مندوباً أو مباحاً. وأما في الحكم الوضعي: فقد يكون فعلاً للمكلف، وقد لا يكون فعلاً له، ولكنه يؤول إلى فعله.

المطلب الثاني: أقسام المحكوم به: «قسم الحنفية فعل المكلف الذي تعلق به حكم الله تعالى إلى أربعة أقسام: ما هو حق خالص لله، وما هو حق خالص للعبد، وما اجتمع فيه حقان. وحق الله غالب، وما اجتمع فيه حقان وحق العبد غالب.

المراد بحق الله: ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى.

المراد بحق العبد: ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير.

القسم الأول: ما هو حق خالص لله تعالى وحكم هذا القسم أنه ليس للإنسان التنازل عنه، أو التهاون في إقامته وينقسم إلى ثمانية أنواع بالاستقراء.

- 1 — عبادات محضة: كالإيمان وأركان الإسلام الخمسة.
- 2 — عبادة فيها معنى المؤونة: كصدقة الفطر.
- 3 — مؤونة فيها معنى العبادة: كالعشر أو نصفه فيما تنبتة الأرض من زرع أو ثمر.
- 4 — مؤونة فيها معنى العقوبة: كالخراج.

- 5 — عقوبة كاملة: كحد الزاني والسارقة وشرب الخمر.
- 6 — عقوبة قاصرة: كحرمان القاتل من ميراث المقتول.
- 7 — عقوبة فيها معنى العبادة: وهي الحقوق الدائرة بين العبادات والعقوبات كالكفارات مثل كفارة اليمين وكفارة الظهار.
- 8 — حق قائم بنفسه: كخمس الغنائم والمعادن والكنوز.

القسم الثاني: وهو حقوق العباد: وحكم هذا القسم أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه أو استيفاءه مثل بدل المتلفات، وملك المبيع والثلث.

القسم الثالث: وهو ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب: وهو حد القذف على خلاف في ذلك فلا يسقط بعبث المقذوف ويفوض استيفاءه إلى ولي الأمر.

القسم الرابع: وهو ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب: وهو القصاص من القاتل عمداً عدواناً. ولما كان حق الشخص هو الغالب، فلا يقتص من القاتل إلا بطلب ولي القتل، وله أن يتنازل عن القصاص أو يعتاض عنه بالمال ولولي الأمر تفويض استيفاء القصاص تحت إشرافه إلى ولي الدم».

وقد اختلف الفقهاء في التمييز بين المدعي والمدعى عليه: التعريف المختار وهو ل أن المدعي، من يدعي خلاف الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، ويمكن أن نطلق على هذه الحالات التي تقوي جانب المدعى عليه بالمرجحاة الأولية.

المرجحات الأولية:

المرجح الأول: الأصل. والمراد به هنا: هو ما أدرك بالعقل والحس، أي بدون حاجة إلى دليل وبرهان فمن تمسك بأصل من الأصول فلا يكلف بالإثبات ويقبل قوله مع يمينه ويكون هو المدعى عليه.

والأمثلة على ذلك كثير: — الأصل في الدين براءة الذمة: فمن ادعى على آخر ديناً فأنكر المطلوب كان المنكر هو المدعى عليه، ويعتبر قوله بيمينه لموافقة الأصل، وعلى المدعي أن يثبت الدين، لأنه خالف الأصل.

المرجح الثاني: العرف. هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول.

أمثله: الحيازة: من حاز شيئاً مدة تكون الحيازة بها معتبرة، والمدعي حاضر وليس له عذر في سكوته ثم يدعي على الحائز، كان القول قول الحائز مع يمينه؛ لأن الظاهر يؤكد جانبه ويقوى حيازته.

المرجح الثالث: الاستصحاب: هو عبارة عن أبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير. فإذا ثبت النكاح والملك والحق في حال سابقة وجب على الحاكم أن يحكم باستصحاب الحال وبقاءه على ما كان.

المرجح الرابع: المعهود الشرعي: وهو ما يعبر عنه القضاء بعبارتهم القول لمن؟

والأمثلة على ذلك: — الأمين مصدق، فيقبل قول الأمانة كالوصي

والولي والمتقط والوديع لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت
مصالحهم، ويصعب عليهم حفظها.

الفصل الأول

المحكوم به من قولي المتعاقدين في المعاوضات

المبحث الأول: المحكوم به من قولي المتعاقدين في البيع، وفيه خمس مطالب:

المطلب الأول: إن اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري.

«إن اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي أيهما يقبل قوله روايتان» أي أنه إذا اشترى شخص سلعة وبعد أن تم البيع ظهر بهذه السلعة عيب واختلفا في وقت حدوث هذا العيب هل حدث عند البائع قبل العقد أو حدث عند المشتري بعد العقد ففي ذلك روايتان: إحداهما: يقبل قول المشتري.

والرواية الثانية: يقبل قول البائع ونص على ذلك أحمد واختارها القاضي وأبو الخطاب.

وفي نظري أن الرواية الثانية هي الأرجح لموافقته النصوص. والله أعلم. وإذا قلنا القول قول المشتري فمع يمينه يكون على البت أي على القطع. وإن قلنا القول قول البائع فمع يمينه وهي على حسب جوابه وتكون على البت على الصحيح من مذهب الحنابلة إلا أن لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين، وهو مذهب الحنابلة وعليه جماهير الأصحاب

وأكثرهم قطع به.

تنبيه: محل الخلاف في أصل المسألة إن لم يخرج عن يده فإن خرج عن يده إلى يد غيره لم يجز للمشتري رده.

المطلب الثاني: لو ادعى البائع غلطا وأن الثمن أكثر مما أخبره به: «لو ادعى البائع غلطا وأن الثمن أكثر مما أخبره به لم يقبل قوله إلا بينه مطلقاً»

وعن أحمد يقبل قوله مطلقاً مع يمينه اختاره القاضي، وعنه يقبل قوله إن كان معروفاً بالصدق وإلا فلا، وعنه لا يقبل قوله وإن أقام بينة حتى يصدقه المشتري. فإن لم يكن للبائع بينة أو كانت له وقلنا لا يقبل فادعى أن المشتري يعلم أنه غلط وأنكر المشتري ذلك فالقول قوله بلا يمين على الصحيح من المذهب اختاره القاضي. والصحيح أن عليه اليمين لأنه لا يعلم ذلك.

المطلب الثالث: لو باعه نخلاً حائلاً فأطلعت أو شجراً فأثمرت فادعى الرجوع قبل التأبير وأنكر المفلس: «باعه نخلاً حائلاً فأطلعت أو شجراً فأثمرت، فأفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر فليس له الرجوع فيه» كما لو أفلس بعد التأبير فلو ادعى الرجوع قبل التأبير وأنكر المفلس فالقول قوله ، وإن قال البائع بعث بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع فإن شهد الغرماء للمفلس لم تسمع شهادتهما لأنهم يجرون إلى أنفسهم نفعاً وإن شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم العلة، وإن صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل إقراره لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل إقراره كما لو أقر

بالتخيل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأبير بخلاف ما لو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لأن اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقاً ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لأن الأيمان لا تدخلها النيابة. فأشبهه سائر أعيان ماله ويحلفون على نفي العلم لأنه يمين على نفي الدين عن الميت ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالقول قولهم وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك.

المطلب الرابع: إذا باع شيئاً واختلفا في ثمنه تحالفاً: ويمكن أن أقول أن الكلام في هذه المسألة على ثلاثة أقسام: القسم الأول: أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولأحدهما بينة حكم بها. وإن لم يكن لهما بينة تحالفاً.

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وعن أحمد القول قول المشتري مع يمينه. لأن البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر. وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان البيع، وحكاه ابن المنذر وروى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» أخرجه أبو داود (255/2)، قال الألباني: صحيح إرواء الغليل: ج/5، رقم: 1322، كما أخرجه ابن ماجه (737/2).. رواه ابن ماجه وغيرهما.

والمشهور في المذهب الحنبلي الأول ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به. وإن أبي حلف أيضاً وفسخ البيع بينهما لأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا» قال الحافظ ابن حجر: أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث: التلخيص الحبير ج/3، ص31

القسم الثاني: أن المبتدئ باليمين البائع فيحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين، فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين، وإنما اشتريته بعشرة وبهذا قال الشافعي وهذا القول الأول.

القول الثاني: وقال أبو حنيفة يبتدئ باليمين المشتري لأنه منكر.

دليل القول الأول: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «فالقول ما قال البائع» وفي لفظ: «فالقول ما قال البائع والمشتري بالخيار» قال الألباني: صحيح، إرواء الغليل ج/5، رقم الحديث: 1322. رواه الإمام أحمد. ولأن البائع أقوى جنبه. لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه فكان أقوى كصاحب اليد.

القسم الثالث: أنه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه وإن نكل البائع حلف المشتري وقضى له وإن حلفا جميعاً لم يفسخ البيع بنفس التحالف. لأنه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه كما لو

أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه لكن إن رضي أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ. هذا ظاهر كلام أحمد وهو القول الأول.

ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم. وهو ظاهر مذهب الشافعي وهو القول الثاني. لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه في الحكم فأشبهه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما.

دليل القول الأول: قول النبي صلى الله عليه وسلم : أو يترادان البيع سبق تخريجه وظاهره استقلالهما.

ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة، فأشبهه الرد بالعيب، ولا يشبهه النكاح؛ لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق.

المطلب الخامس: إذا كان البائع قد مات واختلف ورثة المشتري في الثمن: ومعنى ذلك أنه إذا كان البائع قد مات والمشتري قد مات واختلف الورثة في الثمن فالقول قول ورثة البائع، فإذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبائع وإن كان المشتري قد قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ورواية عن أحمد.

وعند محمد بن الحسن يتحالفان ويترادان وعند الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك وأحمد يتحالفان

وإن كان السلعة مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى

القول قول ورثة المشتري

وعند محمد بن الحسن — رحمه الله — يتحالفان ويترادان فإن كانت السلعة مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لا يتحالفان. وعند محمد بن الحسن — رحمه الله — يتحالفان. وإن لم تكن مقبوضة يتحالفان بالإجماع.

والصحيح في نظري ينبغي التفريق بين ما إذا كانت السلعة قائمة وبين ما إذا كانت السلعة تالفة: فإذا كانت السلعة قائمة فالقول قول البائع ووجه ذلك عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه فالقول قول البائع، أو يترادان البيع» سبق تخريجه.

أما إذا كانت السلعة تالفة تحالفاً: ووجه ذلك عموم ما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار» رواه الإمام أحمد في المسند ج/7، ص445، قال الشيخ الألباني: صحيح في كتاب صحيح وضعيف الجامع الصغير حديث رقم: 288.

المبحث الثاني المحكوم به من قولي المتعاقدين في الخيار وفيه مطلبان:
 المطلب الأول: إذا رأى متاعاً مطوياً ولم يقسمه ولم ينشره فاشتراه
 على ذلك فلا خيار له إلا أن يكون قد تغير عن الحال الذي
 رآه. وهذا يعني أن المشتري إذا اشترى شيئاً بعد رؤية جزء منه ورؤية
 هذا الجزء فتكفي عن رؤية الباقي وهذا إذا لم يكن في طي الثوب ما هو
 المقصود فإن كان في طي الثوب ما هو مقصود كالعلم لم يسقط خياره ما
 لم ير ذلك الموضع يعني موضع العلم.
 ولو كان رآه قبل الشراء ثم اشتراه فلا خيار له إلا أن يكون قد تغير عن
 الحال الذي رآه عليه وإن ادعى المشتري التغير فالقول قول البائع مع يمينه
 عند أبي حنيفة لإنكاره وعلى المشتري البينة وهذا إذا كانت المدة قريبة
 يعلم أنه لا يتغير في مثل تلك المدة فأما إذا تطاولت المدة فالقول قول
 المشتري.

وعند أحمد إن اختلفا في التغير وكانت المدة قريبة يعلم أنه لا يتغير في مثل تلك
 المدة فالقول قول المشتري مع يمينه، لأن يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به.
 المطلب الثاني: لو قال إن قدم فلان فاختاري فقالت بعد قدومه بأيام لم
 أعلم إلا الساعة ولي الخيار: فالقول قولها مع يمينها؛ لأنها تتمسك بالأصل
 وهو عدم العلم بالقدوم ولأن الزوج يدعي عليها ما يسقط خيارها بعد ما
 عرف ثبوته لها وهي تنكر ذلك فالقول قولها مع يمينها ولكن لو لم تختَر
 نفسها في ذلك المجلس حتى خاصمت فيه الزوج وذهبت إلى القاضي فلا

خيار لها لقيامها عن المجلس بعد ما علمت بالقدوم فهو كما لو أقامها الزوج، وإذا خيرها في مجلسها فقالت بعد القيام منه قد كنت اخترت نفسي فيه لم تصدق على ذلك إذا كذبا الزوج فإذا أقامت البينة على ذلك كان الثابت بالبينة كالثابت بتصديق الخصم فيفرق بينهما وإن لم يكن لها بينة فالقول قول الزوج مع يمينه على علمه لأنه يستحلف على فعل غيره وهذا قول الحنفية.

وقد ذكر الدكتور محمد الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات: فمن تمسك بأصل من الأصول فلا يكلف بالإثبات ويقبل قوله مع يمينه ويكون هو المدعى عليه. فيكون هنا القول قول الزوجة مع يمينها لأنها تتمسك بالأصل وهو عدم العلم بالقدوم.

المبحث الثالث المحكوم به من قولي المتعاقدين في السلم، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إذا تشارك السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا في رأس المال

المطلب الأول: إذا تشارك السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا في رأس المال: فالقول قول المطلوب مع يمينه؛ لأنه يثبت الزيادة ببيئته والمطلوب ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وهذا قول الحنفية ولا يتحالفان بخلاف بيع العين فإنهما إذا اختلفا هناك في الثمن بعد الإقالة تحالفوا وهذا لأن المقصود بالتحالف الفسخ والإقالة كالبيع في احتمال الفسخ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الإقالة قبل الرد تنفسخ الإقالة.

المطلب الثاني: إذا اختلف المسلم والمسلم إليه، وفيه فرعان:

الفرع الأول: إذا أسلم الرجل عشرة دراهم إلى رجل في طعامه فوجد فيها درهماً زائفاً بعد ما افترقا. فالقول قول المسلم إليه مع يمينه؛ لأنه ينكر استيفاء حقه لأن حقه في الجياد وهذا بخلاف بيع العين فإن هناك المشتري إذا طعن بعيب وأنكر البائع أن يكون ما أحضره هو المبيع فالقول قول البائع وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن إذا كان زائفاً يستبدله إذا أقر به، وهذا إذا لم يسبق منه إقرار باستيفاء الجياد أو باستيفاء حقه أو باستيفاء رأس المال بأن كان ساكتاً أو أقر بقبض الدراهم فاسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف فأما إذا أقر بشيء مما ذكرنا كان هو في دعوى الزيادة بعد ذلك مناقضاً فلا يقبل قوله.

الفرع الثاني: إذا قال رجل لرجل أسلمت إلى عشرة دراهم في كره حنطة ثم قال بعد ما سكت ولكني لم أقبض الدراهم منك وقال رب السلم بل قبضتهما. فالقول قول رب السلم استحساناً وفي القياس القول قول المسلم إليه، وهو الصحيح في نظري لموافقته لقواعد وأصول التداعي — والله أعلم —، وكذلك لو كان رأس المال ثوباً وجه القياس أن السلم اسم للعقد وإقراره لا يكون إقراراً بالقبض كالبيع فإنه إذا قال ابتعت منك كذا ثم قال لم أقبض كان القول قوله في ذلك لأنه منكر للقبض والآخر يدعى عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم

المبحث الرابع المحكوم به من قولي المتعاقدين في الصلح وفيه مطلبان:
المطلب الأول: لو ادعى رجلاً على رجل دعوى فصالحه منها على شيء
بعد ما أقر له بدعواه غير أن ذلك غير معلوم بيينة تقوم عليه.

المطلب الأول: لو ادعى رجل على رجل دعوى فصالحه منها على شيء
بعد ما أقر له بدعواه غير أن ذلك غير معلوم بيينة تقوم عليه: فالقول قوله
مع يمينه ويكون خصماً له في هذه الأرض الذي أدعاها المصالح وهذا
مذهب الشافعية. وأصل قول الشافعي أنهما إذا اختلفا في الصلح تحالفا وكانا
على أصل خصومتها مثل البيع سواء إذا اختلفا تحالفا ولم يكن بينهما بيع بعد
الأيمن، وهذا هو الصحيح في نظري لأنه موافق لقواعد وأصول التداعي والله
أعلم.

المطلب الثاني: إذا ادعى رجل دار في يد رجل فأقر له بها ثم جحده ثم
صالحه: فالصلح جائز والقول قول المصالح الآخذ لثمن الدار إن أنكر أنه
أقر له بالدار وهذا مذهب الحنفية والشافعية، ولا يضره الجحد لأنها ثبتت
له بالإقرار الأول إذا تصادقا أو قامت بيينة بالإقرار الأول فإن أنكر المصالح
الآخذ لثمن الدار أن يكون أقر له بالدار وقال إنما صالحته على الجحد
فالقول قوله مع يمينه والصلح مردود وهما على خصومتها الأولى التي في
دعوى الدار.

المبحث الخامس المحكوم به من قولي المتعاقدين في الإجارة وفيه ثلاثة
مطالب:

المطلب الأول: إذا اختلفا المرزعة والمسترضع .

المطلب الأول: إذا اختلفا المرزعة والمسترضع :

فالقول قولها بيمينها لأنها مؤتمنة وهذا قول الحنابلة.

المطلب الثاني: إذا دفع لجاماً أو حرزاً إلى رجل ليموهه له بفضة وزناً

معلوماً: فالقول قول رب اللجام مع يمينه لأن الصانع يدعي زيادة فيما

أقرضه وهو ينكر ذلك ويحلف على عمله لأنه استحلاف على فعل الغير؛

لأن رب اللجام ينكر الزيادة والقول قول المنكر وهذا قول أبي حنيفة.

المطلب الثالث: إذا اختلف رب الثوب والحائك في الشرط: فالقول قول

الحائك نص عليه أحمد وعلى رب الثوب البينة أنه خالف شرطه وعند أبي

حنيفة القول قول رب الثوب لأن الإذن مستفاد من جهته فالقول قوله في

صفته، واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: له قولان كالقولين

السابقين. ومنهم من قال: له قول ثالث أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان

في الثمن.

والراجح والله أعلم: أن القول قول رب الثوب لأنهما اختلفا في صفة إذنه؛

والقول قوله في أصل الإذن فكذلك في صفته، ولأن الأصل عدم الإذن في

المختلف فيه فالقول قول من ينفيه .

المبحث السادس المحكوم به من قولي المتعاقدين في الشفعة، وفيه مطلبان:
المطلب الأول: إذا اشترى الرجل داراً وقبضها ونقد الثمن، وفيه
فرعان:

الفرع الأول: إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن. فالقول قول
المشتري مع يمينه، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ومالك وأحمد؛ لأن
الشفيع يتملك الدار على المشتري كما أن المشتري يتملكها على البائع،
فكان القول قول المشتري لأمرين: أحدهما: أنه مباشر للعقد فكان أعلم
به من غيره، الثاني: أنه مالك للشفيع فلم ينتزع منه إلا بقوله.

الفرع الثاني: إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن: فالقول قول البائع
وهذا قول أبي حنيفة ومالك وأحمد، كما قال صلى الله عليه وسلم: «إذا
اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع» سبق تخريجه
وعند الشافعي يتحالفان فكذلك المشتري مع الشفيع.

والصحيح أن القول قول البائع وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد لقوة ما
استدلوا به وهو الحديث السابق، والله أعلم.

المطلب الثاني: إذا شهد البائعان على المشتري أن الشفيع قد طلب الشفعة
حين علم بالشراء: فالقول قوله مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي،
وأحمد؛ لأن علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخاً سابقاً فيه أن يثبته
بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فإن شهد البائعان أنه علم
منذ أيام فشهادتهما باطلة إن كانت الدار في أيديهما أو في يد المشتري لأن

هذا في المعنى شهادة على الشفيح بتسليم الشفعة.

المبحث السابع: المحكوم به من قولي المتعاقدين في الغصب، وفيه مطلبان:
المطلب الأول: إذا قال الرجل لآخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ما غصبتكها ولكن غصبتك الظهارة. فالقول قول الغاصب مع يمينه لإنكاره ما ادعى عليه به الرجل وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» أخرجه البيهقي ج/15، ص471، قال الألباني صحيح. إرواء الغليل ج/6، حديث رقم: 1938. وفي رواية «على المدعى عليه» أخرجه ابن ماجه ج/2، ص778، قال الألباني صحيح. صحيح وضعيف الجامع الصغير رقم الحديث: 2897.
المطلب الثاني: إذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهلكه الغاصب: فالبينة تكون بينة رب الثوب لما فيها من زيادة الإثبات والقول قول الغاصب مع يمينه. وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق، ولأن الأصل براءة ذمته وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد إذا لم يكن لرب الثوب بينة لإنكاره الزيادة وإن أقام الغاصب بينة أن قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت إلى بينته ولا يسقط اليمين بها عنه لأن هذا القدر من القيمة ثابت باتفاقهما وإنما يدعي رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود لم يتعرضوا لتلك الشهادة أو نفوا تلك الزيادة والشهادة على النفي لا تكون مقبولة فلهذا كان لرب الثوب أن يحلف الغاصب على دعواه.

فإن شهد لرب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر على إقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما بذلك لأنهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما إلا بشهادة شاهدين وإن لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تحلف الغاصب على ذلك فليس له ذلك لأن الشرع جعل اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقاً على المرء شرعاً فليس له أن يحوله إلى غيره.

الفصل الثاني

المحكوم به من قولي المتعاقدين في التبرعات

المبحث الأول: المحكوم به من قولي المتعاقدين في اللقطة وفيه مطلبان:
المطلب الأول: لو هلكت اللقطة عند الملتقط: إن كان حين أخذها قال
أخذتها لأردّها على مالكها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان عليه
لأنه مأذون في أخذها للرد على المالك. وإن كان أخذها لنفسه وأقر بذلك
فهو ضامن لها لأنه ممنوع من أخذها فكان متعدياً في هذا الأخذ فيكون
ضامناً كالغاصب، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما
أخذت حتى تؤديه» سنن الترمذي، ج/3، ص566. قال الشيخ الألباني: ضعيف إرواء
الغليل ج/5، حديث رقم 1517.

وإن لم يكن أشهد عند الالتقاط ولكنه ادعى أنه أخذها للرد ويدعي
صاحبها أنه أخذها لنفسه فقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله
القول قول صاحبها والملتقط ضامن وعند أحمد وأبي يوسف رحمهما الله
القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين: أحدهما أن مطلق فعل المسلم محمول
على ما يحل شرعاً قال عمر بن الخطاب: «لا تظن بكلمة خرجت من في
أخيك سوءاً وأنت تجد لها في الخير محملاً» أمالي الخامل ج/1، ص466.

والثاني: أن صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته
وهو منكر لذلك فالقول قوله هذا إذا وجدها في موضع يتمكن من

الإشهاد فإن لم يكن متمكناً من الإشهاد لعدم من يشهد أو لخوفه على أن يأخذ منه ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه.
والراجح والله أعلم أنها إذا هلكت في حول التعريف من غير تعد فلا ضمان فيها والقول قول الملتقط لأنه مؤذون له فيهما.
المطلب الثاني: إذا كان المدعى مملوك من لقيط أو مجهول نسب إلى بالغ عاقل فأنكر: فالقول قوله أنه حر، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي وأحمد (فإن كان الملتقط) بفتح القاف. قد تصرف قبل ذلك أي قبل أن يحكم به لمدعي رقه بيينة (بيع أو شراء أو هبة) ونحوها نقضت تصرفاته

الفصل الثالث

المحكوم به من قولي المتعاقدين في التوثيقات

المبحث الأول: المحكوم به من قولي المتعاقدين في الضمان وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: لو ضمن شخص شخصاً وقال الضامن كان الضمان قبل بلوغي وقال خصمه وهو المضمون له بل كان الضمان بعده. فالقول قول المضمون له وهذا قول أحمد؛ لأنه يدعي سلامة العقد وهي الأصل، وعند الشافعي القول قول الضامن لأن الأصل عدم البلوغ. ومثله في الخيار في البيع فيما إذا ادعى أحد المتبايعين ما يفسد العقد وأنكره الآخر القول قول المنكر.

المطلب الثاني: الاختلاف بين الضامن والمضمون له في أصل الضمان: إذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له. «لأنه ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه، فكان القول قول المنكر، وله مطالبة من شاء منهما.

فإن رجع على المضمون عنه. فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه نظرنا؟. فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه. وإن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لأنه أذن له في القضاء.

المطلب الثالث: اختلاف الضامن والمضمون عنه في الإذن بالضمان:
«إذا قضى الضامن الدين بإذن المضمون عنه رجع عليه لأنه قضى دينه
بإذنه»، وإن ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه معتقداً للرجوع ففيه
روايتان إحداهما: يرجع أيضاً لأنه قضاء مبرئ من دين واجب لم يتبرع به
فكان على من هو عليه كما لو قضاه الحاكم عند امتناعه والثانية: لا
يرجع لأنه تبرع فلم يرجع به كما لو بنى داره أو أعلف دابته بغير إذنه فإن
اختلفا في الإذن فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمه .

المبحث الثاني المحكوم به من قولي المتعاقدين في الرهن : وفيه ثلاثة مطالب :
المطلب الأول: إذا باع العدل الرهن ياذنهما وقبض الثمن فتلف في يده.
من غير تعد فلا ضمان عليه والقول قوله؛ لأنه أمين. وبهذا قال الشافعي،
وأحمد، وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن لأن البيع لأجله، وقال
الشافعي وأحمد إنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في
قبضه. فإذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمانة وإن ادعى التلف
فالقول قوله مع يمينه.

المطلب الثاني: إذا كانت جارية فأولدها الراهن فاختلغا في الإذن بالوطء:
فالقول قول من ينكره وهذا قول أحمد، والشافعي، وإن أقر المرتهن بالإذن
وأنكر كون الولد من الوطاء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول
قول الراهن بأربعة شروط أحدها: أن يعترف المرتهن بالإذن والثاني: أن
يعترف بالوطء والثالث: أن يعترف بالولادة والرابع: أن يعترف بمضي مدة
بعد الوطاء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره ويكون القول
قول الراهن بغير يمين لأننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع فإن أنكر شرطاً
من هذه الشروط فقال لم أذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمض
مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت أو قال ليس هذا ولدها وإنما استعارته
فالقول قوله وهذا مذهب الشافعي وأحمد.

المطلب الثالث: إن اختلفا في قيمة الرهن: فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه
غارم ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به والقول قول المنكر،

ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لو يعطي الناس بدعواهم لادعى
ناس دماء رجال وأمواهم ولكن اليمين على المدعى عليه صحيح مسلم،
ج/5، ص128. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد.

الفصل الرابع

المحكوم به من قولي المتعاقدين في الشركات

المبحث الأول: المحكوم به من قولي المتعاقدين في الشركة : وفيه مطلبان:
المطلب الأول: إذا قال أحدهما قد اشتريت متاعاً فهلك مني طالب
شريكه بنصف ثمنه لم يصدق على شريكه بذلك القدر، وفيه فرعان:
الفرع الأول: إذا أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى هلاك المتاع.
لم يصدق على شريكه بذلك القدر بخلاف ما إذا كان الثمن مدفوعاً إليه
لأن الوكيل أمين فيقبل قوله في براءته عن الضمان ولا يقبل قوله في إلزام
الدين لنفسه في ذمة الموكل ولكن إذا دخل في ملكه ظاهراً مثل ما لزمه
صح إلزامه إياه وذلك بمباشرة الشراء لا بإقراره فكذلك هنا كل واحد
منهما في مباشرة الشراء يلزمه ذمة صاحبه مثل ما يدخله في ملكه ظاهراً
فأما في الإقرار لا يدخل شيئاً في ملك شريكه ظاهراً فلا يصدق في إلزام
شيء في ذمته. والقول قول الشريك لإنكاره بعد أن يحلف وإنما يحلف على
العلم والحلف على فعل الغير يكون على العلم كما أشار إليه رسول الله
صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة (يحلف لكم اليهود خمسين يميناً
بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً) صحيح مسلم. باب القسامة ج/5، ص98..
وإن أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى هلاك المتاع فالقول قوله مع
يمينه على الهلاك.

الفرع الثاني: إذا اشترى متاعاً وقبضه ثم قبضه أحدهما لبيعه وقال قد هلك : فهو مصدق والقول قوله مع يمينه؛ لأنه وكيل بالبيع في نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فالقول في هلاكه قوله مع يمينه. المطلب الثاني: إذا اشترى شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما متاعاً فقال الذي لم يشتره هو من شركتنا وقال المشتري هو لي: وإذا اشترى شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما متاعاً فقال الشريك الذي لم يشتره هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة وإنما اشتريته بمالي لنفسي قبل الشركة فالقول قول المشتري لأن الظاهر شاهد له والأصل أن يكون كل أحد عاملاً لنفسه ما لم يقد دليل على عمله لغيره فكان القول قول المنكر مع يمينه بالله ما هو من شركتنا.

الفصل الخامس

المحكوم به من قولي المتعاقدين في الأمانات

المبحث الأول: المحكوم به من قولي المتعاقدين في الوكالة: وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: إذا ادعى المطلوب أن الطالب قد استوفى دينه أو أبرأ المطلوب منه (الوكيل يقبض الدين). فإنه لا يقبل قوله، ويقال له ادفع المال إلى الوكيل وأنت على خصومتك في استحلاف الموكل إذا حضر. والوكيل إن أقام بذلك بينة وجب الدفع إليه، وإن لم يقم بينة لم يلزمه دفعها إليه سواء صدقه في أنه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وأحمد.

وقال أبو حنيفة إن صدقه لزمه وفاء الدين. وإذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ست أحوال: أحدها: أن يختلفا في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل. فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول مالك، وأحمد؛ لأنه أمين، وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه. إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالحرقيق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك. وهذا قول الشافعي وأحمد لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه.

الحال الثانية: أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله ، فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه لأنه أمين، ولأنه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر، وهذا قول الشافعي، وأحمد، وقال مالك القول قول الموكل.

الحال الثالثة: أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بعث الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض أو يقول بعث ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل. وهو قول أصحاب الرأي وأحمد ، ويحتمل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي؛ لأنه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه.

الحال الرابعة: أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل لأنه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالمودع، وإن كان بجعل ففهي وجهان عند أحمد أحدهما: أن القول قوله لأنه وكيل فكان القول قوله.

والثاني: لا يقبل قوله؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها.

الحال الخامسة: إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكتني فأنكر الموكل، فالقول قول الموكل ولو قال وكتتك ودفعت إليك مالاً؛ فأنكر الوكيل فلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه. فالقول قوله لذلك ولو قال رجل لآخر وكتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت

المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف، وقال الشافعي يستحلف.

الحال السادس: أن يختلفا في صفة الوكالة فيقول وكتك في بيع هذا العبد قال بل وكتني في بيع هذه الجارية أو قال وكتك في البيع بألفين قال بل بألف أو قال وكتك في بيعه نقداً قال بل نسيئة أو قال وكتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة، أو قال وكتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة. فالقول قول الموكل، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وأحمد. وحكي عن مالك إن أدركت السلعة فالقول قول الموكل، وإن فاتت فالقول قول الوكيل فالقول الأول أصح لوجهين: أحدهما: أنهما اختلفا في التوكيل الذي بدعيه الوكيل، والأصل عدمه، فكان القول قول ينفيه. ما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره، والثاني أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه.

المطلب الثاني: إذا وكل الموكل وكيله بأن يشتري له دار فلان بألف درهم فاشترى له صحراء ليس فيها بناء: فهو جائز؛ لأن الدار اسم لما يدار عليه الحائط مبنياً كان أو غير مبنٍ وهذا بخلاف ما لو أمره بأن يشتري له بيتاً فاشترى أرضاً لم يكن فيه بناء لم يجز على الأمر.

فإذا صح شراء الدار للأمر وهلك المال عند الوكيل فقال الأمر هلك قبل أن تشتري وقال الوكيل هلك بعد ما اشتريتها فالقول قول الأمر

وهو قول أبي حنيفة لإنكاره بقاء الوكالة عند الشراء بمرتلة ما لو أنكر التوكيل أصلاً ولأن الوكيل يدعى لنفسه الثمن في ذمة الموكل وهو منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه ويحلف على العلم. وهذا كله في حالة إذا اختلفا في الهلاك هل وقع قبل الشراء أم بعده، أما في حالة الاتفاق فإنه ينفذ الشراء على الوكيل وإن هلكت بعد الشراء قبل أن ينقده وإن هلكت قبل الشراء في يد الوكيل فالشراء يكون واقعاً للموكل.

المطلب الثالث: إذا وكل الوصي بدفع دين على الميت وصيه إلى صاحبها فهذا العمل جائز والقول قوله ولو وكل وكيلاً وسماء في هذا الكتاب فدفع بغير بينة ولم يكتب براءة فلا ضمان عليه واستثنى دفعا بصفة وهو أن يكون بشهود وهذا قول أبي حنيفة، وعند أحمد لم يقبل قوله إلا ببينه لأنه ليس بأمين في هذه الحالة. فإذا دفع بغير شهود فهذا الدفع لم يكن مأموراً به فصار غاصباً ضامناً وإن قال الوكيل قد أشهدت ووجد الطالب أن يكون قبض ولم يكن للوكيل شهود إلا قوله أشهدت كان الوكيل بريئاً من الضمان بعد أن يحلف على ذلك لأنه أخبر بأداء الأمانة فالقول قوله مع يمينه.

والراجع هو قول الإمام أحمد لأنه مفرط بترك الإشهاد، فإن قيل لم يأمره بالإشهاد فأقول إطلاق الأمر بالقضاء والعرف يقتضي ذلك.

المطلب الرابع: لو وكل رجل رجلاً يقبض أمانة له في يدي رجل فقال ذو اليد فقد دفعتها إلى الموكل: فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي ومالك وأحمد، ودعوى الأمين الرد على الموكل أو على

الوكيل مقبوله إلا أنه يقبل قوله في إبرائه عن الضمان إلا في إيجاب الضمان عن الغير حتى إذا ادعى الرد على الوكيل وحلف لم يضمن شيئاً وكذلك لا يضمن إذا جحد وحلف.

المبحث الثاني المحكوم به من قولي المتعاقدين في الوديعة. وفيه ثلاثة مطالب: **المطلب الأول: إذا طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد رددتها عليك.**

فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أمين والقول قول الأمين. وإذا طالبه بالوديعة فقال ما أودعتني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامناً؛ لأنه خرج من حال الأمانة ولو قال ما لك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي وأحمد. وجملة ذلك أنه إذا ادعى على رجل وديعة فقال ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأحمد وأصحاب الرأي لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة.

المطلب الثاني: إذا قال استودعتني ألف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها مني: كان القول قول المقر مع يمينه. وذلك لأن المودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف

المطلب الثالث: إذا قال رب الوديعة أودعتك عبداً وأمه وقال المستودع ما أودعتني إلا الأمة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما دعى: وقع

خلاف في هذه المسألة ثمرته أن المستودع ضامن إلا في حالة عند الحنابلة والمالكية، فقال الحنفية: إن جحد المستودع أصل الإيداع، بأن قال للمودع لم تودعني شيئاً فالمستودع ضامن. وإن جحد المستودع الوديعة، بأن قال للمودع مالك عندي وديعة فالمستودع ضامن أيضاً.

وعند المالكية: إذا أنكى المستودع أصل الإيداع فقد اختلفوا في ذلك زمنهم من قال أنه ضامن، ومنهم من قال أنه يقبل قوله. أما إذا لم ينكر أصل الإيداع بل قال مالك عندي شيء. فالبينة بالبراءة تنفعه وعند الشافعية: إن أنكر المستودع أصل الإيداع لم تقبل دعواه في الرد وأما في دعوى التلف فيصدق لكنه كالغاصب فيضمن. وإن جحد المستودع بأن قال مالك عندي وديعة فإنه يصدق بيمينه ويضمن. وعند الحنابلة: إذا أنكر المستودع أصل الإيداع بأن قال للمودع لم تودعني، لم يقبل منه ذلك لأنه صار ضامن بالجحود. وأما إن قال المستودع مالك عندي شيء كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه وبعد استعراض أقوال العلماء في ذلك أقول أن المستودع ضامن لقيمة العبد لأن جحود أصل الإيداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يؤكد الضمان عليه.

تم التلخيص بحمد الله تعالى
وصلى الله وسلم على نبينا محمد
وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقود الإدارية

إعداد

زكريا بن إبراهيم العجلان

المشرف

د. خالد بن خليل الظاهر

1431/1430هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم A4 268

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم A4 223

البحث بعد التلخيص بحجم A4 59

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وفصل تمهيدي ثلاثة فصول وخاتمة.
فصل تمهيدي: ويتضمن التعريف بمصطلحات الدراسة، وفيه سبعة
مباحث:

المبحث الأول: تعريف الصعوبات، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الصعوبات في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الصعوبات في النظام.

المطلب الثالث: تعريف الصعوبات في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تعريف المادية، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المادية في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف المادية في النظام.

المطلب الثالث: تعريف المادية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: التعريف بغير المتوقعة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بغير المتوقعة في النظام.

المطلب الثاني: التعريف بغير المتوقعة في الفقه الإسلامي.

المبحث الرابع: تعريف العقود، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقود في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف العقود في النظام.

المطلب الثالث: تعريف العقود في الفقه الإسلامي.

- المبحث الخامس: تعريف الإدارية، وفيه أربع مطالب:
- المطلب الأول: تعريف الإدارية في اللغة.
- المطلب الثاني: تعريف الإدارية في النظام.
- المطلب الثالث: تعريف الإدارية في الفقه الإسلامي.
- المطلب الرابع: تعريف العقود الإدارية باعتباره مركباً.
- المبحث السادس: تعريف الموضوع باعتباره مركباً، وفيه ثلاث مطالب:
- المطلب الأول: تعريف الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام.
- المطلب الثاني: تعريف الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: المقارنة بين تعريف الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام والفقه الإسلامي.
- المبحث السابع: نشأة وتطور نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وفيه مطلبين:
- المطلب الأول: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام.
- المطلب الثاني: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه الإسلامي.
- الفصل الأول: أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونطاق تطبيقها. وفيه أربعة مباحث:
- المبحث الأول: أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام. وفيه أربع مطالب:

المطلب الأول: النية المشتركة للطرفين.

المطلب الثاني: فكرة المسؤولية.

المطلب الثالث: فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد.

المطلب الرابع: العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.

المبحث الثاني: أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه

الإسلامي. وفيه مطلبين:

المطلب الأول: بيان الأساس الشرعي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

في الكتاب والسنة.

المطلب الثاني: أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من القواعد

الفقهية.

المبحث الثالث: نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وفيه

ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في

النظام.

المطلب الثاني: الحد من نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

في النظام.

المطلب الثالث: نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه

الإسلامي.

المبحث الرابع: مجالات تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وفيه
مطلبين:

المطلب الأول: مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عند شرح
النظام.

المطلب الثاني: مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه
الإسلامي.

الفصل الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
وفيه تمهيد وستة مباحث:

المبحث الأول: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية، وفيه مطلبين:
المطلب الأول: الصعوبات المادية التي ترجع إلى الظواهر الطبيعية.

المطلب الثاني: الصعوبات التي تعود إلى فعل الغير.

المبحث الثاني: أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند التعاقد، وفيه خمسة
مطالب:

المطلب الأول: المقصود بعدم التوقع في النظام.

المطلب الثاني: المقصود بعدم التوقع في الفقه.

المطلب الثالث: معيار عدم التوقع.

المطلب الرابع: خصائص عدم التوقع.

المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من فكرة عدم التوقع.

المبحث الثالث: أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: المقصود بالصعوبات ذات الطابع الاستثنائي في النظام.

المطلب الثاني: المقصود بالصعوبات ذات الطابع الاستثنائي

في الفقه الإسلامي، وتطبيقاته الفقهية

المبحث الرابع: أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين، وفيه

مطلبين:

المطلب الأول: المقصود بالصعوبات الخارجة عن إرادة المتعاقدين في النظام.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من هذا الشرط

المبحث الخامس: أن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال بالتوازن

المالي للعقد، وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: المراد بالإخلال بالتوازن المالي في العقد.

المطلب الثاني: ضابط معرفة الإخلال بالتوازن المالي للعقد في ظل نظرية

الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثالث: موقف الفقه الإسلامي من شروط الإخلال بالتوازن المالي

للعقد.

المطلب الرابع: المراد بالعقود الجزافية عند شرح الأنظمة.

المطلب الخامس: المراد بالعقود الجزافية في الفقه الإسلامي.

المطلب السادس: مدى صحة التعويض عن العقود الجزافية في ظل تطبيق

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب السابع: موقف الفقه الإسلامي من صحة العقود الجزافية.

المبحث السادس: مدى صحة اشتراط الإعفاء من المسؤولية من قبل الإدارة، وفيه مطلبين:

المطلب الأول: مدى صحة اشتراط الإعفاء من المسؤولية من قبل الإدارة فيما لو صادف المتعاقد صعوبات مادية غير متوقعة في النظام.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من هذا الشرط.

الفصل الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: بقاء التزامات المتعاقد رغم الصعوبات المادية غير المتوقعة. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من وجوب استمرار المتعاقد.

المطلب الثالث: إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير.

المطلب الرابع: إعفاء المتعاقد من الغرامات في الفقه الإسلامي.

المطلب الخامس: المقارنة بين إعفاء المتعاقد من الغرامات في النظام والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض نظاماً وفقهاً. وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التعويض في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف التعويض في النظام.

المطلب الثالث: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي.

المطلب الرابع: التأصل النظامي للتعويض الناشئ عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من التعويض الناشئ عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب السادس: إجراءات رفع دعوى التعويض في النظام وموقف الفقه الإسلامي منها.

المطلب السابع: تطبيقات على مبدأ التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الخاتمة. وتشتمل على النتائج والتوصيات.

الفهارس

التمهيد وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الصعوبات. وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف الصعوبات في اللغة.

الصعوبات لغةً: جمع صعوبة، ومادة الكلمة تعود إلى صَعَب وهو ضد السهولة.

المطلب الثاني تعريف الصعوبات في النظام يمكن أن نصوغ تعريفًا للصعوبات في النظام فنقول: هي المخاطر الطبيعية التي تخرج عن المؤلف، وتفضي غالبًا إلى حصول المشقة والضرر.

المطلب الثالث تعريف الصعوبات في الفقه الإسلامي لم أقف -فيما اطلعت عليه- على تعريف للصعوبات في الفقه الإسلامي، وبعد البحث وجدت أن أقرب الألفاظ التي يمكن من خلالها التعرف على معنى الصعوبات: هي المشاق. والمشاق: جمع مشقة، والمشقة لغةً: الجهد والعناء والشدة، يقال: شق عليه الشيء يشق شقًا ومشقة، إذا تعب.

وأما تعريف المشقة اصطلاحًا: فلم أقف فما اطلعت عليه من كتب الفقهاء المتقدمين على تعريف اصطلاحى للمشقة. وعرفها بعض المتأخرين بأنها: العسر والعناء الخارجين عن حدّ العادة في الاحتمال.

المبحث الثاني تعريف المادية وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المادية في اللغة. المادية من المادة، و المادة: كل شيء يكون مددًا لغيره. ومادة الشيء: أصوله وعناصره التي منها يتكون حسيّة كانت أو معنوية؛ كمادة الخشب ومادة البحث العلمي.

المطلب الثاني تعريف المادية في النظام لم أقف -فيما اطّلت عليه- على تعريف للمادية في النظام وكذلك في الفقه إلا أنه يمكن التعرّف على معنى هذا اللفظ من خلال تعريف الأشياء المادية.

فالقانونيون يطلقون مصطلح « الشيء » ويقصدون به كل ما هو محل للحقوق المالية، سواء كان ماديًا محسوسًا أم معنويًا غير محسوس.

والنوع الأول هو المقصود في هذا البحث.

المطلب الثالث تعريف المادية في الفقه الإسلامي

لا يخرج تعريف الفقهاء عن تعريف اللغويين لمصطلح الأشياء، وقد عرف أهل اللغة الأشياء بأنها جمع مفردة شيء، ويُجمع كذلك على أشياء، وأشاي،

والشيء عبارة عن الوجود، فهو اسمٌ لجميع المكونات عرضاً كان أو جوهر

و هو المراد في هذا البحث.

المبحث الثالث تعريف غير المتوقعة وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بغير المتوقعة في النظام. الذي يظهر رجحانه هو التعريف القائل بأن المراد بعدم التوقع هو " الضرر غير المتوقع الذي ليس بوسع المتعاقدين توقعه طبقاً للسير العادي للأمر "

المطلب الثاني التعريف بغير المتوقعة في الفقه الإسلامي

لم يعرف الفقه الإسلامي مصطلح عدم التوقع، لأن هذا اصطلاحٌ جديد لم يوجد إلا حديثاً، لكن هناك بعض التطبيقات الفقهية والتي يمكن من خلالها التعرف على مصطلح الصعوبات غير المتوقعة. وتتمثل هذه التطبيقات بما يلي:

أولاً: الأعذار في عقد الإجار. وهذه النظرية أكثر ما وجدت في المذهب الحنفي، ويُقصد بها: ما يكون يتضرر به العاقد مع بقاء العقد، ولا يندفع بدون فسخ.

وكذلك الجوائح، والتي يقصد بها: « كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح والبرد، والجراد، والعطش

المبحث الرابع تعريف العقود وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقود لغةً. العقود جمع عقد، « العين والقاف والبدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها ».

والعقد إما حسي، كعقد الحبل، أو معنوي، كعقد البيع وعقد العهد. المطلب الثاني تعريف العقود في النظام هو: « توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه »

المطلب الثالث تعريف العقد في الفقه الإسلامي يطلق العقد عند الفقهاء على معنيين: أحدهما: معنى عام: يتناول جميع الالتزامات الشرعية، سواء أكانت نتيجة اتفاق بين طرفين كالبيع والإجارة ونحوهما، أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد

المعنى الثاني: وهو المعنى الخاص.

التعريف المختار: هو تعريف مجلة الأحكام العدلية وهو « التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول » ويرجع سبب ترجيح هذا التعريف: إلى سلامته من الاعتراضات الواردة على التعريفات السابقة.

المبحث الخامس تعريف الإدارية وفيه أربع مطالب:
المطلب الأول: تعريف الإدارية في اللغة. من الإدارة، والإدارة في اللغة:
مصدر، أدار الشيء إذا جعله يدور، ودار الشيء يدور دوراً ودروائناً،
وؤوراً، وتدوير الشيء جعله مدوراً.

ويقال: أدرت فلاناً على الأمر. إذا حاولت إلزامية إياه، والدائرة
والدارة كلاهما ما أحاط بالشيء.
المطلب الثاني تعريف الإدارية في النظام

اختلف شرح الأنظمة بشأن إعطاء تعريف موحد للإدارة.
هي: ذلك الشخص المعنوي، والعضو في المنظمة أو الهيئة الحكومية،
المسؤولة عن تحقيق الأهداف التي وجدت من أجلها، وهي لا تخرج عن
كونها أحد أشخاص النظام العام الداخلي.

المطلب الثالث تعريف الإدارية في الفقه الإسلامي لم يعرف الفقهاء
مصطلح الإدارة، ولم يضعوا له حداً أو ضابطاً إذ هو مصطلح قانوني
استحدثه أصحاب هذا الفن.

عرّف أحد الباحثين الإدارة العامة في الفقه الإسلامي بقوله « تنظيم وإدارة
القوى البشرية لتحقيق أهداف الدولة الإسلامية في إطار أحكام الشرع
المطلب الرابع تعريف العقود الإدارية باعتباره مركباً وفيه فرعين:

الفرع الأول: تعريف العقود الإدارية في النظام. عرف القضاء الإداري السعودي في حكمه الصادر رقم 156/ت/العام 1409هـ في القضية رقم 1/1386/ق لعام 1407هـ، العقد الإداري بقوله: «العقد العام اتفاق تبرمه إحدى الجهات الإدارية، مع أحد الأفراد تتحدد فيه حقوق والتزامات كل من الطرفين وفقاً لأحكام النظام» حكم رقم 14/د/أ/عام 1423هـ، صادر في القضية رقم 2/1548/ق لعام 1423هـ، المقدمة من شركة أضواء العاصمة ضد وزارة المالية والاقتصاد الوطني.

وجاء تعريف العقد العام بهذا المعنى في القضاء الإداري السعودي تأسيساً على اختصاص ديوان المظالم بنظر كافة العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها من جميع نواحيها، سواء أكانت هذه العقود من قبيل العقود الإدارية بالمعنى المتعارف عليه، أم كانت من العقود الخاصة بالإدارة. وهذا جاء في المادة 13 من نظام ديوان المظالم الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/78 وتاريخ 19/9/1428هـ «من اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها». ما أكدته المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم عام 1402هـ بالعبارة التالية: «... كما ينبه إلى أن المراد بالعقد هو العقد مطلقاً سواء أكان العقد إدارياً بالمعنى القانوني، أم عقداً خاصاً بما في ذلك عقود العمل».

الترجيح: بعد النظر والمقارنة بين التعاريف السابقة يظهر أن تعريف المحكمة العليا هو الأقرب. ويعود سبب الترجيح لدى الباحث وضوح التعريف ودقة لاشتماله على أسس العقد الإداري وهي:

أ - كون الإدارة طرفاً في العقد

ب- أن يكون للنشاط الذي ينتجه العقد صلة بالمرفق العام

ج- استخدام وسائل القانون العام بحيث يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

الفرع الثاني: العقود الإدارية في الفقه الإسلامي. يمكن أن تعرف العقد الإداري في الفقه الإسلامي بأنه « العقد الذي يبرمه ولي الأمر أو من ينوب عنه، مع غيره بشأن تسيير مرفق عام، يقصد منه تحقيق النفع العام، ويكون مشتملاً على صلاحيات واسعة، وغير مألوفة لدى الغير، وتكون خاضعة لأحكام الشرع ».

المبحث السادس تعريف الموضوع باعتباره مركباً وفيه ثلاثة مطلبان:
 المطلب الأول: تعريف الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام.
 عرفها ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية في الحكم الصادر منه في
 القضية رقم 1/677/ق لعام 1405هـ بما يلي: « ما يصادف المفاوض
 أو المتعاقد من صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن
 توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد
 مرهقاً » حكم ديوان المظالم رقم 19/د/أ لعام 1412هـ.
 ويمكن أن نصوغ تعريفاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فنقول هي:
 « المشاق الطبيعية الاستثنائية التي تعترى المتعاقد بعد حصول التحري منه
 أثناء تنفيذه لعقد إداري، والتي لم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد، مما يترتب
 على ذلك حصول الضرر لدى المتعاقد ».

المطلب الثاني تعريف الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه الإسلامي
 لعل أقرب التطبيقات الفقهية التي من خلالها، يمكن أن تعرف الصعوبات
 المادية غير المتوقعة هي الجوائح.
 وسيكون الحديث عن الجائحة في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:
 الفرع الأول: تعريف الجائحة في اللغة. ق: هي الشدة والنازلة العظيمة التي
 تجتاح المال من سنه أو فتنه، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مبيرة: تسمى
 جائحة، وجاحهم يجوح جوحاً: إذا غشيهم بالجوائح وأهلكهم.

الفرع الثاني: تعريف الجائحة في اصطلاح الفقهاء: حدث عام طارئ أثناء تنفيذ العقد غير متوقع الحدوث وقت إبرامه، ويتعدّر دفعه أو تجنب آثاره، مما يسبب خسارة فادحة للمتعاقد إذا استمر في تنفيذ التزامه

المطلب الثالث المقارنة بين تعريف الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام والفقہ الإسلامي يتبيّن من خلال العرض السابق لتعريف الصعوبات المادية غير المتوقعة:

أن الفقہ الإسلامي قد عرف هذه النظرية من خلال وجود بعض التطبيقات الفقهيّة لها، كما هو واضح فيما يُعرف في الفقہ الإسلامي بالجوائح، إلا أنه لا يوجد تطابق تام في أثر وأحكام هذه النظرية في النظام، إذ قد توسع الفقہ الإسلامي في تقدير الحوادث والصعوبات المادية التي تطرأ بعد التعاقد، أكثر مما هو موجود في الأنظمة، فتجد أن الفقہ الإسلامي يكفي لتحقيق العذر كونه ضاراً بمصلحة أحد المتعاقدين.

كما أنه من أوجه المفارقة بين النظام والفقہ الإسلامي بالنسبة لهذه النظرية من حيث فسخ العقد؛ فالمأخوذ به في الأنظمة هو: وجوب التعويض لدى المتعاقد، ولكن لا يجوز له فسخ العقد، وأما في الفقہ الإسلامي فإنه يجعل من أحكام هذه النظرية إمكان فسخ العقد.

ويتفق الفقہ الإسلامي مع الأنظمة في: أن العذر الطارئ لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وإنما يكفي أن يكون مرهقاً بالنسبة للمتعاقد.

المبحث السابع نشأة تطور نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفيه
مطلبين:

المطلب الأول: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام.
ترجع نشأة هذه النظرية كأغلب نظريات القانون الإداري إلى منتصف
القرن التاسع عشر، على يد مجلس الدولة الفرنسي حرصاً على مصلحة
المتعاقد مع الإدارة، وتحقيقاً لاعتبارات العدالة؛ بحكمه في قضية دوشي
الصادر في 1864/6/24م، وانتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض
المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ
العقد؛ لكي يتمكن من الاستمرار في التنفيذ.
وقد أقرّ الفقه الفرنسي هذه النظرية واعترف بها مؤيداً بذلك مجلس
الدولة في هذا الصدد، وحدد مضمونها بدقة.
ومن مجلس الدولة الفرنسي انتقلت النظرية إلى مجلس الدولة في مصر،
وكان أول حكم صدر في هذا الشأن متحدثاً عن نظرية الصعوبات المادية
غير المتوقعة بتاريخ 1953/5/5م من محكمة القضاء الإداري
أما بالنسبة للمملكة العربية السعودية: فقبل إنشاء ديوان المظالم وقبل أن
يصدر المرسوم الملكي بكونه جهة قضاء إداري مستقل، فقد وجد بعض
التطبيقات لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وذلك من خلال بعض
القرارات الصادرة من مجلس الوزراء، ومن تلك القرارات:

القرار رقم 861 في 10/5/1388هـ وتتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها هذا القرار فيما يلي: سبق أن تعاقدت شركة للمقاولات مع وزارة الداخلية « وكالة شؤون البلديات » على تنفيذ مشروع مجاري ومياه مدينة الخبر ومحطة مياه الدمام، وأثناء التنفيذ واجهتها صعوبات معينة ناتجة عن غزارة المياه التي فوجئت الشركة بها والتي جعلت تنفيذ التزامها أكثر مشقة وأرفع كلفة، وقد تظلمت تلك الشركة إلى الإدارة مما صادفها من صعوبات أثناء التنفيذ، وطالبت بتعويض عما لحقها من الخسارة، وقد شكّلت لجنة لهذا الغرض جاء في محضرها المؤرخ في 22/2/1387هـ « وقد رُوي أن العامل الرئيسي لخسارة الشركة هو ارتفاع منسوب المياه الجوفية عن المستوى المتوقع، وكان الارتفاع غير طبيعي، ونتيجة لعوامل خارجة عن قدرة كل من الهيئة (الإدارة) والمكتب الاستشاري والمقاول... وحتى يتمكن المقاول من تمام العمل استورد أجهزة، ومعدات خاصة لشفط المياه الجوفية قبل مد الأنابيب مما أدى إلى تأخير العمل، وتحمل المقاول تكاليف إضافية... ».

هذا وقد وافق مجلس الوزراء بقراره رقم 861 لعام 1388هـ على تعويض تلك الشركة عما طالها من خسائر ناتجة عن الصعوبات التي قابلتها.

وقد عرف ديوان المظالم في قراره رقم 7/ت لعام 1398هـ

مضمون هذه النظرية بقوله: « ... إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ

التزامات صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام التعاقد قد تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لدنة تدقيق القضايا بديوان المظالم لعام 1400هـ، ص(105/104)..

ولقد كان ديوان المظالم قبل وبعد صدور نظامه السابق عام 1402هـ لا يتصدى لدعاوى التعويض التي يعتمد فيها أصحابها على الحق في حفظ التوازن المالي من خلال نظرية الصعوبات المادية أو غيرها من النظريات، بل يشترط الديوان لنظرها موافقة مسبقة من المقام السامي اعتماداً على أن قرار مجلس الوزراء رقم 818 وتاريخ 1396/5/17هـ الذي حول الديوان النظر والحكم نهائياً في دعاوى التعويض المقامة من المتعاقدين ضد الحكومة يقصر ذلك على الحالات التي يستند فيها المقاولون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمقاول وذلك على سبل المثال لا الحصر

ومع أن نظام ديوان المظالم السابق الصادر في عام 1402هـ صدر بعد هذا القرار بنحو ستة أعوام، والذي ينص في مادته الثامنة بتحويل الديوان بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية إلى جانب اختصاصاته الأخرى الواسعة جاء في المادة الثامنة لنظام ديوان المظالم السابق الصادر عام 1402هـ. يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي في (ج): دعاوى

التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها؛ إلا أن دوائر الديوان استقرت أحكامها خلال عقدين على أن القرار 818، والقرارات والأوامر السامية اللاحقة تمنع الديوان من نظر قضايا تعويض المقاولين ما لم تكن مؤسسة على تقصير من الجهة الإدارية معتبرة إياه نصاً خاصاً يقيد نص المادة الثامنة من النظام السابق لديوان المظالم والذي يعادل المادة الثالثة عشرة من النظام الحالي. ثم صدر الأمر السامي الذي ورد إلى الديوان برقم 207/3م وتاريخ 1421/2/25هـ والمتضمن أن مجلس الوزراء بحث هذا الموضوع خلال جلسته المنعقدة بتاريخ 1421/1/19هـ وانتهى إلى أن قرار مجلس الوزراء رقم 818 لعام 1396هـ، والقاضي بعدم سماع الدعاوى العقدية، والتي لا يُستند فيها على المسؤولية العقدية يعتبر ملغياً من الناحية النظامية اعتباراً من تاريخ العمل بنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/51 لعام 1402هـ.

وبناءً على ذلك فإن ديوان المظالم يتصدى مباشرة للدعاوى المقامة من المتعاقدين على الأجهزة الحكومية بطلب حفظ التوازن المالي للعقد من خلال إحدى النظريات الثلاث ومن ضمن تلك النظريات: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهو يعتبر التطبيق الصحيح لنص المادة 13/د من نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م/78، وتاريخ 1428/9/19هـ والتي تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي:

د- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها.

المطلب الثاني نشأة النظرية في الفقه الإسلامي

ما يطلق عليه اصطلاح « نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام المقارن »، نجد أن الفقه الإسلامي قد أوجد لتلك النظرية بعض الفروع والتطبيقات، وليس في هذا غرابة أن نجد لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مكاناً ملحوظاً في الشريعة الإسلامية، والتي بدورها تناولت جميع الأمور التي تتعلق بحياة الإنسان من جميع النواحي، وما ذاك إلا لكونها مستمدة من الوحي الإلهي، والمبادئ الخليفة الفاضلة، مما جعلتها صالحة لكل زمان وفي كل مكان، قال تعالى: وَرَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ سورة النحل، الآية (89).

وقد بحثت هذه التطبيقات في أبواب مختلفة من أبواب الفقه بحثاً دقيقاً استند فيه الفقهاء المسلمون إلى تطبيق مبادئ العدالة بأسمى معانيها مسترشدين بما أقره الشرع الإسلامي من المساواة بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد وما أمر به الشرع من إزالة الضرر عن المدين إذا ما عجز عن المضي في موجب العقد بسبب الحادث الطارئ الذي لم يتوقعه عند إبرامه. ومما يدل على ذلك:

من الكتاب: قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا سورة النساء، الآية (29).

ومن السنة: ما جاء عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله
ﷺ « لو بعتَ من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحلُّ أن تأخذ منه
شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ » أخرجه مسلم، برقم (1554)

الفصل الأول

أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونطاق تطبيقها

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام.

المطلب الأول النية المشتركة للطرفين

هذا الأساس إذا كان مقبولاً عند ظهور النظرية في البداية وحيث سجّل القضاء ما كان يسير عليه التطبيق العملي بين الطرفين المتعاقدين؛ إلا أنه أصبح الآن أقل قبولاً؛ لأن التعويض بموجب هذه النظرية يطبق في جميع الحالات أي دون أن يستند إلى أساس اتفاقي، بل له صفة الإلزام ومن هنا فإن النية المشتركة لا تصلح أساساً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وبالتالي لا يمكن على أساسها تبرير حق المتعاقد في حصوله على التعويض.

المطلب الثاني فكرة المسؤولية

انتقد هذا الرأي: بأن من شروط التعويض بناءً على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - كما سيأتي - أن تكون تلك الصعوبات المادية أجنبية عن إرادة طرفي العقد، أما إذا كانت الصعوبات ناتجة عن عمل الإدارة أو خطئها فإننا لا نكون أمام تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وإنما

نكون بصدد تطبيق نظرية عمل الأمير، أو التعويض بناءً على قواعد المسؤولية التعاقدية حسب الأحوال.

يضاف إلى ذلك « أن الغالب أن تنشأ الصعوبات المادية غير المتوقعة عن ظواهر طبيعية أو عن فعل إنسان أجنبي عن العقد بما لا يستقيم معه تأسيس التعويض على فكرة المسؤولية ».

المطلب الثالث فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد

وقد وجه لهذا الرأي بعض الانتقادات منها: أن فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد، لا يخرج في حقيقته عن مبدأ النية المشتركة بين الطرفين، بل هو في الحقيقة داخلاً ضمناً فيها في تنفيذ العقد بحسن النية.

المطلب الرابع العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية التعويض على أساس تلك النظرية يستند إلى ضرورات سير المرافق العامة وإلى قواعد العدالة.

الترجيح:

بعد النظر، والمقارنة بين الآراء التي قيلت في الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يظهر لدى الباحث أن الأساس الذي يصح بناء التعويض عليه وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، هو: العدالة والطبيعة الذاتية للعقود، و بناءً على هذا الأساس: يحق للمتعاقد الحصول على التعويض حتى ولو تم النص صراحة في العقد على تحمّل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيًا كانت الصعوبات التي يصا ذلكدفعها أثناء تنفيذ العقد.

موقف القضاء الإداري السعودي من أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: لقد نظرت دوائر ولجان ديوان المظالم في قضايا توفرت فيها شروط هذه النظرية، معتبرة أن الأساس التي يقوم عليه التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي: النية المشتركة، فقد جاء في قرار ديوان المظالم رقم 7/ت لعام 1398هـ والمتضمن ذلك

المبحث الثاني أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه الإسلامي ويشتمل على: تمهيد ومطلبان:

المطلب الأول: بيان الأساس الشرعي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الكتاب والسنة. وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان الأساس الشرعي من الكتاب.

أولاً: قال تعالى: يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا سورة النساء، آية (28).

ثانياً: قوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ سورة النحل، آية (90).

الفرع الثاني: من السنة.

1- ما رواه جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بما تأخذ مال أخيك بغير حق » سبق تخريجه.

وفي رواية أيضاً: أن النبي صلى الله عليه وسلم: « أمر بوضع الجوائح » أخرجه مسلم، ، رقم (1554).

المطلب الثاني أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من القواعد الفقهية

تسليط الضوء على بعض القواعد الفقهية التي يمكن من خلالها تأسيس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه الإسلامي. ومن تلك القواعد: أولاً: قاعدة « الأمور بمقاصدها ». قاعدة الأمور بمقاصدها من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، حيث تحتل جزءاً كبيراً في مجال التطبيق الفقهي، حتى قال الإمام الشافعي -رحمه الله- في الحديث الذي اشتقت منه القاعدة وهو قوله صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى... الحديث » أخرجه البخاري ، رقم (54)، ومسلم رقم (1907). « هذا الحديث ثلث العلم، ويدخل في سبعين باباً من الفقه ».

ونستنتج من هذه القاعدة، فيما يخص موضوع البحث بأنها تلتقي مع الرأس الذي نادى به بعض شراح القانون الإداري، والذي أخذ به القضاء الإداري السعودي والمتمثل بديوان المظالم في بعض أحكامه، من أن أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي: النية المفترضة لأطراف العقد ثانياً: قاعدة « المشقة تجلب التيسير ». هذه القاعدة تُعد مظهرًا من مظاهر الوسيطة في الإسلام وتكليف الناس بما يطيقون وعدم إعنائهم وتكليفهم بالأعمال الشاقة ورفع الحرج عنهم ».

قال تعالى: رِيْدُ اللّٰهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيْدُ بِكُمْ الْعُسْرَ سورة البقرة، آية (185)..

وقد سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أحب الأديان إلى الله

فقال: « الحنيفة السمحة » أخرجه البخاري في صحيحه، رقم (29)

وكذلك من القواعد التابعة لهذه القاعدة « ما جاز للضرورة يقدر بقدرها
« وقاعدة « إذا ضاق الأمر اتسع ».

ومعنى القاعدة الإجمالي: « أن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على

المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة

المكلف دون عسر أو إحراج »

.وأما ما يتعلق بأساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة،

نجد أن القضاء الإداري، قد طبق هذه النظرية، من أجل رفع الحرج

والضيق الذي صادف المتعاقد مع الإدارة، بسبب تلك الصعوبات المادية

التي لا يد للمتعاقد فيها، وليس بإمكانه دفعها، والتي بدورها أدت إلى

الإخلال بتوازن العقد الإداري، مسببة خسائر فادحة وأضراراً يتعين على

الجهة الإدارية، عندها مد يد العون لهذا المتعاقد، بتعويضه كلياً، وذلك

بهدف العدالة، ورفع المشقة عنه، ليتسنى له الاستمرار في تنفيذ العقد خدمة

للمصالح العام.

ثالثاً: قاعدة « الضرر يزال »: هذه القاعدة ترجع إلى تحصيل المقاصد

وتقريبها بدفع المفاسد أو تخفيفها ».

وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » أخرجه مالك في الموطأ رقم (2895) وأحمد، (55/5)، وابن ماجه، رقم الحديث (2340)، والحديث: صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: (250).

ومعنى القاعدة: أن هذه القاعدة من جوامع الأحكام، وهي أساس لمنع الفعل الضار عن النفس والغير.

رابعاً: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. وكذلك قاعدة: إذا تعارضت المفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.

وقاعدة: نختار أهون الشرين. فهذه القواعد المذكورة -التي تباينت ألفاظها وصيغها، واتحدت معانيها- هي القواعد المتفرعة المنبثقة من القاعدة الشرعية الفقهية المشهورة « جلب المصالح ودرء المفاسد ».

ومن النصوص القرآنية التي يمكن الاستئناس بها في تقرير هذا الأصل، قوله تعالى: يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِندَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَن دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ سورة البقرة، آية (217).

ومن السنة: ما جاء عن أنس -رضي الله عنه-: أن أعرابياً بال في المسجد، فقام إليه بعض القوم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «**دعوه ولا تُزرموه**» قال: فلما فرغ دعا بدلو من ماء، فصبه عليه أخرجہ البخاري، (6025)، ومسلم: رقم (284)..

ومعنى تلك القواعد إجمالاً: أن الشريعة الإسلامية لم تأت بإرهاق المكلفين ولا بإعنائهم، بل جاءت بعكس ذلك برفع الحرج عنهم، والتوسعة لهم في جميع شؤون حياتهم، والشاهد على ذلك حضور الشرع عند كل صورة من صور الأمثال، لينقل المكلف من حالة المشقة إلى اليسر، ومن الجور، والظلم إلى العدل، والإنصاف.

خامساً: قاعدة الأصل في العقود جميعها العدل:

فإن مقصود الشارع هو تحقيق العدل بين المتعاقدين، وفي التعامل بين أطراف المجتمع كله، بحيث لا يبغي أحد على أحد ولا يظلمه ولا يجعله في خطر في معاملته، من حيث تحقيق مقصود وعدمه.

المبحث الثالث نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام. تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرية عامة ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي، لتطبق على كافة العقود الإدارية، وهذا الذي قرره أيضاً: ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية: حيث نص في قراره رقم 33/ت لعام 1400هـ على « أن مجال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو العقد الإداري، وفيما بين الطرفين مجموعة المبادئ التي قررتها لجنة تدقيق القضايا عام، 1400هـ ص(220). وذلك متى توفرت شروط تطبيقها.

وبناءً على ذلك: تكون معالجة المنازعات العقود الإدارية أمام محاكم إدارية متخصصة، بخلاف بقية العقود التي يمكن النظر فيها من خلال القضاء العام. وقد جاء ما يؤكد ذلك في النظام الإداري السعودي والمتمثل بديوان المظالم ما نصت عليه المادة (13/د) لعام 1428هـ نظام ديوان المظالم لعام 1428هـ. على أن « يختص ديوان المظالم بالمنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها ».

المطلب الثاني الحدّ من نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة جاء في المادة السابعة عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات

الحكومية الصادر بقرار معالي وزير المالية رقم 362 وتاريخ 1428/2/20هـ على أنه: « يجب على صاحب العرض المتقدم لتنفيذ الأعمال أن يتحرى قبل تقديم عرضه، عن طبيعة الأعمال المتقدم لها، والظروف المصاحبة للتنفيذ، ومعرفة كافة بياناتها وتفصيلاتها، وما يمكن أن يؤثر على فئات عرضه ومخاطر التزاماته... ».

وجاء في المادة الرابعة من اللائحة أيضاً: « على الجهة الحكومية القيام باختبارات فحص التربة، وعمل المحسات اللازمة لمشاريع التنفيذ التي تتطلب ذلك قبل وضع التصاميم والرسومات وكميات الأعمال ». «

وجاء أيضاً في المادة الثامنة والأربعون من اللائحة على أن « يعتبر المتعاقد في عقود الأشغال العامة مسؤولاً عن مراجعة التصاميم الهندسية والفنية بكامل تفاصيلها وعليه إخطار الجهة بالأخطاء الفنية المؤثرة على سلامة المنشآت، أو ما يجد من أخطاء في المواصفات أو المخططات فور اكتشافها، كما يجب عليه مراجعة تقارير وتوصيات فحص التربة، ولا يُعفى ذلك الاستشاري المصمم أو المشرف من مسؤولياتهما العقدية ». «

والتزام المقاول بالتحري عن طبيعة العمل وإجراء الاختبارات والمراجعة على الوجه المتقدم، وإن كان يقلل من احتمالات تطبيق نظرية الصعوبات المادية، إلا أنه ليس من شأنه أن يقضي على النظرية.

المطلب الثالث نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه الإسلامي نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام، ينحصر في العقود الإدارية فقط؛ إلا أن هذا الحصر بالنسبة للفقه الإسلامي لا وجود له، إذ أن حالات التعويض بالنسبة للمتعاقدین تشمل كافة العقود والمبادلات. المبحث الرابع مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام والفقه الإسلامي وفيه مطلبين:

المطلب الأول: مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عند شرح النظام. اختلف شراح الأنظمة: في مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

فذهب أكثر الشراح إلى أن مجال تطبيق هذه النظرية شامل لجميع العقود الإدارية متى ما تحققت شروطها وأن غالب ما تكون تطبيقاتها موجودة في عقود الأشغال.

الرأي الثاني: ذهب بعض الشراح إلى أن مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من الناحية العملية هو عقود الأشغال العامة. بل يرى بعضهم: أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي نشأت في مجال عقود الأشغال يجب أن تظل محددة بهذا المجال دون سواه.

والرأي الراجح: هو الرأي الأول، القائل بأن مجال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يشمل جميع العقود الإدارية، متى ما تم توافر شروط تطبيق هذه النظرية.. وبما أن المكان الخصب لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هو الأشغال العامة، نجد أنه من المناسب تسليط الضوء على ماهية هذا العقد، وخصائصه من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف عقد الأشغال العامة وفيه مسألتان:

المسألة الأولى، وأما تعريف الأشغال العامة في النظام: « هو عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء، أو ترميم، أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام يقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة في العقد ».

المسألة الثانية: تعريف عقد الأشغال في الفقه الإسلامي: عرف فقهاء الشريعة عقد الأشغال العامة، وجاءت أحكامه مفصلة في كتبهم، وذلك من خلال تطرقهم لباب الإجارة، إلا أنهم لم ينصوا على عقد الأشغال العامة بهذا المصطلح، وإنما عرفوه من خلال ما يسمى بالأجير المشترك. الأجير المشترك هو الذي يعمل للموَجَّر ولغيره، كالبناء الذي يبني لكل أحد، والملاح الذي يعمل لكل أحد. وهذا ما يؤخذ من تعريفات الفقهاء جميعاً.

الفرع الثاني: خصائص عقد الأشغال العامة:

أولاً: أن يكون موضوع عقد الأشغال منصباً على عقار:

ثانياً: اتصاله بمرفق عام:

ثالثاً: يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عام:

المطلب الثاني مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفقه

الإسلامي

الفرع الأول: ثبوت حق الفسخ للمتعاقد المضروب بالأعذار التي يفسخ بها

عقد الإيجار. هذه المسألة، تتضمن ما أتى به الحنفية من

أحكام اجتهادية تتعلق بفسخ عقد الإجارة بالعدر، سواء

أكان متعلقاً بالمستأجر أو المؤجر، أو العين المؤجرة، حيث

اعتمدوا فيما صدروا عنه من اجتهادات في هذا الصدد -

أصل النظر في المآل - على ما صرح به أئمة مذهبهم. وقد

اختلف الفقهاء في مسألة فسخ الإجارة بالأعذار على

قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية - رحمهم الله - إلى جواز فسخ عقد الإجارة

بالأعذار، وتوسعوا كثيراً في تلك الأعذار التي يفسخ بها عقد الإجارة،

فقالوا تفسخ الإجارة بالأعذار؛ لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر،

لأنه لو لزم العقد عند تحقيق العذر، للزم صاحب العذر ضرراً لم يلتزمه

بالعقد.

ويقصد بالعذر عند الحنفية هو «عجز العاقد عن المضي في موجب العقد

إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بهذا العقد».

وقد قسم الحنفية الأعذار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أنواع.

النوع الأول: عذر من جانب المستأجر: مثل إفلاس المستأجر

النوع الثاني: عذر من جانب المؤجر: مثل أن يلحقه دين فادح لا يجد طريقاً لوفائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه

النوع الثالث: عذر راجع للعين المؤجرة: ومثلوا لذلك: لو استأجر أحداً ليحفر بئراً في أرضه وبعد أن حفر مقداراً منها ظهرت صخور منعت إمكان الحفر، كان ذلك عذراً يبيح الفسخ.

القول الثاني: يرى جمهور الفقهاء: من المالكية، والشافعية، والحنابلة: إلى أن عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة.

فعند المالكية تنفسخ الإجارة بمنع استيفاء المنفعة شرعاً لسكون ألم السن المستأجر على خلعها، وعفو عن القصاص المستأجر على استيفائه، وإذا انقطع الماء عن الرحي المستأجرة، فسخت الإجارة للعذر.

وأما عند الشافعية: فتنفسخ الإجارة إذا وجد خلل في المعقود عليه، أو كان هناك عيب تنقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي؛ كما لو استأجر شخصاً فوجدها منهزمة، أو تهدمت بعد العقد، أو مرضت الدابة المأجورة أو كانت جموحاً أو نفوراً أو عضوضاً.

أما فسخ الإجارة بالأعذار الخاصة بالمستأجر، فلم يجزها الشافعية

أما عند الحنابلة: فتنفسخ الإجارة إذا تعذر استيفاء المنفعة من العين المأجورة، بفعل صدر منهما مثل أن: تشرذ الدابة، أو تهدم الدار، أو تغرق الأرض فيتعذر زرعها، أما إذا أمكن زرعها ثم غرق الزرع أو تلف بجراد

أو برد أو غير ذلك قبل حصاده، فلا خيار له وتلزم المستأجر الأجرة لأن التالف غير المعقود عليه.

الفرع الثاني: إنقاص الثمن بسبب الجوائح في بيع الثمار: قبل الشروع في حكم وضع الجوائح نحرر محل النزاع بذكر محل موطن الاتفاق ثم محل الخلاف وذلك في المسائل التالية:

المسألة الأولى: ذكر محل الاتفاق بين العلماء في وضع الجوائح.

- 1- اتفق الفقهاء على أن الثمرة إذا بيعت مع أصلها فلا وضع فيها وتكون من ضمان المشتري، وكذا إذا بيعت من مالك أصلها
- 2- واتفقوا على أن الثمرة إذا اجتيحت قبل التخلية فإنها من ضمان البائع لا المشتري.
- 3- واتفقوا على أن الثمرة إذا اجيحت بعد نضجها وإمكان جذاذها فإنها من ضمان المشتري.

المسألة الثانية: محل الخلاف في ما توضع به الجوائح: اختلف الفقهاء في الثمرة إذا بيعت بعد بدو صلاحها مفردة عن أصلها ومن غير مالك أصلها، وسلمها البائع إلى المشتري بالتخلية بينه وبينها، ثم تلفت قبل أوان الجذاذ، فهل توضع أو لا؟ أي هل توضع عن المشتري فتكون من ضمان البائع يلزم بها، أو لا توضع عن المشتري فلا يلزم البائع بها ويتحملها المشتري فتكون من ضمانه؟ للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الحنفيّة ، والشافعي في قوله الجديد، والظاهرية إلى عدم وجوب وضع الجوائح عن المشتري فهي في ضمانه..

القول الثاني: ذهب مالك ، والشافعي في قوله القديم، وأحمد إلى وجوب وضع الجوائح، وأن البائع هو الضامن لما هلك بسبب الجائحة.
واستدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

1- حديث جابر -رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح. سبق تخريجه

2- القياس على المبيعات التي بقي فيها حق توفيه على البائع:

قالوا: إنه مبيعٌ بقي على البائع فيه حق توفيه، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفيه، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع، أن هذا بيعٌ وقع في الشرع، والمبيع لم يكمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يُخلق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات.

المسألة الثالثة: ذكر سبب الخلاف والترجيح.

سبب الخلاف: يعود سبب خلاف الفقهاء في هذه المسألة « هو تعارض الآثار، وتعارض مقاييس الشبه، فكل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل. فمن لم ير وضع الجائحة قال: يشبه أن يكون الأمر بها من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا

يبعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور.

وقال من أجازها أن حديث أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه-: « يمكن أن يكون البائع عديمًا، فلم يقضِ عليه بجائحة، أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقدارًا لا يلزم فيه جائحة، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب ».«

الترجيح: لذي يظهر رجحانه -والله أعلم- هو القول الثاني: القاضي بوجوب وضع الجوائح، وأن الضمان على البائع لا على المشتري في الثمرة المجاحة.

ويعود سبب الترجيح:

أولاً: قوة أدلة القول الثاني وسلامتها من المعارضة.

ثانياً: أن القول بوضع الجوائح، لا يخالف شيئاً من الأصول الصحيحة، بل هو مقتضى أصول الشريعة، وهو أصل في نفسه، لا يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً فوجب قبوله.

ثالثاً: أن وضع الجوائح يوافق القواعد المقررة في الشريعة منها: قاعدة الضرر يزال، فإن المبيع إذا تلف قبل المكن من قبضه كان أخذ شيء من الثمن فيه ضرر على المشتري، وأخذ لماله بغير حق، وقد حرم

الله أكل المال بالباطل، لأنه من الظلم المخالف للقسط التي تقوم به
السماء والأرض. والله أعلم.

الفصل الثاني

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

وفيه تمهيد وستة مباحث:

المبحث الأول: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية

تمهيد: نص حكم أصدره ديوان المظالم -الدائرة الإدارية الأولى- في

المملكة العربية السعودية في القضية رقم 1/677/ق لعام 1405هـ على

الشروط التي يجب توفرها لتطبيق هذه النظرية، وهي لا تختلف عن تلك

الشروط التي جاءت في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، وقد جاء في

الحكم الصادر من ديوان المظالم والمشار إليه آنفاً « أنه في هذه الحدود

والضوابط يكون من حق المتعاقد الرجوع على الإدارة المتعاقدة بالتعويض

بخلاف ما لو تخلف شرط أو أكثر فإن النظرية لا تطبق » قرار ديوان المظالم

رقم 19/د/أ لعام 1412هـ

إلا أن الرأي الراجح، وهو الرأي الذي أخذ به أغلب الشراح أنه

يلزم لتطبيق هذه النظرية خمسة شروط هي:

- 1- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية.
 - 2- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند التعاقد.
 - 3- أن تكون تلك الصعوبات ذات طابع استثنائي.
 - 4- أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين.
 - 5- أن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال بالتوازن المالي للعقد.
- وسوف أتناول كل شرط من هذه الشروط بشيء من التفصيل في
مبحث مستقل.

المبحث الأول أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية
المطلب الأول: الصعوبات المادية التي ترجع إلى الظواهر الطبيعية.
جاء في القرار الصادر في مجلس الوزراء رقم (861) في
1388/5/10هـ بشأن قضية عقد، أبرمته إحدى الوزارات مع شركة
للمقاولات على تنفيذ مشروع مجاري ومياه مدينة الخبر، ومحطة مياه
الدمام، وأثناء التنفيذ واجهتها صعوبات ناتجة عن غزارة المياه -وهو يعتبر
من الظواهر الطبيعية-، التي فوجئت بها الشركة، وجعلت تنفيذ التزامها
أكثر مشقة، وأرفع كلفة، وقد تظلمت تلك الشركة إلى الوزارة وطالبت
بتعويضها عما لحقها من خسائر. وبعد عرض القضية على مجلس الوزراء
وافق في قراره المذكور على تعويض الشركة عما أصابها من خسائر ناتجة عن
الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهتها.

فالذي يلاحظ على هذه القضية: أن أساس مبدأ التعويض الذي
حصل عليه المتعاقد، يتمثل بسببه، وجود صعوبات ناتجة عن غزارة المياه
التي واجهته عند تنفيذ العقد، وهذه المياه التي وجدت تعتبر من الظواهر
الطبيعية، وليست من فعل الغير.

المطلب الثاني الصعوبات التي تعود إلى فعل الغير قد توجد بعض الصعوبات
المادية التي لا ترجع أسبابها إلى ظواهر طبيعية، وإنما يكون مصدرها هو
فعل الغير، بمعنى: أن تكون تلك الأسباب وليدة عمل أجنبي، لا علاقة له
بطرفي العقد

المبحث الثاني أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند التعاقد
المطلب الأول: المقصود بعدم التوقع في النظام. الضرر غير المتوقع الذي ليس
بوسع المتعاقدين توقعه طبقاً للسير العادل للأمر
التمسك بهذا الشرط بشكل دقيق يؤدي إلى تقليل الغرض في تطبيق هذه
النظرية وذلك إذا أخذنا في الاعتبار ما يمكن أن تنص عليه عقود الأشغال
العامة وملاحقها أو الأنظمة واللوائح نص المادة « الرابعة » و « السابعة » و
« الثامنة والأربعون » من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر
رقم (362) وتاريخ 1428/2/20هـ. المنظمة للعقود من إلزام المتعاقد بأن
يتحرى طبيعة موقع المشروع والظروف المحيطة به، وأن يجري الاختبارات
اللازمة للتربة وغيرها مما يكون مؤثراً على تكاليف التنفيذ، من حيث
نوعية المعدات والآلات المستخدمة، أو حجم وكمية المواد المستعملة، أو
عدد العمالة، وما شابه ذلك، وبالتالي وضع أسعاره في ضوء ما يظهره له
هذا التحري من نتائج. ومن أنه إذا ما ظهر خلاف ذلك من صعوبات
مادية، فإنه يكون مسؤولاً عن تحملها.
إلا أن هناك من يرى أن مسألة عدم التوقع بالنسبة للصعوبات المادية، يجب
أن تقاس بالمقاييس المعقولة، التي يصل إليها التقدير العادي للأمر، بناء
على الاختبارات والتحليل الممكن إجراؤها.

\المطلب الثاني تعريف عدم التوقع في الفقه من خلال تلك التطبيقات يمكن لنا أن نستنتج تعريفاً لمصطلح عدم التوقع في الفقه الإسلامي: هو « كل حدث طارئ لا يمكن توقعه أثناء تنفيذ العقد ». المطلب الثالث معيار عدم التوقع المعيار الذي ينبغي توفره في هذا الشرط: هو المعيار الموضوعي الذي ينظر فيه إلى الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف التعاقد وقت التعاقد، بغض النظر عما إذا كان المتعاقد قد توقع حصولها فعلاً أم لا يتوقعها.

وللقاضي سلطة تقدير ما إذا كانت الصعوبة التي واجهت تنفيذ العقد متوقعة أو كان بالإمكان توقعها ليطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من عدمه. ويتطلب القضاء في هذا الشأن: أن يبذل الراغب في التعاقد جهداً معقولاً للإلمام بالصعوبات التي قد تواجهه أثناء تنفيذ العقد، وأن يتخذ كل ما من شأنه إحاطته بالظروف التي قد تحيط بتنفيذ العقد. أما في حال تقصيره عن النظر، والمتابعة وأخذ الحيطة فإنه لا يحق له المطالبة بالتعويض.

ومن التطبيقات القضائية لشرط عدم التوقع، ومعياره ما نص عليه أحد قرارات ديوان المظالم من أنه « يشترط من بين ما يشترط في الصعوبة المادية أن تكون طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعه، وهذا الشرط ينطوي إلى حدّ كبير على معنى المفاجأة في صورة معيّنة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع

حدوثها لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو اتخذه من الحيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه قرار لجنة تدقيق القضايا رقم (47/ت) لعام 1403هـ.

المطلب الرابع خصائص عدم التوقع
أولاً: أن الحادث أو الفعل الذي يمكن أن يوصف بأنه غير متوقع قد يكون من أصل طبيعي أما الأحداث التي تتصل بفعل الإنسان كالحرب والإضراب وأعمال التخريب والإرهاب، وما يترتب عليها من آثار على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فإنها تخضع لظروف الحال وقد يعتبرها القاضي متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها بحسب الأحوال.

ثانياً: استناده على عنصر المفاجأة: يعتبر عنصر المفاجأة، أحد الخصائص الأساسية التي تتميز بها فكرة عدم التوقع سواء في مجال العلاقات التعاقدية، أو خارج نطاق هذه العلاقات.

ثالثاً: وجود علاقة بين عدم التوقع والمدة التي يستغرقها الحادث:

رابعاً: اعتبار ظروف الزمان والمكان:

المطلب الخامس موقف الفقه الإسلامي من فكرة عدم التوقع هذه الفكرة نجدها متوفرة فيما يعرف في الفقه الإسلامي بالجوائح، والتي يقصد بها كل حدث عام طارئ لا يستطيع دفعه عادة والتي ليس في الإمكان توقعها، إذ لو أمكن توقعها لما شرع الشارع الحكيم وضعها، وكان على العاقدین

تحمل ما وقع وطراً على المعقود عليه في حالة تفريطهما أو تقصيرهما. هذا في شأن الجائحة.

وكذلك الحال في شأن الأعذار المبيحة للفسخ في الإجارة، إذ من الشروط التي يجب توفرها لفسخ العقد: أن يكون العذر الطارئ على العقد غير متوقع الوقوع

وبناء على ما سبق: نجد أن هناك تشابه قائم بين فكرة اشتراط عدم التوقع في النظام واشتراط عدم التوقع في تطبيقات الفقه الإسلامي - كالجوائح والأعذار المبيحة لفسخ عقد الإجارة- أن كلاً منهما يفترض وقوع أمر لم يكن متوقعاً عند إبرام العقد، على أن لا يجعل لتنفيذ العقد مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً لأحد المتعاقدين.

المبحث الثالث أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي وفيه مطلبان: المطلب الأول المقصود بالصعوبات ذات الطابع الاستثنائي في النظام يقصد بالحادث الاستثنائي: هو الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وتقع وفقاً لنظام معلوم ومما تجد الإشارة إليه في هذا الصدد أن عبئ الإثبات يقع على عاتق المتعاقد طالب التعويض

المطلب الثاني المقصود بالصعوبات ذات الطابع الاستثنائي في الفقه الإسلامي، وتطبيقاته الفقهية

يمكن أن نصوغ تعريفاً لمعناها في الفقه الإسلامي فنقول: هو كل حدث يندرج وقوعه بحيث يبدو شاذاً بحسب المؤلف من شؤون الحياة، فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في ضمانه.

أما من حيث التطبيقات الفقهية لطابع الاستثنائي، نجد أنه أقرب تلك التطبيقات هي مسألة: وضع الجوائح في بيع الثمار، ومسألة: الأعداء في عقود الإجارة.

لذا نجد أن الشرط وهو كون الصعوبات ذات طابع استثنائي في النظام، متفقاً تماماً مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية في معالجتها لمبدأ وضع الجوائح، ومبدأ العذر في الإجارة وعليه: فيكون المكان الخصب لتطبيق هذا الشرط بالنسبة للفقه الإسلامي هو في مسألة وضع الجوائح لوجود التشابه التام من حيث الطابع الاستثنائي الذي ينبغي توافره لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النظام.

المبحث الرابع أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المقصود بالصعوبات الخارجة عن إرادة المتعاقدين في النظام. يلزم أن لا يكون الصعوبات المادية التي تواجه المتعاقد أثناء التنفيذ حسب هذه النظرية من فعل أحد الطرفين.

فإن كانت تلك الصعوبات قد نشأت بسبب عمل الإدارة، فإن المتعاقد يحصل على التعويض نتيجة لما تعرض له من صعوبات وذلك وفقاً لقواعد المسؤولية التعاقدية، أو على أساس نظرية عمل الأمير إذا توافرت شروط تطبيقها. أما إذا كانت هذه الصعوبات نتيجة تقصير المتعاقد أو إهماله، فإنه والحالة هذه يتحمل وحده هذا التقصير والإهمال، ولا حق له بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية وعليه أن يثبت أنه لم يكن وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل. كذلك لا يجوز له أيضاً: طلب التعويض إذا ثبت أثناء التنفيذ مخالفته لشروط الإدارة الخاصة بتنفيذ العقد.

المطلب الثاني موقف الفقه الإسلامي من هذا الشرط إذا نظرنا إلى تطبيقات الفقه الإسلامي، نجد أن المكان الخصب لتطبيق هذا الشرط هو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالجوائح، إذ أن المقصود بما حدث طارئ أثناء تنفيذ العقد غير متوقع الحدوث وقت إبرامه، ويتعذر دفعه أو تجنب آثاره، مما يسبب خسارة فادحة للمتعاقد إذا استمر في تنفيذ التزامه.

ولكي يحصل المشتري على التعويض في مسألة الجوائح: يشترط ألا يكون حدوثه بسبب منه وإلا كان وحده هو المسؤول.

وبذلك يتبين: أن النظام المقارن يتفق تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي من وجوب كون الصعوبات التي أصابت المعقود عليه خارجة عن إرادة المتعاقدين ولم يحدث من العاقدين تماون أو تقصير تجاه المعقود عليه.

المبحث الخامس أن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال بالتوازن المالي للعقد جاء هذا الشرط منصوصاً عليه في القضاء الإداري السعودي، والمتمثل (بديوان المظالم) في القضية رقم 1/677/ف لعام 1405هـ إذ جاء من ضمن الشروط التي يجب توفرها لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة « أن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال بالتوازن المالي للعقد» الحكم رقم 19/د/أ لعام 1412هـ في ص(126)

فما المقصود بهذا الشرط في النظام؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي منه، وما المقصود بالعقود الجزافية؟ وما مدى صحة التعويض عنها في ظل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وما موقف الفقه الإسلامي من اعتبار صحة العقود الجزافية. هذا ما سنتناوله في هذا المبحث وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: المراد بالإخلال بالتوازن المالي في العقد يمكن أن نصوغ تعريفاً لاختلال التوازن المالي للعقد في ظل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأن يقال: « ما يلحق المتعاقد من تكاليف وخسائر مالية يستحق التعويض عنها إن كان مرجعها عائداً إلى صعوبات مادية غير متوقعة واجهها عند تنفيذ العقد.

المطلب الثاني ضابط معرفة الإخلال بالتوازن المالي للعقد في ظل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فلا بد أن تؤدي هذه الصعوبات الاستثنائية إلى أن يكون تنفيذ العقد مرهقاً، وأكثر كلفة من الناحية المالية، مع إمكان الاستمرار في تنفيذ العقد، بمعنى: ألا تصل هذه الصعوبات إلى درجة استحالة التنفيذ وهو ما يسمى « بحالة القوة القاهرة ». وللقاضي الإداري سلطة تقديرية للكشف عما إذا كانت هذه الصعوبات تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً أم لا

المطلب الثالث موقف الفقه الإسلامي من شرط الإخلال بالتوازن المالي للعقد من المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية، مبدأ رفع الحرج ورفع الضرر، ووجوب العدل، والمحافظة على حقوق الآخرين.

كما أن من المقرر لدى الفقهاء أن للإدارة حقوقاً تمكنها من تحقيق المصالح العامة من خلال العمل على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد،

كما أن الشريعة الإسلامية لا تمنع من إيجاب التزامات على الجهة العامة والمتمثلة في الإدارة تجاه المضرور وهو المتعاقد معها، ولتي يكون من شأنها أن تحفظ التوازن المالي للعقد، وتدفع ما قد يعتريه من ضرر، وأساس ذلك كله قاعدة الضرر يزال. فبتأمل هذه القاعدة، يسهل إدراك ما ترمي إليه من خير للفرد والمجتمع، وكبح لنوازع الشر، والفتنة، والاختلاف

المطلب الرابع المراد بالعقود الجزافية عند شرح الأنظمة « العقود التي تتضمن تحديداً لكمية الأعمال المطلوبة تحديداً إجمالياً لما تلتزم الإدارة بدفعه من ثمن يقابلها » وهو الراجح من هذه التعاريف

المطلب الخامس المراد بالعقود الجزافية في الفقه الإسلامي التعاقد على صفقة بمبلغ مقطوع معين من دون تحديد للكيل أو للوزن

المطلب السادس مدى صحة التعويض عنها في ظل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

عن مدى صحة التعويض عن العقود الجزافية في ظل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

فيرى القضاء الإداري: أن طابع العقود الجزافية في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أن يجب حينئذ أن يكون من شأن تلك الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد، ويقدر هذا الإخلال بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت لمواجهة الصعوبات المادية وبين القيمة الإجمالية للعقد.

المطلب السابع موقف الفقه الإسلامي من صحة العقود الجزافية

من الأدلة التي تدل على صحة هذا البيع:

من الكتاب: قوله تعالى: الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ سورة البقرة، الآية (275).

ومن السنة: ما جاء عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أنه قال: «كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرِّكْبَانِ جَزَافًا، فَهَانَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ».

وفي رواية «رَأَيْتَ النَّاسَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا ابْتَاعُوا الطَّعَامَ جَزَافًا، يُضْرَبُونَ فِي أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِمْ، وَذَلِكَ حَتَّى يَأْوُوا إِلَى رِحَالِهِمْ»
أخرجه البخاري رقم الحديث (2137)، ومسلم برقم (1527)

ولهذا اتفق الفقهاء على جوازه من حيث الجملة، والأظهر عند

الشافعية جوازه مع الكراهة

وقد اشترط علماء المالكية لجواز بيع الجزاف ستة شروط:

الشرط الأول: أن يرى المبيع جزافاً حال العقد، أو قبله

الشرط الثاني: أن يجهل المتبايعان معاً قدر الكيل أو الوزن أو العدد، فإن

كان أحدهما يعلم قدرها فلا يصح.

الشرط الثالث: أن يحرزا ويقدر قدره عند إرادة العقد عليه.

الشرط الرابع: أن تستوي الأرض التي يوضع عليها المبيع.

الشرط الخامس: ألا يكون ما يراد بيعه جزافاً كثيراً جداً

الشرط السادس: أن يشق عده ولا تقصد إفراده بالبيع، سواء قل ثمنه أو لم

يقل أما إذا لم يشق عده لم يجز أن يباع جزافاً، سواء

أقصدت أفراده أم لم تقصد، قل ثمنها أو لم يقل

المبحث السادس مدى صحة اشتراط الإعفاء من المسؤولية من قبل الإدارة

المطلب الأول: مدى صحة اشتراط الإعفاء من المسؤولية من قبل الإدارة

فيما لو صادف المتعاقد صعوبات مادية غير متوقعة في

النظام. يرى أكثر شراح القضاء الإداري: عدم مشروعية

الاتفاق المبرم بين الإدارة والمتعاقد، والذي يكون من

شأنه التنازل بصورة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن

أي ضرر يواجهه المتعاقد أثناء التنفيذ بسبب الصعوبات

المادية غير المتوقعة

بالنسبة للوضع في القضاء الإداري السعودي، والمتمثل (بديوان المظالم) فقد

اعتبر تنازل المتعاقد عن التعويض في حالة مواجهته لصعوبات مادية،

والنص على ذلك في العقد، أن ذلك مقصور على الصعوبات العادية فقط.

وقد جاء ذلك في قرار لجنة التدقيق رقم 7/ت لعام 1398هـ بقولها: «

وقد استقر الرأي تماماً لدى تطبيق هذه النظرية على تفسير ما تضمنته

العقود من شروط صريحة تُحمّل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيًا كانت طبيعة الأرض، أو الصعوبات التي يصادفها عند التنفيذ، على أن هذه الشروط تعني الصعوبات العادية، أما بالنسبة للصعوبات غير العادية والاستثنائية فإن المتعاقد مع الإدارة لا يتحمل مغبتها رغم تلك الشروط وذلك استناداً إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود قرار لجنة التدقيق رقم 7/ت لعام 1398هـ في القضية رقم 205/ق لعام 1396هـ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا بديوان المظالم لعام 1400هـ ص(104-105).

المطلب الثاني موقف الفقه الإسلامي من هذا الشرط الأصل في الشروط في الفقه الإسلامي، الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله بالنص أو بالقياس، وقد دل على ذلك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة فمن الكتاب: قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ المائدة: 1.

ومن السنة: عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ « الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً » ذكره البخاري (135/2)، وأبوداود برقم (3594)، وأحمد برقم (8784) والترمذي برقم (1402) (ج3/185)، وقال: هذا حديث حسن صحيح

وأما من المعقول فيقول شيخ الإسلام ابن تيمية: « أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم

وبناء على ذلك: نجد أنه لا يوجد ما يمنع من اشتراط الإدارة على المتعاقد، الإعفاء من المسؤولية فيما لو واجه المتعاقد أثناء تنفيذه صعوبات طبيعية غير متوقعة، وأنه ليس له حق المطالبة بالتعويض.

وبذلك يتضح: أن الفقه الإسلامي يخالف ما استقرت عليه القضاء

الإداري: من عدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الإدارة والمتعاقد، والذي يكون من شأنه التنازل بصورة مطلقة عن المطالبة بالتعويض فيما لو واجهه المتعاقد صعوبات مادية غير متوقعة أثناء متابعة تنفيذ العقد. والله أعلم.

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المبحث الأول: بقاء التزامات المتعاقد رغم الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الأول: وجوب استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد.

يجب على المتعاقد مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ التزامه التعاقدى رغم وجود الصعوبة المادية، ما دام أثرها يقف عند حدٍّ يجعل التنفيذ أكثر تكلفة وليس مستحيلاً، إذ استحالة التنفيذ تؤدي إلى تطبيق نظرية القوة القاهرة، والتي بموجبها يُعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية.

فإذا توقف المتعاقد تعرض لعقوبة التأخير، وفقد حقه في المطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية، وقد نصت المادة التاسعة والأربعون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات السعودي على أنه « لا يجوز للمتعاقد التحلي عن تنفيذ التزاماته استناداً إلى إخلال الجهة الحكومية في تنفيذ التزاماتها ».

المطلب الثاني موقف الفقه الإسلامي من وجوب استمرار المتعاقد من خلال التطبيقات الفقهيّة التي سطردها، كما في مسألة الأعدار، أو الجوائح، نجد أن الأثر المترتب على حصول تلك الأعدار والجوائح، يجعل المتعاقد وهو المشتري، أو المستأجر محيّراً بين الاستمرار بالعقد، أو فسخه

وهذا الأثر مغاير لما هو مستقرٌ في الفقه القضائي إذ أن الأخير يلزم المتعاقد بالاستمرار.

المطلب الثالث إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في النظام نصت المادة الحادية والخمسون من نظام المنافسات والمشتريات السعودي على أن « يتم تمديد العقد وإعفاء من الغرامة باتفاق الجهة الحكومية المتعاقدة مع وزارة المالية إذا كان التأخير ناتجاً عن ظروف طارئة، أو لسبب خارج عن إرادة المتعاقد، بشرط أن يتناسب مدة التأخير مع هذه الأسباب » ظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/58 وتاريخ 1427/9/4هـ..

ويشترط لإمكان تمديد العقد ما يلي:

- 1- أن يكون التأخير ناتجاً عن ظروف طارئة أو لسبب خارج عن إرادة المتعاقد.
- 2- لا يجوز للجهة الحكومية إصدار قرار التمديد إلا بعد الاتفاق مع وزارة المالية، حيث نصت المادة الثانية والتسعون من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات السعودي على أنه « لا يجوز للجهة الحكومية إصدار قرار بتمديد العقد، أو إبلاغ المتعاقد بتمديد عقده، في غير الحالات المحددة بموجب المادة (الثانية والخمسين) من النظام، ما لم يتم الاتفاق بذلك مع وزارة المالية... » صدرت اللائحة بقرار معالي وزير المالية رقم 362 وتاريخ 1428/2/20هـ.

ومن ضمن النظريات الخارجة عن إدارة المتعاقد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تهدف بدورها إلى تحقيق التوازن المالي بين طرفي التعاقد إذا حدث ما يخل به.

3- أن تتناسب مدة التأخير مع الأسباب الطارئة: فإذا ما انتهت تلك الصعوبات وتلك الظروف واستمر تأخر المتعاقد أو كانت مدة التأخير تستغرق مدة أطول من المدة التي حدثت فيها تلك الظروف وانتهت فإنه لا يجوز تمديد فترة تنفيذ العقد.

4- لا ينظر في تمديد العقد والإعفاء من الغرامة إلا بعد استلام الأعمال استلاماً ابتدائياً، أو استلام الأصناف الموردة في عقود التوريد، حيث نصت المادة الثالثة والتسعون من اللائمة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات على أنه « لا يُنظر في تمديد العقد وإعفاء المتعاقد من الغرامة، في الحالات المحددة بموجب المادة (الحادية والخمسين) من النظام، إلا بعد استلام الأعمال استلاماً ابتدائياً، أو استلام الأصناف الموردة في عقود التوريد ».

المطلب الرابع إعفاء المتعاقد من الغرامات في الفقه الإسلامي
جاء في قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (25) وتاريخ 394/8/21هـ بشأن: حكم الشرط الجزائي ما يؤيد ذلك فقد قرّر المجلس بالإجماع « أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال

بالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول «
 أبحاث هيئة كبار العلماء، إعداد: الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، طبعة:
 رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء ط2/1425، ج(1/295).
 كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر
 الإسلامي القرار في الدورة الثانية عشرة، ج(2/303-306).
 ، إجازته لبعض صور الشرط الجزائي، ومن صور الشرط الجزائي التي
 أجازها المجمع: عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة
 للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر
 في تنفيذه كما جاء من ضمن القرار: سادساً: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا
 أثبت من شرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته.
 المطلوب الخامس المقارنة بين إعفاء المتعاقد من الغرامات في النظام والفقه
 الإسلامي سبق أن بينا في المطلبين السابقين أحكام إعفاء المتعاقد من
 الغرامات في النظام والفقه الإسلامي، واتضح من ذلك: أن المتعاقد مع
 الإدارة متى تأخر في تنفيذ العقد الإداري فإنه يترتب عليه غرامات محددة
 من قبل الإدارة، إلا أن هذا لا يعني أن كل تأخير يفرض مقابلة الغرامة
 المحددة، إذ التأخير الذي يسأل المتعاقد مع الإدارة: هو ذلك التأخير الذي
 يحدث بسببه، أما التأخر الذي يحدث بسبب أمر خارج عن إرادته كما هو
 الشأن في الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يعفى عن تلك الغرامات

المفروضة فلا يسأل عنها، وبالتالي لا يحق للإدارة أن تفرض الغرامة مقابل ذلك التأخير. وهذا أمرٌ لا يختلف فيه النظام والفقهاء الإسلامي، والله أعلم. المبحث الثاني حق المتعاقد في الحصول على التعويض في النظام والفقهاء الإسلامي

المطلب الأول: تعريف التعويض في اللغة.

التعويض في اللغة: من العوّض، كَعَنِبَ، وهو البدل، أو الخلف، والفعل منه: العَوَّضُ، والاسم منه: العَوَّضُ، والمعوّضة، والمستعمل التعويض، والجمع منه: أعواض.

المطلب الثاني تعريف التعويض في النظام مبلغ من المال يدفع إلى شخص معيّن مقابل ضرر لحق به.»

المطلب الثالث تعريف التعويض في الفقه الإسلامي

لم تذكر كتب الفقه القديمة لفظ التعويض بعينه - كمصطلح لما نريده - ولكنها استعملت بدله لفظ الضمان وقد عرّف الضمان - بمعناه المراد هنا - بتعاريف متعددة منها: وهو لمجملّة الأحكام العدمية بأنه « إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات ».

وهو أرجح التعاريف التي تعرضت لمعنى الضمان ويرجع سبب الترجيح لهذا التعريف بالنسبة للباحث لأمرين:

أولاً: عدم حصره للضمان بحالة الهلاك أو التلف.

ثانياً: خلوه من الاعتراضات التي أوردت على التعاريف السابقة والله أعلم.

المطلب الرابع التأصيل النظامي للتعويض الكامل الناشئ عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

استقر الرأي لدى شراح الأنظمة: أنه في حالة تحقق نظرية الصعوبات المادية، -بتحديدها السابق- فإن من حق المتعاقد حصوله على التعويض الذي يغطي النفقات الإضافية التي تحملها من جراء تلك الصعوبات، ويكون هذا التعويض تعويضاً كاملاً عن كافة الأضرار. وقد أصبح هذا الأمر مستقرًا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والذي ينص صراحة على الأخذ بقاعدة التعويض الكامل عند توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وكذلك الحال بالنسبة للقضاء الإداري المصري.

أما بالنسبة للقضاء الإداري السعودي: فقد أولى جانب التعويض اهتماماً بالغاً، إقائاً منه بأن مسار العدالة لن يكتمل إلا به، ولا أدل على ذلك من تخصيص جهة قضائية مستقلة، تتصدى للنظر مباشرة للدعاوى المقامة من المتعاقدين مع الأجهزة الحكومية، بطلب التعويض الناشئ عن توفر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهذا ما أدلت به المادة الثالثة عشرة (ف/د) من نظام ديوان المظالم لعام 1428هـ والتي تنص على أنه: تختص المحاكم الإدارية بالفصل في «الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها».

و مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد، لا يحول دون تحميله قيمة ما ينسب إليه من خطأ، وعدم تبصّر تسبب في زيادة آثار الصعوبات المادية غير المتوقعة. جاء في المادة الحادية عشرة من عقد الأشغال العامة نموذج عقد الأشغال العامة حسب ما تضمنه قرار مجلس الوزراء المؤقر رقم 136 وتاريخ 1408/6/13هـ.: « يفترض في المقاول أن يكون قد استكمل معلوماته قبل تقديم عطاءه وتأكد من أن الأسعار التي دونها في قائمة الكميات وفئات الأسعار تكفي لتغطية جميع التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد وغيرها من الأمور والأشياء الضرورية لإنجاز وصيانة الأعمال بشكل متقن وسليم وفي حالة ما إذا اعترضت المقاول أثناء تنفيذ الأعمال أية صعوبات مادية أو عقبات غير عادية لم يكن في إمكان أي مقاول مجرب توقعها عقلاً فإن عليه أن يقوم فوراً وفي ميعاد لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ اكتشاف هذه الصعوبات والعقبات بإخطار المهندس خطياً بذلك وعلى المهندس في هذه الحالة أن يقدم تقريراً في الموضوع إلى صاحب العمل متضمناً رأيه في التكاليف الإضافية التي تكبدها المقاول بسبب تلك الصعوبات والعقبات إذا تأكد من وقوعها وذلك للنظر فيه من قبل صاحب العمل وتقرير ما يراه مناسباً بشأنه، على أنه إذا لم يتقدم المقاول خلال العشرة أيام المذكورة بإخطار المهندس، والمطالبة بالتعويض سقط حقه في هذه المطالبة ».

المطلب الخامس موقف الفقه الإسلامي من التعويض الناشئ عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا شك أن مشروعية التعويض عن الأضرار

في الشريعة الإسلامية من أهم المبادئ التي تعتمد عليها شريعة الإسلام في تحقيق مقاصدها، وتجسيد روحها السمحة الخيرة، التي تهدف إلى إصلاح دنيا الناس. وقد دل على مشروعية التعويض: الكتاب والسنة، والعقل السليم.

فمن أدلة القرآن الكريم: قوله تعالى وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ سورة الأنبياء، آية (78).

ومن أدلة السنة: ما ثبت في الصحاح من حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن إحدى زوجات النبي ﷺ أهدت إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة - رضي الله عنها - القصعة بيديها، فكسرتها، فوقع ما فيها من طعام على الأرض، فقال رسول الله ﷺ لعائشة: « طعام بطعام، وإناء بإناء » أخرجه الترمذي في سننه برقم: (1409) وأحمد في المسند برقم (12027) وأبوداود (3567)، وابن ماجه (2334)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. المطلب السادس إجراءات رفع دعوى التعويض في النظام والفقهاء الإسلامي وفيه فرعان:

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى التعويض في النظام: أصبح ديوان المظالم يختص بنظر كل طلبات دعوى العقود الإدارية، بل الدعوى المتعلقة بالعقود الإدارية التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها الفقرة (د) المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم لعام 1428هـ...

وفد بينت لائحة قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (190) لعام 1409هـ. الإجراءات الواجب اتباعها في دعوى التعويض (دعوى العقود) وتبدأ هذه الإجراءات من تقديم طلب الدعوى لدى ديوان المظالم حتى تنفيذ الحكم فيها وهي كما يلي:

أولاً: كتابة الطلب بالدعوى: وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم بقولها « ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي... » على أن يتضمن طلب الدعوى بيانات عن المدعي والمدعى عليه، وبيان موضوع الدعوى -أي الحق المدعى به- مع بيان الأسس التي يستند إليها المادة الثانية من لائحة المرافعات أمام ديوان المظالم..

ثانياً: تقديم الطلب إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينوب عنه: وهو ما نصت عليه المادة الأولى من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم بقولها: « ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه... » .

ثالثاً: إحالة ملف الدعوى إلى الدائرة المختصة: وهو ما يقوم به رئيس ديوان المظالم، أو من ينيبه، وفقاً للمادة الأولى من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، والتي جاء فيها: «... ويحيل رئيس الديوان الدعوى إلى الدائرة المختصة... »، ولضمان استلام الطلب، أن تأخذ

الدعوى رقمًا تعرف به بعد أن يتم تسجيلها في السجل المختص لذلك، ويقوم رئيس المحكمة الإدارية المختصة، بتحديد موعدًا للنظر في الدعوى، وتبليغ أطراف الدعوى، وكلاً من وزارة المالية وديوان المراقبة العامة. كما يجب ألا تقل الفترة بين الإبلاغ وموعد المرافعة عن ثلاثين يوماً المادة الخامسة من لائحة المرافعات أمام ديوان المظالم..

رابعاً: ميعاد دعوى العقود الإدارية: يتم تحريك دعوى العقود الإدارية للمطالبة بالتعويض في مواجهة الإدارة من لحظة نشوء الحق حتى انتهاء خمس سنوات، أما لو سكت المضرور طوال خمس سنوات فإن حقه يسقط بالتقادم، ما لم يكن ثمة عذر شرعي حال دون رفع الدعوى يثبت لدى المحكمة الإدارية المختصة المادة الرابعة من قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم.

خامساً: تحضير الدعوى: ورد النص عليه في عجز المادة الأولى من قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم: «... وللدائرة المختصة الاستعانة بأحد المتخصصين لتحضير الدعوى تحت إشرافها».

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من إجراءات رفع دعوى التعويض. الفقهاء المسلمون القدامى لم يعرفوا هذه الإجراءات، ولم يوردوها في مصنفاتهم، فإن هذا لا يمنع من اعتبارها وتأييدها، لأنه من الممكن تخريجها على أصل مراعاة المصالح، لأنها من قبيل المصالح المرسلة، حيث لم يرد في الشريعة ما يبطلها، أو ما يمنع منها

المطلب السابع تطبيقات على مبدأ التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تمهيد: إن مجال نظرية الصعوبات المادية محدود إذ يكاد يقتصر على عقود الأشغال العامة، ولأنه يوجد مبدأ عام في هذه العقود مؤداه التزام المقاول بالتحري بنفسه عن طبيعة العمل والظروف المحيطة به المادة 48 من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وهذا ما يقلل من احتمالات تطبيق نظرية الصعوبات المادية

الفرع الأول: القرارات الوزارية التي صدرت بشأن التعويض الناشئ عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

أولاً: قرار مجلس الوزراء رقم 861 في 1388/5/10 هـ:

وتتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها هذا القرار في أن إحدى الوزارات تعاقدت مع شركة للمقاولات على تنفيذ مشروع مجاري ومياه مدينة الخبر ومحطة مياه الدمام، وأثناء التنفيذ واجهتها صعوبات جعلت تنفيذ التزامها أكثر مشقة وأرفع كلفة، وقد تظلمت تلك الشركة إلى الوزارة وطالبت بتعويضها عما لحق بها من خسائر، وبعد عرض القضية على مجلس الوزراء وافق بقراره المذكور على تعويض الشركة عما أصابها من خسائر ناتجة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهتها.

ثانياً: قرار مجلس الوزراء رقم 696 في 1391/9/6 هـ:

وتتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها هذا القرار في أن وزارة المعارف تعاقدت مع أحد المقاولين على بناء مدرسة بالأحساء، وأثناء تنفيذ المقاول لالتزامه واجهته صعوبات غير متوقعة في موقع المدرسة، مما اضطره إلى القيام بردميات في هذا الموقع بعد انتهاء المقاول من العمل تقدم بطلب إلى الوزارة يطالبها بالتعويض عن الخسارة التي لحقت به نتيجة أعمال الردميات. وبعد عرض الموضوع على مجلس الوزراء وافق بقراره المذكور على تعويض المقاول نظير ما قام به من أعمال الردميات التي اقتضتها طبيعة الأرض التي قامت عليها المدرسة.

ثالثاً: قرار مجلس الوزراء رقم 764 ر في 12/6/1393هـ:

وتتلخص وقائع القضية التي صدر القرار بشأنها في أن وزارة الزراعة تعاقدت مع أحد المقاولين على إقامة شبكة مياه الشرب لبلدة المبرز بالأحساء وحين بدأ المقاول في أعمال الحفر للمواسير تبين وجود بيارات مجاري كثيرة بالشوارع اعترضت أعمال الحفر وتمديد المواسير، وعلى ضوء ذلك قرر مجلس الوزراء بقراره المذكور تعويض المقاول مقابل الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء التنفيذ والمتمثلة في وجود بيارات كثيرة اعترضت أعمال الحفر وتمديد المواسير، مما جعل تنفيذ التزامه أشد صعوبة وأكثر كلفه.

الفرع الثاني: تطبيقات ديوان المظالم بشأن التعويض الناشئ عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

أولاً: قرار ديوان المظالم (رقم 7/ت لعام 1398هـ جلسة 6-
1398/2/7هـ القضية رقم 205/ق/لعام 1396) المتضمن: «
أن مجمل هذه النظرية أنه إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته
صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال
من الأحوال عند إبرام التعاقد تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فإن
من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من
أضرار قرار لجنة التدقيق رقم 7/ت لعام 1398هـ في القضية رقم
205/ق لعام 1396هـ، مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي
قررتها لجنة تدقيق القضايا بديوان المظالم لعام 1400هـ
ص(104-105).

ثانياً: ما أصدره ديوان المظالم (الدائرة الإدارية الأولى) في المملكة العربية
السعودية قراره في القضية رقم 677/أ/ق لعام 1405هـ بخصوص
أحقية التعويض طبقاً لهذه النظرية الحكم الآتي: «أحقية
شركة..... بتعويض مقداره 1.098.373 فقط
مليون وثمانية وتسعون ألفاً وثلاثمائة وثلاثة وسبعون ريالاً تلتزم
وزارة..... بدفعه لها ورفض ما عدا ذلك من طلبات».
وقد جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي: «وحيث أنه بغض النظر عما
أثاره وكيل المدعية فإن نظر الدعوى سيكون على أساس نظرية الصعوبات
المادية فقط وحيث أنه من المعروف أن فترة تنفيذ العقد فترة تطور عمراني

وزراعي وقد ساهم هذا التطور بدون شك في النيل من قدرات المتعاقد على التنفيذ وحيث أن هذا الواقع كاف في نظر الدائرة للقول بتحقق الظرف الموجب للتعويض..... « قرار ديوان المظالم السعودي رقم 19/د/أ/ لعام 1412هـ،

ولقد أعاد ديوان المظالم النظر في هذه القضية بعد صدور هذا القرار وأصدر الحكم رقم 11/د/أ/ لعام 1414هـ من قبل الدائرة الأولى والمتضمن تأييده للقرار المشار إليه فيما يتعلق بأحقية التعويض ومقداره وقد تم تأييد الحكم من هيئة التدقيق الإداري الدائرة الثانية بحكمها رقم / رقم 255/ت/2 لعام 1414هـ المصدر السابق

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

بيع الاستحراق و تطبيقاته المعاصرة

إعداد

عبدالعزیز بن محمد بن حمد الشیبب

إشراف

د. هشام بن عبدالمملك آل الشيخ

1430-1431هـ

البحث قبل التلخیص بالمقدمة والفهارس بحجم A4 226

البحث قبل التلخیص بدون المقدمة والفهارس بحجم A4 199

البحث بعد التلخیص بحجم A4 62

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث: يتكون البحث من: مقدمة، وتمهيد، وثلاثة فصول، وخاتمة:

المقدمة: وفيها بيان أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته.

التمهيد، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف البيع.

المبحث الثاني: صور البيع. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صور البيع باعتبار صيغته.

المطلب الثاني: صور البيع باعتبار ماهية البديلين.

المطلب الثالث: صور البيع باعتبار الحلول وعدمه.

المبحث الثالث: دخول الأجل على عقد البيع. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دخول الأجل على الثمن.

المطلب الثاني: دخول الأجل على المثلث.

المطلب الثالث: دخول الأجل على كلا البديلين.

الفصل الأول: تعريف بيع الاستجرار وصوره وأركانه، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف بيع الاستجرار، وأسمائه، والمصطلحات ذات الصلة

به. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف بيع الاسترجار.

المطلب الثاني: أسماء بيع الاسترجار ومضان ذكره عند الفقهاء.

المطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة.

المبحث الثاني: صور بيع الاسترجار، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صور بيع الاسترجار من حيث تقديم الثمن وتأخيرها.

المطلب الثاني: صور بيع الاسترجار من حيث العلم بالثمن.

المطلب الثالث: صور بيع الاسترجار من حيث المثمن.

المبحث الثالث: أركان بيع الاسترجار، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصيغة في بيع الاسترجار.

المطلب الثاني: العاقدان في بيع الاسترجار.

المطلب الثالث: المعقود عليه في بيع الاسترجار، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الثمن في بيع الاسترجار.

الفرع الثاني: المثمن في بيع الاسترجار.

الفصل الثاني: حكم بيع الاسترجار، وآثاره، وأوصافه، وفيه ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: حكم بيع الاستجرار، وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: حكم بيع الاستجرار بثمن مؤخر، وفيه فرعان:
- الفرع الأول: حكمه إذا كان الثمن معلوماً.
- الفرع الثاني: حكمه إذا كان الثمن مجهولاً.
- المطلب الثاني: حكم بيع الاستجرار بثمن مقدم، وفيه فرعان:
- الفرع الأول: حكمه إذا كان الثمن معلوماً.
- الفرع الثاني: حكمه إذا كان الثمن مجهولاً.
- المطلب الثالث: حكم بيع الاستجرار إذا كان مؤجل البدلين، وفيه فرعان:
- الفرع الأول: صور بيع الدين بالدين وحكمه.
- الفرع الثاني: علاقة بيع الاستجرار ببيع الدين بالدين.
- المبحث الثاني: الآثار المترتبة على بيع الاستجرار، وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: الآثار المترتبة على الصور الصحيحة.
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الصور الفاسدة.
- المبحث الثالث: أوصاف بيع الاستجرار، وفيه ثلاثة مطالب:
- المطلب الأول: الشروط في بيع الاستجرار.

المطلب الثاني: الخيار في بيع الاسترجار.

المطلب الثالث: القبض في بيع الاسترجار، وفيه فرعان:

الفرع الأول: قبض الثمن.

الفرع الثاني: قبض المثمن.

الفصل الثالث: التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار في عقود التوريد.

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار في المعاملات المصرفية.

المبحث الثالث: التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار في قسائم بيع الهدايا وتسويق المنتجات.

المبحث الرابع: التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار في الاشتراك في الخدمات والمنافع، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التكلفة الشهرية لاستهلاك الكهرباء والمياه.

المطلب الثاني: التكلفة الشهرية لاستهلاك خدمة الإنترنت.

المطلب الثالث: التكلفة الشهرية لاستهلاك خدمة الهاتف.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

الفهارس العامة.

التمهيد، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف البيع.

أولاً: تعريف البيع لغة: "البيع" ضد الشراء، وهو مصدر "باع يبيع بيعاً

ثانياً - تعريف البيع اصطلاحاً:

التعريف المختار: مبادلة مال بمال على وجه المعاوضة.

المبحث الثاني صور البيع وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صور البيع باعتبار صيغته.

الصورة الأولى: الصيغة القولية: وهي عبارة عن اللفظين الصادرين عن المتعاقدين الدالين على إرادتهما للبيع ورضاهما به، ويتمثل ذلك في الإيجاب والقبول اللذين وقع الخلاف بين الفقهاء فيهما، من جهة تعيين ما يعتبر إيجاباً وتعيين ما يعتبر قبولاً.

وأعرض الخلاف في ذلك بإيجاز فيما يلي:

الخلاف في تعيين الإيجاب والقبول: لأهل العلم في تعيين ما يعدُّ إيجاباً وما يعدُّ قبولاً قولان؛

القول الأول: أن الإيجاب: ما يصدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، سواء كان البائع أو المشتري، والقبول هو ما يصدر ثانياً وهو مذهب الأحناف.

القول الثاني: أن الإيجاب: هو ما صدر من البائع وإن صدر ثانيًا، والقبول هو ما صدر من المشتري وإن صدر أولاً، وهو رأي الجمهور، وعلى هذا الرأي: فلا عبرة باللفظ الصادر أولاً في كونه إيجابًا، وكذلك لا عبرة باللفظ الصادر ثانيًا في كونه قبولًا؛ بل ما يصدر عن المشتري هو القبول تقدم أو تأخر، وما يصدر عن البائع هو الإيجاب تقدم أو تأخر.

الترجيح: التأمّل في القولين يترجح لدي رأي الأحناف؛ وذلك لما يلي:

1- أن الإيجاب في اللغة يدور حول معنى الإثبات والمبتدئ بالتلفظ من المتعاقدين إنما يريد إثبات العقد، سواء كان بائعًا أو مشتريًا؛ فكان ما صدر منه إيجابًا، وما صدر من الآخر قبولًا..

2- أن رأي الأحناف أشمل في التطبيق من رأي الجمهور؛ إذ إن رأي الجمهور لا بد لتطبيقه من تمييز البائع من المشتري، وثمة حالات يعسر معها تمييز البائع من المشتري؛ كالمقايضة، فكل واحد من المتعاقدين يصدق عليه أنه بائع وأنه مشتري، وبناءً على رأي الجمهور في تعيين الإيجاب والقبول، وبناءً على رأيهم أيضًا في اختلاف الأحكام عند تقدم القبول على الإيجاب- فإنه لا يمكن تعيين الإيجاب من القبول هنا؛ حتى يتسنى إجراء تفرعاتهم التي ذكروها في حال تقدم الإيجاب على القبول، في حين أن رأي الأحناف يشمل هذه الحالة أيضًا.

3- أن رأي الجمهور يبني عليه اختلاف الأحكام في حال تقدم القبول على الإيجاب، ورأي الأحناف لا ترد عليه تلك الحالة؛ فكان بذلك أضبط وأسلم من رأي الجمهور. ولذلك فإني أرجح رأي الأحناف.

الصورة الثانية: الصيغة غير القولية: الإيجاب والقبول لا ينحصران في الصيغة القولية فقط، بل يحصلان بالفعل من المبادلة المادية بنية البيع والشراء، وكذلك يحصلان بالتعبير عنهما بالكتابة والإشارة.

ومن خلال ما تقدم يظهر أنه علاوة على الصيغة القولية فإن لبيع صيغة أخرى؛ وهي الصيغة الفعلية المتمثلة فيما يعبر عنه الفقهاء بالمعاطاة أو التعاطي، وحقيقة المعاطاة: ن يوجد في أحد شقي العقد لفظ من أحد المتعاقدين ويشفعه الآخر بالفعل، أو لا يوجد لفظ أصلاً

فيظهر من خلال هذا التعريف أن المعاطاة تقوم على تعبير المتعاقدين أو أحدهما عن إرادة البيع بالمبادلة الفعلية: الأخذ والإعطاء؛ ومن هنا يظهر أيضاً أنّ للمعاطاة صورتين:

الأولى: أن يتم التعاطي بينهما دون أن يتلفظ أحدهما بما يدل على إرادته للبيع، واعتبار هذه الصورة من المعاطاة محل اتفاق بين الفقهاء.

الثانية: أن يعبر أحدهما عن إرادته للبيع أو الشراء بلفظه، والآخر بفعله. واعتبار هذه الصورة من المعاطاة محل خلاف بين الفقهاء؛ إذ هي عند الجمهور - خلافاً

للأحناف- تعتبر معاطاة، وليست كذلك عند الأحناف.

ومما يدخل في الصيغة غير القولية أيضاً: الإشارة والكتابة إذ تقوم مقام اللفظ والفعل في الدلالة على إرادة المتعاقدين ورضاهما

المطلب الثاني : صور البيع باعتبار ماهية البدلين. بما أن البيع يتم فيه مبادلة المبيع بالثمن، فإنه- بحسب ماهية البدلين المشار إليها آنفاً- لن يخلو من تسع صور؛ حاصلها ما يلي:

1- بيع عين بدين؛ وهذا هو البيع المطلق.

2- بيع عين بعين؛ وهو ما يسميه الفقهاء المقايضة.

3- بيع عين بمنفعة.

4- بيع دين بعين.

5- بيع دين بدين.

6- بيع دين بمنفعة.

7- بيع منفعة بعين.

8- بيع منفعة بدين.

9- بيع منفعة بمنفعة.

المطلب الثالث: صور البيع باعتبار الحلول وعدمه عقد البيع لا يخلو- من

جهة الحلول وعدمه - من أربع صور؛ حاصلها ما يلي:

الصورة الأولى: أن يكون حالاً وهي متحققة في كل بيع لم يشترط فيه التأجيل أحد المتعاقدين، وقد أطلق عليها بعض الفقهاء: بيع النقد.

الصورة الثانية: أن يؤخر الثمن ويعجل المبيع، وهو ما يسميه الفقهاء: البيع إلى أجل، أو البيع بالنسيئة، ويندرج تحت هذه الصورة صورتان: الأولى: أن يكون الثمن مؤجلاً كله إلى وقت معين.

الثانية: أن يكون الثمن مقسماً بأن يؤجل الثمن مجزأ على آجال متعددة.

الصورة الثالثة: أن يؤخر المثلث ويعجل الثمن، وهذه الصورة يظهر من كلام الفقهاء أنها محصورة في السلم، وذلك غير صحيح؛ بل إن تأجيل المثلث وتعجيل الثمن يشمل - علاوة على السلم - البيع المطلق المشترط فيه تأجيل المبيع.

الصورة الرابعة: أن يكون البيع مؤجلاً الثمن والمثلث، وهذا ما يسميه الفقهاء بيع الدين بالدين.

المبحث الثالث : دخول الأجل على عقد البيع وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دخول الأجل على الثمن. :التأجيل إذا دخل على الثمن،

فلا يخلو من أن يكون الثمن: ديناً، أو عيناً؛ فهنا صورتان بياهما ما يلي:

الصورة الأولى: أن يكون الثمن ديناً: إذا كان الثمن ديناً- أي: ثابتاً في

الذمة- واشترط تأجيله، فإن ذلك الاشتراط لن يخلو من حالتين: فإما أن

يكون تأجيله لأجل واحد فقط، أو لآجال متعددة؛ وعليه فشم حالتان

لتأجيل الثمن إذا كان ديناً؛ وهما ما يلي:

الحالة الأولى: تأجيل الثمن كله لأجل واحد: وهذه الحالة تتحقق فيما إذا لم

يُسلم من الثمن شيئاً، بل أجله كله لأجل واحد، وهذا ما يسميه الفقهاء:

البيع المؤجل أو بالأجل، أو بيع النسيئة؛ ويعنون به: البيع الذي تأخر فيه

الثمن وتعجل المبيع.

والأصل في هذا البيع هو الجواز من حيث الجملة، وأدلة جوازه من حيث

الأصل متضافرة؛ فقد حكى غير واحد من أهل الإجماع عليه؛

وعن جابر بن عبد الله- رضي الله تعالى عنهما- قال: غزوت مع النبي ج

فقال: كيف ترى بعيرك؟ أتبيعه قلت: نعم، فبعته إياه، فلما قدم المدينة غدوتُ

إليه بالبعير فأعطاني ثمنه أخرجه البخاري في صحيحه، (2967)، ومسلم (1221/3)

..(109/715)

وما تقدم من أن حكم هذا البيع الجواز، إنما هو من حيث الأصل، وإلا فقد يعتريه ما يخرجه عن الإباحة؛ فقد يكون محرماً؛ كما إذا اشترى البائع المبيع من المشتري بثمن أنقص من الأول؛ وهو المعروف عند الفقهاء بالعينة التي هي محرمة عند الجمهور منهم، وقد يكون مكروهاً؛ كما هو رأي الإمام أحمد فيمن ليس له تجارة غيره.

إذا تقرر ما تقدم، فثمة شروط لابد من توافرها لجواز البيع بثمن مؤجل؛ حاصلها ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الأجل معلوماً. وعليه: فإن الجهالة بالأجل ستكون مؤثرة في البيع، ويختلف الفقهاء في مدى تأثيره فيه، وليبيان ذلك فلا بد من التفصيل؛ فإن الأجل إذا لم يكن معلوماً فإنه لا يخلو من حالين:

الأولى: ألا يحدد المتعاقدان أجلاً فالأجل هنا وإن اشترط إلا أنه مجهول، وهذه الحالة محل خلاف بين الفقهاء على النحو التالي: اختلف الفقهاء في حكم الأجل المجهول على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أنه يصح، وينصرف الأجل إلى شهر.

القول الثاني: ذهب الجمهور إلى فساد البيع في هذه الصورة؛ لجهالة الأجل.

الثانية: أن يتم تحديد أجل مجهول، وهذه الحالة محل خلاف بين الفقهاء أيضاً،

على القولين التاليين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن البيع يفسد في حال جهالة الأجل فيه؛ لما يفضي إليه من المنازعة.

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية إلى بطلان البيع في حالة جهالة أجله؛ لفقده شرط العلم بالأجل.

القول الثالث: ذهب الحنابلة إلى صحة العقد وبطلان الأجل الوارد فيه؛ مستدلين بحديث عائشة _ رضي الله تعالى عنها _ : أنها أرادت أن تشتري جارية تعتقها، فقال أهلها: نبيعكها على أن ولاءها لنا، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: **لا يمنعك ذلك؛ فإنما الولاء لمن أعتق** أخرجه البخاري في صحيحه، (2168)، ومواضع أخرى، ومسلم في صحيحه، (1504).؛

وتظهر ثمرة هذا الخلاف فيما إذا أسقط الأجل المجهول، فهل يصح العقد أو لا؟ فالحنفية فرقوا بين الجهالة المتقاربة والفاحشة؛ فإذا لم يبطل الأجل حتى حلوله فلا يجوز، وإن أبطله قبل حلول الأجل وقبل أن يفسخ العقد جاز عندهم، خلافاً لزفر _ رحمه الله تعالى _ . وأما الجهالة الفاحشة: فإذا أبطل الأجل قبل الافتراق ونقد الثمن جاز البيع، خلافاً لزفر، وأما إذا افتراقاً قبل إبطال العقد فلا يجوز؛ لتأكد فساد.

وذهب المالكية والشافعية وزفر _ رحمه الله تعالى _ إلى أن العقد إذا وقع فاسداً فلا ينقلب صحيحاً ولو أسقط الأجل؛ لأن العقد انعقد فاسداً؛ فلا يمكن

تصحيحه إلا بتجديد العقد.

وأما الحنابلة فإنهم يرون صحة العقد ولو لم يسقط الأجل؛ لأنهم اعتبروه باطلاً؛ فلا يضر إسقاط الأجل أو عدمه.

الشرط الثاني: ألا يوجد في العوضين علة الربا مع اتحاد الجنس ويلزم من ذلك اشتراط الحلول والتقابض في المجلس إذا كان من النقود باتفاق الفقهاء، وكذلك فيما عداها عند الجمهور، خلافاً للأحناف؛ فهم لا يشترطون التقابض، وإنما يشترطون الحلول والتعيين فقط.

الشرط الثالث: ألا يكون الثمن عيناً، فلا بد من أن يكون ديناً موصوفاً في الذمة؛ وعليه فلا يجوز تأجيل الثمن إذا كان معيناً؛ وقد حكى ابن رشد — رحمه الله تعالى — الإجماع على ذلك

الحالة الثانية: تأجيل الثمن لآجال متعددة. مشروعية البيع بالأجل — الحالة الأولى — تشمل أيضاً البيع بالتقسيط؛ لأن البيع بالثمن المقسط ليس إلا بيعاً مؤجل الثمن، وغاية ما فيه هو أن ثمنه مقسط ومجزأ على عدة آجال متفق عليها حين العقد، ولا فرق في الحكم الشرعي بين ثمن مؤجل لأجل واحد وبين ثمن مؤجل لآجال متعددة؛ إذ التأجيل إما أن يكون بتعيين أجل واحد لدفع الثمن كله فيه، أو بتعيين آجال متعددة يدفع في كل أجل منها جزء من الثمن، وعليه فبين التأجيل والتقسيط عموم وخصوص مطلق،

والتقسيت هو المطلق الأخص، ففي كل تقسيت يوجد تأجيل، وليس في كل تأجيل يوجد تقسيت، بهذا فإن الأدلة الشرعية التي دلت على جواز البيع بثمن مؤجل لأجل واحد هي ذاتها تدل على جواز البيع بثمن مؤجل لعدة آجال.

وإذا تقرر ما تقدم من أن البيع بالثمن المقسط ليس إلا بيعاً بثمن مؤجل، وهو مثله في الحكم، فإن الشروط المتقدم ذكرها في البيع بالثمن المؤجل تشترط أيضاً في البيع بالثمن المقسط. ويضاف عليها شرط واحد؛ وهو: بيان حصة كل قسط من الثمن وأجله؛ فلا يصح أن يتبايع العاقدان بالثمن المقسط، دون أن يعين كل قسط.

الصورة الثانية: إذا كان الثمن عيناً: وهذه الصورة هي ما يسمى بالمقايضة، ومعلوم أن المقايضة لها عند الفقهاء خصائص معينة، ومن ذلك أن الثمن فيها لا يتمحض في كونه ثمناً خالصاً بل هو أيضاً مبيع من وجه، وتأجيل المبيع محل خلاف بين الفقهاء، إلا أن ما عليه الأكثر هو عدم جوازه، ومن هنا كان من شروط المقايضة أن يكون كل من العوضين حالاً، وأنه لا يصح دخول الأجل على أحدهم

المطلب الثاني : دخول الأجل على المثلث قبل الخوض في ذلك لا بد من الإشارة إلى أن المبيع باعتبار تأجيله لا يخلو من أن يكون: موصوفاً في الذمة؛ ، أو أن يكون معيناً، وعلى ضوء هذا التقسيم سأتناول التفصيل في تأجيل المبيع:

القسم الأول: أن يكون المبيع عيناً: ورود التأجيل على المبيع إذا كان عيناً محل خلاف بين الفقهاء. وأورد الخلاف في المسألة مختصراً فيما يلي:

اختلف أهل العلم في اشتراط تأجيل المبيع إذا كان عيناً على ثلاثة أقوال؛ حاصلها ما يلي:

القول الأول: عدم جواز اشتراط تأجيل المبيع إذا كان عيناً مطلقاً، وهو مذهب الحنفية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - .

القول الثاني: أنه يجوز اشتراط تسليم المبيع، وهو مذهب الحنابلة واستدلوا بما يلي:

1- ما رواه جابر بن عبد الله - رضي الله تعالى عنه - أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة تقدم تخريجه .

2- القياس على بيع العين المؤجرة والتمر المؤبر، ونحوه مما المنفعة فيه مستثناة على المشتري بالشرع، فكذلك أيضاً ما لو اشترط البائع ذلك بنفسه؛ والقياس أيضاً على صحة اشتراط البائع التمرة قبل التأبير، فكذلك ههنا.

القول الثالث: التفصيل في هذه المسألة، وهو مذهب المالكية؛ فأجازوه إن كان الثمن قريباً، ومنعوه إن كان بعيداً. ومرد تفريقهم هذا هو: الغر؛ فالأجل الطويل لا يعرف: هل ستبقى العين إلى بلوغه، أو لا؛ فكان ذلك غرراً يقتضي عدم جوازه. وأما إن كان الأجل قريباً فإنه يجوز ذلك؛ وذلك لأن الغر متفٍ هنا.

الترجيح: بتأمل الأقوال السابقة وأدلتها يترجح لدي القول الثاني؛ وهو جواز تأجيل المبيع المعين، وهو الذي عليه الحنابلة؛ وذلك لقوة أدلتهم وصراحتها.

القسم الثاني: أن يكون المبيع ديناً: البيع بهذه الصفة يختص باسم "السلم"، وينفرد عن البيع المطلق في كثير من أحكامه، فعقد السلم بصورته المتقدمة لا يخرج عن كونه بيعاً تم في مبادلة ثمن معجل بمبيع موصوف في الذمة مؤجل، إلا أن التأجيل هنا ليس شرطاً جعلياً كما هو الحال في الصورة المتقدمة، بل هو شرط شرعي يتوقف عليه صحة السلم عند الجمهور خلافاً للشافعية، بمعنى أن السلم متى كان خالياً عن تأخير المسلم فيه إلى أجل معلوم فإنه لا يصح سلماً، بل هو بيع مطلق.

وثمة رأي آخر في هذه المسألة؛ وهو أن ذلك يصح سلماً،

الخلاف في حكم السلم الحال: يعود الخلاف في حكم السلم الحال إلى الخلاف في شرط الأجل فيه، والذي هو محل خلاف بين الفقهاء على قولين؛ وهما ما يلي:

القول الأول: أن الأجل في السلم شرط لصحته، وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة. واستدلوا بما يلي:

(1) حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، وفيه قوله عليه الصلاة والسلام: **من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم** أخرجه البخاري في صحيحه، (2240)، ومسلم في صحيحه، (1604)..

(2) أن حلول السلم يؤدي إلى إخراج السلم عن اسمه ومعناه، فإنه إنما سُمي سلمًا لتقدم الثمن فيه، وذلك لا يتحقق إلا بتأخر المسلم فيه، فإذا كان حالاً خرج بذلك عن اسمه؛ لتقدم كل العوضين، وأما إخراجه عن معناه فمن جهة أن السلم إنما وضع للرفق والحاجة؛ فكان المناسب له التأجيل، فإذا عجل تسليم الثمن فيه خرج بذلك عن معناه.

القول الثاني: عدم وجوب اشتراط تأجيل المسلم فيه، وهو مذهب الشافعية، وبعض المالكية.

الترجيح: مما تقدم يترجح لدي القول الأول؛ وهو اشتراط وجود الأجل في السلم؛ لأنه هو الذي يحقق معنى السلم والحكمة منه، والتي هي إعطاء فرصة للمسلم إليه لتحصيل المسلم فيه، وأما دليل القول الثاني فيقال - جواباً عليه -: إن السلم المؤجل إنما شرع دفعًا للحاجة؛ ولذلك انتفى ما فيه من غرر، والسلم الحال لا حاجة فيه. ويبقى هنا صورتان من تأجيل المبيع الدين، أعرضهما فيما يلي:

الأولى: الاستصناع: اختلف الفقهاء في تكييف عقد الاستصناع على أقوالٍ متعددة؛ الأرجح منها: أنه بيع وليس وعداً ولا إجارة؛ لأن المعقود عليه هو العين المتفق على صنعها، وهو بهذا بيع بلا إشكال، وأما العمل فهو شرط فيه؛ لأنه وسيلة لإنتاج هذا المبيع المصنوع؛ وهذا ما عليه جمهور فقهاء الأحناف، إلا أنه بيع من طبيعة خاصة؛ فكان له وضع خاص؛ مثل السلم.

قال محمد بن الحسن: الاستصناع جائز بإجماع المسلمين، وهو بيع عند عامة المشايخ.

وإذا تقرر ذلك، فيبقى النظر في أصل الكلام هنا؛ وهو دخول الأجل على عقد الاستصناع، وبالتأمل فيما قرره العلماء في هذا الباب نجد أن ثمة آراءً متباينة في دخول الأجل على الاستصناع، وينبغي كل ذلك على أن الاستصناع عقد بيع، ولكن لا بد هنا من التقديم بسرد خلاف العلماء في حكم الاستصناع؛ إذ الفقهاء مختلفون في مشروعية الاستصناع على ثلاثة أقوال؛ يياها ما يلي:

القول الأول: مشروعية الاستصناع استحساناً، وهو مذهب الحنفية.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- ما ورد أن النبي ﷺ اتخذ خاتماً من فضة ونقش فيه: محمد رسول الله، وقال للناس: إني اتخذت خاتماً من فضة، ونقشت فيه: "محمد رسول الله"، فلا ينقش أحد على نقشه⁽¹⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، (5877)، ومسلم في صحيحه، (2092)..

2- الإجماع؛ فتعامل الناس به من زمن الرسول عليه الصلاة والسلام إلى اليوم بلا نكير يعد إجماعاً عملياً على جوازه، وتقدم النقل عن محمد بن الحسن الذي حكى فيه الإجماع عليه.

3- أن عقد الاستصناع يتضمن معنى عقدين جائزين، وهما السلم والإجارة؛ ذلك أن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستتجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً. وأيضاً فإن الحاجة داعية إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى شيء من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر وصفة مخصوصين ولا يجده مصنوعاً، فيحتاج إلى أن يستصنع؛ فلو لم يجوز لوقع الناس في الحرج، والشريعة جاءت برفع الحرج.

القول الثاني: أنه يجوز الاستصناع إذا كان على صفة معلومة وكان مستوفياً لشروط السلم، ولكن بشرط ألا يعين المشتري الصانع ولا المادة المصنوعة منها، وهو مذهب المالكية، وحينئذ فيعتبر سلماً يأخذ بقية أحكامه.

القول الثالث: أنه لا يجوز الاستصناع، وهو مذهب الحنابلة، وزفر من الحنفية. وهذا القول هو الظاهر من مذهب الشافعية أيضاً.

الترجيح: يظهر من خلال الأقوال المتقدمة وأدلتها رجحان القول الأول؛ لقوة أدلته، ولضعف أدلة المخالفين.

إذا تقرر ما تقدم، فإن ورود الأجل في عقد الاستصناع على المبيع، مبني على الخلاف المتقدم، وبيان ذلك ما يلي:

أولاً- للأحناف المحيزين للاستصناع رأيان في دخول الأجل؛ فأبو حنيفة يشترط لصحة الاستصناع ألا يكون هناك أجل يضرب فيه.

ويرى صاحبان عدم اشتراط خلو الاستصناع من شرط الأجل، فعندهما ضرب الأجل وعدمه سواء.

ثانياً- وأما المالكية فالأجل عندهم يدخل على المبيع في الاستصناع؛ وهو شرط في ذلك؛ لأنهم جعلوا صورة الاستصناع سلماً عندهم، كما تقدم، والأجل من شروط السلم كما تقدم.

الثانية: التوريد: يعرف عقد التوريد بأنه: عقد يتعهد بموجبه شخص بتسليم شخص آخر قدرًا معلومًا من شيء معلوم أو تمكينه من خدمة معلومة، بشكل دوري أو مستمر مقابل ثمن معلوم.

وعقد التوريد المتعامل به بين الناس لا يخلو من ثلاث صور؛ وهي ما يلي:

الصورة الأولى: أن يعجل الثمن وتسلم السلعة على دفعات.

الصورة الثانية: أن يؤجل الثمن إلى آخر المدة المتفق على التوريد فيها.

الصورة الثالثة: أن يتفق على تسليم الثمن على عدد مرات القبض، بأن يسلم عند تسليم كل دفعة قسطها من الثمن.

ومن خلال هذه الصور يظهر أن الصورة الثالثة لا مدخل للأجل فيها؛ إذ هي عبارة عن جملة من العقود يتم كل عقد فيها بتسليم السلعة وقبض ما يقابلها

من الثمن.

وأما الصورة الثانية فالأجل فيها إنما هو وارد على الثمن.

وأما الصورة الأولى فهي المرادة هنا؛ إذ التأجيل فيها حاصل في السلعة.

وعليه فإن دخول الأجل على المبيع في عقد التوريد إنما يتصور في الصورة الأولى فقط دون بقية الصور، وتأمل حال ما عليه التعامل في عقود التوريد يظهر أن الغالب فيه أن تكون السلع الموردة موصوفة، فيكون سلمًا يشترط فيها شروط السلم كلها، وأما إذا كانت معينة فيأتي الخلاف المتقدم في جواز تأجيل المبيع المعين.

المطلب الثالث : دخول الأجل على كلا البديلين أن البدل في البيع متى ما كان عيناً فلا يجوز دخول الأجل عليه عند الجمهور، سواء كان ثمنًا أو مئتمناً، وهذا يشمل بيع الدين بالدين والعين بالدين، والعين بالعين؛ فالأجل إنما يرد على الديون فقط. وإذا أضفنا لهذا ما هو مسلم به في هذا الباب؛ من عدم جواز دخول التأجيل فيما يحرم فيه ربا النسئئة والفضل؛ على نحو ما هو مفصل عند الفقهاء- فإننا نخلص إلى أن محل الكلام هنا هو في بيع كلا بدلته دينًا، أي في حال كونهما موصوفين في الذمة.

ويتقرر عند الفقهاء أصل عام في هذا الباب، وعليه يبنى كثير من المسائل والفروع، وهو حرمة بيع الدين بالدين أو بيع الكالئ بالكالئ، الذي هو محل إجماع عند العلماء، فقد حكى الإجماع على ذلك غير واحد من أهل العلم، ومستند هذا الإجماع ما رواه ابن عمر- رضي الله تعالى عنهما- قال: نهي رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ أخرجه الدارقطني في سننه، رقم (270)، والحاكم في المستدرک، (2 / 57)، والبعوي في شرح السنة، (3 / 492) الدارقطني في سننه، رقم (269)، والبيهقي في سننه (5/290) وضعفه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل (5 / 221). وقال ابن حجر: "تفرد به موسى بن عبيدة"، وضعفه في "التقريب"، انظر: "التلخيص الحبير" 26/3، و"التقريب" 522].

ثم يبقى نظر آخر ههنا؛ وهو في ضابط الأجل الذي أجمع على حرمة دخوله على كلا البديلين على التفسير السابق؛ فمن خلال البحث والتأمل في الصور التي أجازها بعض الفقهاء على رغم تحقق دخول الأجل على كلا البديلين فيها،

يظهر أن ثمة أموراً لا بد من تحققها في الأجل الداخل على البدلين حتى يتزل عليه الإجماع المذكور، وتلك الأمور ما يلي:

1- ألا يكون الأجل يسيراً، فالأجل اليسير لا يتزل عليه الإجماع المنعقد؛

ولذلك أجاز المالكية تأخير رأس المال في السلم اليومين والثلاثة ولو بشرط .

2- أن يكون التأجيل مقصوداً؛ فلو حصل التأجيل من أجل التشاغل

بالقبض ونحوه، فلا بأس؛ كما هو مذهب المالكية

3- ألا يكون الثمن المؤجل معيناً في المجلس؛ ولذلك قال الشافعية بعدم

وجوب تسليم الثمن في المجلس إذا بيع بغير لفظ السلم شيء موصوف في

الذمة مؤجل وكان ثمنه ديناً بشرط تعيينه في المجلس.

فمن خلال ما تقدم يظهر جلياً أن مجرد ورود الأجل على كلا البدلين في عقد

البيع لا يقتضي بالضرورة دخوله في بيع الدين بالدين المحرم، بل لا بد من النظر

أولاً في الصورة من جهة دخولها في الإجماع أو لا؛ على ضوء التفصيل

المتقدم. وأسرد فيما يلي بعضاً من المعاملات التي يصدق عليها أنها مؤجلة

البدلين:

1- عقد السلم إذا عقد بلفظ البيع، فيجوز تأخير قبض رأس المال.

2- تأخير قبض رأس المال في السلم عند المالكية إذا كان لمدة يسيرة.

3- البيع على الصفة، فيجوز تأجيل الثمن فيه، فتكون السلعة غائبة
والثمن مؤجلاً.

الفصل الأول

تعريف بيع الاستجرار وصوره وأركانها

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف بيع الاستجرار وأسمائه، والمصطلحات ذات الصلة به.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف بيع الاستجرار.

المسألة الأولى: تعريف بيع الاستجرار لغة: "الاستجرار" من "الجر"؛ إذ هو مصدر الاستفعال منه، يقال: استجرَّ يستجرُّ استجراراً، والجر هو: الجذب والسحب؛ يقال: جر الشيء يجره جراً واستجره، ومنه قولهم: "أجرته الدَّين: إذا أحرته له"، ويقال: "أجرته الدَّين: إذا تركته باقياً على المديون.

المسألة الثانية: تعريف بيع الاستجرار اصطلاحاً:

التعريف الذي أراه لبيع الاستجرار هو أنه: البيع الذي يأخذ المشتري فيه المبيع شيئاً فشيئاً.

المطلب الثاني : أسماء بيع الاستجرار، ومضان ذكره عند الفقهاء

الفرع الأول: أسماء بيع الاستجرار عند الفقهاء: أسماء بيع الاستجرار التي ذكرها الفقهاء هي ما يلي:1- "بيع الاستجرار"، وهذه التسمية استعملها متأخرو الأحناف، وهي موجودة أيضاً عند الشافعية.

2- "بيعة أهل المدينة"، وهذه تسمية فقهاء المالكية؛ لاشتهار بيع الاستجرار ووجوده في المدينة.

3- "البيع بما ينقطع به السعر"، وهذه التسمية ذكرها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، ويقصدان بها بيع الاستجرار، ولعل سبب هذه التسمية هو أن شيخ الإسلام يرى أن البيع في بيع الاستجرار ينعقد بالقيمة.

4- "الوجيبة"، وهي أن توجب البيع ثم تأخذه أولاً فأولاً.

الفرع الثاني: مظان ذكره عند الفقهاء: مظان ذكر بيع الاستجرار عند الفقهاء لا تخرج عما يلي:

1- كتاب البيع عند الحديث عن المعاطاة، وهو صنيع ابن عابدين _ رحمه الله تعالى _ وغيره.

2- باب السلم، وهو ما صنعه البهوتي _ رحمه الله تعالى _ وغيره في حديثه عن جزء من بيع الاستجرار.

3- باب الغصب، وهو صنيع بعض الحنابلة؛ كالبهوتي والفتوحى _

رحمهما الله تعالى _ وغيرهما.

المطلب الثالث: المصطلحات ذات الصلة

أولاً- السلم:

وجه الصلة بينه وبين بيع الاستجرار في أن كلاً منهما حصل فيه تأجيل المبيع، وهما في بقية ما يحيط بهما من أمور يختلفان من عدة وجوه؛ أبينها في النقاط التالية:

1- أن السلم ينحصر في تقديم الثمن، في حين أن ذلك صورة من صور

بيع الاستجرار الذي قد يكون أيضاً بثمن مؤخر.

2- أن أجل تسليم المبيع في السلم يكون معلوماً، بل هو شرط فيه، في حين

أنه في بيع الاستجرار قد لا يكون كذلك، بل قد يتفقان على أنه متى

احتاج لشيء من السلع أخذه.

3- أن الأجل في السلم في الغالب يكون أجلاً واحداً، في حين أنه في

الاستجرار يكون متعددًا.

4- أن المبيع في السلم لا بد من كونه موصوفاً بالصفات التي يختلف بها

الثمن، في حين أنه في الاستجرار ليس كذلك، فإنه حين الاتفاق قد لا

يكون معلوماً، وقد يكون محدد الجنس فقط، دون ذكر بقية صفاته.

5- أن السلم لا يجوز إلا فيما يمكن ضبطه بالصفات، في حين أن الاسترجار يجري في ذلك وفي غيره.

ثانياً- المعاطاة: يتفق بيع الاسترجار مع البيع بالمعاطاة أو بالتعاطي في أن كلاً منهما يصدق عليه أنه بيع تم دون أن يتلفظ فيه بالبيع وأن ينص تحديد الثمن وعليه فيبيع الاسترجار من هذا الوجه أعم من المعاطاة، كما أنه أعم منها أيضاً من جهة أن بيع الاسترجار يكون ثمنه مقدماً أو مؤخراً، بمعنى أنه لا يسلم حين التعاقد، وعليه فليس فيه إلا أخذ من المشتري للسلعة دون إعطاء للثمن.

كما أنهما يختلفان أيضاً في أن بيع الاسترجار يكون في الغالب عبارة عن مجموعة من الصفقات، في حين أن المعاطاة في الغالب تكون مرة واحدة.

ثالثاً- البيع بما ينقطع به السعر: يظهر علاقة هذه المسألة ببيع الاسترجار من جهة أنهما يتفقان في عدم تحديد الثمن، وذلك في حالة ما إذا كان بيع الاسترجار خالياً من تحديد الثمن، وعليه فإن اتفاقها محصور في صورة من صور بيع الاسترجار وليس على إطلاقه، وبيع الاسترجار هنا أيضاً أعم من البيع بما ينقطع به السعر من جهة أنه قد يكون محدد الثمن وقد لا يكون كذلك، في حين أن البيع بما ينقطع به السعر لا يكون إلا غير محدد الثمن، ولكنه أعم من بيع الاسترجار من جهة أخرى؛ وهي أنه يشمل ما إذا كان المبيع مجزأ، أو غير مجزأ.

رابعاً- بيع المعلوم: تظهر علاقة بيع الاسترجار به من جهة أن المبيع في بيع

الاستحجار يكون معدومًا في حال دفع الثمن مقدمًا والاتفاق على أن يشتري بهذا الثمن ما قد يحتاجه من السلع؛ إذ المبيع في هذه الصورة غير موجود حين التباع، فكان بهذا من قبيل المعدوم، كما أنه يكون كذلك في حال أخذ المشتري السلعة بدون تباع بينه و بين البائع ثم بعد استهلاكه لها دفع ثمنها ، فالسلعة هنا حين دفع الثمن الذي هو وقت الانعقاد كانت قد استهلكت فهي بهذا معدومة .

وفي المقابل فإن بيع الاستحجار لا ينحصر فيما تقدم فقد يكون الثمن مؤخرًا فيه، فلا يرد ما تقدم كله، وقد يكون الثمن مقدمًا ويتفق على سلع معينة أو يصفها ويقدرها ويأخذ منها المشتري مستقبلاً، فعندنا بهذا على ما قرر سابقاً في المصطلحات السابقة من كون بيع الاستحجار أعم.

خامساً- بيع الموصوف في الذمة:تظهر العلاقة بين البيع على الصفة وبيع الاستحجار من جهة أن بيع الاستحجار قد يكون المبيع فيه موصوفاً في الذمة، فيما إذا كان بثمن مقدم واتفق على أن يشتري به سلعة موصوفة في الذمة، ويظهر الفرق بينهما في عدم انحصار بيع الاستحجار في ذلك، وشموله لحالات أخرى للمبيع؛ كأن يكون فيها معيناً، أو غير معين ولا موصوف، أي: من قبيل المعدوم.

سادساً- التوريد:إن التوريد- بمفهومه الذي أشرت إليه سابقاً- له علاقة واضحة وجزئية ببيع الاستحجار؛ من جهة أن التوريد في بعض صورته يتم فيه

توريد السلع على دفعات، وبعد توريدها يتم سداد قيمتها، وأحياناً تدفع قيمتها بعد مدة، وإذا أخذنا في الحسبان أن تلك السلع تكون موصوفة في الذمة، وأن ذلك مما يدخل في بيع الاسترجار، فإنه يظهر جلياً انطباق بيع الاسترجار على صورة التوريد المتقدمة؛ فكلاهما أجل فيه تسليم المبيع الموصوف في الذمة، وسدد ثمنه بعد استهلاكه، وذلك مما يرد في بيع الاسترجار غير أن انطباق بيع الاسترجار على صورة التوريد المتقدمة إنما يكون في صورة واحدة منه فقط، ويبقى ثمة صور أخرى له لا تتداخل مع التوريد ولا تصدق عليه؛ فكان بيع الاسترجار بهذا أعم من التوريد.

المبحث الثاني: صور بيع الاستجرار وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: صورته من حيث تقديم الثمن وتأخيرها.

الصورة الأولى: أن يكون الثمن مقدماً النظر في هذه الصورة يقوم من جهة النظر في تكييف ذلك المدفوع، من جهة كونه ثمنًا، أو أمانة في يد البائع، أو قرضًا عليه، ثم النظر في العلم بذلك أو جهالته؛ فيأخذ بهذا الاعتبار ما سيأتي ذكره من الصور في المطلب الثاني، ويقوم على ذلك كله الاختلاف الحاصل في حكمه بين الفقهاء؛ كما سيأتي.

الصورة الثانية: أن يكون الثمن مؤخرًا: تقوم هذه الصورة على أن يأخذ المشتري ما يحتاجه من السلع من غير دفع ثمنها حين ذلك، على أنه يتم دفع ثمنها وثن غيرها من السلع مما أخذ على ذلك الوجه في مدة معينة إذا تقرر ذلك، تعين النظر في جهة العلم بالثمن من عدمه حين أخذ السلعة، وكذلك في وقت انعقاد البيع: هل هو حين الأخذ، أم أنه حين التحاسب.

المطلب الثاني: صور بيع الاستجرار من حيث العلم بالثمن

الثمن في بيع الاستجرار لا يخلو من أن يكون: معلومًا، أو مجهولًا، ثم تندرج تحت كونه معلومًا جملة من الصور التي يدور الخلاف فيها من جهة كفايتها لتحقق العلم من عدمها.

الصورة الأولى: أن يكون الثمن معلوماً: والمراد هنا أن يكون ما يقابل ما يؤخذ من السلع معلوماً، فلا عبرة هنا بكون المبلغ المقدم معلوماً بجملته، أو كون المبلغ المؤخر معلوم القدر، وإنما محل هذه الصورة فيما إذا كان أخذ السلعة مقترناً بتحديد ثمنها على وجه يحقق العلم به، سواء كان الثمن مقدماً أو مؤخراً

فالحاصل أن يكون ما تم أخذه من السلع على وجه الاسترجار معلوماً ما يقابله من الثمن حين أخذه، أو يكون مضبوطاً بمعيار معين - كسعر السوق - حين الأخذ؛ وعليه فلا عبرة أيضاً بتحديد ثمنه فيما بعد، فلو أهما اتفقا على تحديد ثمن ما أخذ حين المحاسبة، لخرج بذلك عن هذه الصورة التي نحن بصددتها، ومثل هذا أيضاً ما لو اتفقا حين دفع الثمن مقدماً على أن يكون الثمن بسعر كل يوم حين الأخذ.

الصورة الثانية: أن يكون الثمن مجهولاً: بالتأمل في الطريق التي يتم التعامل بها في الاسترجار، يظهر أن المتعاقدين في بيع الاسترجار، سواء كان بئمن مقدم أو مؤخر، لا يخلو حالهما - من جهة العلم بالثمن من عدمه - من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يتفقا على الثمن كلما أخذ المشتري شيئاً، سواء كان ذلك اعتماداً على سعر ذلك اليوم، أو غير ذلك مما يتحقق به علم المتعاقدين لما يقابل ذلك المأخوذ من الثمن، وهذا مندرج تحت الصورة الأولى.

الحالة الثانية: ألا يذكر الثمن في كل مرة، ولكنهما يتفقان على أن يكون

التمن باعتبار سعر السوق يوم الأخذ، وهنا يتوقف على كون سعر يوم الأخذ معلومًا لهما حين الأخذ، فإن كان كذلك فهو أيضًا مندرج تحت الصورة الأولى، وإلا فلا.

الحالة الثالثة: ألا يذكر التم حين الأخذ، ولا يتفقا على أي أساس لتحديد التم، بمعنى أن يكون التعامل بينهما مقتصرًا على مجرد الأخذ دون التعرض للتمن؛ فهذا بلا شك مندرج تحت الصورة الثانية.

المطلب الثالث : صور بيع الاستجرار حيث المثلن المثلن في بيع الاستجرار لا يخلو من صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون المثلن معلومًا: وذلك متحقق في كل بيع استجرار تم بتمن مؤخر، وهو أيضًا حاصل فيما إذا كان بتمن مقدم في سلعة عينها المشتري حين وضع المبلغ

الصورة الثانية: أن يكون المثلن مجهولاً: والمراد هنا هو كون المثلن حين التبايع بالاستجرار غير معلوم، وهذا يتحقق في حال كون الاستجرار تم بمبلغ مقدم.

كما أن المثلن في بيع الاستجرار يأخذ تقسيمًا وصورًا أخرى باعتبار وجوده حين التعاقد أو عدم وجوده؛ فإن التبايع بالاستجرار لا يخلو من أن يكون المعقود عليه في ذلك موجودًا حين التعاقد، أو لا؛ وذلك بغض النظر عن العلم به أو عدمه، وهو بهذا يأخذ صورتين؛ بياهما ما يلي:

الصورة الأولى: أن يكون موجودًا.

الصورة الثانية: أن يكون معدومًا.

ومن خلال ما تقدم، أحصر صور المثلث في بيع الاسترجار فيما يلي:

- 1- أن يكون موجودًا معلومًا.
- 2- أن يكون موجودًا مجهولًا.
- 3- أن يكون معدومًا معلومًا (موصوفًا).
- 4- أن يكون معدومًا مجهولًا.

المبحث الثالث : أركان بيع الاسترجار وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصيغة في بيع الاسترجار.

بالتأمل في بيع الاسترجار وصوره، نجد أن التعامل ببيع الاسترجار يقوم على أساس أخذ السلعة دون دفع ثمنها عقب ذلك مباشرة، وأن الغالب أن يكون ذلك مسبقاً باتفاق من المتعاقدين على ذلك البيع بينهما، مما يعني أن الغالب في بيع الاسترجار ألا يكون مصحوباً بإيجاب وقبول في كل مرة يأخذ فيها المشتري سلعة يحتاجها، بل يكون ذلك عن طريق المعاطاة، فيستغني المتعاقدان عن الإيجاب والقبول بما يتفق عليه سابقاً بينهما، أو يكتفیان بدلالة العرف على ذلك.

فيثور في هذا الصدد مسألة البيع بالمعاطاة التي هي محل خلاف بين الجمهور والشافعية، وهي ما أحرره في الأسطر القادمة بإذن الله.

أما انعقاد بيع الاسترجار بالإيجاب والقبول في كل مرة يأخذ فيها المشتري سلعة، فإنه لا إشكال فيه؛ فلا حاجة للكلام حوله. واختلف الفقهاء في البيع بالمعاطاة على أربعة أقوال:

القول الأول: جواز البيع بالمعاطاة مطلقاً، وهو رأي الحنفية، والمالكية، وبعض الشافعية.

القول الثاني: عدم جواز البيع بالمعاطاة مطلقاً، وأنه لا بد من الصيغة القولية،

وهو رأي جمهور الشافعية.

القول الثالث: يصح البيع بالمعاطاة في الأشياء الحقيرة القليلة، ولا يصح في الأشياء النفيسة الكثيرة، وهو قول عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

القول الرابع: يصح البيع بالمعاطاة إذا كان المتعاقدان ممن وسم بالبيع وعرف بذلك، ولا يصح من غيرهما إلا باللفظ، وهو قول لبعض الشافعية.

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول بجملة من الأدلة، منها ما يلي:

1- أن المشتري في البيوع هو الرضا، والمعاطاة تدل عليه.

2- أن المعاطاة تباع بها الناس في كل عصر ولم يأت من الشريعة ما يمنعها، فتبقى على الإطلاق الأصلي في ذلك.

الترجيح: من خلال النظر والتأمل في الأقوال السابقة وأدلتها وما ورد عليها من مناقشة، يظهر لي رجحان القول الأول القائل بصحة انعقاد البيع بالمعاطاة مطلقاً؛ لأن الصيغة - قولية كانت أو فعلية - إنما هي دليل على الرضا المشتري، فإذا دل الفعل على ذلك الرضا تحقق به الشرط، والفعل ليس إلا وسيلة لذلك. وبالنظر في بيع الاسترجار يمكن أن تحصر صور انعقاده من حيث صيغته فيما يلي:

1- أن يضع المشتري مبلغاً عند البائع ويقول: "أخذ منه ما أحجاجة من السلع" مثلاً، ثم يأخذ مستقبلاً ما يحجاجة من السلع؛ فهنا لا يخلو الحال من صورتين:

أ- أن ينص في كل مرة على الإيجاب والقبول، وهذا لا إشكال فيه من جهة الصيغة.

ب- ألا ينص على ذلك، بل يقتصر الأمر على مجرد الأخذ فقط، وهذه معاطاة يرد عليها الخلاف السابق.

2- أن يأخذ المشتري ما يحجاجة من السلع على أن يحاسبه عليه بعد مدة، وهذا أيضاً لا يخلو من صورتين:

أ- أن يكونا قد اتفقا سابقاً على أنه يأخذ منه ما يحجاجة من السلع بثمن يحاسبه عليه بعد مدة، ثم يشرع في الأخذ بدون إيجاب وقبول في كل مرة، فهذا معاطاة.

ب- أن ينص في كل مرة يأخذ فيها سلعة على الإيجاب والقبول؛ فهذه صيغة قولية، وهي محل اتفاق.

وما يهم من سرد هذه الصور هو أن العبرة في كون بيع الاستحجار تم

بالصيغة القولية أو الفعلية، إنما ينظر فيه إلى ما تم عليه العقد حين الأخذ، فإن كان بمجرد فعل فهو معاطاة، وإن كان بإيجاب وقبول لفظيين فهو صيغة قولية، ولا عبرة بما يتفقان عليه سابقاً أو لاحقاً.

المطلب الثاني : العاقدان في بيع الاستمرار ليس كل إنسان يصلح أن يكون عاقداً ويعتبر إيجابه وقبوله، بل ثمة شروط في ذلك ذكرها الفقهاء على اختلاف بينهم فيها، وأعرض فيما يلي تلك الشروط بحسب المذاهب:

أولاً- الحنفية: وقد اشترطوا في العاقدين شرطين:

1- الأهلية؛ وهي أن يكون المتعاقد عاقلاً ومميزاً.

2- العدد؛ فيشترط لانعقاد البيع العدد في العاقد، فلا يصح أن

يكون الرجل عاقداً من الجنانين، إلا في حالات يختص بها الأب

والوصي والقاضي.

ثانياً- المالكية: وقد اشترطوا إضافة للعقل والتمييز: الرشد والاختيار.

ثالثاً- الشافعية: واشترطوا الاختيار والرشد والإبصار؛ وعليه فلا يصح العقد

من الأعمى عندهم، ويصح بيع السكران.

رابعاً- الحنابلة: واشترطوا في العاقد أن يكون جازئ التصرف، وهو الحر البالغ

الرشيد.

المطلب الثالث : المعقود عليه في بيع الاستجرار اختلف الفقهاء في تحديد محل المعقود عليه في البيع، على قولين:

القول الأول: أن المعقود عليه يشمل المبيع والتمن، وهو رأي الجمهور.

القول الثاني: أن المعقود عليه هو المبيع فقط دون التمن، وهو رأي الأحناف.

استدل الجمهور على رأيهم بأن التمن والمبيع متساويان في أهميتهما؛ حيث إن وضع الطرفين متساوٍ في النظر الفقهي؛ لأن العقد مشروع لمصلحتهما.

الترجيح: بالتأمل في الخلاف في هذه المسألة، يظهر لي رجحان ما عليه الجمهور من أن المعقود عليه هو التمن والمتمن؛ وذلك لأن المتمن إنما هو مقصود المشتري، وذلك هو ما بنى عليه الأحناف رأيهم، وهذا متحقق في التمن أيضاً؛ فإنه مقصود البائع؛ فيجب بذلك التسوية بينهما واعتبار كل منهما معقوداً عليه.

وعليه فإنه بغض النظر عن الخلاف السابق فإن كلاً من التمن والمتمن لا بد من تحققهما في حقيقة البيع، والتمن والمتمن في عقد البيع يشترط فيهما جملة من الشروط التي يتوقف عليها صحة العقد أو لزومه، وهذا ما أتناوله بالتفصيل في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التمن في بيع الاستجرار: التمن بوصفه ركناً من أركان البيع يقصد به العوض الذي يقابل المبيع؛ فما قابل المبيع فهو التمن الذي هو ركن في

البيع.

والثمن قد يكون عيناً أو عرضاً، ولا يمنع من هذا قصرُ بعض الفقهاء الثمن في النقد أو الدراهم والدنانير خاصة.

والثمن يشترط فيه جملة من الشروط، منها ما يجب توافره في الثمن مطلقاً في كل حالاته، ومنها ما يشترط في حالات دون حالات؛ فأبين ذلك كله فيما يلي مبتدئاً بالشروط العامة التي تشترط مطلقاً في الثمن.

(أ) الشروط العامة في الثمن:

- 1- المائيّة، وقد اشترط ذلك الأحناف والحنابلة.
- 2- التقوم، وهذا مما زاده الأحناف على شرط المائيّة؛ فالمال هو ما يمكن ادخاره ولو غير مباح، وأما المتقوم فهو ما يمكن ادخاره مع الإباحة
- 3- الطهارة، واشترطها المالكية والشافعية، وأرادوا بذلك: ما لم يطرأ عليه نجاسة أصلاً، أو طرأت عليه ويمكن تطهيره.
- 4- الانتفاع به، وهذا أيضاً مما ذكره المالكية والشافعية دون غيرهم
- 5- عدم النهي، وقد ذكر هذا الشرط المالكية.
- 6- القدرة على التسليم، وهذا الشرط معتبر عند الفقهاء جميعاً.
- 7- الملك، وهذا شرط عند أكثر الفقهاء؛ خلافاً للمالكية المجيزين لبيع

الفضولي.

- 8- المَعْلُومِيَّة، وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء، فيشترط تحقق العلم بالثمن قدرًا ووصفًا ونوعًا، لكل واحد من البائع والمشتري.
- 9- التسمية، والمقصود بذلك أن يكون الثمن مسمًى عند العقد، وهذا الشرط معتبر عند جمهور الفقهاء.

وعلى هذا فإن الشروط المعتبر توافرها في الثمن مطلقًا، تنحصر فيما يلي:

1- المَالِيَّة.

2- القُدرة على التسليم.

3- الانتفاع.

4- الملك.

5- المَعْلُومِيَّة.

إذا تقرر ما تقدم، فلا بد من التنبيه على ما يلي:

1- أن ما تقدم وإن كان محل اتفاق، إلا أن الخلاف يثور أحيانًا في تحقيق

مناطق تلك الشروط في بعض الحالات الفردية؛ كأن يختلف في شيء ما:

هل هو مال، أو غير مال؟

2- أن ما يترتب على الإخلال بشيء من تلك الشروط مختلف فيه؛ ففي

حين أن الجمهور مثلاً يفسدون العقد إذا كان الثمن مجهولاً، فإن شيخ الإسلام وإن كان يشترط العلم بالثمن فإنه لا يفسده، بل يثبت ثمن المثل؛ كالنكاح.

ويبقى الكلام هنا في شروط الثمن الخاصة ببعض الحالات، والتي تشترط زيادة على الشروط المتقدمة في حالات معينة؛ وتفصيل ذلك ما يلي:

أ) شروط الثمن في عقد الصرف: يشترط في الثمن في عقد الصرف - زيادة على الشروط المتقدمة - شرطان؛ هما:

1- أن يقبض الثمن في مجلس العقد؛ وهذا الشرط معتبر عند جميع الفقهاء، وهو محل إجماع.

2- مماثلته لما يقابله، إذا كانا من جنس واحد، وأما إن كانا من جنسين كذهب وفضة، فيجوز التفاضل.

ب) شروط الثمن في السلم: يشترط في رأس المال في السلم - الذي هو الثمن - شروط زائدة على ما تقدم من الشروط العامة في الثمن؛ وهي ما يلي:

1- أن يكون رأس المال مقبوضاً في مجلس السلم، وهذا عند الجمهور، ويترتب على ذلك أنه لو افترق المتعاقدان ولم يقبض الثمن بطل العقد، على أن المالكية أجازوا تأخيرها لثلاثة أيام فما دون فقط.

2- ألا يكون الثمن من جنس المسلم فيه؛ بحيث تجوز النسبة بينهما.

ج) شروط الثمن المؤجل: الأجل كما تقدم قد يدخل على الثمن، وإذا حصل ذلك فإن الشروط المتقدمة في الثمن يجب - زيادةً عليها - شروطٌ أربعة؛ وهي:

1- أن يكون الثمن مؤجلاً عند العقد.

2- أن يكون الأجل محددًا معلومًا.

3- أن يكون دينًا موصوفًا في الذمة، فلا يكون عينًا

وبالتأمل في حال الثمن في بيع الاستجرار، نجد أنه قد يكون مقدمًا، وقد يكون مؤخرًا؛ وعلى هذا فإن كان مؤخرًا فيتعين مراعاة الشروط المذكورة آنفًا، كما أنه سيأتي أن بعض صور بيع الاستجرار تكيف على أنها سلم؛ ومن ثم يتعين مراعاة شروط الثمن الخاصة في السلم في ذلك.

الفرع الثاني: المثلن في بيع الاستجرار:

المثلن - بوصفه ركنًا من أركان البيع - هو ما يقصد المشتري تملكه بالبيع، وهو ما يقابل الثمن

والمبيع يشترط فيه جملة من الشروط، وهي بالجملة تدور حول ما تقدم

من شروط الثمن، وأجملها فيما يلي:

1- أن يكون المبيع موجوداً حين العقد، وذكر هذا الشرط جمهور الفقهاء- رحمهم الله- وقد حكى بعض الفقهاء الإجماع على بطلان بيع المعدوم.

2- أن يكون مالا، وهذا الشرط اختلفت عبارات الفقهاء في التعبير عنه؛ لاختلافهم فيما تثبت به المائيّة؛ فالأحناف والحنابلة عبروا عن هذا الشرط باشتراط المائيّة عموماً، والمالكية والشافعية عبروا عنه باشتراط كونه منتفعاً به.

3- أن يكون المثلث مملوكاً للبائع، وهذا الشرط ذكره جمهور الفقهاء.

4- أن يكون مقدور التسليم، وقد اتفق فقهاء المذاهب على ذكر هذا الشرط، وبنوا عليه المنع من بعض البيوع؛ من جهة أن المبيع فيها غير مقدور التسليم.

5- أن يكون معلوماً للمتعاقدين، وهذا الشرط اتفق عليه الفقهاء.

6- ألا يكون مما نهى الشارع عن بيعه، وهذا الشرط انفرد به المالكية.

الفصل الثاني

حكم بيع الاستجرار، وآثاره، وأوصافه

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حكم بيع الاستجرار. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم بيع الاستجرار بثمن مؤخر.

الصور التي تندرج تحت بيع الاستجرار بثمن مؤخر، فيما يلي:

الصورة الأولى: أن يأخذ المشتري ما يحتاجه من السلع، ويتفق مع البائع على ثمن معين لها.

الصورة الثانية: أن يأخذ المشتري ما يحتاجه من السلع، ويتفق مع البائع على دفع ثمنها بعد مدة معينة بسعر السوق يوم المحاسبة.

الصورة الثالثة: أن يأخذ المشتري ما يحتاجه من السلع، ويتفق على دفع ثمنها بعد مدة معينة، دون أن يتفقا على سعر معين، أو أن يربطاً تحديد السعر بشيء معين.

بالتأمل في تلك الصور أجد أنها مختلفة في العلم بالثمن والجهل به، ولما كان ذلك مؤثراً في الحكم استدعى ذلك مني تقسيم الكلام في هذا إلى الفرعين

التاليين:

الفرع الأول: حكمه إذا كان الثمن معلومًا: من المعلوم أن العلم بالثمن من شروط صحة البيع؛ وعليه فهو شرط أيضًا في صحة بيع الاسترجار، والثمن في بيع الاسترجار كما هو ظاهر من حالاته له طبيعة خاصة؛ إذ إن الغالب فيه أن يكون التعامل ببيع الاسترجار محصورًا في أخذ السلع المحتاج لها مع الاتفاق على دفع ثمنها بعد مدة معينة، دون أن يصاحب ذلك الاتفاق على ثمن ما أخذ من سلع.

فهذه الصورة نجد أن الثمن المؤجل فيها معلوم لدى المتعاقدين ، وكذلك أجل ذلك الثمن معلوم أيضًا ، فإن هذا البيع بحالته تلك لا يوجد فيه ما يقتضي تحريمه أو فساده؛ ذلك لأنه عين البيع المؤجل المجمع على جوازه، ولا يمنع من ذلك.

وما ذكرته هنا في هذه الصورة إنما هو الحالة الأولى منها، وهي أن يتفقا في كل مرة بحيث يكون في كل مرة إيجاب وقبول.

ويقابل هذه الصورة صورة أخرى؛ وهي أن يكون التعامل بينهما مبنياً على اتفاق بينهما، أو عرفٍ مقتضاه أنه يأخذ منه كل يوم خبزاً مثلاً بريال، ثم يحاسبه على ذلك بعد مدة معلومة، بحيث يكون التعامل بينهما خالياً من الصيغة اللفظية، ويكون من قبيل المعاطاة، وفي هذه الصورة يردُّ الخلاف بين الجمهور وجمهور الشافعية في جواز بيع المعاطاة من عدمه، وبناء على ما ترجح

سابقاً من جواز المعاطاة؛ فيجوز بيع الاستحجار هنا أيضاً.

ومما تقدم يظهر جلياً أن بيع الاستحجار بصورته هذه جائز شرعاً، وأنه مشتمل على شروط البيع وأركانه، منتفية منه موانع صحته، وأنه عين البيع بالأجل؛ ولذلك كان جائزاً بالإجماع؛ تبعاً للإجماع على جواز البيع بالأجل، ولا يرد على هذه الصورة إلا حال كونها تمت بالمعاطاة، فيرد الخلاف السابق.

الفرع الثاني: حكمه إذا كان الثمن مجهولاً: المقصود هنا هو أن يكون أخذ السلعة تم دون أن يعلم قدر ثمنها على وجه يتحقق معه شرط العلم بالثمن.

فالفرق بين هذه الصورة وسابقتها هو أن الثمن لا يعلم قدره حين أخذ السلعة، ومعلوم أن العقد بينهما إنما يتم بمجرد أخذ السلعة على أن ثمنها مؤخر، وعليه فإن هذا البيع بصورته هذه يكون مجهول الثمن حين الأخذ.

وبالنظر في واقع التعامل ببيع الاستحجار، وما قرره الفقهاء من صور، يلاحظ أن الثمن في بيع الاستحجار إذا لم يتم تحديده في كل مرة فإنه لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون مربوطاً بسعر السوق، بناء على اتفاقهما على ذلك، أو على جريان العرف بذلك، والمراد هنا هو أن يكونا جاهلين أحدهما أو كلاهما بسعر السوق لتلك السلع المأخوذة.

الحالة الثانية: أن يقتصر التعامل بينهما على مجرد أخذ السلع دون أن يتفقا على

تحديد الثمن أو ربطه بشيء ما كما سبق في الحالة الأولى، بل يتعاملان هماً دون أن يكون ثمة اتفاق بينهما أو عرف يقتضي إناطة الثمن بسعر السوق.

ولتحرير حكم بيع الاستحجار بثمن مؤخر مجهول، فإنه لا بد من التفصيل على ضوء هاتين الحالتين؛ كما يلي:

حكم الحالة الأولى: وهي ما إذا كان التبايع مقتصرًا على مجرد أخذ السلع على أن ثمنها يكون وفقًا لسعر السوق، وفي هذه الحالة حصل خلاف بين الفقهاء:

أولاً- الأحناف: يتبع كلام الأحناف في هذه المسألة يظهر أنهم يفرقون بين: ما كان ثمنه متعارفًا عليه، وما لم يكن كذلك؛ فالأول أجازوه حتى ولو لم يذكر ثمنه؛ لأنه معلوم.

وأما ما لم يكن ثمنه متعارفًا عليه، فإن الذي يظهر من نصوص الأحناف أنهم لا يجيزون الاستحجار فيه بصورته هنا.

ثانيًا- المالكية: يتضح من خلال تتبع نصوص المالكية في هذه المسألة أنهم لا يجيزون بيع الاستحجار إلا إذا كان ثمنه معلومًا، وأنه إذا لم يكن كذلك فلا يجوز.

ثالثًا- الشافعية: تتأمل نصوص الشافعية في هذه المسألة مع أخذ مذهبهم في المعاطاة بعين الاعتبار، فإن مذهب الشافعية في صورة بيع الاستحجار هنا يتلخص فيما يلي:

1- جمهورُ الشافعية المانعون من المعاطاة لا يجيزون بيع الاستجرار هنا؛ لأنه معاطاة، وهي ممنوعة عندهم.

2- من أجاز منهم المعاطاة اختلفوا فيه على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز، ولا بد من تقدير ثمن ما يؤخذ من سلع في كل مرة، وهذا قول أكثر المجيزين

القول الثاني: أنه يجوز، وهذا قول بعضهم؛ كالغزالي.

وبالتأمل في نصوص الشافعية هذه، يظهر أن بيع الاستجرار بصورته هذه محل إشكال عندهم؛ من جهة كونه معاطاة، ومن جهة جهالة الثمن فيه

رابعاً- الحنابلة: يظهر للمستبصر في مذهب الحنابلة أنهم يجيزون التعامل ببيع الاستجرار بهذه الصورة.

الموازنة والترجيح: من خلال ما تقدم من دراسة أقوال الفقهاء ومذاهبهم، فإنه يترجح لدي أن بيع الاستجرار بصورته هذه يفرق فيه بين أمرين؛ هما:

الأول: ما كان سعره متعارفاً عليه بين الناس ولا يختلف سعر أفراده ، فهذا يجوز بيع الاستجرار فيه بثمن مؤخر، حتى وإن لم يحدد مقدار الثمن في كل مرة.

الثاني: ما كان سعره غير متعارف عليه ، فهذا لا يجوز فيه بيع الاستجرار إلا

بشرط أن ينص على ثمنه في كل مرة.

وتتلخص وسبب ترجيحي لهذا الرأي فيما يلي: أن هذا القول هو ما يتناسب مع حاجة الناس، ودفع المشقة ورفع الحرج عنهم وإذا تقرر ما تقدم فيبقى بعد ذلك مسألتان مهمتان:

المسألة الأولى: هل بيع الاسترجار بصورته هذه ينعقد عند أخذ السلع، أو عند المحاسبة؟

وببحث المسألة تبين أن فيها قولين:

القول الأول: أنه ينعقد عند المحاسبة، وهو الظاهر من مذهب الأحناف، وهو ما فهمه شيخ الإسلام من كلام الإمام أحمد.

القول الثاني: أن بيع الاسترجار بصورته هذه ينعقد عند القبض، وهذا هو ما فهمه ابن مفلح من كلام الإمام أحمد، وهو قول بعض الأحناف، وهو الظاهر من مذهب الشافعية المجيزين للمعاطاة؛ وذلك بناء على أنهم اعتبروا كون الثمن متعارفاً عليه كافياً في كون الثمن معلوماً، ومبنى هذا القول هو أن الثمن هنا في حقيقته معلوم؛ ولذلك فيتم البيع بمجرد الأخذ على أن ثمنه يكون مؤخرًا.

الترجيح: يظهر من خلال تأمل القولين السابقين أن الثاني منهما هو الراجح؛ وذلك لما يلي:

1) أن الثمن هنا معلوم في الحقيقة، فينعقد البيع حين الأخذ كما هو

الحال في المعاطاة.

(2) أن هذا القول يسلم من ورود الإشكاليين السابقين.

المسألة الثانية: أن تقدير الثمن حين المحاسبة بحسب سعر السوق إنما يكون بناء على سعر السوق يوم القبض لا يوم المحاسبة، وهذا ما قرره الفقهاء رحمهم الله تعالى.

الحالة الثانية: وهي أن يكون الثمن مجهولاً حين الأخذ، واقتصرت المعاملة بينهما على مجرد أخذ السلعة فقط، وتعاملاً هكذا هملاً دون أن يتفاوضا على أساس منضبط لتحديد الثمن، وهذا البيع لا يصح عند الجمهور؛ بناء على جهالة الثمن ووجود الغرر فيه على وجه قد يفضي للمنازعة.

وذهب ابن عابدين إلى جواز بيع الاستجرار بصورته هذه، ولكن لا على أنه بيع، بل على أن ما أخذه مريداً الشراء يعتبر قرضاً وعليه رد مثله، أو على أنه مقبوض على سوم الشراء، فلما استهلكه وجب عليه ضمانه بالمثل أو القيمة.

المطلب الثاني : حكم بيع الاستجرار بثمن مقدم بتأمل واقع تعامل الناس ببيع الاستجرار بهذه الصورة، يمكن حصر حالاتها فيما يلي:

الحالة الأولى: أن يضع الرجل المبلغ عند البائع دون أن يصدر منه صيغة البيع، بمعنى أنه لا يقول: "اشتريت به كذا وكذا"، بل يضعه فقط، ثم يشرع في أخذ

السلع. ويندرج تحت هذا صورتان:

(1) أنه عندما يأخذ السلعة يحدد ثمنها.

(2) ألا يحدد ثمنها عند الأخذ، على أن يحسب ثمنها بحسب سعر السوق.

الحالة الثانية: أن يضع الرجل المبلغ عند البائع ويقول: "اشترت به كذا وكذا"، بمعنى أنه يعقد البيع حين ذلك. ويندرج تحت هذا ثلاث صور:

(1) أن يعين السلعة.

(2) أن يقدر السلعة تقديراً ولا يعينها

(3) ألا يعين السلعة ولا يقدرها، فيقتصر الأمر على أن يضع عنده مبلغاً

من المال.

وتأمل هذه الحالات والصور يظهر أنها تختلف فيما بينها من جهة العلم بالثمن في بعضها، وجهاته في البعض الآخر، وكذلك من جهة معلومية المبيع وجهاته، وبطبيعة الحال فإن الحكم سيختلف من حالة لأخرى بحسب ما يعتريها من تلك الإشكالات؛ ولتفصيل ذلك فإني أقسم الكلام إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حكمه إذا كان الثمن معلوماً: بتأمل الحالات المتقدمة وصورها يظهر أن الحالات التي يصدق عليها أن الثمن فيها معلوم هي الصورة الأولى من الحالة الأولى، وكذلك صورتان الأولى والثانية من الحالة الثانية.

أولاً- الصورة الأولى من الحالة الأولى: وهي ما إذا كان وضع المبلغ غير مقرون بصيغة البيع، ثم شرع المشتري بعد ذلك في أخذ السلع، مع تحديد ثمن السلعة في كل مرة.

ففي هذه الصورة نجد أن انعقاد البيع إنما كان حين الأخذ، وعليه فإن السلعة معلومة، والثمن أيضاً معلوم، وغاية ما هنالك أن ثمن السلعة سيؤخذ من ذلك المبلغ المقدم.

وحكم هذه الصورة هو الجواز

ويبقى بعد هذا مسألة مهمة، وهي تكييف ذلك المبلغ الذي وضعه المشتري مقدماً، حيث إن هذه الصورة من الاستجرار وإن كان حكمها الجواز، فلا بد من معرفة ماهية ذلك المبلغ؛ إذ إنه ينبغي على التكييف أمور مهمة؛ كمرعاة شروط ما كُيف عليه ذلك المبلغ وأحكامه، وأفرد لذلك المسألة التالية:

مسألة: تكييف المبلغ المدفوع مقدماً في بيع الاستجرار بثمن مقدم لم يعقد به البيع:

قبل الشروع في سرد تكييفات ذلك المبلغ ودراستها، لا بد أن يستبعد تكييف كون ذلك المبلغ ثمناً؛ لما يلي:

1- أن العاقدين حين وضعه المشتري لم يتلفظا بالبيع، وعليه فلا بيع

- بينهما حين ذلك، وإن كانت نية واضعه حين ذلك الشراء به.
- 2- أنه يلزم من كونه ثمنًا أن يكون وقت دفعه هو محل الانعقاد، مما يستلزم كون المبيع معلومًا؛ بأن يكون معينًا أو موصوفًا.
- 3- أنه على فرض كونه ثمنًا فإنه يشترط أن يكون المبيع مما يجري فيه السلم أو الاستصناع، وأن يتوافر فيه شروط جواز ذلك.
- ويلاحظ أن بعض الفقهاء لم يلتفتوا كثيرًا لمسألة تكييف ذلك المبلغ؛ وذلك فيما يبدو لأن الحكم متقرر وهو الجواز، والمسألة الأم هنا انبنت على المصلحة وحاجة الناس، ومن ثم فلم يتوقفوا كثيرًا عند حيثيات تلك المعاملة.
- وبتأمل ذلك المبلغ نجد أن البائع بعد وضع ذلك المبلغ عنده يتصرف في عينه، فقد يشتري به أو يهبه ونحو ذلك؛ ولذلك فلا يمكن أن نقول: إن ذلك المبلغ يكيف على أنه أمانة في يد البائع؛ لأنه لو كان كذلك فإنه ينبغي أن يكون مودعًا عند البائع كما هو، فلا يجوز أن يصرفه في حاجة نفسه، ولا يمكن اعتباره قرضًا أيضًا؛ لأنه حين تقديمه للبائع لم يكن على وجه الصلة.
- ويمكن تكييف ذلك المبلغ على أنه دفعة تحت الحساب، وهي وإن كانت بهذا الوجه قرضًا عند الفقهاء، من حيث إنه يجوز للمدفع له أن يصرفها في حوائج نفسه، ومن حيث كونها مضمونة عليه، إلا إنها فيما يظهر قرضٌ يجوز فيه شرط البيع اللاحق.

ثانيًا- الصورة الأولى من الحالة الثانية:حاصل هذه الصورة هي بيع أجل فيه تسليم مبيع المعين إلى آجال معلومة، وبناء على ما تقدم من خلاف الفقهاء في حكم تأجيل المبيع المعين فإن هذه الصورة مختلف فيها على ضوء ذلك الخلاف، وبناء على ما ترجح هناك فإن الراجح هنا هو جواز هذه الصورة. والله أعلم.

ثالثًا- الصورة الثانية من الحالة الثانية.وهي أن يضع المبلغ، ثم يعقد به البيع على سلعة يقدرها ولا يعينها وهذه الصورة حصل فيها خلاف بين الفقهاء، على قولين:

القول الأول: جواز بيع الاستجرار هنا، وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة.

القول الثاني: عدم جواز بيع الاستجرار هنا، وهو مذهب الأحناف.

أولاً- أدلة القول الأول:يمكن الاستدلال للقول الأول بأن هذا البيع بيع لم يأت دليل يمنع من صحته؛ فيبقى على الأصل وهو الإباحة.

الترجيح: بناء على ما تقدم من الاعتراض على دليل الأحناف، وبناء على كون العلم بالمبيع يتحقق بالوصف تحققه بالرؤية والتعيين، فإن الذي أراه راجحاً هو جواز بيع الاستجرار بهذه الصورة، سيما وأنه يغلب فيما يجري فيه السلم، وقد نص الفقهاء على جوازه. والله أعلم.

الفرع الثاني: حكمه إذا كان الثمن مجهولاً:

أولاً- الصورة الثانية من الحالة الأولى: وهي أن يكون أخذ السلع خالياً عن تحديد ثمنها.

ويتقرر في هذه الصورة ما تقرر سابقاً، من أنه يفرق بين أمرين:

الأول: أن يكون ثمة اتفاق ابتدائي أو عرف يحدد أن ما يؤخذ يكون بحسب سعر السوق، ويكون مما لا يختلف سعر أفراده.

ويرد هنا ما سبق ذكره من خلاف، وبناء على ما ترجح هناك فالراجح هنا هو صحة ذلك.

الثاني: أن يتعاملاً بذلك هملاً دون أن يكون ثمة اتفاق أو عرف يقضي بأن يكون تحديد ثمن السلعة بحسب سعر السوق، أو أن يكون ذلك حاصلًا فيما يتفاوت سعر أفراده وثنمه مما لا يتعارف عليه.

وحكم بيع الاستحجار هنا أنه لا يصح كونه بيعاً؛ لأنه إما أن نقول: إن انعقاد البيع كان حين وضع المبلغ، أو أن نقول: إنه كان حين الأخذ، وكلاهما لا يصح.

إلا إن ابن عابدين أجاز هذه الصورة على أنها ليست بيعاً.

فيظهر من هذا أن ابن عابدين يرى صحة هذا النوع من الاستحجار، والذي أراه هو عدم جواز ذلك؛ لأن الثمن هنا مجهول على وجه قد يؤدي إلى التزاع؛

لأنه ليس ثمة معيار يضبط السعر في ذلك؛ فقد يكون قليلاً، وقد يكون كثيراً، وذلك من الغرر المنهي عنه.

أ- أما تكييفه بأنه قرض مضمون. يمثله أو بقيمته. فيرد عليه أن قرض القيمي فاسد عندهم، والمبيع في بيع الاستحجار قد يكون قيمياً.

ب- وأما تكييفه على الهبة بشرط العوض، فيجاب عليه بأن الهبة بشرط العوض يشترط فيها أن يكون العوض معيناً، والعوض في مسألتنا غير معين؛ إذ هو مجهول، كما تقدم، وحتى على رواية الإمام أحمد بجواز الهبة بشرط عوض مجهول، فإن روايته هذه مقيدة بأن يعطيه شيئاً يرضيه به.

ج- وأما التكييف بالمقبوض على سوم الشراء، فيجاب عنه بأن المقبوض على سوم الشراء يشترط فيه أن يكون الثمن مسمى في العقد، وليس الأمر كذلك هنا.

3) أن ابن عابدين يظهر من كلامه أن جواز بيع الاستحجار إنما هو من حيث ما تقتضيه قواعد الفقه لا يجوز، وإنما أجازته استحساناً؛ لما في ذلك من مصلحة.

وأما ما ليس كذلك فإن التعامل به نادر، كما هو ظاهر من واقع تعامل الناس بالاستحجار؛ وعليه فلا مصلحة من جواز هذه الصورة، ولا وجه لإخراجها عن الأصل في ذلك استحساناً.

ثانياً- الصورة الثالثة من الحالة الثانية: وهي أن يضع المبلغ ويتلفظ بالبيع، ولا يكون المبيع حينذاك معيناً ولا مقدراً.

وبيع الاسترجار هنا لا يجوز، وهو مذهب الجمهور، وهو أيضاً- فيما يظهر- مذهب الأحناف؛ بناءً على منعهم الصورة السابقة، فإنهم سيمنعون هذه الصورة من باب أولى؛ لأن المبيع هنا مجهول العين والقدر، وهذا أيضاً هو الظاهر من مذهب المالكية.

ونص عليه الشافعية كذلك، وهو الظاهر من مذهب الحنابلة؛ بناءً على اشتراط العلم بالثمن حال العقد، وعدم كفاية العلم بالثمن مستقبلاً.

ولا يقال هنا: إن أخذ المشتري للسلع فيما بعد قد يصاحبه تحديد الثمن؛ فتجوز هذه الصورة بناءً على ذلك؛ لأن البيع هنا حصل التعاقد عليه حين وضع المبلغ.

كما أنه أيضاً لا يصح أن يقال: إن هذه الصورة ينبغي أن تكون صحيحة؛ قياساً على مسألة السعر، وأما هنا فهو لا يعلم ما الذي سيأخذه من البائع، ومثل هذه الصورة فيها غرر فاحش؛ ولذلك فهي لا تجوز.

المطلب الثالث : حكم بيع الاسترجار إذا كان مؤجل البدلين

نجد هنا أن الثمن والمبيع كلاهما معلوم، فإنهما موصوفان في الذمة، وقد يكونان أيضاً معينين، وإنما يبرز الإشكال من جهة كون الثمن والمثلث مؤجلين، وأن التفرق بينهما حصل دونما قبض لأحد البدلين. وقد اختلف الفقهاء في هذه

الصورة لبيع الاستجرار، على قولين:

القول الأول: أن بيع الاستجرار هنا لا يجوز، وهو مذهب الأحناف، وقول للإمام مالك، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، بناء على رأيهم في مسألة بيع الدين بالدين.

القول الثاني: أن هذا البيع يجوز إذا كانت المعاملة من دائم العمل، وهو مذهب المالكية، وهو أيضاً مذهب الحنابلة في المبيع الموصوف المعين، ورواية عندهم في المبيع الموصوف غير المعين.

وللمالكية في هذا شروط خاصة، وهي ما يلي:

- 1) أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه بعد العقد إما حقيقة أو حكماً، حيث تسامحوا فيما دون العشرة أيام.
- 2) أن يكون أصل هذا المبيع عند البائع.
- 3) أن يكون ما يأخذه المشتري مقدراً.
- 4) أن يكون الثمن إلى أجل معلوم.
- 5) أن يكون تحصيل الثمن مأموناً.

أولاً- أدلة القول الأول: استدلل أصحاب القول الأول بما يلي:

- 1- ما رواه عبدالله بن عمر - رضي الله تعالى عنهما - أن النبي ﷺ

نهى عن بيع الكالئ بالكالئ تقدم تخريجه.

2- الإجماع على حرمة بيع الدين بالدين.

وبتأمل هذين القولين وأدلتهما يظهر جلياً أن المانعين اعتمدوا على حرمة بيع الدين بالدين الثابت بالنص والإجماع، وبتأمل صورة بيع الاسترجار هنا نجد أنه حين التعاقد بينهما على ذلك الوجه فإن ذمة البائع تكون مشغولة بالمبيع، وكذلك ذمة المشتري تكون مشغولة بالثمن، وعليه فيصدق على هذا من حيث الاصطلاح أنه بيع دين بدين.

الفرع الأول: صور بيع الدين بالدين وحكمه:

الصورة الأولى: بيع دين مؤخر لم يكن ثابتاً في الذمة بدين مؤخر وهذه الصورة لا خلاف في منعها، وتسمى هذه الصورة: "ابتداء الدين بالدين"، ويسميتها شيخ الإسلام: "بيع الدين الواجب بالواجب".

الصورة الثانية: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة للمدين بما يصير ديناً مؤجلاً من غير جنسه، بحيث يكون مشتري الدين هو نفس المدين، وباعه هو الدائن، وهذه الصورة لا خلاف في منعها أيضاً، وتسمى هذه الصورة: "فسخ الدين في الدين".

الصورة الثالثة: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة لغير المدين بثمن موصوف في الذمة مؤجل، وهذا أيضاً مما لا خلاف في منعه. إلا أنه يستثنى -

كما سيأتي - من هذه الصورة، أمران:

1- إذا كان البيع هنا بعين معجلة، فإنه يجوز عند المالكية؛ لكونه بيع دين بعين.

2- إذا قبض مشتري الدين الدينَ وقبض بئعه العوض في المجلس، فالشافعية استثنوا هذه الحالة من المنع هنا وأجازوها؛ وذلك لارتفاع الوصف المانع من الجواز، وهو بيع الدين المؤجل بمثله قبل التفرق.

الصورة الرابعة: بيع دين ثابت في الذمة يسقط إذا بيع بدين ثابت في الذمة يسقط، وذلك كأن يكون لأحدهما عند الآخر دنانير، وللآخر عند الأول دراهم فيبيع هذا بهذا. وهذه الصورة حصل فيها خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: جواز هذه الصورة، وهو مذهب الأحناف والمالكية، وهو اختيار شيخ الإسلام، وابن القيم.

القول الثاني: عدم جواز هذه الصورة، وهو مذهب الشافعية والحنابلة.

الصورة الخامسة: جعل رأس مال السلم ديناً. وقد اختلف في هذه الصورة على قولين:

القول الأول: أنها لا تجوز، وهو مذهب الجمهور.

القول الثاني: جواز هذه الصورة، وهو قول شيخ الإسلام، وابن القيم.

الصورة السادسة: تأخير قبض رأس مال السلم عن مجلس العقد؛ إذ من المعلوم أن جمهور الفقهاء يشترطون أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ويرون بطلان العقد إذا تفرق العاقدان قبل تسليمه، بناء على كونه سيكون من قبيل بيع الدين بالدين. وخالف المالكية في ذلك، فأجازوا تأخيره اليومين والثلاثة على تفصيل في ذلك.

الفرع الثاني: علاقة بيع الاسترجار ببيع الدين بالدين إذا نظرنا إلى الصور المتقدمة في بيع الدين بالدين، فإننا نجد أن تلك الصور - عدا الأولى والسادسة منها - لا علاقة لها ببيع الاسترجار هنا؛ لأن تلك الصور مبنية على أن الدين فيها كان ثابتاً في الذمة، والدين هنا ليس كذلك.

ويبقى بعد ذلك صورتان الأولى والسادسة، وإذا تأملنا صورة بيع الاسترجار هنا وجدنا أن المبيع فيها موصوف في الذمة، وعليه فترد الصورة السادسة وهي تأجيل رأس مال السلم والتي خالف فيها الشافعية الجمهور فأجازوا ذلك، ولكن يلحظ أن العقد في مسألتنا هنا تم بلفظ البيع لا بلفظ السلم، وانعقاد السلم بلفظ البيع أجاز فيه بعض الفقهاء تأجيل البديلين

فيظهر من خلال هذا أن صورة بيع الاسترجار هذه التي يكون المبيع فيها موصوفاً في الذمة جائزة عند الشافعية والحنابلة، وبهذا فإن بيع الاسترجار هنا لا يرد عليه إجماع تحريم بيع الدين بالدين، وإذا تقرر ذلك فإن عمدة المانعين من

بيع الاستحجار المؤجل البدلين تكون قد بطلت إذن.

الراجع في حكم بيع الاستحجار المؤجل البدلين: بناء على ما تقدم دراسته في الفرعين السابقين، يظهر لي رجحان جواز بيع الاستحجار المؤجل البدلين بالشروط التي ذكرها المالكية؛ للأسباب التالية:

- 1- قوة دليل المجيزين.
- 2- أن الإجماع- الذي هو عمدة المانعين- ثبت عدم شموله لبيع الاستحجار هنا.
- 3- أن الغرر- الذي هو علة منع بيع الدين بالدين- منتفٍ في هذه الصورة؛ في ظل الشروط المذكورة.
- 4- أن الحاجة لبيع الاستحجار بهذه الصورة قائمة، وذلك يظهر جلياً في السلع الشحيحة في الأسواق.

المبحث الثاني : الآثار المترتبة على بيع الاسترجار وفيه مطلبان :

المطلب الأول: الآثار المترتبة على الصور الصحيحة.

من خلال بحث حكم بيع الاسترجار في صورته المتقدمة يظهر أن الصور الصحيحة منه- بناء على ما ترجح- هي ما يلي:

1- إذا كان بيع الاسترجار بثمان مؤخر، والحال أنهما يتفقان على ثمن السلعة في كل مرة.

2- إذا كان بثمان مؤخر أو مقدم، وكان ثمن السلعة لا يحدد حين الأخذ، ولكن ثمة اتفاقاً أو عرفاً يقضي بأن يكون الثمن بحسب سعر السوق، وكان ذلك فيما ثمنه متعارف عليه ولا يتفاوت سعر أفراده.

3- إذا كان بيع الاسترجار بثمان مقدم وضع عند البائع، والحال أنذاك أن المشتري لم يتلفظ بالبيع، ثم شرع في أخذ السلع، وكان يحدد ثمنها في كل مرة.

4- إذا كان بثمان مقدم عقد به البيع حين وضعه على سلعة عينها، واتفقا على ثمنها.

5- إذا كان بثمان مقدم عقد به البيع على سلعة قدرها ولم يعينها.

6- إذا كان مؤجل البدلين، وقد تحققت فيه الشروط المذكورة.

والآثار المترتبة على هذه الصور هي من حيث الحملة الآثار المترتبة على عقد البيع عموماً، وهي ما يلي:

1) انتقال الملك: وذلك بأن تنقل ملكية المبيع للمشتري، وملكية الثمن للبائع، بمجرد تمام العقد بينهما صحيحاً، ولا أثر للقبض من عدمه على هذا ويترتب على هذا الأثر لزوم تسليم البدلين حال التعاقد، إلا إذا وجد اشتراط الأجل، وعلى هذا ففي الصور التي يكون الثمن فيها مؤجلاً في بيع الاسترجار فإنه لا يحق للبائع حبس المبيع إلى حين المحاسبة.

2) تسليم الثمن الحال: بالنظر في صور بيع الاسترجار الصحيحة نجد أن التعاقد فيها يخلو من أن يكون بئمن حال؛ لأنها لا تخرج عن أن تكون بئمن مؤخر أو بئمن مقدم يؤخذ عند أخذ السلعة أو حين المحاسبة، وعليه فلا علاقة لهذا الأثر ببيع الاسترجار.

3) تسليم المبيع: تسليم المبيع في بيع الاسترجار من خلال ما تقدم من صورته نجد أنه يتمثل في أخذ المشتري للسلعة بإذن البائع، وعليه فتكون مسؤولية البائع هنا في تسليم المبيع هي عدم الحيلولة بين المشتري وبين أخذه للمبيع، ويترتب على إخلال البائع بذلك بعض الأمور التي يأتي تفصيلها في المبحث القادم.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الصور الفاسدة لا خلاف بين الفقهاء في أن العقد الفاسد لا يثبت به الملك قبل القبض، وأما بعده فيأتي الخلاف بين الجمهور والأحناف، على نحو ما تقدم.

وعلى هذا، فالصور الفاسدة المتقدمة متى تم التعاقد بها ولم يحصل فيها قبض فإنه لا يترتب عليها أي أثر باتفاق الفقهاء، وأما إذا حصل القبض فيأتي الخلاف، والغالب في صور بيع الاسترجار الفاسدة أن القبض فيها يحصل على وجه تبدأ معه العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري؛ ولهذا فإن العقد بينهما ينشأ فاسداً من أصله.

وإذا تقرر هذا، فإن بيع الاسترجار الفاسد تفصل آثاره المترتبة عليه على النحو التالي:

أولاً- على رأي الجمهور، فإنه لا يترتب عليه أي أثر؛ فلا يملك المشتري ما قبضه بذلك البيع، ولا يصح تصرفه فيه، ويلزمه رده، وإن كان تالفاً فإنه يضمنه بقيمته.

ثانياً- على رأي الأحناف، فإن ثمة آثاراً تترتب عليه، وهي ما يلي:

1) انتقال الملك، وذلك إذا قبضه المشتري بإذن البائع، وهذا بناء على مذهبهم في أن المقبوض بعقد فاسد يفيد الملك؛ استدلالاً بحديث عائشة: أنها أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها: "نبيعكها على أن ولائها لنا"، فذكرت ذلك لرسول الله فقال: لا يملكك ذلك؛ وإنما الولاء لمن أعتق تخريجه.

وإذا تأملنا صور بيع الاستجرار الفاسدة، نجد أن القبض فيها حصل بإذن البائع، وعلى هذا فإن ما قبضه المشتري يثبت ملكه فيه، على أن لكل واحد منهما حق الفسخ بعلم الآخر، كما سيأتي.

2) استحقاق كل واحد من المتعاقدين الفسخ، ومؤدى هذا أن المتعاقدين في بيع الاستجرار الفاسد يحق لكل واحد منهما الفسخ، إلا أن ذلك مقيد بالألا يوجد مانع يمنع من الفسخ.

3) قبول العقد للتصحيح، يرى الأحناف أن العقد الفاسد يمكن تصحيحه بحذف المفسد له كما تقدم، ويوافق الأحناف المالكية أيضاً في قول عندهم.

وإذا نظرنا في الصور الفاسدة في بيع الاستجرار نجد أن الفساد الذي بها من قبيل الفساد القوي الذي لا إمكان لتصحيح العقد المشتمل عليه؛ لأن أسباب الفساد في بيع الاستجرار الفاسد هي جهالة الثمن في الصورتين الأوليين، وجهالته وجهالة المبيع في الثالثة، فكان بذلك سبب الفساد عائداً إلى البديلين، فأصبح من قبيل الفساد القوي.

4) ضمان المبيع، لا يختلف الفقهاء في أن المبيع يبيع فاسد إذا هلك وهو في يد المشتري، فإنه يثبت ضمانه عليه؛ فإرد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، ويقال مثل هذا في ضمان نقص المبيع أيضاً.

المبحث الثالث : أوصاف بيع الاسترجار وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشروط في بيع الاسترجار. اختلف الفقهاء في تلکم الشروط وما يتعلق بها، وأعرض فيما يلي ما عليه المذاهب في هذه الشروط:

أولاً- الأحناف: قسم الأحناف الشروط إلى قسمين:

أ) الشروط الصحيحة، وهي عندهم أربعة أضرب:

1) شرط مقتضى العقد؛ كاشتراط المشتري رد المبيع المعيب، ونحوه.

2) الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكنه يلائمه.

3) الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولكن جاء به الشرع.

4) الشرط الذي لا يدخل فيما تقدم، ولكنه جرى به عرف الناس.

فهذه الشروط صحيحة عندهم، فيوجبون الوفاء بها على من اشترطت عليه، ويترتب على اختلالها ثبوت حق الفسخ لشارطها.

ب) الشروط الفاسدة، وهي ضربان:

1) شروط يترتب عليها فساد العقد؛ وهي ما يلي:

1- الشرط المؤدي للغرر والمنازعة.

2- الشرط المحرم شرعًا.

3- الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه ولم يتعارف عليه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه الأدمي. فهذه الشروط تفسد العقد إن وجدت به.

2) الشروط الباطلة؛ وهي التي تكون فاسدة في نفسها ولا تفسد العقد، بمعنى أنها تبطل، ويصح العقد؛ وهي ما يلي:

1- شرط قد يترتب عليه منفعة للمعقود غير الأدمي، أو يترتب عليه مضرة.

2- شرط فيه منفعة لأجنبي عن العقد.

3- شرط ليس فيه منفعة ولا مضرة.

ثانيًا- الملكية: قسم الملكية الشروط إلى قسمين:

أ) الشروط الصحيحة؛ وهي خمسة أضرب:

1) شرط مقتضى العقد.

2) الشرط الذي يحقق مصلحة العقد.

3) اشتراط منفعة معلومة يسيرة في المعقود عليه.

- 4) اشتراط عمل في العقود عليه.
- 5) الشرط المؤدي إلى منع المشتري من تصرف يسير في المبيع
- 6) شرط إيقاع معنى من معاني البر في المبيع.
- ب) الشروط الباطلة: وقسموها إلى قسمين:
- 1) باطلة مبطله للعقد؛ وهي ما يلي:
- 1- الشرط المناقض لمقصود العقد ومقتضاه.
- 2- الشرط الذي يخل بالثمن.
- 3- شرط ما هو محرم شرعاً.
- 4- الشرط المؤدي للجهالة والغرر.
- 2) الشروط الباطلة في نفسها غير المبطله للعقد، وهي ما يلي:
- 1- اشتراط ما يؤدي إلى إسقاط حق من حقوق العقد.
- 2- اشتراط ما يخالف النص.
- 3- اشتراط ما لا غرض فيه ولا مآلته.
- ثالثاً - الشافعية: وقسموا الشروط إلى قسمين:
- أ) الشروط الصحيحة؛ وهي ما يلي:

1- شرط مقتضى العقد.

2- اشتراط صفة منضبطة قائمة بمحل العقد وقت التعاقد.

3- شرط مصلحة العقد.

(ب) الشروط الباطلة؛ وهي على قسمين:

(1) باطل مبطل للعقد؛ ويشمل ما يلي:

1- الشرط المخالف للنص.

2- الشرط المؤدي للمحذور.

3- الشرط المؤدي إلى المنع من التصرف أو من الانتفاع بمحل العقد مطلقاً أو لفترة معينة.

4- الشرط المؤدي إلى عمل أحد العاقدين أو غيرهما في المبيع.

5- الشرط المؤدي إلى إيجاب تصرف في المبيع أو في غيره لمصلحة أحد العاقدين أو غيرهما.

(2) باطل غير مبطل للعقد؛ وهي الشروط المخالفة لمقتضى العقد غير

المتضمنة منفعة أو غرضاً يورث تنازُعاً؛ كما لو باعه عبداً بشرط

أن يلبس العبد لباساً معيناً.

رابعاً- الحنابلة: قسموا الشروط إلى

أ) الشروط الصحيحة؛ وهي ما يلي:

- 1- شرط مقتضى العقد.
- 2- شرط ما هو مصلحة للعقد.
- 3- الشروط التي فيها منفعة مباحة معلومة غير منافية لمقتضى العقد.

ب) الشروط الباطلة؛ وتنقسم إلى قسمين:

- 1) الباطلة المبطله للعقد؛ وهي ما يلي:
 - 1- اشتراط ما يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد واحد بعوضين مختلفين.
 - 2- اشتراط شرطين فاسدين في عقد.
 - 3- اشتراط ما ينافي مقصود العقد.
- 2) الشروط الباطلة غير المبطله للعقد؛ وهي الشروط المنافية لمقتضى العقد غير الملغية لمقصوده.

وإذا نظرنا لبيع الاستمرار من جهة تعامل الناس به ومقاصدهم في التعامل به، فإنه يمكن أن أحصر الشروط الجعلية والتي يغلب اشتراطها فيه فيما يأتي، مصحوباً بدراسة حكمه:

1- اشتراط ما يؤدي إلى جهالة الأجل في بيع الاستمرار بثمن

مؤخر:

بدراسة هذا الشرط يظهر أن الجمهور - خلافاً للحنابلة - يرون أنه فاسد مفسد للعقد، في حين أن الحنابلة ذهبوا إلى فساد الشرط وصحة العقد حالاً.

2- اشتراط أن يكون السعر، بسعر السوق يوم المحاسبة، لا يوم

الأخذ:

لو اشترط أحد المتعاقدين ذلك فذلك شرط غير صحيح عند الفقهاء؛ وذلك لما فيه من إفضاء للجهالة في الثمن، وللغرر المؤدي للمنازعة بينهما، ويقال هنا ما قيل سابقاً من أن الجمهور يرون فساد العقد بهذا الشرط، في حين أن الحنابلة يرون فساد الشرط وصحة العقد، وذلك تخريجاً على قواعدهم المتقدمة في الشروط.

3- اشتراط تأجيل السلعة المعينة: اشتراط هذا الشرط هنا من قبيل ما

يؤدي إلى الغرر، ومن ثم فيكون فاسداً مفسداً للعقد عند الجمهور، وأما الحنابلة فإنهم يرون جواز هذا الشرط، ومن ثم فيكون من قبيل الشروط الصحيحة.

5- اشتراط وصف معين في السلعة: هذا الشرط لا إشكال فيه من

حيث أصل جوازه، وهو ما مثل به سابقاً؛ كأن تكون الدابة سريعة ونحو ذلك، ونجد أن الفقهاء لهم في ذلك قيود؛ وهي ما يلي:

1- أن يكون ذلك مما يمكن الوقوف على وجوده أو عدمه حال العقد.

2- أن يكون في الصفات المشروطة غرض مقصود.

3- أن تكون تلك الصفات جائزة شرعاً.

فإذا تقرر صحة هذا الشرط بهذه القيود، فهذا يقتضي تحتمه على البائع، ثم إن عقد البيع المشتمل على ذلك الشرط لا يخلو من ثلاث حالات:

الأولى: أن يتحقق في المبيع ما اشترطه المشتري، فهذا لا إشكال فيه.

الثانية: أن يتخلف ذلك الوصف المشترط، ويتبين أن المبيع أنقص مما اشترطه المشتري فهذا يثبت للمشتري حق الخيار بين الفسخ أو إتمام العقد مع أخذ أرش النقص، وهذا محل اتفاق.

الثالثة: ألا يتحقق الوصف المشترط نفسه، ولكن تحقق ما هو أعلى منه وهذه الحالة اختلف فيها الفقهاء على قولين:

القول الأول: أنه لا خيار للمشتري، وهو مذهب الأحناف، والحنابلة، ورواية عند المالكية.

القول الثاني: أنه يثبت للمشتري الخيار هنا، وهو مذهب المالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة؛ واستدلوا بأنه قد يكون للمشتري قصداً خاصاً في الصفة

التي اشترطها، فيكون تخلفها مفوتًا لقصدته حتى وإن تحقق أعلى منها.

الترجيح: يظهر ليرجحان القول الثاني؛ لقوة دليلهم.

المطلب الثاني : الخيار في بيع الاستجرار بالجملة فإن بيع الاستجرار يثبت فيه الخيارات المقررة في عقد البيع عمومًا، وأتناول فيما يلي أهم الخيارات الواردة فيه:

1- خيار المجلس: يثبت خيار المجلس عند من يراه- وهم الشافعية، والحنابلة- في بيع الاستجرار، باعتبار أنه بيع يسري عليه سائر ما يسري على البيوع، وهذا لا إشكال فيه، أعني: أصل ثبوت خيار المجلس في بيع الاستجرار، وإنما يتعين النظر هنا في مجلس العقد في بيع الاستجرار؛ ليناط به خيار المجلس، ومن ثم فتعرف نهايته.

وعلى هذا فإن مجلس العقد في بيع الاستجرار ينقضي بانتهاء تشاغلها بالتعاقد، حتى ولو لم يقبض المشتري السلعة بعد

أما لو كان بيع الاستجرار مبنياً على عرف أو اتفاق سابق يقضي بأن المشتري يأخذ ما يحتاجه من سلع، على أن يتحاسباً على ثمنها مطلع كل شهر مثلاً، فإن العقد هنا إنما يتم حين أخذ السلعة؛ فيكون ذلك مجلس العقد الذي يثبت فيه خيار المجلس، وسواء أكان ذلك بصيغة قولية أو فعلية.

2- خيار الشرط: يتفق الفقهاء على مشروعية خيار الشرط وثبوته في

سائر البيوع، على اختلاف بينهم في مدته، وجملة القول في ذلك أنهم اختلفوا على ثلاثة أقوال:

- 1- أن مدته ثلاثة أيام، وهو مذهب الأحناف، والشافعية.
 - 2- أنه مقدر بقدر الحاجة ونوع المبيع، وهو مذهب المالكية.
 - 3- أنه لا حد لمدته، فهو جائز وإن طال، وهو مذهب الحنابلة.
- وعلى أي حال، فإن خيار الشرط يثبت باتفاق الفقهاء في كل عقد اشترط فيه، إلا أن ثمة شروطاً وضعها الفقهاء في ذلك لا بد من تأملها للتحقق من مدى ثبوت خيار الشرط في بيع الاسترجار، وهذه الشروط ما يلي:

- 1- ألا يكون البيع مما يشترط فيه القبض في المجلس.
- 2- أن تكون مدة الخيار المشروطة متصلة بالعقد.
- 3- أن تكون مدة الخيار معلومة.

وبتأمل هذه الشروط نجد أنه لا إشكال في توافرها في بيع الاسترجار بحسب أصله، كما أنه- من جهة الشرط الأول الذي قرر ألا يكون البيع مما يشترط فيه التقابض في المجلس- فإن الثابت من أحكام بيع الاسترجار: أنه ليس من ذلك؛ فقد ترجح جوازه مؤجل البدلين، كما تقدم، ولكنه يستثنى منه حالة واحدة؛ وهي: ما إذا كان بيع الاسترجار بثمن مقدم عقد به المشتري البيع

على سلعة وصفها بما يكفي في السلم، وحدد آجالاً معلومة لقبضها بجزءاً فيها؛ فإنه في هذه الحالة يكون من قبيل السلم، ومعلوم أنه من شروط السلم: تسليم رأس المال في المجلس على ما عليه؛ ومن ثم فلا يشرع فيه خيار الشرط؛ لتخلف هذا الشرط المذكور هنا.

3- خيار العيب: لا يختلف الفقهاء في أصل ثبوت خيار العيب في البيوع إذا كان المشتري لم يعلم به حين العقد، وذلك يقتضي ثبوته في بيع الاستحجار؛ وعلى هذا فلو أن المشتري في بيع الاستحجار أخذ السلعة ثم وجدها معيبة، فلا إشكال ههنا في ثبوت خيار العيب على النحو الذي قرره الفقهاء.

و الفقهاء في هذه المسألة، نجد أنهم يربطون الكلام ههنا بمسألة القبض والضمان؛ فجعلوا ثبوت خيار العيب للمشتري منوطاً بعدم دخول المبيع في ضمانه.

4- خيار الرؤية: ذهب جمهور أهل العلم إلى ثبوت خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً ولم يره.

وبتطبيق حاصل ما تقدم على بيع الاستحجار، نجد أن المبيع في بيع الاستحجار لا يخلو من أن يكون أحد أمرين:

1- أن يكون موصوفاً؛ وذلك في حال أن كان بثمن مقدم عقد به على سلعة موصوفة، وهنا لا يثبت خيار الرؤية للمشتري، بل إنه يتعين على البائع

الإتيان بالسلعة على نحو ما اشترط من وصف.

2- أن يكون عيناً؛ وذلك في حال أن كان بئمن مقدم عقد به على مبيع معين ، فهنا لا يخلو من أن يكون المشتري رأى السلعة، أو لم يرها ولكن البائع وصفها له: فإن كان رآها فلا خيار له، وإن كان لم يرها وإنما اشتراها على الوصف فقط، فإنه يثبت له خيار الرؤية ههنا.

وأما بقية صور الاسترجار فإن العقد فيها يتم حين أخذ السلعة، وعليه فلا يتصور إلا أن يكون المشتري قد رأى السلعة؛ ومن ثم فلا يثبت له خيار الرؤية.

المطلب الثالث: القبض في بيع الاسترجار أن بيع الاسترجار يتميز عن البيع المطلق من ناحية أن قبض البئلين فيه لا يكون في الغالب مصحوباً بالتعاقد حين ذلك، كما أنه ظهر أيضاً أن بيع الاسترجار عموماً يبني على العرف ويرجع إليه في كثير من جوانبه والتي منها أخذ المشتري للمبيع.

الفرع الأول: قبض الثمن: لا يخلو الثمن في بيع الاسترجار من أن يكون مقدماً، أو مؤخراً؛ وهو في حال كونه مؤخراً لا إشكال فيه من جهة قبضه ، وأما حال كونه مقدماً فيتعين النظر فيه:

فإذا كان وضع الثمن عند البائع مقروناً بالتعاقد به على سلعة معينة أو موصوفة، فيكون قبض البائع للثمن حاصلًا ومتحققًا بمجرد وضعه عنده؛ وعليه فتترتب آثار القبض كاملة ههنا، من جهة الضمان واستحقاق التصرف فيه وما إلى ذلك، ولا تتوقف على أخذ المشتري للسلعة.

وأما إن كان المشتري وضع ذلك المبلغ ولم يعقد به على سلعة معينة أو موصوفة، ثم عندما أخذ سلعة فيما بعد من البائع اتفقا على أن يؤخذ ثمنها من ذلك المبلغ المقدم.

والقبض في هذه الصورة تم عن طريق التخلية.

الفرع الثاني: قبض المثلث: المثلث في بيع الاسترجار لا يخلو من ثلاث حالات:
الأولى: أن يكون معيناً، وهذا متحقق فيما إذا كان بيع الاسترجار بثلث مؤخر.

وبتأمل هذه المسألة يظهر لي أن القبض هنا لا يتحقق آثاره إلا فيما قبض فقط، وقبض المثلث هنا يحصل شيئاً فشيئاً، وعليه فترتب آثاره تبعاً لذلك، فما قبضه ترتب آثار القبض عليه دون ما لم يقبضه بعد.

الثانية: أن يكون موصوفاً، وذلك حاصل فيما إذا وضع المشتري الثلث عند البائع وعقد به على سلعة موصوفة، والقبض هنا يحصل بأخذ المشتري للسلعة الموصوفة حسب حاجته، والقبض هنا يتم عن طريق المعاطاة بينهما.

الثالثة: ألا يكون معيناً ولا موصوفاً، وذلك حاصل فيما إذا تم الاتفاق بينهما على أن المشتري سيأخذ ما يحتاجه من سلع، فالقبض هنا يتحقق عند أخذ المشتري للسلع.

الفصل الثالث

التطبيقات المعاصرة لبيع الاستمرار

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: التطبيقات المعاصرة لبيع الاستمرار في عقود التوريد

عقود التوريد- تأخذ ثلاث صور يختلف تكييف التوريد بحسبها:

الصورة الأولى: أن يتعهد شخص لآخر صناعة شيء على حسب المواصفات والمقاييس المتفق عليها في العقد، فهذه الصورة من الناحية الفقهية تعد عقد استصناع؛ لأنه شرط فيه العمل والعين معاً، ومن ثم فتأخذ هذه الصورة شروط الاستصناع وأحكامه.

الصورة الثانية: أن يتعهد شخص لآخر ببيع أشياء موصوفة في الذمة، تكفي في وصف السلم، على أن يسلمها له بصفة دورية، مقابل مبلغ معين؛ فهذه الصورة تعد عقد سلم؛ وعليه فعقود التوريد إذا صيغت على هذا الأساس فإنها تعد سلماً يشترط فيها شروط السلم، والتي منها تسليم رأس المال في المجلس.

الصورة الثالثة: أن يتعهد شخص لآخر ببيع سلع معينة، يتم تسليمها إليه بصفة دورية، مقابل مبلغ معين؛ فهي بهذا عقد بيع يراعى فيها أحكامه وشروطه.

وبعد هذا العرض السريع لعقود التوريد وتكييفها، نجد أن بيع الاستمرار

يصدق عليها، من جهة أن المبيع فيها أو المسلم فيه يؤخذ شيئاً فشيئاً، ، إلا أن التوريد نجد فيه أن آجال التسليم يمكن أن تكون مضبوطة ومحددة عند الاتفاق، وهذا ما لا يوجد في بيع الاستجرار.

وخلاصة القول أن بيع الاستجرار يتحقق في عقود التوريد التي لا يتم فيها تحديد آجال تسليم السلع على وجه التفصيل.

المبحث الثاني

التطبيقات المعاصرة لبيع الاستمرار في المعاملات المصرفية

تظهر العلاقة بين المراجعة المصرفية وبيع الاستمرار من جهة أنه يمكن أن يتعامل المصرف مع أصحاب السلع الموردين لها على أساس الاستمرار ، وهكذا فيشتري المصرف تلك السلع بسعر السوق شيئاً فشيئاً، ثم يدفع ثمنها فيما بعد للمؤسسات التي اشترى منها تلك السلع، فيكون هذا في نهايته بيع استمرار بثمن مؤخر بين المصرف وبين تلك المؤسسات، وهو إذا تأملنا حال الثمن فيه وأنه يتم بحسب سعر السوق فإنه سيكون جائزاً فيما إذا كانت تلك السلع مما تعورف على ثمنها ولا يختلف سعر أفرادها، وإلا فلا يجوز كما تقدم.

وأما عملاء المصرف في المراجعة فيمكن أن يدخل المصرف معهم في معاملة شبيهة بالاستمرار؛ بأن يتفق معهم على أعلى حد للتسهيلات التي يقدمها إليهم عن طريق المراجعة في سنة واحدة، ثم إن العميل لا يستفيد بجميع هذه التسهيلات مرة واحدة، وإنما يستفيد منها في مرات متعددة، وعلى هذا يكون بيع الاستمرار هنا من قبيل بيع الاستمرار بثمن مؤخر معلوم عند الأخذ؛ فيكون جائزاً كما تقدم.

المبحث الثالث : التطبيقات المعاصرة لبيع الاسترجار في قسائم بيع الهدايا وتسويق المنتجات يندرج تحت هذا نوعان فيما يلي بيانهما:

النوع الأول: بطاقات المحلات التجارية، ويراد بها: تلك البطاقات المصدرة من المحلات التجارية الكبرى بهدف ترويج بضائعها، والمحافظة على أكبر قدر ممكن من العملاء

وبتأمل حال هذه البطاقات نجد أنها تسفر عن معاوضة بين العميل المشتري لها وبين المتجر الذي باعها، والمعاوضة حاصلة فيما أخذه المشتري من سلع مقابل حسم ثمنها من قيمة البطاقة.

وإذا تمعنا في هذه البطاقات نجد أن الغالب فيها هو أن من يشتريها لا يعقد بها حين ذلك على سلعة معينة أو موصوفة، بل يقتصر الأمر على مجرد شراء البطاقة، بل إنه وفي أحيان كثيرة لا يكون المشتري لها هو من سيستعملها لاحقاً.

كما أنه حين أخذ السلع فإن الثمن يكون معلوماً، ثم يحسم مباشرة حين ذلك، وبناء على ما تقرر من جواز بيع الاسترجار بثمن مقدم إذا كان أخذ السلع مقروناً بتحديد ثمنها، فإن هذه البطاقات بحسب التعامل الحاصل بها والذي تقدم تصويره جائزة شرعاً، على أنها بيع استرجار بثمن مقدم معلوم، والله أعلم.

ولابد من التنبيه هنا إلى أن جواز هذه البطاقات إنما هو من حيث الأصل، وإلا

فلا بد من التأمل في كل نوع منها على حدة، من ناحية النظر فيما قد تشتمل عليه من شروط مفسدة لها.

النوع الثاني: بطاقة القيمة المخزنة: وتسمى أيضاً ببطاقات أجور الخدمات المدفوعة مقدماً.

ويأخذ هذا النوع من البطاقات أمثلة متعددة، فيدخل ضمنها بطاقات الهاتف وبطاقات خدمة الإنترنت، وبطاقات استخدام وسائل النقل الداخلي العام ونحو ذلك.

وعلاقة بيع الاسترجار ببطاقات القيمة المخزنة تظهر من خلال أن هذه البطاقات في نهايتها عبارة عن معاوضة تمت بين المشتري لتلك البطاقات، وبين المصدر لها، والمبيع فيها هو الخدمة المخزنة في البطاقة والموازنة لقيمتها.

ويبرز في تكييف هذه البطاقات فرق آخر بينها وبين بطاقات المحلات التجارية المتقدمة، وهو أن بيع الاسترجار الحاصل في هذه البطاقات يأخذ صورتين الأولى والثانية من صور بيع الاسترجار بثمن مقدم؛ وهي أن يكون وضع المبلغ مصحوباً بأن يعقد به واضعه على سلعة معينة أو موصوفة.

وبناء على أن المبيع هنا كان موصوفاً ومقدراً فإن حكم هذه البطاقات الجواز، كما ما تقرر في بيع الاسترجار بثمن مقدم عقد به على سلعة موصوفة.

المبحث الرابع

التطبيقات المعاصرة لبيع الاستجرار في الاشتراك في الخدمات والمنافع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التكلفة الشهرية لاستهلاك الكهرباء والمياه.

هذه المسألة الماثلة تدرج تحت بيع الاستجرار بثمن مؤخر معلوم، من جهة أن ثمة تسعيرة ثابتة للطاقة الكهربائية وللمياه حسب معايير معينة، فكل جزء من الطاقة الكهربائية معلوم سعره، فكان ثمن ما يؤخذ من ذلك معلوماً، فتحقق بهذا أن بيع الاستجرار الحاصل هنا معلوم الثمن

وبناء على ما سبق في ذلك بصورتيه- أي: بثمن معلوم وبسعر السوق- فإن هذا التطبيق المائل جائز شرعاً؛ لدخوله في صور بيع الاستجرار الجائزة.

المطلب الثاني : التكلفة الشهرية لاستهلاك خدمة الإنترنت يأخذ تسويق خدمة الإنترنت في الواقع العملي اليوم شكلين في ذلك، أولهما بيع بطاقات ذات قيمة مخزنة تمكن مشتريها من استخدام الإنترنت وفق الكمية المخزنة بها، وثانيهما: إيصال الخدمة للمشارك ثم أخذ قيمة ما استهلكه خلال مدد معينة، والشكل الأول داخل فيما تقدم في المبحث الثالث، فما قيل هناك يقال هنا أيضاً، وأما الشكل الثاني فهو لا يبعد في جوهره كثيراً عن الكلام الآنف في التكلفة الشهرية للكهرباء فالمدّة التي قضاها المشترك في استخدام خدمة الإنترنت تحسب قيمتها وفقاً لتلك التسعيرة، ثم تتحدد القيمة الكلية.

فيتين بهذا أن هذه المعاملة من قبيل بيع الاسترجار بثمن مؤخر معلوم؛ فتكون جائزة؛ لجواز بيع الاسترجار بهذه الصورة، كما تقدم.

المطلب الثالث : التكلفة الشهرية لاستهلاك خدمة الهاتف بيع الاستحجار حاصل هنا، من جهة أن العميل يستخدم الهاتف شيئاً فشيئاً، ثم في نهاية الشهر يؤدي ما اجتمع عليه من ذلك، والحال هنا أن ثمن الخدمة معلوم عند الاستهلاك؛ فكان بيع الاستحجار هنا من قبيل بيع الاستحجار بثمن مؤخر معلوم؛ فيكون جائزاً كما تقدم.

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلى الله وسلم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

ملخص بحث

مِلْكِيَّة الثَّمار والزَّروع بعد بيع أصولها في الفقه الإسلامي

إعداد

صلاح محمد الشدي

إشراف

د. خالد محمد العجلان

1431 هـ – 1432 هـ

البحث قبل التلخيص بالمقدمة والفهارس بحجم 327 A4

البحث قبل التلخيص بدون المقدمة والفهارس بحجم 278 A4

البحث بعد التلخيص بحجم 67 A4

إعداد

لجنة ملخصات الأبحاث القضائية

بالجمعية العلمية السعودية (قضاء)

خطة البحث خطة البحث : وتشتمل على مقدمة , وتمهيد , وسبعة فصول , وخاتمة .

المقدمة : وتشتمل على أهمية الموضوع , وأسباب اختياره , والدراسات السابقة , ومنهج البحث , وخطة البحث .

التمهيد : وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المِلْكِيَّة في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثاني : تعريف الثمار في اللغة والاصطلاح .

المطلب الثالث : تعريف الزروع في اللغة والاصطلاح .

المطلب الرابع : تعريف البيع في اللغة والاصطلاح .

المطلب الخامس : تعريف الأصل في اللغة , والمراد به في هذا البحث .

الفصل الأول : مِلْكِيَّة الثمار بعد بيع أصلها من غير اشتراطها . وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : مِلْكِيَّة الثمار الناضجة بعد بيع أصلها .

المبحث الثاني : مِلْكِيَّة الثمار المُؤَبَّرَة ومِلْكِيَّة الثمار غير المُؤَبَّرَة بعد بيع نخيلهما . وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : معنى التأبير في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء .

المطلب الثاني : مِلْكِيَّة الثمار المُؤَبَّرَة بعد بيع نخيلها .

المطلب الثالث : مِلْكِيَّة الثمار غير المُؤَبَّرَة بعد بيع نخيلها .

المطلب الرابع : ملكية الثمار المؤبّرة وغير المؤبّرة بعد بيع نخيلها . وفيه خمس مسائل :

المسألة الأولى : ملكية ثمر النخلة الواحدة المؤبّر منه وغير المؤبّر بعد بيعها .

المسألة الثانية : ملكية ثمار البستان المؤبّرة وغير المؤبّرة بعد بيعه .

المسألة الثالثة : ملكية ثمار البستانين المؤبّر أحدهما بعد بيعهما .

المسألة الرابعة : ملكية ثمار البستان غير المؤبّرة إذا أُفردت بالبيع من دون المؤبّرة .

المسألة الخامسة : ادعاء المشتري نفي تأبير الثمرة قبل بيع أصلها .

المبحث الثالث : ملكية الثمار الحادثة في نخل بعد بيعه وبه ثمار مؤبّرة . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ملكية الثمار الحادثة المتميزة عن الثمار المؤبّرة .

المطلب الثاني : ملكية الثمار الحادثة بعد بيع نخيلها والتي لم تتميز عن الثمار المؤبّرة . وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : ملكية الثمار الحادثة إذا كان قدرها معلوما .

المسألة الثانية : ملكية الثمار الحادثة إذا كان قدرها مجهولا .

المبحث الرابع : ملكية طلع الفحال بعد بيع أصله . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ملكية طلع الفحال بعد بيع نخيله ولم يتشقق منه شيء . وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : مِلْكِيَّةٌ طَلَعُ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ نَخِيلِهِ وَلَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُ شَيْءٌ .

المسألة الثانية : مِلْكِيَّةٌ طَلَعُ الْإِنَاثِ وَالْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ نَخِيلِهِمَا مَعًا وَلَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُمَا شَيْءٌ .

المطلب الثاني : مِلْكِيَّةٌ طَلَعُ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ وَقَدْ تَشَقَّقَ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ . وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ :

المسألة الأولى : مِلْكِيَّةٌ طَلَعُ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ نَخِيلِهِ وَقَدْ تَشَقَّقَ كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ .

المسألة الثانية : مِلْكِيَّةٌ طَلَعُ فَحْلِ النَّخْلَةِ الْوَاحِدِ بَعْدَ بَيْعِهَا وَقَدْ تَشَقَّقَ بَعْضُهُ .

المسألة الثالثة : مِلْكِيَّةٌ طَلَعُ النَّخِيلِ بَعْدَ بَيْعِهَا وَقَدْ تَشَقَّقَ أَحَدُ النَّوْعَيْنِ دُونَ الْآخَرَ .

المبحث الخامس : مِلْكِيَّةٌ ثَمَارِ الشَّجَرِ وَأَوْرَاقِهِ وَأَغْصَانِهِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ . وَفِيهِ مَطْلَبَانِ :

المطلب الأول : مِلْكِيَّةٌ ثَمَارِ الشَّجَرِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ . وَفِيهِ تَمْهِيدٌ وَمَسْأَلَةٌ وَاحِدَةٌ :

تمهيد : معنی تأبیر الشجر فی اصطلاح الفقهاء .

مسألة : تقسيمات الفقهاء للأشجار حسب كيفية نشوء ثمارها, ومِلْكِيَّة ثمار كل قسم .

المطلب الثاني : مِلْكِيَّة أوراق وأغصان الشجر بعد بيع أصله .

الفصل الثاني : مِلْكِيَّة الثمار بعد بيع أصلها مع اشتراطها . وفيه

ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مِلْكِيَّة ما للبائع من ثمار إذا اشترطها مشتري أصلها .
وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّة ما للبائع من ثمار إذا اشترط مشتري أصلها جميعها .

المطلب الثاني : مِلْكِيَّة ما للبائع من ثمار إذا اشترط مشتري أصلها بعضها .
المبحث الثاني : لِكِيَّة ما للمشتري من ثمار إذا اشترطها بائع أصلها . وفيه
مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّة ما للمشتري من ثمار إذا اشترط بائع أصلها جميعها .

المطلب الثاني : مِلْكِيَّة ما للمشتري من ثمار إذا اشترط بائع أصلها بعضها .
المبحث الثالث ادعاء أحد العاقدين أنه اشترط ثمار الآخر في العقد .

الفصل الثالث : بقاء الثمار المملوكة للبائع في أصلها المملوك

للمشتري , وسقيها . وفيه مبحثان :

- المبحث الأول : بقاء الثمار المملوكة للبائع بعد بيعه أصلها .
- المبحث الثاني : سقي الثمار المملوكة للبائع وشجرها . وفيه خمسة مطالب :
- المطلب الأول : مَنع المشتري البائع من سقي ثماره من غير تَضُرُّر الشجر .
- المطلب الثاني : تقدير حاجة سقي الثمار .
- المطلب الثالث : منع المشتري البائع من سقي ثماره إذا تضرر الشجر من ذلك .
- المطلب الرابع : مَنع البائع المشتري من سقي الشجرة سقياً يَضُرُّ بالثمار التي يملكها .
- المطلب الخامس : بقاء ثمار البائع إذا خيفَ الجفاف والضرر على شجرها .
- الفصل الرابع : مِلْكِيَّة ما كان من الزرع يُحْصَد بقلعه بعد بيع أصله , وبقاؤه . وفيه مبحثان :
- المبحث الأول : مِلْكِيَّة ما كان من الزرع يُحْصَد بقلعه بعد بيع أصله . وفيه مطلبان :
- المطلب الأول : مِلْكِيَّة ما كان من الزرع يُحْصَد بقلعه بعد بيع أرضه من غير اشتراطه .

المطلب الثاني : : مِلْكِيَّة ما كان من الزرع يُحْصَد بقلعه بعد بيع أرضه مع اشتراطه .

المبحث الثاني : بقاء ما كان من الزرع يُحْصَد بقلعه بعد بيع أرضه, وما يجب على البائع بعد القلع . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بقاء ما كان من الزرع يُحْصَد بقلعه بعد بيع أرضه .

المطلب الثاني : ما يجب على البائع بعد قلعه زَرَعه .

الفصل الخامس : مِلْكِيَّة ما يُجَد من الزروع من دون قلعه بعد بيع أصولها , وبقاؤه . وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مِلْكِيَّة ما يُجَد من الزروع مراراً بعد بيع أصله وبقاؤه . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّة ما يُجَد من الزروع مراراً بعد بيع أصله .

المطلب الثاني : بقاؤه بعد بيع أصله .

المبحث الثاني : مِلْكِيَّة ما تتكرر ثمرته من الزروع , ومِلْكِيَّة تلك الثمرة, وبقاؤها . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّتَه ومِلْكِيَّة ثمرته بعد بيع أرضه .

المطلب الثاني : بقاؤه وبقاء ثمرته .

المبحث الثالث : لِكِيَّة الزروع التي تُقْصَد زهرتها بعد بيع أصلها, وبقاؤها . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّةُ الزَّرْعِ الَّتِي تُقْصَدُ زَهْرَتَهَا وَمِلْكِيَّةُ زَهْرَتَهَا بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهَا .

المطلب الثاني : بَقَاءُ زَهْرَتَهَا بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهَا .

الفصل السادس : الْعُقُودُ الَّتِي تُلْحَقُ بِالْبَيْعِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِمِلْكِيَّةِ مَا أُبْرَ .
وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الْعُقُودُ الَّتِي تُلْحَقُ بِالْبَيْعِ فِي أَنْ مَا أُبْرَ لِلْبَائِعِ .

المبحث الثاني : الْعُقُودُ الَّتِي لَا تُلْحَقُ بِالْبَيْعِ فِي أَنْ مَا أُبْرَ لِلْبَائِعِ .

الفصل السابع : ثُبُوتُ الْخِيَارِ الْمُتَعَلِّقِ بِالْجَهْلِ بِمِلْكِيَّةِ الثَّمَارِ الْمُؤَبَّرَةِ أَوْ الزَّرْعِ وَبِالْجَهْلِ بِوُجُودِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى أَصُولِهَا . وفيه مبحثان :

المبحث الأول : ثُبُوتُ الْخِيَارِ لِمَنْ جَهِلَ بِمِلْكِيَّةِ الثَّمَارِ الْمُؤَبَّرَةِ أَوْ الزَّرْعِ بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى أَصُولِهَا .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ثُبُوتُ الْخِيَارِ لِمَنْ جَهِلَ بِمِلْكِيَّةِ الثَّمَارِ الْمُؤَبَّرَةِ أَوْ الزَّرْعِ بَعْدَ الْعَقْدِ عَلَى أَصُولِهَا إِذَا صَدَقَهُ الْعَاقِدُ الْآخَرُ . وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : إِذَا تَرَكَ الْعَاقِدُ الْآخَرَ الثَّمَارَ أَوْ الزَّرْعَ الَّتِي تَمْلِكُهَا بِمُوجِبِ الْعَقْدِ بَيْنَهُمَا لَهُ .

المسألة الثانية : إِذَا لَمْ يَتَرَكَ الْعَاقِدُ الْآخَرَ الثَّمَارَ أَوْ الزَّرْعَ الَّتِي تَمْلِكُهَا بِمُوجِبِ الْعَقْدِ بَيْنَهُمَا لَهُ .

المطلب الثاني : ثبوت الخيار لمن جهلَ بِمِلْكِيَّةِ الثمارِ الْمُؤَبَّرَةِ أو الزرع بعد العقد على أصولها إذا كَذَّبَهُ العاقد الآخر .

المبحث الثاني : ثبوت الخيار لمن جهلَ بوجود ما يُفَوِّتُ عليه منفعة ما انتقل إليه عاما كاملا .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ثبوت الخيار لمن جهلَ بوجود ما يُفَوِّتُ عليه منفعة ما انتقل إليه عاما كاملا إذا صدقه العاقد الآخر . وفيه أربع مسائل :

المسألة الأولى : إذا ترك العاقد الآخر الثمار أو الزرع التي تملكها بموجب العقد بينهما له .

المسألة الثانية : إذا نقل العاقد الآخر عنه الزرع أو البذر المفوت له منفعة الأصل المنتقل إليه عاما كاملا .

المسألة الثالثة : إذا قطع ما يُفَوِّتُ عليه منفعة الشجر عاما كاملا .

المسألة الرابعة : إذا لم يفعل العاقد الآخر شيئا مما سبق ذكره .

المطلب الثاني : ثبوت الخيار لمن جهلَ بوجود ما يُفَوِّتُ عليه منفعة ما انتقل إليه عاما كاملا إذا كَذَّبَهُ العاقد الآخر .

الخاتمة : وتشتمل على أبرز النتائج والتوصيات .

الفهارس

التمهيد وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : تعريف المِلْكِيَّة في اللغة والاصطلاح .

تعريف الملكية في اللغة: الملكية بكسر الميم وسكون اللم مصدر صناعي صيغ من مادة (ملك) منسوب إلى الملك , والمِلْك في اللغة : الميم واللام والكاف أصلٌ صحيح يدلُّ على قُوَّةٍ في الشيء وصَحِّح .
تعريف المِلْكِيَّة في الإصطلاح .:

التعريف المختار للمِلْكِيَّة على النحو التالي : اختصاص إنسان بشيء محسوس أو بمنفعته , أثبتته الشرع , ويُحوِّله التصرف والانتفاع وحده بنفسه أو بانابته ابتداءً إلا لمانع .

المطلب الثاني : تعريف الثمار في اللغة والاصطلاح

تعريف الثمار في اللغة : الثمار جمع ثَمَر , والثَمَرُ بفتحيتين , والثَمَرَةُ مثله , فالأول مُذَكَّر , والثاني مُؤنَّث , والثاء والميم والراء أصلٌ واحد , وهو شيءٌ يتولَّد عن شيءٍ مُتَجَمِّعاً , ثم يُحْمَل عليه غيره استعارةً , والثَمَرُ معروف , وهو حَمْلُ الشَّجَرِ وأنواع المال والولد , يُقال: ثَمَرَةٌ وثمرٌ وثمارٌ وثمرٌ , فالثمر هو الحَمْلُ الذي تُخْرِجُهُ الشجرة - سواء أكلَ أو لا

تعريف الثمار في الإصطلاح : (الحمل الذي تُخْرِجُهُ الشجرة , أكلَ أو لم يُؤْكَل , فيقال : ثمر الأراك , وثمر العوسج , وثمر العنب

المطلب الثالث : تعريف الزروع في اللغة والاصطلاح

تعريف الزروع في اللغة : الزُّرُوعُ جَمْعُ زَرْعٍ ، وَالزَّاءُ وَالرَّاءُ وَالْعَيْنُ أَصْلُ
يَدُلُّ عَلَى تَنْمِيَةِ الشَّيْءِ ، فَالزَّرْعُ مَعْرُوفٌ ، وَزَرَاعَ الْحَبِّ يَزْرَعُهُ زَرْعاً
وَزِرَاعَةً : بَدَرَهُ ، وَالاسْمُ : الزَّرْعُ ، وَقَدْ غَلَبَ عَلَى الْبُرِّ وَالشَّعِيرِ ، وَقِيلَ
الزَّرْعُ نَبَاتٌ كُلُّ شَيْءٍ يُحْرَثُ

تعريف الزرع في الإصطلاح :التعريف الأنسب للزرع هو : كل ما
ينبت من الأرض ولا يقوم على ساق .

المطلب الرابع : تعريف البيع في اللغة والإصطلاح

تعريف البيع في اللغة : الباء والياء والعين أصل واحدٌ ، وهو بَيْعُ الشَّيْءِ ،
والبَيْعُ هُوَ ضِدُّ الشِّرَاءِ ، وَرُبَّمَا سُمِّيَ الشِّرَاءُ بَيْعاً ؛ فَلَفِظَ الْبَيْعُ هُوَ مِنْ
الْأَضْدَادِ ، وَبِعْتُ الشَّيْءَ : شَرَيْتَهُ أَيْعُهُ بَيْعاً وَمَبِيعاً ، وَهُوَ شَاذٌ ، وَقِيَاسُهُ :
مَبَاعاً ، وَالْإِتِّبَاعُ : الْإِشْتِرَاءُ ، وَالْأَصْلُ فِي الْبَيْعِ : مُبَادَلَةُ مَالٍ بِمَالٍ
تعريف البيع في الإصطلاح :هو : مبادلة مال أو منفعة مباحة ولو في
الذمة بأحدهما على التأيد غير ربا ولا قرض ولا غرر .

المطلب الخامس : تعريف الأصل في اللغة ، والمراد به في هذا البحث
تعريف الأصل في اللغة : أصل : الهمزة والصاد واللام ثلاثة أصولٍ مُتْبَاعِدٍ
بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ، أَحَدُهَا : أَسَاسُ الشَّيْءِ ، وَالثَّانِي : الْحَيَّةُ ، وَالثَّلَاثُ : مَا
كَانَ مِنَ النَّهَارِ بَعْدَ الْعَشِيِّ .

المُرَاد بِالْأَصْلِ فِي هَذَا الْبَحْثِ : أَمَا الْمُرَادُ بِالْأَصْلِ فِي هَذَا الْبَحْثِ : أَصْلُ الثَّمَارِ وَأَصْلُ الزَّرْعِ , فَأَصْلُ الثَّمَارِ هُوَ الْأَشْجَارُ وَأَصْلُ الزَّرْعِ هُوَ الْأَرْضِي.

الفصل الأول

مِلْكِيَّةُ الثَّمَارِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهَا مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِهَا

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : مِلْكِيَّةُ الثَّمَارِ النَّاضِجَةِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهَا . اتفق كافة فقهاء المذاهب الأربعة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن مِلْكِيَّةُ الثَّمَارِ الْمُؤَبَّرَةِ بَعْدَ بَيْعِ النَّخِيلِ الَّتِي عَلَيْهَا تَكُونُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ الْبَيْعِ .

المبحث الثاني مِلْكِيَّةُ الثَّمَارِ الْمُؤَبَّرَةِ وَمِلْكِيَّةُ الثَّمَارِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرَةِ بَعْدَ بَيْعِ نُخَيْلِهَا . وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : معنى التأيير في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء .
معنى التأيير في اللغة : (أْبْرَ أُبْرَ النَّخْلَ وَالزَّرْعَ , يَأْبُرُهُ وَيَأْبُرُهُ أُبْرًا وَإِبَارًا وَإِبَارَةٌ وَأَبْرَهُ : أَصْلَحَهُ , وَأَتْبَرْتِ فُلَانًا: سَأَلْتَهُ أَنْ يَأْبُرَ نَخْلَكَ , وَكَذَلِكَ فِي الزَّرْعِ إِذَا سَأَلْتَهُ أَنْ يُصْلِحَهُ لَكَ ... وَالْآبِرُ : الْعَامِلُ , وَالْمُؤْتَبِّرُ : رَبُّ الزَّرْعِ , وَالْمَأْبُورُ : الزَّرْعُ وَالنَّخْلُ الْمُصْلَحُ ... وَزَمَنُ الْإِبَارِ : زَمَنُ تَلْقِيحِ النَّخْلِ وَإِصْلَاحِهِ) .

معنى التأيير في اصطلاح الفقهاء : والمُرَادُ بِهِ هُنَا تَأْيِيرُ ثَمَارِ النَّخْلِ , أَمَا تَأْيِيرُ الثَّمَارِ الْأُخْرَى فَسَوْفَ يَأْتِي بَيَانُ مَعْنَاهُ - إِنْشَاءً لِلَّهِ - فِي الْمَبْحَثِ

الخامس من هذا الفصل . أما معنى تأبير ثمار النخل في اصطلاح الفقهاء من المذاهب الأربعة فهو كما يلي :

أولا : معنى التأبير عند الحنفية : التَّأْبِيرُ : التَّلْقِيحُ ، وهو أن يَشَقَّ عَنَاقِيدِ الكُمِّ وَيَذُرُّ فِيهَا مِنْ طَلْعِ الفَحْلِ فَإِنَّهُ يُصَلِحُ ثَمْرَ إناثِ النخْلِ .

ثانيا : معنى التأبير عند المالكية : التأبير هو تعليق طلع الذكر على الأنثى ؛ لثلاثا تَسْقُطُ ثَمَرُهَا ، وهو اللقاح .

ثالثا : معنى التأبير عند الشافعية : الإِبارُ التَّلْقِيحُ ، وهو : أنْ يُأخَذَ شَيْئًا مِنْ طَلْعِ الفَحْلِ فَيُدْخَلُهُ بَيْنَ ظَهْرَانِي طَلْعِ الإناثِ مِنَ النخْلِ ، فيكون له بإذن الله صلاحا .

رابعا : معنى التأبير عند الحنابلة : الأصل في التأبير : التلقيح ، وهو وَضْعُ الذَّكَرِ فِي الأنثى ، والمراد به في حالة بَيْعِ النخْلِ : تَشْتَقُّ طَلْعَ أنثى النخْلِ ولو لم يُلْقَحْ . وهذا هو المعنى للتأبير في اصطلاح المذهب .

وفي رواية أخرى : أن المراد بالتأبير أيضا التلقيح ، وليس التَشْتَقُّ فَحَسَبَ . والمتعین عندي أن المراد بالتأبير في حالة بيع النخل هو التلقيح ، وليس تَشْتَقُّ الطَّلْعَ فَحَسَبَ .

وجه ذلك : لأن ذلك موافق للحديث الشريف ، فعن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : قال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " مَنْ أبتاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبتاعُ صحيح البخاري ج: 2 ص: 768 ، ، صحيح مسلم ج: 3 ص: 1172 " .

المطلب الثاني : ملكية الثمار المؤبّرة بعد بيع نخيلها اختلف الفقهاء فيمن تكون له ملكية الثمار المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها على قولين :
القول الأول : أن ملكية الثمار المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها تكون للبائع . وهذا قول جماهير الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة , وغيرهم كالليث بن سعد والأوزاعي , ولم يخالف في ذلك أحد إلا ابن أبي ليلى .

القول الثاني : أن ملكية الثمار المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها تكون للمشتري . وقال بذلك ابن أبي ليلى .

دليل أصحاب القول الأول حديث عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما - أنه سمع النبي -صلى الله عليه وسلم - يقول: "مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ"
الترجيح الراجح في هذه المسألة هو القول الأول , وهو قول جماهير الفقهاء بأن ملكية الثمار المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها تكون للبائع .
سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو الحديث الصريح الصحيح , وهو قول الرسول -صلى الله عليه وسلم - : " مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ"
ولأن هذا القول قد اتفق عليه جماهير أهل العلم , ولم يُنقل عن أحد منهم أنه قال بخلافه ما عدا ابن أبي ليلى , ولعله لم يُلغُه حديث ابن عمر , والذي هو نص صريح في هذه المسألة .

ولمعارضَة قياس صاحب القول الثاني للنص الصريح , ولضعف ذلك القياس , ولما وَرَدَ عليه من المناقشة .

المطلب الثالث : ملكية الثمار غير المؤبّرة بعد بيع نخيلها اختلف الفقهاء فيمن تكون له ملكية الثمار غير المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها إلى قولين :

القول الأول : أن ملكية الثمار غير المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها تكون للبائع . وهذا قول الحنفية والأوزاعي .

القول الثاني : أن ملكية الثمار المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها تكون للمشتري . وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والليث بن سعد وابن أبي ليلى والثوري والظاهرية وأهل الحديث .

أدلة أصحاب القول الثاني

الدليل الأول : حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : " مَنْ ابْتاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ تُؤبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبتاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .

الدليل الثاني : إن ثمرة النخل قبل التأبير نَماء مستتر لظهوره غاية ، فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره ، وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان ، فهو يتبع أمه قبل الولادة ، ولا يتبعها بعد الولادة

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور بأن ملكية الثمار غير المؤبّرة بعد بيع النخيل التي عليها تكون للمشتري .
سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو أنه قد دل عليه مفهوم قول النبي -صلى الله عليه وسلم-: " مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ "

ولأن الأصل في المبيع أن ينتقل من ملكية البائع إلى ملكية المشتري إلا ما استثناه الدليل كاستثناء الحديث المتقدم للثمرة المؤبّرة , ولعل هذا هو الذي جعل الظاهرية يقولون بأن ملكية الثمرة غير المؤبّرة تكون للمشتري , مع أنهم ينكرون دلالة مفهوم المخالفة , فالذي يبدو أنهم قد تمسكوا بهذا الأصل . ولقوة الدليلين الآخرين , ولضعف ما ورد على الدليل الثاني من مناقشة .

المطلب الرابع ملكية الثمار المؤبّرة وغير المؤبّرة بعد بيع نخيلها . وفيه خمس مسائل

المسألة الأولى : ملكية ثمر النخلة الواحدة المؤبّر منه وغير المؤبّر بعد بيعها .

اتفق الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على أن ملكية ثمر النخلة الواحدة المؤبّر بعضها بعد بيعها يكون للبائع - سواء كان المؤبّر منه أو غير المؤبّر - , فثمر النخلة الواحدة غير المؤبّر يتبع المؤبّر منه في الملكية .

أما الحنفية فقد تقدم قولهم : أن مِلْكِيَّةَ الثمار بعد بيع أصلها تكون للبائع مطلقاً - سواء كانت مُؤَبَّرَةً أو غير مُؤَبَّرَةٍ.

الأدلة على هذا القول المتفق عليه

الدليل الأول : قول النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : " من باع نخلاً قد أُبْرَتْ فثمرتها للبائع سبق تخريجه " .

الدليل الثاني : إن في اعتبار التأبير في كل نخلة مَشَقَّة ، وفي تبعض الثمرة بين البائع والمشتري اختلاف وسوء مشاركة ، فَجُعِلَ ما لم يُؤَبَّرَ تَبَعاً لما قد أُبْرَ في خروجه من البيع

المسألة الثانية : مِلْكِيَّةَ ثمار البستان المُؤَبَّرَةِ وغير المُؤَبَّرَةِ بعد بيعه اختلف الفقهاء فيمن تكون له مِلْكِيَّتُهَا على ثلاثة أقوال :

القول الأول : مذهب مالك وهو إذا كان المُؤَبَّرُ من الثمار على النصف وكان في نخلات مُعَيَّنَةٍ وكان غير المُؤَبَّرُ من الثمار على النصف الآخر وكان في نخلات مُعَيَّنَةٍ فتكون مِلْكِيَّةَ ما أُبْرَ من الثمار للبائع ، ومِلْكِيَّةَ ما لم يُؤَبَّرَ للمشتري . وإذا كان المُؤَبَّرُ من الثمار أكثر من غير المُؤَبَّرَ منها أو العكس فعن مالك في ذلك روايتان ، إحداهما : أن الأقل يَتَّبَعُ في المِلْكِيَّةِ للأكثر .

والرواية الثانية : إنه بِمَنْزِلَةِ التساوي ، أي : أن مُلْكِيَّةَ ما أُبْرَ للبائع ، ومُلْكِيَّةَ ما لم يُؤَبَّرَ للمشتري . أما إذا كان المُؤَبَّرُ شائعاً في كل نخلة وكذلك

غير المؤبّر شائعاً ففي ذلك خلاف في المذهب على أربعة أقوال , أحدها :
 أن ملكيّة جميع الثمار تكون للبائع . وهذا قول ابن حبيب .
 الثاني : أن ملكيّة جميع الثمار تكون للمشتري . وهذا قول ابن دينار .
 والثالث : أن يُخَيَّرَ البائع بين تسليم جميع الثمار وبين فسخ البيع . وهذا
 القول رواية عن ابن القاسم .
 والرابع : أن يُفَسَّخَ البيع إلا بشرط أن تكون ملكيت الثمار للمشتري .
 وهذا قول ابن القاسم في رواية أخرى .
 القول الثاني : إذا كانت الثمار من نوع واحد فإن غير المؤبّر منها يتبع
 المؤبّر في الملكيّة . وهذا مذهب الشافعية , وقول ابن حامد من الحنابلة .
 والظاهر من كلام الشافعي أن غير المؤبّر من الثمار يتبع المؤبّر منها في
 الملكيّة وإن اختلفت الأنواع , وهذا قول أبي الخطاب من الحنابلة .
 القول الثالث : أن ملكيّة المؤبّر من الثمار تكون للبائع , وملكيّة غير المؤبّر
 منها تكون للمشتري . وهذا هو القول المنصوص عن الإمام أحمد , وهو
 قول أبي بكر الخلال , وهو المذهب , وعليه أكثر الأصحاب .
 أما الحنفية فليس لهم قول في هذه المسألة ولا في المسائل التي تليها في هذا
 المطلب ؛ لأنهم يقولون بأن ملكيّة الثمار بعد بيع أصلها تكون للبائع –
 سواء المؤبّر منها أو غير المؤبّر .

دليل أصحاب القول الثالث حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " من ابتاع نخلاً بعد أن تُؤبَّر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع سبق تخريجه " .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن ملكية الثمار المؤبَّرة في البستان المؤبَّر بعضه بعد بيعه تكون للبائع , وملكية الثمار غير المؤبَّرة تكون للمشتري , سواء كانت الثمار المؤبَّرة هي أكثر من غير المؤبَّرة أم أقل منها , وسواء اتحد المؤبَّر من الثمار وغير المؤبَّر منها في نوع النخل أم اختلفا فيه . أما إذا كان التأبير شائعاً في كل نخلة فإن ملكية ثمار النخيل تكون للبائع .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثالث هو أنه دل عليه قوله - عليه الصلاة والسلام - : " من ابتاع نخلاً بعد أن تُؤبَّر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع سبق تخريجه

أما سبب ترجيح القول بأن ثمار البستان الذي شاع التأبير في كل نخلة منه تكون ملكية تلك الثمار للبائع فهو اتفاق الفقهاء على أن ملكية ثمر النخلة الواحدة المؤبَّر بعضه تكون للبائع بعد بيعها , كما تقدم في المسألة السابقة ؛ فلا فرق بين ذلك وبين ملكية ثمار البستان الذي قد شاع التأبير في كل نخلة منه .

المسألة الثالثة : ملكية ثمار البستانين المؤبَّر أحدهما بعد بيعهما اتفق فقهاء الشافعية وفقهاء الحنابلة على أن ملكية ثمار البستان المؤبَّر الذي يبيع مع

بستان غير مُؤبَّر في عقد واحد تكون للبائع . واختلفوا فيمن تكون له ملكية ثمار ذلك البستان غير المؤبَّر على قولين :

القول الأول : أن ملكية ثمار البستان غير المؤبَّر الذي بيع مع البستان المؤبَّر في عقد واحد تكون للمشتري . وهذا القول هو الصحيح المشهور عند الشافعي , وهو المذهب عند الحنابلة.

القول الثاني : أن ملكية ثمار البستان غير المؤبَّر الذي بيع مع البستان المؤبَّر في عقد واحد تتبع ملكية ثمار البستان المؤبَّر فتكون جميعها للبائع أيضا . وهذا قول عند الشافعية في أحد الوجهين عندهم .

اما المالكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة , ويمكن أن يُستنبط لهم قول هنا , وهو أن ملكية ثمار البستان غير المؤبَّر الذي بيع مع البستان المؤبَّر في عقد واحد تكون للمشتري , أما ملكية ثمار البستان المؤبَّر الذي بيع مع بستان غير مُؤبَّر في عقد واحد فتكون للبائع .

دليل أصحاب القول الأول إن بيع بستانين أحدهما مؤبَّر والآخر غير مؤبَّر لا يُفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ؛ لانفراد ثمار كل منهما عن ثمار الآخر , فتكون ثمار ما أُبَّر للبائع , وثمار ما لم يُؤبَّر للمشتري .

الترجيح الراجح في هذه المسألة هو القول بأن ملكية ثمار البستان غير المؤبَّر الذي بيع مع البستان المؤبَّر في عقد واحد تكون للمشتري .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أنه قد دل عليه مفهوم قوله
 -عليه الصلاة والسلام - : " من باع نخلاً قد أُبْرَت فنمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع سبق

تخريجه

ولأن مِلْكِيَّة ثمار البستان غير المؤبَّر لا تُتَّبَع لمِلْكِيَّة ثمار البستان المؤبَّر ولو تم
 يَبِع ذَلِكُمَا البستانين في عقد واحد ؛ فسبب تَبَعِيَّة ما لم يُؤبَّر من الثمار
 للمؤبَّر منها في المِلْكِيَّة هو تلافي الضرر المُتَوَقَّع من سوء المشاركة واختلاف
 الأيدي

. المسألة الرابعة : مِلْكِيَّة ثمار البستان غير المؤبَّرة إذا أُفِرِدَتْ بالبيع من
 دون المؤبَّرة اختلف الفقهاء من الشافعية والحنابلة في مَنْ تكون له مِلْكِيَّة
 الثمار غير المؤبَّرة إذا أُفِرِدَ النخل التي عليه بالبيع من دون النخل المؤبَّر ،
 وذلك على قولين :

القول الأول : أن الثمار غير المؤبَّرة إذا أُفِرِدَ النخل التي عليه بالبيع من دون
 النخل المؤبَّر تكون مِلْكِيَّتِهَا للمشتري . وهذا القول هو أصح الوجهين
 لدى الشافعية ، وهو المذهب عند الحنابلة

القول الثاني : أن مِلْكِيَّة الثمار الغير مؤبَّرة إذا أُفِرِدَ النخل التي عليه بالبيع
 من دون النخل المؤبَّر تكون للبائع . وهذا القول هو أحد الوجهين لدى
 الشافعية ، وهو وجه خَرَّجَهُ القاضي أبو يَعْلَى عند الحنابلة .

أما الملكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة ، ويمكن أن يُسْتَبَطَّ لهم قول هنا ، وهو أن الثمار غير المؤبَّرة إذا أُفردَ أصلها بالبيع من دون أصل الثمار المؤبَّرة فإن مِلْكِيَّتَهَا تكون للمشتري .

أدلة أصحاب القول الأول

الدليل الأول : إنَّ المبيع لم يُؤبَّر منه شيء ، فوجب أن يكون مُلْكاً للمشتري . بمفهوم قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " من باع نخلاً قد أُبْرَت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع سبق تخريجه "

الدليل الثاني : إنَّ أفراد غير المؤبَّر بالبيع لا يفضي إلى سوء المشاركة ، ولا إلى اختلاف الأيدي ، ولا إلى ضرر ، فبقي على حكم الأصل الترجيح الذي يترجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول بأن الثمار الغير مؤبَّرة إذا أُفردَ النخل التي عليه بالبيع من دون النخل المؤبَّر تكون مِلْكِيَّتَهَا للمشتري .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أنه دل عليه مفهوم قوله - عليه الصلاة والسلام - : " من باع نخلاً قد أُبْرَت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع سبق تخريجه "

، ولأن التأبير حد مُلْك البائع ، وما عداه فمُلْك للمشتري ، - سواء كان في بستان مؤبَّر بعضه أو في بستان غير مؤبَّر - ؛ فلا فرق بينهما .

المسألة الخامسة : ادعاء المشتري نفي تأبير الثمرة قبل بيع أصلها اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : يجب على القاضي أن يُصدِّقَ البائع , ومن ثم تكون له ملكية ثمار النخل المبيع . وهذا أحد قولَي المالكية , وهو القول الأصح لدى الشافعية , وهو قول الحنابلة

القول الثاني : يجب على القاضي أن يُصدِّقَ المشتري , ومن ثم تكون له ملكية ثمار النخل المبيع . وهذا هو القول الآخر عند المالكية , وهو القول الآخر للشافعية .

دليل أصحاب القول الأول لأن الأصل بقاء مُلك البائع ؛ إذ أن الطَّلَع تابع للمبيع , لا يصح إيراد العقد عليه

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بوجوب تصديق البائع , فتكون ملكية ثمار النخل المبيع له .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن أصل بقاء مُلك البائع هو أقوى من أصل عدم التأبير حين يبيع النخل ؛ لأن المتنازع عليه وهو الثمار هو تابع لا يصح إيراد العقد عليه , فبقي على الأصل في مُلك البائع كما لو كان قبل عقد بيع النخل .

المبحث الثالث مِلْكِيَّة الثمار الحادثة في نخ ل بعد بيعه وبه ثمار مُؤَبَّرَة وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّة الثمار الحادثة المتميزة عن الثمار المُؤَبَّرَة . اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على أن الثمار الحادثة التي يمكن تمييزها عن غيرها من الثمار وكانت معلومة المقدار فإن مِلْكِيَّتِهَا تكون للمشتري الثاني للنخل , وعلى أن البيع الثاني صحيح , فلا يبطل بمجرد إختلاط الثمار الحادثة بغيرها . ولم أجد قولاً للحنفية هنا ؛ لأنهم يُلْزِمُون البائع بقطع ما يملك من ثمار بعد بيع أصلها , وسيأتي تفصيل ذلك - إنشاء الله - في الفصل الثالث .

وكذلك لم أجد قولاً للمالكية هنا ؛ ولعل سبب عدم وجود قول لهم هنا هو أن المعتاد أن تحمل النخلة في العام مرة واحدة , لا مرتين .
دليل هذا القول المتفق عليه لأن تلك الثمار حدثت في ملك المشتري بعد عقد البيع .

المطلب الثاني مِلْكِيَّة الثمار الحادثة بعد بيع نخلها والتي لم تتميز عن الثمار المُؤَبَّرَة وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : مِلْكِيَّة الثمار الحادثة إذا كان قدرها معلوما . اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن البيع الثاني للنخيل لا يبطل , لكن يُقال لكل من البائع والمشتري الثاني: اسمح بنصيبك لصاحبك , فإن فَعَلَ أحدهما أَقَرَّ العقد ,

وَأَجْبِرَ الْآخَرَ عَلَى قَبُولِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ بِهِ التَّزَاعُ ، وَهَذَا تَكُونُ مِلْكِيَّةَ جَمِيعِ الثَّمَارِ لَهُ ، وَإِنْ ائْتَمَعَ فُسِّخَ الْعَقْدِ ؛ لِتَعَذُّرِ وَصُولِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى قَدْرِ حَقِّهِ . وَهَذَا قَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي أَبِي يَعْلَى مِنَ الْحَنَابِلَةِ .

القول الثاني : أن البيع الثاني للنخل باطل . وهذا هو القول الآخر للشافعي ، ورواية عن أحمد ،

القول الثالث : إن البيع الثاني للنخل صحيح ، وبائع الأصل والمشتري الثاني هُما شريكان في الثمار كل واحد بقدر ثماره ، فتكون مِلْكِيَّةَ الثَّمَارِ الْحَادِثَةِ حَسَبَ قَدْرِهَا لِلْمَشْتَرِيِّ الثَّانِي . وَهَذَا قَوْلٌ لِأَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَلَمْ أَجِدْ قَوْلًا لِلْحَنَفِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ يُلْزَمُونَ الْبَائِعَ بِقَطْعِ مَا يَمْلِكُ مِنْ ثَمَارٍ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهَا ، وَسَيَأْتِي تَفْصِيلُ ذَلِكَ - إِنْشَاءً لِلَّهِ - فِي الْفَصْلِ الثَّلَاثِ . وَكَذَلِكَ لَمْ أَجِدْ قَوْلًا لِلْمَالِكِيَّةِ ؛ وَلَعَلَّ سَبَبَ عَدَمِ وُجُودِ قَوْلٍ لَهُمْ هُنَا هُوَ أَنَّ الْمُعْتَادَ أَنْ تَحْمَلَ النَخْلَةَ فِي الْعَامِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، لَا مَرَّتَيْنِ .

دليل أصحاب القول الثالث أن المبيع باقٍ انضماماً إليه غيره ، فأشبهه ما لو اشْتَبَهَ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ بغيره.

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول بأن البيع الثاني صحيح ، والبائع والمشتري الثاني للنخل شريكان في الثمار كل واحد بقدر ثماره ، فتكون مِلْكِيَّةَ الثَّمَارِ الْحَادِثَةِ لِلْمَشْتَرِيِّ الثَّانِي حَسَبَ قَدْرِهَا .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثالث هو أن الأصل في البيوع الصحة , وما دام قدر كل من ثمار البائع والمشتري الثاني للنخيل معلوما فلا يضر اختلاطهما وعدم تميز الحادثة منها بعد بيع النخيل عن غيرها. ولأن هذا القول لا يُفضي إلى حرمان كل من البائع أو المشتري من قدر حقه من الثمار , بخلاف القول الأول ، فإنّ فيه حرماناً لمن يسمح بنصيبه ، وإعطاء من لم يسمح بنصيبه حقاً حصل عليه بإصراره وعناده .

المسألة الثانية : مِلْكِيَّةُ الثَّامِرِ الحَادِثَةِ إِذَا كَانَ قَدْرُهَا مَجْهُولًا لَمْ أَجِدْ فِي مَرَاجِعِ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ قَوْلًا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ إِلَّا فِي مَرَاجِعِ مَذْهَبِ الْحَنَابِلَةِ ، فَقَدْ قَالُوا : أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحًا ، وَيَصْطَلِحُ الْبَائِعُ وَالْمَشْتَرِي عَلَى تِلْكَ الثَّامِرِ الَّتِي جُهِلَ قَدْرُهَا ، فَتَكُونُ مِلْكِيَّةَ الثَّامِرِ الحَادِثَةِ حَسَبَ مَا يَصْطَلِحَانِ عَلَيْهِ فِيمَا بَيْنَهُمَا .

أَمَّا سَبَبُ عَدَمِ وُجُودِ قَوْلٍ لِلْحَنَفِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَهُوَ السَّبَبُ الْمَتَقَدِّمُ ذِكْرُهُ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ . وَأَمَّا الشَّافِعِيَّةُ فَيُمْكِنُ أَنْ يُسْتَنْبَطَ لَهُمْ قَوْلٌ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِصِحَّةِ الْبَيْعِ إِذَا اصْطَلَحَ الْبَائِعُ وَالْمَشْتَرِي عَلَى تِلْكَ الثَّامِرِ الْمَجْهُولَةِ الْقَدْرِ . أَيُّهُ هُوَ مِثْلُ قَوْلِ الْحَنَابِلَةِ الْمَتَقَدِّمِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

دَلِيلُ هَذَا الْقَوْلِ أَنَّ الْمَبِيعَ لَمْ يَتَّعَذَّرْ تَسْلِيمَهُ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَطَ بغيرِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى طَعَامًا فِي مَكَانٍ فَانْتَالَ عَلَيْهِ طَعَامَ الْبَائِعِ ، أَوْ انْتَالَ هُوَ عَلَى طَعَامِ الْبَائِعِ ، فَلَمْ يُعْرِفْ قَدْرَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

المبحث الرابع مِلْكِيَّةُ طَلْعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ . وَفِيهِ مَطْلَبَانِ :
المطلب الأول : مِلْكِيَّةُ طَلْعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ نَحْيِلِهِ وَلَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُ شَيْءٌ . وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ .

المسألة الأولى : مِلْكِيَّةُ طَلْعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ نَحْيِلِهِ وَلَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُ شَيْءٌ .
اختلف الفقهاء من الشافعية والحنابلة فيمن تكون له مِلْكِيَّةُ طَلْعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ وَلَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَذَلِكَ عَلَى قَوْلَيْنِ :

القول الأول : أن مُلْكِيَّةَ طَلْعِ الْفِحَالِ الذي لم يَتَشَقَّقْ منه شيء تكون للمشتري . وهذا القول هو الصحيح عند الشافعية , وهو قول الحنابلة .
القول الثاني : أن مُلْكِيَّةَ طَلْعِ الْفِحَالِ الذي لم يَتَشَقَّقْ منه شيء تكون للبائع . وهذا قول للشافعية في أحد الوجهين عندهم , وقول آخر عند الحنابلة .

أما الحنفية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة ولا في طَلْعِ الْفِحَالِ الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون للبائع بعد بيع أصله .

وأما المالكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة ولا في غيرها من مسائل هذا المبحث , ويمكن أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول هنا , وهو أن مُلْكِيَّةَ طَلْعِ الْفِحَالِ الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون للمشتري بعد بيع أصله , وما لم يكن من الثمار كذلك فإن مُلْكِيَّتَهُ تكون للمشتري .

أدلة أصحاب القول الأول

الدليل الأول : إنها ثمرة نخل إذا تُرِكَتْ ظهرت ، فهي كالإناث أو يدخل في عموم الخبر .

والمقصود بالخبر هنا هو قول الرسول - عليه الصلاة والسلام - : " مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ ، فَثَمَرُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .

الدليل الثاني : إنه طَلْعٌ لم يَتَشَقَّقْ , فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن مِلْكِيَّةَ طَلْعِ الْفِحَالِ الذي لم يَتَشَقَّقْ منه شيء تكون للمشتري .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن طَلْعَ الْفِحَالِ الذي لم يَتَشَقَّقْ منه شيء هو كَطَلْعِ الْإِنَاثِ الذي لم يَتَشَقَّقْ منه شيء , والذي تكون مِلْكِيَّتُهُ بعد بيع أصله للمشتري , فكذلك مِلْكِيَّةَ طَلْعِ الْفِحَالِ بعد بيع أصله تكون للمشتري , ويفارق طَلْعَ الْفِحَالِ الذي لم يَتَشَقَّقْ الثمرة المؤبَّرة , حيث أن طَلْعَ الْفِحَالِ لم يَتَشَقَّقْ بعدُ حتى يمكن للمالكه أن ينتفع بالمقصود به , وهو التلقيح , فاستحققه من سينتفع به , وهو مشتري أصله , بينما الثمرة المؤبَّرة قد تَشَقَّقَتْ فأمكن تلقيحها , وتلقيحها يفتقر إلى جهد مبذول , فاستحق مِلْكِيَّتُهَا بائع أصلها . ولضعف أدلة المخالفين , ولما ورد عليها من مناقشة .

المسألة الثانية : مِلْكِيَّةَ طَلْعِ الْإِنَاثِ وَالْفِحَالِ بعد بيع نخيلهما معا ولم يَتَشَقَّقْ منهما شيء اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على أنه إذا لم يَتَشَقَّقْ من طَلْعِ الْإِنَاثِ وَطَلْعِ الْفِحَالِ شيء فإن مِلْكِيَّةَ طَلْعِ الْإِنَاثِ بعد بيع أصلَيْهِمَا تكون للمشتري . واختلفوا فيمن تكون له مِلْكِيَّةَ طَلْعِ الْفِحَالِ , وذلك على قولين :

القول الأول : أن طَلْعَ الْفِحَالِ إذا بيع أصله مع أصل طَلْعِ الْإِنَاثِ ولم يَتَشَقَّقْ منهما شيء فإن مِلْكِيَّتُهُ تكون للمشتري . وهذا القول هو الصحيح عند الشافعية , وهو قول الحنابلة .

القول الثاني : أن طَّلَعَ الفِجَال إِذَا بِيَعَا أَصْلَهُ مَعَ أَصْلِ طَّلَعَ الإِنَاثِ وَلَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُمَا شَيْءٌ فَإِنَّ مِلْكِيَّتَهُ تَكُونُ لِلْبَائِعِ . وهذا هو قول الشافعية في أحد الوجهين عندهم , وهو قول للحنابلة في الوجه الآخر .
أما الحنفية فيمكن أن يستنبط لهم قول في هذه المسألة , وهو إذا لم يَتَشَقَّقْ من طَّلَعَ الإِنَاثِ وَطَّلَعَ الفِجَالِ شَيْءٌ فَإِنَّ مِلْكِيَّةَ طَّلَعَ الإِنَاثِ تَكُونُ لِلْبَائِعِ .
وأما المالكية فيمكن أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول في هذه المسألة , وهو إذا لم يَتَشَقَّقْ من طَّلَعَ الإِنَاثِ وَطَّلَعَ الفِجَالِ شَيْءٌ فَإِنَّ مِلْكِيَّةَ طَّلَعَ الإِنَاثِ تَكُونُ لِلْمَشْتَرِي .

أدلة أصحاب القول الأول يمكن أن يُسْتَدَلَّ لأصحاب القول الأول بما استدلوا به في المسألة السابقة , وبأن لا فرق في مِلْكِيَّةَ طَّلَعَ الفِجَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ بَيْنَ أَنْ يَبَاعَ أَصْلَهُ لَوْحْدِهِ وَبَيْنَ أَنْ يَبَاعَ مَعَ أَصْلِ طَّلَعَ الإِنَاثِ أَوْ يَكُونَ أَصْلُهُمَا وَاحِدًا ؛ فَمِلْكِيَّةَ طَّلَعَ الفِجَالِ فِي كِلْتَا الْحَالَتَيْنِ تَكُونُ لِلْمَشْتَرِي .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن طَّلَعَ الفِجَالِ إِذَا بِيَعُ أَصْلَهُ مَعَ أَصْلِ طَّلَعَ الإِنَاثِ وَلَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُمَا شَيْءٌ فَإِنَّ مِلْكِيَّتَهُ تَكُونُ لِلْمَشْتَرِي .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن لا فرق في مِلْكِيَّةَ طَّلَعَ الفِجَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ بَيْنَ أَنْ يَبَاعَ أَصْلَهُ لَوْحْدِهِ وَبَيْنَ أَنْ يَبَاعَ مَعَ أَصْلِ

طَلَعُ الْإِنَاثِ أَوْ يَكُونُ أَصْلُهُمَا الْمَبِيعَ وَاحِدًا ، فَمِلْكِيَّةُ طَلَعِ الْفِحَالِ فِي كِلْتَا الْحَالَتَيْنِ تَكُونُ لِلْمَشْتَرِيِّ .

المطلب الثاني مِلْكِيَّةُ طَلَعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ وَقَدْ تَشَقَّقَ كَلَهُ أَوْ بَعْضُهُ . وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ :

المسألة الأولى : مِلْكِيَّةُ طَلَعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ نَخِيلِهِ وَقَدْ تَشَقَّقَ كَلَهُ أَوْ بَعْضُهُ . اتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ عَلَى أَنَّ مِلْكِيَّةَ طَلَعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ نَخِيلِهِ وَقَدْ تَشَقَّقَ كَلَهُ تَكُونُ لِلْبَائِعِ وَاخْتَلَفُوا فِي مَنْ تَكُونُ لَهُ مِلْكِيَّةُ طَلَعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ وَقَدْ تَشَقَّقَ بَعْضُهُ ، وَذَلِكَ عَلَى قَوْلَيْنِ :

القول الأول : أَنَّ مِلْكِيَّةَ طَلَعِ الْفِحَالِ الْمُتَشَقَّقِ بَعْضُهُ بَعْدَ بَيْعِ نَخِيلِهِ تَكُونُ لِلْبَائِعِ . وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيَّةِ ، وَهُوَ وَجْهٌ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ .
القول الثاني : أَنَّ مِلْكِيَّةَ مَا تَشَقَّقَ مِنْ طَلَعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ تَكُونُ لِلْبَائِعِ ، وَمِلْكِيَّةَ مَا لَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُ تَكُونُ لِلْمَشْتَرِيِّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الْحَنَابِلَةِ .

أَمَّا الْحَنْفِيَّةُ فَيُمْكِنُ أَنْ يُسْتَنْبَطَ لَهَا قَوْلٌ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَهُوَ أَنَّ مِلْكِيَّةَ طَلَعِ الْفِحَالِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ تَكُونُ لِلْبَائِعِ ، سِوَا مَا تَشَقَّقَ كُلُّ الطَّلَعِ أَوْ تَشَقَّقَ بَعْضُهُ ثَمَارِ النَّخْلِ ، وَقَدْ جَعَلَ الْحَنْفِيَّةُ أَنْ مَا لَا يُؤَكَّلُ كَالْمَشْمُومَاتِ مِنَ الْوُرُودِ وَالرِّيَاحِينَ ، وَكَأَوْرَاقِ الثُّوتِ تَكُونُ مِلْكِيَّةً لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ ؛

فمن باب أولى أن يكون عندهم أن مِلْكِيَّة الطَّلَع بعد بيع أصله تكون للبائع سواء كان مُتَشَقِّقًا كله أو بعضه . والله أعلم .

وأما المالكية فيمكن أن يُسْتَنْبَط لهم قول في هذه المسألة , وهو أن مِلْكِيَّة الطَّلَع الذي تَشَقَّق كله تكون للبائع بعد بيع أصله أما مِلْكِيَّة طَّلَع الفِجَال الذي تَشَقَّق بعضه إن بيع أصله فيمكن أن يُسْتَنْبَط لهم القول بأن طَّلَع الفِجَال إذا تَشَقَّق نصفه , وكان في فِجَال نخل معينة , فإن مِلْكِيَّة ما تَشَقَّق منه تكون للبائع , ومِلْكِيَّة ما لم يَتَشَقَّق تكون للمشتري

دليل أصحاب القول الثاني يمكن أن يُسْتَدَل لأصحاب القول الثاني بقياس بيع أصل طَّلَع الفِجَال الذي تَشَقَّق بعضه على بيع أصل طَّلَع الإناث الذي أُبْر بعضه ؛ فكما أن مِلْكِيَّة ما أُبْر من الثمار تكون للبائع بعد بيع أصله , ومِلْكِيَّة ما لم يُؤْبَر منها تكون للمشتري , فكذلك تكون مِلْكِيَّة ما تَشَقَّق من طَّلَع الفِجَال للبائع بعد بيع أصله , وتكون مِلْكِيَّة ما لم يَتَشَقَّق منه للمشتري , وقد دل على حكم الأصل المقيس عليه قوله - عليه الصلاة والسلام - : " من باع نخلاً قد أُبْرَت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع سبق تخريجه " .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن مِلْكِيَّة ما تَشَقَّق من طَّلَع الفِجَال بعد بيع أصله تكون للبائع , ومِلْكِيَّة ما لم يَتَشَقَّق منه تكون للمشتري .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو أن القول في هذه المسألة مبني على القول في مسألة : مِلْكِيَّةُ ثَمَارِ البِسْتَانِ الْمُؤَبَّرَةِ وَغَيْرِ الْمُؤَبَّرَةِ بَعْدَ بَيْعِهِ , فَمَنْ قَالَ بِأَنَّ غَيْرَ الْمُؤَبَّرِ مِنَ الثَّمَارِ يَتَّبِعُ الْمُؤَبَّرَ مِنْهَا فِي الْمِلْكِيَّةِ , فَتَكُونُ مِلْكِيَّةً كُلَّ الثَّمَارِ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ قَالَ هُنَا : أَنَّ غَيْرَ الْمُتَشَقِّقِ مَنْ طَلَعَ الْفَحْلُ يَتَّبِعُ الْمُتَشَقِّقَ مِنْهُ فِي الْمِلْكِيَّةِ , فَتَكُونُ مِلْكِيَّةً الطَّلَعِ كُلَّهُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ , وَمَنْ قَالَ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ بِأَنَّ مِلْكِيَّةَ الْمُؤَبَّرِ مِنَ الثَّمَارِ تَكُونُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ , وَمِلْكِيَّةَ غَيْرِ الْمُؤَبَّرِ مِنْهَا تَكُونُ لِلْمُشْتَرِي قَالَ هُنَا : أَنَّ مِلْكِيَّةَ مَا تَشَقَّقُ مِنْ طَّلَعِ الْفَحَالِ تَكُونُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ , وَمِلْكِيَّةَ مَا لَمْ يَتَشَقَّقْ مِنْهُ تَكُونُ لِلْمُشْتَرِي.

المسألة الثانية : مِلْكِيَّةُ طَّلَعِ النَخْلَةِ الْوَاحِدَةِ بَعْدَ بَيْعِهَا وَقَدْ تَشَقَّقَ بَعْضُهُ يُمْكِنُ أَنْ يُسْتَنْبَطَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ لِفَقْهَاءِ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ , وَهُوَ : أَنَّ فَحْلَ النَخْلَةِ الْوَاحِدَةِ إِذَا بِيَعْتَ وَقَدْ تَشَقَّقَ بَعْضُ طَّلَعِهِ فَإِنَّ مِلْكِيَّةَ طَّلَعِهِ كُلَّهُ لِلْبَائِعِ ؛ وَذَلِكَ قِيَاسًا عَلَى اتِّفَاقِ الْفُقَهَاءِ عَلَى أَنَّ ثَمْرَ النَخْلَةِ الْوَاحِدَةِ الْمُؤَبَّرَ بَعْضُهُ تَكُونُ مِلْكِيَّةً كُلَّهُ لِلْبَائِعِ النَخْلَةِ

المسألة الثالثة : مِلْكِيَّةُ طَّلَعِ النَخِيلِ بَعْدَ بَيْعِهَا وَقَدْ تَشَقَّقَ أَحَدُ النُّوعَيْنِ دُونَ الْآخَرِ اتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ عَلَى أَنَّ مِلْكِيَّةَ طَّلَعِ النُّوعِ الْمُتَشَقِّقِ تَكُونُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلَيْهِمَا . وَاخْتَلَفُوا فِيمَنْ تَكُونُ مِلْكِيَّةُ طَّلَعِ النُّوعِ الَّذِي لَمْ يَتَشَقَّقْ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلَيْهِمَا , وَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ :

القول الأول : أن طَلَعَ النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون مِلْكِيَّتُهُ للبائع أيضا .
وهذا قول للشافعية في الصحيح عنهم .

القول الثاني : إذا كان النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ طَلَعَهُ هو الإناث فإن مِلْكِيَّةَ طَلَعَهُ تكون للمشتري , وإذا كان النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ طَلَعَهُ هو الفِحال فمِلْكِيَّةَ طَلَعَهُ تكون للبائع . وهذا قول للشافعية في الوجه الآخر عندهم , ويدل عليه كلام الشافعي ويقتضيه , وهو قول للحنابلة في أحد الوجهين .
القول الثالث : أن طَلَعَ النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون مِلْكِيَّتُهُ للمشتري . وهذا هو قول الحنابلة : أما الحنفية فيمكن أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول في هذه المسألة , وهو إذا تَشَقَّقَ طَلَعَ أحد النوعين دون الآخر فإن مِلْكِيَّةَ طَلَعِ الإناث والفِحال تكون للبائع.

وأما المالكية فيمكن أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول في هذه المسألة , وهو إذا كان النوع الذي تَشَقَّقَ طَلَعَهُ مساويا للنوع الذي لم يَتَشَقَّقْ طَلَعَهُ فمِلْكِيَّةَ طَلَعِ النوع المُتَشَقَّقِ تكون للبائع بعد بيع أصْلَيْهِمَا , ومِلْكِيَّةَ الطَّلَعِ الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون للمشتري.

دليل أصحاب القول الثالث يمكن أن يُسْتَدَلَّ لأصحاب القول الثالث
بقياس بيع الإناث والفِحال وقد تَشَقَّقَ طَلَعُ أحدهما على بيع أصل طَلَعِ الإناث المُؤَبَّرِ بعضه ؛ فكما أن مِلْكِيَّةَ المُؤَبَّرِ من طَلَعِ الإناث تكون للبائع , ومِلْكِيَّةَ غير المُؤَبَّرِ منه تكون للمشتري , فكذلك مِلْكِيَّةَ طَلَعِ النوع المُتَشَقَّقِ تكون للبائع , ومِلْكِيَّةَ طَلَعِ النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون للمشتري .

وقد دل على حكم الأصل المقيس عليه قوله - عليه الصلاة والسلام - : " من باع نخلاً قد أُبْرَتْ فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع سبق تخريجه . "

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن طَّلَعَ النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون مِلْكِيَّتُهُ للمشتري .

سبب الترجيح سبب القول الثالث هو أن القول في هذه المسألة مبني على القول في مسألة : مِلْكِيَّةُ ثَمَارِ البستانِ المُؤَبَّرَةِ وغيرِ المُؤَبَّرَةِ بعد بيعه , فمن قال بأن غير المُؤَبَّرِ من الثمار يتبع المُؤَبَّرِ منها في المِلْكِيَّةِ فتكون مِلْكِيَّةُ كلِّ الثمار للبائع بعد بيع أصله قال هنا : أن طَّلَعَ النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ يتبع طَّلَعَ النوعِ المُتَشَقَّقِ بعد بيعِ أَصْلَيْهِمَا , ومنهم من قال إن لم يَتَشَقَّقْ طَّلَعَ الفِحالِ فهو تابع لَطَّلَعَ الإناثِ المُتَشَقَّقِ في المِلْكِيَّةِ بعد بيعِ أَصْلَيْهِمَا , وإن لم يَتَشَقَّقْ طَّلَعَ الإناثِ لم يكن تابع لَطَّلَعَ الفِحالِ المُتَشَقَّقِ في المِلْكِيَّةِ بعد بيعِ أَصْلَيْهِمَا , ومن قال في تلك المسألة بأن مِلْكِيَّةَ المُؤَبَّرِ من الثمار تكون للبائع بعد بيع أصله , ومِلْكِيَّةُ غيرِ المُؤَبَّرِ منها تكون للمشتري قال هنا : أن طَّلَعَ النوع الذي لم يَتَشَقَّقْ تكون مِلْكِيَّتُهُ للمشتري بعد بيع أصله.

المبحث الخامس: مِلْكِيَّة ثمار الشجر وأوراقه وأغصانه بعد بيع أصله .
وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّة ثمار الشجر بعد بيع أصله . وفيه تمهيد ومسألة
واحدة :

تمهيد : معنى تأبير الشجر في إصطلاح الفقهاء . معنى تأبير الشجر في
إصطلاح الفقهاء : ظهور ثمرته وبروزها وتميزها عن أصلها
وانعقادها وذلك حسب نوع كل ثمرة وهذا المعنى قد أورده المالكية
بهذا اللفظ , واتفق عليه معهم الشافعية والحنابلة .

أما الحنفية فلم يذكروا معنى تأبير الشجر غير النخل في كتبهم ؛ وذلك
يرجع فيما يبدو إلى أنهم جعلوا مِلْكِيَّة ثمار الشجر بعد بيع أصلها تكون
للبيع سواء كانت بارزة ومنعقدة أو لم تكن كذلك, ويرجع ذلك أيضا
إلى أن معنى التأبير في اللغة خاص بالنخل . والله أعلم .

مسألة : تقسيمات الفقهاء للأشجار حسب كيفية نشوء ثمارها ,

ومِلْكِيَّة ثمار كل قسم

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الثمار الأخرى بعد بيع أصلها تأخذ
حكم ثمار النخل في المِلْكِيَّة ؛ وذلك قياسا على ثمار النخل التي قد وَرَدَ فيها
نص ثابت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - , وهو قوله : " مَنْ ابْتِئَاعَ
نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ
تَخْرِيجِهِ " .

وقد جعل فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة ظهور الثمرة وبروزها وإنعقادها بمنزلة التأبير في الشجر أما الحنفية فقد جعلوا مِلْكِيَّةَ ثمار الأشجار الأخرى بعد بيع أصلها للبائع ولو لم تكن قد برزت أو ظهرت أو تميزت عن أصلها أو انْعَقَدَتْ ، كما هو الحال في مِلْكِيَّةِ ثمار النخل ولقد قسم فقهاء الشافعية وفقهاء الحنابلة الأشجار كلا على حده ، فالشافعية قسموا الأشجار حسب ما يُقْصَدُ منها ، والحنابلة قسموا الأشجار حسب كيفية خروج ثمرتها وظهورها . أما المالكية فلم أجد لهم تقسيما للأشجار ، إنما اكتفوا بالنص على معنى تأبير ثمارها

أولاً : تقسيم فقهاء الشافعية للأشجار : قسم فقهاء الشافعية الأشجار حسب ما يُقْصَدُ منها إلى ثلاثة أقسام ، وهي على النحو الآتي :

القسم الأول : ما يُقْصَدُ منها الورق كالثوت والحِئَاءِ ، ففي مِلْكِيَّتِهِ خلاف على وجهين ، الوجه الأول : أن ظهر منه شيء بتفتحه فمِلْكِيَّةُ كله للبائع ، الوجه الثاني : أن مِلْكِيَّتَهُ للمشتري بكل حال .

القسم الثاني : ما يُقْصَدُ منها الورد ، وهو على ضربين : أحدهما ما يخرج في كمام ثم يتفتح كأنواع الورد الأحمر والأبيض والنرجس ، فإن بيع بعد خروجه من كمامه وتفتحه فمِلْكِيَّتَهُ للبائع وإن بيع قبل ذلك فمِلْكِيَّتَهُ للمشتري ، وهذا على المشهور من المذهب ، الضرب الثاني : ما لا كمام له ويظهر بارزا كالياسمين ، فما ظهر منه فمِلْكِيَّتَهُ للبائع بعد بيع أصله ، وما لم يظهر فمِلْكِيَّتَهُ للمشتري .

القسم الثالث : ما يُقصد منها الثمر , وهو على خمسة أضرب : أحدها ما يخرج ثمره من كمام ثم يَتَشَقَّقُ عنه كالنخيل والكرسف, فما تَشَقَّقُ من ثمره فمِلِكِيَّتُهُ للبائع بعد بيع أصله , وما لم يَتَشَقَّقُ فمِلِكِيَّتُهُ للمشتري بعد بيع أصله , وما تَشَقَّقُ بعضه فمِلِكِيَّتُهُ كله للبائع بعد بيع أصله ؛ لأنه كثمر النخل , فيتبع ما لم يَتَشَقَّقُ منه ما تشقق في المِلِكِيَّةِ .

الضرب الثاني : ما يخرج ثمره ظاهر من غير كمام ولا حائل كالتين والعب, فما ظهر منه فمِلِكِيَّتُهُ للبائع بعد بيع أصله , وما لم يظهر فمِلِكِيَّتُهُ للمشتري بعد بيع أصله ؛ لأن الظاهر منه كالطَّلَعِ الْمُؤَبَّرِ , وما لم يظهر كالطَّلَعِ غيرِ الْمُؤَبَّرِ .

الضرب الثالث : ما لثمره كمام أو قشر يُزال عنه عند أكله كالرمان والموز , فمِلِكِيَّتُهُ للبائع بعد بيع أصله , وما لم يَتَشَقَّقُ للمشتري , كما هو الحال في الضرب الرابع .

الضرب الرابع : ما له ثمر يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز , ففي مِلِكِيَّةِ ثمره بعد بيع أصله قولان , القول الأول وهو المنصوص عليه في المذهب : أن مِلِكِيَّتُهُ للبائع بعد بيع أصله , القول الثاني : أنه إذا تَشَقَّقَتْ عنه قشرته العليى فمِلِكِيَّتُهُ للبائع , وإذا لم تَشَقَّقْ قشرته العليى فمِلِكِيَّتُهُ للمشتري .

الضرب الخامس : ما يخرج ثمره في نُورٍ ثم يتناثر عنه النور فيظهر بارزا بلا حائل كالنفاح والكمثرى والخوخ والمشمش والسفرجل , ففي مِلِكِيَّةِ ثمره بعد بيع أصله قولان , القول الأول وهو ظاهر المذهب : إذا تناثر النور عنه

بعد ظهوره فمِلْكِيَّتِهِ للبائع , وإذا لم يتناثر فمِلْكِيَّتِهِ للمشتري ؛,القول الثاني : أن مِلْكِيَّتَهُ للبائع ولو لم يتناثر عنه النور.

ثانيا : تقسيم فقهاء الحنابلة للأشجار : قسم فقهاء الحنابلة الأشجار حسب كيفية خروج ثمرتها وظهورها إلى خمسة أقسام :

القسم الأول : ما يكون ثمره في أكمام ثم يتفتح فيظهر كثمر النخل , , فإن تَشَقَّقَ جوزه أو تفتح من أكمامه فمِلْكِيَّتَهُ للبائع , وإن لم يَتَشَقَّقْ أو لم يتفتح فمِلْكِيَّتَهُ للمشتري.

القسم الثاني : ما يظهر ثمره بارزا لا قشر له ولا نور, فمِلْكِيَّتُهُ ثمره بعد بيع أصله للبائع.

القسم الثالث : ما يظهر ثمره في قشره ثم يبقى إلى حين الأكل كالرمان والموز , فمِلْكِيَّتُهُ ثمره للبائع بنفس الظهور.

القسم الرابع : ما يظهر في قشريين كاللوز والجوز , ففي مِلْكِيَّتِهِ قولان , القول الأول وهو الصحيح من المذهب : أن مِلْكِيَّتُهُ ثمره بعد بيع أصله للبائع بنفس الظهور أيضا

,القول الثاني للقاضي أبي يعلى ومن تابعه : إن تَشَقَّقَ قشره الأعلى فمِلْكِيَّتَهُ للبائع , وإن لم يَتَشَقَّقْ قشره الأعلى فمِلْكِيَّتَهُ للمشتري.

القسم الخامس : ما يظهر نوره ثم يتناثر فيظهر الثمر كالتفاح والمشمش والخوخ والسفرجل ,ففي مِلْكِيَّتِهِ بعد بيع أصله خلاف على ثلاثة أقوال , القول الأول وهذا هو المذهب وعليه أكثر الأصحاب , وهو : أن تفتح

نوره وظهر ثمره فيه فمِلِكِيَّتَه للبايع بعد بيع أصله - سواء تناثر نوره أم لم يتناثر - , وما لم يظهر ثمره فمِلِكِيَّتَه للمشتري , القول الثاني : أن ما تناثر نوره فمِلِكِيَّتَه للبايع بعد بيع أصله , وما لم يتناثر نوره فمِلِكِيَّتَه للمشتري القول الثالث : يُحْتَمَل أن مِلِكِيَّتَه للبايع بظهور نوره إذا بيع أصله .

وأقرب هذه الأقوال إلى الصواب هو القول الثاني ؛ لأن إعتبار مِلِكِيَّة الثمر للبايع يكون بمجرد ظهورها وإن لم يتناثر النور . أما ورق التوت فسوف يأتي بيان مِلِكِيَّتَه - بإذن الله- في المطلب التالي .

المطلب الثاني : مِلِكِيَّة أوراق وأغصان الشجر بعد بيع أصله اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن مِلِكِيَّة أوراق الشجر وأغصانه بعد بيع أصلها تكون للمشتري إلا الغصن اليابس , فهو للبايع , ويستثنى من مِلِكِيَّة الأوراق أوراق شجر التوت التي تُتَّخَذ علفاً لدود القز , ففي مِلِكِيَّتِهَا خلاف على ثلاثة أقوال , وسيأتي بيانه .

دليل هذا القول المتفق عليه لأن أوراق الشجر وأغصانه من أجزائه خُلِقَ لمصلحته , فهو كأجزاء سائر المبيع وقد اختلف الفقهاء فيمن تكون له مِلِكِيَّة أوراق شجر التوت التي تُتَّخَذ علفاً لدود القز بعد بيع أصلها , وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن مِلِكِيَّة أوراق شجر التوت بعد بيع أصلها تكون للبايع على كل حال . وهذا قول الحنفية .

القول الثاني : أن مِلْكِيَّةَ أوراق شجر التُّوت بعد بيع أصلها تكون للمشتري . وهذا قول للشافعية في أحد الوجهين عندهم , وهو المذهب عند الحنابلة .

القول الثالث : إن تفتحت أوراق شجر التُّوت قبل بيع أصلها فمِلْكِيَّتُهَا تكون للبائع , وإن لم تفتح قبل بيع أصلها فمِلْكِيَّتُهَا تكون للمشتري . وهذا قول للشافعية في الوجه الآخر عندهم , وهو قول عند الحنابلة . أما المالكية فلم أجد لهم قولاً في الخلاف في مِلْكِيَّةَ أوراق شجر التُّوت بعد بيع أصلها , ولعله يمكن أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول هنا , وهو أن مِلْكِيَّةَ ما تفتح من أوراق شجر التُّوت بعد بيع أصلها تكون للبائع , ومِلْكِيَّةَ ما لم يفتح منها تكون للمشتري

دليل أصحاب القول الثالث لأن أوراق شجر التُّوت بمثلة الثمرة في سائر الأشجار , ولأنها بمثلة الجوز الذي يفتح فيظهر نوره من الورد وغيره , فما ظهر منها أو برز أو تفتح تكون مِلْكِيَّتُهُ للبائع , وما لم يكن كذلك فمِلْكِيَّتُهُ تكون للمشتري , فكذلك أوراق شجر التُّوت إن تفتحت فمِلْكِيَّتُهَا تكون للبائع , وإن لم تفتح فمِلْكِيَّتُهَا تكون للمشتري .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن مِلْكِيَّةَ أوراق شجر التُّوت المفتحة قبل بيع أصلها تكون للبائع , ومِلْكِيَّةَ أوراق التُّوت التي لم تفتح تكون للمشتري .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثالث هو إن أوراق شجر التوت وإن كانت من جنس الأوراق إلا أنها تتميز عنها بأنها يُستفاد منها بإطعامها لدود القز ؛ لكي يُستخرج الحرير منه , فتكون بذلك بمرتلة سائر الثمار .

الفصل الثاني

مِلْكِيَّةُ الثَّمَارِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهَا مَعَ اشْتِرَاطِهَا

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مِلْكِيَّةُ مَا لِلْبَائِعِ مِنْ ثَمَارٍ إِذَا اشْتَرَطَهَا مُشْتَرِي أَصْلِهَا .
وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّةُ مَا لِلْبَائِعِ مِنْ ثَمَارٍ إِذَا اشْتَرَطَ مُشْتَرِي أَصْلِهَا
جَمِيعَهَا . اتَّفَقَ فُقَهَاءُ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ مِنَ الْحَنْفِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ
وَالشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ عَلَى جَوَازِ اشْتِرَاطِ الْمُشْتَرِي لِجَمِيعِ الثَّمَارِ
الْمُؤَبَّرَةِ - وَالَّتِي تَكُونُ لِلْبَائِعِ إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْهَا الْمُشْتَرِي - ، فَتَكُونُ
مِلْكِيَّتَهَا بَعْدَ اشْتِرَاطِ الْمُشْتَرِي لِجَمِيعِهَا لَهُ .

دليل هذا القول المتفق عليه حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما -
أنه سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : " مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ
تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .

المطلب الثاني : مِلْكِيَّةُ مَا لِلْبَائِعِ مِنْ ثَمَارٍ إِذَا اشْتَرَطَ مُشْتَرِي أَصْلِهَا
بَعْضَهَا اِخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي جَوَازِ اشْتِرَاطِ مُشْتَرِي الْأَصْلِ لِبَعْضِ الثَّمَارِ الَّتِي
يَسْتَحِقُّهَا الْبَائِعُ ، وَذَلِكَ عَلَى قَوْلَيْنِ : الْقَوْلُ الْأَوَّلُ : لَا يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي

اشتراط بعض ما للبائع من ثمار , وتبقا مِلْكِيَّتِهَا - على الأصل - للبائع .
وهذا هو مذهب المالكية:

القول الثاني : يجوز للمشتري اشتراط بعض ما للبائع من ثمار , وتكون مِلْكِيَّتِهَا له باشتراطه لها . وهذا هو قول أشهب من المالكية , ومذهب الشافعية والحنابلة , وهو قول جمهور الفقهاء .

أما الحنفية فلم أجد قولاً لهم في هذه المسألة , ويبدو أنهم يرون جواز اشتراط المشتري لبعض الثمار .

أدلة أصحاب القول الثاني الدليل الأول : حديث عبد الله بن عمر -

رضي الله عنهما - أنه سمع النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : " مَنْ ابْتِاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .

الدليل الثاني : إن ما جاز اشتراط جميعه في العقد جاز اشتراط بعضه كمدّة الخيار

.**الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم -** هو القول بجواز اشتراط المشتري لبعض ما للبائع من ثمار , وتكون مِلْكِيَّتِهَا له باشتراطه .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو عموم قوله - عليه الصلاة والسلام - : " مَنْ ابْتِاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .

ولأن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه .

المبحث الثاني مِلْكِيَّة ما للمشتري من ثمار إذا اشترطها بائع أصلها . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّة ما للمشتري من ثمار إذا اشترط بائع أصلها جميعها . اختلف الفقهاء في جواز اشتراط بائع الأصل لما للمشتري من ثمار ، وذلك على قولين :

القول الأول : لا يجوز للبائع اشتراط ما للمشتري من ثمار ، وتبقى مِلْكِيَّة الثمار غير المؤبَّرة _ على الأصل _ للمشتري . وهذا قول المالكية .
القول الثاني : يجوز للبائع اشتراط ما للمشتري من ثمار ، وتكون مِلْكِيَّتُهَا باشتراطها له . وهذا هو المذهب عند الشافعية والحنابلة .
أما الحنفية فليس لهم قول هنا ؛ لأنهم يرون بأن مِلْكِيَّة الثمار غير المؤبَّرة تكون للبائع في الأصل

أدلة أصحاب القول الثاني الدليل الأول : قوله - عليه الصلاة والسلام - :
" مَنْ ابْتِاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .

الدليل الثاني : عن جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ : " نَهَى رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ الثَّنْيَا إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ صَاحِبُهَا أَنَّهَا لِمُسْلِمٍ " ج:3 ص:1175.

الدليل الثالث : إنَّ البائع استثنى بعض ما وقع عليه العقد ، وهو معلوم ، فصح كما لو باع حائطاً واستثنى نخلة بعينها
الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بجواز اشتراط البائع ما للمشتري من ثمار , وتكون ملكيتها له باشرطه .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو أنه دل عليه قوله - عليه الصلاة والسلام - : " مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرْتُهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبِقَ تَخْرِيجِهِ " .

ولأنه لا فرق بين البائع والمشتري في الإشتراط , فكما أن المشتري يجوز له اشتراط ما للبائع من ثمار , فكذلك البائع يجوز له اشتراط ما للمشتري من ثمار ؛ إذ لا دليل معتبر يمنع من ذلك .

المطلب الثاني : ملكية ما للمشتري من ثمار إذا اشترط بائع أصلها

بعضها اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يجوز اشتراط البائع بعض ما للمشتري من ثمار , وتكون ملكيتها للمشتري . وهذا مذهب المالكية .

القول الثاني : يجوز للبايع اشتراط بعض ما للمشتري من ثمار , وتكون ملكيتها له باشرطه لها . وهذا هو قول الشافعية والحنابلة , وهو قول جمهور الفقهاء .

أما الحنفية فليس لهم قول هنا ؛ لأنهم يرون بأن ملكية الثمار غير المؤبرة تكون للبائع في الأصل .

أدلة أصحاب القول الثاني للدليل الأول : قوله - عليه الصلاة والسلام -
 : " مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ
 سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .

الدليل الثاني : إن ما جاز اشتراط جميعه في العقد جاز اشتراط بعضه كمدة
 الخيار

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بجواز اشتراط البائع
 بعض ما للمشتري من ثمار , وتكون ملكيتها له باشرطه .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو أنه دل عليه مفهوم قوله - عليه
 الصلاة والسلام - : " مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا
 أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ "

ولأن البائع أحد المتبايعين , فيجوز له اشتراط ما للمشتري من ثمار , كما
 أن المشتري يجوز له اشتراط ما للبائع من ثمار ؛ فما جاز اشتراط جميعه
 جاز اشتراط بعضه .

المبحث الثالث : ادعاء أحد العاقدين أنه اشترط ثمار الآخر في العقد لم أجد في مراجع المذاهب الأربعة قولاً في هذه المسألة ما عدا مراجع المالكية , فقد قالوا : إن ادعى المشتري اشتراط الثمار وأنكر ذلك البائع فالذي يُصدَّق منهما هو البائع.

يمكن أن يُستنبط للحنفية قول في هذا المبحث , وهو أن على القاضي تصديق البائع إن أنكر اشتراط المشتري ما له من ثمار. ويمكن أن يُستنبط قول للشافعية في هذا المبحث , وهو أن يحلف كل من مدعي الاشتراط والمُنكر له , فيفسخ البيع بعد تحالفهما. وأما الحنابلة فيمكن أن يُستنبط لهم قولان في هذا المبحث , فأحدهما أن المُصدِّق من المتبايعين هو مَنْ يُنكر اشتراط الآخر لما له من ثمار , والقول الثاني أن المتبايعين يتحالفان , ويُفسخ البيع.

والراجح في ذلك - والله أعلم - القول بأن المُصدِّق منهما هو مَنْ يُنكر اشتراط المتبايع الآخر لما له من ثمار , وهذا موافق لقول المالكية في هذا المبحث وللدليلهم الآتي .

دليل أصحاب هذا القول لأن ملكية الثمرة المؤبَّرة للبائع في الأصل من دون اشتراط.

ويمكن الاستدلال في حالة ادعاء البائع اشتراط الثمار غير المؤبَّرة والمشتري يُنكر ذلك على أن المُصدِّق منهما هو المشتري , وذلك بأن ملكية الثمرة غير المؤبَّرة تكون له في الأصل من دون اشتراط البائع .

الفصل الثالث

بقاء الثمار المملوكة للبائع في أصلها المملوك للمشتري ، وسقيها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : بقاء الثمار المملوكة للبائع بعد بيعه أصلها .
اختلف الفقهاء في جواز إبقاء البائع الثمار التي استحقتها بعد بيعه لأصلها حتى أوان الجذاذ ، وفي إلزامه على قطعها ، وذلك على قولين :
القول الأول : لا يجوز للبائع إبقاء الثمار ، ويلزّمه قطعها وتفريغ النخل منها . وهذا قول الحنفية .

القول الثاني : يجوز للبائع إبقاء الثمار إلى أوان الجذاذ ، ولا يلزّمه قطعها ، وليس للمشتري منع إبقائها . وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة

أدلة أصحاب القول الثاني إنَّ النَّقْلَ والتَّفْرِغَ للمبيع على حَسَبِ العُرْفِ والعادة ، كما لو باع داراً فيها طعام لم يَجِبْ نقله إلّا على حَسَبِ العادة في ذلك ، وهو أن يَنْقُلَهُ نهاراً شيئاً بعد شيء ، ولا يَلْزَمُهُ النقل ليلاً ، ولا جمع دواب البلد لنقله ، فكذلك إذا باعه نخلاً يَجِبُ على المشتري أن لا يُلْزِمَ البائع أخذ الثمر في الحال حتى ينتهي إلى وقت الجذاذ اعتباراً بالعادة والعرف .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول بأنه يجوز للبائع إبقاء الثمار إلى أوان الجذاذ , ولا يلزمه قطعها , وليس للمشتري منع إبقائها , وهذا الإبقاء مقيد بأمور , وهي :

الأمر الأول : ألا يكون مشتري الأصل قد اشترط في العقد قطع الثمار.

الأمر الثاني : ألا يكون في إبقاء الثمار ضرراً على

الأمر الثالث : أن يكون في بقاء الثمار فائدة لها ومنفعة.

فإذا توفر ذلك جاز للبائع إبقاء الثمار إلى وقت الجذاذ .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو أنه ما دام أن الشجر الذي يملكه المشتري لم يتضرر ببقاء ثمار البائع عليه فإن إيجاب البائع على قطع ثماره مما يؤدي إلى إتلافها هو إضرار به بغير وجه حق , وقد نهي النبي -

صلى الله عليه وسلم - عن ذلك بقوله : " لا ضرر ولا ضرار سنن ابن

ماجه ج:2 ص:784 ، موطأ مالك ج:2 ص:745 ، مسند الإمام

أحمد ج:5 ص:327 . والحديث صححه الألباني في : صحيح سنن ابن

ماجه ج:2 ص:39 ، سلسلة الأحاديث الصحيحة ج:1 ص:443 . "

ولأن قطع ثمار البائع قبل وقت الجذاذ إهدار للمال

المبحث الثاني سقي الثمار المملوكة للبائع وشجرها . وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول : منع المشتري البائع من سقي ثماره من غير تضرر

الشجر. اتفق الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على

أنه لا يجوز للمشتري أن يمنع البائع من سقي الثمار التي

استحقها بعد بيعه أصلها إن احتاجت إليه ولم يَنْضُرَّ
الشجر الذي عليه من ذلك السقي ، كما أنه يجوز له
سقي الشجر الذي عليه ثمار البائع إن لم تَنْضُرَّ به تلك
الثمار .

الأدلة على هذا القول المتفق عليه إنَّ البائع والمشتري دخلا في العقد على
السقي إذا كان فيه منفعة لهما أو لأحدهما ، ولا ضرر على الآخر ، ولا يمنع
المشتري البائع من السقي ؛ لأنه مِمَّا يبقى به الثمرة ، فَلَزِمَ تمكين المشتري
البائع من السقي ، كما مَكَّنَّه من تَرْك الثمرة على الأصول إلى وقت الجذاذ
، وكذلك لا يمنع البائع المشتري من سقي شجره إذا كان فيه منفعة له ، ولا
ضرر على المشتري.

المطلب الثاني : تقدير حاجة سقي الثمار اتفق فقهاء الشافعية والحنابلة
على أنه إذا اختلف البائع والمشتري في قَدْر حاجة سقي ثمار البائع فعَلَيْهِمَا
الرجوع إلى أهل الخبرة بالثمار ، وسؤالهم عن قدر ما تحتاجه ثمار البائع من
السقي ، فإن قَدَّر أهل الخبرة حاجة تلك الثمار من السقي فما احتاج إليه
أحدهما أجبر الآخر عليه من غير زيادة ولا نقصان عن تقدير أهل الخبرة .
ولم أجد للمالكية قولاً في هذه المسألة ؛ ولعل سبب ذلك هو أنهم
اقتصروا في الاشتراط لجواز السقي على انتفاء الضرر منه دون اشتراط
تَحَقُّق المصلحة من السقي.

دليل هذا القول لأن الري المُفْرِط كالعطش المُفْرِط .

الترجيح لراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بعدم الزيادة في السقي عن قدر الحاجة الذي فيه الصلاح للثمار .

سبب الترجيح سبب ترجيح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة هو أن الزيادة في السقي عن قدر الحاجة من الإسراف المنهي عنه , ولأن الري المفرط كالعطش المفرط .

المطلب الثالث : منع المشتري البائع من سقي ثماره إذا تضرر الشجر من ذلك اختلف الفقهاء في جواز منع المشتري للبائع من سقي ثماره إذا تضرر الشجر التي عليه من ذلك , وذلك على قولين :

القول الأول : يجوز للمشتري أن يمنع البائع من سقي ثماره إذا تضرر الشجر التي عليه من ذلك , ولا يجوز للبائع سقي ثماره إذا أضر ذلك بالشجر إلا إذا سمح له المشتري . وهذا قول المالكية , وهو قول الشافعية في أحد الوجهين .

القول الثاني : لا يجوز للمشتري أن يمنع البائع من سقي ثماره وإن تضرر الشجر التي عليه من ذلك , وللبائع سقي ثماره ولو لم يسمح له المشتري . وهذا هو قول للشافعي , واعتبره أصحابه وجهاً آخر في هذه المسألة , وهو قول الحنابلة .

دليل أصحاب القول الأول لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر في الإضرار ، فوجب أن يُفسخ العقد ؛ لتعذر إرضائه إلا بإضرار أحدهم .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول بجواز منع المشتري للبائع من سقي ثماره إذا تضرر الشجر من ذلك السقي , ولا يجوز للبائع سقي ثماره إذا أضر ذلك بالشجر إلا إذا سمح له المشتري .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن الشجر من مُلك المشتري وماله ؛ فمن حقه أن يمنع وقوع الضرر عليه ولو كان غيره محتاجا لفعل ما يوقع الضرر على الشجر ؛ فإيقاع الضرر لا يجوز ؛ لنهي النبي - عليه الصلاة والسلام - عنه بقوله : " لا ضرر ولا ضرار سبق تخريجه " .

المطلب الرابع : منع البائع المشتري من سقي الشجرة سقيا يضر بالثمار التي يملكها

اختلف الفقهاء في جواز منع البائع للمشتري من سقي الشجر الذي عليه الثمار التي مَلَكَها البائع إن كان ذلك يضرُ بتلك الثمار , وذلك على قولين :

القول الأول : يجوز للبائع أن يمنع المشتري من سقي الشجر الذي عليه الثمار التي مَلَكَها البائع إن كان ذلك السقي يضر تلك الثمار , ولا يجوز للمشتري سقي شجره إذا أضر ذلك بتلك الثمار إلا إذا سمح له البائع . وهذا قول المالكية , وهو قول الشافعية في أحد الوجهين .

القول الثاني : لا يجوز للبائع أن يمنع المشتري من سقي الشجر الذي عليه الثمار التي مَلَكَها البائع وإن كان ذلك السقي يضر تلك الثمار ,

وللمشتري سقي ثماره ولو لم يسمح له البائع بذلك . وهذا قول الشافعية في الوجه الآخر ، وهو قول الحنابلة.

أدلة أصحاب القول الثاني لأن كلا منهما دخل في العقد على ذلك ، فإن المشتري اقتضى عقده تبقية الثمرة ، والسقي من تبقيتها ، والعقد اقتضى تمكين المشتري من حفظ الأصول وتسليمها ، فلزم كل واحد منهما ما أوجبته العقد للآخر وإن أضرب به ، وإنما له أن يسقي بقدر حاجته **الترجيح الراجح** في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول بعدم جواز منع البائع للمشتري من سقي شجره الذي عليه ثمار البائع وإن أضرب ذلك السقي بتلك الثمار ، وللمشتري سقي شجره ولو لم يسمح له البائع بذلك ، وهذا إن كان ترك ذلك القدر من سقي الشجر يضر به ضررا بالغا ، أما إن كان الشجر لا يتضرر بترك ذلك القدر الكثير من السقي إلا ضررا يسيرا وكانت الثمار تتضرر بتركه ضررا بالغا فيجوز في هذه الحالة للبائع منع المشتري من ذلك القدر من السقي .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو إن منع المشتري من أن يسقي الشجر المحتاج إلى ذلك القدر الكثير من السقي لدرء ضرر عن غيره هو إجبار له على إفساد ملكه ، وإضرار به لأجل منع الضرر بغيره ، وهذا لا يجوز شرعا ؛ فقد هى النبي - عليه الصلاة والسلام - عن الإضرار بالغير بقوله : " لا ضرر ولا ضرار سبق تخريجه " .

المطلب الخامس : بقاء ثمار البائع إذا خيفَ الجفاف والضرر على شجرها اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على أنه إذا خيفَ الضرر على الشجر الذي يملكه المشتري ضرراً يسيراً ببقاء ثمار البائع عليه جاز للبائع تَرْكُهَا إلى وقت الجذاذ , وليس للمشتري إجباره على قَطْعِ ثماره . **دليل هذا القول المتفق عليه** لأنها مستحقة للبقاء , فلم يُجْبَرِ البائع على إزالتها لِذَفْعِ ضرر يسير عن غيره . أما إذا خيفَ الضرر الشديد على الشجر ببقاء الثمار التي فيه كالجفاف أو نَقْصِ الحمل في المستقبل , فهل في هذه الحالة يُجْبَرِ البائع على قَطْعِ الثمار التي يملكها ؟ .

اختلفوا في ذلك على قولين :

القول الأول : يُجْبَرِ البائع على قَطْعِ ثماره إذا خيفَ الضرر الشديد على الشجر . وهذا هو القول الأصح للشافعي , وهو قول للحنابلة في أحد الوجهين .

القول الثاني : لا يُجْبَرِ البائع على قَطْعِ ثماره وإن خيفَ الضرر الشديد على الشجر . وهذا هو أحد القولين للشافعي , وهو قول للحنابلة في الوجه الآخر عندهم .

أما المالكية فلم أجد لهم قولاً في كلِّ من هاتين الحالتين , ويمكن أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول في الحالة الأولى : وهو جواز إبقاء ثمار البائع وتركها على الشجر ما دام الخوف على الشجر من وقوع ضرر يسير ببقاء تلك الثمار عليه ؛ لأنهم يُجيزون إبقاء ثمار البائع على الشجر بعد بيعه .

دليل أصحاب القول الأول لأن المشتري إثمًا رضي بترك ثمرة البائع على الأصل الذي اشتراه منه إذا لم يضرَّ به ، فإذا أضرَّ به لم يلزمه تركه الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول بإجبار البائع على قطع ثماره إذا خيف الضرر الشديد على الشجر .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن الشجر من مُلك المشتري وماله ؛ فَمِنْ حقه أن يمنع وقوع ما يضر به ولو بإجبار البائع على قطع ثماره إذا خيف الضرر الشديد على ذلك الشجر ؛ فإيقاع الضرر لا يجوز ؛ لنهي النبي - عليه الصلاة والسلام - عنه بقوله : " لا ضرر ولا ضرار سبق تخريجه " .

الفصل الرابع

مِلْكِيَّةٍ مَا كَانَ مِنَ الزَّرْعِ يُحْصَدُ بِقَلْعِهِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ، وَبِقَاوِهِ

وَفِيهِ مَبْحَثَانِ :

المبحث الأول : مِلْكِيَّةٍ مَا كَانَ مِنَ الزَّرْعِ يُحْصَدُ بِقَلْعِهِ بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهِ
وَفِيهِ مَطْلَبَانِ :

المطلب الأول : مِلْكِيَّةٍ مَا كَانَ مِنَ الزَّرْعِ يُحْصَدُ بِقَلْعِهِ بَعْدَ بَيْعِ أَرْضِهِ
مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِهِ خْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي ذَلِكَ عَلَى قَوْلَيْنِ :

القول الأول : أَنَّ الزَّرْعَ الَّذِي يُحْصَدُ بِقَلْعِهِ أَوْ الَّذِي يُحْصَدُ مَرَّةً وَاحِدَةً
تَكُونُ مِلْكِيَّتَهُ بَعْدَ بَيْعِ أَرْضِهِ لِلْبَائِعِ ، سِوَاءَ قَدِ كَبُرَ وَنَمَا قَبْلَ بَيْعِ أَصْلِهِ أَمْ لَا
 . وَهَذَا هُوَ قَوْلُ جَمَاهِيرِ الْفُقَهَاءِ ، فَهُوَ الْقَوْلُ الْأَصَحُّ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ ، وَهُوَ
المشهور عند المالكية ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ .

القول الثاني : أَنَّ الزَّرْعَ إِذَا كَانَ قَدِ كَبُرَ وَنَمَا قَبْلَ بَيْعِ الْأَرْضِ فَمِلْكِيَّتَهُ
تَكُونُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِهَا ، وَإِذَا كَانَ لَا يَزَالُ صَغِيرًا لَمْ يَنْمُ بَعْدَ فَمِلْكِيَّتَهُ تَكُونُ
لِلْمَشْتَرِي . وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ خِلَافُ الْأَصْحَاحِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ ^{٤٥} ، وَقَوْلُ عِنْدَ
المالكية مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنِ مَالِكٍ ، وَهُوَ قَوْلُ غَرِيبٍ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ .

أَدْلَةٌ أَصْحَابُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الزَّرْعَ مُتَّصِلٌ بِالْأَرْضِ لِلْفَصْلِ ، فَصَارَ
كَالْمَتَاعِ الْمَوْضُوعِ فِيهَا ، فَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِهَا

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن ما كان يُحصَد من الزروع بقلعه أو الذي يُحصَد مرة واحدة تكون ملكيته للبائع بعد بيع أرضه , سواء كان قد كَبِرَ ونما أو لم يَزَلْ صغيراً .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن الزرع مُستَوَدَع في الأرض ؛ إذ أنه ليس جزءاً منها , فهو كالرِكاز المدفون فيها والقماش , وهذا يشمل الزرع في جميع أطوار نُموه , ويفارق الزرع الصغير الثمرة غير المؤبَّرة , والتي تكون ملكيتها للمشتري بعد بيع أصلها ؛ إذ إن الثمرة غير المؤبَّرة هي جزء من النخلة , وليست مُستَوَدَعَة فيها , بخلاف الزرع الصغير الذي هو ليس جزءاً من الأرض , ولكنه مُستَوَدَع فيها فَحَسَبَ , ولذلك تكون ملكيته للبائع بعد بيع أرضه كالزرع الكبير .

المطلب الثاني : ملكية ما كان من الزرع يُحصَد بقلعه بعد بيع أرضه مع اشتراطه اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على جواز اشتراط مشتري الأرض للزرع الذي فيها , وتكون ملكيته له باشتراطه . دليل هذا القول المتفق عليه قياس اشتراط مشتري الأرض للزرع على اشتراط مشتري النخل للثمرة المؤبَّرة ؛ فكما أن اشتراط مشتري النخل للثمرة جائز , وتكون ملكيتها له باشتراطها , كذلك اشتراط مشتري الأرض للزرع جائز , وتكون ملكيته له باشتراطه .

وقد دل على حكم الأصل المقيس عليه حديث عبدالله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " مَنْ ابْتِئَاعَ نَحْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ سَبْقَ تَخْرِيجِهِ " .
أما اشتراط المشتري لبعض الزرع ففيه خلاف على قولين :

القول الأول : يجوز للمشتري أن يشترط ما شاء من الزرع , سواء اشترط جميعه أو بعضه . وهذا هو ظاهر قول الحنفية , وهو قول أشهب من المالكية , وهو ظاهر قول الشافعية , وهو أيضا ظاهر قول الحنابلة .

القول الثاني : لا يجوز للمشتري أن يشترط بعض الزرع . وهذا هو قول الإمام مالك من رواية ابن القاسم , وهو المذهب عند المالكية .

دليل أصحاب القول الأول يمكن الإستدلال لأصحاب القول الأول بأن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار , وكالقول في مال العبد إذا اشترطَ بعضه

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بجواز اشتراط المشتري ما شاء من الزرع , سواء كان اشتراطه لجميعه أو لبعضه .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن الفقهاء اتفقوا على جواز اشتراط مشتري الأرض للزرع الذي فيها , وأن ملكيته تكون له باشتراطه , وما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه , فيكون للمشتري أن يشترط ما شاء من الزرع , سواء اشترط جميعه أو بعضه , وتكون له ملكية ما اشترط منه .

المبحث الثاني بقاء ما كان من الزرع يُحصَد بقلعه بعد بيع أرضه, وما يجب على البائع بعد القلع. وفيه مطلبان :

المطلب الأول : بقاء ما كان من الزرع يُحصَد بقلعه بعد بيع أرضه .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يجوز للبائع ابقاء ذلك الزرع في الأرض التي باعها , ويلزمه نقله عنها وتفريغ ملك المشتري منه . وهذا قول الحنفية .

القول الثاني : يجوز للبائع ابقاء ذلك الزرع في الأرض التي باعها إلى وقت الحصاد المعتاد . وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة .

أدلة أصحاب القول الثاني أَنَّ مِلْكِيَّةَ البائع للزرع بعد بيع أرضه هو اسْتِحْقَاقٌ يُجَدِّدُ عَلَى أَرْضٍ فِيهَا زَرْعٌ لِلْمُسْتَحِقِّ عَلَيْهِ , فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى تَقْلِهِ قَبْلَ أَوَانِهِ كَالشَّفْعَةِ

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بجواز ابقاء البائع الزرع في الأرض المبيعة إلى وقت الحصاد .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو أن البائع الذي قد بذلَ جُهدًا وكُلْفَةً في حرث الزرع , ثم في سقيه والإعتناء به حتى ينمو يكون في إلزامه بقطعه قبل أوان الحصاد المعتاد إضرارًا كبيرًا به ؛ فهو لن ينتفع به بعد كل ما تكلفه من جهد ؛ وذلك لِتَلَفِهِ , والإضرار بالغير لا يجوز؛ فقد نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الإضرار بقوله : " لا ضرر ولا ضرار سبق تخريجه " .

المطلب الثاني : ما يجب على البائع بعد قلعه زرعه اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على أن بائع الأرض يجب عليه بعد حصاده للزرع الذي فيها تَسْوِيَةٌ ما تَسْبِيَهُ ذلك الحصاد من حُفْرٍ , وعلى أنه يجب عليه أيضا إزالة ما بقي بعد الحصاد من عروق تَضُرُّ بالأرض .

أما الحنفية والمالكية فلم أجد لهم قولاً هنا , ولعله يمكن أن يُسْتَنْبَطَ للحنفية قول هنا , وهو أن البائع يجب عليه بعد حصاد الزرع أن يُسَوِّيَ الأرض , ويُزيل العروق الضارة بها ؛ وذلك قياساً على قولهم في استئجار الأرض للزراعة بوجوب تَسْوِيَةِ الأرض على المستأجر بعد نهاية مدة إيجارها .

ويمكن أن يُسْتَنْبَطَ للمالكية قول هنا , وهو أن البائع يجب عليه بعد حصاد الزرع أن يُسَوِّيَ الأرض , وأن يُزيل العروق الضارة بها ؛ وذلك قياساً على قولهم في إجارة الأرض للزراعة بوجوب تَسْوِيَتِهَا على المُسْتَعِير بعد انتهاء مدة الإجارة .

أدلة هذا القول المتفق عليه قياس الأرض المبيعة التي فيها زرع للبائع قد بَلَغَ وقت الحصاد على الدار المبيعة التي فيها أُمَّنَعَةٌ لبائعها , لا يَتَسَّعُ لها الباب إلا بَهْدَمِهِ وَنَقْضِهِ ؛ فكما أن على البائع ضمان باب الدار المبيعة الذي نَقَضَهُ لإخراج أُمَّنَعَتِهِ منها , فكذلك على بائع الأرض المزروعة ضمان ما يَتَسَبَّبُ به حصاده للزرع الذي بها من تَحْفَرٍ فيها , وبقاء ما يَضُرُّ بها من عروق , وذلك بِتَسْوِيَةِ الحُفْرِ , وإزالة تلك العروق الضارة

الفصل الخامس

مِلْكِيَّة ما يُجَد من الزروع من دون قلعه بعد بيع أصولها , وبقاؤه
وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : مِلْكِيَّة ما يُجَد من الزروع مِراراً بعد بيع أصله وبقاؤه
. وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّة ما يُجَد من الزروع مِراراً بعد بيع أصله .
اختلف الفقهاء فيمن تكون له على قولين :

القول الأول : أن مِلْكِيَّة هذه الزروع تكون للمشتري بعد بيع الأرض .
وهذا هو القول الصحيح عند الحنفية , وهو أحد القولين عند الشافعية ,
وهو ظاهر المذهب عندهم , وهو المذهب عند الحنابلة .

القول الثاني : أن مِلْكِيَّة هذه الزروع تكون للبائع بعد بيع الأرض . وهذا
هو القول الثاني عند الحنفية , وهو القول الثاني عند الشافعية , وهو قول
مُحْتَمَل عند الحنابلة . ولم أجد هنا قولاً للمالكية . والله أعلم .

أدلة أصحاب القول الأول لأن هذه الزروع تُراد للبقاء في الأرض
والثبات والدوام فيها , فَأَشْبَهَتْ بذلك البناء والشجر كالتين والرمان ,
الذي تكون مِلْكِيَّتُهُ للمشتري بعد بيع الأرض

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن مِلْكِيَّة ما يُجَد
من الزروع مِراراً تكون للمشتري بعد بيع الأرض .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن ما يُجَدَّ من الزروع مراراً مع بقاءه بعد جَدِّه قد أشبهه بذلك الشجر كالنخل والتين ، الذي تُجْنَى ثماره مراراً مع بقاءه ، والذي تكون مِلْكِيَّتُهُ للمشتري بعد بيع الأرض ، فكذلك مِلْكِيَّةُ هذه الزروع تكون للمشتري بعد البيع ، وذلك بخلاف الزرع كالبر والشعير الذي يَذْهَبُ بحصاد حبه ، فهو بهذا لا يُرَادُ للبقاء في الأرض ، فكانت مِلْكِيَّتُهُ للبائع بعد بيعها ، بينما هذه الزروع تُرَادُ للبقاء في الأرض ، فهي بذلك كالبناء والشجر ، الذي مِلْكِيَّتُهُما تكون للمشتري بعد بيع أصْلَيْهِمَا . أما مِلْكِيَّةُ جَدَّةِ هذه الزروع فقد اختلف الفقهاء فيمن تكون له على قولين :

القول الأول : أن مِلْكِيَّةَ الجَدَّةِ الظاهرة حين بيع الأرض من هذه الزروع تكون للبائع بعد البيع إلا أن يشترط المشتري ، وما يَحْدُثُ من جَدَّةٍ بعد البيع تكون مِلْكِيَّتُهُ للمشتري . وهذا هو القول الصحيح عند الحنفية ، وهو قول المالكية بناءً على قولهم : إذا بِيَعْتَ هذه الزروع فإن مِلْكِيَّةَ جَدَّتْهَا الظاهرة تكون للبائع بعد البيع ، فكذلك إذا بيعت الأرض تكون مِلْكِيَّةُ جَدَّةِ هذه الزروع للبائع ؛ فالأرض وهذه الزروع كلاهما أصْلَانُ للجَدَّةِ ، وهذا القول هو أحد القولين عند الشافعية ، وهو ظاهر المذهب عندهم ، وهو المذهب عند الحنابلة .

القول الثاني : أن مِلْكِيَّةَ جميع ما يُجَدَّ من هذه الزروع يكون للبائع بعد بيع الأرض ، سواء في ذلك الجَدَّةُ الظاهرة حين البيع أو ما يَحْدُثُ بعد

ذلك . وهذا هو القول الثاني عند الحنفية , وهو القول الثاني عند الشافعية , وهو قول مُحْتَمَل عند الحنابلة

أدلة أصحاب القول الأول لأن هذه الجذّة تُؤخَذ مع بقاء أصلها , فهي كثمر الشجر الذي تكون ملكيّته للبائع بعد بيع أصله **الترجيح الراجح** في هذه المسألة - والله أعلم - هو القول بأن ملكيّة الجذّة الظاهرة حين بيع الأرض من هذه الزروع تكون للبائع بعد البيع إلا أن يشترط المشتري , وما يَحْدُث من جذّة بعد البيع تكون ملكيّته للمشتري . سبب **الترجيح** سبب ترجيح القول الأول هو أن جذّة هذه الزروع التي تُؤخَذ مراراً مع بقاء أصلها قد أُشْبِهت بذلك ثمار الأشجار كالنخل والتين التي تُجْنَى مراراً مع بقاء أصلها , والتي تكون ملكيّة ما ظهر منها حين البيع للبائع بعد بيع الأرض , فكذلك جذّة هذه الزروع ما ظهر منها حين بيع الأرض تكون ملكيّته للبائع , وما يَحْدُث منها بعد ذلك تكون ملكيّته للمشتري .

المطلب الثاني : بقاءه بعد بيع أصله اختلف القائلون بأن ملكيّة هذه الزروع تكون للبائع في جواز أن يبقّيها في الأرض التي باعها , وذلك على قولين :

القول الأول : لا يجوز له أن يبقّيها , بل عليه أن يُفْرِغ الأرض المبيعة منها . وهذا هو قول بعض الحنفية الذين قالوا بملكيّة هذه الزروع للبائع .

القول الثاني : يجوز للبائع أن يُبَيِّعَها في الأرض التي باعها . وهذا هو قول بعض الشافعية , والذين قالوا بِمِلْكِيَّةِ هذه الزروع للبائع , كما تقدم في المطلب السابق , وهذا هو قول مُحْتَمَلٍ عند الحنابلة .

والراجح هو كما تقدم في المطلب السابق القول بأن مِلْكِيَّةِ هذه الزروع تكون للمشتري بعد بيع الأرض , وقد تقدم هناك بيان سببه أيضا . أما بقاء حِدَّتِهِ الظاهرة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يجوز للبائع أن يُبَيِّعَ الجِدَّةَ التي استحق مِلْكِيَّتَهَا إلى حين جذاذها المعتاد , بل عليه قَطْعُهَا في الحال . وهذا هو قول الحنفية , وهو قول المالكية بناء على قولهم : إن بِيَعْتَ هذه الزروع فإن مِلْكِيَّةَ جِدَّتِهَا الظاهرة تكون للبائع , ولا يجوز له تَبَيُّعُهَا إلى أن يبدو صلاحها , وهذا القول هو أحد قولَي الشافعية , وهو المذهب عندهم , وهو قول الحنابلة .

القول الثاني : يجوز للبائع إبقاء الجِدَّةَ التي استحق مِلْكِيَّتَهَا إلى وقت جذاذها المعتاد . وهذا هو القول الثاني عند الشافعية .

دليل أصحاب القول الأول لأن ليس لهذه الزروع حَدٌّ تنتهي إليه , فهي تَطُولُ وتزِيدُ , فَيَسْتَبْتَبِ المبيع بغيره , فوجب قَطْعُ الجِدَّةَ الظاهرة ؛ لأن ما سيظهر بعد البيع من جِدَّةِ تلك الزروع تكون مِلْكِيَّتَهُ للمشتري , فَيَحْتَلِطُ بِالجِدَّةِ التي ظهرت حين البيع لو كانت باقية .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بعدم جواز إبقاء البائع للجِدَّةَ , وأن عليه أن يقطعها في الحال بعد بيع الأرض .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الأول هو أن إبقاء البائع للحِذَّة التي استحقها يؤدي إلى إختلاطها مع ما يستحقه المشتري مما يحدُّث منها بعد بيع الأرض , فلا يتميز حق أحدهما من الآخر , فوجب لذلك قَطْعُها في الحال , بخلاف ما يجوز إبقاؤه إلى وقت جذاذه المعتاد كالشجرة وكالبُئر والشعير ونحوهما من الزروع ؛ إذ أن ذلك لا يؤدي غالبا إلى اختلاط حق البائع بحق المشتري ؛ لأن ذلك يُجَدُّ مرة واحدة في العام .

المبحث الثاني مِلْكِيَّة ما تتكرر ثمرته من الزروع , ومِلْكِيَّة تلك الشجرة , وبقاؤها وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مِلْكِيَّتُهُ ومِلْكِيَّة ثمرته بعد بيع أرضه . اختلف الفقهاء فيمن تكون له مِلْكِيَّتُها , وذلك على قولين :

القول الأول : أن مِلْكِيَّتُها تكون بعد بيع الأرض للبائع . وهذا هو القول الصحيح عند الحنفية , وهو أحد القولين عند الشافعية , وهو قول محتمل عند الحنابلة .

القول الثاني : أن مِلْكِيَّتُها تكون بعد بيع الأرض للمشتري . وهذا هو القول الثاني عند الحنفية , وهو القول الثاني عند الشافعية , وهو ظاهر المذهب عندهم , وهو مذهب الحنابلة

أما المالكية فلم أجد لهم قولاً هنا . والله أعلم .

أدلة أصحاب القول الثاني

لأن ثمرة هذه الزروع لا تُوجد دُفْعَةً واحدة ، خلافا للبر والشعير ، فَصَارَتْ بِالشَّجَرِ أَشْبَهَ فَتكون مِلْكِيَّتْهَا للمشتري بعد بيع الأرض .
الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن مِلْكِيَّةَ ما تتكرر ثمرته من الزروع تكون للمشتري بعد بيع الأرض .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثاني هو أن هذه الزروع تُجْنى ثمرتها مراراً مع بقائها ، فهي بذلك أَشْبَهَتْ الشجر كالنخل والتين الذي تُجْنى ثماره مراراً مع بقائه ، والذي تكون مِلْكِيَّتْهُ للمشتري بعد بيع الأرض ، فكذلك مِلْكِيَّةَ هذه الزروع تكون للمشتري بعد بيع الأرض ، وذلك خلافا للزرع الذي يُحصَد مرة واحدة كالبر والشعير ، فهو يَذْهَبُ بِحصاد حبه ، ولذلك لم يكن مُراداً للبقاء في الأرض ، فكانت مِلْكِيَّتْهُ للبائع بعد بيعها ، بينما هذه الزروع مما يُراد للبقاء في الأرض ، فَأَشْبَهَتْ بذلك الشجر وإن قَصُرَتْ مدة بقائها ، فكانت مِلْكِيَّتْهَا للمشتري بعد بيع الأرض .

أما مِلْكِيَّةَ ثمرة هذه الزروع بعد بيع أرضها فقد اختلف الفقهاء فيمن تكون له على أربعة أقوال
 القول الأول : أن مِلْكِيَّةَ جميع ثمار هذه الزروع تكون للبائع بعد بيع الأرض ، وذلك بناء على أن مِلْكِيَّةَ هذه الزروع تكون له بعد بيع الأرض ، فتكون مِلْكِيَّةَ جميع ثمارها له تَبَعاً لأصلها . وهذا هو القول الصحيح عند الحنفية ، وهو أحد القولين عند الشافعية ، وقول محتمل عند الحنابلة .

القول الثاني : أن مِلْكِيَّةَ ثمرة هذه الزروع تكون للبائع بكل حال بعد بيع الأرض , سواء ظهرت حين البيع أم لم تظهر , وتكون مِلْكِيَّةَ ما يَحْدُث من ثمار بعد البيع للمشتري . وهذا هو القول الثاني للحنفية .

القول الثالث : أن مِلْكِيَّةَ جميع ثمار هذه الزروع تكون للمشتري بعد بيع الأرض , سواء في ذلك الثمرة الظاهرة حين البيع أم غيرها من ثمار هذه الزروع . وهذا هو قول المالكية بناء على قولهم : إذا بِيَعْتَ هذه الزروع فإن مِلْكِيَّةَ ثمرتها الظاهرة تكون للمشتري , فكذلك إذا بِيَعْتَ الأرض تكون مِلْكِيَّةَ هذه الثمرة للمشتري ؛ فالأرض وهذه الزروع كلاهما أصلان لهذه الثمرة .

القول الرابع : أن الثمرة إذا كانت ظاهرة حين بيع الأرض تكون مِلْكِيَّتِهَا للبائع بعد البيع , وإذا لم تكن ظاهرة فتكون مِلْكِيَّتِهَا للمشتري . وهذا القول هو المذهب عند الشافعية والحنابلة .

دليل أصحاب القول الرابع قياس ثمرة هذه الزروع على ثمرة الشجر كالتين والتفاح ؛ فكما أن ثمرة الشجر إن كانت ظاهرة وبارزة تكون مِلْكِيَّتِهَا للبائع بعد بيع أصلها , وإذا لم تظهر ولم تبرز فإن مِلْكِيَّتِهَا تكون للمشتري , فكذلك ثمرة هذه الزروع إذا كانت ظاهرة حين بيع الأرض تكون مِلْكِيَّتِهَا للبائع بعد البيع , وإذا لم تظهر حين البيع فإن مِلْكِيَّتِهَا تكون للمشتري ؛ فهي تُجْنَى مِرَاراً مع بقاء أصلها كثمرة الشجر .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن الثمرة إذا كانت ظاهرة حين بيع الأرض تكون مِلْكِيَّتْهَا للبايع بعد البيع , وإذا لم تكن ظاهرة تكون مِلْكِيَّتْهَا للمشتري .

سبب الترجيح سبب ترجيح القول الرابع هو أن هذه الزروع تُجْنَى ثمرتها مراراً مع بقاء أصلها , فَأَشْبَهَتْ بذلك ثمرة النخيل والتين التي تُجْنَى مع بقاء أصلها , والتي تكون مِلْكِيَّتْهَا إن كانت مُؤَبَّرَةً وظاهرة للبايع بعد بيع أصلها , وإن لم تكن كذلك تكون مِلْكِيَّتْهَا للمشتري , وكذلك مِلْكِيَّةُ ثمرة هذه الزروع إن كانت ظاهرة حين بيع الأرض فإنها تكون للبايع بعد البيع , وإن لم تكن ظاهرة تكون مِلْكِيَّتْهَا للمشتري .

المطلب الثاني : بقاؤه وبقاء ثمرته اختلف القائلون بأن مِلْكِيَّةَ هذه الزروع تكون للبايع في جواز أن يُبْقِيَهَا في الأرض التي باعها , وذلك على قولين :

القول الأول : لا يجوز له أن يبقيها , بل عليه أن يُفْرِغِ الأرض المبيعة منها . وهذا هو القول الصحيح عند الحنفية الذين قالوا منهم بِمِلْكِيَّةِ هذه الزروع للبايع.

القول الثاني : يجوز للبايع أن يُبْقِيَهَا في الأرض التي باعها . وهذا هو قول بعض الشافعية , والذين قالوا بِمِلْكِيَّةِ هذه الزروع للبايع , كما تقدم في المطلب السابق , وهذا هو قول مُحْتَمَلٌ عند الحنابلة.

والراجح كما تقدم في المطلب السابق هو القول بأن مِلْكِيَّةَ هذه الزروع تكون للمشتري بعد بيع الأرض , وقد تقدم هناك بيان سببه أيضا .
أما بقاء ثمرة هذه الزروع فقد اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على عدم جواز ابقاء البائع لثمرة هذه الزروع التي استحق مِلْكِيَّتُهَا بعد بيع الأرض , وعلى أنه يجب عليه أن يقطعها في الحال بعد عقد البيع .
أما المالكية فقد تقدم في المطلب السابق أنهم يقولون : إن بِيَعَتْ هذه الزروع فإن مِلْكِيَّةَ جميع ثمارها للمشتري , فبناء على هذا تكون مِلْكِيَّةَ جميع تلك الثمار للمشتري بعد بيع الأرض ؛ فكل من هذه الزروع والأرض أصلا لتلك الثمار .

دليل هذا القول المتفق عليه لأن ثمار هذه الزروع تزيد , فَيَسْتَبِيحُ المبيع بغيره , وَيَعْسُرُ تمييز ما استحقه البائع من الذي سَيَحْدُثُ منها بعد البيع , والذي تكون مِلْكِيَّتُهُ للمشتري , فوجب على البائع أن يقطعها في الحال بعد البيع .

المبحث الثالث مِلْكِيَّةُ الزَّرْعِ الَّتِي تُقْصَدُ زَهْرَتُهَا بَعْدَ بَيْعِ أَصْلِهَا ,
وَبِقَاوُهَا . وَفِيهِ مَطْلَبَانِ

المطلب الأول : مِلْكِيَّةُ الزَّرْعِ الَّتِي تُقْصَدُ زَهْرَتُهَا وَمِلْكِيَّةُ زَهْرَتُهَا بَعْدَ
بَيْعِ أَصْلِهَا . مِلْكِيَّةُ الزَّرْعِ الَّتِي تُقْصَدُ زَهْرَتُهَا فَقَدْ اِخْتَلَفَ
الْفُقَهَاءُ فَيَمُنُ تَكُونُ لَهُ عَلَى قَوْلَيْنِ :

القول الأول : أَنَّ مِلْكِيَّتَهَا تَكُونُ لِلْمَشْتَرِي بَعْدَ بَيْعِ الْأَرْضِ . وَهَذَا هُوَ
قَوْلُ الْحَنْفِيَّةِ , وَهُوَ قَوْلُ الْمَالِكِيَّةِ , وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيَّةِ , وَهُوَ ظَاهِرُ
الْمَذْهَبِ عِنْدَهُمْ , وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ .

القول الثاني : أَنَّ مِلْكِيَّتَهَا تَكُونُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ الْأَرْضِ . وَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ
الثَّانِي عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ , وَهُوَ قَوْلُ آخَرٍ مُحْتَمَلٌ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ .

أَدْلَةٌ أَصْحَابُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هَذِهِ الزَّرْعُ جُعِلَتْ فِي الْأَرْضِ لِلْبَقَاءِ فِيهَا
, فَهِيَ كَالشَّجَرِ , وَكَأَصُولِ الرَّطْبَةِ , وَكَأَصُولِ الْبَقُولِ
الْتَرَجِيحُ الرَّاجِحُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - الْقَوْلُ بِأَنَّ مِلْكِيَّةَ الزَّرْعِ
الَّتِي تُقْصَدُ زَهْرَتُهَا تَكُونُ لِلْمَشْتَرِي بَعْدَ بَيْعِ الْأَرْضِ .

سَبَبُ التَّرَجِيحِ سَبَبُ تَرَجِيحِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ هُوَ أَنَّ هَذِهِ الزَّرْعُ تُؤْخَذُ
زَهْرَتُهَا مَعَ بَقَائِهَا , فَهِيَ بِذَلِكَ قَدْ أَشْبَهَتْ الشَّجَرَ كَالنَّخْلِ وَالتِّينِ , الَّذِي
تُجْنَى ثَمَرُهُ مِرَاراً مَعَ بَقَائِهِ , وَالَّذِي تَكُونُ مِلْكِيَّتُهُ لِلْمَشْتَرِي بَعْدَ بَيْعِ الْأَرْضِ
, فَكَذَلِكَ مِلْكِيَّةُ هَذِهِ الزَّرْعِ الَّتِي تُقْصَدُ زَهْرَتُهَا تَكُونُ لِلْبَائِعِ بَعْدَ بَيْعِ
الْأَرْضِ , وَذَلِكَ خِلَافاً لِلزَّرْعِ الَّذِي يُحْصَدُ مَرَّةً وَاحِدَةً كَالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ ,

فهو يذهب بحصاد حبه , ولذلك لم يكن مما يُراد للبقاء في الأرض , فكانت ملكيته للبائع بعد بيعها , وبينما هذه الزروع مما يُراد للبقاء في الأرض , فأشبهت بذلك الشجر الذي تكون ملكيته للمشتري بعد بيع الأرض .

ولأن من هذه الزروع ما يبقى في الأرض سنين طويلة , خلافا للزروع كالبر , والذي لا تزيد مدته عن سنة واحدة . أما ملكية زهرة هذه الزروع فقد اختلف الفقهاء فيمن تكون له على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن ملكية زهرة هذه الزروع تكون للبائع بكل حال بعد بيع الأرض , سواء تفتحت وظهرت حين بيع الأرض أم لم تفتح , وتكون ملكية ما يحدث بعد ذلك من زهور للمشتري . وهذا هو قول الحنفية .

القول الثاني : أن الزهرة إذا كانت ظاهرة ومفتحة حين بيع الأرض تكون ملكيتها للبائع بعد البيع , وإذا كانت لم تظهر ولم تفتح حين البيع فإن ملكيتها تكون للمشتري . وهذا هو قول المالكية , وهو أحد القولين عند الشافعية , وهو المذهب عندهم , وهو المذهب عند الحنابلة .

القول الثالث : أن ملكية جميع زهور هذه الزروع تكون للبائع بعد بيع الأرض , وذلك بناء على أن ملكية هذه الزروع تكون له بعد بيع الأرض , فتكون ملكية جميع أزهارها له تبعا لأصلها . وهذا هو القول الثاني عند الشافعية , وهو قول مُحتمَل عند الحنابلة .

دليل أصحاب القول الثالث دليل أصحاب القول الثالث هو دليل أصحاب القول الثاني المتقدم في بيان ملكية الزروع التي تُقصد زهرتها ، فما استدلوا به هناك على أن ملكية تلك الزروع تكون للبائع بعد بيع الأرض هو يشمل قولهم : أن ملكية جميع أزهارها تكون له بعد بيع الأرض ؛ فملكية الزهور تتبع ملكية أصلها ، وقد نوقش ذلك الدليل في موضعه .

الترجيح الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - القول بأن الزهرة إذا كانت ظاهرة ومتفتحة حين بيع الأرض تكون ملكيتها للبائع بعد البيع ، وإذا كانت لم تظهر ولم تفتح حين البيع فإن ملكيتها تكون للمشتري . سبب الترجيح سبب ترجيح القول الثالث هو أن زهرة هذه الزروع تُقطف مراراً مع بقاء أصلها ، فهي بذلك أشبهت ثمرة النخل والتين ، التي تُحنى مع بقاء أصلها ، والتي تكون ملكيتها إن كانت مؤبّرة وظاهرة للبائع بعد بيع أصلها ، وإن لم تكن مؤبّرة وظاهرة فإن ملكيتها تكون للمشتري ، فكذلك ملكية زهرة هذه الزروع إن كانت ظاهرة ومتفتحة حين بيع الأرض تكون للبائع بعد البيع ، وإن لم تظهر وتفتح فإن ملكيتها تكون للمشتري .

المطلب الثاني : بقاء زهرتها بعد بيع أصلها إتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على عدم جواز أبقاء البائع لزهرة هذه الزروع التي

استحق مِلْكِيَّتْهَا بعد بيع الأرض , وعلى أنه يجب عليه أن يقطعها في الحال بعد عقد البيع . أما المالكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة . والله أعلم .
دليل هذا القول المتفق عليه لأن هذه الزهور تزيد , فَيَشْتَبِه المبيع بغيره , وَيَعْسُرُ تمييز ما استحقه البائع منها من ما سَيَحْدُث بعد البيع , والذي تكون مِلْكِيَّتْهُ للمشتري , فوجب على البائع أن يقطعها في الحال بعد البيع .

الفصل السادس

العقود التي تُلحق بالبيع فيما يتعلق بِمِلْكِيَّةِ ما أُبر

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : العقود التي تُلحق بالبيع في أن ما أُبرَ للبائع . اتفق

الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على إلحاق عقود أخرى بالبيع في أن مِلْكِيَّةِ ما أُبرَ تكون لمن انتقل عنه الأصل , وأن مِلْكِيَّةِ ما لم يُؤبَّر تكون لمن انتقل إليه الأصل , وسيأتي بيان ذلك فيما بعد .

أما الحنفية فلا يشملهم البحث في هذا الفصل ؛ لأنهم يقولون بأن مِلْكِيَّةِ الثمار بعد بيع أصلها تكون للبائع بكل حال , سواء كانت مُؤبَّرة أم لم تكن مُؤبَّرة , وقد تقدم ذلك في الفصل الأول .

أولاً : العقود التي ألحقها فقهاء المالكية بالبيع : ألحق المالكية بالبيع عدداً من العقود , وهي الهبة والصدقة والشفعة , فإذا وهبَ نخل مُؤبَّر فإن مِلْكِيَّةِ ثماره تكون للواهب , وكذلك الحال في الصدقة فإن مِلْكِيَّةِ , أما الرد بالعيب فقد ألحقوا ذلك بالبيع , وهذا الإلحاق حَسَبَ وقت إطلاع المشتري على العيب , فإن إطلعَ على العيب في النخل بعد أن أُبرَ الثمار فإن مِلْكِيَّتِها تكون له بعد رد أصلها , وإن كان إطلاعُه على العيب قبل تأبيرها ولم يجزها فإن مِلْكِيَّتِها تكون للبائع الذي يُردُّ إليه أصلها المعيب أما رجوع البائع في عين ماله - النخل - إن أفلسَ المشتري ففي إلحاق

ذلك بالبيع خلاف على قولين , القول بالإلحاق هو خلاف المشهور عندهم, والقول الثاني هو عدم الإلحاق , وذلك بأن تكون ملكية الثمار بكل حال للبائع الذي استرجع أصلها ما لم يجزها المشتري قبل إفلاسه.

ثانيا : العقود التي ألحقها فقهاء الشافعية بالبيع : ألحق فقهاء الشافعية بالبيع كثيرا من العقود , وهي : عقود معاوضة على وجه المراضاة, ففي هذه العقود تكون الثمرة المؤبّرة لمن انتقل عنه الأصل , وتكون ملكية الثمرة غير المؤبّرة لمن انتقل إليه الأصل . أما العقود الأخرى فقد اختلف فقهاء الشافعية في إلحاقها بالبيع , وهي كما يلي :

- 1 - عقود معاوضة على غير وجه المراضاة , فالأصح عند الشافعية إلحاق هذه الحالة بالبيع , وذلك خلافا لمن جعل ملكية الثمرة غير المؤبّرة للمشتري الذي انتقل عنه الأصل ؛ لجواز إفراد العقد عليها كالمؤبّرة , وكذلك الحال في رد مشتري النخل له بسبب عيب فيه , وكذا الحال في الأخذ بالشفعة , وأما بيع النخل المرهون الذي أثمر من بعد الرهن وقد حلّ وقت الوفاء بالدين والراهن لم يُوفّ به ففي إلحاق هذه الحالة بالبيع الخلاف أيضا على وجهين , الأصح عندهم إلحاقها بالبيع ؛ , أما رهن النخل المثمر ففي إلحاقه بالبيع وجهان عندهم , أصحهما عدم الإلحاق , وذلك بأن تكون ملكية الثمار بكل حال للراهن , ولا تدخل في الرهن .
- 2 - عقود على وجه المراضاة , وليست معاوضات , كالهبة والوصية , ففي إلحاقهما بالبيع خلاف بين الشافعية , وذلك على وجهين .

3 - عقود على غير وجه المراضاة ، كرجوع الوالد في هبته لولده ، فالصحيح عند الشافعية عدم إلحاق هذه الحالة بالبيع

ثالثا : العقود التي أَلْحَقَهَا فقهاء الحنابلة بالبيع : الحق الحنابلة بالبيع كثيرا من العقود ، وهي : عقود معاوضة كالصداق والخُلْع وأن يكون النخل عَوْضًا في إجارة أو صلح ، فتكون مِلْكِيَّة الثمار إذا كانت مُؤَبَّرَةً للزوج في الصداق ، وتكون مِلْكِيَّتَهَا للزوجة في الخُلْع ، وتكون لِِدافع العوض في الإجارة وفي الصلح ، وأما إذا لم تكن مُؤَبَّرَةً فَإِنَّ مِلْكِيَّتَهَا للزوجة في الصداق ، وتكون للزوج في الخُلْع ، وتكون لِأخذ العوض في الإجارة أو في الصلح. وقد أَلْحَقُوا بالبيع أيضا الهبة والرهن وقد اختلفوا في إلحاق الأخذ بالشفعة بالبيع ، والذي عليه المذهب أنه يُلْحَقُ بِهِ ، وأما الفسوخ ففي إلحاق كل ذلك بالبيع خلاف بين فقهاء الحنابلة ، وذلك على ثلاثة أوجه ، الوجه الأول : أن تلك العقود تُلْحَقُ بالبيع الوجه الثاني : أن هذه العقود لا تُلْحَقُ بالبيع ، الوجه الثالث : أن تلك العقود لا تُلْحَقُ بالبيع ، وذلك بأن تكون مِلْكِيَّة الثمار بكل حال لمن انتقل عنه الأصل ؛ لأن الثمرة زيادة منفصلة ولو لم تُؤَبَّر .

الترجيح الراجح في هذا المبحث - والله أعلم - أن ما يُلْحَقُ من البيع من العقود في أن ما أُبْرَ من الثمار تكون مِلْكِيَّتَهُ لمن انتقل عنه الأصل ، وأن ما لم يُؤَبَّر تكون مِلْكِيَّتَهُ لمن انتقل إليه الأصل : عقود المعاوضات كأن يكون

النخل عَوْضاً في إجارة , وكذلك ما جرى مَجْرَى المعاوضات كالصداق والخُلْع , وأيضا فسخ العقود التي دخل فيها عَوْض سبب الترجيح سبب الترجيح هو أن عقود المعاوضات وما جرى مجراها قد اشتملت على عوض , فشابهت البيع في ذلك , فتلحق به , وكذلك فسخ العقود , فالذي أُبْرَ الثمار ثم انتقل عنه الأصل بسبب عقد اشتمل على عوض فإنه قد بذلَ جُهْداً وكُلْفَةً في تأبير الثمرة وسقيها , فاستحق مِلْكِيَّتَهَا كبائع أصلها , وأما النخل المرهون هو عوض للدين الذي لم يُوقَى , فَشَابَهُ البيع , أما جعل النخل عوضاً في إجارة فيُلْحَقَ بالبيع , وأما بيع الرهن فهو كسائر البيوع , وأما الشفعة فهي كالبيع أيضا ؛ فمُسْتَحِقُّهَا كان أولى بشراء أصول الثمار من الأجنبي

المبحث الثاني : العقود التي لا تُلْحَقُ بالبيع في أن ما أُبْرَ للبائع

أولاً : العقود التي لم يُلْحَقْهَا فقهاء المالكية بالبيع : لم يُلْحَقْ فقهاء المالكية الرهن بالبيع , , وكذلك النخل المبيع الذي حَدَثَ فيه ثمر ثم انتقل من المشتري إلى مُسْتَحِقِّ الشفعة , لم يُلْحَقْهُ بالبيع , وأما رجوع البائع في عين ماله ففي عدم إلحاقه بالبيع خلاف على قولين , فالمشهور منهما عدم الإلحاق , وذلك بأن تكون مِلْكِيَّةَ الثمار بكل حال للبائع الذي انتقل إليه الأصل المُسْتَرْجَعُ ما لم يكن المشتري قد جَدَّها قبل إفلاسه.

ثانياً : العقود التي لم يُلْحَقْهَا فقهاء الشافعية بالبيع : اتفق فقهاء الشافعية على عدم إلحاق رجوع نصف الصداق إلى الزوج بسبب الطلاق قبل

الدخول بالبيع إن حَدَّثت الثمار النخل قبل الطلاق , وذلك بأن تكون مِلْكِيَّة الثمار بكل حال للزوجة وقد اختلفوا في عدم إلحاق عددا من العقود , وهي كما يلي :

1 - عقود معاوضة على غير وَجْه المُرَاضاة , , فالقول بعدم الإلحاق هو خلاف الأصح عندهم , وذلك بأن تكون مِلْكِيَّة الثمار بكل حال للمشتري الذي انتقل عنه الأصل, وكذا الحال في رد مشتري النخل له بسبب عَيْب فيه , وكذا الحال في الأخذ بالشفعة, وأما بيع النخل المرهون الذي أثمر من بعد الرهن وقد حَلَّ وقت الوفاء بالدين والراهن لم يُوفَّ به ففي عدم إلحاق هذه الحالة بالبيع وجهان, فالقول بعدم الإلحاق هو خلاف الأصح عندهم , وذلك بأن تكون مِلْكِيَّة الثمرة بكل حال للراهن الذي انتقل عنه الأصل.

2 - عقود على وجه المُرَاضاة , وليست معاوضات , كالهبة والوصية , ففي عدم إلحاقهما بالبيع وجهان

3 - عقود على غير وجه المُرَاضاة , كرجوع الوالد في هِبَتِه لولده , فالصحيح عند الشافعية عدم إلحاق هذه الحالة بالبيع , وذلك بأن تكون مِلْكِيَّة الثمار بكل حال للولد الذي انتقل عنه الأصل المُسْتَرْجَع منه

ثالثا : العقود التي لم يُلْحَقْهَا فقهاء الحنابلة بالبيع :اتفق فقهاء الحنابلة على عدم إلحاق الوصية والوقف بالبيع , وذلك بأن تكون مِلْكِيَّة الثمار بكل حال للموصى له أو الموقوف عليه

وقد اختلفوا في عدم إلحاق الشفعة بالبيع , والقول بعدم الإلحاق هو خلاف ما عليه المذهب , وذلك بأن تكون ملكية الثمار بكل حال لمُستحق الشفعة

وأما فسخ العقود ففي عدم إلحاق كل ذلك بالبيع خلاف بين فقهاء الحنابلة , وذلك على ثلاثة أوجه , اثنين منها أن هذه العقود لا تُلحق بالبيع , فأحدهما القول بأن تكون ملكية الثمار لمن انتقل إليه الأصل بكل أما في الوجه الثاني القول بأنها تكون ملكية الثمار بكل حال لمن انتقل عنه الأصل.

الترجيح الراجح في هذا المبحث - والله أعلم - أن العقود التي لا تُلحق بالبيع في أن ما أُبرَّ تكون ملكيته لمن انتقل عنه الأصل , وأن ما لم يُؤبَّر تكون لمن انتقل إليه الأصل هي : عقود التبرعات كالهبة والوصية والوقف , وكذلك رجوع الوالد في هبته لولده , وإنما تكون ملكية ثمار الأصل المُنتقل بهذه العقود حسب ما يجري به العرف والعادة فيما بين الناس في ذلك , وبحسب دلالة القرينة أثناء العقد .

سبب الترجيح سبب الترجيح هو أن هذه العقود لا تشتمل على العوض بأي حال , ففارقت بذلك البيع , فلم تُلحق به , ولأن من انتقل عنه الأصل قد أعطاه بسخاء نفس وإقدام على المعروف والخير , فدل ذلك على عدم رغبته بتملك الثمرة ولو بذل في تأبيرها جهداً وكلفة.

الفصل السابع

ثبوت الخيار المتعلق بالجهل بِمِلْكِيَّةِ الثَّمَارِ الْمُؤَبَّرَةِ أَوْ الزَّرْعِ وَبِالْجَهْلِ
بوجودها بعد العقد على أصولها .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : ثبوت الخيار لمن جهل بِمِلْكِيَّةِ الثَّمَارِ الْمُؤَبَّرَةِ أَوْ الزَّرْعِ
بعد العقد على أصولها . وفيه مطلبان :

المطلب الأول: ثبوت الخيار لمن جهل بِمِلْكِيَّةِ الثَّمَارِ أَوْ الزَّرْعِ بعد
العقد على أصولها إذا صدقه العاقد الآخر وفيه مسألتان :

المسألة الأولى: إذا ترك العاقد الآخر الثمار أو الزرع التي تملكها
بموجب العقد بينهما له . لم أجد في مراجع المذاهب الأربعة نصا
على هذه المسألة ما عدى مراجع الحنابلة , فقد نصوا على أن
الخيار لا يثبت للمشتري أن تَرَكَ البائع الثمار المؤبَّرة أو الزرع له .
دليل هذا القول لان البائع زاد المشتري خيرا بتركه الثمار المؤبَّرة أو الزرع
, فَلَزِمَهُ قبول ذلك ؛ لان في قبوله تصحيح العقد.

المسألة الثانية : إذا لم يترك العاقد الآخر الثمار أو الزرع التي تملكها
بموجب العقد بينهما له لم أجد في مراجع المذاهب الأربعة نصا على هذه

المسألة ما عدى مراجع الحنابلة , فقد نصوا على ثبوت الخيار للمشتري أن لم يترك البائع الثمار أو الزرع له.

أدلة هذا القول لأن المشتري إنما رضي ببذل ماله عوضاً عن الأرض والشجر بما فيهما من ثمر وزرع , فإذا بان له خلاف ذلك ينبغي أن يثبت له الخيار , كالمشتري للمعيب يظنه صحيحاً.

المطلب الثاني : ثبوت الخيار لمن جهل بملكيّة الثمار أو الزروع بعد العقد على أصولها إذا كذّبه العاقد الآخر لم أجد في مراجع المذاهب الأربعة نصاً على هذه المسألة ما عدى مراجع الحنابلة , فقد نصوا على أن القول الذي يجب عليه تصديقه وقبوله هو قول المشتري إذا كان مثله يجهل بملكيّة الثمار المؤبّرة والزروع بعد بيع أصليهما ؛ لكونه عامياً , وإن كان مثله يعلم ذلك لم يقبل قوله , وقيل وصدّق قول البائع في تكذيبه للمشتري في ادعائه بجهل ملكيّة الثمار المؤبّرة والزروع بعد بيع أصليهما **دليل هذا القول** لأن ملكيّة الثمار المؤبّرة والزروع بعد بيع أصليهما مما يجهله كثير من الناس , فيقبل قوله في ذلك إلا أن يكون مما يعلمه مثله , فلا يقبل قوله ؛ لأن الظاهر أنه لا يجهله:

المبحث الثاني يثبت الخيار لمن جهل بوجود ما يُفَوِّت عليه منفعة ما
انتقل إليه عاما كاملا . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : ثبوت الخيار لمن جهل بوجود ما يُفَوِّت عليه منفعة ما
انتقل إليه عاما كاملا إذا صدقه العاقد الآخر وفيه أربع مسائل:
المسألة الأولى: إذا ترك العاقد الآخر الثمار أو الزروع التي تملكها
بموجب العقد بينهما له . اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على
أن الخيار لا يثبت للمشتري إذا ترك البائع الثمار المؤبّرة أو
الزروع له .

أما الحنفية والمالكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة , ويمكن أن يُسْتَنْبَط
للحنفية قول فيها , وهو أن الخيار في هذه الحالة لا يثبت للمشتري ؛ وذلك
قياسا على قولهم : أن العيب إن زال عن المبيع لم يَجُزْ للمشتري أن يرده
على البائع ؛ ففي هذه الحالة قد زال العيب بترك البائع الثمار والزروع
للمشتري .

وأما المالكية فكذا يمكن أن يُسْتَنْبَط لهم قول في هذه المسألة , وهو أن
الخيار في هذه الحالة لا يثبت للمشتري ؛ وذلك قياسا على قولهم : أن
العيب إذا زال لم يَجُزْ للمشتري أن يرده ففي هذه الحالة قد زال العيب
بترك البائع الثمار والزروع للمشتري .

دليل هذا القول المتفق عليه لأن البائع زاد المشتري خيرا بترك الثمار المؤبّرة أو الزرع له ، فسَقَطَ خياره ، وَكَزِمَهُ قبوله لهذا البيع ؛ لأن الأصل صحة العقد وكُزِمَهُ

المسألة الثانية : إذا نقل العاقد الآخر عنه الزرع أو البذر المفوت له منفعة الأصل المنتقل إليه عاما كاملا اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على أن الخيار لا يثبت للمشتري إذا تَقَلَّ البائع عن الأرض المبيعة ما يُفَوِّتُ عليه منفعتها عاما كاملا من زرع وبذر ، وذلك إن أمكَّنه النقل وتَفَرَّغَ الأرض في زمن يسير ، ولم يؤدي ذلك إلى تَفَوِّتِ منافعها على المشتري ، ولا إلى الإضرار بها .

أما الحنفية والمالكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة ، ويمكن أن يُسْتَنْبَطَ للحنفية قول فيها ، وهو أن الخيار لا يثبت للمشتري في هذه الحالة ؛ وذلك قياساً على قولهم : إذا زال العيب في المبيع فلا يجوز للمشتري أن يرده على البائع ؛ وفي هذه الحالة قد زال العيب بنقل البائع للزرع أو البذر عن الأرض المبيعة .

وأما المالكية فيمكن كذلك أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول في هذه المسألة ، وهو أن الخيار لا يثبت للمشتري في هذه الحالة ؛ وذلك قياساً على قولهم : أن العيب إذا زال عن المبيع فلا يجوز للمشتري أن يرده على البائع ؛ ففي هذه الحالة قد زال العيب بنقل البائع للزرع أو البذر عن الأرض المبيعة .

دليل هذا القول المتفق عليه لأن البائع أزال عن المشتري العيب الذي يضر
بمنفعة الأرض بنقله للزرع منها , فَسَقَطَ خياره , وَلَزِمَهُ قبوله لهذا البيع ؛
لأن الأصل صحة العقد ولُزِمَهُ .

المسألة الثالثة : إذا قطع ما يُفَوَّت عليه منفعة الشجر عاما كاملا اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على ثبوت الخيار للمشتري ولو قَطَعَ البائع عنه الثمار التي تُفَوَّت عليه منفعة الشجر عاما كاملا .

أما الحنفية والمالكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة ، ولعله يمكن أن يُسْتَبَطَّ للحنفية قول فيها ، وهو ثبوت الخيار للمشتري في هذه الحالة لِوُجُود العيب وَعَدَم زَوَالِهِ ؛ وذلك قياساً على قولهم : أن الخيار يثبت لمن اشترى أرضاً أو نخلاً وليس له شاربٌ تُسْقَى منه وهو يَجْهَل ذلك ؛ ففي هذه الحالة المشتري جاهل بما يُفَوَّت عليه منفعة المبيع عاما كاملا وإن قَطَعَ البائع عنه الثمر المُؤَبَّر والمُفَوَّت عليه منفعة الشجر ؛ فالجاهل بعدم وجود ما تُسْقَى منه الأرض أو النخل كالجاهل بوجود ما يُفَوَّت المنفعة ؛ فكلاهما جاهل بعيب في المبيع .

أما المالكية فيمكن أن يُسْتَبَطَّ لهم قول في هذه المسألة أيضا ، وهو ثبوت الخيار للمشتري في هذه الحالة لِوُجُود العيب وَعَدَم زَوَالِهِ ؛ وذلك قياساً على قولهم : أن الخيار يثبت لمن اشترى أرضاً فيها بئر وهو جاهل بذلك ، والبئر تكون مُلْكِيَّتُهَا بعد بيع الأرض للبائع ؛ ففي هذه الحالة المشتري جاهل بما يُفَوَّت عليه منفعة ما اشتراه عاما كاملا وإن قَطَعَ البائع عنه الثمر المُؤَبَّر والمُفَوَّت عليه منفعة الشجر ؛ فهو كمن اشترى أرضاً فيها بئر فأتت منفعتها عليه ، فكلاهما جاهل بعيب في ما اشتراه .

دليل هذا القول المتفق عليه لأن ثمرة العام تفتوت على المشتري , سواء قطعها البائع عنه أم لم يقطعها , فلا يزول الضرر بذلك , فلا يسقط الخيار به .

المسألة الرابعة : إذا لم يفعل العاقد الآخر شيئا مما سبق ذكره اتفق الفقهاء من الشافعية والحنابلة على ثبوت الخيار للمشتري بسبب جهله بوجود ما يُفوت عليه منفعة ما انتقل إليه عاما كاملا .

أما الحنفية والمالكية فلم أجد لهم قولاً في هذه المسألة , ولعله يمكن أن يُسْتَنْبَطَ للحنفية قول فيها , وهو ثبوت الخيار للمشتري في هذه الحالة ؛ وذلك قياساً على قولهم : أن الخيار يثبت لمن اشترى أرضاً أو نخلاً وليس له شارب تُسقى منه وهو يجهل ذلك ؛ ففي هذه الحالة المشتري جاهل بما يُفوت عليه منفعة المبيع عاما كاملا ؛ فالجهل بعدم وجود ما تُسقى منه الأرض أو النخل كالجهل بوجود ما يُفوت المنفعة ؛ فكلاهما جهل بعيب في المبيع .

أما المالكية فيمكن أن يُسْتَنْبَطَ لهم قول في هذه المسألة أيضاً , وهو ثبوت الخيار للمشتري في هذه الحالة ؛ وذلك قياساً على قولهم : أن الخيار يثبت لمن اشترى أرضاً فيها بئر وهو جاهل بذلك , والبئر تكون مِلْكِيَّتْهَا بعد بيع الأرض للبائع ؛ ففي هذه الحالة المشتري جاهل بما يُفوت عليه منفعة ما اشتراه عاما كاملا , وكذلك هذا الذي يجهل وجوده يجعل البائع يدخل عليه لسقي ما يملكه من زرع أو ثمر مُؤَبَّر , وربما يكره ذلك

المشتري ؛ فذلك كدخول البائع في الأرض المبيعة التي فيها بئر له لينتفع بها ، والتي قد فأتت منفعتها على المشتري ؛ فكلاهما جاهل بالعيب فيما اشتراه .

أدلة هذا القول المتفق عليه لأن ما جهل المشتري وجوده يُفوّت عليه منفعة الشجر أو الأرض عاما كاملا ، فذلك عيب يثبت الخيار به
المطلب الثاني : ثبوت الخيار لمن جهل بوجود ما يُفوّت عليه منفعة ما انتقل إليه عاما كاملا إذا كذّب العاقد الآخر لم أجد في مراجع المذاهب الأربعة نصا يتعلق بذلك ، ولكن يمكن أن يُستنبط للحنفية قول هنا ، وهو أن على القاضي أن يصدق المشتري في ادعائه بأنه كان يجهل بوجود الثمار المؤبّرة والزرور ؛ وذلك قياسا على قولهم : إذا ادعى البائع رؤية المشتري للمبيع الذي به العيب وأنه رضي بذلك واشتراه والمشتري يُنكر كل ذلك فالمُصدّق منهما هو المشتري ؛ فالثمار المؤبّرة والزرور هي عيب يُفوّت على المشتري منفعة ما اشتراه عاما كاملا .

ويمكن كذلك أن يُستنبط للمالكية قول هنا ، وهو أن على القاضي أن يصدق المشتري ؛ وذلك قياسا على قولهم : إذا ادعى البائع أن المشتري قد رأى المبيع الذي فيه عيب والمشتري يُنكر ذلك فالمُصدّق منهما هو المشتري ؛ فالثمار المؤبّرة والزرور هي عيب يُفوّت على المشتري منفعة ما اشتراه عاما كاملا .

ويمكن أن يُسْتَنْبَطَ للشافعية قول هنا أيضا , وهو أن القاضي يجب عليه أن يصدق المشتري ؛ وذلك قياسا على قولهم : إن ادعى البائع أن المشتري كان يَعْلَمُ بوجود العيب في المبيع والمشتري يُنْكِرُ ذلك فعلى القاضي أن يُصَدِّقَ المشتري ؛ فالثمار المؤبَّرة والزرورع هي عيب يُفَوِّتُ على المشتري منفعة ما اشتراه عاما كاملا .

ويمكن أن يُسْتَنْبَطَ للحنابلة قول هنا أيضا , وهو أن القاضي يجب عليه أن يصدق المشتري ؛ وذلك قياسا على قولهم : إن ادعى البائع أن المشتري كان يَعْلَمُ بالعيب في المبيع ثم اشتراه وهو راض به والمشتري يُنْكِرُ ذلك كله فالمُصَدِّقُ منهما هو المشتري ؛ فالثمار المؤبَّرة والزرورع هي عيب يُفَوِّتُ على المشتري منفعة ما اشتراه عاما كاملا .

دليل هذا القول المُسْتَنْبَطُ لأن رؤية المشتري للمبيع الذي به عيب والعلم بعيبه هي من العوارض , والأصل عَدَمُ ذلك .

تم التلخيص بحمد الله تعالى

وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وفي الختام:

نسأل الله أن تعالى أن يكون هذا العمل قد
تحقق فيه النفع المرجوا منه ، كما نسأله سبحانه أن
يجزي القائمين - من فريق إعداد ومتابعة وطباعة
 وإشراف وأمانة الجمعية وكل من أسهم فيه - خيراً
 وأن يرزقهم سعادة الدنيا والآخرة وأن يجعلهم مباركين
 في كل شؤونهم.

(إن ربنا سميع قريب مجيب)

إخوانكم لجنة ملخصات الأبحاث القضائية.

للتواصل مع اللجنة:

- جوال / +966569770077

- البريد الإلكتروني:

Asag770077@gmail.com