

دولة ليبيا

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الجامعة الأسمرية الإسلامية

كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية

قسم الدراسات الإسلامية - الدراسات العليا

## أحكام القبض في العقود الشرعية

" بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات نيل الإجازة العالية (الماجستير) في الدراسات الإسلامية "

إعداد الطالبة: عائشة عبد الله هلال دعوب.

إشراف: أ.د. فرج علي الفقيه حسين.

العام الجامعي: 1441 / 1442 هـ

الموافق: 2020 / 2021 م



التاريخ : / / 14م  
الموافق : / / 20م

### قرار لجنة مناقشة رسالة الإجازة العالية (( الماجستير ))

عملاً بقرار السيد/ رئيس الجامعة الأسمرية رقم «550» لسنة 2021م، الصادر في يوم/ الثلاثاء، الموافق:  
2021/06/15م، القاضي بتشكيل لجنة لمناقشة رسالة علمية للحصول على درجة الإجازة العالية "الماجستير" في تخصص/  
الدراسات الإسلامية، والمقدمة من طالبة الدراسات العليا/ عائشة عبد الله هلال دعوب، بكلية اللغة العربية والدراسات  
الإسلامية، وعنوانها: « أحكام القبض في العقود الشرعية » .

وتتكون لجنة المناقشة من الأساتذة الأفاضل :

- |                          |                          |              |
|--------------------------|--------------------------|--------------|
| 1- د. فرج علي الفقيه     | جامعة المرقب             | مشرفا ومقررا |
| 2- د. أحمد عثمان المجدوب | الجامعة الأسمرية         | عضوا داخليا  |
| 3- د. الطاهر علي الشاوش  | الأكاديمية الليبية مصرات | عضوا خارجيا  |

عقدت اللجنة جلسة علنية على تمام الساعة العاشرة صباحاً من يوم السبت، الموافق: 2021/09/11م، بمسرح كلية اللغة العربية والدراسات  
الإسلامية لمناقشة الرسالة وتقويم مستواها العلمي، والمنهج الذي اتبعته الباحثة، والمصادر التي استخدمتها في دراستها، وقررت ما يلي:

1. إجازتها دون ملاحظات  بتقدير: 8.7 ..... ونسبة ..... %.
2. إجازتها بملاحظات  وتمنح الطالبة فرصة للتعديل والأخذ بالملاحظات خلال / ..... من تاريخ المناقشة.
3. عدم إجازتها  وتمنح الطالبة فرصة أخرى للمناقشة خلال / ..... أشهر

توقعات أعضاء لجنة المناقشة:

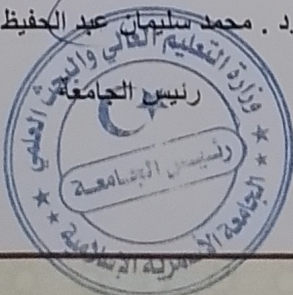
- |                          |                          |              |
|--------------------------|--------------------------|--------------|
| 1. د. فرج علي الفقيه     | جامعة المرقب             | مشرفا ومقررا |
| 2. د. أحمد عثمان المجدوب | الجامعة الأسمرية         | عضوا داخليا  |
| 3. د. الطاهر علي الشاوش  | الأكاديمية الليبية مصرات | عضوا خارجيا  |

توقعات أعضاء اللجنة بعد التعديل والأخذ بالملاحظات: / / 2021 م:

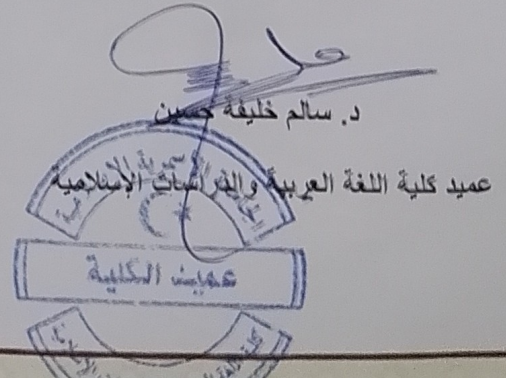
- |                          |                          |              |
|--------------------------|--------------------------|--------------|
| 1. د. فرج علي الفقيه     | جامعة المرقب             | مشرفا ومقررا |
| 2. د. أحمد عثمان المجدوب | الجامعة الأسمرية         | عضوا داخليا  |
| 3. د. الطاهر علي الشاوش  | الأكاديمية الليبية مصرات | عضوا خارجيا  |

يعتمد

د. محمد سليمان عبد الحفيظ



د. سالم خليفة حسين



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً ﴾

(البقرة: 282)

## شكر وامتنان

الحمد لله حمدا كثيرا مباركا، منزل الرحمات وواهب النعم، والأمر بالشكر في محكم آياته: ﴿بَلِ اللَّهِ فَاغْبُذْ وَكُنْ مِنَ الشَّاكِرِينَ﴾ (الزمر: 63)، والصلاة والسلام على من بعث رحمة للعالمين وأنار سبيل العابرين لرب العالمين والمبلغ عن ربه وجوب الشكر لصانعيه، القائل: "أخبرني جبريل عليه السلام أنه إذا كان يوم القيامة جمع الله الأولين و الآخرين يقول الله لعبده : عبدي هل شكرت فلانا على ما كان منه إليك فيقول : لا يا رب شكرتك لأن النعمة كانت منك قال : فيقول الله : ما شكرتني إذ لم تشكر من أديت لك النعمة على يديه"<sup>1</sup>، وقال ﷺ أيضا: " الإيمان نصفان نصف في الصبر و نصف في الشكر"<sup>2</sup>.

فالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور: "**فرج علي الفقيه**" على قبوله الإشراف على الرسالة، وعلى ما بذله من نصح وإرشاد، فجزاه الله كل خير وأطال عمره وبارك عمله.

وإنه لمن العرفان أن أتوجه بخالص شكري للأستاذ الدكتور "**كمال الدين قاري**" والذي شهد باكورة إنجاز هذا البحث وأشرف على بداياته، غير أن إرادة الله حالت وإتمام مشوار البحث برفقته فجزاه الله على ما قدم عظيم الجزاء ورفعته في الدارين ونفع به.

ويبقى شكري متواضعا عاجزا مهما بلغ مداه إذا ما زف لأسرتي الكريمة، التي مدتني بكل عون استطاعته ودفعت بي لكل خير، وحالت دوني ودون الإحباط والفشل في أحيين كثيرة؛ فذلت لي الصعاب، وهونت لي الجسام، حتى صار كثيرا مما رأيت مستحيلا ممكنا بفضل وجودهم وعطائهم، فجزاؤهم حمل لا طاقة لي به، ومكافأة فضلهم مما يشق رومه ويصعب تحصيله، فأدعو الله في علاه أن يثيبهم ويجزيهم عني خير الجزاء، وأن

<sup>1</sup> شعب الإيمان، البيهقي، 388/11، باب: رد السلام، حديث رقم (8715).

<sup>2</sup> شعب الإيمان، البيهقي، 192/12، باب: في الصبر على المصائب، حديث رقم (9264).



يمن عليهم بكل خير ويرزقهم من كل فضل وأن يحفظهم جميعا من كل أذى وشر وبيبارك لهم فيما رزقهم في الدارين، وإني لأسأله سؤال الموقن بالإجابة وأرجوه رجاء المنكسر وأتذلل له تذلل المنيب، أن يغفر لمن ملأت جوانحي محبتهم وتهللت روعي شوقا إليهم وقد شاء بحكمته العظيمة أن يفارقوا دربنا الدنيوي من أفراد أسرتي الكريمة غفرانا عظيما، ويرحمهم رحمة واسعة وأن يسكنهم ديار المرضيين في جواره الكريم، وأن يزجهم عني من عظيم رحمته وفضله فجزاؤهم لا أرومه وحقهم لا قدرة لي على رده، وإنه وحده ولي ذلك والقادر عليه.

ولعلي أتدارك قصور شكري لعائلتي إذا ما عنيت شقيقي "**مصطفى**" - حفظه الله ورعاه - بشكر خاص وامتنان عميق على ما غمرني به من فضل وما أثرني به من معروف دون تمنن منه أو توان، فأسأل الله العظيم أن يرفع درجته وبيبارك له فيما رزقه ويجزيه عني خير الجزاء في الدنيا والآخرة.

وشكري موصول لأساتذتي ومعلمي في الجامعة الأسمرية وفي كل مراحل تعليمي على ما منحوني إياه من علم وأدب فجزاهم الله عني وافر الجزاء، ورحم الأموات منهم وامتع أحيائهم بالصحة والعافية، ولا يفوتني أن أشكر كل من مد لي يد العون وسهل أمامي سبل الوصول للعلم ووسائل بناء هذه الرسالة وإتمامها، في مكتب الدراسات العليا بالجامعة الأسمرية ومكتبة الجامعة.

إلى كل من سبق أوجه خالص شكري وتقديري وثنائي فإن من أثنى عليك بما فعلت كمن جزى، وقد جلت أفضالكم عن جزائي وشكري، فتولى الله مكافأتكم عن عجزتي، بعد جهدي، بما هو أرفع له وأقدر عليه بمنه ورأفته.

وليسَ الشكرُ بعدَ الجودِ إلا ❖❖❖❖❖❖❖ ❖❖❖❖❖❖❖ ❖❖❖❖❖❖❖ أسيرَ الجودِ مِنْ قَبْلِ السُّؤالِ

\* وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين \*

## المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ﷺ، ورضي الله عن صحابته وآله الذين استجابوا لدعوته وبلغوا تشريعه و عملوا بسنته.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾، (الأحزاب: 70-71).

أما بعد:

فقد شرع الله لعباده التبادل والتداول للأموال والسلع بما يخدم مصالحهم وييسر عليهم الضرب في الأرض وإعمارها، وأحاطهم بأحكام وضوابط تصونهم عن الحرام وتضمن لهم الكسب الحلال، فيكونوا بذلك أهلا للخلافة في الأرض ما تمسكوا بها وطبقوها في معاملاتهم، ولما كان الشرع الإسلامي شاملا لكل مناحي الحياة، صالحا لكل الأزمنة والأماكن، مستوفيا لكل حادث وطارئ في تعاملات البشر، فقد واكب كل معاملاتهم وتغيرها الدائم وتشابكها المعقد، فحفظ حقوقهم وأموالهم وجنبهم الجمود والتأخر بما منحهم من مرونة نابعة من أصوله السماوية الثابتة على مر الأزمان.

وقد ظهر ذلك واضحا جليا في الجانب الاقتصادي والذي يعد بحق من أهم العوامل والمحركات للتطور السريع في عالمنا اليوم، فقد قامت عليه عديد النظريات والفلسفات التي اضطربت وتصادمت بقدر فاق كثيرا ما حقته من منافع ومصالح للبشرية، فجاء الإسلام بشموليته وعظم أفكاره مقدما منها متكاملا قويا عادلا، حائلا دون طغيان أرباب المال وزبانيته واستغلالهم لغيرهم من ذوي الحاجات، ولقد اجتهد أهل العلم والدين من هذه الأمة المباركة فتصدوا لكل جديد ومستحدث وأبانوا رأي الشرع فيه وموقفه منه، منطلقين من ثوابت القرآن الكريم والسنة الشريفة، فأنشأوا دستورا ضم قواعد تبين أحكام كل حديث وجديد؛ ولأن المعاملات في الشريعة الإسلامية أساسها الإباحة والإطلاق، فقد نالت قدرا واسعا من هذه القواعد والضوابط حتى لا يُستغل إطلاقها ويُتمادي بإباحتها، فتصير جورا وظلما، وكان القبض وهو مقصد المتعاقدين وغايتها من أهم ما يدرس في هذا الباب، حتى تستبين أحكامه وتنجلي، وتُنزل على الحوادث والمعاملات التقليدية والمستحدثة.

## أهمية البحث:

في ظل التسارع الذي ميز عصرنا الحاضر يبرز دور تحقق العقود ولزوم آثارها، حتى لا تختلط الحقوق وتتشابك الأملاك، ويصعب الفصل فيها، والقبض باعتباره أحد آثار العقد ونواتجه يحقق ثباتا في الملك ووضوحا في العقد، وبالأخص في السلع والأثمان التي اشترط لها القبض.

ولعل خير دال على ذلك: أهمية الوقت وتأثيره على قيمة التداولات والمبيعات، فنجد أن الدقائق بل والثواني المعدودة تزيد وتنقص من قيمة هذه التداولات، وهو ما أظهر قيمة القبض وأهمية دراسة أحكامه ومدى ارتباطه بالعقود، ومدى تحققه في كل عقد حتى يسهل إيصال كل حق لصاحبه وفقا للشريعة الإسلامية، دون ضرر ولا ضرار، وحتى تتضح الآثار المترتبة على القبض والمتعلقة بكل طرف من أطراف العقد.

## أهداف الدراسة:

سعت لإبراز جملة من الأهداف لعل أبرزها:

- تحقيق معني القبض لغة واصطلاحا والخروج بتعريف جامع مانع له، وبيان شروطه وأنواعه التي يتحقق بها وتفريعاته التي أقرها الفقهاء له.
- تحديد العلاقة بين القبض والعقد وجعل القبض معيارا لتصنيف العقود حيث قسمت وفقا لمكانة القبض منها.
- دراسة وتبيان الآثار المترتبة علي تحقق القبض في العقود كانتقال الضمان والتسلط على المقبوض وبذل العوض له.
- تتبع القبض ومدى تحققه وصوره في المعاملات المالية المعاصرة والمنتشرة بكثرة وبالأخص في الظروف المالية في الوقت الراهن.
- توضيح وإبراز المرونة العالية والمنبثقة من القواعد السماوية الأصيلة التي حواها هذا الدين الحنيف وذلك من خلال تعدد طرق القبض وصوره بتعدد الأعراف والأزمان والأحوال.

## إشكالية البحث وفرضيته:

تنحصر إشكالية البحث في عملية التقابض التي تتم بها المعاملات المالية ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية والتي يمكن صوغها في تساؤلين:

- ما الآثار المترتبة على القبض كتصرف شرعي فعلي؟

- هل تتفق صور القبض في المعاملات المالية المعاصرة وأحكام الشريعة الإسلامية.  
وقد تم دراسة هذه الإشكالية وتبيانها من خلال الفرضية التي تنص على أن " القبض  
تصرف شرعي فعلي ليس ماديا أو قوليا فقط بل يجب أن يتحقق بالتسلم والتسليم"

### أسباب اختيار الموضوع:

1- شمول الشريعة الإسلامية ودقتها في مجالات الحياة عامة وفي مجال الأموال خاصة  
كان من أهم الأسباب الباعثة على اختيار الموضوع ودراسته، فالدارس لفقهاء المعاملات  
يندهش مما يحويه الفقه الإسلامي من اهتمام وعناية بالأموال والحرص على تنقيتها من  
الكسب الخبيث، حتى لم يترك عقدا من العقود إلا وأبان حكم الشرع فيه وفيما يترتب عنه،  
وكان القبض أحد ما ترتب عن العقود والتي هي جوهر المعاملات ومحط اهتمام العديد من  
الفقهاء الذين صنفوا لها المصنفات وقعدوا لها النظريات والقواعد، فأردت أن أنهل من هذا  
المعين لعلني أصيب الفوز في الدارين.

2- انتشار المعاملات المبنية على السرعة في إنشاء العقود، وتحقق آثارها مما يحتم على  
المسلم أن يلم بقدر المستطاع بأحكام دينه في هذه المسائل، ويقدم ما ألمه وجمعه في دراسة  
مجموعة لعلها تفيد غيره من المسلمين ومن هو أفقه منه، فرب مبلغ أوعى من سامع.

3- الوضع المالي لبلادنا وما رافقه من انتشار للتعامل بالشيك، واستعماله مع غيره من  
وسائل الدفع كالبطاقات وغيرها باعتبارها بديلا للنقد، زادني حرصا على الإحاطة  
بموضوع هذه الدراسة.

4- حاولت قدر المستطاع جمع العديد من الدراسات المتفرقة في هذا الباب، وشرح موجزها  
وإبانة غامضها، ويعد هذا الفن من أهم فنون التأليف والدراسة.

### الجهود السابقة:

1- القبض وأثره في العقود، لمنصور عبد اللطيف منصور صوص (رسالة ماجستير)،  
إشراف: جمال أحمد زيد الكيلاني، جامعة النجاح الوطنية - كلية التعليم العالي، حيث تناول  
فيها الباحث القبض وعلاقته بالعقد، واستوفى دراسته غير أنه مال إلى الإيجاز في كثير من  
المسائل وبالأخص في باب المعاملات المعاصرة.

2- التقابض في الفقه الإسلامي، لعلاء الدين عبد الرزاق الجنكو، جمع فيه أحكام القبض في  
الفقه الإسلامي عموما، وربطها بالمعاملات المعاصرة ولم يركز دراسته على القبض من  
خلال العقد فقط، فكانت جامعة وإن تميزت بالاختصار في كل الأبواب، ولم أتمكن من  
الحصول عليها إلا بعد قطعي أشواط في إعداد البحث.



3- قاعدة التقابض في العقود المالية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، مراد بالعباس، (أطروحة دكتوراة)، خص الباحث العقود المالية مثل البيع والصرف دون سائر العقود الأخرى، فدرسها وفقا لقاعدة التقابض.

4- عدد من البحوث التي قدمت لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته السادسة بجدة للعام 1410هـ، حيث درس كل باحث جزءا من موضوع القبض بشكل مختصر يليق بالمؤتمرات وطرق العرض خلالها.

### منهج البحث:

1- اعتمدت في بحثي على المنهج الوصفي التحليلي إضافة إلى المنهج الاستدلالي والاستنتاجي، وذلك بعرض الآراء الفقهية المعتمدة في موضوع البحث، بحيث يتم وصف المسألة وتصويرها والنص على رأي الفقهاء فيها إن كانت محل اتفاق بينهم وإلا فيتم تحرير محل الخلاف من خلال عرض آراء كل الأطراف ونسبتها لأصحابها مع الاستدلال لكل قول في الكثير من المسائل ومن ثم الموازنة والترجيح بين آراء الفقهاء ما استطعت، معتمدة على توفيق من الله - عز وجل - وعلى ما أوتيت من فهم وحصيلة علمية.

2- عزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها في القرآن الكريم بذكر السورة ورقم الآية جاء ملحقا بالآية داخل متن البحث.

3- خرجت الأحاديث النبوية من الصحيحين ما أمكنني ذلك، فإن لم يتوفر ذلك خرجتها من كتب السنة الأخرى.

4- اعتمدت في دراستي على أمات الكتب في التفسير والحديث والفقه ومعاجم اللغة وكتب الاقتصاد والمعاملات المعاصرة.

5- قسمت البحث إلى مسائل وفروع، ثم تعرضت لها بالدراسة والتوضيح، وسقت الأدلة ووجوه الاستدلال، وأحيانا كنت أسوق النصوص الفقهية زيادة في البيان والإثبات.

6- اقتصر في البحث على المذاهب الفقهية الأربعة في الغالب، وأحيانا كنت أشير إلى الظاهرية وآراء بعض الصحابة متى ارتأيت ضرورة لذلك.

7- حاولت الترجيح بين آراء الفقهاء ما استطعت، معتمدة على توفيق من الله - عز وجل - وعلى ما أوتيت من فهم وحصيلة علمية.

8- استعنت بالكتب والمواقع الفقهية والاقتصادية المعاصرة لشرح وتبيين المعاملات المعاصرة وطرق القبض فيها.

- 9- ترجمت لبعض الأعلام فور ورود العلم لأول مرة.
- 10- شرحت بعض الألفاظ في الحواشي والتي رأيت في شرحها وتوضيحها زيادة في الإبانة ووسيلة للتوضيح بل والترجيح أحيانا، معتمدة في ذلك على المعاجم الفقهية واللغوية.
- 11- حاولت الربط بين القبض في العقود الشرعية والمعاملات المعاصرة.
- 12- أردفت البحث بثبت للمصادر والمراجع.
- 13- أنشأت فهرس للآيات القرآنية والأحاديث النبوية.
- 14- فهرست في آخر البحث لكل مواضيع البحث وتفرعاته، رغبة في تسهيل الوصول لمفردات البحث.

### **خطة البحث:**

اقتضت الدراسة أن تكون خطة البحث كالآتي:

المقدمة: وذكرت فيها أهمية البحث، وأسباب الاختيار، والجهود السابقة، ومنهج البحث.

## **الفصل التمهيدي: ماهية القبض والعقد، وجاء فيه:**

**المبحث الأول:** ماهية القبض

المطلب الأول: القبض لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف

المطلب الثالث: مشروعية القبض

**المبحث الثاني:** ماهية العقد

المطلب الأول: العقد لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف

المطلب الثالث: الوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء

**المبحث الثالث:** أركان القبض والعقد

المطلب الأول: أركان القبض

الفرع الأول: القابض

الفرع الثاني: المقبض

الفرع الثالث: المقبوض

المطلب الثاني: أركان العقد

الفرع الأول: صيغة العقد

الفرع الثاني: العاقد

الفرع الثالث: محل العقد

## **الباب الأول: أحكام القبض**

### **الفصل الأول: شروط صحة القبض**

**المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمتقبضين**

المطلب الأول: صدور القبض من أهله

المطلب الثاني: صدور القبض ممن له ولاية

المطلب الثالث: الإذن

**المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمقبوض**

المطلب الأول: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق غيره

المطلب الثاني: ألا يكون المقبوض حصة شائعة

المطلب الثالث: أن يكون المقبوض محلاً للقبض

المطلب الرابع: أن يكون المقبوض مفصولاً متميزاً

### **الفصل الثاني: أقسام القبض وصوره**

**المبحث الأول: أقسام القبض**

المطلب الأول: القبض الحقيقي

المطلب الثاني: القبض الحكمي

**المبحث الثاني: صور القبض**

المطلب الأول: أن يكون الشيء المستحق بيد مالكة

المطلب الثاني: أن يكون الشيء المستحق في يد مستحقه

## **الباب الثاني: اشتراط القبض في العقود وآثاره**

**الفصل الأول: اشتراط القبض في العقود**

**المبحث الأول: العقود التي يشترط القبض في صحتها**

المطلب الأول: الصرف

المطلب الثاني: الأموال الربوية

المطلب الثالث: السلم

المطلب الرابع: الإجارة

المطلب الخامس: المضاربة

المطلب السادس: المزارعة

المطلب السابع: المساقاة

**المبحث الثاني: العقود التي يشترط القبض في لزومها**

المطلب الأول: الرهن

المطلب الثاني: الهبة

المطلب الثالث: القرض

المطلب الرابع: الوقف

**المبحث الثالث: العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية**

المطلب الأول: الإعارة

المطلب الثاني: القرض

المطلب الثالث: الوقف

المطلب الرابع: الهبة



## الفصل الثاني: آثار القبض في العقود

المبحث الأول: انتقال الضمان إلى القابض.

المطلب الأول: الضمان في عقد البيع

المطلب الثاني: الضمان في عقد الإجارة

المطلب الثالث: ضمان العارية

المطلب الرابع: ضمان المرهون

المطلب الخامس: ضمان المهر

المطلب السادس: ضمان القرض

المطلب السابع: ضمان الوكالة

المبحث الثاني: تسلط القابض على التصرف في المقبوض.

المطلب الأول: التصرف في المبيع قبل القبض

المطلب الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بغير البيع قبل قبضها

المبحث الثالث: وجوب بدل العوض للمقبوض منه.

المطلب الأول: وجوب بدل العوض في البيع

المطلب الثاني: وجوب بدل العوض في الإجارة

المطلب الثالث: وجوب بدل العوض في عقد الزواج

## الفصل الثالث: صور من البيوع المعاصرة وأثر القبض فيها

المبحث الأول: البطاقات الائتمانية

المطلب الأول: ماهية البطاقات الائتمانية

المطلب الثاني: أنواع البطاقات الائتمانية

المطلب الثالث: أطراف البطاقة الائتمانية، وآلية عملها

المطلب الرابع: أحكام القبض في بطاقات الائتمان

**المبحث الثاني: الشيك**

المطلب الأول: ماهية الشيك

المطلب الثاني: أنواع الشيكات

المطلب الثالث: أحكام قبض وصرف الشيك

**المبحث الثالث: التحويلات المصرفية**

المطلب الأول: ماهية التحويلات المصرفية

المطلب الثاني: التوصيف الفقهي للحوالات المصرفية

المطلب الثالث: أحكام القبض في الحوالات المصرفية

**المبحث الرابع: الاعتماد المستندي**

المطلب الأول: ماهية الاعتماد المستندي

المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية

المطلب الثالث: التكيف الفقهي للاعتماد المستندي

المطلب الرابع: أحكام القبض في الاعتمادات المستندية

**- الخاتمة**

وختاماً، هذا ما منّ علي به العليم الحكيم، فما كان من صواب فمن الله، وما كان من خطأ أو نسيان أو تقصير فمن نفسي ومن الشيطان، وإني لأرجو أن أكون قد قدمت ما يليق بعلم الشريعة الحكيمة، وما ينفع القارئ الكريم، وأن يكون عملي المنجز وبضاعتي المزجاة قد أشبعت ولو اليسير من نهم المتعلمين ومرام العارفين، فإني قد " رأيت ألا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو كان كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر"<sup>1</sup>. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأفضل التسليم وأزكى الصلوات على نبي الرحمة والمتمم لمكارم الأخلاق.

<sup>1</sup> عبارة كتبها القاضي الفاضل عبد الرحيم البياني الى العماد الأصفهاني معتذراً عن كلام استدركه عليه ، بنظر: كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مصطفى بن عبدالله الرومي الحنفي، 17/1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413 - 1992.

## **الفصل التمهيدي: ماهية القبض والعقد**

**المبحث الأول: ماهية القبض**

**المطلب الأول: القبض لغة واصطلاحاً**

**المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف**

**المطلب الثالث: مشروعية القبض**

**المبحث الثاني: ماهية العقد**

**المطلب الأول: العقد لغة واصطلاحاً**

**المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف**

**المطلب الثالث: الوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء**

**المبحث الثالث: أركان القبض والعقد**

**المطلب الأول: أركان القبض**

**أولاً: القابض**

**ثانياً: المقبض**

**ثالثاً: المقبوض**

**المطلب الثاني: أركان العقد**

**أولاً: صيغة العقد**

**ثانياً: العاقد**

**ثالثاً: محل العقد**

## **المبحث الأول: ماهية القبض**

### **المطلب الأول: القبض لغة واصطلاحاً**

### **المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف**

### **المطلب الثالث: مشروعية القبض**





والإشمئزاز، قال رسول الله ﷺ: " فاطمة بضعة مني، يقبضني ما يقبضها "1، أي: أكره ما تكرهه.

وقبض الرجل ما بين عينيه، أي زواه. وانقبض الرجل على نفسه ضاق بالحياة فاعتزل، وانقبض عن الشيء: اشمأز، وانقبض عن القوم: أي هجرهم.

ومن اشتقاقات القبض شائعة الاستعمال. لفظ " تقابض " يقال: تقابض المتبايعان: أي قبض البائع الثمن والمشتري السلعة، أي بمعنى: أخذ البائع الثمن، والمشتري السلعة.

وعليه فإن لفظ القبض باستعمالاته المختلفة واشتقاقاته العديدة، يُفصح عن معانٍ مركزة في كل من: الأخذ، وقبول المتاع، والإمساك، والقدرة على الشيء والتمكن منه مما يجعله خالصاً، مالكا صاحبه زمام أمره، وهذه المعاني هي معانٍ استعملها العرب في كلامهم، وجاء القرآن الكريم مؤكداً لها، ثم استقرت استعمالاتها في أبواب الفقه المختلفة بترتيب يتجانس ويتوافق مع معاني كل باب.

---

1 الجامع الصحيح، البخاري، كتاب: فضائل الصحابة، باب: مناقب قرابة رسول الله ﷺ، 3/1361، حديث رقم (3510)، تح: مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، (1407 – 1987).

## الفرع الثاني: القبض اصطلاحاً:

رغم تأكيد الشرع الحكيم على أهمية القبض وضرورة إلزام المتعاقدين به، إلا أنه لم ينص على تعريف محدد له، ينضبط به في سائر أصناف المعاملات من سلع وأثمان، وإنما ترك تحديده للعرف والعادة، مما يحقق المرونة المرجوة، التي امتاز بها الإسلام عن كافة الشرائع.

ولذا فقد تعددت تعاريف القبض عند الفقهاء تعدداً موافقاً لتعدد الأعراف والأحوال ونوع الأموال المتبادلة، والآتي عرض موجز لهذا التعدد:

### أولاً: الأحناف<sup>1</sup>:

ورأوا أن القبض والتسليم هما التخلية والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري، برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلماً للمبيع، والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع؛ لأن التسليم في اللغة عبارة عن جعل الشيء سالماً خالصاً، يقال: سلم فلان لفلان أي: خلص له، قال تبارك وتعالى: ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾، (الزمر: 29).

أي سالماً خالصاً لا يشاركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري، أي: خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليمياً من البائع، والتخلي قبضاً من المشتري.

فيقع القبض عندهم بوقوع التخلية بين المبيع والمشتري؛ لأن معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة وحقيقة.

### ثانياً: المالكية:

ورأوا أن القبض في كل شيء بحسبه، فما يحتاج للكيل أو الوزن أو العد فقبضه لا يتم إلا بكيه، أو وزنه، أو عده، وتسليمه للمشتري وتفريغه في أو عيته، لقوله ﷺ: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، 244/5، دار الكتاب العربي، بيروت، 1989.  
<sup>2</sup> صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، 1159/3، حديث رقم (1525)، تج: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.

ويتحقق القبض في غير المكيل وما يباع جزافا بتحويله من مكانه، عن ابن عمر<sup>1</sup> - رضي الله عنهما - قال: "كنا نشترى الطعام جزافا فنهاننا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه"<sup>2</sup>.

ومالا يقبل التحويل كالعقار أو الثمار على رؤوس الأشجار يكون قبضه بتمكين المشتري من التصرف فيه، والقبض في بقية الأشياء يحدده العرف ويصفه<sup>3</sup>. فهو في المجمل "حيازة الشيء والتمكن منه، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن"<sup>4</sup>، فالمرجع في صورته "تحكم فيه العادة فأما في العقار فتكفي التخلية وكذلك فيما بيع على الجزاف وما سوى ذلك فعلى حسب العادة فيه"<sup>5</sup>، "ومعنى التخلية: التمكين من القبض والتصرف وإنزاله منزلته..... وأنزله في منزلته، ومعناه مكنه من قبضه وحوزه إياه"<sup>6</sup>.

### ثالثا: الشافعية:

والرجوع في القبض عندهم يكون للعرف "فما لم ينقل كالأرض والثمرة فقبضه التخلية، مع تسليم مفتاح الدار، وتفرغها من متاع،... وما ينقل فبالنقل له، فإن حول المبيع من مكانه للبايع بإذن فهو قبض وإلا فلا...."<sup>7</sup>، ويقسمون القبض في مجمله إلى ثلاثة أنواع<sup>8</sup>:

- فقبض العقار والثمر على الشجر يكون بالتخلية.

- وما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب ونحوها، فقبضه إلى مكان لا اختصاص للبايع به، سواء نقل إلى ملك المشتري أم إلى غيره.

- وما يتناول باليد كالدراهم، والدنانير، والمناديل، وغيرها فيكون قبضها بالتناول والإمسك.

فقولهم قبضت الدار والأرض المتاع، يفهم منه الاستيلاء والتمكين من التصرف.

### رابعا: الحنابلة<sup>9</sup>:

وعندهم أيضا قبض كل شيء بحسبه، فما كان مكيلا أو موزونا فقبضه بكيله أو وزنه.

<sup>1</sup> ابن عمر: (10 ق. هـ - 73 هـ) عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي القرشي العدوي، أمه زينب بنت مطعون بن حبيب الجمحية، أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم، أكثر من الرواية عن الرسول ﷺ وله في كتب الحديث 2630 حديثا، ( ينظر الأعلام، 246/4، صفوة الصفوة، جمال الدين الجوزي، 393/1، دار المعرفة بيروت، ط3، 1405 هـ).

<sup>2</sup> صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، 1160/3، حديث رقم(1527).

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد الدسوقي، 159/5، تج: محمد عليش، دار الفكر، بيروت.

<sup>4</sup> القوانين الفقهية، ابن جزوي، 326.

<sup>5</sup> التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري، 477/4، دار الفكر، بيروت، 1398 هـ.

<sup>6</sup> أسهل المدارك، أبو بكر بن حسن الكشناوي، 221/2، 222، ط2، دار الفكر، بيروت - لبنان.

<sup>7</sup> أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، 85/2، تج: محمد تامر، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت - 1422 هـ.

<sup>8</sup> المهذب مع شرحه المجموع، النووي، 275/9-276، دار الفكر.

<sup>9</sup> المغني، ابن قدامة الأندلسي، 200/8-201، دار الفكر، بيروت، ط1، 1405 هـ.



وروي عن الإمام أحمد: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضاً له كالعقار، وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد، وإن كان ثياباً فقبضها نقلها، وإن كان حيواناً فقبضه تمشيطه من مكانه، وإن كان مما لا ينقل ولا يحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه بلا حائل دونه.

وبناء على ما مضى يتأكد أن ليس للقبض تعريف موحد لدى الفقهاء، وإنما ترك تحديده إلى العرف، مما جعل وجهات نظر الفقهاء وآرائهم تتعدد و تتغاير تبعاً لتعدد وتغاير الأعراف والأزمان، والأشياء المقبوضة وطبيعتها، غير أن هذا التعدد يدور في حقيقته حول معنى حيازة الشيء والتمكن منه سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أو لم يكن، وسواء أكان القبض حقيقة أو حكماً: فحقيقة يكون بوضع اليد على الشيء كأخذه وتسليمه، وحكماً: بالتخلية بينه القابض فيصير في حكم المقبوض، " فقبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل في حوزة القابض، يتحقق اعتباراً أو حكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسياً، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها"<sup>1</sup>.

ولعل من أكثر التعريفات الحديثة الموافقة لتعريفات الفقهاء القدامى للقبض، والجامعة في الوقت ذاته لكل ما يتحقق ويحصل به، هو تعريف القبض بأنه: " عبارة عن كون الشيء في حيز القابض من كل وجه"<sup>2</sup>، وهذا ما يشير إلى الاستيلاء على الشيء المقبوض دون حصر الاستيلاء في طرق بعينها؛ تماشياً مع تبدل الأعراف والأزمان وما يتبع ذلك من استحداث لمعاملات وأساليب.

والناظر إلى معاني القبض اللغوية والاصطلاحية يتبدى له أن بينهما عموم وخصوص؛ فالقبض يستعمل لغةً لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكف - وهو معناه الاصطلاحي - ويستعمل أيضاً لمعان أخرى، فكان كل قبض بالمعنى الاصطلاحي قبضاً بالمعنى اللغوي ولا عكس، إذ الأخص يستلزم دائماً معنى الأعم ولا عكس<sup>3</sup>.

وعليه فإن ما سبق كان توطئة ومحاولة لحصر معنى القبض ومفهومه، وقد حوت هذه التوطئة العديد من المفردات والعناصر التي ستكون محل بحث تفصيلي معنا في القادم - إن شاء الله -، وما كان عرضها بهذا الشكل السريع إلا مدخلاً وباباً لمسائل أكثر دقة وأوسع اجتهاداً.

<sup>1</sup> قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي. الدورة 18 عام 1428هـ، اعداد جميل أبو سارة، 81/1.

<sup>2</sup> الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد بن زيد الأبياني، 242/2، ط4، 1393 هـ.

<sup>3</sup> قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، القبض الحقيقي والحكمي، نزيه حماد 536/6، دار القلم، دمشق.

## اتجاهات الفقهاء في تعريف القبض وطرقه:

لأن " العبادات إذن والمعاملات طلق " كان لابد لصحة العبادات وقبولها من إذن الشارع بها وبكيفيةها، أما المعاملات فلا يشترط لصحتها سوى عدم ورود النص بحظرها، والأصل في العقود والمعاملات الصحة والإباحة ما لم يبق دليل على البطلان أو التحريم، ولما كان القبض فرعاً من فروع المعاملات فإن فسحة الاجتهاد فيه كانت رحبة فوسعت اجتهاد العلماء، وانتجت تصورات عدة للطرق التي يتم بها القبض ويمكن تعريفه من خلالها. ويمكن أن تصنف إجمالاً في اتجاهين<sup>1</sup>:

**الاتجاه الأول<sup>2</sup>:** وهو مذهب الأحناف ورواية للحنابلة، الذين رأوا ألا اختلاف في طرق القبض مهما اختلف نوع المعقود عليه، لأن القبض يعني التخلية في كل مقبوض.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالآتي:

- ما جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - حيث قال: " كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: بعنيه، قال: هو لك يا رسول الله، قال لرسول الله ﷺ: بعنيه، فباعه من رسول الله، فقال النبي ﷺ: هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت"<sup>3</sup>.

فالأوضح من الحديث أن الجمل من المنقولات إلا أنه قبض ودخل في ذمة النبي ﷺ بمجرد انعقاد الإيجاب والقبول، مع توفر التخلية التي تمكن المشتري من قبض المتاع وهو حجة في البيع الذي يتم بالعقد دون نقل المعقود عليه، وهذا ما احتج به المالكية والحنفية من أن القبض في جميع الأشياء بالتخلية، وهو ما فهمه البخاري أيضاً من أن القبض يقع بالتخلية في المنقول وفي غيره<sup>4</sup>.

- وقد جاء عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أنه قال: "كنت مع النبي ﷺ في غزاة فأبطأ بي جملي وأعيا فأتى علي النبي ﷺ فقال: جابر. فقلت: نعم، قال: ما شأنك؟، قلت: أبطأ على جملي وأعيا فتخلفت، فنزل يحجنه بمحجنه ثم قال: اركب، فركبت.....، ثم قال: أتبيع جملك، قلت: نعم فاشتراه مني بأوقية، ثم قدم رسول الله ﷺ قبلي وقدمت بالغداة فجئنا إلى المسجد فوجدته على باب المسجد، قال: الآن قدمت، قلت: نعم، قال: فدع جملك فادخل فصل ركعتين، فدخلت فصليت فأمر بلالا أن يزن لي أوقية فوزن لي بلال فأرجح في الميزان"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 407/6.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 246/5، المغني، 126/4.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا، 745/2، الحديث رقم (2009).

<sup>4</sup> فتح الباري، الحافظ بن حجر، 393/4، دار المعرفة - بيروت، 1379 هـ.

<sup>5</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب شراء الدواب والحمير، 739/2، حديث رقم (1991).

ومن الحديثين السابقين نلاحظ أن البخاري قد فهم أن القبض هو التخلية في المنقول وغيره<sup>1</sup>.  
- ومن الآثار ما جاء عن عائشة- رضي الله عنها - من حديث الهجرة، وفيه: " أن أبابكر- رضي الله عنه - قال: يا رسول الله إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج فخذ إحداهما، قال: قد أخذتها بالثمن "<sup>2</sup>.

ووجه الاستدلال به: أن قوله: (أخذتها) لم يكن أخذاً باليد، ولا بحيازة شخصها، وإنما كان التزاماً منه لا بتبائعها بالثمن، وإخراجها من ملك أبي بكر وهو ما يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد، وهو ما فهم من قوله ﷺ: (قد أخذتها بالثمن) فهو لم يقبضها، بل أبقاها عند أبي بكر<sup>3</sup>.

- ما روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: " كنا نبيع الإبل بالنقيع، كنا نبيع بالذهب ونقضي الورق، ونبيع بالورق، ونقضي الذهب، فسألت النبي ﷺ عن ذلك فقال: لا بأس إذا كان بسعر يومه، إذا تفرقتما وليس بينكما شيء "<sup>4</sup>.

وهذا ما يدل على أن القبض هو التخلية، والتمكين من القبض، وليس النقل الفعلي، حيث إن ابن عمر - رضي الله عنهما - كان يشتري من بائعه الذهب المستقر في ذمته بالفضة مع أن بائعه لم يستلم بعد ذهبه الذي كان ثمناً لإبله، فهذا دليل على أن القبض هو التخلية والتمكين، وليس النقل الفعلي، ولكن العملية الثانية لما كانت من الربويات اشترط الرسول ﷺ القبض الفوري في المحليين<sup>5</sup>.

**الاتجاه الثاني:** ويرى أصحابه - في العموم - التفرقة بين المنقول وغيره، فعند الشافعية المرجع هو التفرقة بين كون الشيء منقولاً أو غير منقول، فالمنقول يتم قبضه بالنقل وفي غيره بالتخلية<sup>6</sup>.

أما الحنابلة فقد رأوا في رواية أخرى اعتماد أساس آخر وهو كون الشيء مكيلاً أو موزوناً أو غير ذلك، فما كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه بكيله أو وزنه، وما كان غيرهما فيكون قبضه بالتخلية<sup>7</sup>.

ولأصحاب هذا الاتجاه أدلتهم وهي كالاتي:

---

<sup>1</sup> فتح الباري، 393/4  
<sup>2</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض، 751/2، حديث رقم (2031).  
<sup>3</sup> فتح الباري، 412/4  
<sup>4</sup> أخرجه الحاكم، 50/2، كتاب البيوع برقم (2285) سنن أبي داود، 225/3، حديث رقم (3356).  
<sup>5</sup> القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، علي محيي الدين القره داغي، 566/6.  
<sup>6</sup> المجموع، النووي، 395/9، دار الفكر، بيروت، 1997م.  
<sup>7</sup> المغنى، ابن قدامة المقدسي، 125/4.

## الأدلة من السنة:

- ما رواه عثمان - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال له: "إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فاكتل"<sup>1</sup>.

- ما روى عن النبي ﷺ: " أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى في الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري"<sup>2</sup>.

- ما ورد من أحاديث تدل على أن القبض فيما يباع جزافاً لا يكون إلا بالتحويل ومنها:

ما جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: "كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله"<sup>3</sup>.

- ما رواه الحاكم بسنده عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ: " أنه نهى أن تُباع السلع حيث تشتري حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحله، وإن كان لبيعت رجلاً فيضربونا على ذلك"<sup>4</sup>.

- ما يُلاحظ من العرف مما تعارف عليه أهل التجارة خاصة، وما استقرت عليه نفوسهم، فالعرف عموماً " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"<sup>5</sup>.

فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحراز والتفرق<sup>6</sup>.

وعليه فإن الأدق والأشمل، أن القبض هو التخلية، والتمكن من التسليم عموماً، ولا يشترط التسليم الفعلي إلا في الطعام، حيث دلت الأحاديث على أن له نوعاً من الاختصاص والعناية والاهتمام لم توجد لغيره، فالطعام يجب قبضه وكيّله ووزنه إذا كان مكيلاً أو موزوناً، مصداقاً لقوله ﷺ: " حتى يجرى فيه الصاعان"، ويجب تحويله إن كان مما يباع جزافاً؛ التزاماً بأوامره ﷺ، أما القبض في ما عدا الطعام فلا يحتاج إلى النقل والتحويل فقد مرت بنا أحاديث صحيحة دلت على أن القبض في الإبل - مثلاً - قد تم بمجرد العقد، فلا يقاس على الطعام غيره من المنقولات.

لذا فإن أي تعريف مختار للقبض يجب أن يتجلى فيه الآتي:

<sup>1</sup> البخاري، كتاب البيوع، باب: الكيل على البائع والمعطي، 747/2.  
<sup>2</sup> سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام قبل ما يقبض، 750/2، حديث رقم (2228)، حسنه الألباني، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت.  
<sup>3</sup> أخرجه مسلم، 413/5، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض حديث رقم (1527).  
<sup>4</sup> المستدرک على الصحيحين، محمد بن عبدالله النيسابوري، كتاب البيوع، 46/2، حديث رقم (2270)، تح: مصطفى عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1411هـ.  
<sup>5</sup> التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، 193/1، تح: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي - بيروت، ط1، 1405هـ.  
<sup>6</sup> المغني، ابن قدامة، 126/4.

- أن القبض هو التخلية أو المناولة بين المتعاقدين.

- يستثنى من ذلك الطعام، حيث يجب فيه النقل أو التحويل أو الكيل أو الوزن.

- أن العرف محكم في تحديد معنى القبض وفقا للزمان والمكان الجاري فيهما العرف.

فيكون التعريف المختار بالقبض وفقا لما سبق بيانه هو:

**التخلية أو المناولة من العاقد للمعقود عليه - في غير الطعام - على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع ولا حائل حسب العرف<sup>1</sup>.**

ومن معاني الرحمة في ديننا، أن لم يحصر تحقق القبض ووقوعه في معنى الإقباض؛ لأنه غير ممكن دائما، وإنما تُرك تحققه لأي وسيلة من وسائل المناولة والتخلية؛ " لأن الأخذ بالبراجم - وهي رؤوس السلاميات من ظاهر الكف - فعل اختياري للقابض، فلو تعلق القبض بالبراجم لتعذر الوفاء به وهذا لا يجوز"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها وأحكامها، علي محيي الدين القره داغي، 417/6.

<sup>2</sup>البدائع، الكاساني، 244/5.

## المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف

تعددت مرادفات القبض والمصطلحات الدالة عليه فكان لزاما التعرض لها، وبيان معانيها، وإيضاح الصلة الرابطة بينها وبين التعريف الاصطلاحي للقبض، ولو بشيء من الإيجاز.

### 1- النقد:

يرادف الفقهاء بين النقد والقبض إذا كان الشيء المعطي نقوداً.

والنقد لغة: " الإقباض، يقال نقدت الرجل الدراهم أي: أعطيته إياها فانقدها، أي: قبضها"<sup>1</sup>.

وسمى إقباض الدراهم نقداً؛ لتضمنه تمييزها وكشف حالها من حيث الجود وإخراج الزيف منها من قبل المعطي والأخذ<sup>2</sup>.

ولما كان النقد هو ذاته الإقباض في الدنانير والدراهم وما في حكمها اشترط أن يكون معجلاً؛ تحرزاً من الوقوع في الربا، إذا جعل نسيئة وهذا ما أشار إليه الرسول ﷺ في قوله: " الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، يَدًا بِيَدٍ، سِوَاءً بِسِوَاءٍ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ"<sup>3</sup>.

### 2- المناجزة:

المناجزة لغة: من نَجَرَ يَنْجِرُ، يقال "نجر حاجته: أي قضاها وأنجزها، ونجرت به إذا عجلته، واستنجز حاجته وتنجزها: طلب قضاءها ممن وعده إياها، وشيء ناجز: أي حاضر، وبعته ناجزاً بناجر: أي يداً بيد"<sup>4</sup>.

ولفظ المناجزة من استعمال فقهاء المالكية، ويعنون به " قبض العوضين عقب العقد"<sup>5</sup> أي: مباشرة ويداً بيد، وهو بذلك مرادف تماماً للفظ النقد، ولكنه أشمل منه فلفظ النقد ينحصر فيما إذا كان المقبوض نقداً، أما المناجزة فهي أوسع من ذلك.

1 المصباح المنير، الفيومي، مادة: نقد، 760/2، المكتبة العلمية، بيروت.

2 معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 467/5.

3 صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، 1210/3، حديث رقم (1588).

4 القاموس المحيط، الفيروز أبادي، 677/1، مؤسسة الرسالة، بيروت، المصباح المنير، الفيومي، 594/2.

5 شرح الأبى المالكي على صحيح مسلم: 266/4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415هـ.

### 3- الحيازة:

الحيازة لغة: هي أن يضم الإنسان الشيء إلى نفسه يقال: حاز الشيء واحتازه، والحيز بوزن الهين هو ما انضم إلى الدار من مرافقها، وانحاز القوم: تركوا مركزهم إلى آخر، والحوزاء الحرب التي تحوز القوم<sup>1</sup>.

ولكل من الحوز والاحتياز نفس معنى الحيازة، وهو الجمع والضم والملك والمحاصرة التي تتيح التمكن من الشيء وحرية التصرف فيه.

والحيازة في الاصطلاح هي مما شاع استعماله عند فقهاء المالكية أيضاً، وقد استعملوه في كتبهم في موضعين، أحدهما أعم من الآخر.

#### - المعنى العام:

الحيازة بالمعنى العام هي: إثبات اليد على الشيء والتمكن منه، وهو ذاته معنى القبض عند سائر الفقهاء. "فلا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة"<sup>2</sup>، والحوز: وضع اليد على الشيء المحوز<sup>3</sup>، فاستعويض هنا بلفظ الحوز عن لفظ الحيازة، والحوز والقبض شيء واحد.

#### - المعنى الخاص:

وهو وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء، والغرس، والهدم، وغيره من وجوه التصرف<sup>4</sup>. وهي بذلك عبارة عن سلطة فعلية على شيء، يمارسها شخص قد يكون مالكاً لذلك الشيء أو غير مالك له.

والحيازة تتحقق بثلاثة أشياء، أضعفها السكني والازدراع، يليها: الهدم والبنيان والغرس، ثم النحلة والعنق وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله<sup>5</sup>.

1 مختار الصحاح، أبو بكر الرازي، 142، تح: محمد خاطر، بيروت، 1415 هـ، مختار القاموس، الطاهر الزاوي، 160.

2 الرسالة، ابن أبي زيد القيرواني، 228، تح: محمد أبو الأجنان.

3 البهجة شرح التحفة، التسولي، 268/1، تح: محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ.

4 كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 340/2، تح: يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412 هـ.

5 مواهب الجليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي، 222/6، دار الفكر، بيروت، 1398 هـ.

#### 4 - اليد:

اليَدُ فِي اللُّغَةِ تَطْلُقُ عَلَى الْقُدْرَةِ، يُقَالُ: يَدُهُ عَلَى أَيِّ سُلْطَانِهِ، وَالْأَمْرُ بِيَدِ فُلَانٍ أَيُّ: فِي تَصْرِفِهِ. قَالَ تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾، (التوبة: 29)، أَيُّ: عَنِ قُدْرَةٍ عَلَيْهِمْ وَغَلَبٍ، وَيُقَالُ الدَّارُ فِي يَدِ فُلَانٍ: أَيُّ فِي مَلِكِهِ وَتَصْرِفِهِ<sup>1</sup>.  
وَمِصْطَلَحُ الْيَدِ يَسْتَعْمَلُ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ لِلِاسْتِدْلَالِ بِهِ عَلَى الْمَلِكِيَّةِ، وَحُوزِ الشَّيْءِ وَالْمَكْنَةِ مِنْ اسْتِعْمَالِهِ، وَالِانْتِفَاعِ بِهِ.

لِذَلِكَ "فَإِنَّ بَيْنَةَ ذِي الْيَدِ فِي النَّتَاجِ مَقْدَمَةٌ عَلَى بَيْنَةِ الْخَارِجِ"<sup>2</sup> عِنْدَ التَّنَازُعِ؛ لِأَنَّ ذَا الْيَدِ هُوَ الْحَائِزُ الْمُنْتَفِعُ، وَقَدْ سَأَلَ رَجُلُ الْإِمَامِ مَالِكٍ قَائِلًا: "أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ سَلْعَةً فِي يَدِي ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهَا لَهُ، وَأَقَامَ الْبَيْنَةَ، فَقَالَ مَالِكٌ: هِيَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ، إِذَا تَكَافَأَتِ الْبَيْنَتَانِ"<sup>3</sup>.

وَالدَّافِعُ لِاسْتِعْمَالِ الْيَدِ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الْقَبْضِ كَوْنِ الْيَدِ هِيَ الْأَدَاةُ الَّتِي يَتَوَصَّلُ بِهَا الْإِنْسَانُ "لِلانْتِفَاعِ بِالْمَلِكِ وَالتَّصْرِفِ فِيهِ"<sup>4</sup> فَهِيَ أَدَاةُ الْقُرْبِ وَالِاتِّصَالِ، وَلِلْقُرْبِ وَالِاتِّصَالِ مَرَاتِبٌ، بَعْضُهَا يَفُوقُ الْبَعْضَ الْآخَرَ.

فَقَدْ يَكُونُ الْإِتِّصَالُ شَدِيدًا وَقَوِيًّا "كَاتِّصَالِ الْإِنْسَانِ بِثِيَابِهِ الَّتِي هُوَ لَابِسُهَا كَالْعِمَامَةِ، وَالْخَاتَمِ، أَوْ كَالدَّرَاهِمِ الَّتِي فِي جَيْبِ الْإِنْسَانِ أَوْ يَدِهِ، فَهَذَا الْإِتِّصَالُ أَقْوَى الْأَيْدِي لِاحْتَوَائِهِ عَلَيْهَا وَدَنُوهُ مِنْهَا، وَيَأْتِي فِي الْمَرْتَبَةِ الثَّانِيَةِ الْبَسَاطِ الَّذِي هُوَ جَالِسٌ عَلَيْهِ، أَوْ الْمَرْكُوبِ الَّذِي يَرْكَبُ فِيهِ أَوْ عَلَيْهِ، وَفِي الْمَرْتَبَةِ الثَّلَاثَةِ تَأْتِي الدَّابَّةُ الَّتِي هُوَ سَائِقُهَا أَوْ قَائِدُهَا، فَإِنَّ يَدَهُ فِي ذَلِكَ أَوْعَفُ مِنْ يَدِ رَاكِبِهَا، وَفِي الْمَرْتَبَةِ الرَّابِعَةِ: الدَّارُ الَّتِي هُوَ سَاكِنُهَا، وَدَلَالَتُهَا دُونَ دَلَالَةِ الرَّابِطِ وَالسَّائِقِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَوٍ عَلَى جَمِيعِهَا"<sup>5</sup>، وَعِنْدَ التَّنَازُعِ تَقْدِمُ الْيَدُ الْأَقْوَى عَلَى الْأَوْعَفِ لِقُوَّةِ الْقُرْبِ وَدَنُو الْإِتِّصَالِ.

#### 5- اليد باليد:

وَهُوَ لَفْظُ دَالٍ عَلَى "التَّقَابُضِ بَيْنَ الْبَدَلَيْنِ فِي مَجْلَسِ الْعَقْدِ"<sup>6</sup> عِنْدَ جَمْعِهِ الْفُقَهَاءِ، يُقَالُ: "بَعْتُهُ يَدًا بِيَدٍ، أَيُّ حَاضِرًا بِحَاضِرٍ، وَالتَّقْدِيرُ لِذَلِكَ: فِي حَالَةٍ كَوْنِهِ مَادًّا يَدُهُ بِالْعَوْضِ، وَفِي

1 المصباح المنير، 555.

2 مجلة الأحكام العدلية، م: 1759

3 المدونة، مالك بن أنس الأصبحي، 37/13، تح زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت.

4 المبسوط، السرخسي، 35/17، تح: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، 1421هـ-2000م

5 قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام، 120/2، دار الكتب العلمية، بيروت.

6 شرح السنوسي المالكي على صحيح مسلم، 264/4.





شرعية، إلا إذا تم فيه التقابض مباشرة ومناجزة دون أي تأخير أو تأجيل. وبذلك فإن معناها هو معنى القبض"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> تبين الحقائق، الزيلعي، 89/4.

## المطلب الثالث: مشروعية القبض

تبثت مشروعية القبض بالكتاب والسنة:

أولاً: مشروعية القبض في الكتاب:

أمر - سبحانه و تعالى - بقبض الرهن في قوله : ﴿ فَرِهْنُ مَقْبُوضَةً ۗ ﴾ ، أي : " ارتهنوا واقبضوا ؛ لأن المقصود من الرهن هو استيثاق جانب صاحب الحق وذلك لا يتم إلا بالقبض" <sup>1</sup> ، " فلم يجعل الله الحكم إلا برهن موصوف بالقبض ، فإذا عُدت الصفة وجب أن يعدم الحكم ، وهذا ظاهر جداً" <sup>2</sup> ؛ ولأن الأمر بالشئ الموصوف بصفة يقتضي أن يكون ذلك الوصف من تمامه وشرطه لأن المشروع بصفة لا يوجد إلا إذا وجدت تلك الصفة وعليه فلا بد من اعتبار تلك الصفة وهي القبض، كما أن القبض لو لم يكن معتبرا لما نص عليه الشارع وإلا لكان ذكر لفظ " مقبوضة" لغوا، وكلام الشارع بعيدا كل البعد عن اللغو وعدم الفائدة <sup>3</sup>.

ثانياً: مشروعية القبض في السنة:

وردت أحاديث صحيحة وكثيرة تدل دلالة واضحة على ضرورة اشتراط القبض واعتباره في الشرع ومنها:

- ما رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما: قال النبي ﷺ: " من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه" <sup>4</sup>.

- وعن ابن عباس <sup>5</sup> - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: " من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه " ، قال ابن عباس: وأحسب كل شئ بمنزلة الطعام <sup>6</sup>.

1 لباب التأويل في معاني التنزيل، علاء الدين علي بن محمد البغدادي الشهير بالخازن، 309/1، دار الفكر - بيروت، 1399 هـ / 1979 م.

2 الجامع لأحكام القرآن، شمس الدين القرطبي، 410/3.

3 القبض وأثره في العقود، منصور الصوص، 24.

4 صحيح البخاري، 750/2، كتاب: البيوع، باب: باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، حديث رقم (2026)، صحيح مسلم، 1160/3، كتاب: البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم (1526).

5 ابن عباس: عبد الله بن عبد المطلب بن عبد مناف القرشي الهاشمي، وهو ابن عم الرسول ﷺ وترجمان القرآن وحبر هذه الأمة، له في كتب الحديث 1660 حديثاً، ( ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني، 121/4، المكتبة التجارية، مصر، 1939، الأعلام، 228/4 ).

6 صحيح مسلم، 1159/3، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم (1525).

- حديث زيد بن ثابت<sup>1</sup> - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ: " نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"<sup>2</sup>.

- أن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " لَقَدْ رَأَيْتُ النَّاسَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَبْتَاعُونَ جِزَافًا يَعْنِي الطَّعَامَ يُضْرَبُونَ أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِمْ حَتَّى يُؤْوُوهُ إِلَى رِحَالِهِمْ"<sup>3</sup>.  
وغيرها الكثير من الأحاديث الدالة على ضرورة تحقق القبض، والنهي عن البيع قبله.

" والأصل في صيغة النهي أن تكون للتحريم، إلا إذا وجدت قرينة تصرفها إلى الكراهة، ولا يوجد قرينة صارفة عن التحريم، يلجأ ما يؤكد عن التحريم في بعض الروايات، وهو أن الناس كانوا يضربون في عهد الرسول ﷺ ، والعقوبة بالضرب لا تكون إلا على أمر محرم"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابن ثابت ( 11 ق. هـ - 45 هـ): زيد بن ثابت بن الضحاك الخزرجي الأنصاري، من أكابر الصحابة وكتاب الوحي، وكان من علماء الصحابة ولاسيما في الفرائض والقرآن، عهد إليه بجمع القرآن في عهد أبي بكر ونسخه في عهد عثمان، ( ينظر الأصابة، 41/4، الصفوة، 704/1).

<sup>2</sup> سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفى، 304/2، حديث رقم (3499)، حسنه الالباني.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، 751/2، حديث رقم (2030).

<sup>4</sup> القبض وأثره في العقود، 14.

## **المبحث الثاني: ماهية العقد**

### **المطلب الأول: العقد لغة واصطلاحاً**

### **المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف**

### **المطلب الثالث: الوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء**

## المطلب الأول: العقد لغة واصطلاحاً

**الفرع الأول: العقد لغة<sup>1</sup>:** من (عقد)، فالعين والقاف والذال أصل واحد يدل على شدٍ وشدّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها.

وأصل العقد هو نقيض الحل، يقال: عقد الحبل والبيع والعهد، يعقده عقداً: أي شدّه. ويراد بالعقد أيضاً الجمع بين أطراف الشيء، يقال: عقد الحبل، إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما.

والعقد: هو الضمان والعهد وجمعه: عقود، قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، (المائدة: 1).

ويطلق العقد أيضاً على عقد اليمين وتوكيده، قال تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْاَيْمَانَ﴾، (المائدة: 91).

ومن معاني العقد الجمل الموثق الظهر، قال النابغة الذبياني:

فكيف مزارها إلا بعقد      \* \* \* \* \*  
مُمر ليس ينقضه الخؤون.

وإن كان يظهر أن العقد هو ذاته العهد، إلا أنه ثمة اختلاف يقال: عَهَدْتُ إِلَى فلان في كذا وكذا، وتَأْوِيلُهُ: ألزمته ذلك، فإن قلت: عاقدته، أو عقدت عليه، فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق، فبذلك يكون العقد أكثر توكيداً وأشد ضماناً من العهد.

والعقدة من النكاح أو البيع وكل شيء، تعنى إيجابه وإبرامه.

والعقدة: الضيعة، والجمع عُقَدٌ، يقال اعتقد فلان عقدة، إذا اشترى ضيعة أو اتخذ مالاً من عقار وغيره، والعقدة من الشجر: ما اجتمع وثبت أصله.

ويستعمل الأصل (عقد) في الدلالة على التصميم والاعتقاد الجازم والقطعي، يقال: عقد قلبه على كذا، فلا ينزع عنه، واعتقد الشيء صلّب

<sup>1</sup> معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 67/4، تاج العروس، الزبيدي، 394/8، دار الهداية، أساس البلاغة، الزمخشري، 317/1.



## الفرع الثاني: العقد اصطلاحاً:

للعقد في الاصطلاح معنيان، معنى عام، وآخر خاص، وقد جاء هذا التصنيف بناء على أمرين:

الأول: توسع بعضهم في تعريفه، وقصر آخرين له على نوع محدد من الاستيثاق.  
والثاني: الاستعمال اللغوي لكلمة العقد ودلالاته.

" فمن اختار المعنى القائل بأن العقد هو الربط بين أطراف الشيء، عرف العقد بأنه ربط بين كلامين في الاتفاقات التبادلية، ومن استحسّن معنى الأحكام والتقوية، جعل العقد بمعنى اليمين والعهد؛ لأن اليمين يقوي عزم الحالف على فعل المحلوف عليه أو تركه"<sup>1</sup>.

### أولاً: المعنى العام:

وهو المعنى الأقرب إلى المعنى اللغوي، فالعقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقد على غيره فعله على وجه إزامه إياه، فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمى اليمين على المستقبل عقداً؛ لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بالعمل أو الترك، وعليه فإن كل ما شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل هو عقد<sup>2</sup>.

فيكون العقد بذلك منطبقاً على كل تصرف نشأ عنه حكم شرعي سواء أكان صادراً من طرف واحد كالندر، أو من طرفين كالبيع، وسواء أكان متضمناً لإنشاء حق، أو نقله، أو إنهائه، أو إسقاطه، دون التوقف في تمامه على تصرف من جانب آخر<sup>3</sup>.

وعليه فقد رأى البعض ألا مانع من تسمية ما يتم بالإرادة المنفردة وحدها عقداً على أن العقد المكون من إرادتين متوافقتين متقابلتين هو في الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب، وثانيهما من ناحية القابل، وعلى ذلك يكون العقد عندهم هو: إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته، وإما بالزام الشرع له<sup>4</sup>.

1 النظريات العامة في الفقه الإسلامي، رمضان علي الشرنباصي، 10.

2 أحكام القرآن، الجصاص، 2/294، تح: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405.

3 النظريات العامة، رمضان الشرنباصي، 10.

4 ضوابط العقود، 44.



وهو المفهوم من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، (المائدة: 1)، فالعقود هنا "جميع ما أُلزم الله عباده، وعقد عليهم من التكاليف، والأحكام الدينية، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات، والمعاملات، ونحوها مما يجب الوفاء به"<sup>1</sup>.

### ثانياً: المعنى الخاص:

تعريف العقد بالمعنى الخاص، هو التعريف الشائع عند جمهور الفقهاء، ولا يكاد ينصرف تعريف العقد الى المعنى العام إلا بتنبه يدل على ذلك، فالعقد هو: تعلق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل، أو هو "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"<sup>2</sup>، وبتفحص قيود التعريف نخلص إلى أن العقد بالمعنى الخاص يتواجد إذا توافرت فيه الشروط التالية:

1- وجود طرفين متعاقدين، ليتم اجتماع الإرادتين، فالإرادة المنفردة لا يوجد معها عقد، وإنما هي إخراجات أو إيجابيات، وبذلك فإن هذا التصرف لا يكون عقدا وإنما هو التزام أو وعد<sup>3</sup>.

2- صدور ما يدل على الرضا بين العاقدين من كلام، أو ما يقوم مقامه من إشارة أو كتابة أو فعل.

3- اتصال الإيجاب بالقبول، والإيجاب والقبول هما الدالان على الرضا بالتعاقد<sup>4</sup>.

4- أن يكون الارتباط مشروعاً فيخرج بذلك الوجه غير المشروع، كالاتفاق على القتل أو السرقة.

5- قيد التعريف بعبارة " يثبت أثره في محله"؛ لإخراج الارتباط بين كلامين لا فائدة منه ولا أثر له، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته من أرض لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية لها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> روح المعاني، الألويسي، 48/6، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

<sup>2</sup> مجلة الأحكام العدلية، م: 103 - 104.

<sup>3</sup> الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، 32، الإسكندرية، ط3.

<sup>4</sup> المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 292/1.

<sup>5</sup> النظريات العامة في الفقه الإسلامي، الشرنباصي، 12.

## المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف

### 1- الالتزام:

الالتزام لغة: من لزم يلزم لزوماً، أي ثبت ودام، يقال لزمه المال: وجب عليه، ولزمه الطلاق وجب عليه حكمه، والتزمته المال والعمل فالتزم، والالتزام الاعتناق، ولزم كذا من كذا أي: نشأ عنه وحصل منه<sup>1</sup>.

وفي الاصطلاح: هو إلزام الشخص نفسه مالم يكن لازماً عليه من قبل<sup>2</sup>، وهو بذلك تصرف ضمن إرادة وإنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق، أو إسقاطه، ودون أن يتوقف تمامه على التزام من جانب آخر.

فيستوي فيه التصرف الذي ينتج التزاماً من جانب في مقابلة التزام من جانب آخر كالبيع والإجارة، أو التصرف الذي يكون متوقفاً تماماً على قبول من الطرف الآخر كالوكالة والوصية على أفراد معينين، أو الذي ينتج من جانب واحد دون توقف على شيء كالطلاق واليمين، وهناك من الفقهاء من يعرفه: بأنه إيجاب الإنسان أمراً على نفسه إما باختياره وإرادته، وإما بإلزام الشرع<sup>3</sup>.

وبذلك يكون الالتزام قد أحاط بمعان وأنواع أعم وأوسع من تلك التي أحاط بها العقد، فكان كل عقد التزاماً وليس كل التزام عقداً.

لأن الالتزام يشمل الالتزام بين العاقدين، وهو ما يسمى بالعقد، ويشمل كذلك الالتزامات الأخرى التي توحد بالإرادة المنفردة كالوقف، بل إن هناك من الفقهاء من خصه عند الإطلاق بحالة إلزام الشخص نفسه أي بالإلزام بالإرادة المنفردة<sup>4</sup>.

### 2 - التصرف:

التصرف لغة: التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب، وتصرف فلان في الأمر: احتال وتقلب فيه، وتصرفه لعياله: اكتسب<sup>5</sup>.

1 المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، 823/2، دار الدعوة.

2 الموسوعة الفقهية الكويتية، 2065/2.

3 المدخل للفق الإسلامي، محمد سلام مذكور، 519.

4 النظرية العامة للالتزامات في الشريعة، شفيق شحاته، 197.

5 المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون 513/1.

واصطلاحاً: جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن الفقهاء لم يذكروا في كتبهم تعريفاً للتصرف وأنه هو ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة<sup>1</sup>. ولكن وإن لم يذكروا تعريفه فقد ذكروا أحكامه مبثوثة في مسائل الفقه، كالتصرف في مال اليتيم، وتصرفات المريض في ماله، وتصرف المحجور عليه، ونحوها من المباحث، ولكنهم لم يذكروا في معرض كلامهم تعريفاً اصطلاحياً، وقد ذكر المتأخرون من الفقهاء تعريفات اصطلاحية للتصرف منها:

"هو ما يصدر عن الشخص بإرادته، أو بغير إرادته، ويرتب عليه الشرع حكماً، سواء أكان في صالحه، أم لا"<sup>2</sup>.

"وهو ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب عليه الشارع نتيجة ما، فهو أعم من العقد، ومن الالتزام بالاتفاق؛ لأن التصرف قد يكون فعلياً، كالاستيلاء على بعض الأموال المباحة، والغصب وقبض الدين، والرجعة"<sup>3</sup>

وعليه فالتصرف شامل لكل الأحكام سواء أكانت في مصلحة الشخص أو لم تكن في مصلحته، وسواء أكان التصرف متضمناً لإنشاء حق أم لا، فمثال التصرف الذي فيه مصلحة للمتصرف: البيع والإجارة، وما يكون فيه مصلحة للغير: كالوقف، والإبراء عن الدين.

وأحياناً يكون التصرف مسبباً ضرراً للمتصرف كالسرقة التي توجب العقوبة، أما التصرف الذي يتضمن إنشاء حق فهو كالبيع والهبة، ومثال ما لا يتضمن إنشاء حق: الإقرار، فهو لم ينشئ حق الدائن في هذا الدين وإنما كان إثباتاً بحقه الثابت أصلاً<sup>4</sup>.

وعليه فإن التصرف أعم من العقد ومن الالتزام، فهو يشمل جميع الأفعال والأقوال الصادرة عن الإنسان، ومن غير الدقة أن يعرف التصرف بأنه: "كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل"<sup>5</sup>، فهو بذلك لم يشمل التصرف الفعلي، وإنما يكون صالحاً لتعريف التصرف القولي فقط.

وينقسم التصرف إلى قسمين:

<sup>1</sup> 71/12.

<sup>2</sup> التراضي في عقود المبادلات المالية، نشأت الدريني، 38.

<sup>3</sup> المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، 519.

<sup>4</sup> النظريات العامة في الفقه الإسلامي، رمضان الشرنباوي، 15.

<sup>5</sup> المدخل للفقه الإسلامي، 519.

## - التصرف الفعلي:

وهو الواقعة المادية الصادرة من الشخص كالغضب والإتلاف وقبض الدين وتسليم المبيع<sup>1</sup>، وبعبارة أكثر إيجازاً "هو ما كان قوامه عملاً لا قولاً"<sup>2</sup>.

## - التصرف القولي:

وهو ما يصدر عن الإنسان، ويكون قوامه قولاً، أو ما ينبو عن القول كالكتابة والإشارة، ويرتب عليه الشارع حقاً معيناً<sup>3</sup>.

وينقسم التصرف القولي إلى قسمين:

- تصرف قولي عقدي.

- تصرف قولي غير عقدي.

### أولاً: التصرف القولي العقدي:

وهو التصرف " الناشئ عن اتفاق إرادتين، كالبيع والزواج، وغيرهما من أنواع العقود"<sup>4</sup>.

### ثانياً: التصرف القولي غير العقدي:

وهو التصرف الذي حرر من قيد "العقد"؛ لأنه لا يشترط فيه اتفاق إرادتين، بل يتناول التصرفات الناشئة عن إرادة واحدة، وهو على نوعين: -

1- ما يفيد إنشاء حق كالوقف، أو إنهائه كالطلاق، أو إسقاطه كالإبراء من الدين والتنازل عن حق الشفعة.

2- وقد يكون التصرف غير متضمن لإنشاء حق أو إسقاطه أو إنهائه، وإنما المراد منه هو الإخبار بحق كالدعوى، فإنها طلب حق أمام القضاء، أو الإقرار: وهو إخبار المرء بحق غيره عليه، أو الإنكار والحلف على نفى دعوى الخصم وغيره، ويطلق على هذه التصرفات "التصرفات القولية المحضة"

1 الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 6/ 436، دار الفكر - سورية - دمشق

2 ضوابط العقود، عبدالحميد البيهلي، 54

3 ضوابط العقود، عبدالحميد البيهلي، 55

4 المدخل للفقه الإسلامي، 520.

والفرق بين كل من التصرف القولي والتصرف الفعلي: "راجع إلى طبيعة التصرف وصورته، وليس إلى الأساس الذي بُنى عليه التصرف، فمثلاً دفع الثمن، وتسليم المبيع كلاهما تصرف فعلي، في حين أنهما بنيا على عقد البيع"<sup>1</sup>.

ولو صح تصنيفهما على الأساس الذي بنيا عليه، لثم التصنيف على أنهما تصرف قولي عقدي؛ لأنهما بُنيا على عقد البيع.

### 3- الوعد:

الوعد لغة: هو ترجية بقول، ويستعمل في الخير حقيقة وفي الشر مجازاً<sup>2</sup>.

أما في الاصطلاح: "فهو إخبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل"<sup>3</sup>.

أو هو: "إخبار بمنافع لاحقة بالمخبر من جهة المخبر في المستقبل"<sup>4</sup>.

فهو كل ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال<sup>5</sup>.

وعلى ذلك فإن الوعد يختلف عن العقد صيغة وحكماً.

فالاختلاف في الصيغة يكمن في أن الوعد لا يتضمن إنشاء الالتزام في الحال، وإنما هو مجرد إخبار عن إنشاء الالتزام في المستقبل ولذلك فإن "صيغته تكون بلفظ المضارع، مثل قول: سأهيك كذا إذا أنجزت كذا، أما العقد فإنه يتضمن إنشاء التزام في الحال، ولذلك فإن صيغته غالباً ما تكون بلفظ الماضي"<sup>6</sup>، دليلاً على التحقق والوقوع. وأحياناً تكون بلفظ المضارع إن اقترن بقرائن تؤكد تحققه.

أما من جهة الحكم فقد اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالعقد على العاقد، وفي حالة امتناعه فإن القاضي يجبره على ذلك، وكذلك اتفقوا على استحباب الوفاء بالوعد؛ لأن ذلك من مكارم الأخلاق، ومن مقاصد الدين الحنيف، ولكنهم اختلفوا في وجوب الوفاء بالوعد إذا ما امتنع الواعد على ذلك، ومن غير مسوغ فهل يجبره القاضي على الوفاء أم لا؟!، وتباينت آراؤهم على النحو التالي: -

<sup>1</sup> ضوابط العقود، عبد الحميد البعلي، 55.

<sup>2</sup> مختار القاموس، الطاهر الزاوي، 663.

<sup>3</sup> شرح حدود ابن عرفة، 560/2.

<sup>4</sup> الواضح، ابن عقيل، 107/1، تح: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1420 هـ.

<sup>5</sup> ضوابط العقود، 64.

<sup>6</sup> النظريات العامة في الفقه، 17.

## الرأي الأول:

لجمهور<sup>1</sup> الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وهو ألا إجبار على الواعد للوفاء بوعده، بل هو مخير، "ولا ينال الواعد إنَّم إذا وعد وهو يريد الوفاء ثم عرض له ما منعه من الوفاء، أما إذا وعد وهو عازم على عدم الوفاء فهذه أمانة النفاق"<sup>2</sup>، لقوله ﷺ: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان"<sup>3</sup>.

## الرأي الثاني:

أن الوعد كلام لازم، وبذلك يجبر الواعد على الوفاء بوعده، ويلزم به عند الامتناع قضاء<sup>4</sup>.

## الرأي الثالث:

يرى أصحابه أن الوفاء بالوعد غير لازم، إلا فيما إذا صدر معلقاً على سبب ودخل الموعد في السبب من أجل الوعد<sup>5</sup>، وذلك كأن يقول شخص لآخر: أريد هدم دارى وليس عندي من المال ما يكفيني لإعادة البناء، فيقول له الآخر: اهدم، وأنا أهيك من المال ما يكفيك لبنائها. عندها فإن الواعد يلزم بالوفاء بوعده.

## الرأي الرابع:

يلزم الواعد بالوفاء بوعده إذا كان معلقاً على سبب وإلا فلا، سواء دخل الموعد في السبب بالفعل أو لم يدخل، وهو ما قضى به عمر بن عبد العزيز وهو رأي للمالكية<sup>6</sup>.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث والقائل: بوجوب الوفاء بالوعد إذا صدر معلقاً على سبب ودخل الموعد في السبب من أجل الوعد؛ لأن هذا الرأي هو الأحوط والأضمن لكل من الواعد والموعد له. فهو لا يفوت عن الموعد له حقه، كما أنه لا يضيق على الواعد ويجبره بالوفاء حتى ولم يحصل ضرر للموعد له؛ لأن وعده قد يكون نشأ نتيجة سوء تقدير منه أو سفه، فلما جاء وقت الوفاء اتضح له سوء تقديره، فلا يكافؤ بالضيق على فعل كان الدافع وراءه التوسيع على غيره، حيث لا ضرر ولا ضرار.

<sup>1</sup> أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، 155/5، روضة الطالبين، النووي، 5 / 390، كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس إدريس البهوتي، 6 / 279، بيروت، دار الكتب العلمية.

<sup>2</sup> ضوابط العقود، 65.

<sup>3</sup> صحيح البخارى، كتاب: الإيمان، باب: علامة المنافق، 21/1، حديث رقم (33).

<sup>4</sup> المحلى، ابن حزم، 28/8، دار الفكر.

<sup>5</sup> البهجة شرح التحفة 215/2.

<sup>6</sup> الفروق، القرافي، 25/4.

وإن كان على المسلم أن يجتهد بكل عزم لتحقيق وعده، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾، (الإسراء: 35)، ويسمو بنفسه عن تحذير الله - سبحانه وتعالى -: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾، (الصف: 2، 3).

وكذا فإن الوعد كما أنه فارق العقد وغييره، فهو مخالف للمواعدة أيضا.  
**فالمواعدة لغة:** هي مفاعلة من وعد، يقال: "واعدت زيدا إذا وعدك ووعدته، ووعدت زيدا إذا كان الوعد منك خاصة"<sup>1</sup>.

وعليه لا تكون المواعدة إلا من طرفين، خلافا للوعد "الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد"<sup>2</sup>.

**واصطلاحا:** هي "مفاعلة لا تكون إلا من اثنين فإن وعد أحدهما دون الآخر فهذه العدة"<sup>3</sup>.  
وكان من جميل القول وتمام البيان ونحن في سياق الوعد وتبيين تعريفه وأحكام الوفاء به، التعرض للوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء؛ وذلك لما لهذه المعاملة من شيوع وانتشار بين المتعاملين اليوم، وهذا ما سيتم توضيحه في المطلب التالي.

<sup>1</sup> لسان العرب، 461/3، مادة: وعد.

<sup>2</sup> مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة، قرار 2، 3.

<sup>3</sup> مواهب الجليل، 413/3.

## المطلب الثالث: الوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء

لعل من المناسب التعريف أولاً بالمرابحة، وبيان أحكامها وأحكام ارتباطها بالوعد. فالمرابحة لغة: هو البيع برأس المال مع زيادة معلومة، يقال: أعطاه مالا مرابحة على الربح بينهما<sup>1</sup>.

والمرابحة اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: "نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح"<sup>2</sup>.

وعرفها المالكية بأن "يعرّف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحاً أما على الجملة مثل أن يقول اشتريتها بعشرة وتربحني ديناراً أو دينارين وأما على التفصيل وهو أن يقول تربحني درهما لكل دينار أو غير ذلك"<sup>3</sup>.

أما الشافعية فقد عرفوا بيع المرابحة بأنه: عقد بني الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة، مثل أن يشتري شيئاً بمائة ثم يقول لغيره: بعت هذا بما اشتريته بربح درهم لكل عشرة أو في كل عشرة<sup>4</sup>.

وجاءت عند الحنابلة بأنها: "البيع برأس المال وربح معلوم"<sup>5</sup>.

ووفقاً لهذه التعاريف فإن المرابحة عقد بيع يخبر فيه البائع المشتري بثمن السلعة ويطلب فوق الثمن ربحاً إما على سبيل الإجمال أو على سبيل التفصيل، وفي كل يكون البائع مؤتمناً في الإخبار بالثمن والربح؛ ولذا عده الفقهاء من بيوع الأمانة، ويسمى هذا النوع بالمرابحة البسيطة؛ لانحصار العلاقة فيها بين طرفين، ويقابله نوع آخر هو المرابحة المركبة أو كما تعرف اليوم بالمرابحة للأمر بالشراء وهي معاملة تنبني أساساً على الالتزام بوعد بين المتبايعين، يتعهد أحدهما بتوفير السلعة ويتعهد الآخر بالشراء وهو ما سيتم توضيحه وعرضه لاحقاً.

### مشروعية المرابحة:

المرابحة جائزة عند جمهور الفقهاء، اعتماداً واستناداً إلى الأدلة الآتية:

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، 322/1، مادة: ربح.

<sup>2</sup> فتح القدير، 494/6.

<sup>3</sup> القوانين الفقهية، 174/1.

<sup>4</sup> الشرح الكبير، الرافعي، 5/9.

<sup>5</sup> المغني، 280/4.



- قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۗ ﴾، ( البقرة: 274).

- وقال - جل جلاله - : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾، ( النساء: 29).

- و" هذا بيع أذن الله سبحانه به بقوله تجارة عن تراض وبقوله وأحل الله البيع وحرم الربا وهذا يشمل كل بيع كأننا ما كان إذ لم يصحبه مانع شرعي أو يفقد فيه التراضي"<sup>1</sup>.

- عن أنس بن مالك : أن رسول الله ﷺ : " باع قدحا وحلسا فيمن يزيد"<sup>2</sup>.

- كما أن " الناس توارثوا هذه البياعات في سائر الأعصار من غير نكير وذلك إجماع على جوازها"<sup>3</sup>.

### المرابحة للأمر بالشراء:

حسبها جماعة من الباحثين أنها من نوازل العصر وقضاياها، والحال أن هذا الفرع الفقهي بصوره مدون عند الفقهاء المتقدمين في مباحث الحيل، والبيوع<sup>4</sup>.

ولقد جاء في كتاب المخارج في الحيل" قلت: رأيت رجلا أمر رجلا أن يشتري دارا بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل اشتراها الأمر بألف درهم ومائة درهم ، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للأمر فلا يأخذها، فتبقى في يد المأمور، كيف الحيلة في ذلك؟ قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام، ويقبضها، ويجيء الأمر ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم. فيقول المأمور: هي لك بذلك، فيكون ذلك للأمر لازما، ويكون استيجابا من المأمور للمشتري: أي ولا يقل المأمور مبتدئا : بعثك إياها بألف ومائة ؛ لأن خياره يسقط بذلك فيفقد حقه في إعادة البيت إلى بائعه، وإن لم يرغب الأمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار ، فيدفع عنه الضرر بذلك"<sup>5</sup>

وفي الموطأ أن الإمام مالك - رحمه الله - "بلغه أن رجلا قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه"<sup>6</sup>.

وصورة المرابحة للأمر بالشراء اليوم تتم بأن: "أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف؛ لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقدا؛ ولأن البائع لا يبيعه له إلى أجل،

<sup>1</sup> السيل الجرار، الشوكاني، 136/3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405 هـ .

<sup>2</sup> سنن النسائي، كتاب: البيوع، باب: البيع فيمن يزيد، 259/7، حديث رقم (4508).

<sup>3</sup> البدائع، 220/5.

<sup>4</sup> المرابحة للأمر بالشراء، الصديق الضير، 738/5، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس.

<sup>5</sup> محمد بن حسن الشيباني، 40/1، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة

<sup>6</sup> 663/2، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، حديث رقم (1343).

إما لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة، أو لعدم معرفته بالمشتري، فيشتريها المصرف بثمن نقدي ويبيعهها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى، ويتم ذلك على مرحلتين: مرحلة المواعدة على المرابحة، ثم مرحلة إبرام المرابحة<sup>1</sup>.

### شروط بيع المرابحة للأمر بالشراء<sup>2</sup>:

- أن يكون رأس المال (ثمن المبيع) معلوما للمشتري، فهي من بيوع الأمانة.
- أن يكون الربح معلوما للمتبايعين.
- أن يكون الثمن من ذوات الأمثال، كالعملات والموزونات والمكيلات .
- ألا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا، كأن يبيع قمحا مقابل قمح أو ذهباً مقابل ذهب مرابحة فهذا لا يجوز؛ لأن المرابحة يبيع بالثمن الأول وزيادة والزيادة في الأموال الربوية تكون ربا لا ربحاً، فإن اختلفت الأجناس فلا بأس بالمرابحة عندها.

### أطراف بيع المرابحة للأمر بالشراء:

بالنظر إلى التعريف السابق يظهر أن للمرابحة ثلاثة أطراف، فهي عقد ثلاثي وأطرافه هي:

العائد الأول: الأمر بالشراء.

العائد الثاني: المصرف الإسلامي.

العائد الثالث: البائع.

وكما مر آنفاً فإن المرابحة للأمر بالشراء بهذه الصورة تختلف عن المرابحة المعروفة لدى الفقهاء المتقدمين، حيث كانت تتم بين متعاقدين اثنين فقط هما: البائع والمشتري<sup>3</sup>.

### خطوات البيع بالمرابحة للأمر بالشراء<sup>4</sup>:

يتم البيع بالمرابحة للأمر بالشراء وفق الخطوات الآتية:

---

<sup>1</sup> بيع المرابحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، رفيق يونس المصري، 13، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1316 هـ .  
<sup>2</sup> الهندسة المالية الإسلامية، 232، 233، أشرف محمد دوابة،  
<sup>3</sup> بيع المرابحة للأمر بالشراء، سعاد سطحي، 128.  
<sup>4</sup> الإلزام بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء، محمد عباسي مجذوب، 283، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الخامس، ديسمبر، 2014.

- 1- أن يتقدم العميل - الأمر بالشراء - بطلب يتقدم به للمصرف لشراء سلعة موصوفة.
  - 2- قبول المصرف طلب شراء السلعة الموصوفة.
  - 3- وعد العميل بشراء السلعة الموصوفة من المصرف بعد أن يملكها المصرف.
  - 4- وعد من المصرف ببيع السلعة الموصوفة للعميل، وعدا ملزما أو غير ملزم.
  - 5- قيام المصرف بشراء السلعة الموصوفة نقدا.
  - 6- بيع المصرف السلعة الموصوفة للعميل بأجل مع زيادة ربح متفق عليه.
- ومما سبق يتبين أن عقد المرابحة للأمر بالشراء يضم ثلاثة وعود وعقدين:
- 1- وعد من المصرف بشراء السلعة.

- 2- وعد من المصرف - قد يكون ملزما وقد يكون غير ملزم - ببيع السلعة للأمر.
- 3- وعد من العميل - قد يكون ملزما وقد يكون غير ملزم - بشراء السلعة من المصرف.
- 4- عقد بيع بين صاحب السلعة والمصرف.
- 5- عقد بيع بأجل بين المصرف والأمر بالشراء.

### صور المرابحة للأمر بالشراء:

تتعامل البنوك بصورتين من صور المرابحة للأمر بالشراء:

#### الأولى: المرابحة الملزمة:

وهي التي يكون الوعد فيها ملزما بناء على اتفاق الطرفين، وصورتها أن يتوجه العميل إلى المصرف طالبا منه شراء سلعة معينة موصوفة، ويتفقان على أن يلتزم المصرف بشراء السلعة، ويلتزم العميل بشرائها من المصرف بعد ذلك، ويلتزم المصرف ببيعها للعميل بثمن اتفقا عليه مقدارا وأجلا وربحا، وهذا الإلزام بالوعد لكلا الطرفين<sup>1</sup>.

وقد يكون الإلزام بالوعد لطرف واحد فقط، إذ قد طبقت بعض المصارف إلزام نفسها ببيع السلعة دون إلزام العميل، وهو ما قامت به بعض بنوك السودان<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بيع المرابحة للأمر بالشراء، بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 976/2.

<sup>2</sup> بيع المرابحة للأمر بالشراء، رفيق المصري، 33-34.

## الثانية: المرابحة غير الملزمة:

وفيها يكون الوعد غير ملزم للطرفين، حيث يرغب العميل في شراء سلعة معينة فيتقدم إلى المصرف بطلب شرائها له، وهو ما ينشئ تواعد بينهما، فيعد المصرف بالبيع والعميل بالشراء دون أن يكون الوعد ملزماً لكلا الطرفين<sup>1</sup>.

ولهذا النوع صنفان:

- المواعدة غير الملزمة مع عدم ذكر مسبق لمقدار الربح.

- المواعدة غير الملزمة مع ذكر لمقدار ما سيبدله العميل من الربح للمصرف.

## مشروعية المرابحة للأمر بالشراء:

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا ما كانت غير ملزمة، و" لا أعلم خلافاً معتبراً بين الفقهاء المعاصرين في جواز بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا جعل للطرفين أو لأحدهما الخيار وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وقع هذا البيع على الإلزام من أول الأمر، بمعنى أن البنك ملزم بالبيع مرابحة للأمر بالشراء، والأمر بالشراء ملزم بتنفيذ وعده بالشراء، عندما يقدم له البنك السلعة المطلوبة"<sup>2</sup>.

وعليه فإن الخلاف بين الفقهاء إنما تجلّى في المرابحة الملزمة، حيث ذهبوا في ذلك مذهبين:

الأول: ورأى أصحابه أن المرابحة للأمر بالشراء مع الإلزام بالوفاء بالوعد جائزة وخارجة عن الربا، وهو رأي قال به الدكتور: يوسف القرضاوي<sup>3</sup>، والدكتور: وهبة الزحيلي<sup>4</sup>، وغيرهما.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالآتي:

- أن الأصل في المعاملات الإباحة، ولا يخرج منها إلا ما نص الدليل على منعه، وليس في الكتاب ولا السنة دليل مانع لها فتبقى بذلك على حلقها، وبالأخص لو كانت المعاملة من

<sup>1</sup> بيع المرابحة للأمر بالشراء، بكر أبو زيد، 977/2.

<sup>2</sup> المرابحة للأمر بالشراء، الصديق الضير، 741/5، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس.

<sup>3</sup> بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية، 272، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421 هـ.

<sup>4</sup> المعاملات المالية المعاصرة، 68، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط2، 1427 هـ.

قبيل البيع الذي أحله الله - سبحانه وتعالى -<sup>1</sup>. قال - تبارك وتعالى - : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾، (البقرة:274).

- ما جاء عن الإمام الشافعي - رحمه الله - "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشترها الرجل فالشراء جائز والذي قال أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه وهكذا إن قال اشتر لي متاعاً ووصفه له أو متاعاً أي متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال أبتاعه وأشترته منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدداه جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شئيين: أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع والثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا"<sup>2</sup>.

- ما جاء عن الإمام محمد الحسن الشيباني - رحمه الله - حيث قال: "أرأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشترها الأمر بألف درهم ومائة درهم، فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشترها أن يبدو للأمر فلا يأخذها، فتنبى في يد المأمور، كيف الحيلة في ذلك؟ قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ويقبضها ويجيء الأمر، ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم، فيقول المأمور: وهي لك بذلك، فيكون ذلك للأمر لازماً، ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري، وإن لم يرغب الأمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيدفع عنه الضرر بذلك"<sup>3</sup>.

- المعاملات مبنية على مراعاة العلل، كما تهدف إلى تحقيق مصالح العباد، وإلزام الوعد في المراجعة يحقق مصلحة ضبط المعاملات واستقرار التعامل<sup>4</sup>.

- كما أن الوعد لازم ويحرم مخالفته، ويقضى به على الواعد مطلقاً إن أخلف، وهو قول كثير من السلف، كما ذهب المالكية إلى مثل هذا القول وإن قيده بدخول الموعد بسبب الوعد في شيء ويحصل له كلفة بذلك، وهو ما يحدث في حال الوعد بالمراجعة مما أوجب الإلزام به حفظاً للمعاملات واستقرارها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بيع المراجعة، القرضاوي، 15.

<sup>2</sup> الأم، 39/3.

<sup>3</sup> المخارج في الحيل، 40/1.

<sup>4</sup> بيع المراجعة، القرضاوي، 20.

<sup>5</sup> بيع المراجعة، القرضاوي، 63.

الثاني: أنها معاملة غير جائزة وما حقيقتها إلا حيلة ربوية، وهو رأي قال به الدكتور: بكر أبو زيد<sup>1</sup>، والدكتور محمد سليمان الأشقر<sup>2</sup>، والدكتور رفيق المصري<sup>3</sup>، وغيرهم<sup>4</sup>.

وكانت استدلالاتهم كالآتي:

- الوعد بالمراوحة الملزم للطرفين هو في حقيقته عقد بيع، وإن كتب في الأوراق أنه وعد؛ لأن له نفس القوة، حيث لا فرق بين أن يقول شخص لآخر: اشتر سلعة بكذا وأنا ألتزم بشرائها منك بكذا، وبين أن يقول شخص لآخر: بعتك سلعة كذا بمبلغ كذا، والسلعة ليست عنده، وعليه: فإن ما يشترط في البيع يشترط في المراوحة الملزمة من حيث وجود المبيع عند البيع، والقدرة على التسليم وغيره<sup>5</sup>.

- أن القيام بهذه المعاملة يؤدي إلى الوقوع في النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، لما فيه من عدم القدرة على التسليم وقت العقد وما قد يتسبب فيه من نزاع وخصام بين

المتعاقدين، فعن حكيم بن حزام قال: " أتيت رسول الله ﷺ فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعته؟ قال لا تبع ما ليس عندك<sup>6</sup>."

فعبارة: "يسألني من البيع ما ليس عندي" يفهم منه: أن البيع وقع والسلعة المطلوبة لست عنده ولا هي في ملكه، فنهاه النبي ﷺ عن ذلك، وهذا ينطبق على المراوحة، فالوعد الملزم ما هو إلا بيع داخل في النهي لأن المصرف قد باع ما ليس عنده<sup>7</sup>.

- أن المراوحة بهذه الصورة تدخل في النهي عن بيعتين في بيعة قال ﷺ: " مَنْ بَاعَ بَيَعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْ كَسُهُمَا أَوْ الرَّبَا"<sup>8</sup>؛ لأن المواعدة الملزمة هي بيع، وبذلك نكون أمام بيعتين في بيعة، البيعة الأولى: بيع المصرف للعميل - والتي هي المواعدة الملزمة - ، والبيعة الثانية: بيع المصرف والبائع صاحب السلعة<sup>9</sup>.

- أن هذه الصورة ذكرها بعض العلماء ضمن الحيل الربوية، أو ضمن بيوع العينة: " وأما بيع العينة فمعناه انه تحيل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة وهو أيضا من باب بيع ما ليس عندك وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن كانت السلعة المباعة في ذلك طعاما دخله أيضا مع ذلك بيع الطعام قبل أن يستوفى مثال

<sup>1</sup> بيع المراوحة، 987/2.

<sup>2</sup> بيع المراوحة، محمد سليمان الأشقر، 72.

<sup>3</sup> بيع المراوحة، 31.

<sup>4</sup> المعاملات في الفقه المالكي، الصادق الغرياني، 220، مكتبة حمودة، زليتن، ط1، 2006.

<sup>5</sup> فقه البيوع المنهي عنها مع تطبيقاتها الحديثة في المصارف الإسلامية، أحمد الريان، 44، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، ط1419، 2هـ، المعاملات في الفقه المالكي، 221، بيع المراوحة، بكر أبو زيد، 984/2.

<sup>6</sup> سنن الترمذي، 534/3، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم (1232).

<sup>7</sup> بيع المراوحة، الضرير، 100/2.

<sup>8</sup> سنن أبي داود، 283/10، كتاب: الإجارة، باب: فيمن باع بيعتين في بيعة، حديث رقم (3463).

<sup>9</sup> بيع المراوحة، الضرير، 100/2.

ذلك أن يطلب رجل من آخر سلعة ليبيعهها منه بنسيئة وهو يعلم أنها ليست عنده ويقول له اشترها من مالكها هذا بعشرة وهي على بائني عشر أو بخمسة عشر إلى أجل كذا فهذا لا يجوز"<sup>1</sup>.

### مناقشة أدلة المجيزين:

- نوقش الاستدلال بأن الأصل في الأشياء الإباحة، بأن هذه القاعدة مسلم بها في العموم لكن أدلة المانعين قيدتها ومنعت إطلاقها كما مر آنفاً<sup>2</sup>.

- أن الاستدلال بنص الإمام الشافعي يكون في حال الوعد غير الملزم، أما في حال الإلزام فالمرابحة محظورة وما توجيه الإمام إلى مخرج الخيار إلا دليل على ذلك، كما أنه لا نص في كلام الإمام يدل على الجواز، بل إنه صرح بفسخها " وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع والثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه".

فرد المجيزون على ذلك<sup>3</sup>: بأن ليس في عبارة الإمام الشافعي ما يدل على أن الخيار شرط في صحة المعاملة، وذكر الخيار لأنه لا يرى لزوم الوعد قضاء، أي أنه ذكر الخيار من باب تقرير الحكم وليس من باب تبين شروط صحة المعاملة.

- وأيضا فإن إبطال الإمام للمعاملة ليس لاقترانها بإلزام الوعد، بل هي باطلة إذا اقتصر فيها على العقد الأول، فإن جددا عقدا آخر بعد تملك المأمور بالشراء للسلعة فهذا جائز، وهذا معنى عبارته: " فإن جدده جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ".

- كما نوقش الاستدلال بنص الإمام الشيباني أن جواب الإمام يدور حول تفادي الأضرار الناجمة عن كفالة حق الخيار للواعد، ولو كان في إلزام الوعد حل فقهي لأفتى به، لكن قوله جاء محافظا على الخيار غير متخذ من الإلزام حلا<sup>4</sup>.

- قول المجيزين بأن الإلزام في الوعد يحقق المصلحة: نوقش بأن القول بإلزام الوعد غلب مصلحة البنك الخاصة على المصلحة العامة، حيث إن القول بالإلزام فرغ المرابحة من محتواها الاقتصادي، وجعل المعاملة خالية من المهام الإنتاجية للتجارة وصار في التطبيق

1 الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر القرطبي، 325، دار الكتب العلمية، بيروت، 1407 هـ .

2 العقود المالية المركبة، عبدالله العمراني، 268، دار كنوز إشبيلية، الرياض.

3 صور التحايل على الربا، محمد سعيد حوى، 225.

4 بيع المرابحة، ربيع محمد الروبي، 21.

العملي وظائف مكتبية ووساطة مالية، وهو ما حرم المجتمع من دور المرابحة الحقيقية وألقى بالعبء والمخاطر على العميل وحده<sup>1</sup>.

- ونوقش القول بأن الوعد لازم ويحرم إخلافه بأن ذلك إنما يكون في الوعد الذي أجاز المالكية لزومه قضاء، وهو الوعد بالمعروف فكما مر سابقا فالوعد: "هو إخبار عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل"، فالوعد المقصود عند المالكية إنما هو في التبرعات لا في المعاوضات<sup>2</sup>.

- أن المالكية بالرغم من إجازتهم لزوم الوعد قضاء، إلا أنهم حرموا هذه المعاملة كما سبق عرضه في أدلة المانعين<sup>3</sup>.

- أن المالكية لا يسمون مثل هذه المعاملة وعداء، بل يطلقون عليها اسم "مواعدة"، ولهم فيها قاعدة نصها: "الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية"، وبناء على قول المالكية في الوعد والمواعدة فإن ما أُلزموا به في من الوعد لا ينطبق على وعد المرابحة<sup>4</sup>.

#### مناقشة أدلة المانعين:

- قول المانعين أن الوعد اللازم عقد بيع نوقش بأن: المصرف لا يبيع شيئا، بل يتلقى طلب شراء فقط، ثم هو لا يبيع حتى يملك السلعة المطلوبة، ثم يعرضها على العميل ليرى مدى مطابقتها للمواصفات، لذا فإن الوعد وإن كان لازما فهو ليس بيعا؛ لأنه لا يفيد الإيجاب على إبرام العقد، وقد يتحقق العقد وقد لا يتحقق، فإن تحقق البيع فيه، وإلا كان لأحد الطرفين الطلب بجبر الضرر الذي أصابه<sup>5</sup>.

فرد القائلين بالمنع على هذا النقاش بأن:

عقد البيع بعد وصول السلعة ما هو إلا تحصيل حاصل، والعميل ليس أمامه إلا إبرام العقد أو دفع الضرر الواقع على البنك، وعليه فلا بد من إبرام العقد الذي وعد به، وعليه فإن الوعد الأول اللازم هو بيع وإن سمي وعدا<sup>6</sup>.

أما قول المانعين الوقوع في النهي عن بيع الإنسان مالا يملك فقد نوقش بأن الوعد اللازم ليس بيعا كما مر سابقا، وعليه فالنهي لا يطال المرابحة.

1 المصدر السابق، 55.

2 بيع المرابحة، الأشقر، 88، بيع المرابحة، الضرير، 1002/2

3 الإلزام بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء، محمد عباسي مجذوب، 290، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الخامس، 2014.

4 المصدر السابق، 291.

5 بيع المرابحة للأمر بالشراء، سامي حسن حمود، 104/2، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس.

6 العقود المركبة، عبدالله العمراني، 277.



أن المراجعة غير مقصودة في الحديث؛ لأن الحديث نهى عن بيع شيء معين غير مملوك، أما الوعد اللازم - وإن سلمنا أنه بيع - فهو وعد بسلعة موصوفة غير معينة فأين المراجعة من ذلك.

- القول بأن: العلة في النهي هو سد الذرائع المفضية إلى النزاع في حال ما إذا تورط الإنسان في بيع ما ليس عنده، ثم عجز عن وجوده في السوق وعن تسليمه للبائع، وبالأخص لو كان سوق البلاد محدودا، يناقش: بأن ذلك كان في السابق أما الآن فيمكن للتاجر أن يتصل بأي سوق في العالم لتصله السلعة المطلوبة، فالخوف من عدم التسليم غير معتبر في عصرنا.

فرد المانعون على هذا<sup>1</sup>:

أن النهي عند الجمهور عام، أي: لا تبع ما ليس عندك، وليس المقصود به بيع معين غير مملوك، وإنما استثنى الجمهور السلم من ذلك، وقد سبق اعتبار الوعد الملزم بيعا فدخل في النهي.

أن علة النهي هي منع النزاع والعجز عن التسليم لا دليل عليها كما لا دليل على حصرها في هاتين العلتين.

أن دعوى العجز عن التسليم غير متحققة في عصرنا غير مسلم بها؛ لأن الواقع يشهد بكثير من المخالفات والنزاعات.

- أما قول المانعين بأن المراجعة تدخل في بيعتين في بيعة، فقد أجيب عنه:

أن الراجح من أقوال العلماء في معنى "بيعتين في بيعة"، أن يقول: أبيعها بمائة إلى سنة على أن اشتريها منك بثمانين حالة.

وهذا المعنى بعيد عن المراجعة؛ لأن الصورة المطبقة في المصارف عبارة عن بيع حقيقي لسلعة مطلوبة بالفعل.

كما أن من شروط المراجعة العلم بالثمن والربح وتحديد المواصفات في السلعة المطلوبة، وليس فيها ثمان معروضان، وإنما هو ثمن واحد معلوم ومتفق عليه.

- وقول المانعين بأن المراجعة للأمر بالشراء حيلة ربوية: نوقش بأن:

<sup>1</sup> مواهب الجليل، 476/6، البحر الرائق، 259/6، الإلزام بالوعد في بيع المراجعة للأمر بالشراء، محمد عباسي مجذوب، 292، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الخامس، 2014.

هناك فرق بين المراجعة والحيلة الربوية؛ لأن المراجعة بيع حقيقي القصد منه تملك سلعة، وللبنك الحق في الربح كأى تاجر، أما الحيل الربوية فيكون القصد منها القرض بفائدة ويكون البيع فيها صورياً.

فأجيب عليه بأن هذا مسلم به في المراجعة غير الملزمة، أما المراجعة الملزمة فهي حيلة ربوية.

- تغيير الصورة قد يؤدي إلى تغيير الحكم ولو كانت النتيجة واحدة، فقول النبي ﷺ: " بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً"<sup>1</sup>، يدل على أن تغيير الصورة من مبادلة الجمع بالجنيب إلى صورة مفادها أن يبيع الجمع بالدراهم ثم يشتري بالدراهم جنيباً، قد غير الحكم من المنع لعله الربا إلى الجواز مع أن النتيجة من الصورتين واحدة وهي الحصول على التمر الجنيب<sup>2</sup>.

فأجيب عنه أن الاستدلال بهذا غير مسلم به؛ لأن الذي باع الجمع بالدراهم قد يشتري من البائع وقد يشتري من غيره، ولو كان ملزماً بالشراء من المشتري نفسه لأمكن القول: إن الفرق في الصورة فقط، لكنه لما كان مختاراً في شراؤه افتقرت الصورتان عن بعضهما، أي أن الحكم اختلف لاختلاف الحقيقة لا لاختلاف الصورة فقط.

والراجح - والله أعلم - بالصواب: جواز بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا ما التزم كل من العميل والمصرف بالضوابط الشرعية لهذه المعاملة وذلك للآتي:

- أنها معاملة تدخل ضمن القاعدة القائلة بأن: " الأصل في المعاملات الإباحة"، حيث لا نص يمنعها، كما أن التحريم لبيع الإنسان ما لا يملك يكون فيما " لم يكن في ملك الإنسان ولا داخلاً تحت مقدرته، وقد استثنى من ذلك السلم فتكون أدلة جوازه مخصصة لهذا العموم، وكذلك إذا كان المبيع في ذمة المشتري إذ هو كالحاضر المقبوض"<sup>3</sup>، فكما استثنى الشرع الحكيم السلم للضرورة مع عدم توفر السلعة وقت العقد وإنما هو كما عرفه العلماء بأنه بيع موصوف في الذمة، جاز بيع المراجعة للأمر بالشراء.

- أن الوفاء بالوعد فضيلة دعا إليها الدين، ووصف مخلف الوعد بالنفاق، ولا يتصور أن يخالف هذا الأمر وتبعد تلك الفضيلة في باب المعاملات، وقد أفتى مؤتمر المصارف الإسلامية المنعقد في دبي سنة 1979م، والمنعقد في الكويت سنة 1983م، بجواز الأخذ بالإلزام بالوعد في المراجعة للأمر بالشراء لما في ذلك من مصلحة معتبرة للعميل والبنك، وترك الخيار في الأخذ بالإلزام من عدمه للهيئة الشرعية لكل بنك، حيث يمكن للبنك أن

<sup>1</sup> صحيح البخاري، 767/2، كتاب: البيوع، باب: إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، حديث رقم (2087).

<sup>2</sup> بيع المراجعة، الفرضاءوي، 32.

<sup>3</sup> نيل الأوطار، الشوكاني، 185/5.

يستبدل الإلزام بحق الخيار في عقد الشراء الأول بحيث يترك البنك لنفسه خيار إمضاء عقد البيع أو فسخه خلال مدة معينة، تكون كافية للتحقق من مدى جدية العميل ( الأمر بالشراء)، فإن تراجع هذا الأخير كان للبنك أن يعيد السلعة إلى بائعها، كما أن بعض البنوك قد تستبدل الإلزام بالوعد - في حالة المراجحات الدولية - بأن توقع الأمر بالشراء على مستندات تلزمه بتحمل الأضرار التي قد تلحق بالبنك في حالة عدوله عن شراء السلعة محل المراجعة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> المصارف الإسلامية : الأسس النظرية والتطبيقات العملية، محمود الوادي، حسين سمحان، 163، دار المسيرة، ط2، عمان، 2008، النظرة الفقهية والاقتصادية لصيغة التمويل بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، فؤاد بن حدو، 58، مجلة القيمة المضافة لاقتصاديات الأعمال، العدد2، 2020.

## **المبحث الثالث: أركان القبض والعقد**

**المطلب الأول: أركان القبض**

**الفرع الأول: القابض**

**الفرع الثاني: المقبض**

**الفرع الثالث: المقبوض**

**المطلب الثاني: أركان العقد**

**الفرع الأول: صيغة العقد**

**الفرع الثاني: العاقد**

**الفرع الثالث: محل العقد**

## المطلب الأول: أركان القبض

يكتمل وجود القبض - باعتباره تصرفاً شرعياً - بتوافر أركانه وتراكبها، فلا وجود لماهية الشيء إلا بتواجد أركانه؛ لأن الركن هو الجزء الذاتي الذي تتوقف عليه ماهية الشيء وبدونه تنعدم، وأركان القبض ثلاثة هي:

1- القابض

2- المقبض

3- المقبوض

وإن كانت هذه الأركان قد جاءت متفرقة في كتب الفقه غير مدرجة تحت مسمى أركان القبض، لكن مع ذلك فالناظر إليها بشيء من التعمق يرى أنها هي المنشئة للقبض والمكونة له، وتوافرها جميعها يتحقق القبض وتثبت آثاره.

**الركن الأول<sup>1</sup>: القابض:** وهو من يستلم الشيء المقبوض من المقبض، ويشترط فيه ما يشترط في العاقدين من ثبوت الأهلية وكمالها، وهو ما حذا بالفقهاء إلى البحث في صحة قبض الصبي المميز والسفيه وغير ذلك من شروط الأهلية وعوارضها وموانعها، وهذا تفصيل سيأتي عند الحديث عن العاقد باعتباره ركناً من أركان العقد، كون هذه الشروط وموانعها أكثر أهمية وتأثيراً في إنشاء العقد منه في القبض، أما القبض فقد يُتساهل فيه بخلاف العقد، فعند بعض الفقهاء - الشافعية مثلاً - يصح القبض من الصبي سواء أكان مميزاً أم لا، ولا يصح العقد منه بتاتاً.

وعموماً فإن الأهلية مطلوبة ومعتبرة لصحة القبض إلا أنه قد يُستغنى عنها في بعض الصور منها<sup>2</sup>:

- إذا ما طلب مالك الوديعة تسليمها لصبي فقام المستعير بتسليمها، عندها يكون المستعير قد برئ، كما لو قال: ألقها في البحر، أو إذا ما وكل صاحب الزكاة صبياً في إقباض الزكاة لشخص معين، فيكون إقباض الصبي صحيحاً.

1 القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 434/6.

2 المنشور في القواعد، محمد بن بهادر الزركشي، 62/3، تج: تيسير فائق، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط2، 1405 هـ.

- إذا باع المشتري سلعته من رجل ثم جُن، فقبض البائع منه صحيح، وإن كان هذا القبض من مجنون، وكذا إذا كان على المجنون قصاص، فاستوفاه المستحق وقع موقعه.

- لو ثبت للسفيه دين فقبضه بنفسه بإذن " وليه "، ففيه وجهان أحدهما الصحة.

هذا فيما يتعلق بالأهلية، غير أن القابض والمقبض وهما ركنان من أركان العقد قد يتحدان ويتمثلان في شخص واحد وهو ما أوجد نقاشاً عند الفقهاء حول مدى صحة ذلك، ويظهر لمن يتتبع اجتهادات الفقهاء أن الأصل هو عدم الاتحاد ووجوب التعدد؛ لأنه إذا كان الشخص قابضاً لنفسه احتاط لها وإذا كان مقبضاً وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة، فلما تخالف الغرضان والطباع لا تنضب... امتنع الجمع كقاعدة عامة؛ ولهذا لو وكل الراهن المرتهن في بيع الرهن لأجل وفاء دينه لم يجز؛ لأجل التهمة واستعمال البيع<sup>1</sup>.

كما أن اتحاد القابض والمقبض في باب الربويات كالذهب مثلاً، مدعاة للربا ومخالفة للشرط الذي أمر به الرسول ﷺ في قوله: " هاء بهاء "، فالظاهر أن تعدد القابضين شرط لا بد منه في بيع وإقباض الأصناف التي تضمنها الحديث.

غير أنه لكل قاعدة استثناء، ومن هذه الاستثناءات لقاعدة منع اتحاد القابض والمقبض، التالي<sup>2</sup>:

1- عندما يتولى الوالد طرفي القبض في البيع وفي النكاح إذ أصدق في ذمته، أو في مال ولد ولده لبنت ابنه.

2- إذا خالغ الزوج زوجته نظير مال في ذمته بصفة السلم، ثم أذن لها في صرفه لولده منها كنفقة فصرفته له من غير توسط قبض صاحب المال، فإنها تبرأ ذمته بذلك.

3- أن الساعي يأخذ من نفسه لنفسه؛ لأن الساعي نائب الشرع وليس نائباً عن أحد مخصوص فلم يتحقق فيه السبب المقتضي لامتناع اتحاد القابض والمقبض، فله أن يقبض أجره مما قبضه بسعايته.

4- ولو قال من وجب عليه كفارة يمين لغيره أطعم عني عشرة مساكين - أي هبني ثمن الكفارة وأطعمها المساكين دون أن تقبضنيها - فأطعم يسقط الفرض عنه وإن كانت الهبة لا بد فيها من القبض، فإنه قد جُعِل قبض المساكين كقبضه، فانتهى بذلك اتحاد القابض والمقبض.

<sup>1</sup> الأشباه والنظائر، السيوطي، 281.

<sup>2</sup> المنتور في القواعد، 89/1 - 90، الأشباه والنظائر، 282.

5- لو أجر صاحب الدار داره بثمن معلوم، ثم أذن المؤجر للمستأجر أن يصرف الأجرة في عمارة الدار وصيانتها، فإن ذلك يجوز.

6- لو كان له في ذمة شخص مال، ثم رأى أن يجعله رأس مال للسلم عنده صح السلم.

7- إذا امتنع المشتري من قبض المبيع ناب عنه القاضي، وفي رأي أن البائع يقبض من نفسه للمشتري فيكون قابضاً ومقبضاً.

**الركن الثاني: المقبض:** وهو من يسلم المقبوض إلى القابض.

**الركن الثالث: المقبوض:** وهو الشيء الذي يسلمه المقبض للقابض.

## المطلب الثاني: أركان العقد

توافر أركان العقد المكونة لماهيته، المقيمة لكيانه، والجايلة منه تصرفا شرعيا قائما وله آثاره محل إجماع بين كافة الفقهاء وإن اختلفوا في عددها، حيث رأى الأحناف أن للعقد ركنا واحدا وهو: الصيغة، أما العاقدان ومحل العقد فهما من شروط العقد؛ لأنهما ليسا جزءا من ماهية العقد، وإن توقف وجوده عليهما " فركن العقد الإيجاب والقبول " <sup>1</sup>، أما الجمهور فيرون أن العقد له ثلاثة أركان هي: الصيغة، والعاقدان، ومحل العقد؛ لأن الركن عندهم ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءا داخلا في حقيقته، والناظر الى هذا الاختلاف بشيء من الدقة يرى أنه اختلاف اصطلاحى لا أثر له في النتائج والآثار، وعليه فإن شرح أركان العقد سيتم وفقا لرأي الجمهور.

### الفرع الأول: صيغة العقد:

صيغة العقد هي أهم أركان العقد وأبرزها، وإنشائها للعقد محل اتفاق بين سائر الفقهاء؛ لذا فقد عُنِي بتبيانها، وتوضيح كیفيتها عناية دقيقة.

**والصيغة:** هي كل ما يعبر به عن اتفاق إرادتين، أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة، أو كتابة <sup>2</sup>.

أو هي: ما يصدر من المتعاقدين دالا على توجه إرادتهما لإنشاء العقد<sup>3</sup>، وتوجه الإرادة هو تعبير عن الرضا الذي هو أساس قيام العقود، ولما كان الرضا أمرا باطنيا لا سبيل لمعرفة، جعل الإيجاب والقبول قرينة دالة عليه، ومنهما تتكون الصيغة.

فالإيجاب: هو اللفظ الذي يصدر من أحد المتعاقدين يوجب به أمرا على نفسه.

والقبول: الرضا بالشيء وميل النفس إليه <sup>4</sup>.

وللفقهاء آرايان في تسمية الإيجاب والقبول:

1 - بدائع الصنائع، 79/6.

2 - فتح القدير، 74/5.

3 - النظريات الفقهية العامة، العفيفي، 25.

4 - لسان العرب، 534/11، مادة: قبل .



**الأول:** للأحناف الذين يرون أن الإيجاب هو: ما يذكر أولاً من كلام أحد المتقاعدين، والقبول: ما يذكر ثانياً من العاقد الآخر دالاً على التراضي<sup>1</sup>.

فالإيجاب " أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف، والقبول: ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يتم العقد"<sup>2</sup>.

فالمعتبر في تمييز الإيجاب عن القبول، هو أولوية الصدور وثانويته، دون النظر إلى الجهة المصدرة.

**الثاني:** وهو للجمهور الذين يرون أن الإيجاب هو:

ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً، والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن جاء أولاً.

وعليه فإن تسمية إحدى عبارتي العاقدين إيجاباً، والأخرى قبولا ما هي إلا تصنيف اصطلاحي ولا مشاحة في الاصطلاح، وإنما الإيجاب ما يقع من البائع أولاً، ويقع القبول من المشتري ثانياً.

1 - رد المحتار، ابن عابدين، 209/18، دار الفكر، بيروت، 1421هـ.

2 - المجلة العدلية، المادتين 101، 102.

## وسائل إيقاع الإيجاب والقبول

كان قد مر أن الإيجاب والقبول أمر باطني لا نحيط بعلمه ما لم يفصح عنه بإحدى وسائل الإفصاح، وهي اللفظ والفعل والإشارة والكتابة، فتلك هي وسائل تحقيق الإيجاب والقبول، وهي الكاشفة عن الرغبة في تكوين العقد أو الرغبة عن تكوينه.

### أولاً: اللفظ:

اللفظ: هو ما يتلفظ به الإنسان أو من في حكمه مهملاً كان أو مستعملاً<sup>1</sup>، وهو الأصل في التعبير عن الإرادة الخفية؛ لأن الإرادة لا تكون مناطاً للحكم إلا إذا ظهرت في شكل يدرك بالحواس صورة محسوسة.

ولأن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الرضا، وقد شاع استعماله لسهولة وقوة دلالاته ووضوحه، فقد درسه الفقهاء وأبانوا مادته وحروفه كما أفاضوا في صيغته وهيئته.

**1 - مادته:** أجمع الفقهاء على انعقاد العقد بكل لفظ يدل على طلب العقد، سواء أكان هذا اللفظ عربياً أم غير عربي، ولا يشترط فيه عبارة خاصة، " بل يصح بكل ما يدل على الرضا المتبادل بحسب الأعراف، فأصل العقود الرضا، قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۗ﴾، (النساء: 29)، وقال ﷺ: "إنما البيع عن تراض" <sup>2</sup>.

غير أن هذا الإجماع وإن شمل سائر العقود، إلا أنه استثنى عقد الزواج؛ لقداسته ورفعته عن الأغراض المالية والتي تكاد أن تكون عاملاً مشتركاً في جميع العقود.

فيرى الأحناف<sup>3</sup> والمالكية<sup>4</sup> انعقاد عقد النكاح " بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال كالتزويج والهبة والجعل والصدقة، وقد ورد استعمال لفظ هبة للدلالة عليه، قال تعالى:

<sup>1</sup> التعريفات، الجرجاني، 247/1.

<sup>2</sup> سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: بيع الخيار، 10/7، رقم الحديث (2185)، صححه الألباني.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 229/2.

<sup>4</sup> الشرح الكبير، 2211/2، بداية المجتهد، 32/3.

﴿وَأَمْرًا مِّنْهُ إِنَّ وَهَبْتُ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾، (الأحزاب: 50).

وقال ﷺ: " ملكتها بما معك من القرآن " 1 .

بشروط توافر النية، والقرينة الدالة على أن المراد باللفظ هو الزواج<sup>2</sup>، ويشترط أيضا توافر " العلانية الدالة على أن المراد بهذه الألفاظ هو الزواج، وفهم الشهود للمقصود " 3 .

ودليلهم وحثهم في ذلك: أن عقد الزواج هو كسائر العقود التي تنشأ وتصير تباعاً لتوافق إرادة المتعاقدين، وأن معنى القربي والطاعة لله في عقد الزواج لا تستلزم ألفاظاً معينة لانعقاده، فغيره من العقود التي تحمل هذا المعنى كالصدقة والعنق والهبة لم يعين لها ألفاظ معينة.

أما الشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> فقد رأوا رأياً مخالفاً لهذا، فعقد الزواج عندهم لا ينعقد إلا إذا عبر عن إرادة عقده بألفاظ معينة مثل (نكح، زوج) واشتقاقاتها وأدلتهم في ذلك<sup>6</sup>:

أن هذين اللفظين هما الدالان على معنى الزواج في اللغة العربية، وبهما التزم القرآن الكريم في أكثر من 20 آية.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَأَفْتُ﴾، (النساء: 22)،

وقال: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾، (الأحزاب: 37).

ولأن عقد الزواج عقد له من القداسة والخطورة ما ليس لغيره، وقد شرع لأغراض سامية إضافة لما فيه من معاني التعبد والقربى لله؛ فقد اشترط فيه الإشهاد فلا يستطيع الشاهدان تحمل الشهادة إلا إذا كان العقد بألفاظ صريحة وواضحة في الزواج، فيقتصر في التعبير عنه بما ورد في لسان الشرع.

وهذا الراجح - والله أعلم -؛ لأن عقد النكاح ليس كسائر العقود فهو العقد الوحيد الذي وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، وعقد هذا شأنه يلزم له من التحرز عند عقده ما لا يلزم لغيره،

1 صحيح مسلم، كتاب: النكاح، باب: الصداق، 1040/2، حديث رقم (1425).

2 الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 4/ 449.

3 النظريات الفقهية العامة، 28

4 مغني المحتاج، 4/ 126.

5 المغني، 7/ 78.

6 النظريات الفقهية 28، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 4/ 449.

وعقده بأي كلمة قد يؤدي إلى سوء فهم أو خطأ من قبل الشهود أو العاقدين مما يترتب عليه فساد وأضرار خطيرة كان بالإمكان تفاديها فيما لو حددت ألفاظ ينعقد بها عقد النكاح.

## 2 - صيغته: اللفظ لا يخرج عن كونه اسماً أو فعلاً، والفعل ثلاثة أنواع:

ماض: وقد حاز على إجماع الفقهاء<sup>1</sup> صحة انعقاد العقد به " بل هو أصل انعقاد العقد به، فلو قال الموجب بعثك هذا بكذا، فقال المشتري: قبلت، انعقد العقد؛ وذلك أن صيغة الماضي تدل على إنشاء العقد في الحال، وهي قاطعة في الرغبة ولا تتوقف على شيء آخر إلا بالقرنية"<sup>2</sup>.

مضارع: ونظراً لأن دلالاته شاملة لحصول الفعل في الحال أو الاستقبال، فقد أجمع الفقهاء على ضرورة اقتران الفعل بقرينة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال، حتى لا يذهب الظن إلى عقد العقد مستقبلاً مجازاً، وتواجد القرينة يستبعد هذا الاحتمال. فقول البائع: أبيعك أو سأبيعك هذا الكتاب بكذا الآن ورد المشتري بقوله: اشتريته، صحيح لتوافر القرينة (الآن)، بخلاف لو حذفنا القرينة وقرناه بالسين أو سوف. عندها تنتفي الإرادة الحالية لإنشاء العقد، ويكون هذا وعداً بالعقد لا تنفيذاً وإقامة له.

وكذا صيغة الاستفهام فلا ينعقد بها العقد لأنها سؤال عن الإيجاب والقبول، وليست إيجاباً أو قبولاً فمن قال: أتبيعني الدار بألف، فرد الآخر: قبلت، لا يعتبر ذلك إنشاء للعقد؛ لعدم توفر الإرادة الحقيقية من الموجب وإنما هو استفسار يحتاج لإجابة، وعلى غرار ما يقرر الشراء أو عدمه.

أمر: وهو طلب حصول الفعل في المستقبل، واختلف الفقهاء في انعقاد العقد به، فرأى جمهور<sup>3</sup> الفقهاء غير الحنفية: انعقاد العقد بلفظ الأمر بدون حاجة للفظ ثالث من الأمر، سواء أكان بيعاً أم زواجاً؛ لأن أساس العقد هو التراضي، وقد جرى العرف على استعمال صيغة الأمر في إنشاء العقود كالماضي والمضارع، فينعقد بها العقد، ويكون الأمر أو المستدعي عاقداً فعلاً: بائعاً أو مشترياً.

ورأى الأحناف<sup>4</sup> أن العقد لا ينعقد بالأمر مطلقاً مثل: بعني أو اشترمني - لأن الأمر يستعمل للطلب، وجواب هذا الطلب هو إيجاب يتطلب قبولاً - إلا إذا قال القائل الأمر مرة أخرى في المثال السابق: اشتريت، أو بعته، أو كانت العبارة تنبئ عن إيجاب أو قبول مقدر (مفهوم

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 133/5، حاشية الدسوقي 3 / 3، مغني المحتاج 2 / 5، المغني، 3 / 560.

<sup>2</sup> النظريات الفقهية، 29.

<sup>3</sup> بداية المجتهد، ابن رشد، 187/3، دار الحديث، مغني المحتاج: 2/4-5، المغني، 3/560.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، 133/5، الفقه الإسلامي وأدلته، 4/451.

ضمناً) يقتضيه المعنى ويستلزمه كأن يقول المشتري: اشتريت منك هذا بكذا، فقال البائع: خذه، والله يبارك لك، فكأنه قال: بعثك فخذ.

ولعل هذا الرأي هو الأرجح لما فيه من تحقيق مصالح الناس ومراعاة أعرافهم وعاداتهم ورافعاً للحرص عنهم. دون مصادمة النصوص الشرعية

- الجملة الاسمية: "وينعقد العقد بالجملة الاسمية على الأصح"<sup>1</sup>، فهي تفيد انعقاد العقد في الحال، لما فيها من الثبوت وتحصيل الفعل.

والمحل الفعلي لمدى صلاحية اللفظ لعقد العقد: هو وضوح دلالاته وصلاحيتها، وخلوها عما يشوبها من احتمالات تدل على غير إنشاء العقد.

### ثانياً: الكتابة:

وهي من وسائل وأساليب إنشاء صيغة العقد التي أجاز الفقهاء من الحنفية<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> انعقاد العقد بها للناطقين والعاجزين عن النطق، وللحاضرين والغائبين، وبأي لغة كانت الكتابة بشرط أن تكون<sup>4</sup>:

1- مستبينة - أي أن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها - فلا يصح إنشاء الصيغة بالكتابة على الماء أو الهواء.

2- وأن تكون مرسومة - أي مسطرة بالطريقة المتعارف عليها بين الناس -، فالرسالة الخالية من ذكر المرسل أو المرسل إليه أو الخالية من التوقيع، لا يصح انعقاد العقد بها؛ وذلك توافقاً مع القاعدة الفقهية "الكتاب كالخطاب".

غير أنهم استثنوا من تلك العقود عقد الزواج، فقد أجمع الفقهاء<sup>5</sup> على عدم صحة انعقاده بالكتابة لعاقدين في مجلس واحد إلا إذا كان أحدهما عاجزاً عن النطق؛ "لأن عقد الزواج يشترط لصحته حضور الشهود وسماع كلام العاقدين، وهذا لا يتيسر في حال الكتابة"<sup>6</sup>.

وإطلاق انعقاد العقود بالكتابة للعاجز والقادر قيده الشافعية<sup>7</sup> والحنابلة<sup>8</sup> بالضرورة مثل: غياب العاقدين، أما في حالة حضورهما فلا حاجة إلى الكتابة؛ لأن العاقد قادر على النطق

1 الفقه الإسلامي، 4/449.

2 بدائع الصنائع، 5/138.

3 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة، 3/3، دار الفكر.

4 الفقه الإسلامي، 4/456.

5 الشرح الكبير، أحمد الدردير، 3/3، تح: محمد عيش، دار الفكر، بيروت، البدائع، 5/138، مغني المحتاج، 3/141، كشف القناع 5/39.

6 الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 4/456.

7 المهذب، الشيرازي، 1/257، دار الفكر، بيروت.

8 غاية المنتهى، 2/4.

فلا ينعق العقد بغيره، بل إن الشافعية<sup>1</sup> رأوا أن بعد المسافة لا يعد ضرورة، وإن بإمكان العاقد أن يوكل من يعقد له بالقول، وهذا فيه تضيق على الناس جعل من قول الجمهور الأكثر توافقاً مع ضرورات الزمن، وأعراف الناس واحتياجاتهم ومراعاة الأصح والأيسر لهم.

ويكون مجلس انعقاد العقد في حال الكتابة هو قراءة الكتاب الحاوي للإيجاب فإذا ما قبل أحد العاقدين إيجاب العاقد الآخر قبل قيامه من المجلس انعقد العقد، والعكس صحيح فيما إذا ترك المجلس أو أبدى ما يدل على عدم قبوله، وكذلك الحال بالنسبة للمراسلات، فمجلس وصول الرسول أو الرسالة هو مجلس العقد، فإن أبدى العاقد قبوله انعقد العقد، وإلا فلا، لأن المعتمد هو مجلس وصول الرسالة أو الكتابة.

### ثالثاً: التعاقد بالأفعال (المعاطاة - التعاطي - المراوضة):

والتعاطي: مصدر تعاطى، وهو مأخوذ من العطو بمعنى التناول<sup>2</sup>، والتعاطي هو: اعتياد الناس التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي من غير وجود صيغة لفظية، حيث إن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين، "فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، ويسمى هذا بيع التعاطي"<sup>3</sup>.

والتعاطي أو المراوضة هو سبيل من سبل الإفصاح عن الرضا في العقود عند ثلثة من الفقهاء "ويكون في البيع كما يكون في غيره من المعاوزات"<sup>4</sup> وللفقهاء في صحة العقد به اتجاهات:

الأول<sup>5</sup>: يرى الأحناف والمالكية والحنابلة صحة انعقاد العقد بالتعاطي فيما تعارفه الناس، سواء أكان المعقود عليه بخساً أم نفيساً؛ لأن التعارف أمانة ظاهرة على التراضي، ويستوي في ذلك فيما إذا كان التعاطي من أحد العاقدين أم من كليهما، وسواء في ذلك سائر العقود من بيع وإجازة وهبة، بشرط أن يكون المعقود عليه معلوماً علماً تفصيلياً، وألا يظهر من أحد العاقدين أو كليهما ما يدل على عدم الرضا أثناء التعاقد.

أما الثاني<sup>6</sup>: فيرى عدم انعقاد العقود بالمعاطاة؛ لأن قوتها الدلالية لا ترقى لأن تكون معبرة على الرضا والذي هو أمر باطني لا سبيل لإدراكه إلا باللفظ أما الفعل فقد يفهم منه غير المراد من العقد لذا، فلا يعقد العقد به وإنما يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو

<sup>1</sup> المهذب، 257/1.

<sup>2</sup> لسان العرب، 68/15، مادة: عطو.

<sup>3</sup> المجلة العدلية، المادة 195.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي، 3/3.

<sup>5</sup> البدائع: 5/134، مواهب الجليل، 228/4، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد السيوطي شهرة، 8/3، المكتب

الإسلامي، ط2، 1415هـ.

<sup>6</sup> المهذب، 1/257، المحلى، ابن حزم: 8/404، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 4/453.

الكنائية، أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كالإشارة المُفهمة أو الكتابة، وهذا مذهب الشافعية والظاهرية.

**والثالث<sup>1</sup>:** وهو ما يراه مالك وبعض الحنابلة، من أن العقد ينعقد بالفعل أو التعاطي متى دل دلالة واضحة على التراضي سواء أتعرفه الناس أم لا؛ لأن التراضي أمر باطني يدرك بما يدل عليه، وكل ما دل عليه فهو معتبر وكل فعل دل على التراضي ينعقد به البيع وقد تعامل به الناس من عهود الإسلام الأولى، ولم يُنقل ما ينكره أو يحجر التعامل به ويحصر الإيجاب والقبول باللفظ؛ ولذلك تنعقد به كل العقود ما عدا الزواج.

وإن اختلف الفقهاء في صحة التعاطي لإبرام العقود فإنهم أجمعوا على عدم انعقاد عقد الزواج به، بل لا بد في إنشائه من الصيغة القولية الصريحة أو ما يقوم مقامها عند الحاجة كما في الإشارة والكتابة؛ لأنه عقد رفيع القدر عظيم الأثر، غير متكرر ولا شائع حتى يبرر عقده بالتعاطي فيجب أن يسان عن كل شبهة أو نقيصة.

#### رابعاً: التعاقد بالإشارة<sup>2</sup>:

الإشارة هي أحد الدلالات التي يستعملها البشر في تواصلهم والإفصاح عما في نفوسهم سواء منهم من عجز عن النطق أو استطاعه، وقد تباينت آراء الفقهاء في صحة انعقاد العقد بالإشارة وفقاً لاستطاعة العاقد النطق من عدمه.

فالعاقد القادر على النطق لا ينعقد العقد بإشارته، وهذا ما ذهب إليه الأحناف<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup>؛ لأن الإشارة مهما قويت دلالتها لا ترقى إلى مرتبة اليقين المستفاد من اللفظ والذي هو أقوى وأدل على الخبر من الإشارة، والعدول عن الأقوى إلى الأضعف لا يكون إلا للضرورة التي لا تتوافر للقادر على النطق، كما أن العبارة هي الأصل والإشارة فرع، والعدول عن الأصل إلى الفرع لا يلجأ إليه إلا إذا تعذر العمل بالأصل.

في حين رأى المالكية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup> جواز التعبير بالإشارة المفهمة؛ لأنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد كما في المعاطاة؛ ولأن العقد ينعقد بما يدل على الرضى عرفاً ويستوي في ذلك اللفظ والإشارة ما دامت مفهومة.

<sup>1</sup> بداية المجتهد، 2/161، المغني، 3/561.

<sup>2</sup> النظريات الفقهية، 33، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 4/455.

<sup>3</sup> البدائع، 5/135.

<sup>4</sup> نهاية المحتاج، 3/11.

<sup>5</sup> الشرح الكبير، 3/3.

<sup>6</sup> المغني، 5/562.

كما أن الإشارة تسمى كلاماً في اللغة، حيث قال الله - تبارك و تعالى -، إجابة للنبي زكريا - عليه السلام - حين سأله آية تدل على صدقه: ﴿ قَالَ ءَايَاتِكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا ۗ ﴾، (آل عمران:41).

فالرمز هو الإشارة، ومتى كانت الإشارة مفهومةً صح العقد بها، باستثناء عقد الزواج؛ لأنه عقد جليل وميثاق غليظ فلا بد من التحرز في ألفاظه لما له من أهمية وخطورة، أما العاقد العاجز عن الكلام، إن كان محسناً للكتابة فقد انقسم فيه الفقهاء إلى فريقين:

1- لا يصح العقد منه بإشارة بل لابد من الكتابة؛ لأنها أبين وأوضح وأبعد عن الاحتمال وهذا هو الراجح عند الأحناف وبعض الشافعية.

2- أن الإشارة والكتابة للعاجز عن النطق سواء، مادام الإفهام والبيان بكلتا الوسيلتين، إذ لا أفضلية لأحدهما على الآخر، فالكلام هو الأصل في التعبير عن الإرادة، وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه والإشارة والكتابة في ذلك سواء "فالإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان" <sup>1</sup> وهو ما ذهب إليه الجمهور.

- وإن كان العاجز عن الكلام عاجزاً عن الكتابة أيضاً فإن عقده بالإشارة متحقق؛ لأنها هي الوسيلة الوحيدة المتيسرة له، فهي بمثابة النطق، ولو لم نعتبرها له لألحقنا به ضرراً جسيماً في منعه من مباشرة حقه في التعاقد وهذا باتفاق الفقهاء.

<sup>1</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة: 70.



## شروط الإيجاب والقبول

الإيجاب والقبول ذلك الركن المتفق عليه من كافة الفقهاء، والذي يتم بعدة طرق أسلف ذكرها، له شروط خارجة عن تكوينه تقومه وتحدد صلاحيته لإنشاء العقد.

### أولاً: الوضوح:

بأن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين في وجود الإرادة المعتبرة في إنشاء العقد، وبصيغة وألفاظ تبين هذا المراد؛ لأن صور العقود عديدة فلا بد من تفصيلها وبيان أي صورة منها يقصدها العاقدين، مما يمكننا من إلزام العاقدين بأحكام عقدهما الواضح المقصود بعيداً عن الشك والاحتمال، وإنما يتحقق ذلك بصدورهما من شخص مميز تكون إرادته معتبرة، فإن صدر من مجنون أو صبي لا يعقل أو نائم، لم يتحقق الارتباط لعدم وجود الإرادة المعتبرة إذ لا إرادة لهؤلاء ومن في حكمهم<sup>1</sup>، غير أن شرط الوضوح لا يلزمنا التزام ألفاظ معينة تقتصر عليها في إنشاء العقود؛ لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، واستثنى من ذلك عقد الزواج لرفعة مكانته وعلو شرفه.

### ثانياً: التطابق:

اشتراط التطابق في صيغة العقد يبين مدى أهمية الوضوح، فبقدر وضوح الصيغة يكون اكتمال التطابق، وسهولة تحقيقه، فالإيجاب والقبول هما رسولا إرادة المتعاقدين الباطنية؛ لذلك لا بد من توافق وتطابق كل منهما مع الآخر تمام التطابق.

ويتحقق التطابق بأن يصدر القبول موافقاً للإيجاب في كل جزئياته، ومطابقاً له على كل العقد سواء أكانت الموافقة حقيقة بأن يقول البائع للمشتري: بعتك هذا الكتاب بعشرين ديناراً فيرد المشتري: اشتريته بعشرين، أو أن تكون الموافقة والمطابقة ضمنية كأن يرد المشتري بقوله: قبلت بثلاثين ديناراً، وبذلك يتحقق التوافق ضمناً، بالإضافة إلى حصول الفائدة للموجب غير أن العقد لا يلزم إلا بالمقدار المطروح من الموجب، أما ما زاد على ذلك فهو بمثابة هبة مبتدأة من القابل ومتوقفة على قبول الموجب، فإن قبلها دخلت في ملكه ولزمت القابل؛ لأن المال لا يدخل في ملك الإنسان دون اختياره ما عدا الميراث<sup>2</sup>.

وإذا خالف القبول الإيجاب في مقدار الثمن بأن كان القبول بأقل مما أوجب الموجب، أو خالف في وصف الثمن كأن قابل المشتري الإيجاب بقبول معطن على زمن مؤجل، أو على بعض الثمن لا كله عندها لا ينعقد العقد، بل يعد هذا القبول المخالف للإيجاب بمثابة إيجاب

<sup>1</sup> أحكام المعاملات الشرعية، على الخفيف، 188 دار الفكر العربي، القاهرة، 142هـ.

<sup>2</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 457/4، النظريات الفقهية، 39.

جديد يحتاج إلى قبول جديد من البائع، وهناك صور عديدة لمخالفة الإيجاب للقبول لا يسمح المقام لذكرها.

### ثالثاً: الاتصال:

أي اتصال الإيجاب بالقبول، وذلك بأن يعقب القبول الإيجاب ويصدران في مجلس عقد واحد، ومجلس العقد: هو الحال الذي يكون فيها المتعاقدان منشغلين بالتعاقد، بأن يتحد كلامهما في موضوع التعاقد وهو ما يحدد مدة بقاء الإيجاب صالحاً لاقتترانه بالقبول .

فإن تم التعاقد عبر المراسلة في حال غياب أحد العاقدين، يكون مجلس العقد هو مجلس علم الغائب بالإيجاب وما إن صدر القبول عقب صدور الإيجاب يكون العقد قد انعقد، وهذا محل اتفاق بين العلماء، غير أن محل الخلاف في الاتصال هو وقت الاتصال أو (الفورية).

حيث ذهب جمهور<sup>1</sup> الفقهاء من حنفية، ومالكية، وحنابلة إلى أن الفورية في الاتصال بين القبول والإيجاب - أي: صدور القبول فور صدور الإيجاب غير مشروط -؛ وذلك لإعطاء القابل فرصة للتأمل لا تتوفر مع شرط الفورية " وإنما يكفي بصدور القبول في مجلس واحد مع الإيجاب حتى ولو طال الوقت إلى آخر المجلس؛ لأن المجلس الواحد يجمع المتفرقات للضرورة، فتعتبر ساعاته وحدة زمنية واحدة تيسراً على الناس، ومنعاً للمضايقة والحرص ودفعاً للضرر على العاقدين قدر الإمكان"<sup>2</sup>.

وذهب الشافعية<sup>3</sup> إلى أن زمن الاتصال يقدر بالمتعارف بين الناس، فلا يأبه بالفصل اليسير بينما يضر الفصل الطويل الذي يشعر بالإعراض عن القبول ويكون رأي الشافعية بذلك قريباً من رأي الجمهور، وإن كان من الشافعية من يرى اشتراط الفورية بين الإيجاب والقبول، حتى عد أن صدور أي لفظ لا علاقة له بالعقد ولو يسيراً يمنع تحقق الاتصال بين القبول والإيجاب، وهم بذلك يتشددون في مبدأ الاتصال ويتمسكون فيه بالأصل والذي يستدعي الفورية تمسكاً شديداً غير أنهم يشفعونه بإقرارهم بمبدأ خيار المجلس، لكل من العاقدين بعد انعقاد العقد مما يتيح لهما فسخ العقد ما دام في المجلس لم يفترقا عنه بأبدانهما، وبذلك يتقارب رأي جميع الفقهاء في اشتراط الفورية.

وعليه فإن التيسير بادٍ في الرأي القائل بعدم اشتراط الفورية، وإن رأى القائلون باشتراطها الأخذ بخيار المجلس؛ لأن التروي في إصدار القبول أيسر من القبول الفوري ثم الفسخ، لما

<sup>1</sup> البدائع 137/5، فتح القدير 78/5، الشرح الكبير، أحمد الدردير، 5/3، المغني 4/4.

<sup>2</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 2946/4

<sup>3</sup> معنى المحتاج، الخطيب الشربيني، 6/2، دار الفكر، بيروت، المجموع، النووي، 179/9، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 2947/4.

في ذلك من تردد وعدم ثبات وإن كانوا قد حافظوا على الأصل في الاتصال باشتراط الفورية.

ولتحقيق معنى الاتصال بين الإيجاب والقبول لابد من توافر أربعة شروط:

#### 1- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول:

بألا يكون الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر؛ لأن الإيجاب لا معنى له في العقد ما لم يتصل بقبول، فالإيجاب كلام اعتباري لا بقاء له ما لم ينضم إليه القبول في حال واحدة من المجلس.

أما إذا انتهى المجلس الأول دون صدور قبول للإيجاب لُغي الإيجاب ووجب تجديده.

واتحاد المجلس مطلوب فيما إذا كان المتعاقدين في مكان واحد، أما في حال غياب أحدهما فسيكون إتمام العقد بواسطة المراسلة التقليدية عبر الرسول، أو الحديثة عبر وسائل الاتصال من هاتف وانترنت وغيرها، وعندها يكون اتحاد المجلس متمثلاً في اتحاد الزمن الذي يكون فيه المتعاقدين منشغلين بالتعاقد؛ ولأن مجلس العقد هو الحال الذي يشتغل فيه العاقدين بالتعاقد فيكون مجلس العقد في المكالمة هو زمن الاتصال مادام الكلام في شأن العقد وبتغييرهما للكلام ينتهي المجلس، وفي المراسلة يكون المجلس بتبليغ الرسالة أو وصول الخطاب؛ لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل فكأنه حضر بنفسه، فأوجب وقبول بالقبول<sup>1</sup>.

وينعقد العقد في حال التعاقد بالوسائل الحديثة بمجرد إعلان القبول ولو لم يعلم الموجب بذلك، لكن الأفضل والأمن إعلام الموجب بالقبول ما أمكن ذلك رفعاً للبس والغموض وتحقيقاً للاستقرار؛ ولأن جهل الموجب بالقبول يوقعه في حرج شديد؛ لأن الموجب إذا لم يعلم بقبول القابل وطالت المدة قد يلجأ إلى التعاقد مع آخر لعدم علمه بصدور القبول.

أما علم القابل بالإيجاب فهو بديهي، إذ لا يتصور ابتداء قبول على إيجاب مجهول، بل من تمام شروط الإيجاب والقبول علم كل عاقد بما صدر من صاحبه، لأن ذلك أساس الاتصال وذلك بأن يسمع الإيجاب إن كان لفظاً، أو يفهمه إن كان كتابةً، أو يراه إن كان إشارة أو فعلاً، وهكذا يتم التزامه بما علق عليه من القبول، وإذا صدر إيجاب بعقد وكان موجهاً إلى آخر فلم يسمعه ولم يعلمه وصادف أن صدرت منه عبارة تصح أن تكون قبولاً لهذا الإيجاب، لم ينعقد العقد وكذلك الحال مع القبول، لذلك أشار بعض الفقهاء إلى أنه يشترط في كل من الإيجاب والقبول إذا كانا ألفاظاً أن يتكلم بهما بحيث يسمعهما القريب من العاقدين عادة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 4/463.  
<sup>2</sup> أحكام المعاملات الشرعية، على الخفيف، 190.

2 - ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد:

ويتحقق ذلك بتمام تعلق كلام العاقدين بموضوع العقد، بحيث لا يتخلل العقد فصل يعد قرينة دالة على الإعراض عن إتمام العقد، كترك الموجب مجلس العقد قبل صدور القبول من القابل أو العكس؛ لأن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض<sup>1</sup>، فلو حصل فاصل يقتضي الإعراض عما كانا فيه حتى لا يكون كلامه جواباً للكلام السابق في العرف لم ينعقد العقد<sup>2</sup>.

بل إن الشافعية ذهبوا في ذلك مذهباً شديداً الحرص فاشتراطوا " ألا يتخلل الإيجاب والقبول لفظ لا تعلق له بالعقد ولو يسيراً " <sup>3</sup>.

كما أن انشغال العاقدين بموضوع لا صلة له بالعقد أو بما يقطع تكوين العقد يعد إعراضاً " وأشبه ما لو صرحا بالرد " <sup>4</sup>.

وعلى أي صورة كان الإعراض فإنه يُبطل الإيجاب، وحتى إن صدر القبول فلا يأبه به؛ لأن الإيجاب ذهب قبل أن يتعاقق مع القبول، فهو كلام اعتباري لا بقاء له إذا لم يتصل بالقبول، ويكون القبول معتبراً مادام لم يتخلل بينه وبين الإيجاب ما يعد إعراضاً عن العقد من أحد الطرفين مادام المجلس قائماً<sup>5</sup>.

ولتمييز الإقبال عن الإعراض وتحديد بقاء المجلس من عدمه، يُلجأ إلى العرف؛ لأن ما لا حد له في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف، فما يعده الناس تفرقاً وانصرافاً يكون مُنهياً للمجلس: كتفرق العاقدين، أو تعليق المكاملة من أحدهما، أو إلى غير ذلك من الصور الموحية بانصراف أحد العاقدين عن العقد، وما لا يعدونه انصرافاً، فإنه يُبقي على المجلس ويمنح العاقدين فرصة لتكوين العقد.

3- ألا يرجع الموجب في إجابته قبل قبول القابل:

لا ينعقد العقد إلا إذا ظل الإيجاب قائماً حتى يقابله قبول، فإن عدل الموجب عن إجابته فلا عبرة للقبول عندها؛ لعدم اتصال القبول بالإيجاب ويرى جمهور الفقهاء أحقية الموجب في الرجوع عن إجابته قبل صدور القبول من العاقد الآخر، "لأن الموجب هو الذي أثبت للمخاطب ولاية القبول فله أن يرفعها كعزل الوكيل"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> رد المحتار، ابن عابدين، 20/4.

<sup>2</sup> مواهب الجليل، 240/4، 241.

<sup>3</sup> نهاية المحتاج، 3/ 269، 270.

<sup>4</sup> كشف القناع، البهوتي، 147، 148/3.

<sup>5</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 466/4-467.

<sup>6</sup> فتح القدير، 254/6.

كما أن الالتزام بالعقد لم ينشأ بعد فهو لا ينشأ إلا بارتباط الإيجاب بالقبول؛ ولأن الموجب حر التصرف بملكه وحقوقه وبإيجابه أثبت للطرف الآخر حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك فيقدم عليه عند التعارض؛ كما أن الأول ثابت لصاحبه أصالة والثاني لا يثبت إلا برضا الطرف الأول، فليس للقابل حق ثابت إنما هو إذن بالتملك، وهذا الإذن رهن لإرادة الأذن فإذا عدل عنه بطل، وحق الرجوع مكفول للقبول اللفظي كما الكتابي أو غيره، فللموجب أن يرجع ولو كتب شطر العقد<sup>1</sup>.

هذا ما يراه الجمهور<sup>2</sup>، أما المالكية فإنهم يرون أن لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول<sup>3</sup>، فالرجوع عن الإيجاب لا يبطله، بل يبقى الإيجاب إلى أن يقبله الطرف الآخر فيتصل به القبول وينعقد العقد، أو يردده فلا ينعقد، - وذهب الدسوقي<sup>4</sup> إلى أن هذا إنما يكون في الصيغة الملزمة كصيغة الماضي<sup>5</sup>، ويكون وجوب بقاء الإيجاب قائماً ضرورياً إذا ما حدّد الموجب مدة للقبول كأن يقول: أنا على إيجابي مدة كذا وكذا، فيلزمه الالتزام والتقيد بالمدة التي حددها ولا عبرة عندها ببقاء المجلس أو انتهائه، التزاماً بقوله ﷺ: "المسلمون عند شروطهم"<sup>6</sup>.

#### 4 - وفاة أحد العاقدين:

قال جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة<sup>7</sup>: بطلان الإيجاب بوفاة أحد العاقدين فلا ينعقد العقد بصدور القبول بعد وفاة الموجب؛ حيث "يشترط لصحة القبول حياة الموجب فلو مات قبله بطل الإيجاب"<sup>8</sup>، ولا ينعقد أيضاً بقبول ورثة القابل؛ لا شرطاً "أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب، فلو مات المخاطب به قبل قبوله فقبل وارثه لم ينعقد"<sup>9</sup>؛ ولأن القبول بعد وفاة الموجب لا يجد ما يلتقي معه من الإيجاب لبطلانه بالوفاة، ولأن مجلس العقد انقض بالوفاة فلم يتوفر شرط الانعقاد وهو الاتصال بين الإيجاب والقبول.

أما المالكية فإنهم رأوا عدم بطلان الإيجاب بموت من وجه له الإيجاب، بل قالوا بتوريث حق القبول لورثة من وجه إليه الإيجاب، فإذا "أوجب لزيد فلوارثه القبول والرد"<sup>10</sup>.

1 أحكام المعاملات الإسلامية، علي الخفيف، 202.

2 بدائع الصنائع، 5/ 138، مغني المحتاج، 2/43، غاية المنتهى، 2/29.

3 مواهب الجليل، محمد المغربي، 240/4، 241، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.

4 الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: (1230 هـ - 1815 م)، من علماء العربية. من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة. وكان من المدرسين في الأزهر. له كتب، منها (الحدود الفقهية) في فقه الإمام مالك، و (حاشية على مغني اللبيب)، و (حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل) وغيرها. (الأعلام، خير الدين الزركلي، 17/6، دار العلم للملايين، ط5، 2002 م).

5 حاشية الدسوقي، 4/3.

6 صحيح البخاري، كتاب: الإجارة، باب: أجره السمسرة، 749/2.

7 المغني، 43/6.

8 الفتاوى الهندية، 7/3.

9 مغني المحتاج، 330/2.

10 أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، 369/6.

فهم بذلك يقرون بعدم انتهاء مجلس العقد بوفاة أحد العاقدين، وكما قيدوا الموجب بعدم الرجوع عن إيجابه قبل قبول أو رفض القابل، فإنهم أفسحوا له باستمرار المجلس ولو مات القابل، وأيضاً كما انهم منحوا القابل حق تقرير مصير الإيجاب الصادر عن الموجب ومنعوا الموجب من الرجوع عنه إلا بعد قبول أو رفض القابل، فإنهم ألزموا القابل توريت حق القبول أو الرفض لورثه ولم يبطلوا الإيجاب بموته.

رابعاً: أن يكون موضوع العقد قابلاً لآثاره شرعاً:

بأن يكون المحل الذي يقع عليه الإيجاب والقبول مأذون في التعاقد عليه شرعاً " فإن كان غير قابل لحكم العقد شرعاً بأن كان الشارع قد نهى على أن يكون محلاً للعقد، فلا يتحقق الارتباط أو الاتصال بين الإيجاب والقبول"<sup>1</sup>.

ويكون كل عقد نشأ على هذا المبدأ من عدم المشروعية عقد باطل ولا اعتبار أو وجود له، فما بنى على باطل فهو باطل لم يشرع تداوله أو التعاقد عليه كالتعاقد على بيع الخمر، أو الخنزير.

---

<sup>1</sup> أحكام المعاملات الإسلامية، علي الخفيف، 189.

## مبطلات الإيجاب

للإيجاب أسباب تسقطه وتبطله فتمنع وتحول دون اتحاده مع القبول وتكوين العقد، وهذه المبطلات هي:

### 1- رجوع الموجب عن إيجابه:

وهو حق من حقوق الموجب عند جمهور الفقهاء كما أسلفنا، فله أن يتراجع عن إيجابه متى شاء ما لم يصدر قبول من القابل، فطالما أن الإيجاب لم يتصل به قبول فمن حق صاحبه أن يعدل عنه، بناء على حرите الأصلية في تصرفاته؛ ولأن الإيجاب قد أثبت المخاطب به ولاية الأخذ والموجب هو الذي أثبت له الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل<sup>1</sup>.

أما جمهور المالكية<sup>2</sup> فإنهم يرون عدم جواز رجوع الموجب عن إيجابه مدة بقاء مجلس العقد؛ لأن الإيجاب قد أوجد حقاً للطرف القابل ولا يحق للموجب إهدار هذا الحق مادام المجلس قائماً، وعليه يكون الرجوع عن الإيجاب غير مبطل له خلافاً لرأي الجمهور.

### 2- رفض الإيجاب من الطرف الآخر:

الإيجاب بتعريفه سواء المعتمد عند الجمهور: وهو ما صدر عن البائع أو المؤجر سواء أصدر أولاً أم آخرأ، أو المعتمد عند الحنفية: بأنه ما صدر أولاً من أحد العاقدين. فعلى كل أحواله هو إبداء الرغبة في التعاقد وإنشاء عقد ورباط يسمح بتبادل المنافع أو حق التملك أو غيرها من المصالح.

فإن قبول هذا الإيجاب بالرفض صراحة أو ضمناً، فلا قيمة له عندها؛ لأن الأساس لبناء العقود يقوم على التراضي التام، فكان رفض الإيجاب أو الإعراض عنه إعلام للموجب بعدم الرضا والقبول لعرضه، وبالتالي بطلان إيجابه<sup>3</sup>.

### 3- هلاك المحل أو تغييره:

محل العقد " هو ما يقع عليه تعاقد المتعاقدين وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره "4، وتغييره أو هلاكه يبطل الإيجاب؛ لأن الإيجاب عندما صدر من الموجب كان على رغبة منه في المحل على ما هو عليه، وتغييره قد لا يُرضى الموجب أو قد يخرج المحل عن كونه مشروع

<sup>1</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 330/2، المغني، 4/4، النظريات الفقهية، 45.

<sup>2</sup> مواهب الجليل، الحطاب، 330/6.

<sup>3</sup> مواهب الجليل، 331/6، نهاية المحتاج، 270/3.

<sup>4</sup> أحكام العقد، أحمد داود، 139/1.

التداول كصيرورة العنب خمراً وموت الشاة أو استبدالها بخنزير، عندها لا عبرة للإيجاب وإن قابله قبول؛ لأنه لم يقع على المحل الذي نواه الموجب.

فإن كان التغير في المحل في صالح الموجب، فإن الإيجاب لا يسقط عندها؛ لأن مطابقة المحل للصورة التي أدركها الموجب قبل التغير كانت ضمنية لكونها تحققت وزاد النفع فيها.

4- خروج الموجب عن أهليته:

إذا ما خرج الموجب عن أهليته بموت أو جنون أو إغماء قبل صدور القبول واشتباكه مع الإيجاب. فإن الإيجاب يعتبر ساقطاً ولا قيمة له، وعليه لا ينشأ العقد؛ لأن "العاقِد يتصرف بأهليته" <sup>1</sup> فإن زالت زال تصرفه <sup>2</sup>.

5- انقضاء مجلس العقد:

يبطل الإيجاب وينتهي بانتهاء مجلس العقد، حسيماً بتفرق العاقدين بحيث لا يسمع أحدهما الآخر، أو معنوياً كإعراض العاقدين أو أحدهما عن موضوع العقد دون صدور قبول من الطرف الآخر <sup>3</sup>.

ومجلس العقد: "هو الاجتماع الواقع للعقد" <sup>4</sup> والدليل على اعتبار المجلس جامعاً للإيجاب والقبول هو: الضرورة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر، وإلا فالإيجاب يزول بزوال الوقت الذي وقع فيه فلا يلحقه القبول حقيقة، والقياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في مجلس واحد؛ لأنه كلما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده، فوجد الثاني، والأول منعدم فلا ينتظم الركن، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب التعاقد، فاعتبر المجلس جامعاً للشطرين حكماً للضرورة <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> رد المحتار، 325/19.

<sup>2</sup> ومغني المحتاج 2، / 330، المغني، 4 / 10.

<sup>3</sup> النظريات الفقهية، 48.

<sup>4</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة: (181).

<sup>5</sup> بدائع الصنائع، 5 / 137، مواهب الجليل، 331/6.



## الفرع الثاني: العاقد

الإيجاب والقبول هما ركن العقد الذي اجتمع عليه جمهور الفقهاء وبدونهما لا أثر للعقد ولا وجود له، غير أنهما لا يتوصل إلى إيجادهما إلا بالعاقدين اللذان يصدرانهما، إما أصالة أو وصاية أو وكالة.

ولأنهما هما وسيلة إنشاء الصيغة فقد اعتبر فيهما أمران يجعلان منهما صالحين لتكوين العقد وإنشائه نافداً صحيحاً وهما: الأهلية والولاية، فمن فقدهما معا لا يكون هناك أي اعتبار لعبارته أو صيغته؛ لانعدام قصده وإرادته، ومن توافرتا فيه، كان عقده نافداً صحيحاً، وصح منه كل عقداً أو التزاماً أو اتفاقاً، ومن لم تكتملا فيه كان لعبارته بعض الآثار ولم يكن لها البعض الآخر.

### أولاً: الأهلية:

**لغة<sup>1</sup>:** وتعنى الأهلية للأمر الصلاحية له، فهي عبارة عن صلاحية الشخص لوجوب الحقوق الشرعية له أو عليه.

**وشرعاً:** أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدوره وطلبه منه وقبوله إياه.

وهي ضربان: أهلية الوجوب للحقوق المشروعة له وعليه، وأهلية الأداء أي: كونه معتبراً فاعله شرعاً<sup>2</sup>.

**أهلية الوجوب:** هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه كالتزامه ثمن المبيع أو عوض القرض.

فهي بذلك لها وجهان: وجه سلبي ويتمثل في تحمل الواجبات والالتزامات، ووجه إيجابي: وهو صلاحية كسب الحقوق أو الإلزام عموماً، ومناطق هذه الأهلية الحياة والتي بوجودها تتوافر الثقة، فهي تثبت لكل إنسان حي، صغيراً أم كبيراً عاقلاً أو سفياً، حراً أم عبداً، فتبدأ من مرحلة الجنين وتبقي ما بقيت الحياة فإن زالت الحياة زالت أهلية الوجوب معها، ما لم يكن هناك ضرورات تحتم بقائها إلى أن تزول تلك الضرورات مثل بقاء أهلية الوجوب للميت إذا كان مديناً وله مال يغطي الدين حتى يوفى دينه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، 32/1، تاج العروس، الزبيدي 45/28.

<sup>2</sup> التقرير والتحرير، محمد بن محمد الحنبلي، 471/3، تخ: عبد الله محمود محمد، دار الكتب العلمية - بيروت " 1419 هـ.

<sup>3</sup> كشف الأسرار، البزدوي، 337/4، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 473/4، أحكام المعاملات الإسلامية، الخفيف، 258.

وبذلك تكون هذه الأهلية السلبية أثر من آثار الذمة، والتي هي: وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلاً للوجوب له والوجوب عليه، فهي كالوعاء الاعتباري في الشخص يجتمع عليه وتثبت فيه الديون والالتزامات المترتبة.

فيكون ثبوت الحق للشخص معتمداً على توافر أهليته، أما ثبوته عليه كالدين مثلاً، فيتوقف على توافر طرف اعتباري مفترض هو الذمة.

**والذمة لغة: العهد؛ لأن نقضه يوجب الذم وهو سبب للمطالبة<sup>1</sup>.**

ولأنه وكما سبق فلأهلية الوجوب وجهان: الوجه الإيجابي وهي ثبوت الحقوق لصاحب الأهلية، وصلاحيته للإلزام، وهذه ثبت له منذ كونه جنيناً باتفاق الفقهاء ولا حاجة لوجوب ذمة مقدر في شخصه لأن الحق له لا عليه، أما الوجه السلبي وهو الالتزام وثبوت الحق على صاحب الأهلية فهو متوقف على أمرين:

- قابلية تحمله لتلك الحقوق ولا تتحقق هذه القابلية إلا بعد الولادة.

- توافر محلٍ مقدر في الشخص تستقر فيه الحقوق حال ثبوتها ويفرغ منها حال سقوطها.

وهنا يتضح الفرق بين الذمة والأهلية فيجتمعان في الحر البالغ الكامل الأهلية، فهو ذو ذمة وأهلية وتنفرد الذمة في العبد فهو ذو ذمة ولا أهلية له، كما تنفرد الأهلية في الصبي المميز فهو ذو أهلية ولا ذمة مستقلة له<sup>2</sup>.

وأهلية الوجوب نوعان:

1- أهلية الوجوب الناقصة وهي: صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، وهو ملزم لغيره غير ملزم من غيره وتثبت للإنسان من مرحلته الجنينية، وتثبت له بها كافة حقوقه النافعة والتي لا تحتاج إلى قبول منه كالنسب والوصية والإرث واستحقاقه لغلات الوقف الذي وُقف عليه.

أما المنافع التي تتوقف على قبوله كالشراء والهبة، لا تثبت له؛ لأن الجنين لا عبارة له ولا وصياً أولياً يقوم مقامه.

2- أهلية الوجوب الكاملة وهي أشمل من الناقصة: فهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه، ومناط ثبوتها ولادة الإنسان حياً؛ لأن أهلية الوجوب الناقصة تثبت له بكونه جنيناً، ثم بولادته حياً اكتملت أهليته، فيكتسب حقوقه ويتحمل واجباته بمجرد ولادته حياً، لإمكانية قيام وليه أو وصيه بهذه الواجبات وقبوله للمنافع المتوقعة على القبول،

<sup>1</sup> التعريفات، الجرجاني، 143/1، أحكام المعاملات الإسلامية، 258.

<sup>2</sup> الفروق، القرافي 226/3

ولا تسقط هذه الأهلية بأي حالٍ من الأحوال بل تضل ملازمة للإنسان منذ ولادته وحتى وفاته.

ومما سبق يظهر أن أهلية الوجوب بشقيها - الكاملة والناقصة - لا أثر لها لإنشاء العقود، فلا عبرة بأي تصرف عقدي للصبي غير المميز حتى وإن كان نافعا نفعاً محضاً له كالهبة؛ لأن عبارته ملغاة ولا يجب عليه شيء من الالتزامات كالعبادة مثلاً فهو غير مطالب بصلاةٍ أو زكاةٍ أو صومٍ.

### أهلية الأداء:

وهي صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجهٍ يعتد به شرعاً، وهي بذلك تكون مرادفة للمسؤولية - بسائر أشكالها - اتجاه حقوق الله - تبارك وتعالى - من صومٍ وصلاةٍ وزكاةٍ وغيرها، وإلى سائر التصرفات القولية والفعلية الصادرة عن الشخص. وتنقسم أهلية الأداء إلى قسمين أهلية أداء قاصرة وأهلية أداء كاملة.

- فالقاصرة باعتبار قوة البدن، وذلك ما يكون في الصبي المميز قبل أن يبلغ، والمعتوه بعد البلوغ - فإنه بمنزلة الصبي - من حيث إن له أصل العقل وقوة العمل بالبدن، وليس له صفة الكمال في ذلك لا حقيقة ولا حكماً.

- والكاملة وتبني على قدرتين: قدرة فهم الخطاب وذلك يكون بالعقل، وقدرة العمل به وذلك بالبدن، فيبني على القاصرة صحة الأداء، وعلى الكاملة وجوب الأداء وتوجه الخطاب<sup>2</sup>.

### أهلية الأداء القاصرة:

وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر، وتثبت للإنسان منذ بلوغه سن التمييز بعد تمامه سبع سنين إلى حين بلوغه، ويلحق به المعتوه الذي لم يصل إلى فقدان العقل وإنما يكون به ضعف إدراك وتمييز، وأثر هذه الأهلية متباين بين حقوق الله وحقوق عباده.

فحقوق الله كالعبادات تصح منه، غير أنه لا يطالب بها إلا على سبيل التأديب والتربية كتعليمه الصلاة وتدريبه على الصوم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، 337/2، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ.

<sup>2</sup> كشف الأسرار 351/4، البزدوي، 351/4، تح: عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 155/1، المغني، 133/8، كشف القناع، 225/1..

أما حقوق العباد فهي إما: مالية كضمان المتلفات وأجرة الأجير ونحو ذلك فإنها تجب في ماله؛ لأن المقصود منها هو المال لا الأداء، وأداؤه يحتمل النيابة، فيصح للصبي المميز أدائه هو أو وليه؛ لأن أداء وليه في حصول المقصود كأدائه<sup>1</sup>.

وأما ما كان منها عقوبة كالقصاص، فإنه لا يجب عليه عند الحنفية والمالكية والحنابلة؛ لأن فعل الصبي لا يوصف بالتقصير، فلا يصلح سبباً للعقوبة لقصور معنى الجناية في فعله، ولكن تجب في فعله الدية؛ لأنها وجبت لعصمة المحل، والصبأ لا ينفي عصمة المحل؛ ولأن المقصود من وجوبها المال، وأداؤه قابل للنيابة، ووجوب الدية في ماله عند الحنفية، وعلى عاقلته عند المالكية والحنابلة؛ لأن عمدتهما خطأ، والعاقله تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية<sup>2</sup>.

أما تصرفاته المالية، ففيها تفصيل على النحو الآتي<sup>3</sup>:

1- التصرفات النافعة في حقه نفعاً محضاً، تكون معتبرة وإن لم يجزها الولي كقبوله الهبة والهدية.

2- التصرفات الضارة في حقه ضرراً محضاً، تكون غير معتبرة وإن أجازها الولي كأن يهب أو يتنازل عن شيء من ماله لغيره.

3- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وهذه تتوقف على إجازة الولي بحسب ما يراه من نفعها وضررها.

### أهلية الأداء الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره، فإن كان يبني على الأهلية القاصرة صحة الأداء، فإنه يبني على الكاملة وجوب الأداء وتوجه الخطاب به وهي بدورها تبني على قدرتين: القدرة على فهم الخطاب والقدرة على العمل به.

فقدرة الفهم توجد محلاً صالحاً لتوجيه الخطاب والإلزام به، والقدرة على العمل بالخطاب تحقق هذا الإلزام وتحيله واقعاً وهي تثبت لمن بلغ الحلم وهو في تمام عقله، وتمنحه الحق في إنشاء كافة التصرفات والعقود دون الوقوف على إذن من أحد، ولما كان العقل أمراً خفياً كان لزاماً من ربطه بعوارض ظاهرة تضبط تمامه ونقصانه، وهذه العوارض هي عوارض

<sup>1</sup> التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، ابن أمير الحاج، 166/2.

<sup>2</sup> التقرير والتحبير، 167/2، حاشية الدسوقي، 4 / 246، المغني، 295/8. الموسوعة الفقهية الكويتية، 159/7.

<sup>3</sup> أصول السرخسي 2 / 341، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ.

البلوغ فهي دالة على اكتمال العقل وبالتالي صلاحية الشخص للتكليف والأداء، فأقام الشرع البلوغ الذي تعتدل عنده العقول في الأغلب مقام اعتدال العقل حقيقة تيسيراً على العباد<sup>1</sup>.

وعليه فإن أهلية الإنسان هي مناط التكليف وغايته، وهي لا تكون كاملة بولادة الإنسان، بل تمر بمراحل حتى تكتمل وهذه المراحل هي أطوار حياة الإنسان ومحطات ينتقل العقل من خلالها من الأدنى إلى الأعلى وهي خمس مراحل:

### المرحلة الأولى: المرحلة الجنينية<sup>2</sup>:

وهي كون الإنسان جنيناً في بطن أمه، فتثبت له بذلك أهلية وجوب ناقصة تضمن له بعض الحقوق كالنسب والميراث واستحقاق الوصية له، أو الوقف عليه، وهي أهلية وجوب ناقصة وسبب نقصها أمران:

1- اعتداد الجنين جزءاً من أمه.

2- اعتداده من جهة أخرى إنساناً مستقلاً عن أمه قابلاً للانفصال عنها بعد تمام تكوينه.

### المرحلة الثانية: طور الطفولة:

وهي من وقت الولادة إلى وقت التمييز، أي: بلوغ السابعة من العمر، فتثبت للطفل في هذه المرحلة أهلية وجوب كاملة، تُثبت له حقوقه وتُلزمه بالواجبات التي يمارسها وليه عنه نيابة، وليس له أهلية أداء مطلقاً فليس له أنه ينشئ عقوداً لعدم اعتبار عبارته ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً، ولا تصح تصرفاته وإن أذن له وليه؛ ولأن مناط التكليف هي أهلية الأداء فلا يكلف الصبي بشيء من الطاعات البدنية<sup>3</sup>.

### المرحلة الثالثة: طور التمييز<sup>4</sup>:

وهي المرحلة العمرية الممتدة من عمر السابعة وحتى البلوغ، والتي تظهر فيها قدرة الشخص على التمييز بين الخير والشر وبين المنح والسلب، ويكتسب فيها الفرد أهلية أداء ناقصة فيما يخص المعاملات المالية فتتخصص معاملاته وعقوده المالية في ثلاثة أصناف من حيث صحتها ونفادها: إما تصرفات نافعة نفعاً محضاً، أو تصرفات ضارة ضرراً محضاً، أو تصرفات دائرة بين النفع والضرر.

<sup>1</sup> كشف الأسرار، البزدوي، 351/4.

<sup>2</sup> التقرير والتحبير، 473/3، كشف الأسرار، 352/4.

<sup>3</sup> كشف الأسرار، 4 / 239، المجلة، المادة: 966، أحكام العقد، 158.

<sup>4</sup> درر الحكام، علي حيدر، 676/2-686، نج: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، أصول السرخسي 2 / 341.

هذا فيما يخص العقود والمعاملات المالية أما التكاليف التعبدية كالصوم والصلاة فهي غير واجبة على الصبي المميز إلا بالبلوغ ولكنها تصح منه إذا ما قام بها. وقد مر معنا بيان ذلك.

### المرحلة الرابعة: طور البلوغ وسن الرشد المالي:

وهي المرحلة المبتدئة بالبلوغ " وهو انتهاء حد الصغر"<sup>1</sup>، حيث يكون الإنسان أهلاً للتكاليف الشرعية.

وتثبت للإنسان في هذه المرحلة أهلية أداء كاملة في جميع التكاليف الشرعية، أما ما يتعلق بالتصرفات المالية فلا تتحقق له الأهلية الكاملة مالياً إلا بتوافر الرشد الذي هو قمة هرم الأهلية لما فيه من قصد الصواب والثبات، والرشد يتحقق ويتوافر بتحقق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها، ويرى الشافعية أن الرشد له نوعان؛ لأن "إيناس الرشد: هو إصلاح الدين والمال وإصلاح الدين: ألا يرتكب المعاصي ما تسقط به العدالة، وإصلاح المال: أن يكون حافظاً لماله غير مبذر"<sup>2</sup>.

وعلى كل فهو أمر لا يضبط بمعيار ثابت، ولكن يختلف باختلاف الشخص وبيئته وثقافته وقد يلزم الرشد البلوغ وقد يتأخر عنه، وعليه إذا بلغ الشخص رشيداً كملت أهليته، ورفعت الولاية عنه فتسلم إليه أمواله، وتنفذ تصرفاته وإقراراته، أما إن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء، وتستمر الولاية عليه؛ لأنه "لا يجوز للإنسان التصرف في ماله إلا بأربعة أوصاف البلوغ والعقل والحرية وكمال الرشد وهو حسن التصرف في المال"<sup>3</sup>، فلا "ينفك حجره بل يستدام لأن الله علق دفع المال إليه بالبلوغ وإيناس الرشد فكما لا يرتفع الحجر إذا رُشد قبل البلوغ لا يرتفع إذا بلغ قبل الرشد ولأن الحجر إنما ثبت للحاجة إلى حفظ المال وهي باقية"<sup>4</sup>.

ويرى الإمام أبو حنيفة أن بلوغ الشخص العاقل يكمل أهليته وإن لم يُر له الرشد، فترتفع عنه الولاية احتراماً لأدميته وكرامته، ولكن لا تسلم له أمواله على سبيل الاحتياط، لا على سبيل الحجر عليه؛ لأنه لا يرى الحجر على السفیه (المبذر)، وأما منع أمواله عنه فينتهي إما بالرشد فعلاً أو ببلوغه خمسا وعشرين سنة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> البحر الرائق، ابن نجيم، 96/8.

<sup>2</sup>المجموع، النووي، 366/13، مجلة م (947) 79

<sup>3</sup> الفواكه الدواني، النفراوي، 147/2.

<sup>4</sup> حاشية الرملي، 208/2.

<sup>5</sup> رد المحتار، 104/5.

## عوارض الأهلية

تكتمل أهلية الأداء إذا ما بلغ الإنسان وكان رشيداً، ويستمر كمالها ما استمر العقل محفوظاً عن أي عارض قد يغيبه أو ينقصه أو يضعفه، أو يفسد عليه صوابه وتدبيره؛ ولأن أهلية الأداء هي منطلق وأساس تكوين الإرادة العقدية، فقد اهتم بها الفقهاء وأطروا لها عوارضها التي قد تنفي أو تنقص هذا الكمال، وجاءت هذه العوارض على درجات متعددة من حيث قوة تأثيرها على الأهلية، فالعوارض أمور تعرض للأهلية، فتمنعها من بقائها على حالها، حيث يزيل بعضها أهلية الوجوب كالموت، وبعضها يزيل أهلية الأداء كالنوم والإغماء، وبعضها يوجب تغييراً في بعض الأحكام مع بقاء أصل أهلية الوجوب والأداء كالسفر، وهذا تصنيفها<sup>1</sup>:

1. عوارض تزيل العقل بصفة دائمة فتزيل معه الأهلية: كالجنون المطبق.
2. عوارض تضعف العقل دون إزالته فتتقص بذلك الأهلية: كالعته الذي لا يعدم التمييز.
3. عوارض لا تؤثر في العقل، لكنها تستوجب حدوداً تضبط تصرفات صاحب الأهلية وتقيدتها، فيكون أثرها شبيهاً بأثر الأهلية الناقصة كالسفه والغفلة.
4. عوارض لا تقسد الأهلية ولا التدبير، ولكنها تؤثر على حقوق الغير فتستوجب حدوداً للتصرفات تقضي للحفاظ على هذه الحقوق دون أن تقيد التصرفات كعارض مرض الموت والدين.

**أولاً: الجنون:** وهو نوعان:

الجنون المطبق: وهو الذي يستوعب جميع أوقات صاحبه، فيكون حكمه حكم الصبي الذي لا يميز.

أما الجنون غير المطبق: فهو "الذي يكون صاحبه في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها"<sup>2</sup> أي: أن جنونه متقطع لا مستمر، فيكون تصرف صاحبه في حالة الإفاقة كتصرف العاقل الرشيد مادام العقل سليماً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كشف الأسرار، البزدوي، 4/307.

<sup>2</sup> المجلة العدلية: المادة 944.

<sup>3</sup> أحكام المعادلات الشرعية، الخفيف، 268.

وتأثير الجنون إجمالاً إنما يكون واقعاً على أهلية الأداء لا الوجوب؛ لأنه مناط أهلية الوجوب هو الصفة الإنسانية والحياة، ولو افترقنا عن العقل.

**ثانياً: العته:** وهو صفة تجعل من صاحبها " قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون "1.

وحكم المعتوه في جميع تصرفاته هو حكم الصبي المميز.

**ثالثاً: الإغماء:** وهو فتور يزيل القوى، ويعجز به ذو العقل عن استعماله، مع قيامه حقيقة<sup>2</sup>.

والمغمى عليه حال إغمائه كالنائم حال نومه لا فارق بينهما في جميع العقود والالتزامات لعدم قصده وإرادته، غير أن النوم عارض طبيعي، والإغماء غير طبيعي، فيكون حكمها واحداً في التصرفات، وهو إلغاؤها وبطلانها لانعدام القصد عند المغمى عليه<sup>3</sup>.

**رابعاً: النوم:** وهو فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة، ولا يزيل العقل بل يمنعه عن العمل، ولا يزيل الحواس الظاهرة، بل يمنعها أيضاً عن العمل، فالنائم ليس له عبارة معتبرة، وكل ما يصدر عنه من قول فهو لغو، لعدم قصده وإرادته؛ ولأنه عارض طارئ ومؤقت، كان زوال أهلية الأداء به زوالاً مؤقتاً.

**خامساً: السكر:** حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فتعطل عقله عن التمييز بين الحسن والقبيح<sup>4</sup>.

وذهاب العقل بالسكر، للفقهاء فيه رأيان:

- فريق نظر إلى السكر في ذاته، فوجد أنه بالإرادة والقصد، فأبطل معه العبارة ولم يرتب عليها قصداً ولا التزاماً، لا فرق عندهم بين سكر بسبب مباح كالناشئ عن المخدر لأسباب طبيعية، وسكر بسبب غير مباح: كتناول الخمر والمخدرات، وهو رأي فريق من المالكية<sup>5</sup>.

- أما فريق الجمهور فقد نظر إلى سبب السكر، فإن كان مباحاً أي عن طريق دواء أو عقاقير فالحكم عندهم أن ليس لعبارته أي اعتبار، أما السكر المحرم، فتقبل عبارته زجراً وعقاباً على تسببه في تعطيل عقله<sup>6</sup>.

1 إدرر الحكام، علي حيدر، 686-676/2، تج: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت..

2 كشف الأسرار، 392/4.

3 أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، 268، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 484/4.

4 شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، 391/2.

5 الشرح الكبير، 265/2.

6 أحكام المعاملات الشرعية، 268، كشف الأسرار:، 393/4، التقرير والتحبير، 193/2.



**سادسا: السفه:** وهو خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب فتحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع مع قيام العقل، وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع<sup>1</sup>.

ولا أثر للفسق والعدالة فيه، كما أنه لا يؤثر في الأهلية، فيظل السفه كامل الأهلية، لكنه يمنع من بعض التصرفات، واختلف الفقهاء في جواز الحجر على السفه، فذهب الجمهور<sup>2</sup> على أنه يُحجر على السفه كما يحجر على الصبي والمجنون، وقال أبو حنيفة<sup>3</sup>: لا يحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه أو الدين والفسق أو الغفلة؛ لأن في سلب ولايته على ماله إهداراً لأدميته وإحاقه بالبهائم، وهو أشد ضرراً من التبذير. ولكن لا تسلم له أمواله على سبيل الاحتياط، لا على سبيل الحجر عليه؛ لأنه لا يرى الحجر على السفه (المبذر)، وأما منع أمواله عنه فينتهي إما بالرشد فعلاً أو ببلوغه خمسا وعشرين سنة.

**سابعا: الغفلة:** وهي ملحقة بالسفه من ناحية جواز الحجر عند الجمهور<sup>4</sup>، ومنعه عند أبي حنيفة<sup>5</sup>.

**والمغفل:** هو من لا يحسن التصرف لسذاجته وبساطة تفكيره، وهو من اختل ضبطه وحفظه، فينخدع بتحسين الكلام ولا يتفطن لما يوجب الإقرار والإنكار وتناقض الكلام، فيغيب في البيع لسلامة قلبه، ولا يهتدى إلى خيره ولا إلى أسباب الربح والخسارة، فيخدع بسهولة، وحكم السفه والمغفل سواء، غير أن السفه كامل الإدراك، ويرجع سوء تصرفه إلى سوء اختياره، أما المغفل فهو ضعيف الإدراك، ويرجع سوء تصرفه إلى ضعف عقله وإدراكه للخير والشر<sup>6</sup>. و" أن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾، لما أنه يتلف الأموال كالسفيه"<sup>7</sup>.

**ثامنا: مرض الموت:** وهو " المرض الذي يُعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالهما المعتادة، ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغيير"<sup>8</sup>، وعليه فلا بد من توافر أمرين في مرض الموت<sup>9</sup>:

1 التعريفات، 407/1، فتح القدير، ابن الهمام السيواسي، 259/9.

2 حاشية الدسوقي، 292/3، مغني المحتاج، 236/6، كشف القناع، 452/3.

3 البدائع، 165/7، رد المحتار، 104/5.

4 الشرح الكبير، 297/3، مغني المحتاج، 170/2، المغني، 470/4.

5 البدائع، 169/7.

6 حاشية الدسوقي، 168/4، الفقه الإسلامي وأدلته، 487/4، أحكام المعاملات الشرعية، 279.

7 العناية شرح الهداية، 226/13.

8 المجلة العدلية، م 1595.

9 أحكام المعاملات الشرعية، 271.

1- أن يغلب فيه الهلاك عادة.

2- أن يتصل به الموت.

ومرض الموت لا ينافي أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حق صاحبه؛ لأنه لا تأثير له على الذمة والعقل والنطق، كما أنه لا ينافي أهلية الأداء؛ لأنه لا يخل بالعقل، فتجب على المصاب به حقوق غيره، وتظل عباراته وأقواله معتبرة<sup>1</sup>.

غير أنه قد يحجر عنه في بعض التعاملات كالديون ضمانا لسلامة حقوق العباد.

**تاسعا: الهزل:** وهو ألا يراد باللفظ معناه لا الحقيقي، ولا المجازي، وهو بذلك ضد الجد<sup>2</sup>.

وتباينت آراء الفقهاء في صحة التصرفات الصادرة عن الهازل، وبالأخص عقوده التي يبرمها إلى:

1- مذهب الحنفية، والحنابلة، وأغلب المالكية، حيث فصل أصحاب هذا الرأي في عبارات الهازل وعقوده: فرأوا ألا أثر لعبارته في العقود المالية والمبادلات، نظراً لانتفاء الرضا، والذي هو أساس الإرادة<sup>3</sup>.

أما النكاح، والطلاق، والرجعة: فصحوا عبارة الهازل فيها ورتبوا عليها آثارها مصداقاً لما روى عن الرسول ﷺ: "ثلاث جُدْهن جِدُّ، وهزلهن جِدُّ: النكاح والطلاق والرجعة"<sup>4</sup>.

2- مذهب الشافعية<sup>5</sup>: وهو أن عبارة الهازل معتبرة في جميع أنواع العقود، فكل عقود صححه، وتترتب عليها آثارها، استناداً للإرادة الظاهرة، ولا يلتفت للقصد الداخلي.

<sup>1</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 489/4.

<sup>2</sup> التعريفات، الجرجاني، 257.

<sup>3</sup> رد المحتار، 263/2، الشرح الكبير للدسوقي، 3/4، المغني، 6/535، الفقه الإسلامي وأدلته، 192/4، أحكام العقد، أحمد علي داود، 206/1، دار الثقافة، عمان، ط1، 1432هـ، 2011م.

<sup>4</sup> سنن ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: من طلق أو نكح أو راجع لآعبا، 657/1، حديث رقم (2039)، حسنه الألباني.

<sup>5</sup> مغنى المحتاج 279/31.

## الولاية

الولاية لغة: النصرة، والولي: كل من ولى أمراً أو قام به<sup>1</sup>.

وإصطلاحاً: هي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبي<sup>2</sup>.

فهي سلطة شرعية لشخص في إدارة شأن من الشؤون، وتنفيذ إرادته على الغير من فرد أو جماعة<sup>3</sup>.

وإنما نتناول الولاية أثناء الحديث عن أركان العقد؛ لكون العقد لا ينشأ إلا بتوافر أركانه ومنها العاقد الذي يشترط له الأهلية والولاية ليصح عقده وينفذ وتكون له آثاره الشرعية، فقد يكون عقده صحيحاً نظراً لكمال أهليته، لكنه غير نافذ لعدم توافر ولايته عليه، فلا يتحقق العقد إلا بتوافر هذه السلطة الشرعية.

وللولاية - كما الأهلية - أنواع:

- ولاية أصلية: وهي ترجع إلى ما قرره الشارع من إلزام الملتزم بما التزم به في أمر نفسه، بأن يكون كامل أهلية الأداء (بالغاً عاقلاً راشداً) فيتولى الشخص جميع تصرفاته وعقوده المالية وغير المالية، وتكون جميعها نافذة، إلا إذا أضرت بالغير، فيحد منها بمقدار ذلك الضرر.

- ولاية نيابة: وهي أن يتولى الشخص أمور غيره، وهي نوعان اختيارية، وإجبارية<sup>4</sup>.

- الاختيارية: وهي الوكالة: أي تفويض الحفظ إلى الغير.

- الإجبارية: وهي تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر، فولاية الأب والجد مصدرها الشرع، ومصدر ولاية الوصي إما اختيار الأب والجد، أو تعيين من القاضي.

وتنقسم الولاية النيابة الإجبارية إلى:

1- ولاية على النفس: وهي " الولاية التي تجعل لكبير راشد على قاصر"<sup>5</sup>، وتتعلق بنفس المولى عليه، من حيث تعليمه وتأديبه وتزويجه وغيرها.

1 المصباح المنير، 258.

2 التعريفات، الجرجاني، 254.

3 أهل الذمة والولايات العامة في الفقه الإسلامي، نمر محمد النمر، 27، المكتبة الإسلامية، عمان، ط1.

4 بدائع الصنائع 152/5.

5 معجم لغة الفقهاء، 510.

2- الولاية على المال: هي الولاية التي تجعل لكبير راشد على مال المحجور عليه، للإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ للمال واستثماره وإبرام العقود وإنفاذها<sup>1</sup>.

### ترتيب الأولياء:

للفقهاء ثلاثة آراء في ترتيب الأولياء:

**الأول:** الأحناف<sup>2</sup>: ورأوا أن أولى الأولياء الأب، ثم وصيه، ثم وصى وصيه، ثم الجد، ثم وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي وهو وصى القاضي.

ومناط هذا الترتيب بُنى على الشفقة بالصغار، لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، فشفقه الأب فوق شفقة وصيه، وهكذا.

**الثاني:** المالكية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>: وولاية الصبي عندهم للأب، أو وصيه، وإلا فالحاكم إن كان، وإلا فجماعة المسلمين، ولا ينظر في مال الصبي مادام في الحجر إلا الأب أو وصيه بعده أو الحاكم.

**الثالث:** الشافعية<sup>5</sup>: ولي الصغير أبوه، ثم جده أبو الأب وإن علا، ثم وصى من تأخر موته من الأب أو الجد، ثم القاضي.

وتبدأ الولاية على الأشخاص منذ ولادتهم وحتى سن الرشد، فلا ولاية قبل الولادة ولا بعد سن الرشد.

### شروط الولي<sup>6</sup>:

1 - كمال الأهلية (الأداء) بالبلوغ والعقل، فمن لا ولاية له على نفسه، لا ولاية له على غيره.

2 - اتحاد الدين بين المولى والمؤلى عليه، لأن اتحاد الدين باعث على الشفقة في الغالب.

3 - العدالة أي: الاستقامة على أمور الدين والأخلاق.

4 - القدرة على التصرف مع الأمانة وانتفاء العجز.

<sup>1</sup> ضوابط العقود، البعلبي، 194.

<sup>2</sup> البدائع، 155/5.

<sup>3</sup> الشرح الكبير، 292/3.

<sup>4</sup> المغنى، ابن قدامة 526/4.

<sup>5</sup> مغنى المحتاج، 173 /2.

<sup>6</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 502/4.

5 - رعاية مصلحة المولى عليه، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾، (الإسراء: 34).

وقد جمعها مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم 178 على ما يلي: " يجب أن يكون الولي عدلاً قادراً على القيام بالوصاية، ذا أهلية كاملة، وأن يكون من ملة القاصر".

## الوكالة

**الوكالة لغة<sup>1</sup>:** من وكل أي: استسلم إليه ووكل إليه الأمر سلمه وفوضه إليه واكتفى به، وعليه فإنه تطلق في اللغة ويراد بها إما الحفظ، كما في قوله - تبارك وتعالى -: ﴿ وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾، (آل عمران:173) أي الحافظ، وإما التفويض، كما في قوله سبحانه: ﴿ وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ ﴾، (إبراهيم:15)، ويقال: وكل أمره إلى فلان: أي فوضه إليه واكتفى به.

وهي نوع من أنواع الولاية، وجوهرها التفويض وطلب الحفظ.

وعرفها الحنفية<sup>2</sup> بأنها: تفويض أحد في شغل معلوم من المعاملات، مع بقاء حق التصرف في يده، وذلك فيما يجوز له التصرف فيه، مقتدرًا عليه بالنسبة إلى أهلية نفسه، وأصل التصرف، وإقامته في ذلك الشغل مقام نفسه.

وعند المالكية والشافعية والحنابلة: هي تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته، أو استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة<sup>3</sup>.

### مشروعية الوكالة:

أقر الله الوكالة لحاجة العباد لها، فالكثير من الأمور اليوم لا تُنجز إلا بالوكالة كتوكيل الوزراء والمسؤولين والمجاهدين وغيرهم. فقد وكل الرسول ﷺ العمال لجمع الزكاة من الناس، وكان يدفع لهم أجرًا مقابل عملهم مصداقًا لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾، (التوبة:60).

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، 1054/2.

<sup>2</sup> درر الحكام، 493/3.

<sup>3</sup> الشرح الصغير، 501/3، مغني المحتاج، 217/2، الروض المربع، شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، 239/2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1390هـ.

عن جابر - رضي الله عنه - أنه قال: أردت الخروج إلى خيبر، فقال النبي ﷺ: إذا أتيت وكيلي، فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإن ابتغى منك آية، فضع يدك على تزقوته<sup>1</sup>، وهي وكالة من غير أجر.

**أركان الوكالة:** ركنها الإيجاب والقبول، الإيجاب من الموكل بأن يقول: وكلتك بكذا، أو افعل كذا، والقبول من الوكيل بقوله: قبلت ونحوه، ولا يشترط في قبوله الوكالة اللفظ بل يصح الفعل بمباشرة التصرف.

ولذلك فإن الوكالة لا تتعقد إلا بإيجاب وقبول، ولو تم توكيل الوكيل حال غيابه ثم قبل بعد علمه بالوكالة فإن عقد الوكالة يكون صحيحاً، فالوكالة لا يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول<sup>2</sup>.

### أنواع الوكالة:

للكوكالة أنواع وأقسام حسب الوصف المعبر من أوصافها، وهذه الأنواع هي<sup>3</sup>:

أ. أنواعها باعتبار صيغتها: وتنقسم الوكالة باعتبار صيغتها إلى:

1- الوكالة المنجزة: وهي الوكالة النافذة، الخالية من التعليق على شرط معين، أو بالإضافة إلى وقت محدد، وتقع آثارها بمجرد صدور التوكيل.

2- الوكالة المعلقة على شرط: وهي التي يعلق انشاؤها على شرط معين، فلا تنفذ الوكالة إلا بتوافر هذا الشرط، وهي وكالة غير صحيحة عند الشافعية، وصحيحة عند الأحناف والحنابلة.

### ب. باعتبار الخصوص والعموم:

1. وكالة خاصة: وهي الوكالة التي تكون ألفاظها متعلقة بتصرف خاص، كأن توكل إنسان في بيع دارك، أو سيارتك.

2. وكالة عامة: وهي التي تتصف ألفاظها بالعموم، كأن يوكل شخص آخر في كل شيء، وقد تعددت آراء الفقهاء في صحتها فيرى الأحناف والمالكية صحة الوكالة العامة، ويرى الشافعية والحنابلة بطلانها لما فيها من ضرر وخطورة.

<sup>1</sup> سنن أبي داود، سليمان السجستاني، كتاب: الأفضية، باب: الوكالة، 338/2، حديث رقم (3632)، تج: محمد محيي الدين، دار الفكر.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 20/6، أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف 299.

<sup>3</sup> أحكام العقد، 262، أحكام المعاملات، 299، القوانين الفقهية، ابن جزى، 222، المغنى 211/5.

## ج. باعتبار التقيد والإطلاق:

1- الوكالة المقيدة: وهي أن يقيد الموكل الوكيل في تصرفاته الموكل بها، كأن يحدد له ثمن البيع، أو أوصاف المبيع والمشتري.

2- الوكالة المطلقة: وهي التي لا يقيد الموكل الوكيل فيها بشيء، بل يمنحه كامل الحرية في التصرف وفقاً لما يريده

## شروط الوكالة:

لصحة الوكالة شروط ترجع إلى الموكل، والوكيل، ومحل التوكيل.

شروط الموكل: يشترط الأحناف<sup>1</sup> أن يكون الموكل ممن يملك فعل ما وكل به نفسه؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف إلى غيره، فما لا يملكه بنفسه لا يوكل به غيره، فلا صحة للتوكيل الصادر عن المجنون أو الصبي غير المميز، لفقدتهما الأهلية، ولا من ناقص الأهلية كالصبي المميز في التصرفات الضارة به كالهبة والطلاق، بينما يصح منه التوكيل فيما ينفعه نفعاً محضاً كقبول الهبة، ويبقى توكيله موقوفاً على إجازة الولي في التصرفات المترددة بين النفع والضرر.

ويرى أبو حنيفة عدم صحة جواز توكيل الذكر الصحيح الحاضر لغيره، لأن الأصل ألا ينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة<sup>2</sup>.

بينما يرى المالكية<sup>3</sup> عدم صحة التوكيل من الصبي مطلقاً، إذ لا يصح عندهم مباشرته لأي تصرف، ولا يصح للمرأة توكيل امرأة أخرى لإبرام عقد زواجها، ويصح لها توكيل الرجل فتجوز وكالة الغائب والمرأة والمريض اتفاقاً، ووكالة الحاضر الصحيح خلافاً لأبي حنيفة.

وعند الشافعية لا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك أو ولاية، أما من لا يملك التصرف، كالصبي والمجنون فلا يملك التوكيل فيه<sup>4</sup>.

وعند الحنابلة أن " كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة؛ لأن من لا يصح تصرفه بنفسه فنائبه أولى " <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 20/6.

<sup>2</sup> بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، 85/4.

<sup>3</sup> المصدر نفسه.

<sup>4</sup> مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب، 217 /2.

<sup>5</sup> المغنى، 204 /5.



## شروط الوكيل<sup>1</sup>:

يشترط الأحناف أن يكون الوكيل عاقلاً، فلا تصح وكالة المجنون، كما أن البلوغ والحرية ليسا شرطاً لصحة الوكالة، فتصح وكالة الصبي المميز.

في حين اشترط المالكية ألا يكون الوكيل ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه، فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون؛ لأن كل من جاز له التصرف لنفسه في شيء جاز له أن ينوب فيه عن غيره، غير أنه لا يجوز توكيل العدو على عدوه، ولا الكافر على بيع أو شراء، لئلا يفعل الحرام.

وكذلك الشافعية يرون أن من لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه؛ كالمرأة في النكاح، والصبي والمجنون في سائر العقود، لم يملك أن يتوكل لغيره، لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك، لم يملكه في حق غيره بالتوكيل.

والحنابلة يرون أن كل من يصح أن يستوفيه الإنسان بنفسه، وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه، إلا الفاسق، فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه ولا يصح أن يقبله لغيره.

## شروط الموكل فيه (محل الوكالة)<sup>2</sup>:

1- أن يكون معلوماً للوكيل، فلا يصح التوكيل بالمجهول جهالة فاحشة، ولا تضرر الجهالة اليسيرة إذا ما كانت الوكالة خاصة، لكونها لا تفضي إلى النزاع، بل ويصح التوكيل بالمجهول جهالة فاحشة إذا كانت الوكالة عامة.

2- أن يكون التصرف مباحاً شرعاً، فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعاً كالوكالة في الغصب أو القتل.

3- أن يكون الموكل به مما يقبل النيابة، كالبيع والشراء، وتتنوع التصرفات من حيث قبولها النيابة أو عدم قبولها إلى ثلاثة أنواع:

أ - تصرفات تقبل النيابة بالاتفاق، وهذه التصرفات هي التي يقصد وقوعها بالفعل، بغض النظر عن فاعلها كالبيع والرهن والإجارة وغيرها.

ب - تصرفات لا تقبل النيابة فيها بالاتفاق، وهي التي يقصد حصولها من شخص معين لا غير، كاليمين، والعبادات الشخصية المحضة كالصلاة والصيام.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 21/6، القوانين الفقهية، 1/ 215، مغنى المحتاج، 2/ 217، المغنى 202/5.

<sup>2</sup> المبسوط، شمس الدين أبو بكر السرخسي، 9/19، تح: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، 1421هـ، بداية المجتهد، 297/2، مغنى المحتاج 221/2، أحكام العقد 1/ 355.

ج - نوع ورد الاختلاف فيه كالقصاص واستيفاء الحدود الشرعية، حيث يرى الأحناف عدم جواز التوكيل فيها؛ لأنها تندرىء بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة حال غيبة صاحب الحق، بخلاف الحضرة؛ لانتفاء الشبهة.

وعند غيرهم يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص، سواء أحضر الموكل أم غاب؛ لأن الحاجة قد تدعو لذلك ولأن الوكيل كالأصيل.

### حكم العقد وحقوقه في الوكالة:

لكي نتناول هذا الحكم علينا توضيح الفرق بين الوكيل والرسول لمعرفة من يلتزم بحقوق العقد ويطالب بها ومن يؤول إليه حكم العقد.

فالرسول<sup>1</sup>: هو الذي ينقل عبارة مرسله، فيضيف عبارته دائماً إلى المرسل بقوله أرسلني فلان، دون أن يتصرف برأيه وإرادته وإنما يبلغ عبارة المرسل، وينقل رغبته وإرادته في التصرف، ولا يتحمل شيئاً من التزامات العقد.

أما الوكيل: فهو الذي يتصرف برأيه وعبارته وتقديره، فيساوم ويرى المصلحة فيقدم عليها، ويتحمل تبعات تصرفاته ويستغني غالباً عن إضافة العقد إلى موكله، فإن أسند العقد لموكله، صار مجرد سفير وشابه عندئذ الرسول.

**والمراد بحكم العقد:** هو الغاية من شرعيته، والأثر الذي يترتب عليه، فحكم عقد البيع: هو ثبوت المبيع للمشتري واستحقاق الثمن للبائع، وإذا تم العقد بواسطة الوكيل عن موكله، فقد اتفق الفقهاء على رجوع أحكام العقد للموكل دون الوكيل؛ لأن الوكيل إنما يعمل للموكل، وهو سفيره والمعبر عنه، ويستمد ولايته منه<sup>2</sup>.

وهذا في سائر العقود، غير أنه في حالات العقود التي لا تتم إلا بقبض محلها كالهبة والصدقة، والعارية، والقرض، والوديعة، والرهن، فإن أضاف العقد إلى موكله، كان حكم العقد وحقوقه راجعة للموكل، أما إذا أضاف العقد إلى نفسه فلم يذكر اسم موكله كان للعقد صورتان<sup>3</sup>:

1- أن يكون وكياً عن المالك: فيقول: وهبتك هذه الدار، فإذا تم العقد بالقبض يكون حكمه للموكل، وإليه ترجع الحقوق كذلك لأنه يعتبر سفيراً، لتوقف تمام العقد على تسلم العاقد الآخر مالاً مملوكاً للموكل، ولا يتم تسليمه إلى ذلك العاقد إلا بإذنه، ووجه آخر: هو أن

<sup>1</sup> أحكام المعاملات الشرعية، 303.

<sup>2</sup> البدائع، 33/6، بداية المجتهد، 303/2، أحكام العقد، 371/1.

<sup>3</sup> أحكام المعاملات الشرعية، 307.

تسلمه حين يقع يلاقي محلاً مملوكاً لغير الوكيل - وهو الموكل - فلا يمكن غض النظر عنه واعتبار الوكيل أصيلاً في عقد يتوقف تمامه على القبض فلزم لذلك اعتباره سفيراً.

2- أن يكون وكيلاً عن الممتلك، فيقول: قبلت الهبة، فإذا تم العقد بتسليم محله إليه كان الحكم له، ورجعت إليه كذلك الحقوق، وكان في هذا التصرف أصيلاً، ولم يكن لموكله شيء من ذلك، لأن تملك المالك قد وقع له لا لموكله وجاء القبول طبق ذلك.

أما **حقوق العقد**: فهي أعمال والتزامات لا بد منها للحصول على حكم العقد أو الغاية منه، مثل تسليم المبيع، وقبض الثمن<sup>1</sup>.

فإذا باشر المرء العقد بنفسه ولمصلحته عاد إليه حكم العقد وحقوقه، وأما إذا وجد وكيل في جراء العقد، فإن حكم العقد يرجع للموكل باتفاق الفقهاء، أما الحقوق فتارة ترجع إلى الوكيل، وتارة أخرى إلى الموكل، تبعاً لنوع التصرف الذي يتولاه الوكيل.

والعقود - من حيث حكمها - نوعان<sup>2</sup>:

النوع الأول: عقود يُلزم فيها الوكيل أن يضيفها إلى شخص الموكل، ولا يجوز للوكيل أن يضيفها لنفسه، فإن أضافها لنفسه تقع له، ويثبت حكمها له، وليس للموكل، مثل عقود الزواج والطلاق والهبة والرهن والخلع، فيجب إضافة مثل هذه العقود لشخص الموكل لكي ترجع أحكام العقد وحقوقه له، فالوكيل هنا سفير عن الموكل.

وحكم هذا النوع: أن حقوق التصرف ترجع إلى الموكل، ولا يطالب الوكيل منها بشيء أصلاً؛ لأن الوكيل في هذه التصرفات يكون سفيراً، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر، كما لا يطالب وكيل المرأة بأن يزفها إلى بيت زوجها، وإنما يطالب بذلك وليها<sup>3</sup>.

النوع الثاني: عقود لا يُلزم فيها الوكيل أن يضيفها إلى موكله، فتصح إضافتها له أو إلى نفسه، وفي كلا الحالين يقع الحكم للموكل، كعقود المعاوضات المالية مثل البيع والشراء.

وحكم هذا النوع: يرجع إلى الموكل بالاتفاق، سواء أضاف الوكيل العقد إلى الموكل أو إلى نفسه.

أما حقوق العقد فقد تعددت آراء الفقهاء فيها:

فيرى الأحناف: أنه إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل كأن يقول: اشتريت لموكلي فلان كذا، فإن الحقوق ترجع للموكل، ولا يطالب الوكيل بشيء منها، فما هو إلا سفير.

1 الفقه الإسلامي وأدلته، 516/4.

2 أحكام العقد، 372/1، 373.

3 البدائع، 34/6.

بينما إذا أضاف الوكيل العقد لنفسه، وكان من أهل الضمان، فإن حقوق العقد ترجع إليه بصفته هو الذي باشر العقد، والعاقدة الآخر لا يعرف غيره، فإن كان - مثلاً - وكيلاً عن البائع في عقد البيع لزمه تسليم المبيع للمشتري، ولا تشتت إضافة العقد إلى الموكل في البيع والشراء والإجارة، فإن لم يصفه إلى موكله، واكتفى بإضافته إلى نفسه صح أيضاً، وفي كلا الحالين لا تثبت الملكية إلا لموكله، ولكن إن لم يصف العقد إلى الموكل، تعود حقوق العقد إلى العاقدة - أي الوكيل - وإن أضيفت إلى الموكل، تعود حقوق العقد إلى الموكل، ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول<sup>1</sup>.

أما الملكية والشفاعية: فذهبوا إلى أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، وليس إلى الموكل، كمطالبتة بئمن المبيع، إذا كان وكيلاً عن المشتري، وتسليم المبيع إذا كان وكيلاً عن البائع<sup>2</sup>. وذهب الحنابلة إلى أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل وليس الوكيل " فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة، فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلاً، وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن، وللبيع مطالبة من شاء منهما " <sup>3</sup>.

#### انتهاء الوكالة<sup>4</sup>:

تنتهي الوكالة ويعود الحق في التصرف لمن شرع له أصلاً في الحالات الآتية:

- 1- انتهاء الغرض من الوكالة بأن يُنفذ العمل الذي وكل به، إذ يصبح العقد غير ذي موضوع.
- 2 - قيام الموكل بالعمل الذي وكل فيه غيره.
- 3 - خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية، بموت، أو جنون، أو حجر لسفه؛ لأن الوكالة تتطلب استمرار الأهلية للتصرفات، فإذا زالت الأهلية بطلت الوكالة، والوكيل يستمد ولايته من الموكل.
- 4 - استقالة الوكيل، فإذا تنازل الوكيل عن الوكالة أو استقال، أو رفض العمل بها، انتهت الوكالة.
- 5 - هلاك العين الموكل بالتصرف فيها؛ لأن العقد عندها يصبح غير ذي موضوع.
- 6 - عزل الموكل لوكيله؛ لأن الوكالة - وكما سبق توضيحه - عقد غير لازم، فللموكل إنهاء الوكالة متى شاء.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 6/ 33، مجلة الأحكام العدلية، المادة 1461.

<sup>2</sup> بلغة السالك، الصاوي، 506/3، تح: محمد عبد السلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ - - 1995م، مغني المحتاج، 230/2.

<sup>3</sup> المغني، 5/ 263.

<sup>4</sup> أحكام العقد، 1/ 387 - 388، والفقه الإسلامي 519/4.

## الفرع الثالث: محل العقد

وهو الركن الثالث من أركان العقد عند جمهور الفقهاء، فهو المتمم لبناء العقد وتشكيله، أما الأحناف فإنهم يعتبرونه لازماً من لوازم العقد، فالعقد عندهم له ركن واحد هو الإيجاب والقبول، وقد سبق تبیین ذلك.

ومحل العقد - المعقود عليه -: هو الشيء الذي يقع عليه تعاقد المتعاقدين، وتظهر فيه آثار العقد وأحكامه، وقد يكون أحد العاقدين محلاً للعقد، كما في الزواج، فمن حيث إنشاء العقد فالمرأة عاقدة، ومن حيث ظهور حكم العقد وآثاره فهي محل للعقد<sup>1</sup>.

ومحل العقد يظهر في عدة أنواع<sup>2</sup>:

- 1- الأعيان المالية: كالمبيع في البيع، والمرهون في الرهن.
  - 2- الأعيان غير المالية: كما في الزواج، فموضوعه المرأة المعقود عليها.
  - 3- المنافع المالية: كما في عقد الإجارة فمحل العقد هو منفعة الشيء المأجور.
  - 4- العمل: كما في عقد إجازة الشخص على عمل معين؛ فمحل العقد هو عمل العامل.
- ولمحل العقد شروط يجب توافرها فيه حتى يصح انعقاد العقد وظهور أحكامه وآثاره، وهي:
- الشرط الأول: وهو أن يكون المحل موجوداً وقت العقد، وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup>، فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم كبيع نتاج النخيل؛ بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع اللبن في الضرع لأنه له خطر؛ لاحتتمال انتفاخ الضرع، أو كبيع التمرة التي لم تخلق، أو بيع الحمل في البطن؛ لأنه معدوم.
- وقد اشترطوا هذا الشرط في جميع العقود، دون تفرقة بين عقود المعاوضات والتبرعات، فالتصرف بالمعدوم فيها باطل، سواء بالبيع أو الهبة أو الرهن<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحكام العقد. 139/1، أحكام المعاملات الشرعية ، 252.

<sup>2</sup> أحكام العقد 139/1.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع 138/5

<sup>4</sup> المهذب 262/1.

<sup>5</sup> أحكام العقد، 140/1

ودليلهم في ذلك ما جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - : " أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حَبَلِ الحَبْلَةِ "1.

وعنه أيضاً: " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها "2.

غير أنهم استثنوا عقوداً يتم العقد فيها على المعدوم لإباحة الشريعة لها وحكمها بصحتها: كعقود السلم والإجارة والمساقاة، وإنما شرعت استحساناً ومراعاة لحاجة الناس إليها وتعارفهم عليها<sup>3</sup>.

وعلتهم فيما سبق: أن آثار العقود وجودية، لا تظهر في معدوم، والمعدوم غير قابل للتملك، وإنما استثنيت بعض العقود للحاجة.

أما المالكية فقد اشترطوا وجود محل العقد عند التعاقد في عقود المعاوضات المالية فحسب، ولم يشترطوه في عقود التبرعات كالهبة والوقف، فيصح أن يكون المحل معدوماً، أي غير موجود عند التعاقد، ويكفي توقع وجوده مستقبلاً، "فلا خلاف في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود"<sup>4</sup>.

ولم يشترط الحنابلة وجود المحل في أي عقد، بل أجازوا التعاقد على المعدوم ما دام قد تعين بالأوصاف، وكان خالياً من الغرر، على أن يكون مقدوراً على تسليمه؛ لأن النهي عن بيع المعدوم ليس لذاته، بل لما فيه من الغرر، فيكون النهي دائراً مع الغرر، وهو عدم القدرة على التسليم، فإذا كان المعدوم يحتمل وجوده مستقبلاً ويقدر على تسليمه، حينذاك صح العقد عليه؛ إذ ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة؛ فالعلة هي القدرة على التسليم؛ لأن موجب البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهى عنه للغرر لا للعدم، كما إذا باعه ما تحمل هذه الشجرة؛ فالبيع لا يُعرف وجوده ولا قدره ولا صفته، وهذا في سائر عقود المعاوضات، بخلاف الوصية فإنها تبرع محض فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم<sup>5</sup>.

ولعل الراجح أن العقد إذا كان يقتضي بطبيعته وبحسب شرعه أن يكون المحل موجوداً عند التعاقد كان وجوده شرطاً في وجود العقد؛ لأن وجوده ما شرع إلا لدفع نزاع أو تجنب غرر، أما إذا كانت طبيعة العقد وشرعه لا يقتضي وجود محله وقت التعاقد، كما في

1 البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الغرر وحبل الحبل، 753/2، حديث رقم (2036).

2 البخاري، كتاب: الزكاة، باب: من باع ثماره أو نخله أو أرضه، 541/2، حديث رقم (1415).

3 المبسوط، 194/2.

4 بداية المجتهد 300/2.

5 المغني، 276/4، 277، أعلام الموقعين 58/2.

المزارعة وعقود السلم، فلا يشترط وجود المحل حينئذٍ، وإنما يشترط وجوده في المستقبل، فإذا استحال وجوده قبل التعاقد، فلا ينعقد العقد كأن يستأجر شخصاً ما لهدم جدار معين فيظهر أنه قد سقط من قبل، فلا ينعقد العقد عندها<sup>1</sup>.

الشرط الثاني<sup>2</sup>: أن يكون محل العقد قابلاً للحكم شرعاً، فإن لم يكن كذلك لا يصح أن يرد العقد عليه، وعليه فلا ينعقد العقد، وإن عُقد وقع باطلاً.

ولعدم قابلية محل العقد لحكمه أسباب كثيرة منها:-

1- أن يكون الشيء المعقود عليه غير مال وذلك كالميتة، أو يكون غير متقوم في حق المسلم؛ وذلك كالخمر.

2- أن يكون الشيء المعقود عليه قد نهى الشارع عنه كالزواج بالمحارم والاستنجان للقتل.

3- أن يكون حكم العقد يتنافى مع ما خصص له محل العقد من أغراض أو منافع عامة كالمساجد والقناطر ونحو ذلك، فعقود التمليك على هذه الأشياء لا تنعقد؛ لأنها مخصصة للمنافع العامة فلا تملك لأحد.

4- وقد يكون سبب عدم القابلية راجع إلى علاقة المتعاقدين به وأن أحدهما لا يملك فيه ما لا يملكه الآخر، وليس أولى به منه كأن يبيع أحدهما للآخر سمكاً في ماء، أو طيراً في هواء، فمثل هذا التعاقد لا يتم؛ لأنه ورد على محل غير قابل لحكمه، إذ حكمه نقل الملكية ولا ملكية لأحد في هذه الأشياء حتى يلتزم بنقلها إلى غيره.

الشرط الثالث: حيث يشترط في التصرفات المالية أن يكون محل العقد مالاً متقوماً؛ لأن "بيع ما لا يعد مالاً بين الناس والشراء به باطل؛ مثلاً لو باع جيفة أو آدمياً حراً، واشترى بهما مالاً، فالبيع والشراء باطلان"<sup>3</sup>.

الشرط الرابع: وهو القدرة على تسليم محل العقد عند العقد، فذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط هذا الشرط في عقود المعاوضات المالية كالأجارة والبيع وفي عقود التبرعات، كالهبة، والوقف، والوصية، فلو تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما في حال تلف المبيع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحكام المعاملات الشرعية، 252، 253.

<sup>2</sup> أحكام العقد، 144/1، أحكام المعاملات الشرعية، 255.

<sup>3</sup> المجلة العدلية، المادة 210.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع 187/4، المهذب، 282/1، كشف القناع، 162/3.

" فبيع ما هو غير مقدور التسليم باطل؛ كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر، أو حيوان فار لا يمكن مسكه وتسليمه "1.

أما في عقود التبرع فأجاز المالكية هبة الأبق والحيوان الشارد، مع أنهما غير مقدوري التسليم حين العقد؛ لأنه إحسان صرف لا معنى للعرض فيه، فإذا وجده الموهوب له وتسلمه يستفيد منه، وإلا لا يتضرر<sup>2</sup>.

وأجاز الشافعية الوصية فيما يعجز عن تسليمه؛ لأن عقود التبرع لا غرر في تعلقها بالموجود والمعدوم وما يقدر على تسليمه وما لا يقدر<sup>3</sup>.

الشرط الخامس: تعيين المحل، فقد اتفق الفقهاء على أن يكون محل العقد معلوماً للعاقدين وقت التعاقد، علماً ينفي الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع، وذلك في كل عقود المعاوضات المالية؛ كالبيع والإجارة ونحوها.

ويتحقق العلم برؤية المعقود عليه عند العقد إذا كان موجوداً، أو رؤية المعقود عليه قبل العقد بوقت لا يحتمل تغييره منذ تلك الرؤية إلى وقت التعاقد<sup>4</sup>.

كما يتحقق العلم بمحل العقد بالإشارة إليه، أو برؤية جزء منه، إذا كانت أجزاؤه متماثلة.

ويتحقق العلم بمحل العقد أيضاً بالوصف المانع للجهالة الفاحشة التي تؤدي للنزاع، وذلك ببيان جنسه ونوعه ومقداره، فإن لم يبين الجنس، أو بيّن الجنس والنوع، ولم يبين المقدار، كان العقد باطلاً عند جمهور الفقهاء، وفاسداً عند الحنفية؛ وذلك للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع.

أما الجهالة اليسيرة فمعفو عنها، لتسهيل التعامل ولعدم الإفضاء إلى النزاع.

وفي غير عقود المعاوضات المالية:

فالحنفية<sup>5</sup> ذهبوا إلى اشتراطه في عقود المعاوضات المالية وغير المالية. كعقد الزواج، ولكنهم صححوا عقود التبرعات مع الجهالة في محلها؛ لأن الجهالة في التبرعات لا تؤدي إلى النزاع.

1 المجلة العدلية، م 209.

2 الفروق، القرافي، 150/1.

3 مغني المحتاج، 90/4، إعلام الموقعين، 28/2.

4 بدائع الصنائع 156/5، القوانين الفقهية، 248، المهذب، 263/1، أحكام العقد، 146.

5 البدائع، 158/5.



أما المالكية<sup>1</sup>، فاشتراطوه في عقود المعاوضات المالية، ورأوا عدم اشتراطه في عقود التبرعات كالهبة والوقف، فهي تصح عندهم مع الجهالة، ولو كانت فاحشة.  
أما المهر فقد اشترطوا فيه عدم الجهالة الفاحشة، ويصح مع الجهالة اليسيرة.  
وذهب الشافعية إلى اشتراطه في جميع عقود المعاوضات وعقود التبرعات.

---

<sup>1</sup> الشرح الكبير، 90/3.

## **الباب الأول: أحكام القبض**

### **الفصل الأول: شروط صحة القبض**

#### **المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمتقابضين**

##### **المطلب الأول: صدور القبض من أهله**

##### **المطلب الثاني: صدور القبض ممن له ولاية**

##### **المطلب الثالث: الإذن**

#### **المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمقبوض**

##### **المطلب الأول: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق غيره**

##### **المطلب الثاني: ألا يكون المقبوض حصة شائعة**

##### **المطلب الثالث: أن يكون المقبوض محلاً للقبض**

##### **المطلب الرابع: المطلب الرابع: أن يكون المقبوض مفصلاً متميزاً**

**الفصل الثاني: أقسام القبض وصوره**

**المبحث الأول: أقسام القبض**

**المطلب الأول: القبض الحقيقي**

**المطلب الثاني: القبض الحكمي**

**المبحث الثاني: صور القبض**

**المطلب الأول: أن يكون الشيء المستحق بيد مالكه**

**المطلب الثاني: أن يكون الشيء المستحق في يد مستحقه**

## **الفصل الأول: شروط صحة القبض**

**المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمتقاضين**

**المطلب الأول: صدور القبض من أهله**

**المطلب الثاني: صدور القبض ممن له ولاية**

**المطلب الثالث: الإذن**

**المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمقبوض**

**المطلب الأول: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق غيره**

**المطلب الثاني: ألا يكون المقبوض حصة شائعة**

**المطلب الثالث: أن يكون المقبوض محلاً للقبض**

**المطلب الرابع: المطلب الرابع: أن يكون المقبوض مفصلاً متميزاً**

## الفصل الأول: شروط صحة القبض

مر معنا سابقا أن القبض له أركان مكونة لماهيته ومنشأه لها، وقد تم التعرض لها وتبينها، غير أن لهذه الأركان شروطا تتعلق بها، وتتم معها صورة القبض الشرعية، وتؤثر على تمام القبض وصحته؛ ولأن أركان القبض تعددت فإن شروطه تعددت أيضا على النحو الآتي:

1 - شروط تتعلق بالمتقابضين.

2 - شروط تتعلق بالمقبوض.

وبالرغم من اتفاق الفقهاء على وجوب توافر الشروط ليتم القبض ويصح، إلا أنهم لم يتفقوا في تحديد هذه الشروط، فما يشترط عند فريق يهمل عند الآخر.

**والشرط لغة:** هو إلزام الشيء والتزامه<sup>1</sup>.

**واصطلاحا:** ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، " فالشرط هو الذي يقف عليه المؤثر في تأثيره لا في ذاته "2.

أو " هو ما يتوقف عليه تأثير المؤثر، لا وجود المؤثر كالإحصان لوجوب الرجم "3.

<sup>1</sup> لسان العرب، ابن منظور، 329/7، مادة: شرط، دار صادر، بيروت.

<sup>2</sup> المحصول في علم الأصول، الرازي، 57 /3، تح: طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، 1400.

<sup>3</sup> الإبهاج في شرح المنهاج، اتقي الدين السبكي، 157/2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1404هـ.

## المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمتقاضيين

### المطلب الأول: صدور القبض من أهله

القبض وهو تصرف فعلي ناشئ عن إبرام عقد من العقود، يشترط لصحته صدوره ممن هم أهل له، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا فيمن هم أهل القبض ومن هم ليسوا أهلا له على ثلاثة أوجه:

**الوجه الأول:** وهو ما يراه الحنفية من اشتراط الأهلية المطلوبة في سائر العقود والتصرفات لصحة القبض، فلا يصح القبض إلا من عاقل " فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا، فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له "1.

وكذلك فإن " تصرفات السفية القولية بعد الحجر في المعاملات غير صحيحة، ولكن تصرفاته قبل الحجر نافذة كتصرفات سائر الناس "2.

كما أن " السفية المحجور عليه إذا باع شيئا من أمواله لا يكون بيعه نافذا، ولكن إذا رأى الحاكم فيه منفعة يجيزه "3.

وعليه فإن العقل مطلوب لصحة القبض في سائر التصرفات عند الأحناف، أما البلوغ فإنه شرط عندهم في تصرفات دون غيرها، وتصرفات الصبي المميز - عند الأحناف - تدور في ثلاثة مدارات:

1 - تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وإن وهب للصبي أو تصدق عليه أو أوصي له، فلا يشترط لصحة القبض منه أن يكون بالغاً، إذا كان يعقل استحساناً.

2 - تصرفات ضارة ضرراً محضاً، كتبرعاته أو كفالاته بالنفس أو المال لا تصح لا هي ولا وما يترتب عليها من قبض، لاشتراط البلوغ في صحتها.

" فتصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نافعاً نفعاً محضاً جائز وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، كقبول الهدية والهبة، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذن بذلك وليه "4.

1 بدائع الصنائع، الكاساني، 126/6.

2 المجلة العدلية، م: 991.

3 المجلة، م: 993.

4 المجلة، م: 967.

3 - تصرفات دائرة بين النفع والضرر، كبيعه وشراؤه واستئجاره، وما ينشؤ عنها من قبض يتوقف نفاذها على إجازة ولي الصغير فإن أجازها نفذت، وإن ردها بطلت<sup>1</sup>.

**الوجه الثاني:** للمالكية حيث لم يشترطوا أهلية الأداء لصحة القبض، بل اكتفوا بأهلية الوجوب، فأوا صحة قبض الصغير والمجنون والسفيه؛ لأن مناط صحة القبض يظهر ويتمثل في الأهلية البشرية ولا حاجة في صحته إلى أهلية المعاملة" فَأَلْقَبُولُ هُنَا - أي في الوصايا - مُخَالَفٌ لِلْحَوَزِ فِي الْوَفِّ وَالْهَبَةِ إِذْ يَكْفِي حَوَزُ الصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ<sup>2</sup>.

**الوجه الثالث:** وهو رأي يراه الشافعية<sup>3</sup> والحنابلة في وجوب صدور القبض ممن هو أهل له ليصير قبضا مشروعاً ونافذاً، فلا يصح القبض إلا من عاقل، بالغ، غير محجور عليه، فيصح البيع من كل بالغ عاقل مختار، أما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله ﷺ:

" رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل"<sup>4</sup>؛ ولأنه تصرف في المال فلم يفوض إلى الصبي والمجنون كحفظ المال، ووجه الدلالة بهذا الحديث: أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي، وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء، وهناك وجه آخر لدلالة الحديث وهو أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله، فكما لا تصح من الصبي تصرفاته القولية، لا يصح قبضه في تلك التصرفات فلو اتهم له الولي شيئاً وقبله ثم قبضه الصبي بإذن الواهب لم يصح قبضه، ولا يحصل له الملك فيه بهذا القبض ولو وهب لأجنبي وأذن الموهوب له للصبي أن يقبضه له، وأذن له الواهب في القبض فقبضه لم يصح بلا خلاف وإن قال مستحق الدين لمن هو عليه: سلم حقي إلى هذا الصبي، فسلم قدر حقه لصبي لم يبرأ من الدين بلا خلاف، بل يكون ما سلمه باقياً علي ملكه حتى لو ضاع، ضاع على الدافع ولا ضمان على الصبي؛ لأن الدافع ضيعه بتسليمه ويبقى الدين على حاله؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح.

وإن كان الحنابلة أكثر يسرا في هذا الباب، حيث رأوا جواز تصرفات الصبي والسفيه المحجور عليه، ولكنهم قرنوها بإجازة الولي وإذنه، كما أجازوا قبضه للشيء اليسير والمأكل الذي يدفع مثله للصغير " وإن كان الصبي مميزاً، فحكمه حكم الطفل، في قيام وليه مقامه، لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ، إلا أنه إذا قبل لنفسه، وقبض لها صح؛ لأنه من أهل التصرف، فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي،..... ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه، دون القبول؛ لأن القبض يحصل به مستولياً على المال،

1 كشف الأسرار، البرذوي، 254 /4، المجلة، م 967.

2 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، 424/4.

3 المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، 156/9.

4 سنن الترمذي، كتاب: الحدود عن رسول الله ﷺ، باب: فيمن لا يجب عليه الحد، 32/4، حديث رقم (1432).

فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه، فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه، كقبضه لوديعته"<sup>1</sup>.

ومما سبق من عرض لآراء الفقهاء فيمن هو أهل للقبض ومن ليس أهلاً، يظهر أن هذا التعدد في الآراء نشأ من تعدد آرائهم فيمن هو أهل للتعاقد، فالقبض ما هو إلا تصرف فعلي وليد لعقد من العقود، فرأى الأحناف صحة قبض كل عاقل وفقاً لصحة عقده، غير أنهم فرقوا في تصرفات الصبي المميز - كونه غير بالغ -، فما كان منها نافعا نفعاً محضاً فهي مجازة، وأبطلوا التصرفات الضارة ضرراً محضاً، وتركوا كل تصرف دائر بين النفع والضرر لإذن الولي وإجازته، أما الشافعية والحنابلة فإنهم يرون أن القبض لا يصح إلا من عاقل بالغ غير محجور، أما المالكية فإن مناط صحة القبض عندهم الصفة الإنسانية.

ولما كان القبض نتاج العقد وغايته، وقد أوصى الله - تعالى - ورسوله الكريم ﷺ بحسن الوفاء والأداء، فإنه وكما اشترطت أهلية الأداء للعاقد لصحة العقد، فهي مشروطة للقبض ليتم الوفاء ويتحقق وفقاً لما يراه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة.

أما المالكية فإنهم وإن كانوا قد اشترطوا أهلية التعاقد للعاقد عند إنشاء العقد، فقد رأوا أن الأضمن والأحوط أن تشترط عند القبض<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المغني، أحمد بن حنبل الشيباني، 259/6، دار الفكر - بيروت، ط1، 1405.  
<sup>2</sup> القبض وأثره في العقود، منصور الصوص، 86.



## المطلب الثاني: صدور القبض ممن له ولاية

الولاية كما سبق تعريفها: هي سلطة شرعية لشخص في إدارة شأن من الشؤون، وتنفيذ إرادته على الغير من فرد أو جماعة.

والقبض بوصفه تصرفا شرعيا، يجب أن يصدر ممن له ولاية تمكنه من التسلط وتحمل تبعات هذا التصرف مما يضمن حقوق العباد؛ ولأن القبض أنواع، تعددت ولايته توافقا مع تعدد أنواعه.

**النوع الأول:** قبض بطريقة الأصالة: وَ "هُوَ أَنْ يَفْبِضَ بِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ"<sup>1</sup>، ويصح من كل مالك لأهلية القبض دون خلاف<sup>2</sup>.

**النوع الثاني:** قبض بطريقة النيابة: وهو قبض تثبت ولايته إما بتكليف من الشارع كقبض الولي والوصي "فإن الإيصاء يُثَبِّتُ وَلايَةَ الْقَبْضِ"<sup>3</sup>، أو بتكليف من المالك كقبض الوكيل للموكل؛ لأن التسلط على الأموال والتصرف فيها لا يكون إلا بالتملك أصالة أو نيابة، وهذا بيان لذلك:

### الوجه الأول: النيابة في القبض بتولية الشارع:

وهي أن يتولى القبض نائب ينوب عن المستحق للمقبوض، بسبب عجز المستحق عن القبض إما لسفه أو لصغر أو غيرهما من مبطلات أهلية القبض، وإنما تثبت هذه النيابة بتولية من الشارع لا من المستحق، إذ لا أهلية له تمكنه من تولي القبض بنفسه فكيف بتولية غيره، واتفق الفقهاء على صحة هذه النيابة، حيث رأى الحنفية أن "قَبْضُ الْأَبِ يَتَوَبُّ عَنْ قَبْضِ الصَّغِيرِ..... وَكَذَلِكَ الْأُمُّ إِذَا وَهَبَتْ وَالْأَبُ مَيِّتٌ فَأَلْقَبُضُ إِلَيْهَا وَالْكِتَابَةُ كَذَلِكَ"<sup>4</sup>، و "كل يتيم في حجر أخ أو بن أخ أو عم يعوله فوهب له رجل هبة فإنما يقبضها الذي يعوله إذا كان هو صغيرا لا يحسن القبض وكذلك إن كان عاقلا يحسن القبض فقبض له من يعوله جاز"<sup>5</sup>، فقبض الأب نَابَ مَنْابَ قَبْضِ الصَّغِيرِ. إِذْ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي الْهَبَةِ قَبْضُ أَبِ الصَّغِيرِ لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهِ، فَلَوْ قَالَ الْأَبُ: إِنَّ دُكَّانِي الْفُلَانِيَّةَ الْمَمْلُوكَةَ هِيَ لِابْنِي الصَّغِيرِ كَانَ ذَلِكَ هِبَةً فَإِذَا كَانَتْ الدُّكَّانُ الْمَذْكُورَةَ فِي يَدِ الْأَبِ تَمَّتْ الْهِبَةُ<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> البدائع، 141/6.

<sup>2</sup> القوانين الفقهية، 316، الأم، الشافعي، 140/3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1403 هـ، - 1983 م.

<sup>3</sup> لفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، 216/6، دار الفكر، 1411 هـ - - 1991 م.

<sup>4</sup> المصدر السابق، 346/6.

<sup>5</sup> المبسوط، 110/12.

<sup>6</sup> د رر الحكام شرح مجلة الأحكام، 371/2، دار الكتب العلمية، بيروت.

ويحوز - عند المالكية - المالك أمر نفسه لنفسه، ويحوز للمحجور وصيه، ويحوز الوالد لولده الحر الصغير، و" مَنْ حَبَسَ عَلَى صِغَارٍ وَلَدِهِ دَارًا، أَوْ وَهَبَهَا لَهُمْ أَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِمْ فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَحَوْرُهُ حَوْرٌ لَهُمْ "1.

ويرى الشافعية جواز قبض الوالد لولده، فقد روى عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أنه يرى أَنَّ الْوَالِدَ يَحُوزُ لِوَلَدِهِ مَا دَامُوا صِغَارًا<sup>2</sup>. فتجوز النيابة في القبض بمجرد إذن الشرع دون إذن المستحق كقبض مال اللقيط، وقبض المغصوب من الغاصب للولاية والحكام، وقبض الحاكم أموال الغيب التي لا حافظ لها ومن ذلك قبض الولاية أموال المصالح والزكاة، وكذلك قبض أموال المجانين والمحجور عليهم بسفه أو صغر، وحفظ أموال الذين لا يتمكنون من حفظ أموالهم، ومنها المودع إذا مات المودع والوديعة عنده، ومنها قبض المضطر من طعام الأجانب ما يدفع به ضرورته<sup>3</sup>.

وذهب الحنابلة إلى أن البالغ السفيه أو المجنون " يكون النظر - في تصرفاته - لوليه قبله، وإن فك عنه الحجر فعاوده السفه أو جن أعيد الحجر عليه، فإن فسق السفيه ولم يبذر لم يحجر عليه ولا يحجر عليهما، ولا ينظر في أموالهما إلا الحاكم، ولا ينفك عنهما إلا بحكمه<sup>4</sup>.

وقول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ

فَأُيْمَلِّمْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾، ( البقرة: 281)، أثبت الولاية على السفيه؛ لأنه مبذر لماله فلا يجوز دفعه له؛ ولأن الولي هنا إنما ملك حق الولاية بالشرع ودون الرجوع إلي المالك، فقد تفرعت عن التولية بعض الصور وهي التي تنتقل فيها الولاية من الولي الأصلي إلى من هم في حكمه أو يصلحون للنيابة عنه، ومنها:

### 1 - ولاية عيال المعير في قبض العارية عند ردها:

تباينت آراء الفقهاء في صحة هذه الولاية وما يصدر عنها من تصرفات، وذلك تبعاً لما يراه كل فريق من صحة قيام فروع المعير مقامه وعدم صحة؛ لأن تحديد صاحب الولاية في قبض العارية حال ردها من قبل المستعير يحدد براءة ذمة المستعير من عدمها، حيث لا خلاف في براءة ذمته إذا ماردها للمعير مباشرة أو عبر وكيل، لكن الخلاف يظهر في حال رده العارية لفروع المعير أو خدمه، على عدة وجوه.

<sup>1</sup> القوانين الفقهية، 242/1، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النفراوي، 161/2، دار الفكر، بيروت، 1415.

<sup>2</sup> الأم، الشافعي، 66/4، البيهقي، السنن الكبرى، 170/1.

<sup>3</sup> قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبي محمد عز الدين السلمي، 160/2، دار الكتب العلمية، بيروت.

<sup>4</sup> الإقتناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، 262/، دار المعرفة بيروت.

## - الحنفية والمالكية:

يرون صحة رد المستعير للعارية بواسطة خادمه أو أحد أولاده، ولا ضمان عليه إذا ما هلك، فإن قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده أو بعض من هو في عياله فلا ضمان عليه إن عطبت؛ لأن يد من في عياله في الرد كيده، كما أن يد من في عياله في الحفظ كيده والعرف الظاهر أن المستعير يرد المستعار بيد من في عياله ولهذا يعولهم، فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة، وكذلك إن ردها إلى عبد صاحب الدابة وهو الذي يقوم عليها فهو بريء استحسانا، ووجه الاستحسان أن صاحبها إنما يحفظها بيد هذا السائس ولو دفعها إليه لكان يدفعها إلى السائس أيضا فكذلك إذا ردها على السائس، والعرف الظاهر أن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها إلى المستعير وباستردادها منه إذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها إليه دلالة<sup>1</sup>، والمحكم في ذلك ماجرت به العادة بين الناس فلو

"رد العارية التي لا يغاب عليها مع عبده أو مع رسوله أو نحوهما فتلفت فإنه لا ضمان عليه؛ لأن عادة الناس جارية بذلك ولو لم يعلم ضياعها أو تلفها إلا بقول الرسول وأما إذا ادعى رد العارية التي يغاب عليها فإنه لا يصدق في ذلك ولو لم يقبضها ببينة"<sup>2</sup>.

## رأي الشافعية:

وهو نقيض رأي سابقهم، فلا تبرأ ذمة المستعير برد العارية لغير المعير أو وكيله، ولو لزوجته أو ولده، بل يلزم الضمان إذا ما تلفت في حال ردها لغير صاحبها، ولا يبرأ المستعير برد العارية إلى ولد المعير وزوجته وإن لم يجد المالك أو وكيله، بل يضمنان بالرد إليهما لعدم إذن المالك، فإن أرسلها المرعى وتلفت - أي العارية وكانت دابة - فالقرار عليهما لحصول التلف في يدهما حتى لو غرما لم يرجعا على المستعير ولو غرم المستعير رجع عليهما<sup>3</sup>.

ولو رد العارية إلى دار المعير فلم يجده، فسلمها إلى زوجته أو ولده، فضاعت فالمعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير وإن شاء غرم الزوجة أو الولد، فإن غرم المستعير رجع عليهما - أي الزوجة أو الولد - وإن غرهما لم يرجعا على المستعير<sup>4</sup>.

## رأي الحنابلة:

وجاء رأيهم وسطا بين رأيين، فهم يرون أن المستعير إن رد العارية إلى مالكها برئت ذمته، وإن ردها إلى خادم المعير، أو إلى الإصطبل - إن كانت العارية دابة - أو إلى

<sup>1</sup> المبسوط، السرخسي، 24/11.

<sup>2</sup> الخرشي على مختصر سيدي خليل، 6 / 128، دار الفكر للطباعة، بيروت.

<sup>3</sup> أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، 239/2، تج: محمد محمد تامر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422 هـ -.

<sup>4</sup> روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، 446/4، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405 هـ -.

المكان الذي استلم منه العارية دون أن يقبضها لأحد لم تبرأ ذمته وعليه ضمانها إذا ما هلك، وكذلك الحكم إذا ماردها إلى ولد المعير الذين لا عادة لهم بقبض أمواله؛ لأنه لم يردّها إلى مالكها ولا نائبه فيها فلم يبرأ كالأجنبي، أما إن ردها إلى من جرت العادة بتوليه القبض بدلا من المعير كسائس الدابة، أو زوجة المعير المتصرفة في ماله، أو الخازن لماله - كالمحاسب أو السكرتير -، أو الوكيل المختص بقبض حقوقه، فقد برئ المستعير من الضمان؛ لأن هذه الصور من القبض قد أذن فيها عرفا، فهي أشبه ما إن أذن فيها نطقاً<sup>1</sup>.

والراجح - والله أعلم - ما رآه الحنابلة؛ لأنه أكثر عملية ودفعاً للمشقة أكثر من الآراء الأخرى؛ فهم لم يحجروا قبض العارية للمعير فقط مما قد يوقع المشقة للمعير والمستعير، كما أنهم قد احتاطوا لحق المعير وحفظوه من التلف بضرورة تسليمه له أو لمن اعتاد القبض له.

## 2 - ولاية قبض المهر:

المهر مال متقوم يقدم للمرأة إكراماً لها ونظيراً لزوجها، لا بد فيه من القبض والتمكّن ولا يقبل فيه الوعد فقط، ولأنه من حق المرأة خاصة فهي من تتولى قبضه، إن كانت قادرة، وإلا تولاه وليها أو وكيلها.

- فالزوجة الصغيرة يتولى قبض مهرها وليها سواء أكانت بكراً أم ثيباً باتفاق الفقهاء، وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد؛ لأنه لا يملك القبض بعد بلوغها، والزوجة البالغة الرشيدة تتولى قبض مهرها بنفسها بإجماع الفقهاء؛ وذلك لكمال أهليتها وتملكها التام والنافذ، كما أن لها أن توكل غيرها بقبضه، وهذا إذا ما كانت الزوجة ثيباً، أما البكر العاقلة فقد تعددت آراء الفقهاء بخصوصها إلى رأيين: -

**الأول:** للحنفية<sup>2</sup>: حيث يرون أن ولي الزوجة البكر البالغة هو من يتولى قبض مهرها، مالم تنته هي على ذلك؛ لأن البكر من عاداتها غلبة الحياء عليها فتعارف الناس على تولي وليها قبض مهرها.

**الثاني:**<sup>3</sup> وهو ما يراه جمهور المالكية والشافعية والحنابلة: من أنه لا يحق لأحد أن يقبض مهر البالغة الرشيدة إلا بإذنها أو توكيلها، وإن كان للأب قبض صداق ابنته المحجور عليها بسبب الصغر أو السفه أو الجنون؛ لأنه يلي مالها، فكان له قبضه كئمن مبيعها، أما الكبيرة الرشيدة المتصرفة في مالها - ولو كانت بكراً - فلا بد من اعتبار إذنها في قبضه

<sup>1</sup> كشف القناع، البهوتي، 74/4.

<sup>2</sup> البدائع، 244/2.

<sup>3</sup> حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 147/5، العناية شرح الهداية، 33/5، كشف القناع، البهوتي، 138/5، الفقه الإسلامي وأدلته، 269/9.

قياسا على ثمن مبيعها، ولا يبرأ الزوج بتسليمه للأب دون إذنها، فإن حصل وسلمه الزوج ثم غرم رجوع على الأب.

ولعل الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الأحناف لموافقته العرف وهو المعمول به في غالب البلدان، كون المرأة البكر يغلب عليها الحياء فيمنعها من قبض مهرها، وهو بذلك يصير عادة، والعادة محكمة غير أن رأي الجمهور هو الأكثر ضمانا للحقوق، وأبعد عن اللبس، وأكد لقبض الحقوق واستيفائها، وبالأخص في وقتنا الحالي حيث يتاح القبض بصور مستحدثة تزيل ضرر الحياء عن القبض قدر الإمكان.

### الوجه الثاني: النيابة في القبض بتولية من المالك:

القبض حق خالص للمالك وله أن يتنازل عن هذا الحق بتوكيل من ينوب عنه فيه، فالقبض من الحقوق القابلة للنيابة في إيقاعها؛ لأن من ملك التصرف أصالة ملك إسناده لغيره وكالة، شرط أن يكون القابض أصالة والقابض نيابة من أصحاب الأهلية المحققة للقبض.

وقبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل من حيث إن الوكيل في القبض عامل للموكل، فإن رأى الوكيل بالقبض - إذا كانت وكالته عامة - أن يوكل غيره بالقبض صح توكيله؛ لأن الأصل فيما يخرج مخرج العموم إجراؤه على عمومته، أما إن كانت وكالته خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض؛ لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل، فيملك قدر ما فوض إليه، فإن فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين؛ لأن توكيله بالقبض إذا لم يصح فقبضه وقبض الأجنبي سواء، فإن وصل إلى يد الوكيل الأول بريء الغريم؛ لأنه وصل إلى يد من هو نائب الموكل في القبض<sup>1</sup>.

ويجوز التوكيل في استيفاء الأموال، لأن النبي ﷺ بعث العمال لقبض الصدقات وأخذ الجزية، هذا من حيث التوكيل في القبض وصحته، أما من حيث الوكيل في القبض فإن فقهاء الشافعية والحنابلة فقد اشترطوا شروطا يجب توافرها في الوكيل كي يكون قبضه صحيحا:

1 - ألا يتحد القابض والمقبض، بحيث يقوم الشخص نفسه بالقبض والإقباض، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلا بالإقباض ويوكله المشتري بالقبض، كما لا يجوز أن يوكله هذا بالبيع وذلك بالشراء، ولو كان عليه طعام أو غيره من سلم أو غيره فدفعت إلى المستحق دراهم وقال اشتر بها مثل ما تستحقه لي واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للموكل، ولا يصح قبضه لنفسه؛ لاتحاد القابض والمقبض، ولا امتناع كونه وكيلا لغيره في حق نفسه فإن قال: اشتر بهذا المال لي واقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح قبضه لنفسه ويكون المقبوض مضمونا عليه وباقيا في ذمته، غير أنه يستثنى عن

<sup>1</sup>المحيط البرهاني، محمود بن أحمد برهان الدين مازة، 411/7، دار إحياء التراث العربي، بدائع الصنائع، 52/6.

هذا الشرط الثاني ما لو اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه، أو لنفسه من مال الصغير فإنه عندها يتولى طرفي القبض كما يتولى طرفي البيع<sup>1</sup>.

غير أنهم استثنوا من ذلك بعض التصرفات التي يجوز فيها اتحاد القابض والمقبض؛ لانتفاء علة تدافع المصالح وتضاربها بين القابض والمقبض، والتي يسعى فيها كل طرف إلى الفوز بالأوفر والأفضل، فلما زالت العلة زال الحكم معها ومن هذه التصرفات الآتي:

- الولي في عقد الزواج إذا ما أصدق في ذمته، بأن طلب قدرا معيناً من الصداق لوليته ثم أعلن أنه هو من يتكفل به وأن الصداق في ذمته، أو كان الصداق من مال ولد ولده إلى بنت ابنه وكان هو وصيا عليهما.

- إذا خالع الزوج زوجته على طعام في ذمتها بصيغة السلم، ثم أذن لها بصرفه على ولده منها بلا قبض، فإن قامت بذلك برئت.

- ويجوز اتحاد القابض والمقبض في حال الظفر، بأن تعذر على المستحق استيفاء حقه من المستحق عليه طوعاً، فإن ظفر بجنس حقه أو بغير جنسه، فأخذه يكون قبضاً منه لحق نفسه فهو بذلك قابض مقبض.

- والمستأجر إن أذن له بصرف ما سيدفعه من أجره في سبيل أعمار أو إصلاح العين المستأجرة جاز له ذلك رغم اتحاد القابض والمقبض.

- ويباح أيضاً للموهوب له إن كان غاصباً أو مستعيراً أو مستأجراً، أن يقبض ما وقع في يده سواء أكان عن طريق الغصب أو الاستعارة أو الاستئجار، بشرط انقضاء مدة يتأتى فيها القبض.

- وممن يجوز لهم القبض لأنفسهم مما وكلوا بقبضه: الساعي، فله أن يقبض من نفسه لنفسه.

- كما ويجوز للوصي الفقير القبض لنفسه من مال وصيه ما يغنيه بالمعروف، إما بنية الاقتراض وعندها يتحد المقرض والقارض، أو بنية القبض فيتحد القابض والمقبض.

2 - ألا تكون يد الوكيل هي ذات يد المقبض، فلا يوكل المستحق من يده في حكم يد المقبض كعبده ولو كان مأذوناً في التجارة، ولا بأس بتوكيل أبيه وابنه ومكاتبه، ولو قال المشتري للبائع: وكل من يقبض لي منك، ففعل جاز ويكون وكيلاً للمشتري<sup>2</sup>.

ولقد شاع عن الفقهاء تناولهم ثلاث مسائل تتفرع عن ولاية النائب بتولية من المالك.

<sup>1</sup> أسنى المطالب، 88/2، روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، 521/3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ -.

<sup>2</sup> روضة الطالبين، 521/3، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 145/18.

## المسألة الأولى: ولاية الوكيل بالبيع في قبض الثمن وإقباض المبيع:

تباينت أقوال الفقهاء في القدر الممنوح للموكل بالبيع من جهة إقباض المبيع وقبض الثمن، وهذا عرض لهذا التباين:

### أولاً: الحنفية:

وأقروا أن للوكيل أن يسلم المبيع ويقبض الثمن، لما في توكيله من معنى الإذن بالقبض للثمن وإقباض للمبيع.

فالوكيل هو العاقد حقيقة؛ لأن العقد يقوم بصحة عبارته، وحكما لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول، وإذا كان كذلك كان أصيلا في الحقوق فتعلق به ولهذا يسلم المبيع ويقبض الثمن، ويطالب بالثمن إذا اشترى، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب؛ لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل<sup>1</sup>، فإذا "قَبَضَ الْمُوَكَّلُ ثَمَنَ الْمَبِيعِ يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ الْقَبْضُ حَقَّ الْوَكِيلِ"<sup>2</sup>.

### ثانياً: المالكية:

وجاء رأيهم قريبا من رأي الأحناف، فللوكيل عندهم أن يسلم المبيع ويقبض الثمن، مالم يكن هناك عرف مانع له من قبض الثمن، مثل "الوكيل على بيع العقار لا يقبض؛ لأن العادة جارية بعدم قبضه للثمن إلا بتوكيل خاص على قبضه إلا أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن متولي البيع يتولى القبض"<sup>3</sup>.

فلو سلم الوكيل المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه إذا هلك، وهذا حيث لا عرف يمنع قبض الثمن، وإلا لم يلزمه الضمان بل ليس له حينئذ قبض الثمن، ولا يبرأ المشتري بدفع الثمن إليه<sup>4</sup>.

### ثالثاً: الشافعية:

فصلوا في رأيهم، فربطوا جواز قبض الوكيل بنوع العقد الذي أنشأه، فما كان من العقود مشروطا القبض في صحتها كالصرف والسلم، كان للوكيل أن يسلم المبيع ويقبض ثمنه؛ لأنه وكل بعقد عقد ولا بد أن يكون صحيحا لتقع آثاره، فالوكيل في الصرف يملك القبض والإقباض بلا خلاف، أما العقود التي لا يشترط القبض لصحتها، فللوكيل أن يسلم المبيع ويقبض ثمنه مالم ينهه الموكل عن قبض الثمن؛ لأن القبض من حقوق العقد ومتطلباته،

<sup>1</sup> الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيباني، 139/3، المكتبة الإسلامية.

<sup>2</sup> مجلة الاحكام العدلية، المادة: 1503.

<sup>3</sup> الإقتان والإحكام في شرح تحفة الحكام، محمد بن أحمد الفاسي، 110/1.

<sup>4</sup> بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، 321/3.

والإذن بإنشاء العقد إذن دلالي بمقتضياته، فإن نهاء الموكل عن بيع المبيع أو قبض الثمن أو كان الثمن مؤجلا وليس حالا، فليس للوكيل فعل شيء من ذلك.

" ولا خلاف في أن القبض في الصرف والسلم وتقرير الملك يتعلق بالوكيل دون الموكل وان كان حاضرا..... فإذا وكله بالبيع مطلقا فهل يملك الوكيل قبض الثمن وجهان: أحدهما لا؛ لأنه لم يأذن فيه وقد يرضاه للبيع ولا يرضاه لقبض الثمن، وأصحهما نعم لأنه من توابع البيع ومقتضياته، وهل يملك تسليم المبيع إذا كان معه أشار كثيرون إلى الجزم بجوازه"<sup>1</sup>.

#### رابعاً: الحابطة:

رأوا أن للوكيل بالبيع الحق في تسليم المبيع؛ لأن التوكيل إيدان بالتسليم، فالتسليم من تمام البيع، لكن ليس له قبض الثمن بغير إذن الموكل؛ لأن الموكل قد يوكل من لا يثق في أمانته في قبض الثمن، غير أن له قبض الثمن بدن إذن الموكل إن دلت القرينة على قبضه، مثل توكيله في بيع شيء في سوق لا يحضره الموكل، أو موضع يضيع الثمن بتراك قبض الوكيل له فيكون ذلك إذنا في قبضه، فإن تركه ضمنه لأنه يعد مفرطاً<sup>2</sup>.

فلهذا إن تعذر القبض لموت المشتري مفلساً ونحوه، لم يلزم الوكيل شيء من الثمن؛ لأنه ليس بمفرط لكونه لا يملكه، وكذلك لو ظهر المبيع مستحقاً أو معيباً، فإنه لا شيء على الوكيل في شرائه لعدم تفریطه<sup>3</sup>.

وعليه فإن الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الشافعية، ففي العقود المتوقفة صحتها على القبض، للوكيل قبض الثمن دون استئذان الموكل، ليكون العقد صحيحاً وتقع آثاره، وفي باقي العقود للوكيل القبض مالم ينهه الموكل، وبذلك يتوفر قدر من الصلاحيات للوكيل مع توفر الحيطة والحذر للموكل إذا لم يثق في الوكيل، فيمنعه عندها من قبض الثمن.

#### المسألة الثانية: ولاية الوكيل بالخصومة في قبض الحق:

وصورتها أن يوكل شخص شخصاً آخر لينوب عنه في المنازعة والجدال لأجل إثبات حق معين، فإذا ما نجح هذا الوكيل في إثبات هذا الحق فهل له أن يقبضه نيابة عن صاحبه أيضاً، أم أن القبض غير الإثبات فلا يحق له أن يقبض الحق إذا ما أثبتته؟ وجاءت آراء الفقهاء على وجهين:

<sup>1</sup> المجموع شرح المذهب، 165/10.

<sup>2</sup> الروض المربع، البهوتي، 256/1.

<sup>3</sup> كشف القناع، 480/3.



**الأول:** لجمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والقول المفتى به عند الحنفية وبه أخذت المجلة: وهو أن الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلاً بالقبض، ولا تثبت له ولايته؛ لأن المطلوب من الوكيل بالخصومة تثبيت الحق، وليس كل من يرتضى لتثبيت حق يؤتمن عليه، فقد يوثق على الخصومة من لا يوثق على المال؛ ولأن الإذن في تثبيت الحق ليس إذناً في قبضه من جهة النطق ولا من جهة العرف، إذ الإثبات لا يتضمن القبض، وليس القبض من لوازمه أو متعلقاته، بخلاف مسألة الوكيل بالبيع، فإن تسليم المبيع وقبض الثمن من حقوق العقد ومقتضياته، وقد أقامه الموكل مقام نفسه فيها.<sup>1</sup>

كما أن الوكيل بالخصومة أمر بالخصومة فقط، والخصومة لإظهار الحق، والاستيفاء ليس من الخصومة، ويختار في الخصومة أرح الناس وللقبض أمن الناس، فمن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة.<sup>2</sup>

**والثاني:** لأبي حنيفة وصاحبيه: وهو أن للوكيل بالخصومة أن يقبض الحق بعد إثباته؛ لأنه لما وكله بالخصومة في مال، فقد ائتمنه على قبضه؛ لأن الخصومة فيه لا تنتهي إلا بالقبض، فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض، فالوكيل بالشيء مأمور بإتمام ذلك الشيء، وإتمام الخصومة يكون بالقبض؛ لأن الخصومة قائمة ما لم يقبض؛ ولأن المقصود من الخصومة الاستيفاء إذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه، ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من قضى، والعرف أملك فكان أولى إذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى.<sup>3</sup>

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور من فصل وتفريق بين التوكيل بالخصومة والتوكيل بقبض الحق المنزوع بها؛ فالإذن بالخصومة مخالف للإذن بالقبض، وهذا ما يحقق المرونة اليسر الذي يظهر سماحة هذه الشريعة وصلاحها لكل زمان وحال، فالموكل بحاجة إلى من يحاج عنه في حقه ويثبته له، وقد يكون شخصاً قليل الأمانة لنيم الطباع، لكنه ذو مكر ودهاء، فيستفاد منه ومن دهائه دون الوقوع في لؤمه، فالموكل محتاج لدهائه وكيده، والوكيل غير محتاج لقبض حق موكله.

<sup>1</sup> الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرادوي، 375/5، تج: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، المذهب، 167/2.

<sup>2</sup> المبسوط، السرخسي، 11/19.

<sup>3</sup> تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، 37/13، المبسوط، 11/19.

## المسألة الثالثة: ولاية العدل في قبض المرهون:

العدل في عرف الفقهاء: هو الشخص الذي انتمته الراهن والمرتهن وسلماه وأودعاه الرهن، وذلك لتفتهم في عدالته<sup>1</sup>، فإذا تم الرهن بينهما وائتمنا عدلا على رهنهما، فهل تكون له ولاية قبض الرهن أم لا؟ للفقهاء في ذلك اتجاهان:

**الأول:** وهو ما يراه الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة من جواز وضع الرهن عند عدل يرتضيانه ويكون قبضه للرهن قائم مقام قبض المرتهن، ويصير بذلك الرهن لازما تماما فقبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن حتى لو هلك في يده كان الهلاك على المرتهن؛ لأن يد العدل كيد المرتهن<sup>2</sup>.

وجاء في بعض كتب المالكية التعبير بلفظ (الأمين) بدل لفظ (العدل): "ويجوز أن يجعله - أي الرهن - على يد أمين يرتضيان به"<sup>3</sup>، و "لو امتنع الراهن من وضع الرهن تحت يد المرتهن وطلب وضعه عند أمين فالقول قوله"<sup>4</sup>.

ولقد استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه بالآتي: -

1 - قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾، (البقرة: 282).

حيث جاءت الآية عامة ولم تفرق بين قبض المرتهن وقبض العدل، وقبض العدل قبض أيضا؛ لأنه إذا صار عند العدل صار مقبوضا لغة وحقيقة، ولأن العدل نائب عن صاحب الحق وبمنزلة الوكيل<sup>5</sup>.

كما أن " في التعبير بمقبوضة دون تقبضونها إيماء إلى الاكتفاء بقبض الوكيل ولا يتوقف على قبض المرتهن نفسه"<sup>6</sup>.

2 - إذا اتفق الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل وقبضه العدل كان قبضه قائما مقام قبض المرتهن، فيعتبر العدل وكيلا ونائبا عن المرتهن<sup>7</sup>.

**الثاني:** وهو رأي يراه بعض الفقهاء من أن قبض العدل لا يقوم مقام قبض المرتهن، بل إن الرهن لا يصح إلا بقبض المرتهن، وهو قول الظاهرية<sup>8</sup> وزفر من الحنفية حيث رأوا:

1 المجلة، 1/133

2 الفتاوى الهندية، 433/5، درر الحكام، 168/2.

3 التلقين في الفقه المالكي، عبد الوهاب الثعلبي، 416/2، تح: محمد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1415هـ -.

4 حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعدي العدوي، 352/2، تح: يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.

5 الجامع لأحكام القرآن، شمس الدين القرطبي، 912/1.

6 روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، الألويسي، 62/3.

7 المغني، 418/4.

8 المحلى، 88/8.

أن المتراهنين إذا شرطاً كون الرهن على يدي رجل رضياً به واتفقا عليه جاز، وكان وكيلاً للمرتهن نائباً عنه في القبض فمتى قبضه صح قبضه عند جماعة الفقهاء منهم عطاء والثوري وابن المبارك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال وقتادة وابن أبي ليلى: لا يكون مقبوضاً بذلك لأن القبض من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول<sup>1</sup>.

وأدلتهم فيما ذهبوا إليه الآتي:

- 1 - أن القبض من تمام العقد، فهو أمر متعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول.
- 2 - أن العدل نائب عن الراهن وليس نائباً عن المرتهن، وإن هلك من غير تقصير فإنه يرجع به على الراهن لا على المرتهن، ومن المعلوم أن القبض لا يتم بقبض الراهن وإن اتفقا عليه، فكذلك لا يتم بقبض العدل الذي هو نائب عنه<sup>2</sup>.
- 3 - كما أن الله ذكر القبض في الرهن مع ذكره المتدائنين في السفر إلى أجل عند عدم الكاتب، وإنما أقبض رسول الله ﷺ الدرع الذي له الدين - وهو اليهودي الذي اشترى منه الطعام - وهذا هو القبض الصحيح، وأما قبض غير صاحب الدين فلم يأت به نص ولا إجماع، واشتراط أن يقبضه فلان لا صاحب الدين: شرط ليس في كتاب الله - تعالى - فهو باطل<sup>3</sup>.

والراجع - والله أعلم - رأي الجمهور وذلك للآتي:

- 1 - لأن القبض في الآية جاء مطلقاً ولم يقيد، فيصح قبض العدل كما يصح قبض المرتهن
- 2 - كما أن العدل يعد وكيلاً عن المرتهن فيصح قبضه.
- 3 - رأي الجمهور يوافق يسر الشريعة الإسلامية ومرونتها، ويحقق مصالح الناس دون أن يحل حراماً أو يحرم حلالاً.

<sup>1</sup> المغني، 418/4.

<sup>2</sup> مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن الكلبولي، 289/4، تح: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - - 1998م، القبض وأثره في العقود، 95.

<sup>3</sup> المحلى بالآثار شرح المجلى باختصار، ابن حزم الأندلسي، 84/6.

## المطلب الثالث: الإذن

الإذن لغة: إطلاق الفعل والإباحة.<sup>1</sup> وأذن بمعنى: علم.

وإصطلاحاً: فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً، وهو دون الأمر في طلب إيجاد المأمور به.<sup>2</sup>

والإذن أنواع في عرف الفقهاء:

1 - الإذن صراحة: وهو أن يصرح المقبض بلفظ دال على القبض صراحة، أو بلفظ ينوب عنه مثل أذنت لك، وهو كالذي يحصل في توكيل إنسان آخر لأن يشتغل في إحدى الخصوصات التي يمكن للموكل القيام بها كأن يبيع له مالا أو أن يؤجر له عقاراً.<sup>3</sup>

2 - الإذن دلالة: وهو كل تصرف يدل على الإذن والموافقة دون أن يقرن بلفظ، كقبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب فيسكت ولا يمنعه، وكذبح الراعي شاة مشرفة على الهلاك فالراعي وإن لم يكن مأذوناً صراحة فقد اعتبر استحساناً مأذوناً، وكسكوت الراهن عند قبض المرتهن الرهن في حضرته، فإذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك إذناً منه بالقبض دلالة؛ لأن العقد الثابت: دلالة الإذن بالقبض، فهو تسليط له على القبض فكان كأنه دليل الإذن بالقبض.<sup>4</sup>

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الإذن - بنوعيه - لصحة القبض على ثلاثة اتجاهات:

الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، حيث فصلوا في ذلك تبعاً لمآل حق حبس المقبوض، فإن كان هذا الحق راجعاً للمقبض كما في حق حبس الموهوب في يد الواهب، والمبيع بثمن حال قبل نقد الثمن في يد البائع، والمرهون في يد الراهن، ففي هذه الحالة يشترط الإذن ممن له حق الحبس، إذ لا يحق إسقاط حقه بغير رضاه وإذنه، أما إذا لم يكن للمقبض حق الحبس كأن نقد الثمن الحال في البيع أو كان الثمن مؤجلاً، فلا يشترط الإذن من المقبض لصحة القبض؛ لأنه لاحق له في حبسه، ولتعلق حق غيره به واستحقاقه له. فعندها للقابض القبض دون إذن المقبض، فللمشتري مثلاً قبض المبيع استقلالاً إن كان الثمن مؤجلاً؛ لانتهاء حق الحبس وكذا لو حل قبل التسليم أو كان حالاً وسلمه لمستحقه، وإن كان حالاً ولم يسلمه كله أو بعضه فلا يستقل به، بل لا بد من إذن البائع فيه؛ لأن حق

<sup>1</sup> لسان العرب، ابن منظور، 10/13، مادة: أذن.

<sup>2</sup> التعريفات، الجرجاني، 30، أصول السرخسي، 64/1.

<sup>3</sup> درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 86/1.

<sup>4</sup> البدائع، 304/5، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 86/1.

الحبس ثابت له، فإن استقل به لزمه رده ولا ينفذ تصرفه فيه لكن يدخل في ضمانه باليد الحسية لا الشرعية ليطالب به إن خرج مستحقاً واستقر ثمنه عليه<sup>1</sup>.

**الثاني:** وهو ما يراه المالكية من عدم اشتراط الإذن لصحة القبض في العطايا كالهبة والوقف والصدقة؛ لأنها خرجت عن ملك صاحبها بالقول، و" إن قبض الهبة الموهوب له بغير إذن الواهب جاز قبضه إذ يقضى على الواهب بذلك إذا منعه"<sup>2</sup>؛ ولأنه لا تجوز صدقة حتى تقبض. لكنهم اشترطوا الإذن لصحة القبض في الرهن فلا يملك المرتهن إسقاط حق الراهن دون إذنه<sup>3</sup>.

**الثالث:** وهو ما ذهب إليه الحنابلة من اشتراط الإذن في صحة القبض في سائر العقود، فهو شرط في صحة قبض الرهن والعطايا كالوقف والهبة والصدقة، "وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ قَبْضُ الرَّهْنِ إِلَّا بِإِذْنِ الرَّاهِنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ تَقْبِيزُهُ، فَأَعْتَبِرَ إِذْنُهُ فِي قَبْضِهِ، كَالْوَاهِبِ، فَإِنْ تَعَدَّى الْمُرْتَهِنُ، فَقَبْضُهُ بغيرِ إِذْنٍ، لَمْ يَنْبُتْ حُكْمُهُ، وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ لَمْ يَقْبِضْ"<sup>4</sup>.

ولعل الراجح - والله أعلم - ما رآه المالكية من عدم اشتراط الإذن في عقود التبرعات؛ لاتفاق الفقهاء جميعهم على ضرورة اشتراط الإذن من الراهن لصحة القبض في الرهن، لما للراهن من حق مؤكد وقوي في بقاء ملكه في يده حتى يأذن بقبضه فهو صاحب الحق الأصلي، فلا يصادر إلا بإذنه، أما عقود التبرعات فلا ضرورة للإذن في قبضها؛ لأنها من قبيل الصدقات ولا تجوز الصدقات حتى تقبض.

<sup>1</sup> البدائع، 123/6، مغني المحتاج، 73/2.

<sup>2</sup> مختصر خليل، 461/28.

<sup>3</sup> البهجة شرح التحفة، 313/1، الشرح الكبير، 101/4.

<sup>4</sup> المغني، 129/9.

## المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمقبوض

### المطلب الأول: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق غيره:

فيجب تمييز المقبوض عن غيره من المقبوضات، وإخلائه عن أي حق عدا حق القابض؛ ليتمكن القابض من قبضه فور عقد العقد، وإن كان الفقهاء غير مجمعين على ضرورة اشتراطه:

فالحنفية<sup>1</sup> رأوا: أن المبيع إذا كان مشغولاً بحق الغير يكون ذلك مانعاً من تسليمه كأن يكون المبيع داراً وكان فيها من أمتعة البائع قليل أو كثير، أو مزرعة وكان فيها زرع البائع فاشتغال المبيع بذلك مانع للتسليم، فلو صدر إذن البائع بالتسليم وقبضه والمبيع مشغول فلا يتحقق بذلك تسليم، لكن إذا أودع البائع ما في داره من الأمتعة المشتراة ثم سلم الدار فالتسليم صحيح.

فيجب أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق الغير فإن كان شاغلاً لحق الغير، كالحنطة في أوعية يبيعها فلا مانع من القبض عندها<sup>2</sup>.

فَلَا يَصِحُّ قَبْضُ الْمُشَاعِ سِوَاءَ كَانَ مُشَاعًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، أَوْ لَا يَحْتَمِلُهَا<sup>3</sup>، وَلَوْ رَهْنٌ مُشَاعًا فَقَسَمَ وَسَلَمَ، جَازَ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِي الْحَقِيقَةِ مَوْقُوفٌ عَلَى الْقِسْمَةِ وَالتَّسْلِيمِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَإِذَا وُجِدَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ مِنَ النَّفَازِ فَيَنْفُذُ<sup>4</sup>.

ولعل من الملائم سرد رأي الأحناف في المقبوض من حيث اتصاله بغيره وتأثير ذلك على قبضه:

- فما كان متصلاً بحق الغير أصالة، كالبناء دون الأرض والثمر دون الشجر، فلا يصح قبضه بهذه الكيفية ولا يقع؛ لاشتغال المقبوض وعدم فراغه، وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا رهن الأرض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر، أو الزرع والشجر بدون الأرض، أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر أنه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل أو لا؛ لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون، وهذا يمنع صحة القبض فإن جذ الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلاً، جاز؛ لأن المانع من النفاذ قد زال.

<sup>1</sup> درر الحكام، 216/1، الفتاوى الهندية، 17/3.

<sup>2</sup> مجمع الضمانات في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان، أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، 521/1، تحقيق: محمد أحمد سراح، علي جمعة محمد

<sup>3</sup> الفتاوى الهندية، 433 /5.

<sup>4</sup> البدائع، 141/6.

- وما كان متصلا بغيره اتصال تبعية كاتصال الأجزاء مما يمنع الاستفادة منه والتسلط عليه، فيجب عندها الفصل ما أمكن ذلك، فمثلا من رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها أو رسنا في رأسها، فدفع إليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم، بخلاف ما إذا رهن متاعا في الدار؛ لأن السرج ونحوه من توابع الدابة وتدخل في الرهن بحكم التبعية، فلم يصح رهنهما بدون الدابة، كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر، بخلاف المتاع فإنه ليس تبعا للدار.

- وما كان متصلا اتصال مجاورة كالمتاع في الأوعية التي هي ملك للبائع، فلا بأس ما لم يكن المقبوض متصلا بحق الغير فمن رهن متاعا في الدار ودون أن يرهن الدار، وخلي بين المرتهن الدار جاز، بخلاف ما إذا رهن الدار دون المتاع؛ لأن الدار تكون مشغولة بالمتاع، فأما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار، فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار.

غير أن المالكية رأوا أن صحة القبض تتحقق وإن كان المقبوض مشغولا بحق الغير، باستثناء السكن فلا بد فيه من الإخلاء ليقع القبض " فإن دار السكنى لا بد فيها من إخلاء الولي لها من شواغله ومعاينة البيئة لتخليتها سواء أكرها أم لا ومثلها الملبوس وأما غير دار السكنى والملبوس فيكفي الإشهاد بالصدقة أو الهبة وأن تعين البيئة الحيازة فالإشهاد بالصدقة يغني عن الحيازة فيما لا يسكنه الولي ولا يلبسه"<sup>1</sup>.

أما الحنابلة فكان رأيهم أوسع من ذلك، فصح عندهم القبض وإن كان المقبوض مشغولا بحق الغير أو متصلا به.

فيصح قبض الدار وتثبت عليها اليد وإن كانت مشغولة بمتاع البائع، وينطبق هذا على كل موضع يعتبر فيه القبض كالرهن مثلا، فإن خلى الراهن بين المرتهن والمرهون بأن فتح له باب الدار أو سلم له المفتاح صح القبض ولو كان فيها متاع للراهن<sup>2</sup>.

ومما سبق يتضح أن العرف هو المعتبر في تحديد ما إذا كان انشغال المحل المقبوض بحق الغير مانعا من صحة التسليم أم غير مانع، فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ولعلنا نلاحظ أن ما ذهب إليه الحنابلة هو الأوسع والأيسر، فللمشتري أن يجبر البائع على نقل متاعه إذا ما أراد ذلك، ومما يساعد على ذلك هو ما آلت إليه العقود اليوم من دقة في حصر المقبوض ووصفه، وهو ما لا يجعل لبسا في حق كل عاقد، ويضمن لكل ذي حق حقه.

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي، 108/4.

<sup>2</sup> الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، 125/2، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت - لبنان.

## المطلب الثاني: ألا يكون المقبوض حصة شائعة:

الحصة الشائعة هي أن يكون المقبوض غير خالص للمقبض، بل هو ملك مشترك بينه وبين غيره، دون أن تتميز حصة كل شريك.

والقسمة هي تعيين الحصة الشائعة، و إفراد الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع، والوزن، والكيل<sup>1</sup>.

وللفقهاء في هذا الشرط رأيان:

**الرأي الأول:** وهو ما ذهب إليه الأحناف من عدم صحة قبض الحصة الشائعة حتى تتميز وتستبين؛ " لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور فإن سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لأن العقد لم يتناول الكل"<sup>2</sup>، فلو باع إنسان حصة شائعة في الزرع الذي لم يدرك من آخر غير شريكه فالبيع غير صحيح؛ لأنه لا يمكن تسليم الزرع المبيع قبل حصاد الزرع كله وبما أن المشتري سيطلب تسليم حصته فالبايع يلحقه الضرر في حصته التي لم يبيعها؛ لأن كل جزء من النبات يصبح مشتركاً بينهما فإذا حصل البيع على هذا الوجه وطلب المشتري قلعه لم يسمح له وانفسخ البيع بطلب أحد المتبايعين<sup>3</sup>.

**الرأي الثاني:** وهو ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة في قولهم بصحة قبض الحصة الشائعة، فالشروع غير مناف للقبض؛ لأن معنى عدم تحقق القبض في الحصة الشائعة، أن الشريكين أو الشركاء لا يملكون حق التصرف في حصصهم، وهم بذلك شركاء في ملك شائع وغير قابضين له فهو مهمل لا يد لأحد عليه، وهذا تعطيل للمصالح وإهدار للأموال ينكره الشرع والعقل، وهو ما حدا بالشرع إلى الترخيص في قبض المشاع.

فيصح رهن المشاع من عقار و عرض وحيوان، كما يصح بيعه ووقفه وهبته سواء أكان الباقي للراهن أو لغيره، فلا بأس إن رهن الرجل نصف أرضه أو سهما من داره وإن كان مشاعاً غير مقسوم، إذا كان الكل معلوماً والجزء المرهون معلوماً، وسواء في ذلك البيع والرهن؛ فالقبض اسم جامع وهو يقع بمعان مختلفة كيف ما كان الشيء معلوماً، أو كان الكل معلوماً والشيء من الكل جزء معلوم من أجزاء، وفي حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها.

<sup>1</sup> المجلة، 214.

<sup>2</sup> البدائع، 120/6.

<sup>3</sup> درر الحكام، 158/1.



- عن ابن عمر عن عمر - رضي الله عنهما - قال: " جاء عمر إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله إني أصبت مالا لم أصب مثله قط كان لي مائة رأس فاشتريت بها مائة سهم من خبير من أهلها وإني قد أردت أن أتقرب بها إلى الله - عز وجل - قال: فاحبس أصلها وسبل الثمرة"<sup>1</sup>، وهذا صفة المشاع؛ ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا؛ ولأن الوقف تحبب الأصل وتسبيل المنفعة، وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز<sup>2</sup>.

وبالرغم من اتفاق جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة على صحة قبض المشاع؛ إلا أن آراءهم تعددت في الكيفية التي يتم بها قبض المشاع:

**الرأي الأول:** وهو ما يراه المالكية من أن قبض الحصة الشائعة يكون بوضع يده على الحصة بالكيفية التي كان يضعها صاحبها مع شريكه، غير أنه في الرهن عندما يكون الشريك هو ذات الرهن، أي: كان ما تبقى من المرهون هو ملك للرهن، عندها يشترط قبض جميع المرهون لئلا تجول يد الرهن في الرهن فيبطل، فإن كانت البقية لغير الرهن اكتفى المرتهن بحوز الجزء المرهون، كما ولا يشترط استئذان الرهن للجزء المشاع شريكه، أي: ليس عليه ذلك إذ لا ضرر على الشريك؛ لأنه يتصرف مع المرتهن لعدم تعلق الرهن بحصته، وإن كان يندب الاستئذان لما فيه من جبر الخواطر<sup>3</sup>.

**الرأي الثاني:** وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من أن قبض المشاع يكون بوضع اليد على جميع المرهون والتمكن منه كاملا، سواء أكان المقبوض منقولاً أم غير منقول، غير أنه يشترط في قبض ما ينقل من المشاع كالمشاع أو الدواب إذن الشريك؛ لأن قبضه لا يكون إلا بنقله ونقله لا يكون إلا بنقل حصة الشريك، وهذا تصرف في مال الغير بغير إذن وهو محظور شرعا، فإن أبى الشريك منح الإذن بنقل المنقول فللقبض أن يوكل الشريك بالقبض؛ لكي يتم القبض فإن أبى أن يوكل أو أبى الشريك أن يتوكل، نصب الحاكم من يقبض الكل جمعا بين الحقين فيكون في يده لهما أمانة أو بأجرة، والأجرة عليهما، ولو سلم البائع المقبوض بلا إذن شريكه، فالبائع غاصب لحصة شريكه؛ لتعديه بتسليمها بلا إذنه، أما إن كان المشاع غير منقول كالعقار، فلا حاجة للإذن في قبضه؛ لأن قبضه يكون بتخليته لا بنقله أو التصرف فيه، فللبائع أن يقبض المشتري المقبوض كاملا، فيكون المشتري قابضا لحصته، أمينا على حصة الشريك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، كتاب: الأحباس، باب: حبس المشاع، 94/4، الحديث رقم: (6431)، صححه الألباني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1411 - 1991، تج: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن.

<sup>2</sup> الشح الكبير، 235/3، الأم، 154، 155/3، المغني، 266/6.

<sup>3</sup> الشرح الكبير، 235/3.

<sup>4</sup> أسنى المطالب، 482/2، شرح منتهى الإرادات، 63/2، كشاف القناع، 248/3.

### **المطلب الثالث: أن يكون المقبوض محلاً للقبض:**

فلو وهب ما في بطن غنمه، أو ضرعها أو سمناً في اللبن أو زيتاً في زيتون، لم يجز القبض وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عن استخراج ذلك؛ لأنه عند العقد كان محل العقد معدوماً.

### **المطلب الرابع: المطلب الرابع: أن يكون المقبوض مفصلاً متميزاً:**

وهو شرط رآه الحنفية دون غيرهم؛ لأن انعدامه يحول دون التمكن من المقبوض ويعيق قبضه، فلا يصح قبضه وهو بهذه الحالة فيشترط "أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع أو شجراً عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر وخلقى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغاً جاز لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> البدائع، 6/125.

## **الفصل الثاني: أقسام القبض وصوره**

**المبحث الأول: أقسام القبض**

**المطلب الأول: القبض الحقيقي**

**المطلب الثاني: القبض الحكمي**

**المبحث الثاني: صور القبض**

**المطلب الأول: أن يكون الشيء المستحق بيد مالكه**

**المطلب الثاني: أن يكون الشيء المستحق في يد مستحقه**

## المبحث الأول: أقسام القبض

من خلال العرض السابق لتعريف القبض في اللغة والاصطلاح، وما بدا في هذا العرض من معان تدور في مجملها حول التمكن وتام التصرف في المقبوض وتحمل ما ينشأ عن هذا التمكن من مغنم وتكاليف، يظهر أن القبض قد يقع ظاهراً ملموساً ويؤثر في المقبوض ويسمى عندها قبضاً حقيقياً، أو يقع لا على الظاهر بل يتمثل ويبرز من خلال آثاره وما ينشأ عن الحكم والإقرار بوقوعه حكماً ويسمى قبضاً حكماً.

### المطلب الأول: القبض الحقيقي:

وهو الملموس كالتناول، والإمساك، والجمع، والحمل، والكيل، والوزن وكل ما يدرك بالحس أنه قبض، وفي المجمل فإن القبض يقع إما على ثابت (عقار) أو منقول:

أولاً: القبض في العقار:

#### 1 - حقيقة العقار:

**العقار لغة:** ما له أصل ثابت وقرار مثل الأرض والدار والضياع، والنخل، وكل ما هو غير منقول وما لا يمكن نقله من محل إلى آخر، وخص بعضهم بالعقار النخل، فيقال للنخل خاصة من بين المال، وقال بعضهم: ربما أطلق على المتاع والجمع "عَقَارَاتٌ"، وعقار المتاع: خياره، كمتاع البيت ونضده الذي لا يبتذل إلا في الأعياد والحقوق الكبار ونحوها، ومنه ما جاء في الحديث: "فَرَدَّ النَّبِيُّ ﷺ ذَرَارِيَهُمْ وَعَقَارَ بُيُوتِهِمْ"<sup>2</sup> أي: أمتعة بيوتهم من الثياب والأدوات.

#### والعقار اصطلاحاً:

لم يأت عند الفقهاء بمعنى واحد، بل جاءت معانيه عندهم على قولين:

**الأول:** للحنفية<sup>3</sup> ويعرفون العقار بأنه: ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدار والأراضي، ولا إشكال عندهم في اعتبار الأرض عقاراً إذ هي ثابتة غير منقولة، لكنهم اعتبروا في الأبنية والأشجار اعتباران:

<sup>1</sup> لسان العرب، 110/13، المعجم الوسيط، 615/2، القاموس الفقهي، 257/1، المصباح المنير، الفيومي، 218/1، التعريفات، الجرجاني، 196/1، تاج العروس، 105/13.

<sup>2</sup> الأحاد والمثاني، أحمد بن عمرو بن الضحاك الشيباني، 412/2، تح: باسم الجوابرة، دار الراية، الرياض، 1411 - 1991.

<sup>3</sup> درر الحكام، 101/1.

1 - إذا انفردت الأبنية والأشجار عن الأرض اعتبرت منقولات لا عقارا، كالأبنية والأشجار المملوكة لأشخاص، والواقعة في أرض الوقف أو في أرض مملوكة للدولة.

2 - فإذا اعتبرت الأبنية والأشجار مع الأرض الواقعة عليها تعد حينئذ عقارا بالتبعية، فإذا بنى أحد دارا مثلا في غير ملكه لا تكون الدار عقارا بل منقولا.

وعليه إذا بيعت الأشجار أو الأبنية وحدها دون الأرض سرت عليها أحكام المنقولات، وإن بيعت رفقة الأرض اعتبرت عقارا.

**الثاني:** للجمهور من المالكية<sup>1</sup> والشافعية والحنابلة: وفيه رأى المالكية أن العقار: هو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر، ويلحق بها الثمر؛ لأن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونمو في الأبدان من الأشجار صارت كالجزء منها فأعطيت حكم الأصول.

وعرف الشافعية<sup>2</sup> العقار بأنه: اسم للمنزل وللأرض والضياع وكل ما في معناه كالبناء الكبير والشجر تبعا للأرض، وكذلك الثمر المبيع قبل أوان الجذاذ، فهو من غير المنقول، إذ لا يمكن نقله بحاله الذي هو عليه حالة البيع، أما المباعه بعد أوان الجذاذ فهي منقولة.

وعرفه الحنابلة<sup>3</sup> بأنه: الضيعة والأرض والبناء والغراس، ونحوه كالثمر على الشجر.

## 2 - كيفية قبض العقار:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة<sup>4</sup> على أن قبض العقار يقع ويتم بالتخلية بين المشتري والعقار حتى يتمكن منه ويتصرف فيه، فإن تعذرت التخلية أو وقعت وتعذر التمكن والقدرة على التصرف ارتفع القبض وامتنع.

ولأن التخلية هي محض رفع لموانع التمكن والسيطرة، فقد ألحقها بعض الفقهاء بشروط تميزها وتضبطها وتؤكد وقوعها حتى يُتحقق من وقوعها بشكل أيسر وأسهل.

فالحنفية<sup>5</sup>: قيدوا التخلية بقرب العقار، فإن كان العقار بعيدا لا تعتبر التخلية قبضا عندها، وفسر ابن عابدين - رحمه الله - القرب أن تكون في البلد فيتمكن من فتحها وإغلاقها دون كلفة، غير أن أبا حنيفة - رحمه الله - لم يشترط القرب بل عد مطلق التخلية قبضا، والمعتمد في المذهب هو الرأي الأول؛ لأنه إن كان قريبا، يُتصور فيه القبض الحقيقي في الحال، فتقوم فيه التخلية مقام القبض، ولا يتصور ذلك إن كان بعيدا.

<sup>1</sup> شرح مختصر خليل، الخرشي، 163/6، الشرح الصغير، 71/2.

<sup>2</sup> حاشية إعانة الطالبين، أبي بكر الدمياطي، 38/3، دار الفكر، بيروت، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الشربيني، 337/2.

<sup>3</sup> كشاف القناع، 247/3.

<sup>4</sup> الفتاوى الهندية، 16/3، رد المحتار، 96/7، مواهب الجليل، 477/4، مغني المحتاج، 72/2، المغني، 111/4.

<sup>5</sup> رد المحتار، 562/4، الفتاوى الهندية، 16/3.

وزاد الشافعية<sup>1</sup> في التوثيق بأن فرقوا في القبض بين العقار الحاضر والغائب، فما كان غائباً يكون قبضه بتخليته وتفريغه من أمتعة البائع أو أي شخص غير المشتري، وفقاً للعرف في ذلك، مع ضرورة توافر إذن البائع له بالقبض صراحة أو ضمناً، إن كان للبائع حق الحبس كأن تكون العين المشتراة في يده؛ لأنه لا يجوز إسقاط حقه بغير إذنه، وكذلك يجب مضي زمان يتأتى له فيه الوصول إلى العقار والتمكن منه والتصرف فيه، ولا يشترط حضور المتعاقدين فعلاً أو المسير إلى العقار حقيقة رفعا للمشفقة والتي لا تتوافر في اشتراط زمان الوصول بينما تتحقق في اشتراط تحقق الوصول ووقوعه.

وتشترط ذات الشروط السابقة في العقار الحاضر، غير أنه يغتفر شرط وجوب مضي زمان يتأتى فيه التخلية والتحقق من القبض والتمكن.

ف عندهم أن القبض في العقار يحصل بالتخلية والتمكين منه، فإن " كان المبيع مما لا ينقل كالدار والأراضي فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه من اليد"<sup>2</sup>.

أما الحنابلة<sup>3</sup> فإنهم رأوا أن قبض العقار يتم بالتخلية ولا داعي لاشتراط إخلاء العقار من أمتعة غير المشتري، ولم يشترطوا أيضاً إذن الشريك للقبض؛ لأن العقار ثابت ولا يمكن نقله، وقبضه يتم بتخليته والتصرف فيه برفع أي مانع أو حائل دونه، كأن يفتح له باب الدار أو يسلمه مفتاحها ونحوه.

## ثانياً: القبض في المنقول:

### 1 - حقيقة المنقول:

المنقول لغة<sup>4</sup>: اسم مفعول من نقل ينقل نقلاً، والنقل: تحويل الشيء من موضع إلى موضع، ونقله نَقِيلاً إذا أكثر.

والمنقول اصطلاحاً جاء على صورتين عند الفقهاء:

الأولى: للجمهور<sup>5</sup>، فالمنقول عندهم: هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، سواء أبقى على صورته وهيئته الأولى أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل، ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات. وعد الشافعية السفينة من المنقولات، فلا بد من تحويلها وهو ظاهر في الصغيرة وفي الكبيرة ما دامت سائرة في الماء، فإن كانت على البر فهي كالعقار يكفي فيها التخلية لعسر النقل.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 72/2.

<sup>2</sup> الشرح الكبير، الرافعي، 442/8.

<sup>3</sup> كشف القناع، 247/3 - 248.

<sup>4</sup> لسان العرب، 674/11.

<sup>5</sup> رد المحتار، 408/3، درر الحكام، 101/1، مجلة الأحكام العدلية، المادة (128)، الإقناع، 257/1، كشف القناع، 247/3.

الثانية: للمالكية<sup>1</sup> حيث ضيقوا دائرة المنقول فرأوا أنّ المنقول يطلق على ما يمكن نقله من مكان إلى آخر مع بقاءه على صورته وهيئته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها، فكل ما أحدث النقل تغيراً فيه لا يعد منقولاً، خلافاً للعقار فهو: ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر. فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضاً، والشجر يصبح أخشاباً.

## 2 - كيفية قبض المنقول:

رأى العديد من الفقهاء أن القبض يتم ويقع بالكيفية التي يحددها العرف؛ لوروده مطلقاً في الشرع فترك تحديده للعرف؛ لأن "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف ومثله بالحرز في السرقة والتفرق في البيع والقبض"<sup>2</sup>، لكنهم اتفقوا على طرق يتم بها تحقق القبض في المنقول وجاءت على فرعين<sup>3</sup>:

**الفرع الأول: كيفية قبض المكيلات والموزونات وما ألحق بها مما بيع على التقدير كالمعدودات والمذروعات وهي حالتان:**

**الحالة الأولى:** أن تباع المكيلات والموزونات وما ألحق بها مقدرة بالكيل أو الوزن أو نحوهما، وللفقهاء في ذلك رأيان:

**الرأي الأول:** وهو لجمهور المالكية<sup>4</sup> والمذهب عند الشافعية<sup>5</sup> والمعتمد عند الحنابلة<sup>6</sup> حيث رأوا أن قبض المكيل هنا يحصل بكيله والموزون بوزنه والمعدود بعده والمذروع بذرعه، وزاد الشافعية شرطاً آخر وهو النقل والتحويل. فإن نقل مكيلاً من غير كيل ولا وزن صار من ضمانه لكن لم يتم القبض، فلا يجوز له بيعه حتى يكال أو يوزن، وإن اكتاله أو وزنه ولم يحوله لم يتم القبض ولم يصر مضموناً عليه؛ لأنه لم يخرج عن يد بائعه. واستدل أصحابه بالآتي:

1 - عن ابن عمر - رضي الله عنهما -: أن رسول الله ﷺ قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبتعه حتى يستوفيه"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> بداية المجتهد، 253/2، الفقه الإسلامي وأدلته،

<sup>2</sup> الأشباه والنظائر، السيوطي، 98/1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403 هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403 هـ.

<sup>3</sup> كيفية قبض المنقول وتطبيقاته، أحمد بن عبد الله اليوسف، مجلة العلوم الشرعية، عدد 34، محرم، 1436 هـ.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي، 152/3.

<sup>5</sup> الحاوي، الماوردي، 227/5.

<sup>6</sup> كشف القناع، 310/3.

<sup>7</sup> صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، 1160/3، حديث رقم (1526).

غير أنه رد على هذا الاستدلال بأن الحديث الشريف قد نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وليس فيه ما يدل على الكيفية التي يتحقق بها القبض، فلا يصح الاستدلال به على وجوب كيل المكيل ليصح قبضه ويتم.

2 - عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله"<sup>1</sup>، ووجه الدلالة من الحديثين أن الحديث الثاني مفسر للقبض الوارد في الحديث الأول، فتبين من مجموعهما أن القبض فيما يبيع كيلا يكون بالاكتيال، ويقاس عليه ما يبيع وزنا فيكون قبضه وزنه، وما يبيع عدا يكون قبضه بعده<sup>2</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال بالآتي:

- أن النهي خاص ببيع الطعام الذي اشترى جزافا قبل نقله وتحويله، فلا يشمل ما اشترى بالكيل والوزن.

- أن النهي في الحديث ورد في بيع الطعام قبل القبض فلا يقاس غيره عليه إلا بدليل معتبر، ومال البعض إلى اختصاص ذلك بالطعام؛ لما جاء من اتفاق جمع من الفقهاء على جواز عتق العبد المشتري قبل قبضه<sup>3</sup>.

3 - عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ - رضي الله عنهما -: " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يَبِيعَ أَحَدٌ طَعَامًا اشْتَرَاهُ بِكَيْلٍ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ"<sup>4</sup>، وفي ذلك دلالة على اشتراط القبض في المكيل بالكيل وفي الموزون بالوزن<sup>5</sup>.

فنوقش الاستدلال بالآتي:

1 - أن الحديث به ضعف من جهة السند؛ لأن فيه المنذر بن عبيد المدني، قال عنه ابن القطان<sup>6</sup>: مجهول الحال، وبما أنه انفرد بهذه الزيادة (بكيل) فهي زيادة شاذة.

2 - ولو افترضنا صحة الحديث فإنه يظل خاصا بالطعام.

3 - وكذلك فهو ينص على الكيل فيختص به.

4 - أن الحديث لم ينص على كيفية الاستيفاء، فلا يصح الاستدلال به على وجوب كيل المكيل لصحة القبض.

<sup>1</sup> صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، 1159/3، حديث رقم (1525).  
<sup>2</sup> التمهيد، ابن عبد البر القرطبي، 325/13، تح: مصطفى البكري، مؤسسة الرسالة، مغني المحتاج، 73/2.  
<sup>3</sup> فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 349/4، دار المعرفة، بيروت، 1979 هـ - .  
<sup>4</sup> سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى، 303/2، حديث رقم (3495)، صححه الألباني.  
<sup>5</sup> فتح الباري، 351/4.  
<sup>6</sup> تهذيب التهذيب، ابن حجر أبو الفضل العسقلاني، 268/10، دار الفكر - بيروت ط1، 1404 هـ.



4 - حديث عثمان بن عفان - رضي الله عنه - أنَّ النبي ﷺ قال له: " إذا بَعْتَ فَكِلْ، وإذا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ"<sup>1</sup>، فاشتراط الكيل في الحديث ولم يشترط النقل أو التحويل<sup>2</sup>، والأمر باكتيال الطعام عند ابتياعه دليل على أن قبضه لا يتم إلا بذلك.

غير أنه رد على هذا الاستدلال بالآتي:

1 - أن الحديث فيه ضعف، ولا يصح الاستدلال به، فقد علقه البخاري في البيوع، باب: الكيل على البائع والمعطي، وقال: "يذكر" بصيغة التضعيف.

2 - أن معنى الحديث ليس دليلاً على أن قبض المكيل يحصل بالكيل، بل المعنى إذا بعت فكل، أي: فأوف، وإذا ابتعت فاكتل، أي: فاستوف، أي إذا أعطى أو أخذ لا يزيد ولا ينقص، أي لا لك ولا عليك<sup>3</sup>؛ لأنه لو كان كذلك لكان يجب الكيل في كل مبيع، وهذا لا يستقيم لجواز البيع جزافاً أو عداً أو وزناً.

5 - عن جابر - رضي الله عنه - قال: "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري"<sup>4</sup>.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث والذي سبقه أن الأمر باكتيال الطعام عند ابتياعه أن قبض المبيع لا يتم إلا بذلك إذا بيع كيلاً؛ لأن الرسول ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وأكد ذلك بذكر آلة الكيل في الحديث الثاني.

ونوقش الحديث من ثلاثة أوجه:

1 - أن الحديث به ضعف من جهة السند. فقد ضعفه البويصيري في الزوائد، لأن في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عبد الرحمن الأنصاري وهو ضعيف<sup>5</sup>.

2 - إذا سلمنا بصحته فإنه يظل خاصاً بالطعام.

3 - أنه "محمول على موضع مخصوص، وهو ما إذا اشترى مكيلاً مكايلاً فاكتهاله ثم باعه من غيره مكايلاً لم يجز لهذا المشتري التصرف فيه حتى يكيله وإن كان هو حاضراً عند اكتيال بائعه فلا يكتفي بذلك"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: الكيل على البائع والمعطي، 747/2.

<sup>2</sup> كشف القناع، 246/3.

<sup>3</sup> فتح الباري، 449/6.

<sup>4</sup> سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام مالم يقبض، 750/2، حديث رقم (2228)، حسنه الألباني.

<sup>5</sup> المصدر نفسه.

<sup>6</sup> البدائع، 245/5.

الرأي الثاني: أن قبض الموزون والمكيل والمعدود يكون بالتخلية، وهو قول للشافعية<sup>1</sup> ورواية للحنابلة<sup>2</sup> الذين يشترطون تمييز المبيع مع التخلية.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالآتي:

1 - أن التسليم في اللغة عبارة عن جعل الشيء سالما خالصا، وكذلك تسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالما للمشتري، أي: خالصا بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليما من البائع والتخلي قبضا من المشتري وهو ذات الشيء في تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل للخروج عن عهدة ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، فأما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز<sup>3</sup>.

ورد هذا الاستدلال: بأن التخلية لا تحقق تمام القبض فيما بيع مكايلة أو موازنة وإن كان أصل القبض موجودا؛ لأن القدر في المكيل الموزون معقود عليه، ألا ترى أنه لو كيل فزاد لا تطيب له الزيادة بل ترد أو يفرض لها ثمن، ولو نقص يطرح بحصته شيء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما إلا بالكيل والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان، فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه إلا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض، ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه بتمامه كما لا يجوز قبل قبضه أصلا<sup>4</sup>.

2 - قاسوا المنقول على العقار، فالتخلية بين المشتري والمبيع من غير حائل تحقق القبض كما في العقار<sup>5</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال أيضا:

- فهو قياس في مقابل النص.

2 - أنه قياس مع الفارق فالعقار لا يمكن تحويله ونقله، فلا يتصور قبضه إلا بالتخلية بينه وبين المشتري، أما المنقول فيمكن فيه النقل والتحويل، فلا يستقيم قياسه على العقار.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول لقوة أدلتهم، فرأيهم هو المحقق لمعنى الاستيفاء حقيقة، مما يعرف المشتري قدر حقه على وجه الدقة، فيتاح له التصرف على بينة دون تردد أو شك قد يقع من أي الطرفين فيفضي إلى التشاحن والبغضاء.

<sup>1</sup> الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد الغزالي، 152/3، تج: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، 1417.

<sup>2</sup> الشرح الكبير، عبد الرحمن ابن قدامة، 120/4، دار الكتاب العربي.

<sup>3</sup> البدائع، 244/5.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

<sup>5</sup> الشرح الكبير، ابن قدامة، 120/4.

الحالة الثانية: أن تباع المكيلات والموزونات وما ألحق بهما جزافا:

ويتم قبضها عند ذلك على رأيين للفقهاء:

الرأي الأول: أن قبض ما بيع جزافا يكون بنقله وتحويله عند الشافعية<sup>1</sup>، وهو قول لبعض المالكية<sup>2</sup>، وجمهور الحنابلة<sup>3</sup>.

وهذه أدلتهم فيما ذهبوا إليه:

1 - عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: "لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يتناعون جزافا - يعني الطعام - يضربون أن يبيعه في مكانهم حتى يؤووه إلى رحالهم"<sup>4</sup>، فدل التعزير بالضرب على حرمة هذا الفعل - وهو بيع الطعام جزافا دون نقله من مكانه؛ لأن التعزير لا يكون إلا على ترك واجب أو فعل محرم، وانتفاء العقوبة بنقل الطعام وتحريكه دليل على أن قبض الجراف لا يتم إلا بذلك، فالحديث بين أن قبض الطعام إذا بيع جزافا لا يكون إلا بنقله وتحويله إلى مكان لا يختص به البائع، فقيس على الطعام غيره من المنقولات.

ونوقش هذا الاستدلال من جهين:

الوجه الأول<sup>5</sup>: أن الحديث مقيد بالطعام فلا يقاس غيره عليه، فقد خص النبي ﷺ الطعام بالذكر عند النهي، فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة، وهذا مما نزه عنه كلام الرسول ﷺ.

ولكن هذا النقاش رُد لسببين:

1 - أن النهي وقع على بيع الطعام لكثرة الحاجة إليه وعمومها وهو ما يتطلب كثرة النقل والتحويل في كل صفقة، فمن باب أولى النهي عن غير الطعام والذي هو أقل تداولاً واستعمالاً.

2 - أن تصريح بعض الأحاديث بذكرها للطعام، لا يدل على نفي الحكم على ما عداه، فهو بعض أفراد العام الوارد في الأحاديث الأخرى، بل هو تقرير لنفس الحكم الثابت فيها وإنما نص عليه عناية به؛ ولعله لكثرة تداوله بين الناس.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 72/2 - 73.

<sup>2</sup> التمهيد، 342/13.

<sup>3</sup> كشف القناع، 503/7.

<sup>4</sup> البخاري، كتاب: البيوع، باب: من رأى إذا اشترى طعاما جزافا ألا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، 751/2، حديث رقم (2030).

<sup>5</sup> المبسوط، 14/13.

الوجه الثاني<sup>1</sup>: أن لفظ " جزافا" لم يثبت في الحديث.

ورد هذا الاعتراض بأن اللفظ ثابت في الصحيحين.

2 - أن القبض مطلق في الشرع ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة فيرجع فيه إلى العرف كالحرز في السرقة والتفرق في البيع، والعرف قاض بقبض مثل هذه الأشياء بالنقل والتحويل<sup>2</sup>.

ونوقش بأن القبض كما يحصل بالنقل والتحويل يحصل أيضا بالتخلية ورفع الموانع بين المشتري والمبيع على وجه يمكنه من التصرف فيه وامتلاكه بشكل كامل، مما يقرر أن القبض لا يقتصر على ما ذكر فقط بل هناك صور أخرى يحدث بها القبض.

الرأي الثاني: أن قبض ما بيع جزافا يقع بالتخلية، وهو للحنفية<sup>3</sup>، والمذهب عند المالكية<sup>4</sup>، وقول للشافعي<sup>5</sup>، وإحدى الروايتين عند الحنابلة<sup>6</sup> إذا ما ميز المقبوض عن غيره.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالآتي:

1 - عن جابر - رضي الله عنه - قال: "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري"<sup>7</sup>، فالنص محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة، فلو اشتراه مجازفة فله التصرف فيه قبل الكيل<sup>8</sup>.

فنوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أن الحديث لم ينص على أن ذلك شرط في المكيل والموزون دون الجزاف.

الثاني: أن هذا فهم مخالف للنص، فالحديث اشترط على التجار أن يؤووا الطعام إلى رحالهم فيما بيع جزافا، وظاهر النص أن الحكم شامل لما بيع جزافا أو مقدرا.

2 - أن ما بيع جزافا لا غرر فيه ولا خطر، فهو مبيع مشاهد ولا يتعلق به حق توفية بالكيل أو الوزن، فيكتفى فيه بالتخلية.

ونوقش هذا الدليل بالآتي:

<sup>1</sup> المحلى، 334/7.

<sup>2</sup> المجموع، 275/9، المغني، 188/6.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 245/5، رد المحتار، 70/5.

<sup>4</sup> التمهيد، 336/13.

<sup>5</sup> الأم، 80/3.

<sup>6</sup> الإنصاف، 339/4.

<sup>7</sup> سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام مالم يقبض، 750/2، حديث رقم (2228)، حسنه الألباني.

<sup>8</sup> رد المحتار، 149/5.

- بأن هذا التعليل مخالف لحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - والذي استدل به أصحاب الرأي الأول، حيث جاء فيه: "لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافا - يعني الطعام - يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤووه إلى رحالهم"<sup>1</sup>.

- أن انتفاء الغرر والخطر بإبراز الطعام للعيان ليس هو علة المنع، بل علة النهي تمام الاستيفاء وانقطاع علق البائع حتى لا يطمع في الفسخ والامتناع من الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح فيه<sup>2</sup>.

3 - القياس على بيع الثمر على رؤوس الأشجار حيث يكفي فيه التخلية، فكذاك هنا.

ويناقش من وجهين:

1 - أنه قياس في مقابل النص، فلا يعتد به.

2 - أن بيع الثمر على رؤوس النخل مستثنى بالنص فيوقف عنده، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: "رخص النبي ﷺ في بيع العرايا بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق"<sup>3</sup>، حيث أذن وأباح النبي ﷺ بيع العرايا تسهيلا في الأمر وتيسيرا على أمته، والعرايا: "بفتح العين جمع عرية: النخلة التي يهب صاحبها ثمارها"<sup>4</sup>، أو هي أن يبيع الرطب أو العنب على الشجر بخرصه - أي: بما يخمن ويقدر مقداره على وجه التوقع لا التأكيد - من التمر أو الزبيب على أن يكون ذلك خمسة أوسق فما دون.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول والذين رأوا أن قبض المنقول الذي بيع جزافا يتم بنقله وتحويله، وذلك لقوة أدلتهم أمام أدلة الفريق الثاني والتي ضعفت بما نوقشت به، كما أن بالنقل والتحويل يغلق الباب أمام جشع المتعاقدين الذين قد يرون فسخ العقد إذا ما تبدى لهم ربح أفضل فيما قبض بالتخلية.

**الفرع الثاني: كيفية قبض بقية المنقولات كالتقود والعروض والحيوانات والمراكب الأخرى كالسيارات ونحوها.**

اختلف الفقهاء في تحديد كيفية القبض في هذا الباب على ثلاثة أقوال:

<sup>1</sup> سبق تخريجه.

<sup>2</sup> مجموع فتاوى ابن تيمية، 127/7.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة، 764/2، حديث رقم (2078).

<sup>4</sup> معجم لغة الفقهاء، محمد قلعجي، 308/1، دار النفايس، بيروت، ط1، 1405 هـ.

**القول الأول<sup>1</sup>:** أن قبض المنقول يتم بالتخلية مع التمييز، وهو رواية عن الإمام أحمد. والتمييز<sup>2</sup>: من ماز الشيء يميزه أي: عزله وفرزه وفصله عن غيره بحيث يعرف ويحدد فلا يختلط بغيره.

واستدل أصحاب هذا القول بالآتي<sup>3</sup>:

1 - أن التخلية مع التمييز يحصل بها التمكن من القبض ولهذا ينتقل الضمان في بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد لحصول التمكن من القبض.

2 - أن الذي يجب على البائع التمييز والتخلية وهو التسليم، فأما النقل فواجب على المشتري، ومما يؤكد ذلك ويشهد له: شراء الثمر في رؤوس النخل فإن الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر إلى أوان أخذه وصلاحيته له وسواء قطعه المشتري أو لم يقطعه.

3 - أن ضمان المبيع ينتقل للمشتري بمجرد التمكن من القبض التام، مع تمييز المعقود عليه وتعيينه، والتصرف مبني على الضمان.

**القول الثاني:** أن قبض المنقول يكون بالتخلية، وهو مذهب الحنفية<sup>4</sup>، وقول للحنابلة<sup>5</sup>، وقول للشافعية<sup>6</sup> لكنه محدود بنقل الضمان إلى المشتري دون التصرف.

وهذه هي أدلتهم:

1 - 1 - ما جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: " كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي سَفَرٍ فَكُنْتُ عَلَى بَكْرِ صَعْبٍ لِعُمَرَ، فَكَانَ يَغْلِبُنِي فَيَتَقَدَّمُ أَمَامَ الْقَوْمِ، فَيَرْجُرُهُ عُمَرُ وَيَرُدُّهُ، ثُمَّ يَتَقَدَّمُ فَيَرْجُرُهُ عُمَرُ وَيَرُدُّهُ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ: (بِعْنِيهِ)، قَالَ: هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: (بِعْنِيهِ) فَبَاعَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ تَصْنَعُ بِهِ مَا سُنْتُ"<sup>7</sup>.

وجه الاستدلال:

أن الجمل من المنقول، وقد وهبه الرسول ﷺ في الحديث الأول بمجرد أن أتم عقد شرائه ودون أن يقبضه قبضا فعليا كأن يسوقه أو يحوله، بل اكتفى في قبضه بتحقيق التخلية والتمكن من التصرف، مما يقرر أن التخلية قبض في المنقول كما هي في العقار، و في هبة النبي ﷺ قبل التفرق دليل على أن البيع لازم قبلها، ويكون البيع لازما إذا وقع صحيحا

<sup>1</sup> المغني، 186/6.

<sup>2</sup> المعجم الوسيط، 932.

<sup>3</sup> القواعد، ابن رجب الحنبلي، 62/1، مكة، 1999.

<sup>4</sup> البدائع، 244/5.

<sup>5</sup> القواعد لابن رجب، 62/1.

<sup>6</sup> المجموع، 264/9.

<sup>7</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته، 745/2، حديث رقم (2009).

واستوفى جميع أركانه وشروطه، مما يدل على أن البيع يتم بمجرد العقد مع شروطه ولا حاجة لنقل المعقود عليه<sup>1</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال من جهين:

1 - أنه ليس في الحديث تصريح بالبيع فيحتمل أن يكون قول عمر " هو لك " أي: هبة، وهو الظاهر فإنه لم يذكر ثمنًا<sup>2</sup>.

ورد هذا النقاش بما جاء في الحديث من قوله " فباعه من رسول الله ﷺ "، وقد جاء في بعض طرق هذا الحديث عند البخاري " فاشتراه "، وعليه يكون بيعا وإن لم يصرح فيه بثمن البيع فلا يلزم أن يكون هبة وقد لفظ الشراء<sup>3</sup>.

2 - يحتمل أن يكون القبض المشترط وقع وإن لم ينقل، فيحتمل أن يكون النبي ﷺ ساقه بعد العقد كما ساقه أولا، وسوقه قبض له؛ لأن قبض كل شيء بحسبه<sup>4</sup>.

ورد هذا النقاش أيضا:

- أن القبض لو وقع لنقل كما نقلت بقية التفاصيل.

- أن الاحتمال الذي ذكر بعيد التصور، ولا يقوى ليلغي ظاهر دلالة الحديث؛ لأنه احتمال لا دليل له، وإنما العبرة بالاحتمال الناشئ عن دليل، كما وأنه لو سلم بكل احتمال يتبادر إلى الأذهان لضاع الاستدلال بكثير من الأحاديث.

2 - ما جاء في صحيح البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - أن أبا بكر - رضي الله عنه - قال: " يا رسول الله إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج فخذ إحداهما، قال ﷺ: قد أخذتها بالثمن"<sup>5</sup>.

وجه الاستدلال:

جاء عن المهلب<sup>6</sup> قوله: إن قوله ﷺ " أخذتها " لم يكن أخذا باليد ولا بحيازة شخصها وإنما كان التزاما منه لابتياعها بالثمن وإخراجها عن ملك أبي بكر. وقال ابن المنير<sup>7</sup>: إن

<sup>1</sup> فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، 335/4، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، على بن زكريا المنبجي تح: محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، دمشق، ط1414، 2014 - - 1994.

<sup>2</sup> فتح الباري، 336/4.

<sup>3</sup> المصدر نفسه.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

<sup>5</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع، 751/2، حديث رقم (2031).

<sup>6</sup> هو واسم أبي صفرة ظالم بن سارق، ويقال: سراق بن صبح، أبو سعيد الأسدي، وهو تابعي، سمع من ابن عمر، وابن عمرو، وسمرة، والبراء. وأدرك المهلب عمر بن الخطاب، رضي الله تعالى عنه، ولم يرو عنه شيئا، وولي خراسان، ومات بمرور سنة 83 هـ في خلافة عبد الملك بن مروان: ينظر تهذيب الأسماء، النووي، 659/1، تح: مصطفى عبد القادر.

<sup>7</sup> ابن المنير (651 - 733 هـ) عبد الواحد بن منصور بن محمد بن المنير، فخر الدين الإسكندري المالكي: مفسر، وله شعر، كانت وفاته بالاسكندرية: ينظر الأعلام، الزركلي، 177/4.

البخاري أراد أن يحقق انتقال الضمان في الدابة ونحوها إلى المشتري بنفس العقد، فاستدل لذلك بقوله ﷺ " قد أخذتها بالثمن " وقد علم أنه لم يقبضها بل أبقاها عند أبي بكر، ومن المعلوم أنه ما كان ليبقيها في ضمان أبي بكر لما يقتضيه مكارم أخلاقه حتى يكون الملك له والضمان على أبي بكر من غير قبض ثمن، ولا سيما وفي القصة ما يدل على إيثاره لمنفعة أبي بكر حيث أبي أن يأخذها إلا بالثمن<sup>1</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال بالآتي:

- أن هذا ليس بواضح؛ لأن القصة ما سبقت لبيان ذلك فلذلك اختصر فيها قدر الثمن وصفة العقد، لاحتمال أن الراوي اختصره لأنه ليس من غرضه في سياقه وكذلك اختصر صفة القبض فلا يكون فيه حجة في عدم اشتراط القبض<sup>2</sup>.

- أن التعويل على الاختصار في الرواية لا يستقيم؛ لأنه لو قبل لما سلم استدلال بحديث، فما من نص إلا ويرد بأنه لم يرو بتفاصيله.

3 - عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: خَرَجْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي غَزَاةٍ فَأَبْطَأَ بِي جَمَلِي فَأَتَى عَلِيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِي: يَا جَابِرُ. قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ: مَا سَأَلْتُكَ. قُلْتُ: أَبْطَأَ بِي جَمَلِي وَأَعْيَا فَتَخَلَّفْتُ. فَتَزَلَّ فَحَجَّجَنِي بِمَحْجَنِي<sup>3</sup> ثُمَّ قَالَ: ارْكَبْ. فَرَكِبْتُ فَلَقَدْ رَأَيْتُنِي أَكْفُهُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ..... ثُمَّ قَالَ: أَتَبِيعُ جَمَلَكَ. قُلْتُ: نَعَمْ. فَاشْتَرَاهُ مِنِّي بِأَوْقِيَّةٍ ثُمَّ قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَدِمْتُ بِالْغَدَاةِ فَحِجْتُ الْمَسْجِدَ فَوَجَدْتُهُ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ فَقَالَ: الْآنَ جِئِنَ قَدِمْتُ. قُلْتُ: نَعَمْ. قَالَ: فَدَعِ جَمَلَكَ وَادْخُلْ فَصَلِّ رَكَعَتَيْنِ. قَالَ: فَدَخَلْتُ فَصَلَّيْتُ ثُمَّ رَجَعْتُ فَأَمَرَ بِلَالًا أَنْ يَزِنَ لِي أَوْقِيَّةً فَوَزَنَ لِي بِلَالٌ فَأَرْجَحَ فِي الْمِيزَانِ قَالَ: فَانْطَلَقْتُ فَلَمَّا وَلَّيْتُ قَالَ: ادْعُ لِي جَابِرًا. فَدَعَيْتُ فَقُلْتُ: الْآنَ يَرُدُّ عَلَيَّ الْجَمَلَ. وَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ أَبْغَضَ إِلَيَّ مِنْهُ فَقَالَ: خُذْ جَمَلَكَ وَلَكَ ثَمَنُهُ<sup>4</sup>.

ومما يظهر أن بيع الجمل قد تم دون تحريك أو نقل رغم أنه من المنقولات، مما يشير إلى أن التولية كافية لتحقيق القبض ووقوعه في البيع والهبة على السواء<sup>5</sup>.

4 - عن أبي قلابة قال: " كان عثمان يشتري الإبل بأحمالها ثم يقول: من يضع في يدي ديناراً من يربحني عقلها"<sup>6</sup>.

1 فتح الباري، 352/4.

2 المصدر السابق، 351/4.

3 المحجن: عصا معققة الرأس كالصولجان.

4 صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: شراء الدواب والحمر، 739/2، حديث رقم (1991).

5 فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، 335/4، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، على بن زكريا المُنْجِي

تح: محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، دمشق، ط1414، 2020 - 1994.

6 مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، كتاب: البيوع، باب: المجازفة، 133/8، حديث رقم (14609)، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، ط2، 1403.



5 - التسليم في اللغة عبارة عن جعل الشيء سالما خالصا، وكذلك تسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالما للمشتري، أي: خالصا بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليما من البائع والتخلي قبضا من المشتري.

6 - أن تسليم المبيع واجب على العاقد، ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، فأما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز<sup>1</sup>.

7 - لأن البائع بتخليته بين المشتري والمبيع من غير حائل، وقع القبض كما في كالعقار<sup>2</sup>.

**القول الثالث<sup>3</sup>:** ورأى أصحابه التفصيل في كل منقول حسب جنسه، وهو المذهب عند المالكية والحنابلة والمشهور عند الشافعية، حيث رأوا أن قبض المنقول يكون بتناوله باليد؛ لأن العرف قد نص على أن قبض هذه الأشياء يتم باليد، وقبض كل شيء بحسبه وهي مما يتناول باليد وليست عقارا أو مكيلا، والإقباض يتم بالمناولة في العروض أو النقود:

1 - فقبض الحلي والمجوهرات بتناولها باليد وهذا شأن كل ما يتناول.

2 - وكذلك النقود بكل أنواعها يكون قبضها بالتناول مع العد.

3 - أما قبض العروض والأدوات الصغيرة كالساعات والهواتف النقال وغيرها، يكون بالتناول مع النقل والتحويل.

4 - وقبض الحيوانات يكون بسوقها، أو قيادتها.

وأدلة هذا الفريق كانت كالآتي:

1 - حديث زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ: " نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"<sup>4</sup>، حيث عمم النبي ﷺ النهي عن بيع السلع في أماكنها التي اشترت منها حتى يحولها مشتروها إلى أماكن غير التي اشتروها فيها، وقد نهى عن بيع الطعام قبل قبضه بحديث خاص، فيكون النهي في هذا الحديث موجها لإيضاح الكيفية التي يتم بها قبض المنقولات.

وتمت مناقشة هذا الحديث بالآتي:

<sup>1</sup> البدائع، 244/5.

<sup>2</sup> المغني، 235/4.

<sup>3</sup> الذخيرة، القرافي، 120/5، التمهيد، 337/13، مغني المحتاج، 72/2، المجموع، 264/9، كشاف القناع، 247/3.

<sup>4</sup> سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفى، 304/2، حديث رقم (3499)، حسنه الالباني.

- "أن حوزة إلى الرحال ليس بشرط الإجماع"<sup>1</sup>، مما يدل على أن المقصود ليس النقل وإنما التمكن من القبض وارتفاع الموانع.

فرد هذا النقاش بأن الحديث دل على أصل النقل، وأما التخصيص بالرحال فخرج على الغالب<sup>2</sup>.

ويمكن الرد على هذا: بأن هذا فهمكم للنص، وأصحاب القول الآخر يقولون بأنه يرفع الموانع فقط.

2 - القياس على المكيل والموزون كما قال ابن عباس - رضي الله عنهما -: "أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس ولا أحسب كل شيء إلا مثله"<sup>3</sup>.

ويمكن مناقشة هذا الدليل بالآتي:

- أنه قياس على أمر مختلف في كيفية تحققه ووقوعه، فلا يصح القياس ولا يحتج به.

- أن الطعام له خصوصية فلا يصح قياس غيره عليه، فهو "أشرف من غيره لكونه سبب قيام البنية وعماد الحياة، فشدد الشرع على عاداته في تكثير الشروط فيما عظم شرفه كاشتراط الولي والصدوق في عقد النكاح دون عقد البيع"<sup>4</sup>.

- لو سلم أن العلة متحققة في خشية الهلاك، فإنها ممتنعة هنا وغير متحققة؛ لأمن التلف في كثير من السلع، مما قد يجعل قياسها على العقار أولى من قياسها على الطعام.

3 - أن القبض جاء به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة فيرجع فيه إلى العرف كالحرز في السرقة، والتفرق في البيع، والقبض، والعرف جرى بقبض هذه الأشياء بالطرق التي سبق ذكرها.

ونوقش هذا الاستدلال أيضاً من وجهين:

1 - لما كان العرف هو الحاكم فإنه غير ثابت ويتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والعروض والسلع والأحوال، وقد تعارف الكثير من الناس على طرق يتم بها القبض لهذه السلع والعروض غير ما ذكر، وعليه فليس من الصواب الالتزام بما ذكره أصحاب هذا الفريق من طرق للقبض دون غيرها.

<sup>1</sup> المجموع، 283/9.

<sup>2</sup> المصدر نفسه.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، 715/2، حديث رقم (2028).

<sup>4</sup> أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، 376/6.

2 - إن كان المقصود بالعرف العرف العام فهو غير مسلم به، لعدم وجود عرف عام في هذه المسألة بسبب الاختلاف في ذلك، وإحالة كل طرف الفصل في هذا الاختلاف إلى العرف، ولو وُجد العرف لما اختلفوا<sup>1</sup>.

والراجح - والله أعلم - أن الأقوال كلها تتجه لاتجاه واحد وهو تحكيم العرف في كيفية تحقق القبض ووقوعه، وهو ما قاله الجمهور، والحنفية أيضا في تفسيرهم القبض بالتخلية والتمكين.

وعليه فإن قبض المنقولات راجع إلى عرف الناس، والذي يتغير بتغير الزمان والمكان، فإن تعارفوا على أن القبض يتحقق بالتخلية، فإنه يتم بها، وإن كان في عرفهم أنه لا يتحقق إلا بالحيازة والنقل فلا يتم إلا بذلك، وعليه فإن التخلية تعد قبضا ما عدها أهل العرف كذلك ومالم تؤد إلى الوقوع في محذور شرعي كالربا، وهو ما جاء عن مجمع الفقه الإسلامي حيث قرر أن: "قبض الأموال كما يكون حسيًا في حالة الأخذ باليد، أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارًا وحكمًا بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسًا. وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضًا لها"<sup>2</sup>.

وعليه فإن الراجح من الأقوال هو الأول ويحاذيه القول الثاني؛ لقوة أدلتهم وبالأخص حديثي عائشة وابن عمر - رضي الله عنهم - ففيهما إتمام العقد بالتخلية مع حصول التمييز بالواقع؛ لأن المعقود عليه عين متميزة ومحددة ومعروفة للعاقدين، ولما سبق من مناقشات على أدلة الرأي الثالث فأضعفتها، وبالأخص أنها أدلة لم توضح الكيفية التي يتم بها القبض وهو ما صرح به أصحابها أنفسهم، حيث رأوا أن الشارع لم يبين كيفية محددة للقبض بل ترك ذلك للعرف، فالنصوص جاءت مطلقة يرجع في تحديدها للعرف، وأعراف الناس متغيرة ليس لها حد تنتهي عنده، "فإن العوائد لا يجب الاشتراك فيها بين البلاد خصوصا البعيدة الأقطار ويكون المفتي في كل زمان يتباعد عما قبله يتفقد العرف هل هو باق أم لا فإن وجده باقيا أفتى به وإلا توقف عن الفتيا، وهذا هو القاعدة في جميع الأحكام المبنية على العوائد..... فتأمل ذلك فقد غفل عنه كثير من الفقهاء ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بفتاوى بناء على عوائد لهم وسطروها في كتبهم بناء على عوائدهم، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها، وقد زالت تلك العوائد فكانوا مخطئين خارقين للإجماع فإن الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع"<sup>3</sup>، و"مهما تجدد في العرف فاعتبره ومهما سقط فألغه ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وسله عن عرف

<sup>1</sup> القبض، علي القره داغي، 347/6.

<sup>2</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 592/6.

<sup>3</sup> أنوار البروق في أنواع الفروق، 474/5.

بلده فأجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين.....وما جرت به العادة....واشتهر ذلك عند الناس بحيث صار عرفا متبادرا إلى الذهن من غير قرينة.....وهذا محض الفقه ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم واحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم<sup>1</sup>.

ولذلك فإن القبض يحصل بالتخلية مع التميز؛ لجريان العرف بذلك وبالأخص في السلع الكبيرة والتي قد تتضرر بنقلها؛ ولأن القبض غير محدد في اللغة؛ ولأن الأحاديث نهت عن البيع قبل القبض، لكنها لم تحدد القبض وكيفيته، ولم تحصر للقبض طرقا بذاتها، بل تركتها للواقع وما يحكمه من أعراف تيسيرا على الناس ورفعاً للحرص، ومما يدعم ويؤكد حصول القبض بالتخلية:

- 1 - أنه بالتمييز والتمكين يتم تلافي التبعات والأضرار الناشئة عن النقل من مكان إلى آخر، ولا يلزم الناس بأمور مالية بالرغم من عدم النص عليها في الشرع.
- 2 - أن التغيير والتطور في الأسواق والبضائع وطرق النقل والتسويق والعرض، مستمر ومتجدد، ومن الضيق والحرص إلزام الناس بصور محددة للقبض بالرغم من إطلاق الشارع للكيفية التي يتم بها القبض وترك تحديدها للعرف.
- 3 - نفي حصر صحة القبض في تلك الصور يجنب الناس كثيرا من العناء والمشقة، فهي وإن ناسبت فترة معينة قد لا تناسب كل مصر وعصر وسلعة وحالة.
- 4 - الإقرار بأن التخلية مع التمييز قبض، يرفع الحرج في معاملات كثيرة بنفي علة منع بيع المبيع قبل قبضه.

---

<sup>1</sup> إعلام الموقعين، 3/94.

## المطلب الثاني: القبض الحكمي

ويوصف بالحكمي نسبة للحكم، **والحكم لغة<sup>1</sup>**: من القضاء، وأصله المنع. وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم، والقضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا، سواء لزم ذلك غيره أم لا، يقال: حكمت عليه بكذا إذا منعتة من خلافه، فلم يقدر على الخروج وحكمت بين القوم فصلت بينهم.

**أما الحكم اصطلاحاً<sup>2</sup>**: فهو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه، أو هو المقدر قيامه بالشيء قيام الأوصاف الحسية، وإلى الحكم ينسب الحكمي وهو: ما أعطي حكم غيره لأمر غير معقول المعنى، ومنه: النجاسة التي أتت على قسمين: نجاسة حقيقية: كالدم والبول ونحوهما، ونجاسة حكمية: وهي ما يوجب الوضوء أو الغسل كالنوم والإغماء.

والتصرفات الحكمية: هي ما كان لها حكم من الصحة والفساد.<sup>3</sup>

ومما سبق نخلص إلى أن:

**القبض الحكمي<sup>4</sup>**: هو القبض المقدر قيامه مقام القبض الحسي الحقيقي وينزل منزلته، وإن لم يكن محسوس المعنى؛ وذلك لضرورات ومسوغات تقتضي اعتباره تقديراً وحكماً، وترتيب أحكام القبض الحقيقي عليه.

فيقع القبض الحكمي وتتحقق آثاره كما لو كان حقيقياً وذلك في الحالات الآتية:

**الحالة الأولى**: حصول التخلية في المنقول يعد قبضاً حكماً عند الحنفية، وتترتب عليه آثاره، ولو لم يباشر الطرف الآخر القبض فعلياً، فالتخلية تسليم وقبض حكماً ولو مع القدرة عليه بلا كلفة؛ لأنه عبارة عن رفع الموانع عن القبض.

**الحالة الثانية**: اتحاد يد القابض والمقبض، فإذا وجب الإقباض واتحدت يد القابض والمقبض وقع القبض بالنية، بالرغم من أن الأصل تعدد الأيدي وعدم اتحادها؛ لأن الحقوق متضادة ومتنازعة ولا يُتصور أن يكون الشخص الواحد مسلماً ومستلماً وقابضاً ومقبضاً؛ لأنه إن كان قابضاً احتاط لنفسه وإن كان مقبضاً وجب عليه الوفاء، وطباع

<sup>1</sup> تاج العروس، الزبيدي، 510/31، معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 91/2، المصباح المنير، 56.

<sup>2</sup> إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني، 71/1، ت: أبو حفص سامي بن العربي، الرياض، دار الفضيلة، ط1، 1421هـ، معجم لغة الفقهاء، 184/1.

<sup>3</sup> القاموس الفقهي، 210/1.

<sup>4</sup> قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، 86، الموسوعة الكويتية، 262/32.

الناس تتفاوت في ذلك ولا تنضبط؛ لذا منع الفقهاء اتحاد الوكيل في باب البيع لأن حقوق العقد في البيع تعود إليه.

غير أن الفقهاء استثنوا من ذلك حالتين:

### الأولى: الأب:

فله أن يقبض من نفسه لنفسه مال ولده إذا اشتراه، وأن يقبض من نفسه لابنه الصغير إذا باعه ماله بمثل القيمة، أو بما تعارف عليه الناس عادة؛ لكمال شفقة الأب وابتعاده من تهمة الانتهاز لحقوقه، كما وأن القبض لا يزيد عن العقد بل هو أثر من آثاره، فلما أبيع انفراداً بالعقد وليس في ذلك استحالة، مما يجعل الصبي كأنه باع واشترى بنفسه وهو بالغ، فيتعدد العاقد حكماً، وجعل شخص الأب المتحد حقيقة متعدد حكماً ورأياً، تحقق قبضه لابنه بالنيابة دون استحالة<sup>1</sup>.

### الثانية: الوصي:

وللفقهاء فيه رأيان:

### الأول: وهو للحنفية<sup>2</sup> وقول للمالكية<sup>3</sup>:

حيث رأوا أن الوصي إذا باع مال نفسه من الصغير، أو اشترى مال الصغير لنفسه فإن لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالإجماع، وإن كان فيه نفع ظاهر جاز؛ لأن الوصي له شبهان شبه بالأب وشبه بالوكيل، أما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً، وشبهه بالأب لكونه مرضي من الأب، وما رضي به إلا لوفور شفقتة على الصغير فأثبتت له الولاية عند ظهور النفع عملاً بشبه الأب، وقطعت ولايته عند عدمه توافر الشفقة عملاً بشبه الوكيل.

وزاد المالكية في الاحتياط لمال اليتيم بأن أجازوا للسلطان النظر فيما يفعله الوصي من تصرفات في مال اليتيم، أما الأب فليس لأحد عليه نظر ما لم تظهر عليه المحاباة فيعترض عليه السلطان حينئذ.

### الثاني: للشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup>:

ورأوا أنه ليس للوصي أن يتولى القبض من نفسه ليتيمه أو العكس؛ لأنه بذلك يكون قد قبض من نفسه لنفسه، ولا يصح لأحد أن يقبض لنفسه من نفسه فيتولى الطرفين إلا الوالد

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 136/5، الذخيرة، 120/5، المغني، 223/4.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 135/5.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي، 152/3، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 15/5.

<sup>4</sup> أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، 73/3، الشرح الكبير، الرافعي، 454/8.

<sup>5</sup> المغني، 292/6.

يقبض لولده من نفسه ولنفسه من ولده كما يفعل ذلك في طرفي البيع، وكذلك الجد؛ لقوة ولايتهما كما وإنه لا يستقل بقسمة مشترك بينهما؛ لأنها إن كانت بيعة فليس له تولي الطرفين، وإن كانت إفراز حق فليس له أن يقبض لنفسه من نفسه، وذلك لتضاد الحقوق وتوافر شبهة طلبه الحق لنفسه وتغليبها لمصلحته ولعدم مساواته للأب، فلم يعط حكمه.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الفريق الثاني؛ لكونه الأحوط والأحفظ لحقوق من تقع عليه الوصاية، وكذلك لانتشار التلاعب واستغلال أموال الضعفاء وحقوقهم بحجة الرعاية والشفقة، ولما كان الحكم بصحة تولي الوصي القبض عند بعض المجيزين له موقوف على رأي الحاكم أو السلطان، فإنه من الأيسر أن يختصر الأمر بإسناد القبض إلى طرف ثالث فيتحقق القبض ويسلم المال من الاستغلال.

**الحالة الثالثة:** اعتبار الدائن قابضاً حكماً وتقديراً للدين إذا كانت ذمته مشغولة بمثله للمدين؛ لأن المال الثابت في الذمة إذا استحق المدين قبض مثله من دائنة بعقد جديد أو بأحد موجبات الدين، فإنه يعتبر مقبوضاً حكماً من قبل ذلك المدين.

وشواهد ذلك من نصوص الفقهاء عديدة، منها:

## 1 - المقاصة:

**المقاصة لغة<sup>1</sup>:** مصدر للفعل (قصص) وهو من الألفاظ المشتركة في اللغة فهو يدل على المساواة والمماثلة والمقابلة، يقال: قاصه، وتقاصاً وقاصته: إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك فجعلت الدين في مقابلة الدين، ومنه (تقاصوا) إذا قاص كل منهم صاحبه في الحساب فحبس عنه مثل ما كان له عليه.

**والمقاصة في الاصطلاح<sup>2</sup>:** لم يذكر لها الحنفية والشافعية والحنابلة - فيما اطلعت عليه من مصادرهم - تعريفاً، ولعل مرجع ذلك لعدم الفرق بين معناها في الاصطلاح الفقهي عن معناها اللغوي، ولعدم إفرادهم المقاصة بباب مستقل، فقد تناولوا مسائلها متفرقة في الأبواب الفقهية المتعلقة بها.

أما المالكية فقد أفردوا المقاصة بفصل خاص بها، وعرفوها بتعريفات، منها: "إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ماله عليك بشروطه"<sup>3</sup>، أو "هي تطرح المتدائنين

<sup>1</sup>لسان العرب، 195/11، مادة: قصص، مختار الصحاح، 538، المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح ناصر الدين بن المطرز، 182/2، تح: محمود فاخوري و عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد - حلب، ط1، 1979.

<sup>2</sup> بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، أسامة بن حمود اللاحم، 689/1، دار الميمان، الرياض، ط1، 1433هـ - .  
<sup>3</sup> الشرح الكبير، الدردير، 227/3.

دينهما المتفق الجنس على أن يأخذ كل منهما ما في ذمته في مقابلة ما له في ذمة صاحبه<sup>1</sup>.

ومن خلال النظر في تعريف المقاصة في اللغة والاصطلاح نجد أن بينهما عموماً وخصوصاً، إذ إن المقاصة في اللغة: هي مطلق المماثلة والمساواة والمقابلة، أما في الاصطلاح: فهي مساواة دين بدين وإسقاطهما في مقابل بعضهما البعض فقط<sup>2</sup>.

فمتى انشغلت ذمة الدائن بمثل ماله على المدين في الجنس والصفة والحلول، برئت ذمة المدين دون حاجة للتقايض بينهما؛ لأن ما في الذمة يعد مقبوضاً حكماً، ويسقط الدينان إذا تساويا، فإن زاد أحدهما عن الآخر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة ديناً في ذمة الآخر<sup>3</sup>.

والمقاصة مشروعة بالاتفاق بين المذاهب، ودليل مشروعيتها السنة والإجماع والاستحسان:

أما السنة: فما ورد عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: " كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه فأنتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، قال رسول ﷺ: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء "4، وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع الذي في الذمة بغيره، وهو دليل على جواز المقاصة، وهي بين الدين والعين، على خلاف القياس لعدم التجانس؛ فهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه، أو من خلاف جنسه، لأن المقاصة إنما تتحقق بالمعنى وهو المائنة، والأموال كلها في معنى المائنة جنس واحد؛ لأن قبض نفس الدين لا يتصور؛ إذ إنه عبارة عن مال حكمي في الذمة والدين لا يتعين بالتعيين فكان قبضه بقبض بدله وهو قبض العين فجازت أي: المقاصة، وهذا هو طريق قبض الديون، والعقل يقضي بجواز المقاصة؛ لأنها الطريقة الوحيدة التي يمكن قضاء الديون بها، ولا يمكن أن تقضى بسواها<sup>5</sup>.

ويأتي الإجماع من خلال إجماعهم على مشروعية الدين، ولا بد من أداء الدين، فإذا تقابل أو تساوى الدينان سقطا، فهي طريق من طرق استيفاء الحقوق.

1 البهجة شرح التحفة، التسولي، 85/2.

2 المقاصة في الفقه الإسلامي، نعيم اللحام، 68، الجامعة الإسلامية، غزة، 1425هـ.

3 البحر الرائق، 217/6، حاشية الدسوقي، 227/3، مغني المحتاج، 509/6، كشاف القناع، 310/3.

4 سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، 269/2، حديث رقم (3354).

5 شرح العناية على الهداية، البابرتي، بهامش فتح القدير: 5/380 وما بعدها.



وتقع المقاصة استحساناً؛ لأن العاقدين لما قصدا إيقاع المقاصة تضمن ذلك فسخ العقد الأول؛ أي إقالته، وإنشاء عقد جديد مضاف إلى دين قائم وقت تحويل العقد، فلما أبطأ عقد الصرف أصبح كأنهما عقداً عقداً جديداً فتصح المقاصة به؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ ديناً كانت أو عيناً<sup>1</sup>.

## وللمقاصة في رأي الفقهاء أنواع<sup>2</sup>:

**النوع الأول: المقاصة الجبرية:** وهي المقاصة التي تقع بمجرد ثبوت الدينين في ذمتي المتدينين، دون حاجة إلى رضا أي منهما أو علمه.

وذهب إلى وقوع هذه المقاصة: الحنفية، والشافعية، والحنابلة خلافاً للمالكية، فإن المقاصة عندهم لا تقع إلا بتراضي المتدينين أو بطلب أحدهما.

**النوع الثاني: المقاصة الجبرية الطلبيه:** وهي التي تقع بطلب أحد المتدينين دون اشتراط رضا الآخر.

**النوع الثالث: المقاصة الاتفاقية:** وهي المقاصة التي لا تقع إلا باتفاق المتدينين عليها؛ وذلك لعدم توفر شروط المقاصة الجبرية الطلبيه فيها. وذلك كما لو كان الدينان مختلفين في الجنس أو كانا متفقين في الجنس وكل من الدينين أفضل من الآخر من وجه.

## 2 - صرف ما في الذمة:

والذمة: محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تترتب عليه<sup>3</sup>.

وصرف ما في الذمة: هو العقد الذي يتصارف فيه المتصارفان بحيث يكون بدلاً للصرف أو أحدهما ديناً سبق وجوبه في العقد<sup>4</sup>.

وبناء على ذلك فالصرف لما في الذمة له صورتان:

### أ - اقتضاء أحد النّقدين من الآخر أو (استيفاء الدين بعملة أخرى):

الاقتضاء لغة: هو أخذ الحق، وصورته: أن يكون أحد بدلي الصرف ثابتاً في الذمة ببيع أو دين سابق، ومثاله في البيع أن يشتري شخص سلعة بدنانير تثبت في ذمته، ثم لا يجد بحوزته ما يكفي من الدنانير فيتفق مع البائع أن يقضيه بدلاً منها دولارات مسمّاة يتفقان عليها.

<sup>1</sup> المصدر نفسه.

<sup>2</sup> المبسوط، 149/30، مغني المحتاج، 509/6، المغني، 358/10، منح الجليل، 411/5، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، 691/1.

<sup>3</sup> المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 190/3.

<sup>4</sup> أحكام الصرف في الفقه الإسلامي، عادل روزي، 232، جامعة أم القرى، مكة، 1416هـ.

ومثاله في الدين أن يكون لأحدهما على صاحبه دولارات فيصرفها منه بدنانير حالة.  
وقد جاءت آراء الفقهاء في ذلك على وجهين:

**الأول:** للحنفية والوجه الأصح عند الحنابلة، حيث رأوا جواز الصرف سواء أجل الدين أم لم يحل، بشرط أن يتم التقابض قبل الافتراق من المجلس؛ وذلك استدلالاً بما ورد عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: " كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك إنِّي أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، قال رسول ﷺ: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء "1.

فلما لم يسأل الرسول ﷺ عن كون البيع حالاً أم أجلاً، فهم استواء الحالين عنده ﷺ، إذ لو ثمة فرق بين الحال والأجل شرعاً لأوضحه ﷺ ولأوقف ابن عمر - رضي الله عنهما - عليه؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

ووجه الجواز أن صرف ما في الذمة وإن لم يحل أجله فهو كالحاضر؛ لأن الثابت بالذمة بمنزلة المقبوض، فكأنه رضي بتعجيل المؤجل. وبالأخص أن الحديث دل على أنهما لم يحضرا جميعاً وحضر أحدهما وهو غير اللازم فلا مانع من التصرف لقيام الملك وانتفاء غرر الانفساخ بهلاك المحل؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين، فيكون صرفاً بعين وذمة، وهو أسرع مناجزةً من صرف المعينات؛ لأنَّ المطلوب في الصرف المناجزة، وصرف ما في الذمة ينقضي بنفس الإيجاب والقبول والقبض من جهة واحدة، وصرف المعينات لا ينقضي إلا بقبضها معاً، فهو معرض للعدول، فصرف ما في الذمة أولى بالجواز<sup>2</sup>.

**الثاني:** للمالكية<sup>3</sup> في المشهور عندهم، والشافعية<sup>4</sup>، ووجه عند الحنابلة<sup>5</sup>، أن الصرف يجوز إذا كان الدين حالاً وحصل التقابض في المجلس قبل الافتراق، فإن كان الدين مؤجلاً لم يصح؛ لأن المؤجل لا يملك المطالبة به فلم تجز المعاوضة عنه؛ ولأن المقصد من العقد براءة الذمة، ووجهه: أن الدين إن كان حالاً صار كأنه حاضر حقيقة، فإن تم التقابض حصل التناجز صورة ومعنى، فإن كان ما في الذمة غير حال، فإن الذمة تكون عامرة، وإنما يكون المطالب ها هنا كالمسلف على ذمته فإذا حل الأجل قبض ما أسلفه عنها، أو يقدر أنه نقدها هنا ليأخذ من ذمته عند حلول الأجل فيصير صرف فيه تأخير.

<sup>1</sup> سبق تخريجه.

<sup>2</sup> المبسوط، 19/14، الإنصاف، 50/5، نيل الأوطار، 177/5، المغني، 173/4.

<sup>3</sup> التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري، 310/4.

<sup>4</sup> الحاوي، الماوردي، 174/6.

<sup>5</sup> الإنصاف، المرادوي، 50/5.

والراجع - والله أعلم - الرأي الأول والقائل بجواز الصرف بهذه الصورة إذا تم التقابض في المجلس؛ لأن الثابت في الذمة بمنزلة المقبوض، فمتى رضي عليه الدين تعجيل ما في ذمته أصبح كالحال.

### ب - تطرح الدينين صرفاً:

وصورته: أن يكون كلا الدائنين مدينا للآخر فيتطارحا دينهما بأن يقول أحدهما: بعثك الدينير المائة التي لي في ذمتك بالعشرين دولارا التي لك في ذمتي حتى تبرأ ذمة كل منا. فيجمعان الصرف مع القبض، واختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** جواز ذلك، سواء كان النقد الثابت في الذمة حالاً أو مؤجلاً، وإليه ذهب الحنفية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> وهو قول الشافعي<sup>3</sup> في الجديد. ويسقط الدينان من غير حاجة إلى التقابض الحقيقي -مع أنّ التقابض في الصرف شرط لصحته بإجماع الفقهاء - وذلك لوجود التقابض الحكمي الذي يقوم مقام التقابض الحسي؛ لأنّ الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة؛ ولأن استبدال النقود الثابتة في الذمة بنقود غيرها جائز؛ لأن النقود لتقاربها في المعنى تجري مجرى الشيء الواحد، فأخذ بعضها عن بعض ليس بمعاوضة محضة، بل هو نوع استيفاء، فهو كما لو كان لكلّ منهما عند الآخر وديعة فاشتراها بوديعة عند الآخر.

وإنما استدلوا على جواز ما ذهبوا إليه بجواز بيع الدين لمن هو عليه، وكأن كل دائن قد باع لصاحبه ماله عليه بما لصاحبه عليه، فلو فرضنا أن لمحمد على عمر ألف دولار ولعمر على محمد ستة آلاف دينار وكان الدولار يساوي ستة دينانير يوم تقاضي دينهما، فإن كليهما يبرأ من دينه دون حاجة لتكرار القبض، وخصوصاً أن السلامة من الوقوع في الربا متحققة، لكون كل واحد من بدلي الصرف ثابتاً في الذمة قبل البيع ويسقط بالبيع.

**القول الثاني:** جواز ذلك إذا كان النقد الثابت في الذمة حالاً، وعدم الجواز إذا كان مؤجلاً، وإليه ذهب المالكية<sup>4</sup> فيما اشتهر عندهم وهو قول عند الشافعية<sup>5</sup>، فأقاموا حلول الأجلين في ذلك مقام النّاجز بالنّاجز، أي اليد باليد؛ ولأن من عجل المؤجل عد مسلفاً فإذا جاء الأجل اقتضى من نفسه لنفس، فالقبض إنما يقع ويتحقق عند وقوع الأجل، ولأن عقد الصرف قد تقدم فقد حصل التأخر في الصرف؛ لذلك اشترطوا حلول الأجل لتصح المعاملة.

<sup>1</sup> تبين الحقائق، الزيلعي، 139/4، القواعد، ابن رجب، 81.

<sup>2</sup> كشف القناع، 270/3.

<sup>3</sup> نهاية المحتاج، 91/4.

<sup>4</sup> منح الجليل، 497/4، القوانين الفقهية، 193/1.

<sup>5</sup> الأم، 33/3.

**القول الثالث:** عدم جواز ذلك، وهو رأي الحنابلة<sup>1</sup> والشافعي<sup>2</sup> في الجديد، وونصوا على عدم جواز صرف ما في الذمة إذا لم يحضر أحدهما أو كلاهما التقد الوارد عليه عقد الصّرف، و"من كانت عليه دراهم لرجل وللرجل عليه دنانير فحلت أو لم تحل فتطارحاها صرفا، فلا يجوز"<sup>3</sup>؛ لأنه يكون من بيع الدين بالدين، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع " الكالئ بالكالئ"<sup>4</sup>.

ووجه الدلالة: أن المتصارفين قد باعا ما في ذمتها وهو عين بيع الدين بالدين المنهي عنه.

ورد عليهم بأن هذا البيع وإن كان بيع دين بدين، فليس فيه بيع نسيئة بنسيئة أو دين مؤجل بدين مؤجل؛ لأنهما تطارحا الأجل، والنبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو المؤخر بالمؤخر ولم ينه عن بيع دين ثابت في الذمة يسقط إذا بيع بدين ثابت في الذمة يسقط؛ فإن هذا الثاني يقتضي تفرغ كل واحدة من الذمتين ولهذا كان هذا جائزا في أظهر قولي العلماء<sup>5</sup>.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول وذلك للآتي:

- أن ذريعة الربا قد سدت بسقوط الدين، ولا ربا في دين ساقط، فقد برئت ذمة كل منهما ولا فائدة من تكرار القبض؛ لأنهما عند اتفاقهما قد تطارحا الأجل.

- أن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع، وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ: هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر، فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ<sup>6</sup>.

### 3 - جعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم:

وذلك بأن يكون لرجل في ذمة آخر دين، فإذا حل أجله جعل منه رأس مال لعقد سلم جديد، بأن يقول للمدين: اجعل ما لي في ذمتك ثمنا لبضاعة موصوفة أستلمها بعد أجل متفق عليه، وللفقهاء في ذلك آريان:

الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>7</sup> والشافعية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> إلى أنه لا يجوز جعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم، وذلك للآتي:

<sup>1</sup> كشف القناع، 270/3.

<sup>2</sup> المجموع، النووي، 107/10.

<sup>3</sup> الأم، 33/3.

<sup>4</sup> الموطأ، كتاب: المكاتب، باب: بيع المكاتب، 797/2.

<sup>5</sup> مجموع فتاوى ابن تيمية، 106/7.

<sup>6</sup> إعلام الموقعين، 31/2، أحكام الصرف في الفقه الإسلامي، عادل روزي، 241.

<sup>7</sup> رد المحتار، 467/7.

1 - أن ذلك افتراق عن دين بدين وهو منهى عنه بإجماع الأمة " والمسلمون ينهاون عن بيع الدين بالدين"<sup>3</sup>.

ويستدل بنقل الإجماع من هذا الوجه بأنه عام في الصور التي يصدق عليها بيع الدين بالدين، ومنها هذه الصورة التي لم يحك خلاف في المنع منها، مما يجعلها من صور بيع الدين بالدين المتفق على منعها<sup>4</sup>.

2 - ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ.

3 - ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه سأله كليب بن وائل فقال: "كانت لي على رجل دراهم فأتيته أتقاضاه فقال: ليس عندي ولكن اكتبها علي طعام إلى الحصاد، قال: لا يصلح"<sup>5</sup>، وابن عمر - رضي الله عنهما - كره ذلك لأنه بيع دين بدين<sup>6</sup>.

4 - أن بيع الدين بدين ثابت في الذمة غير مقبوض يقتضي الزيادة فيه مقابل التأخير وفي ذلك مفسدة ربا الجاهلية المحرم بنص القرآن المتوعد عليه، ومن رأى أنه بالإمكان تجاوز ذلك باشتراط أن يباع الدين بدين مساو له في القيمة أو أقل منه، رد عليه: بأن تجويز أصل البيع فتح باب حيلة الربح وحصول مفسدة زيادة الدين على المدين مقابل التأجيل؛ لأن تقدير القيمة أمر ظني تختلف فيه الأنظار في الوقت الواحد ويختلف من وقت لآخر، مما يتيح لأرباب الديون من قلب الديون على المدينين مع ادعاء جريان القيمة ودون أن يتمكن المدينون من الاعتراض لحاجتهم<sup>7</sup>.

**الثاني<sup>8</sup>:** تقدم في الرأي الأول بيان أدلة عدم جواز بيع الدين ممن هو عليه بدين، وأن ذلك مجمع عليه في الجملة عند الفقهاء، إلا أن ابن القيم - رحمه الله - ذهب إلى جواز بيع الدين ممن هو عليه بدين منشأ في ذمته، وذسب ذلك إلى شيخه شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -، وسماه بيع الدين الساقط بالواجب، ومن صورته أن يكون لرجل في ذمة آخر ديناراً، فيجعله سلباً في طعام إلى أجل، فإنه يصح السلم من غير حاجة إلى قبض حقيقي لرأس مال السلم - بالرغم من اتفاق الفقهاء على وجوب تسليم رأس المال معجلاً لصحة السلم - وذلك لوجود القبض الحكمي لرأس مال السلم، وهو ما في ذمة المدين المسلم إليه، فكأن الدائن بعد عقد السلم قبضه منه ثم رده إليه، فصار معجلاً حكماً فارتفع المانع

<sup>1</sup> نهاية المحتاج، 180/4.

<sup>2</sup> المغني، 329/4.

<sup>3</sup> الأم، 31/4.

<sup>4</sup> بيع الدين، 139/1.

<sup>5</sup> السنن الكبرى، البيهقي، كتاب: البيوع، باب: لا يجوز السلف حتى يكون بصفة معلومة لا تتعلق بعين، 25/6، حديث رقم (11450)، مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، ط1، 1344هـ،

<sup>6</sup> مصنف ابن أبي شيبة، 34/5.

<sup>7</sup> تفسير الطبري، 101/3، بيع الدين، 162/1.

<sup>8</sup> بيع الدين، 167/1، إعلام الموقعين، 264/3، مجموع الفتاوى، 127/7

الشَّرعيّ، فلا محذور فيه وليس بيع كاليء بكاليء فيتناوله النهي بلفظه، ولا في معناه فيتناوله بعموم المعنى، فإن المنهي عنه قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله وينتفع صاحب المؤخر بربحه، بل كلاهما اشتغلت ذمته بغير فائدة، لكن إن كان الدين في ذمة المسلم إليه فاشترى به شيئاً في ذمته فقد سقط الدين من ذمته وخلفه دين آخر واجب فهذا من باب بيع الساقط بالواجب، فيجوز كما يجوز بيع الساقط بالساقط في باب المقاصة.

هذا وقد وافق كل من شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم جماهير الفقهاء في مواضع أخرى من كتبهما، فقالا بعدم جواز جعل الدين رأس مال في السلم، فالصواب الذي عليه جمهور العلماء: أنه يجوز بيع الدين ممن هو عليه؛ لأن ما في الذمة مقبوض للمدين؛ لكن إن باعه بما لا يباع به نسيئة اشترط فيه الحلول والقبض؛ لئلا يكون ربا، وكذلك إذا باعه بموصوف في الذمة أي: السلم<sup>1</sup>.

وهو ما يُظهر أن لابن القيم - رحمه الله - رأيين في المسألة، أحدهما يجيز جعل الدين الذي في ذمة المسلم إليه رأس مال للسلم، والآخر يمنع ذلك ولا يجيزه، مما ذهب ببعض الباحثين إلى القول بأن مقتضى مذهبهما اشتراط أن يكون الدين المنشأ في الذمة مثل الدين المبيع في القيمة أو أقل منه، لئلا يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وهو وجيه لاشتراطهما ذلك في بيع الدين ممن هو عليه بالعين ففي بيعه بالدين أولى، وإن كانت عبارة ابن القيم "فأحدهما يعجل براءة ذمته والآخر ينتفع بما يربحه" لا تساعد على فهم ذلك.

وعليه فإطلاق نسبة القول بالجواز إليهما غير صحيح، والأولى والأرجح - والله أعلم - هو القول بالمنع الموافق لجماهير أهل العلم وذلك للأسباب الآتية<sup>2</sup>:

1-أنهما قد نصا عليه وأشارا إليه في أكثر من موضع من كتبهما، بينما لم ينص ابن تيمية على القول بالجواز وإنما نص عليه ابن القيم ونسبه إلى شيخه في موضع كان المقصود فيه إثبات موافقة الحوالة للقياس لا تقرير الحكم في هذه المسألة.

2-أن القول بالمنع أقرب إلى أصولهما، لما تقدم في أدلة المانعين من بيع الدين بدين مؤجل منشأ ذريعة إلى ربا الجاهلية، ومن أصولهما سد الذرائع ومنع الحيل.

3-أن القول بالمنع أقوى دليلاً وأوفق للإجماع، بينما القول بالجواز مخالف للإجماع.

4 - أن الصورة المجمع على منعها في بيع الدين بالدين، هي ما اشتملت على ربا أو شبهة الربا، ومسألتنا هذه تدخل في بيع الدين بالدين لمن عليه الدين، ولا تخلو عندي من الربا، أو شبهته؛ لأن الإقدام على مثل هذا العقد يكون غالباً عندما يكون المدين غير قادر على

<sup>1</sup> مجموع الفتاوى، 127/7.

<sup>2</sup> بيع الدين، 175/1-176.

أداء الدين في مواعده، أو راغباً في تأجيله، فيعمد إلى جعل الدين رأس مال السلم، ويقبل الدائن؛ لأنه سيحصل في الغالب على أكثر من دينه، فيدخل هذا في (أخرني وأزيدك)، لهذا فإنني أرى منع هذه المعاملة، وبخاصة في تحويل القروض التي تمنحها المصارف الإسلامية إلى عقود سلم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السلم وتطبيقاته المعاصرة، نزيه حماد، 452/9،

## المبحث الثاني: صور القبض

### المطلب الأول: أن يكون الشيء المستحق بيد مالكة:

إذا توفرت أركان القبض تامة صحيحة وقع القبض وتحقق، وظهر وقوعه في شكل صور متعددة، وهي في مجملها مضبوطة بالواقع وما يحكمه من أعراف اعتادها أهل هذا الواقع، مما يجعلها متغيرة بتغير الزمان وأحواله وما شاع وانتشر فيه من معاملات، وطرق القبض وصوره تنشأ وفقا لحال المقبوض وهيأته، فهو إما أن يكون في يد مالكة مما يستوجب دفعه لمستحقه، أو أن يكون في يد مستحقه أصلا، وفيما يلي توضيح ذلك وتفصيله:

أولا: أن يكون الشيء المستحق بيد مالكة فيتم قبضه بإحدى هذه الطرق:

#### 1 - المناولة:

المناولة في اللغة<sup>1</sup> تطلق على: كل ما يعطى باليد. يقال: ناولت فلانا الشيء مناولةً: إذا عاطيته، وتناولت من يده شيئا: إذا تعاطيته، والتناول: أخذ الشيء باليد، وإعطاء المقبوض لصاحبه باليد أو وضعه قريبا منه بحيث يمكن له تناوله وهو في مكانه باليد يعتبر قبضا بل هو من أقوى أنواع القبض؛ لأنه جاء على أصله، ويكون في المنقولات التي تتناول باليد عادة كالمجوهرات والحلي والنقود والثياب وما إلى ذلك، وتتم بمناولة أحد العاقدين للآخر المعقود عليه، وتناول الآخر منه أو إذنه له بالتناول، وهو ما يفهم من قول الرسول ﷺ: " يدا بيد" في حديثه القائل: " الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد"<sup>2</sup>، أي: دون تأخير أو تأجيل بل يتم التقابض في مجلس العقد من يد البائع إلى يد المشتري؛ لأن القبض يستلزم اليد لكونها آلة له فهي كناية عنه، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية<sup>3</sup> والمالكية والحنابلة<sup>4</sup>.

أما الحنفية<sup>5</sup> فيحصل قبض سائر المنقولات عندهم بالمناولة، كما يحصل بنقلها أو تحويلها من مكان العقد؛ فاقترضوا اشتراط القبض باليد على عقد الصرف دون غيره من الأصناف الربوية التي شملها الحديث؛ لأن الذهب والفضة لا يتعينان إلا بالقبض خلافا لباقي الأصناف التي يتم قبضها بمجرد التعيين.

<sup>1</sup> لسان العرب، 683/11، مادة: نول.

<sup>2</sup> صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، 1210/3، حديث رقم (1578).

<sup>3</sup> المهذب، 71/.

<sup>4</sup> المغني، 192/4، القبض وأثره في العقود، 33.

<sup>5</sup> البداية شرح الهداية، العيني، 278/8، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420 هـ.



## 2 - التخلية:

التخلية في اللغة<sup>1</sup> من خلا يخلو وتعني: الترك والإعراض والتفرد والمضي؛ ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ﴾، (فاطر: 24)؛ أَي مَضَى وَأُرْسِلَ.

وإصطلاحاً<sup>2</sup>: التمكين من القبض بإزالة موانعه ورفعها، فعلاقة التخلية بالقبض علاقة متداخلة يمكن تحديدها في نقطتين:

1 - أن التخلية نوع من التسليم، والقبض أثر ناجم عنها، فالتسليم قد يكون بالنقل والتحويل، وقد يكون بالتخلية؛ لأن التسليم لغة: هو جعل الشيء سالماً خالصاً لا يشركه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالماً للمشتري أي: خالصاً بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليماً من البائع والتخلي قبضاً من المشتري، وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع؛ لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهده ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، فأما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض باليد فعل اختياري للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز.

2 - أن التخلية تكون من قبل المعطي، والقبض من قبل الآخذ، فمتى خلى البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما وقعت التخلية من البائع والقبض من المشتري.

## أحكام التخلية:

1 - تعتبر التخلية قبضاً في الأعيان الثابتة كالعقار اتفاقاً عند جمهور<sup>3</sup> الفقهاء، وكذلك بيع الثمر على الشجر عند الحنفية والشافعية.

2 - أما التخلية فيما يمكن نقله من الأعيان فاختلّفوا فيها على الآتي:

- قال الحنفية: "إن التخلية قبض حكماً لو مع القدرة عليه بلا كلفة، وذلك يختلف بحسب اختلاف المبيع، ففي نحو حنطة في بيت مثلاً دفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو بقر في مرعى بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب بحيث لو مدّ يده فتصل إليه قبض، وفي نحو فرس أو طير في بيت يمكن أخذه منه بلا معين قبض"<sup>4</sup>. وعلى هذا فإن القبض عند الحنفية يكون بالتخلية، سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً، إلا المكمل والموزون فإن قبضه يكون باستيفاء قدره أي بكيله أو وزنه.

<sup>1</sup> تاج العروس، 11/38، مادة خلا، القاموس الفقهي، 121/1.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 244/5، العناية شرح الهداية، 489/4، رد المحتار، 479/6.

<sup>3</sup> البدائع، 244/5، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 22/7، المجموع شرح المهذب، 276/9، المغني، 239/4.

<sup>4</sup> رد المحتار، ابن عابدين، 562/4.

- وقال المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup>: قبض العقار كالأرض والبناء ونحوهما يكون بالتخلية بين المبيع وبين المشتري وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت. وقبض المنقول كأمتعة والأنعام والدواب بحسب العرف الجاري بين الناس. والعرف يقضي إما بتناول الشيء باليد كالثوب والكتاب، وإما بالنقل من مكان لآخر كالسيارة والدواب والأثاث؛ لأن ما ينقل في العادة يكون قبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، وما يتناول باليد كالدرهم والدنانير والثوب والكتاب يكون قبضه بالتناول.

- ورأى الحنابلة<sup>3</sup> أن قبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه بكيله ووزنه، أي أنه يجب الرجوع في القبض إلى العرف، وتكفي التخلية في بيع الثمار على الأشجار والقول بعدم صحة ذلك لعدم قبضها لا يستقيم؛ لأن قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت. وروي عن الإمام أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضاً له كالعقار.

3- وفي المواضع التي تعتبر التخلية فيها تسليماً وقبضاً ينتقل الضمان من ذمة المخلي إلى ذمة القابض، وهو من يتحمل الخسارة إن وقعت، ففي عقد البيع مثلاً إذا حصل القبض بالتخلية بين المبيع والمشتري فالضمان على المشتري؛ لأن ضمان المبيع بعد القبض على المشتري بالاتفاق<sup>4</sup>.

### شروط التخلية:

1 - الإذن بالقبض<sup>5</sup>: ويقع الإذن بالتصريح بالقبض بأي وسيلة من وسائل التصريح ولا يقتصر على اللفظ بل يشمل كل ما يفيد التصريح من لفظ أو كتابة أو أخذ للثمن أو ترك البائع مع السلعة ليقبضها أو كل ما تعارف عليه الناس، كما ويلزم أن يكون الإذن بالقبض بعد التخلية والتسليم، ولا اعتبار للإذن الذي يكون قبل التخلية، كما لا اعتبار للتسليم قبل التخلية.

2 - زوال الموانع عن المبيع مما يمكن المشتري من القبض. ومن ذلك حضور المبيع عند المشتري وعدم بعده؛ لأن قيام الإذن مقام القبض يتحقق فيما إذا كان القبض ممكناً فإذا كان غير ممكن لبعد المبيع فالإذن بالقبض ليس قبضاً، واشتراط القرب مذهب الصحابين أما عند أبي حنيفة فإذن البائع للمشتري بقبض المبيع تسليم ولو كان المبيع بعيداً، وضعّف

<sup>1</sup> الشرح الكبير، 145/3.

<sup>2</sup> المهذب، 263/1.

<sup>3</sup> المغني، 222/4 - 235.

<sup>4</sup> البدائع، 240/5، القوانين الفقهية، 284، الوجيز، 264/1، المغني، 220/4.

<sup>5</sup> رد المحتار، 562/4، درر الحكام، 395/2.

قوله؛ لأن المبيع إذا كان قريبا يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال فتقوم التخلية مقام القبض، وإن كان بعيدا لا يتصور القبض في الحال فلا تقوم التخلية مقام القبض<sup>1</sup>.

3 - أن يكون المبيع مفرزا غير مشغول بحق الغير وإلا بطلت التخلية ولا أثر للقبض عندها، كمن يشتري عقارا يحوي سيارة مملوكة للبائع، فلا تصح التخلية حتى يفرغ العقار من متعلقات البائع كلها، فإن كان المبيع شاغلا لحق الغير كمن يشتري سيارة محفوظة في مرآب البائع وما أشبه ذلك فلا يمنع التخلية<sup>2</sup>.

لكن وإن كانت التخلية صورة من صور القبض فهل تحقق القبض بتمامه؟

رأى الحنفية<sup>3</sup> أن التخلية تكون قبضا تاما في أصناف من المبيع دون أصناف أخرى:

1 - فما كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مزروعا مزارعة أو معدودا معادة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع ويجوز بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف.

2 - وإن كان مما له مثل: فإن بيع مجازفة فكذلك؛ لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة فيتحقق تمام القبض بتحقيق التخلية.

3 - وجاء الخلاف عند الحنفية في المعدودات المتقاربة إذا بيعت عددا لا جزافا على الآتي:

- حكمها حكم المكيلات والموزونات فالتخلية فيها تعد قبضا ناقصا عند أبي حنيفة فلا يجوز بيعها إلا بعد العد؛ لأن القدر في المعدود معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون، ألا ترى أنه لو عده فوجده زائدا لا تطيب الزيادة له بلا ثمن بل يردّها أو يأخذها بثمنها، ولو وجده ناقصا يرجع بقدر النقصان كما في المكيل والموزون، مما دل على أن القدر فيه معقود عليه واحتمال الزيادة والنقصان في عدد المبيع ثابت، فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتياز من غيره ولا يعرف قدره إلا بالعد، فأشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون في ضمان العد، إلا أنه لم يجز فيه الربا؛ لأن المساواة بين واحد وواحد في العد تثبتت باصطلاح الناس وإهدارهم التفاوت بينهما ثبت باصطلاح الناس فجاز أن يبطل باصطلاحهم.

<sup>1</sup> رد المحتار، 563/4، درر الحكام، 218/1.

<sup>2</sup> مجمع الضمانات، البغدادي، 520/1، تح: محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 244/5-245، القبض وأثره في العقود، 34.

- وهي قبض تام عند الصاحبين وحكمها حكم المذروعات، فيجوز بيعها قبل العد؛ لأن العددي ليس من أموال الربا كالمذروع، ولهذا لم تكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كما لا تشترط في المذروعات فكان حكمه حكم المذروع.

ويتمثل نقصان القبض في أنه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن، وكذا لو اكتاله المشتري أو اتزنه من بائعه ثم باعه مكيلاً أو موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه أن يبيعه أو ينتفع حتى يكيله أو يزنه، ولا يكتفي باكتيال البائع أو اتزانه من بائعه وإن كان ذلك بحضرة هذا المشتري؛ لما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري.

### 3 - اتباع المشتري الجاني بالجنائية على المبيع<sup>1</sup>:

يرى أبو يوسف أن الأجنبي لو جنى على المبيع فاختر المشتري اتباع الجاني بالضمان، كان اختياره هذا بمنزلة القبض، حتى لو هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري، ويتقرر عليه الثمن، ولا يبطل البيع؛ لأن جنائية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمناً، فيصير قابضاً، كما لو ارتكب الجنائية بنفسه؛ لأن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك الشيء المضمون للمجني عليه؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث سبب الضمان، فيصير كأن الجنائية حصلت بأمر المشتري. أما محمد فيرى عدم تحقق القبض بذلك بل يبقى البيع في ضمان البائع، ويؤمر بالتسليم إليه، ويكون الهلاك على البائع، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري؛ لأن الضمان متعلق بالعين، وقيمة العين قائمة مقامها، والعين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض، كان الهلاك على البائع، فكذا القيمة.

### 4 - الإتلاف:

الإتلاف لغة<sup>2</sup>: من تلف يتلف تلفاً، وهو الهلاك والعطب في كل شيء، وأتلف فلان ماله إتلافاً إذا أفناه إسرافاً، فالإتلاف هو إحداث التلف وإيقاعه.

وشرعاً<sup>3</sup> يعد المبيع قبل قبضه في ضمان البائع، وإتلاف المشتري له وهو في يد البائع يعتبر قبضاً فيلزمه الثمن؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن، كما أن التخلية تمكين من التصرف في المبيع والإتلاف تصرف فيه حقيقة، وكذلك التعيب والإنقاص؛ لأن هذه الأفعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم

<sup>1</sup> البدائع، 246/5، الفقه الإسلامي وأدلته، 75/5.

<sup>2</sup> لسان العرب، 18/9، مادة: تلف.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 246/5، الفقه الإسلامي وأدلته، 75/5.

بالتخلية يصير المتلف قابضا فيها، ومثل ذلك لو فعل البائع شيئا من ذلك بأمر المشتري لأن فعله بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه.

والإتلاف الحاصل للمبيع يقع بدرجات مختلفة، وموقعي الإتلاف متعددون، ووقت الإتلاف متغير أيضا، فقد يكون قبل القبض أو بعده، وتبعا لكل ذلك يتحدد صنف الإتلاف كالآتي<sup>1</sup>:

#### أ - التلف الكلي لمحل العقد قبل القبض: -

ويقع هذا التلف بأسباب بشرية وغير بشرية:

#### 1 - التلف بأفة سماوية:

والمقصود بالأفة السماوية<sup>2</sup>: التغيرات المناخية والظروف الكونية الخارجة عن حدود الإرادة البشرية كالزلازل والأوبئة والأمراض التي تلم بمحل العقد فتهلكه بالكلية، وهو ما جعل الفقهاء يرون رأيين في التلف الذي تحدثه:

- الأول: لجمهور فقهاء الحنفية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup>، والمالكية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup> فيما فيه حق توفية كالمكيل والموزون، وهو أن التلف الكلي للمبيع بأفة سماوية قبل القبض يفسخ العقد ويسقط الثمن عن المشتري؛ لفوات محله وانعدامه، واستدلوا لذلك بالآتي:

- أن رسول الله ﷺ: " نهى عن سلف وبيع، وشرطين في بيع، وربح ما لم يضمن"<sup>7</sup>.

وجه الدلالة: أن القول بعدم الفسخ يترتب عنه أن يستحق البائع الثمن من المشتري، وهذا يعد ربحا تحصل عليه دون الضمان المتوجب عليه، لأن المبيع تحت يده وسيطرته، والأصل أن من عليه الضمان هو الذي يتحمل الخسارة؛ لأن الضمان في مقابل ما يستحق من ربح المبيع.

- حديث عائشة رضي الله عنها: "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ"<sup>8</sup>.

ووجه الدلالة: أن البائع حكم له بنماء المبيع قبل القبض في مقابل تحمل ضمان المبيع عند التلف.

<sup>1</sup> قاعدة التقابض في العقود المالية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، مراد بالعباس، 143، جامعة الجزائر، 2015.

<sup>2</sup> الموسوعة الكويتية، 196/2.

<sup>3</sup> المبسوط، 196/13.

<sup>4</sup> مغني المحتاج، 456/2.

<sup>5</sup> شرح مختصر خليل، الخرشي، 159/5.

<sup>6</sup> الإنصاف، المرادوي، 419/4.

<sup>7</sup> سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب النسائي، 295/7، كتاب البيوع، باب: سلف وبيع، حديث رقم (4629)، دار الكتب العلمية، بيروت،

تح: عبد الغفار البنداري، سيد كسروي، ط1، 1411 هـ.

<sup>8</sup> سنن الترمذي، كتاب: البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، 229/5، رقم الحديث (1333)..

- أن بقاء العقد وعدم انفساخه يوجب مطالبة المشتري بالثمن، وللمشتري مطالبة البائع بالمبيع، لكن البائع عاجز عن التسليم، فتمتنع المطالبة عندها مما ينفي أي فائدة في بقاء العقد، فينفسخ العقد ويسقط الثمن؛ لأن انفساخ العقد يعني ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن<sup>1</sup>.

الثاني: وهو للمالكية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> في كل مبيع لا يحتاج إلى توفية وإقباض، فيرون أن التلف الكلي للمبيع قبل التقابض لا يفسخ العقد ويلزم المشتري تحمل الضمان ورد الثمن؛ لأن مجرد انعقاد العقد صحيحا يكفي لانتقال الضمان إليه.

## 2 - التلف الكلي للمحل قبل القبض بسبب البائع:

قد ينفرد البائع بالسلعة بعد أن يتم التعاقد عليها مع المشتري ويحدث فيها تلفا، ويفوت مقصود المشتري منها، كأن يشتري شخص شاة ويؤخر قبضها إلى آخر الشهر، فيقوم البائع ببيعها لغيره أو ذبحها، عندها يرى الفقهاء في حكم العقد الآتي:

- الحنفية<sup>4</sup> ويرون أن العقد يبطل بهذا التغير ويسقط الثمن عن المشتري؛ بسبب فوات محل العقد وانعدام قدرة البائع على تسليمه.

- ويرى المالكية<sup>5</sup> أن البيع على البت يوجب الضمان على البائع سواء أكان الإتلاف عمدا أم خطأ، فإن كان البيع على الخيار وكان الخيار للبائع انفسخ البيع سواء أكان الإتلاف عمدا أم خطأ، وإن كان الخيار للمشتري تعدد الحكم، فالإتلاف من قبل البائع عمدا يوجب عليه الضمان، والإتلاف خطأ يفسخ البيع.

- أما الشافعية<sup>6</sup> والحنابلة<sup>7</sup> فيرون أن العقد لا يبطل، وللمشتري الخيار بين فسخ العقد واسترداد الثمن، وبين إمضائه والرجوع على البائع بالقيمة إن كان قيميا وبالمثل إن كان مثليا؛ لأن العقد وقع صحيحا فتترتب عليه آثاره، وأنه لما كان بالإمكان التعويض عن التلف بالقيمة أو المثل فلا حاجة للفسخ.

<sup>1</sup> البدائع، 238/5.

<sup>2</sup> شرح مختصر خليل، الخرشي، 159/5.

<sup>3</sup> الإنصاف، المرادوي، 419/4.

<sup>4</sup> البدائع، 238/5.

<sup>5</sup> حاشية الدسوقي، 105/3.

<sup>6</sup> تحفة الحبيب على شرح الخطيب، سليمان الجبرمي، 37/3، دار الفكر، 1415 هـ.

<sup>7</sup> كشف القناع، 509/2.

### 3 - التلف الكلي للمحل قبل القبض بسبب المشتري:

ذهب الشافعية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> إلى عدم فسخ العقد إذا تسبب المشتري بإتلاف المبيع كلياً قبل قبضه، بل ويلزم بدفع ثمن المبيع الذي أتلفه وإن وقع الإتلاف دون قصد منه؛ لأنه بتصرفه هذا عد قابضاً للمبيع، فالإتلاف لا يتحقق إلا بعد إتمام بسط اليد على المبيع وهو معنى القبض؛ ولأن البائع لا دخل له في الضرر الذي أحدثه المشتري فلا يجوز غبنه بتحميله خسارة لم يباشرها، ولم يفرقوا في ذلك بين البيع البات والبيع على الخيار.

أما الحنفية والمالكية فقد رأوا عدم الفسخ أيضاً وعلى المشتري دفع الثمن إن كان البيع على البت أو بشرط الخيار للمشتري؛ لأنه بالإتلاف صار قابضاً كل المبيع، فلا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن؛ ولأن خيار المشتري لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض ولا تقرر الثمن، ورأى الحنفية أن البيع إن كان بشرط الخيار للبائع فعليه ضمان مثله إن كان مما له مثل وإن كان مما لا مثل له فعليه قيمته؛ لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة<sup>3</sup>.

ورأى المالكية<sup>4</sup> تضمين المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة، فإن كان الثمن أكثر كان للبائع اختيار البيع في زمن الخيار لما له فيه من الخيار، وإن كانت القيمة أكثر من الثمن فله أن يرد البيع ويأخذ القيمة، وسواء في ذلك التلف المتعمد أو الخطأ، فإن حلف المشتري أن التلف خارج عن إرادته فإنه يضمن الثمن دون التفات للقيمة إن كانت أكثر من الثمن فإن كان الثمن أكثر من القيمة أو مساو لها ضمنه من غير يمين.

### 4 - التلف الكلي للمحل قبل القبض بسبب طرف أجنبي:

اتفق الفقهاء<sup>5</sup> على عدم انفساخ العقد إذا وقع التلف من أجنبي، واتفقوا على تضمينه المبيع قيمة أو مثلاً؛ لأنه أتلف مالا للغير بغير إذنه، لكنهم اختلفوا في تحديد الأثر الواقع على العاقدين من هذا التلف على رأيين:

**الرأي الأول:** للجمهور<sup>6</sup> من حنفية وشافعية وحنابلة ويقول بتخيير المشتري بين أمرين: فإما أن يفسخ البيع ويسترد الثمن، وعندها يرجع البائع بالضمان على الأجنبي المتلف، أو أن يمضي المشتري البيع ويطالب المتسبب الأجنبي برد قيمة المبيع الهالك، وعندها يجب

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 66/2.

<sup>2</sup> كشاف القناع، 243/3.

<sup>3</sup> البدائع، 238/5.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي، 105/3.

<sup>5</sup> البحر الرائق، ابن نجيم، 11/6، لتاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، 479/4، حاشية البجيرمي، 38/3، دليل

الطالب، 131.

<sup>6</sup> تبين الحقائق، الزبيعي، 307/4، حاشية القليوبي، 309/2، شرح منتهى الإرادات، 233/3.

أن يكون التعويض عن التلف مساويا لقيمة المبيع الهالك، فإن زاد عن قيمته لا يجوز للمشتري أخذه؛ لأنه ربح لم يضمنه.

**الرأي الثاني:** للمالكية<sup>1</sup> وهو أن المشتري لا خيار له بل يلزم برد الثمن كاملا للبائع، ثم يرجع على المتلف بقيمة المبيع إن كان قيميا، أو مثله إن كان مثليا.

ومن الملحوظ أن الرأيين يهدفان إلى رفع الضرر الواقع على المشتري سواء بمنحه الخيار، أو تعويضه عن المبيع، لكن رأي الجمهور يبدو الأرجح؛ لأنه أرفق بالمشتري الذي وقع بين عناء مطالبة الجاني الأجنبي بالتعويض، وثقل ملاحقة البائع له بالبدل، في حين أن تحمل الضمان يقع على البائع ابتداء وليس على المشتري<sup>2</sup>.

### ب - التلف الجزئي لبعض محل العقد قبل القبض:

قد ينزل بالمحل عوارض تلف تأتي على بعض أجزائه وتسلم البقية، وهو المقصود بالتلف الجزئي للمحل، وله أحكام تتنوع بتنوع موقعه كالاتي:

#### 1 - التلف الجزئي لبعض المحل قبل القبض بسبب آفة سماوية:

قد يتعاقد شخص على شراء مواد غذائية أو كهربائية ويتم البيع مع الاتفاق على استلام المبيع في زمن معين مستقبلا، وقبل استلام المبيع ينزل به حريق أو غرق أو تكسر أو غيره من الآفات التي لا دخل للعاقدين فيها فتتلف بعض أجزائه، مما يؤثر على العقد وينزل به أحكاما جديدة، رأى فيها الفقهاء رأيين:

**الرأي الأول:** وهو للجمهور من الحنفية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup>، حيث رأوا عدم فسخ البيع إذا وقع ببعض أجزائه تلف في وصفه أو قدره؛ لأن العقد وقع صحيحاً وفوات بعضه لا يفسخه كله، لكنهم يفصلون بين ما إذا كان الهالك الذي أصاب محل العقد قد نال قدرا منه أو وصفا فيه، وذلك كالاتي:

1 - إذا كان التلف قد تسبب في إنقاص قدر المبيع بأن كان المبيع مكيلا أو موزونا أو معدودا، فينقص كيله أو وزنه أو عدده، فإن العقد يفسخ بقدر التالف من المبيع فقط وتسقط حصته من الثمن؛ لأن كل جزء من المبيع يقابله جزء من الثمن ويخير المشتري بعد ذلك بين أخذ باقي المبيع الذي لم يتعرض للتلف بحصته من الثمن، أو رد المبيع وفسخ العقد؛ لأن صفقة البيع قد تفرقت عليه، وقد لا يجد مصلحته في اقتناء المبيع ناقصا.

<sup>1</sup> منح الجليل، 239/5.

<sup>2</sup> قاعدة التقابض في العقود المالية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، 145.

<sup>3</sup> المبسوط، 171/13.

<sup>4</sup> نهاية المحتاج، 77/4.

<sup>5</sup> كشف القناع، 521/2.



2 - إذا كان التلف قد تسبب في تلف وصف معين في المبيع، كمن اشترى منزلا تحوي حديقة أزهارا ونباتات لكن الثلوج أتلفتها قبل القبض، فإن العقد لا يفسخ ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن؛ لكون الأوصاف لا حق لها في الثمن، بل يخير المشتري بين أخذ المنزل وإمضاء العقد بجميع الثمن، وبين ترك المنزل وفسخ العقد.

وإن كان استبعاد الأوصاف من الثمن ليس على إطلاقه، إذ إن الأوصاف قد تكون مقصودة لذاتها كمن يشتري حاسوبا ويشترط على البائع أن يرفقه بجميع كمالياته ثم يتبين له نقص أو هلاك بعض هذه الكماليات عند القبض، فله أن يسقط حصة من الثمن في مقابل هذا النقص.

**الرأي الثاني:** للمالكية<sup>1</sup> ويرى التفريق بين التلف الكثير والتلف القليل، ويتحقق ذلك بالنظر في المتبقي من المبيع بعد تلفه، كالاتي:

أولا- إذا كان الباقي من المبيع بعد الهلاك يساوي النصف فأكثر فينظر: إن كان المبيع متحدا ومتعددا يلزم المشتري بأخذ الباقي بحصته من الثمن؛ لأن بقاء النصف كبقاء الكل ومثاله: أن يشتري شخص كتابين، فيتلف أحدهما ويبقى الآخر سليما وعندها يلزم المشتري بشراء السليم ونقد ثمنه.

فإن كان المبيع متحدا وغير متعدد، عندها يخير المشتري بين إمساك الباقي بحصته، أو تركه وفسخ البيع؛ لفوات منفعة المبيع المتحد عند تلف بعضه، ومثاله: أن يشتري شخص حذاء فيتلف أحد زوجيه، أو يشتري مادة غذائية كلحم أو مربى أو نحوه فيتلف بعضه، فلا شك في فوات منفعة الكل حينئذ.

2- وإذا كان الباقي من بعد التلف أقل من النصف، فينظر: إن كان المبيع قيميا يحرم التمسك بالباقي ويجب رد المبيع وأخذ جميع الثمن؛ لأنه لا يمكن معرفة حصته من الثمن، لتعذره مع تلف أكثر المبيع، وبناء عليه يكون تمسك المشتري بالباقي من المبيع المثلي إنشاء لعقد جديد مقابل ثمن مجهول، وهذا غير جائز شرعا.

وأما إن كان المبيع مثليا كالمكيلات والمعدودات فإن المشتري مخير بين فسخ البيع واسترداد جميع الثمن، أو التمسك بباقي المبيع بحصته من الثمن، والعلة في إعطاء الخيار في المثليات هو أنه بالإمكان معرفة حصة باقي المبيع من الثمن بالقياس على أمثاله، ولا يحتاج إلى تقويمه كاملا كما في القيميات.

<sup>1</sup> منح الجليل، 240/5.

## 2 - التلف الجزئي لبعض محل العقد قبل القبض بسبب البائع:

وللفقهاء في هذا آراء:

**الرأي الأول:** للحنفية<sup>1</sup> حيث رأوا أن المبيع إذا تلف جزء منه بسبب البائع فإن البيع يفسخ بقدر الجزء التالف، وتسقط حصة التالف من الثمن، سواء كان النقصان الذي نشأ عن الإلتاف نقصان قيمة أم نقصان وصف، وللمشتري الخيار في الباقي إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء تركه لتفرق الصفقة.

**الرأي الثاني:** للمالكية<sup>2</sup> ورأوا أن العقد لا يفسخ إذا تلف بعض المبيع قبل التقابض بسبب البائع، وليس للمشتري خيار في فسخه؛ لأن العقد وقع صحيحاً، فيعامل البائع معاملة الأجنبي عن العقد، مما يلزم المشتري برد الثمن كاملاً ثم يعود على البائع بقيمة التلف أو مثله.

**الرأي الثالث:** وقال به الشافعية<sup>3</sup>، من أن البيع يفسخ بقدر الجزء التالف من المبيع، مع عدم تغريم البائع النقص الذي أصاب المبيع؛ لأن المشتري له حق الفسخ فلا يمنح معه حق التغريم.

**الرأي الرابع:** للحنابلة<sup>4</sup> وقالوا بأن البائع بالخيار فإن شاء فسخ البيع ورجع على البائع بما أخذه من ثمن؛ لأنه مضمون عليه، كما أن فسخ المشتري أعاد الملك للبائع فكان له الطلب على المتلف، وبين إمضاء العقد والمطالبة بالتعويض في التالف من المكيلات والموزونات دون غيرها من المبيعات لإمكانية التقدير فيها بخلاف القيميات.

## 3 - التلف الجزئي لبعض محل العقد قبل القبض بسبب المشتري:

أجمع الفقهاء<sup>5</sup> على أن المشتري إذا تسبب في إلتاف بعض من المبيع قبل قبضه عد قابضاً له ويتحمل ضمان ما أتلفه، ويلزم برد ثمن المبيع كاملاً؛ لأنه لا يمكنه اتلافه إلا بثبات اليد عليه وهذا هو حقيقة معنى القبض.

ولا يحق للمشتري بعد إلتافه جزءاً من المبيع قبل قبضه أن يطالب بفسخ البيع أو رد المبيع، إلا برضى البائع بذلك في مقابل أن يرد المشتري أرش ما أتلفه.

<sup>1</sup> المبسوط، 171/13.

<sup>2</sup> منح الجليل، 238/5، حاشية الدسوقي، 148/3.

<sup>3</sup> أسنى المطالب، 54/2.

<sup>4</sup> مطالب أولي النهى، 145/3، الإنصاف، المرداوي، 419/4.

<sup>5</sup> البحر الرائق، 11/6، منح الجليل، 240/5، مغني المحتاج، 429/2، الإنصاف، 419/4.

#### 4 - التلف الجزئي لبعض محل العقد قبل القبض بفعل أجنبي:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> إلى أن المشتري مخير بين أن يفسخ العقد ويسترد جميع الثمن، ويترك للبائع وعندها يتولى البائع مطالبة الأجنبي بالقيمة أو المثل مقابل ما تلف من المبيع، أو أن يمضي العقد ويغرم الأجنبي ما تلف من المبيع.

الرأي الثاني: وهو للمالكية<sup>4</sup> الذين قالوا بمنع المشتري من الفسخ، وإلزامه برد الثمن للبائع كاملاً، ثم يعود على الأجنبي بقيمة أو مثل ما أتلّف.

#### ج - التلف الكلي لمحل العقد بعد القبض:

قد ينزل بالمبيع تلف كلي بعد أن يقبضه المشتري وينقد ثمنه لبائعه، مما يحدث آثاراً نعرضها كالآتي:

#### 1 - التلف الكلي لمحل العقد بعد القبض بأفة سماوية:

إذا قبض المشتري المبيع وتمكن منه ثم أصابه تلف بسبب أفة سماوية فإن الفقهاء<sup>5</sup> أجمعوا على أن هذا التلف لا يرجع على أصل العقد بالفسخ أو البطلان؛ لاستقرار العقد في ذمة المشتري، فهو ملزم بذلك على تسليم الثمن إن لم يكن قد سلمه للبائع، ويتحمل الخسارة الحادثة في ملكه بمفرده، وليس له على البائع شيء؛ لأن علاقة البائع بالمبيع قد انقطعت عن المبيع بعد إقباضه للمشتري.

#### 2 - التلف الكلي لمحل العقد بعد القبض بسبب البائع:

تعدي البائع على المبيع وإتلافه له إتلافاً كلياً بعد قبض المشتري له، أو وجد رأيين للفقهاء:

الرأي الأول: وهو للجمهور من مالكية<sup>6</sup> وشافعية<sup>7</sup> وحنابلة<sup>8</sup>، ورأوا أن العقد لا يفسخ بهذا الفعل؛ لأنه وقع صحيحاً، بل يطالب البائع بالتعويض عن قيمة ما أتلّف لصيرورته أجنبياً عن العقد بمجرد أن قبضه المشتري.

الرأي الثاني: للحنفية<sup>1</sup>، ورأوا التفريق بناء على الإذن: فإذا كان قد قبضه المشتري بإذن البائع، ثم أتلّفه البائع، فإنهم يوافقون الجمهور في عدم فسخ البيع، وتضمن البائع قيمة ما

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 240/5.

<sup>2</sup> أسنى المطالب، 55/2.

<sup>3</sup> الإنصاف، 465/4.

<sup>4</sup> منح الجليل، 238/5.

<sup>5</sup> البحر الرائق، 11/6، حاشية الدسوقي، 147/2، تحفة المحتاج، 365/4، مطالب أولي النهى، 145/3.

<sup>6</sup> منح الجليل، 239/5.

<sup>7</sup> مغني المحتاج، 429/2.

<sup>8</sup> الإنصاف، 419/4.

أُتلفه، أما إذا كان المشتري قد قبضه من البائع بغير إذن، ثم قام البائع بإتلافه، فإن البائع يعد مسترداً للمبيع وليس متعدياً، فيبطل البيع ويسقط الثمن على المشتري.

### 3 - التلف الكلي لمحل العقد بعد القبض بسبب المشتري:

اتفق الفقهاء<sup>2</sup> على أن المشتري ملزم بما أوقعه من تلف بالمبيع بعد قبضه وعليه أن يتحمل كافة النتائج الناشئة عن هذا الإتلاف، كدفع الثمن للبائع، وإيفاء كل ما حواه العقد، ويمنع من فسخ العقد أو الرجوع عن المبيع؛ لأن تصرفه بالإتلاف يعد تصرفاً في ملكه.

### 4 - التلف الكلي للمحل بعد القبض بسبب أجنبي:

تسبب أجنبي بتلف المبيع بعد قبض المشتري له لا يفسخ العقد، بل يضمن المتلف الأجنبي قيمة ما أُتلفه؛ لأنه أُتلف ملكاً للغير دون إذن، واتفقوا على أن المتلف الأجنبي إن عوض المشتري عن مبيعه المتلف بأكثر من قيمته، فإن هذه الزيادة تطيب للمشتري؛ لأنها ربح ما قد ضمن.

### د - التلف الجزئي لمحل العقد بعد القبض:

قد تطرأ على محل العقد بعد القبض تغيرات تهلك أو تتلف بعض أجزائه وتنفوت وتغير بعض منافعه، ولكل ذلك أحكامه الآتية:

### 1 - التلف الجزئي لمحل العقد بعد القبض بأفة سماوية:

اتفق الفقهاء<sup>3</sup> على أن العقد لا يفسخ إذا تعرض المبيع بعد القبض إلى أفة سماوية فأُتلفت أجزاء منه، وليس للمشتري المطالبة بالرد عندها؛ لأن المبيع قد استقر في ضمانه، كما استقر الربح له، فهو يتحمل وحده ضمان التلف الذي خلفته الأفة السماوية.

### 2 - التلف الجزئي لمحل العقد بعد القبض بسبب البائع:

اختلف الفقهاء فيما إذا تسبب البائع في إتلاف جزء من محل العقد بعد التقابض، على رأيين:

**الرأي الأول:** ذهب الجمهور من المالكية<sup>4</sup> والشافعية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup> إلى أن البائع بعد تسليمه للمبيع واستلامه الثمن يصبح كالأجنبي عن العقد، فيضمن النقص الذي أحدثه بالمبيع، ولا يؤثر هذا التلف الجزئي في أصل العقد، كونه قد استقر وثبت في ضمان المشتري.

<sup>1</sup> البدائع، 238/5.

<sup>2</sup> العناية شرح الهداية، 322/6، مغني المحتاج، 429/2، الإنصاف، 419/4.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 240/5، حاشية البجيرمي، 37/3، الإنصاف، 419/4.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي، 147/3.

**الرأي الثاني:** وذهب الحنفية<sup>3</sup> إلى التفريق بين المبيع الذي أصابه التلف الجزئي بعد إذن البائع بالقبض، حيث يضمن البائع قيمة التلف الذي أحدثه، وبين المبيع الذي أصابه التلف بعد قبض المشتري له دون إذن البائع، وعندها إذا تعدى البائع في المبيع بالإتلاف لبعضه، فإنه يفسخ العقد في القدر المتلف و تسقط حصته من الثمن عن المشتري؛ لأنه البائع صار مسترداً لذلك القدر بالإتلاف.

### 3 - التلف الجزئي لمحل العقد بعد القبض بسبب المشتري:

اتفق الفقهاء<sup>4</sup> على عدم انفساخ العقد وعلى إلزام المشتري برد الثمن كاملاً للبائع؛ لأن المشتري بإتلافه جزءاً من المبيع الذي قبضه إنما هو محض تصرف في ملكه، وفيما أثبت عليه يده فليس له أن يضمن غيره ثمن التلف الواقع.

### 4 - التلف الجزئي لمحل العقد بعد القبض بسبب أجنبي:

اتفق الفقهاء<sup>5</sup> على أن الأجنبي إذا تسبب بإتلاف جزء من المبيع فإن العقد لا يفسخ، ويقع تحمل الخسارة على المشتري، ثم يرجع على المتلف الأجنبي بضمان القيمة أو المثل أو المثل؛ لأنه تصرف في ملك غيره دون إذن منه.

### 5 - إيداع المبيع عند المشتري أو إعارته منه<sup>6</sup>:

إذا أودع البائع المبيع عند المشتري، أو استعار المشتري المبيع من البائع، صار المشتري بذلك قابضاً؛ لأن المشتري مالك للمبيع والإيداع والإعارة للمالك لا يصح، فالإعارة والإيداع عبارة عن أمانة ونيابة للمشتري، والمشتري لا يصح أن يكون نائباً عن البائع في وضع يده وهو أصل في التملك، فيكون أصلاً في وضع اليد، فإذا ما أثبت يده على المبيع كانت يده يد ملك ويد الملك لازمة، ولا يملك أحد إبطالها بالاسترداد، فيسقط بالتالي حق الحبس والإيداع، وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي أو أعاره له، وطلب من البائع تسليمه إليه، يصير قابضاً؛ لأن الإعارة والإيداع عند آخر عمل صحيح، فقد أثبت يد النيابة لغيره، ويد أمينه كيده، فصار قابضاً.

أما لو أودع المشتري المبيع عند البائع أو أعاره له أو أجره، لم يكن ذلك قابضاً؛ لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري؛ لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة للبائع، فلا يتصور إثبات يد النيابة له.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 429/2.

<sup>2</sup> كشف القناع، 521/2.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 240/5.

<sup>4</sup> فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، 308/6، دار الفكر، بيروت، شرح مختصر خليل، 162/5، نهاية المحتاج، 78/4.

<sup>5</sup> البحر الرائق، 11/6، منح الجليل، 240/5، كشف القناع، 520/2.

<sup>6</sup> بدائع الصنائع، 246/5، الفقه الإسلامي وأدلته، 75/5، القبض وأثره في العقود، 73.

## 6 - التسجيل في السجل العقاري<sup>1</sup>:

السجل العقاري أو الشهر العقاري، هو نظام استحدث لتوثيق التصرفات التي تقع على العقار، وسمي بالشهر؛ لأنه مأخوذ من الشهرة وهي: الانتشار ووضوح الأمر، فهو: نظام يرمي إلى شهر أو إشهار التصرفات القانونية التي ترمي إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، فهو مجموعة من الأحكام والإجراءات التي تكفل إحكام وإثبات العقار على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به عند التنازع.

واستحدث هذا النظام في أواخر القرن الرابع عشر الهجري وأوائل الخامس عشر، فزاد بذلك صورة من صور القبض في عقد البيع، بل وأصبحت الآن هي الصورة الأصل، وما عداها فرع عنها، وتلك الصورة هي صورة التسجيل العقاري، وهي إثبات التصرفات القانونية في سجلات يمكن الاطلاع عليها، وأخذ الإفادات بما جاء فيها من بنود وقيود، فإذا ما جمعت هذه الإفادات وحفظت في سجلات سميت بالسجل العقاري.

فالبلاذ التي يوجد بها سجل ونظام عقاريان بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها، يعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسليم الكافي، ولو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر؛ لأن قيد السجل عندئذ يغني عن التسليم الفعلي، ويقطع علاقة البائع به فيصبح أجنبياً عنه، وإذا ظل بائع العقار شاغلاً له بعد التسجيل وممتنعاً عن تفريره وتسليمه تنزع يده عنه بقوة القضاء، كما لو شغله غصباً بلا حق بعد التسليم، وذلك قياساً على منع الراهن من التصرف في العقار المرهون بمجرد وضع إشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري؛ لأن هذه الإشارة تغني عن القبض فهي من المصالح المرسلة عند الفقهاء لتحقيقها مصلحة عامة، ويترتب على ذلك انتقال ضمان المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تسجيله في السجل العقاري؛ لكون التمكين المتحقق في السجل العقاري أقوى وأكثر من المتحقق في التسليم الفعلي، فكان لزاماً اعتباره وتقديمه عن القبض الفعلي؛ لأن القبض ورد في الشرع مطلقاً، فجعل المرجع في تحديده وتقييده إلى العرف وما يسانده من سلطة شرعية، وينال هذا الحكم المنقولات أيضاً حيث يتوقف نقل الملكية فيها على تسجيلها باسم المشتري في سجلات ودوائر خاصة كبيع المركبات ووسائل المواصلات المختلفة حيث توثق في دوائرها المعنية بها مما يجعلها مسلمة حكماً للمشتري، لكن يجب

<sup>1</sup> المدخل الفقهي، مصطفى الزرقا، 297/1، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، القبض: صورته وبخاصة المستجدة منها، محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، 327/6.

أن يدعم هذا التسليم الحكمي بتسليم حقيقي كتخلية العقار أو تسليم المفاتيح، وقد أشار المالكية إلى ذلك في بيع العقار فقالوا: "على البائع أن يسلم للمشتري وثائق العقار"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي، 174/3.

## المطلب الثاني

### أن يكون الشيء المستحق في يد مستحقه

بأن يكون الشيء المستحق للقبض هو حقيقة في يد من آل إليه القبض، مثل أن يبيع المعير العارية لمستعيرها، أو يهب المغصوب لغاصبه، فيكون المبيع بذلك في يد المشتري بقبض سابق، فهل يعد قابضاً بمجرد الشراء، أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم ويتحقق التمكين؟

وللإجابة على ذلك يجب توضيح درجة قوة كل من القبض السابق واللاحق، فقد قسم الفقهاء القبض من حيث قوة أثره وضعفه إلى قسمين<sup>1</sup>:

1 - قبض الضمان وهو: ما كان فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير، فيضمنه إذا هلك عنده ولو بأفة سماوية كالمغصوب في يد الغاصب.

2 - قبض الأمانة: وهو ما كان فيه القابض غير مسئول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ، كالوديعة في يد المودع عنده والعارية في يد المستعير.

ويعد قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب، فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان، وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط، ولا ينوب عن قبض الضمان؛ لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى.

وعليه فإن آراء الفقهاء في تجديد القبض من عدمه جاءت على ثلاثة أوجه:

**الأول:** للحنفية<sup>2</sup> وقد فرقوا فيه بين تماثل القبضين وافتراقهما:

1 - فإن تماثل القبضان أي: كان كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان، عندها فإن القبض الموجود وقت العقد ينوب مناب القبض المستحق؛ لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب، فالتماتلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده، وقد وجد القبض المحتاج إليه، وصورة تماثل القبضين ضماناً: أن المبيع إذا كان في يد المشتري بغصب، فأراد أن يشتريه من المالك بعقد صحيح، ناب القبض السابق عن القبض اللازم، حتى لو هلك المبيع قبل أن يصله المشتري، أو يتمكن من أخذه، وقعت الخسارة عليه، لتماتل القبضين من حيث كون كل منهما يوجب كون المقبوض مضموناً بنفسه.

<sup>1</sup> عقد البيع، مصطفى الزرقا، 117، دار القلم، دمشق، 1999.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 248/5، الفتاوى الهندية، النظام ومجموعة من علماء الهند، 22/3.



أما تماثل القبضين أمانة: فهو أن يكون الشيء في يد شخص وديعةً أو عاريةً فوهبه له مالكة، فلا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأول عن الثاني، لتماثلهما من حيث كونهما قبض أمانة.

2 - فإن اختلف القبضان بأن كان أحدهما قبض ضمان والآخر قبض أمانة، نُظر إلى أقوى القبضين: فإن كان السابق أقوى من اللازم المستحق بأن كان السابق قبض ضمان واللازم قبض أمانة، ناب السابق عن اللاحق؛ لأن به يوجد القبض المستحق وزيادة ضمان، كأن يكون الشيء في يد غاصبه فيهبه مالكة لغاصبه، فلا يحتاج عند ذلك لتجديد القبض والتسليم إذ لا فائدة من ذلك.

أما إن كان القبض السابق دون القبض المستحق، كأن يكون القبض السابق قبض أمانة والمستحق قبض ضمان، فلا نيابة عندها لانعدام القبض المحتاج إليه وعدم توفره كاملاً في القبض السابق، ومن المعلوم أن الأدنى لا ينوب عن الأعلى والجزء لا ينوب عن الكل، وصورة ذلك: أن يكون الشيء في يد شخص رهنا أو وديعةً أو عاريةً ثم يتأتى له شراءه، فلا ينوب القبض السابق عن المستحق بل لا بد من أن يقبضه المشتري من جديد؛ ليؤمن هلاكه قبل القبض كما أن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان.

**الثاني<sup>1</sup>: للمالكية والحنابلة:** وهو نيابة القبض السابق عن القبض المستحق بالعقد مطلقاً سواء أكانت يد القابض يد ضمان أم يد أمانة، وسواء أكان القبض المستحق قبض أمانة أم قبض ضمان، ولم يشترط كون القبضين متماثلين أو كون القبض السابق أقوى حتى ينوب عن القبض المستحق بالعقد؛ لأنّ المراد بالقبض في العقد: إثبات اليد والتّمكّن من التصرف في المقبوض وهو ما يحقق استدامة القبض فيتحقق القبض حقيقةً، ويتحقق تبعاً القبض المستحقّ، وخاصة أنه لا دليل على وجوب وقوع القبض ابتداءً بعد العقد، وأيضاً لا يشترط الإذن؛ لأنّ إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض، كما أنّ إجراءه العقد مع كون المال في يده يكشف عن رضاه بالقبض، فاستغني عن الإذن المشترط في الابتداء، إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، وكذلك لا يشترط مضيّ زمان يتأتى فيه القبض؛ لأنّ مضيّ هذا الزّمان ليس من توابع القبض، وليس له مدخل في حقيقته، نعم لو كان القبض متأخراً عن العقد لا اعتبر مضيّ الزّمان الذي يمكن فيه القبض، لضرورة امتناع حصول القبض بدونه، أمّا مع كونه سابقاً للعقد فلا.

**الثالث: للشافعية<sup>2</sup>:** وهو أنّه ينوب القبض السابق مناب القبض المستحقّ بالعقد، سواء أكانت يد القابض السابقة بجهة ضمان كغصب أو عارية أم بجهة أمانة كوديعة أو وكالة،

<sup>1</sup> الشرح الكبير على متن المقنع، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، 119/4، تج: الشيخ محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت، الموسوعة الكويتية، 11784/2.

<sup>2</sup> مغني المحتاج، 128/2، الموسوعة الكويتية، 11785/2، المجموع، 281/9.

وسواء أكان القبض المستحق قبض أمانة أم قبض ضمان، غير أنه يشترط لصحة ذلك أمران:

الأول: الإذن من صاحبه في الأظهر إن كان له في الأصل الحق في حبسه، كالمرهون، والمبيع إذا كان الثمن حالاً، ولم يوفه، أمّا إذا لم يكن له هذا الحق كالمبيع بثمن مؤجل، أو حال بعد نقد ثمنه، فلا يشترط عند ذلك الإذن؛ لأن من له حق الحبس في الأصل لا يجوز إسقاط حقه بغير إذنه.

الثاني: أن يمضي زمان يتأتى فيه القبض، إذا كان الشيء غائباً عن مجلس العقد؛ لأنه لو لم يكن في يده لاحتاج إلى مضيّ هذا الزمان ليحوزه ويتمكّن منه، ولأننا جعلنا دوام اليد كابتداء القبض، فلا أقلّ من مضيّ زمان يتصوّر فيه ابتداء القبض، ولكن لا يشترط ذهابه ومصيره إليه فعلاً، ويعتبر ابتداء زمان إمكان القبض من وقت الإذن فيه، لا من وقت العقد.

والراجع - والله أعلم - ما ذهب إليه الأحناف لما يحويه رأيهم من عملية ومرونة وبعدا عن التكرار الذي لا حاجة إليه فمتى ما كان القبض السابق أعلى أو مساو للقبض اللاحق ناب عنه ولا عكس، فيتحقق القبض ويحفظ معه ضمانه دون إعادة للتسليم.

## **الباب الثاني: اشتراط القبض في العقود وآثاره**

### **الفصل الأول: اشتراط القبض في العقود**

**المبحث الأول: العقود التي يشترط القبض في صحتها**

**المبحث الثاني: العقود التي يشترط القبض في لزومها**

**المبحث الثالث: العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية**

### **الفصل الثاني: آثار القبض في العقود**

**المبحث الأول: انتقال الضمان إلى القابض.**

**المبحث الثاني: تسلط القابض على التصرف في المقبوض.**

**المبحث الثالث: وجوب بدل العوض للمقبوض منه.**

**الفصل الثالث: صور من البيوع المعاصرة وأثر القبض فيها**

**المبحث الأول: البطاقات الائتمانية**

**المبحث الثاني: الشيك**

**المبحث الثالث: التحويلات المصرفية**

**المبحث الرابع: الاعتماد المستندي**

## **الفصل الأول: اشتراط القبض في العقود**

**المبحث الأول: العقود التي يشترط القبض في صحتها**

**المطلب الأول: الصرف**

**المطلب الثاني: الأموال الربوية**

**المطلب الثالث: السلم**

**المطلب الرابع: الإجارة**

**المطلب الخامس: المضاربة**

**المطلب السادس: المزارعة**

**المطلب السابع: المساقاة**

تنقسم العقود باعتبار اشتراط القبض فيها إلى نوعين<sup>1</sup>:

### النوع الأول: العقود التي يشترط فيها القبض:

فهناك من العقود ما يشترط فيه القبض إما لصحة العقد أو للزومه أو لنقل الملكية، وهذا القسم من العقود هو من أهم أجزاء البحث ومسائله، وما سيعرض مفصلاً في هذا الباب بإذن الله.

### النوع الثاني: العقود التي لا يشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد في الجملة:

وهي عقود لا يشترط فيها القبض لا في صحتها ولا في لزومها، مثل عقد البيع المطلق والإجارة والنكاح والوصية والوكالة والحوالة ونحوها، فالبيع مثلاً ينعقد بالإيجاب والقبول، وتترتب عليه آثاره: من انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وملكية الثمن إلى البائع، سواء أحصل التقابض بينهما أم لا، والإجارة تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وتترتب عليها آثارها بالعقد دون الحاجة إلى الاستيفاء عند جمهور الفقهاء، خلافاً للحنفية حيث قالوا: لا يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد، وإنما يملكها بالاستيفاء، أو التمكن منه أو بالتعجيل، أو بشرط التعجيل، كما لا يملك المستأجر المنافع بالعقد؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، وإنما يملكها بالاستيفاء أو يوماً فيوماً، والنكاح يترتب عليه آثاره بمجرد العقد، ولا يحتاج إلى قبض // الصداق، وكذلك الوصية والوكالة والحوالة لا تحتاج في انعقادها إلى قبض المعقود عليه.

كما أنه بإعمال العقل والبحث في علة ربط العقود بالقبض يمكننا أن نخلص بأن ما كان من العقود مفاده المعاوضة وما فيها من معنى البيع والمبادلة بالثمن، كان القبض فيها معياراً معتبراً ومهماً، فلا تصح العقود بتخلفه؛ لأن المال وماله من أهمية وقيمة عند العباد أوجب ضمان أن يبذل كل من المتبايعين عوض ما بذل، وأما العقود التي شرعت للتوثيق أو التبرع فقد جعل القبض فيها غير مرتبط بالصحة والتكوين، بل لإفادة اللزوم أو لتمام نقل الملكية؛ لأن هذا النوع من العقود قد حوى في مقاصده التبرع والبذل، وهو ما قلل من معاني المعاوضة وما تقتضيه من مشاحة وتربص.

<sup>1</sup> الموسوعة الكويتية، 231/30، المنشور، الزركشي، 406/2

## المبحث الأول: العقود التي يشترط القبض في صحتها

### المطلب الأول: الصرف

#### تعريف الصرف:

**الصرف لغة<sup>1</sup>:** فَضْلُ الذَّرْهَمِ فِي الْقِيَمَةِ، وَبَيْعُ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ، وَمِنْهُ الصَّيْرَفِيُّ لِتَصْرِيْفِهِ أَحَدَهُمَا بِالْآخَرَ، أَي: شَيْءٌ صُرِفَ إِلَى شَيْءٍ، وَكَأَنَّ الدِّينَارَ صُرِفَ إِلَى الدِّرَاهِمِ، أَي رُجِعَ إِلَيْهَا، إِذَا أُخِذَتْ بَدَلَهُ، وَلِلصَّرْفِ فِي اللُّغَةِ مَعَانٍ عِدَّةٌ مِنْهَا: الرَّدُّ، وَالدَّفْعُ، وَتَحْوِيلُ الشَّيْءِ عَنْ مَوْضِعِهِ، وَالْإِنْفَاقُ.

**والصرف اصطلاحاً<sup>2</sup>:** - عند الجمهور -: هو بيع الثمن بالثمن، جنساً بجنس، أو بغير جنس، فيشمل بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، كما يشمل بيع الذهب بالفضة، والمراد بالثمن ما خلق للثمنية، فيدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد، فهو اسم لنوع بيع وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض أو بيع النقد بالنقد.

وفي الاقتصاد: مبادلة عملة وطنية بعملة أجنبية ويطلق على سعر المبادلة أيضاً<sup>3</sup>.

وعند المالكية<sup>4</sup>: الصرف بيع النقد بنقد مغاير لنوعه، كبيع الذهب بالفضة، أما بيع النقد بنقد مثله أي: الجنس بالجنس، كبيع الذهب بالذهب، أو بيع الفضة بالفضة، فإن كان البيع بالوزن فهو المراطلة، وإن كان بالعدد فهو المبادلة.

وعلى كل حال فلا مشاحة في الاصطلاح، فالصرف عند الجمهور عام لكل بيع الأثمان، وعند المالكية خاص ببيع المتغايرين، ولا أثر لهذا التعدد على أحكام الصرف كما سيأتي.

#### علاقة القبض بالصرف:

عقد الصرف عقد كسائر العقود له أركانه وشروطه - كاشتراط: موافقة الإيجاب للقبول، والرضا وعدم الإكراه، واتحاد المجلس، والقدرة على التسليم، وأن يكون محل العقد مباحاً، ومملوكاً، وأن يقع العقد ممن له الملك أو الولاية، وأن يكون الثمن والمعقود عليه معلوماً، - غير أنه أختص بشروط لم تشترط في غيره من البيوع، وهذه الشروط هي:

<sup>1</sup> العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، 109/7، دار ومكتبة الهلال، تح: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي، مقاييس اللغة، ابن فارس،

343 /3، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو جيب، 210/1، دار الفكر، دمشق، ط: 1988م، الموسوعة الكويتية، 945/2.

<sup>2</sup> المبسوط، السرخسي، 2/14، بدائع الصنائع، 215/5، الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، 165/4، معجم الفقهاء، 114/1.

<sup>3</sup> المعجم الوسيط، 513 /1

<sup>4</sup> البهجة في شرح التحفة، التسولي، 44/2.

## الشرط الأول: التقابض قبل الافتراق بالأبدان بين المتعاقدين:

والمقصود بالتقابض القبض باليد لا بالتخلية، أي: أن يقع القبض حقيقة ولو لم يباشر باليد؛ لأن خصوص اليد بمعنى الجارحة غير مقصود، وإنما المقصود هو القبض بالفعل بحيث يتحقق ويقع ولو بأن يضع أحد العاقدين المال في جيب العاقد الآخر<sup>1</sup>.

## دليل اشتراط القبض في عقد الصرف:

1- عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - يخبر عن رسول الله ﷺ قال: "الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء"<sup>2</sup>.

2- وقال ﷺ: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز ولا تشفوا بعضها على بعض"<sup>3</sup>.

ولا تشفوا أي: لا تفضلوا، والشف الزيادة ويطلق أيضا على النقصان فهو من الأضداد، يقال شف الدرهم بشف إذا زاد وإذا نقص.

( بناجز ): المراد بالناجز الحاضر وبالغائب المؤجل.

3- قال ﷺ: " الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، فمن كانت له حاجة بورق فليصترفها بذهب، ومن كانت له حاجة بذهب فليصترفها بالورق، والصرف هاء وهاء"<sup>4</sup>.

4- عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - قال: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره إني أخاف عليكم الرماء"<sup>5</sup> والرماء: هو الربا.

فدللت الأحاديث في مجملها على وجوب القبض في عقد الصرف، بينما دل الحديث الأخير على وجوب وقوعه قبل افتراق المتعاقدين.

<sup>1</sup> رد المحتار، 272/5.

<sup>2</sup> صحيح البخاري، 750/2، كتاب: البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، حديث رقم (2070).

<sup>3</sup> صحيح مسلم، 1208/3، كتاب: المساقاة، باب: الربا، حديث رقم (1584).

<sup>4</sup> سنن ابن ماجه، 760/2، كتاب: التجارات، باب: صرف الذهب بالورق، حديث رقم (2260)، صححه الألباني، تح: محمد فؤاد عبد

الباقي، دار الفكر - بيروت.

<sup>5</sup> الموطأ، 634/2، كتاب: البيوع، باب: بيع الذهب بالفضة، حديث رقم (1303)، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.

## الحكمة من اشتراط القبض<sup>1</sup>:

تظهر الحكمة في أمرين:

1- تحقيقا للمساواة بين العاقدين، إذ إن النقد أفضل من النسيئة وله مزية عنها، فإذا حصل التأجيل حدث الفضل بين العوضين وهذا عين الربا.

2- مر معنا أن عقد الصرف هو مبادلة ثمن بثمن، والثمن يثبت ديناً في الذمة، وقد حرم الشرع بيع الدين بالدين، لذا وجب القبض ليحصل التعيين به وهو ما يجنب الوقوع في الحرام.

وعليه فقد اتفق الفقهاء على اشتراط القبض في عقد الصرف، وأن يتم قبل مفارقة أحد المتصارفين للآخر افتراقاً بالأبدان، منعاً من الوقوع في ربا النسيئة، لكنهم اختلفوا في أمرين:

**الأول:** فيما إذا كان الصرف شرطاً لبقاء صحة العقد أم شرط لصحة انعقاد العقد:

وثمره الخلاف في ذلك أنه إذا اعتبر شرطاً لصحة العقد؛ فإنه يشترط القبض مقروناً بالعقد، إلا أن قبضهما في المجلس قبل الافتراق جعل كالقبض المقترن بالعقد للتيسير، وإن اعتبر شرطاً للبقاء على الصحة فلا حاجة للتقدير السابق، وللفقهاء في ذلك رأيين:

**الرأي الأول:** وهو للجمهور<sup>2</sup>، حيث رأوا أنه شرط لبقاء صحة القبض لا شرط انعقاده، لأنهم يرون بطلان العقد إذا ما تفرق المتصارفان قبل القبض، فلو لم يكن العقد منعقداً لما بطل، ولو كان الصرف شرطاً لصحة لانعقاد فلا بد عندها من أن يتقدم أو يقترن بالعقد وهو هنا جاء متأخراً ولاحقاً به؛ فكان حكماً ناشئاً عنه لا شرطاً مقيماً له، وعليه إذا ما تعاقد المتصارفان ولم يتقابضا إلا عندما رغبا في فض المجلس، صح قبضهما وإن طال مجلسهما؛ لأن المجلس يجمع المتفرقات والفرقة لا تتحقق إلا بتفرق الأبدان.

**الرأي الثاني<sup>3</sup>:** وذهب فيه بعض الفقهاء إلى أن القبض شرط في صحة عقد الصرف، فمنعوا بذلك أي تأخير في عقد الصرف، فإذا ما تعاقد المتصارفان ولم يتقابضا فور انعقاد العقد بطل العقد؛ لأن التأخر في القبض بعد العقد قد يوحي بالإعراض عن فحوى العقد أو التردد في إتمامه وهذا يتعارض مع حقيقة عقد الصرف المبني على سرعة النفاذ والتفعيل مصداقاً لقوله ﷺ: " هاء و هاء "

<sup>1</sup> الميسوط، 3/14، أحكام الصرف في الفقه الإسلامي، عادل روزي، 58.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 218/5، أسنى المطالب، 24/2، الاستذكار، 335/6، مجمع الأنهر، 161/3.

<sup>3</sup> شرح فتح القدير، 258/6.



وهو ما دفعهم إلى التكلف في الرد على من حاجهم بأنه لو كان الصرف شرط صحة للانعقاد فلا بد عندها من أن يتقدم أو يقترن بالعقد وهو هنا جاء متأخرا ولاحقا به؛ فكان حكما ناشئا عنه لا شرطا مقيما له، بأن القبض هنا جاء متأخرا حتى ينتفي وجوب قبض ملك الغير، مما يمكن اعتبار القبض معه مقارنا أو متقدما على العقد شرعا، متأخرا صورة.

ولعل الراجح - والله أعلم - الرأي الأول؛ لما فيه من تيسير على الناس والأخذ بفسحة المجلس يجمع المتفرقات، كما أن آثار العقد ومنها القبض تتعلق بالعاقدين، فيعتبر افتراقهما بالأبدان.

**الثاني:** وقت القبض، وجاءت أقوال الفقهاء فيه على رأيين:

**الرأي الأول:** لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة الذين يرون أن الافتراق المانع من صحّة الصّرف هو افتراق العاقدين بأبدانها عن مجلسهما، فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة أخرى، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر، حتّى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين وإن طال مجلسهما؛ لانعدام الافتراق بالأبدان، وكذا إذا قاما عن مجلسهما فذهبا معاً في جهة واحدة إلى منزل أحدهما أو إلى الصّرف فتقابضا عنده، ولم يفارق أحدهما صاحبه، جاز عند جمهور الفقهاء؛ لأنّ المجلس هنا كمجلس الخيار في البيع.

والدليل على ذلك: أن لفظ (يدا بيد) يحتمل معنيين:

- إما ان يكون ظاهرا في أنه يعطى بيد ويأخذ بأخرى.
- أو أن لا يفترق المتبايعان عن مكانهما حتى يتقابضا.

فلما روي حديث عن ابن شهاب عن مالك بن أوس أخبره: " أنه التمس صرفا بمائة دينار فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضا حتى اصطرف مني فأخذ الذهب يقبلها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله ﷺ: "الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء" <sup>1</sup>. فهم أن هاء وهاء تعني التقابض المنوط بالتفرق، وليس اعتبار التفرق لذاته بل لمعنى يمكن احالة الحكم عليه وهو أن العقد قبل التفرق، كأنه لم يوجد بدليل قوله ﷺ: "كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار" <sup>2</sup>، اقتضى الحديث تنزيل العقد الذي لم يلزم بالتفرق أو التخاير منزلة العدم، وأنه بعد التفرق أو الخيار ليس كذلك فإذا وجد القبض قبل انقضاء الخيار وجد في وقت كأنه لم تتكامل حقيقة العقد فيه،

<sup>1</sup> البخاري، 761/2، كتاب: البيوع، باب: بيع الشعير بالشعير، حديث رقم (2065).

<sup>2</sup> البخاري، 744/2، كتاب: البيوع، باب: إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع، حديث رقم (2007).

فأشبهه القبض الواقع وقت العقد بأن يعطى بيد ويأخذ بأخرى فكان أقرب إلى قوله ﷺ: (يدا بيد) بخلاف ما إذا وجد ذلك بعد اللزوم، (وأما) اعتبار التفريق من حيث هو فلا معنى له ولم يرد في الشرع ما يدل عليه ولا أن التقابض قبله مطلقا كاف، بل إن الحنفية ذكروا صوراً أخرى أيضاً لا تعتبر افتراقاً بالأبدان، فيصح فيها الصّرف كما إذا نام العاقدان في المجلس، أو أغمي عليهما أو على أحدهما أو نحو ذلك<sup>1</sup>.

- كما وأن الإعطاء بيد والأخذ بأخرى فيه تكليف للناس ومشقة غالبية، والشريعة موضوعة على التوسعة والسماحة فامتنع أن يكون هذا مراداً<sup>2</sup>.

- ويمكن الاستدلال أيضاً بقوله ﷺ: " ولا تتبعوا شيئاً غائباً منه بناجز إلا يدا بيد "، فهو دليل على جواز بيع الغائب بالناجز إذا كان يدا بيد، فإذا كان أحد العوضين غائباً وتعاقدا عليه، فلا يمكن أن يقع التقابض إلا إذا أرسل صاحب الغائب من يحضر مبيعه، أو ذهباً معاً لإحضاره، وهو ما دل على أن لفظ " يد بيد " يراد به القبض قبل التفارق بالأبدان<sup>3</sup>.

الرأي الثاني: للمالكية<sup>4</sup> الذين منعوا التأخر في الصرف مطلقاً إذا تم الاتفاق على الصرف وحصل افتراق بالبدن عن مجلس العقد، ولو كان من طرف واحد، فإن لم يحصل التفريق بالبدن فالتأخير الكثير يضر على المشهور، والقليل لا يضر، والعرف يحدد معيار القلة والكثرة.

وقسم المالكية أحوال القبض إلى ثلاثة<sup>5</sup>:

1- حالة الكمال: هي أن يبرز كل من المتعاقدين ما عنده من ذهب وفضة، ثم يعقدا عليه ثم يتقابضاه.

2- حالة الجواز: وهو أن يكون الذهب والفضة في الخزائن أو المحافظ ثم يخرجانه ويتقابضاه.

3- عدم الجواز: أن يعقدا عليه وهو غائب في البنك أو الدار، فلا يجوز أن يعقدا عليه ويتأخر القبض ولو ساعة.

واستدلوا على رأيهم بالآتي:

<sup>1</sup> البدائع، 215/5. المجموع، 12/10. كشف القناع، 266/3.

<sup>2</sup> الحاوي، الماوردي، 79/5.

<sup>3</sup> أحكام الصرف في الفقه الإسلامي، 64.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي، 29/3.

<sup>5</sup> أسهل المدارك، الكشناوي، 223/2، ط2، مطبعة عيسى الحلبي.

- حديث مالك بن أوس السابق، حيث رأوا أن قول النبي ﷺ: "الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء"، يدل على الفور لا على التراخي؛ لأن كل عاقد يقتضي الإشارة إلى ما بيده بقوله: هاء، كما وأن لفظ هاء وهاء ينوب عن العقد لقرب أحدهما من الآخر<sup>1</sup>.

- أول المالكية قول عمر: " والله لا تفارقه حتى تأخذ منه " أنه يريد لا تفارقه وبينكما عقد حتى ينتجز ما بينكما من التقابض.

- أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: " لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره إني أخاف عليكم الرماء"، قوله: "والآخر ناجز" فإن الناجز ما نجز القبض فيه حال العقد، فلا يصح فيه التأخير اليسير.

ولعل سبب الخلاف<sup>2</sup> ترددهم في مفهوم قوله ﷺ: "إلا هاء وهاء"، فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس بعد أنه باع هاء وهاء قال: يجوز التأخير في المجلس.

ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال: إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف.

والراجح - والله أعلم - ما رآه الجمهور؛ وذلك للضرورة الداعية، إذ غالب الناس لا يميزون النقود؛ ولأن التقابض قد حصل بينهما قبل ذلك فلم يكونا بفعلهما هذا مخالفين لقول النبي ﷺ: "الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء"، ولو كان هذا المقدار لا يسامح فيه

في الصرف لوقع الناس بذلك في حرج شديد<sup>3</sup>، والله تبارك وتعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ

عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ط﴾، (الحج:76).

### الشرط الثاني: عدم النسيئة أو (الحلول وعدم التأجيل):

وهو شرط اتفق عليه الفقهاء<sup>4</sup> مستندين في اتفاقهم إلى ما جاء عن سليمان بن أبي مسلم قال: "سألت أبا المنهال عن الصرف يدا بيد فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يدا بيد

<sup>1</sup> الاستذكار، ابن عبد البر، 216/19.

<sup>2</sup> بداية المجتهد، ابن رشد، 197/2.

<sup>3</sup> مواهب الجليل، 303/4.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، 219/5، بداية المجتهد، 14/2، الحاوي، 173/6، كشف القناع، 264/3.

ونسيسة فجاءنا البراء بن عازب فسألناه فقال: فعلت أنا وشريكى زيد بن أرقم وسألنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئة فذروه"1.

### الشرط الثالث: أن يعقد العقد من غير خيار مشروط فيه:2

فإن شرط الخيار العاقدان أو أحدهما فسد الصرف؛ لأن القبض في الصرف شرط لبقاء العقد على الصحة، والخيار فيه يمنع انعقاده، فيمنع صحة القبض.

### الشرط الرابع: المماثلة أو (عدم المفاضلة عند اتحاد الجنس):

وهو محل اتفاق الفقهاء، لما ورد فيها من أحاديث:

- أن رسول الله ﷺ قال: " لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز"3.

- أن النبي ﷺ قال: " الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل وزنا بوزن"4.

- وقال ﷺ: " الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، فمن كانت له حاجة بورق فليصطرفها بذهب، ومن كانت له حاجة بذهب فليصطرفها بالورق، والصرف هاء وهاء"5.

1أخرجه البخاري، 884/2، كتاب: الشركة، باب: الاشتراك في الذهب والفضة، برقم (2365).

2 البدائع، 219/5، مواهب الجليل، 308/4، الحاوي، 173/6.

3 سبق تخريجه.

4 المعجم الأوسط، الطبراني، 17/3، باب: من اسمه إبراهيم، حديث رقم (2325)، تح: طارق بن محمد، عبد المحسن الحسيني، دار

الحرمين، القاهرة، 1415 هـ.

5 سبق تخريجه.

## التوكيل على قبض الصرف:

وللفقهاء فيه رأيان:

**الأول:** لجمهور<sup>1</sup> الفقهاء من- الحنفية والشافعية والحنابلة والراجح عند المالكية -: حيث رأوا صحة الوكالة بالقبض في الصّرف، فلو وكّل المتصارفان من يقبض لهما، أو وكّل أحدهما من يقبض له، فتقبض الوكيلان، أو تقبض أحد المتصارفين ووكيل الآخر قبل تفرّق الموكلين، أو قبل تفرّق الموكل والعاقد الثاني الذي لم يوكل جاز العقد، وصحّ القبض؛ لأنّ قبض الوكيل كقبض موكله، فيكفي قبض الوكيل في القبض عن العاقدين أو أحدهما وهما في المجلس، وإن افترق الموكلان، أو الموكل والعاقد الثاني قبل القبض بطل الصّرف، سواء افترق الوكيلان أم لا، فالمعتبر في الافتراق المخلّ للصّرف هو افتراق العاقدين لا الوكيلين، فإذا عقد ووكّل غيره في القبض وقبض الوكيل بحضرة موكله في مجلس العقد صحّ. ولو تفرّق الوكيلان ثم عادا بالمجلس وموكلاهما باقيا لم يتفرقا إلى التقابض صح العقد.

**والثاني:** وهو للمالكية<sup>2</sup> الذين رأوا أن للوكالة في الصرف ثلاثة أحكام غير الذي ذكر من موافقتهم للجمهور:

1- لما كان القبض شرط صحة الصرف، فإنه من وكّل غيره في القبض بطل الصّرف، ولو قبض بحضرة موكله، لأنه مظنة التأخير فالتوكيل في الصرف يضر مطلقا.

2- التوكيل على الصرف لا يضر مطلقا، سواء كان الوكيل شريكا أو أجنبيا، قبض في حضور موكله أو غيابه.

3- إن كان الوكيل شريكا لا يضر، ولو قبض في غيبة موكله، وإن كان غير شريك ضر إن قبض في غيبة موكله، وإن قبض في حضوره فلا يضر؛ لأنه لما كان لكل واحد منهما حصة كان كل واحد منهما قد باع جميعه، فجاز لهم قبض الثمن ولا يفسد الصرف ولو فارق أحد الشريكين الصراف.

<sup>1</sup> البدائع، 23/6، مواهب الجليل، 308/4، مغني المحتاج، 22/2، كشاف القناع، 226/3، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الصادق الغرياني، 270، 271/3، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 2002، مواهب الجليل، 4/307، الموسوعة الكويتية، 352/26.  
<sup>2</sup> الشرح الكبير، 30/3، أحكام الصرف في الفقه الإسلامي، 90.

## قبض بعض العوضين في الصرف:

إذا حصل التّقايبض في بعض الأثمان دون بعضها وافترق المتعاقدان بطل الصّرف فيما لم يقبض باتّفاق الفقهاء، واختلفوا فيما حصل فيه التّقايبض على اتّجاهين " ومبنى الخلاف: في الصّفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصّفقة كلها أو الحرام منها فقط "1:

**الأوّل:** وهو رأي الجمهور من الحنفية والشافعية<sup>2</sup> وقول عند المالكية ووجه عند الحنابلة وهو صحّة العقد فيما قبض وبطلانه فيما لم يقبض. " وَلَوْ بَاعَ إِثْمًا فِضَّةً وَقَبِضَ بَعْضَ ثَمَنِهِ وَافْتَرَقَا صَحَّ فِيمَا قَبِضَ، وَالْإِثْمُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا، وَيَبْطُلُ - الصّرف - بِالْإِفْتِرَاقِ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَنْقَدُّ الْفَسَادُ بِقَدْرِ مَا لَمْ يَقْبِضْ "3.

وإن قبض البعض في الصرف ثم افترق المتصارفان كفرقة خيار المجلس قبل تقايبض الباقي، بطل العقد فيما لم يقبض فقط لفوات شرطه وهو التقايبض يدا بيد<sup>4</sup>.

**الثّاني:** بطلان العقد في الكلّ، وهو قول عند المالكية ووجه آخر عند الحنابلة<sup>5</sup>.

فإن انعقد بينهما الصرف على أن يتأخر منه شيء فسخ وإن عقدا على المناجزة ثم أخر أحدهما صاحبه بشيء منه انتقض الصرف فيما وقعت فيه النظرة باتّفاق فإن كانت النظرة في أقل من صرف دينار انتقض صرف دينار وإن كان في أكثر من صرف دينار انتقض صرف دينارين وإن كان في أكثر من صرف دينارين انتقض صرف ثلاثة دنانير وهكذا أبدا<sup>6</sup>.

## التصرف بدلي الصرف قبل القبض:

قد يتعاقد المتصارفان على صرف قدر معين من الأثمان ثم يرى أحد العاقدين التصرف فيما تعاقد عليه قبل أن يقبضه، كأن يهبه أو يبيعه أو يتصدق به، وهو ما أتى حكمه على قولين عند الفقهاء:

**الأوّل<sup>7</sup>:** للحنفية والشافعية، حيث رأوا عدم جواز ذلك واعتبروا أي تصرف تعلق ببذل الثمن عند صرفه وقبل قبضه يعد باطلا، فلو اشترى أحدهما ببذل الصرف ثوبا فإن البيع لا يصح؛ لأنه لا يصح للمشتري أن يبيع ما ابتاعه حتى يقبضه، وكل واحد من بدلي الصرف مبيع.

<sup>1</sup> بداية المجتهد، 2/198

<sup>2</sup> الحاوي، الماوردي، 5/148.

<sup>3</sup> تبيين الحقائق، 4/138.

<sup>4</sup> كشف القناع، 3/266.

<sup>5</sup> المغني، 4/178.

<sup>6</sup> مواهب الجليل، 4/306.

<sup>7</sup> المبسوط، السرخسي، 13/21، الأم، 3/34، أحكام الصرف، 207.

ولقوله ﷺ: "من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه"<sup>1</sup>، قال ابن عباس وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام.

كما وأن ملك المتصارفين لبدل الصرف قبل قبضه ملك ضعيف لا يمكنهما من التصرف فيه.

**الثاني<sup>2</sup>:** وهو لزفر من الحنفية وقد رأى جواز التصرف ببديل الصرف قبل قبضه، فلو اشترى أحدهما ببديل الصرف ثوبا صح ذلك.

وأول قول زفر: بأنه قصد بالصحة صحة عقد البيع للثوب، حيث لا شك في منعه بيع المبيع قبل قبضه، وإنما أجاز بيع الثوب بناء على عدم تعيين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره، فالنقود لا تتعين في العقود، ولما لم يكن تملك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة إعطاء غيره.

ولعل الراجح - والله أعلم - الرأي الأول لقوة الأدلة ووضوح العلة، وإن حدث وأن تصرف أحد العاقدين ببديل الصرف قبل قبضه في عقد لا تتعين فيه النقود جاز تصرفه وصحّ وفقا لرأي زفر.

---

<sup>1</sup> صحيح مسلم، 3/1160، كتاب: البيوع، باب: بطلان المبيع قبل القبض، حديث رقم (1526).  
<sup>2</sup> شرح فتح القدير، 6/264، تبين الحقائق، 4/136.

## المطلب الثاني: الأموال الربوية

### أولاً: تعريف المال:

**المال لغة<sup>1</sup>:** ما مَلَكَته من جميع الأشياء، وهناك من عد المال في الأصل ما يُملك من الذهب والفضة، ثم أُطلق على كل ما يُقْتَنَى ويمْلِك من الأعيان، وأكثر ما يُطلق المال عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم.

**واصطلاحاً:** اختلف الفقهاء في تعريفه، فرأى الأحناف<sup>2</sup> أن المال هو ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ويجري فيه البذل والمنع، فهو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة، فإن المالية تتطلب توفر عنصرين:

1 - إمكان الحيازة والإحراز: فلا يعد مالاً ما لا يمكن حيازته كالأموال المعنوية مثل العلم والصحة، وما لا يمكن السيطرة عليه كالهواء الطلق وحرارة الشمس.

2 - إمكان الانتفاع به عادة: فكل ما لا يمكن الانتفاع به أصلاً كالحم الميتة والطعام المسموم أو الفاسد، أو ينتفع به انتفاعاً لا يعتد به عادة عند الناس كحبة قمح أو قطرة ماء لا يعد مالاً.

وقد ورد تعريف المال في المادة (621) من المجلة العدلية بأنه " ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أو غير منقول".

وأما عند جمهور الفقهاء غير الحنفية: فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه و يباح نفعه مطلقاً أي في كل الأحوال أو يباح اقتناؤه بلا حاجة، فالمنافع عند الجمهور مال أيضاً بخلاف الأحناف<sup>3</sup>.

### ثانياً: تعريف الربا:

**الربا لغة:** من ربا الشيء يربو ربواً، أي: زاد. والرابية: ما ارتفع من الارض، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَأَخَذَهُمُ أَخَذَةً رَّابِيَةً ﴾، (الحاقة: 10)، أي زائدة، كقولك: أربيت، إذا أخذت أكثر مما أعطيت<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> لسان العرب، ابن منظور، 635/11، مادة: مول.

<sup>2</sup> رد المحتار، 189/18، الفقه الإسلامي وأدلته، 399/4.

<sup>3</sup> شرح منتهى الإرادات، البهوتي، 7/2، الفقه الإسلامي وأدلته، 399/4..



واصطلاحاً: تعددت تعاريفه عند الفقهاء:

فعرفه الحنفية بأنه: "هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه أي: في العقد"<sup>2</sup>.

- وعند المالكية هو "تحريم النساء والتفاضل في عقود معينة"<sup>3</sup>.

- أما الشافعية فعرّفوا الربا بأنه: "عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما"<sup>4</sup>.

والمراد بالعوض المخصوص: الأموال الربويّة، وغير معلوم التماثل: أي إنّ أحد العوضين زائد عن الآخر أو مجهول التساوي معه، ومعيار الشرع: الكيل أو الوزن، وقيدوا بحالة العقد فيما لو علم التماثل في البدلين بعد العقد<sup>5</sup>.

- بينما عرفه الحنابلة بأنه "الزيادة في أشياء مخصوصة"<sup>6</sup>.

وعلى ما سبق من حدود وتعريفات نخلص إلى أن الأموال الربوية "هي الأموال التي يعتبر فيها جريان الربا، ولا يجوز بيع بعضها ببعض زيادة ونساء"<sup>7</sup>. "بمعنى أنه يشترط عند استبدال شيء منها بصنفه مساواة العوضين كل منهما للآخر في القدر مع المناجزة يدا بيد، وتجاوز بينهما المفاضلة إذا كان العوضان من صنفين مختلفين بشرط المناجزة يدا بيد"<sup>8</sup>.

وليس معنى الأموال الربوية هنا: المحرمة لأنها كسب ربوي، بل المعنى أن ربا البيوع يجري فيها إن تم التباعد فيما بينها بطريقة غير شرعية<sup>9</sup>.

### حدود الأموال الربوية في الفقه الإسلامي:

بلغنا عن رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أنه قال: "الدَّهَبُ بِالدَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ"<sup>10</sup>، وانطلاقاً من هذا الحديث اتسعت الآراء

1 الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري، 2350/6، نج: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط 4، 1407 هـ - 1987 م

2 شرح فتح القدير، السيواسي، 8/7.

3 تبيين المسالك، 307/3.

4 نهاية المحتاج، الرملي، 424/3.

5 فقه المعاوضات، مصطفى البغا، 9/2، دمشق، 1989/1409، ج2، 9.

6 المغني، 5/4.

7 موسوعة الاقتصاد الإسلامي، 395.

8 مدونة الفقه المالكي، 359/3.

9 تيسير بعض أحكام البيوع والمعاملات المالية المعاصرة، حامد بن عبد الله العلي، 30/1، ط1.

10 صحيح مسلم، 44/5، كتاب: المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب، حديث رقم (4147).

وتعددت الأحكام الفقهية فيما إذا كان هذا الحديث الشريف جامعا مانعا لكل الأصناف الربوية، أم هو قاعدة فقهية ساقطت أصنافا للتمثيل والتوضيح، فتنسج بذلك الأصناف الربوية وتتعدد.

فرأى الجمهور من أحناف ومالكية وشافعية وحنابلة أن الحكم شامل للأصناف المذكورة وغير المذكورة ممن تتوفر فيها علة الربا - بالرغم من اختلافهم في كنه هذه العلة كما سنرى - وإنما خصصت هذه الأصناف بالذكر دون غيرها لشيوع التعامل بها، ولتكون دلالة على ما فيه الربا مما سواها مما يشبهها في العلة التي حيثما وجدت كان ما وجدت فيه ربا<sup>1</sup>.

وذهب الظاهرية إلى أنها ليست معللة، فقصرها الحرمة عليها فقط، ولا ربا إلا في الأصناف المذكورة<sup>2</sup>.

### ماهية علة الربا في الأصناف الستة:

شمل الحديث الشريف ستة أصناف ربوية وحصر التعامل بها ضمن شروط معينة، وهو ما جعل الفقهاء يصبون بحثهم واجتهادهم ليصيروا سبب ذكر هذه الأصناف دون غيرها، وليعرفوا العلة التي اختصت بها، وهل يقتصر الحكم عليها أم يشمل كل صنف يحمل علة حكمها.

ولدراسة كل ذلك بدقة ووضوح تم تقسيم الأصناف الستة المذكورة إلى نوعين:

**أولاً: النقدين:** يطلق الفقهاء على الذهب والفضة اسم النقدين سواء كانا مضروبين أم غير مضروبين، واختلفوا في علة الربا في النقدين؛ الذهب، والفضة على ثلاثة أقوال<sup>3</sup>:

**القول الأول<sup>4</sup>:** علة الربا فيهما الجنسية والقدر، أي: الوزن مع الجنس. وهذا مذهب الحنفيّة، - حيث عرفت الجنسية بقوله ﷺ "الذهب بالذهب"، والقدر بقوله ﷺ: "مثلا بمثل" ويعني بالقدر الكيل فيما يكال، والوزن فيما يوزن - وهو ما اشتهر عند الحنابلة أيضا، فقد روي عن الإمام أحمد في ذلك ثلاث روايات، أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة الوزن مع الجنس.

وهذه أدلتهم:

<sup>1</sup> فتح القدير، 273/4، بداية المجتهد، 13/2، نهاية المحتاج، 428/4، المغني، 12/4.

<sup>2</sup> نيل المرام شرح آيات الأحكام، فهد عبد الله، 93/1، المحلى، ابن حزم، 496/8.

<sup>3</sup> العلل الربوية عند الأئمة الأربعة، قاسم عبدالواحد، الملتقى الفقهي، أضيف في 11/01/1439 الموافق 01/10/2017.

<sup>4</sup> المبسوط، 113/12، المغني، 5/4.

- ما جاء من حديث أنس بن مالك - رضي الله عنه -، عن ﷺ قال: "ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً واحداً، وما كيل فمثل ذلك، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به"<sup>1</sup>.

ووجه الدلالة: فيه التصريح بأن كلّ موزون يكون مثلاً بمثل؛ إذا كان نوعاً وجمعاً واحداً.

غير أن هذا الاستدلال نوقش بما يلي:

1- أنّ الحديث ضعيف عند جمهور أهل الحديث؛ فلا تقوم به حجة، وقد صرح بضغفه غير واحد من أئمة الحديث<sup>2</sup>.

2- أن في الحديث اضطراباً في السند، واختلافاً في اللفظ؛ فقد رواه الدارقطني عن أبي بكر بن عياش، عن الربيع بن صبيح، عن الحسن، عن عبادة وأنس بن مالك، ثم قال: لم يرو هذا الحديث غير أبي بكر، عن الربيع هكذا. وخالفه جماعة فرووه عن الربيع، عن ابن سيرين، عن عبادة، وأنس، عن النبي ﷺ بلفظ غير هذا اللفظ<sup>3</sup>.

3- " أن رسول الله ﷺ بعث أبا بني عدي الأنصاري واستعمله على خبير فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ: (أكل تمر خبير هكذا). قال: لا والله يا رسول الله إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا ولكن مثل بمثل أو يبعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان"<sup>4</sup>.

ونوقش بالآتي:

- أن قوله ﷺ: "وكذلك الميزان" غير ظاهرة المراد؛ لأن الميزان نفسه لا ربا فيه، فلا بد من إضمار شيء في مكانها، ولا يجوز فرض العمومات في المضمرات؛ إذ هو تعميم بدون دليل، فلا يصح تقدير كلمة الموزون هكذا عامة<sup>5</sup>.

- ولأن قضية البيع هي المساواة، والمؤثر في تحقيقها: الكيل، والوزن، والجنس، فإن الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة، والجنس يسوي بينهما معنى، فكانا علة<sup>6</sup>.

**القول الثاني<sup>7</sup>:** وهو للإمام مالك، والشافعي في المشهور عنهما، وأحمد في أحد رواياته حيث رأوا أن العلة فيهما غلبة الثمنية، أو جوهر الثمنية غالباً؛ فالعلة قاصرة على الذهب والفضة.

<sup>1</sup> سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، 18/3، كتاب: البيوع، حديث رقم (2853)، تج: السيد عبد الله المدني، دار المعرفة - بيروت، 1386هـ.

<sup>2</sup> الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني، 147/2، تج: السيد عبد الله اليمني المدني، دار المعرفة - بيروت.

<sup>3</sup> سنن الدارقطني، 18/3.

<sup>4</sup> صحيح البخاري 2675/6، كتاب: الإعتصام بالكتاب والسنة، باب: إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ، حديث رقم (6918).

<sup>5</sup> الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، عمر بن عبد العزيز المترك، 99.

<sup>6</sup> المغني، 5/4.

<sup>7</sup> شرح مختصر خليل، الخرشني، 56/5، المجموع 392/9..

وعليه تخرج فلوس النحاس إذا اعتبر غلبة الثمنية، أما إن اعتبر مطلق أو جوهر الثمنية فلا تخرج<sup>1</sup>.

واستدلوا بالأدلة الآتية:

- لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعني يتعداهما إلى غيرهما من الأموال؛ لأنه لو كان لمعني يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما سواهما من الأموال؛ لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا، لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر كالذهب والفضة، والحنطة والشعير؛ فلما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال، دلّ على أنّ العلة فيهما لمعني لا يتعداهما وهو أنه من جنس الاثمان<sup>2</sup>.

- أن النقدين جوهران نفيسان، بهما تقدر الأموال، ويتوصل بهما إلى سائر الأشياء؛ فهما أثمان المبيعات، وقيم المتلفات في جميع أقطار الدنيا، ولهما المكانة العالمية، والقيمة العالية، فهما رائجان عند كل الأمم، ولدى كل الدول قديما وحديثا، وذلك لخصائص ومزايا اعتبرت في هذين المعدنيين في الأوصاف والندرة بهما أثبت من سواهما ليكونا أساسا للتمويلات، ومقياسا لقيم سائر الأشياء، وواسطة بين الإنسان وحاجاته<sup>3</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن التعليل بغلبة الثمنية تعليل بعلة قاصرة على النقدين، والعلة القاصرة لا يصح التعليل بها عند أكثر الأصوليين.

وأجيب: بأن التعليل بها جائز عند بعض الأصوليين؛ لأن العلة ليست إلا أمارات، نصبها الله تعالى للأحكام، فمنها متعدية، ومنها قاصرة؛ والقول بعدم فائدة القاصرة غير مسلم، فإن من فوائدها: أنه ربما يحدث جنس آخر يجعل ثمنا، فتكون تلك علته<sup>4</sup>.

**القول الثالث<sup>5</sup>:** أن العلة فيهما مطلق الثمنية. وهذا قول للمالكية، ورواية عند الحنابلة. وعليه فإن العلة متعدية إلى غيرهما كالفلوس، والأوراق النقدية.

واستدلوا بأن: التعليل بمطلق الثمنية هو الذي يتفق مع الحكمة في جريان الربا في الذهب والفضة، فإن الحكمة من تحريم الربا فيهما إنما هو عموم المصلحة في استقرار العملة وثباتها، بحيث لا تجعل كالعروض، تهبط تارة، وترتفع أخرى، ويزول منها الاستقرار الذي أريد بها أن تكون أثمانا للمبيعات، وقيم المتلفات، والديات، وأرش الجنایات<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> شرح مختصر خليل، الخرشي، 56/5.

<sup>2</sup> المجموع 392/9.

<sup>3</sup> الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، عمر بن عبد العزيز المترجم، 105-106.

<sup>4</sup> المصدر السابق، 107.

<sup>5</sup> شرح مختصر خليل، الخرشي، 56/5.

<sup>6</sup> الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، 108.

ولعل الراجح - والله تعالى أعلم - القول الثالث؛ لأن التعليل بالثمنية تعليل بوصف مناسب؛ فإن المقصود من الأثمان أن تكون معياراً للأموال يتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال ولا يقصد الانتفاع بعينها. فمتى بيع بعضها ببعض إلى أجل قصد بها التجارة التي تناقض مقصود الثمنية واشتراط الحلول والتقابض فيها هو تكميل لمقصودها من التوسل بها إلى تحصيل المطالب؛ فإن ذلك إنما يحصل بقبضها، لا بثبوتها في الذمة؛ مع أنها ثمن من طرفين فهى الشارع أن يباع ثمن بثمن إلى أجل. فإذا صارت الفلوس أثماناً صار فيها المعنى، فلا يباع ثمن بثمن إلى أجل، كما وأن التعليل بالوزن ليس فيه مناسبة، فهو طرد محض، بخلاف التعليل بالثمنية، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض؛ إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع، وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء، ويستمر على حالة واحدة، ولا يقوم هو بغيره؛ إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فنفسد معاملات الناس، ويقع الاختلاف، ويشتد الضرر، كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم، ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها لصلح أمر الناس، فلو أبيع ربا الفضل في الدراهم والدنانير - مثل أن يعطي صحاحاً ويأخذ مكسرة أو خفافاً ويأخذ ثقلاً أكثر منها - لصارت متجراً، أو جر ذلك إلى ربا النسئة فيها ولا بد؛ فالأثمان لا تقصد لأعيانها، بل يقصد التوصل بها إلى السلع، فإذا صارت في أنفسها سلعا تقصد لأعيانها فسد أمر الناس، وهذا معنى معقول يختص بالنقود لا يتعدى إلى سائر الموزونات<sup>1</sup>.

### ثانياً: الأصناف الأربعة:

وجاءت آراؤهم على أربعة أقوال:

**القول الأول<sup>2</sup>:** للمالكية وهو أن علة ربا الفضل فيها الاقتنيات والادخار، أي مجموع الأمرين فالطعام الربوي ما يُقتات ويُذخر، أي ما تقوم به البنية عند الاقتصار عليه ويُذخر إلى الأمد المُبتَغى منه عادة ولا يفسد بالتأخير.

وأما علة ربا النساء عندهم مُجرّد الطعم لا على وجه التداوي، أي: كونه مطعوماً لأدمي فتدخل الفاكهة والخضر، فيمنع بيع بعضها ببعض إلى أجل ولو تساوى، ويجوز التفاضل فيها في الجنس الواحد وغيره، فعلة ربا النساء مُجرّد الطعمية، وُجد الاقتنيات والادخار أو لم يوجد، أو وُجد أحدهما فقط فهم يُفرّقون بين علة ربا الفضل وعلة ربا النساء.

<sup>1</sup> مجموع الفتاوى 471/29، إعلام الموقعين 105/2.  
<sup>2</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 47/3.

**القول الثاني:** أن العلة في هذه الأربعة هي الطعمية - أي كونها مطعومة - وهذا قول الشافعي في الجديد، ورواية عن الإمام أحمد وهو الأظهر في مذهب الشافعية، واستدلوا بقوله ﷺ: "الطعام بالطعام مثلاً بمثل"، فدل على أن العلة الطعم وإن لم يكل أو يوزن؛ لأنه علق ذلك على الطعام وهو اسم مشتق، وتعليق الحكم على الاسم المشتق يدل على التعليل بما منه الاشتقاق<sup>1</sup>.

**القول الثالث:** وهو مذهب الإمام أبي حنيفة ومشهور مذهب أحمد، حيث رأوا أن العلة في الأربعة في الكيل والجنس، أي: كونها مكيلة من جنس واحد، فيتعدى الحكم فيها إلى كل مكيل ولو كان غير طعام، كما لا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدونات، فتباع بطيخة ورمانة بمثلها.

**القول الرابع:** وهو قول الشافعي في القديم أن العلة فيها هي الطعمية مع الكيل أو الوزن، فالعلة فيها كونها مطعومة موزونة أو مكيلة بشرط الأمرين، فعلى هذا لا ربا فيما لا يكال ولا يوزن، ولا فيما يكال أو يوزن لكنه غير مطعوم كالحديد والرصاص ونحوها.

وكنتيجة لما سبق من خلاف في تحديد العلة كل على مذهبه نخلص بأن: العلماء أجمعوا على جواز بيع الربوي بربوي لا يشاركه في العلة متفاضلا ومؤجلا، وذلك كبيع الذهب بالحنطة وغيره من المكيل، كما وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الربوي بجنسه وأحدهما مؤجل، وعلى أنه لا يجوز التفاضل إذا بيع بجنسه حالا كالذهب بالذهب، وعلى أنه لا يجوز التفرق قبل التقابض إذا باعه بجنسه أو بغير جنسه مما يشاركه في العلة كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير، وعلى أنه يجوز التفاضل عند اختلاف الجنس إذا كان يدا بيد كصاع حنطة بصاعي شعير ولا خلاف بين العلماء في شيء من ذلك<sup>4</sup>.

وبذلك نرى أن علة الربا قد دارت عند الفقهاء بين عدة معان من ثمنية أو وزن أو كيل أو طعم أو اقتيات، غير أن هناك من رأى أن ربط وجه التحريم بقيام حياة الناس عليها كما في المطعومات الأربعة، والحفاظ على معيارية الأثمان في الذهب والفضة مرجوح لسببين<sup>5</sup>:

1- أن الأصل أن يكون الجامع بين جميع الأصناف واحدا، خاصة أن الحديث جمع بينها في نص واحد، فاستقت أحكامها من نفس النص.

<sup>1</sup> المجموع شرح المذهب، 279/9، الأشياء التي يجري فيها الربا، مجلة البحوث الإسلامية، العدد العاشر، 1404هـ.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 185/5.

<sup>3</sup> المغني، 35/4.

<sup>4</sup> المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، النووي، 9/11، ط2، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392 هـ.

<sup>5</sup> الربا والمخرج منه في ضوء علة تحريمه وواقع النظام الاقتصادي المعاصر، عدنان محمد الفقيه، 59-60، دار المناهج، جدة، ط1، 2016.

2- أن الملح ليس قوتا تتوقف عليه حياة الناس مثل بقية الأصناف كما لاحظ الفقهاء، بل هو مصلح للطعام وحافظ للأغذية، فلم أدرج ضمن الأصناف الستة؟

فإن ربط التحريم بالطعم صار وجه التحريم غير ظاهر، فالأقليات يفهم في باب المعاملات أما الطعم فغير واضح ولا مفهوم في المعاملات، وهو ما يجرنا إلى تعدد المفاهيم الموضحة لعلة الربا والذي سمح به الأصوليون عندما قبلوا بتعدد العلة وتركيبها عند العجز عن استخلاص علة جامعة لكل الأصناف، فإن كان الطعم والتمنية ينبئان عن شدة الحاجة فلا يصلح أن يكونا علة للحرمة كما وأن الحديث الشريف قد نص على الأشياء الستة وعطف بعضها على البعض، فينبغي أن تكون العلة في الكل واحدة!

ومما يزيد خفاء علة الربا في الأصناف الستة أن النبي ﷺ وهو الذي قد أوتي جوامع الكلم واختصرت له الحكمة اختصاراً، وجوامع الكلم: هي الألفاظ الكلية العامة المتنولة لأفرادها، فإذا انضاف ذلك إلى بيانه الذي هو أعلى رتب البيان لم يعدل عن الكلمة الجامعة التي في غاية البيان لما دلت عليه إلى لفظ أطول منها، وأقل بيانا مع أن الكلمة الجامعة تزيل الوهم وترفع الشك وتبين المراد، فكان له ﷺ أن يقول: "لا تبيعوا كل مكيل ولا موزون بمثله إلا سواء بسواء" فهذا أخصر وأبين وأدل من أن يذكر ستة أنواع ويدل بها على مالا ينحصر من الأنواع، فكمال علمه ﷺ وكمال شفقتة ونصحه وكمال فصاحته وبيانه يأبى بذلك<sup>2</sup>.

وهذا الخفاء هو ما دفع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى قول:

" ثَلَاثَةُ أَشْيَاءٍ وَدِدْتُ أَيُّهَا النَّاسُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عَهْدَ إِلَيْنَا فِيهَا الْجَدُّ وَالْكَالَةُ وَأَبْوَابُ مِنْ أَبْوَابِ الرَّبِّ"<sup>3</sup>.

وقد بذل الفقهاء جهوداً عظيمة في محاولة استنباط علة الربا في الأجناس الأربعة حتى أوصلوها إلى عشرة مذاهب، وهذا التوسع والتنوع والتعدد هو ما أوصلهم إلى ما يشبه الإجماع الفقهي على أن الأصناف الستة جنسان - كما مر معنا آنفاً -:

الأول: الذهب والفضة.

الثاني: الأصناف من المطعومات الأربعة.

غير أن الإجماع على هذا التقسيم لا يفهم منه بأنه إجماع ناتج عن فهم حقيقة علة كل من هذين الجنسيتين، بدليل الاختلاف الواسع في إدراك العلة، بل الغرض منه هو التأصيل

<sup>1</sup> الميسوط، 309/22.

<sup>2</sup> أعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، 311/1.

<sup>3</sup> صحيح مسلم، 2322/4، كتاب: التفسير، باب: في تحريم نزول الخمر، حديث رقم (3032).

لحكم مستقر في الأذهان وفي السلوك العملي التطبيقي للمسلمين عبر العصور يبيح شراء البر أو التمر بالدرهم والدنانير مثلا مع الفضل والنساء بالرغم من عدم التفريق بينهما في الأحاديث الواردة في هذا الباب، وإن كانت هذه الأوصاف والتي علق عليها الفقهاء علة التحريم لم تصمد أمام الازمان المتلاحقة، فذهبت ثمنية الذهب والفضة ولم يبق فيهما إلا الوزن، مما جعلهما يشتركان مع الأصناف الأربعة، فهل يحرم عندها شراء القمح بالذهب نساء؟!

فالعلة غير منضبطة ويجب إيجاد غيرها؛ لأن علة ربوية النقود علة مستفادة من مسلك السبر والتقسيم، وبالتالي: فهي ظنية، وقد يتمسك نافي الثمنية بأن الذهب والفضة لم تعد أثمانا؛ أي: وسيطا في التبادل ومعيار التقويم للموجودات والمتلفات. وعليه هل سيصبح الذهب والفضة غير ربويين لزوال الثمنية والتي هي علة الربا؟، والجواب: أن ذلك ليس ممكنا؛ لأن العلة المستنبطة لا يمكن أن تكرر على الأصل بالإبطال<sup>1</sup>، وهو ما يجرنا إلى إيجاد تبرير يجوز شراء المطاعم بأحد النقدين نساء دون تقسيم الأصناف إلى جنسين؛ لأن كافة النصوص الشرعية لم تبرر هذا التقسيم، وخاصة أن الأصناف الستة جميعها أعيان مستعملة ومتداولة في عصر النبوة، أي: رائجة، ونعني بالرائجة هي تلك السلعة التي يكون عامة المتداولين في السوق مستعدين وبشكل دائم لشرائها بسعرها العادل، فالرواج متحقق في الذهب والفضة بسبب رمزيتهما وكونهما مستودع للثروة، ولنفاضة معدنيهما ونزرتهما، وكذلك الأقوات الثلاثة فهي قوام حياة سكان المدينة، وكذلك الملح الذي لا يخلو بيت منه، وهذا الرواج هو ما عبر عنه الإمام الشافعي بالجواز في قوله: "وكذلك الحنطة تجوز بالحجاز التي بها سنت السنن جواز الدنانير والدرهم، ولا تجوز بها الفلوس، فإن قال: الحنطة ليست بثمن لما استهلك، قيل: وكذلك الفلوس ولو استهلك رجل لرجل قيمة درهم أو أقل لم يحكم عليه به إلا من الذهب والفضة لا من الفلوس، فلو كان من كرهها إنما كرهها لهذا انبغى له أن يكره السلم في الحنطة؛ لأنها ثمن بالحجاز وفي الذرة لأنها ثمن باليمن"<sup>2</sup>، فالإمام الشافعي ربط الثمنية بالرواج، وجعل نقدية الحنطة في الحجاز تضاهي نقدية الفلوس.

فمعنى رواج السلعة يفضي إلى ثمنيتها؛ لأن المال ينقسم باعتباره في نفسه، وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمينة، وهو في الأصل سلعة فإن كانت رائجة فهي ثمن لا تتعين بالتعيين وإن كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس<sup>3</sup>.

ويرافق صفة الرواج صفتان أخريان، وهما قابلية الادخار بدرجات متفاوتة فيما بين الأصناف، والمثلية: وهي القابلية للتقسيم إلى أجزاء متشابهة ومتماثلة، فهذه الأصناف

<sup>1</sup> تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، عبد الله بن بيه، 115.

<sup>2</sup> الأم، 98/3.

<sup>3</sup> شرح فتح القدير، 134/7.



بعضها يكال وبعضها يوزن، على خلاف الأغنام والمواشي مثلا فهي غير مثلية، كما أن من الأعيان ما هو رائج ومثلي، وكانت حياة الناس تقوم عليه في العهد النبوي، لكنه لم يكن قابلا للادخار؛ كاللبن مثلا.

ويخرج من ذلك الماء أيضا؛ لأنه وعلى أهميته وعدم قيام الحياة دونه فهو غير رائج، لوفرتة واشتراك الناس فيه عرفا حتى قبل أن يؤكد الحديث الشريف هذا العرف، ويجعل منه قاعدة شرعية بقوله ﷺ: "المسلمون شركاء في ثلاث في الكلا والماء والنار"<sup>1</sup>.

وبذلك نخلص إلى أن الرواج والقابلية للادخار، جعلت الأصناف الأربعة الأخرى مرشحة للاشتراك مع الذهب والفضة للقيام بدور النقد في العهد النبوي، أو ما يعرف (بالنقد السلعي) وبالتالي: فهي معرضة لوقوع الربا فيها<sup>2</sup>.

### أحكام بيع الأموال الربوية ببعضها:

يحتاج الناس إلى التعامل بالأموال الربوية في كل شؤون حياتهم، فلا غنى لهم عن التعامل بها، وبالأخص ما كان منها أثمنا تُبذل من أجل الحصول على الحاجات الرئيسة لهم كالذهب، والفضة، والنقود، أو الأصناف التي تعتبر من القوت اليومي لهم كالقمح، والشعير، والأرز، وغيرها، ومن أجل ذلك وتخفيفاً على الخلق أباح الإسلام التعامل مع هذه الأموال، ولكن حتى يصحّ التعامل بها، فقد أجمع الفقهاء على ضرورة توفر شروط معينة في بيع الأصناف الربوية بجنسها، التزاما بقوله ﷺ: "الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ"، وتنزها عن الوقوع في الربا، وهذه الشروط تختلف تبعا لجنس الأموال الربوية وعلتها:

### أولاً: اتحاد الجنس:

أجمع الفقهاء على حرمة التعامل بالأموال الربوية في حالة إذا ما بيع المال الربوي بجنسه، لكون العلة من تحريمهما واحدة، فيحرم مُبادلة الذهب بالذهب، والفضة بالفضة إلا بشروط ثلاث<sup>3</sup>:

1- الحلول: أي حصول التسليم مباشرة عند البيع وأن يكون العقد حالاً: فلا يجوز تأخير أحد البديلين عند بيعهما إذا كانا مُتماثلين في الجنس؛ كأن يُباع مائة غرام ذهب مصكوك بمائة غرام ذهب غير مصكوك، ويتمّ تأجيل قبض الثاني إلى آخر الشهر مثلاً، أو أن يُباع رطل قمحٍ حال برطلٍ إلى الموسم، وكلُّ ما جرى من العقود على ذلك وقع رباً حتى إن

<sup>1</sup> سنن أبي داود، 300/2، كتاب: الإجارة، باب: في منع الماء، حديث رقم (3477).

<sup>2</sup> الربا والمخرج منه، 61 - 70.

<sup>3</sup> الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، مصطفى الخن وآخرون، 63/3 - 70، دار القلم، دمشق، ط11، 2011.

كان الأجل بعد يومٍ أو حتى بعد ساعة، فالمقصود بالحلول هنا أن يكون العوضان الذين جرى عليهما العقد حاضرين في المجلس حين العقد.

2 - التَّقَابُض: وذلك بأن يقبض كلُّ من البائع والمشتري ما يخصّه من العوضين قبل أن يتفرقا من مجلس العقد، فإذا حصل التفريق بينهما في المجلس قبل ذلك وقع الرِّبَا في العقد، حتى إن كان التفريق حكماً كأن يقبض أحدهما أحد البديلين ثم يدخل مشترٍ آخر ليُفاوض على سلعةٍ جديدة، والطرف الثاني لم يقبض البديل الذي جرى عليه العقد.

3- التساوي بينهما في القيمة أو المماثلة في البديلين: فإن كان المال ممّا يُباع وزناً بالكيلوغرام أو كَيْلاً بالصاع والمُد فلا بُدَّ من المماثلة بينهما في الوزن أو الكيل، فيُباع كيل القمح بكيل مثله، ويُباع كيل التمر بكيل مثله تماماً، وإن كان ممّا يُباع عدداً فيجب المماثلة في العدد، كعشرة مقابل عشرة، وعلى ذلك فالأصل أن تُباع مائة غرام ذهب بمائة أخرى، بغضِّ النظر عن نوع هذا الذهب، وبغضِّ النظر عن جيده ورتبته؛ حيث لا عبرة بالجيّد والرديء في حال اتحاد الجنس، فلا يجوز بيع مائة غرام من الذهب الخالص بمائة وخمسين من الذهب الرديء، وكذلك لا يجوز بيع طن من القمح من الدرجة الأولى بطن ونصف من القمح من الدرجة الثانية، ذلك لأنَّ القمح جنسٌ واحد.

#### ثانياً: اختلاف الجنس واتحاد العلة<sup>1</sup>:

علمنا أن الأموال الربوية من حيث العلة قسمان هما: أموال تكون العلة فيها الثمنية كالذهب، والفضة، والأموال المصكوكة الحديثة الورقية، أو المعدنية، والقسم الآخر هو أموال علّتها الطعم أي كونها مطعومات يقتات الناس بها، كالقمح، والشعير، والتمر، والملح؛ فأجناس الأموال الربويّة قد تختلف ولكن علّتها قد تكون واحدة، وقد تختلف أصناف الأموال الربويّة وتختلف العلة بينها أيضاً، فإذا بيع جنسان ربويّان مُختلفان في الجنس ومُتحدان في العلة كما إذا بيعت الفضة بالذهب، أو الشعير بالقمح، أو التمر بالملح، أو الشعير بالذرة، فإنّه في هذه الحالة يُشترط لصحّة هذه المُعاملة شرطان فقط هما: الحلول والتقابض؛ فيجوز بيع عشرة غرامات ذهب بخمس عشرة غراماً من الفضة، كما يجوز بيع طن من الملح بنصف طن من التمر، وعلى ذلك يجري التعامل مع باقي الأصناف الربويّة شرط أن يكون البيع حالاً غير مؤجل وهو المقصود بالحلول، وأن يقبض المُتبايعان ما تمّ التعاقد عليه في مجلس العقد وهو المُراد بالتقابض، أمّا التماثل في هذا النوع من البيوع فليس شرطاً.

<sup>1</sup> المصدر نفسه.

### ثالثاً: اختلاف الجنس واختلاف العلة:

إذا اختلفت أجناس الأموال الربويّة واختلفت العلة من كونها ربويّة، كأن يجري التعاقد على ما هو من الثمنيات بما هو من المطعومات فإنّ البيع يكون هنا جائزاً على ما اشترط المتعاقدان، ولا يجري الربا مُطلقاً حتى لو كان أحد الأجلين غير حالٍ في مجلس العقد، أو لم يجر التقابض بينهما أو كانا غير متماثلين، فيجوز بيع مائة غرام من الذهب بنصف طن من القمح مؤجلاً مع عدم القبض في مجلس العقد، وكذلك يجوز بيع مائتي غرام من الفضة بعشرة كيلو غرامات من الشعير، نسيئةً، مع عدم اشتراط التقابض، وفقاً لما جاء عن رسول الله ﷺ أنه "استعمل رجلاً على خيبر، فجاءهم بتمرٍ جَنِيْبٍ، فقال: أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرَ هكذا؟ فقال: إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ. فقال: لَا تَفْعَلْ، بَعْ الْجَمْعَ بِالدِّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَغِ بِالدِّرَاهِمِ جَنِيْبًا"<sup>1</sup>.

### اشتراط التقابض في مجلس العقد:

أجمع الفقهاء على ضرورة التقابض عند بيع الأموال الربوية متحدة الجنس والعلة، أو متحدة العلة فقط، لكنهم اختلفوا في علاقته بمجلس العقد على رأيين:

**الأول:** للجمهور<sup>2</sup> من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث رأوا اشتراط القبض في المجلس وقبل التفرق في جميع الأصناف التي عينها الحديث الشريف، ولا فرق في ذلك بين الصرف وغيره من الأموال الربوية؛ لأن النهي عن النساء شملها جميعاً ولم يفرق بين الصرف وغيره، وتحريم النساء ووجوب القبض متلازمان، إذ من العبث أن يشترط الشارع انتفاء النساء في جميع الأصناف ثم يبيح تأجيل القبض في بعضها، كما أن هذا الحكم هو ما يوافق قوله ﷺ: "يدا بيد هاء بهاء".

**الثاني:** وهو ما ذهب إليه الأحناف من اشتراط القبض قبل التفرق في عقد الصرف دون غيره من الأصناف الربوية والتي يكفي لصحتها التعيين دون التقابض " وَيُعْتَبَرُ التَّعْيِينُ دُونَ التَّقَابُضِ فِي غَيْرِ الصَّرْفِ مِنَ الرِّبَوِيَّاتِ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ كَغَيْرِ مَالِ الرَّبَا لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ التَّمَكُّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ بِخِلَافِ الصَّرْفِ لِإِعْدَمِ تَعْيِينِهِ إِلَّا بِالْقَبْضِ فَاسْتُرْطُ فِيهِ لِإِتِّعَانِ وَالْمُرَادُ بِالْيَدِ فِي الْحَدِيثِ التَّعْيِينُ وَهُوَ فِي النَّقْدَيْنِ بِالْقَبْضِ وَفِي غَيْرِهِمَا بِالتَّعْيِينِ "<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سبق تحريجه.

<sup>2</sup> روضة الطالبين، النووي، 378/3-379. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 135/2، منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، عبد الرحمن بن ناصر آل سعدي، دار الوطن، ط1، 1421هـ-2000م.

<sup>3</sup> البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، 141/6.

" لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ لَا يُشْتَرَطُ إِلَّا فِي الصَّرْفِ وَهُوَ بَيْعُ الْأَثْمَانِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ أَمَّا مَا عَدَاهُ فَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّعْيِينُ دُونَ التَّقَابُضِ " <sup>1</sup>.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط القبض قبل التفرق في سائر الأصناف التي حددها الحديث الشريف، لأن القبض اشترط في جميع الأصناف وهذا ما يفهم من قوله ﷺ " يدا بيد "، " هاء بهاء "؛ ولأن الفقهاء أجمعوا على اشتراط القبض في المجلس في عقد الصرف، وليس الصرف إلا بيع لمالين ربويين بينهما علة مشتركة، فكانت الأموال الربوية جميعها كالنقدين في ذلك <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> رد المحتار، ابن عابدين، 172/5.

<sup>2</sup> التقابض في الفقه الإسلامي، علاء الدين الجنكو، 126، ط1، دار النفائس، عمان، 1423 هـ.

## المطلب الثالث: السلم

**السلم لغة<sup>1</sup>:** التقديم والتسليم، وهو في البيع مثل السلف وزنا ومعنى. يقال: أسلّم سلّم إذا أسلّف وهو أن تعطي ذهباً أو فضة أو نقوداً في سلعة معلومة إلى أجل معلوم، فكأنك قد أسلّمت الثمن إلى صاحب السلعة أي: سلّمته إليه، وكان ابن عمر - رضي الله عنه - يكره أن يقال السلّم بمعنى السلف ويقول: الإسلام: الله عز وجل، وكأنه ضنّ بالاسم الذي هو موضع الطاعة والانقياد لله - سبحانه وتعالى - عن أن يُسمّى به غيره وأن يستعمل في غير طاعة ويذهب به إلى معنى السلف؛ وهذا باب لطيف المسلك من الإخلاص.

**واصطلاحاً:** اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً وللمشتري في المثلثن أجلاً، فالمبيع يسمى مسلماً فيه والثمن يسمى رأس المال والبائع يسمى مسلماً إليه والمشتري يسمى رب السلم<sup>2</sup>.

فالسلم أخذ عاجل بأجل وسمي العقد به لكونه معجلاً على وقته، فإن وقت البيع يقع عادة بعد وجود المبيع في ملك البائع، أما السلم فيكون بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلاً<sup>3</sup>.

وبتعريف موجز: هو بيع السلعة الأجلة الموصوفة بثمن عاجل<sup>4</sup>.

إلا أن تعريفات الفقهاء للسلم تعددت واختلفت تبعاً لاختلافهم في الشروط المعتبرة فيه:

فالحنفيّة والحنابلة الذين شرطوا في صحته قبض رأس المال في مجلس العقد، وتأجيل المسلم فيه - احترازاً من السلم الحال - عرفوه بما يتضمّن ذلك.

فالأولى في تعريفه أن يقال: شراء أجل بعاجل؛ لأن السلم اسم من الإسلام، ولا يخفى أن الإسلام صفة المسلم فهو المنظور إليه أصالة ولذا سموه: رب السلم، أي: صاحبه، فالمناسب بناء التعريف على ما يشعر به اللفظ والمعنى وهو الشراء الذي هو المراد بالإسلام الصادر من رب السلم، خلافاً للبيع الصادر من المسلم إليه، ومثله الأخذ لعدم إشعار اشتقاق اللفظ بهما<sup>5</sup>، فهو: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المصباح المنير، 1/ 286، التعريفات، الجرجاني، 1/ 160، لسان العرب، ابن منظور، 12/ 289، مادة: سلم.

<sup>2</sup> التعريفات، الجرجاني، 1/ 160.

<sup>3</sup> انيس الفقهاء، 1/ 219.

<sup>4</sup> معجم لغة الفقهاء، 1/ 136.

<sup>5</sup> حاشية ابن عابدين، 5/ 209.

<sup>6</sup> كشف القناع، البهوتي، 3/ 288.

أما المالكية الذين منعوا السلم الحال، ولم يشترطوا تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة لخرة الأمر، فقد عرفوه بأنه " بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم " <sup>1</sup>.

- فتعبير " أو ما هو في حكمها " يشير إلى جواز تأخير رأس مال السلم اليومين والثلاثة، حيث إنه يعتبر في حكم التعجيل بناءً على أن ما قارب الشيء يعطى حكمه.

- وقوله " إلى أجل معلوم " يبين وجوب كون المسلم فيه مؤجلاً، احترازاً من السلم الحال.

ويجوز تأخير قبض رأس المال إلى ثلاثة أيام فأقل، ولو بشرط في العقد، سواء أكان رأس المال عيناً أم ديناً؛ لأن السلم معاوضة لا يخرج بتأخير قبض رأس المال عن أن يكون سلماً، فأشبهه مالو تأخر إلى آخر المجلس، وكل ما قارب الشيء يعطى حكمه، ولا يكون له بذلك حكم الكالي، فإن آخر رأس المال عن ثلاثة أيام، فإن كان التأخير بشرط، فسد السلم اتفاقاً، سواء أكان التأخير كثيراً جداً بأن حل أجل المسلم فيه، أم لم يكثر جداً بأن لم يحل أجله وإن كان التأخير بلا شرط: فقولان في المدونة الكبرى لمالك بفساد السلم وعدم فساده، سواء كثر التأخير جداً، أم لا، والمعتمد بالزيادة عن الثلاثة الأيام، ولو قلت مدة الزيادة بغير شرط <sup>2</sup>.

في حين أن الشافعية الذين شرطوا لصحة السلم قبض رأس المال في المجلس، وأجازوا كون السلم حالاً ومؤجلاً عرفوه بأنه: عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً، فلم يقيّدوا المسلم فيه الموصوف في الذمة بكونه مؤجلاً، لجواز السلم الحال عندهم، كما عرفوه أيضاً بأنه: إسلاف عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة، أو تسليم عاجل في عوض لا يجب تعجيله <sup>3</sup>.

### علاقة القبض بالسلم:

أجمع الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة على أن من شروط صحة عقد

السلم، قبض رأس ماله في مجلس العقد وقبل التفرق، لكنهم اختلفوا فيما إذا كان القبض حدث قريباً للتفرق أم لا.

وللإمام بهذه الآراء ومناقشتها نوردتها في أربع مسائل تضبط علاقة القبض بالسلم كالتالي <sup>4</sup>:

<sup>1</sup> المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، أبو العباس أحمد بن عمر الأنصاري القرطبي، 129/14.

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي، 195/3.

<sup>3</sup> فتح العزيز بشرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الراجعي القزويني، 207/9.

<sup>4</sup> التقابض في الفقه الإسلامي، 127.

## المسألة الأولى: تسليم وقبض رأس المال في مجلس العقد:

وللفقهاء في ذلك آريان:

الرأي الأول<sup>1</sup>: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، إلى أن من شروط صحة السلم تسليم رأس ماله في مجلس العقد، فلو تفرقا قبله بطل العقد؛ لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين، وهو ما نهى عنه الرسول ﷺ؛ ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فإنه يسمى سلماً وسلفاً، والسلم ينبئ عن التسليم، والسلف ينبئ عن التقدم فيقتضي لزوم تسليم رأس المال ويقدم قبضه على قبض المسلم فيه فإن قيل بأن شرط الشيء يجب أن يسبقه أو يقارنه والقبض يعقب العقد فكيف يكون شرطاً؟ فيجاب بأن القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة فإن العقد ينقذ صحيحاً بدون قبض ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض وبقاء العقد صحيحاً يعقب العقد ولا يتقدمه، فيصلح القبض شرطاً له، كما وأن في السلم غرراً فلا يضم إليه غرر تأخير تسليم رأس المال، فلا بد من حلول رأس المال كالصرف ولا يغني عنه شرط تسليمه في المجلس.

وقد جاء في المادة (387) من مجلة الأحكام العدلية: " يشترط لبقاء صحة السلم تسليم الثمن في مجلس العقد، فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس مال السلم انفسخ العقد "

واستدلوا على ذلك بالآتي:

أولاً: قوله ﷺ " من أسلف في شيء ففي كيل معلوم إلى أجل معلوم "2، وقوله: " مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ "3.

والتسليف في اللغة التي خاطبنا بها رسول الله ﷺ هو الإعطاء، فيكون معنى كلامه ﷺ "فليعط"؛ لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه، فإن لم يدفع إليه رأس المال فإنه يكون غير مسلف شيئاً، بل واعدأ بأن يسلف " ولأن السلم مشتق من تسليم رأس المال، أي تعجيله، وأسماء العقود المشتقة من المعاني لا بد من تحقق تلك المعاني فيها "4.

ثانياً: بأن الافتراق قبل قبض رأس المال يكون افتراقاً عن كالي بكالي، أي: نسيئة بنسيئة، وهو منهي عنه بالإجماع.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 202/5، مغني المحتاج، 102/2، المبدع شرح المقنع، ابن مفلح المقدسي، 67/5، المكتب الإسلامي.

<sup>2</sup> صحيح البخاري، 781/2، كتاب: السلم، باب السلم في وزن معلوم، حديث رقم (2125).

<sup>3</sup> صحيح مسلم، 1226/3، كتاب: المساقاة، باب السلم، حديث رقم (1603)،

<sup>4</sup> حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، أبي العباس أحمد الرملي الأنصاري، 122/2.

ثالثاً: أنّ في السلم غرراً احتمل للحاجة، فجبر ذلك بتعجيل قبض العوض الآخر، وهو الثمن، كي لا يعظم الغرر في الطرفين<sup>1</sup>.

رابعاً: أنّ الغاية الشرعية المقصودة في العقود ترتب آثارها عليها بمجرد انعقادها، فإذا تأخر البدلان كان العقد عديم الفائدة للطرفين خلافاً لحكمه الأصلي ومقتضاه وغايته، ومن هنا قال ابن تيمية عن تأخير رأس المال في السلم: "فإن ذلك منع منه لئلا تبقى ذمة كل منهما مشغولة بغير فائدة حصلت لا له ولا للآخر، والمقصود من العقود القبض، فهو عقد لم يحصل به مقصود أصلاً، بل هو التزام بلا فائدة"<sup>2</sup>.

خامساً: إنّ مطلوب الشارع صلاح ذات البين، وحسم مادة الفساد والفتن، وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين، توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشارع ما يفضي إلى ذلك باشتراط تعجيل قبض رأس المال<sup>3</sup>.

الرأي الثاني: وهو ما يراه المالكية<sup>4</sup> من جواز تأخير رأس مال السلم اليومين والثلاثة بشرط وبغير شرط، اعتباراً للقاعدة الفقهية "ما قارب الشيء يعطى حكمه" وأما تأخيره فوق الثلاث بشرط فذلك لا، حيث اعتبروا التأخير اليسير معفو عنه؛ لأنه في حكم التعجيل، فإن زاد عن الثلاثة وكان مشروطاً في العقد لا يصح، وإن كان غير مشروط فلإمام مالك قولان: قول بالفساد وهو المعتمد "فلا يجوز أن يكون الأجل في السلم اليوم واليومين وإنما يجوز في أمر ترتفع في مثله الأسواق وتتنخفض هذا هو المشهور من المذهب وقد أجازته بعض أصحاب مالك وروى أيضاً عن مالك أنه يجوز أن يكون أجل السلم ثلاثة أيام فصاعداً دون مراعاة الأسواق"<sup>5</sup>.

ورأس مال السلم أنواع، فإن كان ليس عينا (حيواناً أو عروضاً أو طعاماً)، فإنه يمنع التأخير إذا كان مشروطاً تحرزاً من الوقوع في بيع الدين بالدين أو إلى الغرر المقصود في العقد وهو ما نهى عنه رسول الله ﷺ، أما إن حصل التأخير اتفاقاً من غير شرط فيجوز إذا كان رأس المال حيواناً؛ لأن الحيوان يعرف بعينه، وتأخيره لا يعني بيع الدين بالدين؛ لأن المعين لا يكون ديناً، ولا يترتب في الذمة، ولا ينطبق عليه بيع شيء معين يتأخر قبضه، مما يعني الوقوع في الغرر؛ لأن ذلك لا يحدث إلا إذا كان التأخير مشروطاً في العقد، فإن كان رأس مال السلم طعاماً أو عروضاً جاز تأخيره من غير شرط إن صدقت النية في التسليم، بأن كيل الطعام وأحضر العرض إلى مجلس العقد؛ لأن بهذا

<sup>1</sup> فتح العزيز، 127/9.

<sup>2</sup> نظرية العقد، 235.

<sup>3</sup> انوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، 401/6.

<sup>4</sup> بداية المجتهد، ابن رشد، 202/2، التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، 515/4، الموسوعة الفقهية الكويتية، 204/25.

<sup>5</sup> الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، 338/1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1407.



الفعل ينتقل ضمان المبيع على البائع إذا هلك، فكان إحضاره وكيه في حكم القبض بالفعل، ويكره التأخير بغير شرط في الطعام والعروض إذا لم يكل الطعام ويحضر العرض للمجلس، أما إذا كان رأس مال السلم منافع سواء أكانت معينة مثل: لك استعمال هذه السيارة لمدة شهر مقابل طن من حديد معلوم المواصفات في آخر الشهر، أم غير معينة مثل: أوصلك إلى عمك يومياً ولمدة شهر في مقابل مائة لتر من زيت الزيتون، بشرط ألا يتأخر استيفاء المنفعة عن ثلاثة أيام، حتى لا يؤول الأمر إلى بيع الدين بالدين، فإن شرع البائع في استيفاء المنفعة قبل مرور ثلاثة أيام ثم استمر الاستيفاء حتى بعد استلام العوض (السلعة)، جاز بناء على أن قبض الأوائل قبض للأواخر؛ لأن المنفعة المجزأ استيفاؤها هي كالشيء الواحد، وبالشرع في قبضها تعد كأنها جميعاً مقبوضة<sup>1</sup>.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه فقهاء المالكية من جواز تأخير قبض رأس مال السلم اليومين والثلاثة وذلك:

1 - لأن هذا الرأي هو الأقرب لصور التعاملات التجارية وخصوصاً في الوقت الحاضر، كما أنه رأي مفصح عن مرونة ويسر اشتهر بهما ديننا الحنيف، ولم يرد نص بمنطوق صريح يأمر بتعجيل رأس مال السلم<sup>2</sup>.

2 - بيع السلم رخصة على خلاف الأصل في البيوع، بل ويسميه بعض الفقهاء بيع المحاويج لاحتياج البائع للنقد، واحتياج المشتري للسلعة في قادم الزمن مما يوفر عليه تخزينها ورعايتها حتى يأتي زمن احتياجها ويضمن له توفرها في وقتها، فهو من المصالح الحاجية، وقد حدد الله - سبحانه وتعالى - حدود هذه الرخصة في قول النبي ﷺ: "مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ"، وليس لنا أن نضيق ما وسعه المشرع الرحيم بعباده والأعلم بصالح خلقه<sup>3</sup>.

### المسألة الثانية: قبض بعض رأس مال السلم في مجلس العقد وتأخير بعضه:

ذهب الفقهاء في ذلك مذهبين هما كالآتي:

**المذهب الأول:** وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية<sup>4</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنابلة، حيث رأوا "أنه إذا قبض المسلم إليه بعضاً من رأس مال السلم قبل التفرق، ثم افترقا قبل قبض الباقي صح فيما قبض بقسطه وبطل فيما لم يقبض، لتفريق الصفقة"<sup>5</sup>، فيبطل السلم فيما لم يقبض، ويسقط بحصته من المسلم فيه، ويصح في الباقي بقدره "فإن كانت قيمته أي: الرهن، أقلّ

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي، 198/3، مدونة الفقه المالكي، 329/3.

<sup>2</sup> التقابض في الفقه الإسلامي، 130.

<sup>3</sup> فقه السنة، السيد سابق، 121/3، دار الكتاب العربي، بيروت.

<sup>4</sup> نهاية المحتاج، 180/4.

<sup>5</sup> كشف القناع، 304/3.

من رَأْسِ الْمَالِ تَمَّ الْعَقْدُ بِقَدْرِهِ وَيَبْطُلُ فِي الْبَاقِي لِأَنَّهُ اسْتَوْفِيَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ بِقَدْرِهِ "1،  
"فِيصَحَّ فِي حِصَّةِ النَّقْدِ لَوْجُودَ قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ بِقَدْرِهِ، وَلَا يَشِيَعُ الْفَسَادُ لِأَنَّهُ طَارِئٌ، إِذِ  
السَّلْمُ وَقَعَ صَحِيحاً فِي الْكُلِّ، وَلِذَا لَوْ نَقَدَ الْكُلَّ قَبْلَ الْاِفْتِرَاقِ صَحَّ "2.

**المذهب الثاني:** وهو ما يراه المالكية والظاهرية وابن أبي ليلى ورواية للإمام أحمد، من  
بطلان السلم في الصفقة كلها، متى قبض بعض رأس مال السلم وأخر بعضه الآخر؛  
وذلك لأنه ابتداء دين بدين، ومستند ابن أبي ليلى أن الأصل عنده في أبواب المعاملات أن  
العقد إذا ورد الفسخ على بعضه انفسخ كله<sup>3</sup>.

"فَلَوْ دَفَعَ الْبَعْضَ دُونَ الْبَعْضِ سِوَاءَ أَكْثَرِهِ أَوْ أَقَلُّهُ فَهِيَ صَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَقْدٌ وَاحِدٌ، وَكُلُّ  
عَقْدٍ وَاحِدٍ جَمَعَ فَاسِداً وَجَائِزاً فَهُوَ كُلُّهُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَتَّبَعُضُ، وَالتَّرَاضِي مِنْهُمَا لَمْ يَقَعْ  
حِينَ الْعَقْدِ إِلَّا عَلَى الْجَمِيعِ، لَا عَلَى الْبَعْضِ دُونَ الْبَعْضِ، فَلَا يَحِلُّ إِلْزَامُهُمَا مَا لَمْ يَتَرَاضِيَا  
جَمِيعاً عَلَيْهِ فَهُوَ أَكْلٌ مَالٍ بِالْبَاطِلِ، لَا عَن تَرَاضٍ "4.

والراجح - والله أعلم - : رأي الجمهور القاضي بفساد مالم يقبض من رأس مال السلم وما  
يقابله من المسلم فيه وبقاء الصحة فيما قبض، لكون الفساد طارئاً على العقد نشأ من  
حدوث الافتراق قبل تمام القبض، تماشياً مع القاعدة الفقهية القائلة " يغتفر عادة في الدوام  
مالاً يغتفر في الابتداء "5.

كما أنه ليس من التيسير أن نبرئ ذمة المتعاقدين من تبعات عقد أبرماه والتزما به وأنشأ  
معظمه لكونهما لم يستكتما شرط من شروطه، بل الأولى والأحفظ لحقوق العباد والأيسر  
لتداول المعاملات - والله أعلم - الالتزام بالمقدار المتحقق من العقد وخصوصاً أن ليس في  
الشرع ما يمنع ذلك.

### المسألة الثالثة: جعل الدين رأس مال السلم دون قبضه:

وتصور المسألة كالاتي: أن ربَّ السلم إذا أراد أن يجعل الدين الذي في ذمة المسلم إليه  
رأس مال سلم فهل يجوز له ذلك؟ ذهب الفقهاء في ذلك مذهبين:

1 البدائع، 204/5.

2 البحر الرائق، ابن نجيم، 176/6.

3 حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعدي العدوي المالكي، 235/2، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي  
، دار الفكر، بيروت، 1412، المغني، 200/4.

4 المحلي، 632/7.

5 التقابض في الفقه الإسلامي، 131.

**الأول:** ما رآه الجمهور من الحنفية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والمالكية والحنابلة<sup>3</sup> من عدم جواز ذلك؛ لأنه يؤدي إلى بيع الدين بالدين، فلا يجوز جعل رأس مال السلم قصاصاً بدين آخر مطلقاً متقدماً كان أو متأخراً؛ لأن المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقاً عن دين بدين، وهو منهي عنه؛ ولأن جواز السلم مخالف للقياس فقد شرع ترخيصاً - وهو أخذ عاجل بأجل للضرورة - فإذا لم يقتض شيئاً فلا ضرورة، ولهذا لا تجوز إضافته إلى الدين ابتداءً بأن يجعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم، فلو قال أسلمت إليك المائة التي في ذمتك مثلاً في كذا، لا يصح السلم.

**الثاني<sup>4</sup>:** وهو ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - رحمهما الله -، إلى أن الدين الذي في ذمة المدين إن كان حالاً يجوز جعله رأس مال سلم، وحجتها على الجواز هو عدم تحقق المنهي عنه - وهو بيع الكالئ بالكالئ، أي: الدين المؤخر بالدين المؤخر - على هذه المسألة إذا كان الدين المجعول رأس مال السلم غير مؤجل في ذمة المدين؛ لأنها تكون من قبيل بيع الدين المؤخر بالدين المعجل، ولوجود القبض الحكمي لرأس مال السلم من قبل المسلم إليه في مجلس العقد، لكونه حالاً في ذمته. فكأن المسلم - إذ جعل ماله في ذمته معجلاً رأس مال السلم - قبضه منه وردّه إليه، فصار ديناً معجلاً مقبوضاً حكماً، فارتفع المانع الشرعي؛ ولأن دعوى الإجماع على المنع غير مسلمة، أما إذا كان الدين المجعول رأس مال السلم مؤجلاً في ذمة المدين فلا خلاف لأحد من الفقهاء في منع ذلك شرعاً، وأنه من بيع الكالئ بالكالئ المحذور، لكونه ذريعة إلى ربا النسئة، فلو أسلم إليه في مقدار من القمح مقابل مبلغ في ذمته فقد وجب له عليه دين وسقط له عنه دين غيره، وقد حكى الإجماع على امتناع هذا ولا إجماع فيه، قاله شيخنا - أي ابن تيمية - واختار جوازه وهو الصواب، إذ لا محذور فيه وليس بيع كالئ بكالئ فيتناوله النهي بلفظه، ولا في معناه فيتناوله بعموم المعنى.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - رحمهما الله - من جواز جعل الدين رأس مال السلم دون قبضه فهو غير مشمول بالنهي؛ لأن المنهي عنه قد اشتغلت فيه الذمتان بغير فائدة فإنه لم يتعجل أحدهما ما يأخذه فينتفع بتعجيله وينتفع صاحب المؤخر بربحه، بل كلاهما اشتغلت ذمته بغير فائدة، أما في هذه الصورة فأحدهما يعجل براءة ذمته والآخر ينتفع بما يربحه، وإذا جاز أن يشغل أحدهما ذمته والآخر يحصل على الربح وذلك في بيع العين بالدين جاز أن يفرغها من دين ويشغلها بغيره، وكأنه شغلها به ابتداءً إما بقرض أو بمعاوضة فكانت ذمته مشغولة بشيء فانتقلت

<sup>1</sup> تبين الحقائق، الزيلعي، 140/4

<sup>2</sup> نهاية المحتاج، الرملي، 184/4.

<sup>3</sup> المغني، 198/4، شرح منتهى الإرادات، 95/2.

<sup>4</sup> اعلام الموقعين، 9/2، الموسوعة الفقهية الكويتية، 205/25.

من شاغل إلى شاغل، وليس هناك بيع كالي بكالي وإن كان بيع دين بدين فلم ينفذ الشارع عن ذلك لا بلفظه ولا بمعنى لفظه بل قواعد الشارع تقتضي جوازه<sup>1</sup>.

### المسألة الرابعة: جعل المال الموجود في يد المسلم إليه رأس مال السلم:

وذلك بأن يجعل ربّ السلم ماله الموجود في يد المسلم إليه رأس مال السلم، فهل يصحّ ذلك، بحيث ينوب القبض السابق للعقد مناب القبض المستحقّ في مجلسه، أم لا يصحّ ذلك، ونحتاج عندها إلى قبض جديد ليصح العقد وتقع آثاره؟

للفقهاء في المسألة رأيان<sup>2</sup>:

**الأول:** ما رآه الحنابلة<sup>3</sup>، من أنّ قبض المسلم إليه السابق للعين المجعولة رأس مال السلم ينوب عن القبض المستحقّ بالعقد، ويقوم مقامه سواء أكانت العين في يده أمانة أم مضمونة، ولا يحتاج إلى تجديد القبض ولا يشترط الإذن ولا مضيّ زمان يتأتّى فيه القبض.

- أمّا نيابة القبض السابق مناب القبض المستحقّ بالعقد؛ فلأنّ استدامة القبض قبض حقيقة، لوجود الحيّزة مع التمكن من التصرف، فقد وجد القبض المستحقّ، ولا دليل على أنّه ينبغي وقوعه ابتداءً بعد العقد.

- وأمّا عدم اشتراط كون القبضين متماثلين أو كون القبض السابق أقوى، بما ينشأ عنه من ضمان اليد، حتّى ينوب عن القبض المستحقّ بالعقد؛ فلأنّ المراد بالقبض في العقد: إثبات اليد والتّمكّن من التصرف في المقبوض، فإذا وجد هذا الأمر، وجد القبض، أمّا ما ينشأ عنه من كون المقبوض مضموناً أو أمانةً في يد القابض، فليس لذلك أيّة علاقة أو تأثير في حقيقة القبض.

- وأمّا عدم الحاجة للإذن، فلأنّ إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض، كما أنّ إجراء العقد مع كون المال في يده يكشف عن رضاه بالقبض، فاستغني عن الإذن المشترط في الابتداء، إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

- وأمّا عدم الحاجة إلى مضيّ زمان يتأتّى فيه القبض؛ فلأنّ مضيّ هذا الزمان ليس من توابع القبض، وليس له مدخل في حقيقته، نعم لو كان القبض متأخراً عن العقد لاعتبر

<sup>1</sup> اعلام الموقعين، 9/2.

<sup>2</sup> الموسوعة الكويتية، 206/25.

<sup>3</sup> شرح منتهى الإرادات، 95/2.

مضيّ الزّمان الذي يمكن فيه القبض، لضرورة امتناع حصول القبض بدونه، أمّا مع كونه سابقاً للعقد فلا.<sup>1</sup>

"وكتبض في الحكم ما بيده أي: المسلم إليه أمانة أو غصب ونحوه، فيصح جعله رأس مال سلم في ذمة من هو تحت يده، ولا يصح جعل ما في ذمته رأس مال سلم؛ لأن المسلم فيه دين فإذا كان رأس ماله ديناً كان بيع دين بدين بخلاف أمانة أو غصب"<sup>2</sup>.

**الثّاني:** للحنفيّة<sup>3</sup>، وهو أنّه ينوب القبض السّابق لرأس مال السّلم عن القبض المستحقّ في مجلس العقد إذا كانت يد المسلم إليه عليه يد ضمان لا يد أمانة؛ لأنّه إذا كان القبض البديل مثله القبض المستحقّ أو أقوى منه أمكن أن ينوب عنه.

أمّا إذا كان في يده أمانةً - كيد الوكيل والوديع والشّريك ونحو ذلك - فإنّ القبض السّابق لا يقوم مقامه، ويحتاج إلى تجديد القبض في المجلس ليصحّ عقد السّلم.

وبيان ذلك: أنّ الشّيء إذا كان في يد المشتري بغصب أو مقبوضاً بعقد فاسد، فاشتراه من المالك بعقد صحيح، ناب القبض الأوّل عن الثّاني، حتّى لو هلك الشّيء قبل أن يذهب المشتري إلى بيته ويصل إليه أو يتمكّن من أخذه، كان الهلاك عليه، لتماثل القبضين من حيث كون كلّ منهما يوجب كون المقبوض مضموناً بنفسه.

وكذا لو كان الشّيء في يده وديعةً أو عاريةً فوهبه له مالكة، فلا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأوّل عن الثّاني، لتماثلهما من حيث كونهما أمانةً.

ولو كان الشّيء في يده بغصب أو بعقد فاسد، فوهبه المالك له، فكذلك ينوب ذلك عن قبض الهبة، لوجود المستحقّ بالعقد، وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

أمّا إذا كان المبيع في يد المشتري بعارية أو وديعة أو رهن، فلا ينوب القبض الأوّل عن الثّاني، ولا يصير المشتري قابضاً بمجرد العقد؛ لأنّ القبض السّابق قبض أمانة، فلا يقوم مقام قبض الضّمان في البيع، لعدم وجود القبض المحتاج إليه.

<sup>1</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 276/32.

<sup>2</sup> شرح منتهى الإرادات، 95/2.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 248/5.

## المطلب الرابع: الإجارة

**الإجارة لغة<sup>1</sup>:** من أجر الإنسان واستأجره، فهي مصدر أجر، والأجير المستأجر وجمعه أجراء، والاسم منه الإجارة، والإجارة اسم للأجرة والتي هي كراء الأجير، تقول: استأجرت الرجل فهو يأجرني ثماني حجج أي يصير أجيري، وهي الأجرة على عمل أو منفعة ذات.

**الإجارة اصطلاحاً<sup>2</sup>:** الإجارة تملك المنفعة بعوض، فهي عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال، وتمليك المنافع بعوض إجارة وبغير عوض إعاره، فهي تملك المنافع المباحة مدة معلومة بعوض سواء أكان هذا العوض عينا أو ديناً أو منفعة.

وهذا عرض موجز لتعريف الإجارة عند فقهاء المذاهب الأربعة<sup>3</sup>:

فالحنفية<sup>4</sup> عرفوها بأنها: عقد على المنفعة بعوض هو مال، فالإجارة عقد يفيد تملك منفعة معلومة مقصودة من العين المستأجرة بعوض معلوم.

والمالكية<sup>5</sup> قالوا إن الإجارة هي: تملك منفعة غير معلومة زمن معلوماً بعوض معلوم، ورأوا أن الإجارة والكرام معناها واحد إلا أنهم اصطالحوا على تسمية التعاقد على منفعة الأدمي وبعض المنقولات كالآثاث والثياب والأواني ونحو ذلك إجارة، وعلى تسمية البعض الآخر وهي السفن والحيوان خاصة كراء مع كونهما من المنقولات، ومثل السفن والحيوان جميع الأشياء الثابتة كالطور والأراضي وغيرهما فإن العقد على منافعها يسمى كراء على أنهم قد يستعملون الكراء في معنى الإجارة وبالعكس في بعض الأحيان.

وعرفها الشافعية بأنها: تملك منفعة بعوض<sup>6</sup>، فهي عقد منفعة مقصودة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم.

وهي عند الحنابلة: عوض معلوم، في منفعة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم<sup>7</sup>

<sup>1</sup> لسان العرب، 31/1، مادة: أجر.

<sup>2</sup> أنيس الفقهاء، 259/1 التعريفات، الجرجاني، 23/1، مدونة الفقه المالكي، 489/3، التقابض في الفقه الإسلامي، 133.

<sup>3</sup> الفقه على المذاهب الأربعة، الجزيري، 51/3.

<sup>4</sup> المبسوط، 74/15.

<sup>5</sup> مواهب الجليل، الحطاب، 493/7.

<sup>6</sup> فتح العزيز، الرافعي، 191/12.

<sup>7</sup> شرح الزركشي على مختصر الخرقي، الزركشي، 216/4، دار العبيكان، ط1، 1413 هـ.

## أقسام الإجارة:

قسّم جمهور الفقهاء الإجارة باعتبار محلّ تعلق الحقّ في المنفعة المعقود عليها إلى قسمين<sup>1</sup>:

- إجارة واردة على العين كمن استأجر دابة بعينها ليركبها أو يحمل عليها أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب، فيكون الحقّ في المنفعة المعقود عليها متعلقاً بنفس العين.

- وإجارة واردة على الذمّة كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل أو قال ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب أو بناء الحائط فقبل، فيكون الحقّ في المنفعة المعقود عليها متعلقاً بذمّة المؤجّر، فهي شبيهة بالسلم، غير أن السلم فيه تمليك عين موصوفة في الذمة، وهذه تمليك منافع موصوفة في الذمة.

## أحكام القبض في الإجارة:

الإجارة نوعان إجارة عين وإجارة ذمة كما سبق بيانه، ولكل إجارة أحكام لقبضها، حيث اتفق الفقهاء على أن للمتعاقدين تأجيل الأجرة إلى حين الخلاص من المعقود عليه، أو تجزئة الأجرة على مراحل، فالإجارة على العين لا خلاف بين الفقهاء<sup>2</sup> في أنّه لا يشترط فيها قبض الأجرة في المجلس لصحة العقد أو لزومه أو انتقال ملكيّة المنافع فيه؛ لأنّ إجارة العين كبيعها - إذ الإجارة بيع للمنفعة في مقابلة عوض معلوم - وبيع العين يصحّ بثمن حالّ ومؤجّل، فكذلك الإجارة.

" وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ النَّمْنَ فَكَذَا لِلْمُؤَاجِرِ حَبْسُ الْمَنَافِعِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَةَ الْمَعْجَلَةَ..... وَإِنْ وَقَعَ الشَّرْطُ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ عَلَى أَنْ لَا يُسَلِّمَ الْمُسْتَأْجِرُ الْأَجْرَ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ فَهُوَ جَائِزٌ"<sup>3</sup>، غير أن هذا الإطلاق له تقييد يظهر في حالات يرى الفقهاء وجوب تعجيل الأجرة وقبضها في مجلس للعقد اجتناباً للمحظورات الشرعية التي قد يقع فيها المتعاقدان كبيع الدين بالدين أو الوقوع في الغرر، مثل الإجارة في الذمة أو كون الأجرة عيناً معينة.

<sup>1</sup> روضة الطالبين، النووي، 174/5.

<sup>2</sup> البدائع، 204/4، بداية المجتهد، 228/2، نهاية المحتاج، 265/5.

<sup>3</sup> البدائع، 204/4.

## أولاً: كون الأجرة عينا معينة:

يرى الحنفية<sup>1</sup> أن عقد الإجارة على المنافع يثبت حكمه شيئاً فشيئاً، على حسب حدوث وجود محل العقد وهو المنفعة؛ لأنها تحدث أو تستوفي شيئاً فشيئاً. "فالأجر لا يملك بنفس العقد ولا يجب تسليمه به عندنا عينا كان أو ديناً"<sup>2</sup>.

فأولاً ألا تملك الأجرة بنفس العقد، وإنما تلزم جزءاً فجزءاً، بحسب ما يقبض من المنافع، فلا يستحق المؤجر المطالبة بها إلا تدريجياً يوماً فيوماً؛ لأن المعاوضة المطلقة عن الشرط إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين، لا يثبت في العوض الآخر؛ لأن المساواة في العقود مطلوبة بين المتعاقدين.

والأجرة تُسْتَحَقُّ بأحد معان ثلاث<sup>3</sup> فهي " لا تُمْلِكُ بِالْعَقْدِ بَلْ بِالتَّعْجِيلِ أَوْ بِشَرْطِهِ أَوْ بِالإِسْتِيفَاءِ أَوْ بِالتَّمَكُّنِ مِنْهُ"<sup>4</sup>.

- إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ: بأن يشترط تعجيلها في نفس العقد.

- أَوْ بِالتَّعْجِيلِ: أي بتعجيلها من غير شرط؛ لأن تأخير التزام المستأجر بالأجرة ثبت حقا له، فيملك إبطاله بالتعجيل، كما لو كان عليه دين مؤجل، فعجله.

- أَوْ بِالإِسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ: وهو المنافع شيئاً فشيئاً، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة الى المستأجر، وتسليم المفتاح أيضاً؛ لأن المستأجر يملك حينئذ المعوض، فيملك المؤجر العوض في مقابلته، تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية العاقدين في حكم العقد وإذا تم الاتفاق بين العاقدين على أن الأجرة لا تجب إلا بعد انقضاء مدة الإجارة، فهو جائز؛ لأنه يكون تأجيلاً للأجرة بمنزلة تأجيل الثمن.

وأما إذا لم يشترط في العقد شيء فالقول المشهور المتأخر الذي استقر عليه الإمام أبو حنيفة وهو قول الصاحبين: أن الأجرة تجب حالاً فحالاً، كلما مضى يوم يسلم المستأجر أجرته، لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع، وملك المنافع يحدث شيئاً فشيئاً على مر الزمان، فتملك الأجرة شيئاً فشيئاً بحسب ما يقابلها.

وبما أن هذه القاعدة توجب تسليم الأجرة ساعة فساعة، وهو أمر متعذر، فتقدر الأجرة باليوم أو بالمرحلة استحساناً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> البحر الرائق، ابن نجيم، 5/8.

<sup>2</sup> الفتاوى الهندية، 412/4.

<sup>3</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 488/5.

<sup>4</sup> البحر الرائق، ابن نجيم، 5/8.

<sup>5</sup> البدائع، 205/4، المعاوضات المالية، نصري أبو مؤنس، 38/1.



ورأى المالكية<sup>1</sup> وجوب تعجيل الأجرة إذا كانت الأجرة معينة، كمن اكرى منزلاً على شيء معين كقطعان أو حيوان، فلا بد أن يعجل العاقدان الأجرة، ولو سكتا في العقد عن تعجيل الأجرة وكان العرف لا يقتضي التعجيل فسد العقد، لأن تأخير الأجرة بما يزيد عن ثلاثة أيام - قياساً على السلم - يجعل الأجرة مضمونة في الذمة، والذمة لا تقبل المعينات؛ لأن المعينات قد تتلف فلا يقدر على تسليمها، كما يجب تعجيلها إذا اشترط ذلك عند العقد أو كان العرف يقضي بتعجيلها، ويجب تعجيلها إذا كان العمل المقابل لها مضموناً في الذمة، وسيتأخر الأجير في تنفيذها يوماً أو يومين، فلا بد من تعجيل الطرفين أو أحدهما، لما يترتب على التأجيل فيهما لأكثر من يومين من تعمير ذمتين وهو من ابتداء الدين بالدين.

واختلف في تعجيل بعض الأجرة وتأخير باقيها دون شرط، فرأى الإمام مالك جواز من أكرى إلى الحج في غير وقت الحج ليخرج في وقته بأن يقدم منها الدينار والدينارين عربونا عند خوف التلاعب وعدم الوفاء من قبل جهات النقل ووكالات السفر ولا يجوز في غيره.

ويرى الشافعية أنه إذا كانت الإجارة إجارة عين وكانت الأجرة فيها معينة، مثل استأجرتك لتخدمني سنة بهذا الجمل أو بهذه السلعة، فإنه لا يصح تأجيلها لأن تأجيل الأعيان فيه غرر، فقد تتلف الأجرة أو تتغير أوصافها فيكون ذلك مدعاة للخصام والنزاع<sup>2</sup>.

"والأجرة في إجارة العين إن كانت معينة، كذلك لا تقبل التأجيل"<sup>3</sup>.

### ثانياً: إجارة الذمة:

اختلف الفقهاء حول وجوب تسليم الأجرة فيها في مجلس العقد على أربعة أقوال:

**الأول:** للحنفية<sup>4</sup>: وقالوا إن الأصل في الأجر أنه لا يلزم بالعقد ولا يملك، فلا يجب تسليمه به، بل بتعجيله أو شرطه في الإجارة المنجزة أو الاستيفاء للمنفعة أو تمكّنه منه، وعلى ذلك لا يشترط قبض الأجر عندهم في صحة الإجارة، فلا يملك الأجر بالعقد؛ لأنه وقع على المنفعة، وهي تحدث شيئاً فشيئاً، وشأن البذل أن يكون مقابلاً للمبدل، وحيث لا يمكن استيفاؤها حالاً لا يلزم بدلها حالاً، إلا إذا شرطه ولو حكماً بأن عجله؛ لأنه صار ملتزماً له بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد.

<sup>1</sup> مواهب الجليل، 394/5، مدونة الفقه المالكي، 501/3.

<sup>2</sup> المعامضات المالية، 38/1.

<sup>3</sup> تحفة الحبيب على شرح الخطيب، البجيرمي، 567/3.

<sup>4</sup> رد المحتار، 13/9.

**والثاني:** للمالكيّة<sup>1</sup>: وهو وجوب تعجيل الأجرة لصحة إجارة الذمة؛ لأن التأخير يستلزم تعمير الذمتين وبيع الكالي بالكالي، وهو منهي عنه إلا إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة، كما لو ركب المستأجر الدابة الموصوفة في طريقه إلى المكان المشروط أن تحمله إليه، فيجوز عندئذ تأخير الأجرة، لانتهاء بيع المؤخر بالمؤخر، حيث إن قبض أوائل المنفعة كقبض أواخرها، فارتفع المانع من التأخير.

وقد اعتبر المالكيّة أنّ في حكم تعجيل الأجرة تأخيرها يومين أو ثلاثة؛ لأنّ ما قارب الشيء يعطى حكمه كما في السلم، ولا فرق بين عقدها بلفظ الإجارة أو السلم؛ لأنها بمنزلة رأس المال في السلم.

**والثالث:** للشافعيّة: ويشترط عندهم في صحة إجارة الذمة قبض المؤجر الأجرة في مجلس العقد، كما اشترط قبض المسلم إليه رأس مال السلم في المجلس، فإن تفرّقا قبل القبض بطلت الإجارة؛ لأنّ إجارة الذمة سلم في المنافع فكانت كالسلم في الأعيان، سواء عقدت بلفظ الإجارة أو السلم، وسواء أتأخر العمل فيها عن العقد أم لا، "وإنما اشترطوا ذلك في العقد بلفظ الإجارة ولم يشترطوه في العقد على ما في الذمة بلفظ البيع مع كونه سلماً في المعنى أيضاً؛ لضعف الإجارة حيث وردت على معدوم وتعذر استيفائها دفعة، فجبوا ضعفها باشتراط قبض أجرتها في المجلس"<sup>2</sup>، والضابط لهذه القاعدة أنه إن تهافت اللفظ حكم (بالفساد) على المشهور كبعثك بلا ثمن، وإن لم يتهافت فيما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى، فإن كانت الصيغة أشهر كأسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد، فالأرجح اعتبار الصيغة؛ لاشتهار السلم في بيوع الذمم، وقيل ينعقد بيعاً، وإن لم يشتهر، بل كان المعنى هو المقصود كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعاً، وإن استوي الأمران فوجهان، والأصح اعتبار الصيغة؛ لأنها الأصل والمعنى تابع لها فإذا (أوقع) في إجارة الذمة لفظ السلم اعتبر قبض المال في المجلس قطعاً، وإن (أوقع) لفظ الإجارة فوجهان، والأصح: اعتبار المعنى (كما في) الهبة، وإن قال: اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم انعقد (بيعا في الأصح)؛ لتعادل المعنى والصيغة، والأصح اعتبار الصيغة فينعقد بيعاً<sup>3</sup>.

**والرابع:** للحنابلة، وهو أنّ إجارة الموصوف في الذمة إذا جرت بلفظ (سلم) أو (سلف)، كأسلمتك هذا الدينار في منفعة سيارة صفتها كذا وكذا لتحملني إلى مكان كذا، أو في منفعة آدمي صفته كذا وكذا لبناء حائط صفته كذا مثلاً وقبل المؤجر، فإنّه يشترط لصحة إجارة الذمة عندئذ تسليم الأجرة في مجلس العقد؛ لأنها بذلك تكون سلماً في المنافع، ولو لم

<sup>1</sup> القوانين الفقهية، ابن جزئ، 141/2، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 336/12.

<sup>2</sup> نهاية المحتاج، 265/5.

<sup>3</sup> المنثور في القواعد، الزركشي، 374/2.

<sup>4</sup> كشف القناع، 36/4.

تقبض قبل تفرّق العاقدين لآل الأمر إلى بيع الدين بالدين، وهو منهى عنه، أما إذا لم تجر إجارة الذمة بلفظ ( سلم ) ولا ( سلف )، فلا يشترط تعجيل الأجرة في هذه الحالة؛ لأنها لا تكون سلماً، فلا يلزم فيها شرطه.

جاء في الكافي: " إن كانت الإجارة على عمل في الذمة استحق استيفاء الأجرة عند انقضاء العمل لقول النبي ﷺ: "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"<sup>1</sup>؛ ولأنه أحد العوضين فلزم تسليمه عند تسليم الأجر كالبيع، وإن شرطاً تأجيلها جاز إلا أن يكون العقد على منفعة في الذمة ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه عوض في الإجارة فجاز تأجيله كما لو كان على عين

والثاني: لا يجوز لأنه عقد على ما في الذمة فلم يجز تأجيل عوضه كالسلم"<sup>2</sup>.

ومما سبق يتضح أن الخلاف الناشئ إنما أصله اختلاف الفقهاء في توصيفهم لإجارة الذمة، حيث شبهها المالكية بالسلم غير أنها سلم في المنافع، فأجازوا تأخير الأجرة اليومين والثلاثة لجواز ذلك عندهم، وشبهها الشافعية أيضاً بالسلم فأوجبوا قبض الأجرة في المجلس وفقاً لوجوب قبض رأس مال السلم في المجلس، والحنابلة شبهوها بإجارة الأعيان إذا ما تم عقدها بغير لفظ السلم أو السلف؛ فلا يشترط بذلك مناجزة القبض في المجلس أما إن تمت بأحد هذين اللفظين فإنه يجب عندها تعجيل قبض الأجرة؛ لأنها بذلك أشبهت السلم فأخذت حكمه<sup>3</sup>.

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الحنابلة من جواز تأجيل قبض الأجرة في إجارة الذمة إذا ما تم عقدها بلفظ غير لفظ السلم والسلف، وإن عقدت بأحد هذين اللفظين جاز تأخير القبض فيها يومين أو ثلاثة أخذاً برأي المالكية، مما يسهل على الناس التعاملات المالية ويرفع عنهم الحرج، وخصوصاً أن نطاق هذه المعاملات قد اتسع وانتشر التلاعب والغش بين الناس، وبفضل رخص هذا الدين الحنيف يتاح للناس التأكد من صحة وصدق المؤجّر، ويتجنبون الوقوع في حبالل النصب والاحتيال دون الوقوع في المحذور الشرعي.

<sup>1</sup> سنن ابن ماجه، 817/2، كتاب: الرهن، باب: أجر الأجراء، حديث رقم: (2443)، صححه الألباني.

<sup>2</sup> الكافي في فقه ابن حنبل، ابن قدامة المقدسي، 2 / 169.

<sup>3</sup> الحيازة في العقود، نزيه حماد، 137.

## المطلب الخامس: المضاربة

**المضاربة لغة<sup>1</sup>:** من ضَرَبَ في الأرض إذا سار فيها مسافراً فهو ضاربٌ، والضَّرْبُ يقع على جميع الأعمال إلا قليلاً: ضَرَبَ في التجارة وفي الأرض وفي سبيل الله، وضاربه في المال من المضاربة وهي القراض، وكأنه مأخوذ من الضَّرْب في الأرض لطلب الرزق قال تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا يَظْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾، (المزمل:18)، وعلى قياس هذا المعنى يقال للعامل: ضاربٌ؛ لأنه هو الذي يَضْرِبُ في الأرض، وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مُضارباً؛ لأن كل واحد منهما يُضاربُ صاحبه وكذلك المُقارضُ.

فالمضاربة عقد على الضَّرْب في الأرض، والسَّعي فيها، وقطعها بالسير، وهي كالمصالحة من حيث إنها تقتضي وجود البذل من جانب واحد وإنما سمي بها العقد؛ لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله فهو شريكه في الربح، وتسمى عند أهل الحجاز بالقراض، والقراض مأخوذ من القرض: وهو ما يفعله الرجل ليجازي عليه من خير أو شر، قال الله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقرضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضْعِفُهُ لَهُ أضعافاً كثيرةً﴾، (البقرة:243)، وهو دليل على أن القرض قد يكون حسناً وقد يكون غير ذلك، وسمي قراضاً؛ لأن كلا من صاحب المال والعامل يسعى إلى نفع صاحبه، أو من القرض؛ لأن صاحب المال يقطع قطعة من المال لمن يعمل فيه بجزء من الربح، أو من المقارضة وهي المساواة لتساويهما في الربح؛ أو لأن المال من المالك والعمل من العامل، وأهل العراق يسمونه المضاربة لأن كلا منهما يضرب بسهم في الربح ولما فيه غالباً من السفر والسفر يسمى ضرباً<sup>2</sup>.

**والمضاربة اصطلاحاً:** عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر، وهي إبداع أولاً، وتوكيل عند عمله، وشركة إن ربح، وغصب إن خالف، وبضاعة إن شرط كل الربح للمالك، وقرض إن اشترط للمضارب<sup>3</sup>.

وتتم المضاربة بأن تعطي إنساناً من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح، فهو عقد يتم فيه دفع مال لآخر، ليتجر فيه مقابل جزء من

<sup>1</sup> لسان العرب، 543/1، القاموس المحيط، 198/2، أنيس الفقهاء، القونوي، 92/1، المبسوط، السرخسي، 30/22، مدونة الفقه المالكي، 544/3.

<sup>2</sup> المبسوط، السرخسي، 30/22، مدونة الفقه المالكي، 544/3، مغني المحتاج، الشربيني، 309/2.

<sup>3</sup> درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 23/1، التعريفات، الجرجاني، 71/1.

الربح يتفقان عليه فهو يستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، ولا مضاربة بدونها فلا يصح أن يكون الربح كله لرب المال أو للمضارب إذ لو كان للأول كان بضاعة ولو كان للثاني لكان قرضاً.

والمضاربة عقد من العقود تنشأ عنه حقوق وواجبات كثيرة ويجمع أحكاماً من عقود كثيرة، فهو في أحد صورهِ كالوديعة وفي صور أخرى كالوكالة، وإذا فسد العقد لشرط فاسد كان كالإجارة، وإذا خالف المضارب كان غاصباً ضامناً، فكان لزاماً أن تتوفر ضوابط تضبط تصرفات المضارب وما يحق له بمطلق العقد وما لا يحق له، حيث تدور تصرفاته على ثلاث محاور<sup>1</sup>:

1- نوع من التصرفات يملكه المضارب بمطلق العقد، وهو ما يعتاد بين التجار كالرهن والارتهان والإيجار والاستئجار للركوب أو الحمل أو الشراء له ولو سفينة أو طائرة، وتأخير الثمن إلى أجل متعارف.

2- ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك، كدفع المال للمضاربة أو خلط مال المضاربة بماله أو مال غيره؛ لأن رب المال رضي بشركته هو لا بشركة غيره، فهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد، غير أنه طريق من طرق الاستثمار، فهو موافق لمطلق العقد من هذا الوجه، فيدخل فيه عند وجود الدلالة، وقوله: اعمل برأيك دال عليه.

3- ونوع لا يملكه بمطلق العقد وإن قيل له اعمل برأيك، إلا أن ينص عليه العقد مثل الاستدانة؛ لأن فيها شغل للذمة فلا يدل عليها اللفظ، وكذلك الهبة والصدقة فكل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه إلا بالنص.

### أحكام القبض في المضاربة:

للمضاربة شروط لا تصح إلا بها، بعض هذه الشروط متعلق برأس المال وكيفية قبضه ليكون العقد صحيحاً، وهو مجال البحث والذي سيتم التعرض له ودراسته من خلال شرطين:

#### الأول: أن يكون رأس مال المضاربة عيناً حاضرة لا ديناً:

فلا تصح المضاربة على دين ولا على مال غائب، فإن كان ديناً فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له: اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف فتكون المضاربة فاسدة بلا خلاف، وهذا الشرط باتفاق العلماء؛ لأن

<sup>1</sup> العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، عيسى عبده، 194، دار الاعتصام، القاهرة، ط1، 1977.

المال الذي في يد المدين ملك له، وإنما يصير لدائنه (أو غريمه) بقبضه، ولم يوجد القبض هنا، فلا بد من تسليمه إلى الدائن، ثم يسلمه الدائن مرة أخرى للمضارب<sup>1</sup>.

والعلة عند جمهور العلماء، مالك والشافعي وأبو حنيفة هي أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه؛ لأن العلة عند مالك مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون الربا المنهي عنه وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة، واختلفوا فيمن أمر رجلاً أن يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه؛ لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد، وأجاز ذلك الشافعي؛ لأنه وكله على القبض لا أنه جعل القبض شرطاً في المصارفة فهذا هو القول في محله<sup>2</sup>.

ولأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده، فكان رأس المال عيناً لا ديناً، أي أن المضارب يكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه؛ لأنه قبضه بإذن مالكة من غيره، فجاز أن يجعله مضاربة، كما لو قال: اقبض المال من غلامي وضارب به.

أما **الوديعة** فإنه تجوز المضاربة عند الحنفية والشافعية والحنابلة إذا كان في يد شخص وديعة، فقال له المودع: ضارب بها؛ لأن الوديعة ملك رب المال، فجاز أن يضاربه عليها، كما لو كانت حاضرة، فإن "أَضَافَ الْمُضَارِبَةَ إِلَى عَيْنِ هِيَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُضَارِبِ مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَائِيرِ بَأَنَّ قَالَ لِلْمُودِعِ أَوْ الْمُسْتَبْذِعِ أَعْمَلْ بِمَا فِي يَدِكَ مُضَارِبَةً بِالتَّصْنِيفِ جَازَ ذَلِكَ بِلَا خِلَافٍ"<sup>3</sup>. "وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده وديعة جاز لأنه معلوم"<sup>4</sup>، فإن قال: اقبض وديعتي من فلان أو منك وضارب بها صح؛ لأنه وكله في الوديعة وعلق المضاربة على القبض وتعليقها صحيح<sup>5</sup>.

والفرق بين هذه الحالة والدين: أن عين المال في حالة الدين لا تصير ملكاً للدائن إلا بقبضه.

وقال المالكية: المرهون أو الوديعة لا يجوز أن يكون أحدهما رأس مال القراض؛ لأنه شبيه بالدين حيث يخشى أن يكون قد تصرف فيهما أو أنفقهما فصارتا ديناً عليه، فيتحول الأمر إلى قراض بالدين<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> البدائع، 83/6، مغني المحتاج، 398/3، كشاف القناع، 512/3، الفقه الإسلامي وأدلته، 576/5.

<sup>2</sup> بداية المجتهد، 22/4.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 83/6.

<sup>4</sup> المجموع شرح المذهب، 358/14.

<sup>5</sup> كشاف القناع، 512/3.

<sup>6</sup> شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، 387/6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ، مدونة الفقه

المالكي، 549/3.

**المغضوب:**<sup>1</sup> والمضاربة تجوز أيضاً فيما إذا كان المال مغضوباً، فضارب به الغاصب؛ لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه، فأشبهه الوديعة، "وَأِنْ أَضَافَهَا إِلَى مَضْمُونَةٍ فِي يَدِهِ كَالدَّرَاهِمِ وَالذَّنَابِيرِ الْمَغْضُوبَةِ فَقَالَ لِلْغَاصِبِ اعْمَلْ بِمَا فِي يَدِكَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ جَازَ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ وَقَالَ زُقَيْرٌ لَا يَجُوزُ، وَجَهٌ قَوْلُهُ أَنَّ الْمَضَارَبَةَ تَقْتَضِي كَوْنَ الْمَالِ أَمَانَةً فِي يَدِ الْمُضَارِبِ وَالْمَغْضُوبُ مَغْضُوبٌ فِي يَدِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّصَرُّفُ لِلْمَضَارِبَةِ فَلَا يَصِحُّ، وَالْأَبِيُّ يُوسُفَ أَنَّ مَا فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ إِلَى أَنْ يَأْخُذَ فِي الْعَمَلِ فَإِذَا أَخَذَ فِي الْعَمَلِ وَهُوَ الشِّرَاءُ تَصِيرُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الْمَضَارِبَةِ فَتَصِحُّ"<sup>2</sup>.

وإن قارضه على مال هو له عنده مغضوب ففيه وجهان:

أحدهما: يصح كالوديعة.

والثاني: لا يصح؛ لأنه مقبوض عنده قبض ضمان، فلا يصير مقبوضاً قبض أمانة<sup>3</sup>.

كما أن مسألة جعل رأس مال المضاربة ديناً تشبه مسألة جعل الدين رأس مال للسلم، وهو ممنوع شرعاً كما مر معنا، إضافة إلى أن بهذا التصرف نفع في محذور اتحاد القابض والمقبض والتي لا تجوز إلا في حالات استثنائية؛ لأن العامل يقبض المال الذي في ذمته لنفسه ليضارب به، غير أنه لا بأس بجعل الدين الذي حل أجله، وكانت ثمة قرائن تبرهن قدرة المدين على الوفاء به، فلا مانع من جعله رأس مال المضاربة؛ لأن ذلك من باب القبض الحكمي؛ وخصوصاً أن الأمر قد تم بالتراضي ودون استغلال<sup>4</sup>.

**الثاني: أن يكون رأس مال المضاربة مسلماً إلى المضارب:**

اتفق جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وبعض الحنابلة، على ضرورة أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل: ليتمكن من العمل فيه، "لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ وَهُوَ التَّخْلِيَةُ كَالْوَدِيْعَةِ وَلَا يَصِحُّ مَعَ بَقَاءِ يَدِ الدَّافِعِ عَلَى الْمَالِ لِعَدَمِ التَّسْلِيمِ مَعَ بَقَاءِ يَدِهِ حَتَّى لَوْ شَرَطَ بَقَاءَ يَدِ الْمَالِكِ عَلَى الْمَالِ فَسَدَّتْ الْمَضَارَبَةُ"<sup>5</sup>، إذ لا بد من استقلال العامل بالتصرف والعمل بمقتضى طبيعة التجارة وظروفها التي يتعذر فيها الاشتراك في العمل الذي يحتاج إنجازه لسرعة واغتنام للفرصة المواتية. فإن استعان العامل بصاحب المال في العمل، دون اشتراط، جاز ذلك، لأن الاستعانة به لا تخرج المال من العامل، كما أجاز المالكية للعامل أن يشترط عمل رب المال مجاناً في مال المضاربة، أو يشترط تقديم

<sup>1</sup> البدائع: 83/6، المغني، 5/68، المهذب، 1/385، مغني المحتاج، 2/310.

<sup>2</sup> البدائع، 83/6.

<sup>3</sup> المجموع شرح المهذب، 358/14.

<sup>4</sup> التقابض في الفقه الإسلامي، 143.

<sup>5</sup> بدائع الصنائع، 84/6.

مركوب أو أدوات معينة من رب المال حيث كان المال كثيراً، كما أجازوا أيضاً لمريد المضاربة أن يدفع مالين متعاقبين، أي واحداً بعد واحد لعامل واحد، إذا شرطاً خلط المالين عند دفع الثاني؛ لأنه يرجع حينئذ إلى أجر واحد معلوم<sup>1</sup>.

وليس المراد اشتراط تسليم المال إليه حال العقد أو في مجلسه، وإنما المراد أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه ولا يصح الإتيان بما ينافي ذلك لما فيه من التحجير عليه؛ لأن حق العامل محصور في الربح فلا بد من تحصيل رأس المال لتوزيع الربح<sup>2</sup>.

فيجب " أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ويستقل باليد عليه والتصرف فيه، ولو شرط المالك أن يكون المال في يده ليوفي الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً، أو شرط أن يراجع العامل في التصرفات أو يراجع مشرفاً نصبه، فسد القراض؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة أو لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الربح، فالقراض موضوع توسعاً لطريق التجارة، ولهذا الغرض احتمل فيه من الجهالة فيصان عما يخل به، ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه فسد أيضاً؛ لأن انقسام التصرف يفضي إلى انقسام اليد، ويبطل الاستقلال"<sup>3</sup>.

وأدلة اتفاقهم الآتي:

1- أنه عقد نشأ ليكون المال من طرف والعمل من طرف آخر، لاحتياج كل طرف لما عند الآخر، ولا يتحقق هذا إلا بخروج المال من يد صاحبه إلى يد المضارب به<sup>4</sup>.

2- أن مشاركة رب المال المضارب في التصرف يؤدي إلى انقسام التصرف، والذي يؤدي بالتالي إلى انقسام اليد وإبطال الاستقلال، وهو خلاف المطلوب شرعاً<sup>5</sup>.

3- أن عقد المضاربة شرع استثناءً ليجبر به ما في المجتمع من ثغرات اقتصادية واجتماعية، فمن يملك المال لا يملك استثماره؛ إما لقلة معرفة أو لانشغال وعدم تفرغ، مما يضطره إلى كثره وعدم نمائه، ومن يملك هذه القدرة وهذا التفرغ لا يملك المال، فكان العقد ليكمل كل الآخر، ومن العدل أن يلتزم كل طرف بحدوده فكما أن المضارب لم يشارك في رأس المال فليس لرب المال المشاركة في العمل؛ لأن عدم التسليم لرأس المال يفضي إلى هذه المشاركة حيث سيقيد تصرفات المضارب وسيخضعه بشكل أو بآخر إلى رغبته، مما سيغير حقيقة العقد من مضاربة إلى إجارة.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 310/2، الفقه الإسلامي وأدلته، 578/5.

<sup>2</sup> الشرح الكبير، 520/3، مغني المحتاج، 310/2، فتح العزيز شرح الوجيز، 402/10.

<sup>3</sup> فتح العزيز، 9/12.

<sup>4</sup> التقابض في الفقه الإسلامي، 143.

<sup>5</sup> فتح العزيز، 9/12.



أما جمهور الحنابلة<sup>1</sup> فقد أجازوا اشتراط بقاء يد المالك على المال، ولا يعتبر لصحة المضاربة قبض المضارب لرأس المال؛ لأن مورد العقد العمل وليس القول، فتكتفي مباشرة العامل للعمل ويكون قبولاً لها كالوكالة.

وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل، ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحد.

**والراجع - والله أعلم -** ما ذهب إليه الجمهور لما في هذا الرأي من موافقة لمقاصد الشريعة، واجتناب لمواطن الخلاف والنزاع، وخاصة أن قبض رأس مال المضاربة سعة حيث إنهم لم يشترطوا القبض في مجلس العقد، بل المهم أن ترتفع يد رب المال عن رأس مال المضاربة مما يخلق استقلالية للمضارب، بل إنه يسهل من متابعة المضارب ومحاسبته إذا ما أساء التصرف فتكون الأمور أكثر وضوحاً وأبعد عن الغرر.

---

<sup>1</sup> شرح منتهى الإرادات، البهوتي، 216/2، المغني، 137/5.

## المطلب السادس: المزارعة

**المزارعة لغة<sup>1</sup>:** من زَرَعَ الحَبَّ يَزْرَعُهُ زَرْعاً وزِرَاعَةً، أي: بَدَرَهُ، والاسم الزَّرْعُ وقد غلب على البُرِّ والشَّعِيرِ، والزَّرِيعَةُ بتخفيف الراء الحبُّ الذي يُزْرَعُ ولا تُقْلُ: زَرِيعَةٌ بالتشديد فإنه خطأ، والزَّرْعُ الإنباتُ يقال: زَرَعَهُ اللهُ أَي: أَنْبَتَهُ وفي التنزيل: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ ؕ أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾، (الواقعة: 66 - 67)، أَي: أَنْتُمْ تُنْمُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْمُنْمُونَ.

وهي مفاعلة من الزرع وهو الإنبات، والمفاعلة تجري بين اثنين غالبا كالمضاربة، وهي عبارة عن التعامل مع الغير بالزرع ودفع الأرض إلى من يزرعها، على أن يكون الزرع بينهما، فتعد طريقة لاستغلال الأراضي الزراعية باشتراك المالك والزارع في الاستغلال ويقسم الناتج بينهما بنسبة يعينها العقد أو العرف.

### والمزارعة اصطلاحا:

عرّفها الفقهاء بعدة تعريفات:

فعرّفها الحنفية بأنها: "عقد على الزرع ببعض الخارج"<sup>2</sup>. فهي "نوع شركة على كون الأراضي من طرف والعمل من طرف آخر يعني أن الأراضي تزرع والحاصلات تقسم بينهما"<sup>3</sup>.

وعرّفها المالكية: "بأنها الشركة في الزرع"<sup>4</sup>.

وعند الشافعية هي: "عمل على أرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك"<sup>5</sup>.

وهي عند الحنابلة: "دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو مزروع ليعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصّل"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، 392/1، مادة: زرع، التعاريف المهمة لطلاب الهمة، 5/1، أنيس الفقهاء، 101/1، معجم لغة الفقهاء، 15/2.

<sup>2</sup> البحر الرائق، ابن نجيم، 181/8.

<sup>3</sup> المجلة، المادة (1431).

<sup>4</sup> الشرح الكبير، 372/3.

<sup>5</sup> مغني المحتاج، 323/2.

<sup>6</sup> كشف القناع، البهوتي، 532/3.

## حقيقة عقد المزارعة:

ومن تعدد التعاريف يتبين أن حقيقة المزارعة تتردد بين عدة معانٍ، فهناك من صنفها على أنها إجارة وهناك من رأى أنها شركة، ورأى آخرون أنها تجمع بين الاثنين.

فذهب الحنفية إلى أنّ المزارعة تنعقد إجارةً، ثمّ تتم شركةً، ففيها معنى الإجارة والشركة عندهم.

أما معنى الإجارة فلأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك؛ لأن البذر إن كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره، وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجاراً إما للعامل وإما للأرض والأجرة فيها بعض الخارج منها<sup>1</sup>.

"وأما أن فيها معنى الشركة، فلأنّ الخارج من الأرض يكون مشتركاً بين صاحبها وبين المزارع حسب النسبة المتفق عليها بينهما"<sup>2</sup>.

وذهب المالكية إلى أنّها من عقود المشاركة، ولها شبه بالمضاربة والقراض، لكونها عقد بين رب الأرض والعامل على اقتسام الثمار والغلة، وقد ورد في الحديث تشبيهها بالإجارة، عن رافع بن خديج يقول: " كُنَّا نُكْرَى الْأَرْضَ عَلَى أَنْ لَنَا هَذِهِ وَلَهُمْ هَذِهِ فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ وَلَمْ تُخْرَجْ هَذِهِ"<sup>3</sup>، وقوله أيضاً: " قَالَ: سَأَلَنِي - أَي النَّبِيِّ ﷺ - كَيْفَ تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ فَقُلْتُ نُوَاجِرُهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ عَلَى الرَّبِيعِ أَوْ الْأَوْسُقِ مِنَ الثَّمْرِ أَوْ الشَّعِيرِ"<sup>4</sup>.

ونتيجة لتشبيه المزارعة بشرك الأبدان من جهة وبالإجارة من جهة أخرى، فقد اختلف في لزومها بالعقد وحده دون عمل، فمن شبهها بالإجارة أقر لزومها بالعقد، ومن غلب عليها شبه الشركة وهو الأظهر قال: لا تلزم بمجرد العقد، بل تلزم بوضع الحب في الأرض، أو بالشروع في العمل<sup>5</sup>.

أما الشافعية<sup>6</sup> فقد رأوا أن المزارعة إجارة يشترط لها ما يشترط للإجارة، ومن ذلك أن تكون الأجرة معلومة، فلا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً إلا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن يعمله المستأجر، كما أن كل تعابيرهم في وصفها جاءت بلفظي الكراء والإجارة.

<sup>1</sup> البدائع، 177/6.

<sup>2</sup> مجمع الأنهر، شيخي زاده، 141/4، تج: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ - 1998 م.

<sup>3</sup> صحيح مسلم، 1181/3، كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض بالذهب والورق، حديث رقم (1547).

<sup>4</sup> صحيح مسلم، 23/5، كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض بالطعام، حديث رقم (1548).

<sup>5</sup> حاشية الدسوقي، 350/3، مدونة الفقه المالكي، 569/3.

<sup>6</sup> الأم، الشافعي، 12/4، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ، روضة الطالبين، النووي، 169/5.

ورأى الحنابلة انها ليست من باب المؤاجرة في شيء بل من باب المشاركة وهو نظير المضاربة سواء فمن أباح المضاربة وحرّم ذلك فقد فرق بين متمثلين، وهذا موافق للقياس فإن الأرض بمنزلة رأس المال في القراض والبذر يجري مجرى سقي الماء ولهذا يموت في الأرض ولا يرجع إلى صاحبه، ولو كان بمنزلة رأس مال المضاربة لاشتراط عوده إلى صاحبه وهذا يفسد المزارعة<sup>1</sup>.

وذهب الحنابلة إلى أنّ المزارعة من جنس المشاركات وليست من جنس المؤجّرات، وهي نظير المضاربة فهي مشاركة: هذا يشارك بنفع بدنه، وهذا يشارك بنفع ماله، وما قسم الله من ربح كان بينهما كشركي العنان، ولهذا ليس العمل فيها مقصودا، ولا معلوما، كما يقصد ويعلم في الإجارة، ولو كانت إجارة لوجب أن يكون العمل فيها معلوما، والذين أبطلوا المزارعة والمساقاة ظنوا أنها إجارة بعوض مجهول فأبطلوها، ومن دقق النظر وأعطاه حقه علم أن المزارعة أبعد من الظلم والقمار من الإجارة بأجرة مسماة مضمونة في الذمة؛ لأن المستأجر إنما يقصد الانتفاع بالزرع النابت في الأرض، فإذا وجب عليه الأجرة ومقصوده من الزرع قد يحصل وقد لا يحصل كان في هذا حصول أحد المتعاضدين على مقصوده دون الآخر، وأما المزارعة فإن حصل الزرع اشتركا فيه، وإن لم يحصل شيء اشتركا في الحرمان، فلا يختص أحدهما بحصول مقصوده دون الآخر، فهذا أقرب للعدل وأبعد من الظلم من الإجارة<sup>2</sup>.

### القبض في المزارعة:

اشتراط الأحناف على صاحب الأرض أن يسلم الأرض فارغة إلى المزارع مما يمكنه من العمل فيها بلا مانع، فالتخلية بين الأرض وبين العامل ضرورية، وحتى إذا شرط في العقد ما تنعدم به التخلية وهو عمل رب الأرض مع العامل لا يصح العقد، فيصير عقد المزارعة بذلك نظير المضاربة، فلا تصح حتى يسلم المال إليه<sup>3</sup>.

والتخلية أن يقول صاحب الأرض للعامل سلمت إليك الأرض، ومن التخلية أن تكون الأرض فارغة عند العقد فإن كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون معاملة ولا يكون مزارعة، وإن كان فيها زرع قد أدرك لا يجوز؛ لأن الزرع بعد الإدراك لا يحتاج إلى العمل فتعذر تجويزها معاملة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، 346/3، تح: شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1407هـ.

<sup>2</sup> مبادئ الاقتصاد الإسلامي (نصوص اقتصادية مختارة من كلام الشيخ ابن تيمية)، عبد العظيم الإصلاحي، 144، ط1، دار المنهاج، الرياض، 1429.

<sup>3</sup> المبسوط، السرخسي، 23 / 33، مجمع الأنهر، شيخي زاده، 141/4.

<sup>4</sup> الفتاوى الهندية، 236/5.

وعلى ذلك لو اشترط أن يكون العمل على صاحب الأرض أو عليهما معاً فسدت المزارعة لانعدام التخلية بين الأرض والمزارع، والتخلية أن يقول صاحب الأرض للعامل: سلّمت إليك الأرض، ومن التخلية أن تكون الأرض فارغة عند العقد فإن كان فيها زرع قد نبت، فيشترط أن يكون قابلاً لعمل الزراعة بأن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرد العادة؛ لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه معنى المزارعة، وإن ذهب الحنفية، و المالكية، و الحنابلة إلى أنه لا يشترط أن تكون الأرض مملوكةً لصاحبها، وإنما يكفي أن يكون مالكا لمنفعتها فقط، وعلى ذلك: لو استأجر إنسان أرضاً من الغير لمدة معينة بمبلغ معين من المال، فإنه يجوز لهذا المستأجر أن يدفع هذه الأرض مزارعةً إلى شخص آخر، ووجه ذلك أن المعيار لصحة المزارعة أن تكون منفعة الأرض مملوكةً لمن يزارع عليها، أمّا ملكية رقبته فليست بشرط لذلك<sup>1</sup>.

وشرط التخلية في عقد المزارعة مما تفرد به الأحناف دون باقي فقهاء المذاهب الأخرى، جاء في المجلة العدلية، المادة (1436): "يشترط أن تكون الأرض صالحة للزراعة أن تسلم للمزارع".

وهو شرط مفهوم من خلال التعاريف التي سبق ذكرها؛ لأن التسليم من لوازم عقد المزارعة، وهو تمكين المزارع من العمل، ولا يتم ذلك إلا بإقباض الأرض للمزارع عبر التخلية بينهما، أما سبب عدم ذكر باقي الفقهاء لهذا الشرط أسوة بالأحناف؛ لاعتبارهم لشهرته وشيوع معرفته، ولزومه في عقد المزارعة، حيث لا تقوم ماهية هذا العقد إلا إذا توفر هذا الشرط<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الفتاوى الهندية 5 / 235، وتبيين الحقائق 5 / 279، ومنتهى الإرادات 1 / 471، وكشاف القناع 3 / 534، وحاشية الدسوقي 3 / 376.  
<sup>2</sup> التقابض في الفقه الإسلامي، 149.

## المطلب السابع: المساقاة

**المساقاة لغة<sup>1</sup>:** من سقى أسقاه، يَسْقِيهِ سَقِيًّا، وَسَقَاهُ بِالتَّشْدِيدِ وَأَسْقَاهُ بِمَعْنَى وَاجِدٍ. وسقى الزرع إذا صب عليه الماء، وهي مفاعلة من السَّقَى - بفتح السين وسكون القاف - وهي دفع النَّخِيلِ والكروم إلى من يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته، على أن يكون للعامل سهم، أي: نصيب، والباقي لمالك النَّخِيلِ، وأهل العراق يسمونها المعاملة، وهي المساقاة في لغة الحجازيين، والمساقاة دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره.

### واصطلاحا:

هي نوع شركة على أن تكون الأشجار من طرف والتربية من طرف آخر وأن يقسم الثمر الحاصل بينهما، أو هي دفع شجر مغروس معلوم للمالك والعامل برؤية أو وصف<sup>2</sup>.

وتتم بأن يعامل إنسان إنسانا على شجرة ليتعهدا بالسقي والتربية على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما، فهي عَقْدٌ عَلَى خِدْمَةِ شَجَرٍ وما أُلْحِقَ بِهِ، وجاءت مفاعلة من السقي؛ لأنه أهم أمرها وكانت النخل بالحجار تسقى نضحا أي من الآبار فيعظم أمره وتكثر مشقته، فيدفع لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمرته<sup>3</sup>.

### القبض في المساقاة:

لكي يصح عقد المساقاة فلا بد من تسليم الشجر إلى العامل دون حائل أو مانع، ويخلي بين العامل والشجر فينفرد العامل بوضع اليد في الحقل أو المزرعة، وذلك لئتمكّن من العمل متى شاء؛ لأن العقد أبرم على أن الشجر من طرف والعمل والرعاية من طرف آخر، فلكي يستحق العامل حقه من ناتج الثمار، على رب الأرض أن يمكنه من الشجر دون مانع، ولا يحق له أن يشترط على العامل المشاركة في العمل على تربية الشجر، فإن حدث ذلك فسد العقد لخروجه عن معنى المساقاة، كما أن التدخل الذي يتم من رب الأرض قد يصب في مصلحته دون مصلحة العامل وهذا من الضرر والغرر الممنوع شرعا.

جاء في البدائع " وَمَنْهَا - أي شروط المساقاة - التَّسْلِيمُ إِلَى الْعَامِلِ وَهُوَ التَّخْلِيَةُ حَتَّى لَوْ

شَرَطًا الْعَمَلُ عَلَيْهِمَا فَسَدَتْ لِإِنْعَادِ التَّخْلِيَةِ"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> لسان العرب، 474/11، مادة: سقى، المصباح المنير، 430/2، تاج العروس، 290 /38، التعريفات، الجرجاني، 271/1.

<sup>2</sup> درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 504/3، شرح منتهى الإرادات، البيهوتي، 232/2.

<sup>3</sup> كشف القناع، البيهوتي، 532/3.

<sup>4</sup> الكاساني، 186/6.

فحوز المساقى ضرورى؛ لأنه لو مات قبل الحوز بطلت المساقاة<sup>1</sup>.

وقد احتاط بعض الفقهاء في حدود سلطة رب الأرض ففصلوا في المقدار المباح له من التدخل في رعاية الشجر وريه، فأوجبوا أن يستبد العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء فلو شرطاً كونه في يد المالك أو مشاركته في اليد لم يصح ولو سلم المفتاح إليه وشرط المالك الدخول عليه جاز على الصحيح، ويجب أيضاً أن ينفرد العامل بالعمل، فلو شرطاً مشاركة المالك في العمل فسد العقد وإن شرطاً أن يعمل معه غلام المالك جاز بشرط أن يكون الغلام تحت تدبير العامل، فلو شرطاً اشتراكهما في التدبير ويعملان ما اتفقا عليه لم يجز بلا خلاف<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، 9/7.

<sup>2</sup> روضة الطالبين، النووي، 155/5.

## **المبحث الثاني: العقود التي يشترط القبض في لزومها**

**المطلب الأول: الرهن**

**المطلب الثاني: الهبة**

**المطلب الثالث: القرض**

**المطلب الرابع: الوقف**



## المطلب الأول: الرهن

الرهن من العقود الموثقة للحقوق والضامنة لها، فقد شرعه الله - سبحانه وتعالى - حتى يطمئن الناس لحقوقهم من جانب، ويعينوا غيرهم من جانب آخر، كما أنه من العقود شديدة الارتباط بالقبض حيث خصه القرآن الكريم من بين سائر العقود بأن وصفها بالمقبوضة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾، (البقرة: 282).

### تعريف الرهن:

الرهن لغة<sup>1</sup>: من رهن الشيء يرهن رهونا ثبت ودام فهو رهن، ويتعدى بالألف فيقال أرهنته إذا جعلته ثابتا وإذا وجدته كذلك، ورهنته المتاع بالدين رهنا حبسته به فهو مرهون، والأصل مرهون بالدين فحذف للعلم به، فهو في اللغة: جعل الشيء محبوساً، أي شيء كان بأي سبب كان. أي: مطلق الحبس، يقال رهنته شيئاً في ثمن سلعه أرهنه رهنا إذا جعله في يده وكل شيء ثبت فقد رهن، والرهن الشيء الثابت الدائم، وهو دلالة الثبوت والاستقرار، والرهن: ما وُضع على الإنسان مما ينوب مناب ما أخذت منه.

### والرهن اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الرهن بتعريفات تتعدد تبعا لتعدد فروعه الفقهية<sup>2</sup>، فعرفه الحنفية بأنه: "حَبْسُ شَيْءٍ مَالِيٍّ بِحَقِّ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ مِنْهُ كَلَا أَوْ بَعْضًا كَالدِّينِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا"<sup>3</sup>.

"فحبس الشيء" جنس يشمل أي شيء ولأي سبب كان، وسواء أكان السبب ديناً أم غيره.

"ومالي": شاملة لكل شيء مالي مفرداً أو متعدد؛ لأن الرهن قد يتعدد، كما احترز

بهذا اللفظ عن بني البشر الأحرار، وعن المنافع، والأعيان النجسة وكل ما ليس بمال عندهم.

وكلمة "بحق": أي بسبب حق مالي، واحترز بها عن القصاص واليمين والشفعة وغير ذلك من الحقوق غير المالية التي لا يمكن استيفاء الدين منها.

<sup>1</sup> المصباح المنير، 242/1، التعريفات، الجرجاني، 150/1، أنيس الفقهاء، قاسم بن عبد الله القنوي، 107/1، المخصص، علي بن إسماعيل الأندلسي المعروف بابن سيده، 17/4، تح: خليل إبراهيم جفال، ط1، دار إحياء التراث العربي - بيروت - 1417هـ - 1996م  
<sup>2</sup> أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، توفيق إبراهيم أبو عقيل، 25، الخليل، فلسطين، 2008.  
<sup>3</sup> رد المحتار، 209/17.

وعبارة: "يمكن استيفاءه منه" قيد احترز به عما يفسد كالتلج، والخمر للمسلمين وعن كل مالا يمكن استيفاء الحق منه<sup>1</sup>.

وعرفه المالكية بأنه: بذل من له البيع ما يباع أو غررا، ولو اشترط في العقد، وثيقة بحق<sup>2</sup>.

فكلمة "بذل": جنس يشمل بدل أي شيء من أي شخص لأي سبب كان للتوثيق أم لغيره.

وعبارة: "من له البيع" قيد احترز به عن لا يصح بيعه كالمجنون والمحجور عليه. وعبارة "ما يباع": احترز بها عما لا يصح بيعه كالخمر والميتة.

أما عبارة "أو غررا" فهي استثناء من عبارة "ما يباع"؛ لأن الرهن يغتفر فيه الغرر خلافا للبيع، فيجوز رهن الأبق والشارد ولا يجوز بيعه.

وكلمة "وثيقة" احترز بها عما دفع على سبيل التمليك كالبيع أو الهبة، أو على سبيل الانتفاع كالإجارة والإعارة.

وكلمة "بحق" احترز بها عن الأعيان فهي لا يجوز الرهن في مقابلها مطلقا.

والمتأمل في تعريف المالكية يجد أنهم استعملوا لفظ "بذل" بدلا من "حبس"؛ لأن المالكية لا يشترطون القبض أي: التسليم الفعلي في انعقاد الرهن، ولا في صحته ولا في لزومه، بل يصح الرهن وينعقد ويلزم عندهم باقتران الإيجاب بالقبول أي: بالصيغة، ثم يطلب المرتهن أخذه، فالقبض عندهم شرط لتمام الرهن<sup>3</sup>.

والرهن عند الشافعية<sup>4</sup> "جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه".

و"الجعل" يشمل جعل أي عين لأي سبب كان.

وكلمة "عين": احترز بها عن الديون فلا يجوز رهنها ابتداء، وعن المنافع كذلك فهي تتلف ولا يصح بها استيثاق.

وكلمة "مال": احترز بها عما لا يتمول شرعا كالميتة والخمر.

وكلمة "بدين": احترز بها عن الأعيان فلا يجوز الرهن في مقابلها سواء أكانت مضمونة كالعارية والمغصوب، أم غير مضمونة كمال المضاربة ومال الشركة.

<sup>1</sup> درر الحكام، 53/2.

<sup>2</sup> مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، 6/5، دار الفكر، بيروت 1398.

<sup>3</sup> الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، 166/2، دار الفكر، بيروت، 1415، الفقه الإسلامي وأدلته، 62/6.

<sup>4</sup> مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشريبي، 127-121/2.

وعبارة "يستوفى منها": قيد احترز به عما لا يمكن استيفاء الدين منه كالوقف مثلا،  
وعبارة "عند تعذر وفائه" احترز بها عن هلاك المرهون فلا يسقط به الرهن؛ لأنه أمانة  
في يد المرتهن.

وعرفه الحنابلة بأنه: "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه  
ممن هو عليه" <sup>1</sup>

فكلمة "المال": جنس يشمل كل مال سواء أ جعل وثيقة أم غيره بشرط أن يكون له قيمة  
شرعية، فلا تجوز المنافع والديون.

وكلمة: "وثيقة" احترز بها عما جعل على سبيل التملك كالبيع، أو على سبيل الانتفاع  
كالإعارة.

وكلمة: "بدين" قيد احترز به عن الأعيان، فلا يجوز الرهن في مقابلها.

وعبارة: "ليستوفي من ثمنه" قيد احترز به عما لا يمكن استيفاء الدين منه كالوقف لعدم  
جواز بيعه فلا يجوز رهنه.

وعبارة: "إذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه" يحترز بها عن الأداء من المدين، مما لا يبقى  
الرهن في يد المرتهن، كما يحترز بها عن هلاك المرهون حيث لا يسقط شيء من الدين  
بهلاك الرهن؛ لأن الرهن أمانة <sup>2</sup>.

ومما سبق يمكن القول إن الرهن: "هو عقد وثيقة بمال، أي: عقد على أخذ وثيقة بمال، لا  
بذمة شخص، فامتاز عن الكفالة؛ لأن التوثق بها إنما يكون بذمة الكفيل، لا بمال يقبضه  
الدائن، ومعنى (وثيقة) أي: متوثق بها، فقد توثق الدين وصار مضموناً محكماً بالعين  
المرهونة" <sup>3</sup>.

### أحكام قبض الرهن:

لقد ربط الله الرهن بالقبض بأن جعله وصفا له قال تعالى: ﴿ فَرَهُنَّ مَقْبُوضَةً ﴾، ضمانا  
لصحة التوثيق والذي هو مناط عقد الرهن، ولقد أوضح الإمام الشافعي ذلك بقوله: " فلما

<sup>1</sup> المغني، 397/4.

<sup>2</sup> الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرادوي، 137/5، تح: محمد حامد الفقي، دار  
إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، 1419هـ، شرح منتهى الإرادات، 167/5، المغني، 398/4، كشف القناع، 320/3.

<sup>3</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 61/6.

كَانَ مَعْقُولًا أَنَّ الرَّهْنَ غَيْرُ مَمْلُوكِ الرَّقَبَةِ لِلْمُرْتَهِنِ مِلْكَ الْبَيْعِ وَلَا مَمْلُوكِ الْمَنْفَعَةِ لَهُ مِلْكَ الْإِجَارَةِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَكُونَ رَهْنًا إِلَّا بِمَا أَحَازَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا"<sup>1</sup>.

فاشترط القبض في عقد الرهن مما لا خلاف فيه عند الفقهاء، فقد أجمعوا على اشتراطه، غير أنهم اختلفوا في تصنيفهم لهذا الشرط كالتالي:

1- ذهب الجمهور<sup>2</sup> من الأحناف والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم إلى أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض بالرغم من انعقاده بالإيجاب والقبول، وانعقاده صحيح وغير لازم في حق الراهن، فلا يلزم الراهن على إتمامه وله الرجوع قبل تسليم المرهون للمرتهن لا بعده، ولهم في ذلك أدلة وهي:

**أولاً: القرآن الكريم:**

قوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾<sup>3</sup>، (البقرة: 282)، يدل على أن الله تعالى علق القبض بالرهن، فلو لزم بدونه لما كان للتقيد به فائدة، وكان ذكر وصف "مقبوضة" من باب الحشو وتعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، وهو ما يدل على أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض.

وكون القبض شرطاً للرهن دل عليه وصف "مقبوضة"، حيث "وَصَفَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الرَّهْنُ بِكَوْنِهِ مَقْبُوضًا فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ فِيهِ شَرْطًا صِيَانَةً لِخَبْرِهِ تَعَالَى عَنِ الْخُلْفِ؛ وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ لِلْحَالِ فَلَا يُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ كَسَائِرِ التَّبَرُّعَاتِ"<sup>3</sup>.

ولأن كلمة "مقبوضة" ذكرت لدلالة، فهي تدل على أن القبض شرط في الرهن وليس ركناً " وَلَوْ كَانَ الْقَبْضُ رُكْنًا لَصَارَ مَذْكُورًا بِذِكْرِ الرَّهْنِ فَلَمْ يَكُنْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى عَزَّ شَأْنُهُ:

﴿مَقْبُوضَةً﴾ مَعْنَى فَدَلَّ ذِكْرُ الْقَبْضِ مَقْرُونًا بِذِكْرِ الرَّهْنِ عَلَى أَنَّهُ شَرْطٌ وَلَيْسَ بِرُكْنٍ"<sup>4</sup>.

**ثانياً: الأدلة المعقولة:**

أن الرهن عقد ارفاق يقوم على المعونة والمنفعة بين الناس، مما يحججه إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض، فلا يكون رهناً إلا بأن يكون مقبوضاً وكذلك كل ما لم يتم إلا

<sup>1</sup> الأم، الشافعي، 139/3.

<sup>2</sup> البدائع، 6/137، مغني المحتاج، 128/2، المغني، 328/4.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 137/6.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

بأمريين فليس يتم بأحدهما دون الآخر، مثل الهبات التي لا تجوز إلا مقبوضة وما في معناها<sup>1</sup>.

كما أن الرهن من عقود الضمان، فليس من العدل أن نلزم المرتهن بضمان المرهون إذا ما تلف ولم نشترط على الراهن تسليم المرهون للمرتهن، وهو ما يوقع المرتهن في ضيق سببه عدم الاطمئنان على ضمان ماله يخالف ما أسداه من معروف في توسعته على الراهن، فكان القبض شرطاً لإنشاء العقد وثباته وعدم الرجوع فيه.

2- وذهب المالكية إلى أن القبض شرط لتمام الرهن؛ لأن الرهن ينعقد ويلزم بإنشاء الصيغة، ولكن القبض هو ما يوثقه ويثمه، و" لا خِلاف في المذهب أن القبض ليس من حَقِيقَةِ الرَّهْنِ وَلَا شَرْطاً فِي صِحَّتِهِ وَلَا لُزُومِهِ بَلْ يَنْعَقِدُ وَيَصِحُّ وَيُلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ "2، فإن امتنع الراهن عن تسليم الرهن أجبر عليه، ولا يجوز له الرجوع عنه، كما أن الرهن لا يبطل بتأخر القبض، إلا إذا حصل مانع للراهن قبل تمامه، لكن إن تراخى المرتهن عن المطالبة بحقه حتى أفلس الراهن أو مات بطل الرهن وكان المرتهن حينئذ كغيره من الغرماء، واعتمد المالكية في رأيهم على الأدلة الآتية:

#### أولاً: القرآن الكريم:

القبض ليس من أركان العقد، بل من متمماته، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، (المائدة:1)، والعقد هو الإيجاب والقبول، وقد أوجب الله الوفاء به، فدل ذلك على انعقاده، أما القبض المجرد فلا يكون عقداً وقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً﴾، (البقرة:282)، دل على أن الله تبارك وتعالى جعل للرهن صفة القبض، والصفة غير الموصوف؛ لأنه سمي رهناً قبل أن يتم القبض، فالصفة ليست لازمة، وهي معنى زائد عليه<sup>3</sup>.

#### ثانياً: الأدلة المعقولة:

- قاس المالكية الرهن على الضمان بجامع التوثيق في كل منهما، فكما أن الضمان يلزم بالقبول فكذلك الرهن.

<sup>1</sup> الأم، 139/3، المغني، 339/4.

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي، 231/3.

<sup>3</sup> مدونة الفقه المالكي، 628/3.

- أن الرهن مثل سائر العقود المالية كالبيع، حيث إن كل منها عقد يلزم قبل القبض، فكذلك الرهن.

- أن الراهن لو أخر تسليم المرهون بسبب جنون أو أي عارض معتبر إلى ما بعد زوال هذا العارض صح الرهن، مما يدل على أنه شرط تمام لا شرط لزوم أو صحة<sup>1</sup>.

3- ذهب الظاهرية، والجصاص من الحنفية، وبعض الحنابلة إلى أن القبض شرط من شروط صحة الرهن؛ فيشترط قبض المرهون في مجلس العقد عقب الإيجاب والقبول وإلا فسد الرهن، وأدلتهم في ذلك التالي<sup>2</sup>:

### أولاً: القرآن الكريم:

قوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾، (البقرة: 282).

فرهان مقبوضة يدل على أن الرهن لا يصح إلا مقبوضاً من وجهين:

الأول: أنه عطف على ما تقدم من قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ

يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٍ وَامْرَأَتْنِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، (البقرة: 281)، فلما كان

استيفاء العدد المذكور والصفة المشروطة للشهود واجبا وجب أن يكون كذلك حكم الرهن فيما شرط له من الصفة، فلا يصح إلا عليها كما لا تصح شهادة الشهود إلا على الأوصاف المذكورة إذ كان ابتداء الخطاب توجه إليهم بصيغة الأمر المقتضى للإيجاب.

الثاني: أن حكم الرهن مأخوذ من الآية، والآية إنما أجازته بهذه الصفة فغير جائز إجازته على غيرها، إذ ليس ههنا أصل آخر يوجب جواز الرهن غير الآية.

### ثانياً: الأدلة المعقولة:

حيث قاسوا المرهون على المبيع بعلة جامعة وهي أن كليهما وثيقة في الحق المقابل به، فكما يكون البيع محبوساً بالثمن مادام في يد البائع، فإن هو سلمه إلى المشتري سقط حقه، كذلك المرهون لا يكون وثيقة بالدين إلا إذا قبضه المرتهن.

<sup>1</sup> مدونة الفقه المالكي، 629/3، مواهب الجليل، 12/5، الفواكه الدواني، 168/2.

<sup>2</sup> أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص، 260/2، تح: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1405، المحلى، ابن حزم، 88/8.

وكذلك فإنه معلوم أنه وثيقة للمرتهن بدينه، ولو صح غير مقبوض لبطل معنى الوثيقة وكان بمنزلة سائر أموال الراهن التي لا وثيقة للمرتهن فيها وإنما جعل وثيقة له ليكون محبوسا في يده بدينه فيكون عند الموت والإفلاس أحق به من سائر الغرماء، ومتى لم يكن في يده كان لغوا لا معنى فيه وهو وسائر الغرماء فيه سواء.

**والراجح - والله أعلم -** ما ذهب إليه الجمهور لما في أدلتهم من قوة تفقدها الآراء الأخرى، كما أن الرهن من عقود التبرعات أو الإرفاق فلا يتم إلا بالقبض، بالرغم من أن كل فريق اعتمد الآية الكريمة: ﴿فَرَهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، واحتج بها بالرغم من وصفها للرهن بكونه مقبوضا، مما يقتضي أن يكون القبض شرطا فيه، وليس في الآية ما يوضح إن كان القبض شرط لزوم أو تمام أو صحة، حتى يترجح رأي على آخر، مما أوجب البحث على مرجح آخر، وهو كون الرهن من عقود الإرفاق والمعونة: كالقرض والصدقة؛ لأن الرهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا، فحكم القبض فيه مماثل لعقود الإرفاق الأخرى وهو أنه شرط لزوم فيها<sup>1</sup>.

### استدامة القبض في الرهن:

للفقهاء رأيان لاشتراطهم استدامة القبض في عقد الرهن نعرضهما كالآتي:

حيث ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى اشتراط الدوام لصحة القبض، فإن قبض الرهن، ثم خرج من يده ينظر إلى سبب الخروج<sup>2</sup>:

1- إذا خرج المرهون من يد المرتهن باختياره سواء أخرج للراهن أم لغيره، وذلك بإعارة أو إجارة أو إيداع أو استخدام: كركوب الدابة أو المركوب المرهون، أو سكنى الدار المرهونة، أو زراعة الأرض المرهونة أو غير ذلك من الوجوه:

- فعند الحنفية أن الرهن لا يفسد ما كان التصرف قابلا للفسخ كالإعارة والإيداع، غير أن المرهون يخرج من ضمان المرتهن زمن إعارته أو إيداعه، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده بعد ذلك.

فإن كان التصرف غير قابل للفسخ كالإجارة، يبطل عقد الرهن حينئذ، وليس للمرتهن إرجاع المرهون إلى يده إلا بعقد جديد.

ولهم في ذلك حجة وهي:

<sup>1</sup> دراسات في أصول المدائنات، نزيه حماد، 107، 108، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، توفيق إبراهيم أبو عقيل، 97.

<sup>2</sup> أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، 101، بدائع الصنائع، 6/ 139، الذخيرة، 8/ 124، بداية المجتهد، 274/2، المغني، 400/4، مدونة الفقه المالكي، 3/ 638، الفقه الاسلامي، 6/ 94، 95.

قوله تبارك وتعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً ﴾، (البقرة:282)، حيث أخبر - سبحانه وتعالى - أن المرهون مقبوض، فيقتضي كونه مقبوضا ما دام مرهونا؛ لأن الوصف يجري مجرى الشرط، ويلزم من عدم الشرط عدم المشروط، وخبر الله لا يتعلق بمعدوم، فدل ذلك على كون القبض مستداما.

كما أن الرهن في اللغة يعني الحبس وقد مر معنا، وكذلك معناه في الشرع، ومنه قوله تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾، (المدثر:38)، أي: حبيسة بكسبها، وقد سماه الله رهنا مما يقتضي أن يكون محبوسا ما دام مرهونا، مما يدل على أنه يشترط لصحة القبض أن يكون مستداما، لأن الحبس يعني دوام القبض<sup>1</sup>.

- أما عند المالكية فإن الرهن يبطل بكل هذه التصرفات، وليس للمرتهن أن يسترجع المرهون إلى يده إذا خرج بإعارة مطلقة وهي التي لا يشترط ردها إليه، أما إن اشترط ردها إليه أو أودعه إليه، فله أن يستعيده منه ما لم يفت المرهون ببيع أو وقف أو موت الراهن أو حجر عليه للفلس أو غيره من الوجوه، فليس للمرتهن حينئذ إرجاع المرهون إلى يده.

فقد عمم المالكية الشرط على ظاهره في قوله تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾، فألزموا وجود القبض واستدامته، كما أن المعنى الذي اشترط لأجله قبض المرهون في الابتداء هو أن تحصل وثيقة للمرتهن بقبضه فكانت استدامة القبض شرطا فيه<sup>2</sup>.

- ويرى الحنابلة أن الرهن إذا خرج باختيار المرتهن، فإنه لا يبطل، وإنما يزول لزومه ويبقى العقد وكأن لم يحدث فيه قبض، وللمرتهن المطالبة بإرجاعه إلى يده فمتى عاد إلى يده عاد بحكم العقد السابق، ولا حاجة لإنشاء عقد جديد؛ لأن العقد السابق لا يزال قائما، وكان القبض تأخر وتراخى عن العقد.

وحجتهم أن الرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه، فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة<sup>3</sup>.

2- أما إن خرج المرهون من يد المرتهن غصبا وعدوانا، كأن سرق أو اغتصب أو ضاع أو شرد إن كان حيوانا، فإن عقد الرهن يبقى صحيحا لازما باتفاق الفقهاء؛ لأن يد المرتهن ثابتة على المرهون حكما فكأنها لم تزل؛ ولأن ما ثبت بحق لا يرفع بباطل.

<sup>1</sup> بداية المجتهد، 275/2، بدائع الصنائع، 137/6، التقابض في الفقه الإسلامي، 185.

<sup>2</sup> مسائل في الفقه المقارن، عاطف محمد أبو هريبيد، 12.

<sup>3</sup> المغني، 401/4.



أما الشافعية فإنهم لا يشترطون الدوام لصحة قبض المرهون، فإذا خرج المرهون من يد المرتهن إلى يد الراهن أو غيره، طواعية واختياراً أم غصبا وإكراها، فإن الرهن لا يبطل، ويبقى وثيقة بالدين، غير أنه ليس للراهن طلب استرداد المرهون من المرتهن للانتفاع به إذا كان المرهون مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، عندها يجب استمرار يد المرتهن عليه؛ لأنه لا ضمان لحقه إلا بذلك وإلا تعرض حقه للتلف والضياع<sup>1</sup>.

وقد جعل رسول الله ﷺ الرهن مركوبا ومحلوبا ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن أو للمرتهن، فلم يجز أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين، أحدهما: إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك، والثاني: أنه جعل على الراكب والشارب نفقة الرهن، والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن، فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه<sup>2</sup>.

ثم إنهم قاسوا الرهن على الهبة بجامع أن كلا منهما عقد لازم بالقبض، فكما أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض فكذلك الرهن؛ "ولأنه عقد من شرط لزومه القبض، فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض كالهبة والصراف"<sup>3</sup>، فالرهن عقد يعتبر القبض في ابتدائه، لكن لا يشترط استدامته وفقاً للقاعدة الفقهية التي تقول: "يغتفر في البقاء ما لا يفتقر في الابتداء"<sup>4</sup>.

كما وأن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع؛ لجواز اشتراط الرهن على يدي عدل، فلما لم تكن استدامة القبض في البيع مع قوته شرطاً في صحته: فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن مع ضعفه شرطاً في صحته أولى؛ ولأن من جعل استدامة القبض فيه شرطاً فلا يخلو أن تكون استدامة قبضه مشاهدة أو حكماً، فلا يجوز أن يكون الشرط في صحة استدامة قبضه مشاهدة، لجواز خروجه من يده بعارية أو على يد عدل، فثبت أن الشرط في صحة استدامة قبضه حكماً، وهذا شرط معتبر؛ لأنه وإن خرج من يده باستحقاق فهو في حكم المقبوض له، لأنه لا يخرج عن سلطان المرتهن ولا يحال بينه وبينه<sup>5</sup>.

ولقد اعترض الجمهور على الشافعية بمناقشتهم أدلتهم بالآتي:

1- أن الحديث لم يعين الحالب والراكب فيحمل على المرتهن بإذن الراهن والمطلق يتأتى بصورة وهذه الصورة مجمع عليها فيسقط النص من غيرها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الأم، 150/3، أحكام الرهن في الشريعة، 101.

<sup>2</sup> الحاوي، الماوردي، 14/6.

<sup>3</sup> المصدر نفسه.

<sup>4</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة (55).

<sup>5</sup> الحاوي، 14/6.

<sup>6</sup> الذخيرة، القرافي، 125/8.

2- وأما قياسهم الرهن على الهبة غير صحيح؛ لأنه قياس مع الفارق المؤثر؛ لأن مقصود الهبة الملك وزوال اليد لا ينافيه، ومقصود الرهن التوثق وزوال اليد ينافيه ولا سيما والرهن معناه الاحتباس والثبوت<sup>1</sup>.

3- وأما استدلالهم باعتبار الجمهور استدامة القبض حكماً؛ وذلك بإجازتهم خروج المرهون من يد المرتهن بالعارية أو الوديعة أو وضعه في يد عدل، مدفوع بأن المرهون يخرج عن حكم الرهن بالعارية أو الوديعة سواء من الراهن أم من غيره، وأما العدل فهو وكيل عن المرتهن في حفظ المرهون، ويد الوكيل كيد الموكل<sup>2</sup>.

4- أن القبض صفة لازمة؛ لأن الرهن هو الاحتباس والدوام فإذا بطل القبض بطل الرهن فكما أجمعنا على معنى الرهن يجب دوامه فيجب دوام القبض وهو المطلوب، وأن يد المرتهن تبقى على المرهون فلم يبطل القبض خلافاً للبائع<sup>3</sup>.

5- أن في الابتداء له المطالبة بالقبض بمقتضى العقد فما وجد تفريط، أما إذا رده فقد فرط فقدم ذلك في الشرط<sup>4</sup>.

واعترض الشافعية على الجمهور بالآتي<sup>5</sup>:

1- أن استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَرَهَا نْ مَقْبُوضَةً﴾، فهو حجة عليهم، لأنه جعل الرهن وثيقة بحصول القبض، فإذا حصل القبض مرة فقد استقر القبض وحصل الرهن وثيقة أبداً.

2- وأما قياسهم على المبيع في يد بئعه لاستيفاء الثمن، فغير صحيح، لأن المبيع المحبوس بحق اليد لا العقد، فإذا زالت اليد زال حكم الاحتباس والرهن محبوس بحق العقد والقبض، فإذا زال استصحابه لم يبطل العقد المقترن به كقبض الهبات والصرف.

3- وأما قولهم: إن المقصود بعقد الرهن حصول الاحتباس والقبض كالمالك في البيع، فحجة تعكس عليهم؛ لأنه لما لم تكن استدامة الملك في البيع شرطاً في صحة العقد، بل لو شرط ألا يزيل المشتري ملكه عن المبيع بطل العقد وجب ألا تكون استدامة القبض في الرهن شرطاً في صحة العقد.

4- وأما قولهم: إن لزومه لما كان بالقبض وجب أن يزول لزومه بزوال القبض، فباطل بالعارية فإنه قد زال بها القبض ولم يزل بها لزوم الرهن على قولنا إن لزومه كان

<sup>1</sup> المصدر نفسه.

<sup>2</sup> الذخيرة، 125/8، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، 103، المغني، 403/4.

<sup>3</sup> الذخيرة، 125/8.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

<sup>5</sup> الحاوي، 14/6.

بالقبض لا باستدامة القبض، وخروجه من يده يزيل استدامة القبض ولا يزيل ما تقدم من القبض فلم يزل ما به لزم على أن حكم قبضه مستدام.

**وللفائدة** فإن منشأ الخلاف بين الشافعية والجمهور كان من اختلافهم في تحديد ما يفيد عقد الرهن: فيرى الجمهور أن عقد الرهن يفيد حق الحبس الدائم للمرتهن على المرهون، أما الشافعية فإنهم يرون أن عقد الرهن يفيد تعيين المرهون للبيع لوفاء الدين، وانبنى على هذا خلاف في عقد الرهن فهو الحبس أم التعيين للبيع<sup>1</sup>، " فعنده أفاد أنه صار ببيعه في دينه عند الأجل وإنما شرع القبض عنده ليلزم لأنه تبرع عنده لا يلزم إلا بالقبض وعندنا أنه محبوس بالدين عنده فيكون الاختصاص قائماً مقام ملك العين فهنا مقصودان حبسه واستحقاق البيع وهو أعظمهما"<sup>2</sup>.

### قبض العدل للرهن:

**العدل لغة**<sup>3</sup>: خلاف الجور يقال: عدل عليه في القضية فهو عادل، وفلان من أهل المعدلة، أي من أهل العدل، ورجل عدل، أي رضا ومقنع في الشهادة، فالعدل من الناس: المرضي المستوي الطريقة.

**والعدل اصطلاحاً**<sup>4</sup>: يدور حول ذات المعنى؛ لأنه محل رضا كل من الراهن والمرتهن، فهو الشخص الذي ائتمنه الراهن والمرتهن ووضعوا عنده الرهن وسلماه له، والعدل هنا ليس بمعنى العدل الوارد في المادّة ( 1705 ) والتي تنص على أن العدل " شَخْصٌ حَسَنَاتُهُ غَالِبَةٌ عَلَى سَيِّئَاتِهِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ"، بإطلاق لفظ العدل عليه ناشئ عن كونه عدلاً بزعم الراهن والمرتهن، وليس بحيث إنه شخص حسناته غالبية على سيئاته في نفس الأمر، وعلى هذا يمكن الشخص أن يكون عدلاً في الرهن، سواء أكان عدلاً بمعنى المادة ( 1705 ) أو لم يكن، ولا يشترط توكيل هذا العدل لبيع الرهن فيجوز أن يكون عدلاً إن توكل أو لم يتوكل.

ويعتبر العدل نائباً ووكيلاً عن الراهن والمرتهن: أما الراهن فلقيامه بحفظ المرهون باختيار الراهن وثقته به، وأما المرتهن فلقبضه الرهن برضاه، بل ويرى الحنفية بأنه وكيل عن المرتهن في مالية المرهون "لأنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ فَيَصِيرُ الْعَدْلُ وَكَيْلًا فِي اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ"<sup>5</sup>، فيعد احتباسه له استيفاء للدين، هذا ولا يشترط الفقهاء أن يكون العدل موكلاً في بيع المرهون عند حلول الأجل، فلو جعل عدل في الإمساك وعدل آخر

<sup>1</sup> أحكام الرهن، 104.

<sup>2</sup> الذخيرة، 124/8

<sup>3</sup> الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري، 1760/5، مقاييس اللغة، ابن فارس، 200/4..

<sup>4</sup> رد المحتار، 318/27، درر الحكام، 62/2.

<sup>5</sup> بدائع الصنائع، 148/6.

في البيع جاز؛ لأن كل منهما أمر مقصود فيصح إفراده بالتوكيل، كما يصح اجتماعهما في عدل واحد، فيصير عدلا في الإمساك وفي البيع<sup>1</sup>.

هذا وقد رأى الفقهاء رأيين في جواز اتفاق الراهن والمرتهن على وضع الرهن في يد عدل يختارانه:

**الأول:** ما ذهب إليه الجمهور<sup>2</sup> من الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية، من جواز وضع الرهن في يد العدل، وأن يد العدل تقوم مقام يد المرتهن، فيصح ويلزم ويتم كل رهن تم قبضه بيد العدل، فإذا كان الرهن على يدي عدل وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق صح ويصح بيعه، وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء الأمصار، "وقوله تعالى: ﴿مَقْبُوضَةٌ﴾، يقتضي بينونة المرتهن بالرهن وأجمع الناس على صحة قبض المرتهن وكذلك على قبض وكيله، واختلفوا في قبض عدل يوضع الرهن على يديه، فقال مالك وجميع أصحابه وجمهور العلماء: قبض العدل قبض"<sup>3</sup>.

ولهم في ذلك أدلة وهي:

#### أولا: القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿مَقْبُوضَةٌ﴾ يقتضي بينونة المرتهن بالرهن، كما أن الله - سبحانه وتعالى - اشترط قبض المرهون دون تفريق أو فصل بين قبض المرتهن وقبض العدل، فعموم قوله تعالى: ﴿فَرَهُنَّ مَقْبُوضَةٌ﴾، أشار إلى جواز قبض كل واحد منهما<sup>4</sup>.

#### ثانيا: الأدلة العقلية:

1- حيث قاسوا القبض في الرهن على سائر العقود كالهبة والبيع، كما أن " العدل وكيل للمرتهن في القبض فكان القبض بمنزلة الوكالة في الهبة وسائر المقبوضات بوكالة من له القبض فيها"<sup>5</sup>.

2- أن المرهون إذا صار عند العدل صار مقبوضا لغة وحقيقة؛ لأن العدل نائب عن صاحب الحق وبمنزلة الوكيل<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الذخيرة، 120/8، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، 110.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 141/6، المدونة الكبرى، 138/4، مغني المحتاج، 133/2، المغني، 423/4.

<sup>3</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 261/2.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، 142/6، أحكام القرآن، الجصاص، 261/2.

<sup>5</sup> بدائع الصنائع، 142/6.

<sup>6</sup> الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، 386/3.

**الثاني:** وهو ما رآه ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والأوزاعي، وابن حزم، وغيرهم، إلى أنه لا يجوز وضع المرهون عند عدل باتفاق الراهن والمرتهن، بل يجب أن يقبضه المرتهن وإلا لكان المرهون غير مقبوض<sup>1</sup>.

وأدلتهم كالاتي:

**أولاً: القرآن الكريم:**

"قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً ﴾، إنما ذكر الله تعالى القبض في الرهن مع ذكره المتدائنين في السفر إلى أجل عند عدم الكاتب<sup>2</sup>، فذكر الله - سبحانه وتعالى - المتدائنين ولم يذكر العدل، مما يفهم منه أن القبض مهمتهما وليست مهمة العدل، فكل قبض يتولاه العدل باطل.

**ثانياً: السنة النبوية:**

عن عائشة - رضي الله عنها -: "أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل فرهنه درعه"<sup>3</sup>.

فأقبض رسول الله ﷺ الدرع الذي له الدين، وهذا هو القبض الصحيح، وأما قبض غير صاحب الدين فلم يأت به نص ولا إجماع، واشتراط أن يقبضه فلان لا صاحب الدين شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل<sup>4</sup>.

**ثالثاً: الأدلة المعقولة:**

أن العدل يرجع عند استحقاق المرهون على الراهن إذا اختار المستحق تضمينه، مما يدل على أن العدل نائب أو وكيل عن الراهن لا المرتهن، وقبض الراهن باطل، وكذا قبض وكيله، فكل مرهون قبض على يد العدل كان غير مقبوض<sup>5</sup>، كما أن "القبض من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب"<sup>6</sup>.

واعترض على قولهم هذا بأن رجوع العدل بضمان الاستحقاق على الراهن إنما كان باعتبار مالكا للمرهون في الظاهر، وتبعات المملوك تكون على المالك ولو في الظاهر، مما يدل على أن يد العدل ليست كيد الراهن - بل كيد المرتهن، بدليل أن العدل يملك رد

<sup>1</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 261/2، الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، 386/3، المغني، 423/4، المحلى، 88/8.

<sup>2</sup> المحلى، 88/8.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، 767/2، كتاب: البيوع، باب: شراء الطعام إلى أجل، حديث رقم (2088).

<sup>4</sup> المحلى، 88/8.

<sup>5</sup> أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، 109.

<sup>6</sup> المغني، 418/4.

المرهون برضى المرتهن، ولو كانت يد العدل كيد الراهن لتمكن الراهن من رد المرهون إلى ذمته من يد العدل متى شاء، كما أن قبض العدل يعتبر شرطا لم يحل حراما أو يحرم حلالا فهو شرط جائز شرعا<sup>1</sup>.

والراجح - والله أعلم وأحكم - ما اتفق عليه الجمهور من جواز قبض العدل للمرهون، لوضوح حاجتهم وقوة أدلتهم، ولما في رأيهم من سعة ومرونة تضمن توثيق الحقوق دون تضيق على الناس.

### موانع القبض في عقد الرهن:

طبقا لما سبق فإن عقد الرهن عقد جائز وغير ملزم للراهن ما لم يقبض، وللراهن الرجوع عنه قبل القبض عند الجمهور باستثناء - المالكية - غير أنه ثمة أمور تطرأ على عقد الرهن قبل القبض تبطله وتحول دون قبض المرهون مما يجعلها تعد في حكم الرجوع عن الرهن، سواء أحدثت قبل إذن الراهن للمرتهن بالقبض أم بعده؛ لأن للراهن الرجوع عن الإذن قبل القبض وهذه الأمور هي<sup>2</sup>:

### أولا: ما ينشئه الراهن من تصرفات:

تصرف الراهن في المرهون قبل قبض المرتهن له بما يفيد التملك ويزيل ملك الراهن له: كالبيع أو الوقف أو الهبة أو غيرها، أو جعله عوضا في عقد: كالزواج أو الخلع أو الإجارة، أو رهنه ثانية، يبطل الرهن عند الجمهور من حنفية وشافعية وحنابلة؛ لأن المرهون يخرج بها عن إمكانية استيفاء الدين منه، وتكون هذه التصرفات صحيحة وناقذة دون إذن المرتهن؛ لأنه لم يتعلق له حق بالمرهون قبل أن يقبضه، وسواء أكان الرهن مشروطا بالعقد أم متطوع به، غير أنه يثبت للمرتهن الرهن المشروط الخيار بين إمضاء العقد والرضي به دون رهن، أو فسخه، وقد نصت المادة (706) على أنه "يُنْعَقِدُ الرَّهْنُ بِإِجَابٍ وَقَبُولٍ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فَقَطُّ لَكِنْ مَا لَمْ يُوجَدِ الْقَبْضُ لَا يَتِمُّ وَلَا يَكُونُ لَازِمًا وَبِنَاءٍ عَلَيْهِ يَجُوزُ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَرْجِعَ عَنِ الرَّهْنِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ"<sup>3</sup>؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَرِهْنٌ

مَقْبُوضَةٌ﴾، فلما كان معقولا أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع، ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة لم يجز أن يكون رهنا إلا بما أجازاه الله - عز وجل - به من أن يكون مقبوضا وإذا لم يجز للراهن ما لم يقبضه المرتهن منه منعه منه، وكذلك لو أن له

<sup>1</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 261/2، أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، 109، التقابض في الفقه، 188.

<sup>2</sup> أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، 104.

<sup>3</sup> درر الحكام، 66 / 2

في قبضه فلم يقبضه المرتهن حتى رجع الراهن في الرهن كان ذلك له لما وصف من أنه لا يكون رهنا إلا بأن يكون مقبوضاً<sup>1</sup>.

غير أن بعض الشافعية والحنفية استثنوا عقد الإجارة من ذلك، فهي لا تبطل الرهن وإن كانت صحيحة؛ لأنه يجوز بيع ورهن المؤجر، ولا تنافي بين الإجارة والرهن، فيجوز استيفاء الدين من المؤجر وإن انقضى أجل الدين قبل انقضاء مدة الإجارة، وزاد بعض الشافعية شرطاً آخر لكي يكون الرهن الثاني أو الهبة مبطلاً للرهن الأول وهو: تسليم المرهون رهناً أولياً للموهوب له أو للمرتهن الثاني.

والمالكية وإن رأوا لزوم الرهن بمجرد الإيجاب والقبول، وبضرورة تسليم الراهن المرهون للمرتهن، فإنهم مع ذلك يجيزون تصرف الراهن في المرهون قبل القبض، وإذا ما حدث هذا التصرف فإنه ينظر:

- إذا كان تصرف الراهن في المرهون ناشئاً عن تقصير من المرتهن في قبض المرهون، فإن تصرف الراهن صحيح وليس للمرتهن المطالبة بمرهون آخر "ولا يطالبه برهن غيره لأن إهماله في يده حتى باع كرهه له... لتمكّنه من القبض"<sup>2</sup>، أما إذا لم يفرض المرتهن في قبض المرهون وألح في طلبه ففيه ثلاثة آراء:

**الأول:** إذا كان المرهون المبيع باقياً وموجوداً، لا ينفذ البيع والمرتهن رده، وقيل إنما يبطل الرهن إذا سلّم المشتري السلعة قبل بيع الرهن أما وسلعته قائمة لا يلزمه تسليم حتى يدفع إليه رهناً فرط في القبض أم لا، ومعنى قوله قائمة بمثله صفةً وقيمة أن السوق قد ينحط فلا يفي بدينه أو الأول عقار لا يضمن فيأتيه بما يضمن فيتضرر.

**الثاني:** ينفذ البيع ويجعل ثمنه مكانه؛ لأن "تمكّنه من القبض يدل على أنه لو بادر يبطل الرهن ومضى البيع وبقي ثمنه رهناً"<sup>3</sup>.

**الثالث:** ينفذ البيع ويصير الدين بلا رهن، ولا يوضع الثمن رهناً مكانه، ولكن يثبت للمرتهن الخيار بين: إمضاء العقد والقبول به دون رهن، أو فسخه.

- أما إذا لم يسلم المرتهن المبيع أو القرض إلى الراهن وباع الراهن المرهون، لا يلزم المرتهن تسليم المبيع أو القرض إليه، سواء أفرط في قبض المرهون أم لم يفرض حتى يأتيه برهن مكانه.

<sup>1</sup> الأم، 142/3.

<sup>2</sup> الذخيرة، 116/8.

<sup>3</sup> المصدر نفسه.

ثانياً: ما يطرأ على المتعاقدين من عوارض:

### 1- موت أو جنون أو عته أو سفه أحد العاقدين:

إذا مات أحد العاقدين أو جن أو حجر عليه لسفه أو عته قبل قبض المرهون، فإن للفقهاء في الحكم على عقد الرهن أقوال:

- ذهب الحنفية وبعض الشافعية إلى بطلان الرهن بزوال أهلية العاقد قبل لزوم الرهن؛ لأن الرهن من العقود الجائزة، وهي عقود تبطل بأحد هذه العوارض كالوكالة، سواء أكان الرهن مشروطاً أم متطوعاً به، غير أنه يثبت للمرتهن أو وليه أو ورثته الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في الرهن المشروط<sup>1</sup>.

- وذهب الحنابلة والشافعية في الأصح عندهم إلى عدم بطلان عقد الرهن؛ لأنه وإن كان من العقود الجائزة إلا أن مصيره إلى اللزوم، قياساً على البيع في مدة الخيار، وسواء في ذلك الرهن المشروط والرهن المتبرع به، ويقوم ولي العاقد الذي طرأ عليه أحد هذه العوارض مقامه: فإن كان هذا العاقد هو الراهن وكان تقبيل المرهون في مصلحته، كأن يكون شرط في بيع يستتضر بفسخه: أقبضه، وإن كان ضد مصلحته لم يجز له تقبيليه، وإن كان هذا العاقد هو المرتهن تولى القبض وليه إن طلب الراهن الإقباض، وإن امتنع الراهن عن الإقباض لا يجبر على ذلك وللمرتهن الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه<sup>2</sup>.

وفي حال موت الراهن يتولى ورثته الإقباض مكانه ويقوم ورثة المرتهن مقامه في القبض، كما لا يجبر ورثة الراهن على تقبيل المرهون؛ لأنه لا يجبر مورثهم على ذلك، وفي هذا الحال فإن ورثة المرتهن بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه.

كما لا يجوز لورثة الراهن تقبيل المرهون للمرتهن أو ورثته إذا ما تعلق بالمرهون حقوق لغرماء آخرين أو وصايا، حتى تعطى هذه الحقوق لأصحابها؛ لأن هذه الحقوق تعلق بالتركة قبل لزوم حق المرتهن، وعندها فللمرتهن الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه إذا كان الرهن مشروطاً، أما إذا رضي الغرماء أو أهل الوصايا فيجوز عندها تسليم المرهون للمرتهن.

- وذهب المالكية إلى بطلان عقد الرهن بموت أو مرض أو سفه الراهن، سواء أفرط المرتهن في قبض المرهون أم لم يفرط، وسواء أكان الرهن مشروطاً أم لا؛ لأن الرهن قد لزم بالإيجاب والقبول، ويشترط في عاقد الرهن ما يشترط في البائع من كمال الأهلية؛ لأن الرضا أساس العقود، وغير كامل الأهلية ينعقد رهنه إن اشترط عليه الرهن في صلب عقد الدين - وإن تبرع السفه بالرهن بعد عقد الدين، فهو تبرع باطل لا يعتد به -

<sup>1</sup> الأم، 142/3، درر الحكام، 68/2.

<sup>2</sup> المهذب، 307/1، المغني، 404/4.



ويتوقف إمضاؤه على زوال الإكراه أو إذن ولي السفية، فإن أمضاه صح وإلا بطل؛ لأن كامل الأهلية وإن وجد منه الرضا فهو رضا غير كامل<sup>1</sup>.

## 2- الحجر على أحد العاقدين للفلس:

يبطل الرهن إذا ما أفلس الراهن قبل قبض المرهون، وطلب الغرماء الحجر عليه عند من قال بجواز الحجر على المدين المفلس من الفقهاء، وليس للراهن أن يُقبض المرتهن المرهون؛ لأن في ذلك تخصيص للمرتهن بثمن المرهون وهو ما لا يجوز للراهن؛ لأنه بذلك يخصصه دون باقي الغرماء، وفي المقابل يثبت عند الجمهور الخيار للمرتهن في فسخ العقد أو إمضائه إذا كان الرهن مشروطاً فيه، أما المالكية فإنهم يرون بطلان عقد الرهن بإفلاس الراهن، سواء أفرط الراهن في قبض المرهون أم لم يفرط، وسواء أكان الرهن مشروطاً أم متطوعاً به.

ولا يبطل الرهن بإفلاس المرتهن قبل قبضه المرهون دون خلاف؛ لأن فيه منفعة له<sup>2</sup>.

## 3- مرض أحد المتعاقدين مرض الموت<sup>3</sup>:

إذا مرض المرتهن مرض الموت قبل قبضه للمرهون، فإن الرهن لا يبطل باتفاق الفقهاء؛ لأن في ذلك منفعة ظاهرة له وهي ضمان حقه من الضياع.

أما إذا مرض الراهن مرض الموت قبل القبض ففي بطلان عقد الرهن خلاف:

حيث ذهب الحنفية والمالكية وكذلك الشافعية في قول لهم إلى: بطلان الرهن بمرض الراهن مرض الموت قبل أن يقبض المرهون، وليس للراهن إقباض أو تسليم المرهون للمرتهن، إذا كان ماله مستغرقاً بالدين، وله غرماء آخرون، إذ ليس له أن يوفي بعض الغرماء ديونهم دون بعض، لتعلق حقوقهم جميعاً بماله، إلا إذا رضي سائر الغرماء، وللمرتهن في هذه الحال إمضاء العقد أو فسخه.

وقال الشافعية في الأصح، والحنابلة في قول: أن الرهن لا يبطل بمرض الراهن مرض الموت، وللمريض أن يخص بعض غرمائه بالوفاء، ولو أحاط الدين بماله؛ لأنه يؤدي ما وجب عليه، فله إقباض الرهن.

<sup>1</sup> مواهب الجليل، 3/5، بلغة السالك 2 / 113، مدونة الفقه المالكي، 3/ 629.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 146/.

<sup>3</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 93/6، بدائع الصنائع، 148/6، بداية المجتهد، 276/2، المغني، 405/4، مغني المحتاج، 128/2.

ثالثاً: ما يعرض للمرهون:

وفيه صورتان:

### 1- تعيب المرهون:

إذا أصيب المرهون بعيب قبل أن يقبضه المرتهن، كأن شرد الحيوان، أو انهدم العقار المرهون، أو صار العصير خمراً، أو ابتل الطعام أو نحو ذلك، فللفقهاء خلاف في بطلان الرهن هو كالتالي:

- ذهب الحنفية والمالكية والشافعية - في الأصح عندهم - والحنابلة: إلى عدم بطلان الرهن بتعيب المرهون قبل القبض؛ لأن ماليته لم تذهب بالكامل، وللمرتهن الخيار في فسخ العقد أو إمضائه إن كان الرهن مشروطاً فيه؛ لأنه تُعيب ونقص ثمنه، ويثبت له خيار العيب كالمبيع وليس له طلب أرش العيب؛ لأنه لو تلف المرهون بجملته قبل القبض فليس له أن يطلب بدله فبعضه أولى<sup>1</sup>.

أما إذا خرج المرهون عن المالية مثل: العصير المرهون الذي يتغير إلى خمر، فإنه يخرج عن حكم الرهن، ويبقى عقد الرهن على حاله وهو ما يراه الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح عندهم؛ لأنه يغتفر في الدوام والبقاء ما لا يغتفر في الابتداء؛ ولأنه كانت له قيمة حالة كونه عصيراً، فيجوز أن تكون له قيمة باستحالته خلا، ويعود بذلك إلى الرهنية بالعقد السابق مع ثبوت الخيار للمرتهن في فسخ العقد أو إمضائه إن كان الرهن مشروطاً؛ لأن الخل أقل قيمة من العصير<sup>2</sup>.

أما الشافعية - في قول - والحنابلة فإنهم يرون بطلان الرهن بتحول المرهون خمراً قبل القبض، ولا يعود رهناً بعوده خلا؛ لاختلال المحل في حال ضعف الرهن وجوازه<sup>3</sup>.

- وذهب الشافعية - في قول -: إلى أنه يبطل الرهن بتعيب المرهون قبل قبضه، مع ثبوت الخيار للمرتهن في إمضاء العقد أو فسخه إذا كان الرهن مشروطاً؛ لضعف الرهن قبل القبض فأشبهه الوكالة<sup>4</sup>.

### 2- تلف المرهون:

يبطل الرهن بتلف المرهون، كموت الحيوان أو انهيار العقار أو ضياع المركوب، باتفاق الفقهاء؛ لذهاب ماليته بالكامل فصار لا يمكن لانتفاع به؛ ولأن عقد الرهن ينتهي بهلاك

1 الهداية شرح البداية، المريغياني، 152/4، الذخيرة، 144/8، كشاف القناع، 329/3.

2 فتح العزيز بشرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الراعي القزويني، 80/10، كشاف القناع، 330/3.

3 المصدر نفسه

4 فتح العزيز، 80/10.

المرهون بعد القبض، فبطلانه قبل القبض أولى، ويثبت عنده الخيار للمرتهن في إمضاء العقد أو فسخه إذا كان الرهن مشروطاً<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> الام، 159/3، مغني المحتاج، 129/2، كشف القناع، 329/3، المغني، 405/4.

## المطلب الثاني: الهبة

**الهبة لغة:** من وهب له الشيء يهبه وهبا وهبة أي: أعطاه إياه بلا عوض، وانهب منه الهبة: قبلها، والاتهاب: قبول الهبة، والاسم الموهب والموهبة، بكسر الهاء فيهما، والاستيهاب: سؤال الهبة ويقال أوهب إلى من المال كذا أي: ارتفع، وأصبح فلان موهباً لكذا أي: معدا له، فهي: إيصال النفع إلى الغير<sup>1</sup>.

والهبة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له، ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع: هبات ومواهب، ورجل وهاب ووهابة أي: كثير الهبة والهاء للمبالغة، ويقال وهبني الله فذاك أي: جعلني فذاك<sup>2</sup>.

والهبة هي العطيّة الخالية عن الأغراض والأغراض فإذا كُنَّ رُتِ سُمِّيَ صاحبها وهَّاباً، والوهَّابُ من صفاتِ الله المنعم على العباد والله تعالى الوهَّابُ الواهِب، وقد ورد عنه ﷺ:

" إِنَّ رَجَالاً مِّنَ الْعَرَبِ يُهْدَى أَحَدُهُمُ الْهَدْيَةَ فَأَعْوَضَهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا عِنْدِي ثُمَّ يَنْسَخُطُهُ فَيَطْلُ يَنْسَخُطُ فِيهِ عَلَيَّ وَإِيمُ اللَّهِ لَا أَقْبَلُ بَعْدَ مَقَامِي هَذَا مِنْ رَجُلٍ مِّنَ الْعَرَبِ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ أَوْ دَوْسِيٍّ"<sup>3</sup>. فلا يقبل هبة إلا من هؤلاء؛ لأنهم أصحاب مُدُنٍ وقُرَى وهم أعرف بمكارم الأخلاق، وقد رأى ﷺ جفَاءً في أخلاق البادية وذهاها عن المروءة وطلباً للزيادة على ما وهبوا فخصَّ أهل القرى العربية خاصة بقبول الهدية منهم دون أهل البادية لغلبة الجفاء على أخلاقهم وبُعدهم من ذوي النُّهى والعُقُول<sup>4</sup>.

### واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: " تَمْلِيكُ الْمَالِ بِلَا عَوْضٍ"<sup>5</sup>، وهو تعريف يصدق على الوصية بالمال، فإنها أيضاً تملك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعاً عن دخول الأغيار، فلو زادوا قيدَ (في الحال) فقالوا: هي تملك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك، فإن الوصية تملك بعد الموت لا في الحال<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الصحاح، 235/1، مادة: وهب.

<sup>2</sup> المعجم الوسيط، 1059/2، أنيس الفقهاء، 95/1.

<sup>3</sup> صحيح الترمذي، 730/5، كتاب: المناقب، باب: مناقب في تقيف وبني حنيفة، حديث رقم (3946)، صححه الألباني.

<sup>4</sup> لسان العرب، 803/1، مادة: وهب.

<sup>5</sup> العناية شرح الهداية، 265/12.

<sup>6</sup> فتح القدير، 458 / 19.

وعرفها المالكية بأنها: "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض"<sup>1</sup>، أو "تَمْلِيكَ مَنْ لَهُ التَّبْرُغُ دَاتًا تُنْقَلُ شَرْعًا بِلَا عَوْضٍ لِأَهْلِ بَصِيغَةٍ أَوْ مَا يَدُلُّ"<sup>2</sup>.

- فعبرة "تَمْلِيكَ مَنْ لَهُ التَّبْرُغُ" من إضافة المصدر لفاعله. أي: من له أن يتبرع بالذات الموهوبة، فمن له ذلك فله أن يهب تلك الذات، ومن لا فلا.

- وقوله: " دَاتًا " خرج تمليك المنفعة كالإجارة والوقف والوكالة والإعارة، فإنه ليس في شيء من ذلك تمليك ذات.

- وقوله: " نُقِلَ شَرْعًا " خرج به ما لا يقبل النقل شرعا كأم الولد.

- و "بلا عَوْضٍ " خرج به البيع وهبة الثواب.

- وقوله: " لِأَهْلِ " أي: مستحق فيخرج الحربي أو هبة المصحف لذمي.

- أما " بَصِيغَةٍ " فمتعلق بتمليك، أي: تمليك مصاحب لصيغة، وتكون صيغة صريحة.

- وقوله: " أَوْ مَا يَدُلُّ " أي: على التمليك وإن معاطاة.

ورأى الشافعية أنها: "التَّمْلِيكَ لِعَيْنٍ بِلَا عَوْضٍ فِي حَالِ الْحَيَاةِ تَطَوُّعًا"<sup>3</sup>.

- فخرج بالتمليك العارية والوقف.

- وخرج بالعين الدين والمنفعة.

- وبنفي العوض ما فيه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة.

- وبالحياء تخرج الوصية؛ لأن التمليك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت، وبالتطوع الواجب من زكاة وكفارة ونحوهما.

أما عند الحنابلة: "تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه موجودا مقدورا على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفا، من لفظ هبة وتمليك ونحوهما"<sup>4</sup>.

- فكلمة تمليك لإخراج العارية.

- والمال لإخراج ما ليس بمال كالكلاب والخمر.

<sup>1</sup> منح الجليل، محمد عيش، 174/8.

<sup>2</sup> حاشية الصاوي، 198/9، الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن الطاهر، 432/6، مؤسسة المعارف، بيروت، 5، 2007.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 396/2.

<sup>4</sup> كشاف القناع، البهوتي، 298/4.

- والمقدور على تسليمه لإخراج الحمل والحيوان الشارد.

- وغيرا لواجب لإخراج الديون والنفقات.

- وفي الحياة لإخراج الوصية.

- وبلا عوض لإخراج عقود المعاوضات.

### أحكام قبض الهبة:

اختلف الفقهاء في علاقة القبض بالهبة على عدة أقوال:

الأول<sup>1</sup>: ما يراه الأحناف والشافعية من اشتراط القبض للزوم الهبة، حتى إنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض عند الشافعية؛ لأنه عقد إرفاق كالقرض فلا يُملك إلا بالقبض، فالقبض شرط لثبوت العقد وانتقال الملك في الهبة، بل واشترط الشافعية والحنابلة في أحد رواياتهم الإذن في القبض أيضا، فيكون الموهوب ملكا للواهب مالم يقبض، ولا يصح القبض إلا بإذنه.

لكن الحنفية قالوا بأن القبض شرط لتمام العقد، أما الملك فيثبت مطلقا في مجلس العقد.

ورأى الشافعية جواز رجوع الأب عن هبته لولده ولو قبضها؛ وكذلك سائر الأصول عندهم، ورأى الأحناف أن اللواهب الرجوع عن هبته بعد القبض سواء أرضي الموهوب له أم لم يرض، وللواهب الرجوع للقضاء إذا لم يرض الموهوب له فيفسخ الهبة، هذا مالم يكن الموهوب له أحد أصول الواهب أو فروعه أو إخوته أو أعمامه أو زوجه حال قيام الزوجية؛ لأنه في هذه الحال تلزم الهبة بالقبض ولا سبيل للرجوع عنها.

ولهم في ذلك أدلة من السنة والقياس والإجماع:

1- ما رواه أبو هريرة عن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: " يَقُولُ الْعَبْدُ مَالِي مَالِي إِنَّمَا لَهُ مِنْ مَالِهِ ثَلَاثُ مَا أَكَلَ فَأَقْنَى أَوْ لَيْسَ فَأَبْلَى أَوْ أُعْطِيَ فَأَقْتَنَى وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ ذَاهِبٌ وَتَارِكُهُ لِلنَّاسِ "، فاقنتني أي: ادخر لأخرتي، أي: ادخر ثوابه<sup>2</sup>.

وفي رواية مُطَرِّفٍ عَنِ أَبِيهِ قَالَ: " أَنْبِئْتُ النَّبِيَّ ﷺ وَهُوَ يَقْرَأُ (الْهَآكُمُ التَّكَآثُرُ) قَالَ: يَقُولُ ابْنُ آدَمَ مَالِي مَالِي، قَالَ: وَهَلْ لَكَ يَا ابْنَ آدَمَ مِنْ مَالِكَ إِلَّا مَا أَكَلْتَ فَأَقْنَيْتَ أَوْ لَيْسَتْ فَأَبْلَيْتَ أَوْ

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 400/2، روضة الطالبين، 375/5، بدائع الصنائع، 129/6.  
<sup>2</sup> صحيح مسلم، 2273/4، كتاب: الزهد والرقائق، باب: الزهد والرقائق، حديث رقم (2959).

تَصَدَّقَتْ فَأَمْضِيَتْ"<sup>1</sup>، ووجه الدلالة أن الله - سبحانه وتعالى - اعتبر الإمضاء في الصدقة، ويكون الإمضاء بالتسليم والإقباض مما يدل على اشتراط القبض فيها<sup>2</sup>.

2- عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: "إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز على فقرا منك وإني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك فإنما هو اليوم مال وارث وإنما هو أخوك وأختاك فاقسموه على كتاب الله - عز وجل - قالت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية فولدت جارية"<sup>3</sup>.

فقوله - رضي الله عنه -: (جذذتيه واحتزتيه كان لك) دال على أن الهبة إنما يملكها صاحبها إذا ما قبضها، فإن لم يقبضها لم يملكها، وهذا الأثر نص في اشتراط القبض في صحة الهبة، حيث إنه كان قد وهبها في صحته ولم يقبضها حتى مرض، والإقباض في مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح.

3- ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسونها، قال: فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي ولم أعطه أحدا وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه. من نحل نحلة لم يحزها الذي نُحِلَّهَا حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل"<sup>4</sup>.

قوله: (لم يحزها) من الحوز أي: لم يجمعها ولم يقبضها الذي نُحِلَّهَا، أي: الذي أعطيتها وهو الموهوب له حتى تكون النحلة إن مات لورثة الواهب فهي -أي تلك النحلة - باطل لا تفيد ملكا بل هو مشترك بين الورثة.

4- ما روي من اتفاق أبي بكر وعمر وعثمان وعلي - رضوان الله عليهم - من أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة<sup>5</sup>.

5- واستدلوا بالقياس بأن الهبة "عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَوْ صَحَّتْ بِدُونِ الْقَبْضِ لَثَبَّتْ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ وَلَايَةُ مُطَالَبَةِ الْوَاهِبِ بِالتَّسْلِيمِ فَتَنْصِيرُ عَقْدِ ضَمَانٍ وَهَذَا تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِجَابِ الْمَلِكِ فِيهَا قَبْلَ الْقَبْضِ تَغْيِيرُهَا عَنْ مَوْضِعِهَا إِذْ لَا مُطَالَبَةَ قَبْلَ الْمُنْبَرِّعِ

<sup>1</sup> صحيح مسلم، 2273/4، كتاب: الزهد والرفائق، حديث رقم (2958).

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 123/6.

<sup>3</sup> الموطأ، 752/2، كتاب: الأفضية، باب: ما لا يجوز من النحل، حديث رقم (1438).

<sup>4</sup> الموطأ، 753/2، كتاب: الأفضية، باب: ما لا يجوز من انحل، حديث رقم (1439).

<sup>5</sup> المغني، 273/6.

وهو الْمُوصِي لِأَنَّهُ مَيِّتٌ وَكَذَلِكَ الْقَبْضُ شَرْطُ جَوَازِ الصَّدَقَةِ لَا يُمْلِكُ قَبْلَ الْقَبْضِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ"<sup>1</sup>.

6- كما أن ذلك سدا للذريعة؛ لأن نفاذ الهبة بعد حصول المانع وعدم الحيابة يؤدي إلى إبطال حق الورثة، إذ إن كل من أراد أن يمنع ورثته من ميراثه تحيل لذلك بالهبة لماله، ويبقيه في يده دون أن يحوزه الموهوب له، إذا مات أخذه الموهوب له، وفي ذلك تعد على حقوق الورثة ومنع ما أوجبه الله تعالى لهم<sup>2</sup>.

### مناقشة الأدلة:

احتج المعترضون على هذا المذهب بمناقشاتهم الآتية:

1- قول رسول الله ﷺ: " أَوْ تَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ " فلم يقل ﷺ أن الإمضاء هو شئ آخر غير التصدق والإعطاء، ولا جاء ذلك قط في لغة بل كل تصدق وإعطاء إمضاء، فاللفظ بهما إمضاء لهما وإخراج لهما عن ملكه، كما أن الأكل نفسه هو الإفناء واللباس هو الإبلاء؛ لأن لكل لبسة حظها من الإبلاء، فإذا تردد اللباس ظهر الإبلاء فبطل تعلقهم بهذا الخبر، وأيضا فإن من قال: مالي هذا صدقة على فلان، أو قال: قد تصدقت عليك بهذا الشيء، أو قال: مالي هذا هبة لفلان فلا يختلف اثنان ممن يحسن اللغة العربية في أنه يقال: قد تصدق فلان بكذا على فلان وقد وهب له كذا فلو لم تكن الصدقة كاملة تامة باللفظ لكان المخبر عنه بأنه تصدق أو وهب كاذبا فوجب حمل الحكم على ما توجه به اللغة ما لم يأت نص بحكم زائد لا تقتضيه اللغة فيوقف عنده ويعمل به<sup>3</sup>.

2- وأما نص الحديث المروي عن السيدة عائشة - رضي الله عنها -: "إن أبا بكر كان نخلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية...."، فلا يخلو ضرورة من أحد أمرين لا ثالث لهما، إما أن يكون أراد نخلا تجد منها عشرين وسقا وإما أن يكون أراد تمرا يكون عشرين وسقا مجدودة ولا بد من أحدهما، وأي الأمرين كان فإنما هي عدة لا إلزام فيها؛ لأنها ليست في معين من النخل ولا معين من التمر وقد تجد عشرين وسقا من أربعين نخلة، وقد تجد من مائتي نخلة، وقد لا تجد من نخلة بالغابة عشرون وسقا لعاهة تصيب الثمرة فهذا لا يتم إلا حتى يعين النخل أو الأوساق في نخله فيتم حينئذ بالجذاذ والحيابة فليست هذه القصة من الهبة المعروفة المحدودة ولا من الصدقة المعلومة المتميزة في ورد ولا صدر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 6/123.

<sup>2</sup> الفقه المالكي وأدلتها، الحبيب بن طاهر، 6/434، ط1، مؤسسة المعارف، بيروت، 1430هـ.

<sup>3</sup> المحلي، 9/122-123.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.



3- أما قول عمر - رضي الله عنه - أراد به النهي عن التحيل بنحلة الوالد ولده نحلة موقوفة على الموت فيظهر أنه نحل ولده شيئاً ويمسكه في يده ويستغله، فإذا مات أخذه ولده بحكم النحلة التي أظهرها وإن مات ولده أمسكه ولم يعط ورثة ولده شيئاً، وهذا على هذا الوجه محرم، فمنهاهم عن هذا حتى يحوزها الولد دون والده فإن مات ورثها ورثته كسائر ماله، وإذا كان المقصود هذا اختص بهبة الولد وشبهه<sup>1</sup>.

4- أما الإجماع الوارد عن الصحابة - رضوان الله عليهم - بأن الهبة لا تقع إلا مقبوضة فيمكن رده بما ورد عن فريق آخر من الصحابة يجيز الصدقة قبل القبض، ومعلوم أن الهبة بها شبه كبير بالصدقة والعارية، فكيف يكون الإجماع مع المعارضة، وقد ورد أن علياً وابن مسعود يجيزان الصدقة وإن لم تقبض، وأما ما روي عن عائشة وعمر ابن الخطاب - رضي الله عنهما - ودعوى الحنابلة إجماع الصحابة، فيرد عليه بأنه لا حجة في أحد دون رسول الله ﷺ وخاصة أن الصحابة لم يجمعوا على رأي واحد في ذلك<sup>2</sup>.

5- وأما القياس فقد رد عليه المعارضون بالآتي<sup>3</sup>:

- أن قياس الهبة على القرض قياس فاسد؛ لأن القرض يرجع فيه المقرض متى أحب، أما الهبة فلا يرجع فيها الواهب متى أحب؛ لأن هناك موانع تمنع الرجوع في الهبة شرعاً وكذلك الصدقة، وأيضاً فإن الصدقة والهبة تمليك للرقبة بغير عوض والقرض تمليك للرقبة بعوض.

- وقياس الهبة على العارية مردود أيضاً لعدم صحة القياس؛ لأن الهبة عقد يفيد تمليك العين، والعارية عقد يبيح الانتفاع بالعين، كما أنه يجوز للمعير الرجوع في العارية متى أحب ولا يجوز للواهب الرجوع؛ ولأن الأصل في الهبة أن يكون القصد منها التبرع بلا عوض، و ذلك بمنح الموهوب له منافع يحرم الواهب نفسه منها، بينما العارية على خلاف ذلك لا يكون قصد المعير منها في الأصل إفادة المستعير، بل يكون المراد منها تحقيق مصلحة نفسية، وحتى إذا كان المقصود منها التبرع فإنها لا تكون هبة و ذلك لضالة منفعة المتبرع بها، بالإضافة أن الدافع إليها في الكثير من الأحوال مراعاة حسن الجوار و المجاملة بين الناس.

الثاني<sup>4</sup>: وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية في مذهبه القديم من أن الهبة تتعقد وتلزم بالإيجاب والقبول، غير أنها لا تتم ولا تنفذ إلا بالقبض، وليس للواهب الرجوع فيها ولو

<sup>1</sup> المغني، 280/6.

<sup>2</sup> مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، 122/9، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403هـ.

<sup>3</sup> المحلى، 124 /9، المغني، 280/6، شرح القانون المدني الجديد، محمد كامل مرسي باشا 18/5.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي، 103/4، الفقه المالكي وأدلته، 432/6 - 434.

من غير قبض، بل ويجبر الواهب على تسليمها إن امتنع، فإن مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة وصارت ميراثاً.

وأدلتهم كالتالي:

1 - قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، (المائدة:1)؛ لأن الأمر بالوفاء بالعقود يشمل الوفاء بأصلها ووصفها والشروط المشتركة فيها، وإذا وهب الإنسان فقد التزم بالعقد، فيلزمه الوفاء به ولا يتوقف الأمر على قبض ونحوه.

2 - حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: قال النبي ﷺ: "العائد في الهبة كالكلب يقيه ثم يعود في قيئه"<sup>1</sup>.

فالحديث دال على تحريم الرجوع في الهبة دون أن يشترط فيها قبضاً، فدل على أن القبض غير معتبر في لزوم الهبة وما كان بمعناها.

3- وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال: لا تشتريه وإن أعطاكه بدرهم واحد فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه"<sup>2</sup>.

4 - أن الهبة عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود.

5 - أن الهبة تمليك عين في حال الحياة فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول كالبيع.

6 - أن الهبة إزالة ملك بغير عوض، أو هي عقد إرفاق وتبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوقف.

7 - أن الهبة عطية فوجب أن تلزم بنفس القول وحصول صفة الإيجاب والقبول كالوصية.

8 - قياس الهبة المقبوضة على غير المقبوضة؛ لوجود الإيجاب والقبول فيهما.

9 - ورد عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قوله: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> صحيح البخاري، 914/2، كتاب: الهبة وفضلها باب: هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، حديث رقم (2449).  
<sup>2</sup> صحيح البخاري، 924/2، كتاب: الهبة وفضلها، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، حديث رقم (2480).  
<sup>3</sup> الموطأ، 754 /2، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في الهبة، حديث رقم(1440).

ووجه الدلالة أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قد فرق بين الهبة التي يرجو صاحبها ثوابها وعوضها - فأجاز الرجوع فيها - وبين الهبة التي يبتغى بها وجه الله تعالى، فلم يجز الرجوع عنها؛ لأن الأصل أن تكون الهبة على هذا النحو.

## مناقشة الأدلة 1:

1 - يناقش الاستدلال بالآية من وجهين:

- أن الآية محمولة على العقود الملزمة كعقود المعاوضات، والهبة بر وتبرع فلا يلزم من أصله باتفاق، فكذلك لا يلزم ما يترتب عليه.

- لو قيل بأن الآية تشمل عقد الهبة باعتبار أنه عقد، فإن الآية مطلقة في جميع العقود، ولم يذكر فيها تفصيل شيء من أحكامها، فيرجع في ذلك إلى النصوص الأخرى، وإلى ما فهمه الصحابة - رضي الله عنهم-؛ لأنهم أقرب إلى الفهم وأعلم بظروف الوحي.

2- أما الاستدلال بالحديث فيرد عليه: بأن النبي ﷺ سماها هبة، والهبة الحقيقية هي المقبوضة، ويؤيد هذا التشبيه الوارد في الحديث، حيث إنه لا يصدق إلا على ما خرج من يد الواهب ثم عاد فيه، والخروج غير مقصود بغير القبض، فصار الحديث دالا على أن اللزوم لا يتم إلا بالقبض.

3- أما اعتبار عقد الهبة كسائر العقود لا يفتقر إلى القبض فيرد عليه: بأن هذا الأصل عارضه الدليل الأول الدال على اعتبار القبض في لزوم الهبة.

4- وقياس البيع على الهبة مردود ولا يستقيم؛ لأن البيع من العقود اللازمة في أصلها، وهو عقد معاوضة، فلا يصح قياس عقد من عقود التبرع عليه.

5- والقياس على الوقف لا يصح؛ لأن الهبة تؤدي إلى زوال ملك الواهب، بخلاف الوقف إذ يبقى الموقوف على ملك الواقف، وقيل: ينتقل الملك بالوقف إلى الله - تعالى - فخالف بذلك التملكيات.

6- ولا يصح القياس على الوصية أيضا؛ لأن الوصية تلزم في حق الوارث.

7- وأما قولهم إنها هبة وجد فيها الإيجاب والقبول كالمقبوضة فهو استدلال بأصل المسألة؛ لأن أصل المسألة هو لزوم القبض، فقياس ما لم تقبض على ما قبضت لا يصح؛ لأنه قياس ما لم يتوفر فيه الشرط عند من اشترط على ما توفر فيه الشرط.

<sup>1</sup> مجلة البحوث الإسلامية، 118/73، أثر الالتزام في عقد الهبة، 1425هـ.

الثالث: وهو ما يراه الحنابلة في أرجح الروايتين عن الإمام أحمد من التفرقة بين المكيل والموزون، حيث يرون أن الهبة لا تلزم في المكيل والموزون إلا بالقبض، أما غيره فإن الهبة تلزم ويتم الملك بمجرد العقد، وروي ذلك عن علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - فإنه يروى عنهما أنهما قالوا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض<sup>1</sup>.

وأدلتهم كالتالي:

1- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، (المائدة:1).

وقوله تبارك وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾، (محمد:34).

حيث استدلوا على أن من تلفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملا وعقد عقدا لزمه الوفاء به، ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص ولا نص في إبطاله<sup>2</sup>.

2- قول النبي ﷺ: "العائد في الهبة كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه"، فتلزم الهبة بمجرد العقد لعموم قوله ﷺ<sup>3</sup>.

3- وقاسوا الهبة على الوقف والعتق فهي إزالة ملك بغير عوض، فتلزم بمجرد العقد ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع<sup>4</sup>.

### مناقشة الأدلة:

1- رُدُّ على من استدل بالآية بأن المأمور به في الآية الكريمة هو الوفاء بالعقد، وعقد الهبة لا يتم إلا باقتران إيجاب الواهب مع قبول الموهوب له، ورجوع الواهب قبل قبول الموهوب يبطل الإيجاب ويلغيه والتلفظ بالإيجاب وحده لا ينشئ عقد هبة عند جمهور العلماء، وإنما يسمى العقد عقدا بعد التقاء الإيجاب بالقبول، عندها يجب الوفاء بالعقد أما قبل ذلك فلا وجوب.

أما الاستدلال بالآية الكريمة الثانية فهو يتعارض مع نصوص كثيرة ثبت صحتها قد أوجب فيها الرسول ﷺ الرجوع الوالد عن هبته عند تفضيله لأحد البنائ عن إخوته، ووجه الاستدلال هو كيف يأمر ﷺ برد ما فضل به الوالد بعض أبنائه مع نهي الآية عن ذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المغني، 280/6.

<sup>2</sup> المحلى، 127/9.

<sup>3</sup> المغني، 273/6.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

<sup>5</sup> المغني، 273/6.

2- وأما حديث ابن عباس فقد عني به الهبة المقبوضة، أما قبل القبض فلا ضرر من الرجوع عنها؛ "لأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض فإن مالكا يقول: لا يلزم الورثة التسليم"<sup>1</sup>.

3- أما القياس على الوقف والوصية والعنق فلا يصح؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث، والعنق إسقاط حق وليس بتمليك، وأما قياس الهبة على البيع خارج عن المساواة فالهبة عقد تبرع والبيع عقد معاوضة<sup>2</sup>.

### منشأ الخلاف:

هو اعتماد كل فريق أدلة رأى صحتها وقوة تأكيدها لمعنى الهبة، فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض.

أما عمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبي بكر - رضي الله عنه - في حديث هبته لعائشة - رضي الله عنها - وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة، وما روى مالك عن عمر - رضي الله عنه - وهو قول علي - رضي الله عنه - أيضا، فهو إجماع من الصحابة؛ لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف.

وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعا أي: القياس وما روي عن الصحابة وجمع بينهما، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض، ومن حيث شرط الصحابة فيها فقد جاء القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر، وجعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه<sup>3</sup>.

### الراجع من أقوال الفقهاء:

أرى أن الراجح - والله أعلم - ما رآه اصحاب الرأي الأول من أن الهبة لا تلزم إلا مقبوضة؛ لما ورد من أحاديث وأثار تحض على ذلك، كما أن بقبض الهبة يسد باب من أبواب التلاعب بحقوق الورثة وكذلك يمنع استباحة الناس للرجوع عن هباتهم بكل سهولة مما يشيع عدم الوفاء بينهم وهو خلاف المشروع من عقود التبرع عموما، وفي اشتراط القبض للزوم الهبة أيضا منع حدوث تعدد من الموهوب له إذا ما طالب الواهب بالتسليم أو الضمان فيخرج الهبة عن مقصدها وما ترمي إليه من وداد وتحاب فتحيله قاصا ومشاحة.

<sup>1</sup> المغني 273/6.

<sup>2</sup> المصدر نفسه.

<sup>3</sup> بداية المجتهد، 330/2.

## اشتراط الإذن في القبض:

يشترط لصحة القبض عند جمهور<sup>1</sup> العلماء من حنفية وشافعية وحنابلة: أن يكون بإذن الواهب: فلو قبض بلا إذن لم يملكه، ودخل في ضمانه؛ وذلك للآتي:

- أن التسليم غير مستحق على الواهب، فلا يصح التسليم إلا بإذنه.

- ولأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع، ففي الهبة من باب أولى؛ لأن القبض فيها شرط لصحتها، بعكس البيع.

إلا أن الحنفية<sup>2</sup> قالوا: القياس ألا يجوز قبض الهبة إلا بإذن الواهب، سواء تم القبض في مجلس العقد أم بعد الافتراق. والاستحسان أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير أمر الواهب، جاز. وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض.

وجه القياس: أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق، فلا يصح بدون إذنه.

ووجه الاستحسان: أن القبض في الهبة بمنزل القبول؛ لأنه يتوقف عليه ثبوت الملك، والمقصود من الهبة إثبات الملك، فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض، فكان إذناً دلالة وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه، إلحاقاً له بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به.

أما المالكية قالوا بأنه: تحصل جِيازُ الموهوب له للشئء الموهوب إذا حصل إذن من الواهب بل وإن بلا إذن من الواهب، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب من القبض حيث طلبه؛ لأن الهبة تملك بالقول أي بالإيجاب، على المشهور عند المالكية<sup>3</sup>.

## منشأ الخلاف بين الفريقين:

نشأ الخلاف في اشتراط إذن الواهب من عدمه من الخلاف في جواز رجوع الواهب عن هبته أو عدم جوازه، فمن أجاز للواهب الرجوع عن هبته اشترط إذنه في القبض، أما من لم يجز رجوعه عن هبته فلم يشترط إذنه، بل ورأى إجباره على التسليم إن امتنع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> البدائع، 124/6، مغني المحتاج، 400/2، المغني، 273/6، الفقه الإسلامي وأدلته، 640-639/5.

<sup>2</sup> البدائع، 124/6.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي، 101/4، مواهب الجليل، 11/8.

<sup>4</sup> التقابض في الفقه الإسلامي، 171.

## أحكام القبض في هبة الدين:

### 1- هبة الدين لمن هو في ذمته:

اتفق الفقهاء على أن هبة الدين لمن هو في ذمته إبراء له من دينه، تتم ولو من غير قبول من المدين، فمن كان له دين على آخر فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه، صح وبراءت ذمة المدين؛ ولأنه إسقاط فلم يفتقر إلى القبول كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف وكالعنق والطلاق، وإن قال تصدقت به عليك صح فقد ورد في القرآن الكريم الإبراء بلفظ الصدقة بقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾، (النساء: 91)، وإن قال عفوت لك عنه صح؛ لقوله - تبارك وتعالى - : ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ

النِّكَاحِ﴾، (البقرة: 235)، يعني به الإبراء من الصداق، وإن قال أسقطته عنك صح؛ لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له، وإن قال ملكتك إياه صح لأنه بمنزلة هبته إياه، فإذا لم يقبل المدين ورد الهبة فإنها تترد ويبقى الدين عليه على المختار، هذا إذا كان كفيلاً فوهب له صاحب الدين دينه الذي كفله فإن الهبة تصح بشرط القبول، وإذا رفض هذه المنحة فإن رفضه يصح، أما إذا أبرأه صاحب الدين من الكفالة فإن إبراءه يتم من غير قبول ولو رد الإبراء لا يقبل رده؛ لأن صاحب الدين قد استغنى عن كفالته فلا يجبر على قبولها، وإذا أبرأ الأصيل عن الدين أو وهبه له فإن قبل فقد برئ الأصيل والكفيل. وإن لم يقبل لا يبرأ واحد منها<sup>1</sup>.

### 2- هبة الدين لمن ليس في ذمته:

يرى الفقهاء في صحة هبة الدين لمن ليس في ذمته، أو بيعه له آراء:

فيرى الأحناف<sup>2</sup> أن هبة الدين للأجنبي صحيحة ويشترط في صحة هبة الدين أن يأمر الدائن الموهوب له بالقبض فيقبضه بالنيابة عنه، وبذلك يصير الدين عينا فيقبضه عن نفسه، "وهبة الدين من غير من عليه الدين جائزة إذا أمره بقبضه استحساناً"<sup>3</sup>.

وقال المالكية<sup>4</sup> تصح هبة الدين لغير من عليه الدين بشروط ثلاثة:

**الشرط الأول:** أن يشهد على الهبة والإشهاد شرط صحة.

**الشرط الثاني:** أن يدفع الواهب له سند الدين إن كان له سند.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 400/2، المغني، 288/6، الفقه على المذاهب الأربعة، 129/3.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 119/6.

<sup>3</sup> الفتاوى الهندية، 384/4.

<sup>4</sup> مواهب الجليل، 8/8.

وهو شرط مختلف فيه فبعضهم يقول: إنه شرط صحة وبعضهم يقول: إنه شرط كمال.

**الشرط الثالث:** أن يجمع بين الموهوب له وبين من عليه الدين إن كان حاضرا، أما إن كان غائبا فلا يشترط الجمع، وهل شرط الجمع بينهما إن كان المدين حاضرا شرط صحة أو كمال؟، والراجح: أنه شرط كمال فإذا كان لشخص مائة دينار ديننا عند آخر وأراد أن يهبها لأخيه مثلا فإن الأكمل في ذلك أن يشهد على الهبة وأن يجمع بين أخيه وبين المدين إن كان حاضرا ويحيله ويعطي أخاه سند الدين إن كان معه سند، وبذلك تتم الهبة اتفاقا فإن تعذر حضور المدين أو لم يكن للدين سند فإنه يكفي لصحة الهبة الإشهاد والقبول.

أما الشافعية<sup>1</sup> فقالوا: أن هبة الدين لغير من عليه الدين مختلف فيها:

فبعضهم يقول إنها هبة صحيحة وبعضهم يقول إنها باطلة، والثاني هو المعتمد لأن الدين غير مقدور على تسليمه وهو متصف بكونه ديننا فإنه إذا قبض لا يكون ديننا بل يكون عينا أما بيع الدين فإن المعتمد صحته، فإذا كان لشخص دين عند آخر فإنه يصح له أن يبيعه بثمن فيكون الدين في مقابله الثمن وذلك التزام لتحصيل المبيع وهو التزام صحيح بخلاف الهبة، فإنها لا مقابل لها فالتزام تحصيل الموهوب غير صحيح.

وإن كان الشافعي - رحمه الله - قد فرق بين المدين المعسر أو المماطل، والمدين المليء البازل، فإن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع؛ لأنه معجوز عن تسليمه وإن كان على مليء باذل له ففيه قولان. أحدهما: يصح لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقايضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين.

وقال الحنابلة<sup>2</sup> بأن: هبة الدين لغير من هو عليه لا تصح؛ لأن الهبة تقتضي وجود معين، وهذا في الأصح عندهم، وفي رواية أخرى تصح؛ لأنه لا غرر فيها على المتهب ولا الواهب فتصح كهبة الأعيان.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 400/2.

<sup>2</sup> كشف القناع، البهوتي، 305/4.



## المطلب الثالث: القرض

القرض في معناه العام يشبه البيع؛ لأنه تمليك مال بمال، وهو أيضاً نوع من السلف، فالقرض: عبارة عن عقد يرد على دفع مال مثلي لآخر، لينتفع به الآخر ثم يرد مثله<sup>1</sup>.

والمال المدفوع في هذا العقد يسمى قرضاً أيضاً.

ويسمى الدافع للمال: مقرضاً.

والأخذ للمال: مقترضاً ومستقرضاً.

والمال الذي يرده المستقرض للمقرض يسمى: بدل القرض.

ويسميه كثير من الفقهاء بالسلف، فيقولون تسلف واستلف: أي استقرض مالا ليرد مثله، وإن كان السلف ورد على السنة الفقهاء بمعنى عقد السلم.

والغرض الذي شرع من أجله القرض هو إرفاق المقرض ونفعه والتفريج عنه وفك ضيقه قال ﷺ: " ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة "<sup>2</sup>.

**والقرض لغة<sup>3</sup>:** من أقرضه وقارضه مقارضةً وقراضاً، واستقرضت من فلان أي طلبت منه القرض، وأقرضت منه أي أخذت منه القرض وهو: ما تُعطيهِ من المال لتقضاهُ وأصل القرض في اللغة القطع، فسمي المال الذي تعطيهِ لغيرك ثم تتقاضاه منه قرضاً لأنه قطعة من مالك، وقوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقرضُ اللهُ قرضاً حسناً فيضعفه له﴾

أضعافاً كثيرة<sup>4</sup>، (البقرة: 243)، فإن معنى القرض فيه هو البلاء الحسن، وأصل القرض ما يُعطيهِ الرجل أو يفعله ليجازي عليه، والله عزّ وجلّ لا يستقرض من عوزٍ ولكنه يبُلُو عباده، فالقرض اسم لكل ما يلتمس عليه الجزاء، والمقرض يرد له ماله بعد مدة دون زيادة محسوسة، لكن الله يعوضه بمضاعفة أجره إن أقرض بنية التقرب لله.

### القرض اصطلاحاً:

للفقهاء تعريفات شتى للقرض هي كالتالي:

<sup>1</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 437/5.

<sup>2</sup> سنن ابن ماجه، 812/2، كتاب: الصدقات، باب: القرض، حديث رقم (2430).

<sup>3</sup> لسان العرب، 3589/5، مادة: قرض، تاج العروس، الزبيدي، 17/19، أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، 431/6.

- عرف الحنفية القرض بأنه: عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليبرد مثله<sup>1</sup>.

فيشترط في القرض أن يكون مثليا، وحد المثلي: هو الذي لا تتفاوت أحاده تفاوتاً تختلف به القيمة كالمكيلات والمعدودات المتقاربة كالببيض مثلا أو اللوز والجوز، والموزونات، أما ما ليس مثليا كالحيوان والعقار ونحوه مما يقدر بالقيمة فإنه لا يصح قرضه، ومثله المعدودات المتفاوتة تفاوتاً به القيمة كالبطيخ والرمان ونحوهما مما تقدم في السلم فإنه لا يصح قرضه، فإذا اقترض شيئا من ذلك وقع القرض فاسدا ولكنه يملك بالقبض مثلا: إذا اقترض جملا ثم قبضه فإنه يملكه ولكن لا يحل له أن ينتفع به على أي وجه فإذا باعه فإن بيعه يقع صحيحا نظرا للملك ولكنه يأنم بذلك؛ لأن الفاسد يجب فسخه والبيع مانع من الفسخ فقد فعل ما ينافي الواجب فيأنم بذلك<sup>2</sup>.

وعرفه المالكية<sup>3</sup> بأنه: دفع المال على وجه القربة لله تعالى لينتفع به أخذه، ثم يرد له مثله أو عينه، أو " دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلا تفضلا فقط لا يوجب إمكان عارية لا تحل متعلقا بذمة"

- فأخرج بقوله "متمول": دفع غير المتمول كقطعة نار فليس بقرض.

- وقوله "في عوض": أخرج دفعه هبة.

- وقوله "غير مخالف له": أخرج السلم والصرف.

- وقوله "لا عاجلا": عطف على محذوف أي حالة كون ذلك العوض مؤجلا لا معجلا وأخرج بهذا المبادلة المثلية كدفع دينار أو إردب في مثله حالا.

- وقوله "تفضلا": أي حالة كون ذلك الدفع تفضلا أو لأجل التفضل ولا يكون الدفع تفضلا إلا إذا كان النفع للمقترض وحده.

- وقوله "لا يوجب إمكان": أي لا يقتضي ذلك الدفع جواز عارية لا تحل واحترز بذلك من دفع يقتضي جواز عارية لا تحل فلا يسمى قرضا شرعا بل عارية.

- وقوله "متعلقا بالذمة": حال من عوض.

أما الشافعية فالقرض عندهم هو: تملك الشيء برد بدله<sup>4</sup>.

ويطلق القرض على المصدر بمعنى الإقراض، ويسمى القرض سلفا.

<sup>1</sup> مجمع الأنهر، شيخي زاده، 118/3.

<sup>2</sup> الفقه على المذاهب الأربعة، 225/2.

<sup>3</sup> شرح مختصر خليل، الخرشي، 229/5، الفقه على المذاهب الأربعة، 225/2.

<sup>4</sup> تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 180/19.

وعرفه الحنابلة بأنه: " دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله "1، وهو نوع من السلف لانتفاع المقترض بالشيء الذي يقترضه.

فاتفق الفقهاء على أن الغرض من القرض هو التملك المؤقت على أن يرد مثل المملك في وقت لاحق، دفعا للضيقة وتيسيرا على المقترض، لكن تعريف المالكية كان جامعا مانعا، شاملا لكل معاني القرض وأغراضه.

### مشروعية القرض:

أما دليل المشروعية من الكتاب فهو قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقرضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا

فِيضِعُهُ لَهُ أَضعافاً كَثِيرَةً﴾، (البقرة: 243)، ووجه الدلالة فيها أن الله شبه الأعمال

الصالحة والإنفاق في سبيل الله بالمال المقرض، وشبه الجزاء المضاعف على ذلك ببدل القرض، وسمى أعمال البر قرضا؛ لأن المحسن بذلها ليأخذ عوضها، فأشبهه من أقرض شيئا ليأخذ عوضه، ومشروعية المشبه تدل على مشروعية المشبه به<sup>2</sup>.

ومن السنة قوله ﷺ: " مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقرضُ مُسْلِمًا قَرْضًا مَرَّتَيْنِ إِلَّا كَانَ كَصَدَقَتَيْهَا مَرَّةً "3.

وفعله ﷺ ما رواه أبو رافع " من أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرا، فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكراه، فرجع إليه أبو رافع فقال: يا رسول الله، لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال: أعطه، فإن خير الناس أحسنهم قضاء<sup>4</sup>.

ومن الإجماع: أجمع العلماء قاطبة على جواز القرض فهو نوع من السلف وهو جائز بالكتاب والسنة.

### الوصف الفقهي لمشروعية القرض:

بالرغم من إجماع الفقهاء على مشروعية القرض، فقد اختلفت آراؤهم في كون هذه المشروعية جاءت على وفق القياس ومقتضى القواعد العامة في الشريعة، أم أنها جاءت استثناء على خلاف القياس لحاجة الناس إليه؟ وذلك على قولين:

الرأي الأول<sup>5</sup>: وهو ما ذهب إليه الشافعية والمالكية والحنابلة من أن القرض مشروع على خلاف القياس؛ رفقا بالمحاويج وجلبا لمصلحة إسداء المعروف إلى العباد، ومبنى

1 كشف القناع، 312/3.

2 فقه القرض وتطبيقاته وفتواه، محمد نور سويد، 12.

3 سنن ابن ماجه، 812/2، كتاب: الصدقات، باب: القرض، حديث رقم (2430).

4 صحيح مسلم، 1224/3، باب: من استلم شيئا ففقد خيرا منه، حديث رقم "1600".

5 أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، 141/2، المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، 92/4، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ، فقه القرض وتطبيقاته وفتواه، محمد نور سويد، 13.

هذا النظر أن القرض تمليك للشيء برد مثله فساوى البيع، إذ هو تمليك الشيء بثمنه، والمعوضة في كليهما هي المقصودة، فكان بيع ربوي بجنسه مع تأخر القبض، وهو محذور، فمن أجل ذلك جرى جوازه على خلاف القياس، حيث نجد أن "قاعدة القرض خولفت فيها ثلاث قواعد شرعية: قاعدة الربا إن كان في الربويات كالنقدين والطعام وقاعدة المزابنة، وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه إن كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات وقاعدة بيع ما ليس عندك في المثليات، وسبب مخالفة هذه القواعد مصلحة المعروف للعباد فلذلك متى خرج عن باب المعروف امتنع إما لتحصيل منفعة المقرض أو لتردده بين الثمن والسلف لعدم تعيين المعروف مع تعيين المحذور، وهو مخالفة القواعد"<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** لابن تيمية وتلميذه ابن القيم - رحمهما الله - من الحنابلة: وهو أن القرض عقد مشروع على وفق القياس، وجاء على سننه، وليس فيه مخالفة لشيء من القواعد الشرعية، ومن قال: "إنه على خلاف القياس" فشبهته أنه بيع ربوي بجنسه مع تأخر القبض وهذا غلط، فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية ولهذا سماه النبي ﷺ منيحة فقال: " مَنْ مَنَحَ مَنِيحَةً لَبْنٍ أَوْ وَرْقٍ أَوْ هَدَى زُقَاقًا كَانَ لَهُ مِثْلُ عِثْقِ رَقَبَةٍ "2.

- وَمَعْنَى قَوْلِهِ " مَنْ مَنَحَ مَنِيحَةً وَرَقٍ " : إنما يعني به قرض الدراهم.

- وَقَوْلُهُ " أَوْ هَدَى زُقَاقًا " : يَعْنِي بِهِ هِدَايَةَ الطَّرِيقِ "، وهذا من باب الإرفاق لا من باب المعاوضات فإن باب المعاوضات يعطي كل منهما أصل المال على وجه لا يعود إليه وباب القرض من جنس باب العارية والمنيحة، مما يعطي فيه أصل المال لينتفع بما يستخلف منه ثم يعيده إليه بعينه إن أمكن وإلا فنظيره ومثله، فتارة ينتفع بالمنافع كما في عارية العقار وتارة يمنحه ماشية ليشرب لبنها ثم يعيدها أو شجرة ليأكل ثمرها ثم يعيدها وتسمى العرية فإنهم يقولون: أعاره الشجرة وأعاره المتاع ومنحه الشاة وأقره الظهر وأقرضه الدراهم، وليس هذا من باب البيع في شيء بل هو من باب الإرفاق والتبرع والصدقة، كما أن الله تعالى حرم أن يدفع الرجل إلى غيره مالا ربويا بمثله على وجه البيع إلا أن يتقابضا، وجوز دفعه بمثله على وجه القرض وقد اشتركا في أن كلا منهما يدفع ربويا ويأخذ نظيره وإنما فرق بينهما القصد فإن مقصود المقرض إرفاق المقرض ونفعه وليس مقصوده المعارضة والربح ولهذا كان القرض شقيق العارية<sup>3</sup>.

"والمقرض يقرضه ما يقرضه لينتفع به ثم يعيد له بمثله فإن إعادة المثل تقوم مقام إعادة العين ولهذا نهى أن يشترط زيادة على المثل كما لو شرط في العارية أن يرد مع الأصل

<sup>1</sup> أنوار البروق في أنواع الفروق، 430/6.

<sup>2</sup> سنن الترمذي، 439/7، كتاب: البر والصلة، باب: ما جاء في المنيحة، حديث رقم (2084).

<sup>3</sup> إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، 10/2، 123/3.

غيره. وليس هذا من باب البيع فإن عاقلا لا يبيع درهما بمثله من كل وجه إلى أجل ولا يباع الشيء بجنسه إلى أجل إلا مع اختلاف الصفة أو القدر<sup>1</sup>.

وأرى أن الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الفريق الثاني؛ لأنه عقد تبرع محض لا مكان فيه للعوض وتشبيهه بالبيع يقتضي وجود العوض، كما أن الغرض الأصيل من البيع إنما هو الربح، فلا فائدة من بيع لا ربح فيه وحال القرض يتنافى مع الربح، بل إن المقرض قد يلحقه بعض الضرر باقتطاعه شيئا من ماله ومنحه للمستقرض دون مقابل مما قد يضيع عليه صفقة أو استثمار قريبا؛ لذا أثاب الله عليه الأجر العظيم ما كان خالصا لوجهه .

### أقسام القرض:

كما سبق وسلف معنا فإن القرض هو: دفع المال على وجه القربة لله تعالى لينتفع به أخذه، ثم يرد له مثله أو عينه، وهو ما أجمع الفقهاء عليه صراحة وسمي بالقرض الحقيقي .

أما الشافعية فقد أضافوا نوعا آخر من القرض أسماه القرض الحكمي وهو: دفع المال لقضاء حاجة الغير بنية القرض، ومثلوا له بقضاء الشخص مغارم غيره بأمره، أو تأديته عوائد أو رسوما مطلوبة من الغير بأمره، أو شراء شيء ما للغير بأمره، أو دفع مصاريف تصليح جهاز أو آلة بأمر صاحبها وغير ذلك. وقد جعلوا له حكم القرض الحقيقي من حيث ثبوت الدين في الذمة، وإن لم يرد بصيغته، ومفهوم هذا النوع من القرض وصوره معروفة عند جمهور الفقهاء كأسباب لثبوت الدين في الذمة، وأن كان بدون هذه التسمية<sup>2</sup>.

### علاقة القبض بلزوم عقد القرض:

اتفق الفقهاء على أن عقد القرض عقد جائز غير لازم في حق المقترض، وله مطلق الحرية في فسخه وإنهائه متى شاء، كما له رد عين ما اقترضه للمقرض إذا لم يتغير؛ لأنه على صفة حقه، فلزم المقرض قبوله، كما لو أعطاه غيره من أمثاله.

أما في حق المقرض فقد اختلف الفقهاء في لزومه على ثلاثة أقوال:

**الأول:** للمالكية وهو لزوم القرض بالقول دون توقف على قبض، وإذا لزم بالقول فإنه يقضى للمقترض به ويصير مالا من أمواله، وإذا قبضه فلا يلزمه رده لأصاحبه، ويبقى بيده إلى الأجل المضروب، أو قدر ما يرى في العادة أنه قد انتفع به إن لم يضربا أجلا، ولو أراد المقترض تعجيله قبل أجله وجب على ربه قبوله، ولو غير عين؛ لأن الأجل فيه من حق من هو عليه، "والحاصل أن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة يلزم

<sup>1</sup> مجموع فتاوى ابن تيمية، 348/4.

<sup>2</sup> مغني المحتاج، 117/2، درر الحكام، 637/3، المغني، 396/4، فقه القرض وتطبيقاته، 18.

بالقول ويصير مالا من أموال المعطي بالفتح بمجرد القول ويقضي له به إلا أن القرض يتم ملكه بالعقد وإن لم يقبض<sup>1</sup>.

**الثاني<sup>2</sup>:** ما يراه الشافعية - في الأصح عندهم - وهو عدم لزوم القرض بالقبض، وأن المقرض بعد تسليمه للمقترض الرجوع فيه مادام باقيا في ملك المقترض بحاله، بأن لم يتعلق به حق لازم ونحوه - كرهن مثلا-؛ لأنه يتمكن من تغريمه بدل حقه عند الفوات، فلأن يتمكن من مطالبته بعينه عند قيامها أولى، ولو رد المستقرض عين ما أخذه فعلى المقرض قبوله لا محالة.

كما يرى الشافعية عدم ثبوت خياري المجلس والشرط فيه؛ لأن الخيار يراد للفسخ وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء ومتى شاء، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط، كما لا يجوز شرط الأجل فيه؛ لأن الأجل يقتضى جزءا من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلا يجوز شرط الأجل فيه، ويجوز شرط الرهن فيه؛ لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير أخذه، وكذلك الحنابلة فإنهم يرون عدم ثبوت أي خيار من الخيارات في القرض؛ لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره، فأشبهه الهبة، والمقترض متى شاء رده، فيستغنى بذلك عن ثبوت الخيار له.

**الثالث:** وهو ما يراه الحنابلة والشافعية - في غير الأصح عندهم - من أن القرض غير لازم في حق المقرض قبل القبض، فإذا قبضه المقترض صار العقد لازما في حق المقرض، فلا يملك الرجوع فيه؛ لأنه أزال ملكه عنه بعوض من غير خيار، فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع، ويختلف عن المغصوب والعارية فإنه لم يزل ملكه عنهما؛ ولأنه لا يملك المطالبة بمثلها مع وجودهما. وقال الشافعي: له ذلك؛ لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجودا كالمغصوب والعارية<sup>3</sup>.

وأرى - والله أعلم - أن ما ذهب إليه المالكية هو الأكثر توفيقا وتحقيقا لمبدأ فك الكرب والتفريج على المستقرض ورفع الحرج عنه، فلا يرهق بحمل الدين وحمل التردد وعدم ثبات ملك ما وعد به من القرض؛ لأنه في ضيق والمقرض في سعة وله الحرية الكاملة في الامتناع عن الإقراض، لكن إن أقرض فعليه الوفاء والالتزام بما وعد به.

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 226/3.

<sup>2</sup> الحاوي، الماوردي، 788/، فتح العزيز شرح الوجيز، 155/9، المهذب، 303/1، فقه القرض وتطبيقاته، 63.

<sup>3</sup> المغني، 384/4، فقه القرض وتطبيقاته، 63.

## المطلب الرابع: الوقف

**الوقف لغة:** مصدر من وقف يقف وقفا وهو: الحبس، والواو والقاف والفاء: أصل واحد يدلُّ على تمكُّثٍ في شيءٍ ثمَّ يقاس عليه. يقال: وقف الأرض على المساكين أو للمساكين أي: حبسها، هذا إذا كان الفعل متعدداً، فإن كان لازماً قلت: وقفت وُقوفاً. ويقال للمُحجم عن القتال: وَقَفَ، وإذا وَقَّفت الرجلَ على كلمة قلت: وَقَّفتُه تَوْقيفاً، وأما أوقف في جميع ما تقدّم من الدواب والأرضين وغيرهما فهي لغة رديئة، والوقف هو: الإمساك في المكان والمنع من الخروج ووقف الشيء وأوقفه: حبسه وأحبسه<sup>1</sup>.

فمجمّل معاني الوقف لغة تدور حول الحبس والمنع والحصر، وتوحي بكل نقيض للإطلاق والإباحة.

### الوقف اصطلاحاً:

للفقهاء في الوقف تعاريف مختلفة ومتعددة، تعددت وتباينت تبعاً لتعدددهم وتباينهم في كيفية إنشائه وشروط تمامه ومدى إلزامه وغيرها.

ومن الإشكالات التي تبرز في تعريف الوقف أن القارئ والمتفحص لهذه التعاريف قد يتبادر إلى ذهنه أنها صادرة عن أئمة هذه المذاهب كأبي حنيفة ومالك والشافعي وابن حنبل - رحمهم الله -، لكن الواقع أن هذه التعاريف قد صيغت من قبل الفقهاء المتأخرين لهذه المذاهب، وقد صاغوها وفقاً لمبادئ مذهبهم بحيث ينطبق كل تعريف مع تلك المبادئ انطباقاً تاماً<sup>2</sup>.

والوقف عند الحنفية: "حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة"<sup>3</sup>.

فالحبس: يعني المنع، أي: منع العين.

وقوله "على حكم ملك الواقف": بمعنى أن الوقف إذا لزم خرج من ملك الواقف حقيقة، وبقي على ملكه حكماً، خلافاً للوقف غير اللازم فإنه باق على ملك الواقف حقيقة.

<sup>1</sup> تهذيب اللغة، الأزهري، 281/3، لسان العرب، 362/9، مادة: وقف، معجم لغة الفقهاء، 1/174 - 508، مقاييس اللغة، ابن فارس، 6/103.

<sup>2</sup> أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، محمد عبيد الكبيسي، 59/1، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977.

<sup>3</sup> الدر المختار، 337/4.

أما قوله " ولو في الجملة " : قيد جيء به ليشمل الوقف على نفسه ثم الفقراء أو على الأغنياء ثم الفقراء. فالحنفية يرون جواز الوقف على النفس أو الأغنياء بشرط أن يكون آخره على قرابة كالفقراء.

أما المالكية فقد عرفوه بأنه: " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا "1.

" إعطاء منفعة " : قيد خرج به إعطاء الذوات كالهبة؛ لأنها تملك ذات العين للموهوب له. و" مدة وجوده " : قيد يخرج به الإعارة؛ لأن للمعير الحق في استرجاع المعار متى شاء. وقوله " لازما بقاؤه في ملك معطيه " : يخرج به العبد المخدم حياته يموت قبل موت سيده؛ لعدم لزومه في بقاء ملك معطيه؛ لجواز البيع بالرضا فخاصية الحبس عدم جواز بيعه مطلقا تحقيقا أو تقديرا.

أما قوله " ولو تقديرا " : فيحتمل أن يعود على الملك فيكون المعنى " إن ملكت دار فلان فهي حبس "، ويحتمل أن يكون عائدا على الإعطاء فيكون المعنى " داري حبس على من سيكون "، وهي صيغة معلقة، والمالكية لم يرجحوا أي من الاحتمالين؛ لأنهم أجازوا الوقف المعلق<sup>2</sup>.

وعرف الشافعية الوقف بأنه: " حَبْسُ مَالٍ يُمَكِّنُ الْإِنْتِفَاعَ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ بِقَطْعِ التَّصَرُّفِ فِي رَقَبَتِهِ عَلَى مَصْرَفٍ مُبَاحٍ "3.

فيما عرف الحنابلة الوقف بأنه: " تحببب الأصل وتسبيل المنفعة "4.

والمراد بالأصل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه<sup>5</sup>.

أما معنى تسبيل المنفعة فهو: إجراء هذه المنفعة العائدة من الأصل في سبيل الله تقربا وتعبدًا.

ولعل هذا التعريف هو من أفضل ما ورد معنا من تعريفات للوقف وذلك للآتي:

1 شرح ميارة الفاسي، محمد المالكي، 277/2، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ.

2 الشرح الكبير، الدردير، 91/4، مواهب الجليل، الحطاب، 62/7.

3 أسنى المطالب، الأنصاري، 457/2.

4 الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين المرادوي، 5/7.

5 الروض المربع، البيهوتي، 452/2.



1- أن التعريف هو ما جاء على لسان الصادق عليه السلام وهو من أوتي جوامع الكلم وفصاحة اللسان ودقة البيان، حينما قال لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: " حبس الأصل وسبل الثمرة " <sup>1</sup>.

2- أن هذا التعريف اقتصر على بيان حقيقة الوقف دون التعرض للتفصيلات التي تعرضت لها التعاريف الأخرى، كاشتراط القربى، أو إبقاء الملكية على ملك الواقف، أو خروجها عن ملكه وغيرها، وترك بيان ذلك في الشروط والأركان، وهو ما يحفظ التعريف من الاستطراد في تتبع إبانة ذلك مما قد يخرج عن دلالاته، ويعقد فهمه <sup>2</sup>.

### أثر القبض في لزوم الوقف:

انقسم الفقهاء في حكمهم على اشتراط القبض للزوم الوقف على فريقين:

**الفريق الأول:** من يرى اشتراط القبض للزوم الوقف وتمامه، وهم: المالكية، ومحمد بن الحسن من الحنفية، ورواية عن الحنابلة.

حيث يرى المالكية أن القبض لا بد منه لتتمام الوقف ولزومه، والقبض المعتبر عندهم هو قبض المتولي، بل ولا بد من توليه القبض للموقوف ومباشرته سنة كاملة، فإن حدث طارئ قبل اكتمال السنة كموت الواقف، أو مرضه مرضاً متصلاً بالموت، أو استغراق ماله بدين، يبطل الوقف ولا يجاز إلا بإجازة الغرماء في حال استغراق الدين للتركة، أو إجازة الورثة في حال مرض الموت، وإنما تكون الإجازة معتبرة إذا ما صدرت بعد الموت.

غير أن هناك من المالكية من فرق بين الموقوف من ذوات الغلات أو ما يعرف بالأصول المتغيرة كالأراضي الزراعية والمحلات التجارية، وبين الموقوف من غير ذوات الغلات أو الأصول الثابتة كالكتب والأسلحة، فأو بطلان وقف الأول إذا ما عاد إلى يد الواقف قبل مرور عام من قبض المتولي له، وكأنه لم يقبض ويتوقف فيه على رأي الورثة إجازة أو منعا، وعدم بطلان وقف الثاني وإن عاد إلى يد الواقف قبل مرور عام من قبض المتولي له <sup>3</sup>.

ومثل ذلك يرى محمد بن الحسن من الحنفية، حيث رأى عدم تمام الوقف إلا بالقبض، وقبض كل شيء بحسبه، ويرى الإمام أحمد بن حنبل في إحدى روايته أن الوقف لا يلزم

<sup>1</sup> السنن الكبرى، البيهقي، 126/6، كتاب: الوقف، باب: وقف المشاع، حيدر آباد، مجلس دائرة المعارف النظامية، ط1، 1344 هـ.

<sup>2</sup> أحكام الوقف، الكبيسي، 88/1.

<sup>3</sup> منح الجليل، 45/4، أحكام الوقف، 185/2.

إلا بالقبض، فالوقف المعروف لا يحصل إلا بإخراجه عن يده، ويوكل من يقوم به؛ لأنه عقد تبرع كالهبة والوصية<sup>1</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

1- حديث عمر - رضي الله عنه - بأن جعل وقفه الذي أوقفه من ماله الذي حصل عليه من خبير في يد ابنته حفصة - رضي الله عنها -، وإنما فعل ذلك ليتم الوقف<sup>2</sup>. فقد جاء عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: " يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا مِنْ مَالِي شَيْءٍ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ الْمِائَةِ الْوَسْقِ الَّتِي أَطْعَمْتَنِيهَا مِنْ خَيْبَرَ. فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: " فَاحْبِسْ أَصْلَهَا وَاجْعَلْ ثَمَرَهَا صَدَقَةً "، قَالَ: فَكَتَبَ عُمَرُ " هَذَا كِتَابٌ مِنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي ثَمَغٍ<sup>3</sup> وَالْمِائَةِ وَسْقٍ الَّتِي أَطْعَمْتَنِيهَا رَسُولُ اللَّهِ مِنْ أَرْضِ خَيْبَرَ إِنِّي حَبِسْتُ أَصْلَهَا وَجَعَلْتُ ثَمَرَهَا صَدَقَةً لِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَلِلْمُقِيمِ عَلَيْهَا أَنْ يَأْكُلَ أَوْ يُؤْكَلَ صَدِيقًا لَا جُنَاحَ لِيُبَاغَ وَلَا يُوهَبَ وَلَا يُورَثَ حَبِيسٌ مَا دَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ جَعَلَ ذَلِكَ إِلَيَّ ابْنَتِي حَفْصَةَ فَإِذَا مَاتَتْ فَآلِي ذِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا "4.

2- ولأنه - أي الوقف - تبرع بمال لم يخرج عن المال، فلم يلزم بمجرد هبه، كالهبة والوصية، فلا يتم إلا بالإخراج من يد الواقف والتسليم إلى المتولي؛ لأنه إزالة الملك بطريق التبرع فتنامه بالتسليم كما في الصدقة المنفذة؛ وهذا لأنه لو لزمه قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع في غير ما تبرع به فينبغي أن يكون متبرعا في إزالة يده كما في إزالة ملكه، وذلك بأن لم تتم الصدقة قبل التسليم بل هذا أولى من الصدقة المنفذة فإن جواز ذلك متفق عليه بين العلماء - رحمهم الله تعالى - وفي جواز الصدقة الموقوفة ولزومها خلاف ظاهر، ثم تلك الصدقة مع قوتها لا تتم إلا بالتسليم فهذا أولى<sup>5</sup>.

3- ولأن حق الله تعالى إنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد؛ لأن التملك إلى الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصودا، وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكاة والصدقة<sup>6</sup>.

**الفريق الثاني:** ويرى أصحابه - وهم الشافعية وأحمد بن حنبل في المشهور عنه وأبو يوسف من الحنفية وهو المفتى به في المذهب - أن القبض ليس شرطا لتنام الوقف، بل إن

1 الدر المختار، 405/5، المغني، 208/6.

2 البحر الرائق، بن نجيم، 212/5.

3 ثمغ: أرض من يهود بني حارثة. (مسند عمر بن الخطاب، ابن النجاد، 41/1، حديث رقم 40).

4 سنن الدارقطني، كتاب: الأحباس، باب: كيف يكتب الحبس، 192/4.

5 المبسوط، السرخسي، 62/12، المغني، 208/6.

6 البحر الرائق، 212/5.

الوقف عندهم يتم بمجرد اللفظ ولا حاجة للقبض، فيزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به<sup>1</sup>.

وأدلتهم كالاتي:

1- أن حديث عمر - رضي الله عنه - حين تصدق بسهمه من أرض خيبر بأن جعله وقفا على الفقراء والمساكين وذوي القربى وابن السبيل، لم يتضمن ما يدل على اشتراط القبض لتمام الوقف، بل إن الوقف يتم " وإن لم يقبض؛ لأن عمر - رضي الله عنه - هو المصدق بأمر النبي ﷺ، ولم يزل يلي صدقته فيما بلغنا حتى قبضه الله، ولم يزل علي - رضي الله عنه - يلي صدقته حتى لقي الله تعالى، ولم تزل فاطمة - رضي الله عنها - تلي صدقتها حتى لقيت الله " <sup>2</sup>.

2- أن الوقف تبرع يمنع الهبة والبيع والميراث، فيلزم بمجرد اللفظ كالعقود؛ لأنه إزالة ملك لا تتضمن التمليك، بخلاف الصدقة المنفذة فإنها تتضمن التمليك؛ وهذا لأن القبض إنما يعتبر من المتملك أو من نائبه ليتأكد به ملكه، ألا ترى أنه لا يعتبر قبض غيره له بغير إذنه والصدقة الموقوفة لا يتملكها أحد فلا معنى لاشتراط القبض فيها، كما أن المتولي مختار الواقف فيده تقوم مقام يد الواقف لا مقام يد الموقوف عليه فإنه ما اختاره وربما لم يعلم به أيضا، فإذا كانت تتم بيد من اختاره الواقف فبيد الواقف أولى، بخلاف العدل في الرهن فإن يده كيد المرتهن هناك؛ لأنه لا يصير عدلا إلا برضا المرتهن واختياره ولهذا يصير المرتهن مستوفيا دينه بهلاكه في يد العدل؛ ولأن حق المرتهن ثبت في العين فتمكن فيجعل العدل نائبا عنه، وهنا حق الموقوف عليه في الغلة لا في العين، فلا يمكن جعل المتولي نائبا عنه في قبض العين، بل هو نائب عن الواقف فلا معنى لاشتراط قبضه<sup>3</sup>.

ومن خلال الأدلة التي مرت معنا أرى - والله أعلم - أن قول الفريق الثاني والذي فحواه عدم اشتراط القبض لتمام الوقف، والاكتفاء باللفظ لإتمام عقده هو الأرجح؛ وذلك لوضوح أدلتهم، وموافقها ليسر الشريعة ومرونتها، وبالأخص إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن حقيقة الوقف ما هي إلا تبرع وتنازل عن ملكية عين ما، وأن الإنسان محب للتملك وجمع المال، فكلما يسر له سبل التنازل عن هذا التملك كان أهون عليه وأكثر مدعاة لتبرعه، ولا يتحقق هذا الهدف مع اشتراط القبض بل يؤدي إلى العكس.

وأما استدلال الفريق الأول فيناقش بالآتي:

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 6/ 219، مغني المحتاج، الشربيني، 383/2، المغني، 6/ 208.

<sup>2</sup> الحاوي الكبير، الماوردي، 1278/7.

<sup>3</sup> المبسوط، السرخسي، 62/12، المغني، 6/ 208.

1- أن عمر - رضي الله عنه - حين جعل وقفه في يد ابنته حفصة - رضي الله عنها - ليس دليلاً على اشتراط ذلك لتمام الوقف، وإنما فعل ذلك لكثرة انشغاله وأشغاله، وخوفاً من التقصير، أو ليكون في يدها بعد موته<sup>1</sup>.

ثم إن القائلين بوجوب القبض لتمام الوقف لا يكتفون بقبض المشرف، فهم يرون أنه ليس سوى حافظ، وحفصة - في هذا الموقع - لا تزيد عن كونها مشرفة وحافضة، فمن أين لهم الاستدلال بفعلها وهم لم يقدموا لنا ما يفيد أنها متولية لا حافضة<sup>2</sup>.

2- أن قياس الوقف على الهبة إنما هو قياس مع الفارق؛ لأن الهبة تملك مطلقاً والوقف تحبيس الأصل وتسهيل المنفعة، وهو بذلك أشبه بالعتق منه بالهبة، وإحاقه به أولى من إحاقه بالهبة.

3- أن أصحاب هذا الرأي وقعوا في صدام مع أصولهم التي قرروها وذلك كالتالي<sup>3</sup>:

- أن القبول أخص في لزوم الوقف، فلما لم يكن القبول معتبراً عندهم في لزوم الوقف، فأحرى ألا يكون القبض معتبراً في لزومه.

- أن القبض المعتبر في لزوم الوقف إنما هو قبض المقصود بالعقد لا قبض غيره، والمالكية لا يأنهون بذلك بل المعتبر عندهم هو قبض المتولي.

- أن ما لزم فيه القبض، كان استدامة القبض فيه لازماً، فلما جاز عندهم أن يرجع الوقف إلى يد واقفه بغير إذن الموقوف عليه، وهذا يدل على أن إخراجه من يده ليس بشرط في لزوم وقفه، لعدم استدامة قبضه.

- كما يرى أصحاب هذا الرأي أن الواقف إذا ما اقتصر في الصيغة على ذكر الموقوف دون ذكر الموقوف عليه، لزم الوقف مما يدل على أن القبض غير لازم في الوقف.

<sup>1</sup> المبسوط ، 63/12.

<sup>2</sup> أحكام الوقف، الكبسي، 196/1.

<sup>3</sup> المصدر السابق، 197-196/1.

## **المبحث الثالث: العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية**

**المطلب الأول: الإعارة**

**المطلب الثاني: القرض**

**المطلب الثالث: الوقف**

**المطلب الرابع: الهبة**

## المطلب الأول: الإعارة

**الإعارة لغة<sup>1</sup>:** من أَعَرْتُهُ الشيءَ أُعِيرَهُ إعارة وعَارَةً، والعارية منسوبة إلى العارة وهو اسم من الإعارة، يُقَالُ: اسْتَعَرْتُ مِنْهُ عَارِيَةً فَأَعَارَنِيهَا. وَاَعْتَوَرُوا الشَّيْءَ، وَتَعَوَّرُوهُ، وَتَعَاوَرُوهُ: تَدَاوَلُوهُ فِيمَا بَيْنَهُمْ. والتعاور: التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه إلى أن يعود إليه، وقيل أنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عارٌ وعيبٌ. غير أنه اعترض على ذلك بمباشرة النبي ﷺ لها، فلو كان العار في طلب العارية لما كان باسرها، فإن النبي ﷺ موصوف بالأخلاق المهدبة والمكرمة والنعوت المعظمة، كما أن للعارية محاسن عدة، ففيها معنى النيابة عن الله - تبارك وتعالى - فإن المعير نائب عن الله - تعالى - بإذنه في إجابة المضطر، ومن تحققت حاجته وقصرت قدرته لصغر يده عن تملك العين ببديل وهو الشرى وعن تملك المنفعة بعوض بالاستئجار وهو يحتاج إلى الانتفاع، فكل من أجاب مضطرا في إزالة اضطرابه كان نائبا عن الله - تبارك وتعالى - وكفى به شرفا أن يكون العبد نائبا عن الله - تعالى - فشرف الخليفة والقاضي على سائر الناس لهذا قال النبي ﷺ: "إن السلطان ظل الله في الأرض يأوي إليه كل مظلوم من عباده"<sup>2</sup>، من حيث إن الناس ينعمون في حمايته ويستروحون برعايته فكذلك المستعير ينتفع بالمستعار والعارية لا تكون إلا عند محتاج كالقرض.

- والعارية تطلق في اللغة على معان:

أولها: ما يتداوله الناس بينهم، فيقال شيء مستعار. بمعنى متعاور أي: متداول بين الناس.  
ثانيها: أنها اسم لما يذهب ويجيء بسرعة يقال: أعاره الشيء وأعاره منه، كما يقال: عاره يعوره بمعنى: أخذه وذهب فحقيقة العارية ذهاب الشيء وإيابه وهو قريب من المعنى الأول لما فيه من التداول.

ثالثهما: أنها اسم لما يقصده المستعير فهي مأخوذة من يعرفه عروًا إذا قصده لطلب عطاءه وصلته؛ لأن الشيء المستعار مقصود للمستعير.

<sup>1</sup> لسان العرب ، 3168/4 ، مادة: عور، تاج العروس ، 164/13 ، أنيس الفقهاء ، 251-252/1 ، الفقه على المذاهب الأربعة ، 115/3 .  
<sup>2</sup> شعب الإيمان ، البيهقي ، 15/6 ، باب: الإمام العادل وما جاء في فضله ، حديث رقم (7369) .

## أما الإعارة اصطلاحاً:

فقد عرفها الفقهاء بتعاريف عدة تدور كلها حول منح المنفعة للمستعير دون العين، غير أنهم اختلفوا في تحديد حقيقة هذا العقد وطبيعة هذا المنح، هل هو تملك للمنفعة أم مجرد إباحة الانتفاع؟ وهو ما سيعرض لاحقا.

فعرّفها الحنفية بأنها: تملك للمنفعة بغير عوض<sup>1</sup>.

وجاء تعريفها عند المالكية بأنها: تملك منفعة مؤقتة بلا عوض<sup>2</sup>.

أما الشافعية فالإعارة عندهم هي: هبة للمنافع مع استيفاء ملك الرقبة<sup>3</sup>.

ويرى الحنابلة بأن الإعارة: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليردها على مالكا<sup>4</sup>.

## حكم الإعارة:

أجمع الفقهاء على جواز الإعارة استنادا لقول الحق تبارك وتعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾، (الماعون:6)، وقوله ﷺ في حجة الوداع: "الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالرَّعِيمُ غَارِمٌ وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ"<sup>5</sup>، وإجماع الأمة على جوازها .

لكنهم اختلفوا في حكمها بعد إجماعهم على جوازها ، حيث رأى الجمهور من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة أن حكمها في الأصل النذب، وليست واجبة ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾، (الحج:75) ، وقول النبي ﷺ: " كلّ معروف صدقة "<sup>6</sup>؛ لأنها نوع من الإحسان لقول النبي ﷺ: " إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك "<sup>7</sup>.

ورأى فريق آخر وجوبها، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ

صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾، ( الماعون: 4-6)، فيعرض لها

الوجوب حتى لغني عنها، إن خشى هلاكه بمنعها عنه، فيجب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة ، كإعارة سكينٍ لذبح مأكولٍ يخشى موته، كما أنها قد تكون حراماً

<sup>1</sup> المبسوط، 242/11.

<sup>2</sup> منح الجليل، 49/7.

<sup>3</sup> الحاوي، 116/7.

<sup>4</sup> المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، 72/5، دار عالم الكتب، الرياض: ط1، 1423 هـ/2003 م.

<sup>5</sup> سنن الترمذي، 194/5، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم (1213).

<sup>6</sup> صحيح البخاري، 2241/5، كتاب: الأدب، باب: كل معروف صدقة، حديث رقم (5675).

<sup>7</sup> سنن الترمذي، 13/3، كتاب: الزكاة، باب: ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك، حديث رقم (618).

كإعطائها لمن تعينه على معصية، وقد تكون مكروهةً كإعطائها لمن تعينه على فعلٍ مكروه<sup>1</sup>.

### حقيقة عقد الإعارة:

الإعارة كما مر في التعاريف المختلفة هي عبارة عن تنازل عن منافع الشيء المعار لصالح المستعير بشكل مؤقت، لكن هل يصنف هذا التنازل على أنه تملك المستعير المنفعة، أم هو مجرد الإباحة له بالانتفاع؟.

ذهب الفقهاء في ذلك مذهبين:

ذهب جمهور الأحناف<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> إلى اعتبار أن الإعارة هي تملك المنفعة للمستعير بغير عوض، وبذلك فإنه يجوز للمستعير إعارة الشيء المستعار لغيره، وإن لم يأذن له المالك، إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل. غير أن المالكية قالوا: إذا مُنح المستعير من الإعارة، فلا يجوز له أن يعير فهم - أي المالكية - يرون خلافاً بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، فمالك المنفعة هو من أعطي له الشيء لا لصفة فيه، بحيث يجوز له أن يستوفي المنفعة بنفسه أو يمنح غيره حق الاستيفاء بعوض أو بغير عوض، أما مالك الانتفاع فهو من أعطي له الشيء لصفة فيه، مثل كونه إماماً أو طالب علم أو موظفاً في مصلحة معينة أو مستعيراً منعه المعير أن يعير غيره، فهؤلاء لا يجوز لهم منح حقهم أو إعارته لغيرهم. ودليلهم في ذلك: أن المعير سلط المستعير على تحصيل المنافع، والتسليط على هذا الوجه تملك لا إباحة، كما في الأعيان، ومقتضى التملك أن للمستعير حرية التصرف في الانتفاع بالعارية بنفسه أو بغيره<sup>4</sup>.

في حين رأى الشافعية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup>: أن موجب الإعارة هو إباحة الانتفاع بالعين، فهي عقد إباحة للانتفاع بعين من أعيان المال. فلا يجوز للمستعير أن يعير العارية لغيره؛ لأن الإعارة إباحة المنفعة، فلا يملك بها الإباحة لغيره، كإباحة الطعام، فالضيف لا يبيح لغيره ما قدم له.

ودليلهم هو اتفاق العلماء على أن عقد الإعارة يجوز من غير أجل، فلو كان مقتضى الإعارة تملك المنفعة، لما جازت من غير أجل، كالإجارة.

1 حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 182/8.

2 البدائع، 214/6.

3 حاشية الدسوقي، 433/3.

4 مدونة الفقه المالكي، 39 / 4.

5 مغني المحتاج، 2/264.

6 المغني، 5/209.



غير أن الفريقين اتفقا على أن المستعير لا يملك إجارة العين المعارة، والسبب عند الفريق الأول أن المستعير لا يملك الإجارة؛ لأنها عقد لازم، والإعارة عقد تبرع، جائز غير لازم، فلا يملك به ما هو لازم مما يؤدي إلى تغيير طبيعة الإعارة، وأما السبب عند الفريق الثاني هو أن العارية تبيح المنافع فقط، ولكن لا تملكه إياها<sup>1</sup>.

### التكييف الفقهي للزوم عقد الإعارة:

كما اختلف الفقهاء في تحديد حقيقة الإعارة، اختلفوا في مدى لزومها فهي من العقود المتداخلة في اللزوم وعدمه، فمن قال بعدم لزومها رأى أنها بر من المعير بالمستعير فلا يليق بها اللزوم، كما لا يليق بالمستعير إلزام من بذل له البر بإرغامه على تقديم منافع ما يملكه من أعيان، ومن رأى لزومها قدر الضرر الذي قد يصيب المستعير في حال رجوع المعير عن إعارته .

فقال الحنفية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة: إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم؛ لأنه ملك لا يقبله عوض فلا يكون لازماً، كالملك الثابت بالهبة، فيجوز للمعير أن يرجع في الإعارة، كما للمستعير أن يردّها في أي وقت شاء، سواء أكانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة بوقت، ما لم يأذن المعير في شغل المستعار بشيء يتضرر بالرجوع فيه، أو كانت العارية لازمة كمن أعار أرضاً لدفن ميت محترم، فلا يجوز للمعير الرجوع في الموضع الذي دفن فيه، وامتنع على المستعير رده، فهذه إعارة لازمة من الجانبين حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير تراباً، ودليلهم على أن العارية عقد جائز (غير لازم) قوله ﷺ: "المنحة مردودة، والعارية مؤداة"<sup>4</sup>.

وقال المالكية<sup>5</sup> في المشهور عندهم: ليس للمعير استرجاع العارية قبل الانتفاع بها، وإذا كانت العارية إلى أجل، فلا يجوز للمعير الرجوع إلا بعد انقضاء الأجل، فإن لم يتحدد أجل يلزم المعير من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية، فهم يسوغون الرجوع في العارية المطلقة ويمنعونه في العارية المقيدة بالشرط أو العمل أو الزمن أو العرف أو العادة.

### القبض في عقد العارية:

للفقهاء في قبض العارية آريان:

<sup>1</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 675/5

<sup>2</sup> يبدائع الصنائع، 216/6.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، 270/2.

<sup>4</sup> سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، 802/2، باب: العارية، حديث رقم (2399)، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت.

<sup>5</sup> بداية المجتهد، 313/2.

حيث ذهب الأحناف<sup>1</sup> إلى اشتراط القبض لتنتقل منافع المعار إلى المستعير، فالقبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض، ويشترط في العارية قبض المستعير المستعار بإذن المعير صراحة أو دلالة؛ لأن المستعير ينتفع بالمستعار قبل قبضه. كما أن العارية من التبرعات فهي عبارة عن تبرع بمنافع العين المعارة للمستعير فلا تتم إلا بالقبض، والإذن صراحة كأن يقول أحد لآخر أعرتك مالي هذا فاقبضه، أما الإذن دلالة فهو عبارة عن إيجاب العارية: فإيجاب المعير إذن بالقبض دلالة، فإذا أُعطيَ الإذن صراحة فللمستعير بلا شك أن يقبض العارية في مجلس العقد وبعد التفرق عن المجلس، ولكن إذا كان الإذن دلالة فالظاهر أنه لا يتقيد بمجلس العقد، فلو قال شخص لآخر: إنني استعرت كتابك غدا فأجابه صاحب الكتاب: أعرتك إياه فذهب المستعير في الغد وقبضه صحت الإعارة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن منافع المعار لا تنتقل إلى المستعير لا بقبض ولا بغيره؛ لأن " الْمَنَافِعَ الْمُسْتَقْبَلَةَ لَمْ تَحْصُلْ فِي يَدِهِ، فَلَمْ يَمْلِكْهَا بِالْإِعَارَةِ"<sup>2</sup>، فالإعارة تفيد إباحة المنافع لا تملكها.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 6 / 154، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 303/2.  
<sup>2</sup> المغني، 364/5.

## المطلب الثاني: القرض

يرى الفقهاء آراء متفاوتة في ربط إيقاع الملكية وتحققها للمستقرض بتحقيق القبض.

**الرأي الأول:** وهو ما ذهب إليه جمهور الأحناف<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> في الأصح عندهم والحنابلة<sup>3</sup>، إلى أن المقرض لا يملك القرض إلا بالقبض، فيثبت الملك في القرض عند أبي حنيفة ومحمد بالقبض، فلو اقترض إنسان مدّ حنطة وقبضه، فله الاحتفاظ به ورد مثله وإن طلب المقرض رد العين، لأنه خرج عن ملك المقرض، وثبت له في ذمة المقرض مثله لا عينه، ولو كان قائماً، وإن كان الشافعية يرون أن الملك في القرض غير تامّ لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ.

واستدلوا لذلك بالآتي:

1- أنّ القرض هو القطع في اللّغة فسُمي هذا العَقْدُ قَرْضاً لما فيه من قَطْع طائفة من مال المقرض وتسليمها إلى المُسْتَقْرَضِ، فكان مَأْخِذ الاسم دليلاً على اعتبَار هذا الشرط - وهو القبض أو التسليم<sup>4</sup> - .

2- أنّ المُسْتَقْرَضَ بنفس القبض صارَ بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المُقْرَضِ بيعة وهبة وصدقة وسائر التصرفات، وإذا تصرف نفذ تصرفه ولا يتوقف على إجازة المقرض وَهَذِهِ أمارات الملك<sup>5</sup>.

3- أنه يملك بالقبض؛ لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه، ولو لم يملكه لما ملك التصرف فيه؛ ولأن الملك في الهبة يحصل بالقبض ففي القرض أولى؛ لأن للعرض مدخلا فيه.

4- أنه يملك بالتصرف؛ لأنه يشبه التبرع فلا يشترط فيه البذل في الحال وإن كان ليس بتبرع محض لاشتراط البذل آجلاً، وهو يشبه المعاوضات أيضاً؛ لأنه يجب على المستقرض أن يرد بدلاً عوضاً عما اقترضه، إلا أن جانب التبرع فيه أقوى وأوضح؛ لأن المقرض قد تبرع بمنافع ماله للمستقرض مجاناً دون أن يطلب بدلاً حالاً، كما أنه لا يملكه من لا يملك حق التبرع، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله في ذمة المستقرض<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 396/7، الدر المختار، 164/5.

<sup>2</sup> العزيز شرح الوجيز، الرافعي، 392/9.

<sup>3</sup> كشاف القناع، 312/3.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، 396/7.

<sup>5</sup> المصدر نفسه.

<sup>6</sup> فتح العزيز، 392/9.

**والرأي الثاني:** وهو ما رآه المالكية<sup>1</sup> من أن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة والعارية، يثبت الملك فيه بالعقد، وإن لم يقبض المقرض المال. فالقرض يوجد ويلزم بلا دفع؛ لأنه يلزم بالقول؛ ولأن التراضي هو مناط نقل ملكية الأموال بين العباد وهو متحقق في الإيجاب والقبول فلا حاجة لربطه بمباشرة القبض والتسليم، ويجوز للمقرض أن يرد مثل الذي اقترضه، وأن يرد عينه، سواء أكان مثلياً أم غير مثلي، وهذا ما لم يتغير بزيادة أو نقص، فإن تغير وجب رد المثل، وعليه فإن هلكت العين بعد العقد وقبل القبض يكون ضمانها على المقرض؛ لأنها هلكت في ملكه.

**الرأي الثالث:** ما ذهب إليه أبو يوسف<sup>2</sup>، وقول للشافعية<sup>3</sup> أيضاً في مقابل قولهم الأصح، وهو أن القرض لا يملك بالقبض ما لم يستهلك فالمقرض لا يملك القرض ما دام قائماً، وحجة أبي يوسف أن الإقراض إعارة، بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل، إذ لو كان معاوضةً للزم فيه، كما في سائر المعاوضات؛ ولأنه لا يملكه الأب والوصي والعبد المأذون والمكاتب، وهؤلاء يملكون المعاوضات؛ ولأنه لو جُعِلَ مبادلة لما جاز؛ لأنه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين، فثبت بذلك أن الإقراض إعارة، فتبقى العين على حكم ملك المقرض قبل أن يستهلكها المقرض، وأما حجة الشافعية فهي أن المقرض إنما يملك المال المقرض بالتصرف، فإذا تصرف فيه تبين ثبوت ملكه قبله، والمراد بالتصرف: كل عمل يزيل الملك، كالبيع والهبة والإعتاق والإتلاف ونحو ذلك، فهو ليس بتبرع محض، إذ يجب فيه البدل، وليس على حقائق المعاوضات، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله.

### الترجيح:

رأى الجمهور انتقال ملكية القرض بقبضه، في حين رأى المالكية انتقالها بالعقد دون توقف على قبض، ورأى أبو يوسف وبعض من الشافعية أن القبض للقرض إنما يقع بالتصرف فيه واستهلاكه، والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور؛ لأنه يربط انتقال ملكية القرض بالقبض يسهل ضبط حدود تصرف كل عاقد - المقرض والمقرض - ، بخلاف إذا ما ترك انتقال الملكية للمقرض بمجرد العقد فيتسع مجال تصرفه ويضيق على المقرض مجاله، فينال خلاف مقصوده من التوسعة على المقرض، والعكس صحيح لمن قال بعدم انتقال الملكية بالقبض وربط انتقالها بالتصرف والاستهلاك؛ لأن في ذلك تحجير على المقرض بعدم ثبوت ملكه لما اقترض ولو قبضه، فلا يكون مكتمل الإرادة والعزم في إنشاء ما أراد من عقود وتصرفات مبنية على هذا القرض؛ لأن ملكه للقرض متردد بينه وبين المقرض.

<sup>1</sup> الشرح الصغير: 3/295، حاشية الدسوقي، 226/3، البهجة في شرح التحفة، التسولي، 471/2.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 234/5.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، 120/2.

وأيضاً من الأسباب التي رجحت رأي الجمهور الآتي<sup>1</sup>:

1- أن القول بانتقال ملكية القرض بالتصرف فيه ممتنع؛ لأن التصرف فرع عن الملك ولا يصح قبله، فالملك شرط في صحة التصرف فلو أنشأنا الملك على التصرف لوقعنا في الدور.

2- لأنه عقد ينطوي على جانب تبرع وجانب معاوضة، وجانب التبرع فيه أوضح وأقوى؛ لأن ثمرة التعاقد فيه هي التبرع دون بدل حال فلا يملكه من لا يملك حق التبرع، فكان كسائر التبرعات ينتقل فيه الملك بالقبض لا بالعقد ولا بالتصرف والاستهلاك.

3- أن قول أبي يوسف بأن القرض إعارة، والإعارة تملك المنفعة لا تملك العين لا يمكن التسليم به؛ لأن مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، وقيام عينه مقام المنفعة، يصير قبض العين فيه قائماً مقام قبض المنفعة، والمنفعة في الإعارة تملك بالقبض؛ لأنها تبرع بتمليك، فكذا الحال فيما هو ملحق بها وهو العين.

---

<sup>1</sup> القبض وأثره في العقود، 111، التفاضل في الفقه الإسلامي، 196.

## المطلب الثالث: الوقف

اختلف الفقهاء في اشتراطهم للقبض لنزع ملكية الموقوف من الواقف، فجاءت أقوالهم كالآتي:

الرأي الأول<sup>1</sup>: وهو ما ذهب إليه الأحناف من أن القبض ليس هو مناط زوال ملكية الواقف للموقوف، فالوقف يزول ملكه عندهم بأحد أربعة أسباب:

1 - بالإفراز، كإفراز المسجد مثلاً. وإفرازه أي: تمييزه، فلا يكون حصة شائعة؛ لأن شيوعها يمنع خلوصها لله تعالى، ويجعلها عرضة لتغيير جهة الانتفاع بها، فتتحول إلى حانوت أو أرض مزروعة، ونحوها، وهو أمر مستنكر شرعاً.

2- بقضاء القاضي؛ لأنه مجتهد فيه أي يسوغ فيه الاجتهاد والاختلاف بين الأئمة، فيكون الحكم فيه رافعاً للخلاف.

3 - أو بالموت إذا علق به، كأن يقول الواقف: إذا مت فقد وقفت داري على كذا، فالصحيح أنه كوصية تلزم من الثلث بالموت، لا قبله.

4- أو بقوله: وقفنها في حياتي، وبعد وفاتي مؤبداً.

وفي الأمرين الأولين: يزول الملك ويلزم الوقف في حياة الواقف بلا توقف على موته، فاللزوم حالي، كما يلزم أيضاً بالموت.

أما في الأمرين الآخرين: فيزول الملك ويلزم الوقف بموت الواقف، لكن في حال الحياة يجوز للواقف الرجوع عن الوقف ما دام حياً، غنياً أو فقيراً، بأمر قاض أو غيره.

غير أنه عند محمد بن الحسن لا يتم الوقف حتى يقبض ويفرز؛ لأنه كالصدقة؛ ولأن تسليم كل شيء بما يليق به، ففي المسجد بالإفراز، وفي غيره بتسليمه للناظر فيه أي: المتولي.

الرأي الثاني: وبه قال المالكية<sup>2</sup> وهو أيضاً قول للإمام ابن حنبل ومحمد بن الحسن الشيباني - كما سبق معنا في الرأي الأول - من أن الوقف لا يلزم ولا يخرج عن ملك الواقف إلا بالقبض، وإخراج الواقف له عن يده إلى غيره ويوكل فيه من يقوم به؛ لأن

<sup>1</sup> الميسوط، السرخسي، 67/12، الفقه الإسلامي وأدلته، 307/10.  
<sup>2</sup> الشرح الكبير، 78/4، مدونة الفقه المالكي، 225/4، محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة، 68، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، 1959.

الوقف بمجرد اللفظ عبارة عن تبرع بمال لم يخرج من المال فلم يلزم بمجرد كالهبة والوصية.

بل ويشترط المالكية إلى جانب ذلك الحوز لمدة لا تقل عن السنة وإلا بطل الوقف، فإن عاد الوقف إلى الواقف بإعارة أو كراء، وحدث له مانع كالموت أو التفليس، وهو عنده، فإن الوقف يبطل ولا يعتد بالحوز السابق لقصر المدة، إلا أن يكون الوقف لا غلة له كالسيارات والأثاث، فلا يضر رجوعه إلى الواقف، وإن حصل المانع للواقف والوقف تحت يده، أما إن حصل المانع بعد مرور سنة من الحوز فلا يبطل الوقف، ويعتد بالحوز السابق.

كما يميز المالكية في الحيابة بين الحسية والحكمية فالحيابة الحسية ما كان التسليم فيها فعلياً، بأن يمكن الواقف المتولي من العين بكل وسائل التمكين ويستولي عليها فتكون تحت حكمه وتصرفه، والحيابة الحكمية تكون إذا كان الموقوف عليه محجوراً تحت ولاية الواقف، فلا تتحقق الحيابة الحكمية عندها إلا بتلات شروط:

- بإشهاد الولي على الوقف على محجوره.

- أن تُصرف الغلة كلها أو بعضها على مصالحه.

- ألا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكن الواقف إلا ما كان شغلاً قليلاً.

**الرأي الثالث<sup>1</sup>:** وهو ما قال به الشافعية والحنابلة في الصحيح عندهم، من أن الوقف عقد يقتضي نقل الملك في الحال، فإذا صح الوقف زال به ملك الواقف؛ لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة، فأزال الملك كالعق. وأن الوقف على معين يشترط فيه عندهم القبول متصلاً بالإيجاب إن كان من أهل القبول، وإلا فقبول وليه كالهبة والوصية، أما الوقف على جهة عامة كالفقراء أو على مسجد أو نحوه، فلا يشترط فيه القبول جزماً لتعذره، وينتقل الملك عندهم في الوقف إلى الله تعالى إن كان الوقف على مسجد ونحوه كمدرسة ورباط وقنطرة وفقراء وغزاة وما أشبه ذلك، وينتقل الملك في العين الموقوفة إلى الموقوف عليه إن كان آدمياً معيناً كزيد وعمرو، أو كان جمعاً محصوراً كأولاده أو أولاد زيد؛ لأن الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة، فملكه المنتقل إليه كالهبة.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 383/2، المغني، 208/6.

## المطلب الرابع: الهبة

ذهب الفقهاء في امتلاك الموهوب الهبة بقبضه لها مذهبين:

**المذهب الأول<sup>1</sup>:** وهو ما ذهب إليه الجمهور من حنفية وشافعية وحنابلة، من أن الهبة لا يملكها الموهوب إلا إذا قبضها، وإلا فإن ملكه لها لا يستقر وتصرفه فيها لا ينعقد، وأدلتهم فيما ذهبوا إليه كالتالي:

- قوله عليه السلام: "الهبة لا تجوز حتى تقبض"<sup>2</sup>، والجواز في اللغة هو النفاذ والصحة، وكذلك يطلق على ما ليس بلازم، فيكون المراد من الحديث الشريف هو نفي نفاذ الهبة ولزومها مما يؤول إلى نفي آثارها والتي من بينها انتقال ملكها من الواهب إلى الموهوب.

- ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها، قال: فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي ولم أعطه أحدا وإن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه. من نحل نحلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل"<sup>3</sup>.

قوله: (لم يحزها) من الحوز أي: لم يجمعها ولم يقبضها الذي نُحلها أي: الذي أعطيتها وهو الموهوب له حتى تكون النحلة إن مات لورثة الواهب فهي - أي تلك النحلة - باطل لا تفيد ملكا بل هو مشترك بين الورثة .

- وكذا إجماع الصحابة، فقد " وروي عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافة ولأنها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها إذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصي لأنه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء"<sup>4</sup>.

- كما أنه لسد الذريعة يشترط القبض لنقل ملكية الهبة؛ حفظا لحق الورثة، إذ إن كل من أراد أن يمنع ورثته من ميراثه تحيل لذلك بالهبة لماله، ويبقيه في يده دون أن يحوزه

<sup>1</sup> البدائع، 6/ 123، مغني المحتاج، 2/ 396، المغني، 5/ 591.

<sup>2</sup> مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، 107/9، حديث رقم (16529)، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2، 1403هـ، المكتب الإسلامي - بيروت.

<sup>3</sup> سبق تخريجه.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، 6/ 123.



الموهوب له، فإذا مات أخذه الموهوب له، وفي ذلك تعد على حقوق الورثة ومنع ما أوجبه الله تعالى لهم.

فيكون الموهوب بذلك ملكا للواهب مالم يقبض؛ لأن الملك في الهبة لا ينتقل من الواهب إلى الموهوب إلا بالقبض.

**المذهب الثاني:** وهو ما رآه المالكية<sup>1</sup> من أن الملكية متحققة للموهوب بمجرد إنشاء العقد، ودون الوقوف على قبضه للهبة، كما أنه ليس للواهب الرجوع عنها وإن لم يقبضها الموهوب، فالقبض شرط لنفاذها، بل إن الواهب يجبر على التسليم، وهذا ما يفيد انتقال الملكية للموهوب وزوال ملكية الواهب؛ لأنه ليس من الإنصاف إجبار الإنسان على تسليم ملكه لمن ليس أهله.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالآتي:

- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، (المائدة: 1).

فالأمر بالوفاء بالعقود يشمل الوفاء بأصلها ووصفها والشروط المشتركة فيها، وإذا وهب الإنسان فقد التزم بالعقد، فيلزمه الوفاء به ولا يتوقف الأمر على قبض ونحوه، فيكون القبض حينئذ تحصيل حاصل؛ لأن الواهب وفقا للآية الكريمة مجبر على تسليم ما عقد على هبته.

- كما أن الهبة تملك عين في حال الحياة، وهي إزالة ملك بغير عوض، فهي عقد إرفاق وتبرع فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، ولا اعتبار للقبض فيها، هذا إذا ما روعي الجانب التبرعي فيها، أما إذا ما قيست على البيع، فالمشتري يملك ما يبيع له وإن لم يقبضه، وكذلك الهبة على هذا النحو.

والراجح - والله أعلم - مذهب الجمهور؛ لتعدد أدلتهم وقوتها؛ ولأن الهبة عقد تبرع وإرفاق صادر عن الواهب الذي كلف نفسه بتبرع لصالح موهوب لا التزام أو تكليف عليه، بل إن آثار العقد خالصة لصالحه، ومن غير العدل إلحاق الضرر بمن قصد النفع فلا ضرر ولا ضرار وإجبار الواهب على تسليم الهبة بمجرد العقد فيه إيقاع ضرر به، كما وأن قياس الهبة على البيع لا يستقيم؛ لأن البيع من عقود المعاوضة وفيه التزام من الطرفين، والهبة عقد معاوضة، فلا يصح قياس عقد من عقود التبرع عليه.

<sup>1</sup> الفقه المالكي وأدلته ، 432/6 - 434.

## **الفصل الثاني: آثار القبض في العقود**

**المبحث الأول: انتقال الضمان إلى القابض.**

**المبحث الثاني: تسلط القابض على التصرف في المقبوض.**

**المبحث الثالث: وجوب بدل العوض للمقبوض منه.**

## الفصل الثاني: آثار القبض في العقود

لقد قدم عرض لعلاقة العقد بالقبض من حيث الصحة واللزوم وانتقال الملكية، وسنعرض الآن أهم آثار القبض في العقود، ومن المعروف لغة أن الأثر يطلق فيراد به عدة معان منها: النتيجة والحاصل من الشيء أو ما يترتب عنه، فإذا أضيف الأثر إلى العقد أو التصرف أفاد الحكم الصادر عنه والنتيجة الحاصلة منه، ومن أهم آثار القبض ونتائجه الآتي:

- 1- انتقال الضمان إلى القابض.
- 2- تسلط القابض على التصرف في المقبوض.
- 3- وجوب بدل العوض للمقبوض منه.

## المبحث الأول: انتقال الضمان إلى القابض.

**والضمان لغة<sup>1</sup>:** من ضمّن الشيءَ وبه ضمناً وضمّناً كفل به، وضمّنه إياه كفّله، يقال: ضمّنتُ الشيءَ أضْمُنُهُ ضمّاناً فأنا ضامنٌ وهو مضمون، قال رسولُ الله ﷺ: "تضمّن الله لمن خرّج في سبيله لا يُخرجه إلاّ جهاداً في سبيلي وإيماناً بي وتصدّقاً برسلي فهو عليّ ضامنٌ أن أدخله الجنةَ أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرّج منه نائلاً ما نال من أجرٍ أو غنيمَةٍ"<sup>2</sup>. والضمان الالتزام، ويتعدى بالتضعيف فيقال: ضمنته المال ألزمته إياه، وضمنت الشيء كذا جعلته محتوياً عليه فتضمن.

أما اصطلاحاً فيدور حول عدة معان عند الفقهاء<sup>3</sup>:

أ - حيث يطلق على كفالة النفس وكفالة المال عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية، وحتى أنهم عنونوا للكفالة بالضمان.

ب - ويطلق على غرامة المتلفات والغصوب والتعيبات والتغييرات الطارئة.

ج - كما يطلق على ضمان المال، والتزامه بعقد وبغير عقد.

د - ويطلق على وضع اليد على المال، بغير حقّ أو بحقّ على العموم.

هـ - ويطلق أيضاً على ما يجب بالإلزام الشارع، بسبب الاعتداءات: كالدّيات ضماناً للنفس، والأروش ضماناً لما دونها، وكفارة اليمين، وكفارة الإفطار عمداً في رمضان.

ومن تعريفاته ما أتت به مجلة الأحكام العدلية بنصها أن "الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيّمته إن كان من القيميات"<sup>4</sup>.

وعرفه المالكية بأنه "شغل ذمة أخرى بالحق"<sup>5</sup>، وجاء عند الشافعية بالمعنى الشامل للكفالة فهو "التزام دين أو إحضار عين أو بدن، أي: التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> لسان العرب، ابن منظور، 261/4، مادة: ضمن، التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، 474/1.

<sup>2</sup> صحيح مسلم، 1495/3، كتاب: الإمارة، باب: فضل الجهاد والخروج في سبيل الله، حديث رقم (1876).

<sup>3</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 220/28.

<sup>4</sup> المادة 416.

<sup>5</sup> الشرح الكبير، الدردير، 329/3.

<sup>6</sup> مغني المحتاج، 198/2، حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، سليمان الجمل، 587/6، دار الفكر - بيروت.

أما الحنابلة فإن الضمان عندهم " ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"<sup>1</sup>.

والذي يعنينا في هذا الجانب هو مآل الضمان في القبض وتحديد الذمة المشغولة به، وما يترتب عليه من دفع لعوض الهلاك وتحمل للنقصان والعيب الطارئ على المقبوض.

وهو ما يقع ويتحقق في عقود الضمان كالبيع، وعقود الأمانة كالإعارة، والعقود مزدوجة الأثر كالرهن والإجارة، وعقود التبرعات كالهبة. وإن كان ثمة عقود لا ينتقل فيها الضمان إلى القابض بل تظل أمانة عنده كيد الوكيل وعامل القراض والشريك.

فالعقود بالنسبة للضمان أربعة أصناف<sup>2</sup>:

- 1- عقود شرعت لإضافة الضمان بذاته كالكفالة.
  - 2- عقود شرعت للربح والملك لا للضمان، والضمان أثر لازم لأحكامها، فيكون المال المقبوض فيها مضمونا على القابض مهما كان سبب التلف كالبيع.
  - 3- عقود الأمانة والحفظ والربح أحيانا، ويكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض لا يضمنه إلا بالتعدي والتقصير.
  - 4- عقود ذات أثر مزدوج تنشئ ضمانا من جهة وأمانة من جهة أخرى كالإجارة.
- ومناط التمييز - بوجه عام - بين عقود الضمان، وبين عقود الأمانة، يدور مع المعاوضة: فكلما كان في العقد معاوضة، كان عقد ضمان، وكلما كان القصد من العقد غير المعاوضة، كالحفظ ونحوه، كان العقد عقد أمانة.
- ومرمى الدراسة الآتية هي العقود التي يكون فيها القبض ناقلا للضمان، وهذا بيانها:

<sup>1</sup> المغني، 70/5.

<sup>2</sup> نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، محمد فوزي فيض الله، 14، مكتبة دار الثرات، ط2، 1986.

## المطلب الأول: الضمان في عقد البيع

قد يستوفي عقد البيع كامل شروطه وأركانه فيقع عقدا صحيحا لازما، وقد تتخلف بعض شروطه أو أركانه فيقع العقد فاسدا، وبحسب صحة العقد أو فساده يتحدد ضمانه.

### 1- ضمان المبيع في العقد الصحيح اللازم:

هل يثبت الضمان بثبوت القبض وجودا وعلما؟ اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

**الأول<sup>1</sup>:** للأحناف والشافعية حيث رأوا أن الضمان يدور مع القبض وجودا وعلما، فيكون المبيع في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري، فمتى قبضه انتقل الضمان إليه؛ لأنَّ المبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالين فيُمنع كونه مضمونا بضمان آخر، فالمبيع قبل قبضه من ضمان البائع، وإن هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع وعليه الثمن؛ لأنه بالإتلاف صار قابضا كل المبيع؛ حيث لا يتصور إمكانية إتلافه للمبيع إلا بعد إثبات يده عليه.

فإن "المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري، وإذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع"<sup>2</sup>.

وانتقل الضمان في رأيهم بالقبض لا بمجرد العقد؛ لأنَّ موجب العقد انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وذلك يقتضي إلزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وفاءً بالعقد؛ لأنَّ الملك لا يثبت لعينه، وإنما يثبت وسيلةً إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم، فكان إيجاب الملك في المبيع للمشتري إيجاباً لتسليمه له ضرورةً.

- **الثاني:** رأي المالكية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، وفيه رأوا أن ضمان المبيع الجراف - غير المستحق للتوفية من كيل أو عد أو وزن -، ينتقل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد الصحيح اللازم - واحترز بالصحيح من الفاسد، وباللازم من غير اللازم كبيع المحجور أو بيع الخيار الذي يتعلق الضمان فيه بذمة البائع - ولو لم يتم القبض من المشتري، فإن حصل في المبيع عيب أو هلك بعد العقد فالضمان يقع على المشتري.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالآتي:

<sup>1</sup> البدائع، 238/5، مغني المحتاج، 65/2.

<sup>2</sup> مجلة الأحكام العدلية، 59/1.

<sup>3</sup> الذخيرة، 125/5، الفقه المالكي، الحبيب الطاهر، 222/5.

<sup>4</sup> المغني، 112/4.

- عن السيدة عائشة - رضي الله عنها - أن الرسول ﷺ قال: " الخراج بالضمان" <sup>1</sup>، ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل خراج المبيع لمن عليه ضمانه، ولو كان مضمونا على البائع لكان خراجه له وليس كذلك اتفاقا.

- أن العقد يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، ولذا فإن ملكية المبيع تنتقل للمشتري بمجرد العقد دون وقوف على القبض؛ لأن القبض ما هو إلا حكم من أحكام العقد، وفرع عن الملكية، ألا ترى أن البائع إذا امتنع عن إقباض المشتري المبيع أجبر على ذلك ويأثم ويعد في حكم الغاصب، وإن تلف المبيع عنده لزمته قيمته، وهو ما يدل على استقرار الملك للمشتري وإن كان لم يقبض المبيع، ولذا فالضمان يؤول إليه.

هذا وقد استثنى المالكية من ذلك ست صور لا يكون الضمان فيها عائدا للمشتري حتى يقبض المبيع وهي:

1- إن كان المبيع مستحقا للتوفية: وهو المثلي، من مكيل أو معدود أو موزون فلا يضمنه المشتري إلا بعد القبض؛ لأن المشتري ممنوع من تسلمه والانتفاع به إلا بعد التوفية، لذلك يبقى الضمان لدى البائع ما دام المبيع في حوزته، فإن حازه المشتري انتقل إليه الضمان، وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه.

2- السلعة المحبوسة للثمن، وهي التي حبسها بائعها ولم يسلمها للمشتري حتى يقبض ثمنها.

3- السلعة المحبوسة للإشهاد على البيع، وهي كالمحبوسة للثمن.

4- المبيع الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة.

5- المبيع بيعا فاسدا، فإنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض.

6- الثمار المباعة بيعا صحيحا بعد بدو صلاحها، ف ضمانها على البائع قبل أمنها من الجوائح؛ لأن الثمرة تحتاج البقاء في الأصل وتغذيتها منه. وينتقل ضمانها للمشتري بالأمن من ذلك، ويتم ذلك بتمام طبيها، فينتقل الضمان من البائع سواء أجزها المشتري أم لا.

## 2- الضمان في البيع الباطل والفاقد:

ليس ثمة فرق بين العقد الباطل والفاقد عند جمهور الفقهاء، باستثناء الحنفية فإنهم يفرقون بينهما، ويجعلون البيع الفاسد مرتبةً بين البيع الصحيح والبيع الباطل.

<sup>1</sup> سنن الترمذي، 581/3، كتاب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، حديث رقم (1285)، حسنه الألباني.

ويعرّف الحنفيّة البيع الفاسد بأنّه: ما شرع بأصله دون وصفه.

أو هو: ما ترتّب عليه أثره، ولكنّه مطلوب التّفاسخ شرعاً، وهو مباين للباطل؛ لأنّ ما كان مشروعاً بأصله فقط يباين ما ليس بمشروع أصلاً.

وأيضاً حكم الفاسد أنّه يفيد الملك بالقبض، والباطل لا يفيدّه أصلاً، وتباين الحكمين دليل تباينهما<sup>1</sup>.

### - الضمان في البيع الباطل:

وهو البيع الذي لم يشرع بأصله ولا بوصفه، وهو بيع لا يثبت الملك أصلاً ولا يترتب عليه أثر، ولا حكم له؛ لأنّ الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلّا من حيث الصّورة؛ لأنّ التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعاً كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلّا من الأهل في المحل حقيقة<sup>2</sup>.

وعليه فإنّ ضمانه يبقى عند البائع مالم يقبضه المشتري لبقائه في ملكه وتحت تصرفه، فإذا ما قبضه المشتري بإذن البائع فإنّ الحكم بانتقال الضمان إلى البائع فيه قولان:

**القول الأول:** وهو ما رآه الجمهور من المالكية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> وبعض الأحناف من انتقال الضمان إلى المشتري بقبضه للمبيع بيعاً باطلاً؛ "لأنّ المَقْبُوضَ على حُكْمِ هذا البَيْعِ لَا يَكُونُ دُونَ المَقْبُوضِ على سَوَاءِ الثَّرَاءِ وَذَلِكَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَهَذَا أَوْلَى"<sup>6</sup>، فإنّ هلك فعليّه أداء مثله إن كان من المثليات وقيّمته إن كان من القيميات.

**القول الثاني:** وهو رأي رآه بعض الحنفيّة<sup>7</sup> من أنّ المبيع في العقد الباطل يكون أمانة في يد المشتري؛ لأنه مال قبض بإذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى فالتحق العقد بالعدم وبقي إذنه بالقبض، وهو مالا يوجب الضمان إلا بالتعدي. كما أنّ الشرع أمر بإهانة المبيع في العقد الباطل فلا يكون متقوماً، وتملك المبيع وتحمل ضمانه إذا ما تلف فيه إكرام له وهو خلاف المأمور به شرعاً.

**والراجح** فيما أرى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني؛ لانعدام معنى العقد حقيقة فتندم آثاره معه، كما أنّ إلزام الضمان على المشتري فيه إقرار بتملكه له وهذا لا يصح لبطلان العقد أساساً.

<sup>1</sup> رد المحتار، ابن عابدين، 49/5.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 305/5.

<sup>3</sup> مواهب الجليل، 380/4.

<sup>4</sup> روضة الطالبين، 408/3.

<sup>5</sup> المغني، 16/4.

<sup>6</sup> بدائع الصنائع، 305/5.

<sup>7</sup> بدائع الصنائع، 305/5، العناية شرح الهداية، 96/9.



## الضمان في البيع الفاسد:

والبيع الفاسد هو كلّ بيع فاته شرط من شروط الصّحّة كأن يكون في المبيع جهالة، أو غرر، أو كان منهياً عنه، كبيع الطّعام قبل قبضه، أو هو: ما ترتّب عليه أثره، ولكنّه مطلوب التّفاسخ شرعاً.

ومع الاتّفاق على وجوب فسخه، وخبث الرّيح النّاشئ عنه، فقد اختلف في ضمان المبيع فيه بعد قبضه، وملكه على قولين:

**الأول:** مذهب المالكية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> أنّه وإن كان لا يملك بالقبض، ولا ينفذ التّصرّف فيه ببيع ولا هبة، ويلزمه رده لكنّه يضمن ضمان الغصب، وعليه مؤنة رده كالمغصوب، وإن نقص ضمن نقصانه، وزوائده مضمونة، وفي تعييبه أرش النّقص، وفي تلفه وإتلافه الضّمان؛ لأنّه مضمون بعقد فاسد فلم يملكه كالميتة، فكان مضموناً في جملته، فأجزأوه مضمونة أيضاً.

كما يرى المالكية أن من شروط انتقال الضمان إلى المشتري في البيع الفاسد أن يكون القبض استمر حتى هلاك المبيع، أما إن قبضه المشتري ثم رجع إلى البائع لسبب من الأسباب، كأن يكون البائع اشترط عند العقد أن ينتفع به مدة معلومة كسكنى الدار أو ركوب دابة أو مركوب، وهلك عنده فضمانه على البائع، ولا قيمة لقبض المشتري له أولاً، وكذلك يشترط أن يكون البيع على البت لا الخيار، فإن كان على الخيار فضمانه على البائع؛ لأن بيع الخيار منحل.

**الثاني:** وهو مذهب الحنفية<sup>4</sup>، وهو أنّ البيع الفاسد يفيد الملك إذا اتّصل به القبض، ولم يكن فيه خيار شرط، لصدور العقد من أهله ووقوعه في محلّه، لكنّه ملك خبيث حرام لمكان النّهي، وهذا هو الصّحيح المختار عندهم، ويكون مضموناً في يد المشتري، ويلزمه مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، بعد هلاكه أو تعذّر رده.

**وأدلتهم:** ما جاء عن عائشة - رضي الله عنها - : " أنّها أرادت أن تشتري بريرة فاشترطوا أهلها - الولاة فقال النبي ﷺ: اشترئها فإنما الولاة لمن أعطى الثمن أو لمن وليّ التّعمة"<sup>5</sup>، فأمرها أن تشتريها وتعتقها، وأبطل أن يكون الولاة لأهلها.

- ولصدور العقد من أهله ووقوعه في محلّه، خلافاً للبيع الباطل فإن المحل هنا متقوم أساساً ولا حرج في إغرازه.

<sup>1</sup> مختصر خليل، 85/5، الفقه المالكي، 156/5، المعاملات أحكام وأدلة، الصادق الغرياني، 292، ط4، مكتبة ابن حمودة، زليتن، 2008.

<sup>2</sup> روضة الطالبين، 408/3.

<sup>3</sup> الشرح الكبير، ابن قدامة، 56/4.

<sup>4</sup> العناية شرح الهداية، 94/9.

<sup>5</sup> سنن الترمذي، 557/3، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في اشتراط الولاة والزجر عن ذلك، حديث رقم (1302)، صححه الألباني.

**والراجع -** والله أعلم - ما ذهب إليه الأحناف؛ لأن البيع صدر من أهله، ووقع على محل مشروع أصلاً وهو ما يفيد الملك، ويزال الضرر - وهو الشرط الفاسد - فيصح العقد وتقع آثاره، فيتحقق بذلك ثبات المعاملات ودوامها واستقرارها.

### 3- الضمان في المقبوض على سوم الشراء:

والمقبوض على سوم الشراء: هو أن يساوم شخص آخر في شراء سلعة ولم يتعاقد معه نهائياً سواء قطع معه ثمنها وقبضها ولم يسلمه الثمن، أو لم يقطع معه ثمنها ولكن قبضها ليطلع عليها أهله أو أصحابه، فمثل هذه السلعة تكون مضمونة كالعارية والعين المغصوبة بحيث إذا هلكت وجب عليه رد قيمتها وإلا ردها بعينها<sup>1</sup>.

ولا بدّ فيه عند الحنفية<sup>2</sup> من توافر شرطين:

أ - أن يكون الثمن مسمّى في العقد، من البائع أو المشتري.

ب - وأن يكون القبض بقصد الشراء، لا لمجرد النظر، فإنه لا يضمن مطلقاً، وهو أن يقول المساوم: هاته حتى أنظر إليه، أو حتى أريه غيري، ولا يقول: فإن رضيت أخذته فهذا غير مضمون مطلقاً بل هو أمانة، ذكر الثمن أو لا، ويضمن بالاستهلاك.

فالفرق بينهما - المقبوض بقصد الشراء والمقبوض بقصد النظر -:

أ - أن المقبوض على سوم الشراء لا بدّ فيه من ذكر الثمن، أما الآخر فلا يذكر فيه ثمن.

ب - وأنه لا بدّ أن يقول المشتري: إن رضيت أخذته. فلو قال: حتى أراه لم يكن مقبوضاً على سوم الشراء، وإن صرّح البائع بالثمن.

ويضمنه القابض في هذه الحال، إذا هلك في يده، بالقيمة بالغة ما بلغت يوم القبض، كما في البيع الفاسد، أمّا لو استهلكه فيجب فيه الثمن لا القيمة، لأنه بالاستهلاك يعتبر راضياً بإمضاء العقد بثمنه.

ويرى الشافعية<sup>3</sup> أن المأخوذ بالسوم مضمون كله إن أخذه لشراء كله، وإلا فقد ما يريد شراءه.

وكذلك الحنابلة<sup>4</sup> يرون صحة ضمان المقبوض على وجه السوم، وذلك بأن يساوم المشتري إنساناً على عين ويقطع ثمنها أو أجرتها، أو لم يقطعها ثم يأخذها ليربها أهله فإن

<sup>1</sup> الفقه على المذاهب الأربعة، 97/3، مجمع الضمانات، البغدادي، 475/1.

<sup>2</sup> مجمع الضمانات، 475/1، الدر المختار، 52/4.

<sup>3</sup> حاشية القليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، 265/2، تج: مكتب البحوث والدراسات، بيروت، دار الفكر، 1419هـ - 1998م.

<sup>4</sup> كشف القناع، 370/3.

رضوها أخذها وإلا ردها لربها، فإن حدث فعلى القابض ضمان المقبوض على وجه السوم إذا تلف في كلا الحالين مطلقاً؛ لأنه مقبوض على وجه البديل والعوض، فهو كالمقبوض بعقد فاسد.

**والراجع** - والله أعلم - ما ذهب إليه الحنفية؛ لما في رأيهم من تفصيل وشروط تحدد مقصود المشتري وتحفظ حقوق البائع.

## المطلب الثاني: الضمان في عقد الإجارة

لدراسة الضمان في الإجارة يجب أن نحدد الغرض من إبرام عقد الإجارة، والمنفعة المستفادة من العقد؛ لأن الإجارة تملك المنفعة بعوض، وهي ضروب وأنواع، بحسب المحل الذي ترتبط به، فهي ترد على محلين:

### 1- إجارة واردة على منافع الأعيان:

وهي التي تكون فيها المنفعة بمجردها هي المعقود عليها دون العين، وتتحدّد بالمدة، كإجارة الدور للسكنى، والحوانيت للتجارة، والسيّارات للنقل، والأواني للاستعمال، وهنا يفرق في الضمان بين العين التي تم تأجيرها، وبين المنفعة المعقود على استيفائها.

### أولاً: ضمان العين المأجورة:

اتفق جمهور الفقهاء من حنفية<sup>1</sup> ومالكية<sup>2</sup> وشافعية<sup>3</sup> وحنابلة<sup>4</sup> على أن ضمان العين لا ينتقل إلى المستأجر، بل يظل متعلقاً بالمؤجر، وتكون العين أمانة في يد المستأجر، وحتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه؛ لأن قبض الإجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضموناً كقبض الوديعة والعارية، وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة، وذلك للآتي:

- قياساً على الوكيل والمودع؛ لأنه مأذون لهما في المباشرة، وكذلك المستأجر.

- عملاً بالبراءة الأصلية، أي: أنهم مؤتمنون في الأصل.

- كما أن المستأجر قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة عنده كما لو قبض العبد الموصي له بخدمته سنة.

### ثانياً: ضمان المنافع المتعاقد عليها:

وهي: كالسكنى في الدار أو الرّكوب للمركوب، أو استعمال الأثاث والأدوات، وهذه كلها مضمونة بضمان بدلها على المستأجر بمجرد تمكّنه من استيفائها إذا كانت الإجارة صحيحة بلا خلاف بين الفقهاء، سواء انتفع بها المستأجر أم لم ينتفع، جاء في المجلة العدلية المادة (470): تلزم الأجرة في الإجارة الصحيحة بالاعتدال على استيفاء المنفعة،

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 4/210.

<sup>2</sup> الذخيرة، 5/502، الفقه المالكي، 6/304.

<sup>3</sup> روضة الطالبين، 5/226.

<sup>4</sup> المغني، 6/128.

مثلاً: لو استأجر أحد داراً استئجاراً صحيحاً، فبعد قبضها يلزمه إعطاء الأجرة، وإن لم يسكنها.

أما إن كانت الإجارة فاسدة فإن للفقهاء رأيين:

**الأول<sup>1</sup>:** ما رآه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وقول للحنفية، وهو أن الضمان في الإجارة الفاسدة كالإجارة الصحيحة، وتلزم بالفاسدة أجرة المثل عند الفوات بما تفوت به من انقضاء العمل ونحوه، وسواء انتفع المستأجر أم لم ينتفع، فكما يفيت البيع الفاسد تفيت الإجارة الفاسدة؛ لأنها كالبيع فيما يحل ويحرم؛ ويجب أجر المثل بالغاً ما بلغ؛ لأنّ المنافع متقومة فتجب القيمة بالغاً ما بلغت، والإجارة بيع للمنافع، فتقارن ببيع الأعيان، وفي بيع الأعيان إذا فسد البيع تعتبر القيمة بالغاً ما بلغت، فكذا بيع المنافع، كما أن حكم كل عقد فاسد في وجوب الضمان حكم صحيحه؛ فما وجب الضمان في صحيحه وجب في فاسده، وما لم يجب في صحيحه لم يجب في فاسده.

**الثاني<sup>2</sup>:** وهو قول الحنفية يقول بالتفرقة بين الصحيحة والفاسدة:

ففي الصحيحة: يضمن الأجرة المتفق عليها مهما بلغت.

أما في الفاسدة فضمن الأجرة منوط باستيفاء المنفعة، ولا تجب الأجرة إلا بالانتفاع، فالإجارة الفاسدة وجه تأخيرها عن الصحيحة ظاهر، خلافاً للقائلين بوجوب الأجر بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان؛ لأن المنافع غير متقومة بنفسها بل بالعقد ضرورة لحاجة الناس؛ ولأن في البيع الثمن يجب بنفس العقد فلو صح العقد وجب الثمن، وفي الإجارة لا يجب إلا عند استيفاء المنفعة وعند ذلك نصيب المؤجر معلوم فإنما يجب البديل بمقابلة المعلوم، وكذلك فإن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالانتفاع، وهو الأشبه في الإجارة الفاسدة؛ ولأن الأجرة قبل استيفاء المنفعة لا تملك بنفس العقد وإنما تملك بالقبض.

## 2- إجارة الأعمال:

وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل إلى موضع معين، وصباغة وإصلاح شيء، وتقديم خبرة كخبرة الأطباء والمهندسين<sup>3</sup>.

والضمان في إجارة الأعمال يختلف باختلاف صفة الأجير، والأجير نوعان: أجير خاص، وأجير مشترك.

<sup>1</sup> مواهب الجليل، الخطاب، 555/7، أسنى المطالب، الأنصاري، 433/2، الإنصاف، المرادوي، 87/6، المغني، 128/6.

<sup>2</sup> الميسوط، السرخسي، 60/16.

<sup>3</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 526/4.

## أولاً: الأجير الخاص:

وهو من يعمل لوحد عملاً مؤقتاً بالتخصيص، ويستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل، ويعقد العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس، ولا يجوز له العمل لغير مستأجره<sup>1</sup>.

ويرى الفقهاء من حنفية<sup>2</sup> ومالكية<sup>3</sup> وحنابلة<sup>4</sup> وقول للشافعية<sup>5</sup> أن الأجير الخاص لا يضمن ما تلف في يده إذا ما غصب أو سرق منه، ولا ما تلف من عمله كفساد العمل الذي بين يديه أو تكسره ما لم يتعمد ذلك، فإن تعمد ذلك ضمن؛ لأنه كالمودع إذا تعدى، فلا يضمن ما تلف في يده؛ لأن العين أمانة في يده لحصول القبض بإذن المؤجر؛ ولأنه يسلم نفسه للمستأجر ولا ينشغل بغير العمل لصالحه فتكون السلامة غالبية فيؤخذ فيه بالقياس على المودع، وأما عدم التضمين في ما يتلف من عمل؛ فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر بتسليمه نفسه صح تصرفه فيها وكذلك أمره بالتصرف؛ لأنه نائب مناب المؤجر فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه ولهذا لا يضمنه.

ومن الشافعية من رأى أن الأجير الخاص كالأجير المشترك والأجراء كلهم سواء فيكون ضامناً؛ لأنه منفرد باليد فأشبهه الأجير المشترك.

والمراد بالتعدي والتقصير الموجبان للضمان الآتي<sup>6</sup>:

التعدي: هو أن يعمل الأجير عملاً، أو يتحرك حركة مخالفة لأمر المؤجر صراحة كان أو دلالة، مثلاً بعد قول المستأجر للراعي الذي هو أجير خاص: ارع هذه الدواب في المحل الفلاني ولا تذهب بها إلى محل آخر، فإن لم يرعها الراعي في ذلك المحل وذهب بها إلى محل آخر ورعاها يكون متعدياً، فإن عطبت الدواب عند رعيها هناك يلزمه الضمان.

والتقصير: هو قصوره في محافظة المستأجر فيه بلا عذر، مثلاً لو شردت شاة ولم يذهب الراعي لردها تكاسلاً وإهمالاً يضمنها إن هلكت، حيث إنه يكون مقصراً، وإن كان عدم ذهابه قد نشأ عن غلبة احتمال ضياع الشياه الباقيات عند ذهابه يكون معذوراً ولا يلزمه الضمان.

<sup>1</sup>التعريفات، 25/1، القاموس الفقهي، 14/1، المجلة، المادة(422).

<sup>2</sup> العناية شرح الهداية، 437/12

<sup>3</sup> الذخيرة، 503-502/5.

<sup>4</sup> المغني /117/6.

<sup>5</sup> المهذب، 408/1.

<sup>6</sup> المجلة العدلية، المادة (608-609).

## ثانياً: الأجير المشترك:

وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين كبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق المستأجر جميع نفعه فيها كالمهندس والطبيب، ولا يكون مقيداً بشرط عدم العمل لغير المستأجر، أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، وسمي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة فتكون منفعته مشتركة بينهم<sup>1</sup>.

واختلف الفقهاء في كون الأجير المشترك ضامناً لما يكون تحت يده من أعيان المستأجر على خمسة أقوال:

**الأول:** ما ذهب إليه أبو حنيفة<sup>2</sup>، وزفر بن زياد<sup>3</sup>، والأظهر من قولي الشافعي<sup>4</sup> - إلا أنه لم يكن يفتي به لفساد الناس ودليله عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب -: فيده يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يصير ضامناً لما تلف في يده من غير فعله؛ لأن الأجير المشترك يعد أميناً، فلا يضمن إلا إذا كان متعدياً أو مقصراً، فالأصل ألا يجب الضمان إلا بالاعتداء لقوله - تعالى -: ﴿فَلَا عُذُونَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾، (البقرة: 193) ولم يوجد التعدي من هذا الأجير، لأنه مأذون في القبض، والهالك ليس هو سبباً فيه.

**الثاني:**<sup>5</sup> وهو ما قاله الصّاحبان أبو يوسف ومحمد: أن يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده، ولو بغير تعد أو تقصير منه، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحوهما، وبه يفتي الكثير لتغير أحوال الناس، وصيانة لأموالهم. وأدلتهم فيما ذهبوا إليه:-

**أولاً: السنة النبوية:** قوله ﷺ: " على اليد ما أخذت حتى تؤدي"<sup>6</sup>، فإن عجز الأجير على رد العين المؤجرة لإهلاكه لها، رد قيمتها.

**ثانياً: الآثار:** ما أثار عن الخليفة عمر بن الخطاب والخليفة علي بن أبي طالب - رضي الله عنهما - أنهما كانا يضمنان الصناع والأجراء فيما يهلك بين أيديهم، وكذلك يفعل بعض التابعين كالقاضي شريح<sup>7</sup> فقد اشتكى رجل إلى القاضي شريح في حمال استأجره لينقل له

<sup>1</sup> كشف القناع، 11/4، المغني، 228/4، المجلة، 81/1 (410)

<sup>2</sup> مجمع الضمانات، البغدادي، 568-158/1.

<sup>3</sup> الحسن" بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة ولي القضاء بالكوفة ثم استعفى عنه وكان محباً للسنة وأتباعها حتى لقد كان يكسو مماليكه كما كان بكسو نفسه أتباعاً لقول رسول الله ﷺ: "البسوهم مما تلبسون"، وكان مكثرًا من رواية الحديث، وعالماً بروايات أبي حنيفة،

توفي في سنة 204هـ، انظر: الجواهر المضئية، 129/1.

<sup>4</sup> روضة الطالبين، 337/9.

<sup>5</sup> البدائع، 210/4.

<sup>6</sup> سنن الترمذي، 566/3، كتاب: البيوع، باب: أن العارية مؤداة، حديث رقم (1266)، ضعفه الألباني.

<sup>7</sup> شريح القاضي، وهو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، كنيته أبو أمية: من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام. أصله من اليمن. ولي قضاء الكوفة، في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية. واستعفى في أيام الحجاج، فأعفاه سنة 77 هـ وكان ثقة في الحديث، مأموناً

خوابي، فانكسرت خابية منها، فخاصمه إلى شريح - رحمه الله - فقال: الحمال زاحمني الناس في السوق فانكسرت، قال شريح: إنما استأجرك لتبلغها أهله فضمنه إياها، فكان من مذهب شريح - رحمه الله - تضمين الأجير المشترك بما يمكن التحرز عنه من الأسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل الزحام فلهذا ضمنه<sup>1</sup>.

- ما روى جعفر بن محمد<sup>2</sup> عن أبيه عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك.

**الثالث: المعقول<sup>3</sup>:** أن الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تُخَافُ الخيانة منهم فلو علموا أنهم لَا يُضَمَّنُونَ لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لَا يَعْجِزُونَ عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق أو الغرق الغالب؛ ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعِدْوَان بقطع عضو، والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل وأن العين التي وقعت عليها الإجارة لو تلفت في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيها وكان ذهاب عمله من ضمانه، وأما قياسه على المقارض لا يستقيم؛ لأنه لو ضمن مع أن المال بصدد الذهاب والخسارة في الأسفار لامتنع الناس منه فتتعطل مصلحته بخلاف السلع عند الصنائع فظهر الفرق.

**الثالث:** ما رآه المالكية<sup>4</sup>، من أن الأصل في يد الأجير المشترك أنها يد أمانة، ولكن لما فسد الناس وظهرت خيانة الأجراء ضمن الصنائع وكل من تقتضي المصلحة العامة تضمينه من الأجراء المشتركين حيث تقوم به التهمة، فإن انتفت التهمة فلا ضمان عليه ويده يد أمانة، واستدلوا لذلك بالآتي:

### أولاً: السنة النبوية:

قوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"<sup>5</sup>.

وقوله ﷺ: "العارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضي"<sup>6</sup>.

في القضاء، له باع في الأدب والشعر. وعمر طويلاً، ومات بالكوفة وهو ابن مائة وعشرين سنة. انظر: الطبقات، ابن سعد، 96/6، الإعلام للزركلي، 161/3.

<sup>1</sup> المغني، 116/6، المبسوط، 151/15.

<sup>2</sup> جعفر بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين السبط، الهاشمي القرشي، أبو عبد الله، الملقب بالصادق: كان من أجلاء التابعين. وله منزلة رفيعة في العلم. أخذ عنه جماعة، منهم الامامان أبو حنيفة ومالك. ولقب بالصادق لأنه لم يعرف عنه الكذب قط. له أخبار مع الخلفاء من بني العباس وكان جريئاً عليهم صداعاً بالحق.. مولده ووفاته بالمدينة (80 - 148 هـ).

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 210/4، المغني، 117/6.

<sup>4</sup> بداية المجتهد، 230/2.

<sup>5</sup> سبق تخريجه.

<sup>6</sup> الترمذي، 565/3، كتاب: العارية، باب: أن العارية مؤداة، حديث رقم (1265)، صححه الألباني.



## ثانياً: الأدلة العقلية<sup>1</sup>:

1- القياس على المقترض والمستعير فيما يغاب عليه، حيث إن الصانع قبض العين لنفسه من غير استحقاق للأجر بعقد متقدم، فلم يقبل قوله بتلفها كالمستعير والمقترض، وهذا الحكم منصوص عليه في الحديثين السابقين.

2- إجماع الصحابة على ذلك، فقد روي ذلك عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - ولم يعرف مخالف لذلك، وما كان الخلفاء ليفعلوا ذلك والصحابة متواجدون إلا بعد مشورتهم وإجماعهم على ذلك، وإجماع الصحابة حجة على من بعدهم، كما أن عمل الصحابة يستوجب وجود النص غالباً.

3- العمل بالمصالح المرسله؛ لأن ذلك يتعلق به مصلحة للصانع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة لإتلاف أموال الناس؛ لأن بالناس ضرورة إلى الصانع وليس لكل أحد أن يحسن خياطة ثوبه أو حمل متاعه، ولو تقبلنا قول الصانع في الإتلاف مع علمهم باحتياج الناس لهم لتسرعوا في ادعاء ذلك ولحق الناس ضرر كبير؛ لأنهم بين أمرين: إما أن يدفعوا إليهم السلع فلا يؤمن منهم ادعاء الهلاك بهتانا، أو لا تدفع إليهم السلع فيتضرر الناس، فكان التضمين صلاحاً للطرفين.

ولم تعتبر المصلحة في غير الصانع؛ لأن الصانع يغيرون الأمتعة بصنعتهم حتى تكاد تخفى على أصحابها، وهذا مفقود في غيرهم.

غير أنه ثمة شروط<sup>2</sup> لتضمين الصانع وهي:

1- أن ينصب نفسه للصناعة للناس، ويسمى الصانع المشترك، احترازاً على الأجير لشخص معين.

2- أن يغيب الصانع بالشيء المصنوع، فلا يعمل في حضور صاحبه ولا في بيته، وإلا سقط الضمان عليه.

3- أن يكون المصنوع مما يمكن إخفاؤه، واشتراط هذا الشرط والذي قبله؛ لأن مناط التضمين هو الانفراد بالقبض، وإلا لا يجب التضمين لانعدام موجبه وهو الانفراد بقبض يتهم فيه بادعاء الهلاك.

4- ألا يكون في نعته تغرير، أي تعريض للهلاك كخلع ضررس أو ثقب لؤلؤ أو صهر معدن، فهنا لا ضمان إلا بالتفريط.

<sup>1</sup> الذخيرة، 504/5، الفقه المالكي، 310/6.

<sup>2</sup> الفقه المالكي، 312/6.

5- أن تتوافر بينة تثبت تعمد إتلافه.

**رابعاً:** قول لبعض الشافعية<sup>1</sup>، وهو أن العين تدخل في ضمان الأجير المشترك بالقبض؛ لأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير، فإن هلكت عنده وهو منفرد باليد ضمن هلاكها ولو لم يتعدّ أو يفرط، وذلك لفساد الناس وخيانة الأجراء، أما إذا لم يكن الأجير منفرداً باليد فلا ضمان عليه عندئذ؛ لأنّ المال غير مسلّم إليه حقيقةً.

**خامساً:** قول الحنابلة<sup>2</sup> في الأصح عندهم، وهو أن يد الأجير المشترك يد أمانة، فإن تلفت العين عنده دون تقصير منه أو تعد فلا ضمان عليه، ويضمن ما تلف بفعله ولو بخطئه؛ لأن عمله مضمون عليه لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل؛ ولأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة لم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة؛ ولأنه قبضها بإذن مالِكها لنفع يعود إليهما فلم يضمنها كالمضارب والشريك والمستأجر وكما لو تلفت بأمر غالب.

وبعد هذا العرض لآراء الفقهاء المتعددة والمختلفة حول تضمين الأجير المشترك، يظهر أن الفقهاء يجمعون على اعتبار يد الأجير المشترك يد أمانة، فلا يضمن مالم يتعد أو يقصر، ولكنهم لما رأوا فساد الناس واستهانتهم في حفظ أموال الغير، وتحاييلهم بادعائهم تلف الأموال وهلاكها وجعل ذلك ذريعة لأكل أموال الناس دون حق، ألزموهم الضمان تغليباً للمصلحة وسداً للذريعة؛ ولأن من الركائز التي جاء الدين الحنيف داعماً ومقررراً لها أن: لا ضرر ولا ضرار، اهتم الفقهاء بحق الأجير كما اهتموا بحق المستأجر فوضحوا وحددوا الحالات التي يضمن فيها الأجير، وأعفوه من الضمان في ما خرج عن إرادته وفاق قدرته، وجعلوا لكل حال ما يضبطها؛ حفظاً للدين والأموال.

<sup>1</sup> المذهب، 408/1.

<sup>2</sup> المغني، 128/6.

## المطلب الثالث: ضمان العارية

العارية مضمونة على مالكةا ما كانت في يده، فإن أعارها فزمانها حينئذ مختلف في انتقاله للمستعير بقبضه للعارية، وجاء هذا الاختلاف على آراء أربعة:

**أولاً: الحنفية<sup>1</sup>**، حيث أقروا أن العارية أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال، ولا تضمن على كل حال إلا بتعدٍ أو تقصير، ولو " حَصَلَ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ تَعَدٍّ أَوْ تَقْصِيرٍ بِحَقِّ الْعَارِيَّةِ ثُمَّ هَلَكَتْ أَوْ نَقَصَتْ قِيمَتَهَا فَبِأَيِّ سَبَبٍ كَانَ الْهَلَاكُ أَوْ النَّقْصُ يُلْزَمُ الْمُسْتَعِيرَ الضَّمَانُ"<sup>2</sup>؛ وهو قول عمر وعلي رضوان الله عليهم، فإن لم يوجد من المستعير سبب فلا يجب عليه الضمان؛ لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، ولم يفعل ما يوجب الضمان؛ لأنه يقوم بحفظ مال الغير، وهذا إحسان في حق المالك، قال تبارك وتعالى: ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ ﴾، (الرحمن:59).

ولهذا الرأي أدلة تؤيده<sup>3</sup>:

1- قوله ﷺ: "ليس على المستعير ولا على المستودع غير المغل ضمان"<sup>4</sup>، والمغل: المتعدي، من (الغلول) وهو التعدي.

2- أن المستعار أخذ بإذن صاحبه لا على سبيل الاستيفاء - احترازاً عن الرهن - فلا يلزم الضمان؛ لأنه لا يتصور التعدي بإذنه، فلو قُدِّرَ أن شخصاً ما قد أذن لآخر باتلاف ماله، وأتلفه الآخر فلا ضمان عليه.

**ثانياً: رأي المالكية<sup>5</sup>**، والعارية في هذا الباب عندهم نوعان:

1- نوع لا يغاب عليه فيظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالعقار، وهذا لا ضمان على المستعير فيه، واختلف فقهاء المالكية فيما إذا شرط المعير الضمان، فقال بعضهم: يضمن وقال آخرون: لا يضمن والشرط باطل وهذا المعتمد، فإذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان يلزم المستعير إجارة المثل في استعماله العارية؛ لأن الشرط

<sup>1</sup> البدائع، 214/6.

<sup>2</sup> المجلة، المادة(814).

<sup>3</sup> درر الحكام، 422/5.

<sup>4</sup> السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، 91/6، كتاب: العارية، باب: من قال لا يغرم، حديث رقم (11820)، مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، ط1، 1344.

<sup>5</sup> البيهجة شرح التحفة، التسولي، 452/2، الفقه المالكي، 110/6-112.

يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعير إلا بأن يخرجها في ضمانه، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم<sup>1</sup>.

وفي هذا النوع لا ضمان على المستعير إلا إذا ثبت تعديه، كذلك فإنه يضمن ملحقات المستعار الذي لا يغاب عليه كسرج ولجام الدابة؛ لأنه مما يغاب عنه.

2- نوع يغاب عليه ويمكن إخفاؤه فيخشى هلاكه: كالحلي والثياب، وهنا يضمنه المستعير إذا ادعى هلاكه بقوله ولم يأت ببينة تثبت هلاكه بسبب خارج عنه، فإن جاء بالبينة سقط الضمان عنه.

واعتمد فقهاء المالكية في مذهبهم هذا على نوعين من الأدلة الموحية بالتعارض في ظاهرها، ومنهج الإمام مالك - رحمه الله - هو الجمع والتوفيق بين الأدلة ما كان لذلك سبيل:

**النوع الأول: أدلة ظاهرها منع الضمان مطلقا وهي:**

1- قوله ﷺ: "ليس على المستعير ولا على المستودع غير المغل ضمان"<sup>2</sup>، وظاهر الحديث الشريف نفي الضمان مطلقا، لكن المالكية أولوه وحملوه على مالا يغاب عليه أو فيما يغاب عليه وتوفرت البينة على هلاكه وتلفه من غير تفريط.

2- قوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"<sup>3</sup>، ووجه الاستدلال أن الأداء الذي أمر به الحديث إنما يكون في حال قيام العين المستعارة وتوافرها، فإن تلفت فلا صحة للأداء، فإن قيل إن المقصود هو قيمة العين لا ذاتها، فالقول أن ذلك لا يصح؛ لأنه لم يجر ذكرها، كما أنه أمر بأداء ما أخذت اليد، واليد إنما أخذت العين ولم تأخذ القيمة.

3- قياس المستعير على الأجير؛ لأن كليهما مأذون له في القبض.

4- أن مالا يغاب عليه ظاهر للعين، فقويت فيه شائبة الأمانة فلم يضمن.

5- أن المالك بذل العين المعارة للمستعير تطوعا دون بدل، فأشبهت الأمانة فلا ضمان عليه مالم يتعد.

**النوع الثاني: أدلة ظاهرها شرط الضمان لكل أنواع الهلاك:**

<sup>1</sup> بداية المجتهد، 314/2.

<sup>2</sup> سبق تخريجه.

<sup>3</sup> سبق تخريجه.

أ- عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه: " أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعا<sup>1</sup>، قال: غصب يا محمد، قال: بل عارية مضمونة، قال فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمناها له، قال: أنا اليوم برسول الله في الإسلام أرغب"<sup>2</sup>، فظاهر الحديث أن العارية مضمونة، قامت البيينة على التلف أم لم تقم، كانت مما يغاب عليه أم مما لا يغاب عليه، غير أن المالكية حملوه على مما يغاب عليه، ولم تقم بيينة بالهلاك، ولم يعلم بالتلف إلا من خلال ما قاله المستعير.

واستدل أصحاب هذا الاتجاه على عدم دلالة ظاهر الحديث على وجوب الضمان في كل حال بوجوه:

1- أن اللفظ غير مستقل بذاته، بل جاء ردا على سؤال، فكان بهذا السياق "بل عارية مضمونة"، وإنما استقام الاحتجاج في وجوب الضمان في كل حال لو كان الجواب: "العارية مضمونة".

2- ورود الحديث بلفظ آخر أوجب الأداء ونفى الضمان وهو ما رواه صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بغيرا، فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة، قال: بل عارية مؤداة"<sup>3</sup>، غير أن هناك من جوز اعتراض من اعترض على هذا التأويل بأن لفظ "مضمونة" زيادة؛ لكن الزيادة من الثقة مقبولة إذا تفرد بها.

3- أن رواية " بل عارية مضمونة " يحتمل أن تكون التزاما من الرسول ﷺ للضمان، وليس إخبارا عن وجوبه، فلا يتعدى لغيره ﷺ.

4- أنه روى أن السلاح والأدرع كانت وديعة عنده لأهل مكة، وإعارة مالا تملك توجب الضمان.

5- هناك احتمال أن المعنى المقصود هو: مضمونة الرد احترازا عن الغصب.

6- جاء في الحديث أن بعض هذه الأدرع قد ضاع، فعرض عليه الرسول ﷺ أن يضمناها له، فقال للرسول ﷺ: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب، وهو ما يفهم منه أن الضمان لو كان صفة للعارية لما علقه الرسول ﷺ على مشيئته، وإنما عرض عليه الضمان من باب حسن العشرة والترغيب في الإسلام وحسن الأداء والوفاء.

<sup>1</sup> أدرعا: الأدرع: جمع قلة لدرع، ويجمع على أدرع، وفي الكثرة على دروع، وقد استعمل الأدرع في هذا الحديث للكثرة.  
<sup>2</sup> سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، 410/3، حديث رقم (5779)، تج: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 هـ.  
<sup>3</sup> سنن النسائي، 409/3، كتاب: العارية، باب: تضمين العارية، حديث (5776)، صححه الألباني.

ب - عن أنس - رضي الله عنه - : " أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ مَعَ خَادِمِهَا بِقِصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، قَالَ: فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا فَكَسَرَتْ الْقِصْعَةَ فَأَخَذَ النَّبِيُّ ﷺ الْكِسْرَتَيْنِ فَضَمَّ إِحْدَاهُمَا إِلَى الْأُخْرَى فَجَعَلَ يَجْمَعُ فِيهَا الطَّعَامَ وَيَقُولُ: غَارَتْ أُمَّكُمْ كُلُوا "، فَأَكَلُوا حَتَّى جَاءَتْ قِصْعَتُهَا الَّتِي فِي بَيْتِهَا، وَحَبَسَ الرَّسُولَ ﷺ الْقِصْعَةَ حَتَّى فَرَّغُوا فَدَفَعَ الْقِصْعَةَ الصَّحِيحَةَ إِلَى الرَّسُولِ وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ"<sup>1</sup>.

وفي رواية أنه قال " طعام بطعام وإناء بإناء"<sup>2</sup>.

فضمان النبي ﷺ للقصة؛ لأنها مما يغاب عليها؛ ولأن هلاكها كان بسبب المستعير.

ج - القياس على القرض؛ لأن القبض في العارية لمنفعة القابض، فجاز أن يتعلق الضمان بها كالقرض.

د - أن مما يغاب عليه تتوافر فيه شائبة الضمان بالتهمة قوية، إلا إذا ثبت عدم التعدي.

ثالثاً: رأى الشافعية<sup>3</sup> أن العارية إن هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمنها المستعير، وإن هلكت لا من الاستعمال ضمن قيمتها للمالك؛ لأن يد المستعير على العارية عند الشافعية يد ضمان في أثناء الاستعمال غير المأذون فيه، فيضمنها بالتلف سواء تعدى أم لم يتعد، وسواء قصر في حفظها أم لم يقصر، وإنما تضمن العارية بقيمة يوم التلف لا بأقصى القيم، ولا بيوم القبض.

واستدلوا على هذا بالآتي:

1- قوله ﷺ: "العارية مضمونة"<sup>4</sup>، فقد جعل الضمان صفة للعارية فيقتضي أن يكون صفة لازمة لها كما أن الله - تعالى - لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز وجل: ﴿ فَرَهُن مَقْبُوضَةً ﴾، (البقرة: من الآية 282)، اقتضى أن يكون ذلك صفة لازمة للرهن.

2- قوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى ترد"<sup>5</sup>، والأخذ إنما يطلق في موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية، وهو المعنى الفقهي أنه لما قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضموناً عليه كالمغصوب، والمقبوض على سوم الشراء، والمستقرض؛ وهذا لأنه لما لم يثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين تبين أنه مقصور على المنفعة ولا يتعدى إلى العين، فصار في حق العين كأنه قبضها بغير إذنه.

<sup>1</sup> سنن أبي داود، 425/10، كتاب: الإجارة، باب: فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله، حديث رقم (3569)، صححه الألباني.

<sup>2</sup> الترمذي، 354/5، كتاب: الأحكام، باب: من جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، حديث رقم (1410)، صححه الألباني.

<sup>3</sup> المجموع، 204/14، مغني المحتاج، 267/2، المبسوط، 244/11.

<sup>4</sup> سبق تخريجه.

<sup>5</sup> سبق تخريجه.

3- أن قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين، فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالتبض بطريق الغصب؛ لأن ضمان الرد إنما يلزمه ليسقط بالرد ضمان العين عن نفسه، ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه، ولا يتحقق أداء ذلك إلا برد العين عند قيامها ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤدياً ما لزمه من ضمان الرد، وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال؛ لأن فعله في الاستعمال منقول إلى المالك فإنه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى.

**رابعاً:** قول الحنابلة<sup>1</sup>: وهو وجوب ضمان العارية إن كانت تالفة، تعدى فيها المستعير أو لم يتعد، فالعارية المقبوضة مضمونة بقيمتها يوم التلف، فإن كانت مثلية فبمثلتها بكل حال وإن شرط نفي ضمانها؛ لأن كل ما كان أمانة أو مضموناً لا يزول عن حكمه بالشرط. بدليل:

1- حديث صفوان بن أمية، وهو أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟ قال ﷺ: " بل عارية مضمونة"<sup>2</sup> فهذا إخبار بصفة العارية وحكمها.

2- ولقوله ﷺ: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"؛ ولأنه مال لغيره، أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة كالرهن، ومن غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضموناً كالمغصوب.

غير أنهم استثنوا مالو استعار شخص وقفاً: ككتب علم وأدرع موقوفة على المجاهدين فتلفت بغير تفريط ولا تعد، فلا ضمان، لكون تعلم العلم وتعليمه والجهاد من المصالح العامة.

**والخلاصة:** أن يد المستعير يد ضمان عند الشافعية والحنابلة، ويد أمانة عند الحنفية والمالكية، على التفصيل السابق عند المالكية والشافعية.

ويبرأ المستعير برد العارية إلى من جرت العادة بتسلم الشيء منه كالزوجة والخازن والوكيل العام في قبض الحقوق.

**والراجع** - والله أعلم - ما ذهب إليه الأحناف وهو الضمان إذا ما ثبت التعدي والتفريط؛ لأن في ذلك رفق بالمعير والمستعير، فلا يضيع حق المعير إذا ما قصر المستعير وأهمل في حفظ ما استعار، ولا يرهق المستعير - وهو المحتاج أصلاً لما استعاره - بضمان ما تلف دون قصد منه، فتتحقق بذلك المعاني السامية التي جاء الدين حافظاً ومقررراً لها، وهي التعاون وإغاثة الملهوف وكذلك حفظ المعروف ورد الجميل.

<sup>1</sup> الإقناع، شرف الدين موسى الحجاوي، 335/2، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت، المغني، 354/5.  
<sup>2</sup> سبق تخريجه.

## المطلب الرابع: ضمان المرهون

اتفق الفقهاء على تعلق ضمان المرهون بذمة الراهن مالم يحزه المرتهن ويفبضه، فإن قبضه المرتهن وحازه فالحكم بضمانه جاء على ثلاثة أقوال:

**الأول:** وبه قال الحنفية<sup>1</sup>: وهو أن يد المرتهن يد أمانة بالنظر لعين المال المرهون، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن. بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتهن عليه يد ضمان أو استيفاء، فإذا امتنع رد المرهون لصاحبه بسبب هلاك أو غيره، كان المرتهن مستوفياً من دينه هذا المقدار، واحتسب من ضمانه، وأما ما زاد من قيمة الرهن على الدين فهو أمانة، يهلك هلاك الأمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وهذا تفصيل لزيادة التوضيح:

- إذا كانت قيمة المرهون مساوية للدين، كأن تكون قيمة المرهون ألفاً وقيمة الدين ألفاً، يسقط دين المرتهن بهلاك المرهون.

- أما لو كانت قيمة المرهون تفوق قيمة الدين، بأن كانت قيمة الدين ألفاً، وقيمة المرهون ألفين، فإنه يسقط دين المرتهن كله، وما زاد من قيمة المرهون عن الدين يكون أمانة لا ضمان فيه على المرتهن.

- فإذا كانت قيمة المرهون أقل من قيمة الدين، كأن تكون قيمة المرهون ألفاً وقيمة المرهون ألفين، فإنه يسقط من دين المرتهن بقدر قيمة المرهون، ويرجع على الراهن بما زاد من الدين عن قيمة المرهون، وهي الألف الباقية.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالآتي:

### 1- القرآن الكريم:

قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً فَإِنْ أَتَىٰ

بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ﴾، (البقرة: 282).

<sup>1</sup> المبسوط، 117/21، أحكام الرهن/171.



ووجه الدلالة هو العطف بذكر الأمانة على الرهن، مما دل على أن الرهن ليس أمانة، إذ لو كان أمانة لما صح العطف، فالعطف يقتضي المغايرة؛ لأن الشيء لا يعطف على نفسه بل يعطف على غيره<sup>1</sup>.

## 2- السنة المشرفة:

- ما جاء عن الرسول ﷺ: " أن رجلا رهن رجلا فرسا بحق له، فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: ذهب حقك"<sup>2</sup>.

حيث أخبر النبي ﷺ المرتهن بذهاب حقه، ولا يجوز أن يقال: ذهب حقك في الحبس؛ لأن هذا مما لا يشكل، ولا أن يكون المراد من الحق المطالبة برهن آخر؛ لأن ذلك لم يكن حقا للمرتهن على الراهن حتى يطالب بتنفيذه، فيكون المراد هو ذهاب حقك من الدين؛ ولأنه ذكر الحق منكرا في أول الحديث ثم أعاده معرفا، فيكون المراد بالمعرف ما أريد بالمنكر قال الله تعالى: ﴿ كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ ﴾، (المزمل: 14-15).

- عَنْ أَنَسٍ - رضي الله عنه - قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: " الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ"<sup>3</sup>.

فأخبر النبي ﷺ بذهاب الرهن بما فيه، والذهاب هو الهلاك، فالمعنى: هلاك الرهن بما رهننت به من الديون، وبذا إذا هلك الرهن فإنه يهلك مضمونا لا أمانة.

## 3- الإجماع:

فقد أجمع الصحابة والتابعون - رضوان الله عليهم - أن الرهن مضمون، حيث روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: " إذا كان الرهن أفضل من القرض أو كان القرض أفضل من الرهن ثم هلك يترادان الفضل"<sup>4</sup>، وروي عنه أيضا: "إذا كان فيه فضل وأصابته جائحة فهو بما فيه وإن لم تصبه جائحة واتهم فيه فإنه يرد الفضل"، كما روي عنه أيضا: " في الرهن إذا هلك قال: يترادان الفضل"، فهذه روايات ثلاث توجب الضمان، وهو ما يدل على أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وجاء عن شريح أنه: " رهن رجل خاتما من حديد بقدر من صفر - أي: نحاس - فهلكت فاختصما إلى شريح فقال الرهن بما فيه"<sup>5</sup>، فكان هذا إجماعا منهم على أن الرهن مضمون وإن كان هناك اختلاف في الكيفية التي يتم بها الضمان.

<sup>1</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 267/2.

<sup>2</sup> المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، 524/4، كتاب: البيوع والأفضية، باب: في الرجل يرهن الرهن فيهلك، حديث رقم (2278)، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط1، 1409، العناية شرح الهداية، 445/14.

<sup>3</sup> سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، 32/3، كتاب البيوع، حديث رقم (123)،

<sup>4</sup> نصب الراية، عبد الله بن يوسف الزيلعي، 322/4، تح: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، 1357هـ.

<sup>5</sup> مصنف عبد الرزاق، 238/2، كتاب: البيوع، باب: الرهن لا يغلق، رقم (15037).

#### 4- المعقول<sup>1</sup>:

- أن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء والحبس الدائم؛ لأن لفظ الرهن يفيد ذلك، والأحكام الشرعية تثبت وفقا لمعانيها اللغوية؛ ولأن الرهن وثيقة للاستيفاء بأن يكون موصولا إليه، وذلك يتم بالحبس وملك اليد، حتى يؤمن جحود الراهن للدين لأنه يخاف من أن يعامل بالمثل فيجحد المرتهن المرهون، فيكون الراهن بذلك عاجزا عن الانتفاع بالمرهون فيسارع إلى قضاء دينه، وبثبوت هذا المعنى يثبت الاستيفاء من وجه، وبه يثبت الهلاك، وإذا استوفى الدين بعد ذلك صار ربا؛ لأنه استيفاء ثان، وهذا ما لا يحدث حال قيام الرهن؛ لأن الاستيفاء الأول ينقض بالرد على الراهن فلا يتكرر، فإن قيل: أن الراهن استوفى دينه بملك اليد وبقي له الاستيفاء بملك الرقبة فله أن يستوفيه ليأخذ حقه كاملا، أو يقال: أنه استوفى المالية دون العين فله استيفاء العين ليأخذ حقه كاملا في العين، قيل: لا يستقيم ذلك وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد، أو ملك العين بدون ملك المالية؛ لعدم تصور ذلك فيسقط ضرورة، كما لو استوفى زيوفا مكان الجياد فإن حقه في الجودة يبطل؛ لعدم تصور الجودة وحدها دون العين، وبدا يتقرر انتفاء ملك المرتهن للعين وبقاء ملك الراهن لها فتصير أمانة في يد المرتهن، وهذا ما يعلل تعلق نفقة المرهون حيا وكفنه ميتا بالراهن؛ لأنه لقاء ملكه له، كما أن قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء في حال شراء المرتهن للمرهون؛ لأن قبض العين قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان؛ لأن الشراء يقع على العين والضمان يقع على المالية.

- أن المرهون مقبوض للاستيفاء، بدليل أن المرتهن أحق به من سائر الغرماء في حال الموت أو الإفلاس حتى يباع فيستوفي دينه من ثمنه، ومعلوم أن المقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته، فإذا كان المقبوض على حقيقة الاستيفاء مضمونا، كان المقبوض على جهة الاستيفاء مضمونا أيضا، فالمقبوض على سوم الشراء كالمقبوض على حقيقة الشراء وهو ما يدل على أن المرهون على جهة الاستيفاء مضمون.

- المرهون محبوس لاستيفاء دين فهو شبيه للمبيع إذا حبس لاستيفاء حقه، فيكون مضمونا كالمبيع.

**الثاني:** وهو ما رآه المالكية<sup>2</sup> من أن المرهون إن كان مما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان، يكون أمانة في يد المرتهن، وإن كان مما يغاب عليه كالحلي والثياب يكون مضمونا من المرتهن بقبضه، إلا أن تقوم بينة على أن هلاكه كان بغير سببه، فلا يضمه.

فهم لا يوجبون الضمان في الرهن حتى تتوافر فيه شروط ثلاث:

<sup>1</sup> الميسوط، 113/21، أحكام القرآن، 267/3، أحكام الرهن، 172.

<sup>2</sup> بداية المجتهد، ابن رشد، 622/1، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 410/3، الفقه المالكي، 367/5.

- 1- أن يكون الرهن بيده لا بيد غيره كالعدل أو الوكيل.
  - 2- أن يكون المرهون مما يغاب عليه أو يمكن إخفاؤه، كالكتب والحلي.
  - 3- أن تنتفي بينة هلاكه أو تلفه بغير سببه، كغارات الأعداء أو الزلازل.
- وينتفي الضمان عندهم في حالتين:

**الأولى:** إذا كان بيد أمين، فيكون ضمانه على الراهن لا المرتهن؛ لأن الراهن لم يقبل أمانة المرتهن فجعله على غير يده، فكان ذلك رضا منه بعدم دخول الرهن في ضمان المرتهن، كما أن ضمان المرتهن متعلق بقبضه، فارتفع الضمان بارتفاع القبض؛ وكذلك لا يضمنه الأمين؛ لأن الأمين غير ضامن فقد كان قبضه للرهن لا لمصلحته بل لمصلحة غيره.

**الثانية:** إن كان المرهون مما لا يغاب عليه كالعقار أو الحيوان، وادعى هلاكه أو تلفه ولم تتوافر البينة على ذلك.

واعتمد الفقهاء في التفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه لتضمين المرتهن على الأدلة الآتية:

- الاستحسان: وهو عند الإمام مالك - رحمه الله - الجمع بين الأدلة المتعارضة، وليس هو قول من غير دليل، فالتهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه، والرهن قد أخذ شيها من المضمون وشبها من الأمانة، فلم ينل حكم أحدهما على التجريد، فالأمانة المحضة ما لا نفع فيها لقابضها، بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض ما يكون النفع فيه كله لقابضه كالمشتري، والرهن هنا لم ينل حكم أحدهما على التجريد، فيجب الفصل بينهما، ووجه ذلك أنه لم يكن جناية وتعد فيضمن، ولا مما ينفرد المالك بمنفعته فيسقط الضمان على المرتهن، بل إن المنفعة لهما، فهي للمالك بأن حصل له ما ابتاعه وملكه وبقي الدين في ذمته لأجل بالرهن، إذ لولا الرهن لما ملكه، وحصل النفع للمرتهن بحصول التوثق، فلم يكن قبضه للرهن لصالح مالكة كقبض الوديعة مثلا، وإنما قبضه استيثاقا لحقه، فلما أخذ شيها من الأمرين لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما على التجريد فوجب الفصل بينهما.

- عمل أهل المدينة، فقد صدر الإمام مالك المسألة بقوله: "الأمرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الرَّهْنِ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلَاكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَيَوَانٍ فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَعُلِمَ هَلَاكُهُ فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ وَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَنْقُصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> الموطأ، 1056/4، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في الرهن من الحيوان، حديث رقم (2704).

أما الأدلة<sup>1</sup> على ضمان الراهن في الحالة التي يكون فيها ضامنا فهي:

- قوله ﷺ: "لا يغلق الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه"<sup>2</sup>، فلفظ "الرهن ممن رهنه" عام في الراهن ويفيد أن تلفه منه ولا ضمان على المرتهن، ولفظ "له غنمه وعليه غرمه" أي: أن له منفعه وعليه خسارته.

- عمل أهل المدينة وقد سبق بيانه.

- استصحاب الحال في براءة ذمة المرتهن في الأصل، وثبوت الدين في ذمة الراهن، ونفي ذلك يحتاج إلى دليل والدليل غير موجود.

- وهو كذلك قول علي بن أبي طالب - رضي الله عنه -.

أما استدلالهم بقوله ﷺ: "ذهب حقاك"، فلا يستقيم لاحتمال أن المقصود ذهب حقاك من الوثيقة لا من الدين، وفائدته ألا يلزم الراهن رهن آخر بدله.

وأما أدلتهم<sup>3</sup> على تضمين المرتهن هي كالاتي:

- قوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، وحرف على من حروف الإيجاب.

- القياس على البيع؛ لأن قبض الشيء لمصلحة القابض مؤثر بتعلق الضمان به كالبيع.

- المصلحة؛ لحاجة الناس إلى الرهون والإقراض وحفظ أموالهم، وما يغاب عليه ولم تقم بينة على هلاكه بغير تفريط، يُدعى فيه الضياع والهلاك على وجه يصعب فيه التحقق من صحة هذه الادعاءات، مما يؤدي إلى ضياع أموال الناس، كما أن المرتهن يأخذ الرهن لمنفعة نفسه وكان له أن يضعه على يد عدل فيبرأ من الضمان.

**الثالث<sup>4</sup>:** وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من أنه لا ضمان على المرتهن؛ لأن يده على الرهن يد أمانة، فلا يسقط شيء من الدين بهلاك المرهون، ولا يلزمه الضمان إلا إذا ثبت التعدي؛ لأن قبضه كان بإذن الراهن.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالآتي:

<sup>1</sup> الفقه المالكي، 368/5.

<sup>2</sup> مصنف عبد الرزاق، 237/8، كتاب: البيوع، باب: الرهن لا يغلق، حديث رقم (15034).

<sup>3</sup> المقدمات الممهدة، ابن رشد، 369/2، تح: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ، الفقه المالكي، 369/5.

<sup>4</sup> المهذب، 316/1، المغني، 393/4.

## - القرآن الكريم:

قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾<sup>ط</sup>، (البقرة: 282)، فجعل الله تعالى الرهن بدلا من الكتاب، والبديل له حكم المبدل منه، فمثلا التيمم في الطهارة لما كان بدلا من الماء كان في الوجوب كالطهارة بالماء، لذا فإنه يجب للرهن - وهو البديل - حكم المبدل منه - وهو الكتابة -، فلما كان تلف الكتاب - وهو الوثيقة التي وثقت الدين - لا يوجب سقوط الحق وجب أن يكون تلف الرهن لا يوجب سقوط الحق؛ لأن الرهن وثيقة كالكتابة<sup>1</sup>.

## - السنة النبوية:

قوله ﷺ: " لا يَغْلُقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه وله غنمه وعليه غرمه "2.

لا يغلق الرهن يقال: غلق الرهن غلقا: أي استحققه المرتهن إذا لم يفتك في الوقت المشروط، وكان هذا من قول أهل الجاهلية: أن الراهن إذا لم يرد ما عليه في الوقت المعين ملكه المرتهن، فأبطله الإسلام واستدل بهذا الحديث جمع من العلماء على أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن لا يضيع بالدين بل يجب على الراهن أداء غرمه وهو الدين.

والدلالة من الحديث على ثلاثة أوجه<sup>3</sup>:

1- فلفظ "لا يغلق الرهن" له تأويلان، أحدهما: أن المرتهن لا يملكه عند تأخر الحق، والثاني: ألا يكون غلقا فيتلف الحق بتلفه فوجب حمله على المعنيين.

2- لفظ "الرهن من صاحبه الذي رهنه" يعني: من ضمان صاحبه، ولا يصح حمله على أنه من ملك صاحبه؛ لأن حرف التملك هو اللام، فلو أريد معنى الملك لجاء اللفظ: الرهن لصاحبه، كما أن لفظة "من" مستعملة في الضمان؛ لأنه يقال: هذا من ضمان فلان، فلما قال "من صاحبه" علم أنه أراد: من ضمان صاحبه.

ولقد "قال الشافعي هذا أفصح ما قاله العرب الشيء من فلان: أي من ضمانه"<sup>4</sup>.

3- لأن رسول الله ﷺ إذ قال: "الرهن من صاحبه الذي رهنه" أشار إلى أن من كان منه شيء فضمانه منه لا من غيره، ثم زاد فأكد له فقال: "له غنمه وعليه غرمه"، وغنمه: سلامته وزيادته، وغرمه: عطبه ونقصه، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا

<sup>1</sup> الحاوي الكبير، الماوردي، 257/6.

<sup>2</sup> الموطأ، 293/3، كتاب: البيوع، باب: الرهن، حديث رقم (846).

<sup>3</sup> الحاوي الكبير، 538/6.

<sup>4</sup> مغني المحتاج، 385/7.

من مرتتهنه، ألا ترى أن رجلا لو ارتهن من رجل خاتما بدرهم يسوى درهما فهلك الخاتم، فمن قال: يذهب درهم المرتهن بالخاتم كان قد زعم أن غرمه على المرتهن؛ لأن درهمه ذهب به وكان الراهن بريئا من غرمه؛ لأنه قد أخذ ثمنه من المرتهن ثم لم يغرم له شيئا وأحال ما جاء عن رسول الله ﷺ<sup>1</sup>.

## المعقول<sup>2</sup>:

1- القياس: فقد قاسوا الرهن على الضمان بجامع التوثق في كليهما، فكما أن الضامن لا يسقط بهلاكه أو موته الحق المضمون به، كذلك المرهون لا يسقط بهلاكه الحق المرهون به.

2- ولأن الأصول موضوعة على أن كل شيء كان بعضه غير مضمون كان جميعه غير مضمون مثل: الوديعة والشيء المستأجر، وكل شيء كان بعضه مضمونا كان جميعه مضمونا كالبيع والغصوب، فلما كان بعض الرهن مضمونا وبعضه غير مضمون - وهو ما زاد عن قيمة الدين - وجب أن يكون جميعه غير مضمون بالحق؛ لأن القبض فيهما واحد فاستبعد أن يتحد القبض ويتجزأ المقبوض بين أمانة ومضمون.

3- أن الرهن شرع وثيقة بالدين، فلو سقط الحق بهلاك المرهون كان ذلك توهينا له لا توثيقا، كما أن القول بضمان المرهون يؤدي إلى امتناع الناس عن الرهن خوفا من الضمان، وهو ما يسبب تعطيل المداينات وهذا ضرر عظيم نفاه الشرع، فالرهن وثيقة بالدين لصاحب الحق لا عليه.

**والراجع** - والله أعلم - ما رآه المالكية من تفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، وهو ما جعل رأيهم وسطا بين رأيين، فهم بذلك استوثقوا لحق المرتهن، وخصوصا في ظل ما شاع من غش وخداع، وكذلك لم يحجروا السعة التي شرعها الله لعباده بإباحة الرهن لتسهيل التداين بينهم دون ضياع للحقوق، فلا يمتنع الناس عن الرهن خوفا من التزام الضمان على إطلاقه.

<sup>1</sup> الأم، 170/3.

<sup>2</sup> الحاوي الكبير، 539/6، الأم، 193/3، المغني، 478/4، أحكام الرهن، 170.

## المطلب الخامس: ضمان المهر

اتفق الفقهاء على أن ضمان المهر إذا هلك يكون على من بيده المهر، فإن هلك قبل القبض ضمنه الزوج، وإن هلك بعد القبض أو استهلكته الزوجة، كان الضمان عليها. وهذا عرض أكثر تفصيلاً لما رآه الفقهاء في هذا الباب:

**أولاً:** الحنفية<sup>1</sup> ورأوا أن هلاك المهر في يد الزوج ليس هلاك ملكه، بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب، فلو تزوجها على شيء بعينه وهلك قبل التسليم أو استحق منه، فإن كان من نوات الأمثال رجعت الزوجة على الزوج بالمثل وإلا فبالقيمة، لكنهم فرّقوا في تلف المهر المعين بين أن يكون التلف فاحشاً أو غير فاحش، وبين أن يكون في يد الزوج أو في يد الزوجة، ويختلف الحكم في كل باختلاف متلفه.

أ - المهر بيد الزوج والنقص فاحش:

إذا نقص المهر بفعل أجنبي وكان النقص فاحشاً، فالزوجة بالخيار بين أخذ المهر ناقصاً مع الأرش - التعويض -، وبين ترك الصداق وأخذ قيمته من الزوج يوم العقد، ثم يرجع الزوج على الأجنبي بضمان النقصان.

وإن كان النقص بأفة سماوية، فالزوجة بالخيار، إن شاءت أخذته ناقصاً ولا شيء لها غير ذلك، وإن شاءت تركته وأخذت قيمته يوم العقد؛ لأن المهر مضمون على الزوج بالعقد، والأوصاف لا تضمن بالعقد لعدم ورود العقد عليها موصوفاً، فلا تضمن في حقها، وإنما يضمن الأصل لورود العقد عليه، وإنما ثبت لها الخيار لتغير المعقود عليه وهو المهر عما كان عليه.

فإذا كان النقص بفعل الزوج، فإن المرأة بالخيار بين أخذه ناقصاً مع تعويض النقصان من الزوج، وبين أخذ قيمته يوم العقد.

وإن كان النقصان بفعل الزوجة نفسها فلا شيء على الزوج، وصارت قابضة بالجناية، فجعل كأن النقص حصل في يدها، كالمشتري إذا جنى على المبيع في يد البائع، فإنه يصير قابضاً له.

وإن كان النقصان بفعل المهر، بأن جنى المهر على نفسه، ففيه روايتان:

إحداهما: أن حكمه كما لو تلف بأفة سماوية، والثانية: كما لو تلف بفعل الزوج.

<sup>1</sup> شرح فتح القدير، السيواسي، 389/3. الفتاوى الهندية، 316/1، الفقه الإسلامي وأدلته، 283/9، الموسوعة الفقهية الكويتية، 196/39.

ب - المهر بيد الزّوج والنّقص غير فاحش:

إذا كان نقص المهر يسيرا غير فاحش فلا خيار للزّوجة، كما إذا كان هذا العيب به يوم العقد، فإن كان هذا النّقص بأفة سماويّة أو بفعلها أو بفعل المهر فلا شيء لها، وإن كان بفعل أجنبيّ أو بفعل الزّوج أخذته مع تعويض النّقص.

ج - المهر بيد الزّوجة والنّقص فاحش:

إذا كان نقص المهر بفعل أجنبيّ، وكان فاحشا قبل الطّلاق فالتعويض لها، فإن طلقها الزّوج فله نصف القيمة يوم قبضت ولا سبيل له على العين، وإن كانت جناية الأجنبيّ عليه بعد الطّلاق فللزّوجة نصف المهر، وهو أي: الزوج بالخيار في التعويض بين أخذ نصفه من المرأة مع اعتبار قيمته يوم القبض، وبين أخذ نصفه من الجاني.

وإن كان النّقصان بفعل الزّوج فجنايته كجناية الأجنبيّ، لأنّه جنى على ملك غيره ولا يد له فيه فصار كالأجنبيّ وقد مر معنا حكم إتلافه آنفا.

فإن كان النّقص بأفة سماويّة قبل الطّلاق فالزوج بالخيار بين أخذ نصفه ناقصا ولا شيء له غير ذلك، وبين أخذ نصف القيمة يوم القبض، وإن كان ذلك بعد الطّلاق فهو بالخيار أيضا بين أخذ نصفه ونصف التعويض، وبين أخذ قيمته يوم القبض.

وإن كان النّقصان بفعل الزّوجة فالزوج بالخيار بين أخذ نصفه ولا شيء له، وبين أخذ نصف قيمته.

د - المهر بيد الزّوجة والنّقص غير فاحش:

إن كان النّقص غير فاحش وهو بيد الزّوجة وكان النّقص بفعل أجنبيّ أو الزّوج، فإنّ المهر لا يتنصّف؛ لأنّ التعويض يمنع التّنصيف، وإن كان النّقصان بأفة سماويّة أو بفعلها أو بفعل المهر أخذ النّصف ولا خيار له.

**ثانيا:** المالكيّة<sup>1</sup> وفرقوا بين ما إذا كان المهر ممّا يغاب عليه أو ممّا لا يغاب عليه، فإذا تلف المهر وكان ممّا يغاب عليه ولم يثبت هلاكه ببينة، فضمّانه ممّن هلك في يده، سواء أكان بيد الزّوج أم الزّوجة، فإذا كان بيد الزّوج وادّعى ضياعه وكان قد دخل بها ضمن لها قيمته أو مثله، وإن كان بيدها ضاع عليها، وإن كان طلق قبل الدّخول لزم لها نصف الصّدق إن ضاع بيده، وإن كان بيدها غرمت له نصف القيمة أو نصف المثل.

<sup>1</sup> الشرح الصغير، 22/5، الفقه المالكي، 299/3.



وإن كان الصّدّاق ممّا لا يغاب عليه، أو كان ممّا يغاب عليه، وقامت على هلاكه بينة، فضمّانه منهما سواء كان بيد الزوج أو بيد الزّوجة، فكلّ من تلف في يده لا يغرم للآخر حصّته.

**والحاصل:** أن الصّدّاق إن تلف في يد أحد الزوجين: فإن كان مما لا يغاب عليه فخسارته على الزوجين، وأما ما يغاب عليه فخسارته على من هو في يده إن لم تقم بينة على هلاكه. فإن قامت بينة على هلاكه، فخسارته عليهما. وإن استحق المهر من يد الزّوجة: فترجع بمثل المثلي، وقيمة القيمي، يوم عقد النكاح.

وإن اطلعت على عيب قديم في المهر، فلها الخيار بين إمساكه أو رده والرجوع بمثله أو قيمته.

**ثالثاً:** الشافعية<sup>1</sup> الذين قالوا بأن المهر إذا كان عيناً كعقار معين أو حيوان معين فتلف في يد الزوج قبل القبض، ضمنه ضمان عقد لا ضمان يد؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة، فأشبهه المبيع في يد البائع، والفرق بين ضمانتي العقد واليد في المهر: أنه على الأول يضمن بمهر المثل، وعلى الثاني يضمن ببديله الشرعي: وهو المثل إن كان مثلياً، والقيمة إن كان قيمياً.

ولذلك فإن في الأول: ليس للمرأة بيعه قبل قبضه كالمبيع، أما الثاني فيجوز بيعه. وإن أتلفت الزّوجة المهر، فتعد قابضة إذا كانت أهلاً؛ لأنه أتلفت حقها، وإن كانت غير رشيدة فلا تعد قابضة؛ لأن قبضها غير معتدّ به.

وإن أتلفه أجنبي، تخيرت الزّوجة على المذهب بين فسخ العقد وإبقائه، فإن فسخت العقد أخذت من الزوج مهر المثل، وإن لم تفسخه عزّمت المتلف المثل أو القيمة.

وإن أتلفه الزوج فهو كتلفه بأفة سماوية، يوجب مهر المثل.

وإن قبضت الزّوجة المهر، فوجدت به عيباً، فلها رده وأخذ مهر المثل.

وإن طلبت الزّوجة من الزوج تسليم المهر، فامتنع منه، ضمن ضمان العقد.

**رابعاً:** الحنابلة<sup>2</sup> ويرون أن حكم المهر كالمبيع، فما كان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه، وما عداه لا يحتاج إلى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه، وقياساً على ذلك أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص، وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج وإن منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه، فإن كان المهر مكيلاً أو موزوناً، فنقص في يد الزوج قبل تسليمه إليها، أو كان

<sup>1</sup> المذهب، 57/2، الفقه الإسلامي، 284/9.

<sup>2</sup> المغني، 36/8، الفقه الإسلامي، 286/9.

غير المكيل والموزون، فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه على كل حال؛ لأنه من ضمانه؛ لأن يده عادية فضمنه كالغاصب.

كما أن الزوجة إن قبضت المهر فوجدته معيباً، فلها منع نفسها من الزفاف حتى يبده، أو يعطيها تعويضا عنه؛ لأنها استحقته بعقد صحيح، فإن تم الزواج ثم بان أن المهر معيباً، كان لها أيضاً الامتناع عن الاستمرار في الزواج حتى تقبض بدله أو تعويضا عنه؛ لأنها إنما سلمت نفسها ظناً منها أنها قبضت صداقها، فتبين عدمه.

والراجح - والله أعلم - ما رآه فقهاء الأحناف؛ لما تميز به وصفهم لحالات الهلاك وما يوجبه من ضمان، من تفصيل دقيق يتتبع القابض وما جناه على المهر، فهم بذلك لم يعلقوا الحكم على المهر ونوعه ولا على القابض ووقت قبضه، بل ربطوا ووقفوا بين كل ذلك.

## المطلب السادس: ضمان القرض

ضمان القرض يثبت بالقبض شرعا، ولا أثر للشروط فيه كضمان الغصب والصلح من دم عمد؛ لأنه دين لازم يطالب به الأصيل وتجري النيابة في إيفائه كالكفيل مثلا، ويدخل القرض في ضمان المقرض ما لم يقبضه المقرض فإن قبضه دخل في ضمانه بمجرد تحقق قبضه ولا يسقط الضمان عنه وإن استغنى عنه بعد القبض؛ لأنه تحقق ملكه للقرض بقبضه ويكون ضمانه له عاما سواء أهلك بأفة سماوية أم بتعد وتقصير، بل إن القرض الفاسد مضمون بالقيمة أيضا كالمبيع بيعا فاسدا<sup>1</sup>.

غير أنه ثمة مسألة تعددت فيها أقوال العلماء وهي: هل يلزم المدين المماطل بضمان نظير مماطلته؟

فإذا ما ماطل المقرض في أداء القرض المستحق للمقرض وحبس المال لديه بعد حلوله مما أدى إلى تفويت الفرصة على المقرض لاستثمار أمواله والاستفادة منها زمن التأخير، فهل يضمن المقرض المماطل ما فات من منافع المال من ربح متوقع نتيجة لمطله؟ وهل يعد مطل الغني بمجرد إضراره بالمقرض دون الحاجة إلى إثبات وقوع ضرر فعلي، بحيث يستحق المقرض تعويضا مالياً عما فاته من ربح متوقع لهذا المال في زمن التأخير؟ هذا هو محل الخلاف بين العلماء المعاصرين، أما متقدمو الفقهاء فلا يعلم أن أحداً ذكر خلافاً بينهم في هذه المسألة، بل المنقول عنهم هو عدم جواز ذلك كله، وفيما يأتي عرض لأقوال العلماء وأدلتهم في المسألة<sup>2</sup>:

**القول الأول:** نص على جواز تعويض المقرض عما فاته من منافع ماله بسبب مطل الغني. ومن أبرز القائلين به: الشيخ مصطفى الزرقا<sup>3</sup>، وعبد الله بن منيع<sup>4</sup>، وقد صدرت

<sup>1</sup> المبسوط، السرخسي، 231/20، مجمع الضمانات، 219/2، حاشية عميرة، شهاب الدين أحمد الرلسي الملقب بعميرة، 321/2، تح: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، 1419هـ.

<sup>2</sup> أحكام التصرف في القرض في الفقه الإسلامي، رائد أحمد خليل، 159-171.

<sup>3</sup> هو مصطفى أحمد بن محمد الزرقا ولد في مدينة حلب سنة 1904 م، من أعلام العلماء وكان مشهورا بالفقه الحنفي، درس العلوم المصرفية واللغة الفرنسية دراسة خاصة، عين أستاذا في الجامعة السورية في أوائل عام 1944 م، وانتخب عن مدينة حلب نائبا في المجلس النيابي السوري لدورتين من عام 1954 - 1961 م، من أهم مؤلفاته المدخل الفقهي. (الموقع العالمي للاقتصاد الإسلامي، والموسوعة الحرة: ويكيبيديا).

<sup>4</sup> - هو عبد الله بن سليمان المنيع، حصل على درجة الماجستير من معهد القضاء العالي التابع لجامعة محمد بن سعود عام 1389 هـ، عمل مدرسا في المدارس والمعاهد وشغل عضوية الكثير من المجالس والمجامع الفقهية، من أهم مؤلفاته: الورق النقدي حقيقته وتاريخه وحكمه. (الموسوعة الحرة: ويكيبيديا).

بهذا القول، فتاوى من بعض الهيئات الشرعية في بعض البنوك الإسلامية، واستدل أصحاب هذا الفريق بالأدلة التالية<sup>1</sup>:

**الدليل الأول:** قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، (المائدة:1)، وقوله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾، (النساء:57).

**وجه الدلالة:** أن الله في هذه الآيات يأمر بالوفاء بالعقود والحث على أداء الأمانات، وهذا يدل على أن المتأخر عن وفاء ما وجب عليه مقصر وظالم بسبب حرمانه لصاحب الحق من الاستفادة من حقه بلا مسوغ، وهو ضرر يجعل المتسبب فيه مسؤولاً، كما أن تأخير أداء الواجب المستحق عن موعده بلا عذر شرعي هو أكل لمنفعة المال بلا إذن صاحبه مدة التأخير، مما يوجب المسؤولية على الأكل.

لكن تم الاعتراض على هذا الاستدلال بأن هذه الآيات الكريمة تدل بعمومها على أن المماطل ظالم ومقصر، ولكن ليس فيها دلالة على أن المماطل يعاقب بالتعويض المالي جزاء تأخره. وأما القول بأن تأخير أداء الواجب المستحق عن موعده بلا عذر أكل لمنفعة المال، وذلك سبب للتعويض المالي فغير مسلم به؛ لأن منفعة الأموال المؤخرة لا تعد منفعة متحققة أكلها المقترض، فالربح الذي قد يدعى أنه قد فات بالتأخير غير مؤكد الحصول، فهو متوقع لا واقع، وقد يربح المقرض من القرض الذي يأخذه من المقرض وقد يخسر وقد لا يستثمر أصلاً. ومبدأ الضمان في الشريعة قائم بالمماثلة ولا مماثلة بين المنفعة المتوقعة وبين مقدار التعويض الذي سيأخذه<sup>2</sup>.

**الدليل الثاني:** قول النبي ﷺ: "مطل الغني ظلم"<sup>3</sup> " وقوله، " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"<sup>4</sup>.

**وجه الدلالة:** أفاد هذان الحديثان بأن مطل الغني ولي الواجد ظلم، والظلم يحل العقوبة كما صرح به الحديث الثاني، ومن العقوبة التعويض المالي.

لكن تم الاعتراض على هذا الاستدلال بالآتي:

أن القول بأن العقوبة المذكورة في الحديث تشمل التعويض غير مسلم به؛ لأن الفقهاء فسروا العقوبة بالحبس والتعزير ولم يفسروها بالتعويض المالي.

<sup>1</sup> بحث في أن مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، عبد الله ابن منيع، بحث في الاقتصاد الإسلامي، 426 - 427.  
<sup>2</sup> المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على المماثلة وبطالان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر، نزيه حماد، مجلة أحكام الاقتصاد الإسلامي، 1ع، 290 - 291.  
<sup>3</sup> صحيح البخاري، 799/2، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، حديث رقم (2166).  
<sup>4</sup> صحيح البخاري، 854/2، كتاب: الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: لصاحب الحق مقال.

" ويحل عرضه بأن يقول ظلمنى ومطلنى وعقوبته الحبس والتعزير "1، واتفق الجميع على أن المماطل الغني لا يستحق العقوبة بالضرب فوجب أن يكون عقابه حبساً لاتفاق الجميع على أن ما عداه من العقوبات ساقط عنه في أحكام الدنيا<sup>2</sup>، فإن أصر عوقب بالضرب حتى يؤدي الواجب، بل إن القادر على أداء الدين إن امتنع ورأى الحاكم منعه من فضول الأكل والنكاح فله ذلك، إذ التعزير لا يختص بنوع معين وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم في نوعه وقدره إذا لم يتعد حدود الله، وقد نص على ذلك الفقهاء من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم، دون خلاف<sup>3</sup>.

**الدليل الثالث:** قول النبي ﷺ " لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup>.

**وجه الدلالة:** أن الحديث يدل على وجوب رفع الضرر وإزالته، ولا يمكن إزالة الضرر عن المقرض إلا بتعويضه مالياً عما لحقه من ضرر المطل، أما معاقبة المماطل بغير التعويض كالحبس أو الضرب فلا يفيد المقرض المتضرر شيئاً.

فتم الاعتراض على هذا الاستدلال من وجهين:

**الوجه الأول:** أنه ليس كل ضرر يوجب الضمان وإنما الذي يوجب الضمان، الضرر المادي من الأذى في الجسم أو الإتلاف في المال. أما الضرر المعنوي من إصابة الإنسان في شرفه أو امتناع المقرض عن الوفاء بالقرض في الوقت المحدد فلا يوجب تعويضاً مالياً استناداً إلى قواعد الفقه الإسلامي، وأساس ذلك أن التعويض بالمال يقوم على "الجبر بالتعويض" وذلك بإحلال مال محل مال فاقده، مكافئ لرد الحال إلى ماكانت عليه، إزالة للضرر وجبراً للنقص، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مساو له، ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيئاً له وليس ذلك بمتحقق في النوعين السابقين ومن أجل ذلك لم يجز أن يعطى صاحب المال فيهما تعويضاً؛ لأنه إذا أعطي كان أخذ مال في مقابلة مال، وكان هذا من أكل أموال الناس بالباطل، وذلك محذور؛ لأنه من باب القرض الذي جر نفعاً<sup>5</sup>.

**الوجه الثاني:** أن العقوبات الشرعية ليس من شأنها الجبر، ووظيفتها تكاد تنحصر في الزجر والردع، فقطع يد السارق لايزيل الضرر عن المسروق شيئاً، وقتل القاتل لا يزيل الضرر عن المقتول، فالعقوبة في الشرع شرعت من أجل الزجر والردع وليس

<sup>1</sup> المنهاج شرح صحيح مسلم، النووي، 227/10، دار إحياء التراث العربية، بيروت، ط2، 1392هـ.

<sup>2</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 474/1.

<sup>3</sup> مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 279/28.

<sup>4</sup> سبق تخريجه.

<sup>5</sup> الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، 56، دار الفكر العربي.

التعويض والجبر، ومن هنا فلا يسوغ القول بأن معاقبة المماطل بغير تعويض المقرض لا يفيد المتضرر شيئاً<sup>1</sup>.

**الدليل الرابع:** قياس المدين المماطل على الغاصب، فكما أن الغاصب يضمن عين المال المغصوب ومنافعه المتقومة فكذلك المقرض المماطل يضمن المال الثابت في ذمته ديناً ومنافعه المحجوبة عن المقرض خلال مدة التأخير عن موعد السداد<sup>2</sup>، وتم الاعتراض على هذا الاستدلال أيضاً بالآتي:

أن هذا القياس قياس مع الفارق؛ لأن القائلين بضمان منافع العين المغصوبة على الغاصب يشترطون شرطين<sup>3</sup>:

**الأول:** أن تكون المنفعة مما يعاوض عليها بالإجارة، وما لا تصح إجارته كالشجر والdraهم والدنانير لا يلزم في الغصب أجره.

**والثاني:** أن تستمر مدة الغصب زماناً يكون لمثله أجره. فإن قصر زمانه عن أن يكون لمثله أجره، لم يلزم الغاصب بالغصب أجره، ومن هنا يتبين أن المغصوب إذا كان نقوداً لا يضمن الغاصب زيادة على مقدار المبلغ المغصوب مهما طال مدة غصبه؛ لكون النقود أموالاً لا تصح إجارته بالإجماع وبهذا ينتقض قياس المدين المماطل على الغاصب.

**القول الثاني<sup>4</sup>:** وبه قال كل من الصديق محمد الأمين الضرير<sup>5</sup> وزكي الدين شعبان وزكي عبد البر، ونص على جواز التعويض عن ضرر المماطلة لكن بشروط<sup>6</sup> تتعدد عند كل عالم وهي كالاتي:

- **شروط الصديق الضرير:** أن يكون الضرر الناتج عن المماطلة مادياً وفعالياً.

فبالقيود الأولى أخرج الضرر المعنوي والأدبي، وبالقيود الثانية أخرج الضرر المفترض وقوعه وأبقى الضرر الواقع فعلاً.

1 المؤديات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء، نزيه حماد، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ع1، 291 - 292

2 بحث الحكم على المدين المماطل هل يقبل شرعاً، الزرقا، 94.

3، الحاروي الكبير، الماوردي، 162/7،، الشرح الكبير، الدردير، 15/277-279،، الإنصاف، المرادوي، 6/201، كشاف القناع، البهوتي، 4/122.

4 الاتفاق على إلزام المدين المعسر بتعويض ضرر المماطلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، الصديق محمد الأمين الضرير، العدد الأول، 112.

5 هو الصديق محمد الأمين الضرير، ولد في أم درمان، السودان سنة 1918م، أنهى دراسته الجامعية في السودان ثم حصل على الدكتوراة من جامعة القاهرة، حصل على الكثير من الجوائز التقديرية، وشغل عدة مناصب منها عضو معين في مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، كما عمل محاضراً في كلية الحقوق جامعة الخرطوم.

6 بحث بعنوان التعويض عن ضرر المماطلة في الدين، محمد أنس الزرقا ومحمد علي القرني، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثالث، 30-35، 1411هـ، تعليق و رأي الصديق الضرير ورد في هذا البحث.

كما بين وسيلة تقدير التعويض على أساس الربح الفعلي الذي حققه البنك خلال فترة التأخير في السداد، فإن لم يحقق البنك ربحاً فليس له أن يطالب بالتعويض.

- **شروط زكي الدين شعبان: الأول:** أن يكون الضرر غير مألوف، كأن يلتزم الدائن بصفقة بناء على الموعد الذي ضربه المدين لسداد القرض، ونتيجة لإخلال هذا المدين بالموعد أدخل الدائن بتسديد التزاماته المالية في الصفقة ففسخ العقد وحكم عليه بالتعويض.

والثاني: أن تقوم المحكمة بالحكم بالتعويض العادل.

- **شروط زكي عبد البر:**1: اشترط أن يثبت الدائن بالأدلة الشرعية الضرر بسبب ماطلة المدين.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالآتي:

**الدليل الأول:** قول النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار".

**وجه الدلالة:** تصريح الحديث بالنهي عن إلحاق الأذى والضرر بالآخرين، وعدم تعويض الدائن عن الماطلة التي أضرت به ينافي منطوق الحديث.

**الدليل الثاني:** قوله ﷺ "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته"<sup>2</sup>.

**وجه الدلالة:** أن العقوبة لفظ مطلق والمطلق يبقى على إطلاقه ما لم يرد دليل يقيد، وعليه فهي تشمل كل ما يتحقق به الزجر والردع من العقوبات.

**الدليل الثالث:** قول النبي ﷺ: "مطل الغني ظلم فإذا أتبع على ملي فليتبّع"<sup>3</sup>.

**وجه الدلالة:** أفاد هذا الحديث بأن مطل الغني ظلم، والظلم يحل العقوبة ومن العقوبة التعويض المالي.

**القول الثالث:** نص على أن فرض تعويض مالي على المدين المماطل مقابل تأخير الدين لا يجوز، وهذا قول جماهير العلماء من السلف<sup>4</sup> والخلف وبه صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي من رابطة العالم الإسلامي<sup>5</sup>، وكذا مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المصدر نفسه.

<sup>2</sup> سبق تخريجه.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، 799/2، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، حديث رقم (2166).

<sup>4</sup> تبين الحقائق، الزيلعي، 181-180/4، مختصر خليل، الخرشي، 276-275/5، روضة الطالبين، النووي، 137/4، المغني، ابن قدامة، 588/6.

<sup>5</sup> قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، القرار الثامن، الدورة 11، 1409 هـ.

<sup>6</sup> قرارات مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم (51)، الدورة السادسة، 1410 هـ.

## أدلة القول الثالث:

**الدليل الأول:** قوله ﷺ: " لي الواجد يحل عرضه وعقوبته".

**وجه الدلالة:** أن المطل قد وجد في عهد الرسول ﷺ وتكرر بعده، ومع ذلك فقد ذكر ﷺ أن المطل يحل عرض المماطل وعقوبته، ولم يقل: إنه يحل ماله، ولو كان مراداً لذكره ولم يفسر أحد من العلماء العقوبة المذكورة في الحديث بأنها التعويض المالي، بل فسروا العقوبة الواردة في الحديث بالحبس أو الضرب.

واعترض على هذا الاستدلال: بأنه وإن لم يرد عن أحد من أهل العلم أنه قال: بوجوب تضمين المماطل، إلا أنه لم يرد كذلك عن أحد أنه منع منه، وقد قامت دلائل كثيرة على جواز التعزير بالمال، والتعويض عن ضرر المماطل نوع منه<sup>1</sup>.

فنوقش الاعتراض: بأن عقوبة المماطل من العقوبات التعزيرية التي يرجع فيها النظر إلى القاضي، وجعل عقوبة المماطل عقوبة مالية لمصلحة المقرض يخرج العقوبة من كونها تعزيرية بالمال إلى جعل التعويض المالي قانوناً سارياً لا يحتاج إلى نظر القاضي وتقديره، كما هو شأن العقوبات التعزيرية، ثم إن الغالب أن الذي يتولى العقوبة المالية في هذه الحال هو العاقد عن طريق الشرط وهذا غير معهود في الشريعة، فكما لا يجوز للمقرض أن يعاقب بالحبس ولا بالضرب، فكذا لا يجوز له أن يعاقب بالتعويض المالي<sup>2</sup>.

**الدليل الثاني:** من المعقول أن تعويض الدائن تعويضاً مالياً عن مطل الغني لا يختلف من الناحية العملية عما يسمى في البنوك بفوائد التأخير التي هي من الربا الصريح " إما أن تقضي وإما أن تربي "؛ وذلك لأن هذا التعويض الذي يطالب به المقرض إنما جاء في مقابل تأخير أداء الدين، وتسميتها تعويضاً لا يغير من الحقيقة شيئاً، إذ أن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالأسماء والمباني<sup>3</sup>.

فجاء الاعتراض على هذا الاستدلال: بأن تعويض المقرض يختلف عن الزيادة الربوية الجاهلية " إما أن تقضي وإما أن تربي " وبينهما فروق وهي:

**الفرق الأول:** أن الزيادة الربوية زيادة ليس لها مقابل عوضي، وإنما تعد تراضياً على تأخير أداء الدين مقابل الزيادة فيه، بخلاف التعويض المالي عن المماطل فهو في مقابل تفويت منفعة المقرض من المال مدة حبسه بالمطل.

<sup>1</sup> بحوث في الاقتصاد الإسلامي، عبد الله ابن المنيع، 398-399، المكتب الإسلامي، مكة المكرمة، 1416 هـ.

<sup>2</sup> بيع التفسير وأحكامه، سليمان التركي، 325، دار إشبيلية، السعودية.

<sup>3</sup> بحوث في الاقتصاد الإسلامي، 415.



**الرد على الفرق الأول:** لا يسلم بأن الزيادة الربوية في غير مقابل، والتعويض عن المطل له مقابل، بل بابهما واحد، فالزيادة الربوية إنما هي في مقابل عدم الاستفادة من المال في الفترة المؤجلة وهي الحجة ذاتها التي يحتج بها القائلون بالتعويض، فلماذا صارت الزيادة الربوية المؤجلة بدون مقابل؟ وصار التعويض في مقابل؟!!

**الفرق الثاني:** أن الزيادة الربوية اتفاق بين المقرض والمقترض على زيادة لقاء التأخير، فهي زيادة في مقابلة الإنظار لزمن مستقبل وعلى سبيل التراضي، فلا يسمى المقترض في هذه الحالة مماطلاً ولا متعدياً ولا ظالماً للدائن، بينما التعويض في مقابل المطل فهو مقابل للي والمطل، الذي ترتب عليه فوات منفعة محققة أو محتملة على سبيل الظلم والعدوان.

**الرد على الفرق الثاني:** يجاب عنه بأن الربا ظلم حتى وإن تم عن تراض بين المتعاقدين، ثم لماذا صار المماطل ظالماً ومتعدياً إذا كان سيضمن ما فوته على الدائن؟! إنما صار المماطل ظالماً لتفويته حق الانتفاع على المالك، أما قد عوضه فلا يقال إنه ظالم؛ لأنه أدى الربح المتوقع بدون عمل أو جهد من الدائن.

**الفرق الثالث:** أن نسبة الزيادة الربوية معلومة بالاتفاق بين الطرفين عند إبرام العقد، أما التعويض فغير معلوم المقدار والنسبة عند الدخول في العقد وإنما تتحدد هذه النسبة على أساس الأرباح المتوقعة خلال مدة المطل<sup>1</sup>.

**الرد على الفرق الثالث:** أن التفريق بكون الربا متفقاً على مقداره والتعويض غير متفق على مقداره لا يصح بأن يكون فرقا مؤثراً؛ لأن الفرق حينئذ إنما هو في طريقة تقدير الزيادة وهو أمر غير مؤثر هنا، ثم إن هذا الفرق غير عملي؛ فالواقع أن هناك نسبة تكاد تكون معروفة من وراء العملات التجارية كالتقسيط فيعود الأمر إلى كون تلك النسبة معروفة عرفاً، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ثم إنه مع مرور الأيام والتطبيق المتكرر يلتغي هذا الفرق وتكون الفائدة معروفة سلفاً، وهذا يؤكد عدم صحة القول بأن التعويض متفق على مقداره في الجملة.

**الفرق الرابع:** أن الزيادة الربوية لا تفريق فيها بين مقترض واجد وبين مقترض معسر، فمتى حل الأجل طوالب المقترض بالوفاء أو بالزيادة نظير التأخير، فهي لازمة على كل حال، أما التعويض فلا يلزم إلا إذا ثبت كون المقترض موسراً مماطلاً، فإن كان معسراً فلا يلزمه شيء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بحوث في الاقتصاد الإسلامي، 415.

<sup>2</sup> المصدر السابق، 417.

**الرد على الفرق الرابع:** أن مسألة إفسار المدين ويساره من الأمور التي يكاد يتعذر على الدائن التحقق منها في كل قضية بعينها وكل مدين بعينه، إذ كلُّ مماطل سيدعي الإفسار، ولذلك يلجأ بعض القائلين بجواز التعويض عند التطبيق العملي إلى أن ينص في الاتفاق على أن المدين يعد موسراً إلا في الحالة التي حكم عليه فيها بالإفلاس قضاءً، ومن المعلوم أن الحكم بالإفلاس حالة قليلة أو نادرة الوقوع، إذ أن كثيراً ممن لم يحكم عليهم بالإفلاس هم معسرون فعلاً، فهذا الفرق على تقدير التسليم به نظرياً يكاد يتعذر تطبيقه عملياً<sup>1</sup>.

**الدليل الرابع:** من المعقول إن فرضنا أن الدائن لو أخذ الدين في موعده المضروب واستثمره فربما يحقق ربحاً وربما لا، بل ربما يخسر وبالتالي فإن الربح الذي يفوت الدائن غير مؤكد.

**الدليل الخامس:** أن إباحة التعويض عن الربح الفائت بسبب التأخير قد يكون ذريعة للربا<sup>2</sup>.

**الدليل السادس:** من خلال استقراء الفقه الإسلامي يتبين أن المال لا يجب إلا بمقابل مال، ولا يجب مقابل ضرر محتمل لا يثبت<sup>3</sup>.

والراجح - والله أعلم - القول الثالث؛ لقوة أدلتهم ووضوحها ودقتها في رد الاعتراضات الواردة عليها، كما أنها الأحوط في رد الشبهات وسد الذرائع التي قد تتخذ من إباحة ضمان المماطل دربا للوصول إلى الربا في زمن انتشر فيه الربا الصريح انتشار النار في الهشيم، فكيف بالربا الخفي والمتستر بذريعة شرعية مباحة.

<sup>1</sup> بحث بعنوان التعويض عن ضرر المماطلة في الدين والاقتصاد، محمد أنس الزرقا، محمد علي القرى، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، ع3: 25 - 27، 1991 - 1411 هـ.

<sup>2</sup> المصدر نفسه.

<sup>3</sup> المصدر نفسه.

## المطلب السابع: ضمان الوكالة

### أولاً: ماهي الوكالة؟

الوكالة اسم للتوكيل وإظهار العجز والاعتماد على الغير، وقد مر معنا تعريفها وبيان سائر أحكامها عند الحديث عن العاقد وأهليته وما يتعلق بها من أحكام الولاية والوكالة، وتجديد الحديث عنها في هذا الباب جاء رغبة في بيان و توضيح علاقتها بالقبض وما ينبني علي تصرفات الوكيل وقبضه، فقد اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل من مال الموكل يعتبر أمانة مثل الوديعة ونحوها، فلا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط؛ لأنه نائب عن الموكل في القبض والتصرف وسواء في ذلك الوكيل بأجر أم بغير أجر، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد موكله فلا يضمن؛ ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة والضمان مناف لذلك، فإن ثبت تعديه ضمن ما أتلف، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه، ويتحمل الموكل الخسارة العارضة إذا لم تكن بتعدٍ أو تفريط من الوكيل.

وتنزل تصرفات الوكيل منزلة تصرفات الموكل، مالم ينشأ خلاف بينهما كاختلافهم في أصل الوكالة أو أثارها وهذا توضيح لهذه الاختلافات<sup>1</sup>:

1 - أن يختلف الموكل والوكيل في تلف أو ضياع المال، فيقول الوكيل: تلف مالك في يدي أو ضاع، فيكذبه الموكل، فالقول بالاتفاق قول الوكيل مع يمينه؛ لأنه أمين، وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه، فلا يكف بالبينة كالوديع. واستثنى الحنابلة حالة ادعاء الوكيل التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب ونحوهما، فعليه إقامة البينة على وجود التلف.

2- أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر الموكل، مثل: أن يدعي عليه أنه حمل الدابة فوق طاقتها أو فرط في حفظها، أو أمره برد المال فلم يفعل مع إمكانه وقدرته، ونحوها، فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه، لأنه أمين كما تقدم. والمشهور عند المالكية أن يحكم بقول الموكل.

3 - أن يختلفا في التصرف، فيقول الوكيل: بعث الثوب وقبضت الثمن، فتلف، فيقول الموكل: لم تبع ولم تقبض. أو يقول: بعث ولم تقبض شيئاً، أي أن الخلاف إما في حدوث البيع، أو في قبض الثمن بعد الاتفاق على البيع، فالقول قول الوكيل عند الحنابلة والحنفية؛ لأنه يملك البيع والقبض، فيقبل قوله فيهما.

<sup>1</sup> مجمع الضمانات، 251، بداية المجتهد، 301/2، كشاف القناع، 484/3، مغني المحتاج، 235/2، الفقه الإسلامي وأدلته، 740-739/5.

وعند الشافعية قولان: أصحهما أنه يصدق قول الموكل بيمينه؛ لأن الأصل عدم التصرف، وبقاء ملك الموكل.

4 - أن يختلفا في رد الشيء الموكل فيه إلى الموكل، فيدعيه الوكيل وينكره الموكل، فالقول قول الوكيل عند أئمة المذاهب الأربعة في الراجح منها، سواء أكانت الوكالة بأجر أم بغير أجر؛ لأن الموكل ائتمنه، وإذا كانت الوكالة بأجر، فإن الوكيل ينتفع بالعمل بالعين لا بالعين نفسها، فلم يكن قبضه لنفع نفسه كالمستعير.

5 - إذا اختلفا في أصل الوكالة، فقال الوكيل: وكلتني، فأنكر الموكل، فالقول قول الموكل بيمينه؛ لأن الأصل عدم الوكالة، فلم يثبت أنه أمينه، ليقبل قوله عليه.

6 - أن يختلفا في صفة الوكالة بأن يقول الوكيل: وكلتني في البيع نسيئة، أو ببيع هذا الكتاب، فقال الموكل: بل نقداً، أو هذا القلم، فالقول قول الموكل بيمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما ذكره الوكيل، ولأن الموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه.

فإن ثبت التفريط من الوكيل فإنه يغدو ضامناً كما في الحالات الآتية<sup>1</sup>:

- إذا اشترى الوكيل سلعة لموكله، وأخر تسليم الثمن للبائع دون عذر، فهلك الثمن في يده، ضمنه؛ لأنه فرط بإمساكه للثمن.

- إذا قبض ثمن المبيع كان أمانة في يده، فإن طالبه به الموكل وتأخر الوكيل في دفعه لموكله مع مقدرته على ذلك وتلف الثمن، كان الوكيل ضامناً.

- إن قبض ديناً على موكله أو دفع عنه ديناً ولم يشهد على القبض بحيث أنكره القابض أو مات أو غاب بعيداً أي: لم تتوافر له البينة على دعواه، كان الوكيل ضامناً لتفريطه بعدم الإشهاد، ويلزمه الضمان إن لم يكن الدفع بحضور الموكل، فإن كان بحضوره فلا ضمان على الوكيل، ويقع الغرم على الموكل لتفريطه في حقه بعد إشهاده.

- إذا أنكر الوكيل القبض لما وُكل بقبضه، ثم قامت بينة على قبضه، وكان المقبوض قد تلف وتوفرت له بينة بتلف المقبوض دون تعد أو تفريط منه، فإنه يضمن ولا تنتفعه بينة التلف دون تفريط؛ لأنه أكذبها بإنكاره القبض.

- إذا سلم الوكيل المبيع قبل قبض ثمنه، ضمن قيمته لموكله، وكذلك إذا سلم الثمن قبل قبضه للمبيع الموكل بشرائه، وهلك المبيع كان عليه ضمانه.

<sup>1</sup> الفتاوى الهندية، 623/3، الفقه المالكي، 60/6، المغني، 220/5.

## المبحث الثاني: تسلط القابض على التصرف في المقبوض.

اتَّفَق الفقهاء على جواز التَّصَرَّف في الأعيان المملوكة بعد قبضها؛ لأن من الآثار المترتبة على العقد: القبض والذي هو إمارة التملك وتمامه، لكنهم اختلفوا في مشروعية التَّصَرَّف فيها قبل قبضها، سواء ملكت ببيع أو بغيره من الأسباب الموجبة للملك، وقد فرَّقوا في ذلك بين التَّصَرَّف فيها بالبيع وبين التَّصَرَّف فيها بغيره من ضروب التَّصَرِّفات، وحاصل كلامهم في هذه القضية ينحصر كالآتي:

### المطلب الأول: التصرف في المبيع قبل القبض:

#### أولاً: بيع الأعيان المشتراة قبل قبضها<sup>1</sup>:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الأعيان المشتراة قبل قبضها اختلافاً واسعاً؛ لما في مسائلها من غموض، حتى أنه لم يطرد فيها قياس عندهم، بل إن كثيراً منهم لم يلاحظ فيها معنى صريحاً مما حدا به إلى التمسك بظواهر النصوص التي قد تتناقض<sup>2</sup>.

وجاءت آراؤهم في ستة أقوال:

**القول الأول<sup>3</sup>:** وبه قال جمهور الفقهاء من الشافعية وبعض الحنابلة، وهو عدم جواز بيع المشتري قبل قبضه مطلقاً، مطعوماً كان أم غير مطعوم، عقاراً كان أو منقولاً، سواء بيع مقدراً أو جزافاً، وإن أذن البائع، وقبض الثمن.

وذلك للأدلة الآتية:

#### 1- السنة النبوية:

- حديث حكيم بن حزام - رضي الله عنه - قال: " قلت: يا رسول الله: إنني اشتري بيوعاً، فما يحل لي منها، وما يحرم عليّ؟ قال: إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه"<sup>4</sup>، وفي رواية أخرى: " أن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله إنني رجل اشتري بيوعاً فما يحل منها وما يحرم؟ قال: يا ابن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 295/32، التقابض في الفقه الإسلامي، 227.

<sup>2</sup> مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 403/29.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، 68 / 2، المغني، 113 / 4.

<sup>4</sup> مسند أحمد، 402/3، مسند حكيم بن حزام، حديث رقم(15316).

<sup>5</sup> سنن البيهقي، 313/5، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، حديث رقم(10465).

وعنه أيضا أنه قال: "قلت يا رَسُولَ اللَّهِ إني رَجُلٌ ابتاع هذه البُيُوعَ وَأَبِيعُهَا فما يَجِلُّ لي منها وما يَحْرُمُ عَلَيَّ منها قال لا تَبِيعَنَّ شيئا حتى تَقْبِضَهُ" <sup>1</sup>.

- وحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: "لا يَحِلُّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك" <sup>2</sup>.  
ومعنى "ربح ما لم يضمن": ربح ما يبيع قبل القبض.

- حديث زيد بن ثابت - رضي الله عنه -: "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نهى أن تَباع السَّلَع حيث تَبتاع، حتَّى يحوزها التَّجَّار إلى رحالهم" <sup>3</sup>.

والمراد بحوز التَّجَّار: وجود القبض كما في الحديث قبله؛ لضعف الملك قبل القبض، لأنه عرضة للانفاساخ إذا ما هلك محل العقد، وهذا هو المعنى الذي علل به الشافعية النهي عن البيع قبل القبض.

- وعن ابن عباس - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه"، قال ابن عباس: وأحسب كل شيء مثله <sup>4</sup>.

وروي ذلك عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - مما يدل على أنهما فهما ذلك من النبي ﷺ المراد والمغزى <sup>5</sup>.

ورُد هذه الاستدلالات بالآتي <sup>6</sup>:

- أن حديث حكيم بن حزام روي بألفاظ مختلفة بعضها فيه النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وبعضها فيه النهي عن مطلق البيع قبل القبض، والأرجح أن المنهي عنه هو الطعام لا مطلق البيع.

- أن حديث حكيم بن حزام قد ضعفه بعض أهل العلم، فهو ليس بحجة؛ لأنه لا تخلو جميع طرقه من مقال وضعف <sup>7</sup>.

- أن قوله ﷺ: "بيع ما ليس عندك" مجملا يفسره قوله ﷺ: "من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه"، وأما قوله ﷺ: "إذا ابتعت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه"، إنما أراد به الطعام بدليل قوله ﷺ: "إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تقبضه".

<sup>1</sup> المعجم الكبير، 196/3، باب: عبد الله بن محمد بن صيفي عن حكيم بن حزام، حديث رقم (3096).

<sup>2</sup> مسند أحمد، 178/2، مسند: عبد الله بن عمر، حديث رقم (6671).

<sup>3</sup> المعجم الكبير، الطبراني، باب: زيد بن ثابت الأنصاري، 113/5، 4782.

<sup>4</sup> صحيح مسلم، 1159/3، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم (1525).

<sup>5</sup> طرح التثريب، ابن عبد البر، 335/6.

<sup>6</sup> التمهيد، 334/13.

<sup>7</sup> بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، علي بن محمد القطن، 319/2، تح: الحسين آيت سعيد، دار طيبة - الرياض ط1، 1418هـ-1997م

- أما حديث "نهى عن ربح ما لم يضمن" فيرد عليه برواية: "لا يحل سلف وبيع... ولا يحل ربح ما لم يضمن"، حيث فسر هذا الحديث: بأنه يعني الربح الحاصل من بيع ما اشتراه قبل أن يقبضه وينتقل من ضمان البائع إلى ضمانه فإن بيعه فاسد<sup>1</sup>.

## 2- المعقول:

- أن بيع الشيء قبل قبضه بيع فيه غرر؛ لعدم تحقق تمام ملك المشتري له وعدم تمكنه من القبض الواجب عليه بالعقد، وقد يتعرض للآفات والهالك مما يؤدي بالتالي إلى انفساخ العقد بسبب هلاك محله؛ لأنه بهلاك المعقود عليه قبل قبضه يبطل البيع الأول فينفسخ البيع الثاني، وهذا عين الغرر الذي نهى الرسول ﷺ عنه.

- بيع الشيء قبل قبضه باطل وربحه لا يجوز؛ لتوالي ضمانين على مبيع واحد وفي زمن واحد، فلو أبيع هذا البيع كان المبيع مضموناً للمشتري ومضموناً عليه، وهذا يجعلنا نقر بملكية المبيع لشخصين.

- كما أنه لا يجوز؛ لأنه مبيع لم يتم ملكه، كما لو كان غير متعين.

**القول الثاني<sup>3</sup>:** ما قال به أبو حنيفة وأبو يوسف، وهو المفتى به عند الحنفية من عدم جواز بيع المشتري المنقول قبل قبضه، مطعوماً كان أو غير مطعوم، وسواء بيع مقدراً أم جزافاً، ولو كان من بئعه، إلا العقار الذي لا يخشى هلاكه، فيجوز بيعه قبل قبضه، فإن تصور هلاكه، بأن كان علواً أو على شطّ نهر ونحو ذلك، لم يصحّ بيعه كسائر المنقولات.

واحتجوا بالآتي:

## 1- السنة النبوية:

- ما جاء عن ابن عمر- رضي الله عنهما -، حيث قال: "ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبتة - أي: صار في ملكي لأنفسى - لقيني رجل فأعطاني به ربها حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تتباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"<sup>4</sup>. ولا يفرّق الحنفية في ذلك بين الطعام وبين غيره من المنقولات، وهذا الحديث هو ما عضدّ قول ابن عباس - رضي الله عنه - الذي تقدّم: ولا أحسب كلّ شيء إلا مثله، أي مثل الطعام.

<sup>1</sup> تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى، محمد عبد الرحمن المباركفوري، 316/4، دار الكتب العلمية، بيروت.

<sup>2</sup> مجموع الفتاوى، 403/29، الموسوعة الكويتية، 3240/2، المغني، 235/4.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 180/5.

<sup>4</sup> سنن أبي داود، 304/2، كتاب: الإجارة، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفى، حديث رقم (3499)، صححه الألباني.

## 2- المعقول<sup>1</sup>:

- لأنّ في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول، على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، وإذا هلك المبيع قبل القبض يفسخ العقد، فيتبيّن أنّه باع ما لا يملك، والغرر حرام غير جائز، فهو بذلك بيع غير صحيح، وعدم الصّحة هنا يعني: الفساد لا البطلان، وإن كان نفي الصّحة يحتملها، لكنّ الظاهر عند الحنفيّة هو الفساد؛ لأنّ علّة الفساد هي الغرر مع وجود ركني البيع، وكثيراً ما يطلق الباطل على الفاسد.

- أجازوا بيع العقار قبل قبضه استحساناً، وذلك استدلالاً بعموم حلّ البيع من غير تخصيص، إذ لا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد. فتم حمل الحكم على المنقول؛ توفيقاً بين الدلائل وصيانة لها عن التناقض؛ ولأنّ الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر، وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه؛ ولأنّه لا يتوهم انفساخ العقد في العقار بالهلاك، بخلاف المنقول؛ لأنّ العقار مقدور التسليم، ولا يرد عليه الهلاك إلا نادراً بغلبة الماء والرّم، والتّأدّر لا يعتدّ به. وقياساً على التّصرّف في الثّمّن قبل قبضه، فإنّه جائز، لأنّه لا غرر فيه، كالتّصرّف في المهر وبدل الصّلح عن دم العمد؛ لأنّ المطلق للتّصرّف وهو الملك قد وجد، لكنّ الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن، وذلك فيما يتصوّر فيه الغرر، وهو المبيع المنقول لا العقار.

وتم مناقشة أدلتهم بالآتي<sup>2</sup>:

- أن قصرهم النهي على المنقول دون العقار مردود بعموم الأحاديث التي تنهى عن بيع ما لم يقبض.

وأما استدلالهم بجواز بيع العقار قبل قبضه؛ لأنه لا يتوهم انفساخ العقد في العقار بالهلاك بخلاف المنقول؛ لأنّ العقار مقدور التسليم، فهو مردود؛ لأنه تخصيص لعموم النص بالقياس المظنون العلة وهذا غير جائز.

- كما أنه يحتمل أن يكون أراد السلع المأكولة والمؤتمد بها؛ لأنه على الزيت خرج الخبر.

- أنه جاء في الحديث: " فلما اشتريته لقيني رجل فأعطاني به ربها"، وهذا يحتمل أن يكون اشتراه جزافاً بظرفه فحازه إلى نفسه كما كان في ذلك الظرف قبل أن يكيّله أو ينقله، والدليل على ذلك إجماع العلماء على أنه لو استوفاه بالكيل أو الوزن لجاز له بيعه في موضعه.

<sup>1</sup> البدائع، 181/5.

<sup>2</sup> التمهيد، 343/13، المغني، 239/4.



- أن إجماعهم على ذلك يوضح أن قوله: " فلما استوفيته" على ما ذكر، أو يكون زيد بن ثابت رآه قد باعه في الموضع الذي ابتاعه فيه ولم يعلم باستيفائه له فنقل الحديث من أجل ما ذكره زيد فيه عن النبي ﷺ، ولما أجمعوا على أنه لو قبضه وقد ابتاعه جزافاً وجازه إلى رحله وبان به وهما جميعاً في مكان واحد إنه جائز له حينئذ بيعه، علم أن العلة في انتقاله من مكان إلى مكان سواه قبضه على ما يعرف الناس من ذلك وأن الغرض منه القبض، وقلما يمكن قبضه إلا بانتقاله.

**الثالث<sup>1</sup>:** وهو القول المشهور في مذهب المالكية، وهو جواز بيع المشتري قبل قبضه إن لم يكن مطعوماً، فإن كان مطعوماً فلا يجوز بيعه قبل قبضه إذا كان فيه حق توفية - من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ - سواء أكان الطعام ربوياً أم غير ربويّ، أمّا ما اشتراه جزافاً - أي من غير معرفة قدره على التّحديد - فيجوز بيعه قبل قبضه، ولكن بشرط تعجيل الثمن كي لا يؤدّي إلى بيع الدين بالدين.

لكنهم اشترطوا لفساد هذا النوع من البيع، شرطين:

أ - أن يكون الطعام مأخوذاً بطريق المعاوضة أي: في مقابلة شيء بإجارة أو شراء أو صلح أو أرش جنائية، أو غير ذلك من المعاوضات، فهذا الذي لا يجوز بيعه قبل قبضه.

أمّا لو صار إليه الطعام بهبة أو ميراث ممّا ليس أخذه بعوض، فيجوز بيعه قبل قبضه.

ب - وأن تكون المعاوضة بالكيل أو الوزن أو العدد، فيشتريه بكيل، وبيعه قبل قبضه، سواء أباعه جزافاً أم على الكيل.

أمّا لو اشتراه جزافاً، ثمّ باعه قبل قبضه، فيكون بيعه جائزاً، سواء أباعه جزافاً أم على الكيل.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه من تخصيص الحرمة على الطعام دون سائر المبيعات بالآتي:

1- الأحاديث الواردة عن النبي ﷺ في منع بيع الطعام قبل قبضه:

- فعن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه"<sup>2</sup>.

- وعنه أيضاً أنه قال: " كنا نبتاع الطعام في زمان رسول الله ﷺ فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي نبتاعه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الذخيرة، 138/5، الفقه المالكي، 5/ 228-229.

<sup>2</sup> الموطأ، 925/4، كتاب: البيع، باب: مالم يقبض من الطعام، حديث رقم (2356).

<sup>3</sup> الموطأ، 926/4، كتاب: البيوع، باب: مالم يقبض من الطعام، حديث رقم (2358).

- وعن ابن عمر أيضا قال: "قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ"<sup>1</sup>.

وهو ما دل على منع بيع الطعام قبل قبضه؛ لكي لا يتوالى على الطعام عقدا بيع لا يتخللهما قبض.

2- عمل أهل المدينة، حيث قال الإمام مالك بعد أن ذكر الأصناف الربوية: الأمر المجتمع عليه عندنا - والمقصود بهذه الجملة هو عمل أهل المدينة -، الذي لا اختلاف فيه أن من اشترى صنفا من هذه الأصناف فإنه لا يبيع شيئا من ذلك حتى يقبضه ويستوفيه.

3- سدا للذريعة، حتى لا يتطرق بيع الطعام قبل قبضه للربا.

4- كون الطعام غذاء للإنسان وحافظاً لبنيته الشريفة لطاعة الله تعالى وسبب العون على السعادة في الدنيا والآخرة، فقد خصه الله تعالى بالمنع دون غيره، فكل ما شرف قدره عظمه الله بكثير شروطه وهذا هو شأن الشرع في كل ما عظم خطره.

وحرمة بيع الطعام قبل قبضه شاملة للربوي وغير الربوي بدليل<sup>2</sup>:

1- عمل أهل المدينة، حيث جاء عن الإمام مالك أنه قال: الأمر المجتمع عليه عندنا أن من ابتاع شيئا من الفاكهة من رطبها أو يابسها فإنه لا يبيعه حتى يستوفيه.

2- حمل النهي في الحديث على عمومته في كل أصناف الطعام، لعدم وجود ما يخص هذا العموم.

أما عن علة تحريم بيع الطعام قبل قبضه دون سائر المبيعات فقد اختلف الفقهاء في تحديدها:

فهناك من رأى أن المعنى المقصود بالمنع معنى معقول من حيث:

- أنه ربما أدى بيع الطعام قبل قبضه إلى الفساد، فمنع سدا للذريعة؛ لأن الشارع له غرض من ظهور الطعام بين الناس؛ إذ لو أجاز البيع قبل القبض لباعه أهل الأموال بعضهم لبعض دون إظهاره، لكن المنع وفر ظهور الطعام للناس فتطمئن قلوبهم ولا ينتشر الذعر بينهم إذا ظنوا شحه لاسيما في زمن المسغبة والمجاعة وبذلك يتوصل إليه القوي الضعيف، كما ينتفع به الكيال والحمال، فيتحرك السوق ويزدهر الاقتصاد.

- وهناك من علل المنع بأنه درء للعينة: وهي سلف في أكثر منه فيتوسلون له بذلك فلما كثر ذلك في الطعام نهي عنه، فلا يتوصل أهل العينة ببيع الطعام قبل قبضه ببيع دنائير

<sup>1</sup> مسند أحمد، 111/2، حديث رقم (5900).

<sup>2</sup> الذخيرة، 148/5، الفقه المالكي، 228/5.

بأكثر منها؛ لأن بيع الطعام قبل قبضه مشابه لبيع العينة ومؤد له؛ لأن أصحاب العينة يريدون دفع دنانير في أكثر منها نقداً أو إلى أجل، ولعلمهم بأن هذا عين الربا الممنوع، فقد يحتالون للوصول إليه بطريق أخرى، بأن يبيع حنطة أو شعيراً بدينار، ثم يشتريها بنصف دينار دون استيفاء، ولا قصد لبيع ولا لا ابتياع؛ فكأنهم قصدوا أن يدفعوا ذهباً في أكثر منه والطعام محلل، وقد أشار ابن عباس - رضي الله عنه - حين سئل عن سبب المنع بقوله: "ألا تراهم يتبايعون بالذهب والطعام مرجأ"<sup>1</sup>، والمرجأ: المؤخر، فلما كثر هذا التحايل وكانت الأقوات سلعة رائجة في كل البلدان، وهذا الرواج هو علة التذرع بها لمعرفة جميع الناس لقيمتها وثنمها، منع ذلك فيها، وشرط لصحة توالي بيعها القبض والاستيفاء: لأن ذلك نهاية التبايع فيها وإتمام العقد ولزومه، ولم يشترط ذلك في المبيعات من غير الطعام؛ لأنه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها؛ لأن ثمنها يخفى في الأغلب ويقبل مشتريها. والمذهب كله على المنع وإن ظهرت السلامة من قصد العينة بأن لا يكون المتبايعان من أهل العينة.

- وهناك من رأى أن الأحسن أن يكون مناط المنع تعديداً؛ لأنه لو كان لأجل العينة لجاز بيعه من بائعه بأقل ويلزم استواء الطعام والعروض.

- بل وإن هناك من رأى أن علة المنع هي عدم استيلاء المشتري على المبيع استيلاء تاماً؛ لأن علق البائع لم تنقطع عنه فالبيع عرضة للانفساخ؛ لأن البائع ربما سعى في رد المبيع والتحايل في فسخه أو جرده إذا رأى المشتري قد ربح فيه، مما قد يدفعه إلى التحايل لفسخ العقد ولو ظلماً.

- أما الأدلة على أن غير الطعام من سائر العروض والحيوان والعقار، سواء أكانت تنقل وتحول أم لا، تكال أو توزن، عينا معينة أم سلماً مضموناً في الذمة، يجوز بيعه قبل قبضه فهي:

- عموم قوله تعالى: ﴿وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، (البقرة: 274) فتحمل الآية على عمومها.

- الأخذ بظاهر الحديث المتقدم، حيث قيد النهي بالطعام، فاستدل بدليل الخطاب على أن غير الطعام حكمه بخلاف الطعام.

- القياس على العقار بحجة أنه مبيع غير مأكول.

ونوقشت أدلتهم بالآتي:

<sup>1</sup> صحيح مسلم، 1159/3، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم (1525).

- فعن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ: "كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَبْتَاغُ الطَّعَامِ فَيَبْعُثُ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِإِنْتِقَالِهِ مِنْ الْمَكَانِ الَّذِي ابْتِغْنَا فِيهِ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ"<sup>1</sup>، والمراد بالطعام ما يبيع على الجزاف، فقد روي عن ابن عمر- رضي الله عنهما - أنه قال: "قد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام جزافا يضربون في أن يبيعه في مكانهم وذلك حتى يؤوه إلى رحالهم"<sup>2</sup>.

- صحة الروايات المتقدمة والتي ترد على هذا الاتجاه المبيح لبيع جزاف الطعام دون قبضه في المذهب<sup>3</sup>.

**الرابع<sup>4</sup>:** وهو القول المشهور عن الإمام أحمد والمعتمد في مذهب الحنابلة، وهو عدم جواز بيع ما اشتراه مقدراً بكيل أو وزن أو ذرع أو عدّ قبل قبضه، سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم، فإن اشترى بغير تقدير جاز بيعه قبل قبضه، أي أن: ما اشترى من المقدرات بكيل أو وزن أو ذرع أو عدّ لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بإجارة ولا هبة ولا رهن ولا حوالة، قياساً على بيعه؛ لأنّه من ضمان بائعه، فلا يجوز فيه شيء من ذلك، ولكن يصحّ عتقه وجعله وصية قبل أن يقبض، وذلك لاغتفار الغرر في هذه التصرفات.

أما ما اشترى جزافاً من غير تقدير، فيجوز التصرف فيه قبل قبضه مطلقاً بأيّ ضرب من ضروب التصرفات؛ لأنه قد ملكه بالعقد فجاز له بيعه قبل قبضه، ولو تلف قبل قبضه كان ضمانه من المشتري، أما بيع بصفة أو رؤية متقدمة، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه؛ لأنّه تعلق به حقّ توفية، فأشبهه المبيع بكيل ونحوه.

**ودليلهم في التفرقة بين المكيل والموزون ونحوهما وبين غيرهما:** قوله ﷺ "من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه"؛ لأنه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه فنهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وكان الطعام يومئذ مستعملاً غالباً فيما يكال ويوزن، وقيس عليه المعداد والمذروع، لاحتياجهما إلى حقّ التوفية.

أما ما عدا المكيل والموزون ونحوهما، فيجوز التصرف فيه قبل قبضه، وذلك

لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما -: "كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وبالعكس، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء"<sup>5</sup>، قالوا: فهذا تصرف في الثمن قبل قبضه، وهو أحد العوضين.

<sup>1</sup> الموطأ، 926/4، كتاب: البيوع، باب: العينة وما يشبهها، حديث رقم (2358).

<sup>2</sup> صحيح مسلم، 1160/3، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم (1527).

<sup>3</sup> الحيازة في العقود، 179.

<sup>4</sup> المغني، 239/4، كشف القناع، 242/3.

<sup>5</sup> سنن أبي داود، 270/2، كتاب: البيوع، باب: اقتضاء الذهب من الورق، حديث رقم (3354).

- وكانت المناقشة لأدلتهم: أنه لا يمكن التسليم بذلك؛ لأن الأحاديث المانعة لبيع الطعام قبل قبضه ولو كان جزافاً ثابتة وصحيحة كما مر معنا.

**الخامس:** وهو رواية عن الإمام مالك، وبه أخذ بعض المالكية، وهو جواز بيع غير المطعوم قبل قبضه، أمّا المطعوم فلا يجوز بيعه قبل قبضه مطلقاً، سواء اشترى جزافاً أو مقدراً بكيل أو وزن أو ذرع أو عدّ "فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْجُرَافِ وَغَيْرِهِ فِي عَدَمِ الْجَوَازِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي كُلِّ" <sup>1</sup>.

وكانت أدلتهم في إباحتهم لبيع غير الطعام قبل قبضه هي الأدلة ذاتها التي استدلت بها أصحاب الرأي الثالث في جواز بيع غير الطعام قبل قبضه.

أما أدلتهم في تعميم المنع على بيع سائر المطعومات قبل قبضها فكانت:

- ما جاء عن عبد الله بن عمر- رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه".

- وعنه أيضاً أنه قال: " كنا نبتاع الطعام في زمان رسول الله ﷺ فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي نبتاعه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه".

فدل عموم هذه الأحاديث على منع بيع الطعام قبل قبضه مطلقاً، سواء أكان مقدراً أم جزافاً فقد "أجمع العلماء على أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يقبضه" <sup>2</sup>.

وناقشهم معارضوهم بالآتي <sup>3</sup>:

- أن الأحاديث التي تمنع بيع الطعام قبل قبضه تدل على أن غيره مخالف له في الحكم بدليل الخطاب، ودليل الخطاب ليس بحجة عند كثير من الفقهاء والأصوليين، لكن حتى وإن تم التسليم بحجتيه فهو ممنوع في هذا المقام حتى عند القائلين به؛ لمعارضته لعموم النصوص القائلة بمنع بيع مالم يقبض، إذ العموم مقدم عليه.

- أنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره من باب أولى.

**السادس**<sup>4</sup>: جواز البيع قبل القبض مطلقاً سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً، وسواء أكان مطعوماً أو غير مطعوم، وسواء أكان فيه حقّ توفية أم لم يكن، وبهذا قال عثمان البتي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حاشية العدوي، 191/2.

<sup>2</sup> المجموع، 257/9.

<sup>3</sup> المجموع، 259/9، التقابض في الفقه الإسلامي، 236.

<sup>4</sup> المغني، 113/4.

<sup>5</sup> هو عثمان بن مسلم أبو عمرو البصري. روى عن أنس والشعبي، وروى عنه شعبة والثوري، وكان ثقة له احاديث وكان صاحب رأي وفقه، وكان البتي من أهل الكوفة فانتقل إلى البصرة فنزلها، مات سنة (143)، انظر: تهذيب التهذيب، 139/7.

فرد عليه بالآتي:

جاء في المغني تعليقا على شذوذ هذا المذهب: " ولم أعلم بين أهل العلم خلافا إلا ما حكى عن البتي أنه قال: لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه وقال ابن عبد البر: وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمع على الطعام وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ومثل هذا لا يلتفت إليه"<sup>1</sup>.

والراجح - والله أعلم - رأي الشافعية، لعموم النهي عن بيع الشيء قبل قبضه في حديث حكيم بن حزام، دون قصره على الطعام، ويكون حديث النهي عن الطعام في حالة من حالات النهي لا تمنع غيرها، وهو احتجاج بالمفهوم المخالف من الحديث، والمنطوق في حديث حكيم بن حزام مقدم عليه، ويؤيده حديث زيد بن ثابت الذي أخرجه أبو داود بسند صحيح: "أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث يتباع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم"، ثم إن الملكية في الشيء قبل القبض ضعيفة، وفيها غرر، أي: احتمال الحصول وعدم الحصول، ويترجح عدم الحصول في حال احتكار المنتجين للسلع وإيقاع البائعين على المكشوف في حرج، كما وأن تخصيصهم عموم نهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض، بالمنع بالطعام أخذا بما ورد من نهيه ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه، عليه مأخذان، الأول: أنه من باب حمل الإطلاق في الحديث الأول الذي صح عنه ﷺ: "أنه نهى عن بيع ما لم يقبض"، على التقييد في الحديث الثاني والذي جاء فيه نهيه ﷺ: " عن بيع الطعام قبل قبضه"، وحمل الإطلاق على التقييد إنما يعتبر عند من يقول به في المطلق لا في العام، ولفظ ما في الحديث من قوله ﷺ: "ما لم يقبض" عام فلا يصح حمله على تقييد الثاني، وأما الثاني: فلأنه من باب تخصيص العموم بذكر بعضه وهو باطل كما تقرر في أصول الفقه، فإنه لا منافاة بين ذكر الشيء وذكر بعضه والطعام هو بعض ما تناوله عموم ما لم يقبض في الحديث الأول فلا يصح تخصيصه به<sup>2</sup>.

### ثانيا: التصرف بغير البيع في الأعيان المشتراة قبل قبضها<sup>3</sup>:

مر معنا حكم الشرع في التصرف في المبيع قبل قبضه بالبيع، ومناقشة آراء الفقهاء في ذلك واختلافهم بين مبيح ومانع، وسنعرض في هذه المسألة آراء الفقهاء في التصرف في المبيع قبل قبضه بغير البيع، ودليل كل فريق في ذلك.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم التصرف بغير البيع في الأعيان المشتراة قبل قبضها على أربعة أقوال:

<sup>1</sup> المغني، 239/4.

<sup>2</sup> أنواع البروق في أنواع البروق، القرافي، 277/2.

<sup>3</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 298/32.

**الأول:** للحنفية<sup>1</sup> وهو أنه يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بالهبة والصدقة والإقراض والرهن والإعارة والوصية والعق والتزويج؛ لأن جواز هذا التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد خلافا للبيع فهو يفتقر في صحته إلى ملك الرقبة واليد جميعا لافتقاره للقبض.

**والثاني:** للمالكية<sup>2</sup>، وهو جواز التصرف في المبيع قبل قبضه بسائر التصرفات إن لم يكن مطعوماً، أو كان مطعوماً ولكن بيع جزافاً، أي: ليس فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد؛ لأن الطعام الذي بيع جزافاً يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد وهو بذلك مقبوض حكماً ولو لم ينقله المشتري، وكذلك يجوز لمن اشترى ثماراً على رؤوس الأشجار أن يبيعه قبل جنيها؛ لدخولها في ضمانه بمجرد العقد، أما الطعام الذي يكون فيه حق توفية، فلا يجوز التصرف فيه بأي عقد من عقود المعاوضة قبل قبضه، أما بغير المعاوضة، كهبة وصدقة وقرض وشركة وتولية، فيجوز التصرف فيه قبل أن يقبض؛ لأن الغرض من هذه العقود هو الفرق والمعروف؛ ولأن الحديث ذكر البيع فقيست عليه عقود المعاوضة الأخرى كالإجارة والقسمة، دون العقود التي مبناها المعروف والإحسان.

وإنما تجوز هبة الشيء المبيع قبل قبضه لما جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: " كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي سَفَرٍ فَكُنْتُ عَلَى بَكْرِ صَعْبٍ لِعُمَرَ، فَكَانَ يَغْلِبُنِي فَيَتَقَدَّمُ أَمَامَ الْقَوْمِ، فَيَزُجِرُهُ عُمَرُ وَيَرُدُّهُ، ثُمَّ يَتَقَدَّمُ فَيَزُجِرُهُ عُمَرُ وَيَرُدُّهُ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ: (بِعْنِيهِ)، قَالَ: هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: (بِعْنِيهِ) فَبَاعَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ تَصْنَعُ بِهِ مَا شِئْتَ"<sup>3</sup>.

وكذلك تجوز الإقالة في الطعام قبل قبضه بالثمن الذي تم به البيع دون زيادة، وتجوز أيضاً التولية بأن يولي شخص ما اشتراه من شخص آخر بنفس الثمن الذي اشتراه به، أو يشاركه فيه، فكل ذلك جائز لأنه معروف ورفق.

وقد جاء في المدونة أن رسول الله ﷺ قال: " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شرك أو تولية أو إقالة"<sup>4</sup>.

لكن يشترط في الشركة والتولية شرطان:

- أن يسري عليهما ما يسري على أصل العقد الأول من حيث قدر الثمن وأجله إن كان مؤجلاً.

<sup>1</sup> البدائع، 180/5.

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي، 156/3، مدونة الفقه المالكي، 395/3.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، 745/2، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته، حديث رقم (2009).

<sup>4</sup> رواه في الموطأ في كتاب البيوع عن نافع عن عبد الله بن عمر بلفظ "من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه" بدون بقية الحديث. وكذلك رواه بهذا اللفظ في البخاري في البيوع، الحديث رجاله ثقات إلا أنه مرسل، ينظر المدونة، 127/3، مدونة الفقه المالكي، 396/3.

- أن يكون الثمن عيناً، فإن كان عرضاً كالثياب مثلاً، فلا تجوز التولية والشركة؛ لأن في التولية والشركة لا بد أن يكون الثمن مماثلاً للثمن في أصل العقد والمماثلة في العروض غير ممكنة.

**والثالث:** للشافعية<sup>1</sup>، وهو أنه لا يجوز التصرف في المبيع قبل قبضه بأي نوع من أنواع التصرفات، كالإجارة والهبة والرهن والإقراض، ولا يصح كذلك الإشارك فيه ولا التولية أو جعله صداقاً أو أجره أو رأس مال سلم ونحوها، منقولا كان أو عقاراً وإن أذن البائع في قبض الثمن؛ وذلك لضعف الملك بدليل انفساخ العقد بالتلف قبله، إلا العتق والتدبير والقسمة والوقف، فيجوز ذلك قبل القبض.

**والرابع:** للحنابلة<sup>2</sup>، وهو أن ما اشتري من المقدرات بكيل أو وزن أو ذرع أو عد لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بإجارة ولا هبة ولا رهن ولا حوالة، قياساً على بيعه؛ لأنه من ضمان بائعه، فلا يجوز فيه شيء من ذلك، ولكن يصح عتقه وجعله مهراً وبديل خلع وكذا الوصية به - لأنها ملحقة بالإرث - قبل أن يقبض، وذلك لاغتفار الغرر في هذه التصرفات.

أما ما اشتري جزافاً من غير تقدير، فيجوز التصرف فيه قبل قبضه مطلقاً بأي ضرب من ضروب التصرفات، وذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: "كنت أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وبالعكس، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء" وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين.

وروى ابن عمر - رضي الله عنهما - أيضاً "أنه كان على بكر صعب - يعني لعمر - فقال النبي ﷺ لعمر: بعنيه فقال: هو لك يا رسول الله فقال النبي ﷺ: هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت"، وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه؛ ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفيه فصح بيعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه.

كما أن حديث الطعام حجة بمفهومه، فإن تخصيص الطعام بالهبة عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه، وحيث أبيع البيع الذي نص على منعه في الطعام قبل قبضه، فإباحة غيره من التصرفات كالهبة والرهن من باب أولى.

وأما ما بيع بصفة أو رؤية متقدمة، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ولو بعث أو نحوه؛ لأنه تعلق به حق توفية، فأشبه المبيع بكيل ونحوه.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، 68/2.

<sup>2</sup> كشف القناع، 242-241/3، المغني، 239/4.



والراجح - والله أعلم - هو حصر المنع على البيع دون غيره من التصرفات؛ لورود جميع النصوص مانعة للبيع فقط قبل القبض " فليس المشتري ممنوعاً من جميع التصرفات ؛ بل السنة إنما جاءت في البيع خاصة ولو أعتق العبد المبيع قبل القبض فقد صح إجماعاً<sup>1</sup>، وهو ما اختاره الظاهرية أيضاً فمن "ابتاع شيئاً أي شئ كان مما يحل بيعه فلا يحل له أن يبيعه حتى يقبضه، وقبضه له هو أن يطلق يده عليه بأن لا يحال بينه وبينه، فإن لم يحل بينه وبينه مدة ما قلت أم كثرت ثم حيل بينه وبينه بغصب أو غيره، حل له بيعه؛ لأنه قد قبضه وله أن يهبه وأن يؤجر به وأن يصدقه وأن يقرضه وأن يسلمه وأن يتصدق به قبل أن يقبضه"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> مجموع الفتاوى، 401/29.

<sup>2</sup> المحلى، 518/8.

## المطلب الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بغير البيع قبل قبضها:

وتنقسم المسألة إلى فرعين<sup>1</sup>:

الفرع الأول: التصرف في الأعيان المملوكة بعقود المعاوضات قبل قبضها.

الفرع الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بغير عقود المعاوضات قبل قبضها.

أولاً: الفرع الأول وهو التصرف في الأعيان المملوكة بعقود المعاوضات قبل قبضها:

ربط الفقهاء حل التصرف بالأعيان المملوكة بغير البيع بانفساخ العقد بهلاكها، ووضعوا لذلك ضوابط وشروط تنظم هذا الحل؛ ولذا كان لزاماً توضيح بعض التعريفات والمفردات التي تتناول هذه الضوابط والشروط لدراسة هذه المسألة بشكل دقيق وواضح.

أولاً: تعريف التصرف:

التصرف لغة<sup>2</sup>: من (صرف) الصاد والراء والفاء معظم بابه يدلُّ على رَجْع الشيء. ومن ذلك صَرَفْتُ القومَ صَرَفًا وانصرفوا، إذا رَجَعْتَهُمْ فَرَجَعُوا. ومن معانيه أيضاً الاحتيال وجودة النظر، ومنها الصيرفي: وهو المحتال في الأمور، ومن معانيه أيضاً التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب.

وهو معنى يتوافق مع المعنى الاصطلاحي للتصرف كما سنرى؛ لأن التاجر يتصرف في المال ويقبله ويتقلب معه رغبة في تنميته وزيادة كسبه منه.

فالتصريف اصطلاحاً هو: ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة<sup>3</sup>.

ثانياً: تعريف الفسخ:

الفسخ<sup>4</sup>: هو حلُّ ارتباط العقد، أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن وهذا يكون بإرادة أحد العاقدين أو كليهما، أو بحكم القاضي، فهو عمل المتعاقدين غالباً، أو فعل الحاكم في بعض الأحوال.

وهو مختلف عن الانفساخ والذي هو: انحلال ارتباط العقد، سواء أكان أثراً للفسخ، أو نتيجة لعوامل غير اختيارية. فانهلال العقد (وهو زوال الرابطة التي تربط المتعاقدين)

<sup>1</sup> التصرف في الأعيان المملوكة بغير البيع قبل قبضها، فهد المطيري، 173-205، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، ع: 1، 2008.

<sup>2</sup> معجم مقاييس اللغة، 3/269، القاموس المحيط، 1/1069، مادة: صرف.

<sup>3</sup> الموسوعة الفقهية، 12/71.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، 5/182، الفقه الإسلامي، 4/640.

يشمل كلاً من الفسخ والانسفاخ، إلا أن الفسخ ينشأ تارة عن الإرادة، أو الرضا، وقد يحدث جبراً عن أحدهما بحكم القاضي، فهو يحدث بالتراضي أو بالتقاضي. أما الانسفاخ: فيحدث بسبب حادث طبيعي وهو استحالة التنفيذ، كهلاك أحد العوضين، فيفسخ كل عقد من تلقاء نفسه إذا استحال تنفيذه، مثلاً: يفسخ عقد البيع بهلاك المبيع هلاكاً كلياً قبل استلامه، لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله، وبذلك يتضح أن الفسخ يشمل الفسخ الاتفاقي والقضائي، والانسفاخ هو تحمل التبعة عن الهلاك، أي ضمان التلف<sup>1</sup>.

فإذا كان الانحلال أثراً للفسخ كانت العلاقة بين الفسخ والانسفاخ علاقة السبب بالمسبب، كما إذا فسخ أحد العاقدين عقد البيع بسبب العيب في المبيع مثلاً، فالانسفاخ في هذه الحالة نتيجة الفسخ الذي مارسه العاقد اختياراً.

يقول القرافي: الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والانسفاخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول فعل المتعاقدين إذا ظفروا بالعقود المحرمة، والثاني صفة العوضين، فالأول سبب شرعي، والثاني حكم شرعي، كما أن الأول: من جهة الموضوعات، والثاني: من جهة الأسباب<sup>2</sup>.

فالفسخ طلب للفعل وإرادته والانسفاخ أثر لهذه الإرادة وتجسيد لها.

أما إذا لم يكن الانسفاخ أثراً للفسخ، بل نتيجة لعوامل خارجة عن إرادة العاقدين، كموت أحد العاقدين في العقود غير اللازمة مثلاً، فلا يوجد بين الفسخ والانسفاخ علاقة سببية.

والأصل في الملك أنه مستقر وثابت وغير قابل للسقوط والانسفاخ لكنه يقبل النقل بالمعاوضة وبغيرها، ولذا فإن الملك المستقر مأمون من الانسفاخ بزوال سببه، ويؤمن فيه الفسخ بغير رضا المتعاقدين، أما غير المستقر فهو الذي يمكن انفساخ العقد فيه بغير إرادة المتعاقدين كتلف الملك في عقد البيع قبل قبض المبيع، وكذلك يعد الملك غير مستقر إذا أمكن فسخه بغير إرادة المالك مثل مال الكتابة فإن ملك السيد غير مستقر فيه، ويرى جمهور العلماء أن الملك غير المستقر هو الذي يمكن انفساخ العقد فيه من غير إرادة المتعاقدين، أو يمكن فسخه من غير إرادة المالك، ويرى جمهور أهل العلم في الجملة أن الذي يمنع التصرف فيه هو ما كان احتمال انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل القبض لعدم استقراره، أما إن كان احتمال انفساخ العقد بسبب غير التلف سواء أكان من جهة أحد العاقدين أم غيرهما فإنه لا يمنع التصرف في العين بالمعاوضة وبغيرها.

لذلك سنتناول التصرف في الأعيان المملوكة بعقود المعاوضات قبل قبضها في محورين:

<sup>1</sup> الفقه الإسلامي، 642/4.

<sup>2</sup> الفروق، 3/269.

المحور الأول: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه ويتفرع إلى فرعين:

أولاً: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة:

وجاءت آراء الفقهاء في ذلك على قولين:

الأول: جواز التصرف في كل ما ملك بعقد ينفسخ بهلاك المملوك قبل قبضه - كإن هلك المبيع بأفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل البائع ويرجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان البائع قد قبضه، أما إذا هلك المبيع بفعل المشتري فلا يفسخ البيع، وعليه الثمن. وإذا هلك المبيع بفعل أجنبي لا يفسخ البيع أيضاً، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان - وهو ما رآه المالكية في غير الطعام، والحنابلة فيما لا يحتاج إلى حق توفية، وكانت أدلتهم الآتية:

1- ما جاء عن جابر - رضي الله عنه -: "أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه قال: فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيرا لم يسر مثله، قال: (بعنيه بوقية)، قلت: لا، ثم قال: (بعنيه) فبعته بوقية واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي فلما بلغت أتيته بالجمل فنقدني ثمنه ثم رجعت فأرسل في أثري فقال: (أتراني ماكستك لأخذ جملك؟ خذ جملك ودراهمك فهو لك)"<sup>1</sup>

- حملانه: أي الحمل عليه.

- ماكستك: قال أهل اللغة المماكسة هي المكاملة في النقص من الثمن وأصلها النقص ومنه مكس الظالم وهو ما ينتقصه ويأخذه من أموال الناس<sup>2</sup>.

2- ما جاء عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: "كنا مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده فقال النبي ﷺ لعمر: (بعينه). قال: هو لك يا رسول الله قال: (بعينه). فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: (هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت)"<sup>3</sup>.

ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ قد تصرف في المبيع قبل قبضه بهبته لجابر في الحديث الأول ولابن عمر في الحديث الثاني، فيقاس عليه التصرف فيما ملك بغير البيع قبل قبضه.

<sup>1</sup> صحيح مسلم، 1219/3، كتاب: المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، حديث رقم(109).

<sup>2</sup> المصدر نفسه.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، 745/2، كتاب: البيوع، باب: إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته حديث رقم (2009).

لكن رد هذا القياس لأنه في غير محله، فالحديث جاء ي التصرف في المبيع قبل قبضه وليس فيما ملك بغير البيع وهو استدلال في غير محله.

3- قياس جواز المعاوضة عما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه على جواز إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع.

غير أنهم نُوقشوا بالآتي:

- أن جواز إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنفعة ليس محل اتفاق بين الفقهاء.

- أنه لو سلمنا بجواز إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنفعة فمرد ذلك إلى أن قبض العين يقوم مقام قبض المنفعة<sup>1</sup>.

4- أن من علل منع بيع المبيع قبل قبضه اتفاق الفقهاء على منع ربح المشتري فيما لم يدخل ضمانه، وبالتالي لا تشمل تلك العلة هذا التصرف لعدم حدوث ربح في المعاوضة عن المملوك بغير البيع قبل قبضه<sup>2</sup>.

5- كذلك أن من علل منع بيع المبيع قبل قبضه هي عدم تمام استيلاء المشتري على المبيع لعدم تمام انتفاء يد البائع عنه مما يعرض البيع للانفساخ؛ لأن البائع قد يسعى إلى فسخ البيع أو جرده إذا ما رأى أن المشتري قد ربح فيه وهو ما ينتفي في حالتنا هذه؛ لأن وسيلة الملك لم تكن البيع، فتصح المعاوضة قبل القبض.

الثاني<sup>3</sup>: أن كل ما ملك بعقد يفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه لا تجوز المعاوضة عنه قبل قبضه وهو ما ذهب إليه الأحناف، والمالكية في الطعام، والشافعية مطلقاً، والحنابلة فيما يحتاج إلى حق توفية.

وأدلتهم في ذلك هي:

1- ما جاء عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه"<sup>4</sup>.

فيقاس على الطعام ما ملك بعقد معاوضة يفسخ فيه العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض.

2- أن بيع ما ملك بعقد معاوضة قبل القبض من جنس بيع الغرر؛ لأن الملك لم يتم على المملوك؛ لأنه عرضة للآفات.

<sup>1</sup> المغني، 45/8.

<sup>2</sup> الإنصاف، 468/4.

<sup>3</sup> رد المحتار، 370/7، حاشية الدسوقي، 151/3، المجموع، 299/6، كشف القناع، 245/2.

<sup>4</sup> سبق تخريجه.

ونوقش هذا الدليل بأن الغرر هنا غير مؤثر؛ لأن حق المعاوض لا يمكن أن يضيع فإذا تلفت العين فله بدلها، كما أن العلة منقوضة ببيع الثمار على رؤوس الأشجار حيث تكون مضمونة على البائع ومع ذلك يجوز له التصرف فيها بالمعاوضة عنها<sup>1</sup>.

3- لا تجوز المعاوضة عن كل ما يفسخ العقد بتلاف المملوك قبل قبضه لضعف الملك فيه؛ لأنه عرضه للفسخ قبل القبض.

**ثانياً: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه قبل قبضه بغير المعاوضة:** وسيتم تناوله في ثلاث محاور:

**المحور الأول: التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالعتق:**

فمن ملك رقاً بعقد يفسخ بهلاك المملوك قبل القبض فهل له أن يتبرع به قبل قبضه أم لا؟ ذهب الفقهاء في ذلك مذهبين:

الأول: وبه قال الجمهور من الحنفية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> في الصحيح عندهم، وهو جواز العتق، بل وهناك من رأى إجماع الفقهاء على الجواز<sup>5</sup>، واستدلوا فيما ذهبوا إليه بالآتي:

1- أن الشارع جعل للعتق من السريان مالم يجعل لغيره فيصح العتق حتى وإن قيل بعدم صحة المعاوضة عنه<sup>6</sup>.

2- أن بعض أهل العلم أجاز عتق العبد قبل قبضه بالإجماع.

3- أن المانع من صحة بعض التصرفات عدم القبض، لكن بالعتق يصير المعتق قابضاً ويستقر ملكه<sup>7</sup>.

4- جواز العتق قبل القبض لتعلقه بملك الرقبة فقط وهو متوفر هنا، خلافاً للبيع حيث تتعلق صحته بأمرين ملك الرقبة واليد معا.

5- أن علة المنع من بيع المبيع قبل قبضه عند الجمهور هي انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل قبضه، وهي علة منتفية هنا لعدم انفساخ العقد بتلف المعقود عليه<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> قواعد ابن رجب، 79.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 180/5.

<sup>3</sup> كشاف القناع، 241/3.

<sup>4</sup> مغني المحتاج، 462/2.

<sup>5</sup> مجموع الفتاوى، 401/29.

<sup>6</sup> مغني المحتاج، 462/2.

<sup>7</sup> المجموع، 264/9.

<sup>8</sup> المصدر نفسه.

الثاني: وهو عدم جواز التصرف بعقد العبد في كل عقد يخشى انفساخ العقد فيه بهلاك المعقود عليه قبل قبضه، وهو ما ذهب إليه الشافعية في أحد أقوالهم، واستدلوا في ذلك بما يلي:

- قوله ﷺ: " من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه"، حيث نهى ﷺ عن بيع المبيع قبل قبضه مطلقا، ويقاس على ذلك العتق بجامع التصرف المزيل للملك في كل<sup>1</sup>.

لكن رد على هذا الاستدلال بالآتي:

- أن هناك فرق بين البيع والعتق، فالغاية الأهم من البيع هي تحقيق الربح وهو ما تتفق عليه علل المعللين من منع البيع قبل القبض، أما العتق فالغاية الأسمى منه هو طلب الثواب وتحقيق غرض الشارع في إعتاق النفوس.

- أما السبب الثاني أن سبب ملك ما منع بيعه قبل قبضه هو البيع، والمسألة هنا تتناول ما ملك بغير عقد البيع.

2- أن التصرف في العبد المملوك بعقد يفسخ بهلاك المعقود عليه قبل قبضه فيه غرر؛ لأنه عرضة للهلاك.

فرد عليهم بما يلي:

- أن الغرر هنا غير مؤثر؛ لأن العبد سيعتق ويزول الملك عنه كلية فلا أثر للغرر في ذلك خلافا للبيع.

- لا يسلم بعلة الغرر هنا؛ لأن المنع كان من أجل غرر الانفساخ والعتق لا يحتمل الانفساخ.

**والراجع** - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول؛ لقوة أدلتهم ووضوحها، ولما فيه من مراعاة لقصد الشارع وحثه على تخليص الإنسان وتمليكه حرية وتسهيله لتحقيق ذلك.

**المحور الثاني:** التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالرهن:

وذلك بأن يملك الإنسان عينا فيجعل منها رهنا لدين في ذمته لشخص آخر رغم عدم قبضه لها بعد، فهل يصح تصرفه هذا؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

<sup>1</sup> فتح العزيز، 264/6.

الأول: عدم جواز رهن العين قبل قبضها في كل عقد يخشى انفساخه بهلاك المعقود عليه قبل قبضه، وإلى ذلك ذهب الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup> إن كان طعام معاوضة، والشافعية<sup>3</sup> في أصح أقوالهم، والحنابلة<sup>4</sup>. واستدلوا على ذلك بالآتي:

1- قياس عقد الرهن على البيع بجامع التملك في كل منهما، فالعين المرهون تؤول إلى أن تكون مملوكة للمرتهن، أو مملوكا له ثمنها.

ورد عليه بأن الرهن لا يفيد التملك في الحال بل هو عقد استيثاق، فإن لم يحصل الوفاء بيعت العين المرهونة واستوفي ثمنها.

كما أنه ثمة فرق بين الرهن والبيع ولو سلمنا بأن الرهن يفيد التملك في الحال، والفرق أن الرهن تملك بلا عوض والبيع تملك بعوض.

2- أَنَّ جَوَازَ هَذِهِ الْعُقُودِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ وَهُوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ وَالْيَدِ جَمِيعًا لِأَنَّ بِهِ يَقَعُ الْأَمْنُ عَنِ غَرَرِ الْإِنْفِسَاخِ بِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَغَرَرُ الْإِنْفِسَاخِ هَهُنَا ثَابِتٌ فَلَمْ يَكُنْ الْمَلِكُ مُطْلَقًا فَلَمْ يَجْزُ<sup>5</sup>.

ونوقش هذا بالآتي:

- أن الفرق بين الرهن والبيع لا يخفى، فالقصد من الرهن هو التوثق والاستيثاق لا الربح، وهو متحقق حتى مع وجود الغرر فلا يمنع خشية غرر الانفساخ؛ لأن المرتهن قد أقدم على الرهن مع علمه، لا ضرر عليه إن خسر وسيلة استيثاقه.

- أن علة النهي عن التصرف في المبيع قبل القبض بغير الانفساخ غير مسلم بها، لأن العلة هي عدم استيلاء المشتري على المبيع استيلاء كاملا.

3- التصرف بالرهن في كل عقد يفسخ بتلف المعقود عليه قبل القبض لا يصح؛ لعدم تمام الملك وثبوته.

الثاني<sup>6</sup>: ويرى أصحابه جواز التصرف برهن العين المملوكة قبل قبضها في كل عقد يخشى انفساخه بهلاك المعقود قبل قبضه، وهو مذهب محمد بن الحسن من الحنفية، والمالكية إن لم يكن طعام معاوضة، والشافعية في غير الأصح عندهم، والحنابلة في أحد أقوالهم.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 180/5.

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي، 152/3.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، 462/2.

<sup>4</sup> شرح منتهى الإرادات، 60/2.

<sup>5</sup> البدائع، 180/5.

<sup>6</sup> البدائع، 180/5، حاشية الدسوقي، 152/3، المجموع، 265/9، الإنصاف، 463/4.



وأدلتهم:

1- أن علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه التي يقاس عليها سائر التصرفات، هي غرر الانفساخ وهي مأمونة هنا؛ لأن الرهن لا يفسخ بتلف المعقود عليه.

2- أن رهن العين المملوكة بغير البيع قبل قبضها جائز؛ لأن علة المنع من بيع المبيع قبل قبضه هي توالي ضمانين، وهي منتفية في هذه الصورة؛ لأن العين مضمونة على مالكةا، ويد المرتهن يد أمانة فلا توالي للضمان<sup>1</sup>.

3- جواز ذلك في أن الراهن برهنه العين قبل قبضها قد أناب المرتهن منابه في قبضها فيصير بذلك بمنزلة الوكيل له، فيعتبر قبضه أولاً بطريق النيابة، ثم لنفسه تانياً بطريق الأصاله، وهو بخلاف ما ملك البيع فإنه يملك بالعقد قبل القبض<sup>2</sup>.

والراجح - والله أعلم - هو الرأي الثاني لقوة أدلته ووضوحها وتماشيها مع الأصل الشرعي المقرر بالإباحة في المعاملات، مما يحول دون المنع إلا بدليل واضح.

**المحور الثالث:** التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالتبرع به:

فمن ملك عينا بعقد يفسخ بهلاك المعقود عليه قبل قبضه فهل له التبرع بها قبل قبضها أم لا؟ ذهب الفقهاء في ذلك مذهبين:

الأول: جواز ذلك وهو مذهب المالكية<sup>3</sup>، ومحمد بن حسن الشيباني من الحنفية<sup>4</sup>، والشافعية<sup>5</sup> في وجه خلاف الأصح عندهم، وهو اختيار الإمام بن تيمية<sup>6</sup>.

وأدلتهم في ذلك:

1- قياس التبرع بالعين المملوكة قبل قبضها على التبرع بما ملك بالبيع قبل القبض استدلالاً بما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي سَفَرٍ فَكُنْتُ عَلَى بَكَرٍ صَعْبٍ لِعُمَرَ فَكَانَ يَغْلِبُنِي فَيَتَقَدَّمُ أَمَامَ الْقَوْمِ فَيَرُجُّهُ عُمَرُ وَيَرُدُّهُ ثُمَّ يَتَقَدَّمُ فَيَرُجُّهُ عُمَرُ وَيَرُدُّهُ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لِعُمَرَ بِغْنِيهِ قَالَ هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: بِغْنِيهِ فَبَاعَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ تَصْنَعُ بِهِ مَا شِئْتَ"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> نهاية المحتاج، 86/4.

<sup>2</sup> تبيين الحقائق، 81/4.

<sup>3</sup> بلغة السالك، 128/3.

<sup>4</sup> البدائع، 180/5.

<sup>5</sup> المجموع، 265/9.

<sup>6</sup> الإنصاف، 463/4.

<sup>7</sup> سبق تخريجه.

2- قياس التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها على العتق بجامع عدم العوض في كل.

3- توقف صحة عقود المعاوضات على قبضها، ولما أمر المتبرع المتبرع له بالقبض فقد أنابه مناب نفسه، فصار بمنزلة الوكيل فيقبض له بأمره أولاً، ويقبض لنفسه ثانياً.

4- أن من علل النهي عن البيع قبل القبض ألا يربح البائع فيما لم يدخل في ضمانه، وهو ما ينتفي في عقود غير المعاوضات؛ لأن ليس المقصود منها الربح بل التبرع بما ينفع المتبرع له.

5- انتفاء الضرر في التبرع بالعين المملوكة التي لم تقبض؛ لأن التبرع بها كان لغرض الرفق والمساعدة فانتهى عنها جانب المغابنة والمكايسة.

**الثاني:** وهو عدم جواز التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها في العقد الذي يخشى انفساخه بهلاك المعقود عليه قبل قبضه وهو مذهب الحنفية<sup>1</sup>، والأصح عند الشافعية<sup>2</sup> وهو مذهب الحنابلة<sup>3</sup> أيضاً.

واستدلوا فيما ذهبوا إليه بما استدلوا به في منعهم التصرف بالعتق أو الرهن التي مرت معنا آنفاً.

**والراجح - والله أعلم -** جواز التبرع بالعين المملوكة بغير البيع قبل قبضها؛ لأن الأصل في المعاملات الإسلامية الإباحة ما لم يقر دليل على منعها، كما أن التعلل بمنع بيع المبيع قبل قبضه لا يستقيم؛ لأن التبرع إخراج لملك لا تتوالى فيه ضمانات فلا يكون التصرف فيه عرضة لربح ما لم يضمن.

<sup>1</sup> البدائع، 180/5.

<sup>2</sup> المجموع، 265/9.

<sup>3</sup> كشف القناع، 245/3.

المحور الثاني: التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه وفيه فرعان:

الأول: التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل قبضه بالمعاوضة:

وهو ما يمثل له الفقهاء بالمهر وبدل الخلع وأرش الجناية وقيمة المتلف، وللفقهاء في ذلك رأيان:

الأول: الجواز مطلقا سواء أكان مما يحتاج إلى حق توفية أو كان معيناً وهو رأي الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup> إن لم يكن طعام معاوضة، والشافعية<sup>3</sup> في أحد أقوالهم، وهو قول للحنابلة<sup>4</sup> أيضا.

وكانت أدلتهم هي:

1- أن السبب المبيح للتصرف هو الملك وقد وجد فيباح العوض عنها<sup>5</sup>.

2- أن علة منع التصرف في المبيع قبل قبضه هي غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه قبل قبضه وهذا لا يتواجد هنا، فجاز بناء عقد آخر عليه<sup>6</sup>.

3- أن من علل منع المبيع قبل قبضه هي منع البائع من الربح فيما لم يدخل في ضمانه، وهذا أيضا منتف هنا<sup>7</sup>.

الثاني<sup>8</sup>: وهو عدم الجواز، وهو رأي المالكية والشافعية سواء أكانت المعاوضة مع المالك الأصلي أم مع غيره، ومذهب الحنابلة أيضا.

وأدلتهم:

1- قياس التصرف بعين مملوكة بعقد لا يخشى انفساخه بتلفه قبل قبضه على ما ملك بعقد يخشى انفساخه بتلفه قبل قبضه بجامع أن كل منهما مملوك بعقد معاوضة فلا يصحان للنهي عن بيع المبيع قبل قبضه<sup>9</sup>.

غير أنه رد هذا القياس؛ لأنه مختلف عن بيع المبيع قبل قبضه.

<sup>1</sup> رد المحتار، 370/7.

<sup>2</sup> حاشية النسوقي، 152/3.

<sup>3</sup> المجموع، 267/9.

<sup>4</sup> الإنصاف، 468/4.

<sup>5</sup> المغني، 240/4.

<sup>6</sup> المصدر نفسه.

<sup>7</sup> الإنصاف، 468/4.

<sup>8</sup> حاشية النسوقي، 152/3، المجموع، 267/9، المغني، 240/4.

<sup>9</sup> المجموع، 267/9.

2- منعوا التصرف بالمهر قبل الدخول ؛ للخوف من انتقاض سببه بالردة قبل الدخول، كما يخشى عليه الانفساخ بسبب من جهة المرأة أو من غير جهتها.

فرد هذا الرأي بأن قبض المهر لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول، فلو فوّرت المرأة بسبب من قبلها بعد قبض المهر وقبل الدخول رجوع الزوج عليها بنصفه<sup>1</sup>.

**الثاني: التصرف فيما لا يخشى انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل قبضه بغير المعاوضة:**

اختلف الفقهاء في هذه المسألة كاختلافهم في التصرف فيما يخشى انفساخ العقد فيه بتلفه قبل قبضه بالمعاوضة، والراجح - والله أعلم - الجواز؛ لأن جواز التصرف مع إمكانية الانفساخ يدل على أن جوازه مع عدم الانفساخ من باب أولى.

---

<sup>1</sup> المغني، 240/4

## الفرع الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بغير عقود المعاوضات قبل قبضها.

وسيتم تناوله في ثلاثة محاور:

### المحور الأول: التصرف في عقد القرض قبل قبضه:

سبق وأن مر عرض لآراء الفقهاء المختلفة في وقت انتقال ملكية القرض، فمنهم من رأى أن انتقال الملكية في القرض لا يتم إلا بالقبض وهم الجمهور<sup>1</sup> من حنفية وشافعية وحنابلة، وبناء على ذلك فإنه لا يصح التصرف في القرض بمجرد العقد عندهم بل لابد من القبض؛ لأنه لا يصح للإنسان التصرف فيما لا يملك والعين المقرضة ملك للمقرض قبل القبض ولا تصير ملكا للمقرض إلا إذا قبضها، ورأى المالكية<sup>2</sup> أن انتقال الملكية يتم بمجرد العقد، فيصح عندهم التصرف في القرض بمجرد العقد حتى قبل القبض.

### المحور الثاني: التصرف في عقد الهبة قبل القبض:

رأى الجمهور<sup>3</sup> القائلين بأن الهبة لا تملك إلا بالقبض عدم جواز التصرف فيها بمعاوضة أو غيرها حتى يقبضها؛ لأنها ليست ملكا له مالم يقبضها، والإنسان لا يجوز له التصرف فيما لا يملك، أما المالكية فإنهم يجيزون التصرف في العين الموهوبة قبل قبضها؛ لأنهم يرون أن الهبة تملك بمجرد العقد، فإن قبلها أصبحت ملكا له يتصرف فيها كيف يشاء "فالهبة إذا أعتقها الموهوب له أو باعها قبل أن يقبضها أو وهبها فإنها تكون ماضية ويعد فعله ذلك حوزا لها إذا أشهد على ذلك وأعلن بما فعله"<sup>4</sup>.

### المحور الثالث: التصرف في الوصية قبل القبض:

لا بد لدراسة هذا المحور من التعرض لوقت ملكية الوصية لعدم التعرض لها فيما سبق، حيث رأى الفقهاء في ذلك ثلاثة آراء:

الأول<sup>5</sup>: أن الوصية لا تملك إلا بالقبول بعد موت الموصي، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في أحد أقوالهم، وهو المذهب عند الحنابلة.

الثاني<sup>6</sup>: أن الوصية تملك بموت الموصي، وإليه ذهب المالكية في قول، والشافعية في أحد أقوالهم.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 396/7، مغني المحتاج، 35/3، الإنصاف، 125/5.

<sup>2</sup> الشرح الكبير، 226/3.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 123/6، الإنصاف، 120/7.

<sup>4</sup> حاشية الخرخشي، 108/7.

<sup>5</sup> رد المحتار، 394/10، الشرح الكبير، 424/4، روضة الطالبين، 136/5، الإنصاف، 206/7.

<sup>6</sup> بلغة السالك، 319/4، روضة الطالبين، 136/5.

**الثالث<sup>1</sup>:** أن الملك في الوصية منظور فيه، فإن قبله الموصى له بعد موت الموصي فهو له من حين موت الموصي، وإن لم يقبله فهي ملك للوارث.

وبناء على تلك الآراء ينبغي حكم التصرف في الوصية قبل قبضها، فمن رأى أنها تملك بالقبول كما في الرأي الأول والثالث لم يجز التصرف فيها قبل قبضها، ومن رأى أنها تملك بموت الموصي فإن للموصي له أن يتصرف فيها قبل القبول؛ لأنها تدخل في ملكه بموت الموصي.

---

<sup>1</sup> روضة الطالبين، 136/5، الإنصاف، 207/7.

## المبحث الثالث: وجوب بدل العوض للمقبوض منه.

وهو المحقق لغرض العقد والمنتج لأثاره، إذ بذل العوض وتمكين العاقد من عوض ما بدله هو غاية العقد ومقصوده؛ لذا يطالب العاقد به ويتوجب عليه مالم يحدث اتفاق يبيح التأخير أو التأجيل؛ لأن الأساس في العقود هو التراضي، ولاستظهار ذلك وتوضيحه سيتم عرضه من خلال ثلاثة عقود من عقود المعاوضات وهي:

- وجوب بذل العوض في البيع.

- وجوب بذل العوض في الإجارة.

- وجوب بذل العوض في الصداق.

### المطلب الأول: وجوب بذل العوض في البيع:

أجمع الفقهاء<sup>1</sup> على وجوب بذل العوض المستحق بالعقد من كلا الباعين للآخر، فمن الأحكام التابعة لحكم البيع وجوب بذل العوض ووقت وجوب التسليم، فالبايع يبذل المبيع والمشتري يبذل ثمنه، وذلك تنفيذاً للعقد ووفاءً بالالتزام؛ لأن العقد أوجب الملك في البديلين ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بقبضه، فكان إيجاب الملك في البديلين شرعاً، إيجاباً بالتسليم والقبض ضرورة، تحقيقاً للمعادلة والمساواة التي يقتضيها العقد وينبني عليها، كما أن حقيقة البيع هي المبادلة وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض؛ لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل دون تأخير ما لم يكن هناك اتفاق بين العاقدين على تأجيل البذل الآخر، فعندئذ لا يجب على قابض البذل المعجل تسليم عوضه حتى يحلّ أجله، لرضا الطرف الآخر بالتأجيل وتنازله عن حقه بالتعجيل، ويستثنى من ذلك عقد الصرف وبيع الأموال الربويّة التي تجمعها علّة ربويّة واحدة ببعضها، فإنه لا يجوز للقابض تأخير تسليم عوض ما قبضه، ولو رضي مستحقه بتأخيره، لوجوب التقابض بين البديلين في مجلس العقد لحق الشرع، إذ يترتب على تأخير أحدهما ولو بالتراضي ربا للنساء، ولمزيد الإيضاح فإنه ثمة فرق في وجوب بذل العوض ووقت تسليمه بين بيع عين بعين وبيع عين بدين<sup>2</sup> أعرضه كالآتي:

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 5، 243، المجموع، 282/9، الموسوعة الفقهية الكويتية، 299/32.

<sup>2</sup> الدين: هو لزوم حقّ في الدّمة، فيشمل المال والحقوق غير الماليّة كصلاة فائنةً وزكاة وصيام وغير ذلك، كما يشمل ما ثبت بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو إتلاف أو جنابة أو غير ذلك، أما العين فتطلق في مقابل الدين ويراد بها: الشيء المعين المشخص، كبيت أو كتاب، باعتبار أنّ الدين هو ما يثبت في الدّمة من غير أن يكون معيّناً مشخصاً، سواء أكان نقداً أم غيره. "رد المحتار، 26/4، الموسوعة الكويتية، 7362/2".

## أولاً: بيع عين بعين:

اتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا كان بيع عين بعين، أي: ما يعرف بالمقايضة، فإنه يجب على كلا العاقدين التسليم معاً، تحقيقاً للمساواة في المعوضة المقتضية للمساواة عادة والمطلوبة بين العاقدين، إذ ليس أحدهما أولى بالتقديم من الآخر؛ لأن كل بدل منهما مبيع، فاستويا في تعلق حق كل واحد منهما بما في يد صاحبه فيقع الإجماع على كليهما<sup>1</sup>.

## ثانياً: بيع عين بدين:

والدين هنا: هو الثمن الذي لزم المشتري وتعلق بذمته، وهو إما حالاً أو مؤجلاً:

1- ففي الثمن المؤجل يلزم البائع ويجبر على تسليم المبيع للمشتري فوراً باتفاق الفقهاء<sup>2</sup>، وليس له مطالبته بالثمن قبل حلول أجله ولا حبس المبيع بالثمن؛ لأنه رضي وقبل التأجيل والرضا أساس العقد والعقد شريعة المتعاقدين.

2- أما إن كان الثمن حالاً ورفض كل من العاقدين البدء بالتسليم فإن آراء الفقهاء تتعدد في ذلك كالاتي:

## أولاً: الحنفية<sup>3</sup>:

حيث فرقوا بين كون المبيع حاضراً وكونه غائباً:

- فحضور المبيع يوجب على المشتري تسليم الثمن (أي الدين) أولاً إذا طالبه البائع به؛ وذلك ليتعين، ولقوله ﷺ: " والدين مقضي"<sup>4</sup>، فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً. ثم يجب على البائع تسليم المبيع، إذا طالبه المشتري، حتى يتحقق التساوي بينهما؛ فالبيع عقد معاوضة مبني على المساواة التي تتحقق بتسليم الثمن أولاً؛ لأن حق المشتري متعلق بالمبيع والمبيع متعين بالعقد، أما حق البائع في الثمن لم يتعين بالعقد؛ لأنه في الذمة، فلا يتعين بالعقد بل بالقبض، فإن اشترط نقد المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لمخالفته مقتضى البيع.

- أما بغياب المبيع فيبيح للمشتري الامتناع عن تسليم الثمن؛ لعدم تحقق المساواة بغياب المبيع؛ ولاحتمال هلاك المبيع مما يسقط الثمن من ذمة المشتري سواء أكان الغياب داخل البلد أم خارجه.

<sup>1</sup> البدائع، 244/5، مواهب الجليل، 132/6، فتح العزيز، 465/8، كشاف القناع، 195/3.

<sup>2</sup> البدائع، 238/5، مغني المحتاج، 75/2، كشاف القناع، 195/3.

<sup>3</sup> البدائع، 237/5، الفقه الإسلامي، 70/5، القبض وأثره في العقود، 178.

<sup>4</sup> سنن ابن ماجه، 804/2، كتاب: الصدقات، باب: الكفالة، حديث رقم (2405).



## ثانيا: المالكية<sup>1</sup>:

يجب على المشتري تسليم الثمن، وعلى البائع تسليم المبيع (المثمنون)، فإن قال أحدهما: لا أسلم ما بيدي حتى أقبض ما عاوضت عليه، أجبر المشتري على تسليم الثمن، ثم أخذ المبيع من البائع، فمن حق البائع أن يتمسك بالمبيع حتى يقبض الثمن؛ لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن.

## ثالثا: الشافعية والحنابلة:

ربط الأحناف الحضور والغياب بالمبيع لمراعاتهم جهة ثبوت الحق وتعيينه كما مر آنفا، حيث رأوا أن حق المشتري متعلق بالمبيع، والمبيع متعين بالعقد فهو ثابت وجلي، أما حق البائع فمتعلق بالذمة ولا يتعين إلا بالقبض فكان الاعتبار منوطا به والحكم دائر عليه لتردده وعدم ثبوته، أما الشافعية والحنابلة فرأوا خلاف ذلك حيث قدموا الحق المتعلق بالعين وهو حق المشتري على الحق المتعلق بالثمن وهو حق البائع لقياسهم حق المشتري على حق المرتهن عند تقديمه على سائر الغرماء.

فقد فرقوا بين حضور الثمن وغيابه<sup>2</sup>:

- إذا كان الثمن حاضرا واختلفا في التسليم، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه، وقال المشتري في الثمن مثله، أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن؛ لأن حق المشتري في عين المبيع، وحق البائع في الذمة، فيقدم ما يتعلق بالعين كتقديم حق المرتهن على سائر الغرماء وقد رضي بذمته وتقديم ما تعلق بعين كأرث الجناية مع غيرها من الديون عند تنازع الغرماء؛ ولأن ملك البائع للثمن مستقر ولا يخشى هلاكه، كما يجوز له التصرف فيه بالحوالة والاستبدال، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع، كما أن ملك المشتري غير مستقر لاحتمال الانفساخ بهلاك المبيع فكان على البائع التسليم أولا ليستقر ملك المشتري؛ لأن مقصود العقد المساواة ولا تتم المساواة إلا بذلك، فمن سلم أجبر صاحبه على التسليم؛ لأن كلاً منهما ثبت له إيفاء واستيفاء، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء، لكن الشافعية قيدوا هذا الحكم بما إذا لم يخف البائع فوت الثمن، وتنازع البائع والمشتري في مجرد الابتداء، فإن خاف البائع فوت الثمن فله حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن. وكذا للمشتري حق حبس الثمن إن خاف فوت المبيع.

- وإن كان الثمن غائبا فهو إما أن يكون داخل البلد أو خارجه، كما لا يخلو المشتري من أن يكون موسرا أم معسرا:

<sup>1</sup> مواهب الجليل، 132/6، الفقه الإسلامي وأدلته، 70/5.

<sup>2</sup> المجموع، 84/13، المغني، 292/4، الفقه الإسلامي وأدلته، 71/5.

1- فإن كان موسرا والتمن معه أجبر على تسليمه وإن كان غائبا قريبا في بيته أو بلده أم خارجه ولكن المسافة دون القصر حجر عليه في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن، دون فسخ للعقد؛ خوفا من أن يتصرف في ماله تصرفا يضر بالبائع.

2- فإن كان الثمن غائبا عن البلد مسافة القصر أو أكثر أو كان المشتري معسرا فالبائع مخير بين أن يصبر إلى أن يوجد الثمن وبين فسخ العقد؛ لأنه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس.

**والراجح** - والله أعلم وأحكم - ما ذهب إليه الأحناف من إجبار المشتري على تسليم الثمن في حال حضور المبيع؛ وذلك لدقة الأدلة ولأن الواقع يشهد بشيوع جحود المشتري وادعائه تسليم الثمن زورا أكثر من ادعاء البائع تسليم المبيع؛ لأن الثمن عادة يكون مما يسهل إخفاؤه فيتيح للمشتري اتهام البائع بذلك خلافا للمبيع فعادة ما يصعب إخفاؤه، كما أن البائع أكثر تضررا في ادعائه تسليم المبيع زورا؛ لأنه سيفقد نزاهته مما يشكك في أمانته وينفر عنه الزبائن أما البائع فيسهل عليه إخفاء هويته.

### **المطلب الثاني: وجوب بذل العوض في الإجارة:**

ذهب الفقهاء إلى وجوب بذل العوض في عقد الإجارة إذا قبض العاقد بدله، ما لم يكن هناك اتفاق بين العاقدين على تأجيل العوض، فيتبع الشرط ويراعى الاتفاق عنده، ولو انقضت المدة المتعاقد عليها من غير تسليم العوض (المستأجر) فلا يستحق عندها المؤجر شيئا من الأجر؛ لأن المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئا فلا يملك هو أيضا شيئا من الأجر؛ لأنه عقد معاوضة مطلقة، فهو بيع للمنافع والبيع يقتضي بذل العوض<sup>1</sup>.

### **المطلب الثالث: وجوب بذل العوض في عقد الزواج:**

اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا سلم زوجته مهرها المعجل، فإنه يجب عليها أن تمكنه من حقه إذا طلب ذلك منها أما إذا لم يدفع إليها مهرها المعجل، فهل يكون للزوجة الحق في الامتناع حتى تقبض مهرها؟

فرّق الفقهاء في هذه الصورة بين حَقّها في ذلك قبل الدخول بها، وبين حَقّها فيه بعده:

#### **1- حق الزوجة في الصداق قبل الدخول:**

للمرأة منع نفسها عن زوجها حتى تقبض مهرها الحال قبل دخول الزوج بها، أو عن الانتقال إلى بيته حتى يعطيها جميع المهر المعجل إن تزوجها على صداق عاجل، أو كان

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 4/179، مغني المحتاج، 2/334، كشاف القناع، 4/23، الموسوعة الفقهية الكويتية، 32/300.

مسكوتاً عن التعجيل والتأجيل؛ لأن حكم المسكوت حكم المعجل؛ فالمهر عوض عن بُضْعها، كالثمن عوض عن المبيع، وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، فكان للمرأة حق حبس نفسها لاستيفاء المهر. وإن استوفت معجل المهر بتمامه سقط حقها في منع نفسها منه، كما أن المنفعة المعقود عليها في عقد الزواج تتلف بالاستيفاء، فوجب تعجيل عوضها وهو (المهر)؛ لأنه لا سبيل لردها إذا تعذر استيفاء المهر. وإن كان الصداق مؤجلاً، لم تملك منع نفسها حتى قبضه؛ فهي لا تملك الطلب به؛ لأن رضاها بالتأجيل رضا بتسليم نفسها قبل القبض كرضا البائع بتسليم المبيع لقاء ثمن مؤجل. ورأى أبو يوسف أن لها منع نفسها بالمؤجل، لأنَّ حقَّ الزوج يقابله تسليم المهر، فمتى طلب الزوج تأجيل المهر فقد رضي بتأخير حقه<sup>1</sup>.

فإن كان بعض المهر مؤجلاً وحلَّ قبل الدخول، فللفقهاء رأيان في ذلك:

**الأول<sup>2</sup>:** للحنفية والشافعية والحنابلة، حيث رأوا أن ليس لها منع نفسها؛ لأن التسليم قد وجب عليها، فاستقر قبل قبضه، فلم يكن لها أن تمتنع منه؛ ولأن حق الحبس قد سقط بالتأجيل والساقط لا يحتمل العود كالثمن في المبيع، كما أن بحلول الأجل لا يصح الحبس، لوجوب تسليمها نفسها قبل الحلول، فلا يرتفع الوجوب لحلول الحق.

**الثاني<sup>3</sup>:** للمالكية وأبي يوسف، حيث رأوا أن للمرأة ولو كانت معيبة بعيب رضي به، منع نفسها من الدخول ومن الاختلاء بها ومن السفر مع زوجها قبل الدخول حتى يسلم لها زوجها المهر المعين أو الصداق المعجل، أو المؤجل الذي حل أجل تسليمه؛ لأن لها أن تمتنع قبل حلول الأجل فبعده أولى.

## 2- حق الزوجة في الصداق بعد الدخول:

إذا تطوّعت الزوجة بتسليم نفسها قبل قبضها المهر، ثمَّ رأت بعد ذلك أن تمتنع عليه لقبض المهر فقد اختلف الفقهاء في مدى أحقيتها في ذلك:

**أولاً<sup>4</sup>:** ما ذهب إليه الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة إلى أنّ الزوجة ليس لها منع نفسها لقبض المهر الحالّ بعد أن سلّمت نفسها قبل قبضه؛ لأنّ التسليم استقرَّ به العوض برضا المسلم، فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك، كما لو سلّم البائع المبيع.

**ثانياً<sup>5</sup>:** وهو ما قال به أبو حنيفة وبعض الحنابلة: من أنّه لو دخل الزوج بزوجه برضاها وهي مكلفة فلها أن تمنع نفسها حتّى تأخذ المهر؛ لأنّ المهر مقابل بجميع ما يستوفى من

<sup>1</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 266/9، الموسوعة الفقهية الكويتية، 42/44.

<sup>2</sup> البدائع، 289/2، مغني المحتاج، 222/3، كشف القناع، 136/5.

<sup>3</sup> الشرح الصغير، 434/2، البدائع، 289/2.

<sup>4</sup> القوانين الفقهية، 176، كشف القناع، 164/5، الموسوعة الفقهية، 43/44.

<sup>5</sup> الهداية، 212/1.

منافع البضع في جميع الوطآت التي توجد في هذا الملك، لا بالمستوفى بالوطأة الأولى خاصةً، لأنه لا يجوز إخلاء شيء من منافع البضع عن بدل يقابله احتراماً للبضع وإبانةً لخطره، فكانت هي بالمنع ممتنعةً عن تسليم ما يقابله بدل، فكان لها ذلك بالوطء في المرّة الأولى، فكان لها أن تمنعه عن الأوّل حتّى تأخذ مهرها فكذا عن الثّاني والثّالث، و " في كلّ موضع دخل بها أو صحّت الخلوة وتأكّد كل المهر لو أرادت أن تمنع نفسها لاستيفاء المعجّل كان لها ذلك عند أبي حنيفة"<sup>1</sup>.

### البداءة في تسليم المهر:

قد يمتنع كل من الزوجين من تسليم حق الآخر حتى يقبض حق نفسه، مما يتطلب إجبار أحدهما على التسليم أولاً، فهل يطالب الزوج بذلك أم الزوجة؟، جاءت آراء الفقهاء في ذلك على وجهين:

**الأول<sup>2</sup>:** للحنفية والحنابلة حيث رأوا أن الزوج إذا طالبت زوجته بالمهر يجب عليه تسليمه أولاً؛ لأن حق الزوج في الزوجة متعين، وحق الزوجة في المهر لم يتعين بالعقد وإنما يتعين بالقبض، فوجب على الزوج التسليم عند المطالبة ليتعين كما في البيع، فالمشتري يسلم الثمن أولاً ثم يسلم البائع المبيع إلا أن الثمن في باب البيع إذا كان ديناً يقدم تسليمه على تسليم المبيع ليتعين، وإن كان عينا يسلمان معا وههنا يقدم تسليم المهر على كل حال سواء كان ديناً أو عينا لأن القبض والتسليم ههنا معا متعذر ولا تعذر في البيع، وإنما أجبر الزوج على التسليم قبل الزوجة؛ لأن في إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق ولا يمكن الرجوع عندها في البضع، فإن بادر أحد الزوجين بتسليم ما وجب عليه للأخر أجبر الآخر؛ لأن لم يبق له حجة في التأخير.

**الثاني:** وهو للشافعية<sup>3</sup>، حيث رأوا أن الزوجين إذا تنازعا في البداءة بالتسليم كأن قال كل منهما للأخر: لا أسلم حتى تسلم، فإنه ثمة رأيان:

- رأي يجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً؛ لأن استرداده ممكن بخلاف البضع.

- ورأي يقول: أن لا إجبار على كل منهما لاستوائهما في ثبوت الحق لكل منهما على الآخر، وحينئذ من بادر وسلم منهما أجبر صاحبه على التسليم، والأظهر إجبارهما، فيؤمر الزوج بوضع المهر عند عدل، وتؤمر الزوجة بالتمكين فإذا سلمت نفسها أعطاهما العدل المهر لما فيه من فصل الخصومة.

<sup>1</sup> الفتاوى الهندية، 317/1.

<sup>2</sup> البدائع، 288/2، كشف القناع، 164/5.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، 223/2.

**والراجع - والله أعلم - إجبار الزوج على التسليم أولاً، صيانة لحق الزوجة ومنع فواته؛ لعدم القدرة على تعويضه خلافاً للمهر، كما أن مبادرة الزوج بالتسليم فيه إثبات على صدق رغبته في الزواج وتكوين الأسرة مما يبعث على خلق المودة والرحمة واللئان هما الأساس الفعلي للزواج في الإسلام.**

## **الفصل الثالث: صور من البيوع المعاصرة وأثر القبض فيها**

**المبحث الأول: البطاقات الائتمانية**

**المطلب الأول: ماهية البطاقات الائتمانية**

**المطلب الثاني: أنواع البطاقات الائتمانية**

**المطلب الثالث: أطراف البطاقة الائتمانية، وآلية عملها**

**المطلب الرابع: أحكام القبض في بطاقات الائتمان**

**المبحث الثاني: الشيك**

**المطلب الأول: ماهية الشيك**

**المطلب الثاني: أنواع الشيكات**

**المطلب الثالث: أحكام قبض وصراف الشيك**

**المبحث الثالث: التحويلات المصرفية**

**المطلب الأول: ماهية التحويلات المصرفية**

**المطلب الثاني: التوصيف الفقهي للحالات المصرفية**

**المطلب الثالث: أحكام القبض في الحالات المصرفية**

**المبحث الرابع: الاعتماد المستندي**

**المطلب الأول: ماهية الاعتماد المستندي**

**المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية**

**المطلب الثالث: التكييف الفقهي للاعتماد المستندي**

**المطلب الرابع: أحكام القبض في الاعتمادات المستندية**

## المبحث الأول: البطاقات الائتمانية

تعددت وسائل الدفع والتبادل التجاري في العصر الحالي، وتعددت تبعاً لها طرق التقابض والاستيفاء، مما حدا بالفقهاء إلى تتبعها ودراسة أحكامها الشرعية وإقرار ما يتوافق منها مع الشريعة الإسلامية وحظر ما سواه، ولعل من أشهر هذه الوسائل وأكثرها انتشاراً: بطاقات الائتمان البنكية، وهو مثار البحث وما نسعى إلى بسطه وتبيينه هنا:

### المطلب الأول: ماهية البطاقات الائتمانية:

#### أولاً: نشأة بطاقة الائتمان البنكية:

أول من فكر بإصدار بطاقة تسديد المدفوعات هي شركة وسترن يونيون الأمريكية، حيث قامت عام 1914م بإصدار بطاقة معدنية تعطي لبعض العملاء المميزين للشركة، والتي تمنحهم تسهيلات زمنية في دفع الالتزامات المترتبة عليهم، وقد اعتمدت في البداية من قبل المشاريع التجارية الكبرى كالشركات النفطية في الولايات المتحدة الأمريكية، بهدف جذب العملاء؛ وذلك بمنحهم تسهيلات في الدفع لدى شرائهم سلعها وكان استعمال البطاقات محصوراً بفروع مؤسسات الإصدار<sup>1</sup>.

ثم ظهرت أول شركة متخصصة في إصدار البطاقات في 1949م وهي شركة داينرز كلوب (Diners Club) وتعني: رواد المطاعم، وقد اقتصر في البداية على إصدار بطاقة خاصة بهم، وكانت هذه البطاقة خطوة جديدة؛ حيث لا تملك الشركة سلعا تبيعها للمشاركين معها في البطاقة، وإنما غرضها الأساس القيام بدور وسيط بين حامل البطاقة التاجر، بحيث تربح الشركة من الحسم المقرر على المبلغ الذي يسدده للمحلات التجارية كالمطاعم ونحوها عن السلع التي قام بشرائها حامل البطاقة، وكان على حامل البطاقة أن يقدمها للبائع عند عملية الشراء ويوقع على ورقة توضح المبلغ المطلوب.

ثم ظهرت بطاقة أمريكيان اكسبرس (American Express)، وكارت بلانش (Blanch Carte) وفي سنة 1951م، انتقلت عملية إصدار البطاقات إلى البنوك حيث بدأ بنك فرانكلين في نيويورك بإصدار البطاقة، وفي نحو سنتين زاد عدد البنوك المصدرة للبطاقات في الولايات المتحدة عن مائة بنك.

<sup>1</sup> البطاقات اللدائنية تاريخها وأنواعها وتعريفها وتوصيفها ومزاياها وعيوبها، محمد بن مسعود بن العصيمي، 21، دار ابن الجوزي، السعودية. ط 1، 1424 هـ.



و كانت القفزة الكبرى في عالم بطاقات الائتمان، عندما سمح بنك أمريكا ( American ) Bank للمصارف الأخرى، ورخص لها بإصدار البطاقة الائتمانية، مما جعل هذه البطاقة تتحرر من إقليميتها لتنتشر عبر العالم، وصار أكثرها انتشاراً بطاقة Visa وبطاقة Master Card .

وفي عام 1970م ظهرت فكرة بطاقة الائتمان بمفهومها الربوي، إذ تؤدي هذه البطاقة قرصاً بفائدة ثابتة على رصيد البطاقة، فانتشرت هذه البطاقة حتى تسابق الناس للحصول عليها وتضخمت أرباح الشركات المصدرة لها<sup>1</sup>.

### ثانياً: تعريفها:

توجد عدة تعريفات للبطاقة منها علمي ومنها اقتصادي ومنها شرعي، وقبل تعريف البطاقة لابد من تعريف الائتمان وتوضيح معناه.

### الائتمان لغة:

هو في الأصل ترجمة لكلمة (CREDIT) والتي نشأت عن عبارة (CREDO) في اللاتينية وهي تركيب لاصطلاحين: الأول: CRAD وتعني كلمة ثقة، والثاني: DO وتعني اصنع، وعليه فالمصطلح معناه اصنع الثقة.

والائتمان لغة<sup>2</sup>: من الفعل أمن وهو من الأمان والأمانة، والأمان الصدق والطمأنينة والعهد والحماية، والمأمون به: الثقة، وأمن على ما له عند فلان أي: جعله في ضمانه.

وعرفه الاقتصاديون بأنه: منح حق استخدام أو إمتلاك السلع أو الخدمات دون دفع القيمة فوراً<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لتعريف الائتمان في اصطلاح الفقهاء، فلم يورده الفقهاء المتقدمون، وإن كان قد أشير إليه في الشريعة الإسلامية:

حيث حث الله - تعالى - المديون على أن يكون عند حسن ظن الدائن به وأمنه منه وائتمانه، وأن يؤدي الحق الذي عليه<sup>4</sup>.

وورد لفظ الائتمان بمعناه العام في السنة النبوية، فقال ﷺ: " لا ضمان على مؤتمن"<sup>5</sup>.

حيث أطلق ﷺ لفظ المؤتمن على من حاز مال غيره بإذنه أمانة.

<sup>1</sup> الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، علاء الدين الزعتري، 560، دارالكلم الطيب، دمشق، ط 2002، 1.

<sup>2</sup> محيط المحيط، بطرس البستاني، 17، بيروت، 1987م.

<sup>3</sup> موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، هيكل عبد العزيز، 192، دار النهضة العربية، بيروت، 1986م..

<sup>4</sup> الكشاف، الزمخشري، 324/1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415.

<sup>5</sup> سنن الدارقطني، 47/3، كتاب: البيوع، حديث رقم (7518).

وعبر الفقهاء القدامى عن الائتمان بعدة معانٍ، فقد أطلق بعض الفقهاء الائتمان على الأثر المقابل للضمان؛ وهو عدم تحمل تبعه الهلاك في حالة إنتفاء التفريط والتعدي، فجاء في وصف الوديعة بأنها ائتمان محض.

حتى رُد أصل بطاقة الائتمان إلى ما يعرف عند فقهاء الحنفية والشافعية ببيع الاستجرار، ويسميه المالكية ببيع أهل المدينة. وهو: ما يستجره الإنسان من البياح إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكه<sup>1</sup>، أي: أخذ الحوائج من البياح شيئاً فشيئاً، ودفع ثمنها بعد ذلك<sup>2</sup>. حيث يجرون معهم حساباً في نهاية كل أسبوع أو شهر لسداد ما استحق للبائع من قبل وبدء مدة جديدة<sup>3</sup>.

ولعل الأنسب تعريف الائتمان بأنه: الثقة الباعثة على تسليم المال للغير سواء كان بغرض التصرف في عين المال كما في الدين أو الضمان، أو بغرض التصرف في المنفعة كما في العارية، أو بغرض الحفظ كما في الوديعة، أو بغرض التفويض كما في الوكالة<sup>4</sup>.

ولأن الغرض من توضيح معنى الائتمان هو التمهيد لتعريف بطاقات الائتمان، فإن العلماء المعاصرين اختلفوا في تحديد معنى الائتمان بشكل دقيق؛ وذلك لارتباطه بالمصطلح الإنجليزي ( Credit Card )، فقد اعترض بعض العلماء على ترجمة الكلمة بلفظ الائتمان، واعتبروا أن هذه البطاقات من قبيل عقد القرض وبالتالي فهي بطاقات اقتراضية<sup>5</sup>.

بينما ذهب آخرون إلى أن القرض نتيجة تابعة للائتمان، إذ أن معنى الائتمان مأخوذ من الثقة التي يمنحها المصرف لعميله حتى يكون مستعداً لإقراضه أو كفالته، ولذلك كان القرض تابعا لتلك الثقة، وكانت الكفالة جزءاً مما يسمى الائتمان لاعتمادها في المفهوم المصرفي على تلك الثقة.

ولعلّ الائتمان أقرب إلى الثقة منه إلى القرض، ومما يؤيد ذلك وجود بعض الفروق بين الائتمان والقرض وهي<sup>6</sup>:

1- أن المقرض يعطي المال مباشرة، أما في الائتمان فإن الشخص المستفيد يُعطى القدرة على قضاء حوائجه دون دفع ثمن، ثقة فيه على أن يسدد في وقت لاحق.

<sup>1</sup> قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، 212/1، كراتشي، 1407 هـ.

<sup>2</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 43/9.

<sup>3</sup> بطاقات الائتمان البنكية الإسلامية في الفقه، فتحي شوكت مصطفى عرفات، 45، جامعة النجاح، نابلس، 2007، بطاقة الائتمان الشرعي حقيقتها وتكييفها، إبراهيم محمد شاشو، 3، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الثالث، 2011.

<sup>4</sup> دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الإستثمار والتنمية، ملخص مؤتمر علمي بالتعاون مع مصرف الشارقة وبنك دبي الإسلامي، ص3، من 26-28 صفر 1423هـ.

<sup>5</sup> البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، عبد الوهاب أبو سلمان، 22، دار القلم، دمشق، ط2، 1424هـ.

<sup>6</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان محمد الديبان، 520/12، الرياض، ط2، 1434 هـ.

2- أن كلمة القرض يقابلها في الإنكليزية "loan"، أما الائتمان فيقابلها "credit"<sup>1</sup>.

3- أن القرض يثبت في ذمّة المقرض كاملاً من حين القرض، وتسري على جميعه الفوائد بمجرد إتمام العقد، بخلاف الائتمان، فإنه لا يثبت في ذمّة من منح الائتمان إلا ما تمّ صرفه، وإن كان هناك فوائد فلا تسري إلا على المبلغ المسحوب فقط، ولا تسري فوائد على الحدّ الائتماني الممنوح.

وعليه فإن كلمة الائتمان، كلمة عربية صحيحة، يستخدمها الاقتصاديون ترجمة للكلمة الأجنبية (Credit). وهي ترجمة سديدة تحمل المعنى الدقيق للكلمة والتي تعني: الثقة التي تشعر الناس أن فلانا مليء، وهذا معنى في غاية الدقة لكلمة ائتمان، إذ ليس صحيحاً أن الائتمان معناه القرض، فالقرض نتيجة تابعة للائتمان؛ لأن الائتمان معناه الثقة التي يمنحها المصرف لعميله حتى يكون مستعداً لإقراضه أو كفالته. ولذلك كان القرض تابعا لتلك الثقة ونتيجة لها وليس هو الائتمان، وكانت الكفالة جزءاً مما يسمى الائتمان في المفهوم المصرفي لاعتمادها على تلك الثقة<sup>2</sup>.

### تعريف البطاقة الائتمانية<sup>3</sup>:

**البطاقة لغة:** ككِتَابَةٍ، وهي الحَدَقَةُ والرُّفْعَةُ الصَّغِيرَةُ المَنُوطَةُ بالنُّوبِ التي فيها رَفْمٌ تَمْنِيهِ؛ وَسُمِّيَتْ بِذَلِكَ لأنها تُشَدُّ بِطَاقَةٍ من هُدْبِ النَّوْبِ، فالباء فيها زائدة<sup>4</sup>.

وقد ورد عنه ﷺ أنه قال: " إِنَّ اللَّهَ سَيَخْلِصُ رَجُلًا مِنْ أُمَّتِي عَلَى رُءُوسِ الْخَلَائِقِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فَيُنْشَرُ عَلَيْهِ تِسْعَةٌ وَتِسْعِينَ سِجَالًا كُلُّ سِجَالٍ مِثْلُ مَدِّ الْبَصْرِ، ثُمَّ يَقُولُ: أَتُنْكِرُ مِنْ هَذَا شَيْئًا؟ أَظَلَمَكَ كَتَبْتِي الْحَافِظُونَ؟ فَيَقُولُ: لَا يَا رَبِّ. فَيَقُولُ: أَفَلَاكَ عُدْرٌ، فَيَقُولُ: لَا يَا رَبِّ. فَيَقُولُ: بَلَى، إِنَّ لَكَ عِنْدَنَا حَسَنَةً فَإِنَّهُ لَا ظُلْمَ عَلَيْكَ الْيَوْمَ فَتَخْرُجُ بِطَاقَةٍ فِيهَا أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، فَيَقُولُ: احْضُرْ وَرَنِّكَ فَيَقُولُ: يَا رَبِّ مَا هَذِهِ الْبِطَاقَةُ مَعَ هَذِهِ السِّجَالَاتِ فَقَالَ: إِنَّكَ لَا تُظْلَمُ. قَالَ: فَتَوْضَعُ السِّجَالَاتُ فِي كِفَّةٍ وَالْبِطَاقَةُ فِي كِفَّةٍ فَطَاشَتْ السِّجَالَاتُ وَتَقَلَّتِ الْبِطَاقَةُ فَلَا يَثْقُلُ مَعَ اسْمِ اللَّهِ شَيْءٌ "5.

أما **التعريف الاصطلاحي**<sup>6</sup> للبطاقة الائتمانية كجُملة مُركَّبة: فهو مجموع من تعريفات عدة كالآتي: أداة دُفَع وسُحِب ائتماني غير إلزامية، وذات صلاحية محدّدة، وسقف محدود، وغير قابلة للتحويل، يُصدرها بنكٌ تجاري أو مؤسسة مالية، تُمكن حاملها من الشراء

<sup>1</sup> المورد، منير البعلبكي، 536، دار العلم للملايين، بيروت، ط30، 1996

<sup>2</sup> بطاقة الائتمان غير المغطاء، محمد القري، 1370/12، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة.

<sup>3</sup> المصدر نفسه.

<sup>4</sup> القاموس المحيط، الفيروزآبادي، 1121/1.

<sup>5</sup> سنن الترمذي، 24/5، كتاب: الإيمان، باب: ما جاء فيمن يموت وهو يشهد أن لا إله إلا الله، حديث رقم (2639).

<sup>6</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 521/12.

بالأجل على ذمّة مُصدرها، ومن الحصول على النقد اقتراضًا من مصدرها، أو من غيره بضمانه، وتُمكنه من الحصول على خدمات خاصّة.

فوصفها بأنها (أداة دفع وسحب): يُخرج البطاقات التي تستخدم لغير الدفّع، كالبطاقات الشخصية، وبطاقات العضوية الخاصّة بالمحلّات التجارية، والنوادي وغيرها.

و(دفع وسحب ائتماني) يفيد: أنّ الدفع والسحب قائمٌ على الاقتراض على الذمّة، أو كما يُسمّى على الحساب، وبهذا القيد خُرجت بطاقات السحب الفوري من الرصيد، فإنها ليست بطاقات ائتمانية؛ لأنّها ليست قائمةً على الاقتراض؛ لاشرط المصرف وجودَ رصيد عنده.

و (غير إلزامية): أنّ حامل البطاقة لا يستطيع إلزامَ البائع بها مثل استطاعته إلزامه بالأوراق النقدية.

وقيد (ذات صلاحية محدودة) يفيد: أنّ مدّتها محدودة، وقابلة للإلغاء، أو للتعلق من مصدرها.

و(ذات سقف محدود)؛ أي: إنّ الائتمان فيها له حدٌّ لا يمكن لحامل البطاقة تجاوزه.

و (غير قابلة للتحويل)؛ أي: إنّ البطاقة حقٌّ شخصي لحاملها، فلا يلتزم فيه المصرف إلاّ تجاه شخص العميل ذاته، فلا يستطيع العميل أن يُعير هذا الحق إلى شخص آخر، ولا ينتقل هذا الحق إلى الورثة.

و(تمكن حاملها من الشراء بالأجل، ومن الحصول على النقد اقتراضًا، وتمكنه من الحصول على خدمات خاصة...): إشارة إلى العقود التي تجري بها البطاقات الائتمانية.

أما تعريفها الشكلي والوصفي: فهي عبارةٌ عن قطعة من البلاستيك مستطيلة الشكل، مصنوعة من مادّة كلوريد الفينيل المتعدّد وغير المرن، مقاساتها طبقًا للقواعد الدولية كالتالي: (8.572) سم للطول، و(5.403) سم للعرض، سُمكها 0، 8 مم).

ولها خصائص طبيعية منها: عدم قابليتها للاشتعال، ومقاومة للمواد السامة والمنتجات الكيماوية، وتنتبت في وجه العوامل الجوية، مثل الرطوبة، والضوء.

والبطاقة ذات وجهين: ويبرز على الوجه الأول: اسم الجهة المُصدرة، وعلامتها، واسم حامل البطاقة، ولقبه، وغالبًا صورته أيضًا، وتاريخ إصدار البطاقة، ونهاية صلاحيتها، ورقم البطاقة الذي يشتمل على ثلاثة عشر رقمًا، أو ستة عشر رقمًا من اليسار إلى اليمين:

من (1 - 5) رقم البنك في عضوية البطاقة، وهو رقم ثابت في كلّ البطاقات.

والرقم السادس: لنوع البطاقة.

ومن (7 - 9) كود رقم الفرع.

ومن (10 - 15) الرقم المسلسل للبطاقة، وبحسب كل فرع.

والرقم (16) لعملية الإدخال على الحاسب الآلي لمركز البطاقات.

وفي خلفها تُسجّل البيانات المشفرة الخاصّة بالحساب بشريط ممغنط أسود اللون، يليه شريط ورقي أبيض اللون مخصّص لتوقيع حامل البطاقة للتحقق من صحتها عن طريق الآلات المعدّة لذلك الغرض، ويُعطى العميل مع البطاقة رقمًا سريًا خاصًا به في مطروف مغلق، ويسمى الـ (PIN)؛ أي: رقم التعرّف الشخصي.

وقد عرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: "مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر) لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع، أو الخدمات، ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ويكون الدفع من حساب المصدر، ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية، وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة، وبعضها لا يفرض فوائد"<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: أنواع البطاقات الائتمانية:

تنقسم البطاقات الائتمانية إلى عدة أنواع يوضحها العرض الآتي<sup>2</sup>:

**النوع الأول:** بطاقة الحسم الفوري أو البطاقة المدينة (Debit Card):

وتعطى هذه البطاقة للشخص الذي يكون لديه رصيد في حسابه لدى المصرف المصدر للبطاقة، إذ يستطيع حاملها الحصول على السلع والخدمات فضلًا عن السحب النقدي دون أن يدفع شيئًا حيث تخضم قيمة مشترياته أو خدماته أو مسحوباته النقدية فوراً من حسابه في المصرف الذي أصدر البطاقة؛ وذلك من خلال أجهزة إلكترونية تابعة للمصرف المصدر.

ويكون الحد الأعلى للائتمان هو رصيد الحساب الموجود في المصرف، فيدفع حاملها أثمان السلع، ومقابل الخدمات في حدود رصيده الموجود، ويتم الحسم منه فوراً، ولا يحصل على ائتمان إقراض، وهذا النوع من البطاقات هو الأكثر انتشاراً في الدول النامية

<sup>1</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، 1978/12.

<sup>2</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 533/12، بطاقة الائتمان الشرعي حقيقتها وتكييفها، إبراهيم محمد شاشو، 8.

و، تستخدم في الغالب محلياً داخل الدولة أو مناطق فروع البنك المتصلة بجهاز حاسب آلي يتبين فيه حساب العميل ورصيده.

ومن الواضح أن هذه البطاقة لا تعبر عن بطاقة الائتمان المستخدمة في المصارف التقليدية إذ إنها لا تتضمن معنى الإقراض، حيث تخصص مسحوبات وقيمة مشتريات العميل من حسابه في المصرف المصدر، وهي بذلك كثيرة الشبه بالشيك الذي يستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليه.

وهذه أبرز الفروق بين بطاقة الحسم الفوري ( السَّحْب من الرصيد) وبين البطاقة الائتمانية:

1- لا يستطيع صاحب بطاقة السَّحْب من الرصيد أن يسحب أو يشتري بأكثر من رصيده؛ لأنَّ بطاقته مرتبطة برصيده ارتباطاً مباشراً، وقيمة شراء السلع أو الخدمات تحوّل رأساً من حساب العميل إلى حساب التاجر، بخلاف البطاقة الائتمانية، فهي لا ترتبط برصيد حاملها، بل قد لا يكون له رصيد في البنك المصدر للبطاقة؛ وإنما يعتمد على ثقة المصدر بالملاءة المالية لحامل البطاقة، وقدرته على السداد وقت الدَّفْع.

2- صاحب بطاقة السَّحْب من الرصيد إذا سحب أو اشترى ببطاقته، لا يُعتبر مديناً للبنك بقيمة ما سحب أو اشترى، وإنما يعتبر مستوفياً لدينه أو بعضه، بخلاف صاحب البطاقة الائتمانية، فإنَّه يعتبر مديناً للبنك بمقدار ما سحب أو اشترى، ويُعدُّ البنك المصدر مقرضاً لحامل البطاقة بذلك المبلغ.

3- بطاقة السَّحْب من الرصيد تُعتبر من بطاقات السداد الفوري، أمَّا البطاقات الائتمانية فهي من بطاقات السداد المؤجَّل، سواء كان السداد دفعةً واحدة، أو كان السداد على شكل أقساط، وذلك بتدوير الدَّين.

4- لا يدفع التاجر أيَّ رسوم إذا استخدم المشتري بطاقة السحب من الرصيد، بخلاف البطاقات الائتمانية، فإنَّ التاجر (البائع) يدفع عمولةً للبنك، تُقدَّر بنسبة مئوية من قيمة الفاتورة.

**النوع الثاني:** بطاقة الائتمان المتجدِّد أو الدَّوار (Evoving Credit Card): وهذه أشهر أنواع البطاقات الائتمانية، وأكثرها شيوعاً، وبخاصة في الدول المتقدِّمة، وإليها ينصرف الاسم عند الإطلاق، ومن أمثال هذه البطاقة: الفيزا بأنواعها المختلفة، والماستر كارد، والأمريكان إكسبريس، والداينرز كلوب.

وتسمية هذا النوع من البطاقات ببطاقة الائتمان المتجدِّد، يعنى أن هذه البطاقة تمكِّن حاملها من الحصول على القرض النقدي المتجدِّد، وتمكنه من شراء السلع والخدمات، ويُخَيَّر حامل البطاقة بين سداد الدَّين كاملاً في فترة السماح المجاني لأداء الدَّين الناشئ عن شراء

السلع والخدمات، وبين دفع جزء قليل من المستحقات 10 % مثلاً، وتدوير الباقي إلى شهور تالية، مع زيادة الفائدة الربويّة المقرّرة من قبل مُصدِر البطاقة، ويقال لهذا النوع في النشرات التجارية: (الاعتماد الدائم) (Permanent Credit)، وتختلف مدّة السماح لأداء الديون من مصدر لآخر، وتتراوح (30 - 45 - 60) يوماً.

وتتميّز هذه البطاقة بخصائص، من أهمها:

- تُعتبر أداةً حقيقيّة للحصول على القرض.

- لا يُشترط لحصولها وجودُ رصيد دائن بالبنك.

- يمكن معها طلبُ البطاقات الإضافية لأفراد الأسرة.

- يمكن لحاملها شراء الحاجيات والخدمات بالبطاقة، أو برقم الحساب.

- يمكن لصاحبها من السحب النقدي من جهاز الصرف الآلي (A.T.M)، وإذا انتهى الحد الائتماني فإنّ الماكينة ترفض طلب البطاقة للسحب النقدي.

- تفرض الفوائد على السحب النقدي من أوّل يوم إلى حين السداد بالكامل، وأمّا الدّين الناشئ عن شراء السلع والخدمات، فإنّ حاملها يُخيّر بين سداد الدّين كاملاً في فترة السماح المجّانية، وبين دفع جزء قليل من المستحقات، وتدوير الباقي إلى فترات لاحقة للتسديد بالأقساط مع الفائدة.

- تتسم هذه البطاقة بفرض الفوائد المركّبة مع غرامة التأخير على سداد المبلغ المدين، وقد تصل هذه الفوائد إلى ضعف فوائد الديون المصرفية العادية، وهي تزيد بزيادة المدّة، فتفرض لكلّ شهر متأخّر فوائد على المبلغ الأصلي، وعلى الفوائد نفسها، فكأما زاد الأجل زادت الفوائد.

- في حالة عدم سداد المبلغ المستحقّ لمدة معينة يتمّ إيقاف البطاقة، وملاحقة حامل البطاقة بالوكالات المختصة، أو بالقضاء.

**النوع الثالث:** بطاقة الدّين المؤقت (Charge Card)، أو بطاقات الائتمان المحدّد، ويقال لها: بطاقات الخصم الشهري، أو الاعتماد الشهري، وتُعتبر هذه البطاقة ثاني أشهر بطاقة منتشرة في العالم، وغالباً ما تُصدرها المصارف التقليدية والإسلامية، وتتميّز هذه البطاقة بأنّه لا يلزم لإصدارها أن يُودع حاملها رصيماً في المصرف أو المؤسسة المصدرة لها، كما تتميّز هذه البطاقات بأنها لا تشمل على تقسيط الدّين، بل يجب تسديد الدّين كاملاً دفعةً واحدةً خلال فترة لا تزيد غالباً على ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه لها، ولكلّ عميل حدّ

أعلى للقرض يُحدده العقد، ويُسمى خطَّ الائتمان، وتتميّز هذه البطاقة بخصائص، من أهمها:

1- يرى أكثرُ العلماء أنه بإمكان المصارف الإسلامية إصدار مثل هذا النوع من البطاقات؛ لإمكانية توافقها مع الشريعة الإسلامية إذا جرى تعديلُ بعض الشروط، وكان صدورُها مرتبطاً بقرارات الهيئات الشرعية.

2- لا يقتضي إصدارها أن يكونَ لحاملها رصيدٌ دائن لدى المصدر.

3- لهذه البطاقة رسومٌ اشتراك، وإصدار، وتجديد، وقد تُعفي بعضُ البنوكُ عملاءها منه.

4- لكلِّ عميلٍ حدُّ أعلى للائتمان يُحدده العقد، ويُسمى خطَّ الائتمان.

5- تكون مدة الدَّفْع في نظام هذه البطاقة محدّدة، فلا تمديد فيها من قبل المُصدر، ولا يدور المبلغ المستحقُّ إلى شهور تالية، بل يتمُّ إخطار العميل، وإيقاف التعامل بالبطاقة، وملاحقة الحامل بطرق مختلفة لاسترداد المبلغ.

6- يمكن التسوُّقُ بها عبر الإنترنت بإدخال الرقم السري؛ لكن هذه العملية من الخطورة بمكانٍ من الناحية الأمنية؛ حيث يجب الحفاظ على سرّية الرّقم الخاص.

7- يمكن استخدام البطاقة محلياً ودولياً.

### الفرق بين بطاقة الدين المتجدد والمؤقت:

لا تكاد تجد فرقاً من حيثُ الشكل بين بطاقة الدين المتجدد وبطاقة الدين المؤقت، فالبيانات المسجّلة على كلّ واحدة منهما واحدة، وشعار الشركة المنظمة واحد، لكنهما تفرقان في أمور، منها:

1- أنّ بطاقة الدين المؤقت كانت تُمثّل مرحلة من مراحل تطوُّر البطاقات الائتمانية، فالبطاقات الائتمانية ظهرت للناس على شكل بطاقات دين مؤقتة، ثم أخذت في التطوُّر والتوسُّع إلى أن بلغت طورها الأخير، وهي مرحلة الائتمان المتجدد.

2- بطاقة الدين المؤقت تصدر عن الشركات والمؤسسات كما تصدر عن البنوك، أمّا بطاقة الدين المتجدد، فهي بطاقةٌ مصرفية في الدرجة الأولى؛ لأنّ منح الائتمان وتدويره من صميم الأعمال المصرفية.

3- في بطاقة الدين المتجدد يخير حامل البطاقة بين السداد الكامل في فترة معيّنة، وبين دفع بعض المستحقّ وتدوير الباقي إلى فترات لاحقة، بينما بطاقة الدين المؤقت يطالب بضرورة تسديد كامل المبلغ المستحقّ خلال فترة السماح دون تجديد المدة، ويتمُّ إيقاف



البطاقة إذا تأخر عن السداد، وإذا تكرر التأخير تمَّ إلغاء البطاقة، ومتابعة صاحبها بالطرق القانونية؛ ليتمَّ التسديد.

4- أحياناً تُفرض غرامة التأخير على حامل بطاقة الدين المؤقت، بينما تُفرض على حامل بطاقة الدين المتجدد فائدتان إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد، الأولى: لقاء التأخير، والثانية: على المبلغ غير المسدد، أما إذا قام بسداد جزء من الدين في الموعد المحدد، فإنه يفرض عليه فائدة واحدة على المبلغ المؤجل.

5- يكون حدُّ الائتمان منخفضاً في بطاقة الدين المؤقت، بينما يكون حدُّ الائتمان أعلى نسبياً، وقد يكون بدون سقف ائتماني معيّن، بل يسحب حامل البطاقة حسبما شاء وفقاً لمقدرته على السداد، وذلك في البطاقة الذهبية والبلاتينية - غالباً.

6- رسوم الاشتراك والتجديد في بطاقة الدين المؤقت مرتفعة؛ لأنَّ هذه الرسوم تُعتبر دخلاً فعلياً للمُصدر، بينما بطاقات الدين المتجدد مجانية غالباً؛ لأنَّ المُصدر يحصل على فوائد من الديون المؤجلة.

### **المطلب الثالث: أطراف البطاقة الائتمانية، وبيان آلية عملها<sup>1</sup>:**

لا يمكن الوقوف على حُكم البطاقة الائتمانية قبل فهم العلاقة التعاقدية بين أطراف البطاقة الائتمانية، فإذا فهمت العلاقة التعاقدية بين أطراف البطاقة الائتمانية، أمكن بعد ذلك الحكم على البطاقة بالجواز أو عدمه؛ اعتماداً على صحة التعاقد وسلامة الشروط، وحُلّوها من الرِّبا والغرر، وغيرها من مفسدات العقد.

ويدور جوهر التعامل ببطاقة الائتمان بين ثلاثة أطراف رئيسة، هي:

**الطرف الأول:** مُصدر البطاقة، وهو البنك أو المؤسسة التي تُصدر البطاقة بناءً على ترخيص معتمد من المنظمة العالمية بوصفه عضواً فيها، ويرتبط مصدر البطاقة مع حاملها بعقد يلتزم بمقتضاه إصدار بطاقة مقبولة كوسيلة للوفاء لدى عدد كبير من المحلات التجارية، ويقوم بالسداد والضمان نيابةً عن حامل البطاقة للتاجر.

**الطرف الثاني:** حامل البطاقة، وهو عميلُ البنك الذي صدرت البطاقة باسمه، ويلتزم لمُصدرها بالوفاء بكلِّ ما ينشأ عن استعماله لها.

**الطرف الثالث:** التاجر، وهو قابلُ البطاقة، بحيث يلتزم مع مُصدر البطاقة على تقديم السلع والخدمات التي يطلبها حاملُ البطاقة مقابل التزام مُصدر البطاقة بتقديم الضمان له بقيمة المشتريات التي ينفذها حاملُ البطاقة.

<sup>1</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 543/12.

وقد تتسع دائرة التعامل فينضمُّ إلى العلاقة الثلاثية المذكورة طرفان آخران، هما:

**الطرف الرابع:** المنظمة الراعية للبطاقة، وهي التي تملك العلامة التجارية للبطاقة، وتقوم بالإشراف على إصدار البطاقات ووفق اتفاقيات خاصة مع البنوك المُصدِّرة، ومن أشهرها منظمة "فيزا"، ومنظمة "ماستر كارد".

**الطرف الخامس:** بنك التاجر، ولا تكون العلاقة خماسية الأطراف إلا في حالة واحدة، فيما إذا كان شراء السلع والخدمات من تاجر يتعامل مع بنك غير مُصدِّر البطاقة، فيقوم هذا البنك بدفع فواتير البيع للتجَّار، ومتابعة تحصيلها من البنوك المُصدِّرة للبطاقة مقابل عمولة مقرَّرة متفق عليها بين الطرفين (بنك التاجر، والتجار المتعاملين بالبطاقة).

### آلية عملها<sup>1</sup>:

عندما يريد حامل البطاقة الحصول على نقود أو سلعة أو خدمة فإنه يبرز بطاقته أمام التاجر أو المصرف، ثم يأخذها التاجر أو المصرف ليتأكد من صحة المعلومات المتعلقة بالبطاقة وتاريخ انتهاء صلاحيتها وأن قيمة المشتريات أو الخدمات لا تتجاوز الحد الائتماني الممنوح لحاملها، ثم يتم تسجيل رقم البطاقة على قسيمة تبين الخدمة أو السلعة التي قدمت لصاحب البطاقة وتاريخ تقديمها ليوثق عليها. ثم يقوم البائع بتقديم هذه القسيمة إلى الجهة المُصدِّرة للبطاقة أو أحد فروعها، ليحصل على المبلغ المذكور في القسيمة، وبعد التأكد من صحة البيانات المقدمة من طرف البائع يصبح المصرف ملزماً بدفع المبلغ المذكور للتاجر، وذلك بغض النظر عما إذا كان حامل البطاقة رصيد في المصرف يماثل المبلغ المدفوع أم لا. وبعد ذلك يرسل مصدر البطاقة أو المصرف إلى حامل البطاقة فاتورة بقيمة الخدمات أو المشتريات التي تحصل عليها والتي قام المصرف بتسديد قيمتها نيابة عنه أو من حسابه في المصرف.

### التكليف الشرعي للبطاقات البنكية:

#### أولاً: التكليف الشرعي لأنواع بطاقات الائتمان<sup>2</sup>:

للبطاقة أنواع مختلفة يختلف تبعاً لها الحكم والتكليف الشرعي لكل نوع.

#### 1- التكليف الشرعي لبطاقة الائتمان المدينة (Debit Card):

عند استعمال هذه البطاقة في شراء السلع من التاجر تكون العلاقة فيها بين ثلاثة أطراف: مصدر البطاقة، وحاملها، والتاجر صاحب السلع.

<sup>1</sup> بطاقة المعاملات المالية، عبد الوهاب أبو سليمان، مجلة المجمع الفقهي العدد 10، 282/7، المعاملات المالية المعاصرة، 545/12.  
<sup>2</sup> بطاقة الائتمان الشرعي حقيقتها وتكليفها، إبراهيم محمد شاشو، 11.

والتكليف الفقهي لهذه العملية أنها عقد حوالة، فحامل البطاقة هو المحيل، والتاجر هو المحال، أما مصدر البطاقة أو البنك فهو المحال عليه. وتقدير ذلك أن البنك مصدر البطاقة يقول لحامل البطاقة خذ هذه البطاقة، واشتر بها من التاجر ولا تدفع الثمن وأحل التاجر علي، وأنا أدفع له، ويقول مصدر البطاقة للتاجر بايع حامل البطاقة وأنا سأدفع لك الثمن وحامل البطاقة يقول للتجار أحلتك على البنك المصدر هذه البطاقة بالثمن، فإذا حصل الشراء فقد تمت الحوالة مستوفية لأركانها وشروطها برضى الأطراف الثلاثة.

ويكون البنك وهو المحال عليه ومصدر البطاقة مدينا لحامل البطاقة، وحامل البطاقة أي: المحيل، مدينا للتاجر (المحال)، وهذه حوالة على مدين، وهي جائزة باتفاق الفقهاء<sup>1</sup>.

و هناك من رأى أنها عقد كفالة، يتكفل المصدر فيه السداد عن حامل البطاقة، غير أنه يرد هذا التكليف؛ لكون الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، حيث يستطيع فيها الدائن أن يطالب المكفول أي: المدين وهو هنا (حامل البطاقة)، أو أن يطالب الكفيل أي: (المصدر)، والدائن في هذه المعاملة لا يستطيع أن يطالب المكفول (حامل البطاقة)، وإنما يطالب البنك المصدر وحده وهذه صفة الحوالة التي ينتقل فيها الدين من المدين (العميل) إلى المحال عليه.

كما لا يصح أن تكون وكالة؛ لأن حامل البطاقة لا يملك الدفع للتاجر، والوكالة لا تكون إلا في تصرف مملوك للموكل<sup>2</sup>.

وعليه فهي جائزة مادام حاملها يسحب من رصيده أو وديعته، ولا يترتب عليه أي فائدة ربوية، لأنه استيفاء من ماله، ويجوز له أيضاً أن يسحب من المصرف أكثر من رصيده إذا سمح له المصرف ولم يشترط عليه فوائد ربوية؛ لأنه قرض مشروع من المصرف، ويجوز للمصرف أن يتقاضى من قابل البطاقة نسبة معينة من أثمان المبيعات شريطة ألا تكون حيلة للربا المحرم.

## 2- التكليف الشرعي لبطاقة الائتمان العادية أو الحسم الأجل ( Charge Card ):

إذا استعمل حامل البطاقة بطاقته في شراء سلعة من التاجر، فإنه يصبح مديناً للتاجر بثمن السلعة، فيحيله بالثمن على البنك -مصدر البطاقة- وهذه حوالة جائزة، ثم يصبح البنك مقرضاً ثمن السلعة لحامل البطاقة عندما يدفعه للتاجر، ويتقاضاه منه عند حلول الأجل.

هذا هو تكليف هذه البطاقة عندما تكون خالية من شرط الفائدة عند التأخير في سداد القرض.

<sup>1</sup> فتح القدير، الكمال بن الهمام، 443/5، حاشية الدسوقي، 325/3، مغني المحتاج، الشربيني، 193/2، كشف القناع، البهوتي، 383/3.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 2/6، حاشية الدسوقي، 329/3، مغني المحتاج، 198/2، المغني، 534/4.

فإن كانت مشتملة على شرط الفائدة عند التأخير فهي معاملة ربوية غير شرعية؛ لأنها تتضمن قرضا مشروط فيكون الاشتراك فيها محرماً.

3- التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان المتجدد (CREDIT CARD) أو بطاقة الإقراض الربوي:

وهذه البطاقة يحرم التعامل بها كسابقها؛ لأنها تشتمل على عقد إقراض ربوي يسدده، حاملها على أقساط مؤجلة بفوائد ربوية، واشتراط الزيادة على القرض يجعله من الربا الصريح، لكون فوائد التأخير محرمة باتفاق فهو من ربا الجاهلية، ويندرج تحت ( زدني أنظر ك ).

**ثانياً: التكييف الشرعي لعلاقات أطراف التعاقد في بطاقات الائتمان<sup>1</sup>:**

تنحصر العلاقة بين أطراف التعاقد على البطاقات في ثلاثة أنواع:

**1- العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها:** اختلف الباحثون في تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة وبين حاملها إلى أقوال:

**القول الأول:** أن العلاقة بين المصدر وحامل البطاقة عقد قرض، سواء استلم حامل البطاقة القرض بنفسه، كما في السحب النقدي، أو كان قرضاً لحامل البطاقة يستحقه طرف ثالث مقابل أثمان مبيعاته وخدماته التي قدمها لحامل البطاقة.

ولمصدر البطاقة الحق في إنهاء العقد أو فسخه فيعود له حق ملكية البطاقة في أي وقت شاء وإعادتها إليه في أي وقت يريد، وهذا موافق للأحكام الشرعية، إذ يجوز للمقرض المطالبة ببديل القرض في الحال أو المستقبل وهو فسخ القرض<sup>2</sup>.

حكم أخذ العمولة بناءً على هذا التخريج:

أخذ أي عمولة على القرض زائداً عن التكاليف الفعلية الحقيقية الذي تكبدها المقرض عند إقراضه يُعتبر من الربا الصريح؛ لأن كل قرض شرط فيه زيادة، فهو ربا محرماً.

ونوقش هذا التخريج: بأن العقد كونه يتضمن قرضاً، فإن هذا لا يعني أن العلاقة تُكَيَّف بأنها قرض فقط؛ وذلك للآتي:

1- لاختلاف القرض عن الضمان كما مر معنا سابقاً.

<sup>1</sup> بطاقة الائتمان الشرعي حقيقتها وتكييفها، إبراهيم محمد شاشو، 15، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 549/12- 563.  
<sup>2</sup> حاشية ابن عابدين، 181/4، حاشية الدسوقي، 3/222، مغني المحتاج، 118/2، المغني، 314/4.

2- أن حقيقة القرض: هو دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله، بينما عقد الائتمان قد يوجد ولا يوجد القرض، كما لو استصدر شخص بطاقة الائتمان ولم يحتج إلى استخدام البطاقة طيلة مدة الصلاحية، ولا يتحقق القرض الفعلي إلا في حالة سحب النقود، فلو استبدل لفظ القرض بالدين لكان أشمل وأدق.

3- أن القرض من عقود الإرفاق والإحسان، والبنوك ليست محلاً لمثل ذلك، بل تهدف جميع البنوك والمؤسسات المالية المصدرة للبطاقة الائتمانية إلى الحصول على أرباح تفوق الأرباح على القروض الربويّة.

**القول الثاني:** تخريج العقد بأن مصدر البطاقة وكيل لحاملها؛ لأن حامل البطاقة قد وكل المصدر ليسد عنه لدى التاجر الذي سيشتري منه، على أن يُعيد إليه ما دفع خلال فترة لاحقة، وأخذ العوض على الوكالة جائز، ويتمثل العوض على الوكالة عن طريق الرسوم السنوية للاشتراك والتجديد.

حكم أخذ العمولة بناءً على هذا التكييف:

التوكيل بعوض جائز بلا خلاف، وهو من باب الإجارة، وقد كان الرسول ﷺ يبعث عماله لقبض الصدقات، ويجعل لهم جُعلاً<sup>1</sup>.

ونوقش هذا الرأي بالآتي:

الوكالة نيابة في الأداء، وليس في التحمل، والتاجر عندما قبل حامل البطاقة وهو لا يعرفه، لم يقبل أن يكون البنك نائباً في الأداء فقط عن حامل البطاقة، وإنما قبله لأنه نائب في التحمل، وأن ذمّة المصرف أصبحت مشغولة بالدين الأصلي الذي على العميل، وهذا حقيقة الضمان، فهو ضم ذمّة الكفيل إلى ذمّة الأصيل في الدين.

وإذا كان التاجر مضموناً له، فمن المضمون عنه إن لم يكن حامل البطاقة؟ ومن الضامن إن لم يكن البنك؟ فرجعت العلاقة بين حامل البطاقة وبين البنك إلى عقد الضمان.

وكذلك بالنسبة إلى حامل البطاقة لا يصلح توصيف هذه العلاقة بأنها وكالة على أجر؛ لأن حامل البطاقة لا يصدر منه هذا التوكيل بالمعنى المجرد للوكالة، ولا يدفع أجراً لمصدر البطاقة على وفاء الدين بالتوكيل.

وتخريج العقد على أنه وكالة قد قبله بعض الباحثين في حالتين:

<sup>1</sup> المبسوط، 91/19، الفروق للقرافي، 188/1، أسنى المطالب، 226/2، المغني، 5/5.

- أن يرضى التاجر بتأخير السداد إلى حين تحصيل البنك لديونه من العميل، ثم يقوم البنك بسدادها للتاجر نيابة عن العميل، وهذا غير معمول به في الواقع، فالتجار لا يقبلون التأخير في استلام الاستحقاقات الواجبة.

- أن يكون الائتمان مُغطى، بحيث يكون للعميل رصيدٌ لدى مصدر البطاقة، وقد فوّض العميل البنك للسحب من رصيده الذي لديه عند استعمال البطاقة.

وهذا ما حدا بكثير من الباحثين بإحاقه بعقد الوكالة، ولكن رد ذلك للآتي:

أولاً: أن غطاء الائتمان يأخذه البنك ويتملكه، ويستثمره، فيكون التكييف حقيقةً: أن الضامن مدينٌ للمضمون عنه بمثل مال الضمان إن كان الائتمان مُغطى كلياً، أو مدين ببعضه إن كان جزئياً، ثم تحدث المقاصة بين الدينين إن تحمّل المصرف دفع قيمة الضمان؛ لأنّ المال المغطى لا يكون مُجمّداً لا يتصرّف فيه البنك حتى يكون وكيلاً نائباً عن المالك، وإنما هو مقترضٌ لقيمة الغطاء.

ثانياً: أنه لا تلازم بين الغطاء وجوداً وعدمًا من جهة، وبين الكفالة والوكالة من جهة ثانية، فقد يكون العقد كفالةً رغم وجود الغطاء، وقد يكون وكالةً رغم عدم الغطاء، والذي يقتضي هذا أو ذاك حقيقةً العقد، فإن كان المصرف نائباً عن الشخص في الأداء فقط، ولا يستطيع التاجر أن يطالب المصرف بالتحمّل كان العقد وكالةً حتى ولو لم يوجد الغطاء، وإن كانت ذمة المصرف مشغولةً في تحمّل الحق، وليس لكونه نائباً في الأداء فقط، فإنّ العقد عقدٌ ضمان، ولو وُجد الغطاء.

**القول الثالث:** وهوتكييف العقد بأنه حوالة، والحوالة تتضمن في حقيقتها علاقة دائنية ومديونية إما قديمة وهي الحوالة المقيدة، والتي تنطبق على حالة الدين المغطى، أو السحب من حساب حامل البطاقة، وإما ناشئة في حال الحوالة المطلقة، ولا تمنع هذه الحوالة عادة من وجود مكاسب أو تحقيق مصالح من ورائها كأجور تحصيل الدين، على عكس الكفالة التي هي تبرع محض وعقد إرفاق وتعاون وتنبني في الأصل على دوافع المروءة<sup>1</sup>.

غير أن هذا التخريج قد نوقش بالآتي:

- أن قول البنك للتاجر: بايع حامل البطاقة وأنا سأدفع لك، هل هو التزام بالدفع أو وعد بالدفع غير ملزم؟ فإن كان التزاماً، فهذا هو حقيقة الضمان، وهل الضمان إلا التزامٌ بدفع ما على الآخر من دين؟! فكيف اعتُبر حوالة؟!!

وعليه لا يصحُّ هذا التخريج إلا في حالة واحدة، وهو ما إذا كان المُصدر للبطاقة مديناً لحامل البطاقة، بحيث يكون له رصيدٌ لدى البنك، وهو ما اتُّفق على تسميته بالضمان

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، 6/5، مواهب الجليل، الحطاب، 111/5، مغني المحتاج، 207/2، كشاف القناع 3/262

المغطى، أمّا في حالة كون الحساب مكشوفاً، فالبنك عندها ليس مديناً لحامل البطاقة، فلا يصحّ تخريجها على أنّها حوالة إلا على مذهب الحنفية الذي لا يشترط أن يكون المُحال عليه مديناً للمحيل.

**القول الرابع:** أنّها من قبيل ضمان ما لم يجب، وعلى هذا أكثر العلماء المعاصرين.

ووجه ذلك: أنّ مُصدر البطاقة قد التزم بأداء أثمان المشتريات بالبطاقة، وسداد الدّين المسحوب على شكل نقود، وذلك بموجب الاتّفاق المبرّم بينه وبين حامل البطاقة.

وهذا الضمان من قبيل ضمان الحقّ قبل وجوبه، وهو ضمان صحيح، ولم يخالف فيه إلا الشافعية، وهو من قبيل ضمان المعلوم؛ لأنّ الضمان مقتصرٌ على مبلغ السقف الائتماني الممنوح لحامل البطاقة، وهو معلوم القدر.

وحتى إن قيل: إنّ ضمان البطاقات الائتمانيّة من قبيل ضمان المجهول، فإنّه جائزٌ أيضاً لدى جمهور الفقهاء من الحنفيّة، والمالكية، والحنابلة، والقديم من قول الشافعي - رحمه الله -؛ لأنّ الضمان من قبيل التبرّع، والتبرّع يصحّ مع الجهالة.

حكم أخذ العمولة على الضمان:

لا يجوز أخذُ عمولة في مقابل الضمان للديون عدا النفقات والتكاليف الفعلية التي تكبّدها الضامن، أما ما تبقى من السقف الائتماني فلا يجوز أخذ أجره عن ضمانه.

ونوقش هذا التصور بالآتي:

- بأنّ الأصل في عقد الضمان: أنّ المضمون له (التاجر) له أن يطالب الأصيل (حامل البطاقة)، وله أن يطالب الضامن (البنك)، وفي هذا العقد ليس للتاجر أن يطالب المضمون عنه؛ وإنما الحق انتقل إلى ذمّة البنك (مصدر البطاقة)، فله أن يطالب بالأجرة كاملة نظير التزامه بالضمان كاملاً.

لكن هذا النقاش رد بالآتي:

1- أنّ هذه المسألة خلافية، فقد اختلف الفقهاء في عقد الضمان: هل يبرأ المضمون عنه بالضمان، أم لصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما، وعليه فلا يجوز إطلاق تعلق الضمان بالبنك وحده، إلا إذا لم يُشترط في العقد براءة المضمون عنه بالضمان، أمّا إذا اشترط براءة المضمون عنه بالضمان، والتزم الضامن وفاء الدّين مطلقاً - ولم تتعدّر مطالبة المضمون عنه - أنّ هذا الالتزام من الشروط الصحيحة؛ لأنّ الأصل في الشروط الصّحة، ولأنّه لا يوجد محذور شرعي من هذا الالتزام، وهذا ما نصّ عليه الحنفية والمالكية، فإذا كان لرجلٍ على رجلٍ مال، فضمّنه له على إبراء الذي عليه الأصل، جاز، والكفيل ضامنٌ

للمال، ولا يأخذ الطالبُ المكفولَ عنه<sup>1</sup>، و" لا يغرم ضامنُ المال إلا إذا غاب الغريم... أو شَرَطَ عليه صاحبُ الدَّينِ الغرمَ، ولو مع حضور الغريم ملئياً"<sup>2</sup>.

2- "بأنه ليس في العقودِ المنظَّمة للبطاقات ما ينصُّ على أنه ليس للقابل أن يطالب حاملها، وقد تتبعثُ ذلك ولم أعتزَّ على شرط يدلُّ على ذلك الأمر، ومن هنا جاء اختلافُ القانونيين في هذه المسألة فيما لو لم يُسَدِّد المُصدِرُ المبلَّغَ لقابل البطاقة، هل له أن يرجع على حاملها أو لا؟"<sup>3</sup>.

والراجح - والله أعلم - :تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة وحامل البطاقة على أنها من قبيل الضمان لحاملها، وهو من ضمان المعلوم؛ لأنَّ الضمان مقتصرٌ على مبلغ السقف الائتماني الممنوح لحامل البطاقة، وهو معلوم القدر، ومن ضمان الحقِّ قَبْلَ وجوبه، وهو سائغٌ لدى جمهور الفقهاء.

## 2 - العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر:4

عندما يبرم البنك (مُصدر البطاقة) اتفاقيةً مع التجار الذين يرغبون في التعامل مع البطاقات البنكيَّة، يتم في هذه الاتفاقية تبيين التزامات كل من الطرفين تجاء الآخر، ويتعهد مصدر البطاقة بموجب الاتفاق بالوفاء بجميع المبالغ المستحقة لطرف التاجر مقابل رسوم مقطوعة، ومبالغ مخصومة، وهو ما يورد سؤالاً حول مدى جواز أخذ البنك مُصدر البطاقة لهذه العمولة؟

تنقسم الرسوم والعمولات التي يأخذها البنك من التاجر إلى قسمين:

**القسم الأول:** رسوم مقطوعة يأخذها البنك مقابل نقاط البيع التي يدفعها البنك للتاجر، وما يلزم لتجهيزها من أوراق، وأحبار، وأدوات، ونحو ذلك، وهذه لا خلاف في أخذها وطلب الربح في تقديمها؛ لأنها مقابل خدمات معلومة مباحة، وهي مفصولة عن عملية الضمان، ومفصولة عن فاتورة البيع والشراء.

**القسم الثاني:** رسوم متعلِّقة بعملية البيع والشراء عن طريق بطاقات الائتمان، وتتم بخصم نسبة معيَّنة من قسائم البيع لصالح مُصدر البطاقة إن كان التاجر يتعامل مباشرةً مع البنك الذي أصدر البطاقة، أو يتقاسمها مُصدر البطاقة مع بنك التاجر إن كان لدى التاجر بنك آخر يعمل على تحصيل المبلغ من البنك الذي قام بإصدار البطاقة، وهذا المبلغ يتراوح ما بين (1% إلى 7%)، وغالبًا ما يكون (3%) من مجموع مبلغ الفاتورة، ويُعتَبَر هذا الدخل من أهم مصادر الربح لمُصدري البطاقة، وهذا النوع من العمولات والرسوم هو ما جعل

<sup>1</sup> المبسوط، السرخسي، 95/20.

<sup>2</sup> الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم النفراوي، 240/2.

<sup>3</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عبد الرحمن الأطرم، العدد الخامس عشر، 77/3.

<sup>4</sup> المعاملات المالية المعاصرة، 567/12.



العلماء يختلفون في تكييف العلاقة بين مُصدر البطاقة وبين أصحاب المحلات التجارية التي قَبِلَت التعامل مع حاملي البطاقات الائتمانية إلى أقوال:

**القول الأول:** أنَّ العقد هو تكملةُ عقدِ الضمان، فقد تقدّم أنَّ العلاقة بين مُصدر البطاقة (البنك) وبين حامل البطاقة، هو عقدُ ضمانٍ لِمَا سوف يجب عليه من الديون بحدود مبلغ معيّن متفق عليه، فالبنك ضامنٌ للتاجر سداداً ما يجب على حاملِ البطاقة من الديون.

وعليه فقد اختلف العلماء في حُكم أخذ الزيادة بناءً على هذا التكييف:

فرأى البعض عدم الجواز؛ لأنَّ المبلغ الذي يأخذه الضامن من التاجر إنّما هو في مقابل التزامه بالضمان، وأخذ العوض على ضمان الدّين لا يجوز، لا فرق في ذلك بين أن يأخذ الضامنُ العوض من ربِّ الدّين، أو من المدين، أو من رجل أجنبي؛ لأنَّ الضمان سوف يؤدي إلى أن يكون فائدةً على القرض، والفائدة على القرض لا تجوز، إلا أن يكون الضامنُ مديناً للمضمون عنه بمثل المبلغ الذي ضمّنه أو أكثر، وهو ما يُسمّى بالضمان المغطّى، فهنا لا يؤدي الضمان إلى قرضٍ جرّ نفعاً، إذ "تبطل الحَمالة إذا فسدت نفسها، كما إذا أخذ الضامنُ جُعلاً من ربِّ الدّين، أو من المدين، أو من أجنبي؛ لأنّه إذا غرم رجّع بما غرّمه مع زيادة الجعل، وذلك لا يجوز؛ لأنّه سلف بزيادة"<sup>1</sup>.

وذهب بعضُ أهل العلم إلى جواز أخذ هذا العوض، ويمكن تخريجه على صورة نصّ عليها الحنفية على الصحيح المُفتى به في المذهب؛ من أن الكفيل بأمر المدين ( وهو البنك المصدر ) إذا صالح المكفول له ( التاجر ) على أنّه إنْ وهب له بعض الدّين أو أكثره، فإنّه يعود على المكفول بما ضمّن، لا بما أدّى، " كل موضع صحت الكفالة فيه لو أدى الكفيل ما كفل به من عنده رجّع على المكفول عنه ولا يرجع قبل الأداء وإذا أدى المال من عنده رجّع بما كفل ولا يرجع بما أدى حتى لو أدى الزيوف وقد كفل بالجياد يرجع بالجياد ولو أدى مكان الدنانير الدراهم وقد كفل بالدنانير أو شيئاً مما يكال أو يوزن على سبيل الصلح رجّع بما كفل به"<sup>2</sup>.

كما يمكن تخريجه على مذهب المالكية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> بأنّ المضمون له (التاجر) إذا وهب الدّين للضامن ( البنك ) فهو تمليكٌ له، ويرجع الضامن على المكفول ( العميل ) بما كفل، فكذا إذا وهبه بعضه.

ويناقش: بأنّ هذا تخريج للعمولة على أنّها نوعٌ من صلح الإسقاط<sup>1</sup>، أو أنّها من قبيل الهبة للضامن، وهذا لا يصحُّ.

<sup>1</sup> شرح مختصر خليل، الخرشي، 30/6.

<sup>2</sup> الفتاوى الهندية، 266/3.

<sup>3</sup> شرح الخرشي، 27/6.

<sup>4</sup> منتهى الإرادات، 124/2.

أما كونه لا يصح تخريجه على صلح الإسقاط؛ فلأن صلح الإسقاط لا يثبت إلا بعد ثبوت الحقّ وحين الوفاء، مع الإقرار بجميع الدّين، وهو إسقاط اختياري لا جبر فيه، وليس في مقابل شيء، بينما الخصم في بطاقات الائتمان مُتَّفَق عليه بين التاجر وبين البنك قبل نشوء الحق، والتاجر مُجبر عليه لا يملك المطالبة بجميع الحق، وهو مقابل الضمان للدّين.

وأما كونه لا يصح تخريجه على أنه هبة؛ فلأنّ الهبة أيضاً من عقود التبرّع لا إلزام فيها، وهي ليست في مقابل شيء، بينما الخصم واجب على التاجر، وفي مقابل ضمان الدّين الذي على المشتري.

**القول الثاني:** أنّ العلاقة بين قابل البطاقة (التاجر) وبين مُصدرها (البنك)، هي وكالة في تحصيل الدّين من المدين (حامل البطاقة).

فالتاجر (قابل البطاقة) هو الموكل، ومُصدر البطاقة (البنك أو المؤسسة المالية) هو الوكيل. والخدمات التي يُقدّمها مصدر البطاقة هو القيام بقَبْض الدّين من حامل البطاقة وإيداعه في حساب قابل البطاقة مقابل عمولة مُتَّفَق عليها، مثله في ذلك مثل توكيل مكاتب تحصيل الديون.

وحُكْم أخذ الزيادة بناءً على هذا التكييف جائزٌ بلا خلاف؛ لأنه توكيلٌ بعوض وهو من باب الإجارة، وقد كان الرسول ﷺ يبعث عمّالَهُ لقبض الصدقات، ويجعل لهم جُعلاً.

ويناقش هذا الترخيح:

بأنّ مُصدر البطاقة قد التزم بالتسديد الفوري للدّين قبل تحصيله من المدين، وإذا التزم البنك أن يُؤدّي للدائن من ماله، لم يصحّ أن يُقال: إنّ العقد عقد وكالة، وإنّما هو عقد كفالة.

فأجيب عن ذلك: بأنّه معلوم أنّ الوكيل لا يلزمه أن يدفع من ماله، ولكن الجهات التي تُصدر هذه البطاقة ترى أنّ هذا المسار يُسبّب بطناً وتعقيداً في الأمور، ولا يُحقّق السهولة واليسر في استخدام هذه البطاقة؛ لهذا رأت أن تقوم بتسديد المبلغ المستحق، ثم تذهب وتطالب العميل بما دفعته، والغاية منه هو ضبط التزامات البنك مع أصحاب المحلات التجارية والخدمات؛ إذ لا يستطيع البنك ضبط مواعيد التحصيل من العملاء لكثرتهم، في حين أنّه يُمكنه التحكّم فيما يدفعه إليهم، ثم يقوم هو بعد ذلك بتحصيل الدّين، والتاجر قد لا يصبر فيما لو طلب منه أن ينتظر أو يتربص إلى حين أن تُحصّل ديونه على هذا العميل، فمُصدر البطاقة إنّما قام بالدفع لاختصار الإجراءات، وهذا الأمر موجودٌ في كثير من مجالات الوكالات والسمسرة، فكثيرٌ من الذين يستقبلون البضائع للبيع بالعمولة لصالح أصحابها

<sup>1</sup> "وهو الذي يجري على بعض الدّين المدعى، وصورته بلفظ الصلح، أن يقول المقر له: صالحتك على الألف الحال الذي لي عليك على خمسمائة"، الموسوعة الفقهية الكويتية، 330/27.

مجرّد أن يتسلّموا هذه البضائع إذا كانت سهلة التسيق يُقدّمون الثمن لأصحاب هذه البضائع، ويقطعون صلّتهم بهم، ثم يبيعونها هم، ويأخذون الثمن ممّن يشتري منهم<sup>1</sup>.

ويجاب على هذا الرد: ما دام أنّ البنك قد قام بالسداد من ماله، والتزم بذلك للمحالّ التجارية، فإنّ العقد قد خرج من كونه توكيلاً في تحصيل الدين إلى كونه ضامناً له، بغضّ النظر عن الدافع الذي دفع البنك إلى قبول هذا الالتزام، وقد سبق أنّ العقد بين مصدر البطاقة وحاملها هو من قبيل الضمان، فإذا كان كذلك فإنّ التاجر هو المضمون له في هذا العقد.

**القول الثالث:** العقد بين التاجر وبين مصدر البطاقة هو عقد حوالة، فيكون التاجر: مُحالاً، والبنك مُحالاً عليه، وحامل البطاقة هو المُحيل.

وأخذ العوض بناءً على هذا التكييف: تصرف غير جائز؛ لأنّ الحوالة استيفاءً للحق، وليست بيعاً، وهذا هو مذهب الجمهور<sup>2</sup>، وهو الراجح، فلا يجوز أخذ العوض عليه؛ ولأنّها لو كانت بيعاً لما جاز التفريق قبل القبض؛ لأنّها بيعٌ دراهم بدراهم، وإذا كانت من عقود الإفراق لم يجز أخذ العوض عليها.

و"ممّا يُبين أنّ الحوالة على وفق القياس: أنّ الحوالة من جنس إيفاء الحق، لا من جنس البيع، فإنّ صاحب الحقّ إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاءً، فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدّين عن الدّين الذي في ذمّة المحيل؛ ولهذا ذكر النبي ﷺ الحوالة في معرض الوفاء، فقال في الحديث الصحيح: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ"<sup>3</sup>، فأمر المدين بالوفاء، ونهاه عن المطل، وبيّن أنّه ظالم إذا مَطَلَ، وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أُحِيلَ على مَلِيٍّ، وهذا كقوله - تعالى -: ﴿ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ

بِإِحْسَانٍ ﴾، (البقرة: 177)، فأمر المستحقّ أن يُطالب بالمعروف، وأمر المدين أن يؤدي بإحسان، ووفاء الدّين ليس هو البيع الخاص، وإن كان فيه شوبّ المعاوضة<sup>4</sup>.

وتخريج العقد بأنّه عقد حوالة، يصحّ على مذهب الحنفية<sup>5</sup>؛ لأنّهم لا يشترطون لصحّة الحوالة مديونية المحال عليه للمحيل، ويُسمونها بالحوالة المطلقة.

وأما الجمهور<sup>1</sup> من المالكية والشافعية والحنابلة، فعلى أنّ المحال عليه إذا لم يكن مديناً للمحيل، فإنّ العقد ليس من قبيل الحوالة، حتى ولو استعمل لفظ الحوالة، فالمالكية يُعتبرونه

<sup>1</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، 658/1.

<sup>2</sup> القوانين الفقهية، 215، أسنى المطالب، 231/2، الإنصاف، 225/5.

<sup>3</sup> البخاري، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، 799/2، حديث رقم (2166).

<sup>4</sup> إعلام الموقعين، ابن القيم، 10/2.

<sup>5</sup> البدائع، 108/5.

من باب الضمان، والشافعية يعتبرونها حَوَالَةً فاسدة، فالحوالة شرعا هي: " نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"، ويشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل<sup>2</sup>.

وقد استند بعض القائلين بالحوالة على اعتياد الناس بأن التجار لا يطالبون حملة البطاقات بما عليهم، بل تكون مطالبتهم للبنوك المصدرة فحسب، فقالوا: إن التجار لا يفعلون ذلك لتحويل الحق إلى ذمة المصدر وتلك هي الحوالة؛ لأن الحوالة تحول الحق.

ورد ذلك؛ لأن القول بعدم انشغال الذمتين لا يسلم لهم فيه، بل هما مشغولتان بالدين، ولم يتحول الدين من ذمة إلى ذمة.

وحتى على فرض انتقال الحق من ذمة حامل البطاقة إلى ذمة مصدرها، فإن هذا لا يعطي كامل العملية بأنها حوالة، وذلك لأن التاجر لم يعط حامل البطاقة السلع أو الخدمات إلا لعلمه المسبق بأن البنك متكفل بالدفع عن حامل البطاقة وبالتالي أخذت شيئا من طابع الكفالة<sup>3</sup>.

**القول الرابع:** يمكن اعتبار هذه النسبة أجورَ سمسرة، فمن الجائز أن أرسل إليك زبائنَ على أن أتقاضى منك أجراً مقطوعاً عن كلِّ زبون يصل إليك، أو عن كلِّ زبون يشتري منك حسبَ الشرط، وهذا ما يؤدِّيه مصدر البطاقة للتاجر، إضافة إلى بعض الخدمات المقدَّمة مثل تحصيل فواتير الشراء، وخدمة الإيداع المباشر في الحساب، ونحو ذلك، وبناء على ذلك فإنه يستحق عوضاً مقابل هذه الخدمات، وقد تمَّ الاتفاق على أن يؤخَّذ هذا العوض عن طريق خصم نسبة معلومة من قيمة مبيعات قابل البطاقة<sup>4</sup>.

ويكون حكم أخذ العوض بناءً على هذا التكييف: جائز سواء أكانت هذه العمولة في صورة مبلغ مقطوع، أم نسبة من قيمة المبيعات، فهذا لا يؤثر شرعاً على صحتها، ويمكن لمصدر البطاقة وبنك التاجر أن يتقاسما هذه العمولة؛ لاشتراكهما في تقديم الخدمة للتاجر.

ونوقش هذا التكييف:

لا يشكُّ أحدٌ في جواز عقد السمسرة بانفراده، لو لم يكن ذلك مشروطاً في عقد الضمان، فالبنك قد التزم للتاجر بالسداد مقابل خصم هذه العمولة من قيمة فاتورة الشراء، فأصبحنا أمام عقدين:

أحدهما: يجوز أخذ العوض عليه، وهو السمسرة.

<sup>1</sup> مواهب الجليل، 91/5، مغني المحتاج، 194/2، كشاف القناع، 385/3.

<sup>2</sup> مغني المحتاج، 194/2.

<sup>3</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3، 542/12-544.

<sup>4</sup> بطاقة الائتمان، رفيق يونس المصري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، 410/1.

والثاني: لا يجوز أخذُ العوض عليه، وهو ضمانُ الدين.

فإذا اجتمعاً فإمّا أن تُقدّم السمسرة مجاناً، فيزول المحذور الشرعي، وإما أن يبطل العقدان معاً؛ لأنّ اجتماعهما قد يؤدي إلى أخذ العوض على الضمان في عقدٍ مستترٍ، هو السمسرة.

### 3- العلاقة بين التاجر وحامل البطاقة<sup>1</sup>:

العلاقة بين حامل البطاقة وبين التاجر لا تخرج عن أحد عقدين: إما أن يكون العقدُ عقدَ بيعٍ وشراءٍ للسلع والبضائع وتقديم المواد الاستهلاكية في المطاعم، أو يكون العقدُ عقدَ إجازةٍ واستئجارٍ في الفنادق، ويحيل حامل البطاقة التاجر على مصدر البطاقة لاستيفاء الثمن أو الأجرة، ولا تكون محظورة شرعاً كونها حوالة جائزة شرعاً. فإن كان العقدُ عقدَ تمليكٍ للسلع، فهو من عقود البيع، أو كان من قبيل تقديم خدمات معلومة، فهو من عقود الإجازة.

فحامل البطاقة: هو المشتري أو المستأجر.

وقابل البطاقة: هو البائع أو المؤجر.

وإنما المحذور في بطاقة الائتمان والحسم الآجل وبطاقة الائتمان المتجدد هو وجود الربا أو اشتراط دفع الفائدة الربوية في القروض، فإذا منعت الزيادة المضافة إلى قيمة الشراء أو سحب عمالات أجنبية بحيث لا وجود لزيادة ربوية، عدت العلاقة في هذه البطاقة علاقة إقراض و يكون ذلك من قبيل التبرع أو القرض الحسن المحض وتكون هذه البطاقة مباحة شرعاً.

وأما بطاقة السحب المباشر من الرصيد (أو الحسم الفوري) فليست معدودة في بطاقات الإقراض، ولا تطبق عليها أحكام القرض المقررة في الفقه الإسلامي.

### 4 - العلاقة بين بنك التاجر (غير مصدر البطاقة) وبين التاجر<sup>2</sup>:

سبق الحديث عن العلاقة بين التاجر والبنك الذي أصدر البطاقة، ولكن في حالات كثيرة يكون بنك التاجر ليس هو البنك الذي أصدر البطاقة، فقد يكون البنك الذي أصدر البطاقة بنكاً محلياً، أو بنكاً أجنبياً في بلدٍ آخر؛ وبالتالي فإنّ التاجر سوف يُقدّم فاتورة البيع إلى البنك الذي يتعامل معه، والذي بدوره يُقدّم هذه الأوراق إلى البنك الذي أصدر البطاقة إن كان بنكاً محلياً، أو إلى المنظمة الراعية إن كان بنكاً أجنبياً، وسوف يتقاسم بنك التاجر مع البنك المُصدر للبطاقة العمولة التي تُؤخذ من التاجر.

فما حكم أخذ بنك التاجر هذه العمولة من التاجر إذا لم يكن هو مُصدر البطاقة؟

<sup>1</sup> بطاقة الائتمان الشرعي حقيقتها وتكييفها، إبراهيم محمد شاشو، 16، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 566/12.

<sup>2</sup> المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، 589/12.

**القول الأول:** يرى أكثر أهل العلم أنه لا حَرَجَ على بنك التاجر من أخذ عمولة على تحصيل دين التاجر؛ لأنَّ حقيقة عمله هو الوكالة في تحصيل الدين وتوصيله، وإذا كان دورُه يقتصر على الوكالة في التحصيل، فإنَّ المال الذي يأخذه إنما هو أجره على الوكالة في تحصيل الدين وتوصيله، والوكالة بأجر جائزة، وقد يتخلَّل هذه العملية قرضٌ ليس من طبيعتها، بل هو خدمة من البنك المحصل لعميله التاجر، فقد يُودِع البنك المحصل في حساب التاجر قبل تحصيله، ويكون الفرقُ بين الإيداع والتحصيل - إن كان البنك محلّيًا - ساعات محدودة، وإن كان بنكًا أجنبيًّا قد يستغرق ذلك ثلاثة أيَّام على الأكثر، وهذا الإيداع لا يُؤثِّر على البنك؛ لوجود حساب التاجر لديه، فلو امتنع مُصدرُ البطاقة أو أفلس، فإنَّ الدين لا يدخل في ضمان البنك المحصل، بل يرجع على التاجر به، وهذا يدلُّ على أنَّ البنك لا يضمن عملية السداد، ممَّا يجعل حُكمه مختلفًا عن حُكم بنك مُصدر البطاقة، الذي يقوم بعملية الضمان.

**القول الثاني:** وفيه ذهب بعض الباحثين إلى تحريم ما يأخذه بنك التاجر من عمولة.

ووجه التحريم: أنَّ بنك التاجر إذا قام بتسديد المبالغ المستحقَّة للتاجر حالًا، ثم رَجَع بها على المصدر مع خصم عمولته وعمولة المصدر، فقد قام بإقراض التاجر بالفائدة المؤبقة؛ لأنَّه يُحصِل هذه المبالغ كاملة من المصدر، وهو بدوره يُحصِلها من حامل البطاقة، فالعملية تصير قرضًا جرَّ نفعًا، وهو حرامٌ، وليس مجرد وكالة من التاجر، وإذا كانت العملية تستغرق ثلاثة أيَّام، فالأجل موجودٌ، والفائدة كذلك، فتتحوَّل العملية إلى إقراضٍ بفائدة.

### **المطلب الرابع: أحكام القبض في بطاقات الائتمان:**

استحدثت بطاقات الائتمان لتكون بديلا عن النقود والعملات، تنوب عنها وتصنف تصنيفها، غير أن القبض فيها لا يكون حسيًا كما في العملات والنقود، بل يتم القبض فيها باستقطاع جزء من الأرصدة المودعة في البنك المصدر للبطاقة من قبل العميل حامل البطاقة، أو من الأرصدة التي تعهد البنك المصدر للبطاقة بتوفيرها للعميل لتغطية مصروفاته ونفقاته، وهو ما يطرح اشكالات حول الحكم الشرعي للتعامل بهذه البطاقات في عقود وصفقات يكون المبيع فيها من الأموال الربوية التي توجب توثيقًا لتحقيق القبض ووقوعه في آن إبرام العقد وإنشائه، حتى لا تدخل تحت بيع النسيئة الممنوع، وعليه فقد ربط الفقهاء تصنيفهم للقبض في البطاقات الائتمانية بغطاء البطاقة البنكية:

**أولًا: البطاقات المغطاة:**

وفيها للفقهاء المعاصرين قولان<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> بطاقات الائتمان البنكية في الفقه الإسلامي، 112.

**الأول:** إن الدفع ببطاقات الائتمان يعتبر قبضا حكما في شراء الأموال والسلع والبضائع، أما في النقود والذهب والفضة والأموال الربوية فلا يعتبر ذلك قبضا بحال من الأحوال؛ لأن هذه البطاقات من قبيل القبض الحكمي، ولا يعتبر القبض الحكمي في قضايا النقود<sup>1</sup>.

**الثاني:** إن الدفع ببطاقات الائتمان يعتبر قبضا حكما في شراء جميع أنواع الأعيان حتى لو كانت من النقود؛ لأننا "اعتبرنا القبض الحكمي في مسائل أخرى منها مسألة التحويلات وشراء الشيكات ونحو ذلك، فما المانع أن نعتبر الدفع بالبطاقة في الحصول على أموال نقدية دفعا حكما، والدفع الحكمي لا نعتبره في هذه الحالة دفعا حقيقيا، وإلا انسد باب التعامل في أوجه كثيرة"<sup>2</sup>.

والراجح - والله أعلم - الرأي الثاني؛ لأن لحامل البطاقة رصيدا في البنك، وهذا يجعل للبطاقة قيمة نقدية مضمونة، فتكون هذه البطاقة بمثابة النقد، وبناء عليه يتحقق التقابض حكما في مجلس العقد<sup>3</sup>، كما يتحقق التيسير على الناس بمنحهم مخرجا شرعيا للتعاملات المالية الإلكترونية والتي تزداد شيئا فشيئا.

### ثانيا: البطاقات غير المغطاة:

القبض الحكمي لا يتحقق في البطاقات مالم تكن مغطاة؛ لأنه لما كان البنك المصدر قد ضمن تغطية قيمة دين حامل البطاقة، فإن البنك سيقبض من نفسه أولا، ثم سيقبضه للتاجر ليسدد له دينه نيابة عن حامل البطاقة، ثم سيرجع على حامل البطاقة بما دفعه للتاجر نيابة عنه، فيكون البنك بذلك قابض ومقبضا في آن واحد وهذا ممنوع شرعا؛ "لأنه إذا كان قابضا لنفسه، احتاط لها وإذا كان مقبضا وجب عليه وفاء الحق من غير زيادة، فلما تخالف الغرضان والطباع لا تنضبط امتنع الجمع"<sup>4</sup>.

### حكم استخدام البطاقات الائتمانية في المعاملات المالية:

التعاملات المالية التي تستوجب التقابض فور انعقادها هي موضع اشكال عند الفقهاء إذا ما تم الدفع فيها عبر البطاقات البنكية؛ لانعدام القبض الحقيقي للأموال والذي قد يشوبه غياب المناجزة للقبض فيفسد هذه المعاملات، ومن أشهر تلك المعاملات وأكثرها انتشارا الآتي:

#### 1- شراء الذهب والفضة عن طريق بطاقات الائتمان:

قال الرسول ﷺ: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة ... مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيفما شئتم إذا كان يدا بيد"<sup>5</sup> وقال ﷺ أيضا: " لا تبيعوا

<sup>1</sup>مجلة مجمع الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، العدد 7، 531/1.

<sup>2</sup>مجلة مجمع الفقه الإسلامي، حمزة الحزوة، العدد 7، 549/1.

<sup>3</sup>بطاقات الائتمان البنكية في الفقه الإسلامي، 112.

<sup>4</sup>الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، السيوطي، 471.

<sup>5</sup>سبق تخريجه.

الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منه غائباً بناجز<sup>1</sup>.

وعليه فإن شراء الذهب والفضة عن طريق البطاقة لا يتم فيه الدفع للتاجر بشكل مباشر، فالبيع الحاصل بين حامل البطاقة والتاجر هو بيع لأجل، فالتاجر يرسل الفاتورة بعد فترة للبنك القابل ويحصل على قيمتها، وهو ما أثر في آراء الفقهاء فجاءت على ثلاث صور<sup>2</sup>:

1- لا يصحُّ شراء الذهب أو الفضة ببطاقة الائتمان مطلقاً؛ أي: سواء كانت البطاقة مغطاة، أو غير مغطاة، وهذا اختيارُ الشيخ الصديق محمد الأمين الضرير، وذلك للآتي:

- أن الفورية المطلوبة شرعاً في شراء الذهب والفضة غير متحققة في الشراء بالبطاقة؛ لأنَّ حامل البطاقة عندما يُقدِّم البطاقة للتاجر يتسلَّم الذهب، ويُوقَّع على القسيمة، لا يدفع الثمن للتاجر، والذي يدفع الثمن للتاجر هو بنك التاجر، أو البنك المصدر للبطاقة عندما يُقدِّم التاجر إليهما القسيمة بعد فترة يتفق عليها، وهذه الفترة في حالة بنك التاجر تصل إلى ثلاثة أيام من تسلُّم قسيمة البيع، وحتى لو صرفت القسيمة والتي هي ثمن الذهب فور تقديمها لبنك التاجر، فإنَّ شرط التقابض في المجلس لا يكون متحققاً؛ لأنَّ المجلس الذي يجب أن يتحقق فيه التقابض، هو مجلس الشراء الذي يتمُّ بين حامل البطاقة والتاجر الذي يبيع الذهب، وليس مجلس تقديم القسيمة لبنك التاجر، وقياس بطاقة الائتمان على الشيك؛ لأنَّ كلاً منهما أداة وفاء، قياس مع الفارق، والفارق: هو أنَّ الشيك أداة وفاء في الحال، فيكون قبضه حكماً لمحتواه، وبطاقة الائتمان أداة وفاء في المال؛ لأنَّ التاجر لا يستطيع أن يحصل على ثمن الذهب الذي اشتري بها إلا بعد فترة من الزمن، وهذا هو المأخذ الشرعي<sup>3</sup>.

2- يجوز شراء الذهب والفضة إن كانت البطاقة مغطاة، ولا يجوز إن كانت البطاقة غير مغطاة، وهو ما اختاره بعض الباحثين، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي.

ويرى من اشترط أن تكون البطاقة الائتمانية مغطاة:

أنَّ شراء الذهب والفضة ببطاقة الائتمان غير المغطاة؛ أي: التي لا تحتاج إلى رصيدٍ مثل: الفيزا، أو المستر كارد، أو أمريكان إكسبرس، غير جائز؛ لعدم تحقق القبض في مجلس العقد، ولأنَّ البطاقة عندما تُمرَّر على الجهاز لا يُخصم من رصيد المشتري، وإنما يحصل التاجر على الموافقة للبيع، وهو ما يُعرف بالخصم من السقف الائتماني، فليس هذا بقبض لا حقيقة ولا حكماً، أمَّا القول: إنَّ وجود قسيمة الدفع الموقعة من قبل حامل البطاقة قبضٌ

<sup>1</sup> سبق تخريجه.

<sup>2</sup> بطاقات الائتمان والتكليف الفقهي، ديبان محمد الديبان، شبكة الألوكة، 1432هـ، بطاقات الائتمان البنكية الإسلامي في الفقه، فتحي عرفات،

117.

<sup>3</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1442/12.



حُكْمِي، وَإِنَّ التَّاجِرَ سَيَأْخُذُ حَقَّهُ، فَهَذَا لَا يَعْنِي الْجَوَازَ؛ لِأَنَّ التَّاجِرَ بِهَذِهِ الْقَسِيمَةِ ضَمِنَ حَقَّهُ فَقَطْ، وَلَمْ يَقْبِضِ الْمَالَ، إِنَّمَا يَقْبِضُهُ بَعْدَ فِتْرَةٍ، وَضَمَانِ الْحَقِّ لَا يَعْنِي الْقَبْضَ؛ فَمَثَلًا لَوْ أَنَّ زَيْدًا التَّاجِرَ وَثِقَ مِنْ عَمْرٍو، فَبَاعَهُ الذَّهَبَ أَوْ الْفِضَّةَ بِالْأَجَلِ، لَمَا جَازَ ذَلِكَ؛ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ الْقَبْضِ (قَبْضِ الثَّمَنِ فِي الْمَجْلِسِ)، حَتَّى لَوْ أَنَّ عَمْرًا كَتَبَ فِي وَرْقَةٍ أَنَّ عَلَيْهِ لَزِيدٍ كَذَا، فَجِئْنَا سَيَأْخُذُ زَيْدٌ حَقَّهُ، سِوَاءَ أَكَانَ عَمْرٌو حَيًّا أَمْ مَيِّتًا، مَعَ ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ هَذَا الْبَيْعُ؛ لِتَأَخُّرِ الثَّمَنِ، فَهَذَا تَمَامًا حَاصِلٌ فِي قَسِيمَةِ الدَّفْعِ، وَلَوْ تَأَمَّلْنَا حَقِيقَةَ مَعَامَلَةِ الْبِطَاقَةِ غَيْرِ الْمَغْطَاةِ لَوَجَدْنَاهَا مَبْنِيَّةً عَلَى الدَّيْنِ وَالْكَفَالَةِ، فَحَامِلَهَا إِذَا قَبِضَ السَّلْعَةَ - كَالذَّهَبِ مَثَلًا - يَصْبِحُ مَدِينًا لِلتَّاجِرِ، ثُمَّ يَبْرُزُ الْبِطَاقَةَ، وَبِذَلِكَ يُقَدِّمُ كَفِيلَهُ لِلتَّاجِرِ - وَهُوَ الْبَنْكُ الْمُصْدِرُ، أَوْ شَرِكَةُ الْفِيْزَا مَثَلًا - وَالتَّاجِرُ يَثِقُ فِي هَذِهِ الْجِهَاتِ، وَيَقْبَلُ الْكَفَالَةَ أَي: يَقْبَلُ الدَّيْنَ أَوْ الشَّرَاءَ إِلَى أَجَلٍ؛ لِأَنَّهُ يَضْمِنُ الْوَفَاءَ لَهُ، حِينَهَا نَعْلَمُ تَأَخُّرَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَعَدَمَ تَحَقُّقِهِ وَلَوْ حُكْمًا؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ إِذَا كَانَ مَمَّا يُتَنَاوَلُ بِالْيَدِ كَالنَّفُودِ وَالدَّهَبِ، قَبْضُهُ يَكُونُ بِتَنَاوُلِهِ بِالْيَدِ فَوْرًا، وَبِالتَّالِيِ لَمْ يَتَحَقَّقِ الْقَبْضُ الْحُكْمِي.

وَقَدْ تَضَمَّنَ قَرَارُ مَجْمَعِ الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ التَّابِعِ لِمَنْظَمَةِ الْمُؤْتَمَرِ الْإِسْلَامِيِّ، فِي قَرَارِهِ رَقْم: 108 (2/12)، بِشَأْنِ مَوْضُوعِ بَطَاقَاتِ الْإِنْتِمَانِ، وَفِيهِ: "لَا يَجُوزُ شُرَاءُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، وَكَذَا الْعَمَلَاتِ النَّقْدِيَّةِ بِالْبِطَاقَةِ غَيْرِ الْمَغْطَاةِ".

وَلَعَلَّ هَذَا الْقَوْلُ هُوَ أَوْعَفُ الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ؛ لِأَنَّهَا إِذَا نَقِلَ بِالْقَبْضِ عَنْ طَرِيقِ الْبِطَاقَةِ أَوْ لَا نَقِلَ، أَمَّا التَّفْرِيقُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْبِطَاقَةُ مَغْطَاةً أَوْ غَيْرَ مَغْطَاةٍ، فَهَذَا لَا تَأْتِيْرَ لَهُ فِي حَقِيقَةِ الْقَبْضِ، فَالْبَنْكُ لَمْ يَكُنْ مَجْرَدَ كَفِيلٍ فِي هَذِهِ الْمَعَامَلَةِ، بَلْ هُوَ كَفِيلٌ وَوَكِيلٌ بِالدَّفْعِ، وَحَسْمُ الْمَبْلُغِ لِمَصْلَحَةِ الْبَائِعِ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الرَّصِيدُ مَغْطَى أَوْ غَيْرَ مَغْطَى، فَالْمَبْلُغُ يَدْخُلُ فِي رَصِيدِ الْبَائِعِ مَبَاشَرَةً، لَكِنْ الْاِخْتِلَافُ فِي الرَّجُوعِ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَشْتَرِي رَصِيدٌ كَانَ الرَّجُوعُ إِلَى رَصِيدِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَصِيدٌ رَجَعَ الْبَنْكُ إِلَى الْمَشْتَرِي نَفْسَهُ، وَطَالِبَهُ بِالسَّدَادِ، أَمَّا الْبَائِعُ فَهُوَ قَدْ اسْتَلَمَ حَقَّهُ فِي الْحَالِيْنَ مَبَاشَرَةً عِنْدَ مَرُورِ الْبِطَاقَةِ عَلَى جِهَازِ الْبَيْعِ.

3- يَصِحُّ مَطْلَقًا، لَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْبِطَاقَةِ مَغْطَاةً، أَوْ لَيْسَتْ مَغْطَاةً، وَاخْتَارَ ذَلِكَ بَعْضُ الْبَاحِثِيْنَ، كَالشَّيْخِ عَبْدِالسُّتَارِ أَبُو غَدَةَ<sup>1</sup>، وَالشَّيْخِ نَزِيهِ حَمَادٍ<sup>2</sup>، وَالشَّيْخِ يُوْسُفَ الشَّيْبِلِيِّ<sup>3</sup>، وَغَيْرِهِمْ.

وَمِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي أَبَاحُوا بِهَا شُرَاءَ الذَّهَبِ بِالْبِطَاقَاتِ الْمَغْطَاةِ وَغَيْرِ الْمَغْطَاةِ الْآتِيَةِ<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1339/12.

<sup>2</sup> المصدر السابق، 1361/12.

<sup>3</sup> الخدمات الاستثمارية، 42 / 2 - 45.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

أ- أن فواتير البطاقة الائتمانية تُعتبر واجبة الدفع من قبل البنك المصدر، ولا يتوقف ذلك على وجود رصيد للعميل لدى البنك من عدمه، ولا على الوفاء الفعلي من قبل العميل، فالفاتورة تُعتبر ملزمة، وحتمية في حق البنك.

والشرط الأساسي فيها هو تثبتُ البائع من شخصية العميل، ومطابقتها للمدوّن في البطاقة، ومطابقة توقيعه على القسيمة، وتوقيعه على البطاقة، والتأكد من سريان صلاحية البطاقة، فإن تثبت من هذه الأشياء، فالفاتورة تُعتبر ملزمةً للبنك، وواجبة الدفع، حتى ولو لم يكن البائع قد حصل على تفويض خاصٍ بهذه العملية من البنك إذا كان ذلك ضمن الحدود المتفق عليها.

وعليه فإن الفاتورة ليست مُجرّد شيك، بل هي في قوّة الشيك المصدق، أو الشيك المحرّر من البنك؛ لذا فالقبض في البطاقة الائتمانية ينبغي أن يُلحق بالقبض بواسطة الشيك المصدق، أو الشيك المحرّر من قبل البنك، وقد ذهب عامّة الباحثين المعاصرين - كما تقدّم - إلى أن الشيك إذا كان مصدقًا، أو محرّرًا من قبل البنك، فإنه يقوم مقام قبض محتواه.

ب- ولأنّ البطاقة الائتمانية أصبح لها من القبول عند الناس ما يُضاهي أو يفوق الأوراق النقدية والتجارية، والقبض يستند في كثيرٍ من أحكامه إلى العرف، فمن يلزم الناس بشكلٍ معيّن من أشكال القبض، فعليه الدليل، فإن تعلّل بأن العرف قاضٍ بعدم اعتباره، فهذا بحسب علمه واطلاعه، وإلا فإنّ العالم برُمته يتّجه إلى عصر اللانقد، والبائع يُفضّل - بلا تردّد - قبض الثمن عن طريق البطاقة على قبضه نقدًا؛ لكونه أحوطً وأضبط، وأضمن وأسلم، وأحفظً لماله، وليس أدلُّ على ذلك من الكم الهائل بعدد الصّفقات التي تجرى سنويًا بالبطاقات الائتمانية، التي تتجاوز تريليونات الدولارات، فدعوى أنّ العرف جارٍ بعدم قبولها دعوى مردودة، وغير سائغة، بل وحتى في البلاد الإسلاميّة بدأت هذه البطاقات تكتسح الساحة، وتستحوذ على النصيب الأكبر من قيمة الصفقات.

ولا شكّ أنّ مصدر هذا القبول هو الضمان البنكي لأيّ قيمة يتمّ الشراء بها وفق الشروط والضوابط المتفق عليها، فالبائع سواء كان بنكًا أم غيره، حين يقبض القسيمة، فقد عدّ نفسه قابضًا للقيمة، ولا يكثرث لعملية صرف هذه القسيمة أو تحويلها لحسابه، ولا يخشى من عدم قبولها لدى البنك المصدر، حتى إنّ من الشروط المتفق عليها أنّ البطاقة لو فُقدت أو سُرقت، واستخدمها غير صاحبها الشرعي، فالبائع لا يتحمّل تبعه لهذا الاستخدام، وحقّه ثابت له في محلّه، حتى ولو ثبت أنّ مستخدمها غير صاحبها ما دام قد قام بالواجب عليه؛ وإنما الذي يتحمّل تبعه هو البنك المصدر إذا تمتّ الصفقة بعد إخطاره بضياع البطاقة، وأما قبل الإخطار فالذي يتحمّل العميل؛ لأنّه قد فرط بعدم التبليغ.

ج- وجود الأجل في صرف قسيمة البيع لا يُؤثّر في الحكم؛ لأننا إذا اعتبرنا قبض القسيمة كقبض المحتوى، فلا فرق بين أن يتمّ الصرف أنيًّا، أو بعد حين؛ لأننا نعتبر أنّ القبض قد

تمّ باستلام قسيمة البيع، فالشرط هو أن يتمّ تحرير القسيمة حالّة، وأما صرف قيمتها فلا فرق بين أن يكون أنياً أو مؤجّلاً؛ لأنّ هذا الاعتراض واردٌ على كلا الحالين، ففي الأولى ينتفي التقابض، وفي الثانية ينتفي الحلول؛ ولذا فإنّ من التناقض ما ذهب إليه بعضهم من التفرقة بين البطاقات التي يشترط مصدرها مهلةً لتأمين تغطية قيمة القسيمة، والبطاقات التي لا يشترط مصدرها ذلك، فإمّا الإباحة في الجميع، وهو الصحيح، أو المنع في الجميع. ومثل هذا الاعتراض يردُّ على الشيك المصدق، فمن أوجب على قابضه أن يصرّفه حالاً، لزم على قوله أن ينتفي القبض في المجلس حتّى مع الحلول، وإلا كان تناقضاً.

والتأجيل قد يكون ملازمًا للشيك، ولو كان مصدقًا أو محرّرًا من قبل البنك، في كثير من الأحيان، فعلى سبيل المثال: لو حرّر الشيك بعد ساعة إقبال البنك، أو في نهاية الأسبوع، أو في بلد لا يوجد فيها فرع للبنك المسحوب عليه، أو تماهّل التاجر في صرف الشيك، أو كان التاجر يتعامل مع غير البنك المسحوب عليه، ورغب في إيداع الشيك في حسابه (إذ المقاصة بين البنوك تستلزم عدّة أيام).

وقد اعتبر كلٌّ من مجلسي مجمع الفقه التابع للرابطة، ومجمع الفقه التابع للمنظمة: أنّ قبض الشيك في الحوالات المصرفيّة يقوم مقام قبض محتواه، مع أنّ صرف الشيكات في الحوالات يستلزم وجود أجل لانتقال المستفيد إلى البلد الذي يرغب في تحويل النقد إليه.

د- وقد يردُّ على الشراء بالبطاقة الائتمانية أنّ حامل البطاقة قد يشتري وليس لديه رصيد لدى البنك المسحوب عليه، فيكون تحريره للقسيمة بلا رصيد.

ويجاب عن ذلك: بأنّ المقصود من قبض البائع هو تسلّمه للقيمة، سواء كان الدافع هو المشتري أو غيره، فلو أنّ شخصًا اشترى ذهبًا، وسدّد عنه القيمة في مجلس الشراء شخصًا آخر، صحّ الصرف؛ لوجود التقابض.

قال الشافعي: "مَنْ صَرَفَ مِنْ رَجُلٍ دَرَاهِمَ بَدَنَانِيرٍ، فَعَجَزَتِ الدَّرَاهِمُ، فَتَسَلَّفَ مِنْهُ دَرَاهِمٌ فَاتَمَّهُ جَمِيعَ صَرْفِهِ، فَلَا بَأْسَ"<sup>1</sup>.

فما دام البنك المصدر ملتزمًا بتسديد قيمة الفاتورة للبائع، فتوقيع العميل على القسيمة يقوم مقام مباشرته التسليم.

والموجب لهذا البسط هو توجه كثير من هيئات الفتوى إلى تحريم إجراء العقود التي يشترط لها التقابض بالبطاقة الائتمانية، ومن ذلك شراء الوحدات الاستثمارية والأسهم التي من موجودتها نقود، والمؤمل في هذه الهيئات أن تراجع فتواها تلك، فإنّ التعامل بالبطاقات

<sup>1</sup> الأم، 32/3.

أصبح له من القبول ما يفوق النقود الورقية في كثير من البلدان.<sup>1</sup> ولقد تم نقل النصوص بحروفها رغم طولها؛ لقوتها، وخشية أن يكون الاختصارُ مفسدًا لها.

والذي أميل إليه أن القبض ببطاقة الائتمان قبضٌ حُكمي صحيح لا يختلف عن القبض بالشيك المصدق، ولا عن القبض بالشيك المحرّر من لدن المصرف، إن لم تكن أقوى منهما، وأن البطاقة إذا كانت خالية من شروطٍ محرّمة، فالبيع والشراء بها سائغ، وأن قبض قسيمة الشراء يُعتبر قبضًا لما تحويه<sup>2</sup>.

## 2- صرف العملات عن طريق استخدام بطاقات الائتمان<sup>3</sup>:

سبق البحث عن حكم شراء الذهب والفضة ودفع الثمن ببطاقات الائتمان، والبحث الآن عن حكم ما إذا ترتّب على الشراء صرفُ عملةٍ بأخرى، وفي أحيانٍ كثيرة تكون عملية الصرف من لازم الشراء، وإن لم يقصد المتعامل بيعه وشرائه صرفَ نقودٍ بأخرى؛ وذلك أن البطاقة لما كان لها صفة العالمية، وكان صاحبها يستطيع أن يستخدمها في معظم دول العالم، فإذا اشترى سلعةً فإنّ مُصدر البطاقة يسدّد عن حاملها فورًا بعملة البلد المستخدمة فيه، ثم يعود على حاملها لئيسدّد له بعملة أخرى، خلال مدّة السماح المجّانية، فهذه عملية صرفٍ المقصود منها استيفاء ما وجب على المستفيد، وليس المقصود منها المعاوضة، فما حكم هذه العملية؟ جاءت آراء الفقهاء كالآتي:

1- الذين منّوا شراء الذهب والفضة ببطاقة الائتمان، منّوا الصرف فيها، حيث لا فرق عندهم بين المسألتين.

2- وهناك من أهل العلم من أجاز المسألتين، فلم يفرّق بينهما، وفي الحاليين أدلّتهم في هذه المسألة هي أدلّتهم في مسألة بيع الذهب ببطاقة الائتمان وشرائه، وقد سبق بحثها في المسألة السابقة.

3- والفريق الثالث من أهل العلم أجاز شراء الذهب والفضة ببطاقة الائتمان، كما أجاز السحب النقدي بالبطاقة، ولو لم يكن هناك تغطية في رصيده، إذا لم يتقاضى المُصدر فوائد أو عمولة على الاقتراض زائدة عن النفقات الفعلية لتقديم هذه الخدمة، ومنع من الشراء بها سلعةً إذا ترتّب على هذا الشراء صرفُ عملةٍ بأخرى، وهذا القول هو الذي يعتبر فيه إضافة على المسألة السابقة، وعرضه ودراسته يوضح وجهة نظر من يرى هذا القول، ومقدار وجاهة هذا القول، ومن هؤلاء الدكتور نزيه حماد.

<sup>1</sup> الخدمات الاستثمارية، يوسف الشبيلي، 42/2.

<sup>2</sup> المعاملات الإسلامية أصالة ومعاصرة، 194/12.

<sup>3</sup> المصدر السابق، 195/12-204.

وجه من منع الشراء بالبطاقة إذا ترتب على هذا الشراء مصارفة:

اعتمد القائلون بالتحريم على ثلاثة محاذير:

### المحذور الأول: في التأخر في قبض بدل الصرف<sup>1</sup>:

وذلك أن مُصدر البطاقة يُجري الصرف مع حاملها إلى العملة المحلية بمجرد سداه بالعملة الأخرى، ولا يُطالب حاملها ببذل الصَّرْف إلا عند إصدار الفاتورة لاحقاً، مع إعطائه مهلةً سماح مجاناً للسداد... وهذا التراخي غير جائز شرعاً في قول سائر أهل العلم؛ لأنه من ربا النسيئة (ربا البيوع)، الذي هو ذريعة إلى ربا النسيئة (ربا الديون)، الذي هو صُلب الربا وأساسه. حيث يستطيع حامل البطاقة استخدامها في معظم أنحاء العالم لشراء السلع والخدمات، بحيث يسدد مصدر البطاقة المبلغ المستحق على حاملها فوراً بعملة البلد المستخدمة فيه، ثم يعود على حاملها بالعملة المحلية باستخدام سعر صرف ذلك اليوم أو حسب ما تم في الاتفاقية ليسدد بها بعد صدور فاتورة البطاقة، وخلال مهلة السماح المجانية. وهذه العملية تتضمن صرفاً، وعملية الشراء والصرف قد تتجاوز الأسبوعين والثلاثة، وقضية تطرح الدينين صرفاً جائزة شرعاً بشرط أن يقع القبض حقيقة أو حكماً ناجزاً وغير مؤخر عن العقد، فلا يبقى شيء في الذمة بعده لأحدهما امتثالاً لقوله ﷺ: "لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تنفرقاً، وبينكما شيء"، لكن في عمل بطاقة الائتمان يلاحظ التراخي في قبض المصدر بدل الصرف من حامل البطاقة عن مصارفته لمدة أسبوعين أو أكثر، وهو تراخ غير جائز، فقد "حرم التفریق في الصرف وبيع الربوي بمثله قبل القبض لئلا يتخذ ذريعة إلى التأجيل الذي هو أصل باب الربا، فحماهم من قربانه باشتراط التقابض في الحال، ثم أوجب عليهم فيه التماثل وأن لايزيد أحد العوضين على الآخر إذا كانا من جنس واحد؛ حتى لايباع مد جيد بمدين رديئين وإن كانا يساويانه سدا لذريعة ربا النساء الذي هو حقيقة الربا وأنه إذا منعهم من الزيادة مع الحلول حيث تكون الزيادة في مقابلة جودة أو صفة أو سكة أو نحوهما فمنعهم منها حيث لا مقابل لها إلا مجرد الأجل أولى"<sup>2</sup>.

### المحذور الثاني: في وقت سعر الصرف.

يقول الشيخ عبدالستار أبو غدة: "في حالاتٍ عديدة يقوم العميل حامل البطاقة باستخدام بطاقته لسداد قيمة مشتريات أو خدمات تختلف عن عملة حساب البطاقة التي يتعامل بها مع البنك المُصدر، وحيث إنَّ هذا الأخير يدفع تلك المبالغ لمستحقيها بالدولار عادة، فإنَّ تسوية المعاملة تحتاج إلى عملية صرف أو تحويل المستحقات من الدولار إلى العملة المحليّة.

<sup>1</sup> قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، 160 - 162، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ.  
<sup>2</sup> إعلام الموقعين، 184/3.

فبعضُ البنوكِ المُصدِّرة تقوم بعملية الصَّرْفِ على أساسِ السعرِ المعلنِ لديها في يومِ قيدِ قيمة تلكِ المشترياتِ أو الخدماتِ على حسابِ العميلِ حاملِ البطاقة، أو بزيادةِ نسبةِ معلومة.

وبعضُ البنوكِ يعتمدُ سعرَ الصَّرْفِ السائدِ في التاريخِ الذي تمَّ فيه سدادُ القيمةِ من جانبِ البنكِ نيابةً عن العميلِ حاملِ البطاقة.

وبعضها يعتمدُ سعرَ الصرفِ السائدِ في تاريخِ استلامِ بيانِ المبالغِ المستحقَّةِ من المنظَّمةِ العالمية<sup>1</sup>.

مع أنَّ الواجبُ أن يُعتمدَ سعرُ الصرفِ في يومِ سدادِ المستفيدِ للقرضِ الذي عليه، كما في حديثِ ابنِ عمر، قال رسولُ الله ﷺ: "لا بأسَ أن تأخذها بسعرِ يومِها ما لم تتفرَّقا، وبينكما شيءٌ".

### المحذور الثالث: اجتماع الصَّرْفِ والقرضِ.

"عقدُ الصرفِ نوعٌ من البيوعِ، فلا يجوزُ اجتماعُهُ مع القرضِ؛ لقوله ﷺ: "لا يجلُّ سلفٌ وبيعٌ"<sup>2</sup>؛ لئلاً يؤدي إلى المحاباةِ في سعرِ الصرفِ من أجلِ القرضِ، والواقعُ يدلُّ على أنَّ سعرِ الصرفِ في العملياتِ التي تجري ببطاقةِ الائتمانِ أعلى من سعرِ الصرفِ السائدِ في ذلكِ الوقتِ في العملياتِ التي تجري بدونها، وعلى هذا التركيبِ في هذه الحالة - فيما يظهر - يُؤدِّي إلى المنعِ؛ خروجًا من شبهةِ الربا"<sup>3</sup>.

ولعله بتدقيقِ النظرِ يظهرُ أنَّ هذا لا يدخلُ في النهيِ عن سلفٍ وبيعٍ؛ لأنَّ الأصلَ في بطاقةِ الائتمانِ القرضُ وحده، وأمَّا الصرفُ فيأتي تبعًا، وهو من بابِ الاستيفاءِ، وليس من بابِ المعاوضةِ وطلبِ الربحِ؛ ولذلك يشترطُ أن يكونَ ذلكِ بسعرِ يومِ الصَّرْفِ؛ حتى لا يكونَ هناكِ محاباةً في الصرفِ، ولو كان ذلكِ من بابِ سلفٍ وبيعٍ، لما صحَّ فعلُ ابنِ عمر، حيثُ كان يبيعُ ويصارفُ، فهو يبيعُ الإبلَ بالدرهمِ، ثم عندَ الاستيفاءِ يأخذُ الدينارَ، فهو جمعُ بينِ دينٍ وصرفٍ وبيعٍ.

- فالبيعُ جاء من قولِ ابنِ عمر: "كنا نبيعُ الإبلَ..".

- وأما الدينُ؛ فلأنَّ الثمنَ يبقى دينًا في ذمَّةِ المشتري؛ لأنَّه لو كان حالاً لما احتاجَ أن يبيعَ ابنُ عمر بالدرهمِ ويأخذَ الدينارَ؛ لأنَّه كان بالإمكانِ أن يبيعَ مباشرةً بالدينارِ، ولا يحتاجُ إلى عمليةِ المصارفةِ، ما دام لن يربحَ فيها، ولكن ابنُ عمر كان يتركُ الثمنَ دينًا في ذمَّةِ المشتري.

<sup>1</sup> بطاقات الائتمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1338/12.

<sup>2</sup> سنن الترمذي، 535/3، كتاب: البيوع، باب: كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم (1234).

<sup>3</sup> العقود المالية المركبة، عبدالله بن محمد العمراني، 373.

ولا فرق بين أن يكونَ الدَّيْنُ جاءَ من قرض أو من بيع<sup>1</sup>.

- وأما الصرف؛ فلأنَّه إذا جاء وقتُ الاستيفاء، ولم يكن مع المشتري جنسُ الثمن المطلوب منه صارفه ليستوفي حَقَّه، فكانتِ المصارفة هنا من باب الاستيفاء، وليست من باب المعاوضة؛ ولهذا كان هذا مشروطاً بحيث لا يربح عليه، وأن يكون مقبوضاً في مجلس العقد.

**أما وجه من أجاز الشراء بالبطاقة ولو ترتب على هذا الشراء مصارفة:**

إنَّ عمدة مَنْ يرى جوازَ ذلك هو حديثُ ابن عمر - رضي الله عنه -، حيث قال: "كنتُ أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وأخذ الدنانير، فأتيتُ رسولَ الله ﷺ وهو يريد أن يدخُل بيت حفصة، فقلت: يا رسولَ الله، إني أبيع الإبل بالبيع، فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وأخذ الدنانير، فقال رسولُ الله ﷺ: لا بأس أن تأخذها بسعرِ يومها ما لم تنفرَّقا، وبينكما شيء<sup>2</sup>."

فالمطلوب في صرف ما وجب في الذمَّة أمران:

الأول: أن يتمَّ التقابضُ في المجلس، بحيث لا يتفرَّقا وبينهما شيء.

**الثاني:** ألا يربح في عملية الصرف؛ لأنَّ المراد من الصرف هو الاستيفاء، وليس المعاوضة، وحتى لا يربح فيما لم يضمن؛ فعن عبدالله بن عمرو - رضي الله عنهما - أنه قال: "نهى رسولُ الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن"<sup>3</sup>.

فإذا علِم هذا، فإنَّ تنزيلَ مسألة الصرف في بطاقة الائتمان على حديثِ ابن عمر، لا يخلو من حالين:

الأول: أن يكون للعميلِ رصيدٌ في البنك يقابل مصروفاته.

والثاني: ألا يكون له رصيدٌ في البنك يقابل مصروفاته.

فإن كان الأول، فإنَّ سعر الصرف الذي ينبغي الاعتبارُ به: هو سعره يومَ أداء البنك للطرف الثالث (المستفيد)؛ إذ هو اليوم الذي قامت فيه الحاجةُ إلى المصارفة، فكان الاعتبارُ بسعره؛ لحديث ابن عمر السابق.

<sup>1</sup> مجموع الفتاوى، 510/29.

<sup>2</sup> سبق تخريجه.

<sup>3</sup> سبق تخريجه.

وإن كان الثاني، وهو أن العميل ليس له رصيدٌ يقابل مصروفاته، والفرَضُ أنَّ المصرف قام بالأداء عنه، فإنَّ المصرف حينئذٍ يكون مقرضًا له، فإذا استدعى الأمر المصارفة فإنَّ سعرَ الصرف الذي ينبغي الاعتبارُ به: هو سعره يوم أداء العميل للبنك؛ إذ هو اليوم الذي قامت فيه الحاجةُ إلى المصارفة، فكان الاعتبارُ بسعره؛ عملاً بحديثِ ابن عمر المتقدِّم<sup>1</sup>.

وفي الحاليين لا يُعتبر هناك عمليةٌ تأخُّرٌ في قبْض بدل الصَّرْف؛ لأنَّه في الحال الأولى يكون لدى البنك رصيدٌ للعميل، فهو في ذِمَّته مالٌ للمستفيد، وما في الذِّمة في حُكْم المقبوض.

وفي الحال الثانية لم تجر عمليةُ الصرف إلا عند حضور المستفيد ليؤدِّي ما وجب عليه في ذِمَّته من قرضٍ للبنك أو لمُصدرِ البطاقة؛ وبالتالي تكون عمليةُ الصرف قد تمَّت في حضوره مع حصولِ القبض الحقيقي الواجب شرعًا، فليس في المسألة عمليةٌ تأخُّر.

فإن كان واقع الحال كما ذكره الدكتور عبدالله السعيدى، فالقول بالجواز راجح؛ لأنَّه لا محذور شرعًا في عملية الصَّرْف، والله أعلم.

وإن كان واقع الحال غير ما ذكره الدكتور، فلا مانعٌ من اشتراط ذلك بين مُصدرِ البطاقة والمستفيد، والأمر ليس صعبًا، خاصَّةً أنَّ الشيخ عبدالستار أبو غدة نقلَ اختلافَ التعامل بين بطاقةٍ وأخرى، فلا مانعٌ من اشتراط ذلك، وأن يتولَّى بنك المستفيد وضعَ هذا الشرط ضمنَ العقد، ولن يتضرَّر أحدٌ منهما.

وقد صدرت فتوى في شأن هذه المسألة في ندوة البركة الثانية عشرة، وقد جاء نصُّها:

"يجوز اتِّفاق البنك المُصدر مع حاملِ البطاقة على تحويلِ قيمة المبالغ المستحقَّة، باستخدام السبَّع المعلن لدى البنك يوم إجراء قيد العملية لصالح التاجر (يوم السداد)، وذلك بالحسْم من حساب حاملِ البطاقة إن كان فيه رصيد، أو بإقراضِ البنك له بدون فوائد، بإضافة المبلغ إلى حسابه المكشوف، ثم الحسْم منه إن كان البنك قد وافق على إقراضه في هذه الحالة، ويعتبر شرطُ التقابض متوفرًا، وهو من قبيل القبض الحُكْمِي؛ لأنَّ هذا صرف ما في الذِّمة، وهو جائزٌ عند جمهور العلماء"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، عبدالله السعيدى، 343/1.

<sup>2</sup> بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها، عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1338/12.



## المبحث الثاني: الشيك

### المطلب الأول: ماهية الشيك

الشيك نوع من الأوراق التجارية وأهم أدوات سوق النقد وأكثرها شيوعاً واستعمالاً، وينبني توضيح معناه وماهيته على توضيح معنى الأوراق التجارية وصفاتها، باعتباره أحد أنواعها وأداة من أدواتها، حيث تعرف الأوراق التجارية بأنها: "سند مكتوب يتضمن التزاماً بدفع مبلغ معين بتاريخ معين، ويكون قابلاً للتداول بالطرق التجارية، ويقوم مقام النقود في المعاملات"<sup>1</sup>، وتتميز الأوراق التجارية بخصائص تجعل منها محل اعتبار واعتراف.

#### خصائص الأوراق التجارية<sup>2</sup>:

- 1- تمثل الحقوق التي موضوعها مبلغ معين من النقود، مستحق الوفاء في وقت معين، أو قابل للتعيين.
- 2- قابلة للتداول عن طريق التظهير والتسليم، ويكفي للتظهير مجرد توقيع صاحب الحق على ظهر الورقة التجارية، ولا يتطلب التسليم إلا مجرد مناوله الورقة التجارية من يد إلى يد، ويصبح الشخص الذي انتقلت إليه الورقة هو صاحب الحق الثابت بها.
- 3- أن تكون مستحقة الدفع لدى الاطلاع، أو بعد فترة قصيرة.
- 4- أن يجري العرف على قبولها كوسيلة للوفاء، وإلا فلا قيمة للخصائص السابقة ما لم تتوفر هذه الخاصية.

تلك هي خصائص الأوراق التجارية والتي يعد الشيك أحدها.

#### والشيك لغة<sup>3</sup>:

يستعمل للدلالة على الورقة التجارية المعروفة، وهي لفظ مشتق من الكلمة الإنجليزية (cheek) بمعنى: يراجع، أو مشتق من (to cheek) بمعنى: يراقب. وهناك من يرى أن مصطلح (الشيك) مأخوذ عن اللغة العربية فهو أقرب لغويا ومنطقيا من المصطلح العربي (صك) والذي يعني: كتاب، وهو فارسي معرب، وأصله "جك"، ومما يرجح ذلك أن العرب هم أول من استعمل الصكوك ثم انتقلت منهم إلى باقي الأمم، وقد شاع استخدام اللفظ في

<sup>1</sup> الأوراق التجارية في النظام السعودي، عبدالله عمران، 10.

<sup>2</sup> المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، 565/13.

<sup>3</sup> الصحاح، الجوهري، مادة (صكك)، 1569/4، الموسوعة الفقهية الكويتية، 4967/2، أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون، عيسى محمود العواودة، 9، جامعة القدس، 2011.

معظم بلاد العالم فأصبحت له دلالة عالمية على أمر الدفع الذي يوجهه العميل إلى البنك بدفع مبلغ من المال لصالح المستفيد المسمى، أو لأمره، أو لحامل الورقة.

وقد عرف المسلمون في تعاملهم التجاري مما يمكن اعتباره أصولاً للشيك، كالصك، والسفتجة ورقاع الصيارفة.

فالصك: هو الكتاب الذي يكتب للعهد، وتكتب فيه المعاملات والأقارير وكانت الأرزاق - أي الرواتب - تسمى صكوكاً؛ لأنها كانت تخرج مكتوبة<sup>1</sup>، " والصكّ: ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها"<sup>2</sup>.

وقد تعامل المسلمون بالصكوك منذ عصر الصحابة رضي الله عنهم، بل إن العرب هم أول من استعمل الصكوك وبيان ذلك ما جاء " عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال لمروان: أحللت بيع الربا؟ فقال مروان: ما فعلت؟! فقال أبو هريرة: أحللت بيع الصكوك وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى؟! قال: فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها، قال: سليمان<sup>3</sup> فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس"<sup>4</sup>.

و(الصكوك) جمع صك، وهو الورقة المكتوبة بدين ويجمع أيضاً على صكوك، والمراد هنا الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام أو غيره، فيبيع صاحبها ذلك لإنسان قبل أن يقبضه وقد اختلف العلماء في ذلك<sup>5</sup>.

وقد أصدر هذه الصكوك مروان بن الحكم والي المدينة من جهة معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما، كتب فيها أرزاقاً من الطعام للجند، والعمال مقابل مستحقاتهم، ورواتبهم، فباعها الناس قبل أن يستوفوا ما فيها، وهو الذي أنكره أبو هريرة، وزيد بن ثابت وغيرهم رضي الله عنهم، إنما هو بيعها من مشتريها، لا عن بيعها ممن كتبت له؛ لأنها استحقاق أخذه من غير شراء، فلا يدخل بيعه لها في نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل استيفائه<sup>6</sup>.

وانتشر التعامل بالصكوك في العالم الإسلامي حيث تدل " بعض الخطابات الراجعة إلى القرن الحادي عشر الميلادي، على أن الصك كان يكتب أحياناً في إقليم من أقاليم الدولة الإسلامية، مع توجيه حامله، أو المستفيد به، إلى صيرفي في إقليم آخر وليس أدل على

<sup>1</sup> التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، 459/1، تح: محمد رضوان الداية، دار الفكر - بيروت، ط1، 1410 هـ .

<sup>2</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 192/24.

<sup>3</sup> هو أبو عبد الرحمن، سليمان بن عبد الرحمن بن عيسى الدمشقي الشهير بابن يسار، الخراساني الأصل، مولى ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، أحد فقهاء المدينة السبعة، له رواية عن أكابر الصحابة رضي الله عنهم، وروى عنه جماعة منهم الزهري، وكان عالماً، ثقة، عابداً، حجة، توفي سنة 107 م، ينظر، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ابن خلكان، أحمد بن محمد بن أبي بكر، 2/399، تح: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1337هـ.

<sup>4</sup> صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان البيع قبل القبض، 1162/3، حديث رقم (1528).

<sup>5</sup> المصدر نفسه.

<sup>6</sup> الاستذكار، ابن عبد البر، 375/6.

ذلك من القصة التي ذكرها أحمد أمين عن سيف الدولة الحمداني في زيارة له إلى بغداد حيث تخفى قاصداً الفرجة، ومعرفة حال الرعية، فدخل على بيوت بعض أهلها فأكرمهم وهم له منكرون، فلما تولى كتب لهم، رقعة إلى أحد الصيارفة في بغداد بألف دينار، فأعطاهم الصيرفي النقود في الحال، وأخبرهم أن ضيفهم سيف الدولة بن حمدان، ثم تطور العمل بالصكوك وتفرعت إلى صكوك الدين، وصكوك الأرزاق، وصكوك أوامر الدفع، وهو أظهر أنواع التعامل بها، وأقربها شبيهاً بالشيك<sup>1</sup>.

وأما السفاتج<sup>2</sup>: فهي بطاقة يوفى بها الدين في بلد آخر، دفعا لخطر الطريق، وعناء حمل النقود، وقد تعامل المسلمون بالسفاتج، منذ عصر الصحابة رضي الله عنهم، حتى أصبح التاجر يذهب إلى مناطق جلب البضائع، معتمداً على السفاتج وحدها، من غير أن يحمل معه نقوداً، فيدفع منها ثمن ما اشترى، مجنباً نفسه المخاطرة بحمل النقود، والسفر بها، فقد كان ابن الزبير - رضي الله عنه - يأخذ من التجار الورق في مكة، فيأخذون أجود منها في العراق، إحساناً من ابن الزبير وقد "كان يأخذ من قوم بمكة دراهم، ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق، فيأخذونها منه فسئل عن ذلك ابن عباس، فلم ير به بأساً"<sup>3</sup>.

وأما رقاغ الصيارفة: فهي ما كان يصدره الصيارفة من أوراق مما يكتب عليه توثق قيمتها من النقود التي يدفعها الناس لهم، فكانت مثل النقد بيعة وشراء، وقد شاع استخدامها في القرن الخامس الهجري، مما يبين سعة التعامل بأصول الشيك واعتماد التجار عليها في المجتمعات الإسلامية، منذ القدم<sup>4</sup>.

### والشيك اصطلاحاً:

تباينت عبارات الفقهاء في وصفه بأنه صك، أو أمر، أو محرر، أو ورقة، ومنهم من عرف الشيك منفصلاً، ومنهم من عرف الأوراق التجارية جملة واحدة من غير تفصيل، غير أن هذا التباين لم يجعل من فوارق حقيقية في مضمون الشيك أو وظيفته، فيمكن إجمال تعريفهم له بأنه: "صك محرر قابل للتداول وفق شكل قانوني معين يتضمن أمراً من الساحب إلى البنك بدفع مبلغ معين من النقود لحامله بمجرد الاطلاع"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ظهر الإسلام، أحمد أمين، 108/1، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3.

<sup>2</sup> السرخسي، 37/14،

<sup>3</sup> المغني، 436/6.

<sup>4</sup> أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، سعد الخثلان، 37، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1427، 2.

<sup>5</sup> أحكام الأوراق التجارية، الخثلان، 30، أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون، 6.

## خصائص الشيك:

الشيك باعتباره أحد أشهر الأوراق التجارية له خصائص وميزات تقاربه من النقود بل وتمنحه ميزات تفوقها سرعة ودقة وأمنًا، ومن هذه الخصائص<sup>1</sup>:

1- قابلية الشيك للتداول بالطرق التجارية بالانتقال أو التحويل من شخص لآخر من غير إجراءات معقدة وهي من أهم خصائصه التي لا يقوم بدونها، بل يكفي في ذلك تسليمه للغير بالمناولة، أو تظهيره - وهو نقل الحق الثابت به إلى حامله بالكتابة على ظهره بما يفيد الموافقة على ذلك، والتنازل عنه لصالح الحامل -، وتتميز طريقة نقل الحق الثابت بالشيك عن طريق التداول بالبساطة، والسرعة، بما يتوافق وحركة التجارة العصرية التي أصبح من أهم عوامل نجاحها السرعة وعدم التكلفة في الإجراءات.

2- تمثيل الشيك لحق نقدي بقيام الشيك مقام النقود، وتمثيله لها تمثيلاً تاماً بيعة وشراء، بل وفي جميع التعاملات التجارية من تحويلات، وتوثيق للديون.

3- استحقاق الشيك للدفع بمجرد الاطلاع، وهو امتياز له عن غيره من الأوراق التجارية كالكميالة، أو سند السحب؛ لأنه يستحق الدفع بمجرد الاطلاع، أو بعد أجل قصير، كما يستطيع حامله أن يحصل على قيمته فوراً عن طريق خصمه في البنك المسحوب عليه، أو أن يظهره إلى غيره تسديداً لثمن سلعة، أو وفاء دين.

4- لا يفقد قيمته في حال ضياعه، بل هو سند بدين يثبت بإحدى طرق الإثبات المعتبرة في حال ضياعه.

## التوصيف الفقهي للشيك<sup>2</sup>:

إذا أراد شخص ما أن يفي بالتزاماته، فإنه بدلاً من الدفع النقدي وتحمل ما يرافقه من صعوبات أو مخاطر، أو نقل للأموال من مكان إلى آخر، يقوم بتحرير شيك ثم يعطيه أو يرسله لصاحب الحق، أو من له عليه التزام مالي معين وبهذا العمل يكون قد وقى بما عليه من دين أو حقوق مالية.

لكن هذا الشيك الصادر من محرره إما أن يقابله رصيد في حساب محرره، أو لا يقابله، ولكل أحكامه:

<sup>1</sup> أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون، 11، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 593/13.  
<sup>2</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 597/13، أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون، 16.

## المسألة الأولى: أن يكون لمحارره رصيد في المصرف:

وفي هذه الحالة لا يعدو الشيك أن يكون وثيقة بدين تقضي بإحالة محتواه من ذمة صاحبه إلى ذمة المسحوب عليه مع بقاء مسؤولية صاحبه حتى سداده، ولا ينبغي له أن يسحب إلا على ما لديه مقابل وفائه، ولا يلزم لاعتباره قبول المسحوب عليه، وكل هذه الخصائص هي خصائص الحوالة، وعليه فإن التصنيف الأنسب للشيك هو الحوالة.

فالساحب هو المحيل، والمستفيد هو المحال، والمصرف هو المحال عليه.

والدلالة على هذا التصنيف ماجاء عن الرسول ﷺ أنه قال: "مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع"<sup>1</sup>.

غير أن هذا التصنيف نوقش بالآتي:

أن صاحب الشيك يعتبر ضامنا لقيمته حتى يوم سداده، بينما الحوالة تقتضي براءة المحيل من الدين. وبالتالي لا يكون للمستفيد حق المطالبة والرجوع إلى مصدر الشيك في حال رفض البنك أداء مبلغ الحوالة لأي سبب من الأسباب، على خلاف المعمول به في الشيك اليوم من أن المستفيد يرجع بالشيك إذا لم يصرف إلى مصدره ويعتبر ضامنا لقيمته حتى يتم سداده، وبهذا يتعارض الشيك مع الحوالة في هذه المسألة.

وعليه فقد اختلف الفقهاء في حكم الحوالة إذا اشترط فيها ضمان المحيل:

- فرأى الحنفية<sup>2</sup> عموما براءة ذمة المحيل من الدين والمطالبة جميعا بالقبول، ولا يرجع المحال على المحيل إلا أن يثوى<sup>3</sup> حقه، والثوى: هو أن يجحد المحال عليه الحوالة، أو يموت، أو يفلس، فالمحال رضي بالتحويل تسريعا لأخذ ماله، لا لتضييعه؛ ولأن الحوالة إذا اشترط فيها ضمان المحيل تحولت إلى كفالة (عقد ضمان).

ورأى زفر أن الحوالة لا تقتضي براءة المحيل من الدين؛ لكونها كالكفالة، أما محمد بن الحسن فقد رأى أن الحوالة تنقل المطالبة بالدين، أما الدين فهو باق في ذمة المحيل<sup>4</sup>.

- وإلى مثل رأي الحنفية ذهب الشافعية<sup>1</sup>، بل ورأوا إسقاط حق المحال في الرجوع إلى المحيل من غير بينة إن كان المحال عليه مفلسا أو جحد الحق، أو مات، والراجح من مذهبهم بطلان الحوالة إن اشترط الضمان.

<sup>1</sup> صحيح البخاري، 799/2، كتاب: الحوالات، باب: في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، حديث رقم (2166).

<sup>2</sup> الفتاوى الهندية، 276/3، تبين الحقائق، 153/4.

<sup>3</sup> وللتوى معنيان لغوي: من التوى وزان الحصى وقد بمد، وهو الهلاك، وإهلاك المال يُقال: توى المال بالكسر يثوى توى. لسان العرب، مادة "توا"، الصحاح، مادة "توى".

وإصطلاحا: وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له أو يموت مفلسا؛ لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة.

البحر الرائق، ابن نجيم، 272/6.

<sup>4</sup> تبين الحقائق، 172/4، البحر الرائق، 266/6.

ودليلهم: أن اشتراط الضمان في الحوالة ينافي مقتضى العقد؛ لأن الحوالة تقتضي براء المحيل من الدين، واشتراط ما ينافي مقتضى العقد يجعله باطلاً.

كما أجاز الشافعية في قول مرجوح عندهم، أخذ الضمان على الحوالة، بناء على أن الحوالة بيع وليست استيفاء<sup>2</sup>.

- وكذلك رأي المالكية<sup>3</sup> فلا رجوع للمحال إلى المحيل إلا إذا غرر به فأحاله على مفلس وهو يعلم، أو أفلس المحال عليه أو مات.

أما الحنابلة<sup>4</sup> فقد تعددت أقوالهم على النحو الآتي:

الأول: أن المحيل يبرأ بمجرد إتمام الحوالة، ولو أفلس المحال عليه، أو مات، ولا رجوع على المحيل؛ لأن الحق انتقل من ذمته، وبرئ منه براءة تامة، على الصحيح من المذهب.

والثاني: لا يبرأ المحيل من الدين إلا برضا المحال، ولكن يبرأ من المطالبة بمجرد الحوالة، والثالث: لا يبرأ مطلقاً.

والراجح - والله أعلم - أن شرط الضمان لا ينافي مقتضى عقد الحوالة؛ لأن هناك فرق بين أن يشترط عدم براءة المحيل وبين أن يشترط ضمانه، فاشتراط عدم براءة المحيل مناف لحقيقة عقد الحوالة والتي تقتضي براءة المحيل، أما اشتراط الضمان فلا ينافي حقيقة العقد؛ لأنه لا يمنع براءة المحيل من الدين، وانتقاله إلى ذمة المحال عليه، وإنما غاية الأمر اشتغال ذمة المحيل بالدين مجدداً بعد براءته منه مسبقاً بانتقاله إلى ذمة المحال عليه، فإن قيل أن المحيل بقي مطالباً، أجيب: بأن المطالبة موجودة ولكنها مختلفة، فقد كان المحيل مطالباً بالدين على وجه الأصالة، أما بعد الحوالة التي اشترط فيها ضمانه، فقد صار مطالباً على وجه الضمان لا على الأصالة؛ لأن المحال عليه صار هو المدين الأصلي، واشتغال ذمة المحيل بعد براءته لا تبطل العقد.

ولعل الأضمن للمحال أن يقول للمحال عليه: اضمن لي هذا الدين الذي على غريمي ويرضى منه بذلك بدل الحوالة، فإذا ضمنه تمكن من مطالبة أيهما شاء<sup>5</sup>.

### المسألة الثانية: ألا يكون لمحرم الشيك رصيد في المصرف:

وعندها إما أن يقبل المصرف المعاملة أو يرفضها:

<sup>1</sup> تحفة المحتاج، 236/5، الوجيز، الغزالي، 176.

<sup>2</sup> الأشباه والنظائر، 170.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي، 326/3.

<sup>4</sup> الإنصاف، المرادوي، 204/5.

<sup>5</sup> إعلام الموقعين، 40/4.

- فإن رفض المصرف المعاملة لم يترتب شيء عليها، وعد الحنابلة ذلك من باب وكالة الاقتراض<sup>1</sup>.

- وإن قبلها فإن التصنيف الفقهي لها جاء على صور مختلفة:

- رأى الحنفية<sup>2</sup> أنها حوالة صحيحة؛ لأنهم لا يشترطون أن يكون المحال عليه مدينة للمحيل، بل يجيزون الحوالة على من لا دين عليه إن قبلها.

- أما الشافعية<sup>3</sup> فقد عدوها حوالة غير صحيحة؛ لأن الحوالة في حقيقتها بيع، فلا تصح لمن لا دين عليه لعدم الاعتياض إذ ليس عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحال.

- ورأى المالكية<sup>4</sup> تصنيفها على أنها كفالة.

- وعدّها الحنابلة<sup>5</sup> وكالة في اقتراض.

وبالنظر يتضح عدم التعارض بين القولين الأخيرين، فهي كفالة بالنسبة لعلاقة المحال (المستفيد) بالمحال عليه وهو (المصرف)، وهي وكالة في الاقتراض بالنسبة إلى علاقة المحيل (محرر الشيك) بالمحال.

ولم تكن حوالة؛ لأنه لم يكن فيها تحويل حق من ذمة إلى أخرى، وجاز الاستدلال على الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى؛ لاستحقاق الوكيل مطالبة من عليه دين كاستحقاق المحال مطالبة المحال عليه.

وسواء أكانت حوالة أم كفالة أم وكالة اقتراض، فإنه لا حرج في تحرير شيك موجه من العميل إلى بنك ليس له فيه رصيد بشرط أن يخلو من الربا.

## المطلب الثاني: أنواع الشيكات:

للشيك أنواع تعددت وفقاً لتعدد صفة كل شيك، وصلاحيته، والجهة المحرر لها، ومن أشهر أنواعه الآتي<sup>6</sup>:

1- الشيك المسطر: وهو الشيك الذي يرسم على صدره خطين متوازيين بينهما فراغ، بأي اتجاه كان رسمهما، ويقضي ذلك إقامة البنك المسحوب عليه دائناً بقيمة الشيك لصالح

<sup>1</sup> مطالب أولي النهى، 333/3.

<sup>2</sup> بدائع الصنائع، 108/5.

<sup>3</sup> أسنى المطالب، 231/2.

<sup>4</sup> مواهب الجليل، 91/5.

<sup>5</sup> الإنصاف، 225/5.

<sup>6</sup> أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون 15-16، الأوراق التجارية، سميحة قليوبي، 460، دار النهضة العربية، ط 3، القاهرة 1999، م.

حامله، ويحقق وفاء قيمة الشيك عن طريق المقاصة، مما يقلل حجم تداول الشيك في المعاملات التجارية، وهذا الشيك لا يُصرف نقداً بل يجب أن تحول قيمته إلى حساب حامله سواء بالبنك المسحوب عليه أو ببنك آخر. ويتحدد الشيك المسطر عن طريق وضع خطين متوازيين على صدر الشيك، وفي هذه الحالة يطلق عليه شيك مسطر عام أما إذا حدد نوع البنك الذي يجب أن يصرف منه الشيك؛ وذلك بكتابة أسم البنك بين الخطين المتوازيين فيطلق عليه شيك مسطر خاص.

2- الشيك المعتمد، أو "المصدق": وهو الشيك الذي يقدمه صاحبه، أو حامله إلى البنك المسحوب عليه لتصديقه بما يؤكد اعتماده من قبله، فيحجز البنك قيمته مسبقاً بأن يجمدها لصالح المستفيد، فيكون بذلك مضمون القيمة، فيتم الوفاء به عند تقديمه، ويكون الاعتماد بتوقيع البنك المسحوب عليه على صدر أو ظهر الشيك، والسبب من إصدار هذه الشيكات يرجع إلى مشاكل عدم كفاية الرصيد، وبهذا الشيك يكون البنك هو الضامن وليس صاحب الشيك.

3- الشيك المقيد في الحساب: وهو الشيك الذي يقوم صاحبه، أو حامله، بمنع الوفاء به نقداً، بل يوفي به عن طريق توثيقه في سجلات البنك لصالح المستفيد، بتقيده في حسابه، ويتم تقييد الشيك في الحساب عن طريق الكتابة على ظهر الشيك عبارة "لقيده في الحساب" أو أي عبارة أخرى تفيد منع الوفاء به نقداً، ويقوم القيد في السجلات مقام الوفاء.

4- الشيك الإلكتروني: وهو شيك تنطبق عليه كافة شروط الشيكات، ومواصفاتها، غير أنه ليس ورقياً بل معالج الكترونياً بشكل كلي، أو جزئي، ويتضمن أمراً من الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد، وينطبق على الشيك الإلكتروني نفس الأحكام التي تنطبق على الشيك العادي.

5- الشيك البريدي: وهو أمر من الساحب الذي يملك حساباً في البريد بدفع مبلغ من النقود لصالح مستفيد معين، ويتميز الشيك البريدي بأنه لا يقبل التداول، ولا يستحق الدفع إلا للشخص المعين فيه.

6- الشيك السياحي "المسافرين": هو شيك معد لاستخدام المسافرين يحرر بقيم محددة، وباسم المستفيد، وهو مسحوب على فروع البنك المسحوب عليه في خارج بلاد الساحب، أو على مراسليه، بهدف الاستفادة منه أثناء السفر، وعدم التعرض لمخاطر حمل النقود، والسفر بها، وصورته أن يودع المسافر في بنك معين في بلده مبلغاً من النقود للحصول عليها في البلاد المسافر إليها ويسحب بقيمة نقوده ما يساويها من الشيكات ويوقع عليها الساحب أمام موظف البنك عند الإيداع، وأمام موظف فرع البنك، أو البنك المراسل عند السحب، ويخضع الشيك السياحي لأحكام الشيك العادي.



## المطلب الثالث: أحكام قبض وصرف الشيك

### أولاً: التخريج الفقهي لقبض الشيك:

يعتبر قبض الشيك من صور القبض المعاصرة، التي لم يرد لها تفصيل في كتب الفقه القديمة بوصفها الحالي، وإن كانت تدخل ضمن مفهوم القبض الحكمي، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم قبض الشيك وهل هو قبض لمحتواه أم لا على ثلاثة أقوال<sup>1</sup>:

**القول الأول:** إن قبض الشيك قبض لمحتواه، وهو قول أكثر الفقهاء ومنهم الشيخ علي السالوس والشيخ سفر الجعيد، وأبرز أدلتهم الآتي:

1- أن الشيك قد حفظ بتشريعات وقوانين تنظم العمل به وتداوله وتقييمه مقام النقود، وتجعل التلاعب به وإصداره بغير رصيد جريمة يحاسب عليها القانون.

2- قيام العرف التجاري على أن الشيك يمثل حقا نقديا يجعل حامله يتمتع بكامل الحرية في الشراء، والتصرف فيه على الوجه الذي يريده بيعا أو شراء أو غير ذلك.

3- من المقرر فقها أن القبض مرجعه إلى العرف مما يجعل من قبض الشيك قبضا لمحتواه بموجب العرف صحيحا.

4 - ما روي عن عبد الله بن الزبير أنه كان " يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه، فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأسا "<sup>2</sup>.

ونوقشت أدلتهم بالآتي:

- استدلالهم بحفظ القانون للشيك استدلال صحيح في حالة الشيك المصدق، لكن هذا المستوى من الحماية والحفظ لا يقع بنفس القوة على الشيك غير المصدق؛ لما قد يطرأ عليه من ظروف تمنع الوفاء به كما سبق بيانه.

- كذلك فإن استدلالهم بالعرف وأنه مقيد لما أطلق من الشرع، مما يقود إلى أن قبض الشيك قبض لمحتواه صحيح إذا كان قبض الشيك في تاريخه لا بمجرد الاطلاع، وقد يكون بين تاريخ إصدار الشيك وتاريخ سحبه زمنا طويلا يتعرض فيه سعر الصرف للزيادة أو النقصان.

<sup>1</sup> أحكام الأوراق التجارية، الخثلان، 287-297، أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالفانون، 56-57.  
<sup>2</sup> سبق تخريجه.

- وأما استدلالهم بأثر ابن الزبير - رضي الله عنه - فيه نظر؛ لأنه أثر ضعيف، كما أنه خارج عن محل النزاع؛ لأن ابن الزبير كان يأخذ النقود من الناس على سبيل القرض ثم يسددها لهم في العراق عن طريق أخيه مصعب ولا ينطبق هذا على الشيك.

**القول الثاني:** إن قبض الشيك ليس قبضاً لمحتواه، وأبرز أدلتهم الآتي:

1- إن التشريعات والقوانين التي نظمت العمل بالشيك ليست كافية في جعل قبضه قبضاً لمحتواه لما يطرأ عليه من ظروف كفقده وضياعه، فيضيع الحق، أو ينعدم الرصيد لدى المسحوب عليه أو يجمد، أو يقوم الساحب بوقف الشيك، أو يحجر عليه، أو يفلس، وما إلى ذلك مما يفقد الشيك قيمته أو يمنع سحبه.

2- إن الشيك لا ينهي الالتزام بين المتعاملين به فهو ليس كالنقد في إنهاء هذا الالتزام فقد يضيع، فيعود حامله إلى الساحب مرة أخرى، بينما النقد ينهي الالتزام بينهما حقيقة، فإن ضاعت النقود ضاعت على ضمان حاملها، من أجل ذلك لا يمكن القول إن قبض الشيك قبض لمحتواه.

3- جريان التقادم على الشيك إذا لم يقدم إلى المسحوب عليه ضمن الفترة التي حددها القانون مما يسبب ضياع حق المستفيد، بينما لا ضياع لحقه في حال كان الوفاء بالنقود الورقية مما يؤكد أن قبض الشيك ليس قبضاً لمحتواه.

4- أن المتسلم للشيك قد يتأخر في عن تقديمه للمصرف، وقد يزيد السعر أو ينقص في هذه الفترة فيتضرر أحدهما، ولا يتحقق الوصف الذي بينه النبي ﷺ بقوله: "لا بأس أن تأخذها بسبع يومها ما لم تتفرقاً، وبينكما شيء".

5- أن وفاء الشيك قد يعلق على شرط وصول إخطار للمصرف من صاحب الرصيد، فيتأخر القبض، ومن المعلوم أن شرط إشعار المسحوب عليه من البيانات الاختيارية التي يمكن للساحب إضافتها، مما يلزم المسحوب عليه بعدم الوفاء حتى يتلقى إشعاراً من الساحب يبين له فيه المعلومات الرئيسية عن الشيك المطلوب وفاؤه.

ونوقشت هذه الاستدلالات بالآتي:

1- أنهم أتوا بأدلة تدفع القول بذلك عن الشيك المؤجل أو الحال من غير تصديق، ولم يأتوا بما يدفع القول بأن قبض الشيك المصدق قبض لمحتواه، فقولهم إن الإجراءات القانونية الحافظة للشيك لا تمنع عدم الوفاء به في مواعده، وتبقيه في دائرة الاحتمال، معللين ذلك بإفلاس الساحب أو انعدام رصيده، أو غير ذلك مما يطرأ عليه مما ذكر في بيان أدلتهم صحيح، لكن ذلك في حال كان الشيك غير مصدق، أما الشيك المصدق فإنه مضمون من الساحب، ورصيده متوفر بضمانه ولا يؤثر عليه أي ظرف يطرأ ما دام

المسحوب عليه قد حول قيمة الشيك من رصيد الساحب إلى رصيده للوفاء للحامل بقيمته متى تقدم إليه طالبا الوفاء، كما أن الشيك المصدق ينهي الالتزام بين المتعاملين، ويمنح المستفيد الحرية الكاملة للتصرف بالشيك على النحو الذي يريد، اعتماداً على ضمانه من المسحوب عليه أيضاً.

2- وأما القول بأن القابض للشيك له تصرف نهائي فيه بخلاف المتسلم له والذي توقف بعض تصرفاته على الوفاء الفعلي كما في حال تقادم الشيك، فهو فرق لا يؤثر إذ أن قبض المحتوى ليس قبض نهائياً هو الآخر فقد تكون النقود المقبوضة مزورة أو معيبة وإذا كانت كذلك فإنه يصعب تحديد مزورها الأصلي بخلاف الشيك حيث يمكن معرفة من انتقلت إليه مما يجعلها أيسر من هذه الناحية.

3- وأما الضرر المتحقق بتأخير تقديم الشيك للمصرف مما قد يزيد من قيمته أو ينقصها فيتحملة المستلم للشيك؛ لأنه فرط بتأخره في صرف الشيك، وأما " اقتضاء الذهب من الفضة والفضة من الذهب عن أثمان السلعة هو في الحقيقة: بيع ما لم يقبض، فدل جوازه على أن النهي عن بيع ما لم يقبض إنما ورد في الأشياء التي يبتغى بيعها وبالتصرف فيها: الربح..... واقتضاء الذهب من الفضة خارج عن هذا المعنى؛ لأنه إنما يراد به التقابض والتقابض من حيث لا يشق ولا يتعذر دون التصارف والترايح، ويبين لك صحة هذا المعنى قوله ﷺ: " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها" أي: لا تطلب فيها الربح.... واشترط أن لا يتفرقا وبينهما شيء؛ لأن اقتضاء الدراهم من الدينير صرف وعقد الصرف لا يصح إلا بالتقابض"<sup>1</sup>.

وهو ما يبين عدم صحة الاستدلال بالحديث في هذه المسألة؛ لأن المتسلم للشيك في مثل هذه المسألة إنما يتسلمه بعملة معينة - كالدينار الليبي مثلاً -، ثم يصرفه - ولو بعد مدة يتغير فيها السعر - بالعملة نفسها، وهذا لا يتفق مع ما ذكر في الحديث من اقتضاء الذهب بالفضة والفضة بالذهب وهما جنسان مختلفان.

4- وأما القول بأن الشيك قد يعلق على شرط وصول إخطار للمصرف من صاحب الرصيد مما قد يؤخر الصرف، يجاب بأن: محل البحث إنما هو في الشيك المطلق غير المعلق وفؤه على وصول إخطار من الساحب؛ لأن الشك المعلق وفؤه على شرط إخطار الساحب لا يعد قبضه قبضاً لمحتواه.

**القول الثالث:** إن قبض الشيك المصدق هو قبض لمحتواه، حيث فرق أصحاب هذا القول بين الشيكات بحسب نوعها، فبينما اعتبروا أن قبض الشيك المصدق قبض لمحتواه، قرروا أن قبض الشيك غير المصدق ليس قبضاً لمحتواه. فجمع أصحاب هذا الرأي بين

<sup>1</sup> معالم السنن، أحمد بن محمد الخطابي البستي، 73/3، المطبعة العلمية - حلب، ط1، 1351 هـ - 1932 م

أدلة الفريقين الأول والثاني، حيث حملوا ما ذكره أصحاب الرأي الأول من توجيهه على الشيك المصدق، وحملوا ما ذكره أصحاب الرأي الثاني من إيرادات على القول بأن تسلم الشيك في حكم قبضه على الشيك غير المصدق.

وهذا كان قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن رابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة في مكة المكرمة في العام 1409 هـ 1989 م، ونصه "يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف".

- كما قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس المنعقدة في جدة في العام 1410 هـ 1990 م، أن "قبض الأموال كما يكون حسيًا في حالة الأخذ باليد، أو الكيل، أو الوزن، في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارًا وحكمًا بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حيا".

- وقرر أيضا "أن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعا وعرفا... تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة، المكتوب بها عند استيفائه".

ولقد استدلوا على رأيهم بنفس أدلة الفريق الأول، غير أنهم جعلوها منطبقة على الشيك المصدق فقط؛ لأنه مضمون الدفع بضمان المسحوب عليه له لما يقوم به من حجز قيمة الشيك من رصيد الساحب فلا يبقى مع ذلك احتمال لعدم سحب الشيك يوم تقديمه لأي سبب من الأسباب.

و الراجع - والله أعلم :-

1- اعتبار قبض الشيك المصدق قبض لمحتواه، وعليه فإن التقابض به في العقود التي يشترط فيها تقابض البدلين في مجلس العقد كالصرف صحيح كأنه تم بالنقد، وكذلك العقود التي يشترط لصحتها قبض رأس المال في مجلس العقد قبل التفرق لو دفع بشيك مصدق كالسلم، لكن يشترط لذلك اتحاد مجلس العقد، بأن لا يُتفق على الصرف وسعره، أو التبادل في الأموال الربوية بين العاقدين قبل أن يتم تصديق الشيك، لئلا يحدث التأخير في الصرف والوقوع في الربا، وتطبيق ذلك يتم بأن يستفسر الراغب في الصرف من الصيرفي عن سعر الصرف وعن المعلومات المطلوبة لإجراءات التصديق، ثم إذا قام بتصديق الشيك لصالح الصيرفي جاءه وعقد معه عقد الصرف على سعر ذلك اليوم، يسلمه الشيك ويستلم مقابله يدا بيد دون تأخير.

2- أن قبض الشيك غير المصدق الحال المكتوب بتاريخ اليوم، والمبين القيمة بالتحديد، يعتبر قبضا لمحتواه بشرط أن يرافقه من القرائن ما يدل على وجود رصيد له لدى المسحوب عليه - كإجراء اتصال هاتفي مع البنك، أو أن يضمن الشيك على سبيل الكفالة كشخص معروف بالملاءة بتوقيعه عليه، أو غير ذلك مما يؤكد صرف الشيك في مواعده،

ولا ضير بتأخر صرفه بسبب فوارق أيام العمل بين البنوك مع وجود تلك القرائن، حيث يصبح بهذه القرائن في قوة الشيك المصدق ويصح أن يتم به ما يتم بالشيك المصدق من المعاملات.

3- إن قبض الشيك غير المصدق المؤجل، لا يعتبر قبضا لمحتواه، وعليه لا يجوز أن يتم التقابض به في العقود التي يشترط فيها التقابض للبديلين أو أحدهما في مجلس العقد.

## ثانيا: التخريج الفقهي لأحوال صرف الشيك:

الصرف من العقود الني لا تصح إلا بالقبض، وقد مر معنا سابقا عقد الصرف وشروطه، ومن المعلوم أن الصرف ماهو إلا بيع للأثمان بعضها ببعض، ومن خلال دراسة الشيك تبين لنا أنه نوع من هذه الأثمان التي تعارف عليها الناس في العصر الحالي وشاعت بينهم حتى فاقت في أحوال كثيرة النقد رواجاً وتداولاً.

وعليه فإن لصرفه ضوابط وشروط يجب أن تتوفر حتى يقع صرفه صحيحاً شرعاً؛ ولأن صرفه إما أن يقع بتمائل البديلين أو باختلافهما فسوف يتم التعرض لذلك من خلال فرعين:

### الأول: أحكام صرف الشيك مع تماثل البديلين<sup>1</sup>:

يتعامل الناس اليوم بشيكات آجلة تحمل تاريخاً مستقبلياً في الغالب فهم يصدرونها في عملية البيع بالتقسيط على سبيل توثيق الدين أو دفع استحقاق للغير في موعد آجل يتناسب وحال الساحب يسراً أو إعساراً، وقد يلجأ المستفيد لصرف الشيك طلباً للسيولة النقدية، فما هو الحكم في حال كان الشيك أحد البديلين في المصارفة أو كلاهما؟

يختلف حكم المصارفة باختلاف حال الشيك فإما أن يكون آجلاً، وإما أن يكون حالاً، والشيك الحال إما أن يكون مصدقاً، أو غير مصدق، وبين حكم المصارفة في كل منهما في المسائل الثلاث الآتية:

### المسألة الأولى: صرف الشيك الآجل:

لا يجوز أن يكون الشيك الآجل غير المصدق أحد البديلين في المصارفة أو كلاهما، لمنافاته شرط التقابض بين البديلين والتناجز في مجلس العقد، ودليل ذلك حديث النبي ﷺ: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز"، وفي صورة الصرف بالشيك الآجل يتحقق غياب أحد البديلين المنهي عنه بحديث النبي ﷺ، بل

<sup>1</sup> يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، حسام عفانة، 205/1، القدس، ط1، 1430هـ، أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون، 88.

إن صورة تعامل الناس اليوم بالصرف في حال الشيك الآجل تتضمن الربا المحرم بنوعيه، وذلك من خلال قيام الصرافين بحسم مبلغ من قيمة الشيك في مقابلة الأجل مما يحقق ربا الفضل والنساء، حيث يتعامل الناس بالشيكات مع بعض الصرافين فيأخذ الصراف الشيك من الزبون ويكون موعد صرفه بعد ستة أشهر مثلا، فإذا كانت قيمة الشيك ألف دينار يدفع الصراف تسعمائة وخمسين دينارا، والتعامل بهذه الصورة حرام شرعا؛ لأن ما يقوم به الصراف من أخذ الشيك الذي تبلغ قيمته ألف دينار بتسعمائة وخمسين دينارا يعتبر أحد أبواب الربا؛ فالمبلغ الذي يأخذه الصراف هو مقابل المدة الباقية على صرف الشيك وهذا محرم شرعا، وهو من أشد أنواع الربا خطرا، وتكون هذه المعاملة بذلك قد تضمنت ربا الفضل و ربا النساء.

### المسألة الثانية: صرف الشيك المصدق:

لقد مر آنفا أن قبض الشيك المصدق قبض لمحتواه، وعليه فإنه يجوز أن يكون أحد البدلين في المصارفة أو كلاهما شيكا مصدقا؛ لأن قبضه مساويا لقبض النقد سواء بسواء لما يمثله من ضمان من خلال تصديقه من المسحوب عليه، وحجز قيمته وتحويلها من حساب الساحب إلى حساب المسحوب عليه للوفاء بها عند تقديم الشيك إليه في تاريخه، فلا سبيل لأن يطرأ عليه ما يحول بين المستفيد وبين صرفه، فإذا تم التصارف به مع تماثل البدلين وتحققت شروط الصرف الأخرى كان الصرف صحيحا.

### المسألة الثالثة: صرف الشيك الحال:

يجوز أن يكون أحد البلدين في المصارفة شيكا حالا؛ أي مصدرا بتاريخ يوم المصارفة، ومبين القيمة بالتحديد، شريطة أن يقترن بما يؤكد وجود رصيد له لدى المسحوب عليه حيث يصبح بهذا التأكيد في قوة الشيك المصدق كما سبق بيانه، وعليه فإنه يجوز التصارف بالشيك الحال إذا تماثل البدلين، وتحققت شروط الصرف الأخرى، ودليل ذلك أن الشيك الحال المقترن بما يجعله في قوة الشيك المصدق قبضه قبض لمحتواه، وهو بمثابة قبض النقد سواء بسواء.

### الفرع الثاني: أحكام صرف الشيك المصدق والحال مع اختلاف البدلين<sup>1</sup>:

يقتصر الحديث في هذا الفرع على التصارف بالشيك المصدق والحال الذي هو بالقرائن في قوة المصدق - كما سبق توضيحه - في حال اختلاف نوع العملة بين الشيك والنقد، أما الشيك الآجل فقد سبق القول أنه لا يجوز التصارف به لفقده شرط التقابض والتناجز في مجلس العقد سواء كان البدلان متماثلين أم لا.

<sup>1</sup> أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون، 90.

وعليه فإنه يجوز أن يكون أحد البدلين أو كلاهما في التصارف شيكا مصدقا أو حالا في حال اختلاف جنس العملة التي كتب بها كل منهما بشرط التقابض في مجلس العقد، وموافقة سعر صرف العملتين في يومه، كأن يأتي شخص إلى الصراف ويعطيه شيكا مصدقا أو حالا قيمته ألف دينار فيعطيه الصراف مئتا دولار وفق سعر صرف الدينار على الدولار في يوم المصارفة، ودليل ذلك أحاديث النبي ﷺ ومنها:

1- قول النبي ﷺ: " الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد " <sup>1</sup>.

2 - وقول النبي ﷺ في الصرف: " إن كان يدا بيد فلا بأس، وإن كان نساء فلا يصلح " <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سبق تخريجه.

<sup>2</sup> البخاري، 726 / 2، كتاب: البيوع، باب: التجارة في البر، حديث رقم (1955).

## المبحث الثالث: التحويلات المصرفية

### المطلب الأول: ماهية التحويلات المصرفية:

التحويلات لغة: مشتقة من الحوالة التي تعني التحول والانتقال.

**واصطلاحاً:** نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهي اسم من أحال الغريم إذا دفعه عنه إلى غريم آخر<sup>1</sup>.

وأما **الحوالة المصرفية** - وهي المقصودة هنا - فهي صك<sup>2</sup> يحول به المال من جهة إلى أخرى، أو هي "عملية نقل النقود أو أرصدة الحسابات من حساب إلى حساب، أو من بنك إلى بنك، أو من بلد لآخر، وما يستتبع ذلك من تحويل العملة المحلية بالأجنبية، أو الأجنبية بأجنبية أخرى"<sup>3</sup>.

وتتم هذه المعاملات المصرفية والتحويلات بطريقتين<sup>4</sup>:

**الأولى:** وتعرف بالتحويل المصرفي، وتتم بأن يدفع شخص إلى مصرف ما مبلغاً من المال ليحوّله إلى شخص يعينه في بلد آخر، فيحرر المصرف حوالة بذلك المبلغ إلى مصرف آخر، أو فرع له في البلد المطلوب تحويل المبلغ إليه يأمره بدفع المبلغ إلى الشخص الذي عينه طالب التحويل، فيتسلم دافع المبلغ سند التحويل ليقوم بتسليمه محتواه أو يرسله إلى الشخص الذي يريد تسليمه المبلغ ليقبض قيمته، وتسمى أيضاً بالشيكات المصرفية: فهي أوامر بالدفع صادرة من المصرف المحيل إلى المصرف المحال عليه بناءً على طلب العميل بحيث يتسلم العميل الشيك ويستطيع أن يصرفه بنفسه أو يصرفه المستفيد بنفسه من البنك المحال عليه.

**الثانية:** ويسمى هذا النوع بالتحويل البريدي، وهي أن يقوم المصرف بناءً على رغبة دافع المبلغ بالكتابة أو الإبراق إلى المصرف الآخر بتسليم المبلغ إلى الشخص المعين، دون أن يتسلم العميل حوالة محررة بذلك ويتقاضى البنك عمولة، وتسمى أيضاً بالحوالات المُبرّقة، أو (السويفت): وهي عبارة عن توكيل من العميل للبنك أو محل الصرافة بأن يحول مبلغاً

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، 209/1، التعريفات، الجرجاني، 126/1.

<sup>2</sup> الصك في اللغة: الضرب الشديد بالشيء العريض، يقال: صكه صكا إذا ضربه في قفاه ووجهه بيده مبسوطة، وقيل: الضرب عامة بأي شيء كان، وفي الاصطلاح: هو الكتاب الذي يكتب فيه المعاملات، والأقارير ووقائع الدعوى. الموسوعة الفقهية الكويتية، 9526/2.

<sup>3</sup> المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، محمد عثمان الشبير، 233، الحوالة والسفينة بين الدراسة والتطبيق، بسام حسن الغف، 184، رسالة ماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة، العام الجامعي 1420هـ.

<sup>4</sup> اجتماع الحوالة والصرف، محمد نعمان البعداني، مراجعة: قسطاس إبراهيم، 3-7-2012م، تم الاطلاع عليه في 2018/11/23، موقع: منتدى القضايا الإسلامية.



من المال إلى حساب آخر لدى بنك آخر في نفس الدولة، أو في دولة أخرى ليقوم العميل باستيفائه من ذلك الحساب بنفسه أو يستوفيه غيره هناك.

وكما يقع التحويل من بلد إلى بلد فقد يكون في البلد نفسه بين مصرف وفروعه وبين حساب شخص في مصرف وحسابه في مصرف آخر، والغالب أن التحويل المصرفي والبريدي لا يتم إلا بعمولة يأخذها البنك في مقابلة قيامه بهذه المهمة.

والفرق بين الطريقتين: أن في الأولى التحويل يكون عن طريق الشيكات، بأن يكون الشيك بيد العميل، أما الثانية فالتحويل يكون عن طريق البنوك أو المصارف.

ومما سبق يظهر أن الحوالة النقدية المعاصرة تختلف عن الحوالة الفقهية القديمة والتي هي: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فالحوالة النقدية المعاصرة ليست نقل دين من ذمة إلى ذمة. كما هي الحوالة بالمعنى الاصطلاحي الفقهي - وإنما هي عملية نقل مال وقد يقترن معها عقد صرف وبخاصة إذا كانت الحوالة من دولة إلى دولة أخرى.

ومن صور الحوالة النقدية المعاصرة الآتي<sup>1</sup>:

الصورة الأولى: أن يدفع العميل(س) إلى شركة - قائمة بالتحويل في الولايات المتحدة الأمريكية- ألف دولار لتدفع لشخص معين(ص) في ليبيا، فتقوم الشركة بالتحويل إلى شركة أخرى أو فرعها في ذلك البلد. وفي هذه الصورة ليس فيها عملية صرف.

وهذه الصورة تتكون من عملية واحدة وهي تحويل المبلغ من مكان إلى مكان آخر.

الصورة الثانية: أن يدفع العميل (س) - مريد التحويل - للشركة في الولايات المتحدة الأمريكية ألف دولار قابلاً للصرف في ليبيا، فتقوم الشركة بصرف الدولار إلى دينار ليبي قبل التحويل، ثم تقوم الشركة بالتحويل إلى شركة أخرى أو فرعها لدفع المبلغ إلى شخص معين(ص) في ليبيا.

وهذه الصورة تحتوي على عمليتين:

1- الصرف

2- تحويل المبلغ.

واجتماع الصرف مع الحوالة إشكال فقهي تعددت فيه آراء الفقهاء؛ وهو محل البحث والشرح لكن بعد عرض التوصيف الفقهي لعقد التحويلات المصرفية.

<sup>1</sup> الحوالة النقدية الصومالية دراسة فقهية معاصرة، برهان آدم حير، 2010/1/8، تم الاطلاع عليه في 2018/11/10، مدونة تقريب، [www.tagreeb.blogspot.com](http://www.tagreeb.blogspot.com).

## المطلب الثاني: التوصيف الفقهي للحوالات المصرفية:

الحوالة المصرفية المعاصرة تأخذ أشكالاً عديدة وصورا مختلفة، مما أخذ بالفقهاء إلى التعدد في توصيفها، فهل هي الحوالة الفقهية التقليدية أو سفتجة، أو وكالة أو هل هي إجارة؟، وهذا عرض التعدد الذي وصلوا إليه<sup>1</sup>:

**أولاً: تخريج هذه العملية على أساس الحوالة:**

للحكم بذلك أو نفيه لا بد من معرفة الطريقة التي تتم بها الحوالة المصرفية ومدى مطابقتها للحوالة الشرعية وهو كالآتي:

فإذا كان (س) هو الأمر بالتحويل وهو مدين أيضاً للمستفيد من الحوالة (ص) أو الدائن، فإن المدين سيحيل دائنه المستفيد على الشركة أو المصرف المأمور بالتحويل، وهو ما يجعل الشركة مدينة للمستفيد (ص)؛ لأنها حلت محل المدين (س)، والشركة بدورها قد تحيل المستفيد على شركة أخرى في البلد الذي يقيم فيه المستفيد، فتتم بذلك حوالة ثانية، فيصبح بموجبها الشركة مدينا للمستفيد. وقد يكون للشركة الأولى فرع في المكان الذي أرسل إليه المبلغ، ولا يكون هناك حوالة ثانية؛ لأن الفرع ممثل للشركة.

وهو ما يقودنا إلى السؤال الآتي: هل الحوالة النقدية المعاصرة هي الحوالة الفقهية المعروفة التقليدية؟ أو بعبارة أخرى هل العلاقة بين مُرسل المبلغ وشركة الحوالة علاقة دائن ومدين؟ وهل هناك دين بينهما؟

والجواب: هو أن الحوالة الفقهية التقليدية يشترط فيها كون المُحيل مدينا للمحال كما يشترط أن يكون المُحال عليه مدينا للمحيل، وهذان الشرطان لا يوجدان في الحوالة النقدية المعاصرة. فليس على الشركة القائمة بالتحويل دين لشخص من عملائها؛ لأن الحوالة الفقهية هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة، والعلاقة بين العميل والشركة ليست علاقة دائن ومدين. بالإضافة إلى ذلك أن أركان الحوالة: المحيل، والمحتال، والمحال عليه غير متوفرة في كل الحوالات المصرفية المعاصرة؛ لأنه قد يقوم المحيل بالحوالة إلى نفسه؛ مثل أن يحيل إلى حسابه في بنك في بلد آخر. فلم يوجد المحتال، ولا المحال عليه، في عقد الحوالة الفقهية. وإذا كان التحويل إلى دائنه المصدر مثلاً، فإنه لا يوجد المحال عليه، ومن المعلوم أنه إذا لم يوجد أحد أركان العقد، فإن العقد لا ينعقد، كما لا يجوز أخذ الأجرة في عقد الحوالة. بينما الحوالات المصرفية يصح أخذ الأجر عليها؛ لأنها إجارة على تعهده بإيصال

<sup>1</sup> الربا والمعاملات المصرفية، المترك، 380، الحوالة النقدية الصومالية، برهان آدم حير.

النقود إلى البلد الذي اتفق العميل مع المصرف عليه، سواء كان المصرف الذي حرر الشيك عليه فرعاً له، أو وكيلاً عنه<sup>1</sup>.

ولذلك فإن التخريج على أنها حوالة فيه تكلف، وحتى لو سميت هذه العملية بالحوالة، فإن الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بالألفاظ والمباني.

### ثانياً: التخريج على أساس السفتجة:

السفتجة هي: " دفع شخص ماله في بلد لشخص آخر ليقبضه من وكيله في بلد آخر درءاً لخطر الطريق ومؤونة الحمل"<sup>2</sup>.

فهناك شبه إجمالاً بين السفتجة القديمة والتحويلات المصرفية الحديثة، ولقد أجاز السفتجة بعض الفقهاء - على الرغم من الشرط الذي يستفيد به المقرض الأمان من خطر الطريق، وهو شرط التوفية في بلد آخر - فهي وسيلة أجزت لشدة الحاجة إليها ولم يحل دون جوازها اشتراط الوفاء في بلد آخر. ويظهر من تعريفها عند الفقهاء أنها عملية قرض، فالمبلغ الأصلي الذي دفعه العميل إلى البنك ليقوم بتحويله إلى بلد آخر، هوفي حقيقته قرض، وإلى هذا ذهب الشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور محمد الأمين الشنقيطي<sup>3</sup>.

لكن الناظر إلى هذه التحويلات الحديثة وإلى السفتجة القديمة يرى بينهما فرقا من جهات أربع:

- 1- أن السفتجة قرض يتم فيها اتحاد جنس النقد المدفوع عند العقد والمؤدى عند الوفاء، والحوالة النقدية المعاصرة ليست قرضاً؛ لأنه قد يتوافر فيها مع القرض صرف، فتؤدى بنوع آخر وعندها لا تكون قرضاً، لأن القرض لا بد فيه من رد المثل.
- 2- أن المقرض في السفتجة لا يأخذ أجراً، أما الشركات القائمة بالحوالة النقدية فإنها تأخذ أجراً على هذه العملية.
- 3- أن السفتجة القديمة لا بد أن تكون بين بلدين، والتحويل المصرفي تارة يكون كذلك وتارة يكون بين مصرفين في بلد واحد.
- 4- أن السفتجة القديمة قد يكون المقرض فيها مسافراً أو عازماً على السفر، فيوفي هو نفسه أو نائبه إلى المقرض أو إلى مآذونه. والتحويل المصرفي ليس فيه ذلك، فالمصرف الأول وهو المقرض لا يوفي بنفسه إلا إذا كان المصرف الثاني الدافع فرعاً للأول.

<sup>1</sup> الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، عمر بن عبد العزيز المترجم، 379، دار العاصمة، تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها، صالح بن زابن المرزوقي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي- جدة، الدورة التاسعة، 168/9.

<sup>2</sup> معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعة حي، مادة: سفتجة، 15/1، دار النفائس، بيروت، ط1، 1405 هـ.

<sup>3</sup> دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثّة، محمد الأمين الشنقيطي، 415، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.

### ثالثاً: التخرّيج على أساس الوكالة:

ذهب بعض العلماء المعاصرين منهم الدكتور عثمان بشير<sup>1</sup> و الدكتور وهبة الزحيلي<sup>2</sup> إلى توصيف الحوالة النقدية المعاصرة على أنها من قبيل الوكالة. ويرون أن العميل- مرید التحويل- بمثابة المُوكِّل، وأما الشركة التي تقوم بتحويل المبلغ فتكون بمثابة الوكيل، بينما تكون عملية التحويل على أساس الوكالة بأجر.

وهذا التخرّيج فيه معارضة بالنسبة لواقع الشركات القائمة بالحوالة و عملائها، فالشركات القائمة بالحوالة تقوم بضمان النقود إذا حصل أي تلف للنقود سواء بتعد أو بتقصير أم بدون ذلك، والشركات- حسب تخرّيج الوكالة- يد أمانة، والوكيل أمين فلا ضمان عليه لموكله إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط، وستتضح مسألة ضمان الشركات القائمة بالحوالة في التخرّيج التالي.

### رابعاً: التخرّيج على أساس الإجارة:

يمكن تخرّيج الحوالة النقدية المعاصرة على عقد الإجارة، ويكون الوصف الفقهي لها أنها إجارة على نقل النقود. وأن أركانها قد توفرت في عملية التحويل، فيكون العميل المُحوّل بمثابة المستأجر، والشركة القائمة بالتحويل بمثابة الأجير، والمستأجر عليه هو خدمة التحويل، وما يتقاضاه البنك (الشركة) من العميل أجرة على التحويل.

وتخرّيج الحوالة النقدية المعاصرة على عقد الإجارة هو الراجح لقوته ولقربه إلى أصول الشريعة الإسلامية السمحاء ولمراعاته مصلحة الطرفين العميل والشركة، وقد قال به بعض العلماء والباحثين المعاصرين منهم الشيخ أحمد إبراهيم بك، والدكتور محمد رواس قلعة جي، والدكتور عبد الحميد إبراهيم، والدكتور سترين بن نواب الجعيد، والدكتور صالح بن زابن المرزوقي<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: أحكام القبض في الحوالات المصرفية:

#### اجتماع الحوالة مع الصرف<sup>4</sup>:

وهذا هو الإشكال في التحويلات المصرفية، وهو اجتماع الحوالة مع الصرف؛ لأن من شرط الصرف التقابض في مجلس العقد قبل افتراق المتعاقدين، وألا يكون فيه خيار ولا تأجيل؛ لقول النبي ﷺ: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر

<sup>1</sup> المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان بشير، 277.

<sup>2</sup> المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، 462، الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 419/5

<sup>3</sup> [ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، لمحمد رواس قلعة جي، 101، دار النفائس، بيروت، ط2، 1423هـ، تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها، صالح بن زابن المرزوقي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 68/9.

<sup>4</sup> اجتماع الحوالة والصرف، محمد نعمان البعداني، الحوالة النقدية الصومالية دراسة فقهية معاصرة، برهان آدم حير.

بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد<sup>1</sup>، والدنانير والدولارات وغيرها من العملات أجناسٌ مستقلةٌ لها ما للذهب والفضة من الأحكام، فلا يجوز شراء عملة بعملة إلا يداً بيد.

وعن ابن عمر قال: "سألت رسول الله ﷺ أشترى الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب؟ قال: إذا اشتريت واحداً منهما بالآخر فلا يفارقك صاحبك وبينك وبينه لبس"<sup>2</sup>.

وقد تعددت آراء الفقهاء المعاصرين في جواز اجتماع الحوالة مع الصرف، كالآتي:

**الرأي الأول:** يرى قائله منع اجتماع الحوالة والصرف وعدم صحة هذا العمل؛ لعدم حصول التقابض في الصرف إذا اجتمع مع الحوالة، والتقابض في الصرف شرط لصحته، وإلا وقعت النسبئة والتأخير في الصرف<sup>3</sup>.

ولا خلاف في أن وجود التأخير يوجد الربا الموجب للتحريم، وبالتالي لا بد من فصل الصرف عن التحويل؛ بأن يتم صرف العملة الموجودة إلى الثانية المطلوبة ويتم التقابض وتسليم المال، ثم يعيد طالب تحويل المال العملة التي استلمها إلى البنك أو الصراف ثانية بعد أن استلمها منه ليقوم بتحويلها، أو أن يحول المبلغ ويتسلمه المحال إليه، ثم يصرفه المحال إليه بعد تسلمه له بالتقابض مع الصراف، واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

1- حديث مالك بن أوس بن الحدثان<sup>4</sup> قال: أقبلت أقول من يصترف الدراهم؟

فقال طلحة بن عبيدالله<sup>5</sup> - رضي الله عنه- وهو عند عمر بن الخطاب - رضي الله عنه-: أرنا ذهبك ثم ائتنا إذا جاء خادمنا نعطك ورقك، فقال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه-: كلا والله لتعطيه ورقه أو لتردن إليه ذهبه؛ فإن رسول الله ﷺ قال: "الورق بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء"<sup>6</sup>.

وجه الدلالة: أن عمر - رضي الله عنه- أنكر على طلحة فعله، وبين له حقيقة القبض، وقد قال العلماء في قوله: "هاء وهاء": خذ وهات أو خذ واعط، كناية عن التقابض في المجلس،

<sup>1</sup> سبق تخريجه.

<sup>2</sup> مسند أحمد، 33/2، حديث رقم (4883).

<sup>3</sup> زاد المستقنع، 219-218/7.

<sup>4</sup> مالك بن أوس بن الحدثان بن الحارث بن عوف بن ربيعة بن هوازن أبو سعد ويقال: أبو سعيد النصرى أدرك النبي ﷺ وذكره محمد بن

إسحاق بن خزيمة وأحمد بن صالح المصري في الصحابة. ينظر اسد الغابة، ابن الأثير، 954/1.

<sup>5</sup> طلحة بن عبيد الله بن عثمان القرشي التيمي أبو محمد المدني أحد العشرة المشهود لهم بالجنة شهد أحداً وسائر المشاهد بعدها، وارى رسول الله ﷺ بيده يوم أحد، قتل يوم الجمل لعشر خلون من جمادى الآخرة سنة ست وثلاثين وله أربع وستون سنة. ينظر: إسعاف المبطأ برجال

الموطأ، السيوطي، 14/1، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، 1389 - 1969.

<sup>6</sup> سبق تخريجه.

فهذا هو القبض الشرعي في الصرف خذ وهات حتى لا يكون فيه تأخير، فلو كان هناك قبض آخر لذكره أو أشار إليه، وهذه المعاملة تفتقر لهذا القبض<sup>1</sup>.

2- حديث عبادة بن الصامت - رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"<sup>2</sup>.

وجه الدلالة: أن التقابض شرط لصحة الصرف، وبين النبي ﷺ حقيقته بقوله: "يداً بيد"، ولا يحدث هنا- إذا اجتمعت حوالة وصرف- القبض يداً بيد.

3- حديث سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يداً بيد فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيئة فجاءنا البراء بن عازب فسألناه؟ فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم وسألنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: "ما كان يدا بيد فخذوه، وما كان نسيئة فذروه"<sup>3</sup>.

4- حديث أبي المنهال<sup>4</sup>: " أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب - رضي الله عنهما- كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك النبي ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان بنسيئة فردوه"<sup>5</sup>، وعنه قال: باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الموسم أو إلى الحج فجاء إلي فأخبرني فقلت هذا أمر لا يصلح، قال: قد بعته في السوق فلم ينكر ذلك علي أحد فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: قدم النبي ﷺ المدينة ونحن نبيع هذا البيع فقال: "ما كان يدا بيد فلا بأس به، وما كان نسيئة فهو ربا"، وائت زيد بن أرقم فإنه أعظم تجارة مني، فأتيته فسألته فقال مثل ذلك<sup>6</sup>.

وجه الدلالة في هذه الأحاديث: أن النبي ﷺ أجاز من الصرف ما حصل فيه التقابض، أما ما حصل فيه التأخير في القبض فلم يجزه، وفي اجتماع الحوالة مع الصرف تأخير للقبض، ولا يحصل قبض حقيقي يتوافق مع قوله ﷺ: "يداً بيد".

5- أن الفقهاء اشترطوا في الصرف التقابض، وهو لا يحصل في تحويل العملات<sup>7</sup>، قال ابن المنذر<sup>8</sup>: "أجمع كل ممن نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> شرح النووي على صحيح مسلم، 12/11، فتح الباري، 378/4، شرح الزرقاني، 361/3، 362، المغني، 30/4، الحوالة والسفحة، 201/1

<sup>2</sup> سبق تخريجه.

<sup>3</sup> سبق تخريجه.

<sup>4</sup> عبدالرحمن بن مطعم أبو المنهال المكي عن بن عباس والبراء وعنه عمرو بن دينار وابن كثير مشهور توفي 160هـ. ينظر: الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، شمس الدين الذهبي، 644/1، دار القبلة، جدة ط1، 1413 هـ.

<sup>5</sup> مسند أحمد، 371/4، حديث رقم (19326).

<sup>6</sup> مسلم، 3/1212، حديث رقم (1589).

<sup>7</sup> فتاوى المعاملات الشائعة، الصادق عبد الرحمن الغرياني، 9/1.

<sup>8</sup> ابن المنذر (242 - 319 هـ = 856 - 931 م): وهو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري: فقيه مجتهد، من الحفاظ. كان شيخ الحرم بمكة. صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها. منها "المبسوط" في الفقه و"الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف" وكان غاية في =

6- إذا لم يتم القبض في عقد الصرف في الحال فإن ذلك يفتح الباب واسعاً للنزاع والتحايل والإنكار وأكل المال بالباطل، فالتشديد على القبض في المجلس دون تأخير، والذي أطبقت عليه الأحاديث واتفق عليه المسلمون ظهرت حكمته واضحة في العصر الحديث في ضوء التغييرات السريعة التي تحدث بين لحظة وأخرى في أسواق (البورصة) وبيع الذهب والعملات، حيث إن التأخير فيه لدقائق قليلة تترتب عليه أحياناً فروق قد تصل إلى الملايين، ووجود مثل هذه الفروق إذا لم يتم القبض في عقد الصرف في الحين يفتح الباب واسعاً للنزاع والتحايل والإنكار وأكل المال بالباطل<sup>2</sup>.

7- إن صح اعتبار الشيك قبضاً بالنسبة للحوالة، فلا يمكن اعتبار ذلك قبضاً بالنسبة للصرف الشرعي؛ لأن شرط جواز الصرف التقابض في المجلس، والشيك في حد ذاته ليس هو مقابل بدل الصرف بل نائباً عنه، ويلزم لقبض قيمة ما أثبت فيه مفارقة المجلس قبل القبض الحقيقي للنقود، فلا يقوم مقام بدل الصرف في المجلس، فلا يعتبر قبضه قبضاً في الصرف.

فوقشت أدلتهم القائلة بعدم صحة القبض الحكمي في الصرف من ثلاثة أوجه:

**الوجه الأول:** بأنه لا يستقيم الاستدلال بالقياس على موقف عمر - رضي الله عنه؛ لأن عمر أراد من المتصارفين أن لا يتفرقا إلا عن قبض، وهنا لا تفرق إلا بقبض الشيك، وقبضه بمثابة قبض النقود؛ لأن قبض الشيك كالحوالة، فإن من خصائصه أنه لا ينبغي أن يسحب إلا على من لديه مقابل وفائه، وأنه لا يلزم لاعتباره شيكاً قبول المسحوب عليه وهذه خصائص الحوالة فيأخذ حكمها، وقد قال ابن قدامة: "الحوالة كالتسليم"<sup>3</sup>، وقال النووي: "وإنما لم يرجع عليه؛ لأن الحوالة بمنزلة القبض"<sup>4</sup>، وقال المرادوي: "الحوالة به والإبراء منه- أي الدين- كالقبض على الصحيح من المذهب، وقيل إن جعلاً وفاء فكالقبض وإلا فلا"<sup>5</sup>،

" والشيكات السياحية يمكن أن تعتبر بمثابة النقود لا سيما وهي محاطة بضوابط بواسطتها يمكن حفظ الحق وعدم ضياعه، وهي في نفسها تقوم بوظائف النقود، فلا مانع من إلحاقها بها، ومما يعضد ذلك ما رجحنا من أن الشيك عامةً أصبح كالنقد، وأن إلحاقه به متوجه

= معرفة الاختلاف والدليل وكان مجتهداً لا يقلد أحداً. ينظر: تذكرة الحفاظ، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، 5/3، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1419هـ.

<sup>1</sup> المغني، 54/4.

<sup>2</sup> فتاوى المعاملات الشائعة، 6/1.

<sup>3</sup> المغني، 343/4.

<sup>4</sup> إغانة الطالبين، 75/3.

<sup>5</sup> الإنصاف، 18/3.

والشيكات أكثر إيغالاً في معنى النقدية من الشيكات عامة، وبالتالي فينطبق عليها ما سبق من وصف الورق النقدي في القول المختار<sup>1</sup>.

وأفتت لجنة الإفتاء في وزارة الأوقاف الكويتية بأن: "القيّد في الحسابات الجارية على ما هو معمول به بصورة لا يمكن الرجوع فيها إلا بإرادة صاحب الحساب يعتبر من قبيل القبض، وهو قبض حكماً بناءً على العرف الجاري في المعاملات المصرفية؛ لأن القبض ورد الشرع بالأمر به ولم يحدد كيفية معينة له"<sup>2</sup>.

**الوجه الثاني:** قولهم إن القبض الشرعي هو الذي ذكره النبي ﷺ بقوله "يداً بيد" أي: خذ وهات، ولو كان هناك قبض آخر لذكره، فهذا الاستدلال يُرد عليه بأن النبي ﷺ أراد من قوله هذا حصول القبض، والقبض ليس له حد شرعي، ومرده إلى عرف الناس واصطلاحهم كما دل على ذلك كلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى -.

أيضاً فإن قوله: "يداً بيد" يراد به التعيين الذي تثبت به الحقوق كما يدل على ذلك حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - إذ قال: كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله رويدك أسألك: إني أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: "لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفرقا وبينكما شيء".

وبناءً عليه فالتعيين يكون قبضاً، فيكون القبض إما يدوياً أو حسابياً.

لكن أعترض عليه: بأن الحديث ضعفه الترمذي وغيره.

**الوجه الثالث:** نوقش قولهم بأن الشيك في حد ذاته ليس هو مقابل بدل الصرف بل نائب عنه، بأن غاية القبض إنما هو إثبات اليد، فإن كان ذلك حاصلًا فلا ينظر إلى الشكل في المبادلة، لذلك فقد أجاز الفقهاء الصرف إذا كان في الذمة، كما في مسألة اقتضاء الدين، سواء كان أحدهما ديناً والآخر نقداً، أو كان المبلغان عبارة عن دينين في ذمة كل من المتصارفين، ثم تطارحا صرفاً.

**القول الثاني:** يرى أصحابه جواز هذا النوع من المعاملات - الجمع بين الصرف والتحويل - وصحته، على اعتبار أن استلام الشيك المصدق أو ورقة الحوالة والإيصال المعتمد بالتحويل هو قبض حكمي يأخذ حكم القبض الحقيقي، بشرط أن يحمل تاريخ اليوم الذي تم فيه الصرف.

<sup>1</sup> بحوث لبعض النوازل الفقهية المعاصرة ( أحكام الأوراق التجارية والنقدية)، ستر الجعيد، 11 / 7.  
<sup>2</sup> مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، 1 / 223، وزارة الأوقاف الكويتية.



والأدلة ما يلي:

1- القياس على ما كان يحصل من ابن الزبير وابن عباس - رضي الله عنهم-، فعن عطاء - رحمه الله- أن ابن الزبير- رضي الله عنهما- كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم إلى البصرة وإلى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم، قال عطاء: فسألت ابن عباس - رضي الله عنه - عن أخذهم أجود من ورقهم؟ فقال: "لا بأس بذلك ما لم يكن شرطاً وبه نأخذ"<sup>1</sup>، وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم إلى الكوفة بها<sup>2</sup>.

إن ما يحصل اليوم من أخذ البنك النقود من طالب التحويل وتسليم شيك بشرط أن يكون الشيك بتاريخ اليوم وسعر صرف اليوم هو عين ما كان يفعله ابن الزبير، فإن قبض الشيك يقوم مقام قبض محتواه، فهو كالنقود، فإذا كانت السفتجة تقوم مقام القبض، فالشيك يقوم مقامه من باب أولى<sup>3</sup>.

2- عندما يتسلم طالب التحويل الشيك مثلاً، أو يتسلم الإشعار بأن المصرف المأمور قد أبرق - أرسل برقية- للمصرف المحوّل إليه، أو اتصل به هاتفياً أو إلكترونياً، وأمر بصرف المبلغ حالاً للمستفيد، فإن القبض يتم حالاً بمجرد الانتهاء من عملية التحويل، وبتاريخ اليوم الذي تم فيه الصرف، وأن طالب التحويل يستطيع في اليوم نفسه أن يذهب للجهة المحول عليها، ويقبض المبلغ بدون تأخير.

أما إذا أرخ المصرف الشيك بحيث يكون التسليم لمحتواه بعد مدة، أو أبرق إلى المصرف الآخر بتسليم طالب التحويل المبلغ بعد مدة- كشهر مثلاً-، فلا يجوز ذلك؛ لكونه لا يعتبر قبضاً حيث إن تاريخ القبض قد تأخر.

3- قول شيخ الإسلام ابن تيمية: "والأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصلاة والزكاة والصيام والحج، وتارة باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر، وتارة بالعرف كالقبض والتفريق"<sup>4</sup>.

وقوله: "المرجع في القبض إلى عرف الناس وعادتهم من غير حد يستوي فيه جميع الناس في جميع الأحوال والأوقات"<sup>5</sup>، وقال: "فالقبض مرجعه إلى عرف الناس حيث لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع"<sup>6</sup>، وقال ابن قدامة: "وقبض كل شيء بحسبه"<sup>7</sup> وهذه المعاملات

<sup>1</sup> المبسوط، السرخسي، 37/14.

<sup>2</sup> المصدر نفسه.

<sup>3</sup> الحوالة والسفتجة، 1/ 200.

<sup>4</sup> مجموع الفتاوى، 448/29.

<sup>5</sup> مجموع الفتاوى، 20/29.

<sup>6</sup> مجموع الفتاوى، 275/30.

<sup>7</sup> المغني، 90/4.

ترجع إلى عرف العصر؛ لأن القبض مرده إلى العرف، فالشيك هو الذي تعارفت المصارف على نقل ملكية النقود به، وإذا تعارف الناس على نقل هذه الملكية بالتكس، أو الفاكس، أو البريد الإلكتروني مثلاً، فإن هذا يكون قبضاً في عرفهم، ويمكن أن يتوصل الناس إلى وسائل أخرى تنتقل بها ملكية النقود، فنقوم هذه الوسائل مقام قبض النقود ذاتها<sup>1</sup>.

4- أن القبض كما يكون حسيماً يداً بيد يكون كذلك حكماً، ويصح به الصرف، ومن القبض الحكمي القيد المصرفي في حال أودع أحد الطرفين المال في حساب الطرف الآخر مباشرة أو بحوالة مصرفية، ومن ذلك تسليم شيك مصدق، فالشيك أو الإشعار الذي يتسلمه طالب التحويل هو قبض حكمي قام مقام القبض الحقيقي، إذا كان الشيك أو البرقية يحمل نفس التاريخ الذي وقع فيه الصرف.

5- حاجة الناس إلى هذه المعاملة اليوم، والحاجة تنزل منزلة الضرورة، وفي إلزام الناس بالقول الأول حرج ومشقة، والمشقة تجلب التيسير، ورفع الحرج عن الأمة مقصد من مقاصد ديننا الحنيف، كيف وقد قال ربنا سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ

حَرَجٍ طَرِيْفٍ﴾، (الحج: 76).

وقد جاء في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم الأحد 13 رجب 1409 هـ الموافق 19 فبراير 1989 م إلى يوم الأحد 20 رجب 1409 هـ الموافق 26 فبراير 1989 م بأن المجمع قرر ما يلي:

"أولاً: يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف.

ثانياً: يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه"<sup>2</sup>.

وجاء في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بـ(أبو ظبي) بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415 هـ، الموافق 1- 6 إبريل 1995 م بشأن الحلول الشرعية لاجتماع الصرف والحوالة [في الفقرة (ب) منه]:

<sup>1</sup> الحوالة والسفتجة، 1 / 201.

<sup>2</sup> مجلة البحوث الإسلامية، 373/51.

"ب- إذا كان المطلوب في الحوالة دفعها بعملة مغايرة للمبالغ المقدمة من طالبها، فإن العملية تتكون من صرف وحوالة بالمعنى المشار إليه في الفقرة (أ)، وتجري عملية الصرف قبل التحويل، وذلك بتسليم العميل المبلغ للبنك، وتقييد البنك له في دفاتره بعد الاتفاق على سعر الصرف المثبت في المستند المسلم للعميل، ثم تجري الحوالة بالمعنى المشار إليه"<sup>1</sup>.

وسئل علماء اللجنة الدائمة للإفتاء: ما حكم المال المحول من عملة لعملة أخرى، مثلاً أقبض راتبي بالدينار وأحوله للدولار، علماً بأن الدولار يساوي خمسة دنانير، هل هذا ربا؟ فأجابوا: بأنه يجوز تحويل الورق النقدي لدولة إلى ورق نقدي لدولة أخرى، ولو تفاوتت العوضان في القدر؛ لاختلاف الجنس كما في المثال المذكور في السؤال لكن بشرط التقابض في المجلس، وقبض الشيك أو ورقة الحوالة حكمه حكم القبض في المجلس<sup>2</sup>.

وعليه فإذا أعطيت العميل إيصالاً معتمداً بالتحويل، كان هذا بمثابة القبض<sup>3</sup>.

وجاءت مناقشة أدلتهم القائلة بصحة اجتماع الصرف مع الحوالة من عدة أوجه:

**الوجه الأول:** بأن قابض الشيك أو الإشعار قد يتأخر عن تقديمه إلى المصرف، وقد يزيد السعر أو ينقص في هذه الفترة قليلاً، فيتضرر أحدهما، فلا يتحقق الوصف الذي بينه رسول الله ﷺ في حديث ابن عمر: "لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء".

إلا أنه قد أجيب عن هذا الاعتراض: بأن المصرف المراسل أو فرعه مستعدان للوفاء بقيمة الشيك أو بمقتضى الإشعار طالما أن الشيك أو البرقية تحمل تاريخ اليوم الذي تم فيه الصرف وإن تأخر في تقديمه فإن هذا التأخير ليس من عمل المصرف بل هو من عمل العميل كما أن التأخير لا يكون إلا لمصلحة أو لعذر.

وأجيب عنه: بأن الضمانات والضوابط ليست كافية للقول بأن تسلم الشيك في معنى قبض محتواه.

**الوجه الثاني:** أن قبض الشيك ليس في قوة قبض محتواه؛ لأن التصرف الذي يملكه حامل الشيك من قبض محتواه هو نهائي، في حين أن قابض الشيك يمارس عند قبض الشيك بعض التصرفات، وهي الموقوفة على الوفاء الفعلي، وقد يكون الشيك بدون رصيد وقت الصرف بأن يقوم الساحب بتصفية رصيده مثلاً، أو يكون الرصيد غير كاف بقيمة الشيك، فلا يتم القبض في وقته، أو احتمال تجميد رصيد الساحب، أو إفلاسه، أو احتمال تعليق

<sup>1</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2 / 17583.

<sup>2</sup> فتاوى اللجنة الدائمة 13 / 448.

<sup>3</sup> نقلاً عن موقع الإسلام سؤال وجواب: <http://islamqa.com>، تاريخ الاطلاع عليه في 2018/11/29.

صرف الشيك على إخطار للمصرف من صاحب الرصيد، وهذه الاحتمالات تؤثر على اعتبار قبض الشيك قبضاً لمحتواه، وبذلك يظهر الفارق.

أجيب عن هذا الاعتراض: بأن هذا الفرق لا يؤثر في الإلحاق؛ حيث إن قبض المحتوى (النقد) هو الآخر ليس بالنهائي؛ إذ قد يكون مزوراً أو معيباً؛ بل إن مخاطر الشيك بدون رصيد قد تقل عن مخاطر الأوراق النقدية المزيفة؛ من حيث إن النقود لا يمكن معرفة أول من زورها؛ لأنها تتداول بالمناولة، في حين أن الشيك يتداول بطريق يتمكن فيه من معرفة من تداوله، حيث إن كثيراً من الدول تفرض عقوبة جنائية على محرر الشيك بدون رصيد، وهذه العقوبة تقف حاجزاً لمصدره بدون رصيد، وعلى ذلك يمكن القول بأن مسؤولية صاحب الشيك عن صدق محتواه يشبه ضمان الدول للأوراق النقدية التي تصدرها، وما بينهما من فروق لا يؤثر في الإلحاق.

أيضاً هذه الاحتمالات على فرض التسليم بها فإنها إنما ترد على الشيك غير المصدق فحسب.

كما يمكن الاعتراض بأن الأخطار المترتبة على النقد أقل منها في الشيكات؛ لأن أخطار النقد يمكن معرفتها من خلال النظر خصوصاً لمن يكثر تعامله بها، بخلاف أخطار الشيك.

وأما القول بأن الصرف قد يعلق على إخطار من صاحب الرصيد فهذا خارج عن محل النزاع؛ لأن البحث هنا في الشيك المطلق غير المعلق وفاؤه بشرط وصول إخطار من الساحب.

**الوجه الثالث:** جعل القيد المصرفي والشيك قبضاً حكماً يقوم مقام القبض الحقيقي أجيب عنه بأن حقيقة القبض الحكمي لا تعدو أن تكون حالة من التمكن من القبض وليس ذات القبض الحقيقي، وبالتالي فإنها لا تصلح أن تعتبر في عقد الصرف؛ لأن المعتبر فيه القبض الحقيقي، وتفريق العلماء بين القبض الحقيقي والقبض الحكمي تظهر ثمرته في مسائل وهي جواز التصرف في المبيع قبل قبضه، ونقل الضمان من البائع إلى المشتري، والذي عليه المحققين أن التمكن من القبض ينقل الضمان لكنه لا يبيح التصرف في المبيع أشار إلى هذا الكاساني من الحنفية وشيخ الإسلام رحمهما الله تعالى.

كما إن صرف النقود وتقييد أحد البدلين في حساب العميل لدى المصرف صرف لم يتحقق فيه شرط القبض؛ وذلك لأن التكييف الشرعي للحسابات الجارية (قرض) وبالتالي فإن بدل الصرف ما زال في ذمة المصرف، والقول بأنه من قبيل القبض الحكمي لا يكفي؛ لأن القبض الحكمي الوارد في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - إنما هو في الاستيفاء وليس في المعاوضة، والذي نتج عن القبض الحكمي في المسألة اشتغال ذمة المصرف ببذل الصرف، فهو متضاد مع مقصود الشارع من براءة الذم كما في مسألة صرف ما في

الذمة والذي دل عليها حديث ابن عمر، وقد حقق شيخ الإسلام ابن القيم - رحمه الله تعالى- القبض الحكمي واعتباره على ضوء مسألة صرف ما في الذمة المقصودة من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما- حيث قال: كنت أبيع الإبل في البقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فأتيت النبي ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فقال النبي ﷺ: "لا بأس إذا أخذتهما بسعر يومهما فافترقتما وليس بينكما شيء"، فذكر أنه ليس من جنس المعاوضات وإنما من جنس الاستيفاء، فكما لا يقال إن من اقترض درهما ورده درهما أنه باع درهما بدرهم، لا يقال إن من استقرض الدراهم وردها دنانير - بغير شرط مسبق أو عهد وإلا كان ذلك من الربا- أنه باع الدراهم بالدنانير، بل هو استوفى حقه وبرأت ذمته، والشارع له تشوف إلى إبراء الذمم، ولقطع الحيلة الربوية في صرف ما في الذمة والتي تكمن في أخذ زيادة على القرض اشترط النبي ﷺ أن تكون بسعر يومها، وعلل ذلك أهل العلم حتى لا يربح فيما لم يضمن، فالحوالة في الصرف جائزة بشرط أن يقبض بدل الصرف من المحال عليه في مجلس العقد، وعليه فلو تم عقد الصرف داخل المصرف وأحال على المصرف وقبض قبل التفريق جاز.

**الوجه الرابع:** القياس على ما كان يحصل من ابن الزبير إذ كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم إلى البصرة وإلى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم، الاستدلال بهذا الأثر خارج عن محل البحث؛ لأن عبد الله بن الزبير إنما كان يأخذ الدراهم من بعض الناس في مكة قرضاً في ذمته ثم يرد ذلك القرض لهم في العراق عن طريق أخيه مصعب، وهذا ما يسمى عند الفقهاء بالسفتجة، ومن المعلوم أنه إذا انحصر الإقراض والوفاء في السفتجة بين المقرض والمقترض أو نائب أحدهما فإنها تكون من قبيل الاقتراض في الذمة، فتبين أن لا علاقة لذلك بمسألة القبض التي هي محل البحث<sup>1</sup>.

**القول الثالث:** يوافق قائله القول الثاني ويشترط أن يكون المصرف يملك العملة المحول لها سواء كان في صندوقه المحلي أو في صندوقه المركزي، وعليه يجوز هذا النوع من المعاملات ويعتبر استلام الشيك المصدق أو ورقة الحوالة والإيصال المعتمد بالتحويل قبض حكمي، بشرط أن يحمل تاريخ اليوم الذي تم فيه الصرف، وتقيد ذلك بكون المصرف يملك العملة المحول لها، سواء كان في صندوقه المحلي أو في صندوقه المركزي، أما إذا كان المصرف لا يملك المبلغ المراد تحويله بالعملة المراد التحويل إليها فإنه حينئذ لا يجوز مثل هذا؛ لأنه يكون قد صارف بما لا يملكه إذا كان المبلغ المراد تحويله ليس موجوداً في صندوق المصرف المحلي ولا في قيوده أيضاً عند المصارف الأخرى، وإنما سيقوم المصرف على تأمين النقد المحول له مستقبلاً، فتسلم الشيك أو السند

<sup>1</sup> انظر لهذه المناقشة: الحوالة والسفتجة، 1/ 199-204، وموقع أهل الحديث: <http://www.ahlalhddeeth.com>، وموقع المسلم: <http://almoslim.net/node>، وحاشية ابن القيم على سنن أبي داود، 257/9.

ليس في معنى القبض لمحتواه، وحينئذ يكون المصرف قد صارف بما لا يملكه وقت المصارفة، وهو أشبه برجل صرف ذهباً بفضة وهو لا يملك الفضة وإنما سيعمل على تأمينها في المستقبل، وهذا لا يجوز، فمن أراد التحويل بعملة أخرى، عليه أن يحول بعملة شائعة يغلب على الظن وجودها في صندوق البنك أو المصرف مثل اليورو والدولار، ولا يأتي بعملة نادرة قد لا تكون موجودة عند البنك أو المصرف لا في الصندوق المحلي ولا حتى في المركزي؛ لأنه إذا صارف البنك بهذه العملة غير الموجودة عنده يكون قد صارف بما لا يملك، وهنا يقع في الإشكال، وإذا صارف بالعملة الشائعة فإنه يتسلم إما شيكاً أو سنداً رسمياً من البنك ويقيد فيه سعر العملة المحولة لها أيضاً، وحينئذ لا بأس بهذا<sup>1</sup>.

**القول الرابع:** يرى وجوب جريان الفصل كما في القول الثاني، إلا أنه يجيز القبض الحكمي في الصرف؛ كأن يتسلم طالب التحويل من المصرف شيكاً يملك بقبضه القدرة على التصرف فيه بتسليم محتواه أو تحويله، واستدلوا بما يلي:

1 - استدلوا على وجوب الفصل بالأدلة العامة التي تفيد عدم جواز بيع الحاضر بالغائب في الصرف، والتي استدل بها أصحاب القول الأول.

2 - استدلوا على أنه يكفي القبض الحكمي في الصرف بما استدل به أصحاب القول الثاني من أن قبض الشيك أو نحوه قائم مقام بدل الصرف، ولكن بشروط ثلاثة:

الأول: أن يكون الشيك مؤرخاً بتاريخ اليوم الذي تم فيه الصرف.

الثاني: أن يكون المسحوب عليه ملئياً يستطيع أن يفي بقيمة المبلغ المحوّل إليه.

الثالث: أن يكون الشيك مكتوباً بكامل المبلغ الذي تمّ الاتفاق عليه<sup>2</sup>.

**القول الخامس:** يرى قائله بأن اجتماع الصرف والحوالة فيه مشكلة، وهي معاملة لا تجوز إلا للضرورة، وهذا القول منقول عن الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله تعالى<sup>3</sup>.

**القول السادس:** إذا وجدت حوالة مع صرف ولم يشترط أجل خاص لتسليم الحوالة، ووقع تأجيل اضطراري بسبب اختلاف العملة بحيث تمت المصارفة بين العملتين دون تقابض وتلتها الحوالة فوراً خالية عن أجل مشروط فلا بأس شرعاً إن شاء الله بسبب الحاجة العامة لذلك، ولأن أصول التعامل المصرفي تقتضي بأن المبادلات التي تدخل فيها إحدى العملات لا بد أن تأخذ زمناً، ولعموم البلوى في عدم إمكان التقابض في الحال وذلك عند احتياج صاحب المال إلى نقل نقوده إلى بلد آخر ذي عملة أخرى له فيها مصلحة معينة، على أنه إذا أمكن بلا حرج إجراء التقابض الفوري في الصرف أو ما يقوم مقام التقابض من تسليم

<sup>1</sup> نقلاً عن موقع: <http://www.taimiah.org/Display.asp>، وموقع الأكاديمية الإسلامية المفتوحة: [www.islamacademy.net](http://www.islamacademy.net).

<sup>2</sup> الحوالة والسفتجة، 1 / 202.

<sup>3</sup> نقلاً عن موقع تميمه: <http://www.taimiah.org/Display.asp>.

شيك بالمبلغ فلا يجوز العدول عنه؛ لأن التقابض مشروط بالنص الشرعي في صرف الذهب بالفضة وعكسه فيقاس صرف العملات الورقية على صرف الذهب بالفضة وعكسه، ويجب التقابض فيه ويشترط في الشيك المأخوذ بعملة أخرى أن يكون قابلاً للصرف في الحال ولا يصح أن يكون مؤجلاً<sup>1</sup>.

ونوقش هذا القول القائل: إنه إذا لم يشترط أجل خاص لتسليم الحوالة ووقع تأجيل اضطراري بسبب اختلاف العملة بحيث تمت المصارفة بين العملتين دون تقابض وتلتها الحوالة فوراً خالية عن أجل مشروط فلا بأس؛ بسبب الحاجة العامة لذلك، وأن أصول التعامل المصرفي تقتضي أن المبادلات لا بد أن تأخذ زمناً، ولعموم البلوى في عدم إمكان التقابض في حال احتياج صاحب المال إلى نقل نقوده إلى بلد آخر ذي عملة أخرى له فيها مصلحة معينة، بأنه:

إن قصد بالتأخير أن يحصل الافتراق دون تقابض فهذه التعليقات ضعيفة؛ لأن النصوص النبوية التي ذكرت اشتراط التقابض في الصرف لم تفرق في وجوب التقابض لصحة الصرف بين كون التأجيل اضطراري أو غير اضطراري هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الحاجة العامة موجودة في زمننا وزمن نزول الوحي ومع هذا شرط النبي ﷺ لصحة الصرف التقابض في المجلس، ومعلوم أن نصوص الشرع أشد مراعاة لظروف الناس وحاجاتهم، وعدم وجود أي تقابض في هذه المعاملة يقتضي معارضتها للنصوص الصحيحة الصريحة، وعليه يكون هذا التعليل والاجتهاد في مقابل النصوص ومتصادما معها، فهو تعليل واجتهاد فاسد وهذا ما يسمى عند أهل الأصول بفساد الاعتبار، مع أن أصحاب هذا القول قالوا: إنه إذا أمكن بلا حرج إجراء التقابض الفوري في الصرف أو ما يقوم مقام التقابض من تسليم شيك بالمبلغ فلا يجوز العدول عنه؛ وهذا النوع من التقابض - أي الحكمي- ممكن ويسير بل التقابض الحقيقي ممكن الحصول مع شيء من التأنى وعدم العجلة، والله أعلم.

ويرجع الخلاف في المسألة إلى الأسباب التالية:

السبب الأول: هل القبض الحكمي معتبر في الصرف أم لا ؟

السبب الثاني: هل قبض الشيك يقوم مقام قبض محتواه أم لا ؟

السبب الثالث: هل البنك أو المصرف وكيل ؟

فمن جعل القبض الحكمي معتبراً أجازته، وكذلك من اعتبر قبض الشيك يقوم مقام قبض محتواه أجازته، ومن جعل البنك أو المصرف بمثابة الوكيل أجاز هذه المعاملة؛ لوجود

<sup>1</sup> مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت، 118/3.

التقايض بين الوكيل (البنك) والمستلم (المحول إليه)، ومن لم يعتبره وكيلاً، أو لم يعتبر القبض الحكمي معتبراً، أو لم يعتبر قبض الشيك يقوم مقام قبض محتواه حرمها.

الترجيح:

المترجح في المسألة - والله أعلم- والذي تطمئن به النفس بعد عرض الأقوال وأدلتها والمناقشة لها أنه لا بد من فصل عملية الصرف عن التحويل، وأسلم طريق للفصل وأبرؤه للذمة وأحوطه ما جاء في القول الأول: بأن يتم صرف العملة الموجودة إلى الثانية المطلوبة ويتم التقايض والتناجز وتسليم المال، ثم يعيد طالب تحويل المال العملة التي استلمها إلى البنك أو الصراف ثانية بعد أن استلمها منه ليقوم بتحويلها بعقد آخر مستقل ومنفصل عن عملية التحويل، أو أن يحول المبلغ ويتسلمه المحال إليه، ثم يصرفه المحال إليه بعد تسلمه له بالتقايض مع الصراف، والأمر يسير لكن يحتاج إلى شيء من التأنى والصبر، لكن إذا كانت هناك مشقة أو ضيق أو حرج، فيكفي استلام وقبض الشيك المصدق أو ورقة الحوالة والإيصال المعتمد بالتحويل ويعتبر ذلك قبضاً حكماً يأخذ حكم القبض الحقيقي؛ لأن الفقهاء يقولون: "كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف، كالحرز في السرقة والتفرق في البيع والقبض"<sup>1</sup>، وبشرط أن يفصل عملية التحويل عن الصرف، فيسلم العملة للمصرف ثم يستلم ويقبض الشيك المصدق أو ورقة الحوالة أو الإيصال المعتمد بالتحويل، ثم يوكل المصرف أن يجري عملية التحويل بعقد جديد مع مراعاة الشروط السابق ذكرها، من كون الشيك مؤرخاً بتاريخ اليوم التي تم فيه الصرف، وأن يملك المصرف العملة المحول لها، سواء كان في صندوقه المحلي أو في صندوقه المركزي، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

<sup>1</sup> إيضاح القواعد الفقهية، للشيخ عبدالله اللحجي، ص 80.



## المبحث الرابع: الاعتماد المستندي

الاعتمادات المستندية هي من أهم الأدوات المستعملة في تمويل عمليات التجارة الخارجية من استيراد وتصدير، ولكونها تتم عبر المصارف، فإن هذا يضيف عليها الضمان والاستقرار نظرا لثقة المستورد والمصدر بوساطة المصارف في تنفيذ هذه الاعتمادات المستندية. فالمصدر يعرف أنه سوف يستلم قيمة البضاعة المصدرة بمجرد تنفيذه للشروط الواردة في الاعتماد المستندي، والمستورد يعلم بأن المصرف فاتح الاعتماد لن يدفع قيمة البضاعة إلا بعد التأكد من تنفيذ الشروط المتفق عليها والواردة في الاعتماد المستندي.

### المطلب الأول: ماهية الاعتماد المستندي:

يعرف الاعتماد المستندي بأنه: " تعهد كتابي يصدره المصرف بناء على طلب عميله (المستورد) لصالح المستفيد (المصدر) يلتزم المصرف بموجبه بالوفاء للمستفيد بقيمة الإعتدأ أو بقبول كمبيالة أو كمبيالات مسحوبة بمستندات شحن البضاعة المتعاقد عليها بين المصدر والمستورد، إذا قدمت مطابقة لشروط الإعتدأ"<sup>1</sup>.

أو هو: " تعهد مكتوب من بنك يسمى المصدر يسلم للبائع بناء على طلب المشتري (مقدم الطلب أو الأمر بالشراء) يهدف إلى القيام بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة شريطة تسليم مستندات البضاعة مطابقة للتعليمات".

وهو ما يبرز أطراف الاعتماد المستندي وهي<sup>2</sup>:

1- المستورد (المشتري): وهو الذي يطلب فتح الاعتماد، ويكون الاعتماد في شكل عقد بينه وبين المصرف فاتح الاعتماد. ويشمل جميع النقاط التي يطلبها المستورد من المصدر.

2- المصرف فاتح الاعتماد: هو المصرف الذي يقدم إليه المشتري طلب فتح الاعتماد، حيث يقوم بدراسة الطلب. وفي حالة الموافقة عليه وموافقة المشتري على شروط المصرف، يقوم بفتح الاعتماد ويرسله إما إلى المستفيد مباشرة في حالة الاعتماد البسيط، أو إلى أحد مراسليه في بلد البائع في حالة مشاركة مصرف ثان في عملية الاعتماد المستندي.

<sup>1</sup> أدوات الإستثمار الإسلامية - البيوع والقروض والخدمات المصرفية، أحمد العيادي، 233، دار الفكر، ط1، 2010.  
<sup>2</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ذبيان الذبيان، 343/12، كل شيء عن الاعتمادات المستندية، محمد خليفة، 2017/1/11، [www.linkedin.com](http://www.linkedin.com)، تاريخ الاطلاع عليه 2018/12/1.

3- المصدر (المورد): هو الطرف الذي فُتح الاعتماد المستندي لصالحه، ويقوم بتنفيذ شروط الاعتماد في مدة صلاحية هذا الاعتماد. وفي حالة ما إذا كان تبليغه بالاعتماد معززا من المصرف المراسل في بلده، فإن كتاب التبليغ يكون بمثابة عقد جديد بينه وبين المصرف المراسل، وبموجب هذا العقد يتسلم المستفيد ثمن البضاعة إذا قدم المستندات وفقا لشروط الاعتماد، ويتم الدفع عادة للمصدر عن طريق المصرف مُبلِّغ الاعتماد أو المصرف المعزز للاعتماد في حالة تعزيز الاعتماد.

4- المصرف المراسل: هو المصرف الذي يقوم بإبلاغ المستفيد بنص خطاب الاعتماد الوارد إليه من المصرف المصدر للاعتماد في الحالات التي يتدخل فيها أكثر من مصرف في تنفيذ عملية الاعتماد المستندي كما هو الغالب. وقد يضيف هذا المصرف المراسل تعزيزه إلى الاعتماد، فيصبح ملتزما بالالتزام الذي التزم به المصرف المصدر، وهنا يسمى بالمصرف المعزز.

وعادة ما يسبق فتح الاعتماد مراسلات ومفاوضات بين المستورد والمصدر ويتم الاتفاق بينهما على شروط الصفقة التي يسترشد بها المصرف عند وضع الشروط الخاصة في الاعتماد المستندي.

## **المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية:**

تصنف الاعتمادات المصرفية إلى أنواع<sup>1</sup>:

1- تصنيف الاعتمادات من حيث قوة تعهد البنك المصدر إلى نوعين هما: الاعتماد القابل للإلغاء والاعتماد القطعي (غير القابل للإلغاء).

- الاعتماد المستندي القابل للإلغاء أو النقص: هو الذي يجوز تعديله أو إلغاؤه من البنك المصدر له في أي لحظة دون إشعار مسبق للمستفيد، غير أن التعديل أو النقص لا يصبح نافذا إلا بعد أن يتلقى المراسل الإشعار الذي يوجهه إليه البنك فاتح الاعتماد لهذا الغرض، وهذا النوع نادر الاستعمال حيث لم يجد قبولا في التطبيق العملي من قبل المصدرين لما يسببه لهم من أضرار ومخاطرة.

- الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء (الاعتماد القطعي): وهو الذي لا يمكن إلغاؤه أو تعديله إلا إذا تم الاتفاق والتراضي على ذلك من قبل جميع الأطراف ذات العلاقة، ولا سيما موافقة المستفيد، وهذا النوع هو الغالب في الاستعمال؛ لأنه يوفر ضمانا أكبر للمصدر لقبض قيمة المستندات عند مطابقتها لشروط وبنود الاعتماد.

<sup>1</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 436-435/12، الإعتمادات المستندية، طه على، 18 يوليو 2007، مجلة محاسبة دوت نت.

## 2- تصنيف الاعتمادات من حيث قوة تعهد البنك المرسل وله صورتان:

- الاعتماد المستندي غير المعزز: وبموجبه يقع الالتزام بالسداد للمصدر على عاتق البنك ففتح الاعتماد، ويكون دور البنك المرسل في بلد المصدر مجرد القيام بوظيفة الوسيط في تنفيذ الاعتماد نظير عمولة، فلا إلزام عليه إذا أخل أحد الطرفين بأي من الشروط الواردة في الاعتماد.

- الاعتماد القطعي المعزز: وفيه يضيف البنك المرسل في بلد المستفيد تعهده إلى تعهد البنك الذي قام بفتح الاعتماد، فيلتزم بدفع القيمة في جميع الظروف ما دامت المستندات مطابقة للشروط.

## 3- تصنيف الاعتمادات من حيث طريقة الدفع للبائع المستفيد وينقسم إلى:

- اعتماد الاطلاع: وفيه يدفع البنك ففتح الاعتماد بموجبه كامل قيمة المستندات المقدمة فور الاطلاع عليها والتحقق من مطابقتها للاعتماد، وهذا النوع هو أكثر الاعتمادات شيوعاً.

- اعتماد القبول: وفيه ينص على أن الدفع يكون بموجب كمبيالات يسحبها البائع المستفيد ويقدمها ضمن مستندات الشحن، على أن يستحق تاريخها في وقت لاحق معلوم.

- اعتماد الدفعات: اعتمادات الدفعات المقدمة أو الاعتمادات ذات الشرط الأحمر هي اعتمادات قطعية يسمح فيها للمستفيد بسحب مبالغ معينة مقدماً بمجرد اخطاره بالاعتماد، أي قبل تقديم المستندات. وتخصم هذه المبالغ من قيمة الفاتورة النهائية عند الاستعمال النهائي للاعتماد، وسميت هذه الاعتمادات بهذا الاسم لأنها تحتوي على هذا الشرط الخاص الذي يكتب عادة بالحبر الأحمر للفت النظر إليه. ويقوم البنك المرسل بتسليم الدفعة المقدمة للمستفيد مقابل إيصال موقع منه إلى جانب تعهد منه بردها إذا لم تشحن البضاعة أو يستعمل الاعتماد خلال فترة صلاحيته، ويلتزم البنك المصدر بتعويض البنك المرسل عند أول طلب منه. فإذا لم ينفذ الاعتماد وعجز المستفيد عن رد الدفعة المقدمة فإن الأمر مسؤول عن التعويض للبنك المصدر.

## 4- تصنيف الاعتمادات من حيث طريقة سداد المشتري الأمر بفتح الاعتماد:

- الاعتماد المغطى كلياً: وهو الذي يقوم طالب الاعتماد بتغطية مبالغه بالكامل للبنك، ليقوم البنك بتسديد ثمن البضاعة للبائع لدى وصول المستندات الخاصة بالبضاعة إليه.

- الاعتماد المغطى جزئياً: هو الذي يقوم فيه العميل الأمر بفتح الاعتماد بدفع جزء من ثمن البضاعة من ماله الخاص، وهناك حالات مختلفة لهذه التغطية الجزئية مثل أن يلتزم العميل بالتغطية بمجرد الدفع للمستفيد حتى قبل وصول المستندات، أو الاتفاق على أن تكون التغطية عند وصول المستندات، أو أن يتأخر الدفع إلى حين وصول السلعة.

- الاعتماد غير المغطى: وهو الاعتماد الذي يمنح فيه البنك تمويلا كاملا للعميل في حدود مبلغ الاعتماد حيث يقوم البنك بدفع المبلغ للمستفيد عند تسلم المستندات، ثم تتابع البنوك التقليدية عملاتها لسداد المبالغ المستحقة حسبما يتفق عليه من آجال وفوائد عن المبالغ غير المسددة.

5- تصنيف الاعتمادات من حيث الشكل:

يمكن أيضا تقسيم الاعتمادات من حيث الصورة والشكل إلى ثلاثة أنواع:

- الاعتماد القابل للتحويل: الاعتماد القابل للتحويل هو اعتماد غير قابل للنقض ينص فيه على حق المستفيد في الطلب من البنك المَفوض بالدفع أن يضع هذا الاعتماد كليا أو جزئيا تحت تصرف مستفيد آخر، ويستخدم هذا النوع غالبا إذا كان المستفيد الأول وسيط أو وكيل للمستورد في بلد التصدير، فيقوم بتحويل الاعتماد بدوره إلى المصدرين الفعليين للبضاعة نظير عمولة معينة أو الاستفادة من فروق الأسعار.

- الاعتماد الدائري أو المتجدد: ويستخدم هذا النوع من خطابات الاعتماد في حال الاتفاق على تسليم البضاعة للمشتري / المستورد على دفعات على فترات زمنية منتظمة.

- الاعتماد الظهير: أو الاعتماد مقابل إتمام آخر يشبه الاعتماد القابل للتحويل حيث يستعمل في الحالات التي يكون فيها المستفيد من الاعتماد الأصلي وسيطا وليس منتجا للبضاعة كأن يكون مثلا وكيل للمنتج، وفي هذه الحالة يقوم المستفيد بفتح اعتماد جديد لصالح المنتج بضمانة الاعتماد الأول المبلغ له.

6. تصنيف الاعتمادات من حيث طبيعتها وهي:

اعتماد التصدير: هو الاعتماد الذي يفتحه المشتري الأجنبي لصالح المصدر بالداخل لشراء ما يبيعه من سلع محلية.

اعتماد الاستيراد: هو الاعتماد الذي يفتحه المستورد لصالح المصدر بالخارج لشراء سلعة أجنبية.

## المطلب الثالث: التكيف الفقهي للاعتماد المستندي:

وقد خرج الفقهاء المعاصرون على أوجه عدة هذا بيانها:

**الأول:** أنه عقد وكالة ورهن مطلقا بين العميل والبنك يتضمن رهنا ضمنيا لبضاعة المشتري لدى الوكيل، ليستوفي حقه منها إذا لم يسلمه الموكل.

وأما بين العقد بين المستفيد والبنك فهو عقد كفالة (ضمان) مطلقا، سواء أعطى مبلغ الاعتماد أو لم يغط؛ لأن العميل قد فوض البنك نيابة عنه بأداء الدين (حق المستفيد)، وفي تسلم مستندات البضاعة وفحصها، والتأكد من الشروط قبل أداء الدين بمثابة استنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة وهو ما يعد وكالة في نظر الشرع.

وأما كون العقد بين البنك والمستفيد عقد كفالة؛ فلأن المصرف بموجب خطاب الاعتماد يتحمل حق المستفيد مطلقا، سواء قدم العميل الغطاء أم لم يقدمه، فحق العميل متعلق بذمة المصرف وهذه حقيقة الكفالة.

ونوقش العقد بين العميل والبنك بأن تصنيفه على أنه عقد وكالة غير صحيح؛ لأن الوكالة تفويض بالأداء دون التحمل، لكن البنك ليس مفوضا بالأداء فقط بل مطالب بتحمل الحق الذي وجب للمستفيد، كما أن المستفيد لم يقبل بالبنك نائبا عن العميل في الأداء فقط، بل قبل به كضامن للحق.

**الثاني:** أن العقد بين المستفيد والبنك عقد كفالة كما سبق تصنيفه، سواء غطي مبلغ الاعتماد أو لم يغط، أما العقد بين العميل والمصرف فه عقد وكالة إذا كان مبلغ الاعتماد مغطى، وعقد ضمان إذا كان مبلغ الاعتماد غير مغطى.

وتصنيفه على أنه عقد وكالة بين العميل والمصرف إذا كان مبلغ الاعتماد مغطى؛ فلأن العميل أعطى المصرف مالا وطلب منه أن يدفعه عنه عندما يطالب به وهذه هي حقيقة الوكالة، ولا يستنكر أن يكون للتصرف الواحد اعتباران.

ويناقش بأن العقد عقد ضمان حتى وإن كان مبلغ الضمان مغطى للآتي:

- أن حقيقة الوكيل أنه أمين لا يضمن إلا إذا فرط أو تعدى، والمال الذي أخذه البنك من العميل يضمنه مطلقا ولو لم يفرط أو يتعدى.

<sup>1</sup> المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 12/ 449-462، موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، مقال بعنوان الاعتمادات المستندية، www.my.gov.sa

- أن غطاء الضمان الذي يأخذه البنك يملكه ويستثمره، فيكون البنك وهو ( الضامن ) مدينا للمضمون وهو ( العميل ) بمثل مال الضمان إذا كان الغطاء كاملاً، أو ببعضه إذا كان جزئياً، فالمال المغطي لا يكون مجمداً لا يتصرف فيه البنك حتى يوصف بأنه وكيل عن مالكة، وإنما هو مقترض لقيمة الغطاء.

**الثالث:** أنه عقد حوالة، فالأمر وهو المشتري - محيل - والمستفيد وهو البائع - محال - والمصرف محال عليه.

ونوقش هذا التكيف بالآتي:

- أن ما تقرر في التقنيات الحديثة من أنه لا علاقة للمصرف الذي أصدر الاعتماد بصحة البيع أو بطلانه يتنافى مع الشريعة الإسلامية في الحكم ببطلان الحوالة ببطلان البيع الذي بنيت عليه.

- أن المصرف - وهو المحال عليه - غير مدين للمحيل، وقد اختلف الفقهاء في صحة الحوالة إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل.

- أن أخذ العوض على الحوالة الفقهية لا يجوز مطلقاً، سواء أصنفت الحوالة على أنها من قبيل بيع الدين بالدين، أو أنها استيفاء للحق وليست بيعاً؛ لأنها إن كانت بيعاً لم تصح على من لا دين عليه لعدم الاعتياض، إذ ليس عليه شيء يجعله عوضاً عن حق المحال، وإن كانت استيفاء للحق لم يجز أخذ الأجر عليها عند الجمهور.

- أن الاعتماد المستندي يكون مؤقتاً بوقت ينتهي عنده، وهو ما ينافي مقتضى عقد الحوالة والتي تقتضي انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

- مقتضى عقد الحوالة براءة المحيل من الدين، وفي خطاب الاعتماد لا يبرأ المشتري من الدين بمجرد الحوالة، بل يظل ضامناً للوفاء بقيمة البضاعة في مواجهة المستفيد في حال امتناع المصرف من الأداء لسبب من الأسباب وحتى لو اشترط المشتري عدم الضمان.

**الرابع:** أنه عقد مستحدث في المعاملات دعت إليه الحاجة، وهو جائز ما لم يصادم أصلاً شرعياً.

ويناقش هذا التصنيف بأن: الاعتماد المستندي ليس فيه شيء جديد سوى اسمه، فالعلاقة بين المستفيد والعميل علاقة بيع، والعلاقة بين المستفيد والبنك علاقة ضمان، وهذا ليس جديداً، وإنما الجديد هو فصل الضمان عن سببه وهو عقد البيع، وهو ما يعد خروجاً عن الأحكام الشرعية.

**الخامس:** أنه عقد ضمان لحق المستفيد وهو (البائع) في كل الأحوال سواء أعطي الاعتماد أم لم يغط.

وهو الراجع - والله أعلم - للآتي:

- أن تغطية الاعتماد لا تجعل المصرف وكيلا لما قدم من أن الوكيل أمين لا يضمن إلا في التعدي والتفريط، في حين أن البنك في الاعتماد المستندي يضمن المال الذي أخذه من العميل مطلقاً.

- أن الغطاء الذي يأخذه البنك من العميل يملكه ويستثمره ولا يظل مجمداً.

- باعتبار أن العلاقة بين البنك والمستفيد هي علاقة ضمان مطلقاً، فمن المعلوم أن البنك إنما ضمن العميل لصالح المستفيد، مما يرجح أن العميل مضمون عنه ولا بد؛ لأن عقد الضمان ثلاثة أطراف: ضامن وهو المصرف، ومضمون عنه وهو العميل، ومضمون له وهو المستفيد، مما يسقط تكييفه بأنه عقد كفالة للمستفيد وعقد وكالة للعميل.

- أن البنك متعهد بإعطاء المستفيد المبلغ مطلقاً، إذا قام المستفيد بالتزاماته سواء أعطى العميل الأمر بالدفع أم لم يعطه، وهذه حقيقة الضمان بخلاف الوكالة فغن الموكل إذا أعطى أمره بعدم الدفع لم يحق للوكيل أن يدفع؛ لأنه نائب عنه.

### **المطلب الرابع: أحكام القبض في الاعتمادات المستندية:**

من خلال ما مر سابقاً من تكييف فقهي للاعتماد المستندي وعرض لأنواع الاعتماد في البنوك التقليدية يظهر بون شاسع بين هذه الصور وبين اتفاقها مع أحكام وضوابط الشريعة الإسلامية، حيث إن مسؤولية البنك التقليدي في فتح الاعتماد تنتهي من لحظة دفع قيمة البضاعة إلى المصدر عند استلام وثائق الشحن النظامية؛ فالبضاعة لا تدخل في ملك البنك مطلقاً، وإنما له عليها حق الارتهان والحبس إلى أن يسدد التاجر الثمن والفوائد. مما يجعل من طالب الاعتماد مديناً له من تلك اللحظة بالمبلغ الذي دفعه البنك مع الفوائد المتفق عليها، فالأساس الذي تقوم عليه الاعتمادات المستندية في البنوك التقليدية هو القرض بشرط الفائدة وهو الربا المحرم شرعاً.

أما في المصارف الإسلامية فالحكم مختلف؛ حيث تتنوع التطبيقات العملية للاعتمادات المستندية، فإن كان الاعتماد المستندي مغطى كاملاً من قبل الزبون فاتح الاعتماد يكون دور المصرف الإسلامي وكيلاً بعمولة بين المستورد والمصدر.

أما إن كان الاعتماد المستندي غير مغطى أو مغطى جزئياً، فيمكن اتباع أنواع أخرى منه تتوافق مع صيغ التمويل الإسلامي ومنها<sup>1</sup>:

#### أ - اعتمادات المراجعة الدولية:

في حال كان الاعتماد المستندي غير مغطى من قبل الجهة طالبة التمويل - وهو المشتري طالب الاعتماد -، يتم تنفيذه عن طريق المصرف الإسلامي الذي يشتري باسمها ولصالحها من المورد الخارجي بناءً على طلبها مع الحصول منها على وعد بشراء البضاعة لاحقاً من المصرف، ويتحمل المصرف تبعة هلاك البضاعة ومخاطرها قبل التسليم ومن ثم يبيعه إلى فاتح الاعتماد مرابحةً عند وصولها بحيث يتم تسديد قيمتها بشكل آجل أو على أقساط، وتتم المراجعة في المصارف الإسلامية بعدة صور:

- أن تنفذ الاعتمادات المستندية على أساس المراجعة الخارجية بحيث تكون فاتورة البيع ومستندات الشحن باسم المصرف، فيملك المصرف الإسلامي البضاعة من بائعها، وتكون فاتورة البيع ومستندات الشحن باسم المصرف، ويقوم بنفسه بالتأمين على البضاعة، واجراءات التخليص عليها، وتدخل في ضمانه قبل أن يبيعه إلى المشتري فاتح الاعتماد ويسلمها له، فإذا تم كل ذلك سلم المصرف البضاعة للتاجر فاتح الاعتماد مع مستندات الشحن على أساس القبض الحقيقي، والتسليم الحقيقي، وهي أسلم الطرق شرعاً؛ وذلك حتى يكون ربحه فيما بعد مشروعاً؛ لأن مسؤولية المصرف الإسلامي لا تنتهي بمجرد دفع الثمن إلى البائع المصدر، بل لا بد لانتهاؤ مسؤولية المصرف الإسلامي عن البضاعة من تسلم البضاعة وتسليمها للعميل بموجب مستندات الشحن.

- وقد تقوم بعض المصارف الإسلامية بتنفيذ الاعتمادات المستندية بنفس الطريقة السابقة، إلا أنها لا تقوم بالتخليص على البضاعة المستوردة وتسلمها وتسليمها على أساس القبض الحقيقي، ولكنها تعتمد في الاستلام والتسليم على أساس القبض الحكي، فإذا وصلت مستندات الشحن إلى المصرف يقوم بإرسال إشعار إلى التاجر فاتح الاعتماد يعلمه فيه بوصول مستندات الشحن، وموافقته على بيع البضاعة له فيقوم التاجر المشتري بإرسال إشعار القبول بالشراء الذي يعلن فيه موافقته على شراء البضاعة، وبذلك ينعقد بيع المراجعة، ثم يقوم المصرف بتظهير مستندات الشحن للتاجر فاتح الاعتماد ليتولى القيام بإجراءات التخليص عليها وقبضها قبضاً حقيقياً، بحيث تنتهي مسؤولية المصرف عن البضاعة بتسليم مستندات الشحن إلى المشتري شريطة أن تكون مطابقة للمواصفات

<sup>1</sup> الإعتمادات المستندية في المصارف الإسلامية، أحمد سالم ملحم، القبض وصوره المستجدة، علي القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 6، 588/1. صفحة عالم الاقتصاد والتمويل الإسلامي، التمويل عن طريق الاعتمادات المستندية، 2014/3/4.



المذكورة في الاعتماد، ويتحمل المصرف مسؤولية اختلاف المواصفات أو نقص البضاعة أو تلفها.

- وهناك من المصارف الإسلامية من تقوم بتنفيذ بعض الاعتمادات المستندية على أساس وكالة المراجعة التي تمنح لبعض التجار المستوردين في حالات خاصة، وفق توجيهات هيئة الرقابة الشرعية، وتتألف التطبيقات العملية لهذه الحالة بما يلي:

- يتم توقيع وكالة المراجعة بين المصرف والتاجر المستورد إذا كانت تنطبق عليه الضوابط الشرعية الخاصة بوكالة المراجعة بعد التحقق من ذلك من قبل المدقق الشرعي للمصرف.

- يقوم التاجر باستيراد البضاعة بحيث تكون فاتورة البيع باسمه بصفته وكيلًا عن المصرف في الشراء.

- يقوم البنك المراسل بدفع ثمن البضاعة إلى البائع المورد بناء على أمر المصرف الإسلامي له بالتسديد ويطلب منه شحنها بحيث تكون مستندات الشحن باسم المصرف الإسلامي.

- يتولى التاجر المستورد مسؤولية تخليص البضاعة لأن الفاتورة ترد باسمه مع أنه في حقيقة الأمر ليس مالكا للبضاعة بل هو وكيل عن المصرف في شرائها والتخليص عليها.

يجب على التاجر أن يعلم المصرف الإسلامي بوصول البضاعة وألا يتصرف بها لأنها ليست ملكاً له يومن ثم عليه أن يرسل إشعاراً للمصرف يبين فيه موافقته على شراء البضاعة وفق وعد الشراء الموقع عليه مسبقاً لدى المصرف، ويسمى ذلك إيجاباً.

يقوم المصرف بإصدار إشعار موافقة على البيع ويسمى ذلك قبولاً، فينقذ بذلك بيع المراجعة بين المصرف بصفته بائعاً والتاجر المستورد بصفته مشترياً، ثم يقوم المصرف بتسليم مستندات الشحن للتاجر لاستكمال تسليم البضاعة له، فيصبح مالكا لها شرعاً.

#### ب - اعتمادات المشاركة:

ويستخدم في حال الاعتماد المغطى جزئياً، حيث يساهم الزبون بجزء من قيمة الاعتماد ويساهم المصرف الإسلامي بالباقي، ويقوم المصرف بفتح الاعتماد واستيراد السلعة ومن ثم يؤجر حصته منها للعميل أو يبيعه إياها بشكل كامل أو تدريجي.

ج - اعتمادات المضاربة: وهي ذات تطبيق قليل في المصارف الإسلامية، وتقوم فكرتها على تقديم المصرف الإسلامي للتمويل اللازم لاستيراد سلع معينة من قبل الزبون الذي يتولى تسويقها وبيعها وتحقيق الربح الذي يوزع بين الطرفين بالنسب المتفق عليها.

## الخاتمة

- 1- القبض لغة: خلاف البسط وهو لفظ يُفصح عن معان تدور في مجملها حول: الأخذ، وقبول المتاع، والإمساك، والقدرة على الشيء والتمكن منه مما يجعله خالصاً، مالكا صاحبه زمام أمره.
- 2- ليس للقبض تعريف محدد في الشرع، والمرجع في تحديد معناه عائد للعرف، فالعرف عموماً " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول".
- 3- حيث لا تعريف محدد للقبض في الشرع، فإنه يمكننا تعريفه بأنه: " التخلية أو المناولة من العاقد للمعقود عليه - في غير الطعام - على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع ولا حائل حسب العرف".
- 4- القبض ليس هو اللفظ الوحيد المعبر عن معاني الاستيلاء والتسلم والحيازة، بل ثمة ألفاظ ومرادفات تتصل به وتنوب عنه، كاليد والنقد والاقتضاء وهاء وهاء.
- 5- القبض باعتباره تصرفاً شرعياً يتكون من مجموع أركانه وهي: القابض والمقبوض.
- 6- العقد في اللغة من (عقد)، والعين والقاف والذال أصل واحد يدل على شدّ وشدّة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها.
- 7- للعقد في الاصطلاح معنيان، معنى عام، وآخر خاص، وعند الإطلاق يراد به المعنى الخاص وهو: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.
- 8- للعقد أركان ثلاثة: الصيغة والعاقد ومحل العقد.
- 9- القبض أثر من آثار العقد ووثيق الاتصال به، لكنه ليس من أركانه.
- 10- كما أن للقبض أركاناً فإن له شروط صحة تحقق وقوعه بالشكل المعتبر شرعاً، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالمتقاضيين ومنها ما يتعلق بالمقبوض.
- 11- ينقسم القبض إلى قبض حقيقي وقبض حكمي.
- 12- للقبض صوراً تنضبط وفقاً لحال المقبوض: فهو إما أن يكون في يد مالكة مما يستوجب دفعه لمستحقه، أو أن يكون في يد مستحقه أصلاً فينوب القبض السابق عن اللاحق حسب قوته.

13- العقود من حيث علاقتها بالقبض ثلاثة أنواع: عقود يشترط القبض في صحتها كالصرف والسلم، وعقود يشترط القبض في لزومها كالرهن والهبة، وعقود يشترط القبض فيها لنقل الملكية كالإعارة والوقف.

14- الأثر لغة يطلق فيراد به: النتيجة والحاصل من الشيء أو ما يترتب عنه، فإذا أضيف الأثر إلى العقد أو التصرف أفاد الحكم الصادر عنه والنتيجة الحاصلة منه، وللقبض آثار أهمها: انتقال الضمان إلى القابض، وتسلب القابض على التصرف في المقبوض، ووجوب بدل العوض للمقبوض منه.

15- البطاقات الائتمانية هي: أداة دفع وسحب ائتماني غير إلزامية، وذات صلاحية محدّدة، وسقف محدود، وغير قابلة للتحويل، يُصدرها بنك تجاري أو مؤسسة مالية، تُمكن حاملها من الشراء بالأجل على ذمّة مُصدرها، ومن الحصول على النقد اقتراضاً من مصدرها، أو من غيره بضمانه، وتُمكنه من الحصول على خدمات خاصّة.

16- الدفع ببطاقات الائتمان المغطاة يعتبر قبضاً حكماً في شراء جميع أنواع الأعيان حتى لو كانت من النقود؛ لأن لحامل البطاقة رصيداً في البنك، وهذا يجعل للبطاقة قيمة نقدية مضمونة، فتكون هذه البطاقة بمثابة النقد، وبناء عليه يتحقق التقابض حكماً في مجلس العقد، كما يتحقق التيسير على الناس بمنحهم مخرجا شرعياً للتعاملات المالية الإلكترونية والتي تزداد شيئاً فشيئاً.

17- الشيك: صك محرر قابل للتداول وفق شكل قانوني معين يتضمن أمراً من الساحب إلى البنك بدفع مبلغ معين من النقود لحامله بمجرد الاطلاع.

18- يعتبر قبض الشيك المصدق قبضاً لمحتواه، وعليه فإن التقابض به في العقود التي يشترط فيها تقابض البدلين في مجلس العقد والعقود التي يشترط لصحتها قبض رأس المال في مجلس العقد قبل التفرق صحيح بشرط اتحاد مجلس العقد.

19- قبض الشيك غير المصدق الحال المكتوب بتاريخ اليوم، والمبين القيمة بالتحديد، يعتبر قبضاً لمحتواه بشرط أن يرافقه من القرائن ما يدل على وجود رصيد له لدى المسحوب عليه - كإجراء اتصال مع البنك، أو أن يضمن الشيك على سبيل الكفالة كشخص معروف بالملاءة بتوقيعه عليه.

20- قبض الشيك غير المصدق المؤجل، لا يعتبر قبضاً لمحتواه، وعليه لا يجوز أن يتم التقابض به في العقود التي يشترط فيها التقابض للبدلين أو أحدهما في مجلس العقد.

21- الحوالة المصرفية: عملية نقل النقود أو أرصدة الحسابات من حساب إلى حساب ، أو من بنك إلى بنك ، أو من بلد لآخر ، وما يستتبع ذلك من تحويل العملة المحلية بالأجنبية ، أو الأجنبية بأجنبية أخرى .

22- عند اجتماع الصرف مع الحوالة يجب فصل عملية الصرف عن التحويل، حيث يتم صرف العملة الموجودة إلى الثانية المطلوبة ويتم التقابض والتناجز وتسليم المال، ثم يعيد طالب تحويل المال العملة التي استلمها إلى البنك أو الصراف ثانية بعد أن استلمها منه ليقوم بتحويلها بعقد آخر مستقل ومنفصل عن عملية التحويل.

23- الاعتماد المستندي: هو تعهد مكتوب من بنك يسمى المُصدِر يسلم للبائع بناء على طلب المشتري، يهدف إلى القيام بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة شريطة تسليم مستندات البضاعة مطابقة للتعليمات.

24- تتنوع التطبيقات العملية للاعتمادات المستندية في المصارف الإسلامية، فإن كان الاعتماد المستندي مغطى كاملاً من قبل الزبون فاتح الاعتماد يكون دور المصرف الإسلامي وكيلاً بعمولة بين المستورد والمصدر، أما إن كان الاعتماد المستندي غير مغطى أو مغطى جزئياً، فيمكن اتباع أنواع أخرى منه تتوافق مع صيغ التمويل الإسلامي.

❦ والحمد لله رب العالمين ❦

## فهارس البحث

- فهرس الآيات القرآنية

- فهرس الأحاديث النبوية والآثار

- فهرس المصادر والمراجع

- فهرس الموضوعات

## فهرس الآيات القرآنية

الرقم	طرف الآية الكريمة	السورة	رقم الآية	الصفحة
1	﴿ فَاتَّبَعَ بِمَعْرُوفٍ وَأُولَآءِ إِلَهِهِ بِإِحْسَانٍ ﴾	البقرة	177	347
2	﴿ فَلَا عُدْوَةَ لِلْأَعْدَى الَّذِينَ ظَلَمُوا ﴾	البقرة	193	263
3	﴿ وَاللَّاهُ يَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَّهُ كَانَ عَلِيمًا نَّصِيرًا ﴾	البقرة	235	245
4	﴿ مَن ذَا الَّذِي يَشْفَعُ عِنْدَ رَبِّهِ إِذْ يُنْفِضُ السَّحَابَ وَنُصِبَتْ لَهُ الْأَسْقَابُ فَاكْتُمِبَ ﴾	البقرة	243	247
5	﴿ وَاللَّهُ يُفَصِّلُ الْبَيِّنَاتِ لِقَوْمٍ أُولِي الْأَلْبَابِ ﴾	البقرة	243	3
6	﴿ فَإِذَا كَانَ مِنَ الْيَوْمِ مُغْتَابًا وَذُنُوبُهُ كُنُوزًا فَالْيَوْمَ يُكَفِّرُ عَنْهُ سَيِّئَاتِهِ إِنَّهُ يُغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ إِنَّهُ عَلِيمٌ ذَكِيرٌ ﴾	البقرة	281	96
7	﴿ وَاسْتَهْرَجُوا نَهْرَيْنِ مِزْرَجَيْنِ فَأَخْرَجُوا مِزْرَجَيْنِ فَجَاءَ لَمْ يَكُنَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ مِمَّنْ نَرْتَضُونَ مِنَ النَّهْرَيْنِ ﴾	البقرة	281	220
8	﴿ وَإِذَا كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَانزِلُوا مِنْهَا قَلِيلًا فَرِيضَةً مِّنْ لَّيْلٍ ذَلِكُمْ فَسَمَاءٌ عَلَيْكُمْ وَلَا تَحْسِبُونَهَا لُحْمًا يُغْتَنَّبُ فَهِيَ مِمَّا دُونِهَا يُضَاعَفُ لَهُ كُفْرُكُمْ أَكْثَرُ وَأَكْثَرُ ﴾	البقرة	282	104
9	﴿ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ بِكُمْ مَاءٌ فَامْسِكُوا وَلَا يَحْسِبُ الْمُؤْمِنُونَ إِذْ يَسْمَعُونَ الدُّعَاءَ إِذْ يُدْعَى لِلَّهِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾	البقرة	283	273
10	﴿ قَالَ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي قَدْ جَاءَ الْإِسْلَامُ فَاتَّبِعُونِي أَلَا تَتَّقُونَ ﴾	آل عمران	41	54
11	﴿ وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾	آل عمران	173	76
12	﴿ وَاللَّهُ يَتَّبِعُ الَّذِينَ يَدْعُونَ إِلَى الْكُفْرِ وَالنَّارِ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾	النساء	22	49

31	29	النساء	﴿إِلَّا لَأَكْفُرُوا بِاللَّهِ عَن قَوْلِهِمْ إِنَّ اللَّهَ كَانُوا بُرُوحًا رَّحِيمًا﴾	13
306	57	النساء	﴿إِنَّمَا إِلَهُ الْبَنَاتِ إِلَهُ الْبَنَاتِ﴾	14
245	91	النساء	﴿وَرَوِيهِ مَسْلَمَةٌ إِلَى الْأَقْلَمِ﴾	15
23،20	1	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ﴾	16
20	91	المائدة	﴿وَلَكِنْ تَوَلَّوْا خِزْيُومًا بِمَا كَفَرْتُمْ بِاللَّهِ﴾	17
14	29	التوبة	﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾	18
56	60	التوبة	﴿إِنَّمَا الْأَعْدَاءُ الْمُفَرَّقُونَ وَالْمَسْكِينُ وَالْعَالِيْنَ عَلَيْهِمُ الْكُفْرَةُ وَالْمُؤَلَّفَةُ قُلُوبُهُمْ فِي الرِّقَابِ وَالغُرْمِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾	19
3	67	التوبة	﴿وَيَقْبِضُوا أَيْدِيَهُمْ﴾	20
76	15	إبراهيم	﴿وَعَلَى اللَّهِ فَاسْتَوَكِلِ الْمُؤْمِنُونَ﴾	21
75	34	الإسراء	﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالْبَالِغِ حَيْثُ أَحْسَنَ مَحْتَمِي يَبْتَغِي السَّرْفَ﴾	22
29	35	الإسراء	﴿وَلَا تَقْرَبُوا بِالْعَهْدِ﴾	23
261	75	الحج	﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالْبَالِغِ حَيْثُ أَحْسَنَ مَحْتَمِي يَبْتَغِي السَّرْفَ﴾	24
147	76	الحج	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	25
3	46	الفرقان	﴿تُرْمِ قَبَضْنَهُ إِلَيْنَا قَبْضًا يَسِيرًا﴾	26
49	37	الأحزاب	﴿فَلَسَا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاهَا﴾	27
49	50	الأحزاب	﴿وَأَمْرًا مِّنْهُمُ اللَّهُ وَهَبْنَا لَهَا لِيُتَمِّمَ لَهَا﴾	28

			يَسْتَلِحُّهَا حَمَالَةً لَّسَّ مِنْ قَوْلِ الْمُؤْمِنِينَ ﴿	
أ	71-70	الأحزاب	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصَلِّمْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَبِعَفْرِكُمْ قُلُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿	29
5	29	الزمر	﴿ وَرَجُلًا سَلَمًا لِرَجُلٍ ﴿،	30
220	34	محمد	﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿،	31
289	59	الرحمن	﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴿	32
208	67-66	الواقعة	﴿ أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْمِلُونَ ﴿ لَا تَحْمِلُ زُرَّاحُونَ إِلَّا أَنْ يَخْرُجُوا ﴿	33
29	3-2	الصف	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبُرَ مَقْنًا حَنَدًا ﴿ اللَّهُ أَيُّ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿	34
147	10	الحاقة	﴿ فَأَحْزَنُهُمُ الْهَزْمَةُ رَأِيَةٌ ﴿،	35
15	18	الحاقة	﴿ هَاقُمُ افْرُؤُوا كَيْبَهُ ﴿،	36
295	15	المزمل	﴿ كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ ﴿	37
202	18	المزمل	﴿ وَلَا حَرْوًا يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَنْتَعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴿	38
321	274	البقرة	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴿، (البقرة: 274)	
261	6-4	الماعون	﴿ فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ﴿ الَّذِينَ هُمْ ﴿ بُرَاءُونَ وَيَسْتَعُونَ الْمَاعُونَ ﴿	39
261	6	الماعون	﴿ وَيَسْتَعُونَ الْمَاعُونَ ﴿	40



## فهرس الأحاديث والآثار

الرقم	طرف الحديث أو الأثر	صفحة التضريح
1	"آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أوّتمن خان "	28
2	"ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبتة "	317
3	" أتيتُ النبي ﷺ وَهُوَ يَقْرَأُ (أَلْهَاكُمْ التَّكَاثُرُ) "	236
4	"أحللت بيع الربا؟ فقال مروان: ما فعلت؟! "	384
5	"إذا بعث فكل، وإذا ابتعت فاكتل"	97 - 10
6	"إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعا وثلاثين بعيرا"	291
7	" إذا أدّيت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك "	239
8	" أخبرني جبريل عليه السلام أنه إذا كان يوم القيامة جمع الله الأولين والآخرين "	
9	"أردت الخروج إلى خيبر، فقال النبي ﷺ: إذا أتيت وكيلي، فخذ منه خمسة عشر وسقاً "	77
10	"أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه"	201
11	" أقبلت أقول من يصطرف الدراهم؟ "	472
12	" ألا تراهم يتبايعون بالذهب والطعام مرجأً "	321
13	" أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض "	128
14	" أن أبا بكر- رضي الله عنه - قال: يا رسول الله إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج فخذ إحداهما "	9
15	" إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية "	236
16	" أن حكيم بن حزام قال: قلت يا رسول الله إنني رجل اشتري بيوعا "	315
17	" إِنَّ رَجَالًا مِّنَ الْعَرَبِ يُهْدَى أَحَدُهُمُ الْهَدْيَةَ فَأَعْوَضَهُ مِنْهَا بِقَدْرٍ مَا عِنْدِي ثُمَّ يَنْسَخُهَا فَيَنْظِلُّ يَنْسَخُ فِيهِ عَلَيَّ "	234
18	"أن رجلا رهن رجلا فرسا بحق له، فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: ذهب حقك "	295
19	" أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعا "	293

177	" أن رسول الله ﷺ بعث أبا بني عدي الأنصاري واستعمله على خيبر "	20
147	" أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان "	21
292	" أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها بقصعة فيها طعام "	22
118	" أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه "	23
64	" أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبله "	24
390	" أن ابن الزبير - رضي الله عنهما - كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم إلى البصرة "	25
279	" أنها أرادت أن تشتري بريرة فأشترطوا - أهلها - الولاء "	26
353	" إن الله سيخلص رجلاً من أمتي على رؤوس الخلائق يوم القيامة فينشر عليه تسعة وتسعين سجلاً كل سجلاً مثل مد البصر "	27
183	" أنه التمس صرفاً بمائة دينار فدعاني طلحة بن عبيد الله "	28
397	" إن كان يدا بيد فلا بأس، وإن كان نساء فلا يصلح "	29
330	" أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه قال: فلحقني النبي ﷺ فدعاني "	30
10	" أنه نهى أن تباع السلع حيث تشتري حتى يحوزها الذي اشتراها إلى رحله "	31
10	" أنه نهى عن بيع الطعام حيث يجرى في الصاعان "	32
48	" إنما البيع عن تراض "	33
227	" أن النبي ﷺ اشتري طعاماً من يهودي إلى أجل فرهنه درعه "	34
382	" أن أبا هريرة - رضي الله عنه - قال لمروان: أحلت بيع الربا؟ "	35
	" الإيمان نصفان نصف في الصبر ونصف في الشكر "	36
31	" باع قدحا وحلساً فيمن يزيد "	37
15	" البر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء "	38
40	" بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيباً "	39
31	" بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل "	40
274	" تضمن الله لمن خرَج في سبيله لا يُخرجه إلا جهاداً "	41

72	"ثلاث جُدْهُن جِدًّا، وهزلهن جِدًّا: النكاح والطلاق والرجعة"	42
181	" ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ وَدِدْتُ أَيُّهَا النَّاسُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عَهْدًا	43
111	" جاء عمر إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله إني أصبت مالا لم أصب مثله قط "	44
255	" حبس الأصل وسبل الثمرة "	45
240	" حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده "	46
277	" الخراج بالضمان "	47
126	" خَرَجْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي عَزَاةٍ فَأَبْطَأَ بِي جَمَلِي "	48
170	" الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، فمن كانت له حاجة بورق فليصطرفها بذهب "	49
167	"الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء"	50
12	" الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ "	51
170	" الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل وزنا بوزن "	52
123	"رخص النبي ﷺ في بيع العرايا بخرصها من التمر"	53
93	"رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل"	54
295	" الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ "	55
295	" رهن رجل خاتما من حديد بقدر من صفر - أي: نحاس - فهلكت فاختصما إلى شريح فقال الرهن بما فيه "	56
169	"سألت أبا المنهال عن الصرف يدا بيد فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئا يدا بيد ونسيئة"	57
403	" سألت رسول الله ﷺ أشترى الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب "	58
187	"سألني - أي النبي ﷺ - كَيْفَ تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ "	59
267	سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: " الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ "	60
240	"العائد في الهبة كالكلب يقيء ثم يعود في قبئه "	61
286	"الْعَارِيَةُ مُوَدَّاةٌ وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ "	62
292	"على اليد ما أخذت حتى ترد"	63
285	"على اليد ما أخذت حتى تؤدى"	64
4	" فاطمة بضعة مني، يقبضني ما يقبضها "	65
120	"فَرَدَّ النَّبِيُّ ﷺ ذَرَارِيَهُمْ وَعَقَارَ بُيُوتِهِمْ "	66
322	"قد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام"	67

316	"قلت يا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي رَجُلٌ ابْتاعَ هذه البُيُوعَ"	68
367	"قلت: يا رسول الله: إِنِّي أَشْتري ببيعاً، فما يحلّ لي منها، وما يحرم عليّ؟"	69
315	"قلت يا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي رَجُلٌ ابْتاعَ هذه البُيُوعَ وَأَبِيعُهَا "	70
139	"كانت لي على رجل دراهم فأتيته أتقاضاه "	71
167	"كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار "	72
239	كلّ معروفٍ صدقةٌ "	73
103-8	" كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر "	74
322	"كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَبْتَاغُ الطَّعَامَ فَيَبْعَثُ عَلَيْنَا مَنْ "	75
319	"كنا نبتاع الطعام في زمان رسول الله ﷺ "	76
9	" كنا نبيع الإبل بالنقيع، كنا نبيع بالذهب ونقضي الورق "	77
6	"كنا نشترى الطعام جزافا "	78
209	" كُنَّا نُكْرِي الْأَرْضَ عَلَى أَنْ لَنَا هَذِهِ وَلَهُمْ هَذِهِ "	79
8	"كنت مع النبي ﷺ في غزاة فأبطأ بي جملي "	80
209	" قَالَ: سَأَلَنِي - أَيُّ النَّبِيِّ ﷺ - كَيْفَ تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ فَقُلْتُ نُؤَاجِرُهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ "	81
165	لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض "	82
307	" لا ضرر ولا ضرار "	83
351	" لا ضمان على مؤتمن "	84
316	"لا يحلّ سلف وبيع، ولا شرطان في بيع "	85
298	"لا يخلق الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه "	86
121، 18	"لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يبتاعون جزافا "	87
289	"ليس على المستعير ولا على المستودع غير المغل ضمان "	88
306	لي الواجد يحل عرضه وعقوبته "	89
237	"ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسونها "	90
247	" ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقته مرة "	91
177	"ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً واحداً "	92
183	" المسلمون شركاء في ثلاث في الكلاً والماء والنار "	93
59	" المسلمون عند شروطهم "	94
369 ، 306	" مظل الغني ظلم "	95
309	مظل الغني ظلم فإذا أتبع على ملي فليتبّع "	96

49	" ملكتها بما معك من القرآن "	97
117	"من ابتاع طعاما فلا يبتعه حتى يستوفيه"	98
380	" من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شرك أو تولية أو إقالة"	99
5	"من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله"	100
	" من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه"	101
189	" مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمَرٍ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ "	102
320	"مَنْ اشْتَرَى طَعَامًا بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ فَلَا يَبِيعُهُ"	103
189	" من أسلف في شيء ففي كيل معلوم إلى أجل معلوم "	104
249	" من أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة "	105
36	" مَنْ بَاعَ بَيَعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكُسُهُمَا أَوْ الرَّبَا "	106
241	"المنحة مردودة، والعارية مؤداة"	107
2	" من لا يشكر الناس لا يشكر الله "	108
250	" مَنْ مَنَحَ مَنِيحَةَ لَبْنٍ أَوْ وَرْقٍ أَوْ هَدَى زُقَاقًا كَانَ لَهُ مِثْلُ عِنَقِ رَقَبَةٍ "	109
240	"من وهب هبة أصله رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها"	110
84	" نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها "	111
98	"نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان"	112
126	"نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع"	113
145	"نهى الرسول ﷺ عن بيع " الْكَالِي بِالْكَالِي " "	114
307	"الهبة لا تجوز حتى تقبض"	115
342	" والدين مقضي "	116
125-20	يا رسول الله إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج فخذ إحداهما، قال: قد أخذتها بالثمن "	117
256	"يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا مِنْ مَالِي شَيْءٍ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ الْمِائَةِ الْوَسْقِ الَّتِي أَطْعَمْتَنِيهَا مِنْ خَيْبَرٍ "	118
236	" يَقُولُ الْعَبْدُ مَالِي مَالِي إِنَّمَا لَهُ مِنْ مَالِهِ ثَلَاثٌ "	119

## فهرس المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم برواية قالون عن نافع.

**أولاً: التفسير وعلوم القرآن الكريم:**

- أحكام القرآن، الجصاص، تح: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.

- التحرير والتنوير، ابن عاشور، الدار التونسية للنشر - تونس.

- الجامع لأحكام القرآن، شمس الدين القرطبي، دار الشعب، القاهرة.

- حاشية الشهاب على البيضاوي، أحمد شهاب الدين الخفاجي، دار صادر - بيروت.

- روح المعاني، الألوسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- فتح القدير في التفسير، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الفكر، بيروت.

- لباب التأويل في معاني التنزيل، علاء الدين علي بن محمد البغدادي الشهير بالخازن، دار الفكر - بيروت، 1399 هـ / 1979 م.

**ثانياً: الحديث الشريف وعلومه:**

- الأحاد والمثاني، أحمد بن عمرو بن الضحاك الشيباني، تح: باسم الجوابرة، دار الراية، الرياض، 1411هـ - 1991م.

- إكمال المعلم شرح صحيح مسلم، القاضي أبو الفضل عياض، تح: يحيى إسماعيل

دار الوفاء، مصر، ط1 1419 هـ.

- بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، علي بن محمد القطان، تح: الحسين آيت سعيد، دار طيبة، الرياض ط1، 1418هـ - 1997.

- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن المباركفوري، دار الكتب العلمية، بيروت.

- التمهيد، ابن عبد البر القرطبي، تح: مصطفى البكري، مؤسسة الرسالة.

- الجامع الصحيح، البخاري، تح: مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1407هـ-1987.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني، تح: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت.
- سنن ابن ماجه، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر- بيروت.
- سنن أبي داود، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- سنن الترمذي، تح: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، تح: السيد عبد الله هاشم يماني، دار المعرفة - بيروت، 1386 هـ.
- سنن النسائي الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 هـ.
- شرح الأبي المالكي على صحيح مسلم .
- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، 1979 هـ.
- المستدرک على الصحيحين، الحاكم النيسابوري، تح: مصطفى عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411 هـ.
- مسند أحمد، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1420، 2هـ، 1999م.
- مصنف عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق الصنعاني، تح: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1403 هـ.
- المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تح: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط1، 1409.
- معالم السنن، أحمد بن محمد الخطابي البستي، المطبعة العلمية - حلب، ط1، 1351 هـ .
- المعجم الأوسط، الطبراني، تح: طارق بن محمد، عبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، 1415 هـ.

- المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، ت: 360هـ، تح: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء، 1404 هـ -1983م.

- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، أبو العباس أحمد بن عمر الأنصاري القرطبي.

- المنهاج شرح صحيح مسلم، النووي، دار إحياء التراث العربية، بيروت، ط2، 1392هـ.

- الموطأ، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر.

- نصب الراية، عبد الله بن يوسف الزيلعي، تح: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، 1357هـ.

### ثالثا: الفقه:

#### 1- الفقه الحنفي:

- أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ.

- الأم، الشافعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1403 هـ، 1983 م.

- البحر الرائق، ابن نجيم، دار المعرفة، بيروت.

- بدائع الصنائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1989.

-- تبیین الحقائق، الزيلعي، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، 1313هـ.

- درر الحكام، علي حيدر، تح: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت.

- رد المحتار، ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 1421هـ.

- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، 1411هـ -1991م.

- فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر، بيروت.

- اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، علي بن زكريا المنبجي، تح: محمد فضل عبد العزيز المراد، دار القلم، دمشق، ط1414، 2هـ -1994

- المبسوط، شمس الدين أبو بكر السرخسي، تح: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، 1421هـ



- المحيط البرهاني، محمود بن أحمد برهان الدين مازة، 411/7، دار إحياء التراث العربي، بدائع الصنائع.

- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.

- مجمع الأنهر، شيخي زاده، تح: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1998م.

- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن الكلبولي، تح: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1998م.

- مجمع الضمانات، البغدادي، تح: محمد أحمد سراح، علي جمعة محمد الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغياني، المكتبة الإسلامية.

## 2- الفقه المالكي:

- الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، محمد بن أحمد الفاسي.

- أسهل المدارك، الكشناوي، ط2، مطبعة عيسى الحلبي.

- بداية المجتهد، ابن رشد، ط4، مطبعة مصطفى الحلبي، 1395 هـ.

- بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، تح: محمد عبد السلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1995م.

- البهجة شرح التحفة، التسولي، تح: محمد عبد القادر شاهين، ط1، دار الكتب العلمية

- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري، دار الفكر، بيروت.

- التلقين في الفقه المالكي، عبد الوهاب الثعلبي، تح: محمد الغاني، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1415هـ.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد الدسوقي، تح: محمد عيش، دار الفكر، بيروت.

- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي المالكي، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412.

- الذخيرة، القرافي، تحقيق محمد حجي، دار الغرب، بيروت، 1994م.

- الرسالة، ابن أبي زيد القيرواني، تح: محمد أبو الأجناف.
- شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ.
- الشرح الكبير، أحمد الدردير، تح: محمد عيش، دار الفكر، بيروت.
- شرح ميارة الفاسي، محمد المالكي، تح: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ.
- الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن الطاهر، مؤسسة المعارف، بيروت، ط5، 1430هـ.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم النفراوي المالكي، دار الفكر، بيروت، 1415هـ .
- القوانين الفقهية، ابن جزي.
- الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1407.
- كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تح: يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.
- مختصر سيدي خليل، الخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- المدونة، مالك بن أنس الأصبحي، تح زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت.
- المقدمات الممهّدات، ابن رشد، تح: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت 1398.

### 3- كتب الفقه الشافعي:

- أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، تح: محمد تامر، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت - 1422 هـ.
- الأم، الشافعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1403 هـ، 1983 م.
- حاشية إعانة الطالبين، أبي بكر الدميّطي، دار الفكر، بيروت.
- حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، سليمان الجمل، دار الفكر- بيروت.

- حاشية القليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، تح: مكتب البحوث والدراسات، بيروت، دار الفكر، 1419 هـ - 1998 م.

- الحاوي في فقه الشافعي، الماوردي، دار الكتب العلمية، ط1، 1414 هـ - 1994

- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405 هـ .

- فتح العزيز بشرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد الرافي القزويني.

- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت.

- مغنى المحتاج، الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت

- المهذب مع شرحه المجموع، النووي، دار الفكر.

- الوسيط في المذهب، أبو حامد محمد الغزالي، تح: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر، دار السلام، 1417 هـ .

#### 4- كتب الفقه الحنبلي:

- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى بن أحمد أبو النجا الحجاوي، تح: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت.

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سليمان المرادوي، تح: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، 1419 هـ.

- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، الزركشي، دار العبيكان، ط1، 1413 هـ.

- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، 1996.

- مطالب أولي النهى، مصطفى السيوطي الرحباني، ت: 1243 هـ، المكتب الإسلامي، دمشق، 1961 م.

- الروض المربع، شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1390 هـ.

- الشرح الكبير على متن المقنع، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، تح: الشيخ محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت.

- كشف القناع، البهوتي، تح: هلال مصيلحي، دار الفكر، 1402 هـ.
- المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ.
- المغني، أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر - بيروت، ط1، 1405.

#### 5- الفقه الظاهري:

- المحلى، ابن حزم، دار الفكر.

#### رابعاً: أصول الفقه والقواعد الفقهية:

- الإبهاج في شرح المنهاج، تقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1404 هـ.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني، تح: أبو حفص سامي بن العربي، الرياض، دار الفضيلة، ط1، 1421 هـ.
- الأشباه والنظائر، السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403 هـ.
- أنوار البروق في أنواع الفروق، القرافي، دار الكتب العلمية.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية.
- أهل الذمة والولايات العامة في الفقه الإسلامي، نمر محمد النمر، المكتبة الإسلامية، عمان، ط1.
- إيضاح القواعد الفقهية، للشيخ عبد الله اللحجي، بمكة المكرمة، ط3، 1410 هـ.
- التقرير والتخيير، محمد بن محمد الحنبلي، تح: عبد الله محمود محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ.
- شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ.
- القواعد، ابن رجب الحنبلي، مكة المكرمة، 1999.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبي محمد عز الدين السلمي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، كراتشي، 1407 هـ.

- كشف الأسرار، البزدوي، تح: عبد الله محمود محمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ .

- المحصول في علم الأصول، الرازي، تح: طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، 1400.

- المنتور في القواعد، محمد بن بهادير الزركشي، تح: تيسير فائق أحمد، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط2، 1405 هـ.

- الواضح، ابن عقيل، تح: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1420 هـ .

### خامسا: المعاجم الفقهية واللغوية:

- تاج العروس، الزبيدي، دار الهداية.

- التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، تح: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي - بيروت، ط1، 1405هـ.

- التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، تح: محمد رضوان الداية، دار الفكر - بيروت، ط1، 1410هـ.

- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري، تح: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407 هـ - 1987 م.

- العين، الخليل بن أحمد الفراهيدي، دار ومكتبة الهلال، تح: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي.

- الفائق في غريب الأثر، الزمخشري، تح: علي محمد البجاوي - محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت.

- القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، ط2: 1988م

- القاموس المحيط، الفيروز أبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- الكشاف، الزمخشري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1415.

- لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت.

محيط المحيط، بطرس البستاني، بيروت، 1987م.

- مختار الصحاح، أبوبكر الرازي، تح: محمد خاطر، بيروت، 1415 هـ، مختار القاموس، الطاهر الزاوي، 160.
- المخصص، علي بن إسماعيل الأندلسي المعروف بابن سيده، تح: خليل إبراهيم جفال، ط1، دار إحياء التراث العربي - بيروت - 1417 هـ - 1996 م
- المصباح المنير، الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعة جي، دار النفائس، بيروت، ط1، 1405 هـ.
- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس، تح: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399 هـ.
- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، دار الدعوة.
- - المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح ناصر الدين بن المطرز، تح: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد - حلب، ط1، 1979 م.
- المورد، منير البعلبكي، دار العلم للملايين، بيروت، ط، 30، 1996.
- النهاية في غريب الحديث والأثر، المبارك بن محمد الجزري، تح: طاهر الزاوي - محمود الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، 1399 هـ.
- سادسا: مصادر ومراجع فقهية عامة:**
- أحكام التصرف في القرض في الفقه الإسلامي، رائد أحمد خليل. جامعة الخليل، 1433 هـ.
- أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق، توفيق إبراهيم أبو عقيل، جامعة الخليل، 1429 هـ.
- أحكام الصرف في الفقه الإسلامي، عادل روزي، جامعة أم القرى، مكة، 1416 هـ.
- أحكام العقد، أحمد علي داود، دار الثقافة، عمان، ط1، 1432 هـ، 2011 م.
- أحكام المعاملات الشرعية، علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، 142 هـ.
- أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، محمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977.

- بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، أسامة بن حمود اللاحم، دار الميمان، الرياض، ط1، 1433 هـ .
- التراضي في عقود المبادلات المالية، نشأت الدريني.
- التقابض في الفقه الإسلامي، علاء الدين الجنكو، ط1، دار النفائس، عمان، 1423 هـ.
- تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، عبد الله بن بيه.
- الحكم على المدين المماطل هل يقبل شرعا، الزرقا، دار القلم.
- الحيازة في العقود، نزيه حماد. مكتبة دار البيان، دمشق.
- دراسات في أصول المداينات، نزيه حماد، دار الفاروق، الطائف.
- دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، محمد الأمين الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، تح: شعيب الأرنؤوط - عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1407 هـ.
- شرح القانون المدني الجديد، محمد كامل مرسي باشا، المطبعة العالمية، القاهرة، 1951.
- ضابط العقود، عبد الحميد البعلي، مكتبة الإسكندرية، ط1.
- ظهر الإسلام، أحمد أمين، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3.
- عقد البيع، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، 1999.
- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق.
- فقه السنة، السيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت.
- فقه المعاضات، مصطفى البغا، دمشق، 1989/1409.
- الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن الجزيري.
- فقه القرض وتطبيقاته وفتواه، محمد نور سويد، سلسلة الاقتصاد الإسلامي.
- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، مصطفى الخن وآخرون، ط11، دار القلم، دمشق، 2011.

- قاعدة التقابض في العقود المالية وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، مراد بالعباس، جامعة الجزائر، 2015.
- القبض وأثره في العقود، منصور صوص، جامعة النجاح، 2000.
- محاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، 1959.
- المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مدكور، دار الكتاب الحديث.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق.
- مدونة الفقه المالكي وأدلتها، الصادق الغرياني، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 2002،
- المعاملات أحكام وأدلة، الصادق الغرياني، ط4، مكتبة ابن حمودة، زليتن، 2008.
- المقاصة في الفقه الإسلامي، نعيم اللحام، الجامعة الإسلامية، غزة، 1425هـ.
- الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، الإسكندرية، ط3.
- منهج السالكين وتوضيح الفقه في الدين، عبد الرحمن بن ناصر آل سعدي، دار الوطن، ط1، 1421هـ-2000م.
- مواهب الجليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي، دار الفكر، بيروت، 1398 هـ.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
- النظريات العامة في الفقه الإسلامي، رمضان علي الشرنباصي.
- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، محمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، ط2، 1986.
- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة، شفيق شحاته.
- نيل المرام شرح آيات الأحكام، فهد عبد الله.
- يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، حسام عفانة، القدس، ط1، 1430هـ.



## سابعا: كتب السير والتراجم:

- أسد الغابة، ابن الأثير، عز الدين بن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، ت:630هـ، تحقيق عادل أحمد الرفاعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1417 هـ - 1996 م.
  - إسعاف المبتأ برجال الموطأ، السيوطي، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، 1389 - 1969.
  - الأعلام، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، ط5، 2002 م.
  - الإصابة في تمييز الصحابة، ابن حجر العسقلاني، المكتبة التجارية، مصر، 1939
  - تذكرة الحفاظ، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1419هـ.
  - تهذيب الأسماء، النووي، تح: مصطفى عبد القادر.
  - تهذيب التهذيب، ابن حجر أبو الفضل العسقلاني، دار الفكر- بيروت ط1، 1404 هـ.
  - الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، دار العاصمة، الرياض.
  - صفوة الصفوة، جمال الدين الجوزي، دار المعرفة بيروت، ط3، 1405هـ.
  - الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، شمس الدين الذهبي، دار القبلة، جدة ط1، 1413 هـ .
  - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ابن خلكان، أحمد بن محمد بن أبي بكر، تح: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1337هـ .
- ثامنا: الاقتصاد والاقتصاد الإسلامي:**
- أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، سعد الخثلان، دار ابن الجوزي، الدمام، ط2، 1427هـ.
  - أحكام الشيك دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالقانون ، عيسى محمود العواودة، جامعة القدس، 2011.
  - الأوراق التجارية، سميحة قليوبي، دار النهضة العربية، ط 3، القاهرة 1999، م.

- أدوات الإستثمار الإسلامية - البيوع والقروض والخدمات المصرفية، أحمد العيادي، دار الفكر، ط1، 2010.
- بطاقات الائتمان البنكية الإسلامي في الفقه، فتحي شوكت مصطفى عرفات، جامعة النجاح، نابلس، 2007.
- بطاقات الائتمان والتكليف الفقهي، ديبان محمد الديبان، شبكة الألوكة، 1432هـ .
- البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، عبد الوهاب أبو سلمان، 22، دار القلم، دمشق، ط2، 1424هـ.
- البطاقات اللدائنية تاريخها وأنواعها وتعريفها وتوصيفها ومزاياها وعيوبها، محمد بن مسعود بن العصيمي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 1، 1424 هـ.
- تيسير بعض أحكام البيوع والمعاملات المالية المعاصرة، حامد بن عبد الله العلي، ط1 .
- الحوالة والسفحة بين الدراسة والتطبيق، بسّام حسن العف، رسالة ماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة، العام الجامعي 1420هـ .
- الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، علاء الدين الزعتري، دارالكلم الطيب، دمشق، ط 1، 2002.
- دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، محمد الأمين الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكمة، المدينة المنورة.
- الربا والمخرج منه في ضوء علة تحريمه وواقع النظام الاقتصادي المعاصر، عدنان محمد الفقيه، دار المناهج، جدة، ط1، 2016.
- الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، عمر بن عبد العزيز المترك، دار العاصمة.
- العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، عيسى عبده، دار الاعتصام، القاهرة، ط1، 1977 .
- العقود المالية المركبة، عبدالله بن محمد العمراني، دار كنوز إشبيليا، الرياض.
- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ.

- مبادئ الاقتصاد الإسلامي (نصوص اقتصادية مختارة من كلام الشيخ ابن تيمية)، عبد العظيم الإصلاحي، ط1، دار المنهاج، الرياض، 1429.
- المصارف الإسلامية: الأسس النظرية والتطبيقات العملية، محمود الوادي، حسين سمحان، دار المسيرة، ط2، عمان، 2008.
- المعاوضات المالية، نصري أبو مؤنس.
- المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديبان محمد الديبان، الرياض، ط2، 1434هـ.
- موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، هيكل عبد العزيز، دار النهضة العربية، بيروت، 1986م.

#### تاسعا: المجالات والدوريات:

- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الاسلامي. الدورة 18 عام 1428هـ، اعداد جميل أبو سارة.
- مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي: بحث بعنوان التعويض عن ضرر المماثلة في الدين، محمد أنس الزرقا ومحمد علي القري، العدد الثالث، 1411هـ.
- مجلة البحوث الإسلامية: الأشياء التي يجري فيها الربا، العدد العاشر، 1404هـ.
- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية: بطاقة الائتمان الشرعي حقيقتها وتكييفها، إبراهيم محمد شاشو، العدد الثالث، 2011.
- مجلة العلوم الشرعية: التصرف في الأعيان المملوكة بغير البيع قبل قبضها، فهد المطيري، جامعة القصيم، ع: 1، 2008.
- مجلة العلوم الشرعية: كيفية قبض المنقول وتطبيقاته، أحمد بن عبد الله اليوسف، عدد 34، محرم، 1436هـ.
- مجلة مجمع الفقه الاسلامي، القبض: صورته وبخاصة المستجدة منها، محمد عبد اللطيف صالح الفرفور.
- مجلة محاسبة دوت نت: الإعتمادات المستندية، طه على، 18 يوليو 2007، الإعتمادات المستندية في المصارف الإسلامية، أحمد سالم ملحم.
- مجلة القيمة المضافة، النظرة الفقهية والاقتصادية لصيغة التمويل بيع المرابحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، فؤاد بن حدو، ع2، 2020.

- مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، وزارة الأوقاف الكويتية.

- مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الإستثمار والتنمية بالتعاون مع مصرف الشارقة وبنك دبي الإسلامي، من 26-28 صفر 1423 .

#### عاشرا: المواقع الإلكترونية:

- الحوالة النقدية الصومالية دراسة فقهية معاصرة، برهان آدم حير، 2010/1/8، تم الاطلاع عليه في 2018/11/10، مدونة تقريب، [www.tagreeb.blogspot.com](http://www.tagreeb.blogspot.com).

- موقع: منتدى القضايا الإسلامية، بحث بعنوان (اجتماع الحوالة والصراف)، محمد نعمان البعداني، مراجعة: قسطاس إبراهيم، 3-7-2012 م

- موقع الإسلام سؤال وجواب: <http://islamqa.com>.

- كل شيء عن الاعتمادات المستندية، محمد خليفة، 2017/1/11، [www.linkedin.com](http://www.linkedin.com)، تاريخ الاطلاع عليه 2018/12/1.

- موقع الأكاديمية الإسلامي المفتوحة: [www.islamacademy.net](http://www.islamacademy.net).

- موقع أهل الحديث: <http://www.ahlalheeth.com>

- موقع المسلم: <http://almoslim.net/node>

- موقع: <http://www.taimiah.org/Display.asp>

- موقع تيميم: <http://www.taimiah.org>.

- موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، مقال بعنوان الاعتمادات المستندية.

- موقع الملتقى الفقهي: علل الربوية عند الأئمة الأربعة، قاسم عبد الواحد، أضيف في 01/10/2017 الموافق 11/01/1439

- صفحة عالم الاقتصاد والتمويل الإسلامي، التمويل عن طريق الاعتمادات المستندية.

## فهرس الموضوعات

.....	شكر وامتنان
.....	المقدمة
1.....	الفصل التمهيدي: ماهية القبض والعقد
2.....	المبحث الأول: ماهية القبض
3.....	المطلب الأول: القبض لغة واصطلاحاً
12.....	المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف
17.....	المطلب الثالث: مشروعية القبض
19.....	المبحث الثاني: ماهية العقد
20.....	المطلب الأول: العقد لغة واصطلاحاً
24.....	المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالتعريف
30.....	المطلب الثالث: الوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء
42.....	المبحث الثالث: أركان القبض والعقد
43.....	المطلب الأول: أركان القبض
43.....	الفرع الأول: القابض
45.....	الفرع الثاني: المقبض

45.....	الفرع الثالث: المقبوض
46.....	المطلب الثاني: أركان العقد
46.....	الفرع الأول: صيغة العقد
63.....	الفرع الثاني: العاقد
83.....	الفرع الثالث: محل العقد
88.....	الباب الأول: أحكام القبض
91.....	الفصل الأول: شروط صحة القبض
92.....	المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالمتقبضين
92.....	المطلب الأول: صدور القبض من أهله
95.....	المطلب الثاني: صدور القبض ممن له ولاية
106.....	المطلب الثالث: الإذن
108.....	المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالمقبوض
108.....	المطلب الأول: أن يكون المقبوض غير مشغول بحق غيره
110.....	المطلب الثاني: ألا يكون المقبوض حصة شائعة
112.....	المطلب الثالث: أن يكون المقبوض محلاً للقبض
112.....	المطلب الرابع: أن يكون المقبوض مفصولاً متميزاً
113.....	الفصل الثاني: أقسام القبض وصوره
114.....	المبحث الأول: أقسام القبض
114.....	المطلب الأول: القبض الحقيقي

131.....	المطلب الثاني: القبض الحكمي
142.....	المبحث الثاني: صور القبض
142.....	المطلب الأول: أن يكون الشيء المستحق بيد مالكة
158.....	المطلب الثاني: أن يكون الشيء المستحق في يد مستحقه
161.....	الباب الثاني: اشتراط القبض في العقود وآثاره
162.....	الفصل الأول: اشتراط القبض في العقود
164.....	المبحث الأول: العقود التي يشترط القبض في صحتها
164.....	المطلب الأول: الصرف
174.....	المطلب الثاني: الأموال الربوية
187.....	المطلب الثالث: السلم
196.....	المطلب الرابع: الإجارة
202.....	المطلب الخامس: المضاربة
208.....	المطلب السادس: المزارعة
212.....	المطلب السابع: المساقاة
214.....	المبحث الثاني: العقود التي يشترط القبض في لزومها
215.....	المطلب الأول: الرهن
234.....	المطلب الثاني: الهبة
247.....	المطلب الثالث: القرض
253.....	المطلب الرابع: الوقف

259	المبحث الثالث: العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية
260	المطلب الأول: الإعارة
265	المطلب الثاني: القرض
268	المطلب الثالث: الوقف
270	المطلب الرابع: الهبة
272	الفصل الثاني: آثار القبض في العقود
274	المبحث الأول: انتقال الضمان إلى القابض
276	المطلب الأول: الضمان في عقد البيع
282	المطلب الثاني: الضمان في عقد الإجارة
289	المطلب الثالث: ضمان العارية
294	المطلب الرابع: ضمان المرهون
301	المطلب الخامس: ضمان المهر
305	المطلب السادس: ضمان القرض
313	المطلب السابع: ضمان الوكالة
315	المبحث الثاني: تسلط القابض على التصرف في المقبوض
315	المطلب الأول: التصرف في المبيع قبل القبض
328	المطلب الثاني: التصرف في الأعيان المملوكة بغير البيع قبل قبضها
341	المبحث الثالث: وجوب بدل العوض للمقبوض منه
341	المطلب الأول: وجوب بدل العوض في البيع



344.....	المطلب الثاني: وجوب بذل العوض في الإجارة.
344.....	المطلب الثالث: وجوب بذل العوض في عقد الزواج.
348.....	الفصل الثالث: صور من البيوع المعاصرة وأثر القبض فيها.
350.....	المبحث الأول: البطاقات الائتمانية.
350.....	المطلب الأول: ماهية البطاقات الائتمانية.
355.....	المطلب الثاني: أنواع البطاقات الائتمانية.
359.....	المطلب الثالث: أطراف البطاقة الائتمانية، وآلية عملها.
372.....	المطلب الرابع: أحكام القبض في بطاقات الائتمان.
383.....	المبحث الثاني: الشيك.
383.....	المطلب الأول: ماهية الشيك.
390.....	المطلب الثاني: أنواع الشيكات.
391.....	المطلب الثالث: أحكام قبض وصرف الشيك.
398.....	المبحث الثالث: التحويلات المصرفية.
398.....	المطلب الأول: ماهية التحويلات المصرفية.
400.....	المطلب الثاني: التوصيف الفقهي للحالات المصرفية.
402.....	المطلب الثالث: أحكام القبض في الحوالات المصرفية.
415.....	المبحث الرابع: الاعتماد المستندي.
415.....	المطلب الأول: ماهية الاعتماد المستندي.
416.....	المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية.

419.....	المطلب الثالث: التكيف الفقهي للاعتماد المستندي
421.....	المطلب الرابع: أحكام القبض في الاعتمادات المستندية
424.....	- الخاتمة
428.....	- فهرس الآيات القرآنية
435.....	- فهرس المصادر والمراجع
451.....	- الفهرس