

رَفَع
عبد الرحمن المحمدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

سعر الجزيئين
٣٩ ر.س

الصدوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(٢)

الدراسات الفقهية
(٢)



الغش وأثره في العقود

تأليف
الدكتور عبد الله بن ناصر السالمي

المجلد الأول

مكتبة الشريعة
للنشر والتوزيع

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفيس
وأثره في العقود

①

٣ دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

السلمي، عبدالله ناصر

الغش وأثره في العقود / عبدالله ناصر السلمي. - الرياض ١٤٢٥هـ

٨٦٦ ص: ٢٤×١٧ سم

ردمك: ٩٩٦. - ٩٥٣. - ٥ - X

١ - المعاملات (فقه إسلامي) ٢ - العقود أ - العنوان

١٤٢٥/٢.٤٤

ديوي ٢٥٣

رقم الإيداع: ١٤٢٥/٢.٤٤

ردمك: ٩٩٦. - ٩٥٣. - ٥ - X

ساعد على نشره لبيع بسعر التكلفة



مؤسسة سليمان بن عبدالعزيز الراجحي الخيرية
SULAIMAN BIN ABDUL AZIZ AL RAJHI CHARITABLE FOUNDATION

- جزاهم الله خيراً -

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٧٤٣٤٥٨ - ٤٧٧٣٩٥٩ - ٤٧٩٤٣٥٤ فاكس: ٤٧٨٧١٤٠

E-mail: eshbelia@hotmail.com



الْفِسْ وَإِثْرُهُ فِي الْعُقُودِ

تَأَلِيفُ
الدكتور عبد الله بن ناصر السامي

الجزء الأول

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في المعهد العالي للقضاء.
قسم الفقه المقارن بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.
وتألفت لجنة المناقشة من كلٍ من أصحاب الفضيلة العلماء:
١ / معالي الأستاذ الدكتور / عبد الله بن محمد المطلق.

عضو هيئة كبار العلماء. مشرفاً.

٢ / فضيلة الدكتور / حمد بن عبدالرحمن الجنيدل مناقشاً.

٣ / فضيلة الدكتور / عبدالرحمن بن عبدالله الدرويش مناقشاً.

وقد منح الباحث

((درجة الدكتوراه مع مرتبة الشرف الأولى))

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه وتستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً ﷺ عبده ورسوله.

أما بعد:

فإن الله أرسل إلينا رسوله ﷺ بدين قويم وكتاب منير: ﴿لَا يَأْتِيهِ الْبَطْلُ مِنْ

بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾ [أفصلت: ٤٢].

وهو شريعة الله والمنهج الحق الذي يصون الإنسانية من الزيغ، ويجنبها مزالق الشر، وفيه نبأ من قبلنا وخبر ما بعدنا وحُكْمُ ما بيننا، من تركه من جبار قصمه الله، ومن ابتغى الهدى في غيره أضله الله، وهو حبل الله المتين، ونوره المبين.

حوى أصول الشريعة، وقواعد الملة والمعاملة، يضيء للأئمة مسالك الاستنباط، ويبين لهم قواعد الفقه والاعتقاد «فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلةً إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها»^(١).

ونبي الإسلام محمد ﷺ خاتم النبيين وأفضل المرسلين، تمت به النعمة، وانجلت به الظلمة، وكشفت به الغمة: ﴿لَقَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ إِذْ بَعَثَ فِيهِمْ رَسُولًا مِّنْ أَنفُسِهِمْ يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ ۚ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ

كَانُوا مِن قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ﴾ [آل عمران: ١٤٦].

(١١) هذا من كلام الشافعي رحمه الله في كتاب الرسالة له (ص: ٢٠) تحقيق أحمد شاكر - مكتبة دار التراث - الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ.

حفظت به وتوجيهاته وأخلاقه عليه الصلاة والسلام الحقوق، ورُسمت به الأحكام، مع نزهة في التنفيذ، وقيام بروح العدل والمساواة، واحترام الحقوق العامة والخاصة، دينه قائم على جلب المصالح وتكميلها، ودرء المفسد وتعطيلها، مع اعتبار للأعراف، وتقدير للعوائد، فشمّل جميع جوانب الحياة وعلاقتها، في العقائد والعبادات، وفي شئون الأسرة والمعاملات، وفي الحدود والجنايات.

فانتشر في أنحاء الدنيا، ودخل تحت سلطانه أجناس البشر، فوسع بمبادئه وقواعده كلّ ما امتدّ إليه نفوذه من أصقاع المعمورة، عالج كافة المشكلات على اختلاف البيئات، وما عجز في يوم من الأيام عن أن يقدم لكلّ سؤال جواباً ولكل واقعة فتوى، ولكل قضية حكماً.

ولقد كانت الشريعة الإسلامية أساس الحكم والفتيا في العالم الإسلامي كلّه أكثر من ثلاثة عشر قرناً، انضوى تحت لوائها أعراقٌ متغيرة، وامتزجت بها بيئات متعددة^(١)، فما ضاقت ذرعاً بمجديد ولا قعدت عن الوفاء بمطلوب فريد، وكُتِبُ العلماء، وتراث الأئمة والفقهاء، برهان للمتشككين، وتثبيت وربط على قلوب المؤمنين الصادقين، وإن كنت تريد البينة والدليل، فهذه وقفة عجلى من غير إسهاب ولا تطويل، مع تدابير الإسلام، وتوجيهات سيد الأنام عليه الصلاة والسلام، في أهم مجالات التعامل، وهو المعاملات، فمنها: أن الشارع أمر بالصدق في المعاملة، والترغيب في المصارحة، والنهي عن الكذب والتحذير منه. والنصوص في هذا المعنى كثيرةٌ منها:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصّٰدِقِينَ﴾

[التوبة: ١١٩].

(١) انظر: توجيهات وذكرى للشيخ صالح ابن حميد (١/ ٧٣).

وبين عليه الصلاة والسلام أن صدق المتبايعين يحل البركة في بيعهما، وكذبهما يحق بركة بيعهما، لأن القصد العام في جمع المال هو البركة، فقال ﷺ «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»^(١).

ومنها أن النبي ﷺ كره الحلف على البيع، وأخبر أنه يحق البركة، وإن كان تُنفَق به السلعة فقال ﷺ: «الحلف منفقة للسلعة محقة للبركة...»^(٢).

وهذا لكون الحلف مظنة التفرير في المتعاملين، وكونه سبباً لزوال تعظيم اسم رب العالمين من القلب.

ومنها أيضاً أن النبي ﷺ أمر ببيان العيب، ونهى عن كتمانها فقال ﷺ: «المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه يبعأ فيه عيب إلا بينه له»^(٣).

ولم يجعل النبي ﷺ إظهار عيب المبيع للمتعاقد خاصاً بصاحب السلعة أو بائعها، بل أوجب على كل من علم بالعيب أن بينه إذا لم يكن العيب ظاهراً^(٤) كل هذا من باب النصيحة.

ومنها أيضاً: أن الإسلام حرّم الغش والخداع، والتحايل، والاحتيال، وكل وسيلة وتدليس، لأخذ أموال الناس بغير حق، وبين النبي ﷺ أن من يفعل ذلك، ليس سائراً على منهج الإسلام، وليس من المؤمنين الكمّل، كما قال ﷺ: «من غشنا فليس منا»^(٥).

(١) (٣) سيأتي تخريجهما إن شاء الله تعالى في متن الرسالة ص: ٣٤.

(٢) سيأتي تخريجه إن شاء الله تعالى في متن هذه الرسالة ص: ٣٣.

(٤) انظر صفحة (٢٧٧) من هذه الرسالة.

(٥) سيأتي تخريجه في متن هذه الرسالة.

ومنها أيضاً: أنه أعطى كلّ مغرور ومغبون، الخيار في بيعه حتى يزيل عن نفسه غائلة الغش والخديعة كما أعطى للركبان، ومشتري المصرة - ومن انضوى في حكمهم، الخيار في ذلك.

ويتضح مما سبق أن الإسلام كان سباقاً إلى حماية المسلمين من كل متعسف متناول على أموال المسلمين يبتزها بالوسائل المحرّمة، والأساليب الخاطئة، وذلك بسن الشرائع والإرشادات، التي تكفل تحقيق هذه الأغراض، وتقيم العدل بين الناس.

ومن هنا كان لدراسة أحكام المعاملات أهمية عظيمة في حياة الناس وازدهار اقتصادهم، خاصة في هذا الزمن، الذي تعددت فيه وسائل التعامل، وتشعبت ميادينه، وتنوعت أساليبه، لهذا أحببت أن يكون موضوع الرسالة للعالمية العالية (الدكتوراه) في هذا الجانب من الفقه.

وبعد استشارة واستخارة وقع في روعي وانفلق، على اختيار موضوع (الغش وأثره في العقود) وذكر بعض صور المعاملات المستجدة في الغش وأثره على العقد.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

وكان من أبرز أسباب اختياره ما يلي:

١- كونه يتعلق بدراسة موضوع من أهم الموضوعات في الفقه الإسلامي، وحيث إنه يتبع الشريعة واستقرائها، وُجد أن المعاملات المحرّمة ترجع إلى ثلاث قواعد:

القاعدة الأولى: قاعدة الربا بأنواعه.

القاعدة الثانية: قاعدة الغرر بأنواعه.

القاعدة الثالثة: قاعدة الغش بما فيه الخداع والتغريب والتدليس بجميع أنواعه^(١).

(١) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/٩٦)، نيل المأرب في تهذيب شرح عمدة الطالب (٦/٣).

وقد عني أهل العلم وطلبته بالقاعدتين الأوليين عناية ظاهرة، إلا أن القاعدة الثالثة وهي قاعدة الغش بأنواعه، لم يهتم بها الباحثون بجمع شتاتها، وذكر أمثلتها في جميع أبواب الفقه، فأردت أن أجمع ما تناثر من مسائل الغش بأنواعه في هذه الرسالة، حتى يسهل على الباحث الحصول على غرضه في هذا الموضوع البالغ الأهمية خاصة في زماننا هذا، ولا أدل على أهمية هذا الموضوع من قول عالم له ثقله ومكانته في تدوين الفقه الإسلامي وهو ابن حجر الهيتمي الفقيه الشافعي، حينما سئل في كتابه الفذ «الزواجر عن اقتراف الكبائر» عن بعض صور الغش، فقال: «ولعمري إنه حقيق أن يفرد بالتأليف، لسعة أحكامه، وكثرة صورته، واحتياج الناس، بل اضطرارهم إلى بسط الكلام على كل صورة من تلك الصور وغيرها مما لم يذكر، وهو كثير جداً، لغلبة الغش والخيانة على الباعة، حتى لا يسلم منها إلا النادر الذي حفظه الله من هذه القاذورات، ولو كان في الوقت سعة، لأفردت ذلك بتأليف مستوعب جامع...»^(١) أهـ كلامه.

فأسأل الله أن يعينني على إتقانه، كما أعانني على اختياره.

٢- الحاجة إلى دراسة واقع الناس في معاملاتهم التي استجدت في هذا الزمن، وذلك لأمرين:

أحدهما: إن تفجر الصناعات، وتنوع السلع والمنتجات مع تعدد حاجات الفرد والجماعات، كل ذلك أدى إلى أن يتراكم المرء خلف كل جديد، وينشد كل منتج فريد، مما حدا بالدول الصناعية إلى زيادة إنتاجها، وكثرة صادراتها، فكان من نتيجة هذا التسابق المحموم، هو تزايد الغش بأنواعه، وتنوع صورته وأشكاله، حتى أصبحت تلك الدول الصناعية في هذا العصر تتفنن في إغراء المستهلكين، وجذب الباعة والمشتريين في منتجاتهم وسلعهم وصادراتهم، مخفين عيوبها، ومدلسين

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر (١/٢٣٩).

شينها، بالوسائل الإعلانية، والإغراءات الدعائية، التي أصبحت هذه أيضاً صناعة رائجة لها سماسرتها وفنونها المتنوعة، فأخذت تلك الشركات الصناعية تتبارى في التلبيس، وتتسابق في التدليس، فلم يقتصر غشهم على المنتجات الكمالية، بل تعدّأها إلى المواد الغذائية، والصناعات الأساسية، فكل هذه وغيرها أسباب ساعدت على انتشار الغش، وتنوع أساليبه، وتجدد صورته، وألغائه.

الثاني: هو كثرة ما يقع فيه الناس في معاملاتهم من منكرات في الغش، حتى أصبحت معدودة من مهارة التاجر بعملية التسويق.

٣- هو أن الغش بكافة صورته وأنواعه، يعتبر آفة اجتماعية تشكل إخلالاً بالمبادئ والقيم الإنسانية، وتشويهاً لصورة الحياة البشرية، فضرره لا يقتصر على المستهلكين فحسب، بل يمتد إلى المنتجين، وإلى كافة أفراد المجتمع أجمعين، فهو يهدّد الحياة الصحيّة، ويضر بالتنمية الاقتصادية، ويؤدي إلى فقدان الثقة في السلع، والخدمات الإنتاجية، مما يجعل كثيراً من المستهلكين يجمون عن التعامل فيها، ومن ثمّ تصاب بالكساد والركود، ومن هنا كان لا بد للباحثين، وطلبة العلم المتخصصين، من تبين صورته وبيان أساليبه، وتوعية الناس عن خطره، وأضراره، فكانت هذه المشاركة.

٤- إن حماية المستهلكين يعتبر من أهم الموضوعات التي اهتم بها المتخصصون نظراً للتقدم العلمي، والتطور التكنولوجي، مع ما توليه الدول ومؤسساتها المختلفة من عناية خاصة باعتبار أن هذه الحماية جزءٌ من واجباتها الأساسية تجاه رعاياها، والمقيمين في وطنها، فأحسبت أن أساهم في هذا المجال وأن ألقى دلوي بجمع مسائل الغش في الفقه وأن أبيّن أثره على العقود.

وأما عن الدراسات السابقة، فعلى الرّغم من أهمية الموضوع فإنه لم يكتب فيه أحد بهذا الجمع والاستقراء، حسب علمي واطلاعي وقد ظهر لي ذلك بالبحث، وسؤال أهل الخبرة، ومراجعة الرسائل الجامعية في كل من كلية الشريعة بالرياض،

والمعهد العالي للقضاء بقسميه: الفقه المقارن والسياسة الشرعية، وجامعة أم القرى، وجامعة الملك سعود، والجامعة الإسلامية، ودليل الرسائل الجامعية لمركز الملك فيصل للدارسات والأبحاث، فلم أجد أحداً تكلم - والله الحمد - عن هذا الموضوع بهذا الجمع والاستقراء.

إلا أن هناك بحثين تكميليين، قُدِّما إلى قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء.

أحدهما: للباحث فارس بن سعد الحقباني، وهو بعنوان «الغش التجاري في النظام السعودي، والفقه الإسلامي».

والثاني: للباحث عبد المحسن بن نادر الدوسري، وهو بعنوان: «أحكام الغش التجاري في الفقه والنظام».

وهذان البحثان يختلفان عن هذه الرسالة التي تقدّمت بها، حيث إنهما يتحدثان عن الغش بمنظور نظامي مع شرح لنظام الغش التجاري في النظام السعودي، ولم يذكر عن الغش في الشريعة وكلام الأئمة إلا في ثلاث مسائل، وهي النجش، وتلقي الركبان، وبيع المسترسل، وهذه المسائل قد ذكرتها في الباب الأول ضمن خطة البحث، التي اشتملت على أكثر من (٤١) مسألة في الباب الأول فقط. ولم يتحدث عنها الباحثان.

أما عن منهج البحث، فقد سلكت في هذا البحث منهجاً ارتضيته وهو كالاتي:
 أولاً: اعتنيت بعزو الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ورقم الآية المستشهد بها.
 ثانياً: اعتنيت بتخريج الأحاديث النبوية وكذا آثار الصحابة، من مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث قد أخرجه البخاري ومسلم أو أحدهما اكتفيت بعزو الحديث إليهما أو أحدهما، دون ذكر لكتب السنة الأخرى، وأما إن كان في غيرهما، فإني اعتنيت ببيان من أخرجه من أصحاب السنن الأربعة، ومسند الإمام

أحمد، وغير ذلك من أصحاب السنن والمعاجم والمسانيد، مما يتيسر في ذلك، مع ذكر كلام العلماء على الحديث من حيث الصحة والضعف.

ثالثاً: في المسائل الخلافية اتبعت ما يلي:

أ- أقتصر في الأعم الأغلب على المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة، ومذهب الظاهرية، وربما أذكر أقوال بعض الصحابة والسلف في المسألة.

ب- أذكر الأقوال في المسألة، مبتدئاً بالترتيب التاريخي للمذاهب:

فأولاً الحنفية ومن شاركهم من المالكية، أو الشافعية أو الحنابلة، ثم المالكية ومن شاركهم من الشافعية والحنابلة، ثم الشافعية ومن شاركهم من الحنابلة، ثم الحنابلة ومن شاركهم من أقوال أو روايات بعض المذاهب. فلم أبتدئ بالقول الراجح، أو أختتم به، حتى لا يصاب القارئ بالملل، ولم أسلك طريقة أفراد كل مذهب على حدة إلا في مواضع نادرة لاختلاف كل مذهب، وتشعب أقواله، وكثرة التفصيلات فيه.

ج- أقوم بتوثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه، وربما احتاج إلى إثبات نقل أو أكثر من كل مذهب مما يتضح به هذا القول ويتبين منه وجهه، ثم أضيف في الحاشية جملة من المراجع الأخرى له إن أمكن.

د- الاستدلال لكل قول بعده مباشرة، ثم ذكر بعض الاعتراض على هذا الاستدلال، فإن كان الاعتراض أو المناقشة من بعض أهل العلم على القول المخالف قلت فيه: ونوقش، أو وأجيب. فإن لم أجد كلاماً لأهل العلم في هذا، ناقشته أو اعترضت عليه بقولي، ويمكن مناقشة هذا الاستدلال، أو ويمكن الإجابة على هذا الاعتراض.

هـ- قمت بالترجيح فيما يظهر لي وجه ترجيحه، وفي أحيانٍ نادرة جداً خاصة إذا كانت المسألة عارضة ليست ضمن الخطة، أكتفي بسياق الأقوال وأدلتها.

رابعاً: عرّفت بالمصطلحات الفقهية الواردة في البحث والتي بحاجة إلى تعريف، مع بيان الألفاظ الغريبة والمصطلحات العلمية.

خامساً: عند نقل عبارة بنصّها أضعها بين قوسين في الصلب وأذكر مرجعها بالحاشية من غير ذكر كلمة (انظر)، وفي أحيان أخرى أذكر مراجع أخرى تضمنها النص المنقول، وعندما لا أضع القوسين، فإن الإحالة ليست على اللفظ المثبت، بل قد يكون فيه تصرف بتقديم أو تأخير أو حذف، أو بأسلوب مغاير لا يختلف عن معناه.

سادساً: ترجمت للأعلام الذين ورد ذكرهم في صلب البحث ترجمة مختصرة، أذكر فيها الاسم، والشهرة العلمية، وسنة الوفاة وذلك فيما عدا الصحابة -رضي الله عنهم- والمشاهير من أئمة الإسلام الأعلام.

سابعاً: أتبع البحث بالفهارس الكاشفة على حسب المتعارف عليه في إعداد الرسائل.

خطة البحث

أما عن خطة البحث، فيتكون البحث من مقدمة، وتمهيد، وأربعة أبواب وخاتمة.

فالتمهيد: في التعريف بمفردات البحث، والألفاظ ذات الصلة بالغش، وأركان الغش ووسائله، وموقف الإسلام من الغش التجاري.

والباب الأول: الغش في المعاملات المالية. وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: صور الغش في البيوع^(١). وفيه سبعة عشر مبحثاً:

المبحث الأول: الغش في بيع المنصوب وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إذا كان المبيع عيناً.

(١) أذكر في بداية الفصل تعريف البيع في اللغة والاصطلاح.

- المطلب الثاني: إذا كان المبيع في الذمة.
- المبحث الثاني: الغش في بيع النجش وأثره على العقد. وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: صور الغش في النجش^(١).
- المطلب الثاني: أثر الغش في النجش.
- المبحث الثالث: الغش في تلقي الركبان وأثره على العقد. وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: صورة الغش في تلقي الركبان^(٢).
- المطلب الثاني: أثر الغش في تلقي الركبان.
- المبحث الرابع: الغش في تفريق الصفقة وأثره على العقد^(٣). وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: صورة الغش في تفريق الصفقة.
- المطلب الثاني: أثر الغش في تفريق الصفقة.
- المبحث الخامس: الغش ببيع ما هو مؤجر وأثره على العقد. وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: صورة الغش ببيع ما هو مؤجر.
- المطلب الثاني: أثر الغش ببيع ما هو مؤجر.
- المبحث السادس: الغش في بيع المسترسل^(٤) وأثره على العقد. وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: صور الغش في بيع المسترسل.
- المطلب الثاني: أثر الغش في بيع المسترسل.
- المبحث السابع: الغش في بيوع الأمانة وأثره على العقد. وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: الغش في بيع المرابحة^(٥). فيه فرعان:

(١) أذكر في هذا المبحث تعريف النجش في اللغة والاصطلاح.

(٢) أذكر في هذا تعريف تلقي الركبان في اللغة والاصطلاح.

(٣) أذكر في هذا المبحث تعريف تفريق الصفقة.

(٤) أذكر في هذا المبحث تعريف بيع المسترسل.

(٥) أذكر في هذا المطلب تعريف بيع المرابحة.

الفرع الأول: صور الغش في بيع المراجعة.
 الصورة الأولى: إذا علم المشتري أن البائع غره في رأس المال.
 الصورة الثانية: إذا تغيرت السلعة فأخبر برأس مالها قبل التغير.
 الصورة الثالثة: إذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم باع أحدهما مراجعة برأس مالهما.

الصورة الرابعة: إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل فأراد بيعه مراجعة.
 الفرع الثاني: أثر الغش في بيع المراجعة على العقد.
 المطلب الثاني: الغش في بيع التولية^(١) وأثره على العقد. وفيه فرعان:
 الفرع الأول: صورة الغش في بيع التولية.
 الفرع الثاني: أثر الغش في بيع التولية على العقد.
 المطلب الثالث: الغش في بيع الوضعية^(٢) وأثره على العقد. وفيه فرعان:
 الفرع الأول: صورة الغش في بيع الوضعية.
 الفرع الثاني: أثر الغش في بيع الوضعية على العقد.
 المبحث الثامن: الغش من المفلس بعد الحجر عليه.
 المبحث التاسع: الغش في بيع المصراة^(٣) وأثره على العقد. وفيه مطلبان:
 المطلب الأول: الغش بالتصرية في بهيمة الأنعام وأثره.
 المطلب الثاني: الغش بالتصرية في غير بهيمة الأنعام وأثره.
 المبحث العاشر: الغش بتدليس المبيع وأثره على العقد.
 المبحث الحادي عشر: الغش من البائع مع علمه بالعيب وأثره على العقد.

(١) أذكر في هذا المطلب تعريف بيع التولية.

(٢) أذكر في هذا المطلب تعريف بيع الوضعية.

(٣) أذكر في هذا المبحث تعريف المصراة في اللغة والاصطلاح.

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: بيع العين المعيبة ولم يبين حالها.

المطلب الثاني: شراء العين المعيبة دون العلم بعيبها.

المطلب الثالث: تعيب المبيع قبل قبض المشتري.

المطلب الرابع: إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً فرضيه أحدهما دون الآخر.

المطلب الخامس: موانع ردّ المبيع المغشوش (المعيب). وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول: ظهور ما يدل على الرضا بالمعيب.

الفرع الثاني: هلاك المبيع، أو تلفه.

الفرع الثالث: حدوث عيب جديد في المعقود عليه.

الفرع الرابع: زوال العيب عند المشتري.

الفرع الخامس: العلم بالمعيب بعد زوال ملك المشتري بالبيع.

المبحث الثاني عشر: الغش فيما مأكوله في جوفه وأثره على العقد.

المبحث الثالث عشر: الغش في بيع المراجعة للأمر^(١) بالشراء وأثره على العقد.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: الحكم الشرعي في بيع المراجعة للأمر بالشراء.

المطلب الثاني: أثر الغش في بيع المراجعة للأمر بالشراء.

المبحث الرابع عشر: الغش في الصرف وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صور الغش في الصرف.

المطلب الثاني: أثر الغش في الصرف.

المبحث الخامس عشر: الغش في السلم وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صور الغش في السلم.

(١) أذكر في هذا المبحث تعريف بيع المراجعة للأمر بالشراء.

المطلب الثاني: أثر الغش في السلم.

المبحث السادس عشر: الغش في عقد الاستصناع وأثره على العقد. وفيه

مطلبان:

المطلب الأول: صور الغش في عقد الاستصناع.

المطلب الثاني: أثر الغش في عقد الاستصناع.

المبحث السابع عشر: الغش في الشفعة وأثره على العقد.

الفصل الثاني: الغش في عقود التوثيق وأثره على العقد وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: الغش في الرهن وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صور الغش في الرهن.

المطلب الثاني: أثر الغش في الرهن.

المبحث الثاني: الغش في الحوالة وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الغش بالمحال دون شرطه الملاءة.

المطلب الثاني: الغش بالمحال مع شرطه الملاءة.

المبحث الثالث: الغش في الضمان وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صورة الغش في الضمان.

المطلب الثاني: أثر الغش في الضمان.

الفصل الثالث: الغش في العقود الإدارية وأثره على العقد. وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الغش في عقد المقاولة^(١) وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صور الغش في عقد المقاولة.

المطلب الثاني: أثر الغش في عقد المقاولة.

المبحث الثاني: الغش في عقد الصيانة^(٢) وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

(١) أذكر في هذا المبحث تعريف عقد المقاولة.

(٢) أذكر في هذا المبحث تعريف عقد الصيانة.

المطلب الأول: صور الغش في عقد الصيانة.

المطلب الثاني: أثر الغش في عقد الصيانة.

المبحث الثالث: الغش في عقد التوريد^(١) وأثره على العقد. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: صور الغش في عقد التوريد.

المطلب الثاني: أثر الغش في عقد التوريد.

الباب الثاني: الغش في المعاوضات غير المالية وأثره على العقد وفيه أربعة

فصول:

الفصل الأول: الغش في النكاح وأثره على العقد. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: غش الزوج وأثره على العقد. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: غش الزوج في عدم الوفاء بما اشترطه في العقد وأثره على العقد.

المطلب الثاني: غش الزوج فيما إذا وجد بالزوجة عيباً يمنع الوطاء وأثره على

العقد.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: أثر الغش لأجل عيب في المرأة. وفيه مسألتان.

المسألة الأولى: هل يرد النكاح لأجل العيب؟

المسألة الثانية: حكم المهر.

الفرع الثاني: أي العيوب يرد بها النكاح؟

المطلب الثالث: غش الزوج فيما إذا تزوج أمة على أنها حرة وأثره على العقد.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: إذا كان مما لا يحل له نكاح الإماء.

الفرع الثاني: إذا كان مما يحل له نكاح الإماء. وفيه مسألتان:

(١) أذكر في هذا المبحث تعريف عقد التوريد.

المسألة الأولى: حكم النكاح.

المسألة الثانية: حكم أولاد المغرور من حيث الحرية والرق.

المطلب الرابع: غش العبد فيما إذا تزوج أمة يعتقدها حرة وأثره على العقد.

المطلب الخامس: غش الزوج في نكاح التحليل وأثره على العقد.

المبحث الثاني: غش الزوجة وأثره على العقد. وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: غش الزوجة بعدم الوفاء بما اشترطته في العقد وأثره على العقد.

المطلب الثاني: غش الزوجة فيما إذا وجدت الزوج خصياً وأثره على العقد.

المطلب الثالث: غش الزوجة فيما إذا تزوجت رجلاً بنسبه وأثره، فبان عبداً،

وأثره على العقد.

المطلب الرابع: غش الزوجة فيما إذا خدعها الزوج بنسبه وأثره على العقد. وفيه

فرعان:

الفرع الأول: إذا كان نسبه مخلاً بالكفاءة.

الفرع الثاني: إذا كان نسبه غير مخلاً بالكفاءة.

المطلب الخامس: غش الأمة فيما إذا تزوجت عبداً تعتقده حراً وأثره على

العقد.

المطلب السادس: غش الزوجة في نكاح الشغار وأثره على العقد.

الفصل الثاني: الغش في الصداق وأثره على العقد. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صور الغش في الصداق.

المبحث الثاني: أثر الغش في الصداق على العقد.

الفصل الثالث: الغش في بدل الخلع وأثره على العقد. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صور الغش في بدل الخلع.

المبحث الثاني: أثر الغش في بدل الخلع على العقد.

الفصل الرابع: الغش في الصلح وأثره على العقد. وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: صور الغش في الصلح.
- المبحث الثاني: أثر الغش في الصلح على العقد.
- الباب الثالث: صور معاصرة من الغش. وفيه ثلاثة فصول:
- الفصل الأول: الغش في الأوراق والعلامات التجارية وأثره. وفيه مبحثان:
- المبحث الأول: الغش في الأوراق التجارية. وفيه أربعة مطالب:
- المطلب الأول: الغش في الكمبيالة.
- المطلب الثاني: الغش في الشيك.
- المطلب الثالث: الغش في السند الإذني.
- المطلب الرابع: أثر الغش في الأوراق التجارية على العقد.
- المبحث الثاني: الغش في العلامات التجارية. وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: صور الغش في العلامات التجارية.
- المطلب الثاني: أثر الغش في العلامات التجارية على العقد.
- الفصل الثاني: الغش في الدعايات الإعلانية وأثره على العقد. وفيه أربعة مباحث:
- المبحث الأول: حقيقتها.
- المبحث الثاني: حكمها (أصلها الشرعي).
- المبحث الثالث: صور الغش في الدعايات الإعلانية.
- المبحث الرابع: أثر الغش في الدعايات الإعلانية. وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: غش الوسيط في الدعاية الإعلانية.
- المطلب الثاني: غش الوسيط في الدعايات الإعلانية. وفيه فرعان:
- الفرع الأول: غش الوسيط بعلم الوسيط.
- الفرع الثاني: غش الوسيط بغير علم الوسيط.
- الفصل الثالث: الغش في بيع السيارات (المعارض). وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نبذة مجملة عنها وعن صفة العمل فيها.

المبحث الثاني: العمل في مكان المناداة (الحراج) والغش فيه.

المبحث الثالث: الغش في بيع السيارات وأثره. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: بيع السيارات دون تشغيلها.

المطلب الثاني: الإخبار بعيوب موجودة وغير موجودة للإيهام.

المطلب الثالث: وضع مواد لستر عيوب السيارة.

المطلب الرابع: مدح السلعة وإغراء المشتري بها.

الباب الرابع: عقوبة الغش. وفيه فصلان:

الفصل الأول: عقوبة الغش التعزيرية. وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: العقوبة البدنية.

المبحث الثاني: العقوبة المالية.

المبحث الثالث: العقوبة المقيّدة للحرية.

المبحث الرابع: العقوبة المعنوية.

الفصل الثاني: عقوبة الغش في نظام مكافحة الغش التجاري. وفيه خمسة

مباحث:

المبحث الأول: الغرامة.

المبحث الثاني: السجن.

المبحث الثالث: إغلاق المحل (الإقفال).

المبحث الرابع: المصادرة.

المبحث الخامس: التشهير.

الخاتمة:

وفيه بيان أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث.

الفهارس:

- ١ - فهرس للآيات القرآنية.
- ٢ - فهرس للأحاديث والآثار.
- ٣ - فهرس للأعلام.
- ٤ - فهرس للمصطلحات الفقهية والكلمات الغريبة.
- ٥ - فهرس للمصادر والمراجع.
- ٦ - فهرس للموضوعات.

هذا:

وإني أحمد الله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأشكره على نعمه التي لا تعد ولا تحصى، فهو صاحب الفضل والمنة، حيث أنعم عليّ بإتمام هذا البحث المتواضع، وإكماله على هذا النحو، وأسأله المزيد من فضله.

كما أتضرع إلى الله بأخلص الدعاء، وأسدي خالص الشكر والثناء، المعطر بأريج الود والإخاء، لفضيلة شيخنا الأستاذ الدكتور عبدالله بن محمد المطلق، وأسأل الله أن يجزل مثوبته ويحسن عاقبته، ويبارك في جهوده، وينفع بعلمه، فقد عرفت منه النصح والتقدير، وذلك لما أبداه لي من توجيهات علمية نفيسة، وإرشادات قيّمة جليلة، كان لها أثرها المشهود في هذا البحث، ولا أجدني إلا عاجزاً عن الوفاء بأقل القليل منها، فلم يكن لي من سبيل إلا أن أتوجه بالدعاء إلى الله تعالى بأن يجزيه عني خير الجزاء وأن يثيبه ويرفع درجته في جنان عدن.

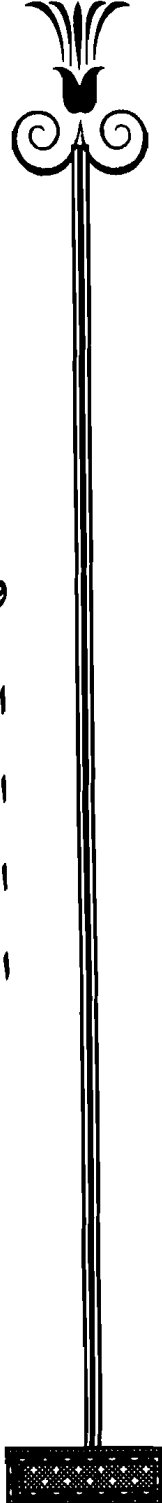
وأخيراً لا يسعني إلا أن أذكر - ومن باب ذكر أهل الفضل بفضلهم وأصحاب الكرم بكرمهم - ما تبذله جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية من خدمة للطلاب الجامعي والدراسات العليا من جهود مشكورة، كما أشكر المعهد العالي للقضاء ممثلاً في عمادته وقسم الفقه المقارن فيه.

وختاماً: أسأل الله أن يوفقني لحسن القصد، وأن يرزقني الإخلاص وإصابة الحق، ويمنّ عليّ بالقبول والتسديد وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

رَفَعُ

جَدِّ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
أَسْلَمْنَا لِنَبِيِّ الْفُرْقَانِ

www.moswarat.com



التمهيد

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمفردات البحث

المبحث الثاني: الألفاظ ذات الصلة بالغش

المبحث الثالث: أركان الغش ووسائله

المبحث الرابع: موقف الإسلام من الغش

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

التمهيد المبحث الأول التعريف بمفردات البحث

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول تعريف الغش

الغش في اللغة:

الغش بالكسر ضد النصيحة، يقال غَشَّ يَغْشُو غِشًا بالكسر، واستغشَّه خلاف استتصحه، ورجلٌ غُشٌّ: غاشٌّ، والجمع: غُشُون.
يُقال: غَشَّ صاحبه، إذا زَيَّنَ له غير المصلحة، وأظهر له غير ما أضمر^(١).
والمغشوش: غير الخالص^(٢).
وأصل الغش من الغشش، وهو المشرب الكدير^(٣).
ومن معانيه: العجلة، تقول: لقيته غِشاشاً بالكسر - أي على عجلة - ومنه قول القائل:

وما أنسى مقاتها غِشاشاً لنا والليل قد طردَ النهار^(٤)
ومن معانيه - أيضاً - الغلُّ، تقول: غشَّ صدره يَغِشُّ غِشًا: أي غلَّ^(٥).

(١) انظر: الصحاح (١٠١٣/٣)، لسان العرب (٣٢٢٣/٦)، القاموس المحيط (ص ٧٧٤).

(٢) انظر: القاموس المحيط (ص ٧٧٤).

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث (٣٦٩/٣)، مشارق الأنوار للقاضي عياض (١٣٩/٢) ط. المغرب

١٣٣٣ هـ

(٤) انظر: الصحاح (١٠١٣/٣)، لسان العرب (٣٢٢٣/٦).

(٥) انظر: لسان العرب (٣٢٢٣/٦)، القاموس المحيط (ص ٧٧٤).

أما الغش في الاصطلاح:

فقد وردت له تعاريف في المذاهب الفقهية وهي كالآتي:

أولاً: تعريف الحنفية: عرفه بعضهم بقوله: "اشتمال المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري لامتنع عن شرائه"^(١).

شرح التعريف:

قوله: "اشتمال المبيع على وصف نقص... يخرج ما لو كان في المبيع عيباً لا ينقص الثمن عند التجار، فلا يكون حينئذٍ من الغش المحرم؛ لأن المقصود عندهم نقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة، والمرجع في معرفته عرف أهله، وهم التجار، أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات"^(٢).

وظاهر كلامهم أنه لو كان في المبيع نقص لا ينقص الثمن ولكن يفوت به غرض صحيح للمشتري، فليس هذا عيباً ولا من الغش المحرم عندهم^(٣).

ثانياً: تعريف المالكية: للمالكية عدة تعاريف نبرز أهمها عندهم:

التعريف الأول للغش:

هو: "إبداء البائع ما يؤهم كمالاً في مبيع كاذباً، أو كتم عيبه"^(٤).

(١) منحة الخالق على البحر الرائق للعلامة ابن عابدين الحنفي (٥٨/٦) ط. دار الكتب العلمية، وهذا التعريف لابن حجر الهيتمي الشافعي، بيد أن العلامة ابن عابدين ارتضاه وقال: "وقواعدنا -يعني الحنفية- لا تأباه". وقال أيضاً: "ولا مانع منه عندنا". انظر: منحة الخالق على البحر الرائق (٥٨/٦)، ولم أجد للحنفية - مع طول بحث في كتبهم - تعريفاً للغش إلا ما ذكر. والله أعلم.

(٢) انظر: فتح القدير (١٥٣/٥)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٥٨/٦-٦٣) ط. دار الكتب العلمية.

(٣) انظر: البحر الرائق (٦٤/٦).

(٤) شرح حدود ابن عرفة (١/٣٧٠).

شرح التعريف:

قوله: "إيداء البائع... بمعنى إظهار البائع، وذلك كما لو باع غلاماً في ثوبه أثر مداد، وييده قلم ودواة، وذلك يوهم كمالاً في العقل، فإن ثبت أنه أُمي فقد غشَّه بذلك"^(١).

قوله: "أو كتم عيبه.. كأن يكون في المبيع عيبٌ لا يظهره البائع ولا يخبر المشتري به؛ لأن في العلم به رداً للمبيع وعدم قبوله.

التعريف الثاني:

هو: "أن يوهم وجود مفقود في المبيع، أو يكتُم فقدَ موجودٍ مقصودٍ فقده منه لا تنقص قيمته لهما"^(٢).

شرح التعريف:

قوله: "أن يوهم وجود مفقود.."

معناه: إيهام البائع أن المبيع به صفة مقصودة للمشتري يرغب فيها، أخرج به ما إذا أوهم مفقوداً غير مقصود، فإنه لا أثر له، ومثال الإيهام كأن يجعل في يد العبد مداداً ليوهم أنه يكتب ونحو ذلك"^(٣).

قوله: "أو يكتُم فقدَ موجودٍ.. هذا أحد قسمي الغش زاده ليخرج به ما إذا كان فقد المكتوم ليس بمقصود في البيع، ومثال الغش في الكتمان كأن يكتُم طول إقامته عنده ونحو ذلك"^(٤).

(١) انظر: شرح حدود ابن عرفة (٣٧٠/١).

(٢) شرح حدود ابن عرفة (٣٨٦/٢).

(٣) انظر: شرح حدود ابن عرفة (٣٨٦/٢)، بُلغَةُ السالك المعروفة بمحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٢٢٤/٣) ط. دار المعارف.

(٤) شرح حدود ابن عرفة (٣٨٦/٢)، بُلغَةُ السالك (٢٢٤/٣)

ثالثاً: تعريف الشافعية:

التعريف الأول: "هو أن يكتم البائع عن المشتري عيباً في المبيع لو أطلع عليه لما اشتراه بذلك الثمن"^(١).

كأن تكون البهيمة لا ترى في إحدى عينيها، مع أن الناظر إلى عينيها يظن أنهما سليمتان، فلو علم المشتري بهذا العيب لما اشتراها بهذا الثمن الذي اشتراها به، بل ربما لم يقبلها مطلقاً كما لو أرادها أضحية.

التعريف الثاني: "هو تدليس يرجع إلى ذات المبيع مما يقتضي خروجه عما يظنه المشتري"^(٢).

شرح التعريف:

قوله: "تدليس.. التدليس مصدر دلس من الدلسة وهي الظلمة، وتدليس البائع، هو كتم عيب السلعة عن المشتري"^(٣).

قوله: "يرجع إلى ذات المبيع.. يخرج بذلك ما لو كان التدليس يرجع إلى صفة المبيع، كأن يصفه بصفات كاذبة، ويخرج - أيضاً - ما لو كان التدليس يرجع إلى أمر خارج يرجع إلى العقد، كأن يخبر بزيادة في الثمن كاذباً، فهذا كله من الخيانة وليس من الغش، فالخيانة أعم من الغش.

التعريف الثالث:

ما ذكره ابن حجر الهيثمي^(٤) في فتاواه بقوله: "وضابط الغش المحرم أن يشتمل

(١) نهاية المحتاج (٧١/٤) ط. دار الفكر.

(٢) انظر: فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعرف بحاشية الجمل (٥/٣)، والتجريد لنفع العبيد المعروف بـ(حاشية البجيرمي على المنهج) (١٦٦/٢).

(٣) انظر: لسان العرب (٨٦/٦)، طلبة الطلبة لأبي حفص النسفي مادة: (د ل س) ط. المطبعة العامة.

(٤) هو أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، شهاب الدين المكي، الشافعي، من فقهاء الشافعية، من كتبه: "تحفة المحتاج على المنهاج" و"الزواجر"، توفي سنة (٩٧٤هـ). انظر: هداية العارفين (١٤٦/١)، والأعلام (٢٢٣/١).

المبيع على وصف نقص لو علم به المشتري امتنع من شرائه"^(١).
فكلُّ ما كان كذلك يكون غشاً محرماً، وكلُّ ما لا يكون كذلك لا يكون غشاً
محرماً.

رابعاً: تعريف الحنابلة:

التعريف الأول: ما ذكره الشيخ حسن بن حسين بن الشيخ محمد بن
عبد الوهاب^(٢) وهو: "اشتمال المبيع ونحوه على وصف نقص، لو علم به المشتري
لامتنع من شرائه"^(٣).

التعريف الثاني: ما ذكره الشيخ عبدالله أبابطين^(٤) حيث قال: وضابط الغش
هو: "أن يُظهِر البائعُ الحُسْنَ للمشتري ويُخْفِي الذي دونه، أو يُخْفِي عيباً في المبيع
ويكتمه عن المشتري، أو يفعل فعلاً في المبيع فيحسنه في عين المشتري"^(٥).

مناقشة التعاريف:

يُلاحظ أن بعض هذه التعاريف غير جامعة لصور الغش، مما يجعل تلك الحدود
قاصرة في استيفاء ضابط الغش.

ومن تلك التعريفات التعريف الأول، والثاني لكل من المالكية والشافعية.

(١) الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/٢٧٠) ط. المكتبة الإسلامية.

(٢) ولد في الرياض وقرأ على ابن عمه الشيخ عبدالرحمن بن حسن وعلى غيره، وصار نابغة في الحفظ
والفهم والتحصيل، وقال ابن بشر: هو العالم الجليل الفقيه النحرير القاضي في بلد الرياض، ولو
طال عمره لكان آية، ولكن لم تطل مدته فقد توفي سنة ١٢٤٥هـ رحمه الله. انظر: علماء نجد
خلال ثمانية قرون (٢/٣٣).

(٣) الدرر السننية في الأجوبة النجدية (٦/٦٠) ط. الخامسة ١٤١٤هـ.

(٤) هو عبدالله بن عبدالرحمن أبابطين، ولد في روضة سدير ١١٩٤هـ، تولى القضاء في كثير من
الناطق، له عدة مؤلفات في تقرير العقيدة والدفاع عن دعوة الإمام محمد بن عبدالوهاب، لقب
بمفتي الديار النجدية، توفي في شقراء سنة ١٢٨٢هـ. انظر: علماء نجد خلال ثمانية قرون (٤/٢٢٥).

(٥) انظر: الدرر السننية في الأجوبة النجدية (٦/٥٩-٦٠).

فالتعريف الأول للمالكية وهو: "إبداء البائع.." غير داخل فيه الكذب والغش في بيوع الأمانة من المراجعة والتولية والوضيعة^(١)، وكذلك الزيادة في السلعة ممن لا يريد شرائها وهو النجش فلا يدخل في التعريف.

أما التعريف الثاني لهم وهو: "أن يوهم وجود مفقود.." فهذا التعريف وإن كان أدق من التعريف الأول إلا أن النجش لا يدخل فيه، وكذلك النقص الواردُ ذِكرُه في التعريف مقيّدٌ بنقص القيمة، أما لو كان النقص مما يفوت به غرض صحيح للمشتري لا ينقص القيمة عادةً فلا يدخل في التعريف عندهم، وهذا قصور في التعريف الجامع المانع.

أما التعريف الأول للشافعية وهو: "أن يكتم البائع عن المشتري.." فهذا التعريف فيه قصور ظاهر؛ حيث جعل الغش مقتصرًا على الكتمان، أما المخادعة في البيوع أو الزيادة في السلعة، أو تلقي الركبان، أو بيع المسترسل فلا تدخل في الغش على هذا التعريف^(٢).

وأما التعريف الثاني لهم وهو: "تدليس يرجع إلى ذات المبيع.." فهذا التعريف - أيضاً - فيه قصور كسابقه حيث قصر الغش على الخيانة والتدليس في ذات المبيع فحسب، دون الخيانة في صفته كأن يصف المبيع بصفات كاذبة، أو في أمر خارج كأن تكون الخيانة راجعة إلى العقد نفسه، مثل أن يخبر بزيادة في الثمن، فهي عندهم غير داخله في تعريف الغش^(٣) مع أنها من الغش البيّن.

ولعلَّ أحسن هذه التعاريف آنفة الذكر وأقلها اعتراضاً هو تعريف الحنفية، والتعريف الثالث للشافعية، والتعريف الأول للحنابلة، وهو: "اشتمال المبيع على

(١) انظر: شرح حدود ابن عرفة (٢/٣٨٨).

(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى (٢/٢٦٩-٢٧٠)، حاشية الجمل (٣/٥)، حاشية البجيرمي على المنهج (٢/١٦٦).

(٣) انظر: حاشية الجمل (٣/٥)، حاشية البجيرمي على المنهج (٢/١٦٦).

وصف نقص، لو علم به المشتري لامتنع من شرائه"، إلا أن هذا التعريف اقتصر على المعاوضات المالية، فلم يدخل فيه المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع والصداق ونحوه، بيد أن في تعريف الحنابلة قيداً تدخل المعاوضات غير المالية فيه، وهو قولهم: "اشتمال المبيع ونحوه...". ولكن لا مناص من هذا الاعتراض وقد جعلوا آخر تعريفهم قولهم: "لو علم به المشتري لامتنع من شرائه".

ومعلوم أن الزوج الذي خُدِعَ بزوجه مغشوش بها وهو مع ذلك ليس مشترياً، ثم إن هذا التعريف لا يدخل فيه الغش القولي كالنجش والغش في الدعايات بمذح السلعة وإغراء المشتري بها، وقد لا يكون فيها عيب.

وعليه فالتعريف المختار الجامع لكل أنواع الغش هو:

"إظهار أحد المتعاقدين أو غيره العقد بخلاف الواقع بوسيلة قولية أو فعلية، وكتمان وصف غير مرغوب فيه، لو علم به أحد المتعاقدين لامتنع من التعاقد عليه".

شرح التعريف:

فقول: "إظهار أحد المتعاقدين أو غيره..".

يعني أن يبين ويظهر الغش ويخدع بها أحد المتعاقدين؛ إما البائع كالتدليس والكتمان، أو المشتري كأن يُعيب السلعة ويزري بها كي يزهّد البائع بها فيبيعها ببخس.

وقولنا: "أو غيره..". أي غير أحد المتعاقدين، فالغش قد يحصل من غير المتعاقدين كما في النجش بأن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، كما يحدث من السماسرة وأصحاب الوكالات في الدعايات الإعلانية الذين يُرَغَّبُونَ الناس في السلع بطرق عديدة، وكذا غش الولي موليته كما في الشغار ولم تعلم الزوجة بذلك.

وقولنا: "العقد ... جيءَ بهذا القيد ليدخل في التعريف المعاوضات المالية وغير المالية كعقد النكاح ونحوه، ويشمل الغش في أصل العقد - كما في الغش في الحوالة أو الضمان - أو في محل العقد، وهو ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره^(١).

وقولنا: "بوسيلة قولية أو فعلية..": يعني أن الخداع بأحد المتعاقدين يحصل إما بوسيلة قولية، كأن يقول البائع للمشتري: إنه عرضَ عليّ ثمن أكثر من هذا، ولكن آثرتك به مع قلة ما تدفعه، أو أن يقول: إن هذا الشيء ندر في الأسواق ولن تجده بعد اليوم بهذا السعر. أو أن يقول المشتري للبائع: في سلعتك عيبٌ وأنها لا تستحق هذه القيمة وعرضت عليّ بأقل من ثمنك، ونحو ذلك.

وإما بوسيلة فعلية كما في التصرية وتحمير وجه الجارية، ونحو ذلك.

وقولنا: "أو كتمان وصف غير مرغوب فيه ...":

أطلق في الوصف غير المرغوب فيه فشمّل ما إذا كان النقص في العين أو القيمة - كما في الغش في رأس مال السلم - أو فيما يفوت به غرضاً صحيحاً للعاقِد، كما لو اشترى عبداً على أنه يعرف لغة قومه فبان بخلاف ذلك، فهذا وأمثاله مما سيأتي مما يفوت به غرضاً صحيحاً للعاقِد، ويكون بذلك نقصٌ في المعقود عليه؛ ولأن المشتري لو علم بالخيانة في معرفة الثمن، لما رضي بالمعقود عليه حتى لو لم يُغَبَّن فيه، ويدخل في هذا - أيضاً - غش الشفيع والاحتيال عليه لترك شفيعته بأن يذكر البائع والمشتري ثمناً زائداً على ما تعاقدوا عليه، مما يفوت به غرضاً صحيحاً على الشفيع يجعله يترك شفيعته لكثرة الثمن، وسيأتي بيان ذلك مستوفى - إن شاء الله - في أثناء بحث هذه الرسالة.

وقولنا: "لامتنع من التعاقد عليه..": يعني لولا وجود الغش في العقد بأنواعه من غشٍ قولِي أو فعلِي، أو كتمان وصف غير مرغوب فيه، لما أقدم المتعاقدان من التعاقد عليه.

(١) انظر: الموسوعة الفقهيّة الكويتية (٢٢١/٣٠).

المطلب الثاني

تعريف الأثر

الأثر في اللغة له عدة معان، منها:

(١) بقية الشيء.

(٢) الخبر.

(٣) التبعية، تقول: خرج في أثره: بعده.

(٤) النتيجة، وهو الحاصل من الشيء.

(٥) العلامة^(١).

ولا يخرج استعمال الفقهاء والأصوليين للفظ "أثر" عن هذه المعاني اللغوية، والمقصود به هنا هو المعنى الرابع، فأثار العقود هي ما يترتب عليها ويحصل منها من حقوق وواجبات للمتعاقد، فكل عقد من العقود له أثره الخاص^(٢)، فإنشاء البيع يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري، والتمن إلى البائع، كما يترتب عليه إلزام البائع والمشتري بتنفيذ العقد، وهكذا الأمر في النكاح، حيث يترتب عليه حقوق وواجبات للطرفين.

(١) انظر: القاموس المحيط (ص ٤٣٥)، لسان العرب (٥/٤)، المصباح المنير (٧/١)، كشاف

اصطلاحات الفنون (١/٦٥)، التعريفات للجرجاني (ص ٨).

(٢) انظر: شرح جمع الجوامع مع حواشيه (١/١٠٢، ١٠١) ط. بيروت ١٣٩٥هـ، كشاف اصطلاحات

الفنون (١/٦٥).

وهكذا فكل عقد ترتب عليه آثاره الخاصة حسب طبيعته والغرض الذي أنشئ من أجله^(١).

والفقهاء المسلمون ذكروا لكل عقد آثاره، وهم في غالب عباراتهم يسمون الآثار بأحكام العقد^(٢).



(١) انظر: المصدرين السابقين مع حاشية ابن عابدين (٢٢١/١)، كشاف القناع (١٧١/١)، ويبحث في هذين المصدرين أثر النجاسة في الصلاة، وراجع - أيضاً - نهاية المحتاج (٢٤٣/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٣٣/٥)، الغاية القصوى (٤٥٥/١)، الموسوعة الفقهية (٢٤٩/١)، مبدأ الرضا في العقود (١١٤٠/٢).

المطلب الثالث

تعريف العقد

١- تعريفه لغة:

العقد: مصدر، بإسكان القاف، والفعل (عَقَدَ) بالفتح للجميع، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود، وله معان كثيرة، منها:

(١) الشدّ، والربط، ونقيض الحل، فيقال: عقد الحبل أي شدّه.

(٢) التأكيد، والإحكام، والتوثيق، فيقال: عقد العهد، واليمين أكدهما.

(٣) العهد، يقال: عاقدته على كذا، وعقدته عليه بمعنى: عاهدته^(١).

وإذا استعرضنا هذه المعاني اللغوية للفظ "العقد" يتبيّن أن العقد يُطلق في الأمور الحسية كعقد الحبل، وفي الأمور الحكمية المعنوية كعقد البيع، بمعنى إيجابه، وعقد النكاح بمعنى إحكامه وإبرامه^(٢).

٢- تعريفه اصطلاحاً:

يطلق العقد في الاصطلاح على معنيين:

أ- المعنى الأول: المعنى العام:

وهو كلُّ التزام تعهّد الإنسان بالوفاء به، سواء التزم في مقابل التزام آخر كالبيع والنكاح ونحوهما- أو لا -كاليمين والنذر ونحوهما-؛ لأن الحالف أو الناذر

(١) انظر: القاموس المحيط (ص ٣٨٣)، لسان العرب (٢/٢٩٦)، المصباح المنير (٢/٧١)، معجم

مقاييس اللغة (٤/٨٦)، المفردات في غريب القرآن (ص ٣٤١) ط. دار المعرفة.

(٢) انظر: جامع البيان للطبري (٩/٤٥١)، أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٩٤)، الجامع لأحكام

القرآن للقرطبي (٦/٢٣) ط. الكتب العلمية.

ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك^(١).

ب- المعنى الثاني: المعنى الخاص:

وللفقهاء عدة تعريفات متقاربة للعقد، فمنها:

(١) "هو عبارة عن انضمام كلام أحد العاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً"^(٢).

(٢) ومنها: "أن العقد هو: مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما - أعني متولي الطرفين"^(٣).

(٣) ومنها: "ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما"^(٤).

فأفاد مجموع هذه العبارات أن العقد:

ربط بين العاقدين بما صدر منهما من كلام أو ما يقوم مقامه على وجه يظهر أثره

في المحل شرعاً، وهذا المعنى الخاص هو المراد في هذا البحث. والله تعالى أعلم.



(١) انظر: قاعدة العقود لابن تيمية (ص ٩٥) وذكر قول الإمام أحمد: "العقود هي العهود كلها، وهذا ما ذكره المفسرون في تفسير قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أنها تشمل عقود الأيمان والنكاح وغير ذلك، وراجع أحكام القرآن للشافعي (٢/٦٥-٦٦) فقد أطلق العقد على النذر، وأحكام القرآن للجصاص (٢/٢٩٥)، وأحكام القرآن للكنيا الهراس (٣/٩) ط. دار الكتب الحديثة - القاهرة.

(٢) أنيس الفقهاء (ص ٢٠٣).

(٣) فتح القدير (٢/٣٤١)، حاشية ابن عابدين (٢/٢٥٨)، حاشية الدسوقي (٣/٥)، حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج (٤/٢١٤).

(٤) المنشور للزركشي (٢/٣٩٧)، ويحسن مراجعة نظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة (ص ٢٠١)، ومختصر أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف (ص ٧٢)، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنبوري (١/٧٤).

المبحث الثاني

الألفاظ ذات الصلة بالغش

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

التدليس

التدليس في اللغة:

من الدَّلَس، بالتحريك: الظُّلْمَة، وفلانٌ لا يُدالس، ولا يُوالس أي: لا يخادع ولا يغدر، والمدالسة هي: المخادعة، وتقول: أندلسَ الشيء: إذا خفي، وقد دالَس مُدالسةً ودِلاسا، ودلَّسَ في البيع وفي كل شيء إذا لم يبيِّن عيبه، أو أخفاه^(١).

التدليس في الاصطلاح:

عرّفه المالكية بقولهم: "أن يعلم البائع بالعيب ثم يبيع، ولا يذكر العيب للمشتري"^(٢).

وعرّفه الحنابلة بتوسّع، فجعلوه شاملاً لكل إيهام يقوم به البائع في أوصاف المبيع لاستدرار زيادة في ثمنه من المشتري.

جاء في المادة رقم (٢١٠) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد "التدليس: فعلٌ ما يتوهّم به المشتري أن في المبيع صفة توجب زيادة الثمن أو كتمان العيب"^(٣).

(١) انظر: القاموس المحيط (ص ٧٠٣)، لسان العرب (٦/٨٦)، الزاهر للأزهري (ص ٢٠٩). ط. وزارة الأوقاف الكويتية.

(٢) الكافي لابن عبد البر (٢/٧١١)..

(٣) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، مادة رقم (٢١٠) ط. تهامة بجدة سنة ١٤٠١هـ. وراجع المطلع على أبواب المقنع ص (٢٣٦).

وبهذه التعاريف يتبيّن أن المعنى الاصطلاحي للكلمة لا يخرج عن مدلولها اللغوي، فكأنّ البائع بستره العيب وكتمانه جعل المشتري في ظلمة فخفي عنه، فلم يره ولم يعلم به^(١).

وبهذا يظهر أن التدليس داخل في الغش، إلا أن الغش أعم منه^(٢).



(١) انظر: المغني (٢٣٤/٦)، وراجع كشاف القناع (٢١٥/٣)، التوقيف على مهمات التعريف للمناوي (ص ١٦٧).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٦٩/٣).

المطلب الثاني

الخداع

الخداع مصدر خَدَعَهُ، يقال: خَدَعَهُ يَخْدَعُهُ خَدْعًا وَخِدَاعًا بالكسر أي: ختله وأراد به المكروه من حيث لا يعلم، والاسم الخديعة^(١).

وسوقٌ خادعةٌ: مختلفةٌ متلونةٌ.

والخداع إظهار الإنسان خلاف ما يخفيه^(٢)، والمخادعة في الآية الكريمة وهي قوله تعالى: ﴿وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ﴾^(٣) هي إظهارٌ غير ما في النفس، وذلك أنهم أبطنوا الكفر وأظهروا الإيمان، وإذا خادعوا المؤمنين فقد خادعوا الله، وقوله: ﴿وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ﴾ أي: ما تحلُّ عاقبة الخداع إلا بهم^(٤).

والخدعة - بالضم - ما يخدع به الإنسان مثل اللعبة لما يلعب به، والحرب خدعة - مثلثة الخاء - والفتح أفصح^(٥).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي في عُرف الفقهاء^(٦).

وبهذا يظهر أن الخداع والغش بمعنى واحد في استعمال الفقهاء^(٧).

(١) انظر: الصحاح (٣/١٢٠١).

(٢) انظر: لسان العرب (٨/٦٣)، القاموس المحيط (ص ٩١٩).

(٣) سورة البقرة، آية رقم (٩).

(٤) انظر: القاموس المحيط (ص ٩١٩).

(٥) انظر: النسخاح (٣/١٢٠٢).

(٦) انظر: الموسوعة الفقهية (١٩/٣٢).

(٧) انظر: الموسوعة الفقهية (١٩/٣٢)، (٣١/٢١٨)، مبدأ الرضا في العقود (١/٦٠٢).

المطلب الثالث

التفريير

يُقال في اللغة: غَرَّه يَغْرَهُ غَرّاً وِغْرَراً وِغْرَراً وِغْرَراً بكسر المعجمة فهو مغرور وغرير، أي: خَدَعَهُ وأطمعه بالباطل، وهو تزوين الخطأ بما يوهم أنه صواب. وللتفريير معنى آخر، يُقال: غَرَّرَ بنفسه تفرييراً؛ عَرَّضَهَا لِلهَلَاكِ^(١). على هذا فالتفريير والغرور واحد، إلا أن أكثر الفقهاء يكثرون من استعمال "التفريير" أكثر^(٢).

والتفريير في الاصطلاح الفقهي له عدة تعاريف وهي ترجع لمعنى واحد، فمن أهمها تعريفان:

الأول: "إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي، مع إعطائه صفةً ليست له، لكي يستثير رغبة الطرف الآخر، فيُقَدِّم على إبرام العقد"^(٣).

الثاني: "أن يفعل في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد كذلك"^(٤). وعلى هذا فإن التفريير - وخاصة التعريف الأول - داخل في معنى الغش، إلا أن التفريير أخص من الناحية الفقهية.

على أن هناك فرقاً بين التفريير والغرر، ذلك أن الغرر هو مجهول العاقبة^(٥)، بخلاف التفريير والغش؛ لأن التفريير والغش إنما يكون نتيجة قول أو فعل أو موقف يتخذه شخص ليخدع به آخر، أما الغرر فلا خديعة فيه من أحد المتعاقدين؛ إذ إن كلا المتعاقدين جاهلان بحقيقة الأمر في عقد الغرر.

* * *

(١) انظر: القاموس المحيط (ص ٥٧٧)، لسان العرب (١١/٥-١٢)، الكليات للكفوي (٣/٢٩٦).

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود للصدیق الضرییر (ص ٣٥).

(٣) المجلة العدلية وشرحها للأناسي، مادة (١٦٤) (٢٥/٢)، أحكام المعاملات الشرعية (ص ٣٧٧-٣٨٠).

(٤) التاج والإكليل (٦/٣٤٩)، فتح العزيز (٨/٣٣٣).

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣/١٩٤)، القواعد النورانية لابن تيمية (ص ١٣٨).

المطلب الرابع

الغَبْن

أصل الغبن في اللغة النقص، ومنه قيل: غَبَنَ فلانٌ ثوبه، إذا ثنى طرفه وخاطه، ويُطلق الغَبْن -أيضاً- على الغلب والخذاع.

والغَبْن -بالتسكين- في البيع، والغَبْن -بالتحريك- في الرأي.

يقال: غَبَنَته في البيع -بالفتح- أي: خدعته.

ويقال: غُبِنَ رأيه -بالكسر- إذا نقصه فهو غبين، أي: ضعيف الرأي^(١).

والتغابن: أن يَغْبِنَ القوم بعضهم بعضاً، ومنه قيل يوم التغابن ليوم القيامة؛ لأن أهل الجنة يَغْبِنُونَ أهل النار^(٢).

أما الغبن في الاصطلاح فلفقهاء عدة تعاريف تتجمع في بوتقة واحدة، منها: الأول هو: "بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة"^(٣).

الثاني هو: "أن تبخس صاحبك في معاملة بينك وبينه في ضرب من الإخفاء"^(٤).

الثالث هو: "النقص في أحد العوضين بأن يكون أحدهما أقلّ مما يساويه عند التعاقد"^(٥).

الرابع هو: "أن يشتري بأكثر من القيمة بكثير، أو يبيع بأقل من القيمة بكثير"^(٦).

(١) انظر: القاموس المحيط (ص ١٥٧٣)، الصحاح (٢١٧٢/٦)، تهذيب الأسماء واللغات (٥٧/٢)،

طلبة الطلبة (ص ٦٤)، تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١٨٦)، المطلع (ص ٢٣٥).

(٢) انظر: أنيس الفقهاء (ص ٢٠٦)، أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي (١٨١٥/٤) ط. دار المعرفة.

(٣) مواهب الجليل (٣٩٨/٦).

(٤) المفردات للراغب (ص ٥٣٥).

(٥) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (ص ٢٥٨)، مبدأ الرضا في العقود (٧٣٤/٢).

(٦) انظر: شرح ابن ميارة على تحفة الحكام (٣٩/٢) ط. الاستقامة بالقاهرة، ومحسن مراجعة رسالة

التحبير في الغبن لابن عابدين ضمن رسائله. ط. أستانة ١٣٢٥ هـ (٧٤/٢)، وجامع الفصولين (٢/

٢٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٤٠/٣)، نهاية المحتاج (٩٩/٧)، الفروع (١٠٤/٤)،

كشاف القناع (٢١١/٣).

وكلّ هذه التعاريف كما سبق متفقة المعنى إلا أن بعضها أجمع وأمنع من بعض ، وأولى هذه التعاريف هو التعريف الثالث ؛ لأنه شامل للغبن الحاصل في المبيع سواء كان من البائع ؛ كأن يبيع بأكثر مما جرت به العادة ، أو كان الغبن من المشتري بأن يشتري من البائع غير العالم بقيمة الأسعار - كالركبان ونحوهم - بأقلّ من القيمة بكثير.

هذا وإن كان التعريف الرابع قريباً من سابقه إلا أن التعريف المختار أبلغ في

لعبرة وأتقن ، وعلى كلّ فالغبن هو عدم التساوي بين ما يأخذه أحد العاقدين وبين ما يعطيه^(١).

* * *

(١) راجع المطلب الأول من المبحث الأول من التمهيد.

المبحث الثالث

أركان الغش ووسائله

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أركان الغش:

للغش ركنٌ أساسٌ وهو أن تكون الوسيلة -قولية كانت أو فعلية- خداعاً وغشاً، حدث بالعاقِد الآخر وأغرته في الدخول في العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع بخلاف ذلك^(١).

ويستوي في هذا استعمال الغش من أحد المتعاقدين أو من غيرهما كما يحدث من السماسرة الذين يُرغَّبون الناس في السلع بطرق عديدة. وبهذا يستحق العاقِد المغشوش الخيار بين الإمضاء أو الفسخ على خلافٍ في بعض الصور، كالتصرية، وتفريق الصفقة، وغير ذلك مما سيظهر جلياً في ثنايا البحث.

وهذا الركن هو الذي يتكلم فيه الفقهاء -رحمهم الله- في كتبهم، بيد أن للغش تقسيماً آخر لأركانه إذا اعتبرناه على أنه جريمة يعاقب عليها ولي أمر المسلمين من باب السياسة الشرعية.

إلا أن الفقهاء -رحمهم الله- لم يقيدوا هذه الأركان بألفاظ واصطلاحات معينة، وذلك على عكس ما عُرف في الأنظمة والقوانين الوضعية حديثة النشأة، والجريمة في منظور شرعي هي: "محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدٍّ أو تعزير، ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الشرعية، ولها عند ثبوتها وصحتها حال استيفاء توجبه الأحكام الشرعية"^(٢).

(١) راجع المطلب الأول من المبحث الأول من التمهيد.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص (٢٧٣). ط. دار الكتب العلمية.

وبهذا يتبين أن جريمة الغشّ ركّنين :

الركن الأول: الركن المادي^(١) :

ويتمثّل في إتيان الفعل المحظور سواءً كان إيجابياً أو سلبياً^(٢).

فالتدليس، أو التصرية، أو النجش، أو تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها، كلها أفعال عمدية صدرت من الغاش لترويج سلعته تمثل الركن المادي للغش في صورته الإيجابية^(٣).

أما كتمان عيب السلعة وعدم إظهار العيب ونحو ذلك فيمثل الركن المادي في صورته السلبية^(٤).

الركن الثاني: الركن المعنوي^(٥) :

أو ما يُعبّر عنه بالقصد للفعل المحظور (الجنائي)، وهو "تعمّد ارتكاب الفعل المحظور بنتيجته التي يعاقب عليها ولي أمر المسلمين بناءً على النظام المعلن"^(٦).

ويتمثل هذا الركن في اتجاه نية البائع إلى القيام بأفعال محرمة شرعاً تقع على المبيع مما يُرغب في شرائه، وهذا الركن هو ما يُعبّر عنه عند الفقهاء بالعلم^(٧).

(١) انظر: الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلامي د. عبدالفتاح خضر (ص ١٥). معهد الإدارة العامة ١٤٠٥هـ.

(٢) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي لعبدالقادر عودة (١/٣٤٢). ط. الخامسة ١٣٨٨هـ.

(٣) انظر: أحكام الغش التجاري في الفقه والنظام. بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير للأخ عبدالمحسن الدوسري، ص (٣٧). المعهد العالمي للقضاء.

(٤) المرجع السابق.

(٥) انظر: الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلامي. (ص ١٥).

(٦) الأحكام العامة في قانون العقوبات للسعيد مصطفى السعيد. ص ٣٩٠. دار المعارف بمصر. ط. الرابعة

١٩٦٢م.

(٧) انظر: أحكام الغش التجاري في الفقه والنظام (ص ٤٠).

ومن الأمثلة المذكورة في هذا: حديث صاحب الطعام الذي مرّ النبي ﷺ عليه، فأدخل يده في صُبرة الطعام^(١) فنالت أصابعه بللاً، فقال ﷺ: (ما هذا يا صاحب الطعام؟) فقال: أصابته السماء يا رسول الله. فقال النبي ﷺ: "أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس! من غش فليس مني"^(٢).

فقول الرجل: "أصابته السماء" دالٌّ على علمه بعيب الطعام، فحاول إخفاء العيب بجعله أسفل الصُّبرة، فلذلك زجره النبي ﷺ بقوله: (من غش فليس مني). وهذا الركن - أعني به القصد والعلم بالغش - إنما هو خاص لإيقاع العقوبة عليه من قِبَل ولي الأمر، ولا أثر لهذا الركن في إثبات الخيار للمشتري فيما لو وقع في غائلة الغش، قولياً كان أو فعلياً؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري لرفع الضرر الحاصل عليه، بغض النظر عن علم البائع بذلك أو عدمه، كما سيأتي بيان ذلك في المباحث الآتية - إن شاء الله -.



(١) الصُّبرة - بضم الصاد وسكون الباء - ما جُمع من الطعام بلا كيل ولا وزن، القاموس المحيط (ص

٥٤١)، النهاية في غريب الحديث (٩/٣).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: قول النبي ﷺ: (من غشنا فليس منا) (٩٩/١)

رقم (١٠٢). من حديث أبي هريرة.

المطلب الثاني: وسائل الغش

الغش ليس محصوراً بالتدليس وإخفاء المغيب فحسب؛ بل هو كما يقول ابن العربي المالكي -رحمه الله-: "قد يكون في العيب، أو في الثمن، أو في الكذب، أو في الغبن"^(١).

وإذا نظرنا إلى وسائل الغش، التي يفعلها أحد المتعاقدين ليخدع الآخر، وجدناها لا تخرج عن وسيلتين ذكرهما الفقهاء -رحمهم الله-، وهما:

الوسيلة الأولى: الغش الفعلي:

الغش الفعلي هو كما يقول الخطاب المالكي -رحمه الله-: "أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظنّ به المشتري كمالاً فلا يوجد"^(٢).

ومثال ذلك: أن يقوم البائع بشد أخلاف الإبل، ليحبس لبنها مثلاً، أو يحبس الماء ثم يطلقه ليراه العاقد الآخر كثيراً فيغتر بذلك، أو أنه يترك الإبل لا تحلب فترة من الزمن حتى يظهر ضرع الإبل كبيراً فيظن المشتري أنها كثيرة اللبن^(٣).

ومن الغش الفعلي في الواقع العملي - أيضاً -:

(أ) الغش بالخلط أو الإضافة:

وهذه الوسيلة من أشهر الطرق شيوعاً بين التجار، لسهولة عملها، ويتحقق الغش بالخلط، إما بخلط جنس جيد بجنس رديء مثل: إضافة الدقيق العادي إلى

(١) نقله عنه ابن حجر في فتح الباري (٤/٤٢٤).

(٢) مواهب الجليل ومعه التاج والإكليل (٦/٣٤٩)، الوجيز مع شرحه فتح العزيز (٨/٣٣٣).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٤٩)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/١١٦)، المهذب

للشيرازي مع تكملة المجموع (١٢/٩٥)، كشاف القناع للبهوتي (٣/٢١٤).

الدقيق الفاخر، وإما بخلط جنس بجنس آخر، كخلط الماء باللبن، أو خلط الماء باللحوم لزيادة وزنها، أو خلط الشحم مع اللحم^(١).

ب) الغش بالانتزاع أو الإنقاص:

وهذه الوسيلة هي كل تغيير في الشيء من شأنه أن يفقده طبيعته أو يُضعف صفته، وذلك بإخراج بعض العناصر المكونة له كنزع الدسم من اللبن وغير ذلك^(٢).

ج) الغش بالصناعة:

والغش في هذا كثير جداً، مثل أن يضع الصانع معجوناً على أنه ياباني مثلاً فإذا هو معجون تقليد له، وكذلك إذا كانت السلعة المنتجة غير مطابقة للمواصفات والمقاييس^(٣)، ونحو ذلك.

الوسيلة الثانية: الغش القولي:

وهو كل وسيلة قولية يتخذها أحد العاقدين أو غيرهما لإيهام أحد المتعاقدين وخداعه^(٤)، مثل النجش سواء كان من البائع مثل أن يقول: لقد اشتريت هذه

(١) انظر: حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (١٥٠/٢-١٥١) ط. دار الفكر، المدخل لابن الحاج (١٩٣/٤، ١٦٣) ط. دار التراث، ومعالم القرية في طلب الحُسبة لمحمد بن أحمد القرشي (ص ٩٤) ط. دار الفنون كمبردج، الحماية الجنائية للمستهلك (ص ١٣٣) د. حسني الجندي. دار النهضة العربي، الغش التجاري في النظام السعودي والفقهاء الإسلامي للأخ فارس الحقباني (ص ٤٥-٥٦). ماجستير المعهد العالي للقضاء.

(٢) انظر: مجموعة المبادئ الجنائية، جندي عبدالمملك (ص ٥٢١)، الغش التجاري في النظام السعودي والفقهاء الإسلامي (ص ٤٨).

(٣) انظر: الغش التجاري في النظام السعودي والفقهاء الإسلامي (ص ٥٠)، الحماية النظامية من الغش والخداع. للمستشار صلاح سالم، الغرفة التجارية (ص ٩)، نهاية الرتبة في طلب الحُسبة للشيزري (ص ٧٧-٨٨). ط. لجنة التأليف والترجمة.

(٤) انظر: مواهب الجليل (٣٥٠/٦)، مبدأ الرضا في العقود (١/٦٣١).

السلعة بكذا وهو كاذب، أو من غير البائع مثل أن يذكر وصفاً في المعقود عليه وهو غير موجود، وهذا الوصف مما يختلف به الثمن، أو يكذب في إخباره برأس المال كما في التصرفات القائمة على الأمانة: كالمراجعة، والتولية، والوضيعة، وكبيع المسترسل.

ومن الأمثلة على الغش القولي -أيضاً-: شراء متلقي الركبان، ومثل ما لو قال شخص لآخر: أبيع لك هذه الجوهرة -وهي زجاجة- فاشتراها الآخر ولم يعلم بذلك حال العقد، ثم تبين له خلاف ذلك، وكما لو تزوجه امرأة على أنها حرة ثم بان أنها أمة، ومن ذلك أيضاً الغش في الإعلانات وغير ذلك مما يكون الغش فيه عن طريق القول^(١).



(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/١٦٠)، مجمع الضمانات (ص ٤٣١)، مواهب الجليل (٦/٣٥٠)، الوجيز مع شرحه فتح العزيز (٨/٣٣٨)، الشرح الكبير لأبي الفرج المقدسي (٢/٣٧٣)، الغبن والاستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (ص ١٤٩) لزهير الزبيدي. ط. دار السلام، بغداد.

المبحث الرابع

موقف الإسلام من الغش التجاري

لقد أوجب الله سبحانه في المعاملات خاصةً وفي الدين عامة النصيحة والبيان، وحرّم الخلافة والغش والكتمان، ولقد حاربت الشريعة الغراء كل أنواع الغش ومظاهر التحايل تحت أي اسم كان، من الغش والخيانة، والمداهنة والخديعة، والتمويه والتضليل والتغريب والتدليس والتلبيس^(١).

ولم تقف محاربة الإسلام للغش عند باب النصيحة والتوجيه فحسب بل تعدّى ذلك إلى أن رتب عليه آثاراً وأحكاماً، من الحرمة والإثم إلى إيقاع العقوبة والتعزير حتى تستقيم الأمور على أحسن حال، وأقوم سلوك، ولقد أمر بالصدق والأمانة، والصراحة والسماحة عند التعامل فقال ﷺ: (رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى)^(٢). وقال ﷺ: (التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء)^(٣)، وجعل الكذب ولا سيما الكذب الذي يقتطع به مال امرئ مسلم بغير

- (١) انظر: الألفاظ الكتابية لعبدالرحمن الهمذاني، ط. دار الكتب العلمية، بيروت. (ص ٢٧٨، ١٧٥).
- (٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: السهولة والسماحة في الشراء والبيع، ومن طلب حقاً فليطلبه في عفاف (فتوح) (٣٨٤/٤) رقم (٢٠٧٦) من حديث جابر بن عبدالله ﷺ.
- (٣) أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم (٣/٥١٥) رقم (١٢٠٩). والدارمي في سننه، كتاب البيوع، باب: في التاجر الصدوق (٣٢٢/٢) رقم (٢٥٣٩). والحديث في سننه ضعف للانقطاع بين الحسن البصري وأبي سعيد الخدري إذ إنه لم يسمع منه، وعن نفي سماعه ابن المدينة والدارمي حيث قال عقب روايته لهذا الحديث في سننه: "لا علم لي أن الحسن سمع من أبي سعيد". وانظر: تهذيب التهذيب (٣٨٩/١)، وقد أخرج الترمذي في جامعه في الباب نفسه من كتاب البيوع (٥١٥-٥١٦) رقم (١٢١٠) من حديث رفاعة بن رافع ﷺ أن النبي ﷺ خرج إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال: (يا معشر التجار فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه. فقال: (إن التجار يُبعثون يوم القيامة فُجَّاراً، إلا من اتقى الله وبراً وصدق). والحديث قال فيه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

حق، إحدى الكبائر والمهلكات^(١).

ولا أدلّ على اهتمام القرآن الكريم بأمر الغش والخيانة من ذكره سبحانه للغرور ومشتقاتها (٢٨) مرّة، والخيانة ومشتقاتها (١٦) مرّة، والخدعة ومشتقاتها (٥) مرات^(٢).

والغش محرّم في شريعتنا بالكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: فمن الكتاب:

(١): قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٣).

وجه الدلالة: فالآية الكريمة تنهى عن أخذ أموال الناس بما لا يحلّ شرعاً، ولا يفيد مقصوداً، وكل مَنْ أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشرع فقد أكله بالباطل، ومن الأكل بالباطل الغش بأنواعه؛ لأنه على غير وجه إذن الشرع^(٤).

(٢) قوله تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾^(٥).

وجه الدلالة: "إن البخس في لسان العرب هو النقص بالتعيب والتزهيد، أو المخادعة عن القيمة، أو الاحتيال في التزديد في الكيل أو النقصان منه..."^(٦). والغش داخل في هذا كله ومنهيٌّ عنه ضمناً، والنهي يقتضي التحريم.

(١) إشارة إلى الحديث المتفق عليه أن النبي ﷺ قال: (اجتنبوا السبع الموبقات...) أخرجه البخاري في

صحيحه في كتاب الوصايا، باب: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَى ظُلْمًا...﴾ (فتح)

/٥ (٤٩٤/٥) رقم (٢٧٦٦)، ومسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، باب: بيان الكبائر وأكبرها /١

(٩٢) رقم (٨٩) من حديث أبي هريرة ؓ.

(٢) انظر: مبدأ الرضا في العقود (١/٦٦٧).

(٣) سورة البقرة: الآية (١٨٨).

(٤) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/٩٦-٩٧)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢/٢٢٥).

(٥) سورة الأعراف، آية رقم (٨٥).

(٦) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٧٨٨).

(٣) قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ❖ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ❖ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾^(١).
 وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ﴾^(٢).
 وجه الدلالة:

تنهى الآيات عن التطفيف في الكيل والميزان وهي صورة من صور الغش، وقد تُوعَد بالويل وهو وادٍ في جهنم، أو هو شدة العذاب في الآخرة، وما ذاك إلا لعظم بلاء الغاش على المسلمين، وأكله أموالهم بالباطل^(٣).
 ثانياً: من السنة:

لقد تكاثرت الأحاديث الدالة على تحريم الغش بجميع أنواعه وصوره فمنها:
 (١) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ مرَّ على صبرة طعام، فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: (ما هذا يا صاحب الطعام؟) فقال: أصابته السماء يا رسول الله، فقال: (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟! من غشّ فليس مني)^(٤).

(٢) عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (المسلم أخو المسلم، ولا يحلُّ لمسلم باع من أخيه بيعاً، فيه عيبٌ إلا بيته له)^(٥).

(١) سورة المطففين، آية رقم (١-٣).

(٢) سورة الرحمن، آية رقم (٩).

(٣) انظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي (١٩/١٦٤-١٦٥).

(٤) سبق تخريجه ص ٤٧.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب: من باع عيباً فليبيته (٧٥٥/٢) رقم (٢٢٤٦)، والحاكم في المستدرک (١٠/٢)، وعنه أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: ما جاء في التذليل والتدليس وكتمان العيب بالمبيع (٣٢٠/٥). والحديث قال فيه الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين" ووافقه الذهبي، وأقره المنذري في الترغيب والترهيب (٢٤/٣)، وصححه الألباني رحمه الله في إرواء الغليل وتعقب الحاكم بقوله على شرط الشيخين فقال: "إنما هو على شرط مسلم وحده، فإن ابن شماس لم يخرج له البخاري شيئاً". انظر: إرواء الغليل (١٦٥/٥).

(٣) وعن قيس بن سعد بن عبادة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (الخدیعة فی النار)^(١).

(٤) عن حكيم بن حزام ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (البیعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما مُحِقَّتْ بركة بيعهما)^(٢).

(٥) عن تميم الداري ﷺ أن النبي ﷺ قال: (الدين النصيحة، الدين النصيحة، الدين النصيحة). قالوا: لمن يا رسول الله؟ قال: (لله، ولكتابه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين وعامتهم)^(٣).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

تُبَيِّنُ هذه الأحاديث وغيرها حرمة الغش والخدیعة والتدليس وكتمان العيوب، وأن فاعلها متوعد بالنار، وخارج من دائرة الإيمان الكامل^(٤)، وقد جاء هذا النص

(١) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم في باب النجش من كتاب البيوع (فتح) (٤/٤٤٦)، وقال الحافظ في الفتح: "رويناه في الكامل لابن عدي من حديث قيس بن سعد بن عبادة.. وإسناده لا بأس به.

وأخرجه الطبراني في الصغير من حديث ابن مسعود، والحاكم في المستدرک من حديث أنس، وإسحاق بن راهويه في مسنده من حديث أبي هريرة، وفي إسناده كل منهما مقال، ولكن مجموعهما يدل على أن للمتن أصلاً". اهـ انظر: فتح الباري (٤/٤٤٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع، باب: إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا (فتح) (٤/٣٨٨) رقم (٢٠٧٩)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: الصدق في البيع والبيان (٣/١١٦٤) رقم (١٥٣٢).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، باب بيان أنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون، وأن محبة

المؤمنين من الإيمان وأن إفشاء السلام سبب لحصولها (١/٧٤) رقم (٥٥).

(٤) انظر: شرح السنة للبغوي (٨/١٦٧)، تحفة الأحوذى (٤/٥٤٤).

عن بضعة عشر صحابياً لتأكيدهِ في نفوس المسلمين^(١)، وأوجب على العاقدين تأكيداً لذلك أن يبيّن كل ما في المعقود عليه، وأن هذا من واجب النصيحة بين المسلمين^(٢)، وأن مجرد سكوت أو كتمان أحد المتبايعين عن إظهار ما لو علمه الآخر لم يبايعه من العيوب المحرّمة الموجبة لمقت الله سبحانه ومحق البركة.

وإن كان الساكت لم يتكلم ولم يصف، وإنما ذلك لأن ظاهر الأمر الصحة والسلامة فيبين الآخر الأمر على ما يظنه من الظاهر الذي لم يصفه الآخر بلسانه، وذلك نوع من التغرير والتدليس عليه^(٣).

وقال الحافظ ابن حجر في قوله -عليه الصلاة والسلام- : (محقت بركة بيعهما) قال: "يحتمل أن يكون على ظاهره، وأن شؤم التدليس والكذب وقع في ذلك العقد فمحق بركته، وإن كان الصادق مأجوراً والكاذب مأزوراً"^(٤).

ثالثاً: من الإجماع:

اتفق الفقهاء على أن الغش حرام، سواء كان بالقول أو بالفعل، وسواء كان بكتمان العيب في المعقود عليه أو الثمن أو بالكذب والخديعة، وسواء كان في المعاملات أو في غيرها من المشورة والنصيحة^(٥).

(١) انظر: الزواجر (١/٢٣٧).

(٢) قال الشيرازي: "ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبيّن عيبها، فإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبيّن ذلك لمن يشتريه". اهـ. المهذب (٢/٢٨٣)؛ وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٤/٣٨٩).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٦/٢٢٥)، وبيان الدليل على بطلان التحليل لأبي العباس ابن تيمية ضمن الفتاوى الكبرى (المصرية) (٦/١٥٠-١٥٣)، مقدمات ابن رشد (٥/٤٢٨) ضمن المدونة. ط. الكتب العلمية.

(٤) فتح الباري (٤/٤١٤).

(٥) قال الترمذي: "والعمل على هذا عند أهل العلم... وقالوا: الغش حرام". سنن الترمذي مع التحفة (٤/٥٤٤)، والمحلى لابن حزم (٩/٧٣)، الزواجر (١/٢٣٦)، الموسوعة الفقهية الكويتية

وقال السبكي: "من مَلَكَ عيناً وعلم بها عيباً لم يجوز أن يبيعها حتى يبين عيبها، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة، لا خلاف فيه بين العلماء"^(١).
وقد رجَّح أكثر الفقهاء القول بأن الغش كبيرة، وصرَّح بعضهم بأنه يفسق فاعله وتُردَّ شهادته، وقد علل ابن عابدين هذا الترجيح بقوله: "لأن الغش من أكل أموال الناس بالباطل"^(٢).

وقال ابن رشد الجدي: "من استحل التدليس بالعيوب، والغش في البيوع وغيرهما فهو كافر حلال الدم يستتاب، فإن تاب وإلا قُتِل"^(٣).
وقد جعل العلامة ابن القيم -رحمه الله- "أن معظم ولاية الإمام وقاعدتها الإنكار على هؤلاء الزغَلِيَّة"^(٤)، وأرياب الغش؛ لأنهم يُفسدون مصالح الأمة، والضرر بهم عام لا يمكن الاحتراز منه، فالواجب على الإمام أن لا يهمل أمرهم، وأن يُنكَلَّ بهم وأمثالهم، ولا يرفع عنهم عقوبة، فإن البلية بهم عظيمة، والمضرة بهم شاملة"^(٥).

ومما يظهر موقف أهل الإسلام من الغش هو ما يقوم به أهل الحسبة في السابق من إنكار الغش على الباعة، وزجرهم وتأديبهم، كلٌّ بحسبه.
ولقد بدأ الإنكار على الأسواق في أول صدر الإسلام بشكل فردي لا تديره ولاية، ولا يتم تحت تنظيم، وإنما كان داخلياً ضمن مجال الوعظ العملي المتمثل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ثم تدرجت شيئاً فشيئاً حتى اصطبغت بالصبغة

(١) تكملة المجموع (١١٥/١٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٩٨/٤)، وانظر: الزواج (٢٣٦/١).

(٣) المقدمات لابن رشد (٤٢٩/٥). ضمن المدونة. ط. الكتب العلمية.

(٤) الزغَلِيَّة: الخفيف من الرجال، ويطلق على الأطفال والصبيان. انظر: لسان العرب (٣٠٥/١١)

مادة زغل.

(٥) الطرق الحكمية (ص ٢٠٢-٢٠٣) ط. دار البيان.

الرسمية وعُرفت باسم الحُسبة، وأصبحت إحدى الولايات الإسلامية إلى جانب ولاية القضاء، وذلك على ما يظهر في أوائل العصر العباسي^(١)، أما ما قبل ذلك فكما سبق كانت الحُسبة تقوم بشكل فردي، وقد باشر النبي ﷺ الإنكار على بعض المدلسين بنفسه، يظهر ذلك حينما مرّ على صُبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: (يا صاحب الطعام، ما هذا؟). قال: أصابته السماء يا رسول الله. فقال: (أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس، من غش فليس مني)^(٢). فأدخال يده -عليه الصلاة والسلام- في الطعام يدل على مراقبته للأسواق ومنعه مما يقع فيها من غش وتدليس، وعندما ظهرت في الأسواق بعض المخالفات في عهده -عليه الصلاة والسلام- استعمل عمر بن الخطاب ﷺ على سوق المدينة، واستعمل سعيد بن العاص على سوق مكة^(٣)، ثم اقتدى به خلفاؤه من بعده بعد وفاته، فباشروا الحُسبة بأنفسهم تارة كما ولّوها غيرهم تارة أخرى.

فهذا عمر بن الخطاب الفاروق ﷺ يقوم بالإشراف على الأسواق ويتفقد أحوالها، حتى ظنّ البعض خطأً أنه أول من قام بهذا الأمر^(٤) بسبب شدة اهتمامه

(١) انظر: تاريخ الأمم والملوك لابن جرير الطبري (٦٥٣/٧)، والحسبة في الماضي والحاضر بين ثبات الأهداف وتطور الأسلوب (٤٩٤/٢) للدكتور علي بن حسن القرني. ط. مكتبة الرشد - الرياض. ط. الأولى.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٧.

(٣) انظر: الاستيعاب لابن عبد البر (٦٢١/٢) والسيرة الحلبية لعلي بن برهان الدين الحلبي (٤٢٤/٣) ط. مصطفى البابي ط. الأولى ١٣٨٤هـ، وبهذا يظهر عدم صحة ما قاله القلقشندي في صبح الأعشى من أن "أول من قام بهذا الأمر -يعني الاحتساب على أهل السوق- ووضع الدرّة عمر ابن الخطاب في خلافته" اهـ.

انظر: صبح الأعشى للقلقشندي (٤٥٢/٥)، والتراتب الإدارية للكثاني (٢٨٧/١).

(٤) كما ذكر ذلك القلقشندي في صبح الأعشى (٤٥٢/٥)، وانظر: التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية (ص ١٧٨). د. سعود الدريب.

واشتهاره بالقيام والاضطلاع بهذه المهمة، فكان يراقب المكاييل والموازين، والأطعمة والبيّاعين ويعاقب المدلسين والغشاشين، ومن ذلك أنه رأى رجلاً قد شاب اللبن بالماء للبيع فأراقه عليه^(١)، ولم يكتف ﷺ بمباشرة الاحتساب بنفسه، فقد ورد أنه استعمل عبدالله بن عتبة الهذلي^(٢) والسائب بن يزيد^(٣) على سوق المدينة، وذلك للنظر فيما يجري فيه من معاملات، ومنع الغش في البيع والشراء، ومراقبة المكاييل والموازين^(٤)، واستعمل الشفابنت عبدالله^(٥) على سوق المدينة -أيضاً- في الشؤون التي تختص بالنساء. كل ذلك تطهيراً للأسواق من الغش والغشاشين ومن التدليس والمحتالين، كما نُقِلَ ذلك -أيضاً- عن عثمان ﷺ حينما تولى الخلافة^(٦)، وكذا علي بن أبي طالب ﷺ بعده.

(١) انظر: الحُسبة في الإسلام لابن تيمية (ص ٥٠).

(٢) هو عبدالله بن عتبة بن مسعود الهذلي، ابن أخ عبدالله بن مسعود، ولد في عهد النبي ﷺ، وذكره العقيلي في الصحابة فغلط، وإنما هو تابعي من كبار التابعين بالكوفة وهو والد عبيد الله بن عبدالله بن عتبة الفقيه المدني من الفقهاء السبعة، وثقه العجلي وجماعة. مات سنة ٧٤هـ، وقيل: ٧٣هـ. انظر: الاستيعاب لابن عبدالبر (٣/٩٤٥)، الإصابة (٤/١٦٦). وقصة استعمال عمر له على سوق المدينة، أخرجها ابن سعد في الطبقات إلى الزهري بسند صحيح كما يقول الحافظ في الإصابة (٤/١٦٦).

(٣) هو السائب بن يزيد بن سعيد بن ثمامة الكندي، وقيل غير ذلك في نسبه، ويُعرف بابن أخت النمر، صحابي صغير، وحُجَّ به في حجة الوداع، وهو ابن سبع سنين، ولأه عمر بن الخطاب سوق المدينة، مات سنة إحدى وتسعين، وقيل قبل ذلك، وهو آخر من مات بالمدينة من الصحابة. انظر: تقريب التهذيب (ص ٣٦٤) ترجمة رقم (٢٢١٥)، ومعجم الصحابة لابن قانع (١/٣٠٠).

(٤) انظر: الاستيعاب لابن عبدالبر (٢/٥٧٦)، وكنز العمال لعلي المتقي (٥/٨١٥). نشر مكتبة التراث الإسلامي. مطبعة البلاغة بجلب ط. الأولى ١٣٩٠هـ.

(٥) هي الشفاء بنت عبدالله بن عبد شمس العدوية، القرشية، قيل: اسمها ليلى، صحابية لها أحاديث. انظر: تقريب التهذيب (ص ١٣٥٩) رقم (٨٧١٦).

(٦) انظر: الحسبة في الماضي والحاضر (٢/٥١٣).

وقد ذكر ابن سعد^(١) في الطبقات الكبرى: "أَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يُخْرِجُ مِنَ الْقَصْرِ وَعَلَيْهِ قَطْرَتَانِ: إِزَارٌ إِلَى نِصْفِ السَّاقِ وَرِدَاءٌ مَشْمُرٌ قَرِيبٌ مِنْهُ، وَمَعَهُ دِرَّةٌ لَهُ يَمْشِي بِهَا فِي الْأَسْوَاقِ، وَيَأْمُرُهُمْ بِتَقْوَى اللَّهِ وَحَسَنِ الْبَيْعِ، وَيَقُولُ: أَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ، وَيَقُولُ أَيْضًا: "لَا تَنْفَخُوا اللَّحْمَ"^(٢).

ثم اهتم الأمويون من بعد ذلك بهذا الأمر واعتنوا به عناية عظيمة^(٣)، ثم العباسيون بعد ذلك حتى أصبح في عهدهم ولاية خاصة لمراقبة الأسواق، وفوضوا أمر القيام بها ورعاية شؤونها إلى موظف مختص متفرغ لها لا يشتغل بغيرها من المناصب والأعمال، وقد قويت وبلغت أوج كمالها وقوتها في عهدي الدولة الفاطمية والأيوبية، ثم أخذت تضعف وتتلاشى إلى أن اندمجت مع غيرها من السلطات والولايات الأخرى^(٤).

فكل هذا، وغيره مما لم يُذكر^(٥) يدل دلالة واضحة على حرص الإسلام والمسلمين وأهل العلم على منع كل تحايل، وسد كل تطاول كي تستقيم أسواق المسلمين وتعم البركة فيها، وإذا كان التجسس في شريعتنا ممنوعاً؛ فإن بعض أهل

(١) هو محمد بن سعد بن منيع، أبو عبدالله الهاشمي بالولاء، البصري البغدادي، الحافظ المؤرخ، المعروف بكاتب الواقدي، وكان كثير العلم والرواية، وكان ثقة صدوقاً، من أشهر كتبه "الطبقات" جمع فيه الصحابة والتابعين ومن بعدهم والخلفاء إلى وقته. انظر: وفيات الأعيان (٤٧٣/٣)، تاريخ بغداد (٣٢١/٥).

(٢) انظر: الطبقات الكبرى لابن سعد (٢٨/٣).

(٣) انظر: الحسبة في الماضي والحاضر (٥٢٤/٢) وما بعدها.

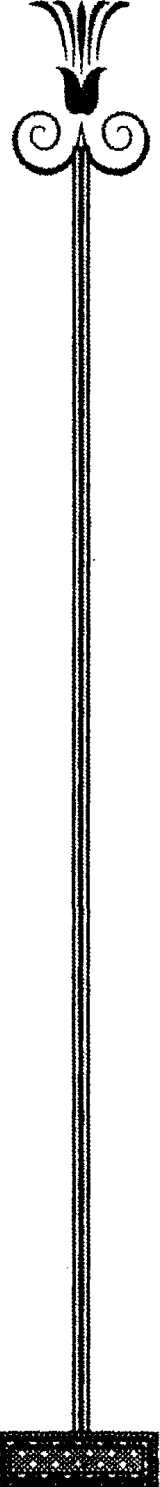
(٤) انظر: الحسبة في الماضي والحاضر (٥٣٠/٢) وأحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي (ص ٤٢٢) لأحمد بن يوسف الدريوش.

(٥) انظر: معالم القرية في طلب الحسبة (ص ١٣٣، ٩٤)، ونهاية الرتبة في طلب الحسبة ص (٣٨، ٥٤)، والأحكام السلطانية للماوردي (ص ٣١٦-٣١٧) ط. الكتب العلمية، والمصادر السابقة.

العلم قد نصُّوا على جواز التجسس لمعرفة الغاش في بيعه، ومن ذلك ما نصَّ عليه بعض الفقهاء بقوله "إن على المحتسب أن يتفقد سوقهم، ويتجسس عليهم، فإن عثر بمن رابى أو فعل في الصرف ما لا يجوز في الشريعة عزَّره وأقامه من السوق"^(١)، كلُّ ذلك لصفاء الأسواق من الغش والخديعة بالمسلمين، فرحمهم الله رحمة واسعة.



(١) نهاية الرتبة في طلب الحسبة لابن بسام الشافعي (ص ٧٤) ومثله (ص ٢٠).



الباب الأول

الغش في المعاوضات المالية

وفيه توطئة وثلاثة فصول:

الفصل الأول: صور الغش في البيوع.

الفصل الثاني: الغش في عقود التوثيقات وأثره على العقد.

الفصل الثالث: الغش في العقود الإدارية وأثره على العقد.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

توطئة:

يحصل الغش كثيراً في المعاوضات المالية بسبب كثرة ارتباط الناس وتعايشهم معها، ولكي نعرّف المعاوضات المالية لابد إذاً أن نعرّف كلَّ جزءٍ على حدة من الناحيتين: اللغوية والاصطلاحية، ومن ثمَّ نعرّف الكلمة تعريفاً اصطلاحياً؛ لأنّ المعاوضات المالية مركبةٌ من معاوضات و مال، فنعرّف كلَّ جزءٍ على حدة.

أولاً: تعريفُ المعاوضات:

المعاوضات في اللغة: جمع عَوْض، والعَوْض - بكسر أولها وفتح ثانيها - مصدر عَاضَ عَوْضاً وَعِضاً وَمَعُوضَةً وهو البدل.

تقول: عَضْتُ فلاناً، وأَعْضْتُهُ، وعَوْضْتُهُ: إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وتعَوَّضَ منه واعتاض: أخذ العَوْض، واعتاضه منه واستعاضه وتعَوَّضَه: سأله العوض^(١).

ومن إطلاقات العوض ثواب الآخرة^(٢).

المعاوضات في الاصطلاح: هو مطلق البدل، "وهو ما يُبَدَّل في مقابلة غيره"^(٣).

ثانياً: تعريف المال:

المال في اللغة: هو ما ملكته من كل شيء، وجمعه أموال^(٤)، وقد ذكر صاحب المصباح المنير أن المال يُذكَرُ وَيؤنَّثُ، فنقول هو المال، وهي المال، ومال الرجل يماله مالاً إذا كثر ماله فهو مال^(٥).

١ (□) انظر: لسان العرب (١٩٢/٧) مادة عوض، والقاموس المحيط ص ٨٣٦ مادة عوض، والمصباح المنير مادة عوض.

٢) انظر: الفروق للقرافي (٤/٣).

٣) المطلع على أبواب المنع (ص ٢١٦).

٤) انظر: تاج العروس (١٢١/٨)، لسان العرب (٦٣٥/١١) مادة (مول).

٥) انظر: المصباح المنير (٨٠٦/٢).

وقد نقل ابن الأثير^(١) أن كلمة مال استعملت عند العرب للدلالة على ما يملكه الشخص من الذهب والفضة خاصة، ثم أطلقت على كل ما يُقْتَنَى ويملك من الأعيان، وأكثر ما أُطلقت على الإبل لأنها كانت أكثر أموال العرب^(٢).

وما ذكره - رحمه الله - من إطلاق العرب كلمة "مال" على كل ما يُقْتَنَى ويملك من الأعيان يشهد له ما جاء في غير ما آية في القرآن الكريم دون تخصيص بالذهب أو الفضة أو المتاع، كقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾^(٣)، فإنه يشمل بعمومه الإنفاق من كل مال، سواء كان ذهباً أو فضةً أو إبلًا أو عروضاً دون تقييد بواحد منها، ويؤيد ذلك تكرار ذكر المال على اختلاف مسمياته في الأحاديث النبوية بمعانٍ مختلفة يميز بعضها بعضاً سياق الكلام، وما احتفّ به من قرائن.

فمن ذلك قوله -عليه الصلاة والسلام-: "يقول ابن آدم: مالي، مالي، وهل لك يا ابن آدم من مالِك إلا ما أكلت فأفנית، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت"^(٤).

وعلى هذا فالمال في لغة العرب: يطلق على كل ما يقتنى ويحوزه الإنسان بالفعل ويملكه من متاع أو عقار أو حيوان أو نقود...^(٥).

(١) ابن الأثير: هو أبو السعادات مجد الدين المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني، الشافعي، المعروف بابن الأثير، مصنف جامع الأصول، والنهاية في غريب الحديث، توفي سنة ٦٠٦هـ.

انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٥٤/٥، ١٥٣)، وشذرات الذهب (٢٢، ٢٣/٥).

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر (٣٧٣/٤).

(٣) سورة النور، آية: ٣٣.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزهد والرقائق (٢٢٧٣/٤) رقم (٢٩٥٨).

(٥) انظر: القاموس المحيط (ص ١٣٦٨)، والفقهاء الإسلاميين وأدلته (٤٠/٤) ط. دار الفكر، وأحكام

المال الحرام (ص ٢٤)، والتمهيد لابن عبد البر (٥/٢).

المال في الاصطلاح:

لم يتفق الفقهاء -رحمهم الله- على وضع تعريف واحد للمال، وإنما اختلفت أقوالهم وتباينت آراؤهم في بيان المراد من المال، وذلك بسبب فهم كل مذهب لماهية المال عندهم:

فالحنفية جعلوا أساس المال الإحراز والتمول^(١).

والمالكية تدل تعاريفهم على أن أساس اعتبار المال هو المنفعة^(٢)؛ لأن الإنسان لا يمتلك الشيء إلا إذا نفعه.

أما الشافعية والحنابلة فأساس المال عندهم ظاهر في المنفعة^(٣)، وإن اختلفت عباراتهم في طبيعة هذه المنفعة.

ويكاد أهل المذاهب يتفقون على أمر وهو أن الأساس في اعتبار المال هو قيام المنفعة المباحة، فما كان ذا منفعة دخل تحت اسم المال، وعليه فالتعريف المختار للمال:

"هو كل ما له قيمة يلزم متلفه ضمانه"^(٤).

وعليه فإن تعريف المعاوضات المالية هو:

"عقود المبادلات المالية التي تنشأ بين العاقدين بقصد تملك كل طرف منهما ما عند الطرف الآخر"^(٥).

(١) انظر: رد المختار لابن عابدين (٣/٤).

(٢) انظر: الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي (١٧/٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٧، منتهى الإرادات (٣٣٩/١).

(٤) انظر: أحكام المال الحرام ص ٣٣، والفقہ الإسلامي وأدلته (٤٢/٤)، المدخل الفقهي العام

للأستاذ/ مصطفى الزرقاء (١١٤/٣).

(٥) انظر: أحكام الخطأ في المعاوضات المالية - رسالة لنيل درجة الماجستير للباحث (ص ١٢).

وهناك تعريف آخر للمعاوضات المالية عند علماء القانون هو:
 "العقد الذي يأخذ فيه العاقد مقابلاً لما يعطي"، فالبيع معاوضة بالنسبة إلى
 البائع؛ لأنه يأخذ الثمن في مقابل المبيع، وكذا الإيجار، ... ونحو ذلك^(١).

* * *

(١) انظر: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. د. عبدالمنعم فرج الصده (ص ٧٤). ط. دار النهضة العربية - بيروت.

الفصل الأول

صور الغش في البيوع

وفيه توطنئة وسبعة عشر مبحثاً:

- المبحث الأول: الغش في بيع المغصوب وأثره على العقد.
- المبحث الثاني: الغش في بيع النجش وأثره على العقد.
- المبحث الثالث: الغش في تلقي الركبان وأثره على العقد.
- المبحث الرابع: الغش في تفريق الصفقة وأثره على العقد.
- المبحث الخامس: الغش ببيع ما هو مؤجر وأثره على العقد.
- المبحث السادس: الغش في بيع المسترسل وأثره على العقد.
- المبحث السابع: الغش في بيوع الأمانة وأثره على العقد.
- المبحث الثامن: الغش من المفلس بعد الحجر عليه.
- المبحث التاسع: الغش في بيع المصرة وأثره على العقد.
- المبحث العاشر: الغش بتدليس المبيع وأثره على العقد.
- المبحث الحادي عشر: الغش من البائع مع علمه بالعيب وأثره على العقد.
- المبحث الثاني عشر: الغش فيما مأكوله في جوفه وأثره على العقد.
- المبحث الثالث عشر: الغش في بيع المرابحة للأمر بالشراء وأثره على العقد.
- المبحث الرابع عشر: الغش في الصرف وأثره على العقد.
- المبحث الخامس عشر: الغش في السلم وأثره على العقد.
- المبحث السادس عشر: الغش في عقد الاستصناع وأثره على العقد.
- المبحث السابع عشر: الغش في الشفعة وأثره على العقد.

توطئة في تعريف البيع في اللغة والاصطلاح:

البيع في اللغة: أخذ شيء وإعطاء شيء آخر، واشتقاقه من الباع؛ لأن كل واحد من المتبايعين يمدُّ باعه للأخذ والإعطاء^(١).

ويأتي في اللغة لعدة معانٍ هي:

(١) بمعنى بيع الشيء، وهو ضد الشراء^(٢).

(٢) الشراء فهو من الأضداد^(٣).

(٣) المبيع^(٤).

(٤) الصفقة^(٥).

(٥) القيام مكان الآخر في المنزلة والرفعة.

قال الفيروزآبادي^(٦): "باع على بيعه: قام مقامه في المنزلة والرفعة وظفر به"^(٧).

(٦) المعاهدة^(٨).

أما البيع اصطلاحاً فله عدة تعاريف هي:

(١) انظر: الصحاح (١١٨٩/٣)، والمُعَرَّب (٩٦/١)، والمصباح المنير (١١٠/١).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣٢٧/١)، لسان العرب مادة بيع (٢٣/٨).

(٣) انظر: الصحاح للجوهري (١١٨٩/٣).

(٤) انظر: تهذيب اللغة (٢٣٩/٣).

(٥) انظر: المصدر السابق.

(٦) الفيروزآبادي: محمد بن يعقوب بن محمد مجد الدين الشيرازي الفيروزآبادي من أئمة اللغة والأدب،

وكان مرجع أهل عصره في العلوم وأشهر كتبه القاموس المحيط، ت: ٨١٧هـ. انظر: البدر

الطالع (٢٨٠/٢)، والأعلام (١٤٦/٧).

(٧) انظر: القاموس المحيط (ص ٩١١).

(٨) لسان العرب (٢٦/٨).

أولاً: تعريف الحنفية:

قالوا: "هو مبادلة المال بالمال بالتراضي"^(١).

شرح التعريف:

قولهم: "مبادلة": مفاعلة من البدل، وهي جعل شيء في مقابله آخر، وبإدله مبادلة وبدالاً: أعطاه مثل ما أخذ منه^(٢)، وهو جنس في التعريف، فخرج عنه التبرعات التي لا تكون فيها مبادلة: كالصدقة، وهبة التبرع، وغيرهما.

قولهم: "مال": المال: يشمل الأعيان والمنقولات دون المنافع عند الحنفية^(٣).

والمال عند الأحناف هو: "ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"^(٤).

قولهم: "بالتراضي": يخرج بيع المكره.

مناقشة التعريف:

إن التراضي ليس من مفهوم البيع الشرعي، بل هو شرط لثبوت حكمه، فلو كان التراضي جزءاً من مفهوم البيع للزم أن يكون بيع المكره باطلاً، وليس كذلك؛ بل هو فاسد عند الحنفية، فعليه يكون التعريف غير جامع لخروج بيع المكره منه، وإن أرادوا تعريف البيع الصحيح فقط، فليس بمانع لدخول أكثر البيوع الفاسدة فيه^(٥).

(١) فتح القدير (٧٣/٥)، البناء على الهداية (٣/٧)، الاختيار لتعليل المختار (ص ٢٣١).

(٢) انظر: القاموس المحيط ص (١٢٤٧).

(٣) انظر: المبسوط (٧٩/١١).

(٤) رد المحتار على الدر المختار (٣/٤).

(٥) انظر: رد المحتار على الدر المختار (٤/٤).

ثانياً: تعريف المالكية:

عرّفوه بأنه: "عقد معاوضة على غير منافع ولا مُتَعَةً لذو مكايسة أحدٍ عوضيه غيرُ ذهب ولا فضة معين غير العين فيه"^(١).

شرح التعريف:

قولهم: "معاوضة": يخرج عقود التبرعات والإرفاق كالصدقة والقرض.
قولهم: "غير منافع ولا متعة لذة": يخرج الإجارة والنكاح، وتدخل هبة الثواب والصرف.

قولهم: "ذو مكايسة": مفاعلة، قال في اللسان: "ويقال: كايستُ فلاناً فكسته أكيسه كَيْساً أي غلبته بالكيس، وكنت أكيس منه"^(٢)، ويخرج منه هبة الثواب والشركة والتولية؛ لأن هذه العقود لا مكايسة فيها"^(٣).

قولهم: "أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة": يخرج المراطلة وهي بيع النقد بنقد من نوعه"^(٤)، ويخرج - أيضاً - الصرف وهو بيع الذهب بالفضة أو العكس"^(٥).
قولهم: "معين غير العين فيه": هذا القيد "فيه" صفة لعقد، ومعناه أن غير العين - وهو الذهب والفضة - في ذلك العقد معين وليس في ذمة، ولذلك خرج به السّلم؛ لأن غير العين فيه في الذمة، وليس معيّناً"^(٦).

(١) الشرح الكبير على مختصر خليل، بهامش حاشية الدسوقي (٢/٣).

(٢) لسان العرب، مادة كيس (٢٠٠/٦).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٢/٣)، والشرح الكبير (٢/٣).

(٤) انظر: حاشية العدوي على الخرشي (٤/٥)، ولكن ذكر بدل النقد ذهب، حاشية الدسوقي (٢/٣).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٢/٣).

(٦) انظر: حدود ابن عرفة (٣٢٦/١)، وحاشية الدسوقي (٢/٣)، وحاشية الدسوقي (٣/٣)، وحاشية العدوي على الخرشي (٤/٥).

مناقشة التعريف:

يمكن أن يُعترض على هذا التعريف بأمرين:

- الأول: إنه غير جامع؛ لأن قوله: "على غير منافع" يخرج جميع المنافع فإنها لا تباع بناءً على ذلك مع أنه يوجد من المنافع ما يباع كمنع ممر الدار.
- الثاني: أنه غير مانع من دخول الربا فيه.

ثالثاً: تعريف الشافعية:

عرّفه الشافعية بأنه: "مقابلة مال بمال على وجه مخصوص"^(١).

وأورد القليوبي^(٢) تعريفاً قال إنه أولى وهو: "عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأييد لا على وجه القرية"^(٣).

شرح التعريف الثاني:

- قوله: "معاوضة": يخرج عقد التبرعات والإرفاق كالصدقة والقرض.
- قوله: "ملك عين" يخرج عقد النكاح؛ لأن الزوج لا يملك منفعة البضع وإنما يملك الانتفاع به، ويخرج الخلع والصلح عن الدم.
- قوله: "أو منفعة على التأييد" كبيع حق الممر ونحوه، وهذا يخرج به الإجارة، وإخراج الشيء الواحد بقيدتين غير معيب.
- قوله: "لا على وجه القرية" يخرج القرض^(٤).

(١) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري (٤/٣)، نهاية المحتاج (٣/٣٧٢).

(٢) القليوبي: هو أحمد بن أحمد بن سلامة شهاب الدين القليوبي، فقيه شافعي من أهل قليب في مصر، له حواشٍ وشروح ورسائل أشهرها حاشية على شرح المنهاج، ت: سنة ١٠٦٩هـ. انظر: الأعلام للزركلي (١/١٧٥).

(٣) حاشية قليوبي (١٥٢/٢) وارتضاه سليمان الجمل في حاشيته على شرح المنهج (٤/٣).

(٤) حاشية قليوبي (١٥٢/٢).

مناقشة التعريف:

يناقش التعريف بأمرين :

(١) أنه غير مانع لدخول الربا فيه.

(٢) أنه غير جامع لخروج البيع في الذمة منه.

رابعاً: تعريف الحنابلة:

عرّفوه بأنه: "مبادلة مال، ولو في الذمة أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأيد غير ربا وقرض"^(١).

شرح التعريف:

قولهم: "منفعة مباحة": أي على الإطلاق بأن لا تخصص إباحتها بحال دون حال كنعق ممر الدار.

قولهم: "على التأيد" يُخرج الإجارة والإعارة.

قولهم: "غير ربا وقرض" يخرج الربا والقرض^(٢).

مناقشة التعريف:

نوقش هذا التعريف بأمرين، منها:

(١) أن فيه تطويلاً، وهذا صحيح، إلا أن التعريف المعتبر عند المناطقة أن يكون جامعاً مانعاً^(٣)؛ ولكون التعريف في ماهية البيع يحتاج إلى شيء من الطول لدخول جزئيات كثيرة في ماهيته الشرعية، فلذا احتج إلى إطالة بعض الشيء.

(١) انظر: كشاف القناع (١٤٦/٣).

(٢) انظر: كشاف القناع (١٤٦/٣).

(٣) انظر: الكافية في الجدل (ص ٢).

(٢) ونوقش - أيضاً - بأنه لم يذكر في التعريف ما يدل على إفادة الملك صراحةً، ويمكن أن يجاب على هذا بأنه ليس من شرط التعريف للبيع ذكر الملك صراحةً، مع أن في تعريفهم للبيع ما يفيد التمليك ضمناً كما في قوله: "بمثل أحدهما على التأيد".

الترجيح:

وبهذا يتبين أن أظهر التعاريف هو تعريف الحنابلة لأنه جامع مانع.

المبحث الأول

الغش في بيع المغصوب وأثره على العقد

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

إذا كان المبيع عيناً

بيع المغصوب المعين يختلف حكمه باختلاف البائع ، فيما إذا كان البائع هو المالك ، أو كان البائع هو الغاصب ، وفي كلتا الحالتين دخل المشتري في عقد البيع غير عالم بحقيقة حال المبيع وغرّاً بذلك وخُدع كي يُقدّم على عقد البيع .
ويمكننا أن نجعل لهذه المسألة فرعين لاختلاف الحكم باختلاف البائع :

الفرع الأول

إذا كان البائع هو المالك

إذا أبرم البائع مع المشتري عقداً في مبيع معين ، فبان المبيع مغصوباً ، ولم يعلم المشتري بالغصب في المبيع فهل يبطل العقد؟ ، أو يكون المشتري بالخيار لأجل الغش والتفريغ لأن البائع لا يقدر على تسليمه للمشتري؟ أو يكون العقد موقوفاً على التسليم؟ في هذا خلاف مشهور بناءً على صحة البيع أو عدمه في بيع المغصوب لغير غاصبه ، وقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول: أن البيع باطل ولا يصح.

وهذا قول المالكية في المشهور عنهم، قال الخرشي^(١) في شرحه لمختصر خليل: "وشرط للمعقود عليه قدرة عليه للبائع والمشتري، فلا يباع ما قدر عليه مشتره وعجز عنه بآئعه"^(٢). اهـ.

ووجه هذا القول:

أنه لا يخلو الأمر من أن يكون الغاصب تأخذه الأحكام أو لا، فإن كان لا يأخذه حكم فسَدَ إجماعاً؛ لأن كلاً من البائع والمشتري عاجز عن تحصيل المبيع. وإن كان يأخذه حكم وعليه بيّنة بالغصب فلا يصح - أيضاً - لأنه شراء ما فيه خصومة^(٣)، والغاصب يطعن في البيّنة فلم تتحقق ملكية المبيع، ثم إنه لو كان المشتري قادراً على خلاصه بجأه فلا يصح - أيضاً - لأنه يأخذه بالبخس فيكون من أكل المال بالجاه^(٤).

القول الثاني: أن البيع صحيح وموقوف^(٥) على التسليم:

وإن لم يسلمه حتى تلف المبيع بطل البيع لفوات القبض المستحق بالعقد، وهذا

(١) الخرشي: هو محمد بن عبدالله بن علي أبو عبدالله الخرشي، من فقهاء المالكية، له شرح مشهور لمختصر خليل، ت: سنة ١١٠١هـ. انظر: شجرة النور الزكية ص ٣١٧ رقم (١٢٣٤)، هداية العارفين (٣٠٢/٢).

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل (١٦/٥).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٧١/٦)، التاج والإكليل (٧١/٦)، الخرشي على مختصر خليل (١٧/٥).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٧٢/٦).

(٥) العقد الموقوف هو: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير. انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٩/٢)، وبهذا يتبين أن العقد الموقوف صحيح، ويتوقف نفاذه على إجازة من له الإجازة، وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية في القديم، وإحدى الروايتين عند الحنابلة. انظر: تبين الحقائق (١٠٢/٤)، وحاشية الدسوقي (١٠/٣)، ومغني المحتاج (١٥/٢)، والإنصاف (٢٨٣/٤).

قول الحنفية^(١)، إلا أنه إذا ثبت وطراً العجز عن استلام المبيع فللمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين الصبر وانتظار تسليم المبيع^(٢).

ويمكن أن يستدل لهذا القول:

بأن أول التسليمين على المشتري^(٣)، فعليه تسليم الثمن أولاً ليتقوى به ملك البائع، ومن ثمَّ يُسَلَّم البائع المبيع فيلزم البيع حينئذٍ^(٤)، ولا أثر للغش والتفجير في ذلك ما دام أن المبيع على حسب ما رآه المشتري، والبائع قادر على التسليم بقدره السلطان أو القاضي وجماعة المسلمين، إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورةً، فإذا سلم زال المانع فينفذ^(٥)، فإذا ثبت العجز حينئذٍ للمشتري الخيار؛ لأن العقد لا ينعقد إلا لفائدة، ولا فائدة إذا لم يكن مقدوراً على تسليم المبيع^(٦).

القول الثالث: أن المشتري بالخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه إذا كان قادراً على انتزاعه وإلا بطل العقد، وهذا قول الشافعية والحنابلة^(٧).

ولعلّ هذا القول أقرب الأقوال، وذلك لأن عدم علم المشتري بالمبيع على حقيقته وعدم استفادته من المبيع بمنزلة العيب؛ لأن إقدامه على صفقة البيع حتى

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٥-١٤٨)، المبسوط (١١/١٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٥)، المبسوط (١٣/١٩٩) وهذا عند الأحناف ولهم قول آخر حاشية ابن عابدين (٤٢/٤).

(٣) انظر: المبسوط (١٣/١٩٢).

(٤) انظر: البحر الرائق (٦/١٣٠).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٥).

(٦) انظر: المبسوط (١٣/١٩٩)، بدائع الصنائع (١٤٧/٥).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣/٣٥٨)، نهاية المحتاج (٣/٣٩٩)، الكافي (٣/١٩-٢٠)، حاشية الروض المربع (٤/٣٥٠).

يستفيد من المبيع عاجلاً وبلا كلفة ولا مخاصمة أمر مقصود له، وعدم إعطائه الخيار فيه هضم لبعض حقه، فينقص الرضا الذي هو شرط من شروط العقد.

كلُّ هذا بدلاً من أن يدخل في عقد البيع وينتظر حتى يعجز البائع من استرداد المبيع من الغاصب - كما يقول الأحناف -، أو بطلان البيع - كما يقول المالكية - مع قدرته على أخذ المبيع من الغاصب لو أراد ذلك.

أما لو لم يقدر على انتزاعه من الغاصب فإن البيع حينئذ يبطل، وذلك لأن القصد بالبيع تمليك التصرف، ولا يمكن ذلك فيما لا يُقدر على تسليمه^(١).

* * *

الفرع الثاني

إذا كان البائع هو الغاصب

تصرف الغاصب بالغصب بالبيع ونحوه كتصرفات الفضولي عند الحنفية والمالكية والحنابلة^(٢).

والفضولي - بضم الفاء لا غير^(٣) - هو من يتصرف في حق الغير بغير إذن

(١) انظر: مغني المحتاج (٢/٣٤٤)، المحرر في الفقه للمجد ابن تيمية (١/٢٨٧)، الكافي (٣/١٩).

(٢) انظر: فتح القدير (٥/٣٠٩)، المغني (٧/٣٩٩)، روضة الطالبين (٣/٣٥٦)، شرح الخرشي (١٨/٥) إلا أن عند بعض المالكية كالمازري وغيره تفرقاً بين تصرفات الغاصب في البيع وتصرفات الفضولي من ناحية علم المشتري بالغصب والتعدي وعدمه، فإن لم يعلم كان التصرف من قبل الغاصب تصرفاً فضولياً، أما إن علم بالغصب فلا يصح البيع عندهم. راجع التاج والإكليل (٦/٧٥)، شرح الخرشي (٥/١٨).

(٣) انظر: العناية على الهداية للبايرتي مع فتح القدير (٥/٣٠٩) ط. الأميرية.

شرعي^(١)، وذلك لكون تصرفه صادراً من غير ملك ولا وكالة ولا ولاية^(٢).

وعليه فإذا باع الغاصب ما غصبه فدخل المشتري في عقد البيع بلا علم بحالة المبيع فهل يثبت له خيار الفسخ أو لا؟ تتضح الإجابة في ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: قبل إجازة المالك لعقد البيع:

إذا باع الغاصب ما غصبه ولم يعلم المشتري بالغصب كان له فسخ البيع وإبطاله قبل إجازة المالك عقد البيع، وهذا عند جمهور أهل العلم من الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦)، إلا أن بينهم فرقاً في الاستدلال لهذا القول بناءً على حكم تصرف الفضولي.

فالشافعي - رحمه الله - في القول الثاني من الجديد^(٧) وأحمد في إحدى الروايتين عنه^(٨) القائلان بأن بيع الفضولي باطل يريان أن فسخ المشتري متعين ومتقرر شرعاً حتى لو رضي بذلك، فهم يطلون هذا التصرف أساساً^(٩)، أما الحنفية والمالكية والحنابلة في الرواية الثانية عندهم القائلون بأن بيع الفضولي صحيح إلا أنه

(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٤/١٠٣)، وحاشية ابن عابدين (٤/١٣٥).

(٢) انظر: شرح المحلى على المنهاج (٢/١٦٠)، البهجة شرح التحفة (٢/٦٨).

(٣) انظر: البدائع (٥/١٥١)، فتح القدير (٥/٣١٢).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٦/٧٦).

(٥) انظر: المجموع (٩/٢٥٩)، روضة الطالبين (٣/٣٥٦، ٣٥٥).

(٦) انظر: المغني (٧/٣٩٩)، كشاف القناع (٣/١٥٧)، الفروع (٢/٤٦٦-٤٦٧).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٣/٣٥٥، ٣٥٦)، نهاية المحتاج (٣/٤٠٢)، مغني المحتاج (٢/٣٥١).

ط. الكتب العلمية.

(٨) انظر: كشاف القناع (٣/١٥٧)، المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين لأبي يعلى (١/٣٥٢).

(٩) ستأتي أدلتهم في البطلان مستوفاة في المسألة الثانية - إن شاء الله تعالى -.

موقوف على إجازة المالك للغصب يرون أن جواز فسخ البيع في حق المشتري لأجل أن البيع الموقوف لو اتصلت به الإجازة فالحقوق ترجع إلى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك^(١).

ولأن دخوله في هذا العقد يمنعه من التصرف لحق الغير، وإبقاء العقد معلقاً لحين إجازة المالك فيه ضرر على المشتري^(٢).

المسألة الثانية: بعد إجازة المالك لعقد البيع:

إذا أجاز المالك تصرف الغاصب؛ ورضي بعقد البيع؛ فهل يثبت للمشتري حق الفسخ مع عدم علمه بالغصب أو لا يثبت؟ اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن يبيع الغاصب صحيح، إلا أنه موقوف على إجازة المالك، فإذا أجاز المالك فقد تم البيع ولا خيار حينئذٍ للمشتري بالفسخ.

وهذا مذهب الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية في القول القديم عندهم الذي حكاه الخراسانيون، وجماعة من العراقيين منهم المحاملي^(٥) في اللباب والشاشي^(٦)

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٥١/٥).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٧٦/٦).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٥)، وفتح القدير (٣٠٩/٥)، تبين الحقائق (١٠٢/٤-١٠٣).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٧٤/٦)، حاشية الدسوقي (١٢/٢)، الخرشبي (١٨/٥).

(٥) هو أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن إسماعيل أبو الحسن الضبي المعروف بابن المحاملي، نسبة إلى المحامل التي يحمل عليها الناس في السفر، من علماء الشافعية، من مؤلفاته: اللباب والأوسط والمقنع، ت: سنة ٤١٥ هـ. انظر: البداية والنهاية (١٩/١٢)، طبقات الشافعية للسبكي (٤٨/٤).

(٦) هو محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر أبو بكر الشاشي، القفال الفارقي المعروف بالمستظهر الفقيه الشافعي، انتهت إليه رئاسة الشافعية ببغداد، من مؤلفاته "حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء" والشافي شرح مختصر المزني. ت: سنة ٥٠٧ هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (١٢٤١/٤)، وطبقات الشافعية الكبرى (٧٠/٦).

وغيرهما^(١)، وهو أحد الروائتين عند الحنابلة، نقل صالح^(٢) وعبدالله^(٣) ابنا الإمام أحمد عنه أن البيع موقوف^(٤)، وهو قول إسحاق بن راهويه^(٥).

أدلتهم: استدل أصحاب هذا القول بأدلة من أهمها:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢٢] الآية.

وجه الدلالة: "أن في هذا إعانة للمسلم، فهو وإن غصبه لكن ربما يكون في بيعه له ترويح لسلخته، فإذا أوقفناه على إجازته كان في هذا نفع له"^(٦).

وأجيب: بأن هذا ليس من البر والتقوى، بل هو من الإثم والعدوان؛ لأنه تصرف في مال الغير بلا إذن^(٧).

الدليل الثاني: عن شبيب بن غرقدة^(٨) أنه سمع الحلي يتحدثون عن عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين،

(١) انظر: المجموع (٢٥٩/٩)، تحفة المحتاج (٢٤٦/٤-٢٤٧). دار صادر.

(٢) صالح بن الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني أبو الفضل، وهو أكبر أولاد الإمام أحمد - رحمه الله -، من مؤلفاته "مسائل صالح بن أحمد بن حنبل عن أبيه". ت: سنة ٢٦٦هـ على خلاف في ذلك. انظر: تاريخ بغداد (٣١٩/٩)، طبقات الحنابلة (١٧٦/١).

(٣) هو عبدالله بن أحمد بن حنبل الشيباني، أبو عبد الرحمن، الناقل عنه أعظم كتاب للسنة بين يدي الناس وهو المسند، وله كتاب السنة - أيضاً - ت: سنة ٢٩٠هـ. البداية والنهاية (١٠٣/١١).

(٤) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروائتين والوجهين لأبي يعلى (٣٥٢/١).

(٥) انظر: المجموع (٢٦١/٩).

(٦) المجموع (٢٦٢/٩)، الفروق للقرافي (٢٤٤/٣) ط. دار المعرفة، تبين الحقائق (١٠٣/٤) - (١٠٤).

(٧) انظر: المجموع (٢٦٣/٩).

(٨) هو شبيب بن غرقدة السلمى ويقال: البارقي الكوفي، من رجال الشيخين، وثقه أحمد وابن معين، ت: ١٣٧هـ. انظر: تهذيب الكمال (٣٧٠/١٢)، طبقات ابن سعد (٣٢٣/٦).

فباع إحداهما بدينار، فجاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه^(١).

الدليل الثالث: عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشتري أضحية، فأربح فيها ديناراً، فاشتري أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "ضح بالشاة، وتصدق بالدينار"^(٢).

وجه الدلالة من الحديثين:

حيث دل الخبران على جواز تصرف الشخص بمال غيره، غير أنه موقوف على إجازة المالك بدليل إقرار النبي صلى الله عليه وسلم^(٣).

قال الحافظ ابن حجر^(٤): "واستدل به على جواز بيع الفضولي"^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المناقب، باب حدثني محمد بن المثنى (فتح ٧٨٤/٦) رقم (٣٦٤٢)، وقال الحافظ في الفتح (٧٨٦/٦): "وأما قول الخطابي والبيهقي وغيرهما: إنه غير متصل لأن الحي لم يُسمَّ أحدٌ منهم فهو على طريقة بعض أهل الحديث يسمون ما في إسناده مبهم مرسلأ أو منقطعاً، والتحقيق إذا وقع التصريح بالسماع أنه متصل في إسناده مبهم، إذ لا فرق فيما يتعلق بالاتصال والانقطاع بين رواية المجهول والمعروف، فالمبهم نظير المجهول في ذلك". اهـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع (٦٧٩/٣) رقم (٣٣٨٦)، والحديث في إسناده مجهول؛ لأن فيه أبا حصين وهو يرويه عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام.

وأخرجه الترمذي في جامعه كتاب البيوع (٥٥٨/٣) رقم (١٢٥٧) من طريق أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام به، ولكن حبيب بن أبي ثابت لم يسمع من حكيم بن حزام كما يقوله ابن المديني، وقال الترمذي عقب روايته لهذا الحديث: "حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام". وانظر: جامع التحصيل للعلائي (ص ١٥٨).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٤٠٤/٦).

(٤) هو أحمد بن علي بن محمد الإمام الحافظ أبو الفضل الشهير بابن حجر العسقلاني الشافعي، من مؤلفاته "فتح الباري بشرح صحيح البخاري" و"التلخيص الحبير" و"لسان الميزان في علم الرجال"، ت: ٨٥٢هـ. انظر البدر الطالع (٨٧/١).

(٥) فتح الباري لابن حجر (٧٨٦/٦) ط. دار الكتب العلمية.

"والرسول ﷺ أجاز هذا البيع، ولو كان باطلاً لرده، وأنكر على من صدر منه" (١).

المناقشة:

ونوقش هذان الدليلان بأمرين:

الأول: قالوا: أما حديث عروة البارقي فهو حديث ضعيف، ضعفه الشافعي وقال كما في رواية المزني عنه (٢): "لا يصح؛ لأن هذا الحديث غير ثابت" (٣)، وقال البيهقي (٤) معللاً سبب تضعيفه لهذا الحديث وموافقاً له في الحكم: "وذلك لما في إسناده من الإرسال وهو أن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة البارقي، إنما سمعه من الحمي يخبرونه عنه" (٥). وكذا ضعفه ابن حزم كما في المحلى (٦).

قالوا وأما حديث حكيم بن حزام فهو - أيضاً - ضعيف بطريقه، أما طريق أبي داود (٧) ففي إسناده مجهول كما قاله البيهقي.

(١) تبين الحقائق (٤/١٠٣) ط. دار المعرفة.

(٢) هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو، أبو إبراهيم المزني، نسبة إلى مزينة من مضر، الفقيه المجتهد المحدث، صاحب الإمام الشافعي، وأخص تلاميذه، من أهم مؤلفاته "مختصر المزني" ت: سنة ٢٦٤هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢/٩٣)، تهذيب الأسماء (٢/٢٨٥).

(٣) انظر: السنن الكبرى (٦/١١٣)، فتح الباري (٦/٧٨٦).

(٤) البيهقي هو أحمد بن الحسين بن علي بن عبدالله أبو بكر البيهقي النيسابوري الحافظ الفقيه الشافعي المتكلم، وهو أول من جمع نصوص الشافعي، من كتبه: "السنن الكبرى"، و"معرفة السنن والآثار". ت: سنة ٤٥٨هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (٣/١١٣٢)، طبقات الشافعية الكبرى (٤/٨).

(٥) السنن الكبرى للبيهقي (٦/١١٣).

(٦) المحلى لابن حزم (٨/٤٣٦-٤٣٧).

(٧) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير، الأزدي السجستاني، أبو داود، ثقة حافظ، مصنف السنن وغيرها، ت: (٢٧٥)هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٤٠٤).

وأما الطريق الثاني الذي أخرجه الترمذي ففيه انقطاع، فإن حبيب بن أبي ثابت^(١) لم يسمع من حكيم بن حزام، قال الترمذي رحمه الله عن هذا الحديث: "حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام"^(٢).

وقال الخطابي^(٣) عن حديث عروة وحكيم بن حزام: "إن الخبرين غير متصلين؛ لأن في أحدهما - وهو خبر حكيم بن حزام - رجلاً مجهولاً لا يدري من هو؟ وفي خبر عروة "أن الحمي حدثوه" وما كان هذا سبيله من الرواية لم تقم به الحجة"^(٤).

الثاني: أن الحديثين لو صحّا فهما محمولان على أنهما واقعة عين، فيحتمل أن يكون حكيم وعروة وكيلان وكالة مطلقة في البيع والشراء، يدل عليه أن كل واحد منهما باع الشاة وسلمها واشترى، وعند المخالف - وهم أصحاب القول الأول - لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكها، ثم إن عند أبي حنيفة أنه لا يصح أن يوقف الشراء على إجازة المالك، وقد وُجد في الحديث الشراء بلا إذن فإذا كان كذلك فالبيع - أيضاً - لا يصح أن يوقف على إجازة المالك^(٥).

(١) هو حبيب بن أبي ثابت، اسم أبيه قيس، ويقال: هند بن دينار الأسدي مولا هم أبو يحيى الكوفي، ثقة فقيه جليل، وكان كثير الإرسال والتدليس، مات سنة: ١١٩ هـ. انظر: تقريب التهذيب رقم (١٠٩٢) ص (٢١٨).

(٢) سنن الترمذي (٥٥٨/٢).

(٣) الخطابي هو حمّد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب أبو سليمان الخطابي البستي، إمام في الفقه والحديث واللغة، من كتبه "معالم السنن" في شرح سنن أبي داود، ت: سنة ٣٨٨ هـ. انظر: البداية والنهاية (٣٤٦/١١).

(٤) معالم السنن (٦٧٨/٣) بهامش سنن أبي داود. تحقيق الدعاس.

(٥) انظر: المجموع (٢٦٣/٩)، الحاوي الكبير (٤٠٥/٦)، فتح الباري (٧٨٧/٦).

وقالوا - أيضاً - : "إن النبي ﷺ قد أثنى عليهما، والثناء لا يستحق بمخالفتهما رسول الله ﷺ، فدلّ على أنهما فعلا ذلك عن إذنه" (١).

ويحتمل - أيضاً - أنهما اشتريا ذلك لأنفسهما، ثم باع كل واحد منهما لنفسه، ثم اشتريا للنبي ﷺ شاة عن إذنه المتقدم (٢)، والحديث إذا حصل به الاحتمال يسقط به الاستدلال.

ورُدُّ هذان الجوابان بما يأتي :

أما عن الجواب الأول :

فحديث عروة قد أخرجه البخاري في صحيحه، وقد أجمع أهل العلم سلفاً وخلفاً على أن أصح كتاب بعد القرآن هو صحيح البخاري (٣)، ثم إن تضعيف الحديث بأنه غير متصل لأن الحي لم يُسَم أحد منهم فهو كما يقول الحافظ : "بأنه على طريقة بعض أهل الحديث يسمون ما في إسناده مبهم مرسلأ أو منقطعاً، والتحقيق إذا وقع التصريح بالسماع أنه متصل في إسناده مبهم" (٤).

ثم إن رواية أهل الحي لشيب بن غرقدة واشتهار الخبر عندهم عن عروة يقوي أن الحديث صحيح، ولا يبعد أن يكون منهم ثقة فيقبل حديثه، ولو سلّم بعدم ذلك على الفرض الجدلي، فلا يعدو أن يكون الأمر من رواية المجهول، والمجهول إذا روى غيره ممن هو مثله رواية توافقه احتجّ بالحديث الذي هذا طريقه، فكيف برواية أهل الحي كلهم فهذا يجعل روايتهم مقبولة؛ ولذا ذكر البخاري هذا الحديث في صحيحه. والله أعلم.

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٤٠٥/٦).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٤٠٥/٦)، والمحلى لابن حزم (٤٣٧/٨) وقد أطلال في الرد على هذا القول، فليراجع.

(٣) انظر: مقدمة ابن الصلاح ص ١٨. ط. دار الفكر. تحقيق نورالدين عتر.

(٤) فتح الباري (٧٨٧/٦).

أما حديث حكيم بن حزام فله طريقان:

أحدهما: في سنده جهالة، والآخر: قيل إن حبيب بن أبي ثابت لم يسمع من حكيم، والطريقان يقوي بعضهما بعضاً، ويشهد لثبوته حديث عروة، ولذا قال النووي^(١): "فهو حديث صحيح"^(٢)، ولو فرض تضعيف هذا الحديث فيكفي للاستدلال لهذا القول حديث عروة وقد ثبتت صحته، وقال المنذري^(٣): "إسناده حسن صحيح لمجيئه من وجهين"^(٤).

أما عن الجواب الثاني: فيمكن أن يجاب عنه فيقال:

إن ادعاء الوكالة المطلقة لهما دعوى تحتاج إلى دليل ولا دليل، فيبقى على الأصل.

الدليل الرابع:

من النظر: قالوا: ولأنه عقد له مجيزٌ حال وقوعه، فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية بأكثر من الثلث^(٥).

المناقشة:

أجيب على هذا الدليل:

فقيل: إن القياس على الوصايا غير صحيح؛ لأن حكم الوصايا أوسع، وحكم العقود أضيق، ألا ترى أن القبول في الوصية على التراخي، فجاز أن تكون

(١) الإمام العلامة أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، من كبار فقهاء الشافعية، ومن كبار محدثين، من كتبه: "المجموع شرح المهذب" ولم يكمله، و"روضة الطالبين وعمدة المفتين". ت: سنة ٦٧٦هـ، انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٦٥/٨)، شذرات الذهب (٣١٨/٥).

(٢) المجموع (٢٦٢/٩).

(٣) هو الإمام المحدث العلامة عبدالعظيم بن عبدالقوي بن عبدالله بن سلامة المنذري، من حفاظ الحديث، ومن فقهاء الشافعية، من كتبه "الترغيب والترهيب" و"مختصر صحيح مسلم"، ت: سنة ٦٥٦هـ، انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٥٩/٨).

(٤) انظر: التلخيص الحبير (٥/٣)، نيل الأوطار (١٠/٧).

(٥) انظر: فتح القدير (٣١٠/٥)، وتبيين الحقائق (١٠٣/٤-١٠٤)، والمجموع (٢٦٢/٩).

موقوفة على الإجازة والقبول في البيوع على الفور، فلم يجوز أن تكون موقوفة على الإجازة^(١).

القول الثاني:

أن بيع الغاصب باطل ولا يصح ولو أجازته المالك. وقد ذهب إلى هذا القول الشافعي في القول الجديد، وهو الصحيح عندهم، وبه قطع صاحب المذهب، وجماهير العراقيين، والأكثرون من الخراسانيين كما جاء في المجموع^(٢).

وهو المذهب عند الحنابلة، وعليه أكثر الأصحاب كما في الإنصاف^(٣)، وهو قول ابن حزم^(٤) حيث قال: "لا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه، فإن وقع فُسِّخُ أبدأ"، ثم قال: "ولا يجوز لصاحب المال أن يمضي ذلك البيع أصلاً، إلا أن يتراضى هو والمشتري على ابتداء عقد بيع فيه، وهو مضمون على من قبضه ضمان الغصب.."^(٥) اهـ.

أدلتهم: استدلال أصحاب هذا القول بأدلة، أهمها:

الدليل الأول:

قال ﷺ: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام.."^(٦).

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٤٠٥/٦).

(٢) انظر: المجموع (٢٥٩/٩-٢٦٠).

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي (٥٦/١١) بهامش المقنع مع الشرح الكبير. تحقيق د. عبدالله التركي.

(٤) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد، الأندلسي الفقيه المجتهد الظاهري، بلغت مصنفاته أربعمائة من أشهرها وأقواها "المحلى" ت: سنة ٤٥٦ هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (١١٤٦/٣)، والأعلام للزركلي (٥٩/٥).

(٥) المحلى لابن حزم (٤٣٤/٨).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأضاحي، باب من قال الأضحى يوم النحر (فتح ٩/١٠) رقم (٥٥٥٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (٣/١٣٠٥) برقم (١٦٧٩) كلاهما من حديث أبي بكره ﷺ.

وجه الدلالة:

قال ابن حزم: "فليس لأحد أن يحمل ما حرّم الله تعالى من ماله، ولا من بشرته ولا من عرضه، ولا من دمه إلا بالوجه الذي أباحه به نص القرآن أو السنة، ومن فعل ذلك فهو مردود لقول رسول الله ﷺ: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" (١) . اهـ (٢) .

الدليل الثاني:

عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيع له؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك" (٣) .

الدليل الثالث: عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "لا يحمل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك" (٤) .

(١) أخرجه مسلم بهذا اللفظ في صحيحه، كتاب الأفضية، باب: نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور (١٣٤٤/٣) رقم (١٧١٨/١٨) من حديث عائشة رضي الله عنها، وأخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح (فتح ٣٧٧/٥) رقم (٢٦٩٧)، ومسلم في الأفضية رقم (١٧١٨/١٧) من حديث عائشة - أيضاً - بلفظ "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد..." (٢) المحلى (٤٣٥/٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٦٩/٣) رقم (٣٥٠٣)، والترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (٥٣٤/٣) رقم (١٢٣٢)، والنسائي في سننه الصغرى، كتاب البيوع باب: بيع ما ليس عند البائع (٢٨٨/٧) رقم (٤٦١٣). والحديث قال فيه الترمذي - عقب روايته لهذا الحديث - : "حديث حسن". وصححه النووي في المجموع (٢٦٢/٩)، وابن حزم في المحلى (٤٣٥/٨)، وانظر: التلخيص الحبير (٥/٣)، وإرواء الغليل (١٣٢/٥).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده (٧٦٩/٣) رقم (٣٥٠٤)، والترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، (٥٣٥/٣) رقم (١٢٣٤)، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع (٢٨٨/٧) رقم (٤٦١١)، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن (٧٣٧/٢) رقم (٢١٨٨)، والحديث صححه الترمذي فقال: "وهذا حديث حسن صحيح"، وأقره عبدالحق الإشبيلي في الأحكام الوسطى (٢٥٣/٦)، وحسنه الشيخ الألباني - رحمه الله - كما في الإرواء (١٤٦/٥).

الدليل الرابع: عن عمرو بن شعيب^(١) عن أبيه^(٢) عن جده أن النبي ﷺ قال: "لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك"^(٣).
وجه الدلالة من الأحاديث:

قالوا: حيث دلت هذه الأحاديث على أن بيع ما لا يملكه الشخص باطل؛ لأنه تصرف بلا ملك ولا إذن ولا ولاية ولا وكالة^(٤).

وأجيب:

أن المراد بقوله ﷺ: "لا تبع ما ليس عندك" هو البيع المطلق البات الذي تجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ، فليس داخلاً في موضع النزاع، لأن النزاع في القدرة على التسليم بعد الإجازة، وهي ثابتة لحديث عروة البارقي^(٥).

(١) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي أبو إبراهيم، ويقال أبو عبدالله المدني، ويقال الطائفي، روى عن أبيه وجُلُّ روايته عنه، وهي صحيفة اختلف أهل العلم في الاحتجاج بها، والجمهور على الاحتجاج بها، قال البخاري: رأيت أحمد بن حنبل وعلي بن المدني وإسحاق بن راهويه وأبا عبيد وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ما تركه أحد من المسلمين. مات سنة ١١٨ هـ. انظر: تهذيب التهذيب (٣/٢٧٧).
(٢) وأبوه هو شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص الحجازي السهمي، وقد يُنسب إلى جده، يروي عن جده، وصرَّح البخاري وأبوداود وغيرهما أنه سمع من جده عبدالله بن عمرو، وهو من الطبقة الثالثة. انظر: تهذيب التهذيب (٢/١٧٥)، تقريب التهذيب (ص ٤٣٨) رقم (٢٨٢٢).
(٣) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح (٢/٦٤٠) رقم (٢١٩٠)، والترمذي في جامعه، كتاب الطلاق، باب: ما جاء لا طلاق قبل النكاح (٣/٤٨٦) رقم (١١٨١)، وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب: لا طلاق قبل النكاح (١/٦٦٠) رقم (٢٠٤٧)، والحديث صححه الترمذي فقال: حديث عبدالله بن عمرو حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب.

وحسنه الخطابي في معالم السنن (٢/٦٤١) ونقل عنه الترمذي قوله: سألت محمد بن إسماعيل فقلت: أي شيء أصح في الطلاق قبل النكاح؟ فقال: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢/٣٥٠-٣٥١).

(٥) انظر: فتح القدير (٥/٣٠٩)، العناية على الهداية (٥/٣١١).

وأجاب أصحاب القول الثاني على هذا الاعتراض بقولهم:
 إن معنى "لا تبع ما ليس عندك" هو بمعنى لا تبع ما ليس عندك عند
 التسليم^(١)، والغاصب حين باعه المبيع بلا علم المشتري في الحال فإن معناه هو
 المطالبة من الطرفين، والغاصب لا يقدر على تسليمه إلى المشتري شرعاً وإن قدر
 عليه حساً.

الدليل الخامس:

من النظر: قالوا: إنه بيع بغير رضی من يلزم العقد رضاه، فوجب أن يكون
 باطلاً كبيع المكره، ولأنه بيع عين لا قدرة لأحد المتعاقدين على إيقاع قبض فيها
 شرعاً فوجب أن يكون باطلاً كبيع الطير في الهواء، والحوت في الماء^(٢).
 أجيب:

قالوا: إننا لم نمض عقد البيع ونجعله نافذاً حتى يكون بيعاً بغير رضا، بل
 جعلناه موقوفاً غير نافذ إلى حين الرضا من العاقد، وعليه فلا يكون داخلاً في البيع
 بلا رضا، ولا فرق بين رضا المالك حين العقد وبين ما إذا وجد من الوكيل في
 الابتداء أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء^(٣)، وأما قولكم: إنه بيع
 ما لا قدرة لأحد المتعاقدين على قبضه شرعاً، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية.
 فجوابه: إن أردتم لا انعقاد على وجه النفاذ سلمنا ذلك وهذا الذي نقول به،
 وإن أردتم لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحة في الإجازة فيجوز
 فعله أو عدمها فيبطله، فهذا ممنوع ولا نسلم لكم ذلك، وهذا استدلال في محل
 النزاع، ولا دليل عليه عندنا - أي أصحاب القول الأول^(٤).

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٥٢٩/٢٠)، والحاوي الكبير (٤٠٥/٦).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٤٠٥/٦)، المجموع (٢٦٣/٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٤٩/٥).

(٤) انظر: فتح القدير (٣١٠/٥).

الترجيح:

يتبين للنظر - بعد عرض أدلة كل قول - أن أقرب القولين للصواب هو القول الثاني القاضي بعدم صحة بيع الغاصب؛ لأنه بيعٌ مَنْ لا يملك المبيع ولا يقدر على تسليمه شرعاً، والواجب على الغاصب هو رد المصنوب إلى مالكه، ولم يجز العمل فيه إلا بإذن مالكه، أو إذن وليه أو وكيله، إذا كان الغاصب يعرف مالك المبيع، وهذا هو ظاهر اختيار أبي العباس ابن تيمية^(١) - رحمه الله تعالى - حيث يقول: "وأما إذا عُرف أن للأرض مالكاً معيناً، وقد أخذت منه بغير حق فلا يعمل فيها بغير إذنه، أو إذن وليه، أو وكيله"^(٢). اهـ.

على أن الصواب التفريق بين تصرف الغاصب وتصرف الفضولي، حيث إن الفضولي إنما يتصرف بملك غيره على أنه وكيله، أو بنيته أن يرجع به إلى المالك ففي هذه الحال يُوقف البيع على إجازة المالك لعقد البيع أو إبطاله.

أما الغاصب فيختلف تماماً عن الفضولي، حيث إن تصرفه إنما هو لنفسه، وكأنه مالكٌ للمبيع وصاحب حق فيه، وليس له نية للرجوع إلى مالكه، فهذا يبطل البيع، وهذا هو ظاهر كلام أبي العباس ابن تيمية - رحمه الله تعالى -^(٣).

مع أنه لا يُجوز - رحمه الله - لكل واحد منهما أن يتصرف بمال الغير إلا بولاية أو وكالة أو إذن^(٤).

(١) هو الإمام العلامة تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني، برز في علوم شتى، وملأت شهرته الآفاق وأقام الحجة على المبتدعة، وأحيا مذهب السلف الصالح، وأحيا روح الاجتهاد، مصنفاته كثيرة منها "منهاج السنة"، و"شرح العمدة"، و"الصارم المسلول على شاتم الرسول"، ت: ٧٢٨هـ انظر: ذيل طبقات الحنابلة (٢/٣٨٧).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/٣٣٦) و (٢٩/٢٧٦-٣٢٣).

(٣) انظر: مجموع الفتاوى (٢٠/٥٧٧) و (٢٩/٢٧٦-٣٢٣).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى (٢٩/٢٣٥).

إلا أن هناك مسائل تستثنى من بيع المغصوب يجوز فيها البيع والشراء، وقد ذكرها أبو العباس ابن تيمية رحمه الله تعالى حاولت جمعها وهي كالآتي:

(١) إذا كان المغصوب منه (المالك) مجهولاً لا يعلمه الغاصب، ويود ردّها إليه ويجهل أمره، ففي هذه الحال على الغاصب أن يُعرّف المغصوب حولاً، ويكون حكمه حكم اللقطة، ولو أيس من وجود صاحبها، فإنه يتصدق به، ويصرفه في مصالح المسلمين^(١)، ويجوز بيعه ويجوز شراؤه لينفقه الغاصب في المصالح العامة.

قال أبو العباس ابن تيمية: "فظاهر مذهب أحمد أن المتصرف إذا كان معذوراً لعدم تمكنه من الاستئذان وحاجته إلى التصرف، وقُف على الإجازة بلا نزاع، وإن أمكنه الاستئذان أو لم يكن به حاجة إلى التصرف ففيه النزاع، فالأول مثل من عنده أموال لا يعرف أصحابه كالمغصوب والعواري ونحوهما إذا تعذرت عليه معرفة أرباب الأموال ويئس منها، فإن مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد أنه يتصدق به عنهم، فإن ظهروا بعد ذلك كانوا مخيرين بين الإمضاء وبين التضمين، وهذا مما جاءت به السنة في اللقطة، فإن الملتقط يأخذها بعد التعريف، ويتصرف فيها ثم إن جاء صاحبها كان مخيراً بين إمضاء تصرفه وبين المطالبة بها، فهو تصرف موقوف لكن تعذر الاستئذان ودعت الحاجة إلى التصرف"^(٢). اهـ.

وقال -أيضاً-: "وكذلك مَنْ عنده أموال مغصوبة وعوار وودائع لا يعرف أصحابها فمذهب الجمهور مالك وأبي حنيفة وأحمد أنها يجوز بيعها إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك، ويجوز شراؤها"^(٣).

(١) انظر: مجموع الفتاوى (٤١٣/٣٠).

(٢) مجموع الفتاوى (٥٧٧/٢٠).

(٣) المصدر السابق (٢٧٠/٢٩).

وأخذ ابن تيمية في الاستدلال لهذا القول فقال: "وأصل هذا أن الله جل وعز بعث الرسل لتحصيل المصالح وتكميلها بحسب الإمكان، وتقديم خير الأمرين بتفويت أدناهما، والله سبحانه حرّم الظلم على عباده، وأوجب العدل، فإذا قُدّر ظلم وفساد، ولم يمكن دفعه كان الواجب تخفيفه ...

فلو قيل: إن هذه الأموال لا تُشترى، وأنه لا يحل لأحد أن ينتفع بملح ولا جلود، ولا رؤوس ولا شعور ولا أصواف وغير ذلك مما يباع على هذا الوجه، كان المنع من ذلك من أعظم ضرر على المسلمين، وفساد في الدين والدنيا من أن يقال بل حق المظلوم عند الظالم الذي قبض ثمنها والمشتري اشتراها بحق، فتحل له، فإنه إذا قيل هذا كان فيه جبر حق المظلوم بإحالة على الظالم، وجبر حق عموم الخلق بتمكينهم من الانتفاع بها بالأثمان"^(١). اهـ.

(٢) ومما يستثنى -أيضاً- أنه إذا اشترى المشتري المغصوب، ولم يعلم بالغصب فإنه لا إثم عليه في ذلك والبيع باطل، فإذا أراد التخلص ولم يعلم مالكة ولا بائعه فإنه في هذه الحال يبيع المغصوب ويأخذ من ثمنه رأس ماله، وينفق الباقي الذي ربحه في وجوه الخير.

قال أبو العباس -رحمه الله تعالى-: "وقد نصّ غير واحد من العلماء كأحمد وغيره على أن من اشترى شيئاً فظهر له أنه مغصوب، ولم يعرف مالكة، فإن له أن يبيعه، ويأخذ ثمنه، ولكن يتصدق بالربح"^(٢). اهـ.

(٣) ومما يستثنى -أيضاً- ما إذا اشترى المشتري المغصوب وهو يريد بشرائه استنقاذه من يد غاصبه ورده إلى صاحبه فيجوز حينئذ.

(١) مجموع الفتاوى (٢٧١/٢٩).

(٢) المصدر السابق (٢٦٩/٢٩)، وانظر: (٣٢٥/٢٩).

قال أبو العباس ابن تيمية في شراء أموال مغبوبة: "فتلك لا يجوز شراؤها لمن يملكها، لكن إذا اشترت على طريق الاستنقاذ لتصرف في مصارفها الشرعية فتعاد إلى أصحابها إن أمكن، وإلا صُرِّفَتْ في مصالح المسلمين جاز هذا.." (١). اهـ.

المسألة الثالثة: ضمان المغصوب إذا تصرف فيه الغاصب

بالبيع:

إذا انتزع المالك المغصوب من يد المشتري، فللمشتري أن يرجع على الغاصب بالثمن سواء كان عالماً بالغصب أو لم يعلم؛ لأن البيع حينئذٍ باطلٌ على كلا القولين في بيع الغاصب؛ لأنه باسترداد المالك المغصوب من يد المشتري علمنا أنه لم يجز البيع فَبَطُلَ، وعلى القول الثاني البيعُ باطلٌ ابتداءً، أجازته أو لم يجزه..

ولأن الغاصب قبض الثمن بغير حق، ولو مع علم المشتري بالغصب، فكيف بعدم علمه بذلك (٢).

قال أبو العباس ابن تيمية -رحمه الله تعالى-: "فإنهما لو تبايعا ما لا يحل بيعه من خمر أو خنزير، برضاهما لوجب أن يرد المبيع، فيتلف الخمر والخنزير، ويرد على المشتري الثمن، فكيف إذا باعه مال الغير؟ وبأي وجه بقي الثمن في يد الغاصب، فلا حق له فيه، وإنما هو ملك المشتري" (٣). اهـ.

(١) مجموع الفتاوى (٢٧٦/٢٩).

(٢) انظر: رد المحتار (١٢٦/٥)، الكافي لابن عبد البر (٨٤٨/٢)، شرح الخرشي (١٤٦/٦)، الحاوي الكبير (٤٤٠/٨)، الشرح الكبير (٢٢٨/١٥)، الإنصاف (٢٢٨/١٥) بهامش الشرح الكبير، وقال المرادوي: "يرجع بالثمن بلا نزاع".

(٣) مجموع الفتاوى (٣١٩/٣٠).

أما إذا أتلف المشتري المغصوب، ولم يعلم بالغصب فإن للمالك تضمين أيهما شاء، فله تضمين الغاصب؛ لأنه حال بين المالك وبين ملكه، وأثبت اليد العادية (الضامنة) عليه، فأخذها بغير حق وله تضمين ومطالبة المشتري - أيضاً -، لأنه أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم قوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(١).

قال ابن قدامة^(٢) - رحمه الله - : "وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى"^(٣). اهـ.

(١) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الإجارة، باب: في تضمين العارية (٨٢٢/٣) رقم (٣٥٦١)، والترمذي في سننه كتاب البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (٥٦٦/٣) رقم (١٢٦٦)، وابن ماجه في سننه كتاب الصدقات، باب: في العارية (٨٠٢/٢) رقم (٢٤٠٠)، والدارمي في سننه كتاب البيوع، باب: في العارية مؤداة (٣٤٢/٢) رقم (٢٥٩٦)، وأحمد في مسنده (٨، ١٣/٥)، كلهم من طريق الحسن البصري عن سمرة عن النبي ﷺ. وفي الحديث علة وهي الاختلاف في سماع الحسن من سمرة بن جندب رضي الله عنه، ففي صحيح البخاري سماعه منه لحديث العقيقة، وقد روى عنه نسخة كبيرة غالبها في السنن الأربعة، وعند ابن المديني أيضاً أن كلها سماع، وحكى الترمذي عن البخاري نحو هذا، وقال يحيى بن سعيد القطان وجماعة: هي كتاب. وقال الحافظ: "وهذا لا يقتضي الانقطاع".

وقد أثبت ابن المديني والبخاري سماعه، والمثبت مقدم على النافي، والحديث صححه الترمذي فقال عقبه: "هذا حديث حسن صحيح". انظر: تهذيب التهذيب (٣٩٠/١)، جامع التحصيل (ص ١٦٥)، إرواء الغليل (٣٤٨/٥)، والتلخيص الحبير (٦٠/٣).

(٢) هو عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، أبو محمد، موفق الدين الدمشقي، الفقيه الحنبلي الأصولي، شيخ الحنابلة في زمانه، ومن كتبه "المغني" في شرح مختصر الخرقي و"الكافي"، ت: ٦٢٠ هـ. انظر: ذيل طبقات الحنابلة (٢٥١/١).

(٣) المغني (٣٩٤/٧)، وانظر: رد المحتار (١٢٦/٥) وما بعدها، والفتاوى الهندية (١٤٧/٥)، الكافي لابن عبدالبر (٨٤٨/٢)، مغني المحتاج (٣٤١/٣)، السراج الوهاج (ص ٢٦٧)، الشرح الكبير (٢٢٤/١٥)، الإنصاف (٢٢٢/١٥)، وقال: "بلا نزاع أعلمه".

فإذا اختار المالك تضمين المشتري قيمة ما أتلفه، فهل للمشتري أن يرجع على الغاصب بالثمن وبما زاد على قدر الثمن إذا لم يكن يعلم بالغصب؟.

جماهير أهل العلم من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) قالوا: إن المشتري لا يرجع على الغاصب بقيمة ما أتلفه، وإن رجع عليه بالثمن الذي اشتراه منه.

ووجه هذا القول: أن المشتري دخل مع الغاصب في عقد البيع على أن يكون ضامناً لذلك بالثمن، ولا أثر للغش والتغريب بذلك لأن الجهل ليس مسقطاً للضمان، بل يسقط الإثم فقط، أما الثمن فإنه يرجع به على الغاصب كما سبق بيان ذلك لأن البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب^(٥).

وهناك قول للشافعية^(٦) وقول عند الحنابلة^(٧) أن المشتري يرجع على الغاصب بالثمن وبما زاد على قدر الثمن إذا كان قيمة ما أتلفه زائدة على قدر الثمن؛ لأجل الغش والخداع والتغريب في الإيهام بأنه مالكة.

أما منافع الغصب كالركوب والسكنى واللبس ونحو ذلك مما كان أصله يمكن الانتفاع به من المغصوب، فهذا لو ضمَّتها المالكُ المشتريَ فهل يرجع على الغاصب؟ على قولين عند أهل العلم:

(١) انظر: الفتاوى الهندية (١٤٧/٥)، البدائع (١٤٦/٧)، (١٤٤).

(٢) شرح الخرشي (١٤٦/٦)، جواهر الإكليل (١٥٨/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٦٣/٥)، مغني المحتاج (٣٤١/٣) وما بعدها.

(٤) انظر: المغني (٣٩٥/٧)، الكافي (٥١٨/٣).

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن أبي عمر (٢٢٨/١٥).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٦٣/٥)، والحاوي الكبير (٤٤٠/٨).

(٧) انظر: القواعد لابن رجب المسماة "تقرير القواعد وتحرير الفوائد". تحقيق مشهور حسن (٣٣٩/٢).

القول الأول: أن المشتري له أن يرجع بما ضمنه من منافع العين على الغاصب إذا لم يعلم بالغصب.

وهذا مذهب المالكية^(١) وأحد القولين في مذهب الشافعي^(٢)، ورواية عند الإمام أحمد^(٣)، واختار هذه الرواية أبو العباس ابن تيمية^(٤).

واستدل هؤلاء: بأن المشتري دخل في عقد البيع مع الغاصب على أن يتلفه بغير عوض، فإذا غرم عوضه رجع به على من غره^(٥)، وهو إنما أمسك العين المغصوبة بناءً على تملكها للغاصب وقد دفع ثمنها، فإذا ضمن المنافع كان له حق الرجوع على الغاصب الظالم لأنه بانتفاعه بالثمن لم يزل غاصباً.

القول الثاني: أن المشتري لا يرجع بما ضمنه على الغاصب:

وهذا قول الأحناف^(٦)، وهو القول الثاني للشافعي، قدمه في الروضة واختاره في كتابه^(٧)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٨).

قال الحافظ ابن رجب^(٩) - رحمه الله - في (القاعدة الثالثة والتسعون): "من قبض مغصوباً من غاصبه، ولم يعلم أنه مغصوب، فالمشهور بين الأصحاب أنه

(١) انظر: بلغة السالك لأقرب المسالك مع الشرح الصغير (٣/٣٨٤، ٣٨٢).

(٢) انظر: المهذب (١/٣٨٠)، الحاوي الكبير (٨/٤٤١).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٩٦)، القواعد لابن رجب (٢/٣٣٤).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى (٢٩/٣٨٩).

(٥) انظر: المغني (٧/٣٩٦)، واختار هذه الرواية - أيضاً - الخرقني كما في المغني.

(٦) انظر: الفتاوى الهندية (٥/١٤٧)، اللباب شرح الكتاب (٢/١٩٥).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٥/٦٣)، المهذب (١/٣٨٠)، وحلية العلماء (٥/٢٤٤).

(٨) انظر: الإنصاف (١٥/٢٢٣).

(٩) هو أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي، المحدث الحافظ الفقيه، من أئمة الحنابلة

صاحب القواعد وفتح الباري شرح صحيح البخاري، ت: سنة (٧٩٥هـ). انظر: شذرات

الذهب (٦/٣٣٩).

بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمه من عين ومنفعة^(١). اهـ.
واستدل أصحاب هذا القول: بأن المشتري قد حصل له في مقابلته منفعة^(٢).

الترجيح:

وأقرب القولين للصواب هو القول الأول، وذلك لأن حصول المنفعة للمشتري إنما كانت لأجل صحة العقد عنده وبذله الثمن، ولا يمكن أن يضمن ما غره الغاصب وخدعه فيه، فالغاصب هو الذي يضمن منافع الغصب من حين غصبه للعين؛ لأنه هو الذي أحال المغصوب بين مالكة وبين الانتفاع به، والمشتري إنما انتفع به لأنه يعتقد تملكها بالعقد.

(١) تقرير القواعد وتحرير الفوائد المسماة "القواعد" (٣٣٤/٢).

(٢) انظر: المهذب (٣٨٠/١)، المغني (٣٩٦/٧).

المطلب الثاني

إذا كان المبيع في الذمة

البيع في الذمة حكمه حكم بيع السلم في أحكامه من وجوب تسليم رأس المال في المجلس وتعيين أجل مسمى معلوم وكيل معلوم، وسوف يأتي مفصلاً في الغش في المسلم فيه، وذلك في المبحث الخامس عشر من هذا الفصل.

ولكن الذي يهمنا هنا أنه لو جاء المشتري فأخذ من البائع الوصف نفسه الذي وُصف له حال العقد فبان مغصوباً، فليس للمشتري حينئذ الحق إلا في المطالبة بما تم عليه العقد، والإتيان بعين جديدة سالمة من العيوب^(١)، فإن عجز فله الفسخ أو الانتظار^(٢).

* * *

(١) انظر: المغني (٤٢١/٦-٤٢٢)، حلية العلماء (٣٨٢/٤)، تكملة المجموع (١٦٠/١٢).

(٢) سيأتي - إن شاء الله - التفصيل فيما لو كان للمشتري الحق في مطالبة عينٍ أخرى في المبحث الخامس عشر من هذا الفصل.

المبحث الثاني

الغش في بيع النجش وأثره على العقد

النَجَشُ لغةٌ: بفتح النون والجيم، قاله الحافظ ابن حجر وهو المشهور^(١)، وحكاه صاحب المُعَرَّب بسكون الجيم وكذا النووي في شرحه لصحيح مسلم^(٢). ومعناه تنفير الصيد واستثارتها من مكان يُصَاد، وله معانٍ أخرى، منها: الاستتار والبحث عن الشيء، والمدح والإطراء، والختل والخديعة، قال ابن قتيبة^(٣): "النجش: الختل والخديعة، ومنه قيل للصائد: ناجش؛ لأنه يختل الصيد ويحال له"^(٤).

النَجَشُ اصطلاحاً: قد تختلف عبارات العلماء في تعريف النجش حسب اختيار كلِّ إمام لبعض صور النجش دون بعض الأخرى، ويسبب قيود جعلها بعضهم حتى تدخل في النجش وذلك لأن صور النجش بالتبع لكلام العلماء كثيرة، ولكن بعض العلماء يختلف مع البعض الآخر في دخول بعض الصور في النجش، ولذا اختلفت عباراتهم.

ويمكن أن تُذكر بعض تعاريفهم ثم نذكر تعريفاً جامعاً للصور التي تدخل في معنى النجش.

(١) انظر: فتح الباري (٤/٤٤٨).

(٢) انظر: المُعَرَّب (٢/٢٩٠)، شرح مسلم للنووي (١٠/١٥٩).

(٣) هو عبدالله بن مسلم بن قتيبة، الدينوري، أبو محمد اللغوي الأديب، صاحب التصانيف المفيدة في علوم القرآن وعلوم الحديث، ومن كتبه: "المعارف" و"أدب الكاتب" و"غريب القرآن" و"غريب الحديث"، ت: سنة ٢٧٦هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (٢/٦٣١)، تاريخ بغداد (١٠/٦٧٠).

(٤) انظر: القاموس المحيط (٧٨٣)، لسان العرب (٦/٣٥١)، النهاية في غريب الحديث (٥/٢١).

١- تعريف الإمام مالك - رحمه الله:-

عرّف الإمام مالك - رحمه الله - النجش بقوله: "النجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها، وليس في نفسك اشتراؤها، فيقتدي بك غيرك"^(١).

مناقشة التعريف:

نوقش هذا التعريف بأن معناه لو زائد من لا يريد شراءها وكانت السلعة أقل من ثمنها، فلو زاد حتى تصل إلى ثمنها، لا يُعدّ هذا نجشاً^(٢). وهذا فيه نظر، بل الصواب أن يُعدّ هذا نجشاً، وهو قول أكثر أهل العلم^(٣)، وسيأتي بسط لهذه المسألة في المطلب الأول من صور النجش، ثم إن هذا التعريف - أيضاً - غير جامع.

٢- تعريف الإمام الشافعي - رحمه الله:-

عرّفه بقوله: "النجش أن يحضر الرجل السلعة تباع فيعطي بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقتدي به السوام فيعطون بها أكثر مما كانوا يُعطون لو لم يسمعوا"^(٤). وهذا التعريف هو تعريف أكثر من عرّف النجش من أهل العلم، وإن كانت عباراتهم فيها اختلاف إلا أن هذا التعريف للشافعي غير مخالف لشيء من معانيه^(٥).

مناقشة التعريف:

ويمكن أن يُعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع لمعاني النجش؛ لأن من النجش أن يمدح السلعة حتى يخدع بذلك غيره، فيظن أنها تساوي أكثر مما كانت

(١) انظر: شرح الخرشي (٥/٨٢-٨٣)، أوجز المسالك إلى موطأ مالك (١١/٣٨٥).

(٢) انظر: شرح الخرشي (٥/٨٢-٨٣).

(٣) انظر: فتح الباري (٤/٤٤٨) حيث قال: "اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش في الشرع بما تقدم".

(٤) الأم (٨/٦٢٨)، وانظر: فتح الباري (٤/٤٤٧).

(٥) انظر: شرح الخرشي (٥/٨٢)، المغني (٦/٣٠٤)، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين

الفقهاء (ص ٢١٢)، فتح الباري (٤/٤٤٧).

عليه ، فيزيد المخدوع السعر حينئذٍ بسبب الخديعة وإطراء السلعة بما ليس فيها^(١) .
وهناك أمرٌ آخر ، حيث إن من صور النجش أن يذم السلعة لثلاث تنفق كي يضر
البائع بذلك ، قاله النضر بن شميل^(٢) وهو من علماء اللغة ، وهناك بعض صور
النجش لا تدخل في هذا التعريف .

٣- تعريف النضر بن شميل:

عرّفه بقوله : "النجش أن تمدح سلعة غيرك لبيعها أو تذمّها لثلاث تنفق عنه"^(٣) .

مناقشة التعريف:

يمكن أن يُناقش التعريف بأنه غير جامع لبعض صور النجش التي من أهمها:
الزيادة في السلعة ممن لا يريد شراءها.

التعريف المختار:

بعد هذا العرض لتعريفات العلماء يظهر أنهم إنما عرّفوا النجش ببعض معانيه
ولم يقصدوا استجماع معاني النجش في تعاريفهم ، وغالب تعاريف السلف
المتقدمين لم يقصدوا في تعاريفهم طلب حقيقة الشيء وماهيته ؛ وذلك لأن المطلوب
في معرفة الحقائق الشرعية إنما هو ما يميزها من حيث الجملة عما يشاركها في بعض
حقائقها حتى يخرج عنها ما يسري إلى النفس ، ولهذا قال بعض حُذّاق المنطقيين:
"وهذا المعنى كثيراً ما يقع من حكماء المتقدمين قصدهم التمييز على ما يحصل التمييز

(١) انظر: تحفة المحتاج مع حواشي الشرواني والعبادي (٤/٣١٥)، شرح صحيح مسلم للنووي (١٥٩/١٠).

(٢) هو النضر بن شميل بن خرشة بن زيد بن كلثوم بن عنزة المازني ، العلامة الإمام الحافظ أبو الحسن المازني البصري النحوي ، وثقه ابن معين وابن المديني ، وقال أبو حاتم: "ثقة صاحب سنة" ، وكان إماماً في العربية والنحو ، مات سنة ٢٠٤هـ . انظر: سير أعلام النبلاء (٩/٣٢٨) ، معجم الأدباء (٢٣٨/١٩).

(٣) انظر: لسان العرب (٦/٣٥١).

في النفس ولو بأدنى خاصية، فيعترض عليهم المتأخرون لاعتقادهم أنهم يأتيون بالحقائق التي تشمل جميع الذاتيات وهم لا يقصدون ذلك^(١).

إلا أنه تمشياً مع الطريقة الأكاديمية التي تسيّر عليها البحوث الجامعية لاستجماع تعريفٍ يشمل جميع الصور كما يقول المنطقيون: إن التعريف للحدّ لا بد أن يكون جامعاً مانعاً^(٢)، وليس اعتراضاً على تعاريف المتقدمين، والله المستعان ولا حول ولا قوة إلا بالله.

وعليه فإنه يمكن أن يُجعل تعريف جامع لصور النجش كلها وهو: "الإضرار بأحد المتعاقدين على سبيل الخديعة بزيادة في السلعة ومدحها أو ذمّها لثلاث تنفق".

وذلك لأن المقصد الأكبر في النهي عن النجش هو الإضرار، وإن كان الغالب في تعاريف الفقهاء أن يذكروا الإضرار بالمشتري، ولكن يمكن الإضرار بالبائع -أيضاً- بأن يذمّها كي لا تنفق فتباع ببخس، كما فسّر ذلك النضر بن شميل وهو من علماء اللغة الأفاضل، ولا يمكن تجاهل هذا التفسير مع أن له حظاً كبيراً من النظر.

حكم النجش:

لا خلاف بين العلماء في أن النجش حرام، آثم فاعله^(٣)، وقد نقل الإجماع غير واحد من أهل العلم.

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب (٩/٦).

(٢) انظر: الكافية في الجدل (ص ٢).

(٣) انظر: المصادر السابقة مع فتح الباري (٤٧/٤)، ولا يقدح في إطلاق الحرمة ما ذكره الحنفية كالمرغيناني في الهداية (٢٣٩/٥)، والموصلي في الاختيار (٢٦١/٢) من أن النجش مكروه لأن المراد بالمكروه هنا عند الحنفية الكراهة التحريمية التي تساوي الحرام عند الجمهور، غير أنهم يطلقون على المطلوب منعه على سبيل الجزم الكراهة إذا كان قد ثبت بدليل ظني كخبر الآحاد، ولهذا قال ابن الهمام: "فهذه الكراهة تحريمية لا نعلم خلافاً في الإثم". انظر: فتح القدير (٢٣٩/٥).

- قال ابن بطال^(١): "أجمع العلماء على أن الناجش عاصٍ بفعله"^(٢).
 وقال الكمال بن الهمام^(٣): "لا نعلم خلافاً في الإثم"^(٤).
 ودليل ذلك ما ثبت في الحديث الصحيح أنه ﷺ نهى عن النجش^(٥).
 ولقوله ﷺ: "... ولا تناجشوا"^(٦).
 وقال الصحابي الجليل عبدالله بن أبي أوفى: "الناجش أكل الربا خائن"^(٧).
 وقال البخاري: "وهو -أي النجش- خداع باطل لا يحل"^(٨).

- (١) هو أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال القرطبي، من علماء المالكية، له عناية بالحديث وألف شرحاً على البخاري، ت: سنة ٤٤٩هـ. انظر: شذرات الذهب (٢٨٣/٣)، والديباج المذهب (١٠٥/٢).
- (٢) انظر: فتح الباري (٤٤٧/٤).
- (٣) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بابن الهمام، الإمام العلامة الحنفي، صاحب كتاب فتح القدير شرح الهداية، ت: سنة ٨٦١هـ. انظر شذرات الذهب (٢٩٨/٧).
- (٤) فتح القدير (٢٣٩/٥).
- (٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: النجش ومن قال: لا يجوز ذلك البيع (فتح ٤٤٦/٤-٤٤٧) رقم (٢١٤٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش وتحريم التصرية (١١٥٦/٣) رقم (١٥١٦)، من حديث ابن عمر -رضي الله عنهما-.
- (٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: لا يشتري حاضر لباد بالسمسرة (فتح ٤٦٩/٤) رقم (٢١٦٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش وتحريم التصرية (١١٥٥/٣) رقم (١٥١٥)، من حديث أبي هريرة.
- (٧) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، كتاب البيوع، باب: النجش ومن قال: لا يجوز ذلك البيع (فتح ٤٤٦/٤)، وأخرجه ابن أبي شبة في مصنفه موصولاً، كتاب البيوع والأقضية، باب: النجش في البيع (٢٣٨/٥).
- (٨) انظر: المصدر السابق.

ولا خلاف بين الفقهاء في حرمة الغش والخديعة، كما أن البائع يشترك في الإثم، إذا علم بذلك، وكذا المشتري إذا استفاد من النجش كما سيأتي توضيح ذلك^(١).

بيد أن الحنفية وظاهر كلام الإمام مالك، واختيار ابن عبدالبر^(٢) وابن العربي^(٣) وقول ابن حزم من الظاهرية وغيرهم من متأخري الشافعية قد قيّدوا التحريم بأن تكون الزيادة المذكورة في النجش فوق ثمن المثل حتى يكون عاصياً بفعله.

قال المرغيناني^(٤): "النجش: هو أن يزيد في الثمن، ولا يريد الشراء ليرغب غيره"^(٥).

وقال ابن الهمام في شرحه لهذه العبارة: "أي أن يزيد في الثمن... بعدما بلغت قيمتها، فإنه تغرير للمسلم ظلماً، فأما إذا لم تكن قد بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجائز؛ لأنه نفع مسلم من غير إضرار بغيره، إذ كان شراء الغير

(١) سيأتي بيان ذلك في المطلب الأول: صور النجش.

(٢) هو الإمام الحافظ الأندلسي القرطبي يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري، من أئمة المالكية وشيخ علماء الأندلس، وكبار محدثيها في وقته، من كتبه: "الكافي"، و"التمهيد في شرحه للأحاديث المسندة من موطأ مالك"، ت: ٤٦٣هـ. انظر: ترتيب المدارك (٨٠٨/٢).

(٣) هو محمد بن عبدالله بن محمد بن أحمد أبو بكر المعروف بابن العربي الأشبيلي الأندلسي، الفقيه المالكي المجتهد، من كتبه: "عارضه الأحوذ في شرح الترمذي"، ت: سنة ٥٤٣هـ. الأعلام (١٠٦/٧).

(٤) هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، برهان الدين الفقيه الحنفي، نسبته إلى مرغينان من نواحي فرغانه، من كتبه: "الهداية في شرح البداية". ت: ٥٩٣هـ. انظر: الجواهر المضية (٣٨٣/١)، الأعلام (٧٣/٥).

(٥) فتح القدير (٢٣٩/٥).

بالقيمة^(١)، بل جعل ابن عابدين^(٢) أنه في هذه الصورة محمود^(٣).
وقد فسّر ابن عرفة^(٤) قول مالك في تعريفه للنجش "بأن تعطيه في سلعته أكثر من
ثمنها، وليس في نفسك اشتراؤها ليقندي بك غيرك"^(٥).
فسّر قول مالك: "أكثر من ثمنها" بأن المراد بالثمن القيمة^(٦).
وهو اختيار ابن العربي حيث قال -رحمه الله-: "ولو أن رجلاً رأى سلعة رجل
تباع بدون قيمتها، فزاد فيها لتنتهي إلى قيمتها لم يكن ناجشاً عاصياً، بل يؤجر
ذلك على نيته"^(٧)، وهذا التفسير لابن عرفة وغيره لكلام الإمام مالك ليس مسلماً
عند المالكية، بل فسّر الخرشي وصاحب الشرح الكبير^(٨)، قول الإمام مالك "أكثر
من ثمنها" بحمل الثمن في كلام الإمام مالك على الثمن الذي وقع في المناداة لا
القيمة^(٩). فعلى هذا التفسير يكون قول مالك موافقاً لقول الجمهور.

(١) فتح القدير (٢٣٩/٥).

(٢) هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز بن أحمد الدمشقي، الشهير بابن عابدين، من فقهاء الحنفية،
صاحب كتاب "رد المحتار على الدر المختار" المعروف بحاشية ابن عابدين، ت: ١٢٥٢هـ. انظر:
فهرس الفهارس للكتاني (٨٣٩/٢).

(٣) حاشية ابن عابدين (١٣٢/٤).

(٤) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة التونسي، من أئمة المالكية صاحب كتاب الحدود، ت: ٨٠٣هـ.
انظر: نيل الابتهاج ص ٢٧٤، الأعلام ٧/٢٧٢.

(٥) انظر: الموطأ (ص ٤٢٥)، أوجز المسالك إلى شرح موطأ مالك (٣٨٥/١١).

(٦) انظر: شرح الخرشي (٨٢/٥-٨٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٦٨/٣).

(٧) انظر: شرح الخرشي (٨٢/٥-٨٣)، فتح الباري (٤/٤٤٨)، وراجع فتح البر في الترتيب
القمهي لتمهيد ابن عبد البر (٢١٦/١٢).

(٨) هو أبو البركات، أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، الشهير بالدردير، من أئمة المالكية المتأخرين،
ت: سنة ١٢٠١هـ. انظر: شجرة النور (ص ٣٥٩) رقم (١٤٣٤)..

(٩) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٦٨/٣)، وشرح الخرشي (٨٢/٥).

وقال ابن حزم: "ولا يحل النجش ... فهذا بيع إذا وقع بزيادة على القيمة فللمشتري الخيار"^(١).

وفيما ذهب إليه هؤلاء العلماء محل تأمل؛ والأقرب هو قول جماهير أهل العلم^(٢) بأن النهي في الزيادة مطلق سواءً بلغت قيمتها أو لم تبلغ؛ لأن غرض هذا هو الخديعة لنفع البائع، وهو قاصد للخديعة والتغريب.

ثم إن قولهم إن ذلك من النصيحة ليس بظاهر - أيضاً - إذ لم تتعين النصيحة وتتحقق في أن يوهم غيره بإرادة الشراء وليس هو من غرضه، بل غرضه الزيادة في القيمة على ما وقع في المناداة، والذي يريد النصيحة مندوحة عن ذلك بأن يُعلم البائع بأن قيمة سلعته أكثر من ذلك، ثم هو باختياره بعد ذلك^(٣)، وقال الحافظ ابن حجر: "ويحتمل أن لا يتعين عليه إعلامه بذلك حتى يسأله للحديث الآتي: "دعوا الناس، يرزق الله بعضهم من بعض، فإذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه"^{(٤)(٥)}، وما يؤيد ذلك ما رواه عبدالرزاق وابن حزم وغيرهما أن عمر بن عبدالعزيز - رحمه الله - بعث عبيد بن مسلم يبيع السبي، فلما فرغ أتى عمر فقال له: "إن البيع كان كاسداً، لولا أنني كنت أزيد عليهم وأنفقه" فقال عمر: كنت تزيد عليهم ولا تريد أن تشتري؟ قال: نعم، قال عمر: هذا نجش، والنجش لا يحل، ابعث منادياً ينادي أن البيع مردود وأن النجش لا يحل"^(٦).

(١) المحلى لابن حزم (٤٤٨/٨).

(٢) فتح الباري (٤٤٨/٤)، المغني (٣٠٤/٦)، شرح الخرشي (٨٢/٥)، تحفة المحتاج مع الحواشي (٣١٥/٤).

(٣) انظر: شرح الخرشي (٨٢/٥)، فتح الباري (٤٤٨/٤).

(٤) فتح الباري (٤٤٨/٤).

(٥) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده (الفتح الرباني ٦٥/١٩) من حديث أبي يزيد الكرخي، وفي

سنده عطاء بن السائب اختلط بآخره، وانظر كلام الحافظ على الحديث في الإصابة (١٧/٧).

(٦) انظر: المحلى لابن حزم (٤٤٨/٨)، فتح الباري (٤٤٧/٤).

هذا وإن من العلماء من وصف كلَّ ناجش بالإثم والعصيان، وإن لم يكن عالماً بالنهي عن النجش.

قال ابن حجر الهيتمي^(١): "ولا يشترط هنا العلم بخصوص هذا النهي؛ لأن النجش خديعة، وتحريمها معلوم لكل أحد.."^(٢).

وتبعه على ذلك بعض الشافعية، ونسبوه إلى مذهب الشافعي؛ لأنه أطلق في "المختصر" تعصية الناجش، وشرط في تعصية من باع على بيع أخيه أن يكون عالماً بالنهي"^(٣).

وأجاب أصحاب الشافعي، بأن السبب هو أن النجش خديعة، وتحريم الخديعة واضح لكل أحد، معلوم من الألفاظ العامة، وإن لم يعلم هذا الحديث، والبيع على بيع أخيه، إنما عُرف تحريمه من الخبر الوارد فيه^(٤)، فلا يعرفه من لا يعرف هذا الخبر^(٥)، بل قال بعضهم - مثل المعتزلة وقاعدتهم أن التحسين والتقيح عقليان -: إن تحريم الخداع يعرف بالعقل، وإن لم يرد بالشرع، واستشكل

(١) هو أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، شهاب الدين أبو العباس السعدي المكي الشافعي، والهيتمي - بالتاء المثناة لا بالتاء المثلثة - نسبة إلى المحلة التي ولد بها، من كتبه "تحفة المحتاج بشرح المنهاج". ت: سنة ٩٣٣ هـ. انظر: البدر الطالع (١/١٠٩)، شذرات الذهب (٣٧١/٨-٣٧٢).

(٢) تحفة المحتاج مع حواشيه للشرواني والعبادي (٤/٣١٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/٤١٦-٤١٧)، حواشي الشرواني مع تحفة المحتاج (٤/٣١٥).

(٤) الحديث هو قوله ﷺ: "ولا يبيع الرجل على بيع أخيه". أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: لا يبيع على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه، حتى يأذن له أو يترك (فتح ٤/٤٤٤) رقم (٢١٣٩) من حديث ابن عمر رضي الله عنه. وأخرجه - أيضاً - بلفظ آخر من حديث أبي هريرة في الموضوع نفسه برقم (٢١٤٠). وأخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن عمر، كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك. (٣/١٠٣٢) رقم (١٤١٢)، ومن حديث أبي هريرة بلفظ آخر في الموضوع نفسه برقم (١٤١٣).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٤١٦-٤١٧)، فتح العزيز في شرح الوجيز للرافعي (٨/٢٢٥) بحاشية المجموع شرح المهذب، فتح الباري (٤/٤٤٧).

الرافعي^(١) هذا التفصيل وقال: "ولك أن تقول كما أن النجش خديعة فالبيع على بيع الأخ إضرار، وكما أن تحريم النجش يعرف من الألفاظ العامة في تحريم الخداع فكذلك تحريم البيع على البيع يعرف من الألفاظ العامة في تحريم الإضرار، وإن لم يعلم الخبر الوارد فيه بخصوصه"^(٢).

وكلام الرافعي في هذا متين، ولذا اختار أن التحريم والعصيان منوطان بالعلم بالنهي الشرعي، فقال: "والوجه توقيف المعصية على مطلق معرفة الحرمة، إما من عموم أو من خصوص"^(٣).

والأقرب - والله تبارك وتعالى أعلم - أن التأثيم والعصيان إنما هو منوط بالعلم، فشرط التحريم في جميع المناهي العلم بالنهي حتى في النجش، وهو قول عامة أهل العلم.

وقد نصّ الحافظ ابن عبد البر على الإجماع على ذلك حيث قال: "وأجمعوا أن فاعله عاصٍ لله إذا كان بالنهي عالماً"^(٤).

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥]، وغير ذلك من الآيات والأحاديث الدالة على أن شرط التعذيب ببلوغ الحجة والعلم.

(١) هو عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم بن الفضل الإمام أبو القاسم الرافعي الفقيه الشافعي، ويعتبر من محرري المذهب عند الشافعية، من كتبه "فتح العزيز بشرح الوجيز"، ت: ٦٢٣ هـ. انظر: الأعلام (١٧٩/٤).

(٢) فتح العزيز بشرح الوجيز (٢٢٥/٨).

(٣) المصدر السابق (٢٢٦/٨).

(٤) فتح البر في ترتيب التمهيد لابن عبد البر (٢١٧/١٢).

وما نسبه بعض الشافعية إلى الإمام الشافعي من أنه يرى تعصية الناجش وإن لم يكن عالماً بالنهي ليس بجيد ولم يصح؛ لأن الشافعي نفسه قد نصّ في كتابه "الأم" باختصاص التعصية في النجش بمن علم النهي، فقال: "فمن نجش فهو عاص بالنجش إن كان عالماً بالنهي، والبيع جائز لا تفسده معصية رجل نجش عليه"^(١).

* * *

(١) الأم للشافعي (٦٢٨/٨) ط. المعرفة، وقد حكى البيهقي في "المعرفة" و"السنن" عن الشافعي تخصيص العصيان بالعالم بالنهي، انظر: فتح الباري (٤٤٧/٤).

المطلب الأول

صور الغش في النجش

سبق أن أوضحنا أن للنجش صوراً، يختلف بعض العلماء في إدخالها في معنى النجش، في حين أن البعض الآخر يجعلها من معاني النجش، وسوف نذكر كل صور وكلام أهل العلم فيها بين مثبت وناقض.

الصورة الأولى:

"أن يزيد في السلعة مَنْ لا يريد شراءها تفريراً للمشتري"، وهذه الصورة متفق عليها عند أئمة المذاهب^(١)، وهي محل إجماع عندهم أنها من النجش الذي نهى عنه النبي ﷺ^(٢).

الصورة الثانية:

"قول البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا، فصدّقه المشتري واشتراها بذلك، ثم بان كاذباً".

فهذا في معنى النجش، نصّ على ذلك ابن قدامة في المغني^(٣).

قال - رحمه الله - : "ولو قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا، فصدّقه المشتري، واشتراها بذلك، ثم بان كاذباً فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار - أيضاً - ؛ لأنه في معنى النجش"^(٤).

(١) انظر: فتح القدير (٢٣٩/٥)، البناية على الهداية للعيني (٢٧٧/٧)، المعونة في مذهب عالم المدينة للقاضي عبدالوهاب المالكي (١٠٣٣/٢)، عقد الجواهر الثمينة (٤٢٧/٢)، روضة الطالبين (٤١٦/٣)، مغني المحتاج (٣٩١/٢)، المغني لابن قدامة (٣٠٤/٦)، المحلى لابن حزم (٤٤٨/٨).

(٢) انظر: فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبدالبر (٢١٦/١٢).

(٣) المغني (٣٠٥/٦).

(٤) المغني (٣٠٥/٦).

وقد نصَّ على أنها في معنى النجش ابن شاس^(١) - رحمه الله - في كتابه عقد الجواهر الثمينة^(٢)، ودخول هذه الصورة في النجش لأجل الخديعة والختل، فالبايع يخدع المشتري ويثيره للشراء؛ ظاناً أنها تساوي ذلك وأكثر ويحصل هذا كثيراً، كأن يقول البائع للمشتري: إنه عُرِضَ عليّ ثمنٌ أكثر من هذا، ولكنني آثرتك به مع قلة ما تدفعه.

وقد جاء الوعيد الشديد على من فعل مثل هذا، كما عند البخاري من حديث عبدالله بن أبي أوفى رضي الله عنه، أن رجلاً أقام سلعة له في السوق، فحلف بالله لقد أُعطي بها ما لم يعطه، ليوقع فيها رجلاً من المسلمين، فنزل قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران: ٧٧]^(٣).

الصورة الثالثة:

"مدح السلعة ليرغب فيها بالكذب".

وقد فسّر النضر بن شميل - وهو من علماء اللغة - النجش بأن تمدح سلعة غيرك لبييعها.. "وكذا فسره في القاموس المحيط"^(٤).

(١) هو عبدالله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي، أبو محمد جلال الدين المالكي، من كتبه: "عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة". ت: ٦١٦ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٩٨/٢٢)، الأعلام (٢٦٩/٣).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٤٢٨/٢).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ما يكره من الحلف في البيع (فتح ٣٩٧/٤) رقم (٢٠٨٨).

فائدة: ومن نصَّ على هذه الصورة وجعلها من النجش الزركشي في شرحه لمختصر الخزقي (٦٤٥/٣)، وكذا ابن تيمية في ظاهر قوله، يراجع مجموع الفتاوى (٣٥٩/٢٩) و(١٦٣/٣٠) ومختصر الفتاوى المصرية (ص ٣٢٣).

(٤) انظر: لسان العرب (٣٥١/٦)، القاموس المحيط (ص ٧٨٣).

وقد ذكر النووي في شرحه لصحيح مسلم: "عن بعض علماء اللغة أنه فسر النجش بالمدح والإطراء ثم قال: "وعلى هذا معنى الحديث: "لا يمدح أحدكم السلعة ويزيد في ثمنها بلا رغبة"^(١).

وقد فسر علاء الدين الحصكفي الحنفي النجش: "بأن يزيد ولا يُريد الشراء أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه"^(٢).

وكذا عند الشافعية كما في الحاشية على تحفة المحتاج^(٣).

فعلى هذا فتدخل هذه الصورة في معاني النجش؛ لأن من معانيه المدح والإطراء^(٤).

الصورة الرابعة:

"ذمُّ السلعة وتَعْيُبُهَا، لثلاث تنفق، فيظن البائع أن قيمتها الحقيقية هي بما أوصلها الذمُّ فيبيعها برخص".

وهذه الصورة جعلها من النجش النضر بن شميل حينما عرفَّ النجش بقوله: "أن تمدح سلعة غيرك لبيعها، أو تدمها لثلاث تنفق عنه"^(٥).

ولا مانع من دخول هذه الصورة في معنى النجش، ذلك لأن إماماً من أئمة اللغة - وهو النضر بن شميل - قد أدخلها في معنى النجش؛ ولأن من معاني النجش في اللغة: الإثارة والحتل والخذية، فذم المشتري أو غيره السلعة حتى يخدع بذلك البائع يدخل في معنى النجش الذي هو إثارته حتى يبيعها بثمان بخس.

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١٥٩/١٠).

(٢) الدر المختار في شرح تنوير الأبصار (١٠١/٥) الموجود مع حاشية ابن عابدين.

(٣) وهي حاشية الشرواني على تحفة المحتاج (٣١٥/٤).

(٤) انظر: القاموس المحيط ص (٧٨٣)، والنهاية في غريب الحديث (٢١/٥).

(٥) انظر: لسان العرب (٣٥١/٦).

وهذه الصورة تحصل كثيراً في معارض السيارات وغيرها، فقد يأتي المشتري فيقول للبائع: لقد عرض عليّ ما هو أحسن من سلعتك بمثل ثمن سلعتك، أو بأقل منه، أو يُرسل إلى البائع أجنبياً ليقول للبائع إن سيارتك لا تساوي أكثر من كذا وكذا، أو أنت رابح إن بعته بهذا السعر، فيغترّ البائع بذلك ويثيره هذا الكلام، فيضطر حينئذٍ إلى بيع سلعته بالسعر الذي قيل له، وكلُّ هذا من أكل أموال الناس بالباطل، ولا حول ولا قوة إلا بالله.

وقد أوماً إلى هذا أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله - كما في مجموع الفتاوى، ولولا خشية الإطالة لنقلته بنصه لأهميته^(١).

الصورة الخامسة:

"فتح باب السعر في الدلالة وهو لا يريد شراءها".

وهذا يكون في أول بدء المناذاة في الحراج على سلعة معينة، فيأتي شخص عارف بالسعر وبالسوق، فيفتح السعر، ثم يتزايد الناس، قال الخرشبي: "وكان بالكتبيين بتونس رجل مشهور بالصلاح عارف بالكتب، يستفتح للدالين ما يبنون عليه في الدلالة، ولا غرض له في الشراء"^(٢).

وقد اختلف أهل العلم في هذه الصورة وعدّها من النجش المحرم، فأما على مذهب الذين يرون بأن السلعة إذا لم تبلغ قيمتها، يجوز الزيادة في السلعة ممن لا يريد شراءها، حتى تبلغ قيمتها، وهم الأحناف^(٣)، وبعض المالكية كابن العربي، وابن عبد البر^(٤) وابن حزم الظاهري^(٥) وغيرهم.

(١) انظر: مجموع الفتاوى (١٠٢/٢٨).

(٢) انظر: شرح الخرشبي (٨٢/٥).

(٣) انظر: فتح القدير (٢٣٩/٥)، حاشية ابن عابدين (١٣٢/٤).

(٤) انظر: شرح الخرشبي (٨٢/٥)، فتح البر في الترتيب الفقهي لابن عبد البر (٢١٦/١٢)، فتح الباري

(٤٤٨/٤).

(٥) انظر: المحلى (٤٤٨/٨).

فيمكن أن يخرج قولهم هذا على جواز هذه الصورة - أعني فتح باب السعر ممن لا يريد الشراء ممن هو عارف بالسعر - ؛ لأنه لا تغرير ولا خداع في ذلك ، بل هو لمصلحة بيع السلعة ، وقد صرح ابن العربي وهو من القائلين بذلك بجواز هذه الصورة^(١) ، وهو ظاهر قول مالك على تفسير ابن عرفة له^(٢) ، ومنع هذه الصورة الخرشية على تفسير الجمهور للنجش بأنه الذي يزيد في السلعة وهو لا يريد شراءها^(٣) .

وإطلاق المنع حتى على تفسير الجمهور للنجش ليس بجيد ، وذلك لأن من القائلين بهذا التفسير من أهل العلم من صرح بجواز هذه الصورة واستثناها من النجش ، كما في حاشية العبادي الشافعي^(٤) على تحفة المحتاج ، حيث قال - رحمه الله - : " ويستثنى - أي من النجش - ما يسمى في العرف فتح الباب من عارف يرغب في فتحه ؛ لأنه لمصلحة بيع السلعة ؛ لأن بيعها في العادة يحتاج فيه إلى ذلك"^(٥) . اهـ .

وقد نقل الشيخ العدوي المالكي^(٦) عن بعض الشراح قوله : " والظاهر أن مسألة الرجل المستفتح بالكتبيين جائزة على كل قول نظراً للمعنى ، إذ

(١) انظر : شرح الخرشية (٨٣/٥) .

(٢) انظر : شرح الخرشية (٨٣/٥) ، حاشية على الشرح الكبير (٦٨/٣) .

(٣) انظر : شرح الخرشية (٨٣/٥) .

(٤) هو أحمد بن القاسم الصبّاغ العبّادي ثم المصري الشافعي الأزهري ، شهاب الدين ، فاضل من أهل مصر ، له حاشية على شرح جمع الجوامع في أصول الفقه ، وحاشية على تحفة المحتاج ، مات سنة ٩٩٤ هـ بالمدينة عائداً من الحج . انظر : شذرات الذهب (٤٣٤/٨) ، الأعلام (١٩٨/١) .

(٥) حاشية العبادي على تحفة المحتاج (٣١٥/٤) .

(٦) هو علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ، فقيه مالكي مصري ، كان شيخ الشيوخ في عصره ، ولد في بني عدي (بالقرب من منفلووط) ، وله عدة كتب وحواشي منها " حاشية على شرح الخرشية على مختصر خليل ، و" حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني " . توفي في القاهرة سنة ١١٨٩ هـ . انظر : هداية العارفين (٧٦٩/٥) ، الأعلام (٢٦٠/٤) .

المعنى الذي أوجب النهي في النجش منتفياً في مسألة الرجل المذكور، بل وتفسير مالك والمازري^(١) لا يشملها، وهو عين ما يفعله مشايخ الأسواق بمصر العارفون بأثمان السلع؛ يفتتحون لدلال دون ثمنها؛ ليبنى على ذلك من كان له غرض فيها؛ لأنهم إنما يفعلون ذلك مخافة أن يفتح جاهل بأكثر من ثمنها فيضرب غيره^(٢). اهـ.

وما قاله - رحمه الله - هو الصواب - والله أعلم - ، وذلك لأن النجش إنما حرمَ ومُنِعَ لأجل الضرر بأحد المتعاقدين ، وقد سبق أن من معاني النجش الزيادة في السلعة حتى لا يتضرر المشتري ، أو ذمها وتقليلها لثلاث تنفق فيتضرر البائع ، وعليه فإن فتح السعر ممن هو عارف بأثمان السلع قد حمى الطرفين من أن يتضررا ، والشارع لا ينهى عما فيه مصلحة ونفع للطرفين ، والشريعة إنما جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها ، وتقليل المفاسد وتعطيلها.

الصورة السادسة:

ما سئل عنه مالك - رحمه الله - عن ثلاثة أشراك في سلعة أرادوا التفاضل فيها ، فقال أحدهم لآخر منهم : أخرج منها إذا تقاومنا ليقتدي بك الثالث ، فيكون بيني وبينك نصفين.

(١) هو: محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي ، أبو عبد الله المازري ، الفقيه المالكي ، ولد بمازر ، بلدة في جزيرة صقلية ، وإليها ينسب ، كان واسع العلم ، بلغ درجة الاجتهاد ، وله تأليف تدل على فضله وتبحره ، منها: في الحديث "المعلم في شرح صحيح مسلم" ، و"شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب المالكي". ت: سنة ٥٣٦هـ. انظر: شذرات الذهب (٤/١١٤) ، وفيات الأعيان (٤١٣/٣).

(٢) حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل (٨٣/٥).

وهذه الصورة نهى عنها الإمام مالك - رحمه الله - ، ورأى أن في ذلك تغيراً وخدعة وتديساً على الثالث^(١) ، وقال ابن شاس : " وصار هذا في معنى النجش "^(٢) . اهـ ، بيد أن هذا ليس أمراً متفقاً عليه .

فقد رأى ابن حبيب^(٣) - وهو من أئمة المالكية - أن ذلك ليس من النجش وعزاه إلى أصبغ^(٤) ، فقال ابن حبيب : " لم يأخذ بها أصبغ ، ولم يره من النجش ، وبه أقول ؛ لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته ، إنما أمسك على الزيادة ، فيرخصه على نفسه ، وعلى صاحبه ، فلا بأس بذلك "^(٥) .

* * *

(١) انظر : عقد الجواهر الثمينة (٤٢٨/٢) .

(٢) عقد الجواهر الثمينة (٤٢٩/٢) .

(٣) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون ، من أئمة المالكية المتقدمين ، صاحب الواضحة في السنن والفقه ، ت : سنة ٣٢٨ هـ . انظر : ترتيب المدارك (٣٠/٢) ، والديباج المذهب (٨/٢) .

(٤) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرغ بن سعيد بن نافع ، الفقيه المالكي المصري ، ت : سنة ٢٢٥ هـ . انظر : ترتيب المدارك (٥٦١/١) ، والديباج المذهب (٢٩٩/١) .

(٥) عقد الجواهر (٤٢٩/٢) .

المطلب الثاني

أثر الغش في النجش

سبق أن أوضحنا أنه لا خلاف بين الفقهاء -رحمهم الله- في حرمة النجش^(١)، وإنما الخلاف في أثر الغش في النجش في صحة العقد أو فسادة، وقد اختلف أهل العلم في ذلك على أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢) والشافعية في قول^(٣) إلى أن النجش لا يؤثر في العقد فيبقى العقد صحيحاً نافذاً، ولا خيار للمشتري.

ادلتهم:

الدليل الأول: قالوا: إن العقد قد تمّ فيه بأركانه وشروطه، وإن النهي الوارد فيه يعود إلى الناجش لا إلى العقد ذاته ولا إلى وصفه، فلا يؤثر فيه^(٤)، قال ابن حزم: "والبيع غير النجش وغير الرضا بالنجش، وإذا هو غيرهما فلا يجوز أن يُفسخ بيعٌ صحّ بفساد شيءٍ غيره، ولم يأتِ نهْيٌ قط عن البيع الذي ينجش فيه الناجش"^(٥). اهـ.

الدليل الثاني: قالوا: لأن هذا ليس بعيب في نفس المبيع كالمصراة المدلس بها، وإنما هو كالمدح وشبهه، والزيادة إنما زادها المشتري باختياره، وقد كان يجب

(١) انظر: فتح الباري (٤/٤٤٧)، بداية المجتهد (٣/٣٢٢)، فتح القدير (٥/٢٣٩)، شرح الزركشي (٣/٦٤٥).

(٢) انظر: فتح القدير مع شرح العناية (٥/٢٣٩-٢٤٠)، البحر الرائق (٦/١٦٣)، الاختيار (٢/٢٦٠).

(٣) انظر: المهذب (١/٢٩١)، الحاوي الكبير (٦/٤٢١)، روضة الطالبين (٣/٤١٦).

(٤) انظر: المهذب (١/٢٩١)، فتح القدير (٥/٢٤٠)، الاختيار (٢/٢٦٠)، فتح البر في الترتيب

الفقهي لتمهيد ابن عبد البر لابن عبد البر (١٢/٢١٧).

(٥) المحلى (٨/٤٤٨).

عليه التحفظ، والتأمل، والاستعانة بمن يميّز ويعرف ثمن المبيع، إذن لا بد أن يتحمل مسؤولية ما أقدم عليه وجزاء تسرعه وعدم تأنيه^(١).

المناقشة:

يمكن أن نناقش هذه الأدلة بأنها لا تدل على أكثر من أن العقد صحيح، وهذا ما لا ننكره، أما على كون المشتري ليس له الخيار؛ لأنه لم يتحفظ ولم يستفسر.... فغير مسلم به؛ ذلك لأن الشرع المطهر لا يكلف العبد ما لا يطيق، ووجود التغيرير والخديعة في العقد أمرٌ لا طاقة للحصيف بمعرفته إلا بكلفة ومشقة، ولو قلنا ذلك لما قيل بثبوت الخيار في أي تدليس.

القول الثاني: ذهب مالك في رواية اختارها القاضي عبدالوهاب^(٢) وأحمد في رواية اختارها أبو بكر^(٤)^(٥)، ونقله ابن المنذر^(٦) عن طائفة من أهل

(١) انظر: الحاوي الكبير (٤٢١/٦) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٣١٦/٤)، حاشية قليوبي (١٨٤/٢)، فتح البر (٢١٧/١٢).

(٢) هو القاضي عبدالوهاب بن نصر البغدادي، أبو محمد، أحد أئمة المذهب المالكي والمحققين فيه، صاحب تصانيف عظيمة منها: "المعونة على مذهب عالم المدينة، والتلقين". ت: سنة ٤٢٢هـ. انظر: ترتيب المدارك (٦٩١/٢).

(٣) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (١٠٣٣/٢) ط. المكتبة التجارية، عقد الجواهر الثمينة (٤٢٨/٢).

(٤) هو عبدالعزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد، أبو بكر، المعروف بفلام الخلال، الفقيه الحنبلي، وإذا أطلق "أبو بكر" في كتب الخطاب فهو المقصود، من كتبه "الشافى"، "التنبيه". ت: سنة ٣٦٣هـ. انظر: المنهج الأحمد (٥٦/٢).

(٥) المغني (٣٠٥/٦)، الإنصاف (٣٣٩/١١)، كتاب التمام لما صح في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام، للقاضي أبي الحسين ابن الفراء (٢٢/٢).

(٦) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو بكر الفقيه المجتهد، الحافظ للحديث، من علماء الخلاف والفقه المقارن، من كتبه "الإشراف في مذاهب الأشراف" ت: سنة ٣٠٩هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (٧٨٢/٣).

الحديث^(١) إلى أن العقد باطل.

أدلتهم:

الدليل الأول:

الأحاديث الصحيحة السابقة التي تدل على أن النبي ﷺ نهى عن النجش^(٢)، والنهي يقتضي التحريم والفساد؛ ما لم يكن هناك صارفٌ، ولا صارفٌ في النهي عن النجش.

الدليل الثاني:

قالوا: ولأن أكل البائع الزيادة بلا عوض ربا، والربا باطل ولا يصح، وقد حكم الصحابي عبدالله بن أبي أوفى بأن الناجش آكلٌ للربا، فقال ﷺ: "الناجش آكل ربا خائن"^(٣)، قال الحافظ ابن حجر: "وأطلق ابن أبي أوفى على من أخبر بأكثر مما اشترى به أنه ناجش؛ لمشاركته لمن يزيد في السلعة، وهو لا يريد أن يشتريها في غرور الغير، فاشتركا في الحكم لذلك، وكونه آكل ربا بهذا التفسير"^(٤).

قال القاضي عبدالوهاب: "ولأن فيه مضرة على الناس وإفساداً لمعايشهم؛ لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر ويعتقدوا أنها تساوي ما يبذلونه فيها، وذلك فساد وضرر فوجب فسخه"^(٥).

(١) انظر: فتح الباري (٤/٤٤٧).

(٢) سبق تخريج هذه الأحاديث في مبحث حكم النجش.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: النجش، ومن قال لا يجوز ذلك البيع (فتح

٤/٤٤٦).

(٤) فتح الباري (٤/٤٤٨).

(٥) المعونة في مذهب عالم المدينة (٢/١٠٣٣).

المناقشة:

أولاً: لا يُسَلَّم أن مطلق النهي يدل على الفساد مطلقاً - كما سبق تفصيله - ، ولو سُلِّم بذلك ؛ فإن النهي لم يوجه إلى العقد مطلقاً، وإنما وجه نحو النجش ، وهو غير العقد^(١) ، قال الشافعي - رحمه الله - مبيناً أن نهي الرسول ﷺ لا يدل على الفساد هنا: "لأن البيع جائز لا تفسده معصية رجل نجش عليه ؛ لأن عقده غير النجش ، ولو كان بأمر صاحب السلعة ؛ لأن الناجش غير صاحب السلعة ، فلا يفسد البيع إن فعل الناجش ما نهى عنه ، وهو غير المتبايعين ، فلا يفسد على المتبايعين بفعل غيرهما ، وأمر صاحب السلعة بالنجش معصية منه ، ومن الناجش معصية"^(٢) . اهـ.

ثانياً: إن دليلهم الثاني لا يدل على أكثر من التحريم وهذا مسلّم به ، ولو فرض جدلاً أن هذا يدل على البطلان فهو اجتهاد صحابيٍّ ، وهو قابل للإصابة أو الخطأ ، فلا يكون حجة ، كما أن قوله ﷺ: "الناجش آكل ربا" لا يستلزم منه التشابه الكامل بين هذا العقد الذي فيه النجش وبين الربا في كل النواحي ، بل يكفي أن يكون وجه الشبه هو الحرمة فقط ، وذلك لأن الربا في الشرع غير متحقق تماماً في النجش.

ثالثاً: ثم إن قولهم إن فيه مضرّةً على الناس وإفساداً لمعايشهم فيقال: إن النهي إنما هو لحق الآدمي ، فلم يفسد العقد ، كتلقي الركبان وبيع المعيب وفارق ما كان لحق الله تعالى ؛ لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار بين الإمضاء والفسخ^(٣) ،

(١) انظر: المحلى (٤٤٨/٨) ، فتح القدير (٢٤٠/٥) ، الاختيار (٢٦٠/٢) ، تحفة المحتاج (٣١٦/٤).

(٢) الأم (١٠٩/٣).

(٣) انظر: المغني (٣٠٥/٦).

ولهذا قال ابن العربي - رحمه الله - : "الفسخ - أي بطلان العقد - خروج عن طريق النظر.." (١).

القول الثالث:

ذهب مالك في المشهور عنه (٢)، والشافعي في قول (٣)، وأحمد في المشهور عنه (٤)، وابن حزم (٥) - رحمهم الله - إلى أن العقد صحيح لكنه غير لازم، فللمشتري الخيار بين الرد والإمساك.

دليلهم:

استدل أصحاب هذا القول بما استدل به أصحاب القول الأول عدا ما يدل على عدم ثبوت الخيار، وقالوا: إن رسول الله ﷺ جعل لمشتري المصراة الخيار إذا علم بعيب التصرية، ولم يقض بفساد البيع، ومعلوم أن التصرية غش ومكر وخديعة، فكذلك النجش يصح فيه البيع، ويكون المبتاع بالخيار من أجل ذلك قياساً ونظراً، والله أعلم (٦).

القول الرابع:

بعد هذا العرض لأدلة كل فريق وما ورد عليه من مناقشة يظهر أن القول الرابع هو القول الثالث؛ لقوة أدلتهم ووجهاتها؛ وذلك لأن النجش يؤدي إلى إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، ولا يمكن أن يقال لا خيار للمشتري مع صحة العقد

(١) أوجز المسالك (١١/٣٨٧).

(٢) انظر: شرح الخرشي (٥/٨٢-٨٣)، بداية المجتهد (٣/٣٢٢)، فتح البر (١٢/٢١٧).

(٣) انظر: المهذب (١/٢٩١)، شرح منهاج الطالبين لجلال الدين المحلي (٢/١٨٤).

(٤) انظر: المغني (٦/٣٠٥)، المقنع (١١/٣٣٩)، كتاب التمام (٢/٢١).

(٥) انظر: المحلي (٨/٤٤٨).

(٦) انظر: فتح البر (١٢/٢١٧).

- كما ذهب إليه أصحاب القول الأول - لأن رفع الضرر عن المتضرر متعينٌ وواجب ورفعه إما بفسخ العقد وبطلانه بالكلية - كما ذهب إليه أصحاب القول الثاني - وإما بمنح العاقد المتضرر حق الخيار ليتدارك به ما فاته من نفع ، أو ليتلافى ما لحقه من ضرر ، أو لإزالة الضيم الذي أصابه بسبب التفرير والخديعة.

وفسخ العقد بالكلية يُشكّل عليه أن الشارع صحّ عقوداً وقع فيها مكر وخديعة - كمتلقي الركبان وبيع المصراة - ولكن جعل للمتضرر الخيار ، فالنجش كذلك ؛ لأن الشرع لا يفرّق بين المتماثلات ، وما دام أن هذا الضرر يمكن جبره بالخيار فيثبت له . والله أعلم .

* * *

المبحث الثالث

الغش في تلقي الركبان وأثره على العقد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

صورة الغش في تلقي الركبان

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول

تفسير متلقي الركبان

وقد يُعبر عنه بتلقي الجلب، أو بتلقي السلع، أو بتلقي الركبان، والجلب - بفتحيتين - بمعنى الجالب، أو هو بمعنى المجلوب، فهو فعل بمعنى مفعول^(١).

والركبان - جمع راكب - والتعبير به جرى على الوصف الغالب، والمراد القادم، ولو واحداً أو ماشياً^(٢)، والمقصود بهذه الألفاظ واحد، وهو: أن يتلقى شخص أو أكثر جالب الطعام أو السلعة، فيتعاقد معه - بيعاً أو شراءً - قبل دخوله السوق؛ سواء لبس عليه في السعر أو لا^(٣).

(١) انظر: المصباح المنير، مادة: جَلَبَ (١/١٢٧).

(٢) انظر: تحفة المحتاج (٤/٣١١).

(٣) انظر في ذلك: فتح القدير (٥/٢٤٠)، البدائع (٥/٢٣٢)، شرح الخرشبي (٥/٨٤)، المعونة (٢/١٠٣٣)، الأم (٣/١١١)، المهذب (١/٢٩٢)، شرح المحلى على المنهاج (٢/١٨٣)، المغني

(٦/٣١٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٢).

وقد ذكر بعض الشافعية أن من تلقى المحرم، أن يخبرهم بكثرة المؤونة عليهم في الدخول، أو يخبرهم بكساد ما معهم، أو غير ذلك مما فيه غبنهم^(١).

الفرع الثاني

حكم متلقي الركبان التكليفي

ذهب عامة أهل العلم إلى أن تلقي الركبان حرام، وأن المتلقي عاصٍ وآثم، وهذا قول الأحناف^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) والظاهرية^(٦)؛ لما ثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ "نهى أن تتلقى الركبان"^(٧).

وفي رواية: "لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق"^(٨).

وفي رواية: "لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار"^(٩).

(١) انظر: فتح الباري (٤/٤٧٣).

(٢) انظر: فتح القدير (٥/٢٣٩-٢٤٠).

(٣) انظر: فتح البر (١٢/١٨٦)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٧٠).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٦/٤٢٨)، روضة الطالبين (٣/٤١٥).

(٥) انظر: المغني (٦/٣١٣)، الإنصاف (١١/٣٣٥).

(٦) انظر: المحلى (٨/٤٤٩).

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: هل يبيع حاضر لباد بغير أجر؟ وهل يعينه أو ينصحه؟ (فتح ٤/٤٦٦) رقم (٢١٥٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي (٣/١١٥٧) رقم (١٥٢١) من حديث ابن عباس واللفظ له.

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: النهي عن تلقي الركبان، وأن يبعه مردوداً (فتح ٤/٤٧٠) رقم (٢١٦٥)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب (٣/١١٥٦) رقم (١٥١٧) كلاهما من حديث ابن عمر، واللفظ للبخاري.

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: تحريم تلقي الجلب (٣/١١٥٧) رقم (١٥١٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

"والنهي للتحريم ؛ لأنه خداع في البيع ، والخداع لا يجوز"^(١).

إلا أن بعض الفقهاء اشترط في ثبوت الحرمة شروطاً ، فالحنفية ذهبوا إلى أن التلقي إنما يكره الكراهة التحريمية في حالتين :

الحالة الأولى : أن يضرّ التلقي بأهل السوق بأن يتلقاهم وبأهل المصر حاجة وقحط ، فيشتري من الركبان لبيعه على أهل السوق بزيادة فيضرّ بهم.

الحالة الثانية : أن يلبس السعر على الواردين بأن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد^(٢).

والراجح هو قول جمهور العلماء القائلين بجرمة التلقي للنصوص الدالة على حرمة مطلقاً^(٣) ، ولو لم يحصل تلبس ، وقد وافق بعض الشافعية الحنفية في الحالة الثانية^(٤).

كما أن المعتبر عند الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية^(٥) ، وعليه ذهب إسحاق بن راهويه والليث بن سعد^(٦) والبخاري^(٧) أن النهي عن التلقي إلى

(١) صحيح البخاري (فتح ٤/٤٧٠)، وهذا من قول البخاري نفسه.

(٢) انظر: فتح القدير (٥/٢٤٠)، الاختيار (٢/٢٦٠)، البدائع (٥/٢٣٢).

(٣) انظر: شرح الخرشي (٥/٨٤-٨٥)، فتح البر (١٢/١٨٦)، المهذب (١/٢٩٢)، تحفة المحتاج (٤/٣١١)، المغني (٦/٣١٣).

(٤) انظر: فتح الباري (٤/٤٧٢).

(٥) فتح البر (١٢/١٨٦)، العناية شرح الهداية (٥/٢٤٠)، المغني (٦/٣١٢-٣١٣)، المحلى (٨/٤٤٩).

(٦) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي بالولاء، المصري، شيخ الديار المصرية، وإمام عصره فقهاً وحديثاً، صاحب مذهب، إلا أن تلاميذه لم يقوموا به. ت: سنة ١٧٥هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٨/١٣٦).

(٧) انظر: فتح الباري (٤/٤٧٣).

أن يصل الركبان السوق، في حين ذهب الشافعية^(١) إلى أن المعتبر هو البلد، فعلى هذا لو خرج المتلقي عن السوق ولم يخرج عن البلد، فلا يدخل في النهي عند الشافعية، ويدخل في النهي عند الجمهور.

وقد علّل الشافعية فيما ذهبوا إليه بأن قالوا: "إن الركبان - أصحاب السلع - إذا قدموا البلد أمكنهم معرفة السعر، فإن لم يفعلوا ذلك فهو من تقصيرهم"^(٢).
والراجع ما ذهب إليه جمهور أهل العلم لظاهر النصوص الدالة على ذلك،
منها:

ما ثبت عن عبدالله بن عمر رضي الله عنه قال: "كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام، فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام"^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

قال الحافظ: "فدل على أن التلقي إلى أعلى السوق جائز، فإن خرج عن السوق، ولم يخرج عن البلد... فظاهر الحديث على أنه داخل في النهي"^(٤).

* * *

(١) انظر: روضة الطالبين (٤١٥/٣)، تحفة المحتاج (٣١٢/٤).

(٢) تحفة المحتاج مع حواشيه (٣١٢/٤)، فتح الباري (٤٧٣/٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: منتهى التلقي (فتح ٤٧٢/٤) رقم (٢١٦٦).

(٤) فتح الباري (٤٧٣/٤).

الفرع الثالث

الحكمة في النهي عن التلقي

اختلف أهل العلم في المعنى الذي نُهي فيه عن التلقي على ثلاثة أقوال:
القول الأول: ذهب الأحناف^(١) إلى أن المعنى الذي نُهي فيه عن التلقي، إنما هو
من أجل الضرر بأهل السوق، أو التلبيس على أهل الركبان، فإذا لم يحصل ضرر
ولا تلبيس، فلا بأس حينئذٍ بالتلقي.

ووجه هذا القول عندهم:

قالوا: قد جاء ما يفيد إباحة التلقي، من ذلك ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال:
كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من
مكانه^(٢). وفي رواية عنه ﷺ أنهم كانوا يشترون الطعام من الركبان، على عهد
رسول الله ﷺ فيبعث عليهم من يمنعهم أن يبيعوه حيث اشتروه، حتى ينقلوه حيث
يباع الطعام^(٣).

قال أبو جعفر الطحاوي^(٤): "ففي هذه الآثار إباحة التلقي، وفي الأول النهي
عنه، فأولى بنا أن نجعل ذلك على غير التضاد والخلاف، فيكون ما نهى عنه من

(١) انظر: فتح القدير (٥/٢٣٩-٢٤٠)، بدائع الصنائع (٥/٢٣٢).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣/١١٦١) رقم
(١٥٢٧).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ما ذكر في الأسواق (فتح ٤/٤٢٦) رقم
(٢١٢٣).

(٤) هو أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك، أبو جعفر الطحاوي، الفقيه الحنفي المحدث المتكلم، له
مصنفات مشهورة منها "شرح معاني الآثار"، "اختلاف العلماء". ت: سنة ٣٢١هـ. انظر: الأعلام
(١/١٩٧).

التلقي، لما في ذلك من الضرر على غير المتلقين والمقيمين في الأسواق، ويكون ما أُبيح من التلقي هو الذي لا ضرر فيه على المقيمين في الأسواق"^(١).
قالوا: وما كان لأجل التلبيس فقد حُرِّم لأنه خديعة وتغرير وغش"^(٢).

القول الثاني: مذهب الإمام مالك والليث بن سعد^(٣) وغيرهما، قالوا: إن النهي إنما هو لأجل الرفق بأهل الأسواق؛ "ثلاثا يقطع بهم عما له جلسوا يبتغون من فضل الله، فُئهي عن التلقي لما فيه من الفساد"^(٤) "من تفرّد المتلقي برخص السلعة دون أهل الأسواق"^(٥)، واستدلوا بقوله ﷺ: ".. ولا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق"^(٦).

وجه الدلالة:

قالوا إنه علق النهي بالهبوط في السوق مما يدل على أن الغرض هو مراعاة أهل السوق، ولهذا يُعطى الخيار لهم"^(٧).

القول الثالث: ذهب الشافعي^(٨) والإمام أحمد^(٩) إلى أن المعنى الذي نُهي فيه عن التلقي إنما هو لأجل الرفق بصاحب السلعة، ثلاثا يبخس في ثمن سلعته.

(١) شرح معاني الآثار (٨/٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٣٢/٥).

(٣) انظر: فتح البر (١٨٧/١٢)، بداية المجتهد (٣١٩/٣).

(٤) فتح البر (١٨٧/١٢).

(٥) بداية المجتهد (٣١٩/٣).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: النهي عن تلقي الركبان، وأن يبعه مردود (فتح ٤٧٠/٤) رقم (٢١٦٥) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٧) انظر: فتح البر (١٨٧/١٢).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (٤٢٨/٦)، شرح المحلى على منهاج الطالبين (١٨٣/٢).

(٩) انظر: المغني (٣١٣/٦).

واستدل لهذا القول بما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: "لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار"^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: ففي هذا الحديث: جعل النبي ﷺ الخيار لصاحب السلعة إذا أتى السوق؛ لأنه إذا أتى السوق علم هل هو مغبون أو لا؟، وهذا يدل على أن المعنى الذي نُهي فيه عن التلقي؛ إنما كان رفقاً بصاحب السلعة^(٢).

الراجح:

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث؛ لأن النصَّ ظاهر فيه، ولا قول لأحد بعد قول رسول الله ﷺ.

* * *

(١) سبق تخريجه صفحة (١٢٥).

(٢) انظر: المغني (٣١٣/٦-٣١٤)، تحفة المحتاج (٣١٢/٤).

المطلب الثاني

أثر الغش في تلقي الركبان

القصود من تلقي الركبان إما أن يكون لأجل الشراء منهم ، وهذا هو الأصل ، وإما أن يكون لقصود البيع عليهم ، وفي كلا الحالتين غش بهم وتغريب لعدم معرفتهم بأحوال السوق ، وأسعار السلع ، وسوف أبيّن في هذا المطلب أثر الغش في تلقي الركبان لقصود الشراء منهم ، أو البيع عليهم في فرعين :

الفرع الأول

أثر الغش في التلقي لقصود الشراء منهم

اختلف أهل العلم في أثر الغش في التلقي لقصود الشراء منهم ، على العقد على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الإمام أحمد في رواية^(١) ، وبعض أصحاب الإمام مالك كابن حبيب^{(٢)(٣)} ، وهو الظاهر من كلام الإمام البخاري^(٤) إلى أن عقد متلقي

(١) انظر : المغني (٦/٣١٣).

(٢) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الإلبيري القرطبي ، الفقيه المالكي الأديب المؤرخ ، انتهت إليه رئاسة المالكية في الأندلس بعد يحيى بن يحيى ، من أشهر كتبه "الواضحة في الفقه والسنن" ، توفي : سنة ٢٣٨هـ . انظر ترتيب المدارك (٢/٣٠) ، تذكرة الحفاظ (١/٥٣٧) .

(٣) انظر : المنتقى للبايجي (٥/١٠٢) ، فتح البر (١٢/١٨٩) ، عقد الجواهر الثمينة (٢/٤٣٢) .

(٤) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ، أبو عبد الله البخاري الجعفي ، إمام المسلمين في الحديث ، والحافظ المؤرخ ، جمع نحو ستمائة ألف حديث ، واختار منها "الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه" المعروف بصحيح البخاري ، وهو أصح كتاب بعد كتاب الله تعالى ، توفي سنة ٢٥٦هـ . انظر : تذكرة الحفاظ (٢/٥٥٥) ، تاريخ بغداد (٢/٤) .

الركبان باطل؛ لورود النهي عن ذلك، والنهي يقتضي الفساد، قال البخاري -رحمه الله-: "وأن بيعه مردود؛ لأن صاحبه عاصر آثم إذا كان به عالماً، وهو خداع في البيع، والخداع لا يجوز"^(١).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال: بأن قولهم بأن النهي يقتضي الفساد غير صحيح؛ لأن النهي إنما يقتضي الفساد إذا كان راجعاً إلى ذات النهي عنه، لا ما إذا كان راجعاً إلى أمر خارج عنه كما في بيع المصرة، حيث اتفقوا على صحة العقد، ولذا قال الحافظ ابن حجر راداً على كلام البخاري في ذلك: "وقد تعقبه الإسماعيلي"^(٢) وألزمه التناقض ببيع المصرة، فإن فيه خداعاً، ومع ذلك لم يبطل البيع"^(٣). بل لقد قال ابن خويز مندداً^(٤) وهو من أئمة المالكية الكبار: "البيع في تلقي السلع صحيح على قول الجميع، وإنما الخلاف هو أن المشتري لا يفوز بالسلعة، ويشركه فيها أهل الأسواق - ولا خيار للبائع - أو أن البائع بالخيار"^(٥). القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن عقد المتلقي صحيح نافذ، ولا خيار فيه^(٦)، وقول للإمام مالك إلا أنه قال: "فإن عاد أدب ولا يُتزع منه شيء"^(٧).

(١) صحيح البخاري (فتح ٤/٤٧٠).

(٢) هو أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل بن العباس، أبو بكر الإسماعيلي، الفقيه الشافعي الحافظ، جمع بين الفقه والحديث، من كتبه: "المستخرج على صحيح البخاري" ت: سنة ٣٧١ هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٧/٣).

(٣) فتح الباري (٤/٤٧٠-٤٧١).

(٤) هو محمد بن حمد بن عبدالله، وقيل: محمد بن أحمد بن علي بن إسحاق بن خويز مندداً، الفقيه المالكي، له كتاب كبير في الخلاف. ت: سنة ٣٩٠ هـ تقريباً. انظر لسان الميزان (٥٩١).

(٥) سبق تخريجه صفحة (١٢٥).

(٦) انظر: فتح القدير (٥/٢٣٩-٢٤٠)، بدائع الصنائع (٥/٢٣٢)، الاختيار (٢/٢٦٠).

(٧) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٤٣١)، و الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٧٠)، القوانين الفقهية (ص ٢٦٢).

وقال الخرشني: "وهذا هو المشهور"^(١) وفي رواية عنه أخذ بها أكثر أصحابه: "أن المتلقي فيما دون ستة أميال يجبر على عرض السلعة على أهل السوق أو أهل البلد، فيشاركه من شاء بالسعر الذي اشتراها به"^(٢).

ووجه ما ذهبوا إليه أن قالوا: إن النهي عن تلقي الركبان لمعنى خارج عن ماهية العقد وصلبه وشرائطه الصحيحة^(٣)، ومستند قول المالكية أن السلعة تكون مشتركة بين أهل السوق والمتلقي، هو أن العلة والمعنى الذي نُهي فيه عن التلقي إنما هو لأجل الضرر بأهل السوق، فلإزالة الضرر تكون مشتركة بين أهل السوق ولا يستأثر بالسلعة واحد دونهم^(٤).

المناقشة:

ويمكن مناقشة استدلالهم بأن يقال: إن ما استدلتهم به لا يمكن أن يدل على أكثر من أن العقد صحيح، أما على كون صاحب السلعة لا خيار له، فهذا مما لا دليل عليه، بل قد ورد النص الثابت في ثبوت الخيار كما هو دليل أصحاب القول الثالث.

القول الثالث: ذهب الشافعية^(٥)، والحنابلة في المشهور عندهم^(٦)،

(١) شرح الخرشني على مختصر خليل (٨٤/٥).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٤٣٢/٢)، فتح البر (١٨٩/١٢)، بداية المجتهد (٣١٩/٣)، شرح الخرشني (٨٤/٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٧٠/٣).

(٣) انظر: فتح القدير (٢٣٩/٥-٢٤٠)، فتح البر (٢١٣/١٢).

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرقي (٨٤/٥)، عقد الجواهر الثمينة (٤٣٢/٢)، فتح البر (١٨٧/١٢) وما بعدها.

(٥) انظر: المهذب (٢٩٢/١)، مغني المحتاج (٣٩٠/٢)، نهاية المحتاج (٤٦٧/٣)، روضة الطالبين (٤١٥/٣).

(٦) انظر: المغني (٣١٣/٦)، المحرر في الفقه للمجد ابن تيمية (٣٢٩/١).

والظاهرية^(١) إلى أن العقد صحيح لكنه غير لازم حيث إن لأهل السلعة الخيار إذا دخلوا السوق، وقد نسب ابن تيمية هذا القول إلى أكثر الفقهاء^(٢).
استدلوا بقوله ﷺ: (لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار).

والسيد في هذا الحديث هو صاحب السلعة، بدليل ما جاء في رواية صريحة في ذلك وهي: "فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق"^(٣).

وجه الدلالة من هذا الحديث:

قالوا: فهذا الحديث الصحيح يدل على صحة البيع؛ لأنه لم يحكم عليه بالبطلان بل أثبت الخيار، والخيار إنما يكون في بيع صحيح غير لازم.
وقالوا: ويفيد الحديث أيضاً أن الخيار إنما يكون لصاحب السلعة بنص هذا الحديث؛ لأن جعل النبي ﷺ الخيار له؛ يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه، لا لحق غيره، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته^(٤).

الراجع:

بعد عرض الأقوال وما استدل به كل قول؛ يتبين أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث في صحة العقد مع ثبوت الخيار لصاحب السلعة إذا أتى السوق، وذلك لقوة أدلتهم وصراحتها في المقصود، ولضعف ومناقشة أدلة المخالفين. والله أعلم.

* * *

(١) انظر: المحلى (٤٤٩/٨).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (١٠٢/٢٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في التلقي (٧١٨/٣) رقم (٣٤٣٧)، والترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع (٥٢٤/٣) برقم (١٢٢١) والحديث حسنه الترمذي، وهو كما قال.

(٤) انظر: المغني (٣١٣/٦-٣١٤).

الفرع الثاني

أثر الغش في التلقي لقصد البيع عليهم

تبيّن في الفرع الأول أن القول الراجح في تلقي الركبان لقصد الشراء منهم؛ هو صحة العقد مع إثبات الخيار للجالب إذا قدم السوق، وقد اختلف أصحاب هذا القول، في حكم العقد فيما إذا تلقى شخص الركبان بقصد البيع عليهم لا الشراء منهم على قولين:

القول الأول: أنه إذا تلقاهم فباعهم شيئاً، فهو بمنزلة الشراء منهم في تحريم ذلك، وللركبان الخيار إذا وصلوا إلى السوق. وهذا القول هو الأصح عند الشافعية^(١)، وهو مذهب الحنابلة^(٢).

أدلتهم:

١- عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد..)^(٣).

وجه الاستدلال:

أن الحديث قد ورد مطلقاً في النهي عن تلقي الركبان، فيشمل ما إذا تلقاهم للبيع لهم أو للشراء منهم^(٤)؛ لأن ترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال^(٥).

(١) انظر: تكملة المجموع (٢٦/١٣) حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٢٧/٢)، مغني المحتاج (٣٩٠/٢).

(٢) انظر: كشف القناع (٢١١/٣)، الفروع لابن مفلح (٩٥/٤)، المغني (٣١٤/٦).

(٣) سبق تخريجه ص (١٢٥).

(٤) انظر: المغني (٣١٥/٦).

(٥) انظر: المستصفى (٦٨/٢)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٢٣٤)، المسودة (ص ١٠٨).

٢- قالوا: إن العلة في النهي عن تلقي الركبان: هي ما في التلقي من مظنة خديعتهم وغبنهم، وهذا متحقق في البيع لهم كما في الشراء منهم^(١).

القول الثاني: أنه إذا تلقاهم فباعهم شيئاً، فإن ذلك جائز، والعقد صحيح لازم ولا خيار للركبان، وهذا القول قول لبعض الشافعية^(٢).

حُجَّتُهُمْ:

قالوا: لقوله ﷺ: (لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترى منه، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار)^(٣).

وجه الاستدلال:

أن الحديث صريح في أن النهي إنما هو في الشراء منهم دون البيع عليهم، فلا يدخل البيع فيه^(٤)، والأحاديث المطلقة مآلها إلى الأحاديث المقيّدة.

المناقشة:

ويناقش دليل أصحاب القول الثاني بأن يقال: إنه وإن كان لفظ الحديث مختصاً بالشراء فإنه يلحق به ما في معناه، لعدم الفارق، ومعلوم أن البيع في معنى الشراء فيأخذ حكمه.

الترجيح:

مما تقدّم يظهر - والله أعلم - أن الراجح هو القول الأول القاضي بأن البيع عليهم بمنزلة الشراء منهم؛ في صحة البيع مع إثبات الخيار للجالب إذا قدم

(١) انظر: المغني (٣١٥/٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٣٩٠/٢)، حاشيتي قلوبوي وعميرة (٢٢٧/٢)، نهاية المحتاج (٤٦٧/٣).

(٣) سبق تخريجه ص: (١٢٥).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٣٩٠/٢)، المغني (٣١٤/٦).

السوق؛ وعلم أنه قد غُبِنَ، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، وضعف ومناقشة أصحاب القول الثاني.

ثم إن من حكمة النهي عن تلقي الركبان؛ ما في التلقي من مراعاة نفع الجالب وأهل السوق، وهذه حاصلة في البيع لهم أو الشراء منهم^(١). والله أعلم.

فائدة

وهنا يثور تساؤل؛ حول مدى ارتباط الخيار في العقد المذكور؛ هل هو بمطلق التلقي، ولو لم يحصل لصاحب السلعة غبن فيها؟ أم أنه لا بد من الغبن لكي يتحقق لصاحب السلعة الخيار؟

اختلف في ذلك القائلون بثبوت الخيار وهم أصحاب القول الثالث، فذهب الشافعية في وجه^(٢)، والحنابلة في رواية^(٣)، والظاهرية^(٤) إلى أن الخيار غير مقيد بوجود الغبن، بل هو مرتب على مطلق التلقي وقوفاً عند ظاهر النص، في حين ذهب الشافعية في وجه آخر^(٥)، والحنابلة في الرواية الأخرى المشهورة^(٦) إلى أن الخيار إنما يثبت لهم إذا وقع غبن عليهم، فإذا وصلوا السوق، وعرفوا أنهم قد غُبِنوا غبناً خارجاً عن العادة، فلهم الخيار، وهذا هو اختيار أبي العباس ابن تيمية - رحمه

(١) انظر: نيل الأوطار (٢٥٢/٦).

(٢) انظر: المهذب (٥٩٢/١)، فتح العزيز شرح الوجيز (٢١٩/٨)، روضة الطالبين (٤١٥/٣).

(٣) انظر: الإنصاف (٣٣٨/١١) ط. التركي، و مجموع فتاوى ابن تيمية (٧٤/٢٨-١٠٣).

(٤) انظر: المحلى (٤٤٩/٨).

(٥) انظر: فتح العزيز (٢١٩/٨)، وقال الرافعي والنووي (أصحهما لا يثبت الخيار إذا كان بسعر

البلد)، روضة الطالبين (٤١٥/٣).

(٦) انظر: المغني (٣١٤/٦)، المحرر في الفقه (٣٢٩/١)، الإنصاف (٣٣٦/١١).

الله -^(١)، ومستند هذا القول أن قالوا: إن النبي ﷺ لم يثبت له الخيار مطلقاً بل أثبت له الخيار إذا أتى السوق، فيُفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع^(٢)، وهذا القول هو الأظهر. والله أعلم.

* * *

(١) انظر: مجموع الفتاوى (١٠٣/٢٨).

(٢) انظر: المغني (٣١٤/٦)، الشرح الكبير (٣٣٧/١١).

المبحث الرابع

الغش في تفريق الصفقة وأثره على العقد

تمهيد: في تعريف تفريق الصفقة:

التفريق لغةً واصطلاحاً: خلاف الجمع، يُقال فرق فلان الشيء تفريقاً، وتفرقةً إذا بدّده، وتفرّق تفرقاً: ضد تجمّع، كافترق، وانفرد: انفصل^(١).

وفي الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: (لا يجمع بين متفرّق، ولا يُفرّق بين مجتمع خشية الصدقة)^(٢).

أما الصفقة لغةً: من الصَّفَقِ، وهو الضرب الذي يسمع له صوت، يقال: صَفَقْتُ له بالبيع صَفَقاً أي ضربت يدي على يده، وذلك عند وجوب البيع، وكانت العرب إذا وجب البيع، ضرب أحدهما يده على يد صاحبه، وتقول: تصافقوا أي تبايعوا^(٣).

وفي حديث ابن مسعود ﷺ أنه قال: "لا تصلح صفتان في صفقة"^(٤) أراد

(١) انظر: لسان العرب، مادة صفق (٢٩٩/١٠)، والقاموس المحيط مادة فرق (١١٨٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب: لا يجمع بين متفرّق ولا يُفرّق بين مجتمع (فتح ٤٠٠/٣) رقم (١٤٥٠) من حديث أبي بكر الصديق ﷺ.

(٣) انظر: لسان العرب مادة صفق (٢٠٠/١٠)، والقاموس المحيط مادة صفق (ص ١١٦٣).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣٩٣/١) بهذا اللفظ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: الرجل يشتري.. بلفظ "الصفتان في صفقة ربا" وإسنادهما حسن؛ لأجل حال سماك بن حرب، ورواه مرفوعاً الإمام أحمد في مسنده (٣٩٨/١) وفي إسناده ضعف لأجل شريك بن عبدالله القاضي، فإنه صدوق يخطئ كثيراً، وقد تغرّر حفظه منذ ولي القضاء بالكوفة كما قال الحافظ في التقریب (ص ٤٣٦)، وقد رجح العقيلي في الضعفاء (٢٨٨/٣) الموقوف على المرفوع. انظر: التلخيص الحبير (١٤/٣).

بيعتين في بيعة^(١).

أما في الاصطلاح: فتطلق الصفقة على عقد البيع^(٢).

فعلى هذا، فتعريف تفريق الصفقة كما يقول البهوتي^(٣): هي "تفريق ما اشتراه في عقد واحد"^(٤)، والمراد بها هنا كما يقول ابن قدامة^(٥) والشيرازي^(٦)، والحجاوي^(٧) وغيرهم من أئمة المذاهب: "هو أن يجمع بين ما يصح بيعه، وما لا يصح بيعه صفقة واحدة"^(٨)، وذلك أن العقد يحتاج في تكوينه كما هو معلوم إلى مبيع، وثمن، وبائع، ومشتري، وبيع وشراء، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة، وتفريقها^(٩).

(١) انظر: لسان العرب (٢٠٠/١٠).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (١٩/٤)، والمجموع (٣٧٩/٩)، كشف القناع (١٧٧/٣)، حاشية الجمل (٩٤/٣)، والتعريفات (ص ١٤٥).

(٣) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن البهوتي، شيخ الحنابلة بمصر في وقته، من مصنفاته: "الروض المربع شرح زاد المستقنع"، ت: سنة ١٠٥١هـ انظر هدية العارفين (٤٧٦/٢).

(٤) انظر: كشف القناع (١٧٧/٣).

(٥) انظر: المغني (٣٣٥/٦).

(٦) هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، أبو إسحاق الشيرازي، من أئمة الشافعية، صاحب المهذب، ت: سنة ٤٧٦هـ. انظر: شذرات الذهب (٣٤٩/٣).

(٧) هو الإمام العالم موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن أحمد بن عيسى بن سالم شرف الدين، أبو النجاء الحجاوي المقدسي، مفتي الحنابلة بدمشق، من كتبه "الإقناع"، ت: سنة ٩٦٨هـ. انظر السحب الوابلة (١١٣٤/٣).

(٨) انظر: المجموع شرح المهذب (٣٧٩/٩)، المغني (٣٣٥/٦)، الإقناع لطالب الانتفاع (١٧٨/٢)،

العناية شرح الهداية للبايرتي (٨٠/٥) الفتاوى الهندية (١٣١/٣)، عقد الجواهر الثمينة (٤٣٩/٢)،

القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦٣)، أسنى المطالب شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري (

٤٢/٢).

(٩) العناية على الهداية (٨٠/٥).

وقد اهتم أهل العلم في مسألة تفريق الصفقة، وأفردوا لها باباً في مصنفاتهم لأهميتها وعظم نفعها، ولهذا يقول الرافعي - رحمه الله - : "باب تفريق الصفقة باب طويل التفريع، كثير التردد في قواعد الفقه"^(١).

ويقول النووي - رحمه الله تعالى - : "تفريق الصفقة باب مهم، يكثرتكرره والحاجة إليه، والفتاوى فيه"^(٢).

ويحصل الغش والتغريب في تفريق الصفقة أكثر مما لو كان المبيع شيئاً واحداً، وقد جعلت لهذا المبحث مطلبين :

(١) فتح العزيز بشرح الوجيز (٢٣٢/٨-٢٣٣) بهامش المجموع.

(٢) المجموع شرح المذهب (٣٨٠/٩).

المطلب الأول

صورة الغش في تفريق الصفقة

تقدّم في أول المبحث الكلام عن تفريق الصفقة وأنها جمعٌ بين ما يصح بيعه وما لا يصح بيعه صفقة واحدة، ويحصل الغش والخداع في هذا المطلب في صورتين ذكرهما أهل العلم:

الصورة الأولى: أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، وذلك مثل أن يبيع مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه، كعبد مشترك بينهما، وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما، ولم يعلم المشتري بذلك^(١).

الصورة الثانية: أن يكون المبيعان معلومين، مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء، مثل أن يبيعه عبده وعبد غيره بغير إذنه^(٢)، أو عبداً وحرّاً، أو خلاً وخمراً صفقة واحدة، ولم يعلم المشتري بالحال فُغراً بذلك، فهذا غش وخداع^(٣)، والمراد بهذه الصورة هو أن تشتمل الصفقة على مبيعين أحدهما يصح بيعه، والآخر لا يصح بيعه^(٤).



(١) انظر: المغني (٣٣٦/٦)، والإقناع لطالب الانتفاع (١٧٨/٢) ط. التركي، تحفة المحتاج (٢٢٣/٤) وما بعدها، روضة الطالبين (٤٢٢/٣)، الكافي لابن قدامة (٤٩/٣) وما بعدها، الفتاوى الهندية (١٣١/٣)، عقد الجواهر الثمينة (٤٣٩/٢).

(٢) وهذا عند القائلين ببطلان تصرف الفضولي.

(٣) المغني (٣٣٦/٦)، فتح القدير (٢٢٥/٥)، الفتاوى الهندية (١٣١/٣)، القوانين الفقهية لابن جُزي (ص ٢٦٣)، المجموع شرح المهذب (٣٨١/٩)، حلية العلماء (١٣٨/٤)، الإقناع (١٧٨/٢)، الكافي لابن قدامة (٤٩/٣).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

المطلب الثاني

أثر الغش في تفريق الصفقة

إذا دخل المشتري في عقد البيع لشراء شيئين صفقة واحدة، ولم يعلم بتغير البائع وخداعه، فقد اتفق الفقهاء في الجملة على أن للمشتري الخيار في فسخ البيع، إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل في إمكانية إمضاء عقد البيع بعد العلم بالغش، هل يُمضى ذلك البيع؟، وإذا أمضى فكيف يمكن تصحيحه؟ أو يقال ببطلان العقد حينئذٍ، ولا بد من عقد جديد على الحالة الحقيقية التي يكون عليها المبيع، هذا ما سنعرفه ونبيّن الراجح منه في هذا المطلب إن شاء الله تعالى.

وقد مرّ تقسيم الغش في تفريق الصفقة إلى صورتين، وفي هذا المطلب يُذكر أثر الغش في كل صورة على العقد في صحته وإمضائه - أي إمكانية تفريق الصفقة في البيع لأجل الخداع والغش - أو فساده وطلانه وعدم إمكانية تفريق الصفقة من أجل الغش والتغير، ويكون هذا على النحو الآتي:

أولاً: أثر الغش فيما إذا كان المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما

بالأجزاء:

إذا جمعت الصفقة حلالاً وحراماً (ما يجوز بيعه وما لا يجوز)، وكان المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كعبد مشترك بينه وبين غيره، باعه كُله بغير إذن شريكه، وكقفيزين من صبرة واحدة، باعهما من لا يملك إلا بعضهما، فما الحكم؟.

أما نصيب الغير فلا يصح بيعه إلا بولاية أو وكالة أو إجازة بعد ذلك على الصحيح، أما إذا لم يُجزه المستحق بطل باتفاق الأئمة، ولكنهم اختلفوا إذا علم المشتري بالغش والخدعة بعد عقد البيع، فهل يصح بيع نصيب البائع خاصة؟ الجواب على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: يصح في ملكه بقسطه من الثمن، ويفسد فيما لا يملكه، وللمشتري الخيار في فسخ البيع، أو إجازته. وهذا هو قول جمهور أهل العلم، قال به الصحابان^(١) أبو يوسف ومحمد بن الحسن^(٢)، وهو قول المالكية^(٣) وقول عند الشافعية^(٤)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٥) واختاره ابن قدامة^(٦) وأبو العباس ابن تيمية^(٧).

أدلتهم:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة أهمها:

الدليل الأول: قالوا: إن كل واحد من المبيعين له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه، كما لو باع شقاً وسيفاً^(٨).

الدليل الثاني: قالوا: ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله

(١) صاحباً أبي حنيفة هما أبو يوسف ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس الأنصاري، من أئمة الحنفية، كان فقيهاً عالماً حافظاً. ت: سنة ١٨٢ هـ. انظر الجواهر المضية (٦١١/٣).

وأما محمد بن الحسن فهو ابن فرقد الشيباني أبو عبدالله، الفقيه المجتهد، من أئمة الحنفية، من كتبه: "السير الكبير والسير الصغير". ت: سنة ١٨٩ هـ. انظر: الجواهر المضية (١٢٢/٣)، الفوائد البهية (ص ١٦٣).

(٢) انظر: فتح القدير (٢٢٥/٥)، البدائع (٢١٧/٥).

(٣) انظر: القوانين الفقهية (ص ٢٦٣)، عقد الجواهر الثمينة (٤٣٩/٢).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٢٥/٣)، المجموع (٣٨١/٩)، حلية العلماء (١٤٠/٤).

(٥) انظر: المقنع (١٥٢/١١) ط. التركي مع الشرح الكبير، المغني (٣٣٦/٦)، الإنصاف (١٥٢/١١).

(٦) انظر: المغني (٣٣٦/٦).

(٧) انظر: مجموع الفتاوى (٢٣٥/٢٩-٢٣٦).

(٨) انظر: المغني (٣٣٦/٦)، المجموع (٣٨١/٩)، حلية العلماء (١٤٠/٤).

بشرطه ، فصح البيع كما لو انفرد بلا صفقة بينهما^(١) ، ثم إن العوض في الميعين غير مجهول بل معلوم غير متوقف على التقويم الذي لا يفيد إلا ظناً^(٢) .

القول الثاني : لا يصح في ملكه ، كما أنه لا يصح في ملك غيره ، وهذا قول ثانٍ عند الشافعية^(٣) ، ورواية عن أحمد^(٤) وقول ابن حزم الظاهري^(٥) ، ووجه هذا القول : هو أن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً ، فغلب التحريم ؛ ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع العقود عليه بطلت في الكل ، كالجمع بين الأختين ، وبيع درهم بدرهمين ، ولأن العوض الذي يقابل الحلال مجهولٌ ، فوجب أن يكون باطلاً ؛ لأنه يبع بثمن مجهول^(٦) .

المناقشة:

ونوقش دليلاً أصحاب هذا القول بما يأتي :

أولاً : قولهم : إن الصفقة قد جمعت حلالاً وحراماً فغلب الحرام ... يجب عن هذا : فيقال : ليس هذا على إطلاقه فقد يُصحح الصحيح ويُبطل الباطل ، ثم إنه ليس حمل الباطل على الصحيح ؛ بأولى من حمل الصحيح على الباطل ، فإذا تقابلا من غير مزية ، فإننا نعطي كل واحد منهما حكمه إذا انفرد ، وحكم نصيبه لو

(١) انظر: المغني (٣٣٦/٦) ، المجموع (٣٨١/٩)

(٢) انظر: تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني والعبادي (٣٢٤/٤) ، المغني (٣٣٦/٦) .

(٣) انظر المجموع (٣٨١/٩) ، حلية العلماء (١٤٠/٤) ، روضة الطالبين (٤٢٣/٣-٤٢٥) .

(٤) انظر: الإنصاف (١٥٣/١١) ، المغني (٣٣٦/٦) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين

للقاضى أبي يعلى (٣٣٩/١) تحقيق د. عبدالكريم اللاحم .

(٥) انظر: المحلى (١٦/٩) .

(٦) انظر: المجموع (٣٨١/٩) ، المغني (٣٣٦/٦) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين

انفرد جائز بيعه بالإجماع، فلا يتغير حكمه بضم غيره إليه، كما لو باع شِقْصاً وسيفاً، فإنه تثبت الشفعة في الشقص بلا خلاف كما لو أفرده^(١).

ثانياً: قولهم: إن العوض الذي يقابل الحلال مجهول، فهذا مما لا يُسَلَّم لهم به، وذلك لأن العوضين في المبيعين غير مجهول بل معلوم، ولا تتوقف معرفته على التقويم، بل بالأجزاء، وهذا حكمه حكم المعلوم^(٢).

الراجع:

يظهر - والله أعلم - بعد عرض أدلة كل فريق أن القول الراجع هو القول الأول لقوة أدلتهم وظهورها، وضعف ومناقشة أدلة المخالفين. والله أعلم.

فائدة

فإذا ثبت صحة البيع بقسطه، وكان للمشتري الخيار إذا كان مغشوشاً بين فسخ البيع أو إمضائه؛ فإذا أراد إمضائه بقسطه؛ فهل يكون للبائع الخيار حينئذٍ، مع أنه غاش أو لا؟. على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: أنه لا خيار للبائع، وهذا وجه عند الشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

ووجه هذا القول عندهم:

قالوا: لأن البائع رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه^(٥)، ولأنه لم يلحقه

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين (٣٣٩/١)، المجموع (٣٨١/٩)، المغني (٣٣٦/٦).

(٢) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين (٣٣٩/١)، تحفة المحتاج مع حواشيه (٣٢٤/٤).

(٣) انظر: المجموع (٣٨٣/٩)، حلية العلماء (١٤٢/٤)، شرح المحلى على منهاج الطالبين (١٨٧/٢).

(٤) انظر: الإنصاف (١٥٧/١١).

(٥) انظر: كشاف القناع (١٧٧/٣).

نقص فيما يخص ملكه^(١)، ولتعديه ببيع ما لا يملكه^(٢).

القول الثاني: أن له الخيار، وهذا هو الوجه الثاني عند الشافعية^(٣)، وهو اختيار أبي العباس ابن تيمية - رحمه الله -^(٤).

ووجه هذا القول:

هو أن الصفقة تبعضت عليه، فتبعض الثمن فيكون قد باع ما لم يرض بثمنه^(٥)؛ ولأنه أحد طرفي العقد فيثبت له الخيار كالمشتري.

الراجع:

كلا القولين فيهما قوة، إلا أننا إذا نظرنا إلى أن من شروط صحة العقد هو الرضا والاختيار من قبل العاقلين، وأن هذا الشرط مما اتفق عليه الأئمة، فهذا مما يقوي القول الثاني، ولأن غش البائع وخداعه أمكن تداركه بإعطاء المشتري الخيار في الفسخ، أما تفريق الصفقة عليه مما يترتب عليه تفريق الثمن بلا رضاه، يجعل في صحة العقد نظراً. والله أعلم^(٦).

ثانياً: أثر الغش فيما إذا كان المبيعان المعلومان مما لا ينقسم

عليهما الثمن بالإجزاء:

والمراد بقول "مما لا ينقسم عليهما الثمن بالإجزاء" هو أن ينقسم الثمن عليهما

(١) انظر: المجموع (٣٨٣/٩).

(٢) انظر: تحفة المحتاج (٣٢٨/٤) شرح المحلى (١٨٨/٢).

(٣) انظر: المجموع (٣٨٣/٩)، الحاوي الكبير (٣٥٩/٦).

(٤) انظر: الإنصاف (١٥٧/١١).

(٥) انظر: المجموع (٣٨٣/٩)، الحاوي الكبير (٣٥٩/٦).

(٦) وقد رأى الحجاوي والبهوتي من الخابلة وهم من القائلين بعدم الخيار للبائع؛ أن للمشتري إذا اختار تفريق الصفقة الأرض إن أمسك ولم يفسخ إذا كان مما ينقصه التفريق، كزوج خف أحدهما له والآخر لغيره، راجع الإقناع (١٧٨/٢)، كشف القناع (١٧٧/٣).

بالقيمة، فإذا احتوت الصفقة على مبيعين أحدهما قابل للعقد دون الآخر، كما لو باع ملكه وملك غيره، أو باع خلاً وخمراً، أو حراً وعبداً، ولم يعلم المشتري بذلك حين العقد، بل عقد الصفقة بناءً على تغرير وخداع من قبل البائع، فيثبت حينئذٍ حق الفسخ للمشتري للغش والخديعة، ولكن لو اختار إمضاء عقد البيع، فما الحكم؟.

لا يخلو الحال حينئذٍ في الشيء المبيع الذي لا يجوز إبرام العقد فيه من قبل البائع بين أن يكون له قيمة أو ليس له قيمة، على قسمين:

القسم الأول: إذا كان ما لا يجوز بيعه، له قيمة

إذا كان ما لا يجوز بيعه له قيمة، كما لو باع شخص ملكه وملك غيره صفقة واحدة بثمن واحد، فقد اختلف أهل العلم في حكم هذه الصفقة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الصفقة لا تتفرق، بل يبطل العقد فيهما، وهذا قول عند الشافعية^(١)، ورواية عن أحمد^(٢)، وقول أبي ثور^(٣)، وزفر^(٥) من الحنفية^(٦)، وهو اختيار ابن قدامة^(٧)، وهو قول ابن حزم^(٨).

(١) انظر: المجموع (٣٨٣/٩)، الحاوي الكبير (٣٥٨/٦) ورجحه.

(٢) انظر: المغني (٣٣٦/٦).

(٣) أبو ثور هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمامة الكلبي الشهير بأبي ثور، الفقيه، البغدادي، صاحب الشافعي، أحد الفقهاء الأعلام. ت: سنة ٢٤٠هـ. انظر: تهذيب التهذيب (٦٤/١).

(٤) انظر: المغني (٣٣٧/٦).

(٥) هو زفر بن الهذيل بن قيس العبدي، البصري، الفقيه الحنفي، صاحب أبي حنيفة، وهو قياس المذهب عندهم. ت: سنة ١٥٨هـ. انظر: الأعلام (٧٨/٣).

(٦) انظر: فتح القدير (٢٢٥/٥).

(٧) انظر: المغني (٣٣٧/٦).

(٨) انظر: المحلى (١٦/٩).

ووجه هذا القول:

أن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فصار حكمها كمن باع درهماً بدرهمين، أو جمع بين أختين في عقد، فيكون التغليب في هذه الصورة للحرام، ؛ ولأن الثمن حينئذٍ بعد تفريق الصفقة يكون مجهولاً^(١).

القول الثاني:

أن الصفقة تتفرق فيصح البيع فيما يجوز (وهو ما يملكه) ويبطل فيما لا يجوز (وهو ما لا يملكه) وهذا مذهب الحنفية^(٢)، وهذا هو الأصح عند الشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

وأدلة هذا القول هي أدلة القول الأول القائلين في الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً وكان الثمن ينقسم عليهما بالأجزاء، كما سبق في القسم الأول من هذا المطلب^(٥)، وأما إبطالهم لبيع ما لا يملكه فلأنه تصرف فضولي، ولا يصح عندهم كما سبق بحث هذا^(٦).

القول الثالث: قالوا: يصح في ملكه، ويتوقف على الإجازة في ملك غيره، وهذا مذهب المالكية إذا كان ما لا يجوز لحق الغير^(٧)، وهذا بناءً على صحة بيع وتصرف الفضولي إذا أجازه المالك.

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦/٣٥٨-٣٥٩)، المغني (٦/٣٣٧).

(٢) انظر: فتح القدير (٥/٢٢٥).

(٣) انظر: المجموع (٩/٣٨٣)، شرح المحلى على منهاج الطالبين (٢/١٨٧).

(٤) انظر: المغني (٦/٣٣٦)، كشاف القناع (٣/١٧٨).

(٥) راجع صفحة (١٤٤).

(٦) في المبحث الأول من هذا الفصل، صفحة (٧٨).

(٧) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب المالكي (١/٢٧٦)، عقد الجواهر الثمينة

الراجع:

يظهر - والله أعلم - أن القول الثالث هو الأقرب للصواب، وذلك لأن أدلة القول الأول تمت مناقشتها في المسألة الأولى في أول هذا المطلب، وأما القول الثاني فأدلتهم في صحة بيع ما يملكه صحيحة ولا غبار عليها، إلا أن الإشكال في منعهم صحة بيع الفضولي وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في المبحث الأول - في أول هذا الفصل في الغش في بيع المغصوب وأثره على العقد - وظهر بعد عرض أدلة كل قول أن الرجح صحة تصرفه بالإجازة من قبل المالك، فعلى هذا فالراجع هو القول الثالث. والله أعلم.

القسم الثاني: إذا كان ما لا يجوز بيعه ليس له قيمة.

إذا كان ما لا يجوز إبرام العقد فيه ليس له قيمة كمن باع حراً وعبداً، أو خلاً وخمراً، أو مذكاة وميته، صفقة واحدة، فإن لم يسم لكل واحد منهما ثناً فالعقد باطل على الصحيح، وهو قول الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية في قول^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد اختارها ابن قدامة^(٤)، والقول الثاني في هذا عدم البطلان، بل يصح في ملكه ويتقسط الثمن، وهذا الأصح عند الشافعية^(٥)، ورواية عن أحمد^(٦) بناءً على صحة تفريق الصفقة.

(١) انظر: فتح القدير (٥/٢٢٥).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٤٣٩)، الإشراف على مسائل الخلاف (١/٢٧٩).

(٣) انظر: المجموع (٩/٣٨٣)، الحاوي الكبير (٦/٣٥٨).

(٤) انظر: المغني (٦/٣٣٦-٣٣٧).

(٥) انظر: المجموع (٩/٣٨٣).

(٦) انظر: كشاف القناع (٣/١٧٨).

والصواب هو عدم الصحة ؛ لأن الصفقة لو تفرقت وتبعضت لكان الثمن مجهولاً^(١) ، لأننا لو أردنا تقسيط الثمن فلا بد من معرفة قيمة الميعين ولو على سبيل غلبة الظن ، وإذا كان الحر والخمر والميتة ونحو ذلك لا قيمة لواحد من هذه الأشياء في الشرع فكيف نعرف قيمة ما يجوز بيعه؟ فيبقى الثمن مجهولاً ، وجهالة الثمن مُبطلٌ للبيع.

أما أن نجعله بمثابة ما يجوز التعاقد عليه فيقدر الحر عبداً والخمر خلاً ، كما يقوله أصحاب القول الثاني ، فهذا يحتاج معه إلى دليل يصر إليه ، ولا دليل ، يمكن أن يُعَوَّل عليه فثبت بذلك قوة وصحة القول الأول.

أما لو سمي لكل واحد من الميعين ثمناً كما لو قال بعتكهما بألف ، كل واحد بخمسمائة ، فقد اختلف العلماء رحمهم الله في هذا على قولين :

القول الأول : تفرق الصفقة فيصح في الصحيح ويفسد في الفاسد ، وهذا هو مذهب الشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) ، وقول الصحابين من الحنفية^(٤) .

القول الثاني : أن الصفقة لا تفرق بل يبطل البيع فيهما .
وهذا قول أبي حنيفة^(٥) ومالك^(٦) والشافعية في قول^(٧) وأحمد في رواية^(٨) .

(١) الحاوي الكبير (٦/٣٥٨-٣٥٩) ، المغني (٦/٣٣٧).

(٢) انظر : المجموع (٩/٣٨٣).

(٣) انظر : كشف القناع (٣/١٧٨) ، الإنصاف (١١/١٥٥).

(٤) انظر : فتح القدير (٥/٢٢٥).

(٥) انظر : فتح القدير (٥/٢٢٥).

(٦) انظر : الإشراف في مذاهب الخلاف (١/٢٧٦) ، عقد الجواهر الثمينة (٢/٤٣٩).

(٧) انظر : المجموع (٩/٣٨٣) ، الحاوي الكبير (٦/٣٥٨).

(٨) انظر : المغني (٦/٣٣٦-٣٣٧) ، الإنصاف (١١/١٥٥).

ووجه هذا القول: هو أن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً؛ فغلب جانب الحرام، ولأن الصفقة متحدة، فإذا فسدت في بعض مقتضيات لم تقبل التجزيء^(١).

الراجع:

والأقرب - والله أعلم - صحة البيع فيما يملكه لعدم جهالة الثمن حينئذٍ فإذا بين ثمن كل مبيع منفرداً، فكأنه عقد على عقدين أحدهما يجوز والآخر لا يجوز، فيصح في الصحيح ويفسد في الفاسد، فظهر بهذا أن القول الأول هو الراجح.

* * *

(١) انظر: الوجيز للغزالي (١/١٤٠).

المبحث الخامس

الغش ببيع ما هو مؤجر وأثره على العقد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

صورة الغش ببيع ما هو مؤجر

صورة الغش ببيع ما هو مؤجر، تظهر فيما لو باع شخص على آخر بيتاً مثلاً، ولم يُخبر البائع المشتري بأن العين المباعة مؤجرة، فلما تمّ التعاقد، وتفرق المجلس أراد المشتري قبضها فوجدها بيد المستأجر، فمن جراء هذا الغش والتغريب على المشتري فهل يثبت له حق الخيار بين الفسخ والإمضاء؟ أم هل يكون عقد البيع حينئذٍ باطلاً؛ لا يمكن تصحيحه لأجل التغريب والخداع^(١)؟ هذا ما سيتبين - إن شاء الله تعالى - في المطلب الثاني.

(١) انظر: البدائع (٢٠٧/٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٠/٤-٣٤، ٣٣)، شرح المحلى على منهاج الطالبين مع حاشية القليوبي (٨٧/٣)، مغني المحتاج (٤٩٢/٣)، المغني (٤٨/٨)، المقنع (٤٦٤/١٤).

المطلب الثاني

اثر الغش ببيع ما هو مؤجّر

إذا باع البائع العين المؤجّرة، موهماً المشتري بأنها تحت القبض، ولم يعلم المشتري بحال العين المباعة، حال العقد، فهل يكون للمشتري الخيار في الفسخ أو الإمضاء؛ بناءً على أن الإجارة للعين عيبٌ يثبت به للمشتري خيار العيب؟ أم هل يكون العقد باطلاً بناءً على أن الإجارة تمنع التسليم؟.

في هذا خلاف بين أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البيع باطلٌ ولا يصح، قال به بعض الحنفية وقول عند الشافعية ووجه عند الحنابلة^(١)، قال أبو العباس ابن تيمية: "وظاهر كلامه -يعني الإمام أحمد- في رواية الميموني^(٢) أنه إذا باع العين المؤجّرة ولم يُسَيّن أنها مستأجرة، أن البيع لا يصح"^(٣).

ووجه هذا القول أنه باع ملكه -وهي الرقبة- وملك غيره -وهي المنفعة التي للمستأجر- فهي مسألة تفريق الصفقة بأن جمع ما يجوز وما لا يجوز صفقة واحدة فغلب جانب التحريم^(٤)، ولأن الإجارة تمنع من التسليم الذي هو من حق المشتري في البيع، فيبطل الداخل وهو البيع مراعاةً لحق المستأجر لتعلق حقه بالعين أولاً^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/٢٠٧)، روضة الطالبين (٥/٢٥٤)، الإنصاف (١٤/٤٦٥).

(٢) هو الإمام العلامة الحافظ الفقيه، أبو الحسن عبد الملك بن عبد الحميد بن عبد الحميد بن ميمون بن مهران الميموني، تلميذ الإمام أحمد، من كبار الأئمة. ت: سنة ٢٧٤ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٣/٨٩).

(٣) انظر: الإنصاف (١٤/٤٦٥).

(٤) انظر: الإنصاف (١٤/٤٦٥).

(٥) انظر: شرح المحلى على منهاج الطالبين مع حاشية قليوبي (٣/٨٧)، والحاوي الكبير (٩/٢٢٢).

المناقشة:

ويمكن مناقشة استدلالهم بما يأتي:

أولاً: قولهم: "أنه باع ملكه وملكه غيره" فغير مسلّم به؛ وذلك لأن المؤجر إنما باع ما يملكه، وهي الرقبة، وأما المنفعة فهي داخلة في حكم الرقبة، إلا أن حق المستأجر في المنفعة باق ليس للمشتري أخذها حتى تنقضي مدة التأجير، وبقاؤها في يد المستأجر عيب، فإذا لم يعلم المشتري بهذا العيب كان له الخيار بين الفسخ والإمضاء.

ثانياً: قولهم "إن الإجارة تمنع من التسليم إلى المشتري..": فليس بصحيح؛ لأن يد المستأجر، إنما هي على المنافع، والبيع على الرقبة، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر، كما لو باع الأمة المزوجة، ولئن منعت التسليم في الحال، فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه، وهو عند انقضاء الإجارة، ويكفي القدرة على التسليم حينئذٍ كالمسلم فيه^(١).

القول الثاني: أن البيع موقوف على إجازة المستأجر، فإن أجازته، صحّ البيع وبطلت الإجارة، واستحق المشتري العين ولا خيار له، وإن أبى المستأجر، لم تنفسخ الإجارة وللمشتري الخيار حينئذٍ بين الفسخ لأجل العيب وهو الإجارة، أو إمضاء البيع، فإذا مضت المدة أخذ العين، وهذا هو مذهب الحنفية^(٢).

ووجه هذا القول عندهم:

قالوا: إن البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به، وحق الإنسان يجب صيانته عن الإبطال ما أمكن، وأمكن ههنا بالتوقف في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري، وبالتوقف في حق المستأجر صيانةً للحقين، ومراعاةً للجانبين^(٣).

(١) انظر: المغني (٤٨/٨)، الحاوي الكبير (٢٢٢/٩)، شرح المحلى على المنهاج (٨٧/٣)، مغني المحتاج (٤٩٢/٣).

(٢) انظر: البدائع للكاساني (٢٠٧/٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٨/٤).

المناقشة:

ويمكن مناقشة استدلالهم بما يأتي:

وهو قولهم: "إن البيع موقوف على إجازة المستأجر، فإن أجاز جاز البيع، وبطلت الإجارة، وإن رده بطل البيع". فهذا مُتَعَقَّبٌ عليه، وذلك لأن البيع كما سبق إنما هو على الرقبة، وليس على العقود عليه في الإجارة -وهي المنفعة- وحق المستأجر باقٍ على منفعته في العين، فلم تُعْتَبَرِ إجازته، لعدم ضياع حقه.

القول الثالث: أن البيع صحيح، ولا تنفسخ الإجارة بذلك، سواء رضي المستأجر أو أبى، ولكن يُعْطَى المشتري -لخداعه والتغريب به لأجل العيب وهو الإجارة بلا علمه- الخيار بين فسخ البيع أو إمضائه ليكون مالكا للرقبة دون منفعتها إلى حين انقضاء الإجارة، وهذا هو مذهب المالكية^(١) والشافعية^(٢) والمذهب عند الحنابلة^(٣).

ووجه هذا القول عندهم:

قالوا: إن الإجارة عقد على المنافع، فلا تمنع البيع؛ لأنه عقد على الرقبة، فاختلف العقدان، ولا تعارض بينهما، فلا تنفسخ الإجارة بذلك، كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة^(٤).

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة (١٦٣/٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٢٥٥/٥، ٢٥٤)، شرح المحلى على المنهاج (٨٧/٣)، الحاوي الكبير (٢٢٢/٩)، مغني المحتاج (٤٩٢/٣).

(٣) انظر: المغني (٤٨/٨)، الإنصاف (٤٦٥/١٤، ٤٦٤)، شرح منتهى الإرادات (٣٧٥، ٣٧٦/٢)، كشاف القناع (٣١/٤).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٢٢٢/٩)، مغني المحتاج (٤٩٢/٣)، المغني (٤٨/٨)، شرح منتهى الإرادات (٣٧٥، ٣٧٦/٢).

الراجع:

يظهر - والله أعلم - أن الراجع هو القول الثالث ؛ لقوة وجهة نظرهم ولضعف ومناقشة أدلة المخالفين.

إذا ثبت هذا واختار المشتري إمضاء البيع فهل له أخذ الأرش من البائع لأجل العيب الحاصل لعدم انتفاعه بمنفعة العين ، أو ليس له إلا الإبقاء مجاناً بلا أرش؟. في ذلك خلاف بين أهل العلم على قولين :

القول الأول: أن له حق الأرش إذا اختار إمضاء البيع ؛ لأن الإجارة للمبيع عيب ؛ فلأجله يستحق الأرش من البائع ، وهذا وجه عند الحنابلة ، وصوّبه المرداوي^(١) في الإنصاف^(٢).

القول الثاني: ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء مجاناً بلا أرش ، وهذا مذهب الشافعية^(٣) ، والحنابلة على الصحيح من المذهب^(٤) ، وهو الصواب ؛ لأن العيب الحاصل بتأجير المبيع بلا علمه يمكن تداركه وتصحيحه بإعطاء المشتري الخيار في الفسخ ، أما الأرش فهو معاوضة جديدة لا بدّ فيها من رضا الطرفين^(٥).



(١) هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد ، علاء الدين ، أبو الحسن المرداوي الحنبلي ، شيخ المذهب ومنقّحه ، ومن كتبه وأعظمها "الإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف". ت: سنة ٨٨٥هـ. شذرات الذهب (٣٤٠/٧).

(٢) انظر: الإنصاف (٤٦٥/١٤).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤٩٢/٣) ، شرح المحلى على المنهاج (٨٧/٣).

(٤) انظر: المغني (٤٨/٨) ، شرح منتهى الإرادات (٣٧٦/٢) ، كشف القناع (٣١/٤).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى (٣٤٠/٢٩-٣٤١) ، المحرر في الفقه (٣٢٤/١).

المبحث السادس

الغش في بيع المسترسل وأثره على العقد

الاسترسال لغة: الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة فيما يُحدثه به، وأصله السكون والثبات^(١).

والاسترسال اصطلاحاً: عرّفه المالكية بأنه "الجاهل بقيمة المتاع"، أو "المستسلم لبائعه"^(٢).

وعرّفه الحنابلة بتعريفات منها:

"الجاهل بقيمة السلعة، ولا يُحسِن المبايعة"^(٣).

"الذي لا يُحسِن يُمّاكس" وهو تعريف الإمام أحمد^(٤).

"هو الذي لا يعرف سعر ما باعه أو اشتراه"^(٥)، وهذا التعريف يتناول البائع والمشتري، وأنه الجاهل بالبيع كما يقوله الإمام أحمد^(٦).

قال المرادوي: "فتلخص أن المسترسل هو الجاهل بالقيمة، سواء كان بائعاً أو مشترياً"^(٧).

فظهر بهذه التعاريف أنها بمعنى واحد وهو أن الشخص يجهل قيمة الأشياء، ولا يحسن المساومة والفصال، ويضع ثقته على البائع مطمئناً إلى أمانته، ثم يتبين أنه

(١) انظر: النهاية في غريب الحديث (٢/٢٢٣)، لسان العرب، مادة: رسل (١١/٢٨٣).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٩٩)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٤٠).

(٣) انظر: المغني (٦/٣٦)، مجموع الفتاوى (٢٩/٣٥٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٣٦)، الإنصاف (١١/٣٤٢).

(٥) انظر: الإنصاف (١١/٣٤٣).

(٦) انظر: الإنصاف (١١/٣٤٣)، الفروع (٤/٩٧).

(٧) الإنصاف (١١/٣٤٣).

غُبِنَ غِبْنًا فَاحِشًا؛ لأنه اشترى السلعة بثمن زائد على ما يشتره في العادة لجهله بقيمة السلعة^(١).

وفي هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول

صورة الغش في بيع المسترسل

هو أن يستسلم المغبون -بائعاً كان أو مشترياً- ويخبر صاحبه بجهله وهو لا يُحسن المماكسة والتعامل، فيقول المشتري للبائع: بعني كما تباع للناس، فإنني لا أعلم القيمة، أو يقول البائع للمشتري: اشترمني كما تشتري من غيري، فإنني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن، أو يستأمنه بأن يقول أحدهما للآخر: ما قيمته لأشتري بها، أو لأبيع بها؟. فيقول له: قيمته كذا، والحال أنه ليس كذلك، فيتم العقد بينهما على هذا الأساس، ثم يتبين أنه غُبِنَ غِبْنًا فَاحِشًا^(٢)، فكلُّ هذا يعد من بيع المسترسل، ممن يأخذه من الفقهاء وهم المالكية والحنابلة كما سيأتي في المطلب الثاني من هذا المبحث.

على أن ابن حبيب المالكي يرى أن: "الاسترسال إنما يكون في الشراء أن يقول الرجل للرجل: بعني كما تباع الناس، وأما في البيع فلا"^(٣).

(١) انظر: تصحيح الفروع للمرداوي (٩٧/٤)، مجموع الفتاوى (٢٩٩/٢٩) و(١٠٣/٢٨، ١٠٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٤٠/٣)، التاج والإكليل (٤٠٠/٦، ٣٩٩)، القوانين

الفقهية (ص ٢٦٧)، المعونة في مذهب عالم المدينة (١٠٤٩/٢)، المغني (٣٦/٦)، الفروع (٩٧/٤)،

مجموع الفتاوى (٢٩٩/٢٩-٣٥٩).

(٣) المقدمات لابن رشد (٤٤٧/٥) مع المدونة. ط. الكتب العلمية.

والصواب أن حكم الاسترسال في البيع والشراء واحد، وهو قول المالكية والحنابلة^(١)، ولهذا قال ابن رشد الجد^(٢) راداً على كلام ابن حبيب: "وليس ذلك بصحيح؛ إذ لا فرق في ذلك بين البيع والشراء"، ثم قال: "والقيام بالغبن في البيع والشراء إذا كان على الاسترسال والاستنابة واجب بإجماع لقول رسول الله ﷺ: (غبن المسترسل ظلم)^(٣)(٤). اهـ.

وقال المرادوي: "فتلخص أن المسترسل هو الجاهل بالقيمة، سواء كان بائعاً أو مشترياً"^(٥).

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٤٠/٣)، التاج والإكليل (٤٠٠/٦، ٣٩٩)، القوانين الفقهية (ص ٢٦٧)، المعونة في مذهب عالم المدينة (١٠٤٩/٢)، المغني (٣٦/٦)، الفروع (٩٧/٤)، مجموع الفتاوى (٢٩٩/٢٩-٣٥٩).

(٢) هو محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد، القرطبي، أبو الوليد، الإمام شيخ المالكية، كان بصيراً بأقوال أئمة المالكية، وهو جدُّ ابن رشد الفيلسوف، من كتبه "المقدمات الممهدات" ت: سنة ٥٢٠هـ. انظر: الأعلام (٢١٠/٦)، وسير أعلام النبلاء (٥٠١/١٩).

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١٢٦/٨) عن أبي أمامة مرفوعاً بلفظ: "غبن المسترسل حرام"، وقال البيهقي في مجمع الزوائد (٧٦/٤): "وفيه موسى بن عمير الأعمى وهو ضعيف جداً"، وقال صاحب كشف الخفاء (٣٤٢/١): "وسنده ضعيف جداً".

والحديث أخرجه البيهقي أيضاً في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: في ما ورد في غبن المسترسل (٣٤٨/٥) بنحوه ثم قال: "موسى بن عمير تكلم فيه، وقد روي معناه عن يعيش بن هشام القرقيساني عن مالك، واختلف عليه في إسناده، وهو أضعف من هذا". اهـ.

ويعني بذلك ما أخرجه البيهقي نفسه في سننه الكبرى عن جابر بن عبد الله مرفوعاً بلفظ: "غبن المسترسل ربا".

وضعه الدارقطني أيضاً في غرائب مالك، وقال: "هذا باطل بهذا الإسناد ومن دون مالك ضعفاء". وانظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة للعلامة الشيخ الألباني (١١٨/٢).

(٤) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد (٤٥٦/٥) في آخر المدونة. ط. دار الكتب العلمية.

(٥) الإنصاف للمرادوي (٣٤٣/١١).

وُستخلص مما ذكره الفقهاء القائلون بالاسترسال، أن الاسترسال إنما يتحقق وتترتب آثاره إذا كان الشخص المغبون جاهلاً بسعر السوق، وأن لا يُحسِن المماكسة والتعامل، وأن يكون الشخص الذي اعتمد عليه قد كذب في سعر السوق^(١).

* * *

(١) المصادر السابقة، ويراجع شرح الخرشي (١٥٢/٥)، مجموع الفتاوى (١٠٢/٢٨)، (١٢٧/١٥)، الاستذكار (٩٧/٢١) وما بعدها.

المطلب الثاني

أثر الغش في بيع المسترسل

إذا باع البائع على المسترسل، وقد استنصح البائع في البيع ولم يعرف السلعة، فظهر أن البائع قد غشَّ المسترسل وباعه بأعلى من سعر السوق، وغبنه في قيمة ما اشتراه، فهل يصح البيع بلا خيار للمسترسل؟ أو يثبت له الخيار؟ أو يبطل البيع لوجود الغش والخديعة؟ في ذلك خلافٌ بين أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العقد صحيح ونافذ، ولا أثر للغبن الفاحش على العقد، وهذا مذهب الحنفية^(١) ورواية عن الإمام مالك^(٢)، وهو مذهب الشافعية^(٣)، ورواية عن أحمد^(٤).

أدلتهم:

- ١- قالوا: لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع من لزوم العقد فشأنه في ذلك شأن غيره كالغبن اليسير^(٥).
- ٢- وقالوا: ولأن الغبن لا يقع إلا بتقصير من المغبون غالباً، فكان هذا من تفریطه، ولو سأل أهل الخبرة لما وقع في الغبن^(٦).

(١) انظر: تحفة الفقهاء للعلاء السمرقندي (١٣٦/٢)، رد المحتار (١٥٩/٤-١٦١)، رسائل ابن عابدين (٦٨/٢-٨٢).

(٢) انظر: المعونة في مذهب عالم المدينة (١٠٤٩/٢)، مواهب الجليل (٣٩٨/٦) وما بعدها، عارضة الأحوزي لابن العربي (٨/٦).

(٣) انظر: المهذب (٢٩٤/١)، روضة الطالبين (٤٧٢/٣)، شرح صحيح مسلم للنووي (١٧٧/١٠)، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٦٣/٢).

(٤) انظر: معونة أولي النهى (١٢٤/٤)، الإنصاف (٣٤٢/١١)، المغني (٣٦/٦).

(٥) انظر: المغني (٣٦/٦)، المهذب (٢٩٤/١).

(٦) انظر: شرح الروض للشيخ زكريا الأنصاري (٦٣/٢)، مغني المحتاج (٣٩٢/٢).

القول الثاني: أن العقد صحيح ويثبت له الخيار إذا غبن غبناً فاحشاً، وهذا رواية عند الأحناف^(١) وهو مذهب مالك الذي أخذ به البغداديون من أصحابه^(٢)، بل حكى ابن رشد الجدل أن القيام بالغبن في البيع والشراء إذا كان على الاسترسال واجب بإجماع^(٣)، وهذا مذهب الإمام أحمد في المشهور عنه^(٤)، وهو اختيار ابن قدامة وشيخ الإسلام ابن تيمية^(٥).

أدلتهم:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من أهمها:

١- أنه غبنٌ حصل لجهله بالمبيع، فأثبت له الخيار، كالغبن في تلقي الركبان، قال أبو العباس ابن تيمية في الاستدلال لهذا القول قياساً على متلقي الركبان قال: "أثبت الخيار للبائع إذا هبط" وذلك لأن البائع قبل أن يهبط السوق يكون جاهلاً بقيمة السلع، فنهى النبي ﷺ عن أن يخرج المشتري إليه ويتاع منه؛ لما في ذلك من تغريره والتدليس، وأثبت له الخيار إذا علم بحقيقة الحال، فهكذا كل من كان جاهلاً بالقيمة، لا يجوز تغريره والتدليس عليه"^(٦).

٢- ولأنه غشٌ وتغريبٌ فلا بد أن ترفع آثاره وتزال وذلك بإثبات الخيار، كما يدل عليه الحديث الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: ذكر رجل لرسول

(١) انظر: رد المحتار على الدر المختار (٤/١٥٩-١٦١)، رسائل ابن عابدين (٢/٦٨، ٨٢).

(٢) انظر: المعونة (٢/١٠٤٩)، مواهب الجليل (٦/٣٩٩)، التاج والإكليل (٦/٣٩٩).

(٣) المقدمات والمهدات (٥/٤٥٦) ملحق بالمدونة ط. مكتبة دار الباز.

(٤) انظر: المغني (١١/٣٤٢)، الإنصاف (١١/٣٤٢)، معونة أولي النهى (٤/١٢٤).

(٥) انظر: المغني (٦/٣٦)، مجموع الفتاوى (٢٩/٣٥٩-٣٦٠، ٢٩٩).

(٦) مجموع الفتاوى (٢٩/٣٥٩-٣٦٠).

الله ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: (مَنْ بايعت فقل: لا خلابة)^(١). وفي رواية أن النبي ﷺ قال له: (إن كنت غير تارك للبيع فقل: ها وها ولا خلابة)^(٢).

وجه الدلالة من هذه الحديث:

قال الحافظ ابن حجر: "واستدل بهذا الحديث لأحمد وأحد قولي مالك أنه يُردُّ بالغبن الفاحش لمن لم يعرف قيمة السلعة"^(٣). اهـ.

والمسترسل ينطبق عليه هذا الحديث؛ لأنه قد كشف نفسه أمام البائع وأخبره بأنه لا يعرف سعر السوق، واستنصحه، فإذا وُجد بعد ذلك غبن، فقد تحقق من خيانتته وخديعته له، ولأن قوله: (ها وها ولا خلابة) معناها أن يكون الثمن مساوياً للمثمن، وبدون خدعة وتغريب^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال بأمرين:

الأمر الأول: كما قال ابن عبد البر: "قال بعضهم: هذا خاص بهذا الرجل

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع (فتح ٤/٤٢٣) رقم (٢١١٧)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: من يُخدع في البيع (٣/١١٦٥) رقم (١٥٣٣).
(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في الرجل يقول في البيع "لا خلابة" (٣/٧٦٧) رقم (٣٥٠١)، والترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب: ما جاء فيمن يُخدع في البيع (٣/٥٥٢) رقم (١٢٥٠) كلاهما من حديث أنس.

والحديث صححه الترمذي فقال: "وحدث أنس حديث حسن صحيح غريب"، وصححه ابن حبان أيضاً كما في موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان (٥٠٤٩).

(٣) فتح الباري (٤/٤٢٤).

(٤) انظر: تحفة الأحوذى (٤/٤٥٥)، نيل الأوطار (٦/٢٧١)، أوجز المسالك (١١/٣٨٩).

وحده، جعل له الخيار ثلاثة أيام اشترطه أو لم يشترطه^(١) لما كان فيه من الحرص على المبايعة، مع ضعف عقله ولسانه"^(٢). قال ابن العربي: "يحتمل أن الخديعة في قصة هذا الرجل كانت في العيب، أو في الكذب أو في الثمن أو في الغبن، فلا يحتاج بها في مسألة الغبن بخصوصها، وليست قصة عامة، وإنما هي خاصة في واقعة عين فيحتاج بها في حق من كان بصفة الرجل"^(٣). اهـ.

(١) والحديث في جعل النبي ﷺ ثلاثاً، شرط أو لم يشترط أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الحجر على مَنْ يُفْسِدُ ماله. (٧٨٩/٢) رقم (٢٣٥٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٢٧٤، ٢٧٣)، والدارقطني في سننه (٣/٥٦) كلهم من طريق محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو أصابته أمة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: (إذا بايعت فقل: لا خلافة، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال..) وظاهر هذا الأثر الانقطاع؛ لأن محمد بن يحيى بن حبان لم يدرك جدّه، ولهذا قال ابن قدامة في المغني: "والخبر على الوجه الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلأ، وهم لا يرون المرسل حجة، ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه، إنما قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثاً، ولا يعلم ذلك أحد؛ لأن اللفظ لا يقتضيه، فكيف يعلم أن مقتضاه ما ليس بمقتضاه..؟". اهـ. المغني (٦/٤٧). وقال الزيلعي أيضاً كما في نصب الراية (٦/٤): "هي مرسله".

غير أن للحديث شاهداً آخر من طريق محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: "أن حبان بن منقذ كان سفع في رأسه مأمومة... وفيه: فجعل رسول الله ﷺ مما ابتاع فهو بالخيار ثلاثاً..". والحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/٢٧٣)، والدارقطني (٣/٥٥، ٥٤)، وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث في رواية البيهقي لأنه من المدلسين ولم يعنن هنا، وقد رواه الإمام أحمد بهذه الطريق مع التصريح بالتحديث، ولكن بدون ذكر الاشتراط ثلاثة أيام" المسند (٦١٣٤).

ويقوي هذا أن الجماعة كالبخاري (فتح) (٤/٤٢٣)، ومسلم (٣/١١٦٥) وأصحاب السنن وغيرهم روه بدون لفظ "ثلاثة أيام" فكل هذا يقوي بأن الحديث من أوامهم ابن إسحاق. والله أعلم. وانظر: التاريخ الكبير للبخاري (٨/١٧)، الإصابة لابن حجر (١/٣١٧)، ونصب الراية للزيلعي (٦/٤).

(٢) فتح البر (١٢/٢٩٤)، وانظر: أوجز المسالك (١١/٣٨٩)، ومعالم السنن للخطابي مع سنن أبي داود (٣/٧٦٦).

(٣) عارضة الأحوذى (٦/٨).

الأمر الثاني: قالوا: في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ لم يجعل له الخيار إلا بشرط، فالحديث حجة لعدم القيام بالغبن، إذ لو كان القيام به ثابتاً لم يأمره بالشرط، بأن يقول "لا خلافة"^(١).

ويرد على هذين الاعتراضين بما يأتي:

أولاً: الاعتراض الأول: قولهم: إنها قضية عين وإنها خاصة بهذا الصحابي^(٢).

فجوابه هو: أن ما ثبت في حق واحد من الصحابة يثبت في حق سائر الناس، ما لم يَقم على تخصيصه دليلٌ يَصار إليه ولا دليل^(٣)، وأما قول ابن العربي أن الخديعة في قصة هذا الرجل يحتمل أنها في العيب، أو في الكذب...، فيقال: إن الحديث أثبت الخيار لكل مَنْ يشترط هذا الشرط ثم يجد الخدعة وعدم المساواة بين الثمن والمثمن سواء كان عيباً أو غبناً، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، والمسترسل يدخل في هذا الحديث ضمناً لا نصاً؛ لأنه أخبر البائع بأنه لا يعرف سعر السوق وكشف نفسه، واستنصح البائع لا أننا نقول إن الحديث نصٌ في خيار الغبن، وفرق بين الأمرين^(٤).

ثانياً: الاعتراض الثاني: وهو قولهم: "إن الحديث حجة لعدم القيام بالغبن...". فيقال: إن إعطاء النبي ﷺ لحبان بن منقذ الخيار في بيعه بقوله: (لا خلافة) ليس لأجل الغبن فقط، بحيث إن وُجد غبن ثبت الخيار وإلا فلا، بل لو لم يُغبن في بيعه،

(١) أوجز المسالك (٣٩١/١١)، فتح الباري (٤٢٤/٤).

(٢) الصحابي هو حبان -بفتح المهملة والموحدة الثقيلة- بن منقذ أو منقذ بن عمرو، على خلاف،

انظر: فتح الباري (٤٢٤/٤)، عارضة الأحوذى (٨/٦).

(٣) انظر: المغني (٤٦/٦).

(٤) انظر: مبدأ الرضا في العقود. د. علي محي الدين القره داغي (٦٥٥/١).

لكان له حق الخيار؛ لأنه حينئذ يكون خيار شرط باشرطه، فيحق له الفسخ سواء وجد غبنٌ أو لو يوجد^(١).

القول الثالث: إذا وقع غبن في الاسترسال بعد الاستنصاح والمسألة، فإن العقد يكون حينئذ باطلاً ولا يصح، وهذا قول داود الظاهري^(٢) وابن حزم^(٣)، وأبي ثور^(٤).

أدلتهم:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، أهمها:

١- قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة:

قال ابن حزم: "ولا يكون التراضي البتة إلا على معلوم القدر، ولا شك في أن من لم يعلم بالغبن، ولا بقدره، فلم يرض به... ومن غش ولم ينصح فقد أتى حراماً، وقال ﷺ: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)، فصح أنه باطل"^(٥).

٢- قالوا: إن الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم تفيد رد البيع لأجل الغبن في السلعة، فمن ذلك ما جاء عن ابن سيرين^(٦) قال: إن رجلاً قدم المدينة بجوار، فباع

(١) انظر: المغني (٤٦/٦، ٤٥)، وفتح الباري (٤/٤٢٤)، أوجز المسالك (١١/٣٨٨-٣٨٩).

(٢) هو داود بن علي بن خلف، أبو سليمان الأصبهاني الملقب بالظاهري، أحد الأئمة المجتهدين، وينسب إليه المذهب الظاهري؛ لأنه يأخذ بظاهر الألفاظ في الوحيين، ويعرض عن التأويل والقياس، ت: سنة ٢٧٠هـ. انظر: طبقات الشافعية (٢/٢٨٤).

(٣) انظر: المحلى (٨/٤٣٩).

(٤) انظر: المحلى (٨/٤٣٩)، معالم السنن للخطابي (٣/٧٦٦).

(٥) انظر: المحلى (٨/٤٤٠).

(٦) هو محمد بن سيرين البصري، الأنصاري بالولاء، الإمام، من أئمة الإسلام، اشتهر بتعبير الرؤى مع جلالة في الفقه والتبث في الأخبار. ت: سنة ١١٠هـ. انظر: تاريخ بغداد (٥/٣٣١)، الأعلام (٧/٢٥).

جاريةً من ابن جعفر، ثم جاء الرجل إلى ابن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن، غُبت بسبعمائة درهم، فأتى ابنُ عمر إلى عبدالله بن جعفر فقال: "إنه غُبن بسبعمائة درهم، فإما أن تعطيها إياه، أو ترد عليه بيعه. فقال ابن جعفر: بل نعطيها إياه" (١)، وقد رويت آثار نحو هذا عن عمر والعباس وأبي بن كعب وجريير بن عبدالله البجلي (٢).

وجه الدلالة من هذه الآثار كما يقول ابن حزم (٣): "فهؤلاء عمر وابنه، والعباس وعبدالله بن جعفر، وأبي، وجريير، ولا مخالف لهم من الصحابة رضي الله عنهم يرون ردَّ البيع من الخديعة في نقصان الثمن عن قيمة المبيع".

المناقشة:

ويمكن مناقشة أدلة أصحاب القول الثالث القائلين ببطلان البيع بأن يقال: ليس في الآية دليل يدل على أنه بمجرد الغبن يبطل البيع، والآية لا تدل على أكثر من التحريم، وهذا مما لا ينكر، ولا يلزم من وجود التحريم ببطلان العقد كالنجش، وتلقي الركبان ونحو ذلك.

وأما الآثار عن الصحابة فإنها تُثبت صحة البيع مع إعطاء المغبون الخيار بين الفسخ والإمضاء، ويدل على ذلك قول ابن عمر لابن جعفر "إنه غبن بسبعمائة درهم، فإما أن تعطيها إياه، وإما أن ترد عليه بيعه". والرجل الذي غبن لم يرض بالغبن فلذا اشتكى إلى ابن عمر، ولم يبطل ابن عمر عقد البيع، حينما أمكن تصحيحه بإزالة الغبن، وكذا الآثار التي أوردها ابن حزم، لا تدل على أكثر من إعطاء المغبون الخيار، ولو أرادوا إبطال البيع، لما جعلوا له الخيار. والله أعلم.

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٨/٤٤٠).

(٢) انظر: المحلى (٨/٤٤٠-٤٤١).

(٣) انظر: المصدر السابق.

الترجيح:

بعد عرض أدلة كل قول ومناقشتها يتبين أن القول الراجح هو القول الثاني، القائل بصحة العقد مع إعطاء المغبون المسترسل الخيار بين الفسخ والإمضاء لقوة أدلتهم وظهورها؛ وذلك لأن أخذ البائع الزيادة في ثمن المبيع، مع علمه بجهل المشتري مع استنصاح المشتري له واستثمانه يُعدُّ خيانةً وغشاً وخديعةً، فيُعطَى المغشوش الخيار، كتلقي الركبان ونحو ذلك، فعقد الاسترسال عقد قائم على الأمانة، فالخيانة فيه بالكذب في سعر السوق يجعل العقد غير لازم، فيكون للآخر الخيار بين الرد والإمساك؛ وذلك لأن رضاه كان قائماً على أن يكون هذا الثمن الذي اشترى به هو سعر السوق، اعتماداً على ثقته في البائع فلما كذب عليه، ظهر أن الرضا به ليس كاملاً ومتنوراً فيثبت له الخيار^(١).

مسألة

هل يدخل في عقد الاسترسال وحكمه غبنُ العاقل القادر على معرفة سعر السوق فيما لو اشترى شيئاً بلا مماكسة؟.

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: قول عامة أهل العلم من الحنفية^(٢) في ظاهر المذهب عندهم، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥)، واختارها ابن قدامة^(٦).

(١) انظر: فتح الباري (٤/٤٢٤)، مجموع الفتاوى (٢٩/٣٥٩، ٢٩٩)، أوجز المسالك (١١/٣٨٩-٣٩٠)، مبدأ الرضا في العقود (١/٦٥٥).

(٢) انظر: رد المحتار (٤/١٥٩-١٦١)، رسائل ابن عابدين (٢/٦٨-٨٢).

(٣) انظر: المقدمات والمهدات (٥/٤٥٦)، المعونة (٢/١٠٤٩)، التاج والإكليل (٦/٣٩٩).

(٤) انظر: المهذب (١/٢٩٤)، أسنى المطالب (٢/٦٣).

(٥) انظر: الإنصاف (١١/٣٤٤).

(٦) انظر: المغني (٦/٣٦).

قالوا: لا يثبت له حق الخيار والعقد ماضٍ صحيح، وقد حُكي في هذه المسألة الإجماع على ذلك، قال ابن عبد البر: "لا أعلم خلافاً في بيع المالك لنفسه الجائز الأمر في ماله، ما لم يكن مستثلاً مستنصحاً للذي عامله أنه حلالٌ له أن يبيع يبعاً بأكثر ما يساوي أضعافاً إذا لم يدلّس له بعيب" (١). اهـ.

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : "فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن، فهو كالعالم بالعيب، وكذا لو استعجل، فجهل ما لو تثبت لعلمه، لم يكن له خيار" (٢). اهـ.

وأدلتهم هي أدلة القول الأول نفسها في المسترسل، وقالوا: وهذا أولى من عدم إعطائه الخيار من المسترسل؛ لأنه مالكٌ لأمره، ليس بعقله شيء يُستنكر وما حصل له من غبن فلتقصيره وتفريطه، ولمالك السلعة الحق في بيعها بأعلى من سعر السوق ما لم يكن داخلاً في باب الاحتكار (٣).

القول الثاني: يثبت للجاهل بقيمة السلعة الخيار إذا غبن ما لم يُعلمه بالزيادة، وهذا القول رواية عند الحنفية (٤)، ورواية عند الحنابلة، ذكر بعضهم أنها المذهب (٥)، وهو قول ابن حزم ونسبه إلى أبي ثور (٦)، وقد نسب الخطابي إلى أبي ثور في هذا أن العقد فاسد لوجود ذات الغبن (٧)، والأقرب في ذلك ما نسبه إليه ابن حزم، وقد اختار هذا القول ابن تيمية - رحمه الله تعالى - (٨).

(١) انظر: الاستذكار (١٠١/٢١).

(٢) انظر: المغني (٣٦/٦).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٣٩٨/٦ وما بعدها)، شرح الخرقى (١٥٢/٥)، مغني المحتاج (٣٩٢/٢)، المغني (٣٦/٦)، الاستذكار (١٠١/٢١)، أوجز المسالك (٣٨٩/١١)، فتح الباري (٤٢٤/٤).

(٤) انظر: رد المحتار (١٥٩/٤-١٦١).

(٥) انظر: الإنصاف (٣٤٤/١١).

(٦) انظر: المحلى (٤٣٩/٨).

(٧) انظر: معالم السنن بهامش سنن أبي داود (٧٦٦/٣).

(٨) انظر: مجموع الفتاوى (٣٥٩/٢٩ وما بعدها)، الإنصاف (٣٤٤/١١).

ووجه هذا القول عندهم:

هو أن الزيادة التي أخذها البائع لم تكن عن رضى من المشتري، ومن شروط عقد البيع رضى المتبايعين، فيثبت حينئذٍ الخيار للمشتري المغبون، قياساً على متلقي الركبان والنجش بجامع الجهل بقيمة السلعة^(١).

الترجيح:

لعل أقرب الأقوال في ذلك هو القول الثاني، وذلك لأن المشتري وإن استعجل في شرائه، فليس للبائع أن يبيعه إلا بالقيمة المعتادة، أو قريب منها فإذا باعه بأعلى من قيمة السوق، بلا علم المشتري بالزيادة التي أخذها منه كان بيعه عن غير رضا منه، والله تعالى يقول: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، ثم إن النبي ﷺ قد جعل للمتلقى -بفتح القاف- الخيار قبل أن يهبط السوق، مع أنه في الغالب مالك أمر نفسه، ليس عاجزاً عن معرفة قيمة السلعة، ومع كل ذلك قد نهى النبي ﷺ عن خروج المشتري إليه، وابتاعه منه لما في ذلك من غشه وتغريره، ولو لم يحصل تدليس في ذلك، ولو خالف المتلقي - بكسر القاف - واشترى منه كان للمتلقى -بفتح القاف- الخيار بين الفسخ والإمضاء إذا هبط إلى السوق، ولا يُعلم لذلك علة ولا حكمة إلا لأجل عدم علمه بحقيقة الحال وجهله بقيمة السلعة، فيثبت للمغبون هنا أيضاً الخيار لعدم معرفته وجهله بقيمة السلعة إذا غُبنَ فيها غبناً فاحشاً يخرج عن العادة، والله أعلم.

* * *

المبحث السابع

الغش في بيوع الأمانة وأثره على العقد

توطئة:

الأمانة في اللغة: الاطمئنان، يقال: أمِنَ أمناً وأماناً وأمانةً: إذا اطمأن ولم يخف، فهو آمن وأمِنَ وأمِين، والأمان والأمانة ضد الخيانة، وأمن فلاناً على كذا: وثق به واطمأن إليه^(١).

الأمانة في الاصطلاح: يقصد ببيع الأمانة البيع الذي فيه اطمئنان من قبل البائع، فهو مبني على الثقة والاطمئنان في التعامل بين الطرفين، وبيوع الأمانة تقوم على أساس ما قام به الشيء على صاحبه؛ لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول فقام مقامه، من غير بيّنة ولا استحلاف^(٢).
وفي هذا المبحث ثلاثة مطالب:

(١) انظر: الصحاح (٢٠٧١/٥)، القاموس المحيط (ص١٥١٨)، لسان العرب (٢١/١٣)، المصباح المنير (٤١/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٣/٥)، أنيس الفقهاء (ص٢٤٩)، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي (ص٢٢٧)، الموسوعة الفقهية (٤٨/٩)، الاختيار (٢٦٢/٢).

المطلب الأول

الغش في بيع المراجعة

المراجعة في اللغة: تحقيق الربح، يقال: بعث المتاع مراجعة، أو اشترته مراجعة: إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً^(١).

المراجعة في الاصطلاح: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها، لكنه من باب اختلاف الترادف والألفاظ؛ لأنها متقاربة في المعنى والمدلول. فعند الحنفية يعرفون المراجعة بأنها:

(أ): "نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول، مع زيادة ربح"^(٢).

(ب): "بيع بزيادة معلومة على ما ملكت به"^(٣).

وعند المالكية:

(أ): "بيع السلعة بالثمن الذي اشتراها به وزيادة ربح معلوم لهما"^(٤).

(ب): "بيع ما اشترى بثمنه مع زيادة ربح معلوم عند البائع والمشتري على ما

اتفقا عليه"^(٥).

وعند الشافعية:

(أ): "عقد بيني الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادة"^(٦).

(١) انظر: الصحاح (١/٣٦٣).

(٢) الهداية مع فتح القدير (٥/٢٥٣).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٣/٨٣).

(٤) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٥٩).

(٥) أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٢/٢٨٢).

(٦) فتح العزيز شرح الوجيز (٤/٥)، روضة الطالبين (٣/٥٢٨).

وعند الحنابلة: "البيع برأس المال وبيع معلوم"^(١).

فكل هذه التعاريف تدور حول معنى واحد وهي أن المراجعة تقوم على أساس معرفة الثمن الأول وبناء الثمن الثاني عليه، مع ربح معلوم يتفق عليه الطرفان. وصورتها: أن يقول البائع للمشتري رأس مالي فيه، أو هو عليّ بمائة بعتك بها، وبيع عشرة، أو يقول: "بعتك برأس مالي فيه وهو مائة، وأربح في كلّ عشرة درهماً، أو ده يازده، أو ده داوزده"^{(٢)(٣)}.

فأما الصورة الأولى:

وهي قوله رأس مالي فيه مائة بعتك بها وبيع عشرة فهذه جائزة بإجماع أهل العلم، قال ابن قدامة عن هذه الكيفية من بيع المراجعة: "فهذا جائز لا خلاف في صحته، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة"^(٤). إلا أن المالكية يرون أنها خلاف الأولى والأحب خلاف هذا البيع كالمساومة والمماكسة.

قال ابن رشد الجدي: "فالببيع والشراء على هذا الوجه جائز إلا أن البيع على المكايسة والمماكسة أحبُّ إلى أهل العلم وأحسن عندهم"^(٥). وسبب ذلك لما فيه من جهل المشتري بالثمن إلا بعلم البائع بذلك؛ ولأن البائع يوقع نفسه في هذا المضيق بتعرضه لذكر ما اشتراه به. فربما زاد أو نقص، وربما ينسى

(١) المغني (٢٦٦/٦).

(٢) هذه كلمة فارسية معناها كلّ عشرة أحد عشر، راجع فتح القدير (٢٥٤/٥)، المحلى (١٤/٩).

(٣) راجع المصادر السابقة لكل مذهب.

(٤) انظر: فتح القدير (٢٥٣/٥)، البدائع (٢٢٣/٥)، القوانين الفقهية (ص ٢٦٦)، مواهب الجليل

(٤٣٢/٦)، مغني المحتاج (٤٧٤/٢)، فتح العزيز (٥/٤)، المغني (٢٢٦/٦)، المحلى (١٤/٩).

(٥) انظر: المقدمات والممهّدات (٤٥٦/٥)، وانظر: شرح الخرشبي (١٧١/٥-١٧٢)، حاشية

الدسوقي مع الشرح الكبير (١٥٩/٣).

ما يضر، أو يسهو فينتقل ذهنه من شيء إلى غيره^(١).

وأما الصورة الثانية:

وهي قوله "بعتك برأس مالي وهو مائة وأربع في كلّ عشرة درهماً أو ده يازده"،
فهذه الصورة اختلف فيها أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن هذا البيع لا يجوز، ولا يصح، وهذا هو قول إسحاق بن راهويه^(٢)، وقول ابن حزم الظاهري^(٣)، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس أنهما
قالا في بيع ده يازده أنه ربا^(٤).

وجه هذا القول عندهم:

استدل ابن حزم على بطلان هذا البيع بقوله: "... فإنه بيع بثمن مجهول،
لأنهما تعاقدتا البيع على أنه يربح معه للدينار درهماً، فإن كان شراؤه ديناراً غير ربع
كان الشراء بذلك، والربح درهم غير ربع درهم فهذا بيع الغرر الذي نهى
عنه ﷺ..."^(٥).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال فقول:

إن ما كان فيه من الجهالة يمكن معرفتها وإزالتها بالحساب، فلم تضر كما لو
باعه صبرة كلّ قفيز بدرهم^(٦). وما روي عن ابن عمر ﷺ وابن عباس ﷺ معارض

(١) انظر: أسهل المدارك (٢/٢٨٢)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٥٩)، السيل الجرار
للشوكاني (٣/١٣٨).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٦٦).

(٣) انظر: المحلى (٩/١٤).

(٤) انظر: المصدر السابق (٩/١٤).

(٥) المحلى (٩/١٤).

(٦) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، الحاوي الكبير (٦/٣٣٩-٣٤٠).

بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه بأنه كان لا يرى بأساً بذلك^(١)، ثم إنه يمكن حمل ما روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما على الكراهة فحسب، أو على أن البائع لم يبين الثمن فاقتصر على ذكر الربح دون الثمن. والله أعلم.

القول الثاني: أن هذا البيع صحيح ولكنه مكروه، وقد رويت كراهته عن ابن عمر^(٢)، وابن عباس^(٣)، ومسروق^{(٤)(٥)}، والحسن^{(٦)(٧)}، وعكرمة^{(٨)(٩)}، وسعيد بن جبير^{(١٠)(١١)}، وعطاء بن يسار^{(١٢)(١٣)}، وغيرهم، وهو قول الإمام أحمد رحمه الله تعالى^(١٤).

(١) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٧٧، ٤٧٦).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، المحلى (٩/١٤).

(٣) انظر: المصدرين السابقين، والمصنف لابن أبي شيبة (٥/١٨٤).

(٤) هو مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني، الوادعي، أبو عائشة الكوفي، ثقة فقيه عابد مخضرم، ت: ٦٢هـ، وقيل: ٦٣هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٩٣٥) رقم (٦٦٤٥).

(٥) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، المحلى (٩/١٤)، والمصنف لابن أبي شيبة (٥/١٨٤).

(٦) هو الحسن بن أبي الحسن البصري، اسم أبيه يسار بالتحانية والمهمل، الأنصاري مولاها، ثقة فقيه عابد مشهور. ت: سنة ١١٠هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٢٣٦) رقم (١٢٣٧).

(٧) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، المحلى (٩/١٤)، والمصنف لابن أبي شيبة (٥/١٨٤).

(٨) عكرمة هو أبو عبد الله، مولى ابن عباس، أصله بربري، ثقة ثبت عالم بالتفسير. ت: سنة ١٠٤هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٦٨٨) رقم (٤٧٠٧).

(٩) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، المحلى (٩/١٤)، والمصنف لابن أبي شيبة (٥/١٨٤).

(١٠) هو سعيد بن جبير الأسدي مولاها، الكوفي، ثقة ثبت فقيه، عالم بالتفسير والفقه، قتل بين يدي الحجاج سنة ٩٥هـ ولم يكمل الخمسين. انظر: تقريب التهذيب (ص ٣٧٤) رقم (٢٢٩١).

(١١) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، المحلى (٩/١٤)، والمصنف لابن أبي شيبة (٥/١٨٣).

(١٢) هو عطاء بن يسار الهلالي، أبو محمد المدني، مولى ميمونة، زوج النبي ﷺ، ثقة فاضل صاحب مواظ وعبادة. ت: سنة ٩٤هـ. وقيل بعد ذلك. انظر: تقريب التهذيب (ص ٦٧٩) رقم (٤٦٣٨).

(١٣) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، المحلى (٩/١٤)، والمصنف لابن أبي شيبة (٥/١٨٣).

(١٤) انظر: المغني (٦/٢٦٦)، الإنصاف (١١/٤٤٠-٤٤١).

ووجه هذه القول:

(١) هو أن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما كرهاه، ولم يُعلم لهما في الصحابة مخالفاً.

(٢) ولأن فيه نوعاً من الجهالة، والتحرز عنها أولى^(١).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال بما يأتي:

أولاً: فيما روي عن ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهما، يناقش بما يلي:

١- أنهما كرها ذلك لأنه بيع الأعاجم، فكرهوا مشابعتهم وعدولهم عن العربية^(٢).

٢- أو أنهما كرها ذلك لأجل خشية أن يُحمل ذلك منهم على بيع الدراهم في جواز العشرة بالائتني عشرة^(٣).

٣- أو أن يقال: إن ما كرهاه رضي الله عنهما قد خالفهما ابن مسعود رضي الله عنه فقد أجازَه إذا لم يأخذ للنفقة رجماً^(٤)، وإذا اختلف الصحابة في شيء؛ ينظر في أيهم أقوى حجة، وأقرب إلى الكتاب والسنة^(٥).

ثانياً: قولهم: "إن فيه نوعاً من الجهالة والتحرز عنها أولى":

يناقش: بأن هذه الجهالة وإن كانت موجودة حال العقد، فقد عقدها بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد، وذلك لا يمنع من صحة البيع ولا كراهته، كما لو باعه

(١) انظر: المغني (٢٦٦/٦)، الحاوي الكبير (٣٤٠/٦). والمصنف (١٨٣/٥-١٨٤).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٣٤٠/٦)، والمصنف لابن أبي شيبة (١٨٤/٥).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٣٤٠/٦).

(٤) انظر: المحلى لابن حزم (١٤/٩)، ومغني المحتاج (٤٧٦/٢-٤٧٧).

(٥) انظر: المسودة ص (٣٤١)، روضة الناظر (٤٠٦/١)، أعلام الموقعين (٣١/١)، المدخل إلى

مذهب أحمد (ص ٤٢).

صبرة طعام كلّ قفيز بدرهم، صح البيع وإن كان مبلغ الثمن مجهولاً وقت العقد^(١).

القول الثالث: أن البيع به صحيح من غير كراهة:

ومن قال بهذا القول ابن مسعود وابن سيرين وسعيد بن المسيب^{(٢)(٣)}، وهو

قول

الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية^(٦) واختيار ابن المنذر^(٧)، واستدلوا على ذلك بأدلة من أهمها:

١- قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة: أن الآية صريحة في حل البيع ومشروعيته، ولفظ البيع لفظ عام، فيشمل كلّ بيع كائناً ما كان إذا لم يصحبه مانع شرعي، ويبيح المراجعة بصورتها أحد أنواع البيع، ولم يرد من النصوص ما يمنعه، فيبقى على الأصل وهو الإباحة^(٨).

٢- ولأن رأس المال معلوم، والربح معلوم، فأشبهه ما لو قال: وبيع عشرة دراهم، ولا ضير في اختلاف العبارتين إذا كان مؤداهما واحداً^(٩).

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦/٣٤٠)، والمغني (٦/٢٦٦)، وفقه المراجعة د. عبد الحميد البعلسي

(ص ٢٢، ٢١)، الاستثمار اللاربوي في نطاق عقد المراجعة. مجلة المسلم المعاصر، عدد (٧١/٣٥).

(٢) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب، المخزومي القرشي، سيد التابعين وإمامهم، وأحد فقهاء المدينة السبعة، كان يسمى "راوية عمر" لحفظه أفضيته وأحكامه. ت: سنة ٩٤هـ. انظر: حلية الأولياء (٢/١٦١)، الأعلام (٣/١٥٥).

(٣) انظر: هذه الآثار في المحلى (٩/١٤)، والمغني (٦/٢٦٦)، والمصنف لابن أبي شيبة (٥/١٨٣-١٨٤).

(٤) انظر: فتح القدير (٥/٢٥٤، ٢٥٣).

(٥) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٦٦، حاشية الدسوقي (٣/١٦٢، ١٦١).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٧٦)، الروضة (٣/٥٢٨)، الحاوي الكبير (٦/٣٤٠، ٣٣٩).

(٧) انظر: المغني (٦/٢٦٦).

(٨) انظر: أحكام القرآن للإمام الشافعي (١/١٣٥-١٣٦).

(٩) انظر: المغني (٦/٢٢٦)، الحاوي (٦/٣٤٠).

الراجع:

بعد عرض أدلة كلّ قول ومناقشتها يظهر أن القول الراجع هو القول الثالث القائل بجواز مثل هذه الصورة من البيع بلا كراهة، لقوة أدلتهم ووضوحها في دلالتها على جواز قول البائع ده دوازده، أو أبيعك برأس مالي وهو مائة، وأربح في كلّ عشرة درهماً؛ لأن الجهالة يمكن معرفتها بالحساب لكلّ منهما، ولو فرض أن الثمن مجهولٌ وقت العقد، ولكنهما عقداه بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد، وذلك لا يمنع من صحة العقد ولا كراهته، كما لو باعه صبرة طعام كل قفيز بدرهم^(١).

هذا ومع أن جمهور أهل العلم على صحة هذا البيع -بيع المراجعة بصورتيه-، إلا أنهم اشترطوا لصحته شروطاً نذكرها باختصار لأهميتها ودخولها في بعض الفروع التي نبحثها في هذا البحث، والشروط هي:

أولاً: العلم بالثمن الأول للبائع والمشتري، فإن لم يُعلم فسد البيع^(٢).

ثانياً: أن يكون الربح معلوماً لهما^(٣).

ودليل هذين الشرطين؛ أن العلم بالثمن شرط لصحة البيع والربح بعض الثمن^(٤).

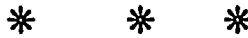
(١) انظر: الحاوي (٦/٣٤٠)، وجواهر الإكليل (٢/٥٧)، أسهل المدارك (٢/٢٨٢)، فقه المراجعة للبعلي (ص ٢٢، ٢١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٠)، جواهر الإكليل (٢/٥٧)، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢/٩٢)، المغني (٦/٢٦٦)، السيل الجرار للشوكاني (٣/١٣٦)، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (ص ٤)، العقود المسماة (ص ٥٦)، كلاهما للأستاذ مصطفى الزرقا.

(٣) انظر: البدائع (٥/٢٢١)، الفقه الإسلامي وأدلته (٤/٧٠٤).

(٤) انظر: المصادر السابقة والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦/٣٢٢).

ثالثاً: ألا يكون الثمن في العقد الأول مُقابلاً بجنسه من أموال الربا؛ لأن المراجعة بيع بالثمن الأول وزيادة، والزيادة في أموال الربا تكون ربا لا ربحاً، أما عند اختلاف الجنس فيجوز حينئذٍ^(١)، وقد أدخل بعضهم شروطاً ليست بصحيحة، اكتفينا بذكر ما ثبت الدليل باشرطه^(٢).



الفرع الأول

صور الغش في بيع المرابحة

في عقد المراجعة صور كثيرة، إلا أن هناك صوراً منها لا يذكر البائع فيها رأس ماله صحيحاً على حقيقته، بناء على ما دخل رأس المال في العقد الأول من التغير والاختلاف، فبعض العلماء جعل هذا غشاً وخداعاً يحق للمشتري الخيار، وبعضهم جوز ذلك، ولم يعتبره غشاً ولم يجعل للمشتري فيها الخيار، وبعضها مما اتفق عليه الفقهاء على اعتباره غشاً ومن تلك الصور:

الصورة الأولى: علم المشتري بأن البائع غره في رأس المال:

إذا حطّ البائع بعض الثمن عن المشتري، أو استزاده المشتري فهذا الحطّ أو الزيادة تختلف فيما إذا كانت في زمن الخيار أو بعد لزوم العقد.

فإن كانت في مدة الخيار، فإن الزيادة أو الحطّ يلحق بالعقد، فإذا باعها المشتري بعد ذلك على آخر مراجعة أخبر عن آخر الأمرين في الثمن مع الزيادة أو الحطّ

(١) انظر: البدائع (٢٢٢/٥)، المسبوط (٨٢، ٨٩/١٣)، الفقه على المذاهب الأربعة (٢٨١/٢)

لعبدالرحمن الجزيري.

(٢) انظر: البدائع (٢٢١/٥)، فتح القدير (٢٥٤/٥).

وجوباً، مثلما لو باعه سلعة بمائة ولكل واحد منهما الخيار ثلاثة أيام، فلما مضى يوم أو يومان من مدة الخيار، حط البائع بعض الثمن، وقال: بعثك بثمانين بدل مائة، ترغيباً للمشتري في إبقاء البيع، أو قال المشتري للبائع، أزيدك عشرة فإن السلعة تكون حينئذ بمائة وعشرة، فإذا أراد المشتري الأول بيعها مراجعة على آخر أخبر بها في الثمن، وهذا أمر متفق عليه بين أئمة المذاهب، وقال ابن قدامة: "ولا أعلم عن غيرهم خلافهم"^(١).

فلو باعها المشتري مراجعةً من غير ذكر الحطيطة زمن الخيار، لكان غشاً بالمشتري الثاني يثبت له حق الخيار لأجل الغش والتغير^(٢).

أما إن حطّ البائع الأول بعض الثمن عن المشتري، أو استزاده بعد لزوم العقد وانتهاء مدة الخيار فهل للمشتري أن يخبر بالثمن الأول حين البيع مراجعة؟ أو لا يجوز له ذلك؟، على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: أنه يجب على المشتري إذا باع المبيع مراجعة أن يبيّن للمشتري الثاني ما تجاوز عنه البائع أو حطّه، أو وهب له، فإن لم يفعل كان هذا تغريراً به وغشاً، يثبت له حق الخيار في البيع، وهذا قول الأحناف^(٣) والمالكية^(٤).

دليلهم قالوا:

(١) لأن المراجعة بيع بالثمن الأول، والخط والزيادة يلتحق بأصل العقد، فيصير من رأس المال، فلو باعه من غير ذكر الحطيطة، لعدّ كاذباً في بيانه لرأس المال.

(١) المغني (٢٦٨/٦)، وانظر: بدائع الصنائع (٢٢٢/٥)، شرح الخرشي (١٧٦/٥)، منح الجليل (٢/١٨٨)، مغني المحتاج (٤٧٧/٢)، فتح العزيز (١٠/٩).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٢/٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير (١٦٥/٣)، شرح الخرشي (١٧٦/٥)، منح الجليل (١٨٨/٢).

(٢) ولأنه لو لم يبيّن بما تحصلت عليه لما رضي المشتري الثاني بذلك، فاختلف شرط من شروط البيع، وهو الرضا، فيحق له الخيار حينئذٍ لعدم تمام الرضا^(١).
 القول الثاني: أن الزيادة، أو الحط بعد لزوم العقد لا يلتحق بأصل العقد، ويجوز للمشتري إذا باعه مراجعة ألا يخبر بذلك الحط، ولا يُعدّ تغيراً على المشتري الثاني، وهذا قول الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)، وزفر من الحنفية^(٤).

وجه هذا القول:

قالوا: لأن الحط بعد لزوم العقد هبةٌ من أحدهما للآخر وليس يلتحق بأصل العقد، وما كان كذلك فلا يلزمه الإخبار بذلك؛ لأنه ليس من باب المعاوضة^(٥)، إلا أن الشافعية خصوا هذا بما إذا باعه مراجعة بلفظ "اشتريته"، أما لو باعه بلفظ "قام علي" فلا يجوز بيعه مراجعة إلا بعد إسقاط المحطوط^(٦).

الراجع:

لا شك أن بيع المراجعة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وخيانة، ويُحرز فيه عن كل كذب، وإذا أخبر المشتري بالحال على حقيقته، فإن ذلك أسمح لخاطر المشتري الثاني، وأبعد عن شبهة التدليس، أما أن يجب عليه تبين الحطّ، فهذا محل توقف، وذلك لأن عقد البيع قد لزم الطرفين، ولا مناص من بقاء العقد، وما يكون بعد ذلك من حط، أو زيادة من أحد الطرفين، فإنه تبرع وهبةٌ من أحدهما للآخر، كما

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٢/٥)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٦٥/٣).

(٢) انظر: المهذب (٢٩٦/١)، فتح العزيز للرافعي (١٠/٩)، مغني المحتاج (٤٧٧/٢).

(٣) انظر: المغني (٢٦٧/٦).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٣/٥).

(٥) انظر: المغني (٢٦٧/٦)، تحفة المحتاج (٤٢٩/٤)، فتح العزيز (١١/٩، ١٠).

(٦) انظر: المهذب (٢٩٦/١)، تحفة المحتاج مع حواشيه (٤٣٠/٤، ٤٢٩)، مغني المحتاج (٤٧٨/٢).

لو باعه شيئاً ثم وهبه هبةً أخرى، فإذا لم يلزمه أن يذكر ذلك حين بيعه مراجعة فكذا لا يلزمه أن يذكر مما حُطَّ عنه بعد لزوم العقد.

إلا أن حط عنه الثمن كاملاً، ففي هذه الحال لا ينبغي بيعه مراجعة حتى يبيّن حقيقة الحال، لأن ذلك أشبه بإقالة البيع، ثم هبته بعد ذلك، ولأنه لا يمنع أن يكون في أصل البيع محاباة من قبل أحدهما للآخر. والله أعلم.

الصورة الثانية: الإخبار برأس مال السلعة مراجعة، بالثمن الأول من غير ذكر ما طرأ عليها من تغير.

إذا تغيرت السلعة فأراد المشتري بيعها مراجعة، فلا يخلو التغير من أمرين: إما أن يكون بزيادة، أو يكون بنقص.

أولاً: أن يكون التغير بزيادة:

إذا تغير المبيع بزيادة، فهذا على نوعين:

أ- النوع الأول: أن تزيد لنمائها المنفصل، كالولد والثمرة والكسب، فإذا أراد بيعها مراجعة فهل له أن يخبر بالثمن الأول من غير ذكر ما طرأ عليها من زيادة؟ أو لا يجوز له ذلك حتى يبيّن؟ على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: لا يبيعه مراجعة حتى يبيّن، فإن باعه مراجعة بالثمن الأول، كان غاشاً للمشتري الثاني، وهذا قول الحنفية^(١) والمالكية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد نقلها عنه ابن المنذر^(٣)، وهو قول إسحاق بن راهوية^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٤، ٢٢٣).

(٢) انظر: التاج والإكليل (٦/٤٤٠، ٤٣٩)، وحاشية الدسوقي (٣/١٦٦)، جواهر الإكليل (٢/٦١).

(٣) انظر: المغني (٦/٢٦٨)، الإنصاف (١١/٤٥٤).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٦٨).

دليلهم:

- ١- لأن الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة، تلحق الأصل حتى تمنع الرد بالعيب، فإذا باعها مراجعةً ولم يبين، كان ذلك حبساً لبعض المبيع، فلا يجوز من غير بيان^(١).
 - ٢- ولأنه لو لم يبين، فإنه عسى لو علم المشتري بذلك لم يرض به، ولرغب عن هذا البيع، ولعدّ نفسه مخدوعاً، وقد قال ﷺ: (من غشنا فليس منا)^(٢).
 - ٣- ولأن تبيينه الحال فيه احتراز عن الخيانة، وعدم تبيينه فيه شبهة الخيانة، والتغريب والغش، وقد قال ﷺ في الحديث الصحيح: (دع ما يربك إلى ما لا يربك)^{(٣)(٤)}.
 - ٤- ولأن ولادة الجارية أو البهيمة عند المشتري الأول عيب ينقص قيمتها^(٥).
- القول الثاني: له أن يبيعها مراجعةً بالثمن الأول من غير ذكر ما طرأ عليها من زيادة منفصلة، ولا يُعدّ غاشياً بالمشتري وهذا قول الشافعية^(٦)، والمشهور من مذهب الحنابلة^(٧).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٣).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب صفة القيامة والرقائق والورع (٤/٥٧٦) رقم (٢٥١٨)، والنسائي في سننه، كتاب الأشربة، باب: الحث على ترك الشبهات (٨/٣٢٧) رقم (٥٧١١)، وأحمد في مسنده (الفتح الرباني ٩/٧٣)، وابن حبان في صحيحه رقم (٥١٢)، والحاكم في مستدركه (٢/١٣) كلهم من حديث الحسن بن علي بن أبي طالب، والحديث صححه الترمذي فقال: حديث حسن صحيح. وكذا صححه ابن حبان وقال الحاكم "صحيح الإسناد" ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في الإرواء (٧/١٥٥).

(٤) انظر: البدائع (٥/٢٢٣)، حاشية الدسوقي (٣/١٦٦)، التاج والإكليل (٦/٤٤٠، ٤٣٩).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٣/١٦٦).

(٦) انظر: المهذب (١/٢٩٦).

(٧) انظر: المغني (٦/٢٦٨)، الإنصاف (١١/٤٥٤).

دليلهم:

- ١- لأنه صادق فيما أخبر به من غير تغرير وخداع بالمشتري، فجاز كما لو لم يزد في العين شيئاً^(١).
- ٢- ولأن الولد والثمرة ثماءً منفصل، فلم يمنع من بيع المراجعة بدون ذكره كالغلة^(٢).

الراجع:

بعد التأمل يظهر -والله أعلم- أن الأقرب في هذه المسألة هو التفصيل الآتي:

فإذا حصل بسبب الزيادة المنفصلة كالولادة للشاة، فإنه لا يجوز بيعها مراجعة حتى يبين الحال على حقيقته كما يقول الحنفية، والمالكية، والرواية الأخرى عند الحنابلة؛ لأن ولادة الشاة عيب ونقص يغير من لحمها ويقلل من قيمتها إذا أراد بيعها.

أما لو كانت الزيادة المنفصلة لا يترتب عليها نقص كحلب البهيمة، فإن له أن يبيعها مراجعة بالثمن الأول من غير تبين كما يقول الشافعية والحنابلة في المشهور عندهم؛ لأنه لم يترتب على الحلب نقص في العادة، ولأنه صادق فيما أخبر به ولا تغرير بالمشتري ولا خديعة، وبهذا تجتمع الأدلة. والله أعلم.

ب- النوع الثاني: من أنواع التغير بالزيادة هو أن يعمل فيها عملاً مثل أن يَـقْـصُرَها، أو يَخِيطَها، أو يَصِبِغَها، أو تَزِيدَ قيمتها لأجل أجره القصار والدلال والكيال، وأجرة الحمل والحراسة، وما أشبه ذلك، فإذا أراد أن يبيعها مراجعة، ولم يبين ذلك وأدخل قيمة ما عمله بأصل الثمن فهل يكون غاشياً بالمشتري؟ أو لا يُعَدُّ

(١) انظر: المغني (٢٦٨/٦).

(٢) انظر: المغني (٢٦٨/٦)، المهذب (٢٩٦/١).

غاشاً له إذا قال في بيعه تحصلت عليّ بكذا، أو قامت عليّ بكذا؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن أجرة القصار والكيال والدلال، وكل ما له عين قائمة بالسلعة كالصبغ والخياطة وسائر المؤن المرادة للاسترباح، كلّها تلحق برأس المال، ولا يُعدّ غشاً لو باعها مرايحة بالثمن الأول وما دخل عليه من عمل بشرط أن يقول: تحصلت عليّ بكذا، أو قامت عليّ بكذا، ولا يجوز أن يقول: اشتريت بكذا لأن هذا كذب، وهذا قول الحنفية^(١)، والشافعية^(٢).

دليلهم:

١- لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه وعُرف المسلمون وعاداتهم معمول بها في الشريعة إذا لم تخالف نصاً شرعياً كما قال ابن مسعود رضي الله عنه: "ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً، فهو عند الله سيء"^{(٣)(٤)}.

٢- ولأن الصبغ وأمثاله يزيد في القيمة، وهو قد تكلفها وهو صادق فيما أخبر به، فلا يُعدّ غشاً بالمشتري^(٥).

القول الثاني: أن هذا يختلف بحسب ما قام في السلعة، فكل ما له عين قائمة بالسلعة؛ كالصبغ والطرز والخياطة، والغزل ونحو ذلك فهذا بمنزلة الثمن فيحسب

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير (٢٥٥/٥)، العناية على الهداية للبايرتي (٢٥٥/٥)، بدائع الصنائع (٢٢٣/٥).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤٧٨/٢)، شرح المحلى على المنهاج مع حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٢٢/٢)، المهذب (٢٩٥/١).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٣٧٩/١)، والطيالسي في مسنده (ص ٢٣) من طريق عاصم بن أبي النجود عن زر بن حبيش عن ابن مسعود. والحديث حسنه السخاوي في المقاصد الحسنة (ص ٣٦٧) لأجل عاصم بن أبي النجود، فإنه صدوق له أوهام كما يقول الحافظ في التقریب (ص ٤٧١).

(٤) بدائع الصنائع (٢٢٣/٥)، فتح القدير (٢٥٥/٥).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٤٧٨/٢)، بدائع الصنائع (٢٢٣/٥).

من الثمن، ويحسب له الربح ويجوز بيعها مرابحة فيقول: قامت عليّ بكذا؛ لأن هذه المؤن داخله في الثمن، أما ما ليس له عين قائمة بالسلعة مما يختص بالمبتاع وهو مما يتولاه التاجر بنفسه، ولا يستأجر عليه غالباً كسواء المتاع وشده وطيه وما أشبه ذلك، فلو استأجر عليه التاجر، فإنه لا يحسب من رأس المال؛ لأن المبتاع يقول له: لا يلزمني ذلك لأنك إنما استأجرت من ينوب عنك، فيما جرت العادة أن تتولاه بنفسك، فلا يجب عليّ في ذلك شيء، وأما ما ليس له عين قائمة مما يختص بالمبتاع وهو مما لا يتولاه التاجر بنفسه، كنفقة الرقيق، وما أشبه ذلك فإنه يحسب في أصل الثمن بنفسه، ولا يحسب له ربح؛ لأنه ليس له عين قائمة، فلو قال في بيعه مرابحة، قامت عليّ هذه السلعة بكذا وكذا، وذكر ما تكلفه من مؤنة فإن العقد على هذا فاسد؛ لأن المشتري لا يدري كم رأس المال الذي يجب له الربح وكم أضيف إليه مما يُحسب ولا يحسبه له ربح، فهذا جهلٌ بينٌ في الثمن، وهذا التفصيل هو مذهب المالكية^(١).

القول الثالث: أن كل ما عمله المشتري الأول بالسلعة كالخياطة والتطريز والصبغ والحمل، سواء أعمل ذلك بنفسه أم استأجر من عمل له، وأراد بيعها مرابحة، أخبر بالحال على وجهه، فبيّن ما اشتراه وما لزمه، ولا يجوز أن يقول: تحصّلت عليّ بكذا، وهذا قول الإمام أحمد^(٢)، والحسن، وابن سيرين، وابن المسيب، والأوزاعي، وأبي ثور^(٣).

ودليلهم في ذلك: قالوا: لأن ذلك تغريرٌ بالمشتري، فإنه عسى أن لو علم أنّ بعض ما تحصّلت به لأجل الصناعة، لا يُرغَبُ فيه؛ لعدم رغبته في ذلك، فأشبه ما

(١) انظر: التاج والإكليل (٤٣٤/٦، ٤٣٣)، بلغة السالك لأقرب المسالك (١٣٥/٣).

(٢) انظر: المغني (٢٦٨/٦).

(٣) انظر: المغني (٢٦٩/٦).

يَنْقُصُ الحيوانَ في مُؤنِّته، وكِسوتِهِ، وعلى المبتاع في خَزَنِهِ^(١).

الراجح:

الأقرب - والله أعلم - هو التفصيل في ذلك، فأما أجره الدلال والكيال والحارس والحمال، ونحو ذلك، فإن كانت العادة جارية فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال، ففي هذه الحال؛ تلحق برأس المال؛ لأن العادة محكمة^(٢) كما يقول الفقهاء، ولا تغرير حينئذٍ بالمشتري لو قال البائع: تحصّلت عليّ بكذا، أو قامت عليّ بكذا، بشرط أن لا يكون هذا العمل من الدلالة والكيل والحمل، قد عمل ذلك بنفسه، أو تطوع شخص بذلك فإنه لا يدخله في رأس المال. وأما الصبغ والخياطة، والتطريز وكل ما يجمّلها ونحو ذلك، فإنه متى ما أراد أن يبيعها مرابحة، فإنه يخبر بالحال على وجهه، ولا يجوز أن يقول: تحصّلت عليّ بكذا؛ لأن هذا تغرير بالمشتري، وكما يقول ابن قدامة: "فإنه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصّلت به لأجل الصناعة لا يرغب فيه؛ لعدم رغبته في ذلك"^(٣)، أو لأنه لو علم أن المشتري الأول هو الذي وضعها من صبغ وخياطة لما رغّب في ذلك، لظنه أن هذا العمل - من صبغ وخياطة - هو من صنع البلد الذي جيء بها منه.

ثانياً: أن تتغير السلعة بنقص، كمرض، أو جناية عليه، أو تلف بعضه، ونحو ذلك؛ فإنه في هذه الحال يُخبر بالحال على وجهه، ولا يجوز له أن يبيع مرابحة بالثمن الأول، ولو فعل لكان غاشاً بالمشتري الثاني، وهذه المسألة كما يقول ابن قدامة: "لا نعلم فيه خلافاً"^(٤)، وذلك لأن العيب ينقص به المبيع في الثمن^(٥).

(١) انظر: المغني (٢٦٩/٦)، الإنصاف (٤٥٥/١١-٤٥٦).

(٢) انظر: المنثور في القواعد (٣٥٦/٢)، الأشباه لابن نجيم (ص ٩٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٢١٣).

(٣) انظر: المغني (٢٦٩/٦).

(٤) انظر: المغني (٢٦٩/٦).

(٥) انظر: البدائع (٢٢٣/٥)، حاشية الدسوقي (١٦٤/٣)، مغني المحتاج (٤٧٩/٢)، المغني (٢٦٩/٦).

الصورة الثالثة: إذا اشترى شيئين صفقة واحدة، ثم باع أحدهما مرايحة برأس ماله، إذا اشترى شخص شيئين صفقة واحدة، ثم أراد بيع أحدهما مرايحة، أو اشترى اثنان شيئاً، فتقاسماه، وأراد أحدهما بيع نصيبه مرايحة، فإذا باع كل واحد من هؤلاء بعض المبيع برأس مال ما اشتراه، فهو كاذب في بيعه، غاش في معاملته، يثبت للمشتري حق خيار الغش في المراجعة^(١).

ومن مسائل الغش في هذا أيضاً عند أهل العلم:

إذا اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه، وأراد أحدهما بيع نصيبه مرايحة بالثمن الذي آذاه فيه إذا كان المبيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء، كالثياب والحيوان ونحوهما، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرايحة حتى يخبر بالحال على وجهه، ولو باع بلا تبين لكان هذا غشاً بالمشتري عند جماهير أهل العلم من الحنفية وظاهر مذهب المالكية، والمذهب عند الحنابلة، وقول إسحاق وغيرهم^(٢)، خلافاً لقول الشافعي - رحمه الله -، والرواية الأخرى عند الحنابلة^(٣)، حيث جوزوا بيعه مرايحة بحصته من الثمن مستدلين لصحة ما ذهبوا إليه بأن هذا ثمنه وهو صادق فيما أخبر به^(٤).

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء، وذلك لأن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن والتخمين، واحتمال الخطأ فيه كثير، ويبعُ المراجعة أمانة^(٥)، والمشتري لو علم بالحال على حقيقته لم يرض ببيعه مرايحة؛ ولأن ذلك شبهة في الكذب لإيهام

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤٢٤/٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٢/٥)، شرح الخرشي (١٧٢/٥)، منح الجليل (١٨٢/٢)، التاج والإكليل (٤٣٣/٦-٤٣٦)، المغني (٢٧٠/٦)، المقنع (٤٤٦/١١).

(٣) انظر: فتح العزيز (١١/٩)، أسنى المطالب (٩٤/٢)، المغني (٢٧٠/٦)، الإنصاف (٤٥٠/١١).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

(٥) انظر: المغني (٢٧٠/٦)، مجموع الفتاوى (١٠٢/٣٠).

المشتري أن شراؤه بهذا الثمن ، ومن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه. والله أعلم.

الصورة الرابعة: إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل فأراد بيعه مراجعةً.

إذا اشترى المشتري من البائع شيئاً بثمن مؤجل ، ثم أراد بيعه مراجعةً ، فإنه يجب عليه أن يبيّن ذلك باتفاق الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى^(١).

سئل الإمام مالك -رحمه الله تعالى- : "أرأيت من اشترى سلعة بدين إلى أجل ، أيجوز له أن يبيع مراجعةً نقداً؟ قال مالك: "لا يصلح له أن يبيعها مراجعةً إلا أن يبيّن"^(٢).

وقد جوّز بعض الشافعية ذلك بشرط أن لا يكون الأجل خارجاً عن العادة^(٣) ، والصواب هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة -رحمهم الله- ؛ وذلك للتفاوت الظاهر بين المؤجل والمعجل في المالية ، حيث إن الأجل له حصته من الثمن^(٤).

فعلى هذا فلو باع ولم يبيّن كان هذا غشاً بالمشتري عند عامة أهل العلم ؛ وذلك لأن بيع السلعة حالّة ليس هو عند الناس كبيعها مؤجلةً ، فيعدُّ هذا من الكتمان والخيانة ، ولهذا قال أبو العباس ابن تيمية -رحمه الله تعالى- : "فإن أخبره بثمن مطلق ، ولم يبيّن له أنه اشتراه إلى أجل ، فهذا جائر ظالم ، وفي الصحيحين عن

(١) انظر: فتح القدير مع الهداية (٢٦٢/٥) ، البدائع (٢٢٤/٥) المدونة (٢٤١/٣) ، التاج والإكليل (٤٣٨/٦) ، فتح العزيز (١٢/٩) ، روضة الطالبين (٥٣٤/٣) ، المغني (٢٧١/٦) ، مجموع الفتاوى (٩٩/٣٠).

(٢) المدونة (٢٤١/٣).

(٣) انظر: فتح العزيز (١٣/٩) ، مغني المحتاج (٤٧٩/٢).

(٤) انظر: البدائع (٢٢٤/٥) المدونة (٢٤١/٣) ، التاج والإكليل (٤٣٨/٦) ، فتح العزيز (١٢/٩) ، مغني المحتاج (٤٧٩/٢) ، المغني (٢٧١/٦).

حكيم بن حزام عن النبي ﷺ أنه قال: (البَيْعَانِ بِالْخِيَارِ، مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيْنَا بُورِكْ لِهَمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكُتِمَا، مُجِئَتْ بَرَكَةٌ بَيْعِهِمَا)^(١) (٢).

* * *

الفرع الثاني

أثر الغش في بيع المربحة على العقد

إذا ظهرت الخيانة في المربحة بإقرار البائع في عقد المربحة، أو ببرهان عليها، أو بنكوله عن اليمين، فإما أن تظهر الخيانة في الكذب في قدر الثمن، وإما أن تظهر الخيانة في غشه وتدليسه، وخداعه وتغريبه في رأس المال.

فأولاً: إذا ظهرت في الكذب في قدر الثمن؛ مثلما لو قال له: بعتك برأس مالي، وهو مائة وربع عشرة، ثم اتضح أن رأس ماله تسعون، فما الحكم؟ اختلف أهل العلم في ذلك على أقوال:

القول الأول: أن المشتري مخير بين الإمساك والرد مطلقاً، وهذا قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن^(٣)، وهي رواية عن مالك نصراً عليها في المدونة^(٤)،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، وباب: ما يحق الكذب والكتمان في البيع، وباب: كم يجوز الخيار، وباب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، وباب: إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع (فتح ٤/٤١٩، ٤١٢، ٤١٠، ٣٩٢، ٣٨٨)، ومسلم في صحيحه كتاب البيوع، باب: الصدق في البيع والبيان (٣/١١٦٤) رقم (١٥٣٢).

(٢) مجموع الفتاوى (١٠٠/٣٠).

(٣) انظر: المبسوط (١٣/٨٦)، فتح القدير (٥/٢٥٦)، البدائع (٥/٢٢٦، ٢٢٥)، الدر المختار (٤/١٦٣).

(٤) انظر: المدونة (٣/٢٤٨).

وقول عند الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

دليلهم:

١- لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد، إلا بالقدر المسمى من الثمن، فلا يلزم بدونه، فيثبت له الخيار لوجود الحيانة، كما يثبت الخيار بفوات السلامة عن العيب إذا وجد المبيع معيباً^(٣).

٢- ولأنه إذا بان أن البائع خان في هذا، فلا يؤمن أن يكون في الخبر الثاني خائناً، فيؤدي إلى ما لا نهاية^(٤).

٣- ولأن المشتري ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن الأول بعينه؛ لكونه وكيلاً، أو وصياً في وصية، أو حالفاً في يمين فقصد أن يبرّ فيها، فإذا نقص من الثمن فاته الغرض، فوجب له الخيار^(٥).

وعليه، فإذا أراد أخذه وأحبّ الإمساك، فإنه يُمسكه بالثمن الأول مع ربحه، وذلك لأن البائع لم يرض بإخراج المبيع من يده إلا بهذا الثمن، وكونه خان وكذب في بيعه، يمكن تداركه بإثبات الخيار للمشتري لا بإلزامه شيئاً لم يرض به.

قال مالك - رحمه الله - : "وليس زيادته وظلمه بالذي يحمل عليه بأن يؤخذ بما لم يبيع به"^(٦).

(١) انظر: روضة الطالبين (٥٣٥/٣)، الحاوي الكبير (٣٤٧/٦)، مغني المحتاج (٤٨٠/٢).

(٢) انظر: المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين (٣٤٥/١)، المغني (٢٦٧/٦)، الإنصاف (٤٤٤/١١).

(٣) انظر: المبسوط (٨٦/١٣)، البدائع (٢٢٦/٥)، فتح القدير (٢٥٦/٥)، وراجع السيل الجرار للشوكاني (١٣٨/٣) فقد رجّح هذا القول.

(٤) انظر: المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين (٣٤٦/١)، المغني (٢٦٧/٦).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٣٤٧/٦)، المغني (٢٦٧/٦).

(٦) المدونة (٢٤٨/٣)، وانظر: البدائع (٢٢٦/٥).

أما الرواية الأخرى عند الحنابلة فإنهم يرون أن المشتري لو اختار الإمساك فله حطٌ قدر الخيانة وأخذ الأرش^(١)، والبيع صحيح عند أصحاب هذا القول؛ لأن خيانة البائع عيب دلّس به على المشتري، والتدليس بالعيب لا يوجب بطلان البيع^(٢).

القول الثاني: إن الواجب حطٌ قدر الخيانة وحصته من الربح، ولا خيار للمشتري ولا البائع، وهذا قول الثوري^(٣)، وابن أبي ليلى^(٤)، والأصح عند الشافعية^(٥)، والمذهب عند الحنابلة^(٦)، وهو قول أبي يوسف من الحنفية^(٧).

دليلهم:

- ١- قالوا: لأن الثمن الأول، أصل في بيع المراجعة، فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح، فلغت تسميته، وبقي العقد لازماً بالثمن الباقي^(٨).
- ٢- وقالوا: ولأن البائع التزم له البيع برأس المال وبمخاطبها من الربح؛ لأن العشرة مثلاً إذا سقطت يسقط ما يقابلها؛ لأنه إنما ثبت تبعاً لها^(٩).

(١) انظر: المغني (٦/٢٦٧).

(٢) الحاوي الكبير (٦/٣٤٧، ٣٤٦)، المغني (٦/٢٦٧).

(٣) هو سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب، أبو عبدالله الثوري، الكوفي، أحد الأئمة، من المجتهدين في الفقه، وأمير المؤمنين في الحديث، وكان سيّد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى والورع، كان له مذهب متبوع في الفقه، ت: ١٦١هـ. انظر: حلية الأولياء (٦/٢٥٦)، الأعلام (٣/١٨٥).

(٤) هو محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى وهو يسار، وقيل: داود بن بلال الأنصاري الكوفي، أبو عبدالرحمن، الفقيه المشهور بابن أبي ليلى، كان مجتهداً من فقهاء أهل الرأي. ت: سنة ١٤٨هـ. انظر: طبقات ابن سعد (٦/٣٥٨)، الأعلام (٧/٦٠).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٦/٣٤٧)، روضة الطالبين (٣/٥٣٥)، نهاية المحتاج (٤/١١٦).

(٦) انظر: المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين (١/٣٤٥)، المغني (٦/٢٦٧)، الفروع (٤/١١٨) وقال: اختاره الأكثر.

(٧) انظر: البدائع (٥/٢٢٦، ٢٢٥)، فتح القدير (٥/٢٥٦)، الدر المختار (٤/١٦٣).

(٨) انظر: البدائع (٥/٢٢٦) فتح القدير (٥/٢٥٦).

(٩) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/٦٠٧) الحاوي الكبير (٦/٣٤٧).

قالوا: ولا خيار للمشتري حينئذٍ؛ لأنه ازداد خيراً، إذ مَنْ رضى بمائة وعشرة مثلاً، يرضى بتسعة وتسعين^(١).

القول الثالث: وهو قول وسط بين القولين المتقدمين:

قالوا: إن حطَّ البائع الزائد المكذوب به وربحه فإنه يلزم البيع المشتري، فإن لم يفعل لم يلزم المشتري وخيرٌ بين التماسك والرد، وهذا هو مذهب المالكية في المشهور عندهم، وهذا في حالة الكذب في رأس المال عندهم دون الغش فيه^(٢).

أما في الغش بأن كتم من أمر سلعته ما يكرهه ولم يزد عليه في الثمن فحكمه أن يكون للمشتري الخيار بين التماسك والرد، ليس للبائع أن يحط عنه بعض الثمن ويلزمها إيَّاه^(٣).

ويمكن أن يُستدلَّ لهم بأن يقال: إن البائع إذا حطَّ ما كذب فيه وربحه فقد زاد المشتري خيراً؛ لأنَّ مَنْ رضى بمائة وبيع عشرة، يرضى بتسعة وتسعين، ولا خيار للمشتري؛ لأنه أمكن تدارك الخيانة، فإذا لم يحطَّ البائع ما زاد فيه وربحه كان بقاء العقد على هذه الخيانة عيباً يثبت للمشتري فيه الخيار كالعيب في المبيع، ولكن ما وجه الفرق بين الكذب والغش؟

القول الرابع: أنه لا خيار، ولا حطَّ من الخيانة، ولا رجوع له بشيء أصلاً إلا من عيبٍ فيه أو غبنٍ ظاهر كسائر البيوع، والكاذب آثمٌ في كذبه فقط والعقد صحيح. وهذا هو مذهب الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم - رحمه الله تعالى -^(٤).

ووجه ما ذهب إليه ابن حزم هو أن البيع إذا سلم من الغرر والجهالة والعيب فقد وقع صحيحاً كما أمر الله تعالى، وكذبة البائع معصية لله تعالى ليست معقوداً

(١) انظر: شرح الزركشي (٣ / ٦٠٨).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣ / ١٦٩)، مواهب الجليل (٦ / ٤٤٢)، بداية المجتهد (٣ / ٤١١).

(٣) انظر: التاج والإكليل (٦ / ٤٤٣).

(٤) انظر: المحلى لابن حزم (٩ / ١٤).

عليها البيع فهي كزناه لو زني، أو شربه لو شرب الخمر ولا فرق^(١).

الراجع:

والذي يظهر رجحانه هو القول الأول القائل بثبوت الخيار للمشتري مطلقاً، حيث إن إلزام البائع بالخط قد يؤدي إلى عدم رضاه، ولا وجه لإلزام المشتري على عقد البيع بعد الخط؛ لأنه لا يأمن من الخيانة والكذب مرة ثانية، لذلك فالقول بإثبات الخيار في عقود الأمانة عند ثبوت الكذب أو الخيانة هو المعالجة الناجعة فيها، فهي قائمة على الأمانة؛ لأن المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينة، فتجب صيانتها عن الكذب والغش والخيانة؛ لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن^(٢)، ومن هنا يكون مجرد الكذب في بيان هذا الأساس خيانة وغشاً يجعل الصفقة في حالة لم يتحقق فيها الرضا الكامل^(٣).

ولهذا قال الكاساني: "وأما الخيار فللخلل في الرضا؛ لأن الإنسان قد يرضى بشراء شيء بثمن يسير، ولا يرضى بشرائه بثمن كثير، فلا يتكامل الرضا إلا بعد معرفة مقدار الثمن، فإذا لم يعرف اختلّ رضاه، واختلال الرضا يوجب الخيار"^(٤). اهـ. معنى هذا هو أن الكذب والغش في رأس المال بمنزلة غش المتلقي للركبان حين يكذب عليهم في سعر السوق، فإذا أثبت النبي ﷺ الخيار لهم إذا ظهر غبنهم فكذلك الكذب في المراجعة إذ لا فرق؛ ولذلك نرى بعض الفقهاء يطلقون على هذا النوع من الخيار: خيار الخيانة^(٥). والله أعلم.

(١) انظر: المحلى لابن حزم (١٤/٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٣).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٥)، والمصادر السابقة.

(٤) بدائع الصنائع (٥/٢٢٠).

(٥) انظر: التنف من الفتاوى للسفدي (١/٤٥٥) (٢/٨٩٠)، نقلاً من كتاب مبدأ الرضا في العقود

(١/٦٦٠)، وراجع حاشية ابن عابدين (٤/١٥٦).

ثانياً: إذا ظهرت الخيانة في غشه، مثل ما لو اشتراه بثمان مؤجل فباعه مرايحة بالثمان نفسه، أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن ممن يقول بتفريق، ولم يبين حقيقة الحال، فما أثر هذا الغش والخيانة على العقد؟. اختلف في ذلك أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المشتري مخير بين الإمساك والردّ، وهذا مذهب الأحناف^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والمشهور من مذهب الحنابلة^(٤)، وهو قول عامة أهل العلم.

وذلك لأجل التدليس والتغيير، والمشتري لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمّى من الثمن، فلا يلزم بدونه، ومعلوم أن الأجل وتقسيط الثمن يختلف فيه الثمن، فيثبت حينئذ الخيار للتدليس، وعدم الرضا^(٥).

القول الثاني: أنه متى ما اشتراه بثمان مؤجل، ولم يبين ذلك، فإن المشتري يأخذه مؤجلاً ولا خيار له، وهذا هو المذهب عند الحنابلة، وقال صاحب الفروع^(٦): "واختاره الأكثر"^{(٧)(٨)}.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٥)، المبسوط (١٣/٧٨)، فتح القدير (٥/٢٦٢)، وهذا الحكم عند أبي حنيفة وصاحبيه.

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣/٤١١)، حاشية الدسوقي (٣/١٦٩)، التاج والإكليل (٦/٤٤٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٣٦)، فتح العزيز (٩/١٢)، مغني المحتاج (٢/٤٨٠).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٧١)، المحرر في الفقه (١/٣٣٠)، المقنع (١١/٤٤٦) مع الشرح الكبير والإنصاف.

(٥) انظر: المغني (٦/٢٧١)، المحرر في الفقه (١/٣٣٠)، المقنع (١١/٤٤٦) مع الشرح الكبير والإنصاف.

(٦) هو محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، المقدسي، الحنبلي الفقيه الأصولي، قال ابن القيم فيه: "ما تحت قبة الفلك أعلم بمذهب أحمد من ابن مفلح". من أعظم كتبه "الفروع" في الفقه. ت: سنة ٧٦٣هـ. انظر: الدرر الكامنة (٥/٣٠)، شذرات الذهب (٦/١٩٩).

(٧) الفروع (٤/١١٨).

(٨) انظر: الإنصاف (١١/٤٤٦)، المحرر في الفقه (١/٣٣٠)، المغني (٦/٢٧١).

ووجه هذا القول:

قالوا: لأن المشتري الأول هكذا وقع عليه البيع مؤجلاً، فيجب أن يأخذه المشتري بذلك على صفته، كما لو أخبر بزيادة على الثمن، وكون البائع لم يرضَ بدمّة المشتري في التأجيل لا يمنع نفوذ البيع بذلك، ولم يُلْتَفَتْ إلى رضاه، بل وجب الرجوع إلى ما وقع به البيع الأول لأن المراجعة هي بيع بالثمن الأول بقدره وصفته^(١). القول الثالث: قال به بعض فقهاء الشافعية^(٢)، وهو أن يُحطَّ التفاوت في ذلك، بين المؤجل والحال والفرق يأخذه المشتري ولا خيار، ولعلّ دليلهم فيما ذهبوا إليه هو أن التغرير الواقع على المشتري يمكن دفعه بحطّ التفاوت مع سلامة العقد من الانفساخ.

الراجع:

الأظهر أن أقرب الأقوال في هذه المسألة هي ثبوت الخيار للمشتري بين الإمساك والرد، حيث لا فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الكذب في قدر الثمن، وما استُدِلَّ به هناك يقال به هنا. فلا داعي للتكرار^(٣).



(١) انظر: المغني (٢٧١/٦).

(٢) فتح العزيز (١٥/٩)، مغني المحتاج (٤٨٠/٢).

(٣) انظر: صفحة (١٩٥) من هذه الرسالة.

المطلب الثاني

الغش في بيع التولية وأثره على العقد

التولية لغةً: مصدر ولى، يقال: ولىتُ فلاناً الأمر أي جعلته والياً عليه وقلدته العمل، ويقال: ولىته البلد، وعلى البلد، ووليت على الصبي والمرأة أي جعلت والياً عليهما^(١).

وفي الاصطلاح تطلق التولية على إطلاقين:

الأول: موافق للمعنى اللغوي، وهو تولية الأمر وتقليده كتولية القضاة ونحوهم، وهي الأصل، ثم استعملت في المعنى الثاني^(٢).

والثاني: تطلق على التولية في البيع وهي المراد هنا، وقد عرّفها الأحناف: "بأنها نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح"^(٣). وعرّفها المالكية بأنها: "تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمانه"^(٤). وعرّفها الشافعية بأنها: "نقل جميع المبيع إلى المولى بمثل الثمن المثلي أو عين المتقوم (القيمي)"^(٥).

وعرّفها الحنابلة بأنها: "البيع برأس المال فقط"^(٦).

وكلُّ هذه التعاريف بمعنى واحد وهي أن يشتري الرجل سلعة بثمان معلوم، ثم

(١) انظر: المصباح المنير، مادة: (ولي)، والقاموس المحيط (ص ١٧٣٢).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤٧٤/٢)، حواشي الشرواني والعبادي (٤٢٣/٤)، كشاف القناع (٢٢٩/٣).

(٣) الهداية مع فتح القدير (٢٥٣/٥).

(٤) التاج والإكليل (٤٢٧/٦)، حاشية الدسوقي (١٥٦/٣).

(٥) حاشيتي قليوبي وعميرة (٢١٩/٢-٢٢٠).

(٦) انظر: كشاف القناع (٢٢٩/٣).

يبيع تلك السلعة لرجل آخر بالثمن الذي اشتراها به سواءً بلفظ "وليتك" أو ما يقوم مقامه^(١).

وبهذا يظهر أن هناك علاقة بين المعنى اللغوي، والمعنى الاصطلاحي للتولية في البيع، حيث إن البائع كأنه يجعل المشتري والياً لما اشتراه بما اشتراه^(٢).
والتولية جائزة باتفاق الفقهاء -رحمهم الله تعالى-^(٣)، قال الإمام مالك -رحمه الله تعالى-: "أجمع أهل العلم أنه لا بأس بالشركة والتولية.."^(٤).

وذلك لأن شرائط البيع مجتمعة فيه، وتترتب عليه جميع أحكامه كتجدد شفعة عفا عنها الشفيع في العقد الأول، ولتعامل الناس به إلى يومنا هذا، ولأن من لا يهتدي إلى التجارة يحتاج أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي فيها^(٥).
ويشترط في بيع التولية أن يكون الثمن في البيع الأول معلوماً للمشتري الثاني؛ لأن العلم بالثمن شرط في صحة البيع؛ ولأن بيع التولية يعتمد على أساس الثمن الأول، فإذا لم يعلم الثمن الأول بطل البيع للجهل بالثمن^(٦).

(١) انظر: الزاهر (ص ٢٢٠) ط. الأوقاف - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية (١٩٥/١٤).

(٢) انظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء (ص ٢١١)..

(٣) انظر: فتح القدير (٢٦٣/٥)، وتبين الحقائق (٧٦-٧٣/٤)، التاج والإكليل (٤٢٧/٦)، حاشية

الدسوقي (١٥٦/٣)، أسنى المطالب (٩١/٢)، روضة الطالبين (٥٢٧/٣)، المغني (٢٧٤/٦)،

كشاف القناع (٢٢٩/٣).

(٤) التاج والإكليل (٤٢٧/٦).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) انظر: المصادر السابقة.

الفرع الأول

صور الغش في بيع التولية

بيع التولية كبيع المراجعة لدخولهما في بيوع الأمانات التي تقوم على أساس ما قام الشيء على صاحبه، فإن ضم إليه بعض الربح كان مراجعة، وإن باعه بنفس الثمن كان تولية، وإن حط شيئاً من الربح كان وضعية - وسوف يأتي إن شاء الله -^(١).

وعليه فصور الغش في بيع التولية والوضعية كصور الغش في بيع المراجعة لأن الغش الحاصل في هذه البيوع يكون بالكذب في رأس المال، أو بالتغريب والخداع فيه، وكلُّ هذه البيوع يجب فيها معرفة رأس المال.

ومن صور الغش في بيع التولية:

١- الكذب في رأس المال: مثل أن يقول: اشترت بعشرة، ووليتك بما توليت، ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة، فهذا غشٌ وخيانة بالمشتري^(٢).

٢- إذا اشتراه ممن لا تقبل شهادته له، كأبيه وابنه، ثم باعه تولية، ولم يخبر المشتري الثاني بذلك، فهذا يُعدُّ تغريباً وغشاً بالمشتري عند أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى^(٣)، حيث إن تهمة المسامحة في الشراء من الأبوين أو الأولاد قائمة؛ لأن الناس في العادة لا يماكسون في الشراء من هؤلاء، فكانت تهمة الشراء

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٣/٥)، روضة الطالبين (٥٣١/٣)، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي (ص ٢٢٧).

(٢) انظر: البدائع (٢٢٥، ٢٢٦/٥)، وتبيين الحقائق (٧٩/٤)، الخرشي (١٧٩/٥)، روضة الطالبين (٥٣٥/٣)، كشف القناع (٢٢٩/٣-٢٣١).

(٣) انظر: البدائع (٢٢٥/٥)، الشرح الكبير (٤٤٨/١١).

بزيادة الثمن قائمة، فلا بد من البيان، كما لو اشترى من مكاتبه، فإنه يجب عليه أن يُبيِّن أمره، قال ابن قدامة: "لا نعلم فيه خلافاً"^(١) فكذلك هنا لوقوع التهمة فيهما^(٢).

٣- إذا اشتراه بأكثر من ثمنه حيلةً، مثل أن يشتريه من غلام دكانه الحرّ، على وجه الحيلة، فإنه في هذه الحال لا يجوز بيعه توليةً حتى يبيِّن أمره؛ لأنه يتهم في حقه، فهو كمن لا تُقبَل شهادته له^(٣).

٤- ومثل ذلك أيضاً ما مرّ ذكره في صور الغش في بيع المراجعة، مثل ما لو اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه، وأراد أحدهما بيع نصيبه تولية بالثمن الذي آذاه فيه إذا كان المبيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء، كالثياب والحيوان ونحوهما، فهذا لا يجوز بيع بعضه تولية حتى يخبر بالحال على وجهه لأن عدم تبيّنه غش وتلبيس بالمشتري^(٤).

الفرع الثاني

أثر الغش في بيع التولية على العقد

إذا ظهرت الخيانة في التولية بإقرار البائع أو بالبيّنة، أو النكول عن اليمين، فإما أن تظهر الخيانة في قدر الثمن، أو في غشه وتدليسه في رأس المال.
أولاً: إذا ظهرت الخيانة في قدر الثمن في التولية بأن قال: اشترت بعشرة، ووليتك بما توليت، ثم تبيّن أنه كان اشتراه بتسعة، فما الحكم؟ اختلف أهل العلم في ذلك على أربعة أقوال:

(١) المغني (٢٧١/٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٥/٥)، المغني (٢٧١/٦)، المقنع (٤٤٦/١١).

(٣) انظر: المغني (٢٧١/٦)، الإنصاف (٤٤٨/١١)، بدائع الصنائع (٢٢٥/٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢٢٢/٥)، شرح الخرشي (١٧٢/٥)، التاج والإكليل (٤٣٣/٦-٤٣٦)،

المغني (٢٧٠/٦) المقنع (٤٤٦/١١).

القول الأول: أنه يحط قدر الخيانة، ولا خيار للمشتري ويلزم العقد بالثمن الباقي، وهذا هو قول الحنفية^(١)، والشافعية - في الأظهر عندهم -^(٢)، ورواية عند الحنابلة^(٣).

دليلهم:

١- لأن الخيانة في بيع التولية تُخرج العقد عن كونه تولية؛ لأنها بيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان، فإذا ظهر النقصان في الثمن الأول، وأعطِيَ الخيار للمشتري خرج العقد عن كونه تولية وصار مراجعة، وهذا إنشاءً عقدٍ جديدٍ، لم يتراضياً عليه، وهو لا يجوز، فيحط قدر الخيانة ويلزمه العقد بالثمن الباقي^(٤).

٢- قالوا: ولا خيار للمشتري؛ لأنه ازداد خيراً، إذ مَنْ رضى بمائة مثلاً، يرضى به إذا كان بتسعة^(٥).

القول الثاني: أن المشتري مخيرٌ بين الإمساك والرد مطلقاً، وهذا هو مقابل الأظهر عند الشافعية^(٦)، ورواية عند الحنابلة^(٧)، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٦)، تبين الحقائق (٤/٧٩)، المبسوط (١٣/٨٢)، فتح القدير (٥/٢٥٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/٥٣٥، ٥٢٨)، مغني المحتاج (٢/٤٨٠).

(٣) انظر: المغني (٦/٢٦٧)، شرح منتهى الإيرادات (٢/١٨٣) وذكر أنها المذهب، وشرح الزركشي على مختصر الخرقمي (٣/٦٠٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٦)، المغني (٦/٢٦٧)، والمراجع السابقة كلها.

(٥) شرح منتهى الإيرادات (٢/١٨٣)، شرح الزركشي على مختصر الخرقمي (٣/٦٠٨).

(٦) روضة الطالبين (٣/٥٣٥، ٥٢٨)، مغني المحتاج (٢/٤٨٠).

(٧) انظر: شرح الزركشي (٣/٣٠٨)، المغني (٦/٢٦٧).

(٨) انظر: فتح القدير (٥/٢٥٧، ٢٥٦)، بدائع الصنائع (٥/٢٢٦).

دليلهم:

- ١- لأن المشتري لم يرضَ بلزوم العقد إلا بالقدر المسمّى من الثمن فلا يلزم بدونه، فيثبت له الخيار لوجود الخيانة، كما يثبت الخيار في العين المعيبة^(١).
- ٢- ولأنه إذا بان أن البائع خان في هذا، فلا يُؤمّن أن يكون في الخبر الثاني خائناً، فيؤدي إلى ما لا نهاية^(٢).

القول الثالث: قالوا: إن حطَّ البائع الزائد المكذوب به فإنه يلزم المشتري البيع، وإن لم يحط فإن المشتري يُخَيَّر بين أن يرد السلعة ويأخذ ثمنه، أو يأخذ بجميع الثمن الذي وقع به البيع، وهذا هو قول المالكية^(٣).

(١) انظر: المبسوط (٨٦/١٣)، فتح القدير (٢٥٦/٥)، بدائع الصنائع (٢٢٦/٥)، السيل الجرار (١٣٨/٣).

(٢) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (٣٤٦/١)، الحاوي الكبير (٣٤٧/٦).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (١٦٩/٣)، شرح الخرشي (١٧٩/٥)، المقدمات لابن رشد (٤٤٩/٥).

المبحث الثامن

الغش من المفلس بعد الحجر عليه

المفلس عند الإطلاق يراد به من لا درهم له ولا متاع، كما ذكر أهل اللغة^(١)، حيث ورد في الحديث الصحيح أن النبي ﷺ قال: (أتدرون من المفلس؟) فقال الصحابة رضي الله عنهم: "المفلس من لا درهم له ولا متاع"..^(٢) الحديث^(٣).
ويسمى من كان له مال لكنه مستغرق بالدين بالمفلس أيضاً، لأن ماله لما كان مستحقاً للناس فكأنه لا مال له^(٤).

والمفلس في عرف الفقهاء هو: (الذي ليس له مال يفي بديونه)، فيشمل من لا مال له أصلاً وعليه ديون، ومن له مال لكنه لا يفي بدينه^(٥).

فإذا كان ماله لا يفي بدينه فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه، فإنه يلزم إجابتهم عند عامة أهل العلم، خلافاً لأبي حنيفة -رحمه الله تعالى-؛^(٥) لأن الحجر على المدين المستغرق دينه جميع ماله كان شائعاً في عصر الصحابة، قال الشوكاني^(٦)

(١) انظر: لسان العرب (١٦٦/٦)، القاموس المحيط (صفحة ٧٢٧).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب: تحريم الظلم (١٩٩٧/٤) رقم (٢٥٨١). من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) لسان العرب (١٦٦/٦)، المصباح المنير (٧٣٨/٢)، أنيس الفقهاء (ص ١٩٥).

(٤) انظر: فتح القدير (٣٢٧/٦)، بداية المجتهد (٧٣/٤)، الكافي لابن عبد البر (٨٢٣/٢)، الوجيز مع شرحه فتح العزيز (١٩٩/١٠)، شرح المحلى مع حاشيته (٢٨٥/٢)، الشرح الكبير (٢٢٦/١٣)، حاشية الروض المربع (١٦٢/٥).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) هو محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني الصنعاني، الفقيه المفسر الأصولي، من كبار علماء اليمن وقاضي صنعاء، من كتبه "نيل الأوطار"، و"إرشاد الفحول"، "السيل الجرار" ت: سنة ١٢٥٠هـ. انظر البدر الطالع (٢١٤/٢)، الأعلام (١٩٠/٨).

—رحمه الله—: "وقد روى الحجر على المديون وإعطاء الغرماء ماله من فعل عمر، كما في الموطأ، والدارقطني^(١)، والبيهقي..... ولم ينقل عن أحد من الصحابة إنكاره"^(٢).

وقال الطحاوي رحمه الله تعالى: "ولم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير، ولا عن التابعين إلا عن إبراهيم النخعي وابن سيرين.."^(٣).

وإذا تم الحجر عليه، حرم عليه تصرفه في ماله، فلا يصح بيعه، ولا هبته ولا وقفه، ولا غير ذلك، لأن حق الغرماء تعلق بماله فممنوع صحة تصرفه^(٤)، وأما تصرفاته في الذمة لا على المال، كأن يشتري شيئاً في الذمة أو يبيع شيئاً سلماً، أو يضمن أحداً، فصحيحة ونافذة لأنه أهلٌ للتصرف، والحجر إنما تعلق بماله دون ذمته، وحينئذٍ لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء، إذا كانوا عالمين بحال المفلس وحجره، ويتبعونه بديونهم بعد فك الحجر عليه^(٥).

غير أن الذي عامله بعد فلسه إن لم يكن عالماً بحاله من التفليس وقد غره المفلس وخدعه وغشه بهيئته وهندامه، فهل يحق للبائع الرجوع في عين ماله إذا وجده عند المفلس، ويثبت له حق الفسخ لأجل الغش والخديعة؟ أو لا يحق له ذلك ويعتبر البيع باتاً لازماً؟.

(١) هو علي بن عمر بن أحمد بن مهدي أبو الحسن الدارقطني، الفقيه الشافعي الحافظ، إمام عصره في الحديث والعلل، وأول من صنف القراءات، سُمي بذلك لأنه وُلد بدار القطن، وهي محلة كبيرة ببغداد. ت: سنة ٣٨٥هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (٣/٩٩١)، تاريخ بغداد (١٢/٣٤).

(٢) نيل الأوطار (٦/٣٤٢). وانظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/٤٩)، فتح الباري (٥/٦٥).

(٣) انظر: نيل الأوطار (٦/٣٤٢).

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/٨٢٩)، شرح الزرقاني (٥/٢٦٨)، روضة الطالبين (٤/١٣٠)، الشرح الكبير (١٣/٢٤٧).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٢٦٥)، روضة الطالبين (٤/١٣١)، نهاية المحتاج (٤/٣١٦)، الإنصاف (١٣/٢٥١)، شرح المنتهى (٢/٢٧٨).

اختلف في ذلك أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يحق له الرجوع بعين ماله إذا وجدته، بل يتبع بالثمن ذمة

المفلس.

وهذا مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو أحد الأوجه عند الشافعية والحنابلة قدّمه ابن قدامة في المغني^(٣)، إلا أن هؤلاء الأئمة يختلفون في طريقة الاستدلال لهذا القول، فأما أبو حنيفة رحمه الله فيرى أن صاحب المتاع أسوة الغرماء، ولا يحق له الرجوع بعين ماله الذي وجدته عند المفلس سواء كان الإفلاس واقعاً بعد البيع أو قبله^(٤).

وأما مالك وأحد الأوجه عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة، فإنهم يفرقون في الحكم بين الإفلاس الواقع بعد البيع والإفلاس الواقع قبله، فأما الإفلاس الواقع بعد البيع، فيحق للبائع الرجوع في عين ماله إذا وجدته عند المفلس.

وأما الإفلاس الواقع قبل البيع، بمعنى أن المفلس اشترى من البائع بعد الحجر عليه في ذمته، فهذا ليس له حق الرجوع والفسخ، سواء علم البائع بإفلاس المشتري أو لم يعلم^(٥).

أدلتهم:

أولاً: دليل أبي حنيفة:

١- إن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين المفقودة من الدراهم والدنانير، والمستحق بالعقد، إنما هو الوصف الثابت في الذمة وهو الدين، وليس عين

(١) انظر: فتح القدير (٧/٣٣٠، ٣٣١).

(٢) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٨٢).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣/١٠٣)، الإنصاف (١٣/٢٥٢)، المغني (٦/٥٤٠).

(٤) انظر: البناية في شرح الهداية للعيني (١٠/١٤٦، ١٤٧)، العناية على الهداية (٧/٣٣١).

(٥) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشيته (٣/٢٨٢)، المغني (٦/٥٤٠/٥٤١)، مغني المحتاج

(٣/١٠٣).

الدراهم، والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ^(١).

٢- ولقوله ﷺ: (أيا رجل أفلس وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً، أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء...) ^(٢).

ثانياً: دليل مالك ومن معه:

١- إذا كان الإفلاس واقعاً بعد البيع، فهذا يحق له الرجوع بعين ماله والدليل على ذلك: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحقُّ به) متفق عليه ^(٣).

وجه الاستدلال من الحديث:

إن الحديث نصّ في الدعوى، وصريح في الدلالة على أنه إذا باع سلعةً من رجل ثم أفلس الرجل، فوجد سلعته بعينها، لم تتغير ولم تبدل، فهو أحقُّ بها.

٢- أما لو كان الإفلاس واقعاً قبل البيع فليس له حق الرجوع بعين ماله لمخالفته للحديث ولعدم إمكان الاستيفاء لحق الغرماء قبله، ولأنه لا يستحق المطالبة بثمنها، فلا يستحق الفسخ لتعذره، ولأنه مفرط في ترك السؤال عن حال المفلس ^(٤).

القول الثاني: أنه يحق له الرجوع مطلقاً سواء كان الإفلاس قبل البيع أو بعده، وسواء علم البائع بفلسه أو لم يعلم، وهذا وجه عند الشافعية ^(٥) والحنابلة ^(٦).

(١) انظر: البناية في شرح الهداية (١٠/١٤٧)، العناية على الهداية (٧/٣٣١).

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب: من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس (٢/٧٩٠) رقم (٢٣٦١)، والدارقطني في سننه (٤/٢٣٠) من حديث أبي هريرة، والحديث إسناده ضعيف لضعف اليمان بن عدي كما سيأتي عند مناقشة أدلة القول الأول.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس (فتح ٨٠/٥) رقم (٢٤٠٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس (٣/١١٩٣) رقم (١٥٥٩)، واللفظ له.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٣/١٨٢)، مغني المحتاج (٣/١٠٣)، المغني (٦/٥٤١).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٣/١٠٣).

(٦) انظر: الإنصاف (١٣/٢٥٢)، المغني (٦/٥٤١).

دليلهم:

قالوا:

١- لعموم الحديث السابق وهو قوله عليه الصلاة والسلام: (من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحقُّ به)^(١).

وجه الدلالة:

حيث إن النبي ﷺ لم يستفصل في الحكم بين ما إذا كان الإفلاس قبل البيع أو بعده، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال.

٢- ولأنه عقَّد عليه، وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ، كما لو تزوجت امرأة مُعسراً بنفقتها، فلها حق الفسخ، فكذلك هنا^(٢).

القول الثالث: التفصيل، وهو إن كان عالماً بفلسه، فلا يحق له، وإن لم يعلم، فله الفسخ وهذا هو مذهب الشافعية والمذهب عند الحنابلة^(٣) كما ذكر ذلك صاحب الإنصاف وحسنه، وقدمه في الفروع وغيره^(٤).

دليلهم:

قالوا: لأن الإفلاس كالعيب، فيفرَّق فيه بين العالم والجاهل، فمن اشترى معيباً عالماً بعيبه لم يكن له الخيار، أما لو اشتراه بلا علم بعيبه ثبت له الخيار، فكذلك البيع من المفلس^(٥)، ولأنه معذور في ذلك وليس مقصراً بعدم السؤال عنه؛ لأن الغالب على الناس عدم الحجر^(٦).

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: مغني المحتاج (١٠٣/٣)، الشرح الكبير (٢٥٨/١٣).

(٣) انظر: مغني المحتاج (١٠٣/٣)، المغني (٥٤١/٦)، شرح منتهى الإرادات (٢٧٩/٢)، الإنصاف (٢٥٢/١٣).

(٤) انظر: الفروع (٢٩٩/٤)، الإنصاف (٢٥٢/١٣)، شرح منتهى الإرادات (٢٧٩/٢).

(٥) انظر: مغني المحتاج (١٠٣/٣)، المغني (٥٤١/٦).

(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢٧٩/٢).

الراجع:

بعد عرض أدلة كلِّ قول، يظهر—والله أعلم— أن القول الراجع هو القول الثالث القائل بالتفصيل بين العلم بالإفلاس والجهل به، فيثبت في حق الجاهل حق الرجوع بعين ماله الذي عند المفلس دون العالم بفلسه؛ وذلك لقوة دليلهم ووجهته، وأما أدلة أصحاب القول الأول والثاني فيمكن مناقشتها.

أولاً: أدلة أصحاب القول الأول:

أما دليل أبي حنيفة فيمكن مناقشته بأن يقال: لا يصار إلى القياس مع وجود الدليل الصحيح الصريح، وإلا لكان قياساً فاسد الاعتبار وهو القياس في مقابلة النص^(١)، حتى قال الإمام أحمد رحمه الله: "لو أن حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء، ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث، جاز له نقض حكمه"^(٢)، وحديث أبي هريرة صريح في بطلان مذهب أبي حنيفة، وأما ما استدلوا به من الحديث فيقال: إن هذا الحديث في إسناده اليمان بن عدي^(٣) وهو ضعيف، قد ضعفه الإمام أحمد، وقال البخاري: في حديثه نظر، وهو مع ضعفه فقد خالفه إسماعيل بن عياش^(٤)، وقد اضطرب في حديثه، قال البيهقي: "لا يصح موصولاً"^(٥).

(١) انظر: المستصفى للغزالي (٣٤٨/٢)، الإحكام للآمدي (٣٥٤/٣)، إرشاد الفحول للشوكاني (ص ٢٠٧)، البحر المحيط (٣٩٨/٧).

(٢) المغني (٥٣٩/٦).

(٣) هو اليمان بن عدي الحضرمي، أبو عدي الحمصي، من الطبقة الثانية. راجع تهذيب التهذيب (٤٥٢/٤)، الكاشف للذهبي (٢٥٩/٣).

(٤) هو إسماعيل بن عياش بن سليم العنسي، بالنون، أبو عتبة الحمصي، صدوق في روايته عن أهل بلده، مخلط في غيرهم، من الثامنة، مات سنة إحدى، أو اثنتين وثمانين، راجع تقريب التهذيب (رقم ٤٧٧)، صفحة (١٤٢).

(٥) انظر: السنن الكبرى للبيهقي، كتاب التفليس (٤٧/٦).

وقد ضعف الحديث الإمام أحمد رحمه الله، كما ذكر ذلك صاحب تهذيب التهذيب^(١).

ثانياً: دليل المالكية ومن معهم من أصحاب الشافعية والحنابلة:

فيقال: أما قولكم بالإفلاس الواقع بعد البيع لا يحق له الرجوع فهذا مسلّم لا إشكال فيه لصحة الحديث الوارد فيه.

وأما قولكم بأن الإفلاس الواقع قبل البيع لا يحق له الرجوع، فهذا محلّ نظر، وذلك لأن حق الغرماء وإن تعلّق بماله الذي عنده حين الحجر عليه، إلا أن هذا المال اكتسبه بعد الحجر عليه، فلا يدخله ولا يشمل الحجر، كما لا يتعدى حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة إلى غيرها^(٢).

ولو فرض أنه يدخله الحجر، فيقال: إن الحقوق تختلف بعضها من بعض من حيث الأحقية في التقديم، فمن تعلّق ماله بالعين أولى ممن تعلّق ماله بما في الذمة لحديث أبي هريرة رضي الله عنه، فالبائع تعلق حقه بالعين التي عند المفلس بخلاف باقي الغرماء فيقدم عليهم، إلا أنه إذا دخل مع المفلس عالماً بحاله، فإنه لا حق له في العين لدخوله على بصيرة، فلا يثبت له حق الفسخ، كمشتري المعيب العالم بعيبه.

ولا وجه للقول بتفريطه في ترك السؤال، لأن هذا مما يشق ويصعب التحرّز منه، لأن الغالب على الناس عدم الحجر، وربما كانت حالة المفلس وهيئته تبعث الطمأنينة عند البائع بملاءته، فيغره منظره وهندامه^(٣).

ثالثاً: أدلة أصحاب القول الثاني: فقد ردّها أصحاب القول الثالث بقولهم: إن هناك فرقاً بين المفلس والمعسر بالنفقة، لكون النفقة يتجدّد وجوبها كلّ يوم، فرضاها

(١) انظر: تهذيب التهذيب (٤/٤٥٢)، الهداية في تخريج أحاديث البداية (٨/٦٩).

(٢) الفتاوى الهندية (٥/٦٢)، شرح الزرقاني (٦/٢٦٨)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٦٨).

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٧٩).

يعتبر بها رضىً بعيباً ما لم يجب، بخلاف مسألتنا، وإنما يشبه هذا إذا تزوجت معسراً بالصداق، وسلّمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ، فلا يحق لها ذلك لعلمها بإعساره حال النكاح^(١).

وبهذا يظهر أن القول الراجح هو القول الثالث، وهو إن كان عالماً بفلسه فلا فسخ له، وإن لم يعلم، فله الفسخ. والله أعلم^(٢).

(١) انظر: المغني (٥٤١/٦).

(٢) مغني المحتاج (١٠٣/٣)، المغني (٥٤١/٦)، الشرح الكبير (٢٥٨/١٣).

المبحث التاسع

الغش في بيع المصرة وأثره على العقد

التصرية: لغةً مصدر: "صرى يصري تصرية"، يقال: صرّ الناقة أو غيرها تصريةً: إذا ترك حلبها، فاجتمع لبنها في ضرعها^(١).
وأصل التصرية: حبس الماء، يقال منه: صرّيت الماء إذا حبسته، وهذا تفسير أبي عبيد وأكثر أهل اللغة^(٢).

وقال بعضهم: أصل التصرية من "صرر" أي المضاعف بمعنى الربط، وهو تفسير الشافعي رحمه الله، حيث قال: "التصرية: أن تربط أخلاف الناقة أو الشاة، ثم ترك من الحلاب اليوم واليومين والثلاثة، حتى يجتمع لها لبن...."^(٣).
والمصرة: اسم مفعول وهي الناقة، أو البقرة، أو الشاة التي يحبس اللبن في ضرعها، ويقال للمصرة: المحقّلة، ومنه سميت مجامع الناس محافل^(٤).

المعنى الاصطلاحي:

لا يكاد المعنى الاصطلاحي الفقهي يختلف عن معناها اللغوي، ولذا كان للعلماء في تفسيره وتعريفه مذهبان:
الأول: "ترك حلب الحيوان ليعظم ضرعه فيظن به كثرة اللبن"^(٥).

(١) انظر: القاموس المحيط صفحة (١٦٧٩)، المصباح المنير (١/٣٦٣).

(٢) انظر: غريب الحديث لأبي عبيد (٢/٢٤١)، لسان العرب (١٤/٤٥٨)، والمصادر السابقة.

(٣) انظر: الأم (٨/١٨٠)، وقد أفاض السبكي في معناها اللغوي في تكملة المجموع (١٢/١١١/١٤)،

وانظر: لسان العرب (١٤/٤٥٨).

(٤) انظر: المغني (٦/٢١٥).

(٥) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١١٥)، الكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧)، المغني (٦/٢١٥)،

شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٣).

الثاني: "أن تربط أخلاف الناقة، أو الشاة، ثم تترك من الحلاب اليوم واليومين، والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيراً فيزيد في ثمنها لذلك"^(١).
 وإذا نظرنا إلى التعريفين وجدناهما لا يختلفان وذلك لأن أصحاب التعريف الثاني إنما ذكروا الربط لا على سبيل الحصر بل لكونه هو الغالب، ولذلك فلو اشترى مشترٍ مصراً لم تربط أخلافها لأثبتوا له الخيار، مع عدم حصول ربط أخلافها، ولذا نجد أن الإمام الشافعي قد عرّف التصرية على نحو التعريف الثاني، وقال أصحابه: "وليس شدُّ الأخلاف شرطاً، بل هو الغالب، وإنما المعتبر أن يترك حلبها قصداً"^(٢).

وهذا ما ذكره الترمذي رحمه الله في جامعه بقوله: "المصراة هي أن لا يحلبها صاحبها أياماً، أو نحو ذلك ليجتمع اللبن في ضرعها فيغترّبها المشتري"^(٣).

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٩٦/٤)، المهذب (٢٨٢/١)، الأم (١٨٠/٨)، الغاية القصوى للبيضاوي (٤٧٨/١).

(٢) تكملة المجموع للسبكي (٢٩/١٢).

(٣) انظر: تحفة الأحوذى بشرح الترمذي (٤٨٧/٤).

المطلب الأول

الغش بالتصيرية في بهيمة الأنعام وأثره على العقد

وفيه فروع:

الفرع الأول

الحكم التكليفي في تصيرية الأنعام

لا خلاف بين الفقهاء في تحريم التصيرية؛ لأنها ضرب من الخديعة وإضرار بالغير بطرق غير مشروعة قائمة على الغش والتغريب وقد نقل ذلك جمع من أهل العلم، قال الترمذي رحمه الله: "والعمل على هذا - أي تحريم التصيرية - عند أهل العلم..."^(١).

وقال ابن هبيرة رحمه الله: "واتفقوا على أنه لا يجوز تصيرية الإبل والبقر والغنم للبيع تدليساً على المشتري..."^(٢).

وقال السبكي^(٣): "لا خلاف أن فعل التصيرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة، والخداع محرم في الشريعة قطعاً... ولما فيه من الإضرار بالمشتري"^(٤).

(١) انظر: الجامع الصحيح للترمذي (٥٦٨/٣) رقم (١٢٦٨)، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع المحفلات.

(٢) انظر: الإفصاح لابن هبيرة (٢٨٩/١)، وراجع رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ١٣٩).

(٣) هو علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام، أبو الحسن، تقي الدين السبكي، الفقيه الشافعي المحدث المفسر الأصولي، سمي بالسبكي نسبة إلى بلدة سبك، من أعمال المنوفية بمصر، كان كثير التصانيف، ومنها "الابتهاج في شرح المنهاج" في الفقه، و"تكملة المجموع" وغيرها. ت: سنة ٧٥٦هـ.

انظر: الدرر الكامنة (١٣٤/٣)، حسن المحاضرة (٣٢١/١).

(٤) تكملة المجموع (٣١/١٢).

وقد وردت الأحاديث الصحيحة الصريحة في النهي عن التصرية، منها:

١- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر). متفق عليه^(١).

وفي رواية عند الشيخين من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن التصرية^(٢).

٢- ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا تستقبلوا السوق، ولا تحفلوا، ولا ينفق بعضكم لبعض)^(٣).

وجه الدلالة من الحديثين:

هو أن الأصل في النهي هو التحريم ما لم يمنعه صارف، ولا صارف^(٤)، ولما فيه من الخديعة والغش الذي لا يرضاه المشتري^(٥).

وبهذا يعلم أن التصرية محرمة، إذا قصد البائع بذلك إيهام المشتري كثرة اللبن، ما لو حبس لبن الحيوان لا للتدليس والبيع، بل لأمر آخر غير البيع، فإن بعض أهل العلم أخذ من حديث نهى رسول الله ﷺ عن التصرية تحريم التصرية سواء قصد به

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم (فتح ٤/٤٥٤) (رقم ٢١٤٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وباب: حكم بيع المصراة (٣/١١٥٥، ١١٥٨) رقم (١٥١٥، ١٥٢٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب: الشروط في الطلاق (فتح ٥/٤٠٦) رقم (٢٧٢٧)، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب حكم المصراة (٣/١١٥٥) رقم (١٥١٥).

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع المحفلات (٣/٥٦٨) رقم (١٢٦٨).

(٤) انظر: فتح الباري (٤/٤٥٥)، تكملة المجموع (٧/١٢)، إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (١١٢/٢).

(٥) انظر: تحفة الأحوذني بشرح الترمذي (٤/٤٨٧).

التدليس أم لم يقصد، وبهذا جزم بعض الشافعية^(١)، وعلله بما فيه من إيذاء الحيوان، بيد أن جمهور أهل العلم على أن النهي خاص في البيع^(٢)، قال ابن قدامة -رحمه الله-: "والتصيرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري؛ لقوله ﷺ: (لا تصروا...)^(٣)، وقوله: (من غشنا فليس منا)^(٤)(٥) اهـ.

وقد أخرج النسائي في سننه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تصروا الإبل والغنم للبيع...)^(٦).

وقال الحافظ ابن حجر -رحمه الله-: "وهذا هو الراجح، وعليه يدل تعليل الأكثر بالتدليس، ويجاب عن التعليل بالإيذاء بأنه ضرر يسير لا يستمر فيغتفر لتحصيل المنفعة"^(٧).

الفرع الثاني

الحكم الوضعي (أثر التصيرية في البيع)

لا خلاف بين أهل العلم في صحة العقد الذي وُجد معه التصيرية مع كونه حراماً^(٨)، فالحديث المذكور الذي لم يحكم النبي ﷺ بالبطلان، بل أعطاه حق الخيار

(١) انظر: فتح الباري (٤/٤٥٥).

(٢) انظر: شرح الزرقاني (٥/١٣٣)، حاشية ابن عابدين (٤/٩٦)، أسنى المطالب (٢/٦١)، المغني (٦/٢١٥).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: (من غشنا فليس منا) (١/٩٩) رقم ١٠٢.

(٥) المغني (٦/٢١٥)، وانظر: إحكام الأحكام لابن دقيق (٢/١١٢).

(٦) أخرجه النسائي، كتاب البيوع، باب: النهي عن المصراة (٧/٢٥٣) رقم (٤٤٨٧). وسنده صحيح.

(٧) فتح الباري (٤/٤٥٦).

(٨) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/٩٦)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١١٥)، تكملة المجموع

(٤/١٢) المغني (٦/٢١٥) الإجماع لابن المنذر (ص ٩٢)، الإفصاح لابن هبيرة (١/٢٨٩)، المحلى

لابن جزم (٩/٦٦).

فقال: (فهو بخير النظرين)^(١)، وإنما اختلف أهل العلم في أثر هذا الغش هل يثبت الخيار للمشتري؟ أو لا؟ على قولين:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن -رحمهما الله- إلى أنه لا خيار للمشتري، ولكنه يرجع على البائع بنقصان العيب^(٢).

أدلتهم:

قالوا: لأن الخيار لا يثبت إلا بالعيب، والخلف في الصفة، والتصيرية ليست عيباً، ولا خلفاً في الصفة، بدليل أنها لو لم تكن مصراً فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، كما لو علفها فانفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل^(٣).

المناقشة:

أجيب على استدلالهم:

فقيل: أين في أصول الشريعة ما يدل على انحصار الرد بهذين الأمرين؟ بل إن أصول الشريعة توجب الرد بغير ما ذكرتم، وهو الرد بالتدليس والغش، فإنه هو والخلف في الصفة من باب واحد، بل الرد بالتدليس أولى من الرد بالعيب^(٤)؛ لأن التدليس جمع أمرين: أحدهما: العيب الذي هو نقص الصفة التي بان خلافها، والثاني: الغش والتدليس والخديعة بالمشتري.

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي (ص ٧٩-٨٠)، والمبسوط (٣٨/١٣)، مجمع الضمانات (ص ٢٢٤).

(٣) حاشية ابن عابدين (٤٤/٥)، الفتاوى الهندية (٧٢/٣)، مجمع الضمانات (ص ٢٢٤)، شرح معاني الآثار (١٩/٤).

(٤) انظر: إعلام الموقعين (١٥/٢).

ولهذا قال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه: "إياكم والمحفلات؛ فإنها خلافة، ولا تحل الخلافة لمسلم"^(١).

قال ابن عبدالبر - رحمه الله تعالى - : "وحدیث المصراة أصل في النهي عن الغش، والأصل في ثبوت الخيار لمن دلس عليه بعيب، وأصل في أنه لا يفسد أصل البيع بالتدليس وأصل في أن مدة الخيار ثلاثة أيام، وأصل في تحريم التصرية وثبوت الخيار بها"^(٢).

وإذا ثبت أن التصرية غش وخديعة، فإنه يثبت للمشتري حق الرجوع؛ لأن الرضا لم يتحقق كاملاً، والله درُّ الإمام السرخسي الحنفي حين لم يجد بُدأً من الأخذ بهذا الحديث وقبوله فقال - رحمه الله - : "وبعد ما صحَّ الحديث؛ فكلُّ قياس متروك بمقابلته، مع أن الحديث موافق للأصول أثبت الخيار لغرورٍ كان من البائع، والتدليس والغرور يثبت للمشتري حق الرجوع"^(٣).

ثم إن قياسهم يبطل بتسويد الشعر، فإن بياضه ليس بعيب كالكبر، وإذا دلّسه ثبت الخيار، وأما انتفاخ البطن فليس فيه تدليس، لأنه قد يكون من الأكل والشرب، فلا معنى لحملة على هذا الحمل^(٤)، ثم إن الإنسان العادي يميز بين انتفاخ البطن إذا كان من الأكل، أو من الحمل، فلا يتحقق فيه تدليس.

القول الثاني: مذهب المالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧)،

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: النهي عن التصرية (٣١٧/٥)،

وعبدالرزاق في المصنف (٩٤/٥)، والحديث صححه البيهقي وقال: "بإسناد صحيح".

(٢) التمهيد (٢٠٥/١٨)، الاستذكار (٨٨/٢١)، بتصرف، وراجع فتح الباري (٤٦٢/٤).

(٣) المبسوط (٣٩/١٣)، وراجع المصنف لعبدالرزاق (٩٥/٥).

(٤) انظر: المغني (٢١٧/٦).

(٥) انظر: المدونة (٣٠٩/٣)، المنتقى للبايجي (١٠٤/٥)، مواهب الجليل (٤٣٧/٤-٤٣٨).

(٦) انظر: الأم (١٨٥/٧)، تكملة المجموع (٤/١٢)، أسنى المطالب (٦١/٢)، حاشية الرملي على

أسنى المطالب (٦١/٢).

(٧) انظر: المغني (٢١٦/٦)، الفروع (٩٣/٤)، مطالب أولي النهي (١٠٥/٣).

والظاهرية^(١)، وابن أبي ليلى، وإسحاق^(٢)، وعليه عامة أهل العلم^(٣).

قال الحافظ ابن حجر: "وقد أفتى به ابن مسعود، وأبو هريرة، ولا مخالف لهم من الصحابة، وقال به من التابعين ومن بعدهم من لا يحصى عددهم"^(٤).

فهؤلاء الأئمة قد ذهبوا إلى إثبات الخيار بين الرد والإمسك فيمن اشترى مصراً من بهيمة الأنعام، ولم يعلم تصرّيتها.

وقد بالغ ابن المنذر - رحمه الله - فادّعى الإجماع على ذلك فقال: "وأجمعوا على أنّ من حلب المصراً فهو بالخيار، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر... وشدّ النعمان فقال: ليس له ردّها ولا يستطيع ردّها ما أخذ منها"^(٥).

أدلتهم:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بأدلة منها:

١- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا تُصَرِّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر). متفق عليه^(٦). وروى نحوه ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر، رضي الله عن الجميع^(٧).

(١) انظر: المحلى (٥٧٥/٧).

(٢) انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٦/٢١)، المغني (٢١٦/٦).

(٣) انظر: المغني (٢١٦/٦)، فتح الباري (٤/٤٥٨)، تحفة الأحوذى (٤/٤٨٧).

(٤) فتح الباري (٤/٤٥٨).

(٥) الإجماع لابن المنذر. تحقيق د. عبدالقادر (ص ٩٢).

(٦) سبق تخرّجه.

(٧) انظر: نيل الأوطار (٦/٣٠٥)، والتلخيص الحبير (٣/٥٤)، والمصنف لعبدالرزاق (٨/٣٨٦).

وجه الدلالة:

قالوا: إن هذه نصوصٌ صحيحة صريحة في الدلالة على إثبات الخيار، فلا غموض فيها ولا لبس، وقد رواها أئمة ثقات أثبات.

قال ابن حزم الظاهري - رحمه الله -: "ثم رواها عنهم من لا يحصيهم إلا الله عز وجل، فصار نقل كافة وتواتر لا يردده إلا محروم غير مُوفَّق" (١).

وقال ابن عبد البر: "هذا الحديث مُجمَع على صحته وثبوته من جهة النقل" (٢).

وقال السبكي: "أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته" (٣).

وسئل الإمام مالك - رحمه الله -: "أتأخذ بهذا الحديث؟" فقال: "أو في الأخذ بهذا الحديث رأي؟" (٤).

٢- قالوا: ولأن التصرية غش وتدليس وخديعة كما قال ابن مسعود رضي الله عنه: "إياكم والمحفلات، فإنها خلافة" (٥)؛ وإذا ثبت أن التصرية غش وخديعة، فإنه يثبت للمشتري حق الرجوع؛ لأن الرضا لم يتحقق كاملاً؛ لأن المشتري لم يدرك المعقود عليه على حقيقته، بحيث أقدم على الشراء بهذا الثمن لظنه كونها كثيرة الحلب، فلو لم تكن هذه الصفة متوقعة لما أقدم على الشراء بهذا الثمن (٦).

قال ابن قدامة: "ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه، فوجب به الردُّ، كما لو كانت شمطاء (٧) فسودَّ شعرها" (٨).

(١) المحلى لابن حزم (٥٧٦/٧).

(٢) التمهيد لابن عبد البر (٢٠٨/١٨).

(٣) تكملة المجموع (٧/١٢).

(٤) الاستذكار لابن عبد البر (٨٧/٢١).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) انظر: الأم (١٨٥/٧)، مطالب أولي النهى (١٠٥/٣)، الاستذكار (٦/٢١)، فتح الباري (٤/

٤٦٢).

(٧) الشمط: بياض الرأس يخالط سواده. القاموس المحيط (ص ٨٧٠).

(٨) المغني (٢١٦/٦).

حاول الأحناف أن يجيبوا عن حديث المصراة الذي هو عمدة الجمهور في هذا الباب بعدة أجوبة، منها:

أولاً: أنه خبر الواحد، وهو يخالف الأصل والقاعدة العامة، وما كان كذلك لم يلزم العمل به؛ لأن الأصول العامة مقطوعٌ بها، وأما خبر الواحد فهو مظنون به، ومن تلك الوجوه التي خالفت هذا الحديث: الأصول العامة، منها ما يلي^(١):

أ- إن المعلوم من الأصول أن ضمان المثليات بالمثل، والمتقومات بالقيمة، وخبر المصراة خالف هذه القاعدة؛ لأنه إن كان اللين مثلياً فليضمن باللين، وإن كان متقوماً فليضمن بأحد النقدين، أما أنيضمن بالقيمة وتكون بالثمر فهذه مخالفة للأصول العامة^(٢).

ب- إن حديث المصراة جعل قيمة اللين المحلوب بصاع من تمر لا يزيد ولا ينقص، مع أن الأصول المجتمع عليها في الضمان هي. أنه يختلف باختلاف المضمون في الزيادة والنقصان^(٣).

ج- إن حديث المصراة خالف الأصول في جعل الخيار فيه ثلاثاً، مع أن خيار العيب لا يقدر بالثلاث، وكذا خيار الرؤية عند من يثبته^(٤).

ثانياً: أن حديث المصراة يعارض الأصل الثابت بحديث: "الخراج

(١) انظر بيان هذه الأدلة في حاشية ابن عابدين (٩٦/٤)، شرح معاني الآثار (١٩/٤)، الميسوط (١٣/٢٨)، الفتاوى الهندية (٧٢/٣)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٢٨٧/١)، مجمع الضمانات (ص ٢٢٤)، الاستذكار لابن عبد البر (٩٢/٢١) وما بعدها، أعلام الموقعين (١٥/٢)، فتح الباري (٤٥٩/٤)، تكملة المجموع (٢٨-٢١/١٢).

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

بالضمان^(١) الذي يقضي بأنه ما دام المشتري يكون ضامناً للمبيع أثناء وجوده معه ، وأن عليه نفقته ، فيكون له ثمرته وفوائده ، في حين أن حديث التصرية يقضي بأن يرد المشتري اللبن الذي تحقق أثناء وجود المصرة عنده ، فلم يكن الخراج بالضمان.

ثالثاً: قالوا: إن حديث المصرة منسوخ ، واختلفوا في ناسخه ، فقيل: منسوخ بتحريم الربا وحديث النهي عن بيع الدين بالدين^(٢).

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٣/٧٧٧) رقم (٣٥٠٨ ، ٣٥٠٩) ، والترمذي في جامعه ، كتاب البيوع ، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً (٣/٥٨١-٥٨٢) رقم (١٢٨٥) ، والنسائي في سننه الصغرى ، كتاب البيوع ، باب: الخراج بالضمان (٧/٣٥٤) رقم (٤٤٩٠) ، وابن ماجه في سننه ، كتاب التجارات ، باب: الخراج بالضمان (٢/٧٥٣) رقم (٢٢٤٢) ، وأحمد في مسنده (٦/٤٩ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧) ، كلهم من طريق ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف بن أيماء عن عروة بن الزبير عن عائشة به . والحديث ضعفه البخاري وقال: هذا حديث منكر ، ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث . وضعفه الخطابي -أيضاً- وقال: والحديث في نفسه ليس بالقوي . (معالم السنن ٣/٧٧٩) ، وابن حزم كما في التلخيص الحبير (٣/٢٥) .

وقال أبو حاتم: لم يرو عنه إلا ابن أبي ذئب ، وليس هذا إسناداً تقوم بمثله الحجة . وقال ابن عدي: لا يُعرف له غير هذا الحديث . وقال الحافظ في التقریب: وفي سماع ابن أبي ذئب منه عندي نظر . انظر: (تهذيب التهذيب ٤/٤١) . والحديث صححه الترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح ، وابن خزيمة وابن حبان وابن القطان الفاسي . انظر: بلوغ المرام حديث رقم (٨٣٩) . قلت: والقول بالتضعيف أقرب وأولى مع أن معناه صحيح بأدلة عامة من أدلة التشريع . انظر: نيل الأوطار (٦/٣٠٩) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٧١) ، والحاكم في المستدرک (٢/١٥) ، والحديث ضعيف جداً؛ لأن مداره على موسى بن عبيدة الربذي ، قال الإمام أحمد: "لا تحل عندي الرواية عنه ، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره" . وقال أيضاً: "ليس في هذا حديث يصح ، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين" . وقال الشافعي: "أهل الحديث يوهنون هذا الحديث" .

وجه الدلالة:

هو أن لبن المصرة يصير ديناً في ذمة المشتري، فإذا أُلزم بصاع من تمر نسيئة صار ديناً بدين^(١).

وقيل: إنه منسوخ بحديث: "الخراج بالضمان".

وجه الدلالة:

أن اللبن فضلة من فضلات الشاة، ولو هلكت لكان من ضمان المشتري، فذلك فضلاتها تكون له، فكيف يغرم بدلها للبائع؟^(٢).

وقيل: إن ناسخه الأحاديث الواردة في رفع العقوبة بالمال، وقد كانت مشروعة قبل ذلك، وحديث التصرية من هذا القبيل.

وقد أجاب الجمهور عن انتقادات الحنفية التي وجهوها على الاستدلال بحديث المصرة، فقالوا:

أولاً: قولهم: "إن حديث المصرة يخالف الأصل، والقياس من القواعد العامة.. وهذا غير مقبول لعدة وجوه من أهمها:

أ- إن حديث المصرة يكاد يصل إلى درجة المتواتر لكثرة طرقه ورواته كما قال ابن حزم وابن عبد البر والسبكي رحمهم الله، وحتى لو سلمنا بأنه خير الواحد فهو

وقد صحح الحاكم هذا الحديث وقال: على شرط مسلم، وهذا وهم ظاهر منه، وسبب وهمه -رحمه الله- أنه ظن أن موسى بن عبيدة هذا هو موسى بن عقبة.. فقال البيهقي: "والعجب من شيخنا الحاكم!! كيف قال في روايته عن موسى بن عقبة وهو خطأ؟! اهـ. انظر: التلخيص الحبير(٢٩/٣)، نيل الأوطار(٦/٢٤٠).

(١) انظر: شرح معاني الآثار(٤/١٩).

(٢) انظر: المرجع السابق.

مقدّم على القياس حيث إن منزلته قبل منزلة القياس في التشريع الإسلامي ، فكيف يُعارض الأقوى بالأدنى؟

قال الإمام أحمد -رحمه الله-: "إنما القياس أن نقيس على أصل ، فأما أن نجيء إلى الأصل فتهدمه ثم نقيس ، فعلى أي شيء نقيس؟" (١) .
وقال ابن السمعاني -رحمه الله- (٢): "متى ثبت الخبر صار أصلاً من الأصول ولا يحتاج إلى عرضه على أصل آخر... ولا يرد الخبر بالقياس باتفاق ، فالسنة مقدمة عليه بلا خلاف" (٣) .

ولو سلمنا أن القياس أصلٌ في حد ذاته -على سبيل الفرض والجدل- فما المانع من تخصيصه بالحديث الصحيح المشهور (٤)؟

قال العلامة ابن القيم وهو يرد على انتقادات الحنفية: "والحديث موافقٌ لأصول الشريعة وقواعدها ، ولو خالفها فكان أصلاً بنفسه ، كما أنّ غيره أصلٌ بنفسه ، أصول الشريعة لا يضرب بعضها ببعض" (٥) .

ثم إنه لا يسلم بأن الأصول العامة التي ذكرها الأحناف مقطوع بها ؛ لأن الأصول المقطوع بها هي نص الكتاب ، والسنة المتواترة ، والإجماع ، أما القواعد العامة التي تستنبط من الشرع فلا تكون قطعية (٦) .

(١) انظر: أعلام الموقعين (٢/٢٣٧) .

(٢) هو منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد ، المروزي السمعاني ، التميمي ، أبو المظفر ، الفقيه الحنفي ، ثم الشافعي ، المفسر الأصولي المحدث ، من كتبه "تفسير السمعاني" ، "القواطع في أصول الفقه" . مات سنة : ٤٨٩ هـ .

انظر: الرسالة المستطرفة (ص ١٣٨) ، الأعلام (٨/٢٤٣) .

(٣) انظر: فتح الباري (٤/٤٦٠) .

(٤) انظر: نيل الأوطار (٦/٣١٠) ، فتح الباري (٤/٤٦٠) .

(٥) إعلام الموقعين (٢/١٥) .

(٦) انظر: تكملة المجموع (١٢/٢٣) .

ب- وأما قولهم "إن حديث المصراة خالف المعلوم من الأصول بأن ضمان المثليات بالمثل والمتقومات بالقيمة..."

فجوابه:

هو أن تضمينه بغير جنسه في غاية العدل والإنصاف، فإنه لا يمكن تضمينه بمثله البتة، فإن اللبن في الضرع محفوظ غير معرض للفساد، فإذا حلب صار عرضة لحمضه وفساده، فلو ضمن اللبن الذي كان في الضرع بلبن مخلوب في الإناء كان ظلماً تنتزه الشريعة عنه، وأيضاً فإن لبن التصرية لما اختلط باللبن الطارئ في ملك المشتري، لم يتهياً تقديراً ما للبائع من ذلك، فيكون على المشتري قيمته؛ لأن تقويم ما لا يعرف غير ممكن، فيفضي إلى الربا، ولما كان لكل واحد منهما شيء من اللبن، وكانا جميعاً عاجزين عن تحديده حكم النبي ﷺ للبائع بصاع من تمر، ولو وكل إلى تقديرهما، أو تقدير أحدهما لكثير النزاع والخصام بينهما^(١).

ج- وأما قولهم: "إنه جعل قيمة اللبن المخلوب بصاع من تمر لا يزيد ولا ينقص.."

فجوابه:

إن قولكم إن الضمان يختلف باختلاف المضمون في الزيادة والنقصان غير مسلم؛ لأن في الأصول -أيضاً- ما يشهد بخلاف قولكم من غير حديث المصراة.

فالموضحة^(٢) حكم الشارع في صغيرها وكبيرها بحكم واحد؛ لأنه لا يوقف على

(١) انظر: أعلام الموقعين (١٦/٢)، الاستذكار (٩٣/٢١)، فتح الباري (٤٦١/٤)، تكملة المجموع

(٢٨-٢١/١٢).

(٢) الموضحة: هي بضم الميم وسكون الواو وكسر المعجمة وهي الشجة التي تبدي وضع العظام.

القاموس المحيط (ص ٣١٥).

صحة تفضيل بعضها على بعض في الجمال، والمنفعة^(١)، وكما فعل ﷺ في دية الجنين قطع فيها بالغرّة^(٢) حسماً، ولتداعي الموت فيه والحياة؛ لأن الجنين لما أمكن أن يكون حياً في حين ضرب بطن أمه، فتكون فيه الدية كاملة، وأمکن أن يكون ميتاً، فلا يكون فيه شيء، قطع رسول الله ﷺ التنازع فيه والخصام، بأن جعل فيه غرة عبد أو أمة^(٣)؛ لأنه لا يوقف على صحته في بطن أمه إذا رمته ميتاً، والحكمة في ذلك أن كل ما يقع التنازع فليقدر بشيء معين لقطع التشاجر، وتُقدّم هذه المصلحة على تلك القاعدة في المضمونات^(٤)، وخبر المصراة ماشر على هذه المصلحة، فإن اللبن الحادث بعد العقد اختلط باللبن الموجود وقت العقد فلم يعرف مقداره حتى يوجب نظيره على المشتري، ففصل الشارع الحكيم النزاع وقدره بحد لا يتعدّياته، فعُلم أن ذلك عبادة ليس بقيمة^(٥).

د- وأما قولهم: "إن حديث المصراة خالف الأصول في جعل الخيار فيه ثلاثاً..."

فجوابه:

أن حكم المصراة انفراد بأصله عن مماثلة، فلا يستغرب أن ينفرد بوصف زائد على غيره، والحكمة فيه أن هذه المدة هي التي يتبين بها لبن الخلقة من اللبن المجتمع

(١) حديث الموضحة أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب الديات، باب: ما جاء في الموضحة (٧/٤) رقم (١٣٩٠)، والنسائي في سننه، كتاب القسامة، باب: المواضع (٥٧/٨) رقم (٤٨٥٢) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: (في المواضع خمس خمس..) وسنده حسن، وحسنه الترمذي.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب: الكهانة (فتح ٢٦٥/١٠) رقم (٥٧٥٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحارِبين والقصاص والديات، باب: دية الجنين، ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد (١٣٠٩/٣) رقم (١٦٨١).

(٣) الغرة - بضم الغين وتشديد الراء - هي: العبد والأمة. القاموس المحيط (ص ٥٧٨).

(٤) انظر: الفروق للقرافي (٢١٢/١) ط. عالم الكتب.

(٥) انظر: الأم للشافعي (٦٦٥/٨) ط. دار المعرفة، الاستذكار (٩٢/٢١، ٩٣)، فتح الباري (٤/٤٦١)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٦٠). ط. دار الكتب العلمية.

بالتدليس غالباً فشرعت لاستعلام العيب، ولهذا قال مالك -رحمه الله-: "وإنما يختبر ذلك الناس بالحلاب الثاني، ولا يعرف بالأول"^(١) بخلاف خيار الرؤية والعيب، فلا يتوقف على مدة^(٢).

ثانياً: قولهم: "إن حديث المصرة يعارض الأصل الثابت بحديث "الخراج بالضمان".

فجوابه:

لا نسلم أن هناك تعارضاً بين حديث التصرية وحديث "الخراج بالضمان"؛ لأن في حديث التصرية شيء ليس في حديث "الخراج بالضمان"؛ وذلك لأن الخراج لغةً هو ما يحصل من غلة العين المتباعة، مثل الكسب الحادث من العبد أو الدابة، ونحو ذلك^(٣)، أما ما كان موجوداً حال التعاقد، فلا يسمى خراجاً، بل هو جزء من المعقود عليه، واللبن في الشاة المصرة كان موجوداً حال التعاقد، فهو جزء من المعقود عليه.

والشارع الحكيم لم يجعل الصاع من التمر عوضاً عن اللبن الحادث، وإنما هو عوض عن اللبن الموجود وقت العقد في الضرع، فضمانه هو محض العدل والقياس، ويدل على هذا ما جاء مرفوعاً عنه -عليه الصلاة والسلام-: (ففي حلبتها صاع من تمر)^(٤).

ومع هذا فلو سلمنا جدلاً بوجود التعارض بين الحديثين، وامتنع الجمع بينهما فلا بُدَّ حينئذٍ من الترجيح، وحديث المصرة أقوى من حديث "الخراج بالضمان"،

(١) المدونة (٣/٣٠٩).

(٢) انظر: الاستذكار (٩١/٢١)، المغني (٦/٢٢١)، فتح الباري (٤/٤٦١).

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث (١٩/٢)، القاموس المحيط (ص ٢٣٧)، أعلام الموقعين (١٦/٢).

(٤) انظر: الأم للشافعي (٨/٦٦٥) وقد أطل -رحمه الله- في تقرير هذا، فليراجع، أعلام الموقعين

(١٦/٢)، فتح الباري (٤/٤٥٩).

فكيف يُقدم المرجوح على الراجح؟^(١).

قال العلامة ابن القيم: "فحديث المصراة أصحُّ منه باتفاق أهل الحديث قاطبة فكيف يعارض به؟"^(٢).

ثالثاً: قولهم: "إن حديث المصراة منسوخ.." ^(٣).

فجوابه:

قالوا: إن دعوى النسخ في حديث المصراة غير مسلمة؛ لأن النسخ يحتاج إلى معرفة المتقدم من المتأخر^(٤)، ولا دليل على ذلك، والنسخ لا يثبت بالاحتمال، ثم إنه لا دلالة على النسخ مع مدعيه، فإنهم اختلفوا في النسخ. فقيل: النسخ حديث النهي عن بيع الدين بالدين^(٥).

فيقال: هذا حديث لا يثبت عند أهل العلم بالحديث، قال الإمام أحمد: "ليس في هذا حديث يصح"، وقد ضعفه الشافعي - أيضاً^(٦)، وعلى التنزل مع أصحاب القول الأول بصحة الحديث فأين يجدون بيع الدين في حديث المصراة؟ فالتمر إنما شُرِعَ في مقابل الحلب، سواءً كان اللبن موجوداً أو غير موجود، فلم يتعين في كونه من الدين بالدين^(٧).

وأما قولكم: إن النسخ حديث "الخراج بالضمآن".

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: إن شاء رد المصراة وفي حليتها صاع من تمر (فتح الباري (٤/٤٥٩).

(٢) انظر: الاستذكار (٢١/٩٣)، فتح الباري (٤/٤٥٩)، أعلام الموقعين (٢/١٦).

(٣) أعلام الموقعين (٢/١٦).

(٤) انظر: الأحكام للآمدي (٣/١٢٦) ط. دار الكتاب العربي.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) التلخيص الحبير (٣/٢٩).

(٧) انظر: فتح الباري (٤/٤٥٩).

فيقال: قد سبق توضيح ألا تعارض بين حديث المصراة وحديث الخراج بالضمان، ولو ثبت فدعوى أن حديث الخراج بالضمان هو المتأخر لا دليل عليها^(١).
الترجيح:

بعد هذا العرض المفصل يتبين بلا شك ولا ارتياب أن القول الراجح هو القول الثاني القائل بثبوت الخيار للمشتري بين الإمساك أو الرد مع صاع من التمر؛ لصحة الحديث الثابت فيه وتواتره كما قال ابن حزم -رحمه الله-: فصار نقل كافة وتواتر لا يردّه إلا محروم غير موفق^(٢).

وإثبات الخيار للمشتري هو محض القياس ومقتضى العدل، فإن المشتري إنما بذل ماله بناء على الصفة التي أظهرها له البائع، وقد أثبت الشارع الخيار للركبان، إذا تَلُّقُوا واشتري منهم قبل أن يهبطوا إلى السوق ويعلموا السعر، وليس هناك عيبٌ ولا خُلف في شرط، ولكن لما فيه من الغش والتدليس^(٣). والله أعلم.

الفرع الثالث

شروط خيار التصرية

١- أن يقصد البائع -أو نحوه- التصرية بنفسه، أو بغيره مع علمه بالحال، أما لو يقصد ذلك بأن تحفلت الشاة بنفسها، كأن لسعتها نحلة، أو كان ضرعها كبيراً خلقة فظن المشتري أنها كثيرة اللبن، لم يثبت للمشتري الخيار، وهذا هو الأصح عند الشافعية^(٤)، بل قطع به الغزالي^(٥)، وهو وجه عند الحنابلة^(٦)، وذلك لعدم تحقق

(١) راجع صفحة ٢٢٧ من هذا الكتاب، ومعالم السنن للخطابي (٣/٧٢٥).

(٢) المحلى لابن حزم (٧/٥٧٦).

(٣) انظر: أعلام الموقعين (٢/١٦).

(٤) انظر: الروضة (٣/٤٧٠).

(٥) انظر: الوجيز (١/١٤٢).

(٦) انظر: المغني (٦/٢٢٤).

التدليس، مثل أن يَحْمَرَّ وجه الجارية لئجل أو تعب فيظن أنها كذلك خلقة^(١)، فلا يثبت له الخيار، ذلك أن التدليس إنما يؤثر إذا كان عند قصد وإرادة وعمد، ومما يؤكد ذلك قوله ﷺ: (لا تصروا..) فتوجيه الخطاب إلى البائعين يدل على أن هذا الحكم مترتبٌ على عملٍ منهم^(٢).

وذهب جماعة من أهل العلم من الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى ثبوت الخيار للمشتري، سواء قصد أو لم يقصد، لدفع الضرر اللاحق بالمشتري، والضرر واجب الدَّفْع، فأشبهه العيب^(٥)، ولعلّ الراجح هو القول الثاني؛ لأن سكوت البائع عن هذا العيب الطارئ - بانتفاخ الضرع مثلاً على غير المعتاد - يجعله مدلساً تدليساً قولياً؛ لعدم إخباره بحقيقة الحال، ثم إننا لو لم نجعل للمشتري الخيار في هذه الحالة؛ لأوشك البائع - إذا رُدَّ عليه بعيب التصرية من فعله - أن يدّعي عدم علمه بذلك، ومما يقوي ذلك أن الرسول ﷺ أثبت للمشتري الخيار فيما لو اشترى محفلة فبان خلافه، لدفع ضرر المشتري بقوله ﷺ: "من اشترى شاةً مصراةً، فهو بالخيار ثلاثة أيام..."^(٦). والله أعلم.

(١) انظر: المغني (٢٢٣/٦).

(٢) انظر: الروضة (٤٧٠/٣)، وقد ذكر السبكي في تكملة المجموع (٢٩/١٢) أن سبب هذا الخلاف يعود: "إلى أن العلة في التصرية هل هي التدليس، أم الضرر الحاصل للمشتري جراء عدم تحقق ما رغب إليه من كثرة اللبن"، ثم قال: "وحقيقة الوجهين ترجع إلى إلحاق خيار التصرية بخيار العيب، أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما" اهـ.

(٣) انظر: الروضة (٤٧٠/٣)، مغني المحتاج (٤٥٣/٢).

(٤) انظر: المغني (٢٢٤/٦).

(٥) انظر: المغني (٢٢٤/٦).

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: حكم بيع المصراة (١١٥٨/٣، ١١٥٩) رقم

ثم إن إعطاء المشتري الخيار شيء، وتأثير البائع لأجل التصرية شيء آخر، فلا تلازم بينهما.

٢- عدم علم المشتري بالتصرية، أما لو كان عالماً بالتصرية حين العقد ثم اشتراها بعد ذلك، فلا خيار له على رأي المالكية^(١)، ووجه عند الشافعية^(٢)، وهو مذهب الحنابلة^(٣)؛ لأن المشتري دخل على بصيرة وعلم بالتصرية والتدليس فلم يثبت له الرد، كما لو اشترى معيماً يعلم عيبه^(٤)، فلا يبقى له مجال للخيار؛ لأن الخيار ما شرع إلا لتثبيت الرضا وتأكيد^(٥).

والقول الثاني: أنه يثبت له الخيار لوجود التصرية استناداً لظاهر الحديث، وهذا وجه عند الشافعية^(٦)، والراجح هو القول الأول.

٣- أن يبقى التدليس في الواقع، بأن يظهر فقد الكمال الذي أوهم وجوده، فلو دلس البائع بالتصرية، ثم تحقق هذا الكمال بأن صار لبنها عادة، واستمر على كثرتة، لم يكن له الخيار في رده عند الشافعية في أحد الوجهين^(٧)، والحنابلة^(٨)؛ لأن الرد إنما جعل لدفع الضرر على المشتري بنقص اللبن، وهنا لم يوجد، فامتنع الرد^(٩).

(١) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٥٠).

(٢) انظر: الروضة (٣/٤٦٨). ط. المكتب الإسلامي.

(٣) انظر: المغني (٦/٢١٧).

(٤) انظر: المغني (٦/٢١٧)، روضة الطالبين (١/٦٣٠).

(٥) انظر: مبدأ الرضا في العقود. د. علي محي الدين القره داغي (١/٦٣٠).

(٦) انظر: الروضة (٣/٤٦٨).

(٧) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٥٣)، روضة الطالبين (٣/٤٧١).

(٨) انظر: المغني (٦/٢١٧)، والفروع (٤/٩٤).

(٩) انظر: المغني (٦/٢١٧)، مغني المحتاج (٢/٤٥٣).

والوجه الثاني عند الشافعية^(١) يثبت له الرد لظاهر الحديث الوارد؛ ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد^(٢).

والأقرب - والله أعلم - هو القول الأول؛ لأن خيار التصرية إنما ثبت لدفع الضرر الحاصل على المشتري، فإذا زال الضرر فلا خيار حينئذ^(٣).

٤- أن يرد المصراة بعد الحلب، فإن ردها قبل الحلب فلا شيء عليه بالاتفاق^(٤)؛ لأن الصاع إنما وجب عوضاً عن اللبن المحلوب، ولم يُحلب لقله - عليه الصلاة والسلام - في رواية: "ففي حلبها صاعٌ من تمر"، ولكن لا يثبت الرد إلا بإقرار البائع وجود بيئة^(٥).

الفرع الرابع

توقيت خيار التصرية

اختلف أهل العلم في توقيت خيار التصرية ومدته على ثلاثة أقوال:
القول الأول: أنه متى علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور، ولو حلبها بعد ذلك لم يكن له الرد.

(١) انظر: روضة الطالبين (٤٧١/٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٧١/٣)، المغني (٢١٧/٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٧١/٣)، المغني (٢١٧/٦).

(٤) انظر: الخيار وأثره في العقود د. عبدالستار أبو غدة (٦٠٨/٢).

نقل الاتفاق ابن عبدالبر حيث قال: "هذا ما لا خلاف عليه فقفاً عليه". الاستذكار (٨٩/٢١)،

والسبكي في تكملة المجموع (٦٥/١٢)، وراجع مواهب الجليل (٣٥٠/٦)، حاشية العدوي على

الخرشي (١٣٣/٥)، وراجع الروضة (٤٦٩/٣)، حاشية البجيرمي (٢٤٥/٢)، المغني (٢١٩/٦)،

كشاف القناع (٢١٥/٣)، مغني المحتاج (٤٥٣/٢)، شرح المحلى على منهاج الطالبين (٢١٠/٢).

(٥) راجع الاستذكار (٨٩/٢١)، فتح الباري (٤٥٦/٤)، كشاف القناع (٢١٥/٣) والمراجع السابقة.

وهذا ظاهر قول الإمام مالك - رحمه الله -، حيث قال: "إذا جاء من ذلك ما يعرف أنه قد اختبرها قبل ذلك، فما حلب بعد ذلك فهو رضا منه بالشاة، ولا يكون له أن يردّها"^(١). وهو المشهور عند المالكية^(٢)، وهو أحد الأوجه الثلاثة عند الشافعية^(٣)، وهو قول أبي الخطاب من الخنابلة^(٤).

وجه هذا القول:

قالوا: لأنه تدليس يثبت الخيار، فملك الرد به إذا تبينه كسائر التدليس، ولأن الخيار ثبت لنقص، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب^(٥).

وأجابوا على حديث المصراة والذي فيه: (... فهو منها بالخيار ثلاثة أيام...) ^(٦) بأن قالوا: إن الحديث محمول على الغالب؛ لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها، إذ التصرية لا تظهر غالباً فيما دون الثلاثة لإحالة نقص اللبن قبل تمامها على اختلاف العلف أو المأوى أو تبدل الأيدي أو غير ذلك، وعليه فإن حصل العلم بها، أو لم يحصل فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس^(٧).

(١) المدونة (٣/٣٠٩).

(٢) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٥٠)، شرح مختصر خليل للخرشي (٥/١٣٤)، حاشية الدسوقي (٣/١١٧)، الكافي لابن عبد البر (٢/٧٠٧).

(٣) انظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢/٦١)، حاشية قليوبي (٢/٢٠٩)، تحفة المحتاج (٤/٣٨٩-٣٩٠)، مغني المحتاج (٢/٤٥٣).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٢١)، الإنصاف مع الشرك الكبير (١١/٣٥٩)، المبدع (٤/٨٣) ط. المكتب الإسلامي.

(٥) انظر: تكملة المجموع (١٢/٣١)، مغني المحتاج (٢/٤٥٣)، نهاية المحتاج (٤/٧٢)، المغني (٦/٢٢١).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٥٣)، تكملة المجموع (١٢/٣٥)، المغني (٦/٢٢١).

واجيب:

بأنه لا قياس مع النص، وخيار التصرية خيار شرع لا خيار عيب؛ لأن الشارع جعل للمشتري الخيار بعد العلم بالتصرية إلى ثلاثة أيام بقوله: (فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها..). أما خيار العيب فبخلاف ذلك، ثم إنه لو سُلّم بأن خيار التصرية خيار عيب، فلا يقاس عليه ما سواه من العيوب؛ لأن دليل المصراة أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور، والخاص مقدّم على العام^(١).

القول الثاني: أن الخيار مقدّر بثلاثة أيام، ليس له الردّ قبل مضيها ولا إمساكها بعدها، فإن أمسكها بعد ذلك، لم يكن له الرد، وهذا القول وجه شاذ عند الشافعية، استبعده السبكي^(٢)، وهو قول القاضي أبي يعلى الحنبلي^(٣)، وقال عنه: "وهو ظاهر كلام أحمد"^(٤).

دليل أصحاب هذا القول:

قالوا: لحديث أبي هريرة مرفوعاً: (من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها، وردّها معها صاعاً من تمر)^(٥).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: إن هذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية، فإنها لا تُعرّف قبل مضيها؛ لأنها في اليوم الأول لبنها لبن التصرية، وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها

(١) انظر: الحاوي الكبير (٢٩١/٦)، تكملة المجموع (٣٥/١٢)

(٢) انظر: تكملة المجموع (٣٢/١٢).

(٣) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف، أبو يعلى الفراء، الحنبلي القاضي، الفقيه الأصولي، كان عالم زمانه، وصل إلى درجة الاجتهاد، له تصانيف نافعة، منها: "شرح مختصر الخرقى"، "الأحكام السلطانية" ت: سنة ٤٥٨ هـ. انظر: طبقات الحنابلة (١٩٣/٢)، الأعلام (٣٣١/٦).

(٤) انظر: المغني (٢٢١/٦)، الكافي (٨٠/٢) ط. المكتب الإسلامي، المبدع (٨٣/٤).

(٥) سبق تفريجه.

نقص ؛ لتغيّر المكان واختلاف العلف، وكذلك في الثالث، فإذا مضت الثلاثة استبانة التصرية وثبت الخيار على الفور، ولا يثبت قبل انقضائها^(١).

أجيب:

إن الأيام الثلاثة ليست متعلقة بالحلب حتى يقال لا يثبت الخيار حتى تمضي ثلاث حلبات أو ثلاثة أيام، ولكن الأيام الثلاثة متعلقة "بمخير النظرين"، فيكون له الإمساك أو الرد في هذه الثلاثة، ثم إن المشتري لو علم بالتصرية بإقرار أو بيّنة ثبت له الخيار، ولو لم يحلب، لكن لما كانت التصرية لا تعرف غالباً إلا بعد الحلب ذكر قيداً في ثبوت الخيار، فلو ظهرت التصرية بغير الحلب فالخيار ثابت^(٢).

القول الثالث: أنه متى علم التصرية، ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها. وهذا قول ابن المنذر^(٣)، والوجه الثالث عند الشافعية، قاله أبو حامد^(٤) وحكاه عن الشافعي نصاً^(٥)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٦).

دليل أصحاب هذا القول:

قالوا: لحديث أبي هريرة مرفوعاً: (من اشترى مصراً فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها، وردّ معها صاعاً من تمر)^(٧).

(١) انظر: الحاوي الكبير (٢٩١/٦)، تكملة المجموع (٣٤-٣٥/١٢)، المغني (٢٢١/٦).

(٢) انظر: تكملة المجموع (٣٤/١٢)، فتح الباري (٤٥٦/٤).

(٣) الإقناع لابن المنذر (٢٤٨/١) تحقيق د. عبدالله الجبرين.

(٤) هو أحمد بن محمد بن أحمد، الشيخ أبو حامد الأسفرايني، الفقيه الشافعي، الأصولي من أعلام الشافعية، وإذا أطلق الشيخ أبو حامد في الفقه الشافعي فهو المراد. ت: سنة ٤٠٦ هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٦١/٤)، تاريخ بغداد (٣٦٨/٤).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٤٥٣/٢)، نهاية المحتاج (٧٢/٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٠٩/٢).

(٦) انظر: المحرر في الفقه (٣٢٨/١)، المغني (٢٢١/٦)، الفروع (٩٣/٤)، كشاف القناع (٢١٥/٣).

(٧) انظر: المغني (٢٢١/٦)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٠٩/٢)، كشاف القناع (٢١٥/٣).

وجه الدلالة:

قالوا: إن ظاهر الحديث يجعل الخيار يمتد إلى نهاية الثلاثة، والعمل بظاهر النص أولى، ويؤيد ذلك ما جاء في بعض روايات الحديث، وفيه: "فهو بأحد النظرين: بالخيار إلى أن يحوزها، أو يردّها"^(١).

الراجع:

بعد عرض أدلة كل فريق وما تم فيها من مناقشة يتبيّن أن القول الراجع هو القول الثالث القاضي بأن الخيار يمتد إلى نهاية الأيام الثلاثة، وذلك لقوة دليلهم وظهوره، وضعف أدلة القولين الأولين، وإعمال النص أولى من إهماله كما يقول الأصوليون^(٢). والله أعلم.

مسألة:

إذا ثبت أن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، فهل ابتداؤها من حين العقد؟ أو من التفرق؟ أو من حين يعلم بالتصيرية؟ أو من الحلب؟ .. اختلف أهل العلم في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: إن المدة تبدأ من العقد:

وهذا هو الوجه الأصح عند الشافعية^(٣)، وذكره ابن قدامة عن ابن أبي

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند (الفتح الرباني ٦١/١٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وإسناده صحيح.

(٢) وقد اختار هذا القول ابن قدامة وقال: "العمل بالخبر أولى"، وقال ابن دقيق العيد: "والصواب اتباع النص لوجهين، أحدهما: تقديم النص على القياس، والثاني: أنه خولف القياس في أصل الحكم؛ لأجل النص فيطرد ذلك". اهـ. إحكام الأحكام (١١٦/٢-١١٧)، راجع المغني (٢٢١/٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٦٨/٣)، تكملة المجموع (٤٥٥/١٢)، مغني المحتاج (٤٥٣/٢).

موسى (١)(٢).

ووجه هذا القول:

قالوا: لحديث أبي هريرة مرفوعاً: (من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثاً..). فهذا الحديث يشير إلى أن الخيار متعلق ومنوط بالشراء فتبدأ المدة من حين العقد. ويمكن أن يجاب عليه: بأن في بعض روايات الحديث: (إذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة أو شاة مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها..)^(٣). وهذا الدليل أخص من دليل من استدل بقوله ﷺ: (من اشترى... والخاص مقدم على العام.

القول الثاني: أن المدة تبدأ من التفريق:

وهذا هو الوجه الثاني عند الشافعية^(٤).

وعللوا لذلك: بأن الفرقة تبيح له التبسط بالحلب وغير ذلك، وقبل التفريق ممنوع من التصرف، وخيار المجلس لهما جميعاً، وإذا تفرقا بطل خيار البائع، وحصل للمشتري خيار الثلاثة^(٥). ويمكن أن يجاب عليه:

بأن هذا قياس في مقابلة النص، فإن النص قاضٍ بأن الخيار يبتدئ بعد الحلب لقوله ﷺ: (فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها..).

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن أبي موسى - واسم أبي موسى عيسى - أبو علي الهاشمي البغدادي الحنبلي، ثقة، تفقه في مذهب الإمام أحمد وتمرس فيه. ت: سنة ٤٢٨هـ. انظر: تاريخ بغداد (١/٣٥٤)، طبقات الحنابلة (١٨٢/٢).

(٢) الكافي لابن قدامة (٨٠/٢)، وقال الزركشي: "ولا عبرة بما أوهمه كلام أبي محمد في الكافي أن ابتداءها على قول ابن أبي موسى من حين البيع". شرح الزركشي على مختصر الخرقني (٥٦٩/٣).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: حكم بيع المصراة (١١٥٩/٣) رقم (١٥٢٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٦٨/٣)، تكملة المجموع (٤٥/١٢).

(٥) انظر: تكملة المجموع (٤٥/١٢).

القول الثالث: أن المدة تبدأ من حين علمه بالتصيرية:
وهذا المذهب عند الحنابلة^(١).

استدلوا:

بقول النبي ﷺ: (من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثاً..).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: قوله: "فهو بالخيار" أي إذا علم بالتصيرية إذ ثبوت أمر لشخص يعتمد علمه به، فلو علم بأنها مصراة قبل الحلب إما بيينة أو إقرار من البائع، فله الخيار^(٢).
ويمكن أن يجاب عليه:

بأن يقال: إن الشارع علّق ثبوت الخيار على الحلب في غير ما رواه، فتعليق الخيار على العلم بالتصيرية تعليق بوصف لم يثبت عن النبي ﷺ، ثم إنه يلزم من ذلك تأخير المدة في الرجوع، فلو قال لم أعلم بالتصيرية إلا بعد اليوم الثالث، فعلى هذا القول تجعل له ثلاثة أيام بعد الحلب؛ لأنه حينئذ يتبين أنها مصراة^(٣). والله أعلم.

القول الرابع: أن المدة تبدأ من الحلب:

وهذا هو قول ابن المنذر^(٤)، وهو ظاهر اختيار أبي العباس ابن تيمية^(٥).

استدلوا:

١- بقوله ﷺ: (لا تُصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر)^(٦).

(١) انظر: المحرر في الفقه (٣٢٨/١)، الفروع (٩٣/٤)، الإنصاف مع الشرح الكبير (٣٥٨/١١)، كشاف القناع (٢١٥/٣).

(٢) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٥٦٤/٣)، كشاف القناع (٢١٥/٣)، والمصادر السابقة.

(٣) يحسن مراجعة فتح الباري (٤٥٦/٤)، الحاوي الكبير (٢٩١/٦).

(٤) انظر: الإقناع (٢٤٨/١)، تكملة المجموع (٣٦/١٢).

(٥) انظر: مجموع الفتاوى (٤٢٦/٢٩).

(٦) سبق تحريجه.

- ٢- وقوله ﷺ: (إذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة، أو شاة مصراة فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها، إما هي، وإلا فليردها وصاعاً من تمر)^(١).
- ٣- وقوله ﷺ: "من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبها صاع من تمر"^(٢).

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

قالوا: إن هذه الأحاديث تنص على أن بداية الخيار بعد الحلب، وليس في الأحاديث ما يعارض هذه الروايات إلا رواية (من اشترى..) وهي رواية مطلقة بينتها الروايات الأخرى ومنها الحديث الثاني.

الترجيح:

بعد عرض أدلة كل فريق ومناقشتها يتبين أن القول الراجح هو القول الرابع بأن الخيار يبدأ من أول حلبة؛ لقوة أدلتهم وصراحتها في المطلوب.

الفرع الخامس

بدل لبن التصرية

سبق أن ذكر أن من شرائط خيار التصرية، أن يرد المصراة بعد الحلب، فإن ردها قبل الحلب، فلا شيء عليه باتفاق أهل العلم^(٣).

ولكن إذا علم بالتصرية بعد الحلب، ولبنها ما زال باقياً لم يتغير، فهل له أن يرد اللبن؟ أم لا بدّ من صاع تمر؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم على ثلاثة أقوال:

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب: إن شاء ردّ المصراة وفي حلبها صاع من تمر (فتح ٤/٤٦٣) رقم (٢١٥١).

(٣) وقد نقل الاتفاق على ذلك ابن عبد البر والسبكي، راجع صفحة ٢٣٢ من هذا الكتاب.

القول الأول: أن الواجب هو ردّ صاع تمر، ولا يجب على البائع قبول اللبن، وهذا قول المالكية^(١)، والأصح عند الشافعية^(٢)، ووجه عند الحنابلة^(٣)، وهو قول ابن أبي ليلى^(٤)، والثوري^(٥).

استدلوا بأدلة منها:

١- قوله ﷺ: (لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعاً من تمر)^(٦).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: إن ظاهر النص جعل للبائع صاعاً من تمر بعد أن يحلبها المشتري^(٧)، ولم يستفصل النبي ﷺ عما إذا كان اللبن موجوداً، أو غير موجود، وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال، ويقوّي ذلك أن في بعض روايات الحديث: (ففي حلبتها صاع من تمر).

٢- قالوا: ولأنه صار بالحلب ناقصاً؛ لذهاب طراوته؛ ولأنه يُسرع إليه التغير فلا يجبر على أخذه^(٨).

(١) انظر: المدونة (٣/٣٠٩-٣١٠)، المنتقى للباي (٥/١٠٦)، حاشية الدسوقي (٣/١١٦).

(٢) انظر: أسنى المطالب (٢/٦٢)، الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٢/٤٥٤-٤٥٥)، مغني المحتاج (٤٥٣/٢)، تكملة المجموع (١٢/٨٠).

(٣) انظر: المنتع (١١/٣٥٥)، المغني (٦/٢١٩)، الإنصاف (١١/٣٥٦)، شرح الزركشي (٣/٥٦٤)، وقال: "وهو الذي جعله أبو الخطاب وأبو البركات مذهباً، نظراً لإطلاق الحديث" اهـ.

(٤) انظر: التمهيد (١٨/٣١٥).

(٥) انظر: المصدر السابق.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) انظر: المدونة (٣/٣١٠)، المنتقى (٥/١٠٦)، تكملة المجموع (١٢/٨٠)، شرح الزركشي (٣/٥٦٤)، المغني (٦/٢٢٠).

(٨) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٥٣)، تكملة المجموع (١٢/٧٩)، المغني (٦/٢١٩).

القول الثاني: أن للمشتري رد اللبن إن كان باقياً، ويلزم البائع قبوله، ولا شيء عليه.

وهذا القول وجه عند الشافعية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢).

وعللوا لذلك بأن:

قالوا: لأن اللبن هو الأصل، والتمر إنما وجب بدلاً عنه، فإذا رد الأصل أجزأ كسائر الأصول مع مبدلاتها^(٣).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: إن هذا مجانبة للأخذ بظاهر الحديث، وقياس في مقابلة النص، وذلك لأن النبي ﷺ أمر برد الصاع لا اللبن بقوله عليه الصلاة والسلام: (ففي حلبتها صاع من تمر)، فلورد اللبن كان قد فعل غير ما أمر به، وهو نص لا يجوز خلافه إلى القياس^(٤)، ثم إننا لو سلمنا جديلاً بأن يقاس اللبن على سائر المبدلات والمتلفات لقلنا إذا تلف اللبن المحلوب، وجب لبن مثله؛ لأن اللبن من المثليات وهم لا يقولون بذلك^(٥).

على أن أصحاب القول الثاني ذهبوا إلى هذا في حالة ما إذا لم يتغير اللبن بمحوضة ولا غيرها، أما إذا تغير بمحوضة ونحوها، فإنه لا خلاف عند الشافعية أن البائع لا يكلف أخذه^(٦)، أما الحنابلة فعندهم فيها وجهان:

(١) انظر: تكملة المجموع (٧٩/١٢-٨٠)، روضة الطالبين (٤٦٩/٣).

(٢) انظر: المغني (٢١٩/٦)، شرح الزركشي (٥٦٤/٣)، كشاف القناع (٢١٤/٣).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٥٠/١٢)، والمصادر السابقة.

(٤) انظر: التمهيد (٢١٨/١٨)، المنتقى للباجي (١٠٦/٥).

(٥) انظر: تكملة المجموع (٥٠/١٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٦٠)، التمهيد (٢١٥/١٨).

(٦) انظر: تكملة المجموع (٨٠/١٢).

الوجه الأول: لا يلزم البائع ولا يكلف بذلك^(١)، وهذا هو المذهب عندهم، قالوا: لأنه نقص بالحموضة في يد المشتري فهو كما لو أتلفه^(٢).

الوجه الثاني: أن للمشتري رده ويلزم البائع أخذه^(٣).

قالوا: لأن النقص حصل بإسلام المبيع، وبتغير البائع، وتسليطه على حلبه، فلم يمنع الرد، كلبن غير المصرة^(٤).

القول الثالث: أن الواجب على المشتري أن يرد اللبن سواءً كان حليماً أو حامضاً، وإن استهلكه وجب عليه أن يرد لبناً مثله، وهذا غير ما وجب عليه بأن يرد صاعاً من تمر، وهذا قول ابن حزم - رحمه الله -^(٥).

ووجه ما ذهب إليه هو أن اللبن لب البائع، وقد استهلكه المشتري بخلاف اللبن الحادث في ملك المشتري بعد الحلبة الأولى فلا يكلف المشتري رده؛ لأنه حدث في ماله فهو له^(٦)، أما الصاع من التمر فلأجل ردّ الشاة بحكم النبي ﷺ^(٧).

ويمكن أن يجاب عليه:

بأن يقال: إن هذا المسلك غريب، فليس هو بالذي أخذ بظاهر الحديث القاضي برد الصاع من التمر مطلقاً سواءً كان اللبن موجوداً أو لا.

(١) انظر المغني (٢١٩/٦-٢٢٠)، شرح الزركشي (٥٦٤/٣)، الإنصاف (٣٥٧/١١)، كشاف القناع (٢١٥/٣).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: المغني (٢٢٠/٦).

(٥) انظر: المحلى بالآثار (٦٦/٩).

(٦) انظر: المصدر السابق (٦٦/٩، ٦٧).

(٧) المرجع السابق.

ولا هو الذي ذهب إلى أن يُرد اللبن فحسب كسائر المبدلات مع أبدالها بل جمع بين ذلك كله ، ولا يمكن الجمع بين البديل والمبدل عند أصحاب القول الثاني.

الترجيح:

بعد عرض الأدلة وما تم عليها من مناقشة يلوح للمتأمل أن القول الراجح هو القول الأول القاضي بأن يُرد صاع من تمر ، سواء كان اللبن موجوداً أم لا . وذلك لأنه كما يقول ابن عبدالبر: "إن لبن المصرة لما كان مغيباً لا يوقف على صحة مقداره ، وأمكن التداعي في قيمته ، وقلة ما طرأ منه في ملك المشتري وكثرته ، قطع النبي ﷺ الخصومة في ذلك بما حده فيه ، كما فعل عليه الصلاة والسلام في دية الجنين ، قطع فيه مثل ذلك.." (١) ؛ ولأن هذا اللبن إنما حصل في ملك المشتري والخراج بالضمان . والله أعلم .

مسألة:

إذا علم المشتري بالتصيرية بعد تلف اللبن أو استهلاكه ، وأراد أن يرد المصرة ، فهل الواجب عليه أن يرد مع الشاة صاعاً من تمر ، أو صاعاً من غالب قوت البلد ، أو القيمة؟. اختلف في ذلك أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الواجب رد قيمة اللبن:

وهذا قول أبي يوسف من الحنفية (٢) ، وحكي عن ابن أبي ليلى (٣) .

وعللوا لذلك بأن:

قالوا: لأن اللبن أتلف ، فعلى المشتري ضمان المتلف ، فيقدر بقيمته كسائر

المتلفات (٤) .

(١) انظر: التمهيد لابن عبدالبر (١٨/٢٠٨-٢٠٩).

(٢) انظر: المبسوط (١٣/٣٨-٣٩) ، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٤/٩٦).

(٣) انظر: فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبدالبر (١٢/٢٩٠) ، المغني (٦/٢١٧).

(٤) انظر: المبسوط (١٣/٣٩) ، حاشية ابن عابدين (٤/٩٦).

وقالوا عن الحديث الوارد وهو قول النبي ﷺ: (إن شاء ردّها وصاعاً من تمر): هو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة، والتمر ليس مثل اللبن ولا قيمته، فكان مخالفاً للقياس، ومخالفته للقياس مخالفة للكتاب والسنة، فيُجعل كالمسكوت عنه^(١).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: بأنه متى ثبت الخبر صار أصلاً من الأصول، ولا يحتاج إلى عرضه على أصل آخر، ولا يرد الخبر بالقياس، فالسنة مقدّمة عليه بلا خلاف^(٢).

ثم إنه لا يُسلّم أن الأصول العامة التي ذكرها مقطوع بها، ف ضمان المثليات بالمثل والمتقومات بالقيمة ليس على الإطلاق، بدليل أن الحر يُضمن في ديته بالإبل، وهي ليست مثلاً ولا قيمة، والشارع حينما يقدر ذلك -مع الاختلاف في المثلية- فلأجل قطع الخصومة والتنازع^(٣).

القول الثاني: أن الواجب ردُّ صاع من غالب قوت البلد: وهذا مذهب مالك^(٤) -رحمه الله-، وبعض الشافعية^(٥)، والحنابلة، واختاره أبو العباس ابن تيمية^(٦) وتلميذه ابن القيم^(٧).

(١) انظر: المبسوط (٣٩/١٣)، حاشية ابن عابدين (٩٦/٤).

(٢) انظر: فتح الباري (٤٦٠/٤)، أعلام الموقعين (٢٣٧/٢).

(٣) انظر: المغني (٢١٨/٦)، تكملة المجموع (٢٣/١٢).

(٤) انظر: المدونة (٣٠٩-٣١٠)، المتقى للباقي (١٠٦/٥)، حاشية الدسوقي (١١٦/٣)، التاج والإكليل (٢٤٩/٦).

(٥) انظر: حاشية قليوبي وعميرة (٢٠٩/٢)، روضة الطالبين (٤٦٩/٣)، تكملة المجموع (٤٩/١٢)، تحفة المحتاج (٣٩٠/٤).

(٦) انظر: الإنصاف (٣٥٢/١١)، شرح الزركشي (٥٦٦/٣).

(٧) انظر: أعلام الموقعين (١٩/٣).

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، منها:

الدليل الأول:

قالوا: قد ورد في بعض ألفاظ حديث المصراة: (.. ورد معها صاعاً من طعام..)^(١)، وبعضها: (صاعاً من تمر..)، والجمع بين الروايات أن يقال: إن النص على التمر؛ لأنه غالب قوت البلد في المدينة، والنص على الطعام؛ لأنه غالب قوت بلد آخر^(٢).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: إته لا تعارض بين الروايات، ذلك أن المراد بالطعام في الحديث هو التمر؛ لأنه مطلق في أحد الحديثين، مقيد في الآخر، في قضية واحدة، والمطلق فيما هذا سبيله يُحمل على المقيد^(٣).

ويمكن أن يجاب على هذا الاعتراض بأن يقال:

قد أخرج البيهقي عن عبدالرحمن بن أبي ليلى عن رجل من أصحاب النبي ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: (من اشترى مصراً فهو بخير النظرين، فإن حلبها ورضيها أمسكها، وإن ردها ومعها صاعاً من طعام، أو صاعاً من تمر)^(٤).

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: المنتقى للباقي (١٠٦/٥)، حاشية الدسوقي (١١٦/٣)، مغني المحتاج (٤٥٣/٢).

(٣) انظر: المغني (٢١٨/٦).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: الحكم فيمن اشترى مصراً (٣١٩/٥)، وقال البيهقي عقب هذا الحديث: "يحتمل أن يكون هذا شكاً من بعض الرواة، فقال صاعاً من هذا أو من ذلك لا أنه من وجه التخيير" اهـ، وأخرج الحديث -أيضاً- ابن أبي شيبة في مصنفه (٥٩٦/٦) بنحوه، وعزاه الهيثمي في مجمع الزوائد (٨٢/٤) لأحمد وقال: رجاله رجال الصحيح اهـ. وجهالة الصحابي لا تضر، والحديث صححه ابن حجر كما في الفتح (٤٥٨/٤)، وعبدالرحمن بن أبي ليلى هو الأنصاري، المدني، الفقيه، ثقة من رجال الستة، ت: سنة (٨٣هـ) بوقعة الجماجم. انظر: التقريب (ص ٥٩٧).

فجمع في هذا الحديث بين الطعام والتمر، ولا يمكن أن يقال مع هذا إن المطلق يحمل على المقيد، على أن الطعام إذا أطلق غالباً يُراد به البر^(١).

الدليل الثاني: إن الذين أوجبوا صاعاً من التمر، قالوا: إذا عدم التمر وجب رد قيمته في موضعه، أو إلى أقرب بلاد التمر إليه، أو يرد قيمته بالمدينة، على خلاف بينهم في ذلك^(٢)، ولا ريب أن إيجاب صاع من غالب قوت البلد أقرب إلى مقصود الشارع ومصلحة المتعاقدين من إيجاب قيمة صاع من التمر في موضعه أو أقرب بلاد التمر إليه؛ وذلك لأن المقصود من إيجاب صاع من التمر دون نظر إلى قلة اللبن وكثرته، إنما هو من أجل قطع الخصومة والتنازع، وإيجاب رد القيمة عند عدم وجود التمر، لا تنقطع الخصومة بذلك للتفاوت في القيمة^(٣). والله أعلم.

القول الثالث: أن الواجب ردّ صاع من التمر لا يرد غير التمر، وإذا عدم التمر وجب ردّ قيمته.

وهذا قول الشافعية في الأصح عندهم^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥)، وهو قول الليث بن سعد^(٦)، وإسحاق^(٧)، وأبي عبيد^(٨)، وأبي ثور^(٩).

(١) انظر: شرح الزركشي (٥٦٦-٥٦٧).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤٥٣/٢)، المقنع (٣٥٢/١١)، طرح الشريب (٨٢/٦).

(٣) انظر: أعلام الموقعين (١٩/٣)، طرح الشريب (٨٠-٨٢/٦)، فتح البر لابن عبد البر (٢٠٨/١٢-٢٠٩).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٦٩/٣)، أسنى المطالب (٦٢/٢)، مغني المحتاج (٤٥٣/٢)، الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٤٥٤/٢).

(٥) انظر: المغني (٢١٧/٦)، المحرر في الفقه (٣٢٨/١)، كشاف القناع (٢١٤/٣).

(٦) انظر: التمهيد (٢١٧/١٨)، المغني (٢١٧/٦).

(٧) انظر: المصدرين السابقين.

(٨) انظر: المصدرين السابقين.

(٩) انظر: المصدرين السابقين.

أدلتهم:

استدل أصحاب هذا القول بالحديث الصحيح المتواتر المعتمد في مسألة المصرة، وقد نصّ فيه على التمر، فقال: (إن شاء ردّها صاعاً من تمر).

وفي لفظ آخر: (من اشترى غنماً مصراً فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاعاً من تمر). وفي لفظ آخر: (ردّها وردّ صاعاً من تمر لا سمراء). وفي لفظ آخر: (طعاماً لا سمراء) يعني: لا يرد قمحاً، والمراد بالطعام ههنا التمر؛ لأنه مطلق في أحد الحديثين، مقيد في الآخر، في قضية واحدة، والمطلق يحمل على المقيد^(١).

وقالوا: وإنما وجب صاع من التمر بدل اللبن مع الاختلاف في قيمة اللبن بين الإبل والغنم والبقر؛ لأن المقصود هنا قطع النزاع مع ضرب من التعبد^(٢). والله أعلم.

الترجيح:

بعد عرض أدلة كل قول يظهر - والله أعلم - أن الراجح هو القول الثالث القائل بوجود رد صاع من التمر؛ وذلك لأن الروايات التي تنص على التمر أكثر عدداً من الروايات التي لم تنص عليه، أو أبدلته بذكر الطعام^(٣)، وقضاء النبي ﷺ

(١) انظر: المغني (٢١٨/٦)، تكملة المجموع (٤٩/١٢-٥٠).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤٥٤/٢)، أسنى المطالب (٦٢/٢)، حاشية قليوبي وعميره (٢٠٩/٢)، فتح الباري لابن حجر (٤٥٨/٤) وقال: "وقد أخذ بظاهر هذا الحديث جمهور أهل العلم، وأفتى به ابن مسعود وأبو هريرة ولا يخالف لهم من الصحابة، وقال به من التابعين ومن بعدهم من لا يخصى عدده، ولم يفرقوا بين أن يكون اللبن الذي احتلب قليلاً أو كثيراً، ولا بين أن يكون التمر قوت تلك البلد أم لا".

(٣) انظر: فتح الباري (٤٥٨/٤).

وحكمه برد الصاع من التمر إنما هو لقطع الخصومة والنزاع مع ضرب من التعبد^(١)، إلا أنه في حال عدم التمر، فالأقرب إيجاب صاع من غالب قوت البلد، ولا يعدل إلى القيمة؛ لأن ذلك أقرب إلى مقصود الشارع ومصلحة المتعاقدين. والله أعلم.

وكلُّ هذا في حالة ما إذا لم يتراضيا على شيء، قال البغوي - رحمه الله -^(٢): "هذا كله إذا لم يتراضيا، أما لو تراضيا بغير التمر من قوت أو غيره، أو على ردّ اللبن المحلوب عند بقائه فيجوز بل خلاف"^(٣)، غير أن ابن كج^(٤) من الشافعية أنكر هذا الادعاء^(٥).

وأثبت أن في المسألة خلافاً - أيضاً -^(٦)، والواقع كما ذكر ابن كج في ما إذا أراد رد اللبن المحلوب عند بقائه، فإن المالكية يمنعون ذلك، ولو مع تراضيهما في ذلك^(٧)، وعللوا لذلك بأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يستوفى^(٨).

(١) انظر: أسنى المطالب (٦٢/٢)، مغني المحتاج (٤٥٤/٢)، حاشية الدسوقي (١١٦/٣).

(٢) هو: الحسين بن مسعود بن محمد، أبو محمد البغوي، المعروف بالفراء نسبة إلى عمل الفرو وبيعها، وهو عمل أبيه، ويقال ابن الفراء، الفقيه الشافعي، المحدث المفسر، من أشهر كتبه "شرح السنة"، ت: سنة ٥١٠هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٧٥/٧).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٤٩/١٢)، روضة الطالبين (٤٦٩/٣)، وعزاه إلى التهذيب.

(٤) هو يوسف بن أحمد بن كج، القاضي، أحد أركان مذهب الشافعية، أبو القاسم الدينوري، وكان يُضرب به المثل في حفظ المذهب بحيث يفضلّه بعضهم على الشيخ أبي حامد الإسفراييني، ت: سنة ٤٠٥هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٨٣/١٧)، طبقات الشافعية الكبرى (٣٥٩/٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٤٦٩/٣).

(٦) روضة الطالبين (٤٦٩/٣)، فتح الباري (٤٥٨/٤).

(٧) المدونة (٣١٠/٣)، التمهيد (٢١٨/١٨)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١١٦/٣).

(٨) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بيع المبيع قبل القبض (١١٦٢/٣) رقم (١٥٢٨)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وقالوا: وإذا ردّ المشتري المصراة فقد وجب عليه الصاع عوضاً عن اللبن، فصار الصاع ثمناً قد وجب للبائع، فإذا أخذ اللبن عوضاً عن صاع التمر، فقد باعه اللبن قبل أن يستوفيه الصاع، وصار -أيضاً- من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة^(١). والصواب ما ذهب إليه جماهير أهل العلم في جواز ذلك إذا تراضيا؛ وذلك لأن رد المشتري للصاع أمرٌ تعبدي أمرنا به الشارع لقطع الخصومة والنزاع، وليس بدلاً عن اللبن، ثم إن تعليلهم للمنع يفيد حرمة ردّ غير اللبن -أيضاً-، فلو أعطى المشتري صاعاً من قوته وعيشه بدل التمر الذي حكم به النبي ﷺ لكان على قاعدتهم من باب بيع الطعام قبل أن يُستوفى، وهم لا يأخذون به^(٢). والله أعلم.

(١) انظر: المدونة (٣/٣١٠)، التمهيد (٨/٢١٨)، حاشية الدسوقي (٣/١١٦).

(٢) روضة الطالبين (٣/٤٦٩)، تكملة المجموع (١٢/٤٩)، فتح الباري (٤/٤٥٨).

المطلب الثاني

الغش بالتصيرية في غير بهيمة الأنعام وأثره على العقد

وفيه فرعان:

الفرع الأول

أثر الغش في غير بهيمة الأنعام على العقد

اختلف أهل العلم على ثلاثة أقوال فيما لو اشترى مصراً من غير بهيمة الأنعام كالأمة، والأتان، والفرس، وكل حيوان، فهل يثبت له الخيار بالرد لأجل التصيرية؟ القول الأول: أن غير بهيمة الأنعام كالأنعام في ذلك، فيثبت له الخيار، وهذا قول جماهير أهل العلم من المالكية^(١)، والأصح عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣)، وقول ابن حزم الظاهري^(٤)، وهو قول البخاري - رحمه الله -^(٥).

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، منها:

١ - عموم قوله ﷺ: (من اشترى مصراً..)^(٦)، وقوله: (من اشترى محفلة..)^(٧).

(١) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٥٠)، حاشية العدوي على الخرشى (٥/١٣٣)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/١١٥-١١٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٧٠)، الحاوي الكبير (٦/٢٩٣)، تحفة المحتاج (٤/٣٩١)، مغني المحتاج (٢/٤٥٤).

(٣) انظر: المحرر في الفقه (١/٣٢٨)، المغني (٦/٢٢٢)، كشف القناع (٣/٢١٥)، الإنصاف (١١/٣٦٣)، الكافي (٢/٨٢).

(٤) انظر: المحلى بالآثار (٩/٦٦-٧٠).

(٥) انظر: فتح الباري (٤/٤٥٤) حيث بوّب البخاري لحديث التصيرية قائلاً: باب النهي للبائع أن لا يُحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة..

(٦) سبق تخريجه.

(٧) سبق تخريجه.

فيدخل فيه كلٌ مصرّاة، وكلُّ محفلة من بهيمة الأنعام وغيرها^(١).

٢- ولأنه غش وتغريير بالمشتري وتصريّة بما يختلف الثمن به، فأثبت الخيار كتصريّة بهيمة الأنعام^(٢).

٣- ولأن في كثرة ألبانها نفعاً ورضاً، وهو مقصود للمشتري؛ لأن لبن الآدمية يراذ للرضاع، ويرغب فيها ظئراً، ويحسّن بدنها، وكذا الأتان والفرس يرادان للتربية^(٣).

القول الثاني: أن ذلك خاص في بهيمة الأنعام، فلا يثبت الخيار في غيرها. وهذا قول لبعض المالكية^(٤)، ووجه شاذ عند الشافعية^(٥)، ووجه عند الحنابلة^(٦).

استدل أصحاب هذا القول بأدلة، منها:

قالوا: لقوله ﷺ: (لا تصروا الإبل والغنم..).

وجه الدلالة:

قالوا: إن الخبر ورد في بهيمة الأنعام، ولا يصح القياس عليه؛ لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر^(٧).

(١) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٥٤)، المغني (٦/٢٢٢)، المحلى (٩/٦٦)، حاشية قليوبي وعميرة (٢/٢١٠).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٢٢)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/١١٥)، فتح الباري (٤/٤٥٥).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/٢٩٣)، تكملة المجموع (١٢/٨٤)، مغني المحتاج (٢/٤٥٤)، المغني (٦/٢٢٣).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٥٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٧٠)، تكملة المجموع (١٢/٨٤)، نهاية (٤/٧٤).

(٦) انظر: المحرر في الفقه (١/٣٢٨)، المغني (٦/٢٢٣)، شرح الزركشي (٣/٥٦٣)، الإنصاف (١١/٣٦٢).

(٧) انظر: المغني (٦/٢٢٣).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل : لا يُسَلَّم لكم بالمقدمتين.

فالمقدمة الأولى: قولكم: إن الخبر ورد في بهيمة الأنعام فهذا ليس بصحيح، فقد ورد بالعموم بقوله ﷺ: (من اشترى مصراة)، (من اشترى محفلة)، والتصرية والتحفييل تعم كل حيوان^(١).

أجاب أصحاب القول الثاني على هذا بقولهم:

إن اللفظ العام أريد به الخاص؛ لأنه ورد عاماً وخاصاً في قضية واحدة، فيحمل العام على الخاص^(٢).

ويمكن أن يجاب على هذا الاعتراض بأن يقال:

إن اللفظ الخاص ورد بحكم اللفظ العام، وما كان هذا مصيره فلا يدل على تخصيص الحكم؛ لأن اللفظ الخاص إذا ورد بحكم لا يخالف العام فلا يدل على التخصيص، بل يدل على الأولوية والأهمية^(٣).

المقدمة الثانية: قولكم "لا يصح القياس عليه...":

فهذا ليس بصحيح؛ لأن تصرية الحيوان على الإطلاق عيب، ولينها مقصود للمشتري للتربية وغيره، فهي كتصرية الأنعام بجامع العيب والتفجير^(٤).

(١) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٥٤)، حاشية القليوبي وعميرة (٢/٢١٠)، المغني (٦/٢٢٢).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٢٣).

(٣) انظر: تيسير التحرير (١/٣١٩)، المحصول (١/١٩٥)، نهاية السؤل (٢/١٦١)، المسودة (ص ١٤٢).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٦/٢٩٣)، تكملة المجموع (١٢/٨٤)، المغني (٦/٢٢٣)، فتح الباري (٤/

القول الثالث: لا خيار للمشتري، ولكن يرجع بالأرش على البائع. وهذا وجه عند الشافعية^(١)، ووجه ما ذهب إليه أصحاب هذا القول: قالوا: لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن؛ لأنه ليس للبنها عوض مقصود ولا يمكن ردها من غير عوض؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل، ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى؛ لأنه لم يبذل الثمن إلا ليسلم له ما دُلس به من اللبن فوجب أن يرجع على البائع بالأرش، كما لو وجد بالمبيع عيباً بعدها حدث عنده عيب^(٢).

المنافسة:

ونوقش هذا الاستدلال:

قولكم: لا يمكن ردها مع عوض اللبن؛ لأنه ليس للبنها عوض مقصود.. فجوابه: بل إن للبنها عوضاً مقصوداً، فلبن الآدمية يُراد للرضاع، ويرغبُ فيها ظئراً ويُحسنُ بدنها، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه، ملك الفسخ، ولو لم يكن مقصوداً لما ثبت باشرطه، ولا ملك الفسخ بعدمه^(٣).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة أدلته، وورود المناقشة على أدلة المخالفين.

الفرع الثاني

العوض في رد لبن غير بهيمة الأنعام

سبق أن القول الراجح في تصرية غير بهيمة أنها تثبت للمشتري الخيار في الرد،

(١) انظر: روضة الطالبين (٤٧١/٣)، المهذب مع شرحه (٨٤/١٢).

(٢) انظر: المهذب مع شرحه (٨٤/١٢).

(٣) انظر: المغني (٢٢٣/٦)، الحاوي الكبير (٢٩٣/٦).

إلا أن أصحاب هذا القول اختلفوا: هل يرد مع المصرة شيئاً بدل اللبن المحلوب؟ الواقع أن الحكم يختلف فيما لو كانت المصرة جارية أو أتاناً.

أولاً: إذا كانت المصرة جارية:

اختلف أهل العلم في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يرد الجارية ولا يرد معها شيئاً.

وهذا مذهب المالكية^(١)، وأصح الأوجه عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

وجه هذا القول:

قالوا: لأن هذا اللبن ليس له عوض، فلا يباع عادة، ولا يعارض عنه^(٤).

ويمكن أن يجاب على هذا الاستدلال:

بأن يقال: ليس عند من منع بيع لبن الجارية دليل، لا من كتاب ولا من سنة، ولا من إجماع، بل إن عموم الأدلة تجيز ذلك؛ لأن اللبن عين مباحة النفع من غير حاجة^(٥)، وهو مقصود، ويُرغَّبُ فيها ظراً.

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١١٦/٣)، الخرشني على مختصر خليل (١٣٣/٥)، مع حاشية العدوي على الخرشني.

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٧١/٣)، الحاوي الكبير (٢٩٣/٦)، مغني المحتاج (٤٥٤/٢)، أسنى المطالب (٦٢/٢).

(٣) انظر: المحرر في الفقه (٣٢٨/١)، المغني (٢٢٣/٦)، الإنصاف (٣٦٣/١١)، كشف القناع (٣/٢٥١).

(٤) انظر: المهذب مع تكملة المجموع (٨٤/١٢)، أسنى المطالب (٦٢/٢)، المغني (٢٢٣/٦)، كشف القناع (٢١٥/٣)، والمصادر السابقة.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (١٠٠/٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١٠/٣)، وشرح المحلى مع حاشية قليوبي (٥٧/٢)، شرح منتهى الإرادات (١٤٢/٢).

القول الثاني: أنه يرد مع الجارية صاعاً من تمر:

وهذا وجه عند الشافعية^(١)، وهو ظاهر قول ابن حزم - رحمه الله -^(٢).

استدل أصحاب هذا القول: بعموم قول النبي ﷺ: (من اشترى مصراً، فهو منها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها ومعها صاعاً من تمر لا سمراء)^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

حيث دلّ على أن كل مصراة إذا شاء المشتري أن يردها فليرد معها صاعاً من تمر، ذلك أن لبنها مقصود ومرغوب فيها^(٤).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال:

فقيل: لا يمكن أن يقاس لبن الجارية على لبن الشاة للاختلاف بينهما، ذلك أن ألبان الإماء غير مقصودة، بل الحضانة مقصودة، واللبن تبع^(٥).

ويمكن أن يجاب على هذا الاعتراض:

بأن يقال: إن دخول لبن الجارية في عموم المصراة ليس قياساً على الشاة، بل هو يرجع إلى تمثيل الشيء بنظيره، وإدراج الجزئي تحت الكلي، وهو ما يسمى بتحقيق المناط^(٦)، وهو دخول الجارية والشاة في عموم لفظة "المصراة"، وهذا النوع من

(١) المهذب مع شرحه تكملة المجموع (٨٤/١٢)، روضة الطالبين (٤٧١/٣).

(٢) المحلى بالآثار (٧٠-٦٦/٩).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٢٩٣/٦)، تكملة المجموع (٨٤/١٢).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٢٩٣/٦).

(٦) تحقيق المناط هو: أن يعلق الشارع الحكم بمعنى كلي، فينظر في ثبوته في بعض الأنواع أو بعض الأعيان.

انظر: مجموع الفتاوى (١٦/١٩)، المستصفى (٢٣٠/٢)، تقريب الوصول (ص ١٤١).

الاجتهاد متفق عليه بين المسلمين، بل بين العقلاء فيما يتبعونه من شرائع دينهم^(١)، ثم إن ادعاء أن لبن الجارية غير مقصود ليس بصحيح، ذلك أن أعظم مقصوده هو الرضاع والتربية، إنه لو اشترط كثرة لبنها، فبان بخلافه، ملك الفسخ، ولو ملك مقصوداً لما ثبت باشرطه، ولا ملك الفسخ بعدمه^(٢).

القول الثالث: أنه يرد الجارية ويغرم قيمة اللبن، وهذا قولٌ لبعض الحنابلة ذكره صاحب الإنصاف^(٣).

ويمكن أن يستدل لهذا القول:

بأن يقال: إن للبن الجارية قيمة، ولا يمكن أن يقاس على لبن الشاة، فنوجب صاعاً من التمر لاختصاصه بالنعم، ولا يمكن ردّها من غير عوض؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل، فوجب أن يرجع على البائع بقيمة اللبن. ويمكن أن يناقش بأن يقال: دعوى الخصومية بالنعم غير معتبرة، مع وجود العموم بقوله ﷺ: (من اشترى مصراً)، ثم إنه ما دام أنكم تقولون إن اللبن قيمة، فالصاع إنما شرع في النعم لقطع الخصومة والنزاع، وإخراج قيمة لبنها لا يقطعها فكذلك يقال ههنا^(٤).

الترجيح:

الراجح هو القول الثاني لقوة دليلهم، وورود المناقشة على أدلة المخالفين. والله أعلم.

ثانياً: إذا كانت المصرة اتاناً:

اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

(١) انظر: المستصفي (٢/٢٣٠)، مجموع الفتاوى (١٦/١٩).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٢٣).

(٣) انظر: الإنصاف (١١/٣٦٣)، وكشاف القناع (٣/٢١٥).

(٤) انظر: التمهيد لابن عبد البر (١٨/٢٠٩).

القول الأول: أنه يرد الأتان ولا يرد معها شيئاً.
وهذا قول جماهير أهل العلم من المالكية^(١)، والأصح عند الشافعية^(٢)،
والمذهب عند الحنابلة^(٣).

دليلهم:

قالوا: لأن اللبن نجس لا قيمة له، فلا يقابل ببذل^(٤).
القول الثاني: أنه يرد الأتان، ويرد بدل اللبن كالثاة المصراة، وهذا قول أبي
سعيد الاصطخري^(٥)، لأنه يرى أن ألبان الحُمُر طاهرة فيكون حكمها حكم
الجارية^(٦).

الترجيح:

الراجح هو القول الأول لقوة دليلهم وضعف دليل المخالف، ذلك أن ألبان
الحُمُر نجسة؛ لأن حكم الألبان حكم اللحوم، وهو قول أكثر أهل العلم^(٧).

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١١٦/٣)، الخرخشي على مختصر خليل مع حاشية
العدوي (١٣٣/٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٧١/٣)، الحاوي الكبير (٢٩٣/٦)، أسنى المطالب (٦٢/٢)، مغني
المحتاج (٤٥٤/٢).

(٣) انظر: المحرر في الفقه (٣٢٨/١)، المغني (٢٢٣/٦)، الإنصاف (٣٦٣/١١)، كشاف القناع
(٢١٥/٣).

(٤) انظر: تكملة المجموع (٨٨/١٢)، كشاف القناع (٢١٥/٣)، الحاوي الكبير (٢٩٣/٦).

(٥) هو: الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى، أبو سعيد الاصطخري، شيخ الشافعية بالعراق، وأحد
أصحاب الوجوه في المذهب، ت: سنة ٣٢٨هـ. انظر: الأعلام (١٩٢/٢).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (٢٩٣/٦)، روضة الطالبين (٤٧١/٣)، تكملة المجموع (٨٨/١٢).

(٧) انظر: المغني (٣١٩/١٣).

المبحث العاشر

الغش بتدليس المبيع وأثره على العقد

يقصد بتدليس المبيع في هذا المبحث فعلٌ يزيد به الثمن، وإظهار الشيء على خلاف جنسه وحقيقته، وإن لم يكن عيباً، وذلك بأن يفعل البائع ما يورث ظنَّ حصول صفة مقصودة في العقود عليه، مثل تحمير وجه الجارية كي يُظن أنها جميلة، أو تسويد أنامل العبد أو ثوبه ليوهم أنه كاتب أو حداد، ونحو ذلك، وفي هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول

تدليس المبيع بما يتعين للجهة التي دلس فيها

ويقصد بهذا أن تكون وسيلة التدليس تحقّق للعاقِد الآخر ظنه الغالب بوجود الصفة الموهومة في العقود عليه، مثل تحمير وجه الجارية، أو تسويد شعرها، أو حبس الماء وجمعه في الرحا، وإرساله عند عرضها للبيع، ونحو ذلك، فهذا التدليس يثبت الخيار للمشتري، عند عامة أهل العلم -رحمهم الله- تعالى^(١).

خلافاً لأبي حنيفة -رحمه الله- القائل بأنه لا خيار للمشتري بذلك؛ لأن الخيار يثبت بالعيب والخلف في الصفة، وتحمير وجه الجارية ونحوه ليس تدليساً بالعيب^(٢)، والراجح هو قول عامة أهل العلم؛ لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فأثبت

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٩٦/٤)، مواهب الجليل (٣٥٠/٦)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١١٥/٣-١١٦)، تحفة المحتاج (٣٩٢/٤)، حاشية الجمل (١٢٣/٣)، المغني (٢٢٣/٦)، كشف القناع (٢١٣/٣-٢١٤).

(٢) انظر: المبسوط (٣٨/١٣)، مجمع الضمانات (ص ٢٢٤)، حاشية ابن عابدين (٩٦/٤).

الخيار التصرية، وقد استوفى الموضوع حقه في الرد على القول الثاني في الغش في التصرية، فيكتفى بالإحالة عليه خشية التكرار. ومثل هذا التدليس ما يفعله بعض الباعة بتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بوضع الجيد في الأعلى، وطلاء الأثاث والمفروشات والسيارات القديمة لتظهر بأنها حديثة، والتلاعب بعداد السيارات لتظهر بأنها قليلة الاستعمال^(١).

(١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٤/٢١٩).

المطلب الثاني

تدليس المبيع بما لا يتعين للجهة التي دلس فيها

وذلك مثل تسويد أنامل العبد، أو تسويد ثوبه، فمثل هذا الفعل من التدليس لا يختص بكونه كاتباً أو حداداً، بل يحتمل أموراً كثيرة، مثل أن يكون ولغ في الإداوة، أو نحو ذلك، فهل مثل هذا التدليس الذي يحتمل وجود صفة موهومة عند المشتري مع احتمال غيرها؟ مثل أن يعلف الشاة حتى تمتليء خواصرها، أو يسود أنامل العبد أو ثوبه، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة، ونحو ذلك، فهل هذا التدليس يوجب الخيار للمشتري.

اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: أن ذلك لا يوجب الخيار للمشتري:

وهذا قول جماهير أهل العلم من الحنفية^(١)، والأصح عند الشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

قالوا: ليس في هذا كبير غرر؛ لأن هذا الفعل لا يتعين للجهة التي ظنها المشتري؛ لأن الاستدلال بتسويد أنامل العبد على الكتابة ضعيف؛ لأنه ربما ولغ في الإداوة، أو أصابه ذلك من حمل الإداوة، فحمله على الكتاب طمع لا يستحق به فسخاً. ولأن المشتري مقصر بعدم امتحانه والسؤال عنه^(٤).

(١) انظر: المبسوط (٣٨/١٣)، البحر الرائق (٧٧/٦)، الفتاوى الهندية (٢١٥/٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٧١/٣)، الغرر البهية (٤٥٥/٢)، حاشية البجيرمي على المنهج (٢٤٦/٢) - (٢٤٧-، تحفة المحتاج (٣٩٢/٤)، نهاية المحتاج (٧٥/٤).

(٣) انظر: المغني (٢٢٤/٦)، الإنصاف (٣٥٠/١١)، كشاف القناع (٢١٤/٣).

(٤) انظر: تحفة المحتاج (٣٩٢/٤)، مغني المحتاج (٤٥٥/٢)، الغرر البهية (٤٥٥/٢)، المغني (٢٢٤/٦)،

كشاف القناع (٢١٤/٣).

القول الثاني: أن هذا التدليس يوجب الخيار للمشتري، وهذا مذهب المالكية^(١)، ووجه عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وجه هذا القول:

قالوا: لأنه تغرير فعلي بالمشتري جعله يُقدم على البيع، فهو بمنزلة من اشترى عبداً بشرط الكتابة ثم تخلف المشروط^(٤).

ويمكن أن يجاب على هذا:

بأن يقال: ليس مطلب التدليس بذاته يوجب للمشتري الخيار، حتى يكون للتدليس أثر في زيادة الثمن، وإلا فلا، كمتلقي الركبان حيث لم يُجعل لهم الخيار حتى يأتوا السوق ليتبينوا هل غبنوا بذلك أم لا؟ ومسألتنا هنا لم يبعه بزيادة لأجل التدليس، بل باعه بسعره الحقيقي.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول لقوة دليلهم، إلا أنه ينبغي أن يقيد فيما لو كان المشتري لا يحسن أن يماكس، وهو المسترسل عند الفقهاء، فهذا ينبغي أن يُجعل له الخيار لقلّة معرفته، هذا ويحرم كلُّ فعل بالمبيع أعقب ندماً لآخذه، ولو لم يوجب له الخيار^(٥).

ويثور هنا تساؤلٌ، وهو أن بعض الباعة، وخاصة أصحاب البرّ يقومون بوضع أنوار لها خاصية اللمعان والبريق تعطي رونقاً خاصاً للقماش والثياب

(١) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٥٠)، حاشية الدسوقي (٣/١١٦)، منح الجليل (٥/١٦٠-١٦١).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٥٥)، نهاية المحتاج (٤/٧٥)، حاشية الجمل (٣/١٢٣)، حاشية البجيرمي على المنهج (٢/٢٤٧).

(٣) انظر: الإنصاف (١١/٣٥١).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

(٥) انظر: تحفة المحتاج (٤/٣٩٢).

المعروضة، بحيث أنه لو اشترى هذه الثياب ثم خرج من المحل لرأى أنها تختلف عما كانت عنه قبل ذلك، فهل هذا الفعل يُعدُّ من القسم الأول كتحمير وجه الجارية، أو من القسم الثاني كتسويد أنامل العبد؟

الأقرب - والله أعلم - أن هذا من قبيل القسم الثاني الذي ليس فيه خيار، فلا يكون هناك تلبيس واضح؛ لأن هذه الأشياء بسيطة باستطاعة المشتري اكتشافها، كما لو علف الدابة فامتلاّت خواصرها^(١)، مع أن البائع يأثم بفعله هذا إذا قصد إيهام المشتري بذلك، وقد ذكر أهل العلم هذا في كتبهم حيث قالوا: "إنه ينبغي أن يكون الدكان في موضع كثير الضوء؛ حتى يتبين للمشتري أمر الخرقه وما هي عليه بنظره لا بقول غيره... وفي هذا الزمان تجد مواضع البزّ غالباً قد ستروها حتى لا تكاد السماء ترى من كثرة الستر، فتبقى ظلمة فتحسن الخرقه بسبب الظلام، فإذا خرج بها إلى الضوء ظهرت عيوبها من الغلظ والخفة وغيرهما، وهذا من باب الغش والخيانة، وذلك مُذهبٌ للبركة، ومن مخالفة السلف الماضين رضي الله عنهم أجمعين"^(٢) اهـ.

(١) انظر: كشاف القناع (٣/٢١٤)، مغني المحتاج (٢/٤٥٥).

(٢) المدخل لابن الحاج (٤/٢٨) ط. دار التراث.

المبحث الحادي عشر

الغش من البائع مع علمه بالعيب وأثره على العقد

العيب لغةً: مصدر عاب يعيب، قال في اللسان: العيب الوصمة، والجمع: عياب وعيوب.

وتقول ما فيه معابة ومعاب أي عيب.

قال الشاعر:

أنا الرجل الذي قد عبتموه وما فيه لعياب معاب^(١)

العيب اصطلاحاً:

يلاحظ أن معظم تعاريف العلماء للعيب، متفقة شيئاً ما، وإن اختلفت في بعض الألفاظ، وخلاصة ذلك أنه ما أوجب نقصان المبيع أو الثمن عند التجار عادة، إلا أن بعضهم يزيد قيداً ما لا يزيده الآخر.

وقد اصطلح كل مذهب على ضابط للعيب الموجب للخيار.

فقال الحنفية: العيب: هو كل ما يخلو منه أصل الفطرة السليمة، ويوجب نقصان القيمة في عرف التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً، كالعمى والعمور^(٢).

وقال المالكية: هو كل ما جرت العادة السلامة منه، مما يؤثر في نقص الثمن، أو البيع، أو في التصرف، أو خوف في العاقبة^(٣).

(١) انظر: لسان العرب، مادة عيب (٦٣٣/١)، وراجع تاج العروس (٤٤٩/٣)، معجم مقاييس اللغة (١٨٩/٤).

(٢) انظر: البدائع (٢٧٤/٥)، فتح القدير مع العناية (١٥١/٥-١٥٣)، الدر المختار مع حاشيته (٧١/٤).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٣٣١/٦-٣٣٤)، حاشية الدسوقي (١١٥/٣)، بداية المجتهد (٣٣٧/٣).

وقد مثلوا لما ينقص الثمن بجماع الدابة، وللنقص لذات المبيع بخصاء الحيوان، إذا كان الخصاء ينقصه عرفاً، وللمنقص للتصرف بالرقيق الذي تكون يده اليسرى قوية، واليمنى ضعيفة - وهو الذي يسمى الأعسر - والخوف العاقبة بالرقيق المصاب بمرض معد^(١)، وقد ذكروا - أيضاً - أن سوء الجوار عيب تُردُّ به الدار^(٢).

وقال الشافعية: ضابط العيب هو كل ما ينقص العين أو القيمة، أو ما يفوت به عرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه^(٣).

واحترزوا بالقيد الأخير عن قطع إصبع زائدة، أو جزء يسير من الفخذ، أو الساق، لا يورث شيئاً، ولا يفوت غرضاً، فلا يرد المبيع به، أما لو فوت به غرضاً صحيحاً على المشتري؛ ثبت في حقه الخيار، مثل: أن يشتري شاة ليضحى بها فيجد في أذنها قطعاً يكره في الأضحية، أو يمنع صحة الأضحية بها - على الخلاف المشهور - فإن ذلك القطع وإن لم ينقص قيمة الشاة، ولكنه يفوت على المشتري غرضاً صحيحاً، فله ردّها^(٤).

وقال الحنابلة في ضابط العيب الموجب للخيار: هو نقص عين مبيع، كقطع إصبع لو زادت قيمته، أو نقص قيمته عرفاً كمرض ونحوه، مما ينقص قيمة المبيع نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها^(٥).

(١) انظر: مواهب الجليل (٦/٣٣٤-٣٣١)، حاشية الدسوقي (٣/١١٥)، بداية المجتهد (٣/٣٣٧).

(٢) انظر: شرح الخرشبي على مختصر خليل (٥/١٣٢)، المعيار للونشريسي (٥/١٨٠)، نقلاً عن الموسوعة الفقهية (٢٠/١١٨).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٢/٤٢٨)، تكملة المجموع (١٢/٣٤٣)، تحفة المحتاج (٤/١٣٩)، حاشية قليوبي وعميرة (٢/١٩٧).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

(٥) انظر: الفروع لابن مفلح (٤/١٠٠)، غاية المنتهى (٢/٣٥)، كشاف القناع (٣/٢١٥).

وقالوا: سواء كانت هذه النقيصة بفعل يزيد به الثمن، وإن لم يكن عيباً في العين، وذلك مثل جمع ماء الرحي عند عرضها للمبيع ليزيد دورانها عند إرسال الماء بعد حبسه، أم كان النقص في عين المبيع، بغض النظر عن كونه نقصه القيمة أو لا^(١).

وقال الظاهرية: إن العيب الذي يجب فيه الرد هو: ما حط من الثمن الذي اشترى به أو باع به، مما لا يتغابن الناس بمثله^(٢).
هذا، وقد تواردت نصوص الفقهاء على أن المرجع في كون العيب مؤدياً إلى نقصان القيمة وكون الأصل في جنس المبيع عدمه إلى أهل الخبرة بذلك^(٣).
وفي هذا المبحث خمسة مطالب على النحو التالي:

(١) انظر: كشاف القناع (٢١٥/٣-٢١٦)، والمصادر السابقة.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (٧١/٩).

(٣) انظر: البدائع (٢٧٤/٥)، فتح القدير (١٥١/٥)، شرح الخرشي (١٣٢/٥)، حاشية الدسوقي (٣/١١٥)، مغني المحتاج (٤٢٨/٢)، تكملة المجموع (٣٤٣/١٢)، الفروع (١٠٠/٤)، كشاف القناع (٢١٥/٣).

المطلب الأول

بيع العين المعيبة ولم يبين حالها

من باع بيعاً فيه عيب، فكتمه ولم يبين حاله فهو غاشٌّ آثمٌ عاصٍ، وكان تاركاً للنصح في المعاملة، والنصح واجب^(١).

قال ابن رشد في المقدمات: "لا يحل لامرئ مسلم أن يبيع عبداً أو أمة أو سلعة من السلع، أو داراً، أو عقاراً، أو ذهباً، أو فضة، أو شيئاً من الأشياء وهو يعلم فيه عيباً، قلّ أو كثر، حتى يبين ذلك لمبتاعه ويقفه عليه، وفقاً يكون علمه به كعلمه، فإن لم يفعل ذلك وكتّم العيب وغشه بذلك، لم يزل في مقت الله ولعنة ملائكة الله"^(٢).

وتحريم كتمان العيب ثابت بالكتاب والسنة الصحيحة، وإجماع أهل العلم، بأدلة عامة وخاصة.

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾

[النساء: ٢٩].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

ومن السنة:

١- قوله عليه الصلاة والسلام: (المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من

أخيه بيعاً، وفيه عيبٌ إلا بينه له)^(٣).

(١) انظر: إحياء علوم الدين (٧٥/٢)، رد المحتار (٧١/٤)، الموسوعة الفقهية (١١٤/٢٠).

(٢) انظر: المقدمات (٤٢٨/٥-٤٢٩)، ط. دار الكتب العلمية.

(٣) سبق تخريجه.

٢- وقال ﷺ للذي مرّ عليه وقد أدخل يده في الطعام فنالت أصابعه بللاً: (ما هذا يا صاحب الطعام؟) قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؛ من غش فليس منا)^(١).

وأما الإجماع:

فقد حكى السبكي الاتفاق على وجوب الإخبار بالعيب، فقال في معرض كلامه عن العيب: "وهذا الحكم متفق عليه للنصوص الواردة فيه، لا خلاف فيه بين العلماء"^(٢).

وقال ابن جزري: "وكتمان العيوب غش محرم بإجماع"^(٣).

ولا يختص هذا الحكم بمالك السلعة فقط، وإنما يشمل وكيله وولي الصغير ونحوهما ممن يلي العقد^(٤).

بل إن بعض الفقهاء ذهبوا إلى أوسع من هذا لبقاء سياج الأخوة وإتمام صرح النصيحة، فقالوا: إن الأجنبي العالم بعيب السلعة يجب عليه أن يخبر به مريد أخذها، وإن لم يسأل عنها، كل ذلك أداء للنصيحة المتأكد وجوبها لخاصة المسلمين وعامتهم.

جاء في حاشية الجمل على شرح المنهج ما نصه: "ويؤخذ من حديث واثلة وغيره ما صرح به أصحابنا: أنه يجب على أجنبي علم بالسلعة عيباً أن يخبر به مريد أخذها وإن لم يسأله عنها، كما يجب عليه إذا رأى إنساناً يخاطب امرأة ويعلم بها أو به عيباً، أو رأى إنساناً يريد أن يخاطب آخر لمعاملة أو صداقة أو قراءة نحو علم،

(١) سبق تحريجه.

(٢) تكملة المجموع (١٢/١١٠).

(٣) القوانين الفقهية (ص ٢٦٨).

(٤) تكملة المجموع (١٢/١١٢).

وعلم بأحدهما عيباً أن يخبره به وإن لم يستشره، كل ذلك أداءً للنصيحة المتأكد وجوبها لخاصة المسلمين وعامتهم^{(١)(٢)}.

على حين أن بعضهم لم يسلم بهذا الحكم، ورأى أنه لا يجب عليه الإعلام لظاهر حال البائع، وخشية من التعرض لإيغار صدره^(٣).

(١) حديث وائلة بن الأسقع أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٩١/٣)، والحاكم في المستدرک (٩/٢)، (١٠)، وعنه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: ما جاء في التدليس وكتمان العيب بالمبيع (٣٢٠/٥)، كلهم من طريق أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك أنا أبو سباع عن وائلة بن الأسقع رضي الله عنهم، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا يُبين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه).

حديث صححه الحاكم وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، ولم يتعقبه الذهبي في التلخيص، وفي سننه أبو سباع، قال فيه أبو حاتم - كما في تعجيل المنفعة - (٤٦٣/٢): "مجهول"، وإذا كان كذلك فالإسناد ضعيف لضعف أبي سباع. والله أعلم.

(٢) حاشية الجمل (١٢٠/٣-١٢١)، وراجع تكملة المجموع (١١٢/١٢)، والدراري المضئنة (٣١٠/٢).

(٣) المراجع السابقة، وراجع تبين الحقائق (٣١/٤)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١١٩/٣).

المطلب الثاني

شراء العين المعيبة دون العلم بعيبها

إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع، لم يعلم به حال الشراء، فإن العقد حينئذ يكون صحيحاً نافذاً لازماً من جهة البائع، ولكنه يكون غير لازم من جهة المشتري، مع صحة عقد البيع.

وهذا قول جماهير أهل العلم من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة، والحجة في ذلك هو ما صح عن النبي ﷺ بقوله: (لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر). متفق عليه^(٤).

وجه الدلالة من الحديث:

هو أن النبي ﷺ جعل لمشتري المصرة الخيار، لأجل التدليس بالعيب الحاصل من البائع بالتصرية، فدل ذلك على أن التدليس بالعيب وكتمانه لا يبطل البيع. قال ابن عبد البر - رحمه الله - على هذا الحديث: "أنه أصل في الرد بالعيب لمن وجد فيما يشتريه من السلع، وفيه دليل على أن بيع المعيب بيع صحيحاً بدليل التخيير فيه؛ لأنه إن رضي المتاع بالعيب جاز ذلك، ولو كان بيع المعيب فاسداً، أو حراماً لم يصح الرضا به، وهذا أصل مجتمتع عليه"^(٥). اهـ.

(١) انظر: بدائع (٢٧٣/٥)، فتح القدير مع الهداية (١٥١/٥)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١)

(٢) (٣٣٥-٣٣٤/٣)، الفتاوى الهندية (٦٦/٣).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (١١٩/٣)، المدونة (٣٢١/٣-٣٢٥)، الكافي لابن عبد البر (٧٠٩/٢-٧١٠).

(٤) انظر: مختصر المزني (٧٢/٨) ط. دار المعرفة، نهاية المحتاج (٢٥/٤-٢٦)، حاشية فليوبي وعميرة (٢٤٤/٢-٢٤٥).

(٥) سبق تخريجه.

(٥) الاستذكار (٨٨/٢١)، وانظر: نيل الأوطار (٣٠٤/٦-٣١١).

وقد حُكي عن داود الظاهري^(١)، وأبي بكر عبدالعزيز من الخنابلة^(٢)، أن بيع المعيب باطلٌ؛ لأنه منهيٌّ عنه، والنهي يقتضي الفساد، وقد قال ﷺ: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو ردٌ)^(٣).

ولا شك أن القول الصحيح هو قول جماهير أهل العلم؛ لأن البيع من حيث هو ليس منهياً عنه، وإنما المنهي عنه هو الكتمان، والكتمان معنى متعلقٌ بالعاقدة، ومن كان حكمه كذلك فإنه لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه، وبيع المصراة، ومتلقي الركبان، والنجش، وغير ذلك، إلا أن وجود العيب يمنع من رضا المشتري فإعطاؤه الخيار جابراً للخلل الحاصل من وجود العيب.

قال الكاساني -رحمه الله-: "إن السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل اختل رضاه، وهذا يوجب الخيار؛ لأن الرضا شرط صحة البيع، .. فانعدام الرضا مع صحة البيع، واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتاً للحكم على قدر الدليل"^(٤).

إذا ثبت هذا فللمشتري إما الرضا بالمعقود عليه كما هو، وحينئذ يسقط الخيار ويبرم العقد، وإما رده إلى مالكة الأول، وحينئذ يبطل العقد، ولكن هل له الاحتفاظ بالمعقود عليه والمطالبة بفرق النقصان بسبب العيب؟

وقبل الخوض في ذكر أقوال أهل العلم لابد من تحرير محل النزاع في هذه المسألة: وهو أنه إذا طرأ على المبيع زيادة أو نقصان، أو تصرف يمنع الرد، فإن للمشتري أن يطالب بأرش العيب.

(١) ذكر ذلك السبكي في تكملة المجموع (١٢/١١٣).

(٢) انظر: المغني (٦/٢٢٥)، وقد ذكر ابن قدامة أنه قيل لأبي بكر عبدالعزيز أنه قيل له: ما تقول في المصراة؟ فلم يذكر جواباً.

(٣) سبق نخبه.

(٤) بدائع الصنائع (٥/٢٧٤).

أما إذا لم يطرأ على المبيع زيادة ولا نقصان ولا تصرف يمنع الرد، فهل له إمساك المغيب وأخذ الأرش؟

اختلف أهل العلم في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والبغداديون من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ورواية عن أحمد^(٤)، اختارها تقي الدين ابن تيمية^(٥)، وهو مذهب الظاهرية^(٦) إلى أنه ليس للمشتري الرجوع بنقصان العيب، أو الحط من ثمن المبيع، وإن الذي يملكه بسبب العيب هو الإمساك بلا أرش أو الرد.

دليلهم:

١- قالوا: إن النبي ﷺ جعل لمشتري المصرة الخيار بين الإمساك من غير أرش، أو الرد، ولو جاز غير ذلك لذكره النبي ﷺ^(٧).

٢- وقالوا: ولأن البائع لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن، ولم يدل على إجباره على تسليمه ببعض الثمن، قرآن ولا سنة، فإلزامه بالحط من قيمة المبيع ضرر عليه، وكما أن المشتري لم يرض إلا بالشرط، فلا يلزم البيع بدونه بل له الخيار، فكذلك

(١) انظر: فتح القدير (١٥٢/٥)، بدائع الصنائع (٢٨٩/٥)، تبيين الحقائق (٣٤/٤)، شرح الكتاب (٢١/٢).

(٢) انظر: المنتقى للباقي (١٨٧/٤)، بداية المجتهد (٣٤٤/٣)، وهو اختيار القاضي عبدالوهاب المالكي، المدونة (١٠٥١/٢).

(٣) انظر: تكملة المجموع (١٦٧/١٢)، أسنى المطالب (٦٨/٢).

(٤) انظر: الإنصاف (٣٧٦/١١).

(٥) انظر: الفتاوى الكبرى (٣٩٠/٥)، ط. دار الكتب العلمية.

(٦) انظر: المحلى بالآثار (٦٥/٩)، وهذا عنده إذا لم يشترط السلامة، فإن اشترط السلامة من العيوب ثم وجد بالسلعة عيباً، فهي عنده صفقة مفسوخة لا بد فيها من تجديد العقد.

(٧) انظر: المغني (٢٢٩/٦)، المعونة على مذهب عالم المدينة (١٠٥١/٢).

البائع للمعيب لم يرض إلا بالثمن المسمى^(١).

القول الثاني: وهو قول مالك في المشهور عنه^(٢).

قالوا: إن المعيب يُقسَّم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الحيوان:

فإذا ظهر فيه عيب، فإنه يثبت للمشتري الخيار بين الإمساك بلا أرش وبين الرد لأصحاب المذهب الأول.

القسم الثاني: العقار:

فإذا ظهر فيه عيب، فإن كان يسيراً، فإنه لا يوجب الرد، وإنما يوجب قيمة العيب، وهو الأرش.

وإن كان العيب كثيراً فليس له إلا الإمساك بلا أرش أو الرد.

القسم الثالث: العروض:

فالمشهور عندهم أنها كحكم الحيوان يرد بالعيب القليل والكثير، وقيل: هي بمنزلة العقار^(٣)، وهذا هو الذي اختاره ابن رشد الجد وغيره^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٩/٥)، تكملة المجموع (١٦٧/١٢)، المحلى (٦٥/٩)، مجموع الفتاوى (٣٤١-٣٤٠/٢٩).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣٤٤/٣)، الخرشى على مختصر خليل (١٣٢-١٣١/٥) مع حاشية العدوي، حاشية الدسوقي (١١٤/٣).

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المقدمات لابن رشد (٤٢٩/٥) مع المدونة، ويلاحظ أنهم مختلفون في حد القليل والكثير في العيب، فمنهم من قال يرد للعرف، فما قضى العرف بقلته فهو قليل، وما لا فلا، وقيل: القليل ما أنقص القيمة أقل من عشرها، أما المنتقص للعشر فصاعداً فهو كثير، وهو قول ابن رشد الجد، وقيل: ما دون الثلث قليل، ورجحه الدردير. انظر: الشرح الكبير على مختصر خليل (١١٤/٣).

حجتهم:

١- قالوا: إن العقار يسهل إصلاح عيبه، وزواله بحيث لا يبقى منه شيء، بخلاف غيره.

٢- ولأن العقار لا يخلو منه عيب، فلورُدُّ بالقليل والكثير لأضرَّ بالبائع، لذلك تسوَّه فيهما، وأنها لا تتراد في العادة للتجارة، وإنما تتراد للقنية فتسوَّه فيهما^(١).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

بأن يقال: إن الأدلة التي أثبتت خيار الرد بالعيب لم تفرق بين منقول وغيره، وعليه فالتمييز مع عدم الدليل عليه تحكم، ولهذا قال ابن حزم: لم يأت بالفرق بين شيء من ذلك: قرآن ولا سنة^(٢).

القول الثالث: وهو المشهور من مذهب الحنابلة^(٣)، وهو قول إسحاق^(٤).

قالوا: إن المشتري مخير بين الرد، وبين إمساك المبيع المعيب وأخذ أرش العيب.

حجتهم:

قالوا: إن المتبايعين قد تراضيا على أن العوض في مقابلة المبيع، فكل جزء منه يقابله جزء من الثمن، ومع العيب فإن جزءاً من المبيع قد فات، فله لذلك الرجوع ببذله وهو الأرش^(٥).

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١٤/٣).

(٢) انظر: المحلى بالآثار (٦٦/٩).

(٣) انظر: المغني (٢٢٩/٦)، كشاف القناع (٢١٨/٣)، المحرر في الفقه (٣٢٤/١)، الإنصاف (١١/٣٧٦).

(٤) انظر: المغني (٢٢٩/٦).

(٥) انظر: كشاف القناع (٢١٨/٣)، الروض المربع (ص ٣٤٣). ط. دار البيان. تحقيق: بشير محمد عيون.

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

بأن يقال: إن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد؛ لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناهما على المساواة والتراضي فإذا وجد في المبيع عيب كان للمشتري الخيار لدفع الغبن عن نفسه، أما اختياره الإمساك مع المطالبة بالأرشف فهذه معاوضة لم يجبر عليها العقد، فلا بد فيها حينئذٍ من رضا البائع، وإلا كانت تجارة عن غير تراض، وضرر المشتري يمكن إزالته بإعطائه خيار الرد، لا بإيقاع الضرر على البائع، والقاعدة الفقهية تقول: "الضرر لا يزال بمثله"^(١).

الراجع:

بعد عرض أدلة كل قول، وما ورد عليها من مناقشة يظهر -والله أعلم- أن القول الراجع هو القول الأول، وهو قول جماهير العلماء؛ لقوة أدلتهم وضعف أدلة الأقوال الأخرى.

ويحسن نقل كلام جميل للعلامة الشيخ عبدالرحمن السعدي في هذا الصدد في المختارات الجليلة، قال -رحمه الله-: "الصحيح في خيار العيب: أنه يخير من وجد بما اشتراه عيباً جهله، بين إمساكه بلا أرشف، أو رده وأخذ ثمنه الذي دفع، وأما الأرشف فإن اختاره البائع ورضي المشتري بذلك فهو معاوضة تقف على تراضيهما، وإلا فالقول بأن المشتري يُجبر البائع على أنه يمسه ويعطيه البائع أرشف ناقصه: قول ضعيف مخالف للمعاوضات، فإن البائع إنما رضي بإخراجه عن ملكه بالثمن الذي وقع عليه العقد، والأرشف زيادة على ذلك، والتعليل الذي ذكره الأصحاب رحمهم الله في قولهم: "إن المتبايعين تراضيا على العوض في مقابلة المبيع، فكل جزء منه يقابله جزء من الثمن، ومع العيب فات جزء من المبيع، فله الرجوع ببدله، وهو

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (١/١٢٠) ط. نزار الباز، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٨٧)

ط. دار الكتب العلمية، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٢٠٢) د. محمد صدقي البورنو.

الأرش كلام غير صحيح عند التأمل، فإن الذي وقع عليه التراضي لم يفت منه جزء من الأجزاء، وإنما اغتر المشتري فظنه سليماً، فإذا بان معيماً ثبت له خيار الرد، وأما الأرش فهو معاوضة لا إجبار فيها إلا إذا تعذر الرد، ففيه هذه الحالة يتعين الأرش كسائر المتقومات^(١). انتهى كلامه -رحمه الله-.

إذا ثبت هذا فقد اختلف أصحاب القول الأول -فيما إذا تراضيا على دفع البائع الأرش للمشتري وإمساكه المبيع المعيب، لإسقاط خياره بالرد - فهل له ذلك؟ على قولين:

القول الأول: الجواز:

وهو مذهب أبي حنيفة^(٢)، ومالك^(٣)، وهو وجه عند الشافعية وهو قول أبي العباس ابن سريج^(٤)^(٥)، وحكي أنه القول القديم للشافعي^(٦)، وهو رواية عن أحمد، واختاره أبو العباس ابن تيمية^(٧)، وهو مذهب ابن حزم^(٨).

وحجتهم في ذلك:

هو أن البائع لو قال: أمسك المبيع، وأنا أعطيك أرش المعيب لم يُجبر المشتري على قبوله؛ لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن، فلم يجبر على إمساك معيب

(١) المختارات الجليلة في المسائل الفقهية للشيخ السعدي (ص ١٠٢، ١٠٣).

(٢) انظر: فتح القدير (١٥٣/٥).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٣٤٥/٣)، المعونة على مذهب عالم المدينة (١٠٥١/٢).

(٤) هو أحمد بن عمر بن سريج، أبو العباس القاضي الفقيه، الأصولي، شيخ الشافعية في عصره، ويقال له: الباز الأشهب، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على المزني، ت: سنة (٣٠٦هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢١/٣)، الأعلام (١٧٨/١).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٣٠١/٦)، تكملة المجموع (١٦٨/١٢).

(٦) انظر: تكملة المجموع (١٦٨/١٢).

(٧) انظر: مجموع الفتاوى (٣٤٠/٢٩-٣٤١).

(٨) المحلى (٦٥/٩).

ببعض الثمن، وكذلك لو قال المشتري: أعطني الأرش لأمسك المبيع، لم يجبر البائع على دفع الأرش؛ لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن، فإذا ثبت هذا تبين أن الجزء الفائت في المبيع معاوضة بين الطرفين، لكل واحد منهما حق في ذلك، ويجوز لمن يثبت له هذا الحق أن يستوفيه، وذلك بأن يرد ويرجع بالثمن، كما يجوز له التراضي على تركه بعضو، فصار كحق القصاص يجوز لمن هو له أن يستوفيه، كما يجوز التصالح على تركه بعوض^(١).

القول الثاني: المنع:

وهو المذهب عند الشافعية^(٢).

حجتهم:

قالوا: إن خيار الرد خيار فسخ، فلم يجز إسقاطه بمال، كخيار الشرط وخيار الشفعة^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال:

بأن قالوا: إن قياس خيار العيب على خيار الشرط والشفعة قياس مع الفارق، حيث أن في خيار العيب، يأخذ الأرش في مقابلة ما فات من المال، ويسقط إلى مال، فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط^(٤).

الراجع:

بعد عرض أدلة كل فريق يتبين أن القول الصحيح هو القول الأول لظهور وقوة أدلتهم وضعف أدلة القول المخالف.

(١) انظر: تكملة المجموع (١٦٧/١٢)، مجموع الفتاوى (٣٤١/٢٩)، المعونة على مذهب عالم المدينة (١٠٥٢/٢).

(٢) الحاوي الكبير (٣٠١/٦)، تكملة المجموع (١٦٨/١٢).

(٣) انظر: المهذب مع شرحه تكملة المجموع (١٨/١٢).

(٤) انظر: تكملة المجموع (١٨/١٢).

المطلب الثالث تعيبُ المبيع قبل قبض المشتري

يُقصدُ بهذا أنه لو تم العقد على المبيع ولم يحصل فيه عيب، إلا أنه بعد العقد حدث فيه عيبٌ، فلا يخلو هذا من حالين:

الحال الأولى: إذا تعيَّب المبيع في يد البائع، وهو من ضمانه، فحكم هذا حكم العيب القديم قبل العقد.

الحال الثانية: إذا تعيَّب المبيع في يد البائع، وهو من ضمان المشتري كأن يجعلها وديعة عنده « فحكمه هو حكم العيب الحادث بعد القبض، والعيب الحادث بعد القبض من ضمان المشتري^(١) ».

(١) انظر: المغني (٢٣٣/٦)، بدائع الصنائع (٢٧٥/٥).

المطلب الرابع

إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً فرضيه أحدهما دون الآخر

إذا اشترى اثنان سلعة مثلاً، ثم تبين أن البائع قد غشهما بالمبيع بتدليس فيه أو بعيب خفي، أو بفوات صفة مرغوبة، ففي مثل هذه الحال يحق لهما الإمساك أو الفسخ.

ولكن لو أراد أحدهما الإمساك، وأراد الآخر الرد، وقد اشترياه صفقة واحدة، فهل يحق لمن أراد الرد أن يرد؟ أم لا؟

اختلف في ذلك أهل العلم على قولين:

القول الأول: لا يحق له الرد، إلا أن يرداً جميعاً:

وهذا مذهب أبي حنيفة^(١)، ورواية عن مالك^(٢)، وحكي عن الشافعي في القديم^(٣)، ورواية عن أحمد^(٤)، وقول أبي ثور^(٥).

حجتهم:

قالوا: لأن حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي ردّ أحدهما نصيبه إضرار بالبائع، إذ المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقق، فإذا رده أحدهما، رده معيباً بعيب الشركة لأنها عيب^(٦).

(١) انظر: تبين الحقائق (٤/٢٢-٢٣)، حاشية ابن عابدين (٤/١٩)، البحر الرائق (٦/٣٧).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣/٣٤٦)، شرح الزرقاني (٥/١٥٠).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/٣٠٣)، تكملة المجموع (١٢/١٧٠-١٨٣).

(٤) انظر: المنع (١١/٤١٦)، المغني (٦/٢٤٥)، كشف القناع (٣/٢٢٥)، الإنصاف (١١/٤١٦).

(٥) انظر: تكملة المجموع (١٢/١٨٣)، المغني (٦/٢٤٥).

(٦) انظر: تبين الحقائق (٤/٢٣)، المغني (٦/٢٤٥)، والمرجع السابقة.

وتوقش هذا الاستدلال:

ف قيل : إن الشركة وإن كانت عيباً، إلا أنها حصلت بإيجاب البائع، وهو إنما باع كل واحدٍ منهما نصفها، فهي خرجت عن ملك البائع متشقة برضاه، بخلاف العيب الحادث، وهذا ليس كذلك^(١).

القول الثاني: يحق لأحدهما الرد، وإن لم يرد الآخر وهذا القول رواية عن مالك^(٢)، ومذهب الشافعي^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤)، وهو قول الصحابين أبي يوسف ومحمد بن الحنفية^(٥)، ومذهب الظاهرية^(٦).

حجتهم:

قالوا: لأن المعهود في شراء الاثنين أنّ كل واحد منهما مشتري نصف المبيع بنصف الثمن، والبائع إنما باع على كل واحد منهما نصف المبيع، فعلى هذا فيحق لكل واحد منهما أن يمسك أو يرد نصيبه الذي اشتراه به؛ لأنه رادّ جميع الثمن الذي اشتراه به^(٧).

(١) انظر: المغني (٦/٢٤٥-٢٤٦).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٣/٣٤٦)، شرح الزرقاني (٥/١٥٠)، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي (ص ٢٦٩).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/٣٠٣)، تكملة المجموع (١٢/١٨٣)، حاشية الجمل (٣/١٤٩)، حاشية قليوبي وعميرة (٢/٢٥٦).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٤٥)، كشاف القناع (٣/٢٢٥)، الإنصاف (١١/٤١٥).

(٥) انظر: تبين الحقائق (٤/٢٢)، البحر الرائق (٦/٣٧).

(٦) انظر: المحلى بالآثار (٩/٧٢).

(٧) انظر: المحلى (٩/٧٢)، المغني (٦/٢٤٥)، الحاوي الكبير (٦/٣٠٣)، تكملة المجموع (١٢/١٨٣)

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أن القول الراجح هو القول الثاني القائل بجواز ردّ أحد المتاعين، وإن أمسك الآخر، وذلك لقوة دليلهم ووجهته، وضعف أدلة القول الأول.

وسبب الخلاف هو أن من أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفرقتين؛ لأنه قد اجتمع فيها عاقدان، ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعض رد المبيع بالعيب^(١).

(١) انظر: بداية المجتهد (٣/٣٤٦).

المطلب الخامس

موانع ردّ المبيع المغشوش (المعيّب)

لقد سبق أن اتضح للقارئ أن حق الرد ثابت لمن ابتاع معيباً، إذا تحقق شرطه، وانتفى مانعه.

فإذا توفر شرطه بحيث أصبح العيب صالحاً لترتيب أثره عليه لكن حال حائل دون الحكم بالرد، فهو بحدّ ذاته كافٍ لإسقاط الخيار المطلق الذي كان يتمتع به المشتري.

وموانع الردّ بالعيب مختلفة الأسباب تكلم فيها الفقهاء رحمهم الله قديماً، وهذه الأسباب هي:

- ١- ظهور ما يدل على الرضا بالمعيّب.
 - ٢- هلاك المبيع، أو تلفه.
 - ٣- حدوث عيب جديد في العقود عليه.
 - ٤- زوال العيب عند المشتري.
 - ٥- العلم بالعيب بعد زوال ملك المشتري بالمبيع.
- وهذه الأسباب لم يجمع العلماء عليها، ولذا فبعضها متفق عليها، وبعضها للأئمة عندهم فيها تفاصيل وخلاف.
- وستحدث -إن شاء الله- عن كل واحد منها بفرع مستقل، للتفصيل في ذلك، وهي كالآتي:

الفرع الأول

ظهور ما يدل على الرضا بالمعيّب

إذا رضي المشتري المعيب، فإنه ليس له حق الرد بالعيب بعد ذلك؛ لأن حق الرد بما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد، وإذا رضي المشتري بالعيب بعد

العلم به ، فقد دلّ على أنه نزل عن هذا الشرط ، وأصبح العقد لازماً^(١) .

ويقسم الفقهاء الرضا إلى قسمين :

القسم الأول: الرضا الصريح:

كقوله: رضيت بالعيب ، أو أجزت البيع ، وما جرى مجرى ذلك ، فإذا نطق بالرضا فلا خيار ، وهذا باتفاق الفقهاء^(٢) ، ويدخل في هذا قوله: أسقطت خياري ، أو أبرأت البائع من العيب ، ونحو ذلك .

القسم الثاني: الرضا الضمني:

وهو الذي يظهر دلالة من التصرفات ، وذلك بأن يوجد من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب مثل: ركوب الدابة واستخدامها ، أو لبس الثوب ، أو وطاء الأمة ، ونحو ذلك .

قال ابن قدامة رحمه الله: "فإن استغل المبيع ، أو عرضه على البيع ، أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره... وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم"^(٣) .

وقال الخرشي -رحمه الله-: "وأما لبس الثوب ووطء الأمة فهو رضا باتفاق"^(٤) .

وهذا ، كما سبق ، هو مذهب جماهير أهل العلم من الأئمة الأربعة ، وغيرهم^(٥) ؛ لأن التصرف بعد العلم بالعيب ، دليل الرضا ، وقصد استبقاء المبيع ،

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٢/٥) ، حاشية ابن عابدين (٣٣/٥-٣٤) .

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٢/٥) ، شرح الخرشي (١٣٩/٥) ، أسهل المدارك (٢٨٠/٢) ، روضة الطالبين (٤٨١/٣) ، المغني (٢٤٩/٦) ، كشف القناع (٢٢٤/٣) .

(٣) المغني (٢٤٩/٦) .

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل (١٣٩/٥) .

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٢/٥) ، الفتاوى الهندية (٧٥/٣) ، حاشية الدسوقي (٢١/٣) ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي (ص ٢٦٩) ، روضة الطالبين (٤٨١/٣) ، المغني (٢٤٩/٦) ، كشف القناع (٢٢٤/٣) .

ودليلُ الرضا منزلاً منزلة التصريح به^(١).

على أن هذه المسألة ليست محل اتفاق كما يقول الخرخشي، بل لقد خالف ابن حزم الظاهري - رحمه الله - فقال: "ولا يُسقط ما وجب له من الرد، تصرفه بعد علمه بالعيب: بالوطء، والاستخدام، والركوب، واللباس، والسكنى، ولا معاناته إزالة العيب، ولا عرضه إياه على أهل العلم بذلك العيب، ولا تعريضه ذلك الشيء للبيع، ولا يسقط ما وجب له من الرد إلا أحد خمسة أوجه لا سادس لها وهي نطقه بالرضا وإمساكه، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه، أو إيلاد الأمة، أو موته، أو ذهاب عين الشيء، أو بعضها بموت أو غيره، وهو قول أبي ثور وغيره، ومن ادّعى سقوط ما وجب له من الرد بشيء مما ذكرنا قبل، فقد ادّعى ما لا برهان له به، وهذا باطل"^(٢).

وقد استدل ابن حزم على ما ذهب إليه بأن الرد قد وجب له باتفاق على ما دلت عليه الأحاديث الصحيحة، فيستصحب هذا الحكم حتى مع لبس الثوب ووطء الأمة، ولا يجوز أن يسقطه عنه إلا نصٌّ أو إجماعٌ متيقن، ولا سبيل إلى وجودهما في هذه المسألة^(٣).

ولاشك أن القول الصحيح هو قول جماهير أهل العلم؛ لأن العادة كما يقول الفقهاء محكّمة^(٤)، وقد جرت العادة على أن المرء لا يتصرف هذا التصرف إلا كان ذلك دليلاً على رضاه به في الباطن، وإلا كان متصرفاً بما لا يرضاه.

(١) انظر: فتح القدير (١٧٧/٥)، كشف القناع (٢٢٤/٣).

(٢) المحلى بالآثار (٧٣/٩).

(٣) انظر: المحلى (٧٣/٩).

(٤) انظر: المنشور في القواعد للزركشي (٣٥٦/٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٩٢).

وإذا كان ابن حزم قد غلب جانب حق المشتري، فكذلك لا ينبغي تجاهل حق البائع، وأن بيعه المغيب لا يبيح عقوبته بالتصرف في ماله من غير رضاه، فمنعاً للخصومة في هذا؛ والانتفاع بمال الغير من غير رضا؛ قيل: إن أي تصرف بالمبيع فهو دليل على الرضا.

الفرع الثاني

هلاك المبيع، أو تلفه

إذا هلك المبيع بموت، أو قتل العبد، أو تلف الثوب، أو أكل كالطعام، فإنه في هذه الحالة يسقط خيار العيب لفوات محل الرد.

وهذا محل اتفاق بين أهل العلم في الجملة، ونصوص الأئمة متضافرة في ذلك: قال الكاساني: "ومنها: -يعني موانع الرد- هلاك المبيع؛ لفوات محل الرد"^(١). وقال الدردير المالكي^(٢): "ومنع من الرد بالعيب فوت المبيع قبل الاطلاع على العيب...، ويرجع المشتري بالأرش"^(٣).

وقال النووي في الروضة: "إذا هلك المبيع في يد المشتري؛ بأن مات العبد، أو قتل، أو تلف الثوب، أو أكل الطعام... ثم علم كونه معيباً فقد تعدر الرد، لفوات المردود، لكن يرجع على البائع بالأرش..."^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٨٣).

(٢) هو أحمد بن محمد بن أحمد، العدوي، أبو البركات -الشهير بالدردير- الفقيه المالكي، العالم الفاضل، المتكلم، تعلم بالأزهر واشتهر بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ت: سنة (١٢٠١هـ).

انظر: الأعلام (١/٢٣٢).

(٣) شرح الدردير (٣/١٢٤).

(٤) روضة الطالبين (٣/٤٧٤).

وقال الحجاوي الحنبلي في الإقناع: "وإن أعتق العبد أو عتق عليه، أو قتل... أو تلف المبيع، ولو بفعله كأكله ونحوه... تعين الأرش"^(١).

وقال ابن حزم: "ولا يسقط ما وجب له من الرد إلا أحد خمسة... وذكر منها: ذهاب عين الشيء بموت أو غيره..".

وقال -أيضاً- "فإن فات الميعب بموت... أو تلف، فللمشتري الرجوع بقيمة العيب"^(٢).

والدليل على ذلك هو أن الرد غير ممكن لفوات محل الرد وهو الميعب الميعب^(٣). إذا ثبت هذا فإن المشتري يرجع على البائع بالجزء الفائت من المبيع، وهو ما يسميه الفقهاء بالأرش، وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن لأنه لو بقي كل المبيع عند البائع كان مضموناً عليه بالثمن، فإذا احتبس جزء منه كان مضموناً بجزء من الثمن^(٤).

والأرش لغة: الفساد والدية، ثم استعمل في نقصان الأعيان، لأنه فساد فيها، والجمع أروش^(٥).

والأرش اصطلاحاً: هو اسم للمال الواجب في الجناية على ما دون النفس^(٦). ويستعمله الفقهاء في البيوع بمعنى أخص، وهو جزء من الثمن، نسبه إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة^(٧).

(١) الإقناع (٢١٨/٢) تحقيق: التركي.

(٢) المحلى بالآثار (٧٣/٩).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٧٤/٣)، المنهاج مع شرح المحلى (٢٠١/٢).

(٥) انظر: المغرب (٣٥/١)، القاموس المحيط (ص ٧٥٣).

(٦) انظر: أنيس الفقهاء (ص ٢٩٥)، المطلع (ص ٢٣٧)، تبين الحقائق (١٣٣/٦).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٤٧٤/٣)، تكملة المجموع (١٦٧/١٢).

وبتعريف آخر هو الفرق بين قيمة المبيع معيباً وبين قيمته سليماً من الثمن^(١)، فإذا كان قد اشتراه بخمسة عشر ريالاً مثلاً وهو معيب، فإنه في هذه الحال يُقوّم المبيع صحيحاً، ثم يقوّم معيباً، ولا عبرة بقيمة الشراء، فإذا قوّم صحيحاً بعشرة مثلاً، ومعيباً بتسعة، فيكون قد نقصه العيب عشر قيمته، فيرجع المشتري على البائع بعشر الثمن وهو ريال ونصف^(٢).

الفرع الثالث

حدوث عيب جديد في المعقود عليه عند المشتري

إذا كان المشتري قد اشترى المبيع ولم يعلم بعيبه، ثم حدث بالمبيع عنده عيب جديد، أو نقصان له وقع في الثمن، مثل ما لو اشترى سيارة وفيها عيب في مكابجها، ثم أصيبت بصدمة بسيطة، فهل يمنع حدوث العيب الجديد الذي حدث عنده حقه من ردها بسبب العيب القديم؟ أم لا؟
اختلف أهل العلم في هذا على أربعة أقوال:
القول الأول: ليس له الرد، وله أرش العيب القديم، وهذا مذهب أبي حنيفة^(٣)، ومذهب الشافعية^(٤)، ورواية عند الإمام أحمد^(٥)، وهو قول ابن سيرين،

(١) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء. د. نزيه حماد (ص ٤٩)، وراجع المغني (٦/ ٢٢٩).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/٣٠٠).

(٣) انظر: المبسوط (١٣/٩٥)، تبين الحقائق (٤/٣٤)، العناية شرح الهداية (٥/١٦٠)، مجمع الضمانات (ص ٢٢٠).

(٤) انظر: الأم (٧/١٠٣)، روضة الطالبين (٣/٤٨٢)، الحاوي الكبير (٦/٣٠٠)، تكملة المجموع (١٢/٢٢٨).

(٥) انظر: المغني (٦/٢٣٠)، الفروع (٤/١٠٥)، الإنصاف (١١/٣٨٦)، وقال ابن أبي موسى: هي الصحيحة عن أحمد.

والزهري، والشعبي^(١).

أدلتهم:

قالوا: لأن الرد يثبت لإزالة الضرر، وفي الرد هنا على البائع إضراراً به؛ لأنه خرج عن ملكه سالماً عن العيب الثاني، والضرر لا يزال بالضرر، فتعين الرجوع بالنقصان وهو الأرش، وحينئذ فليس للمشتري إلا أن يمسكه مع الأرش^(٢).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

بأن يقال: إنه وإن حصل إضراراً على البائع برد المبيع، إلا أن هذا الضرر مندفع بإعطائه ثمن العيب الحادث عند المشتري، وحق المشتري أولى من رعاية حق البائع؛ لأن المشتري لم يوجد منه تدليس بخلاف البائع.

القول الثاني: أن للمشتري الخيار بين الرد وإعطاء البائع ثمن العيب الحادث، وبين الإمساك وأخذ الأرش من البائع، وهذا مذهب الإمام مالك^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد^(٤)، وهو قول إسحاق^(٥).

دليلهم:

قالوا: لحديث المصراة الذي رواه أبو هريرة مرفوعاً: (لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردّها ورد معها صاعاً من تمر)^(٦).

(١) انظر: تكملة المجموع (٢٢٨/١٢)، المغني (٢٣٠/٦).

(٢) انظر: تبين الحقائق (٣٤/٤)، تكملة المجموع (٢٢٨/١٢)، المغني (٢٣١/٦).

(٣) انظر: المدونة (٣٢١/٣)، المنتقى للبايجي (١٩٧/٤)، بداية المجتهد (٣٤٩/٣).

(٤) انظر: المغني (٢٣١/٦)، الفروع (١٠٥/٤)، كشف القناع (٢٢١/٣)، الإنصاف (٣٨٧/١١).

(٥) المغني (٢٣١/٦).

(٦) سبق تخريجه.

وجه الدلالة من الحديث:

- ١- الدليل الأول: قالوا: إنه لما أتلّف المتاعُ اللبن، وبقي سائر الحيوان، جعله بالخيار بين أن يغرم ما أتلّف، ويرد من الحيوان وبين أن يمسه^(١).
- ٢- الدليل الثاني: ما رواه ابن أبي شيبة^(٢) بإسناده عن ابن سيرين عن عثمان بن عفان، أنه قضى في الثوب يشتره الرجل وبه عوار، أنه يرده إذا كان قد لبسه^(٣).
- وجه الدلالة من الأثر: حيث أجاز الرد مع نقصان المبيع^(٤).
- ٣- ومن المعقول قالوا: ولأن البائع قد دلّسَ بعيب، والمتاع قد حدث عنده عيب بغير تدليس، فاستويا في وجود العيب، فإذا تعارض الحقان، كان أولاهما بالتقديم المتاع؛ لأنه لم يوجد منه تدليس^(٥).
- القول الثالث: ليس للمشتري إلا الإمساك، أوردّ السلعة وأرّش العيب الذي حدث عنده، وهذا قول إبراهيم النخعي، وحماّد بن أبي سليمان، وأبي ثور^(٦)، وسفيان الثوري^(٧).

(١) انظر: المنتقى للبايجي (١٩٧/٤)، المغني (٢٣١/٦).

(٢) هو عبدالله بن محمد بن أبي شيبة، إبراهيم بن عثمان، أبو الحسن الكوفي العباسي مولاهم، الحافظ الحجة الثقة، كان من كبار حفاظ الحديث، من أشهر كتبه: "المصنف". ت: سنة ٢٣٥هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (٤٣٢/٢)، شذرات الذهب (٨٥/٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب: في الرجل يشتري من الرجل الثوب فيقطعه ثم يجد به عواراً (١٣٧/٥)، والأثر من طريق محمد بن سيرين عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وفيه انقطاع؛ لأن ابن سيرين لم يسمع من عثمان رضي الله عنه، قال إسماعيل بن عليّة وابن حبان: "كان مولد ابن سيرين لستين بقتا من خلافة عثمان". انظر: تهذيب الكمال (٢٥/٣٥٣)، والثقات لابن حبان (٣٤٨/٥-٣٤٩).

(٤) انظر: شرح الزركشي (٥٨٠/٣)، كشاف القناع (٢٢١/٣).

(٥) انظر: المنتقى (١٩٧/٤)، المغني (٢٣١/٦).

(٦) انظر: بداية المجتهد (٣٤٩/٣)، المغني (٢٣١/٦).

(٧) انظر: بداية المجتهد (٣٤٩/٣).

وقد استدل ابن رشد الحفيد لهم فقال: لأنه قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري، فليس إلا الرد، فوجب استصحاب حال هذا الحكم، وإن حدث عند المشتري عيب، مع إعطاء البائع قيمة العيب الذي حدث عند المشتري^(١).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

بأن يقال: سلمنا لكم ذلك - أي الرد وإعطاء ثمن العيب الحادث - لأجل حديث المصراة، ولكن ما الدليل على منع المشتري من إمساك المبيع وأخذ الأرش للعيب القديم؟ مع أن إمساكه وأخذ الأرش أولى لما فيه من تغريبه، ولما فيه من استقرار العقد وعدم فسخه لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] ^(٢).

وإذا كان يحق للمشتري مطالبة البائع بأرش عيب المبيع الهالك عنده، فكذلك إذا حدث بالمبيع عيبٌ جديدٌ فله مطالبة البائع بأرش العيب القديم.

القول الرابع: أن المشتري بالخيار بين رد المبيع بلا أرش على البائع وبين إمساكه وأخذ أرش العيب القديم، وهذا قول ابن حزم الظاهري^(٣).

ودليلهم:

هو أن العيب الجديد إنما حدث من عند الله تعالى، كما لو حدث في ملك البائع، والمشتري لم يتعد ولا ظلم فيه أحداً، ولا كتاب ولا سنة توجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه، وحقه من الغبن في العيب القديم باقٍ^(٤).

(١) انظر: بداية المجتهد (٣/٣٥٠).

(٢) انظر: تكملة المجموع (١٢/٢٣٨).

(٣) انظر: المحلى بالآثار (٩/٧٢).

(٤) انظر: المحلى (٩/٧٢)، بداية المجتهد (٣/٣٥٠).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بأن يقال:

إن حدوث العيب بعد قبض المشتري للمبيع ، وإن لم يحصل بفعله هو من ضمانه ، لحديث المصراة ، والبائع إنما باعه المبيع سالماً من العيب الثاني ، فرده عليه من غير تعويض ضرر ظاهر.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال وأدلة كل قول ، ومناقشة ما يمكن مناقشته يتبين - والله أعلم - أن القول الراجح هو القول الثاني ، القاضي بأن المشتري بالخيار بين الرد وإعطاء ثمن العيب الحادث عنده وبين إمساكه وأخذ أرش العيب القديم ، وذلك لقوة أدلتهم ، وضعف أدلة المخالفين ومناقشتها.

الفرع الرابع

زوال العيب عند المشتري

إذا زال العيب من المبيع عند المشتري بعد علمه بذلك ، أو قبله ، فهل يبطل خيار الرد بذلك؟ أو أن زواله بعد ثبوته لا يلغي حق المشتري في الرد؟

هذا موضع خلاف بين أهل العلم على قولين:

القول الأول: إن زوال العيب مانع من رد المبيع على البائع؛ إلا إن كان محتمل

يعود مرة ثانية.

وقالوا: وسواء زال العيب بنفسه ، أو بإزالة البائع له ، فهو مانع من الرد ، وهذا

قول عامة أهل العلم من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وقد استدلو لهذا القول بأدلة منها:

١- لأن الرد إنما جعل لدفع الضرر بوجود العيب، فإذا زال العيب انتفى الضرر.

٢- ولأن العيب إذا زال لم يختلف عن حالة العقد التي اقتضت سلامة المبيع من العيوب، فيلزم حينئذ العقد^(٥).

القول الثاني: إنه متى ما ثبت قدم العيب ثبت الخيار، ولا يسقط بعد ذلك

بزوال العيب.

وهذا القول وجه في مذهب الشافعية^(٦)، وهو قول ابن حزم الظاهري^(٧)، وإليه

ذهب أشهب من أصحاب مالك^(٨)، إلا أنه اشترط إقامة الدعوى والعيب ما زال قائماً^(٩).

(١) انظر: تبين الحقائق (٣٣/٤)، الفتاوى الهندية (٦٩/٣)، فتح القدير (١٥٤/٥)، درر الحكام (٣٣٩/١).

(٢) انظر: المدونة (٣٥٠/٣)، شرح الخرشي (١٣٥/٥)، بلغة السالك (١٠٠/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٦٩).

(٣) انظر: تكملة المجموع (١٦٤/١٢)، أسنى المطالب (٦٢-٧٣)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٣٨/٣).

(٤) انظر: المغني (٢١٧/٦)، الفروع (٩٤/٤)، كشاف القناع (٢٢٢/٣).

(٥) انظر: أسنى المطالب (٧٣/٢)، المغني (٢١٧/٦)، تكملة المجموع (١٦٤/١٢).

(٦) انظر: تكملة المجموع (١٦٤/١٢).

(٧) انظر: المحلى بالآثار (٧١/٩).

(٨) هو أشهب بن عبدالعزيز بن داود بن إبراهيم، أبو عمرو، القيس العامري، صاحب الإمام مالك، وفقه الديار المصرية في عصره، وانتهت إليه رئاسة المالكية بمصر بعد ابن القاسم، ت: (٢٠٤هـ).

انظر: ترتيب المدارك (٤٤٧/١)، الأعلام (٣٣٥/١).

(٩) انظر: حاشية الدسوقي (١٢٠/٣)، حاشية العدوي على شرح الخرشي (١٣٦/٥).

دليل هذا القول:

قالوا: لأنه حين العقد وقع عليه غبنٌ بوجود العيب، فلا يسقط بعد ذلك إلا برضاه^(١).

يمكن مناقشة هذا الدليل:

بأن يقال: إن ثبوت أحقية المشتري للخيار، وإقامة الدعوى للمطالبة به سببه وجود العيب، وبقاؤه غبن، وحيث إنه قد زال العيب، فلا غبن حينئذٍ، ورده على البائع أو تغريمه الأرش إضراراً به، لم يأذن به الله ولا رسوله ﷺ^(٢).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول، قول جمهور العلماء؛ لقوة وجهة نظرهم وضعف وجهة نظر القول الثاني ومناقشتها.

الفرع الخامس**العلم بالعيب بعد زوال الملك بالبائع**

اتفق الفقهاء على أن المشتري لو لم يعلم بعيب المبيع إلا بعد بيعه وزوال ملكه له، فإنه لا يستحق الرد على بائعه في الحال، لفوات المبيع، وزوال ملكه عنه^(٣).
ولكن.. هل يرجع على بائعه بأرش العيب؟ أم لا؟
اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

(١) انظر: تكملة المجموع (١٢/١٦٤)، المحلى لابن حزم (٧١/٩).

(٢) انظر: أحكام العيب في الفقه الإسلامي. د. إسماعيل العيساوي. ط. دار عمار (ص ١١٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٩)، الفتاوى الهندية (٣/٧٥)، المدونة (٣/٣٥٥)، روضة الطالبين

(٣/٤٧٥)، المغني (٦/٢٤٢)، المحلى (٧٠/٩).

القول الأول: لا يرجع على بائع بشيء:

وهذا قول أبي حنيفة^(١)، ومالك^(٢)، والشافعي^(٣)، ورواية في المذهب الحنبلي^(٤).

حجتهم:

قالوا: لأن امتناع الرد كان بفعله، فأشبهه ما لو أتلّف المبيع، ولأنه استدرك ظلامته بيّعه، فلم يكن له أرش^(٥).

ويمكن مناقشة هذا التعليل:

بأن يقال: إن امتناع الرد، وإن كان بفعله إلا أنه لم يعلم بعيب المبيع إلا بعد زوال ملكه، فلم يرض به معيباً، ثم إن المبيع لو تلف لاستحق المشتري أرش العيب كما سبق، فكذلك هنا ولا فرق.

القول الثاني: يرجع على بائعه بأرش العيب:

وهذا هو المذهب عند الحنابلة^(٦)، وقول ابن حزم الظاهري^(٧)، واختيار ابن سريج من الشافعية^(٨).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٨٩/٥)، مجمع الضمانات (ص ٢٢١)، الفتاوى الهندية (٧٥/٣).

(٢) انظر: المدونة (٣٥٥/٣)، بداية المجتهد (٣٤٧/٣)، شرح الخرشي (١٣٩/٥-١٤٠)، الشرح الكبير (١٢٥/٣)، وللمالكية تفصيل فيما لو باعه على بائعه بأقل من الثمن، أو بمثله، أو بأكثر، وسواءً أطلع على العيب بعد أو قبله، راجع: المصادر السابقة.

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٣٠٩/٦-٣١٠)، روضة الطالبين (٤٧٥/٣).

(٤) انظر: المغني (٢٤٣/٦)، الإنصاف (٣٩٧/١١-٣٩٨).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) انظر: المغني (٢٤٣/٦)، المحرر في الفقه (٣٢٥/١)، كشاف القناع (٢٢٢/٣)، الإنصاف (١١/٣٩٧).

(٧) انظر: المحلى بالآثار (٧٠/٩).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٤٧٥/٣).

حجتهم:

قالوا: لأن البائع لم يوفّه ما أوجبه له العقد، ولم يوجد منه الرضا به ناقصاً، ولا سبيل إلى رد الصفقة، فالواجب الرجوع بما لم يرض به المشتري من العيب؛ لأن من غبن في بيعه، فإنه يرجع بقيمة الغبن^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني لقوة حجتهم، ومناقشة حجة أصحاب القول الأول، وأنها لا تنهض للأخذ بهذا القول.

(١) انظر: المغني (٢٤٣/٦)، المحلى بالآثار (٧٠/٩).

المبحث الثاني عشر

الغش فيما مأكوله في جوفه وأثره على العقد

بعض المواد الغذائية لا يعلم المشتري بعيبها إلا بعد كسرها أو فتحها، كالبطيخ، والرمان، وجوز الهند، والبيض، ونحوها، وهو ما يُعبّر الفقهاء عنه بقولهم "مأكوله في جوفه". فهل إذا اشتراها وعلم بعيبها بعد الكسر يحق له الخيار لأجل غشه بوجود العيب في المبيع؟

يختلف الحكم عند الفقهاء فيما إذا كان ينتفع بالمبيع بعد الكسر أو لا؟ وذلك في مطلبين:

المطلب الأول

إذا كان لا ينتفع بالمبيع بعد الكسر

إذا كسر المشتري المبيع أو شقه، فأتضح به عيب باطن، وكان بحيث لا ينتفع به أصلاً، كالبيض الفاسد غير بيض النعام، الذي لا يجوز أكله وهو المسمى بـ"المذر" فما الحكم؟

اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: قول جمهور العلماء من الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والمذهب عند

(١) انظر: فتح القدير (١٦٤/٥)، البدائع (٢٨٤/٥)، البحر الرائق (٨٩/٦)، حاشية ابن عابدين (٨٥/٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٨٦/٣)، أسنى المطالب (٧٠/٢)، الحاوي الكبير (٣١٨/٦)، مغني المحتاج (٤٤٣/٢).

الحنابلة^(١) والظاهرية^(٢) قالوا: إن المشتري يرجع بالثمن كله على البائع، سواء كان مما يمكن الاطلاع على عيبه قبل كسره أو لا.

وجه هذا القول:

لأنه تبين فساد العقد من أصله، لكونه وقع على ما لا نفع فيه، كالحشرات والميتات، وليس عليه أن يردّ المبيع إلى البائع، لأنه لا فائدة فيه^(٣).

القول الثاني: قول المالكية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥): قالوا: إذا كان المبيع لا يُطَّلَع على عيبه إلا بكسره، فلا رجوع للمشتري على البائع بشيء حتى لو بان المبيع فاسداً إلا أن يشترط، وإذا كان يُطَّلَع على عيبه قبل كسره، فبان فاسداً رجع المشتري على البائع بجميع الثمن.

وجه هذا القول:

قالوا: إذا كان لا يُطَّلَع على عيبه إلا بكسره، فإنه ليس من البائع تدليس ولا تفريط، لعدم معرفته بعيبه، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره، فجرى مجرى البراءة من العيوب، أما إذا كان يُطَّلَع على عيبه قبل كسره، فإن المشتري يرجع على البائع بجميع الثمن؛ لأن العقد فاسد، لكونه وقع على ما لا نفع فيه^(٦).

(١) انظر: المغني (٢٥٣/٦)، كشف القناع (٢٢٤/٣)، الإنصاف (٤٠٨/١١).

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (٧٣/٩).

(٣) انظر: فتح القدير (١٦٤/٥)، البحر الرائق (٨٩/٦)، مغني المحتاج (٤٤٣/٢)، الحاوي الكبير

(٣١٨/٦)، المغني (٢٥٣/٦)، كشف القناع (٢٢٤/٣)، والمصادر السابقة.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (١١٣/٣)، المدونة (٣٥٧/٣-٣٥٨)، شرح الخرشي

(١٣٠/٥).

(٥) انظر: المغني (٢٥٢/٦)، الإنصاف (٤٠٩/١١).

(٦) انظر: المصادر السابقة.

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: إن عقد البيع اقتضى السّلامة من عيب لم يَطَّلِع عليه المشتري، فإذا بان معيباً، ثبت له الخيار، وكون البائع لم يُفَرِّط لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يُسَلِّمه؛ بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد^(١)، ثم إن هذا غبن لا يجوز ولا يحل إلا برضا المغبون وطيب نفسه به، وإلا فهو آكل مال بالباطل، والبائع وإن لم يقصد الغش ولا علمه، فقد حصل بيده مال أخيه بغير رضا منه والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]^(٢).

الراجع:

الراجع هو القول الأول لقوة أدلتهم وورود المناقشة على أدلة القول الثاني، وهذه المسألة تحصل كثيراً خاصة في المعلبات الغذائية، فإنها أحياناً لا يوجد فيها تاريخ انتهاء مدة صلاحيتها، وأحياناً يوجد فيه التاريخ ولكن فيه غش كأن تكون مدة صلاحيتها أسبوعاً فيجعلونها شهراً، فإذا اشتراه المشتري ثم فتحه ووجد به عفناً، فهذا لا ينتفع به بعد فتحه للعفن الحاصل به، فعلى هذا يثبت للمشتري الخيار والرجوع على البائع بجميع الثمن، والله أعلم.

* * *

(١) انظر: المغني (٦/٢٥٣).

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (٩/٧٣).

المطلب الثاني

إذا كان ينتفع بالمبيع بعد الكسر

إذا كسر المشتري المبيع فوجده معيباً، وكان لعيبه قيمة مثل الرانج - وهو جوز الهند - وبيض النعام، والبطيخ الذي فيه دود في بعض أطرافه دون بعض، فهذا قد اختلف فيه الفقهاء وكل مذهب له تفصيلات في ذلك متعددة، تظهر من عرض المذاهب وأقوال الأئمة مفردة كما يلي:

أولاً: الحنفية:

قالوا: إذا كسر المشتري ما يمكن الانتفاع به في الجملة، فلا ردّ له على البائع، سواء أمكن استعمال المبيع بدون كسر أو لا^(١).

قال الكاساني في البدائع: "وإن كان - أي المبيع المكسور - مما يمكن الانتفاع به في الجملة، ليس له أن يردّه بالعيب، وإن وجد بعضه فاسداً دون بعض، ينظر إن كان الفاسد كثيراً، يرجع على البائع بجميع الثمن، لأنه ظهر أن البيع وقع في القدر الفاسد باطلاً، لأنه تبين أنه ليس بمال، وإذا بطل في ذلك القدر يُفسد الباقي كما إذا

مع بين حُرُّ وعبد وباعهما صفقة واحدة، وإن كان قليلاً فكذلك في القياس، وفي الاستحسان صح البيع في الكل، وليس له أن يرد ولا أن يرجع فيه بشيء؛ لأن قليل الفساد فيه مما لا يمكن التحرّز عنه، إذ هذه الأشياء في العادات لا تخلو عن قليل فساد فكان فيه ضرورة، فيلتحق ذلك القدر بالعدم"^(٢) اهـ.

(١) انظر: المسبوط (١٣/١٤)، فتح القدير (٥/١٦٤)، البحر الرائق (٦/٨٩)، حاشية ابن عابدين

(٨٥/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٥/٢٨٤).

ثانياً : المالكية :

قالوا: إذا اشترى شيئاً لا يُعرف عيبه إلا بإحداث تغيير في ذات المبيع كالبطيخ وجوز الهند، فإنه ليس للمشتري أن يردّه بعد أن يحدث فيه التغيير إلا إذا اشترط ردّه بذلك أو جرى العرف على رد المبيع بمثل هذا العيب، لأن العرف كالشرط في هذا، وكما أن المشتري ليس له الحق في ردّه، كذلك ليس له الحق في المطالبة بتعويض عما نقص بسبب العيب^(١).

قال في الشرح الصغير^(٢): "ولا ردّ بما لا يطلع عليه إلا بتغيّر للمبيع من كسر أو نشر أو ذبح كسوس خشب وفساد جوز، ولوز، وبندق، ومُرّ قثاء وبطيخ، ووجود فساد باطن شاة بعد ذبحها إلا لشرط فيعمل به وترد، ولا قيمة للمشتري على البائع عند عدم الرد إذا لم يشترط، وكذا لا قيمة للبائع على المشتري إذا ردّها بالشرط إذا كسرها في نظير الكسر فيما يظهر" اهـ.

وقال في الشرح الكبير على مختصر خليل: "وردّ البيض لفساده لأنه قد يُعلم قبل كسره، ويرجع المشتري بجميع الثمن، ولا شيء عليه في كسره إن كسره، دلّس البائع أو لا، هذا إن كان لا يجوز أكله كالمتن، وكذا إن جاز أكله كالمرووق إن دلّس بائعه كسره المشتري أو لا، أو لم يُدلّس ولم يكسره، فإن كسره فله رده وما نقصه ما لم يفت بنحو قليل وإلا فلا رد ورجع المشتري بما بين قيمته سالماً ومعيباً، فيقوم على أنه صحيح غير معيب وصحيح معيب"^(٣). اهـ.

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١٣/٣)، المدونة (٣٥٧/٣-٣٥٨)، الخرخشي على

مختصر خليل (١٣٠/٥)، التاج والإكليل (٣٤٤/٦).

(٢) الشرح الصغير للدردير ومعه بُلغة السالك (٩٥/٣).

(٣) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (١١٣/٣-١١٤).

ثالثاً: الشافعية:

قالوا: إن كان بعض المبيع فاسداً لا ينتفع به وبعضه غير فاسد ينتفع به كان للمشتري الحق في رده وأخذ ثمنه كاملاً بدون أن يلزم بشيء عما أحدثه فيه من التغيير؛ لأن له العذر في ذلك حيث لا يمكنه معرفته إلا بكسره، وإذا كانت معرفة ما في باطن المبيع لا تتوقف على كسره، أو كانت تتوقف على كسر يسير فكسره كسراً كبيراً، فإنه في هذه الحالة لا يكون له حق في الرد؛ لأنه أحدث فيه عيباً يمكن اختبار المبيع بدونه.

وإذا اشترى شيئاً لُبُّهُ فاسدٌ وقشره يُنتَفَعُ به كبيض النعام، فإن على المشتري أن يرده على بائعه، ويأخذ ثمنه، وهذا هو الأظهر عندهم^(١)، وفي المسألة تفصيل بيّنه كلام النووي في الروضة حيث قال^(٢): "أما إذا كان لفاسته قيمة، كالرأنج، وبيض النعام، والبطيخ إذا وجده حامضاً، أو مدوّد بعض الأطراف فللكسر حالان: أحدهما: أن لا يوقف على ذلك الفساد إلا بمثله، فقولان: أظهرهما عند الأكثرين: له رده قهراً كالمصرّاة، والثاني: لا، كما لو قطع الثوب، فعلى هذا هو كسائر العيوب الحادثة، فيرجع المشتري بأرش العيب القديم، أو يضم أرش النقصان إليه، ويرده كما سبق ..."

ثانيهما: أن يمكن الوقوف على ذلك الفساد بأقل من ذلك الكسر، فلا ردّ على المذهب كسائر العيوب، وقيل بطرد القولين...". اهـ.

رابعاً: الحنابلة:

قالوا: إذا اشترى ما لا يُطَّلَعُ على عيبه إلا بكسره، ولو كان ينتفع به بعد الكسر كالبطيخ، وجوز الهند، وبيض النعام، فبان عيبه ففيه روايتان:

(١) انظر: أسنى المطالب (٧٠/٢)، تحفة المحتاج (٣٨٠/٤)، مغني المحتاج (٤٤٢/٢-٤٤٣)، فيض

الإله المالك (٢٠/٢).

(٢) روضة الطالبين (٤٨٧/٣).

إحدهما: لا يرجع على البائع بشيء؛ لأنه ليس من البائع تدليس ولا تفریط. الثانية: يرجع عليه وهي ظاهر المذهب؛ لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري، وعلى الثاني: فإذا كسره نُظِر، فإن كان كسراً لا يمكن استعمال المبيع بدونته فالمشتري مخير بين ردّه، ورد أرش الكسر، وأخذ الثمن، وبين أخذ أرش عيبه، وقيل: لا أرش عليه لكسره؛ لأن ذلك حصل بطريق استعمال العيب، والبائع سلّطه عليه، وأما إن كان كسراً يمكن استعمال المبيع بدونته إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله وهو أن المشتري مخير بين ردّه، ورد أرش الكسر، وأخذ الثمن، وبين أخذ أرش عيبه، والرواية الثانية ليس له ردّه، وله أرش العيب.

وإن كسره كسراً لا يُبقي له قيمة، فله أرش العيب، لا غير؛ لأنه أتلفه^(١).

خامساً: الظاهرية:

قال ابن حزم^(٢): "ومن اشترى شيئاً فوجد في عمقه عيباً كبيض أو قثاء أو قرع أو خشب، أو غير ذلك، فله الرد أو الإمساك سواء كان مما يمكن التوصل إلى معرفته أو مما لا يمكن إلا بكسره أو شقه؛ لأن الغبن لا يجوز ولا يحل إلا برضا المغبون ومعرفته... اهـ".

الترجيح:

بعد هذا العرض التفصيلي لأقوال المذاهب وما استدلوا به، يظهر - والله أعلم - أن القول الراجح في هذا أن المشتري مخير بين الرد والإمساك، لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري، فإذا بان معيباً، ثبت له الخيار؛ ولأن هذا غبن لا يجوز، ولا يحل إلا برضا المغبون وطيب نفسه به كالمصرّاة.

(١) انظر: المغني (٦/٢٥٣-٢٥٤)، كشاف القناع (٣/٢٢٤)، الإنصاف (١١/٤٠٨-٤٠٩).

(٢) انظر: المحلى (٩/٧٣).

ولا أرش عليه لكسره، لأن ذلك حصل بطريق استعمال العيب والبائع سلّطه عليه، إلا أن يكون المشتري أتلف المبيع، فليس له الردّ ولكن يرجع على البائع بأرش النقص الحاصل بالمبيع، لأنه أتلفه، وهذا القول سواء أمكن الإطلاع على عيبه بلا كسر أو لا، لأن معرفة ذلك ظنيّة، ثم إنه ليس كلّ من اشترى شيئاً مما مأكوله في جوفه، يعلم عيبه قبل الكسر، حتى يجعل الحكم مطّرداً، لكن البائع لما أمكن أن يسأل عن ذلك قبل بيعه، فتركه، لذلك يعتبر تغريماً بالمشتري يثبت له الخيار مطلقاً، وهذا القول الراجح هو قول عند الشافعية، والحنابلة وهو ظاهر مذهب ابن حزم رحمه الله^(١).



(١) انظر: الحاوي (٣١٩/٦)، روضة الطالبين (٤٨٧/٣)، مغني المحتاج (٤٤٣/٢)، المغني (٢٥٣/٦)، الإنصاف (٤٠٩/١١-٤١٢)، المحلى (٧٣/٩).

المبحث الثالث عشر

الغش في بيع المرابحة للأمر بالشراء وأثره على العقد

المرابحة للأمر بالشراء، من أعظم أوجه الاستثمار التي تقوم بها المصارف الإسلامية، وقد جاء بيان حقيقتها في الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية.

"وهو أن يتقدم العميل إلى البنك طالباً منه شراء سلعة معينة، بالموصفات التي يحددها، على أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له فعلاً مرابحة، بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسماً حسب إمكانياته"^(١).

وأكثر تعاريف الباحثين، لا يختلف عن تعريف الموسوعة^(٢).

وعليه فالخطوات العملية للمرابحة للأمر بالشراء هي^(٣):

١- أن يحدد المشتري السلعة التي يريدتها والموصفات التي تتصف بها، ويطلب من البائع أن يحدد ثمنها.

٢- البائع يرسل إلى المصرف فاتورة عرض أسعار محددة بوقت معين.

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية (٢٩/١)، وهذا الذي ورد من التعريف مأخوذ من تعريف الدكتور سامي حمود في رسالته: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية (ص ٤٧٦-٤٧٩).

(٢) انظر: الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، لأميرة مشهور (ص ٣٣٤)، بيع المرابحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية. د: توفيق المصري (ص ١٣). مؤسسة الرسالة، بيع المرابحة كما تجر به البنوك الإسلامية، د. محمد بن سليمان الأشقر. ط. دار النفائس (١/٧١)، بيع المرابحة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، لأحمد سالم ملحم. ط. مكتبة الرسالة الحديثة (ص ١١٢)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الخامسة - الجزء الثاني ١٤٠٩ هـ. (من ٩٦٥-١١٩١).

(٣) انظر: أدوات الاستثمار الإسلامي (ص ٣٠)، نقلاً عن المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. د. محمد عثمان شبير. دار النفائس (ص ٢٦٤).

- ٣- المشتري يعد المصرف بشراء السلعة إذا اشتراها وعداً ملزماً.
- ٤- المصرف يدرس الطلب ويحدد الشروط والضمانات من كفالة ونحوها.
- ٥- المصرف يقوم بشراء السلعة من البائع، ويدفع ثمنها نقداً، ويرسل موظفاً باستلام السلعة، وبذلك تدخل في ملكه.
- ٦- المشتري يوقع عقد بيع مراجعة مع المصرف على شراء السلعة ودفع ثمنها مؤجلاً بحسب الاتفاق، ويستلم السلعة.
- هل هذه المعاملة مستحدثة؟.

ظنَّ بعض الباحثين^(١) أن هذه المعاملة من نوازل العصر وقضاياه، والواقع أن هذه المعاملة ليست مستحدثة، وإنما المستحدث هو التسمية فقط، أما حقيقة المعاملة فهي معروفة في الفقه الإسلامي، ولعلنا نذكر بعض النصوص الفقهية التي تبين هذا الأمر:

١- ففي كتاب الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة رواية السرخسي^(٢): "قلت: رأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً 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؟".

(١) راجع رسالة د. سامي حمود "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية"، والبحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي ضمن الدورة الخامسة (١٠٩٢/٢)، وبيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية لأحمد سالم ملحم (ص ١١٣).

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل، أبو بكر، شمس الأئمة السرخسي، الفقيه الحنفي، الأصولي، القاضي المجتهد، كان إماماً من أئمة الحنفية، متكلماً، مناظراً، صاحب كتاب "المبسوط"، أملى نصفه وهو في السجن، ت: سنة ٤٨٣هـ. انظر: الجواهر المضية (٢٨/٢).

قال: يشتري المأمور الدار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام..^(١) اهـ.

٢- والمسألة مبسوسة^(٢) لدى المالكية كما في المنتقى لأبي الوليد الباجي^(٣)، والشرح الكبير لمختصر خليل^(٤)، والمقدمات لابن رشد^(٥).

وننقل نص الدردير المالكي في الشرح الكبير على سبيل التمثيل حيث قال: "وكره: اشتره، ويومئ لتربيحه، فإن صرح بقدر الزيادة حرم، وإن أوما من غير تصريح بلفظه، نحو: ولا يكون إلا خيراً، جاز"^(٦) اهـ.

٣- وفي كتاب الأم للإمام الشافعي رحمه الله تعالى قال: "إذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال: اشترها وأربحك فيها كذا فاشترها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه... وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما فهو مفسوخ من قبل شيئين:

أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع.

الثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشترته على كذا، أربحك كذا"^(٧).

٤- وفي أعلام الموقعين لابن القيم - رحمه الله - قال ما نصه^(٨): "المثال الموفى مائة - أي من أمثلة الحيل - : رجل قال لغيره: اشتر هذه الدار، أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف إن اشترها أن يبدو للأمر فلا

(١) الحيل (ص ٧٩، و ١٢٧).

(٢) راجع بحث بيع المراجعة كما تجر به البنوك الإسلامية. د. محمد سليمان الأشقر (ص ٩٣) وما بعدها.

(٣) انظر: المنتقى لأبي الوليد الباجي (٣٨/٥ - ٣٩)، مع موطأ الإمام مالك رحمه الله.

(٤) انظر: الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي (٣/٨٨ - ٨٩).

(٥) انظر: المقدمات (٢/٢١١).

(٦) الشرح الكبير شرح مختصر خليل (٣/٨٩)، وراجع الشرح الصغير مع بلغة السالك (٣/٧٧).

(٧) كتاب الأم (٣/٣٩).

(٨) أعلام الموقعين لابن القيم (٤/٢٣).

يريدها، ولا يتمكن من الرد، فالحيلة: أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للأمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه وإلا تمكن من ردّها على البائع بالخيار".

المطلب الأول

الحكم الشرعي في بيع المراجعة للأمر بالشراء

كما سبق عرضه في الخطوات العملية للمراجعة للأمر بالشراء يتضح أن المراجعة للأمر بالشراء تتكون من:

١- وعد ملزم من المشتري للمصرف بشراء السلعة مراجعةً.

٢- عقد بيع بين المصرف والبائع، وهو مالك السلعة.

٣- عقد بيع مراجعة بين المصرف والمشتري مع الزيادة في سعر السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل (بيع التقسيط).

وسأبين حكم كل عنصر من هذه العناصر بإيجاز لنخلص إلى الحكم الشرعي في هذه المعاملة:

أما العنصر الثالث: وهو بيع المراجعة مع الزيادة في سعر السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل. فبيع المراجعة للأمر بالشراء يعتمد بالضرورة على بيع التقسيط، فمن حرم بيع التقسيط، فتحريم بيع المراجعة للأمر بالشراء من باب أولى، ولا يلزم العكس؛ لأن بيع المراجعة للأمر بالشراء يتضمن أموراً أخرى من العقود غير بيع التقسيط، اختلف فيها أهل العلم، ليس هذا موطن عرضها.

فأما بيع التقسيط فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: جواز بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل، وهذا مذهب جماهير أهل العلم، من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)،

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٢٤)، تبين الحقائق (٤/٧٨)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٧٨/٢).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣/١٦٣)، شرح الخرشي (٥/١٧٤)، بلفه السالك (٣/١٣٨)، الموافقات للشاطبي (٤/٤١-٤٢).

والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، وغيرهم، ولم ينصّ أئمة المذاهب رحمهم الله على هذه المسألة - أعني بيع التقسيط - بعينها، إلا أن عباراتهم صريحة في جواز الزيادة في الثمن مقابل الزيادة في الأجل.

وقد عبّروا عن ذلك بقولهم على سبيل المثال:

أولاً: الحنفية: "الثمن قد يزداد لمكان الأجل"^(٣).

"يزاد على الثمن لأجل الأجل"^(٤).

ثانياً: المالكية: "النسأ في أحد العوضين يقتضي الزيادة"^(٥)، "لأن للأجل حصة من الثمن"^(٦).

ثالثاً: الشافعية: "الخمسة نقداً تساوي ستة نسيئة"^(٧).

"الأجل يقابله قسط من الثمن"^(٨).

رابعاً: الحنابلة: "الأجل يأخذ قسطاً من الثمن"^(٩).

وقد حكى أبو العباس ابن تيمية أن الفقهاء متفقون على جواز التورق^(١٠)، إذا

(١) انظر: حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج (٤/٤٣٣)، نهاية المحتاج (٤/١١٥)، حاشية الجمل (٣٣/١٨٣، ٧٧).

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/٢١)، كشف القناع (٣/١٨٦).

(٣) بدائع الصنائع (٥/٢٢٤).

(٤) تبين الحقائق (٤/٧٨).

(٥) الموافقات للشاطبي (٤/٤٢، ٤١).

(٦) حاشية الدسوقي (٣/١٦٣)، بلغة السالك (٣/١٣٨).

(٧) الوجيز للغزالي (١/٨٥) ط. دار المعرفة.

(٨) نهاية المحتاج (٤/١١٥)، حاشية الجمل (٣/٧٧).

(٩) مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/٤٩٩).

(١٠) التورق: "أن يشتري الشخص سلعة نسيئة، ثم يبيعهها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به ليحصل

بذلك على النقد". راجع شرح السنن لابن القيم (٥/١٠٨)، كشف القناع (٣/١٨٦).

كان غرضه التجارة، أو الانتفاع والقنية^(١)، والمشتري لم يبتاعها من البائع إلا بزيادة لأجل الأجل.

أدلتهم:

استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة أهمها:

١ - عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

وقوله ﷺ: (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم)^(٢).

وجه الدلالة من الآيات والحديث:

إن بيع التيسيط بيع لم يدخله شائبة الربا، لاختلاف الجنسين (النقد والسلعة) وعدم اتحاد العلة بينهما، فهو داخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ...﴾، إذا ثبت هذا فالتاجر حرّ في تحديد أسعاره، فله أن يبيع بالسعر الذي يريد ما لم يصل إلى حد الاستغلال والظلم والاحتكار^(٣).

٢ - عن عبدالله بن عمرو بن العاص ﷺ أن النبي ﷺ أمره أن يُجهز جيشاً، فنفتد الإبل، فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة قال: فكننت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة^(٤).

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٢١/٤).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٢١١/٣) رقم (١٥٨٧).

(٣) راجع: المعاملات المالية المعاصرة، د. محمد عثمان شبير (ص ٢٦٧).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: في الرخصة في ذلك - يعني بيع الحيوان بالحيوان نسيئة - (٦٥٢/٣) رقم (٣٣٥٧)، والحاكم في المستدرک (٥٦/٢-٥٧)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة (٢٨٧/٥)، والدارقطني في سننه (٦٩/٣) كلهم من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبدالله بن عمرو، والحديث

وجه الدلالة من الحديث:

إن أخذ البعير بالبعيرين لأجل الأجل دليل على أن للأجل زيادة في الثمن ليست كالمعجل والحال.

٣- القياس على السَّلْم، وهو بيع آجل بعاجل، فهو يتضمن بيع السلعة مؤجلة، بثمن معجل، وفي الغالب يكون السعر أقل من ثمن المثل لأجل التعجيل، فإذا جاز الحط من الثمن لأجل التعجيل جازت الزيادة في الثمن لأجل التأجيل^(١).

القول الثاني: عدم جواز بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل.

ومن ذهب إلى هذا القول محمد بن سيرين^(٢)، وشريح القاضي^(٣)، وزين

حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبدالله بن عمرو، والحديث إسناده ضعيف لعننة ابن إسحاق؛ إذ إنه مدلس ومع ذلك فقد اضطرب في إسناده، وفيه - أيضاً - مسلم بن جبير وعمرو بن حريش وهما مجهولان كما في التقريب، قال البيهقي: "اختلفوا على محمد بن إسحاق في إسناده، وحماة بن سلمة أحسنهم سياقاً". وقال ابن القطان: "هذا الحديث ضعيف، مضطرب الإسناد" كما نقل ذلك الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٧)، والحديث ضعفه الخطابي في معالم السنن (٣/٦٥٣)، وبهذا يتبين غلط ووهم قول الحاكم في هذا الحديث "هذا حديث صحيح على شرط مسلم"؛ لأن مسلم بن جبير وعمرو بن حريش من رجال أبي داود فحسب كما في التقريب (ص ٩٣٧، ٧٣٣)، ولكن هذا الحديث له طريق آخر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/٢٨٨)، والدارقطني في سننه (٣/٦٩)، والحديث صححه البيهقي، والحديث إسناده حسن للاختلاف في عمرو بن شعيب نفسه. انظر: إرواء الغليل (٥/٢٠٥).

(١) انظر: المعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٦٧).

(٢) انظر: المصنف للإمام عبدالرزاق الصنعاني (٨/١٣٧).

(٣) انظر: المصنف لعبدالرزاق (٨/١٣٧)، وأخبار القضاة لوكيع (٢/٣٣٧)، وشريح القاضي، هو

ابن الحارث بن قيس النخعي، مخضرم ثقة، وقيل: له صحة، ت: قبل الثمانين أو بعدها. انظر:

التقريب (ص ٤٣٤).

العابدين^(١)، وابن حزم الظاهري^(٢) وغيرهم^(٣). واستدل أصحاب هذا القول بأدلة من أهمها:

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما، أو الربا)^(٤).

(١) انظر: نيل الأوطار (٢٣٦/٦)، وزين العابدين: هو علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، أبو الحسين، وقيل: أبو الحسن، الملقب بزین العابدين (لعبادته)، رابع الأئمة الاثني عشر، ومن سادات التابعين، ومن فقهاء أهل البيت، وكان كثير الحديث. ت: سنة ٩٤هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (٧٤/١)، طبقات ابن سعد (٢١١/٥).

(٢) انظر: المحلى بالآثار (٥/٩).

(٣) انظر: القول الفصل في بيع الأجل لعبد الرحمن عبد الخالق (ص ٣١) ط. مكتبة ابن تيمية، وسلسلة الأحاديث الصحيحة للشيخ العلامة ناصر الدين الألباني (٤٢٣/٥).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٥/٥)، وعنه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: فيمن باع بيعتين في بيعة (٧٣٨/٣) رقم (٣٤٦١)، وكذا ابن حبان في صحيحه (رقم (١١١٠))، والحاكم في المستدرک (٤٥/٢)، وعنه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤٣/٥)، كلهم من طريق يحيى بن زكريا بن أبي زائدة عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

والحديث صححه الحاكم فقال: "صحيح على شرط مسلم"، ووافقه الذهبي، وفي سننه محمد بن عمرو بن علقمة، تكلم فيه غير واحد من أهل العلم، ولم يروها عنه بهذا اللفظ إلا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، ولهذا ضعفها الخطابي في معالم السنن (٧٣٩/٣)، ورواه جماعة منهم: عبدالعزيز الدراوردي ومحمد بن عبدالله الأنصاري ويحيى بن سعيد، وغيرهم عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة بلفظ: أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة. أخرجه بهذا اللفظ الترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (٥٣٣/٣) رقم (١٢٣١)، والنسائي، كتاب البيوع، باب: بيعتين في بيعة (٢٩٦/٧)، رقم (٤٦٣٢)، والإمام أحمد في المسند (٤٧٥/٢، ٤٣٢، ٥٠٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤٣/٥)، والحديث قال فيه الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح"، وكذا صححه ابن حبان، والحديث إسناده حسن لأجل محمد بن عمرو. والله أعلم.

وجه الدلالة من الحديث: قالوا: ظاهر الحديث يدل على عدم جعل سعرين للسلعة: سعر للنقد، وسعر للنسيئة، فإذا جعل سعرين للسلعة فليبع بأقلهما وإلا كان يبعه ربا^(١).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال بما يلي:

١- إن هذا الحديث بهذه الزيادة ضعيف، لأن في إسناده محمد بن عمرو بن علقمة، وقد تكلم فيه غير واحد من أهل العلم، قال فيه ابن معين: ما زال الناس يتقون حديثه، وقيل له: وما علة ذلك؟ قال: كان يحدث مرة عن أبي سلمة بالشيء من رأيه، ثم يحدث به مرة أخرى عن أبي سلمة عن أبي هريرة^(٢)، وقال يعقوب بن شيبه: هو وسط وإلى الضعف ما هو^(٣)، وقال فيه النسائي: ليس به بأس، وذكره ابن حبان^(٤) في الثقات وقال: يخطئ^(٥)، وقال الحافظ في التقریب: "صدوق ولكن له أوهام"^(٦).

ومثل من هذا حاله لا يقبل حديثه إذا تفرّد بشيء لم يعرفه الناس، وهذه الزيادة "فله أوكسهما...." لم يروها غيره قال الخطابي: "لا أعلم أحداً من الفقهاء قال

(١) انظر: نيل الأوطار (٢٣٦/٦)، سلسلة الأحاديث الصحيحة (٤٢٤/٥)، القول الفصل في بيع الأجل (ص ٣١).

(٢) انظر: تهذيب الكمال للمزي (٢١٢/٢٦).

(٣) انظر: تهذيب التهذيب (٦٦٣/٣).

(٤) هو محمد بن حبان بن أحمد بن حبان، أبو حاتم البستي، التميمي الداري، ويقال له: ابن حبان، الفقيه المحدث، صاحب صحيح ابن حبان، ت: سنة (٢٤٥) هـ. انظر: تذاكر الحفاظ (٩٢٠/٣).

(٥) انظر: الثقات لابن حبان (٣٧٧/٧).

(٦) انظر: تقریب التهذيب (ص ٨٨٤)، رقم (٦٢٢٨).

بظاهر هذا الحديث، وصحح البيع بأوكس الثمنين، إلا شيء يحكى عن الأوزاعي، وهو مذهب فاسد، وذلك لما تتضمنه هذه العقدة من الغرر والجهل^(١). اهـ.

٢- إن الحديث ثابت بلفظ: "نهى عن بيعتين في بيعة" دون الزيادة المذكورة، وهذه الرواية لا تدل على عدم جواز بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل، لأن معنى الحديث هو أن يقول البائع: أبيعك هذه السلعة بعشرة نقداً أو بعشرين نسيئة، ثم يتفرقا ولم يحسما البيع^(٢)، والعلة فيها هو الجهل بالثمن وعدم استقرار أحدهما مما يؤدي إلى المنازعة والجهالة، قال الخطابي: "فأما إذا بآته على أحد الأمرين في مجلس العقد فهو صحيح لا خلاف فيه"^(٣). قال الشوكاني: والعلة في تحريم بيعتين في بيعة: عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمانين، والتعليق بالشرط المستقبل في صورة بيع هذا على أن يبيع منه ذلك، ولزوم الربا في صورة القفيز الخنطة^(٤).

(١) معالم السنن للخطابي (٩٧/٥) الموجود مع مختص سنن أبي داود. ت: محمد حامد الفقي ط. مكتبة ابن تيمية وبعد أن نقل صاحب عون المعبود الأقوال وكلام الأئمة قال عن هذه الزيادة: "وبهذا يعرف أن رواية يحيى بن زكريا فيها شذوذ كما لا يخفى". اهـ عون المعبود (٣٣٢/٩).

(٢) راجع تفسير البيعتين في بيعة: كلاً من المبسوط (١٦/١٣)، فتح القدير (٢١٤/٥)، المدونة (٢٢٥/٣، ٢٠)، المنتقى للباجي (٣٦/٥)، الفواكه الدواني (٩٤/٢-٩٥)، شرح الحرشي (٧٢/٥)، شرح حدود ابن عرفة (٣٥١/٢)، الأم للشافعي (١٨٦/٨)، تحفة المحتاج مع حواشيه (٢٩٤/٤)، نهاية المحتاج (٤٥٠/٤)، حاشية الجمل (٧٣/٣)، المغني (٣٣٣-٣٣٢/٦)، الفتاوى الكبرى (٥١/٦)، أعلام الموقعين (١١٩/٣)، كشف القناع (١٧٤/٣)، المصنف لابن أبي شيبة (٥٥/٥)، المصنف عبدالرزاق (١٣٧/٨-١٣٨)، المحلى لابن حزم (١٥/٩)، معالم السنن (٩٨/٥)، نيل الأوطار (٢٣٥/٦)، سبل السلام (٢٠/٢).

(٣) معالم السنن (٩٩/٥)

(٤) نيل الأوطار (٢٣٦/٦).

٢- الدليل الثاني من أدلة القول الثاني: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع...) الحديث^(١).
وجه الدلالة من الحديث: كما قال ابن قتيبة في تفسير شرطين في بيع قال: "هو أن يشتري الرجل السلعة إلى شهرين بدينارين، وإلى ثلاثة أشهر بثلاثة دنانير وهو بمعنى بيعتين في بيعة"^(٢) اهـ، وهذا هو بيع التقسيط.

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال بما يلي:

ف قيل: إن العلماء اختلفوا في معنى الشرطين في البيع اختلافاً كبيراً، والأغلب منهم فسره بتفسير حديث بيعتين في بيعة أو على قول البائع: بعثك ثوبي على أن أخيطه، ولا أن يقول على أن أقصره وأخيطه^(٣)، وعلى هذا فلا حجة لكم بهذا الحديث على منع بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل.

٣- الدليل الثالث لأصحاب القول الثاني: قالوا: ولأن هذا البيع يشتمل على الربا؛ لأن الزيادة في الثمن المؤجل ربا، وكل زيادة في نظير الأجل تعد ربا، فهي كالزيادة في الدين لأجل الأجل^(٤).

مناقشة هذا التعليل: قال أصحاب القول الأول: إن القول بأن هذا البيع يشبه الربا لوجود زيادة في الثمن لأجل التأجيل غير مسلم به؛ لأن الزيادة الربوية في الدين

(١) سبق تخرجه.

(٢) غريب الحديث (٨/١).

(٣) انظر: شرح معاني الآثار (٤٦٦/٤-٤٧)، بدائع الصنائع (١٥٨/٥)، الأم (١٨٦/٨)، المغني

(٣٢١/٦) وما بعدها، المحلى (٤١٦/٨)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥١/٦) و (٢٠/٤)، أعلام

الموقعين (١١٩/٣)، نيل الأوطار (٢٦٦/٦)، وسبل السلام (٢١/٢).

(٤) انظر: بيع التقسيط د. رفيق المصري. ضمن أبحاث المجمع الفقهي (٣٣١/١/٦) القول الفصل في بيع

الأجل (ص ٣٣)، المعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٧٠).

ما كانت بين متماثلين: دراهم بدراهم، وقمح بقمح، مع زيادة لأجل الأجل، أما الزيادة في ثمن السلعة فهي ليست ربوية لأنها بين مختلفين، قال عليه السلام: (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم)^{(١)(٢)}.

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول، وهو جواز بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل الأجل؛ لقوة أدلتهم وسلامتها، وضعف أدلة القول الثاني ومناقشتها^(٣).

العنصر الثاني في خطوات بيع المراجعة للأمر بالشراء هو: عقد بيع بين المصرف والبائع - مالك السلعة -، فحكم هذا العنصر هو أن البيع جائز باتفاق الفقهاء؛ لأنه بيع تامة شروطه ولا محذور فيه.

أما حكم العنصر الثالث: وهو الوعد الملزم من المشتري للمصرف بشراء السلعة مراجعة.

لقد جعل بعض الباحثين^(٤) هذه المسألة تحت مسألة الوعد، هل هو ملزم أم لا؟^(٥). وخلصوا إلى رأي المالكية في هذه المسألة، وهو أن الوعد ملزم قضاءً إذا كان

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: بيع التسيط. د. ربيع المصري (٣٣١/١/٦)، المعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٧٠).

(٣) انظر: مجلة المجمع الفقهي، فقد ذهب مجمع الفقه ضمن دورة مؤتمره السادس بجدة إلى جواز بيع التسيط (٤٤٧/١/٦).

(٤) انظر: البحوث الآتية فقد جوّزت بيع المراجعة على أساس الوعد الملزم من المشتري للمصرف - بيع المراجعة للأمر بالشراء. د. يوسف القرضاوي (ص ١٥١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية (ص ٤٧٩) وما بعدها، بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية. د. أحمد سالم ملحم (ص ١١٧)، المعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٦٥).

(٥) انظر: بحث حكم الوفاء بالوعد في كل من مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩٢٩-٧٥٣/٢/٥)، وبيع المراجعة كما ترجمه البنوك الإسلامية. د. محمد الأشقر (٨٥/١)، ضمن أبحاث فقهية معاصرة، الفروق للقرافي (٢٥-٢٠/٤) والمحلى لابن حزم (٢٨/٨)، والفروع (٤١٥/٦)، فتح العلي المالک (٢٥٤/١)، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٣٢١/٢) ط. دار المعرفة، التمهيد (٢٠٩/٣)،

متعلقاً بسبب، ودخل الموعود فيه بورطة. فمن أجل هذا ؛ قالوا: إن العميل إذا واعد المصرف وعداً ملزماً فيلزمه ذلك الوعد.

والحقيقة أن مسألة الوفاء بالوعد شيءٌ ومسألة إلزام المشتري بعقد البيع مع المصرف شيءٌ آخر؛ لأن الوعد الملزم من المشتري للمصرف إنما هو في الحقيقة عقدٌ لاتفاق الإرادتين على إنشاء حق، فهو عقد بلا ريب، ولو سُمِّيَ وعداً فهو عقد أيضاً، ثم إن العقد ارتباطٌ منجز، أما الوعد فهو مجرد إبداء الرغبة في فعل معروف من الواعد لغيره^(١).

ومما يبيّن هذا بجلاء هو أن المالكية أنفسهم، والذين يقولون بوجوب الوفاء بالوعد قضاءً إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعود فيه بشيء. قد حرّموا ومنعوا صورة الوعد الملزم من المشتري للبائع، لأن الوعد الذي يتحدث عنه المالكية، إنما هو الوعد بإنشاء المعروف، أما الوعد التجاري والذي يريد به أحد الطرفين الحصول على ربح من الطرف الآخر، هو شيءٌ آخر لم يقصده المالكية في كلامهم على حكم الوفاء بالوعد. يوضح هذا ثلاثة أمور :

الأمر الأول: أن المالكية قد ذكروا في الإلزام بالوعد أمثلة تبيّن مقصودهم وهي من نوع خاص مثل ما فيه إرفاق بالموعود، ومعاونة له كإقراضه، أو إبرائه من دين، أو تأخيرته عنه، أو كفالاته لدى غريمه أو إعاناته في مهر زواجه أو نحو ذلك.

الفتوحات الربانية على الأذكار النووية (٢٥٩/٦)، تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب (ص ١٥٤).

(١) انظر: بيع المراجعة كما تجرّه البنوك الإسلامية (ص ٨٥)، والمراجعة للأمر بالشراء، د. الصديق محمد الضير (ص ١٠٠٠)، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٠٠٠/٢/٥).

قال الشيخ عَلِيّش^(١): " فصل: وأما العِدَّة فليس فيها إلزام الشخص نفسه شيئاً الآن، وإنما هي كما قال ابن عرفة: إخبار عن إنشَاء المخبر معروفاً في المستقبل"^(٢) ثم مثَّل بما دُكر آنفاً، ولم يمثَّل مطلقاً بالوعد بإجراء بيع أو نحوه^(٣)، وعلى هذا فلا ينبغي أن يُحمل كلام المالكية في الوعد على العموم لأن الوعد التجاري هو من جملة عقود المعاوضات التي يراد بها تحصيل المنفعة للواعد والموعد، وليس المراد الإرفاق والمعروف من الواعد للموعد^(٤).

الأمر الثاني: أن الوعد الملزم في بيع المراجعة قد نصّ المالكية أنفسهم على حرمة ومنعه تمثيلاً مع قاعدتهم التي هي من أصول مذهبهم وهي " سد الذرائع".

قال ابن عبد البر رحمه الله في الكافي: "وأما بيع العينة فمعناه أنه تحيل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة، وهو أيضاً من باب بيع ما ليس عندك، وقد نهى عنه رسول الله ﷺ... مثال ذلك: أن يطلب رجل من آخر سلعة ليبيعه منه بنسيئة، وهو يعلم أنها ليست عنه، ويقول له: اشتراها من مالكةا هذا بعشرة وهي عليّ باثني عشر، أو بخمسة عشر إلى أجل كذا فهذا لا يجوز لما ذكرنا"^(٥). اهـ.

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبدالله، المعروف بالشيخ عَلِيّش، الفقيه المالكي، تولى مشيخة السادة المالكية ووظيفة الإفتاء بالديار المصرية، ت: سنة ١٢٩٩هـ. انظر شجرة النور (ص ٣٨٥)، الإعلام (٢٤٤/٦)

(٢) انظر: فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك (١/٢٥٤)، وانظر: الفروق للقرافي (٢٥-٢١/٤).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر: بيع المراجعة كما تجرّيه البنوك الإسلامية (ص ٩٢).

(٥) الكافي لابن عبد البر (٦٧٢/٢)، وراجع المقدمات لابن رشد (٣٩٩/٥)، والشرح الصغير (١٣٨/٣)، منح الجليل (١٠٢/٥).

وقال الدردير: "وكره: اشتره، ويؤمىء بترييحه، فإن صرح بقدر الزيادة حرم. وإن أوماً من غير تصريح بلفظه نحو: ولا يكون إلا خيراً جاز"^(١). اهـ. فهذه النقول عن المالكية وغيرها تقطع بأن الوعد المبني على سبب يقضى به، إذا تورط الموعود به في ذلك السبب، إذا كان من باب المعروف، ولا يدخل في بيع المراجعة للأمر بالشراء لأنها من عقود المعاوضات.

الأمر الثالث: أن المالكية لا يسمون مثل هذه المعاملة وعداً وإنما يسمونها "مواعدة" وعندهم فرق بين المواعدة والعدّة (الوعد). قال ابن رشد: المواعدة: أن يَعدَّ كلُّ واحدٍ منهما صاحبه؛ لأنها مفاعلة لا تكون إلا من اثنين. وقال: والعدّة (الوعد): أن يَعدَّ أحدهما صاحبه بالتزويج دون أن يعده الآخر^(٢).
والوعد الملزم المتفق عليه بين المشتري والمصرف لا يسمى وعداً بل مواعدة لأنه بين اثنين.

والمالكية لهم في المواعدة قاعدة تنطبق على مسألتنا وهي:
"الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية"^(٣).
ومن ثمّ منعوا المواعدة في العدّة للمطلقة ثلاثاً أو المتوفى عنها زوجها، وكذا المواعدة فيما ليس عند البائع^(٤).

وقد سئل مالك رحمه الله في الرجل يأتي إلى آخر لبيّتاع منه طعاماً أو حيواناً أو عروضاً أو متاعاً إلى أجل فيقول البائع ليس عندي، ثم ذهب فاشترى مثل ذلك المبتاع ثم لقيه بعد ذلك فقال البائع للمشتري: عندي ما تُحب فتعال أبيعك، فقال

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٨٩/٣).

(٢) انظر: التاج والإكليل (٣٣/٥)، مواهب الجليل (٣٣/٥)، شرح الخرشبي (١٦٩/٣).

(٣) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للإمام الونشريسي (ص ٢٧٨).

(٤) انظر: إيضاح المسالك (ص ٢٧٨)، منح الجليل (١٠٢/٥)، شرح الخرشبي (١٦٩/٣).

رحمه الله: "إن لم يكن إلا هذا فلا بأس به إن لم يكن مواعدة، أو عادة يعرض له بها"^(١).

إذا ثبت هذا، فإن بيع المراجعة كما تجر به البنوك الإسلامية له طريقتان:

الطريقة الأولى: وتبني على المواعدة الملزمة بالاتفاق بين الطرفين.

وصورتها: أن يتفق البائع (المصرف) والعميل (المشتري) على أن يقوم البائع

(المصرف) بشراء البضاعة المعينة، عقاراً أو غيره، ويلتزم المشتري (العميل) أن يشتريها من المصرف بعد ذلك بثمن اتفقا عليه مقداراً وأجلاً وربحاً.

فهذه الصورة اختلف فيها أهل العلم قديماً وحديثاً على قولين:

القول الأول: أن بيع المراجعة على سبيل المواعدة الملزمة عقد باطل، وهذا

مذهب عامة أهل العلم من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦)، وقد أخذ بهذا القول جمع من العلماء المعاصرين^(٧)، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت، فقرر بقوله: "ثالثاً: المواعدة

(١) المنتقى (٢٨٨/٤)، وراجع منح الجليل (١٠٢/٥).

(٢) انظر: كتاب الحيل للإمام محمد بن الحسن رواية السرخسي (ص ١٢٧، ٧٩).

(٣) انظر: المنتقى للبايجي (٣٨/٥-٣٩)، الشرح الكبير (٨٨-٨٩/٣). المقدمات لابن رشد (٣٩٩/٥-٤٠٠)، الكافي (٦٧٢/٢).

(٤) انظر: الأم (٣٩/٣).

(٥) انظر: أعلام الموقعين (٢٣/٤).

(٦) انظر: المحلى (١٥/٩).

(٧) منهم فضيلة شيخنا العلامة عبدالعزيز بن باز - رحمه الله تعالى - ضمن فتوى ذكرها د. محمد الأشقر، و د. محمد الأشقر في بيع المراجعة كما تجر به البنوك الإسلامية (ص ٧٢)، و د. الصديق الضرير. المراجعة للأمر بالشراء ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٠٠٠/٢/٥)، و د. بكر أبو زيد. بيع المواعدة ضمن مجلة المجمع (٩٨٣/٢/٥)، و د. علي السالوس ضمن مجلة المجمع (١٠٦٣/٢/٥).

- وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار، للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار، فإنها لا تجوز" (١).

أدلتهم:

لقد علل كل واحد من أهل العلم على ذلك بما هو موافق لمذهبه، وإن كان بعضهم يتفق في الحكم ويخالف في التعليل، إلا أنهم متفقون على التعليل الأول مما سأذكره:

١- أن البيع مع الإلزام يكون من باب بيع ما لا يملك؛ لأن اتفاق الطرفين بناءً على هذه المواعدة هو في حقيقته عقد بيع على سلعة مقدرة التملك، وقد نهى النبي ﷺ حكيم بن حزام عن ذلك حينما قال له: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني المبيع لما ليس عندي فأبيعه منه ثم ابتاعه من السوق. فقال ﷺ: (لا تبع ما ليس عندك) (٢)(٣).

٢- إن الإلزام في الوعد يجعل هذه المعاملة داخلة في النهي عن بيعتين في بيعة التي نهى عنه النبي ﷺ (٤).

وجه الدلالة من الحديث:

قال الباجي: "ولا يمتنع أن يوصف بذلك من وجهة أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمّن بيعتين: إحداهما الأولى، وهي بالنقد، والثانية المؤجلة" (٥).

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٥٩٩/٢/٥)، وراجع قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية (٣١٩/١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) وقد أشار إلى هذه العلة كل من الإمام الشافعي في الأم (٣٩/٣)، والباجي في المنتقى (٣٩-٣٨/٥)، وابن عبد البر في الكافي (٦٧٢/٢)، وشيخنا ابن باز رحمه الله في فتواه بيع المراجعة د. الأشقر (ص ٧٢).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) المنتقى للباقي (٣٨/٥).

فالمواعدة إن لم تكن ملزمة للطرفين لم يكن ثمة بيعتان في بيعة، لكنها إذا صارت ملزمة صارت عقداً بعد أن كانت وعداً، وكان هناك بيعتان في بيعة^(١).

المناقشة:

قال القائلون بجواز الإلزام: إن تفسير الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة لحديث بيعتين في بيعة هو أن يقول: أبيعك هذا نقداً بعشرة، أو بعشرين نسيئة، ثم يتفرقاً ولم يحسما البيع^(٢)، فنهي عن ذلك لأجل الجهالة في الثمن، وبيع المراجعة ليس كذلك إذ يشترط الفقهاء لصحته العلم بالثمن والربح، وأن تكون السلعة محددة الوصف، ثم يخرج عن النهي الوارد في حديث بيعتين في بيعة^(٣).

٣- أن هذا البيع بهذا الإلزام من باب الحيلة على الإقراض بفائدة، قال ابن عبد البر: "معناه أنه تحيّل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، بينهما سلعة محللة"^(٤).

المناقشة:

قال القائلون بجواز الإلزام: إن المراجعة ليست إقراضاً بالربا، وإنما هي بيع وشراء مقصود، يدل على ذلك هو أن هلاك المبيع إذا هلك فهو من ضمان المصرف

(٣) انظر: بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية (ص ١٢٩)، وبمبحث د. الصديق الضرير ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩٩٧/٢/٥)، وقد فسّر الشافعي رحمه الله البيعتين في بيعة بقوله: "أن يقول بعثك ذا العبد بألف على أن تبيعني دارك بكذا..." الأم (١٨٦/٨).

(٢) انظر: (ص ٣١٣) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: بيع المراجعة للأمر بالشراء ديوسف القرضاوي (٧٣-٧٤)، فقه المراجعة د. عبد الحميد البعلي (ص ٥٦)، بيع المراجعة د. أحمد سالم (ص ١٤٢).

(٤) الكافي (٦٧٢/٢)، وراجع المنتقى (٣٨/٥)، وأصل تعليل الفساد منقول عن ابن عباس، راجع معالم السنن (١٣٩/٥).

حتى يقبضه المشتري، والمصرف يتحمل تبعه الرد بالعيب إذا ظهر فيه عيب، وكذلك فإن الربا مبادلة نقد بنقد مع الزيادة، وأما بيع المراجعة فهو مبادلة سلعة بنقد مع الزيادة^(١).

٤- أن الإلزام يجعل هذه المعاملة داخلة في عموم الأحاديث التي نصّت على نهى الإنسان عن بيع ما اشتراه ما لم يقبضه، فمنها:

(أ) حديث ابن عمر مرفوعاً: (من ابتاع طعاماً، فلا يبيعه حتى يستوفيه)^{(٢)(٣)}.

وقد حكى ابن المنذر^(٤)، والخطابي^(٥)، وابن القيم^(٦)، وغيرهم الإجماع على من اشترى طعاماً فليس له يبيعه حتى يقبضه، وأما غير الطعام من عقار أو عروض أو متاع، ونحو ذلك، فقد اختلف فيه الأئمة على أربعة أقوال، والذي عليه المحققون من أهل العلم هو: أنه لا يجوز بيع شيء من المبيعات قبل قبضه بحال، وهو مذهب

(١) انظر: بيع المراجعة وتطبيقاتها المصرفية في المصارف الإسلامية (ص ١٤٤)، ومقال في مجلة المسلم المعاصر، عدد ٢١، ص ١٠٥، بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية (ص ٢٠٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي (فتح ٤٣٢/٤) رقم (٢١٢٦)، ورواه - أيضاً - بلفظ: "... فلا يبيعه حتى يقبضه"، كتاب البيوع، باب: ما يُذكر في بيع الطعام، والحُكْرَة (فتح ٤٣٧/٤)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٠/٣) رقم (١٥٢٦)، بكلا اللفظين، وأخرجه أيضاً من حديث ابن عباس، الموضع نفسه رقم (١٥٢٥) بكلا اللفظين أيضاً.

(٣) انظر: فتح البر لابن عبد البر (١٤٩/١٢ وما بعدها)، المغني (١٨٢/٦-١٨٩)، بدائع الصنائع (١٨١/٥)، تهذيب السنن (١٤٠/٥، ١٣٠).

(٤) انظر: المغني (١٨٣/٦)، تهذيب السنن (١٣١/٥).

(٥) انظر: معالم السنن (١٣٠/٥).

(٦) انظر: تهذيب السنن (١٣١/٥).

ابن عباس^(١)، والشافعي^(٢)، وإحدى الروايات عن أحمد^(٣)، وقول محمد بن الحسن^(٤)، وقال ابن القيم: "وهذا القول هو الصحيح الذي نختاره"^(٥).

والدليل على هذا حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى: (أن تباع السلع حتى تباع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم)^(٦).

قال ابن القيم رحمه الله: "فالمأخذ الصحيح في المسألة أن النهي معلل بعدم تمام الاستيلاء وعدم انقطاع علاقة البائع عنه، فإنه يطمع في الفسخ والامتناع عن الإقباض إذا رأى المشتري قد ربح..."^(٧).

(١) انظر: المغني (١٨٩/٦)، تهذيب السنن (١٣٢/٥)، معالم السنن للخطابي (١٣٢/٥)، فتح البر (١٥٢/١٢)

(٢) انظر: تحفة المحتاج (٤٠١/٤-٤٠٢)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٦٣/٢-٢٦٤)، نهاية المحتاج (٨٤/٤-٨٥).

(٣) المغني (١٨٩/٦)، الإنصاف (٥٠٦/١١)، واختاره ابن تيمية، تهذيب السنن (١٣٢/٥).

(٤) بدائع الصنائع (١٨١/٥).

(٥) تهذيب السنن (١٣٢/٥).

(٦) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجازات، باب: في بيع الطعام قبل أن يُستوفى (٧٦٥/٣) رقم

(٣٤٩٩) والدارقطني في سننه (١٣/٣) من طريق أحمد بن خالد الوهبي ثنا محمد بن إسحاق عن

أبي الزناد عن عبيد بن حنين عن ابن عمر بهذا اللفظ، وفي سننه ضعف لأن محمد بن إسحاق لم

يصرح بالسماع، وقد رواه الإمام أحمد في المسند (١٩١/٥)، والدارقطني في سننه (١٢/٣)، وابن

حبان في صحيحه (٤٩٨٤) كلهم من طريق إبراهيم بن سعد عن ابن إسحاق حدثني أبو الزناد عن

عبيد بن حنين عن ابن عمر بلفظ "لا تبعه حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى عن

ذلك، فأمسكت يدي". وهذا السند بهذا اللفظ جيد، وقد صححه ابن حبان، وقال ابن عبد الهادي

في التنقيح: "وهو حديث ثابت جيد". انظر: تنقيح تحقيق أحاديث التعليق (٥٤٧/٢).

وللحديث علة أخرى وهي أن عبيد بن حنين لم يسمع من ابن عمر رضي الله عنه، ولم يصرح

بسماعه عنه، وليس له عن ابن عمر إلا هذا الحديث، ولم يذكر البخاري في تاريخه (٤٤٦/٥)

سماعه من ابن عمر مع أنه صرح بسماعه عن ابن عباس وأبي هريرة.

(٧) تهذيب السنن (١٣٦/٥-١٣٧).

فإذا كان النهي على عمومه، وأن العلة عدم تمام الاستيلاء والاستقرار في ملك المشتري، فكيف يجوز للمصرف أن يبيع ما لم يملك أصلاً، فإذا كان ملكه غير حقيقي وكذا استيلاؤه عليه؛ فإن المنع حينئذ يكون من باب أولى^(١).

القول الثاني: أن بيع المراجعة على سبيل المواعدة الملزمة عقد جائز، وهذا قول بعض المجامع وبعض الباحثين المعاصرين^(٢)، وهو رأي الأكثرية في مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي^(٣).

أدلتهم:

استدل المجوزون لإلزام كل من البنك والامر بالشراء بوعده في بيع المراجعة بالشراء بدليلين:

١- قالوا: إن الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي، وملزم للطرفين ديانةً طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانةً يمكن الإلزام به قضاءً إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمكن للقضاء التدخل فيه^(٤).

المناقشة:

قال المانعون بالإلزام: (أ) إن هذا الاستدلال غير وارد في مسألتنا هذه؛ لأن الوعد الذي وقع الاختلاف فيه بين المالكية وغيرهم، فقال المالكية بالإلزام به ديانةً وقضاءً، وقال غيرهم بالإلزام به ديانةً لا قضاءً، هو الوعد بالمعروف من جانب واحد، كأن يعد شخص آخر بأن يدفع له مبلغاً من المال، أما بيع المراجعة فليس من

(١) انظر: بحث د. بكر أبو زيد بيع المواعدة ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٩٨٦/٢/٥).

(٢) منهم: د. يوسف القرضاوي بيع المراجعة للامر بالشراء (ص ٢٣)، ود. سامي حمود. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية نشرته مجلة المسلم المعاصر (عدد ٣٢، ص ١٨١). د. عبدالحميد البعلبي في كتابه فقه المراجعة (ص ٦٨-٧٠).

(٣) انظر: مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، ١٣٩٩ هـ. ص ١٤.

(٤) انظر: مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي، ١٣٩٩ هـ. ص ١٤.

هذا القبيل ؛ لأن الوعد فيه من أحد الطرفين يقابله وعد من الطرف الآخر ، ولذا فرّق المالكية وغيرهم بين الوعد من طرف والوعد من الطرفين ، فسمّوا الثاني مواعدة^(١) .

(ب) ثم إن الوعد الملزم الذي يجب الوفاء به ديانةً وقضاءً ، أو ديانةً فقط هو الوعد الذي لا يترتب على الإلزام به محذور ، والإلزام بالوعد في بيع المراجعة يترتب عليه محذور وهو بيع ما ليس عند الإنسان ، وبيع ما لم يقبضه^(٢) .

الدليل الثاني : لأصحاب القول الثاني :

قالوا: إن الأخذ بالإلزام أيسر على الناس ، وأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات ، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل^(٣) .

ونوقش هذا الاستدلال :

قال المانعون بالإلزام : (أ) ليس كل ما اختلف العلماء يجوز الأخذ فيه بالأسر ، فالواجب عند الاختلاف والتنازع الرد إلى الله ورسوله ﷺ كما قال تعالى : ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ﴾ الآية^(٤) .

(ب) ليس كل اختلافهم دليلاً على جواز الأمر على كل وجه من الوجوه إلا إذا كان الاختلاف له حظٌّ من النظر ، وإذا كان الأمر كذلك فكيف يجوز الأخذ في مثل هذه المسألة الخطيرة بقول شاذ خالف قائله إجماع الأئمة الأربعة ومن تبعهم .

(١) سبق أن أوضحنا هذا الأمر بجلاء ، وظهر أن المالكية أنفسهم يحرمون هذا الوعد في بيع المراجعة ؛ لأنها عندهم مواعدة وليست وعداً ، راجع صفحة (٣١٦-٣١٧) من هذا الكتاب ، ومجلة المجمع الفقهي (١٠٠١/٢/٥) .

(٢) انظر : مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٠٠١/٢/٥) ، بيع المراجعة كما تجرّبه البنوك الإسلامية (ص ٨٨) .

(٣) انظر : مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني بالكويت ١٤٠٣ هـ ، مجلة المجمع (١٠٠١/٢/٥) ، بحث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة (١/٨٩) .

(٤) سورة النساء ، آية رقم (٥٩) .

(ج) قولهم: "إن في الإلزام استقرار للمعاملات ومصلحة للطرفين.." فهذا غير مسلم به بعدما ثبت أن في الإلزام محظوراً شرعياً ؛ لأن المصلحة التي فيه تكون غير معتبرة شرعاً^(١).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - قول عامة أهل العلم بعدم جواز الإلزام في بيع المراجعة ؛ لقوة أدلتهم وصراحتها في النهي الوارد في بيع ما ليس عند الإنسان ، وضعف أدلة القول الثاني وعدم دلالتها في المراد.

الطريقة الثانية: وتبني على المواعدة غير الملزمة للطرفين.

وصورتها: أن يرغب العميل شراء سلعة معينة، فيذهب إلى المصرف ويقول: اشتروا هذه السلعة لأنفسكم، ولي رغبة بشرائها بثمن مؤجل، وسأربحكم زيادة على رأس المال ألف ريال مثلاً.

وهذه الصورة قد اختلف فيها أهل العلم على قولين:

القول الأول: هو جواز البيع بهذه الصورة، وهذا القول هو ظاهر مذهب الحنفية^(٢)، ومذهب الشافعية^(٣)، وظاهر مذهب الحنابلة^(٤)، وهو اختيار المجامع الفقهية المعاصرة^(٥).

(١) انظر: أبحاث فقهية في قضايا اقتصادية (٩١/١)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٠٠٢/٢/٥).

(٢) كما في كتاب الخيل لمحمد بن الحسن (ص ٧٩-١٢٧)، وقد سبق نقل كلامه في صفحة (٣٠٤) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: الأم (٣٩/٣).

(٤) انظر: أعلام الموقعين (٢٣/٤)، كشف القناع (١٨٦/٣).

(٥) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١٥٩٩/٢/٥-١٦٠٠)، مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي (ص ١٤).

حجتهم:

قالوا: (١): إن التواعد على بيع المراجعة، وذكر السعر الذي سيشتري به الواعد لا يجعلها محرمة، لأن المصرف يشتري لنفسه، وهو يعلم أن العميل ربما لم يرجع إليه؛ ولأن المصرف له أن يبقئها في ملكه ولا يبيعها على العميل، أو يبيعها على غير العميل الأول فليس فيها محذور من بيع ما لا يملك^(١).

(٢) ولأن السلعة إن هلكت تهلك على ملك البنك^(٢).

القول الثاني: هو عدم جواز البيع بهذه الصورة، وهذا مذهب المالكية^(٣).

حجتهم:

قالوا: لأن هذا من باب الحيلة على الإقراض بفائدة؛ لأن معناه أنه تحيل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها، إلى أجل، بينهما سلعة محللة^(٤).

كما قال ابن عباس رضي الله عنه: "باع دراهم بدراهم، والطعام مرجأ"^(٥).

ويمكن مناقشة هذا التعليل:

بأن يقال: ليس هذا من باب الإقراض بفائدة، ذلك أن شراء المصرف شراءً حقيقي يترتب عليه أن يكون هلاك المبيع إذا هلك على ضمانه، فهو بيع حقيقي، وليس صورياً.

(١) انظر: بيع المراجعة كما تجر به البنوك الإسلامية. د. الأشقر (١٠٣/١).

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: المنتقى (٢٨٨/٤)، منح الجليل (١٠٢/٥)، المقدمات (٢١١/٢)، الشرح الكبير (٨٨-٨٩/٣).

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر (٦٧٢/٢)، المنتقى للباقي (٣٨/٥)، معالم السنن (١٣٩/٥).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: ما يُذكر في بيع الطعام والحُكْرة (فتح ٤٣٧/٤) رقم (٢١٣٢)، وأخرجه مسلم في صحيحه بنحوه، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦٠/٣) رقم (١٥٢٥).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو قول الجمهور القائلين بجواز بيع المراجعة على أساس الوعد غير الملزم لقوة وجهة نظرهم، وانتفاء المحذور في ذلك، وضعف ومناقشة دليل القول الثاني^(١).

* * *

(١) إذا ثبت جواز بيع المراجعة في الوعد غير الملزم وتحريمه في الوعد الملزم، فإن تسمية بيع المراجعة للأمر بالشراء بهذا الاسم ليس دقيقاً؛ لأن معناه هو الإلزام بالوعد من قبل الطرفين، وهي مسألة محرمة، وعليه فإن الأولى هو تسميته ببيع المراجعة للوعد بالشراء. راجع بيع المراجعة للأمر بالشراء د. رفيق المصري (ص ١٨).

المطلب الثاني

أثر الغش في بيع المرابحة للأمر بالشراء

سبق أن تحدثنا عن مسألة الوعد الملزم في بيع المرابحة للأمر بالشراء وأن المسألة على قولين:

فعلى القول الأول القائل بعدم جواز الإلزام.

فإن المعاملة لو تمت لبطلت لحرمتها، وأنها من باب بيع ما لا يملكه، ولا أثر للغش في عدم وفاء العميل بوعدده في هذه الحال.

أما على القول الثاني القائل بجواز الإلزام.

فإن العميل لو لم يف بعقد الشراء، فإن للمصرف أن يلزمه بالشراء، وبعض المصارف الإسلامية تلزمه بالتعويض، لما قد يقع على المصرف من الضرر الحاصل بغش المشتري في عدم وفائه بالوعد، لكونه رغب عن عقد البيع، أو وجد شخصاً آخر أقل ربحاً من المصرف^(١).

وبعض المصارف أيضاً تأخذ من العميل عربوناً حال المواعدة بالشراء، وفي حالة عدم وفاء العميل بعملية الشراء، فإن العربون حينئذ يكون للمصرف^(٢).

وكل هذه الاحتياطات والإلزامات على القول الأول لا تجوز^(٣)؛ لأن البيع بالإلزام باطل، وما بُني على باطل فهو باطل.

(١) انظر: بيع المرابحة كما تجر به البنوك الإسلامية (١/١٠٥).

(٢) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية (١/٣١٧)، وهو ما يفعله مصرف قطر الإسلامي، راجع بيع المرابحة. د. أحمد سالم ص ٢١٨.

(٣) انظر: المصدر السابق لقرارات الهيئة الشرعية.

أما الطريقة الثانية في بيع المراجعة المبنية على الوعد غير الملزم:

فإن المشتري لو لم يف بوعده، فإن له ذلك ولا يجبر على إتمام عقد البيع^(١)، ولا يؤخذ منه تعويض لغشه بعدم الوفاء بالوعد مما أدى إلى ضرر بالمصرف، ولو تم عقد البيع ثم وجد العميل (المشتري) في السلعة أو البضاعة عيباً، بسبب غش البائع (المصدر)، أو يكون في البضاعة المشحونة أحجار بدل البضاعة بسبب الغش^(٢)، فإنه يرجع في هذه الحال إلى المصرف؛ لأنه البائع عليه حقيقة، وما يوجد في تعاملات بعض المصارف أن مسؤولية المصرف تنتهي بمجرد تسليم مستندات الشحن من البائع المصدر وتسليمها للعميل فهذا غير جائز شرعاً^(٣)، ويجب تغييره حتى لو طلب المصرف من العميل الرجوع إلى البائع الأول؛ لأنه هو البائع حقيقة، فيتحمل هلاك المبيع، وتبعة الرد بالعيب إذا ظهر فيه عيب^(٤)، وخلاف هذا محرّم؛ لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن^(٥).



(١) انظر: الأم للشافعي (٣/٣٩).

(٢) انظر: بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية (ص ١٠٩).

(٣) وهذا ما يفعله مصرف فيصل الإسلامي المصري، انظر: النظام المصرفي الإسلامي خصائصه ومشكلاته (ص ٣٢). د. رفيق المصري، بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية (ص ٢١٤).

(٤) انظر: مجلة الأمة عدد (٦٤) ص ١٠، للدكتور يوسف القرضاوي، وفقه المراجعة د. عبد الحميد

البعلي (ص ١٨٤-٢٠٠).

(٥) سبق تخريجه.

المبحث الرابع عشر

الغش في الصرف وأثره على العقد

الصرف لغةً: ردُّ الشيء من حالة إلى حالة، أو إبداله بغيره^(١).
وفي الاصطلاح الفقهي هو: بيع النقد بالنقد^(٢)، كبيع الجنس بجنسه مثل بيع الذهب بالذهب، أو بيع الجنس بغير جنسه مثل بيع الذهب بالفضة، أو العكس، مضروباً كان ذلك أو غير مضروب.

فهو إذن: بيع الأثمان بعضها ببعض.
فعلى هذا فإن الصرف نوع من أنواع البيع، بيد أنه لَمَّا كان البدلان فيه من الربويات اشترطت فيه شرائط، من أهمها:

- ١- تقابض البدلين في المجلس قبل التفريق، فإذا افترق المتصارفان قبل التقابض بطل الصرف، وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم، إلا أن المالكية قالوا: إن طول الفصل بين العقد والتقابض يبطل الصرف ولو من غير تفرق^(٣).
- ٢- المماثلة بين البدلين إذا كان العوضان من جنس واحد، كذهب بذهب، أو فضة بفضة، وهذا مما لا خلاف فيه أيضاً^(٤).

(١) انظر: لسان العرب (٩/١٩٠-١٩١) مادة (صرف)، المُغْرِب (١/٤٧٢).

(٢) انظر: فتح القدير (٥/٢٨٤)، بدائع الصنائع (٥/٢١٥)، حاشية الدسوقي (٣/٢)، مغني المحتاج (٢/٣٦٩)، كشف القناع (٣/٢٦٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٠١) ومما ينبغي التنبيه عليه هو أن المالكية عرّفوه بأنه بيع النقد بنقد مغاير لنوعه كبيع الذهب بالفضة، أما بيع النقد بنقد مثله فسموه بالمراطة إن كان بالوزن وإن كان بالعدد سموه (المبادلة) راجع حاشية الدسوقي (٣/٢).

(٣) انظر: المراجع السابقة، ونوادر الفقهاء للجوهري (ص ٢٢٢)، وشرح الزرقاني (٥/٤٢)، حاشية الدسوقي (٣/٢٩).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/٢٣٤)، القوانين الفقهية (ص ٢٥٣)، نهاية المحتاج (٣/٤٢٥)،

وبسبب هذه الشروط وما يترتب عليها تباينت وجهات النظر عند العلماء عند ظهور غش في عوضي الصرف، أو أحدهما.
نبيّن ذلك في هذين المطلبين:

المطلب الأول

صور الغش في الصرف

يختلف الغش في عوض الصرف، فيما إذا كان من جنس المبيع أو لا.

الصورة الأولى: إذا كان الغش في الصرف من غير جنس المبيع:

وصورته: أن يبيع شخص لآخر عشرة دنانير بمائة درهم مثلاً، فيجد أحدهما ما قبضه مغشوشاً بغش من غير جنس ما قبضه كأن يجد صاحب الدنانير في دراهمه رصاصاً، أو نحاساً مطلية، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالسُّوق^(١)، ومثل ذلك في التعامل الحديث، تزيف العملات وتزويرها بحيث يكتشف أن الخمسمائة من الريالات السعودية مزيفة^(٢).

الصورة الثانية: إذا كان الغش في الصرف من جنس المبيع.

وصورته: أن يبيع شخص لآخر هذا الدينار بعشرة دراهم مثلاً، فيجد أحدهما ما قبضه مغشوشاً بغش من جنس ما قبضه، كأن يجد أحدهما الفضة سوداء، أو

(١) السُّوق: زيف بهرج من النقد لا خيف فيه، وهو المغشوش بشيء غيره، كأن يكون الدرهم كله رصاصاً، أو يكون الدينار كله فضة أو نحاساً. انظر: المحلى لابن حزم (٥١٠/٨)، لسان العرب (١٥٢/١٠).

(٢) انظر: المبسوط (٦٨/١٤)، الفتاوى الهندية (٢٣٨/٣)، جواهر الإكليل (١٤/٢)، الحاوي الكبير (١٦٥/٦)، المغني (١٠٠/٦)، المحلى (٥١٠/٨).

(٣) انظر: نظام مكافحة التزوير (ص ٢٢)، وجرائم تقليد وتزيف العملة (ص ١٧).

خشنة تنفطر عند الضرب، أو سكتها مخالفة لسكّة السلطان، أو كان الذهب ناقص القيمة بطبعه، كالذهب الأشقر، والأخضر بطبعه^(١).

* * *

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٢٣٨/٣)، حاشية الدسوقي مع الشرح (٣٦٦-٣٧)، الحاوي الكبير (١٦٦/٦)، المغني (١٠٠/٦)، المحلى (٥٠٩/٨).

المطلب الثاني

أثر الغش في الصرف

يختلف أثر الغش في الصرف فيما إذا كان المغشوش من جنس النقد، أو من غير جنسه، على ما هو مبين في المطلب الأول، وسنبين أثر الغش في كل صورة من صور الغش في الصرف بما يلي:

أولاً: إذا كان المغشوش من غير جنس المبيع:

كأن يكون في الدرهم رصاص، أو يكون في الدينار نحاس، أو فضة مطلية، فإذا تبايعا ذهباً بفضة مع التعيين فيهما - بأن يقول: بعثك هذه الدينانير بهذه - ثم تقابضا، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً أو زيواً^(١) فما حكم ذلك؟ اختلف أهل العلم في ذلك أربعة أقوال:

القول الأول: إذا وجد ما قبضه معيباً بعد التفرق، فليس له إلا أن يمسه على عيبه، أو يردده وينتقض الصرف، ولا يصح أن يستبدله بغيره.

وهذا مذهب أبي حنيفة وزفر من أصحابه^(٢)، وهي إحدى الطريقتين من مذهب الإمام مالك^(٣).

(١) ومثل ذلك، لو قال: بعثك هذه المائة ألف من الريال السعودي بهذه الخمس والعشرين ألف من

الدولار الأمريكي فلما تقابضا وجد بأحد الريالات السعودية عملات مزورة.

(٢) انظر: فتح القدير (٣٨٧/٥)، الفتاوى الهندية (٢٣٧/٣).

(٣) انظر: المدونة (٢٨-٢٩/٣)، المنتقى للبايجي مع الموطأ (٢٧٤/٤)، القوانين الفقهية (ص ٢٥٢)،

شرح الخرشي (٤٥/٥)، وله قول أيضاً في التفرق بين القليل والكثير، راجع المنتقى (٢٧٤/٤)،

القوانين الفقهية (ص ٢٥٢).

وحجتهم:

قالوا: أما دليل عدم جواز الاستبدال ؛ لأنه إن ردّ عليه درهماً من صرف بعد أن يفارقه، وأراد بدله، فكأنه بمنزلة بيع الدين، أو الشيء المتأخر، وهو منهيٌّ عنه^(١).

ودليل صحة العقد لو رضيه بعيه:

قالوا: لأنه نقص وُجدَ في عوض الصرف، فلا يمنع صحة العقد مع رضاه به، فكما لو نقصت الصفة في البديلين لصح البيع، فكذلك لو وجدها زيوفاً^(٢).

ونوقش هذا التعليل:

فقليل: (١): لا عبرة برضاه ؛ لأنه يستلزم الربا لعدم حصول القبض في المبدل إذا كان العوضان من جنسين، ولعدم التماثل والتساوي والتقابض إذا كانا من جنس واحد.

(٢) ولأنه عُقد على غير ما سُمِّي، والمشار إليه من النقد ليس من جنس المسمّى، والمسمّى معدوم، فلا بيع بينهما.

(٣) ولأنهما لو تراضيا على ذلك لم يصح؛ لأنه يحصل بيعاً ثانياً، كأنه يبيعه ماله في ذمته من الذهب الجيد بهذه الزيوف^(٣).

(١) انظر: المدونة (٢٨/٣-٢٩)، المنتقى (٢٧٤/٤)، المبسوط (٢٩/١٤).

(٢) انظر: المنتقى للباجي (٢٧٤/٤).

(٣) انظر: المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٣٣/١)، وراجع المبسوط (٦٨/١٤) وهذا بناءً على القول الراجح من مذهب جماهير أهل العلم من المالكية والشافعية والمشهور من مذهب الحنابلة، وقول الظاهرية أن النقود تتعين بالتعيين خلافاً لأبي حنيفة ورواية عن أحمد، لأن الدرهم والدنانير عوض في عقد فيتعين بالتعيين كسائر الأعواض؛ ولأن للمتبايعين غرضاً في التعيين، فلا بد أن يكون له أثر، راجع بحث هذه المسألة في المبسوط (١٥/١٤)، شرح ميارة (٢٩٨/١)، الشرح الصغير (٢٥٨/٣)، نهاية المحتاج (٩١/٤)، كشاف القناع (٢٧٠/٣)، المحلى (٥٠٩/٨).

القول الثاني: أن الصرف باطلٌ، لا يصح فيه استبقاء المبيع المغشوش، ولا استبداله.

وهذا مذهب الشافعية^(١)، والمذهب عند الحنابلة^(٢)، وقول ابن حزم^(٣).

حجة هذا المذهب:

قالوا: لأن المبيع المغشوش ليس هو الذي وقع عليه العقد، وليس هو الذي عُقد عليه وتراضيا بالعقد عليه، والعقد إنما يتعلق بالمسمى، والمسمى معدوم فلا بيع بينهما، كما لو قال بعتك هذا الثوب فتبين أنه كَتَان^(٤).

القول الثالث: أن العقد صحيحٌ، وللمشتري الخيار بين الإمساك أو الرد، وأخذ البدل بشرط أن يقبض البدل في مجلس الرد.

وهذا القول هي الطريقة الثانية من مذهب الإمام مالك^(٥)، ورواية عند أحمد^(٦)، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٧).

وجه هذا القول:

قالوا: إن الصرف بيعٌ، فإذا ظهر في أحد العوضين عيبٌ جاز استبداله ما لم يمنع من ذلك مانع^(٨).

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٦٥/٦)، تكملة المجموع (١٣٠/١٠).

(٢) انظر: المغني (١٠٠/٦)، كشف القناع (٢٦٧/٣).

(٣) انظر: المحلى بالآثار (٥٠٩/٨).

(٤) انظر: المحلى بالآثار (٥٠٩/٨)، المغني (١٠٠/٦)، كشف القناع (٢٦٧/٣)، الحاوي الكبير (١٦٥/٦).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٣٧/٣)، شرح الخرشي (٤٥/٥)، جواهر الإكليل (١٥/٢).

(٦) انظر: المغني (١٠٠/٦).

(٧) انظر: فتح القدير (٣٨٧/٥)، رد المحتار (٢٣٦/٤)، الفتاوى الهندية (٢٣٦/٣).

(٨) انظر: المصادر السابقة.

ونوقش هذا التعليل:

فقيل: إن البدل ثمنٌ لما يقابله من الصرف، وهو إنما يقبضه بعد التفرق، وتأخير القبض إلى ما بعد التفرق مفسد للعقد^(١).

أجاب أصحاب هذا القول:

فقالوا: إن العقد قد صح بالقبض الأول، فلم يزل مقبوضاً لوقت مجلس الرد، فلم يلزم على البدل حينئذ صرف مؤخر...^(٢).

ونوقش هذا الاعتراض من قبل أصحاب القول الثاني.

قالوا: إن هذا استدلال في محل النزاع، فإن جواز إمساك المعيب غير مسلم به، فلو تراضيا على ذلك بعد العقد لم يصح؛ لأنه يحصل بيع ثان، كأنه يبيعه ماله في ذمته من الذهب الجيد بهذا الحديد والزيوف، فكأنه بمنزلة بيع الدين وهو منهياً عنه^(٣).

القول الرابع: أن العقد صحيح يلزمه، وليس له رده ولا بدله، وهذا القول رواية عند الإمام أحمد^(٤).

وحجة هذه الرواية هي تغليب الإشارة إلى المعقود عليه، سواء وجد معيباً أو لا^(٥).

وهذه الحجة ضعيفة واهية؛ ذلك لأن من اشترى معيباً لم يعلم عيبه، جعل له خيار الفسخ ولم يلزمه العقد، فهذا من باب أولى؛ لأن المعقود عليه معدوم^(٦).

(١) انظر: المنتقى (٢٧٤/٤).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣٧/٣)، أحكام العيب في الفقه الإسلامي (ص ٣٤٤).

(٣) انظر: المدونة (٢٨/٣-٢٩)، المنتقى (٢٧٤/٤)، المسائل الفقهية لأبي يعلى (١/٣٣٧).

(٤) انظر: المغني (٦/١٠٠)، الإنصاف (١٢/١١٢)، وقال: وقال في الرعاية "وهو بعيد".

(٥) انظر: شرح الزركشي (٣/٤٦٥).

(٦) انظر: المغني (٦/١٠٠).

ولهذا قال الزركشي في هذه الرواية: "ولا معولّ عليه"^(١). ولم يلتفت إليها أبو يعلى، ولهذا قال: "ولا تختلف الرواية -يعني في المذهب- أنه إذا كان العيب من غير جنسه كالحديد والرصاص أن الصرف باطل"^(٢).

الترجيح:

بعد عرض أدلة كلّ قول وما استدلوا به، يظهر - والله أعلم - أن القول الراجح هو القول الثاني القائل ببطلان الصرف؛ وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين ومناقشتها.

ثانياً: إذا كان المغشوش بعض العوض وليس كلّه.

إذا تصارف المتصارفان، فوجد أحدهما بعض ما قبضه من العوض مغشوشاً، فهل له إمساك الجيد ورد المغشوش وحده؟ أم هل يرد الجميع؟ أو يمسك الجميع، وليس له شيء غير ذلك؟ أم هل إن الصرف ينتقض كله؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يقول: إما أن يرده كلّه ويبطل الصرف، أو يأخذه كله، وليس له رد البعض، وهذا مذهب الحنفية^(٣) رحمهم الله.

وحجتهم:

قالوا: لأن الكلّ كشيء واحد، لما في تمييز البعض من البعض من الضرر؛ ولأن الانتفاع بالبعض متصل بالبعض، فهو نظير ما لو اشترى زوج خُفّ فوجد بإحدهما عيباً، فليس له أن يردهما أو يمسكهما^(٤).

(١) شرح الزركشي (٣/٤٦٥).

(٢) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (١/٣٣٣).

(٣) انظر: المبسوط (١٤/٦٧)، الفتاوى الهندية (٣/٢٣٧).

(٤) انظر: المبسوط (١٤/٦٧).

وينبغي ملاحظة أن منع الخفية ردّ البعض هنا، ليس على أساس تفريق الصفقة، وإنما على أصل آخر عندهم، وهو أن الذي يتعين بالتعيين غير الدراهم والدنانير كالحلي والتبر وغير ذلك فهو بمنزلة الشيء الواحد لا يمكن فصله^(١).

المذهب الثاني: أن له ردّ المعيب وإمساك الصحيح.

وهذا مذهب المالكية في المشهور عندهم^(٢)، وقول في مذهب الشافعية^(٣)، ووجه عند الحنابلة^(٤).

وهذا القول بناءً على القول بجواز تفريق الصفقة.

وحجتهم في هذا:

قالوا: (١) لأن لكل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه، كما لو باع شقصاً وسيفاً^(٥).

(٢) ولأنهما لم يفترقا عن العقد وفي ذمة أحدهما للآخر شيء، ولم يزل المَعِين من النقد مقبوضاً لوقت البدل، فلم يزل على البدل صرف مؤخر^(٦).

(٣) قالوا: ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في أحد المحلين فيصح في الآخر، كما لو وصى بشيء لأدمي وبهيمة^(٧).

(١) انظر: المبسوط (٦٧/١٤).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣٧/٣)، شرح الخرشي (٤٥/٥-٤٦)، جواهر الإكليل (١٥-١٤/٢).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٦٥/٦)، تكملة المجموع (١٢١/١٠).

(٤) انظر: المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٣٣/١)، المغني (١٠١/٦).

(٥) انظر: المغني (٣٣٦/٦)، المجموع (٣٨١/٩)، حلية العلماء (١٤٠/٤).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٣٧/٣).

(٧) انظر: المغني (٣٣٦/٦)، المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٣٧/١).

المذهب الثالث: أن الصرف يبطل في الكلّ، ولا يمكن تفريق الصفقة، وهذا القول وجه عند الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، وقول ابن حزم^(٣)، وابن القاسم^(٤) من المالكية^(٥).

حجتهم:

قالوا: (١) لأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع العقود عليه بطلت في الكل، كالجمع بين الأختين، ويبيع درهم بدرهمين^(٦).

(٢) وقالوا: ولأن الصحيح من العوض لم يعقد عليه إلا مع الغشوش الفاسد، وكل ما لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح، فلا صحة له^(٧).

ونوقشت التعليقات:

ف قيل: أما قولكم "إن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في الكلّ بطلت..."

فيجاب عنه: بأن هذا غير مسلم به، وهو استدلال في محل النزاع، وقد يصحّ الصحيح ويُبطلّ الباطل، وليس حمل الباطل على الصحيح بأولى من حمل

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٦٥/٦)، الأم (٤٣/٣).

(٢) انظر: المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٣٣/١)، المغني (١٠١/٦).

(٣) انظر: المحلى (٥٠٩/٨).

(٤) هو عبدالرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، العُتقي المصري، الفقيه المالكي، الحافظ، صاحب الإمام مالك، كتب المدونة عن مالك، ت: سنة (١٩١) هـ. انظر: ترتيب المدارك (٤٣٣/١)، الأعلام (٩٧/٤).

(٥) انظر: المنتقى (٢٧٥/٤).

(٦) انظر: المجموع (٣٨١/٩)، المغني (٣٣٦/٦)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (٣٣٩/١).

(٧) انظر: المحلى لابن حزم (٥٠٩/٨).

الصحيح على الباطل، فإذا أمكن تصحيح البعض مع رضی الطرفين بذلك فلا ثمة مانع شرعي يمنعه^(١).

وأما قولكم: "وكل ما لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح فلا صحة له..."

فيجاب عنه: بأن يقال: ليس هذا على إطلاقه، فإذا كان الصحيح من العوض معلوماً غير مجهول فلا مانع من إعطائه حكماً مستقلاً، كما لو انفرد بالبيع وحده لعدم الجهالة والغرر في ذلك^(٢).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أن القول الراجح هو القول الثاني؛ لقوة أدلتهم ووجاهتها وضعف ومناقشة أدلة الآخرين، ولا يخفك أن هذا الحكم فيما إذا تراضى البائع والمشتري بذلك، وإلا بطلت الصفقة ككله كما سبق بيان ذلك في مبحث تفريق الصفقة^(٣).

ثالثاً: إذا كان المغشوش من جنس المبيع.

كأن يكون في الدراهم من الفضة سواد، أو تكون الفضة خشنة تنفطر عند الضرب، أو سكتها مخالفة لسكة السلطان، أو كان الذهب ناقص القيمة بطبعه، كالذهب الأشقر ونحوه، فإذا علم بذلك بعدما تفرقا، فقد اتفق الفقهاء على أن العقد صحيح لوجود العين المعقود عليها، وحصول جنسه^(٤)، كما لو اشترى ثوباً

(١) انظر: المجموع (٣٨١/٩)، المغني (٣٣٦/٦).

(٢) انظر: المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٣٩/١)، تحفة المحتاج مع حواشيه (٣٢٤/٤).

(٣) انظر: صفحة (١٤٣) من هذا الكتاب.

(٤) انظر: المبسوط (٦٨/١٤)، الفتاوى الهندية (٢٣٨/٣)، شرح الخرشبي (٤٥/٥)، حاشية

الدسوقي (٣٧/٣)، الحاوي الكبير (١٦٦/٦)، تكملة المجموع (١٢١/١٠)، المغني (١٠١/٦).

على أنه من صناعة معينة فبان بخلافه، بيد أن ابن حزم رحمه الله قال: إذا كان قد اشترط السلامة فالصفقة كلها مفسوخة؛ لأنه وجد غير ما اشتراه، فلا يحل له مال غيره^(١).

وأما الجمهور فلم يروا ذلك وقالوا: إن الشرط وعدمه سواء؛ لأن سلامة المبيع عندهم مشترطة عرفاً^(٢).

فعلى هذا فالمشتري بالخيار بين الإمساك والفسخ، وهل له أخذ البديل؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم على قولين:

القول الأول: أن المشتري بالخيار بين أن يمسك وبين أن يفسخ، وليس له أخذ البديل.

وإلى هذا ذهب الحنفية فيما يعين عندهم من غير الدراهم والدنانير^(٣)، وهو قول عند المالكية^(٤)، وهو مذهب الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والظاهرية^(٧).

حجة هذا المذهب:

قالوا: لأن العقد واقع على عين المبيع، فإذا أخذ غيره، أخذ ما لم يشتره، فإذا أراد بدله كان بيعاً ثانياً يشترط فيه ما يشترط في عقد الصرف^(٨).

(١) انظر: المحلى (٥٠٩/٨)

(٢) انظر: البدائع: (٢٧٤/٥).

(٣) انظر: المبسوط (٦٨/١٤)، الفتاوى الهندية (٢٣٧/٣-٢٣٨)، فتح القدير (٣٨٧/٥).

(٤) انظر: شرح الخرشي (٤٥/٥)، حاشية الدسوقي (٣٧/٣).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٦٦/٦)، تكملة المجموع (١٢١/١٠).

(٦) انظر: المغني (١٠١/٦)، شرح الزركشي (٤٥٢/٣).

(٧) انظر: المحلى (٥٠٩/٨).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٦٦/٦)، المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٣٣/١).

القول الثاني: أن للمشتري أخذ البذل:

وهذا مذهب المالكية في المشهور عندهم^(١)، وهو قول عند الحنابلة^(٢)، وقول
الصاحبين من الحنفية^(٣).

قالوا: لأن المصطرفين لم يفترقا وفي ذمة أحدهما للآخر شيء، ولم يزل المعين
مقبوضاً لوقت البذل، فلم يلزم على البذل صرف مؤخر^(٤).

ونوقش هذا التعليل:

ف قيل: إن البذل ثمن لما يقابله من الصرف، وهو إنما يقبضه بعد التفرق، وتأخير
القبض إلى ما بعد التفرق مفسد للعقد^(٥).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول لقوة دليلهم وضعف أدلة القول
الثاني ومناقشتها.

* * *

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣٧/٣)، شرح الخرشي (٤٥/٥).

(٢) انظر: المغني (١٠١/٦)، شرح الزركشي (٤٥٢/٣) وهذا القول عندهم بناءً على أن النقود لا
تتعين بالتعيين قال ابن قدامة: "وإن قلنا: إن النقود لا تتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البذل". اهـ.
وقد سبق أن الرجح أن النقود تتعين بالتعيين.

(٣) انظر: فتح القدير (٣٨٧/٥)، رد المحتار (٢٣٦/٤)، الفتاوى الهندية (٢٣٦/٣).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٣٧/٣).

(٥) انظر: المنتقى (٢٧٤/٤).

المبحث الخامس عشر

الغش في السلم وأثره على العقد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

صورة الغش في السلم

يحصل الغش في السلم في أمرين أو صورتين:

الصورة الأولى: الغش في رأس مال السلم:

فإذا أسلم شخص لآخر مائة صاع من التمر بعشرين ديناراً، فوجد المسلم إليه (البائع) في الثمن الذي قبضه بعد التفرق غشاً كرصاصٍ أو نحاس فيه، أو وجد فيه مخلوطاً بفضة مطلي، فهذا غش في رأس مال السلم^(١).

الصورة الثانية: الغش في المسلم فيه:

مثاله: إذا جاء المسلم في الوقت المحدد لقبض المسلم فيه، فلما قبضه وجد به عيباً، أو أنه على غير الصفة المشروطة في العقد: كأن يكون أسلمه هواتف اتصال جوالات فجاء بهواتف نقل ثابت، فاستلم البضاعة وقد كُتِب عليها المواصفات نفسها التي اتفق عليها في العقد فلما فتحها وجدها على غير الجنس.

أو كأن يكون أسلمه تمراً خضرياً أو سكرياً، فأحضر البرني أو الخلاص، والمشتري لا يعلم بالفرق بينهما إلا بعد التفرق^(٢).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٥/٥)، حاشية الدسوقي (١٩٧/٣)، فتح العزيز (٢٤٥/٩)، المغني (٤٠٩/٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٥/٥)، حاشية الدسوقي (٢٢٠/٣)، الأم (١٠٦/٣-١٠٧)، المغني (٤٢١/٦).

المطلب الثاني

أثر الغش في السلم

لقد اتضح أن السلم يحصل الغش فيه في صورتين، وفي هذا المطلب من هذا المبحث سنعرّج على أثر الغش في كل صورة على العقد.

أولاً: أثر الغش في رأس مال السلم:

اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: أن المسلم إليه بالخيار بين الإمساك أو الرد، وليس له أخذ

البدل، ويبطل السلم إذا اختار الرد.

وهذا مذهب أبي حنيفة وزفر من أصحابه^(١)، والشافعية^(٢)، والمشهور من

مذهب الحنابلة^(٣)، وقول ابن حزم^(٤).

حجتهم:

قالوا: لأنه إذا رضي بالمعيب فقد أسقط حقه عن الوصف، وهو حقه وله

التنازل عنه، أما لو اختار الرد فليس له إلا ذلك ويبطل السلم؛ لأن من شروط

صحة السلم قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، فإذا لم يرض بالمعيب تبين أنه

لم يقبض رأس المال الذي اتفق عليه في العقد، فيكون الافتراق قد حصل قبل قبض

رأس مال السلم فيبطل حينئذ العقد^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٥/٥)، الفتاوى الهندية (٢٣٧/٣).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٢٢/٦)، روضة الطالبين (٥/٤).

(٣) انظر: المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٦٢/١)، المغني (٤٠٩/٦).

(٤) انظر: المحلى (١١٠/٩)، مع ملاحظة أن ابن حزم يذهب إلى أنه إن اشترط السلامة بطلت الصفقة كلها، أما إذا لم يشترط السلامة فهو على ما يقوله جماهير أهل العلم.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٥/٥)، المسائل الفقهية (٣٦٢/١)، المغني (٤٠٩/٦)، المحلى (١١٠/٩).

القول الثاني: أن المسلم إليه بالخيار بين الإمساك، أو الرد، أو أخذ البديل بشرط أن يقبض البديل في مجلس الرد.

وهذا مذهب المالكية^(١)، وقول عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وقول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٤).

حجة هذا المذهب:

قالوا: لأنه لم يحصل افتراق حتى يبطل العقد، بدليل أن العقد قد صح بالقبض الأول، فلم يزل مقبوضاً لوقت مجلس الرد، بدليل ما لو أمسكه ولم يردّه لكان صحيحاً، ثم إن قبض المغيّب وقع صحيحاً؛ لأنه قبض جنس الحق إلا أنه فاتته صفة الجودة^(٥).

ويمكن مناقشة هذا التعليل:

فيقال: أما قولكم: "إن رأس مال السلم لم يزل مقبوضاً بدليل ما لو أمسكه ولم يردّه.."

فجوابه: إن المسلم إليه (البائع) لورضي بالمغيّب فالعقد صحيح؛ لأنه كأنما رضيه بذلك حين العقد، فهو حقه وله إسقاطه.

أما لو لم يرض به، فإن رأس المال حينئذٍ يكون غير مقبوض بعد، فلو أخذ بده فيكون قد قبض رأس المال بعد التفرّق.

(١) انظر: حاشية الدسوقي (١٩٧/٣).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٢٢/٦-٢٣).

(٣) انظر: المغني (٤١٠/٦)، المسائل الفقهية لأبي يعلى (٣٦٢/١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٥/٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٥/٥)، المغني (٤١٠/٦).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول ؛ لقوة وجهة نظرهم ووجهتها، وضعف دليل القول الثاني ومناقشته.

ثانياً: أثر الغش في المسلم فيه:

يحصل الغش في المسلم فيه على ثلاثة أحوال، كلها تجعل المسلم (رب السلم) له حق الرد وعدم القبول فيما لو جاء المسلم إليه بالشيء على غير الصفة التي اتفقا عليها في العقد.

إلا أن هذه الأحوال يختلف حكمها، فيما لو أراد المسلم أن يمسكها بدل حقه الثابت في عقد السلم، وهذه الأحوال على النحو الآتي:

الحالة الأولى: أن يقبض البضاعة المسلم فيها فيجدها غير جنسها:

إذا أسلم زيد بكرةً (١٠.٠٠٠) ريال على أن يأتيه بأجهزة اتصال حديثة كالجوالات مثلاً، قد ضبط وصفها وجنسها ونوعها وعددها إلى أجل معلوم، فلماً استلم زيد البضاعة في الأجل المحدد، وقد كُتب في الحمولة نفس المواصفات التي اتفق عليها في العقد، وبعد أن قبضها زيد وأودعها في مستودعاته وفتحها بعد ذلك وجد أن في بعضها هواتف اتصال للهاتف الثابت أو كلها، مع أن المتفق عليه هي الجوالات، وقد تَعَمِدُ بعض الشركات الأجنبية إلى هذا التحايل والغش في نفس المسلم فيه، لصعوبة إرجاع البضاعة إلى البائع، مما يكلف المشتري أموالاً كثيرة في سبيل إرجاعها إلى بائعها من قيمة الشحن وتكاليف الحمل، وربما رفع الدعوى إلى الجهات القضائية في المطالبة بقيمة البضاعة المغشوشة مع أن ذلك سيكلفه مبالغ طائلة، وربما ترك رفع الدعوى، واضطر إلى قبول هذا الجنس تلافياً للخسائر، وقبولاً بالأمر الواقع، ولو كانت البضاعة الجديدة بنفس قيمة المسلم فيه إلا أنها غير

مرغوبة^(١)، والفقهاء ذكروا أن للمغشوش رد ما قبضه لمخالفته الصفة التي اتفق عليها في العقد، إلا أنهم اختلفوا فيما لو أراد رب السلم (زيد) أن يمسك هذا الشيء المغشوش بدلاً من الشيء الموصوف في ذمة بكر، وقد اختلف جنس الموصوف كلية أو بعضه، فهل يجوز له ذلك، ويكون قد أسقط حقه، أو لا يجوز؟

اختلف أهل العلم في ذلك على أقوال ثلاثة:

القول الأول: لا يجوز استبدال المسلم فيه، ولا الاعتياض عنه بغير جنسه،

قبل قبضه من المسلم إليه.

وهذا مذهب جماهير أهل العلم من الحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)،

والظاهرية^(٥)، وقالوا: وسواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً، وسواء كان العوض مثله في القيمة أو أقل أو أكثر.

وأدلة هذا المذهب ما يلي:

الدليل الأول: ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:

(١) راجع ندوة الغش والتقليد التجاري المنعقدة في الغرفة التجارية بالمنطقة الشرقية. ط. الغرفة التجارية.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢١٤)، رد المحتار (٤/٢٠٩، ١٦٦)، تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي (٤/١١٨).

(٣) انظر: الأم (٣/١٣٥) و (٨/١٩١)، أسنى المطالب (٢/٨٤)، نهاية المحتاج (٤/٩٠)، فتح العزيز (٨/٤٣٢).

(٤) المغني (٦/٤١٥-٤١٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٢٢)، المبدع (٤/١٩٧)، كشاف القناع (٣/٣٠٦)، والعجب أن الإمام ابن قدامة جعل هذه المسألة إجماعاً إذا باعه إلى غير من هو عليه - مع أن في المسألة خلافاً -، ثم وجدت أبا العباس ابن تيمية - رحمه الله - تعقبه في مجموع الفتاوى (٢٩/٥٠٦) وقال: "وأما ما ذكره الشيخ أبو محمد في مغنيه... فقال رحمه الله بحسب علمه؛ وإلا فمذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف".

(٥) انظر: المحلى (٩/٧١).

(من أسلم في شيء، فلا يصرفه إلى غيره)^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: وهذا يقتضي ألا يبيع المسلم دين السلم لا من صاحبه ولا من غيره، فالضمير في قوله "يصرفه" راجع إلى المسلم فيه^(٢).

ونوقش هذا الدليل بما يأتي:

أولاً: قالوا: إن هذا الحديث ضعيف الإسناد، ففي سنده عطية بن سعد العوفي، ضعفه أحمد وأبوزرعة^(٣) وأبو حاتم^(٤) والنسائي^(٥)، وأعل الحديث

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع والإجازات، باب: السلف لا يُحوّل (٧٤٤/٣) رقم (٣٤٦٨)، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب: من أسلم شيئاً فلا يصرفه (٧٦٦/٢) كلاهما من طريق سعد الطائي عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري به. قال الزيلعي في نصب الراية (٥١/٤): "رواه الترمذي في "علله الكبير" وقال: "لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه. وهو حديث حسن"، وقال ابن عبد الهادي في التقيح: "وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره، والترمذي يحسن حديثه". اهـ.

والصواب مع مَنْ ضعفه لضعف عطية العوفي، واضطرابه في هذا الحديث، فمرة يرويه بهذا الوجه ومرة يقول عن ابن عباس موقوفاً. راجع علل الحديث لابن أبي حاتم (٣٨٧/١)، وإرواء الغليل (٢١٦/٥).

(٢) انظر: الأم (١٣٥/٣)، نيل الأوطار (٣٢٢/٦)، معالم السنن (١١٢/٥)، بذل المجهود (١٤٦/١٥).

(٣) هو عبيد الله بن عبد الكريم بن يزيد بن فروخ، أبوزرعة الرازي، إمام حافظ مشهور، ت: سنة (٢٦٤) هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٦٤٢).

(٤) هو محمد بن إدريس بن المنذر الحنظلي، أبو حاتم الرازي، أحد الحفاظ، ت: سنة (٢٧٧) هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٨٢٤).

(٥) هو أحمد بن شعيب بن علي بن ستان بن بحر بن دينار، أبو عبد الرحمن النسائي، الحافظ، صاحب السنن، ت: سنة (٣٠٣) هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٩١).

(٦) انظر: تهذيب التهذيب (١١٤/٣-١١٥).

أبو حاتم والبيهقي بالضعف والاضطراب^(١)، وقال المنذري: عطية لا يحتج بحديثه^(٢).
ثانياً: قالوا: إن الحديث لو صح فإن المراد به أن لا يصرف المسلم فيه إلى سلم
آخر، أو يبيعه بمعين مؤجل؛ لأنه حينئذ يصير بيع دين بدين وهو منهي عنه، وأما
بيعه بعوض حاضر من غير ربح فلا محذور فيه^(٣).

الدليل الثاني: ما ثبت عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ
قال: (من ابتاع طعاماً، فلا يبعه حتى يستوفيه)، وفي رواية لهما - أيضاً - : (حتى
يقبضه)^(٤).

وجه الدلالة من الحديث:

هو أن أخذ العوض عن المسلم ببيع، ولا يجوز بيع المبيع قبل قبضه؛ لأن المسلم
لم يقبض المسلم فيه^(٥).

ونوقش هذا الدليل:

ف قيل: إن النهي إنما هو في المعين، أو المتعلق به حق التوفية من كيل أو وزن،
فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه، وأما ما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء.
وفائدته: سقوط ما في ذمته عنه، لا حدوث ملك له، فلا يقاس بالبيع الذي
يتضمن شغل الذمة^(٦).

(١) انظر: التلخيص الحبير (٢٨/٣)، تهذيب السنن لابن القيم (١١٤/٥).

(٢) انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري (١١٣/٥).

(٣) انظر: تهذيب السنن لابن القيم (١١٤/٥).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢١٤/٥)، الأم (١٣٥/٣)، المغني (٤١٧/٦).

(٦) انظر: تهذيب السنن (١١٤/٥)، وراجع مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية جمع البعلي (ص ٣٤٥)،

ومجموع فتاوى ابن تيمية (٥٠٣، ٥٠٤، ٥١٨، ٥١٩/٢٩).

وجواب آخر: وهو أن يقال: إن النهي عن بيع الطعام بل قبضه إنما هو خاص في بيعه من غير بائعه، وهو الذي حُكي فيه الإجماع^(١)، أما بيعه لمن هو في ذمته، فلا، وذلك لأن العلة في المنع إنما هو لعدم تمام الاستيلاء وعدم القدرة على التسليم، وهذه العلة غير داخلية فيما لو باعه إلى من هو في ذمته^(٢).

القول الثاني: جواز بيع المسلم فيه لغير مَنْ هو في ذمته بشرط أن لا يكون طعاماً؛ وهذا مذهب المالكية - رحمهم الله -^(٣).

قال ابن رشد الحفيد: "وأما بيع السلم من غير المسلم إليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبائع، ما لم يكن طعاماً، لأنه يدخله بيع الطعام قبل قبضه"^(٤).

وقال ابن جزري: "من أسلم في طعام لم يجز له أن يأخذ عنه غير طعام، ولا أن يأخذ طعاماً من جنس آخر سواء كان ذلك قبل الأجل أو بعده؛ لأنه من بيع الطعام قبل قبضه، فإن أسلم في غير طعام جاز أن يأخذ غيره إذا قبض الجنس الآخر مكانه، فإن تأخر القبض عن العقد لم يجز لمصيره إلى الدين بالدين"^(٥).

أما لو أراد استبداله لمن هو في ذمته (المسلم إليه) أو الاعتياض عنه بغير جنسه فقد أجازوه بشروط ثلاثة بينها الخرشي بقوله:

(١) انظر: المغني (٦/٤١٥).

(٢) انظر: تهذيب السنن (٥/١١٥).

(٣) انظر: المدونة (٣/١٣٣)، المنتقى للبايجي (٥/٣٢)، شرح الخرشي (٥/١٦٩-١٧٠)، حاشية

الدسوقي (٣/٢٢٠).

(٤) بداية المجتهد (٣/٣٩٤).

(٥) القوانين الفقهية (ص ٢٧٣).

"الأول: أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه، كما لو أسلم ثوباً في حيوان"^(١)، فأخذ عن ذلك الحيوان دراهم، إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه. الثاني: أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يداً بيد، كما لو أسلم دراهم في ثوب مثلاً، فأخذ عنه طست نحاس، إذ يجوز بيع الطست بالثوب يداً بيد. الثالث: أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال، كما لو أسلم دراهم في حيوان، فأخذ عن ذلك الحيوان ثوباً، فإن ذلك جائز، إذ يجوز أن يسلم الدراهم في الثوب"^(٢).

وزاد ابن جزى والدردير شرطاً رابعاً، وهو أن يعجل المأخوذ ليسلم من فسخ دين في دين"^(٣).

وحجتهم فيما ذهبوا إليه:

(١) ما رواه ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه"، وفي لفظ "حتى يقبضه".

وجه الدلالة:

أن هذا عام في كل ما لم يقبض من الطعام سواء باعه أو استبدله أو غير ذلك للمسلم إليه أو لغيره.

فإذا لم يكن طعاماً فمفهوم الحديث جوازه إلا أنه إذا استبدله للمسلم إليه فلا بد من خروجه عن الربا وبيع الدين بالدين"^(٤).

(١) وهذا بناءً على أن النهي عند المالكية عن بيع الطعام قبل قبضه في الطعام خاصة دون سائر السلع، انظر فتح البر لابن عبد البر (١٢/١٤٩)، والمصادر السابقة.

(٢) شرح الخرشي (٥/٢٢٧)، وانظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/٥٦٣).

(٣) انظر: القوانين الفقهية (ص ٢٧٣)، الشرح الكبير على مختصر خليل (٣/٢٢٠).

(٤) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٢٢٠)، القوانين الفقهية (ص ٢٧٣).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

فيقال:

أولاً: إن النهي عن بيع ما لم يقبض ليس خاصاً في الطعام، بل هو عام في كل مبيع لحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم ^(١).

فمنطوق هذا الحديث مقدّم على مفهوم حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.

ثانياً: ثم إن ربّ السلم لو باع المسلم فيه لغير من هو في ذمته لكان راجحاً ما لم يضمنه، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن.

القول الثالث: جواز استبدال المسلم فيه والاعتياض عنه بغيره قبل قبضه لمن هو في ذمته بثمان المثل، أو دونه لا أكثر منه حالاً.

وهذا قول ابن عباس رضي الله عنه ^(٢)، وقول عند الشافعية ^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد ^(٤)، اختارها ونصرها أبو العباس ابن تيمية ^(٥)، وتلميذه العلامة ابن القيم ^{(٦)(٧)} - رحمهم الله جميعاً -.

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: المغني (٤١٦/٦)، تهذيب السنن (١١٣/٥)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٠٣، ٥٠٤/٢٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤٦١/٢ و ٤٦٤)، نهاية المحتاج (٨٥/٤ و ٩٠).

(٤) انظر: المغني (٤١٦/٦)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٠٤/٢٩)، الإنصاف (٢٩٢/١٢).

(٥) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥٠٣/٢٩، ٥٠٤، ٥١٨).

(٦) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، الزُّرعي، الدمشقي، أبو عبد الله، المعروف بابن القيم الجوزية، الفقيه الحنبلي الأصولي الأديب، الواعظ الخطيب، المجتهد، كان بارعاً في جميع الفنون، ت: سنة ٧٥١هـ. انظر: الدرر الكامنة (٢١/٤)، البدر الطالع (١٤٣/٢).

(٧) انظر: تهذيب السنن لابن القيم (١١٣/٥-١١٥).

وحجتهم في ذلك:

أولاً: حجتهم على جواز بيع أو استبدال أو الاعتياض عن المسلم فيه بغير جنسه، إذا كان ذلك بسعر المثل، أو دونه.

(أ) ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: أتيت النبي ﷺ فقلت: إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير؟ فقال النبي ﷺ: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تتفرقا وبينكما شيء)^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: فهذا بيع للثمن ممن هو في ذمته قبل قبضه والاعتياض عن دين السلم بغيره يأخذ حكمه لعدم الفارق، ومن فرق فعليه الدليل^(٢).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع والإجازات، باب: في اقتضاء الذهب من الورق (٦٥٠/٣) رقم (٣٣٥٤)، والترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف (٥٤٤/٣) رقم (١٢٤٢)، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، باب: أخذ الورق من الذهب (٢٨٣/٧) رقم (٤٥٨٩)، وابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب: اقتضاء الذهب من الورق (٧٦٠/٢) رقم (٢٢٦٢)، وأحمد في المسند (٣٣، ٨٣/٢)، كلهم من طريق حماد بن سلمة عن سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر به.

والحديث ضعفه الترمذي فقال: هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفاً. اهـ.

وقال البيهقي: "تفرد به سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من بين أصحاب ابن عمر". انظر: السنن الكبرى (٢٨٤/٥ و٣١٥).

وضعفه - أيضاً - شعبة بن الحجاج، انظر التلخيص الحبير (٢٩/٣)، والصواب في هذا الحديث أنه موقوف على ابن عمر كذا رواه النسائي (٢٨٢/٧)، وأحمد (١٠١/٢ و١٥٤).

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥١٠/٢٩)، تهذيب السنن (١١٤/٥).

ب) أنه قد ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا فخذ عوضاً أنقص منه، ولا تريح مرتين"^(١).

وجه الدلالة من الأثر:

قالوا فهذا قول صحابي، وهو حجة ما لم يُخالف^(٢)، ولم يخالفه أحد من الصحابة^(٣).

ويمكن مناقشة هذا الأثر:

بأن يقال: الحجة هو قول الله ورسوله كما قال تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ...﴾ الآية [النساء: ٥٩]، وليس قول الصحابي حجة كما هو قول جمهور الأصوليين^(٤).

ج) الأصل في المعاملات هو الحِلُّ والإباحة^(٥)، ومن حرّم فعله الدليل، ولا دليل صحيح يمنع من جواز ذلك، والحديث الذي استدل به المخالف حديث لا تقوم

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب: السلف في شيء فيأخذ بعضه (١٦/٨)، وابن حزم في المحلى (٥/٩)، من طريق سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به والأثر إسناده صحيح، وصححه ابن حزم كما في المحلى (٤/٩).

(٢) انظر: الأقوال والأدلة في حجة قول الصحابة: أصول السرخسي (١٠٥/٢)، كشف الأسرار (٢١٧/٢)، أصول مذهب أحمد (ص ٣٩١)، إرشاد الفحول ص (٢٤٣)، سلاله الفوائد الأصولية من أضواء البيان (ص ٦٨ وما بعدها).

(٣) انظر: تهذيب السنن (١١٣/٥).

(٤) انظر: أصول السرخسي (١٠٥/٢)، كشف الأسرار (٢١٧/٢)، إرشاد الفحول (ص ٢٤٣)، البرهان (١٣٩٥/٢).

(٥) انظر: تبين الحقائق (٨٧/٤)، الموافقات (٢٨٥/١، ٢٨٤) ط. دار المعرفة، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٨٦/٢٨).

به حجة، قال ابن القيم: "ثبت أنه لا نص في التحريم، ولا إجماع، ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة"^(١).

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: إن الدليل على عدم جواز استبدال المسلم فيه أو الاعتياض عنه بغيره هو نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه^(٢).

أجاب أصحاب القول الثالث على هذه المناقشة:

فقالوا: إن النهي في المُعَيَّن، أو المتعلق به حق التوفية من كيل أو وزن وأما ما في الذمة فهو من جنس الاستيفاء^(٣)، وهو شبيه بالإقالة وهي جائزة قبل القبض على الصحيح، ويوضح هذا: أن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه محتجاً بنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه، وقال: "وأحسب كل شيء مثله"^(٤). ومع هذا فقد ثبت عنه أنه جَوِّزَ بيع، أو استبدال دين السلم ممن هو عليه إذا لم يربح فيه، ولم يفرق بين الطعام وغيره^(٥).

ثانياً: حجتهم على عدم جواز الاعتياض عنه ببدل يساوي أكثر من قيمته.

قالوا: فلأن دين السلم مضمون على البائع (المسلم إليه)، ولم ينتقل إلى ضمان المشتري، فلو باعه المشتري (رب السلم) من المسلم إليه بزيادة، فقد ربح رب

(١) تهذيب السنن (١١٧/٥).

(٢) انظر: الأم (١٣٥/٣)، المغني (٤١٧/٦).

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥١٢/٢٩).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك

(فتح ٤٣٩/٤) رقم (٢١٣٥)، ومسلم في صحيحه كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل

القبض (١١٥٩/٣) رقم (١٥٢٥) واللفظ له.

(٥) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥١٣/٢٩)، تهذيب السنن (١١٥/٥).

السلم فيما لم يضمن، وقد صحَّ عن النبي ﷺ أنه نهى عن ربح ما لم يضمن^(١).
 ثالثاً: حجتهم على عدم جواز بيعه لغير من هو في ذمته، فهو لعموم الأحاديث
 الدالة على نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض^(٢).
 الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثالث؛ لقوة أدلتهم وصراحتها، ولضعف
 أدلة المخالفين ومناقشتها، فعلى هذا فالمسلم (رب السلم) له الخيار بين رد ما قبضه
 وبين إمساكه ورضاه به، إذا علم أن البائع قد غشه في السلم فيه، وذلك لأن براءة
 الذمم مطلوبة في نظر الشرع، لما في شغلها من المفسدة، وأما على الرأي المرجوح
 فإنهم يحرمون ذلك حتى لو رضي رب السلم، ويجب عليه فسخ عقد السلم ويخص
 مالك المنع في الطعام خاصة.

الحالة الثانية: أن يأتي المسلم إليه بجنسه ونوعه ولكن بصفة أردأ:

فإذا جاء المسلم إليه بنفس الجنس والنوع كما لو أسلمه تمراً سكرياً، فجاء به إلا
 أنه رديء، فهذه المسألة اتفق الفقهاء فيها على أن المسلم له الخيار بين رده وبين
 قبوله؛ لأن ذلك ليس ببيع، إنما هو قضاء للحق، مع تفضُّلٍ من أحدهما، وإليك
 نصوص الأئمة في ذلك:

قال الكاساني: "فإن أعطى ربُّ السلم من جنس رأس المال أجود أو أردأ
 ورضي المسلم إليه بالأردأ جاز؛ لأنه قبض جنس حقه وإنما اختلف الوصف... فلا
 يكون أخذ الأجود والأردأ استبدالاً..."^(٣).

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥١٠/٢٩)، عقد السلم في الشريعة الإسلامية. د. نزيه حماد
 (ص ٦٨).

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٥١١/٢٩).

(٣) بدائع الصنائع (٢٠٣/٥).

وهذا حكم رأس المال وقال في المسلم فيه: "وإن أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرناه"^(١).

وقال ابن جزى المالكي: "ويجوز أن يأخذ طعاماً من نوع آخر مع اتفاق الجنس كزبيب أبيض عن أسود، إلا إن كان أحدهما أجود من الآخر أو أدنى، فيجوز بعد الأجل؛ لأنه من الرفق والمسامحة ولا يجوز قبله؛ لأنه في الدون وضع في التعجيل، وفي الأجود عَوْضٌ عن الضمان"^(٢).

وقال الشافعي - رحمه الله -: "إذا أعطاه حنطة شراً منها فطابت نفس المشتري، فلا بأس بذلك، وكل واحد منهما متطوع بالفضل وليس هذا بيع طعام بطعام"^(٣).
وقال مرة: "لم يكن بذلك بأس، وذلك أن هذا قضاء لا بيع"^(٤).

وقال ابن قدامة - رحمه الله -: "فأما إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيراً منه، أو دونه في الصفات، جاز؛ لأن ذلك ليس ببيع، إنما هو قضاء للحق، مع تفضُّلٍ من أحدهما"^(٥).

الحالة الثالثة: أن يأتي المسلم إليه بجنسه ولكن بنوع آخر:

فإذا أسلم زيد بكرة هواتف اتصال ثابت من نوع شركة "إريكسون"، فجاء بكر (المسلم إليه) بهذه الهواتف ولكن من نوع شركة "سامسونج"، فلما قبضها زيد تبين له أنها غير ما أسلم فيه.

(١) بدائع الصنائع (٥/٢٠٣).

(٢) القوانين الفقهية (ص ٢٧٣)، وراجع المنتقى للباقي (٤/٣٠٣)، وقال مستدلاً للجواز: "إن هذا من باب البدل، وليس من البيع، ولذلك جاز بدل الحنطة بالحنطة، ولو كان من باب المبايع لما قصر عن المثل".

(٣) الأم (٣/٧٤).

(٤) الأم (٣/١٠٤)، وراجع روضة الطالبين (٤/٣٠).

(٥) المغني (٦/٤١٧)، وراجع الإنصاف (١٢/٢٥٠).

ومثل ذلك لو أسلم بتمر خضري، فأحضر البرني، أو بثوب هروي، فأتى
بمروي.

فاختلف أهل العلم في هذه المسألة، هل تعتبر غشاً يترتب عليه أحكام الغش من
إعطاء المشتري الخيار؟ أو عدم جواز إمساكه وقبوله؛ لأنه يشبه الاعتياض عنه؟ أو
ليس هذا بغش ويلزم المشتري (رب السلم) قبوله؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز لرب السلم قبوله وإمساكه ولا يجب عليه، وهذا مذهب
جماهير أهل العلم من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، ووجه عند الشافعية^(٣)، وهو الذي
يقتضيه كلام الشافعي في الأم^(٤)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٥).

حجتهم:

أولاً: دليلهم على جواز أخذه:

(أ) قالوا: لأنه قبض جنس حقه، وإنما اختلف النوع والوصف، فهو كما لو
رضي بأخذ الرديء مكان الجيد، فيكون قد أسقط حقه فليس هذا من باب البيع^(٦).
(ب) ولأن النوعين جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، ويضم
أحدهما إلى الآخر في الزكاة، فجاز أخذ أحدهما عن الآخر^(٧).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٥)، المبسوط (١٥٣/١٢).

(٢) انظر: المنتقى (٣٠٣/٤)، القوانين الفقهية (٢٧٣)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٥٦٣/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣٠/٤)، مغني المحتاج (٢٦/٣)، شرح المحلى على المنهاج ومعه حاشيتي
قليوبي وعميرة (٢٥٥/٢).

(٤) الأم (١٠٤/٣، ٧٤).

(٥) انظر: المغني (٤٢١/٦)، الإنصاف (٢٥٠/١٢)، الكافي (١١٨/٢)، وقال: وهو أصح.

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٥).

(٧) انظر: المغني (٤٢١/٦-٤٢٢)، مغني المحتاج (٢٦/٣).

ثانياً: دليلهم على عدم وجوب أخذه:

قالوا: لأن العقد تناول ما وصفاه على الصفة التي شرطها، وقد فات بعض الصفات، فإذا فوت عليه ذلك فقد فوت عليه الغرض المتعلق به، فلم يلزمه قبوله، كما لو فوت عليه صفة الجودة^(١).

القول الثاني: يجب على رب السلم قبوله وليس هذا بغش: وهذا القول وجه عند الشافعية^(٢)، وهو قول القاضي أبي يعلى من الحنابلة^(٣).
حجتهم:

قالوا: لأن النوعين جنسٌ واحد يُضمُّ أحدهما إلى الآخر في الزكاة، فأشبهه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع.

ونوقش هذا الاستدلال فقول:

(أ) إن المسلم قد يكون له غرض في النوع الذي شرطه في العقد، فإذا فوت عليه ذلك فقد فوت عليه الغرض المتعلق به، كما لو فوت عليه صفة الجودة في نفس الجنس^(٤).

(ب) وقد يقال: ثم إن دليلكم إنما يصلح لجواز أخذه وقبوله، وأنه من باب الرفق والمسامحة لا من باب البيع؛ لا أنه يجب ذلك.

(١) انظر: المغني (٤٢١/٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٠/٤) هكذا ذكره النووي وجهاً عند الشافعية مع أنه ذكر في منهاج الطالبين وجهين في الجواز أو التحريم، وهو قول أبي إسحاق في المهذب، وقال القاضي أبو الطيب: "الوجهان في الجواز، فأما الوجوب فلا يجب عليه قبوله وجهاً واحداً" راجع: تكملة المجموع (١٤٧/١٣-١٤٩)، مغني المحتاج (٢٦/٣).

(٣) انظر: المغني (٤٢١/٦)، الإنصاف (٢٥٠/١٢).

(٤) انظر: المغني (٤٢١/٦).

القول الثالث: يحرم عليه أخذه وقبوله، ويجب رده.

وهذا قول إبراهيم النخعي فقال: لا تأخذ فوق سلمك في كيل ولا صفة^(١)، وهو وجه عند الشافعية^(٢)، ورواية عند الإمام أحمد^(٣).

حجتهم:

قالوا: لأن أخذ نوع لم يُتفق عليه في العقد يشبه الاعتياض عنه بغير جنسه، فلم يجوز أخذه عنه كالزبيب عن التمر^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال:

فقيل: ليس هذا من الاعتياض عنه بغيره؛ لأنه قبض جنس حقه، وإنما اختلف النوع، والمُسْلِم قد أسقط حقه من النوع، فلم يبق بينهما إلا صفة الجودة، وقد سمح بها، فهو كما لو قبل الرديء مكان الجيد^(٥).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو قول جماهير أهل العلم في جواز أخذ أحد النوعين مكان الآخر، ولا يجب عليه ذلك لقوة أدلتهم وضعف ومناقشة أدلة المخالفين. فعلى هذا فلو غشَّ المُسْلِم في إعطائه نوعاً غير ما شرطه في العقد، فله قبوله أو رده على الصحيح - إن شاء الله -.

* * *

(١) انظر: المغني (٤٢٢/٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣٠/٤)، المهذب مع شرحه (١٤٧/١٣-١٤٩)، مغني المحتاج (٢٦/٣)، شرح المحلى (٢٥٥/٢).

(٣) انظر: الإنصاف (٢٥٠/١٢).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٢٦/٣)، تكملة المجموع (١٤٧/١٣-١٤٩)، شرح المحلى (٢٥٥/٢).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٥)، المغني (٤٢٢/٦).

المبحث السادس عشر

الغش في عقد الاستصناع وأثره على العقد

الاستصناع لغةً: مصدر استصنع بمعنى طلب الصنعة، فيقال: استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه، وأصله: صنع يصنع صنعاً، فهو مصنوع وصنيع، والصناعة حرفة الصانع، والصناعة: ما تستصنع من أمر^(١).

أما الاستصناع في الاصطلاح الفقهي فقد ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) إلى أن الاستصناع نوع من أنواع السلم، وقسم من أقسامه، فيعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في السلم، ولذلك فهو يندرج في تعريف السلم عندهم^(٥)، أما لو أختل شرط من شروط السلم كتأخير تسليم الثمن في مجلس العقد، أو تعيين العامل والمعمول منه، ونحو ذلك، بطل العقد عندهم.

قال في المدونة في من استصنع طستاً أو قلنسوة أو خفاً أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصفة معلومة: "فإن كان مضموناً إلى مثل أجل السلم ولم يشترط عمل رجل بعينه، ولا شيئاً بعينه يعمله منه، جاز ذلك إذا قدم رأس المال مكانه، أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلاً بعيداً لم يجز، وصار ديناً بدين، وإن

(١) انظر: لسان العرب مادة (صنع) (٢٠٨/٨-٢٠٩)، القاموس المحيط (ص ٩٥٥)، المعجم الوسيط (٥٢٧/١).

(٢) انظر: المدونة (٦٩/٣ وما بعدها)، شرح الخرشي (٢٢٣/٥)، حاشية الدسوقي (٢١٧/٣)، التاج والإكليل (٥١٥/٦).

(٣) انظر: الأم (١٣٤/٣)، تكملة المجموع (١٢٢/١٣-١٢٥)، نهاية المحتاج (١٩٨/٤-٢٠١).

(٤) انظر: الفروع (٢٤/٤-٢٥)، كشاف القناع (١٦٥/٣)، الإنصاف (١٠٥/١١).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

اشترط عمله من نحاس أو حديد بعينه أو ظواهر معينة أو عمل رجل بعينه لم يجز..^(١)

وقال الشافعي في الأم: "ولو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس وحديد أو نحاس وورصاص لم يجز؛ لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما، وليس هذا كالصبيغ في الثوب... وقال: وهكذا كل ما استصنع"^(٢).

وقال ابن مفلح في الفروع: "ذكر القاضي وأصحابه: لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"^(٣).

أما الحنفية فقد جعلوه عقداً مستقلاً، له شروطه التي تجعله مغايراً ومتميزاً عن عقد السلم^(٤).

ولذلك فإن تعريفهم للاستصناع بناءً على أنه ليس سلماً ولا بيعاً محضاً ولا إجارة.

وقد عرّف الأحناف الاستصناع بعدة تعريفات، منها:

(١) المدونة (٦٩/٣) بتصرف يسير، وانظر: مواهب الجليل (٥١٧/٦-٥١٨)، والتاج والإكليل (٥١٥/٦).

(٢) الأم (١٣٤/٣).

(٣) الفروع (٢٤/٤-٢٥)، وانظر: كشف القناع (١٦٥/٣).

(٤) انظر: هذا هو الراجح عند عامة الحنفية، على أنه عقد خلافاً لما نقل عن الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور الذين قالوا: إن الاستصناع مواعدة، قال ابن الهمام رحمه الله: "والصحيح من المذهب جوازه بيعاً؛ لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة، ولأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه تعامل". اهـ. فضلاً راجع فتح القدير (٣٥٥/٥)، المبسوط (١٣٩/١٢)، بدائع الصنائع (٥-٢/٥)، حاشية ابن عابدين (٢٢٤/٥)، تبيين الحقائق (١٢٣/٤).

أولاً: تعريف علاء الدين السمرقندي^(١) هو: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"^(٢).

ثانياً: تعريف ابن عابدين هو: "طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص يعلم مما يأتي..."^(٣).

ثالثاً: تعريف مجلة الأحكام العدلية: "الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً"^(٤).

فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع.

وأولى هذه التعاريف هو التعريف الأول، فهو أوفاهها للمقصود مع زيادة قيد في آخر التعريف وهو "على وجه مخصوص"، والقول بأنه "على مبيع" يخرج الإجارة، إذ هي عقد على منافع مؤقتة، والقول بأنه "في الذمة" يخرج البيع، إذ البيع مقبوض في المجلس وعقد الاستصناع مطلوب صنعه في الذمة^(٥).

والقول بأنه "شرط فيه العمل" قيد أحتريز به عن السلم، إذ إن السلم بيع آجل بعاجل، والاستصناع لا بد فيه من عمل، وإلا لما جاز بيعه إلا سلماً^(٦).

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد، السمرقندي، أبو منصور، الفقيه الحنفي، من أهل سمرقند، تفقه عليه الكاساني وشرح كتابه "تحفة الفقهاء" في "بدائع الصنائع". ت: سنة (٥٣٩هـ) تقريباً. انظر: الجواهر المضية (٦/٢)، الإعلام (٦/٢١٢).

(٢) تحفة الفقهاء (٥٣٨/٢)، وانظر: بدائع الصنائع (٢/٥).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/٢٢٣).

(٤) مجلة الأحكام العدلية مادة (١٢٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢/٥).

(٦) انظر: "الاستصناع" بحث قدمه الباحث بدران الكاسب لنيل درجة الماجستير من جامعة الإمام محمد ابن سعود (ص ٥٩-٦٠).

والقول: "إنه على وجه مخصوص" أي جامع لشرائط الاستصناع^(١)، وعقد الاستصناع جوّزه الحنفية، وإن كان القياس أن لا يجوز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان^(٢)، وقد ذهب إلى هذا جماهير أهل العلم من المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وزفر من الحنفية^(٦) ذهبوا إلى عدم جواز عقد الاستصناع للنهي الوارد في الحديث آنف الذكر. وقد جوّزه الأحناف استحساناً لإجماع الناس على ذلك لأنهم يعملون ذلك في سائر الأمصار والأعصار من غير نكير^(٧).

وقالوا: والشارع قد أعطى المعدوم حكم الموجود في مسائل كثيرة منها طهارة المستحاضة وناسي التسمية في الوضوء والذبيحة^(٨). وقالوا: إن الاستصناع فيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً^(٩).

(١) وشروط عقد الاستصناع هما شرطان:

- (١) أن يكون المصنوع معلوماً، وذلك بأن يبيّن جنس المصنوع ونوعه وصفته وقدره.
- (٢) أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس، انظر: بدائع الصنائع (٣/٥)، تحفة الفقهاء (٥٣٩/٢)، مجلة الأحكام العدلية مادة (٣٨٩).
- (٢) سبق تخريجه.
- (٣) انظر: المدونة (٦٩/٣)، حاشية الدسوقي (٢١٧/٣)، مواهب الجليل (٥١٥/٦).
- (٤) انظر: الأم (١٣٤/٣)، تكملة المجموع (١٢٢/١٣-١٢٥).
- (٥) انظر: الفروع (٢٤/٤)، كشاف القناع (١٦٥/٣).
- (٦) انظر: البحر الرائق (٢٨٣/٦)، فتح القدير (٣٥٥/٥).
- (٧) انظر: المبسوط (١٣٨/١٢)، بدائع الصنائع (٣/٥).
- (٨) انظر: الاستصناع. د. سعود الشيبتي (ص ٤٧).
- (٩) انظر: بدائع الصنائع (٣/٥)، فتح القدير (٣٥٥/٥).

والحاجة تدعو إليه ؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى شيء من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة ، ولا يجده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع ، فلو لم يجز ذلك لوقع الناس في الحرج ، وقد تكفلت الشريعة برفعه^(١) .

ولعلّ هذا القول هو الراجح مراعاةً للمقاصد الشرعية في مصالح العباد^(٢) ، خاصة وأن محلّ عقد الاستصناع ليس هو العمل ولا العين ؛ بل العمل والعين معاً ، فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعاً ولا إجارة ولا سلماً ولا غيرها ، وإنما هو عقد مستقل له شروطه الخاصة به وخصائصه ، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقدٍ آخر ، يقول الإمام السرخسي : "اعلم أن البيوع أربعة : بيع عين بثمان ... وبيع دين في الذمة بثمان وهو السلم ... وبيع عمل ، العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها ... فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث فيه المحل بعمل العامل ... والعين هو الصبغ يبيع فيه ... ، وبيع عين شرط فيه العمل ... وهو الاستصناع ، فالمستصنع فيه مبيع عين"^(٣) .

وبهذا فإن الاستصناع عقد مستقل ، محلّه العمل والعين معاً ، وبذلك يمتاز عن عقد البيع الذي محلّه العين ، وعن الإجارة التي محلّها العمل وعن السلم الذي محلّه هو الذمة ، أو العين الموصوفة في الذمة ، ولذلك فإن الأحناف أنفسهم يرون فيما لو سلّم شخص إلى حدّاد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم ، أو جلدأ إلى خفّاف ليعمل له خفّاً معلوماً بأجر معلوم فهو جائز ولا خيار له ؛ لأن هذا كما يقول

(١) انظر: المبسوط (١٢/١٣٨ وما بعدها) ، بدائع الصنائع (٣/٥).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، فقد أفتى المجمع بجوازه (٧/٢/٧٧٧) ، والاستصناع للدكتور

سعود الثبيتي (ص ٦٣).

(٣) انظر: المبسوط (١٥/٨٤-٨٥).

الكاساني: "ليس باستصناع، بل هو استتجار، فكان جائزاً"^(١).

لأن شرط الاستصناع قد اختلف وهو العمل والعين معاً، فلا بد من اعتبارهما جميعاً^(٢).

* * *

(١) بدائع الصنائع (٤/٥).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة (٧) (٢/٣٤٩-٣٥٠).

المطلب الأول

صورة الغش في عقد الاستصناع

يُحصل الغش في عقد الاستصناع في استبدال ما اتفق عليه في العقد بنوع رديء، وقد لا يُطَّلَع على عيبه إلا بعد استعماله، كنوعية الخشب في الأثاث المصنَّع، فلو طلب المستصنع من الصانع صناعة غرفة نوم مثلاً من نوعية خشب جيّد "سنديان" مثلاً، وعلى حسب مواصفات مضبوطة، فلما قبض المستصنع المصنوع واستعمله تعيَّب عنده فعلم بعد ذلك أن نوعية الخشب ليس من النوع الجيد، فهذا غشٌّ وتغرير ويلحق به ضرر عظيم.

ومثل ذلك ما لو أعطاه قطع من النوع الذي له مدة صلاحية محددة، ولا يعلم المستصنع بهذا العيب، وهذا يحصل كثيراً في أجهزة الحاسب الآلي^(١).



(١) راجع في ذلك ندوة الغش والتقليد التجاري. المقامة في الغرفة التجارية بالمنطقة الشرقية.

المطلب الثاني

أثر الغش في عقد الاستصناع

سبق أن أوضحنا أن المالكية والشافعية والحنابلة يجرون عقد الاستصناع على عقد السلم في أحكامه وشروطه^(١) حتى في وجود غش في المبيع في نوعيته أو رداءته وجودته، فيجعلون للمشتري الخيار بين الإمسك أو الرد، على مثل ما سبق في حكاية الخلاف عند مبحث أثر الغش في المسلم فيه، فليراجع في موضعه، ولا داعي لتكراره^(٢).

أما الأحناف فهم وإن جعلوا الاستصناع عقداً مستقلاً، إلا أنهم اختلفوا هل للمشتري الخيار إذا رآه مطلقاً سواء وجد به غشٌ أو لا؟، أو ليس له خيار إذا جاء الصانع به على الصفة المشروطة إلا إذا كان بالمبيع غشٌ كعيب ونحوه؟.. على قولين: القول الأول: أن للمستصنع (المشتري) الخيار إذا رآه حتى لو جاء الصانع بالمبيع على الصفة المشروطة.

وهذا القول هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن^(٣).

وحجتهم:

قالوا: لأن المستصنع (المشتري) اشترى ما لم يره، فكان له الخيار لقوله ﷺ:

(١) راجع صفحة (٣٦٢) من هذا الكتاب.

(٢) راجع صفحة (٣٤٧) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/٥)، تبين الحقائق (٤/١٢٣)، فتح القدير (٥/٣٥٥)، والعناية مع

(من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار، إذا رآه)^(١).

القول الثاني: ليس للمستصنع خيار إلا إذا كان بالمبيع عيب أو جاء به على غير الصفة المشروطة في العقد.

وهذا القول رواية عن أبي يوسف - رحمه الله -^(٢)، وهذا القول هو ما اختارته وأخذت به مجلة الأحكام العدلية بناءً على رواية أبي يوسف، وقد نصت في مادتها (٣٩٢) على أنه: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة الميينة كان المستصنع مخيراً"^(٣).
وحتهم:

قالوا: إن الصانع قد أفسد متاعه، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة. فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع؛ لأنه قد لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع^(٤).

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٥/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: من قال يجوز بيع العين الغائبة (٢٦٨/٥) كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، والحديث ضعيف جداً، لأن في سننه عمر بن إبراهيم بن خالد، قال فيه الدارقطني: كذاب، وقال مرة: كان يضع الحديث. والحديث ضعفه الدارقطني وقال: وهذا باطل لا يصح. وكذا البيهقي. انظر ميزان الاعتدال (١٨٠/٣)، وللحديث شاهد من وجه آخر مرسل وهو من طريق أبي بكر بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ، أخرجه الدارقطني (٤/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦٨/٥) وضعفاه.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤/٥)، فتح القدير (٣٥٥/٥-٣٥٦)، راجع موسوعة عبدالناصر (٩٣/٧-٩٤).

(٣) انظر: مجلة الأحكام العثمانية مادة (٣٩٢) (٣٦١/١). وراجع المدخل الفقهي العام. للأستاذ الزرقاء (٤٥٦/١-٤٥٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤/٥)، فتح القدير (٣٥٥/٥-٣٥٦)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٦١/١).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أن القول الثاني هو الراجح لقوة أدلتهم، وأما حجة القول الأول فيمكن أن يقال لهم: إن عقد الاستصناع يختلف عن عقد البيع في ثبوت الخيار لمن اشترى شيئاً لم يره؛ لأن عقد البيع على مبيع معين، أما الاستصناع فهو على مبيع في الذمة شرط فيه العمل، فكما أنه ليس للمشتري الخيار في عقد السلم إذا جاء به على الصفة المطلوبة فكذلك عقد الاستصناع، ويبدو أن القول الثاني أصبح هو المتعارف عليه في عقود الاستصناع والمقاولات، وقد أخذت لجنة الموسوعة الفقهية الكويتية بالقول الثاني وقالت: "واللجنة ترجح رأي أبي يوسف الذي أخذت به المجلة، وترى لزوم عقد الاستصناع، لما يترتب على استقلال أحد الطرفين بفسخه من المضار إلا إذا جاء على خلاف الوصف المتفق عليه"^(١).

إذا ثبت هذا فإنه ليس للمستصنع خيار إلا إذا جاء الصانع بالمصنوع على غير الأوصاف المطلوبة من غش ونحوه.

فإن جاء به مغشوشاً، فله حق الإمساك بلا أرش، وفي هذه الحالة يلتزم بأداء العقد كاملاً.

وإن اختار الرد، فله ذلك أيضاً، فيرد المصنوع المعيب ويأخذ الثمن^(٢).

إلا أن إثبات الغش يختلف من عيب لآخر:

أ) فإن كان الغش يمكن معرفته بالمشاهدة، مثل ما لو أتى الصانع بقطع تقليدية غير أصلية، مكتوباً عليها صناعة بلد لم يتم الاتفاق عليها في العقد.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٣/٣٢٩)، وبمبحث عقد الاستصناع للدكتور محي الدين القره داغي

(٢) (٧/٢٠٧/٣٦٠)، وبمبحث عقد الاستصناع للشيخ مصطفى كمال التارزي (٧/٢٠٧/٥٩٨)، ضمن مجلة

مجمع الفقه الإسلامي.

(٢) انظر: فتح القدير (٥/١٥١)

فإذا كان كذلك، فيثبت له حق الخيار، ولا حاجة لتكليف القاضي المستصنع بإقامة البينة على وجود العيب عنده، لكونه ثابتاً بالمشاهدة وللمشتري حق الخصومة بسبب هذا العيب^(١).

ب) أما إن كان الغش بالمصنوع باطناً، لا يعرفه إلا أهل الذكر كالأمناء والخبراء من كل فن، أو بالتجربة، كما يكون ذلك في أجهزة الحاسوب لا يُعرف عيبها إلا بالتجربة، ففي مثل هذه الحال، لا يقبل قول المستصنع إلا بشهادة رجلين منهم^(٢).

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٧٨-٢٧٩)، رد المحتار (٥/٣١-٣٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٧٨-٢٧٩)، رد المحتار (٥/٣١-٣٢)، تبين الحقائق (٤/٣٧-٣٨).

المبحث السابع عشر

الغش في الشفعة وأثره على العقد

الشفعة -بضم الشين وسكون الفاء- اسم مصدر بمعنى التملك، وتأتي أيضاً: اسماً للملك المشفوع، من قولهم: كان وترأ فشفعته بآخر، أي جعلته زوجاً له^(١).

وأما في الاصطلاح الفقهي فلفقهاء عدة تعاريف تختلف في اللفظ وتتحد في المعنى، فمنها:

١- تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه^(٢).

٢- حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض^(٣).

٣- استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد مَنْ انتقلت إليه^(٤).

والشفعة ثابتة بالسنة والإجماع، روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قضى رسول

الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرِّفت الطرق فلا شفعة^(٥).

وقال ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم

يقاسم، فيما يبيع من أرض، أو دار، أو حائط"^(٦).

(١) انظر: المصباح المنير (١/٣٧٥)، المُعْتَرَب (١/٤٤٨)، القاموس المحيط (ص ٩٤٨).

(٢) انظر: الدر المختار (٦/٢١٦-٢١٧).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٥/١٩٤).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٣٥)، شرح الخرشني (٦/١٦١-١٦٢).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً غير

مقسوم (فتح ٤/٥١٣) رقم (٢٢١٤) واللفظ له، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب:

الشفعة (٣/١٢٢٩) رقم (١٦٠٨) نحوه من حديث جابر.

(٦) الإشراف على مذاهب أهل العلم (٢/٥)، والمغني (٧/٤٣٥).

وقال ابن عبدالبر: "لا أعلم بينهم في ذلك اختلافاً، كل فرقة من علماء الأمة يوجبون الشفعة للشريك في المشاع من الأصول الثابتة"^(١).

إذا عُرف هذا فقد يغش البائع والمشتري الشفيع، لإسقاط حقه من الشفعة، فيحتالان عليه، ويخدعانه، مثل أن يُظهرا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه، ويتواطآن في الباطن على خلافه^(٢)، ولها صور نذكر منها على سبيل المثال:

١- أن يشتري المشتري الدار من الشريك بألفين، ثم يعطيه بها خمسين ديناراً، أو يعطيه ألف درهم وثوباً لا يساوي الألف ويفعلون هذا كي لا يتمكن الشفيع أخذها إلا بالسعر الأول وهو الألفان^(٣)، ويقول الكاساني: "وهذه الحيلة ليست بمسقط للشفعة شرعاً لكنها مانعة من الأخذ بالشفعة عادةً، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بألفين ويلتزم الضرر"^(٤).

٢- ومنها ما يخص بعض الشفعاء دون بعض، نحو أن يبيع داراً إلا ذراعاً منها في طول الحد الذي يلي دار الشفيع، فالشفيع لا يستحق الشفعة، أما في قدر الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع، وأما فيما وراء ذلك فلانعدام السبب، وهو الجوار عند من يقول به^(٥).

٣- ومنها: أن يهب الشريك الشقص للمشتري، فلا يتمكن الشفيع من أخذ الشقص بالشفعة لانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع، فإذا أخذ المشتري

(١) التمهيد لابن عبدالبر (٤٦/٧).

(٢) انظر: المغني (٤٨٥/٧)، كشاف القناع (١٣٥/٤).

(٣) انظر: المبسوط (١٣١/١٤)، بدائع الصنائع (٣٤/٥)، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي

(٢/٢١٢) ط. الكتب العلمية، مغني المحتاج (٣٨٤/٣)، المغني (٤٨٥/٧).

(٤) بدائع الصنائع (٣٤/٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣٤/٥)، المبسوط (١٣١/١٤)، أسنى المطالب (٢٨٠/٢)، أعلام الموقعين

(٢٣١/٣).

الشقص، وهب الشريك ما يرضيه^(١).

وقال ابن القيم - رحمه الله -: "وهذا لا يسقط الشفعة، وهذا بيع وإن لم يتلفظا به، فله أن يأخذ الشقص بنظير الموهوب"^(٢).

٤- ومنها أن يبيع الشريك الدار نصفين، فيبيع عُشراً منها بثمان كثير، ثم يبيع البقية بثمان قليل، فلا يأخذ الشفيع العُشْر بثمانه عادةً لما فيه من الضرر، ولا شفعة له في تسعة أعشارها شرعاً، لأنه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالعُشر، والشريك في البقعة مقدم على الجار^(٣).

٥- ومنها: أن يهب البائع الحائط الذي بينه وبين الجار مع أصله للمشتري مقسوماً، ويسلمه إليه، أو يهب له من الأرض قدر ذراع من الجانب الذي يلي دار الشفيع، ويسلمه إليه ثم يبيع منه البقية بالثمان فلا شفعة حينئذٍ للجار لا في الموهوب ولا في المبيع، أما في الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع، وأما في المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار^(٤).

وقد اختلف أهل العلم هل تسقط شفعة الشفيع بالاحتياال عليه وغشه بذلك أم لا؟.

في ذلك خلاف بين أهل العلم، وليبيان ذلك لابد من تحرير محل النزاع، فيقال - والله أعلم -:

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣٤/٥). أسنى المطالب (٢٨٠/٢). الغرر البهية (٢٨١/٣)، مغني المحتاج (٣٨٤/٣)، المغني (٤٨٥/٧)، أعلام الموقعين (٢٣١/٣).

(٢) أعلام الموقعين (٢٣١/٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣٤/٥)، أسنى المطالب (٢٨٠/٢)، مغني المحتاج (٣٨٤/٣)، المغني (٤٨٥/٧)، أعلام الموقعين (٢٣١/٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣٤/٥)، أسنى المطالب (٢٨٠/٢)، حاشية البجيرمي على الخطيب (١٨٢/٣)، المغني (٤٨٥/٧)، أعلام الموقعين (٢٣١/٣) وما بعدها.

أولاً: إسقاطها بعد وجوبها للشفيع.

مثاله: أن يقول المشتري للشفيع: صالحتك على كذا وكذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك، فيقبل فتبطل شفيعته، ولا يستحق بدل الصلح.

أو يقول له: اشتر الدار مني بكذا، فيقول: اشترت، فتبطل شفيعته ونحو ذلك^(١).

فهذه الحيل محرمة مكروهة في قول عامة أهل العلم، وقد حكى بعض أهل العلم الإجماع والاتفاق على ذلك، فمنهم:

١- الكاساني وقال: "وقيل إنها مكروهة بلا خلاف"^(٢).

٢- أبو العباس ابن تيمية، نقل ذلك عنه تلميذه ابن مفلح في الفروع^(٣).

٣- صاحب كتاب مجمع الأنهر، حيث قال: "وإن بعد وجوبها فمكروهة بالإجماع"^(٤).

والواقع أن في المسألة خلافاً عند بعض الحنفية^(٥)، وحاول السرخسي الجمع في ذلك عندهم فقال: "والاشتغال بهذه الحيل لإبطال حق الشفيع لا بأس به، أما قبل وجوب الشفيع فلا إشكال فيه، وكذلك بعد الوجوب إذا لم يكن قصد المشتري الإضرار به، وإنما كان قصده الدفع عن ملك نفسه"^(٦).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣٥/٥)، الفروع لابن مفلح (٤/٥٣٧-٥٣٨)، وراجع نهاية المحتاج (٢٠٧/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٣٥/٥)

(٣) الفروع لابن مفلح (٤/٥٣٧-٥٣٨)

(٤) مجمع الأنهر (٢/٤٨٦).

(٥) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٨/٢٦٣).

(٦) المبسوط (١٤/١٣١).

والصواب هو قول عامة أهل العلم، وذلك لأن تجويز هذه الحيل يناقض مقصود الشارع من إعطاء الشريك الشفعة لإزالة ضرر الشركة والقسمة، فلو جَوِّزنا هذه الحيل لإبطال حق الشفيع، كان وجوب الشفعة له من باب العبث واللعب، وتطويل الطريق إلى المقصود من غير فائدة^(١).

ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالتحيل للتحقق للضرر، فلم تسقط^(٢).

ثانياً: إسقاطها قبل وجوبها:

وقد ذكرنا أمثلة هذا القسم سابقاً عند ذكر صور التحايل على إسقاط الشفعة، وهذا القسم اختلف فيه أهل العلم، هل تجوز مثل هذه الحيل أو لا؟. على قولين:

القول الأول: لا بأس بالحيل لإسقاط الشفعة قبل وجوبها، وليس هذا غشاً للشريك الشفيع.

وهذا القول هو الأظهر عند الحنفية وهو قول أبي يوسف - رحمه الله -^(٣)، وهو ظاهر مذهب المالكية^(٤)، وهو مذهب الشافعية^(٥).

(١) انظر: الفتاوى الكبرى المسماة بالفتاوى المصرية لأبي العباس ابن تيمية (١٨١/٦)، أعلام الموقعين (٢٣٢/٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٥/٥)، المغني (٤٨٨/٧).

(٣) انظر: المبسوط (١٣١/١٤)، بدائع الصنائع (٣٥/٥)، تبين الحقائق (٢٦١/٥)، حاشية ابن عابدين (٢٥٣/٦)، الاختيار لتعليل المختار (٢٨٨/٢).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٣٧٦/٧)، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي (٢١٢/٢) ط. الكتب العلمية.

(٥) انظر: روضة الطالبين (١١٦/٥)، أسنى المطالب (٣٨٠/٢)، نهاية المحتاج (٢٠٧/٥)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٤٧/٣)، والخلاف عند الشافعية في هذا إنما هو في الكراهة وعدمها مع جوازها.

وحجتهم في ذلك:

قالوا: إن مثل هذه الحيلة التي قبل وجوب الشفعة إنما هي لمنع وجوبها للشريك بمباشرة سبب الامتناع شرعاً، وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات، فإن المشتري يمنع حدوث الملك للبائع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعاً، وهو الشراء^(١).

ونوقش هذا التعليل:

فقليل: إن شرع الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة، وفيه إبطال هذا الحق أصلاً ورأساً^(٢).

أجاب أصحاب القول الأول عن هذا الاعتراض:

فقالوا: إن إبطال الشيء بعد ثبوته هو الضرر، وفي مسألتنا هذه لم يثبت الشيء أصلاً، فلا تكون الحيلة إبطالاً له، بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً وهو جائز، كما أمر الله سبحانه أيوب عليه السلام بقوله: ﴿وَاخُذْ بِيَدِكَ ضِغْتًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ﴾^{(٣)(٤)}.

وانظر: المنثور في القواعد (١٠٠/٢)، وأما الحيلة في دفع شفعة الجار فلا كراهة، راجع المصادر السابقة مع مغني المحتاج (٣٨٤/٣)، حاشية البجيرمي على الخطيب (١٨٢/٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣٥/٥).

(٢) انظر: تبين الحقائق (٢٦١/٥)، بدائع الصنائع (٣٥/٥)، مجمع الأنهر (٤٨٦/٢).

(٣) سورة ص، الآية رقم (٤٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣٥/٥).

وأجيب على مناقشة أصحاب القول الأول:

ف قيل : إن تجويز هذه الحيل يناقض مقصود الشارع من إعطاء الشفيع الشفعة ، ولو جوزنا هذه الحيل لمنع حق الشفيع ، كان وجوب الشفعة له من باب العيب واللعب ، وتطويل الطريق إلى المقصود من غير فائدة ، وهذه الحيل مناقضة لمقصود الشارع ؛ لأن الشارع يقول له : " لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك " (١) ، وهذان يحيلتهما يقول كل واحد منهما بلسان حاله : لا تلتفت إلى الشريك وأعطه لمن شئت (٢) .

وأما استدلالكم بقصة أيوب عليه السلام فلا بد من التفريق بين سلوك الطريق المشروعة التي شرعت لحصول ذلك المقصود وبين غيرها ، فأيوب عليه السلام اتبع ما شرع له ، وأما أنتم بحيلكم تناقضون مقصود الشارع في شرعه الشفعة (٣) .

القول الثاني : لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط ، وكان الشريك على شفيعته ، وهذا القول مذهب الحنابلة (٤) ، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية (٥) ، وهو اختيار أبي العباس ابن تيمية (٦) ، وتلميذه ابن القيم (٧) ، وقد نصرنا

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب : الشفعة (١٢٢٩/٣) رقم (١٦٠٨) من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنه .

(٢) انظر : الفتاوى الكبرى لابن تيمية (١٨١/٦-١٨٢) .

(٣) انظر : الفتاوى الكبرى لابن تيمية (١٩/٦) .

(٤) انظر : المغني (٤٨٥/٧) ، الفروع (٥٣٧/٤-٥٣٨) ، كشف القناع (١٣٥/٤) ، مطالب أولي النهى (١٠١/٤) .

(٥) انظر : بدائع الصنائع (٣٥/٥) ، البحر الرائق (٢٦٢/٨-٢٦٣) ، مجمع الأنهر (٤٨٦/٢) ، حاشية ابن عابدين (٢٥٣/٦) .

(٦) انظر : الفتاوى الكبرى لابن تيمية (١٨١/٦-١٨٢) .

(٧) انظر : أعلام الموقعين لابن القيم (٢٣١/٣) ، وراجع (٢٩٤/٣) له أيضاً .

هذا القول وأيداه فقال أبو العباس ابن تيمية: "مع أن القول بإبطال مثل هذه الحيل في الجملة هو وارد عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، وعبدالله بن سلام، وأبي بن كعب، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة..."^(١).

وقال أصحاب هذا القول: وإذا أراد الشفيع أخذه، أخذه بالثمن الذي استقر عليه العقد، وتواطأ عليه البائع والمشتري، فإنه هو الذي انعقد به العقد، ولا عبرة بما أظهره من الغش والخداع والكذب والبهتان الذي لا حقيقة له؛ ولهذا لو استحق المبيع فإن المشتري لا يرجع على البائع بألف دينار، وإنما يرجع عليه بالثمن الذي تواطأ عليه واستقر عليه العقد، فالذي يرجع به عند الاستحقاق هو الذي يدفعه الشفيع عند الأخذ^(٢).

وحجة أصحاب هذا القول:

١- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: (لا تتركبوا ما ارتكب اليهود، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل)^(٣).

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٦/١٧-١٨)، وقد عدّ كثيراً من السلف، فليراجع.

(٢) انظر: أعلام الموقعين (٣/٢٣١)، وراجع المغني (٧/٤٨٦)، كشف القناع (٤/١٣٥-١٣٦).

(٣) أخرجه ابن بطة بإسناده في كتابه "جزء في الخلع وإبطال الحيل" (ص ٢٤)، قال: حدثنا أبو الحسن أحمد بن محمد بن مسلم حدثنا الحسن بن محمد بن الصباح حدثنا يزيد بن هارون ثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة به، وهذا الحديث إسناد رجاله كلهم ثقات معروفون من رجال التهذيب، غير أبي الحسن أحمد بن محمد بن مسلم شيخ ابن بطة. وقد وثقه الخطيب البغدادي كما في تاريخ بغداد (٥/٩٨).

٢- وقال ﷺ: (قاتل الله اليهود، إن الله لما حرّم عليهم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه)^(١).

٣- وقال ﷺ: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى..)^(٢).

وجه الدلالة من الأحاديث:

قالوا: إن هذه الأحاديث - وغيرها مما لم يذكر^(٣) - نص في تحريم استحلال محارم الله بالاحتيال، وأن صاحبها متعرّض لسخط الله سبحانه وأليم

والحديث صححه ابن تيمية كما في إبطال التحليل وقال: "وهذا إسناد جيد، يصحح مثله الترمذي وغيره تارة وبحسنه أخرى، وأحمد بن محمد بن مسلم المذكور مشهور ثقة". اهـ. انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٨٧)، وقال الحافظ ابن كثير: "وهذا إسناد جيد"، تفسير ابن كثير (١/١٠٨) ط. دار الفكر سنة ١٤٠١هـ.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام (٣/١٢٠٧) رقم (١٥٨٢)، من حديث جابر بن عبد الله ﷺ. وأخرجه بنحوه البخاري في صحيحه كتاب أحاديث الأنبياء، باب: ما ذكر عن بني إسرائيل (فتح ٦/٦١٤) رقم (٣٤٦٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام من حديث عمر بن الخطاب ﷺ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب بدء الوحي، باب بدء الوحي (فتح ١/١١) رقم (١)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب: قوله: (إنما الأعمال بالنيات، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال) (٣/١٥١٥) رقم (١٩٠٧)، من حديث عمر بن الخطاب ﷺ، وقد احتج البخاري بهذا الحديث على إبطال الخيل، انظر: صحيح البخاري مع الفتح (١٢/٣٢٧).

(٣) راجع بتوسع كتاب: بيان الدليل على بطلان التحليل لأبي العباس ابن تيمية. ط. مكتبة لينة، تحقيق: د. فيحان بن شالي المطيري، وأعلام الموقعين لابن القيم من (٣/٩٢ إلى آخر الكتاب).

عقابه ، والذي يحتال لإسقاط الشفعة ، يكون غرضه إما الإضرار بالشريك او نفع الأجنبي ، وكل هذا مناقض لمقصود الشارع ، مضاداً له في حكمه ، فالشارع يقول : " لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه " ، وهذا يقول : لا يلتفت إلى الشريك ، وأعطه لمن شئت^(١) .

الدليل الثاني : قالوا : ولأن الله سبحانه ذمَّ المخادعين بقوله : ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ [البقرة : ١٩] .
وقد قال ﷺ : (لا تحلّ الخديعة لمسلم)^(٢) .

والتحليل مخادع ؛ لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لإبطالها لكان عوداً على مقصود الشريعة بالإبطال ، وللحجق الضرر الذي قصد إبطاله^(٣) .

الترجيح:

والراجع والله أعلم القول الثاني وهو تحريم الحيلة لإسقاط الشفعة ، وأن هذا غشٌ بالشريك وإبطالٌ لحقه ، وما استدل به أصحاب القول الأول قد تمت مناقشته .

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٦/١٨١) ، بيان الدليل على بطلان التحليل (ص

٨٢ ، ٣٧٥) ، وطرح الثريب للعراقي (٢/٢١) ط. دار إحياء الكتب العلمية.

(٢) سبق تخريجه .

(٣) انظر: المغني (٧/٤٨٨) ، أعلام الموقعين (٣/٢٣٢) ، كشاف القناع (٤/١٣٥).

فائدة

إذا اختلفا، هل وقع شيءٌ من هذا حيلةً أو لا؟ فالقول قول المشتري مع
يمينه ؛ لأنه أعلم بنية وحاله ؛ ولأن الأصل عدمه، ولأنه منكر، فإن نكل
قضي عليه بالنكول^(١).

* * *

(١) انظر: المغني (٤٨٨/٧)، كشف القناع (١٣٦/٤).

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثاني

الغش في عقود التوثيقات وأثره على العقد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الغش في الرهن وأثره على العقد.

المبحث الثاني: الغش في الحوالة وأثره على العقد.

المبحث الثالث: الغش في الضمان وأثره على العقد.

رَفَعُ

عبد الرحمن العجوي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

الغش في الرهن وأثره على العقد

الرهن في اللغة كما قال ابن فارس: أصل يدل على ثبات شيء يُمسكُ بحق أو غيره^(١)، فهو يدل إذن على الثبوت والدوام، يقال: ماء رهن، أي: راكد ودائم. ويأتي بمعنى الحبس^(٢)، ومن هذا المعنى قوله تعالى: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١].

والرهن عند الفقهاء -رحمهم الله- هو "جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها، أو من ثمنها إذا تعدّر الوفاء"^(٣). وفي هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول

صور الغش في الرهن

للغش في الرهن صور كلّها ترجع إلى عيب في الرهن ينقص قيمته أو يكون الرهن مستحقاً أو لا يمكنه التصرف فيه حين امتناع الراهن من التسديد، ومن تلك الصور:

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤٥٢/٢) ط. دار إحياء الكتب العربية.

(٢) انظر: المصباح المنير (٢٨٧/١)، القاموس المحيط (ص ١٥٥١)، تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١٩٣).

(٣) انظر: تبين الحقائق (٦٢/٦)، درر الحكام (٢٤٨/٢)، حاشية الدسوقي (٢٣١/٣)، شرح

الخرشي (٢٣٦/٥)، تحفة المحتاج مع حواشيه (٥٠/٥)، نهاية المحتاج (٢٣٤/٤)، المغني (٤٤٣/٦)،

كشاف القناع (٣٢١/٣)، وعباراتهم في هذا مختلفة اختلافاً لفظياً.

- ١- إذا باع شخص لآخر شيئاً نسيئته، واشترط على المشتري رهناً عن ثمن مبيع، فلما قبضه البائع وتم عقد البيع علم بالرهن عيباً ينقص من قيمة ثمن المبيع^(١).
- ٢- ومنها أيضاً: وهو يحصل في هذا الزمن كثيراً وهو أن يشتري شخص من آخر سلعة بقيمة (١٠٠٠,٠٠٠) مائة ألف ريال نسيئته، فيشترط البائع رهناً فيعطيه الراهن صك أرض له رهناً عن قيمة ما اشتراه وقيمة الأرض في هذا الصك مكتوب بقيمة (١٥٠,٠٠٠) مائة وخمسين ألف ريال ليغفر المرتهن (البائع) بذلك ويخذه، مع أن حقيقة الأمر أن الراهن لم يشتر الأرض بهذه القيمة إلا أنه اتفق مع بائعها بكتابة هذه القيمة في صك المبيعة.
- ٣- ومنها أيضاً: أن يشترط رهناً فيعطيه أمة لها أولاد، لكن المرتهن لم يعلم بأن لها أولاداً، فهذا عيب في الرهن، لأن المرتهن لو أراد بيع الرهن لم يجز له بيع الأمة إلا مع أولادها، وهو لم يقبض ولا حق له في الأولاد، فهذا يمنع من استيفاء حقه فهو عيب^(٢).
- ٤- ومنها أيضاً: أن يشترط رهناً فيعطيه إياه، ثم يتبين أن الراهن قد أعطاه رهناً لا يملكه وأن العين المرهونة مستحقة^(٣) لغير الراهن، والراهن يعلم بذلك إلا أنه أعطاه ذلك تفريراً بالبائع ليتم له عقد البيع^(٤).
- فهذه الصور ونحوها غش بالمرتهن؛ لأن الرهن إما أنه ينقص عن قيمة ثمن ما اشتراه به، أو لعدم إمكان بيعه، أو التصرف فيه عند عدم وفاء الراهن بالدين.



(١) انظر: الأم (١٥٥/٣)، المغني (٥٠٢/٦).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٤٨/٣)، كشاف القناع (٣٢٨/٣-٣٢٩).

(٣) الاستحقاق هو ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير، وعرفه بعضهم بأنه: "رفع ملك شيء بثبوت ملكه قبله بغير عوض". راجع حاشية ابن عابدين (١٩١/٤)، درر الحكام (٦٢٤/١)، حاشية البناني على شرح جمع الجوامع (١٥٨/٦) ط. عيسى البابي الحلبي بمصر، شرح الخرشني (١٥٠/٦).

(٤) انظر: فتح القدير (٢٢٤/٨)، حاشية الدسوقي (٢٥٩/٣)، كشاف القناع (٣٢٩/٣).

المطلب الثاني

أثر الغش في الرهن

للعلماء كلام في أثر الغش في العين المرهونة، ويختلف الأمر فيما إذا كانت العين المرهونة مستحقة أو معيبة.

فأولاً: إذا كانت العين المرهونة مستحقة:

إذا استحق المرهون العين كله بطل الرهن اتفاقاً، ووجب على المرتهن ردّه على مالكة^(١)، فإن أمسكه المرتهن بعد العلم بالاستحقاق حتى تلف في يده استقرّ عليه الضمان، وللمالك تضمين أيهما شاء^(٢).

وإذا كانت العين المرهونة استُحِقَّت قبل قبض المرتهن، فإنه حينئذٍ يخيّر بين فسخ عقد المداينة من بيع ونحوه، وبين إمضائه مع بقاء الدين بلا رهن.

وأما إن كان الرهن قد استُحِقَّ بعد قبض المرتهن له، فإن كان الراهن قد غرّ المرتهن وأوهمه أنه مالكة، فإن المرتهن بالخيار أيضاً بين فسخ عقد المداينة وبين إبقائه مع بقاء الدين بلا رهن^(٣).

فإن لم يكن الراهن قد غرّ المرتهن واستحق الرهن بعد القبض فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

(١) انظر: المغني (٥٢٤/٦)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢٧/٣).

(٢) انظر: فتح القدير (٣٠٥/٨) ط. بولاق الأولى، شرح الخرشي (٢٤١/٥)، الكافي لابن عبد البر

(٢/٨١٧)، مغني المحتاج (٧١/٣)، المغني (٥٢٤/٦)، تحفة المحتاج (٨٥/٥).

(٣) انظر: المبسوط (٧٤/٢١)، وحاشية ابن عابدين (٥٠٦/٦)، مجمع الضمانات (ص ١٠٤)،

شرح الخرشي (٢٥٠/٥)، حاشية الدسوقي (٢٥٨/٣)، مغني المحتاج (٤٨/٣)، المغني (٥٠٢/٦)،

كشاف القناع (٣٤٧/٣)، حاشية عثمان النجدي على منتهى الإرادات (٤١٦/٣) ط. الرسالة،

تحقيق التركي.

القول الأول: أن للمرتهن الخيار في فسخ عقد المداينة أو إبقائه بلا رهن، إذا كان الرهن مشروطاً في البيع.

وهذا مذهب الحنفية^(١)، وظاهر مذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وحجتهم: (١) لأن المشتري لم يوف له بشرطه^(٤).

(٢) ويمكن أن يستدل لهم أيضاً: ولأن البائع ما دخل في عقد المداينة إلا بضمان حقه باشتراط الرهن، فإذا بطل الرهن، كان له حق الرجوع، وإلا كان داخلاً في العقد من غير رضى.

القول الثاني: أن المرتهن ليس له حق الخيار، بل يبقى الدين بلا رهن، وهذا مذهب المالكية^(٥).

وحجتهم: لأنه لم يحصل من الراهن تغير ولا خديعة.

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ لقوة دليلهم، وضعف وجهة نظر القول الأول؛ لأن ثبوت الخيار ليس مقتصراً على التغير فقط.

ثانياً: إذا كانت العين المرهونة معيبة:

إذا علم المرتهن بعيب في العين المرهونة بعد قبضه إياها ولم يعلم بغش الراهن، فله الحق حينئذ في الخيار بين قبضه معيباً ورضاه بلا رهن، وبين فسخ البيع وردّ

(١) انظر: المبسوط (٧٤/٢١)، وحاشية ابن عابدين (٥٠٦/٦)، مجمع الضمانات (ص ١٠٤).

(٢) انظر: مغني المحتاج (٥٤-٤٨/٣).

(٣) انظر: المغني (٥٠٢/٦)، كشاف القناع (٣٤٧/٣)، حاشية عثمان النجدي على منتهى الإيرادات (٤١٦/٣).

(٤) انظر: كشاف القناع (٣٤٧/٣)، حاشية النجدي على منتهى الإيرادات (٤١٦/٣).

(٥) انظر: شرح الخرشي (٢٥٠/٥)، حاشية الدسوقي (٢٥٨/٣).

الرهن إلى الراهن، إذا كان قد شرط عليه في العقد بالرهن^(١).
 أما إذا لم يشترط رهناً في البيع، بل تم بلا رهن وبعد التفريق طلب رهناً أو كان
 هذا تطوعاً ابتداءً من المشتري، فحينئذٍ لو وجد البائع بالرهن عيباً، فليس له حق
 الخيار، ولا يملك فسخ البيع؛ لأن الراهن متطوع بالرهن^(٢).
 قال الإمام الشافعي -رحمه الله-: "الرهن رهنان، فرهنٌ في أصل الحق لا يجب
 الحق إلا بشرطه، وذلك أن يبيع الرجل الرجل البيع على أن يرهنه الرهن يسميانه،
 فإذا كان هكذا فكان بالرهن عيبٌ في بدنه أو عيبٌ في فعله يُنقص ثمنه وعلم المرتهن
 العيب قبل الارتهان فلا خيار له، والرهن والبيع ثابتان، وإن لم يعلمه المرتهن،
 فعلمه بعد البيع، فالمرتهن بالخيار بين فسخ البيع وإثباته، وإثبات الرهن للنقص عليه
 في الرهن كما يكون هذا في البيوع"^(٣).

مسألة

وهل يثبت له أرش العيب حين إمساكه كما ثبت للمشتري أرش العيب؟
 جوابه: ليس للبائع مع إمساك الرهن المعيب أرشٌ من أجل العيب؛ لأن الرهن
 إنما لزم فيما حصل قبضه، وهو الموجود، أما الجزء الفائت -وهو نقص العيب- فلا
 يلزم المشتري تسليمه للبائع؛ لأن الرهن لو تلف بجملته لم يملك الطلب ببدله
 فبعضه أولى^(٤).

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (١٢٧/٢، ١٢٦)، والعقود الدرية في تنقيح
 الفتاوى الحامدية لابن عابدين. ط. دار المعرفة (٢٣٣/٢، ٢٣٢)، تكملة المجموع (١٣/١٩٧)، أسنى
 المطالب (٢/٣٣)، الفرر البهية شرح البهجة الوردية لذكريا الأنصاري (٣/١٠٠)، المغني
 (٦/٥٠٢)، كشاف القناع (٣/٣٢٩)، مطالب أولي النهى (٣/٢٥٠).

(٢) انظر: تكملة المجموع (١٣/١٩٧)، أسنى المطالب (٢/٣٣)، المغني (٦/٥٠٣)، كشاف القناع

(٣/٣٢٩)، التاج المذهب لأحكام المذهب لأحمد الصنعاني (٣/٢٢٧). ط. مكتبة اليمن.

(٣) الأم (٣/١٥٤).

(٤) انظر: أسنى المطالب (٢/٣٣)، تكملة المجموع (١٣/١٩٧)، المغني (٦/٥٠٢)، كشاف القناع

(٣/٣٢٩).

مسألة

إذا لم يعلم البائع بالعيب في الرهن حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عنده عيب، فهل يثبت له الخيار بين فسخ العقد وبين إبقائه بلا رهن؟.

جوابه: لا يثبت للبائع خيار؛ لأنه لا يمكنه رد الرهن كما أخذ، والفسخ إنما يثبت إذا أمكنه رد الرهن كما أخذه^(١)، ولا أرش له أيضاً؛ لأنه دخل في ضمانه بالقبض، وهلاك بعض المرهون بعد قبضه كهلاك كله^(٢).

* * *

(١) انظر: تكملة المجموع (١٣/١٩٧)، أسنى المطالب (٢/٣٣)، المغني (٦/٥٠٢).

(٢) انظر: أسنى المطالب (٢/٣٣).

المبحث الثاني

الغش في الحوالة وأثره على العقد

الحوالة في اللغة مأخوذة من التحويل، وهو النقل من موضع إلى آخر، من حال الشيء حولاً وحؤولاً: تحول^(١).

قال المَطْرُزِي^(٢): أصل التركيب دال على الزوال والنقل^(٣).

أما في الاصطلاح الشرعي: فقد ذهب جماهير الفقهاء إلى أن الحوالة هي: "نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى"^(٤).

فالعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي هو أن الحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(٥).

وقد حكى عن محمد بن الحسن أنه قال: هي نقل المطالبة فقط مع بقاء الدين في ذمة المحيل^(٦).

(١) انظر: المصباح المنير (١/١٩٠)، القاموس المحيط (ص ١٢٧٨).

(٢) هو ناصر بن عبد السيد أبي المكارم بن علي، أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي، المَطْرُزِي، أديب عالم باللغة، من فقهاء الحنفية، وكان رأساً في الاعتزال، ت: سنة ٦١٠ هـ. انظر: الجواهر المضية (١٩٠/٢)، الأعلام (٣٤٨/٧).

(٣) انظر: المُعْرَب (١/٢٣٥)، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (ص ١٤٧).

(٤) انظر: تبين الحقائق للزليعي (٤/١٧١) ومجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٦٧٣)، والمادة (٨٧٦) من مرشد الحيران، ومنح الجليل (٣/٢٢٨)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٦٤٧)، نهاية المحتاج (٤/٤٠٨)، مغني المحتاج (٣/١٨٩)، المغني (٧/٥٦)، شرح منتهى الإرادات (١/٤١٦)، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد رقم (١١٥٥).

(٥) انظر: المصادر السابقة.

(٦) انظر: تبين الحقائق (٤/١٧١)، العناية على الهداية للبابرتي (٥/٤٤٥).

والصحيح هو قول عامة أهل العلم في براءة ذمة المحيل إذا تمت شروط الحوالة وذلك لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، بخلاف الضمان الذي معناه ضم ذمة إلى ذمة^(١).

(١) انظر: العناية على الهداية (٤٤٥/٥)، مغني المحتاج (١٩٣/٣)، المغني (٦٠/٧)، وراجع المصادر السابقة.

المطلب الأول

صورة الغش في الحوالة

صورة الغش في الحوالة هو أن يحيل زيدٌ بكرةً (المحتال) بدينه الذي على أجنبيٍّ، وقد أغراه بهذا المحال عليه فيرضى المحتال (بكرة) بذلك ظاناً غناه، ولم يعلم بفقره أو فلسه أو حجره، والمحيل يعلم حال المحتال عليه، ولكنه أحاله عليه حتى يبرأ من المطالبة بالدين الذي عليه، فهذا غشٌ وخديعةٌ وتغريبٌ بالمحتال، حتى يرضى فلا يستحق له بعد ذلك الرجوع على المحيل، عند بعض أهل العلم^(١).

ومثل ذلك أيضاً لو شرط المحتال يسار المحال عليه وأوهمه المحيل بملاءته، فلما رجع المحتال بدينه على المحال عليه تبين له فلسه أو حجره.

قال ابن حزم -رحمه الله-: "إذا غرَّ المحيل المحال وأحاله على غير مليء، والمحيل يدري أنه غير مليء أو لا يدري: فهو عمل فاسد، وحقه باقٍ على المحيل، كما كان"^(٢).

(١) سيأتي بحث هذه المسألة واختلاف أهل العلم في ذلك، وهل يكون هذا غشاً يؤثر في عقد الحوالة وفي أحقية المحتال للرجوع على المحيل، في المطلب الثاني من هذا البحث -إن شاء الله-.

(٢) المحلى لابن حزم (١٠٨/٨)، وانظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣٩٥/٥)، والاختيارات (ص ١٣٣)، تحقيق حامد الفقي ط. دار المعرفة.

المطلب الثاني

أثر الغش في الحوالة

لبيان ذلك لابد أن أشير إلى أن من شروط صحة الحوالة عند أهل العلم، هو رضا المحيل؛ لأن الحق عليه، وهو مخير في جهات قضاء الدين، فلا تتعين عليه جهة قهراً، كجهة الدين الذي له على المحال عليه.

وهذا الشرط هو قول عامة أهل العلم من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وقد حكى ابن قدامة رحمه الله أنه لا خلاف في اشتراطه لصحة الحوالة^(٥).

والواقع أن في المسألة خلافاً عند الحنفية فيما بينهم، وقد تعقب الكمال ابن الهمام الحنفي ابن قدامة في نقله عدم الاختلاف في هذا الشرط، فقال: "ونقل ابن قدامة أن رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح"^(٦).

وفي الهداية ما نصه: "وأما المحيل، فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه، وهو لا يتضرر به،

(١) انظر: فتح القدير (٥/٤٤٥)، بدائع الصنائع (٦/١٦)، مجمع الضمانات (ص ٢٨٢).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣/٣٢٥)، مع الشرح الكبير شرح الخرشي (٦/١٦)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٦٤٨).

(٣) انظر: أسنى المطالب (٢/٢٣٠)، شرح المحلى على المنهاج مع حاشيته (٢/٣٩٨-٣٩٩)، مغني المحتاج (٣/٩٠)، نهاية المحتاج (٤/٤٢٣).

(٤) انظر: المغني (٧/٦٠)، الفروع (٤/٢٥٥)، دقائق أولي النهى (٢/١٣٥).

(٥) انظر: المغني (٧/٦٠).

(٦) فتح القدير (٥/٤٤٥).

بل فيه نفعه ؛ لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره^(١). في حين أن الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن^(٢)، يرون اشتراط رضا المحيل، للتعليل الذي ذكره جمهور أهل العلم، لكن كثيراً من محققي المذهب الحنفي لا يرون أن هناك في الحقيقة خلافاً^(٣)، ولو فرض الخلاف -مع وجوده في الحقيقة-^(٤) فإن الراجح هو قول عامة أهل العلم.

ومن شروط صحة الحوالة أيضاً؛ هو رضا المحال، وهذا قول الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، ورواية عند أحمد^(٨).

وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بقولهم: إن حق المحتال إنما هو في ذمة المحيل، فلا يجوز نقله إلى غيرهما بغير رضاه، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً^(٩).

والقول الثاني في المسألة هو مذهب الحنابلة^(١٠)، وأهل الظاهر^(١١).

(١) الهداية مع فتح القدير (٤٤٤/٥).

(٢) انظر: فتح القدير (٤٤٥/٥).

(٣) انظر: فتح القدير (٤٤٥/٥-٤٤٦)، رد المحتار (٣٤١/٥).

(٤) انظر: الهداية مع العناية (٤٤٤/٥)، مرشد الحيران مادة (٨٨٧)، مجلة الأحكام العدلية مادة (٦٨١).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٦/٦)، فتح القدير (٤٤٤/٥)، رد المحتار (٣٤١/٥).

(٦) انظر: المنتقى للبايجي (٦٦/٥)، عقد الجواهر الثمينة (٦٤٨/٢)، حاشية الدسوقي (٣٢٥/٣)،

كفاية الطالب الرباني (٣٦٥/٢).

(٧) انظر: أسنى المطالب (٢٣٠/٢)، الفرر البهية (١٤٤/٣)، مغني المحتاج (١٩٠/٣)، نهاية المحتاج

(٤٢٣/٤).

(٨) انظر: الإنصاف (١٠٣/١٣)، الإفصاح لابن هبيرة (٣٢١/١).

(٩) انظر: المصادر السابقة.

(١٠) انظر: المغني (٦٣/٧)، الإنصاف (١٠٢/١٣)، الإفصاح (٣٢١/١)، دقائق أولي النهى

(١٣٦/٢).

(١١) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم (١٠٨/٨).

قالوا: إذا أحال المحيل المحتال على مليء، فواجب عليه أن يحتال، واستدلوا بقوله ﷺ: (إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبِع)^(١).
وجه الدلالة من الحديث:

(١) قالوا: أن النبي ﷺ أمره باتباع المحال عليه بشرطه وهو الملاءة، وأمر النبي ﷺ على الوجوب، فلا يجوز له اتباع غيره^(٢).
(٢) وقالوا: ولأن للمحيل أن يوفى الحق الذي عليه بنفسه، وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقييض فلزم المحال القبول^(٣).

الترجيح:

والراجع والله أعلم هو القول الثاني وهو أن من أحيل على مليء فواجب على المحتال أن يتبع، وذلك لظاهر النص وقوة حجتهم، أما حجة القول الأول فيقال: إن القياس في مقابلة النص قياس فاسد الاعتبار، ثم إن المحيل أقام المحال عليه مقام الوكيل، ولا يحق للمحتال أن يشترط قبضها من المحيل، فكذلك هنا، ثم إن شرط ذلك موقوف على الملاءة، فحينئذ لا يقال باختلاف الدّمتين^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحوالة، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة (فتح ٥٨٥/٤) رقم (٢٢٨٧)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها (١١٩٧/٣) رقم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة ؓ.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم (١٠٨/٨)، المغني (٦١/٧)، دقائق أولي النهى (١٣٦/٢).

(٣) انظر: المغني (٦١/٧)، دقائق أولي النهى (١٣٦/٢).

(٤) والجمهور حملوا الأمر في الحديث على الاستحباب، قال مالك رحمه الله: "هذا أمر ترغيب، وليس بالذي يلزمه السلطان الناس، وينبغي له أن يطيع رسول الله ﷺ" اهـ. فتح البر لابن عبد البر (٣٦٩/١٢)، وانظر مغني المحتاج (١٩٠/٣)، ومعلوم أن الأصل في الأوامر الوجوب إلا بصارف، ولا صارف يصرف هذا الأمر إلى الاستحباب، راجع البرهان للجويني (٢١٦/١)، الإحكام للأمدى (١٤٤/٢)، الإحكام لابن حزم (٢٥٩/١)، المسودة (ص ١٣).

إذا عُرف هذا، فإن أحال المحتالَ بدينه على المحال عليه، ورضيَ المحتال، فقد برئ المحيل مما كان عليه، ولا يحق للمحتال الرجوع إليه والمطالبة بدينه. وهذا قول عامة أهل العلم من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥).

قال ابن هبيرة -رحمه الله-^(٦):

"واتفقوا على براءة ذمة المحيل، إذا كان للمحيل على المحال عليه دين، ورضي المحتال والمحال عليه "أه"^(٧).

وقد خالف في المسألة الحسن البصري -رحمه الله-^(٨)، وزفر من الحنفية^(٩)، والقاسم بن معن -رحمه الله-^{(١٠)(١١)}، وقالوا: إن للمحتال أن يأخذ الحق من كل من المحيل والمحال عليه.

(١) انظر: فتح القدير (٤٤٥/٥)، بدائع الصنائع (١٧/٦).

(٢) انظر: المنتقى للباجي (٦٦/٥)، شرح الخرشي (١٧/٦).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٤٣٣/١٣)، مغني المحتاج (١٩٣/٣).

(٤) انظر: المغني (٦٠/٧)، كشاف القناع (٣٨٣/٣).

(٥) انظر: المحلى بالآثار (١٠٨/٨).

(٦) هو يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعد الشيباني، أبو المظفر، عون الدين، الفقيه الحنبلي، من كبار الوزراء في الدولة العباسية، وكان يُعرف بالوزير العادل العالم، ت: سنة (٥٦٠هـ). انظر: ذيل طبقات الحنابلة (٢٥١/١)، المنتظم (٢١٤/١٠).

(٧) الإفصاح لابن هبيرة (٣٢١/١)، وقد نقل ابن حجر الهيتمي الإجماع على ذلك، تحفة المحتاج (٢٣٣/٥)، وكذا الماوردي في الحاوي الكبير (٩٤/٨).

(٨) انظر: المغني (٦٠/٧).

(٩) انظر: بدائع الصنائع (١٧/٦)، فتح القدير (٤٤٥/٥).

(١٠) هو القاسم بن معن بن عبد الرحمن بن صاحب النبي ﷺ عبدالله بن مسعود رضي الله عنه، الإمام الفقيه المجتهد، قاضي الكوفة، وفقيها في زمانها، كان ثقةً نحوياً أخبارياً، كبير الشأن، لم يأخذ على القضاء معلوماً. ت: سنة (١٧٥هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (١٩٠/٨)، الجواهر المضية (٤٢/١).

(١١) انظر: التمهيد لابن عبد البر (٢٩٢/١٨).

وحجتهم في ذلك قالوا: إن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الأول، بل الوثيقة في مطالبة الثاني، مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء^(١).

والصواب هو قول عامة أهل العلم، وذلك لأن الحوالة مشتقة من التحويل، وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازماً فيها، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة، أما الكفالة والضمان فهما مشتقان من ضم ذمة إلى ذمة وليسا كالحوالة^(٢).

وقول عامة أهل العلم في براءة المحيل هو في الجملة، حيث إنهم اختلفوا فيما لو غرَّ المحيل المحتال، وأحاله على غير مليء، والمحيل يدري أنه غير مليء، ورضي المحتال بالحوالة، ثم تبين له إفلاس المحال عليه أو حجره، أو عدم ملاءته، فهل يحق للمحتال الرجوع على المحيل لأجل تغيره وغشه وخداعه، أو لا يحق له ذلك؟ في ذلك خلاف بين أهل العلم، ولبیان ذلك فإن الحكم يختلف عند بعضهم، فيما لو شرط المحتال الملاءة واليسار أو لم يشترط؟.

المسألة الأولى: إذا لم يشترط المحتال الملاءة.

اختلف أهل العلم على قولين:

القول الأول: متى رضي المحتال بالحوالة، ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً، سواء غرّه أو لا، وسواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو حجر أو فقر.

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٧/٦)، فتح القدير (٤٤٥/٥)، التمهيد (٢٩٢/١٨)، المغني (٦٠/٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٧/٦)، المغني (٦٠/٧).

وهذا القول قول أبي حنيفة رحمه الله^(١) حيث يرى أن المحيل يبرأ بالحوالة ولا يرجع عليه إلا بعد التوى^(٢)، والتوى عند أبي حنيفة هو أن يجحد المحال عليه الحوالة، ويحلف ولا يئنه للمحيل ولا المحتال له عليه، أو يموت المحال عليه مفلساً^(٣).

وهذا أيضاً هو مذهب الشافعية^(٤)، ومذهب الحنابلة^(٥)، وهو ظاهر كلام الخرقي^(٦)، وبه قال الليث بن سعد^(٧) وأبو عبيد^(٨) وابن المنذر^(٩).

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٨/٦)، فتح القدير (٤٤٧/٥)، تبين الحقائق (١٧٢/٤)، رد المحتار (٣٤٥/٥).

(٢) توي المال: هلك وذهب، توى فهو توي وتاوى، ومنه قول أبي بكر رضي الله عنه كما عند البخاري في صحيحه مع الفتح (٣٧٥/٦)، ومسلم (٧١٢/٢): "ذلك الذي لا توى عليه أي لا خسارة ولا ضياع، والتوى: الهلاك، وتفسيره في المحتال عليه يموت مفلساً عند الأحناف، وكذا في المغرب (١١٠/١) وراجع الصحاح للجوهري (٢٢٩٠/٦)، والنهاية لابن الأثير (٢٠١/١)، وأنيس الفقهاء للقونوي (ص ٢٢٥).

(٣) انظر: فتح القدير (٤٤٧/٥)، البحر الرائق (٤١٩/٦-٤٢٠)، ورد المحتار (٣٤٥/٥)، مجمع الضمانات (ص ٢٨٢).

(٤) انظر: شرح المحلى على المنهاج (٤٠١/٢)، تحفة المحتاج (٢٣٥/٥-٢٣٦)، تكملة المجموع (٤٣٤/١٣)، مغني المحتاج (١٩٤/٣).

(٥) انظر: المغني (٦٠/٧)، الإنصاف (١٠٦/١٣-١٠٧)، كشاف القناع (٣٨٣/٣)، المحرر في الفقه (٣٣٨/١).

(٦) انظر: المغني (٦٠/٧)، شرح الزركشي (١١٠/٤).

(٧) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٥٢/٢)، المغني (٦٠/٧)، التمهيد لابن عبد البر (٢٩٢/١٨).

(٨) انظر: المغني (٦٠/٧)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (٥٢/٢).

(٩) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٥٢/٢).

وحجة هذا القول:

- ١- قالوا: لأن الحوالة بمنزلة القبض، وقبولها متضمن للاعتراف بشروطها، فلا أثر لتبيين إفلاس المحال عليه أو فقره^(١).
- ٢- وقالوا أيضاً: ولأن عقد الحوالة عقد لازم لا يفسخ بفسخها، وكون المحال عليه تبين فلسه أو إعساره، لا يؤثر لأن المحتال مفرط لقبوله الحوالة، قبل البحث عن حال المحال عليه أو اشتراط يساره^(٢) كما لا رجوع له فيما لو اشترى شيئاً وغبن فيه^(٣).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

فيقال: إن قبول المحال للحوالة، إنما هو بتغريب المحيل بملاءة المحال عليه والرسول ﷺ أوجب الحوالة إذا كان المحال عليه مليئاً بقوله: (وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)^(٤) فمفهوم المخالفة، إذا كان غير مليء فلا يجب اتباعه، ثم إن المحيل قد غره بذلك فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع.

وأما قولهم: إن قبولها متضمن للاعتراف بشروطها...

فيقال: إن هذا القبول الضمني ليس على إطلاقه، ذلك أن المحتال لم يقبل الحوالة إلا بناءً على ما جرت به العادة من سلامة عيب المحال عليه بالإفلاس أو الفقر أو الإعسار، فكان هذا من شرطه، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٥)؛ ولأن قبول الحوالة، إنما هو لأخذ حقه فإذا بان مفلساً، فكيف يقال: إنه رضي بفلسه.

(١) انظر: تحفة المحتاج (٢٣٥/٥-٢٣٦)، نهاية المحتاج (٤٢٨/٤).

(٢) انظر: نهاية المحتاج (٤٢٨/٤)، مغني المحتاج (١٩٤/٣)، تكملة المجموع (٤٣٤/١٣)، شرح الزركشي (١١٠/٤).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٤٢٨/٤)، مغني المحتاج (١٩٤/٣).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٩٢)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٩٩).

وأما قولهم: "إن المحتال مفرط بترك البحث.. كما لا رجوع له فيما لو اشترى شيئاً وغبن فيه...".

فيقال هذا غير مسلم به، لأن قبول المحتال، إنما هو بتغزير المحيل له فلا يمكن أن يُنسب إليه تفريط، فكما لو أن البائع زاد في سعر السلعة فاغتر المشتري بقوله، فهل يقال لا خيار له بتفريطه بترك السؤال؟ وكذا متلقي الركبان، فهل يقال: لا خيار لهم لتفريطهم بترك السؤال مع أن النبي ﷺ قد جعل لهم الخيار بقوله ﷺ: ((... فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار))^(١).

القول الثاني: إذا كان المحال عليه مقلساً، ولم يعلم المحتال بذلك، فله الرجوع، إلا أن يرضى بعد العلم

وهذا مذهب المالكية^(٢)، ورواية عند أحمد قال ابن قدامة: وبه قال جماعة من أصحابنا^(٣)، وهو قول أهل الظاهر^(٤)، وقول لبعض السلف كشریح^(٥)، والشعبي^(٦)، والنخعي^(٧)، وهو اختيار ابن عبد البر المالكي وابن تيمية^(٨) وحثهم: ١- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)^(٩).

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: المدونة (٤/١٢٦)، مواهب الجليل (٧/٢٨)، حاشية الدسوقي (٣/٣٢٨)، شرح الخرشي (٦/٢٠).

(٣) انظر: المغني (٧/٦١)، شرح الزركشي (٤/١١١)، الإنصاف (١٣/١٠٧).

(٤) انظر: المحلى بالآثار (٨/١٠٨).

(٥) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٢/٥١)، المغني (٧/٦١).

(٦) انظر: المصدرين السابقين.

(٧) انظر: المصدرين السابقين.

(٨) انظر: فتح البر لابن عبد البر (١٢/٣٧٠)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/٣٩٥).

(٩) سبق تخريجه.

وجه الدلالة من الحديث: قال ابن عبد البر رحمه الله: "لما قال ﷺ: (وإذا أحيل أحدكم، أو أتبع أحدكم على مليء فليتبع) دل على أن من غرّ غريمه من غير مليء، لم يكن له أن يتبعه، وكان له أن يرجع عليه بحقه لأنه لم يحله على مليء" (١).

٢- قالوا: ولأن الفلاس عيبٌ في المحال عليه، فكان له الرجوع، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة (٢).

٣- قالوا: ولأن المحيل غرّه فكان له الرجوع، كما لو دلس المبيع (٣)، وذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بإحاطته هو، فإذا فات الخلف رجع إلى الأصل (٤).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني لقوة أدلتهم وظهورها وما استدل به أصحاب القول الأول قد تمت مناقشته (٥).



المسألة الثانية: إذا اشترط المحتال اليسار والملاءة:

متى رضي المحتال بالحوالة، وقد اشترط يسار المحال عليه، فوجده مفلساً والمحيل يعلم بفلسه، فهل يحق له الرجوع على المحيل أو لا؟
اختلف في هذا أهل العلم على قولين:

(١) فتح البر لابن عبد البر (٣٧٠/١٢)

(٢) انظر: مواهب الجليل (٢٨/٧)، شرح الخرشي (٢٠/٦)، المغني (٦١/٧)، شرح الزركشي (١١١/٤).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٣٢٨/٣)، مواهب الجليل (٢٨/٧)، المغني (٦/٧) شرح الزركشي (١١١/٤).

(٤) انظر: تبين الحقائق (١٧٢/٤).

(٥) انظر: الفتاوى الكبرى (٣٩٥/٥).

القول الأول: لا يحق للمحتال الرجوع على المحيل ولو اشترط اليسار: وهذا مذهب أبي حنيفة^(١)، والشافعية^(٢)، وقال الشيرازي: "وقال عامة الأصحاب لا خيار له"^(٣)، وهو قول الليث بن سعد^(٤)، وأبي عبيد^(٥)، وابن المنذر^(٦).

حجتهم:

قالوا: لأن الحوالة بمنزلة القبض، وقبولها متضمن للاعتراف بشروطها فلا أثر لتبين إفلاس المحال عليه أو فقره^(٧).

ولأن المحتال مفرط لقبوله الحوالة، قبل البحث عن حال المحال عليه حتى مع اشتراط اليسار، لأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد^(٨)، والشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل.

ويمكن مناقشة استدلال أصحاب هذا القول:

فيقال: قد سبق مناقشة أدلتهم في المسألة الأولى فلتراجع^(٩).

أما قولهم إن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد.

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٨/٦)، فتح القدير (٤٤٧/٥)، تبين الحقائق (١٧٢/٤)، رد المحتار (٣٤٥/٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٩٥/٨)، المهذب مع تكملة المجموع (٤٣٧-٤٣٤/١٣)، تحفة المحتاج (٢٣٦/٥)، مغني المحتاج (١٩٤/٣).

(٣) المهذب مع تكملة المجموع (٤٣٤/١٣).

(٤) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٥٢/٢)، المغني (٦٠/٧).

(٥) انظر: المصدرين السابقين.

(٦) انظر: المصدرين السابقين.

(٧) انظر: تحفة المحتاج (٢٣٥-٢٣٦/٥)، الحاوي الكبير (٩٧/٨)، نهاية المحتاج (٤٢٨/٤).

(٨) انظر: تحفة المحتاج (٢٣٦/٥)، نهاية المحتاج (٤٢٨/٤)، تكملة المجموع (٤٣٧/١٣).

(٩) انظر: راجع صفحة (٤٠٢) من هذا الكتاب.

فيقال: ليس هذا شرطاً ينافي مقتضى العقد، بل هو شرط من مصلحة العقد كالتأجيل والرهن والضمين، لأن النبي ﷺ أوجب الحوالة عند ملاءة المحال عليه حراسةً لحق المحتال، فإذا اشترط المحتال يسار المحال عليه، فقد اشترط شرطاً، يوافق قول النبي ﷺ: (وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع) وليس يخالفه، وإلا لما كان لاشتراط الملاءة بقول النبي ﷺ فائدة.

القول الثاني: إذا رضي المحتال بالحوالة بشرط يسار المحال عليه:

فهو شرط صحيح، ولو بان مفلساً فللمحتال الرجوع على من غره وهو المحيل. وهذا القول هو ظاهر مذهب المالكية^(١)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٢)، وقول أهل الظاهر^(٣) واختيار أبي العباس بن سريج من الشافعية^(٤)، واختيار ابن تيمية^(٥).

وقد استدل أصحاب هذا القول بنفس أدلة القول الثاني في المسألة الأولى إذا لم يشترط اليسار^(٦)، وقالوا أيضاً: ولأنه غره بالشرط فثبت له الخيار، كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب، فله الخيار، فكذلك في مسألتنا ولا فرق^(٧).

(١) انظر: المدونة (٤/١٢٦)، مواهب الجليل (٧/٢٨)، حاشية الدسوقي (٣/٣٢٨)، شرح الخرشي (٦/٢٠).

(٢) انظر: المغني (٧/٦٠). شرح الزركشي (٤/١١٠-١١١). الإنصاف (١٣/١٠٦-١٠٧). المحرر في الفقه (١/٣٣٨).

(٣) انظر: المحلى بالآثار (٨/١٠٨).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٨/٩٧)، وقال: وبه قال أبو العباس بن سريج وحده من بين أصحابنا كلهم، وراجع تكملة المجموع (١٣/٤٣٤-٤٣٧)، مغني المحتاج (٣/١٩٤)، نهاية المحتاج (٤/٤٢٨-٤٢٩).

(٥) انظر: الفتاوى الكبرى (٥/٣٩٥).

(٦) راجع صفحة (٤٠٣-٤٠٤) من هذا الكتاب.

(٧) انظر: المهذب مع المجموع (١٣/٤٣٤)، وشرح الزركشي (٤/١١١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني لقوة أدلتهم ووجاهتها وذلك أن التغيرير يثبت به الخيار كما في النجش وتلقي الركبان والمصرّاة، وما استدل به أصحاب القول الأول قد تمت مناقشته في المسألة الأولى.

* * *

المبحث الثالث

الغش في الضمان وأثره على العقد

أصل الضمان في اللغة: جَعَلَ الشيء في شيء يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمنت الشيء كذا: إذا جعلته في وعائه فاحتواه^(١)، ويطلق الضمان على عدة معان، منها:

١- الالتزام، تقول: ضمنت المال، إذا التزمته، ويتعدى بالتضعيف فتقول: ضمنت المال إذا ألزمته إياه.

٢- ومنها الكفالة، تقول: ضمنت الشيء ضماناً، فهو ضامن وضمين، إذا كفله.

٣- ومنها التبريم، تقول ضمنت الشيء تضميناً، إذا غرمته، فالتزمته^(٢).
أما الضمان في الاصطلاح الفقهي، فقد استعمله الفقهاء على ثلاث معان:
فاستعمله فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بمعنى الكفالة.
فمن تعارفهم لذلك:

١- "التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبه من عليه الدين لمن هو له"^(٣).

٢- "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدون من يستحق حضوره"^(٤).

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٣٧٢).

(٢) انظر: المصباح المنير (٢/٤٣٠)، القاموس المحيط (ص ١٥٦٤).

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/٢٧٢)، حاشية البناني على الزرقاني (٥/٩٩).

(٤) الغرر البهية (٣/١٤٩)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/٤٠٣)، تحفة المحتاج (٥/٢٤٠).

٣- "التزام من يصح تبرعه، أو مفلس برضاهما، ما وجب أو يجب على غيره، مع بقاءه عليه" (١).

واستعمله فقهاء الحنفية بمعنى "الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير"، فقالوا: "الضمان عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً" (٢).
واستعمله جُلّ الفقهاء بمعنى أعم وهو "موجب الغرم مطلقاً" أي موجب تحمّل تبعه الهلاك (٣)، وبهذا المعنى جاء قوله ﷺ: (الخراج بالضمان) (٤).
وفي هذا المبحث مطلبان:

* * *

(١) الإفتاع (٣٤٣/٢)، شرح منتهى الإرادات (٢٤٥/٢).

(٢) غمز عيون البصائر للحموي، شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (٦/٤) ط. دار الكتب العلمية في بيروت.

(٣) انظر: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني (٢٩٩/٥)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٢٠/٢٨)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء. د. نزيه حماد (ص ٢٢٢).

(٤) سبق تخريجه، وراجع مختصر سنن أبي داود للمنذري ومعه معالم السنن للخطابي (١٥٨/٥).

المطلب الأول

صورة الغش في الضمان

يمكن تصوير الغش في الضمان بأمرين:

الأمر الأول: وهو تغريب وخداع الشخص، بأن يقال له: عامل فلاناً فإنه ثقة مليء، وهو يعلم خلاف ذلك ثم يقول له تغريباً به: وأنا ضامن له، فيغريه ويخدعه ليقدم على العقد ضاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك. ومثل ذلك، أن يقول له: أعط فلاناً سيارتك، ولكي يقدم على العطاء يقول له: وأنا ضامن، أو ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه وقصده تغريب الآخر وخداعه.

الأمر الثاني: وصورته: أن يطلب البائع من المشتري ضمناً بثمن السلعة المشتراه، ويشترط عليه أن يكون مليئاً ثقة، فيذهب المشتري، فيأتي بورقة فيها توقيع ومصادقة بالضمان من شخص يوافق اسمه اسم شخص مشهور معروف بالملاءة والغنى عند الناس فيظن البائع أن اسم هذا الشخص الضمين هو ذلك الغني المليء، والواقع خلاف ذلك حيث إن المطابقة في الاسم ليس إلا، فيقدم البائع على مبايعته، ثم يتبين بعد ذلك أن الشخص الضمين معسر فقير.

المطلب الثاني

أثر الغش في الضمان

في صورة الغش في الضمان هل يكون المغرر المخادع ضامناً بالفعل حتى لو كان قصده الإقدام على فعل الشخص المغرر به أو لا ؟ كما في الصورة الأولى في الغش في الضمان.

جماهير أهل العلم من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) يجعلون المغرر المخادع ضامناً لأي خسارة أو ضياع أو هلاك بمال المغرر به، وذلك لأن هذا الشخص ما أقدم على هذا العمل من تضييع ماله، إلا بالتزام الآخر ما قد يحصل على ماله من الهلاك والإهدار، فلزم الضامن أداء ما ضمنه، وكان للمضمون له مطالبته لقول النبي ﷺ: (الزعيم غارم)^(٤).

(١) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (١١٥/٣-١١٦)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (٩٧/٣)، مواهب الجليل (٣٥٠/٦).

(٢) انظر: أسنى المطالب (٨٠/٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (١٥٤/٤)، تحفة المحتاج (٣٦٧/٧)، نهاية المحتاج (٣٦٧/٧).

(٣) انظر: المغني (٧٣/٧)، الفروع (٢٤٢/٤)، كشف القناع (٣٨٢/٣)، مطالب أولي النهى (٣٠٧/٣).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع والإجازات، باب: في تضمين المغرور (٨٢٥/٣) رقم (٣٥٦٥)، والترمذي في جامعه كتاب البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (٥٦٥/٣) رقم (١٢٦٥)، وابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب: العارية (٨٠١/٢) رقم (٢٣٩٨)، وأحمد في المسند (٢٦٧/٥)، كلهم من طريق إسماعيل بن عياش ثنا شريح بن مسلم عن أبي أمامة عن النبي ﷺ. والحديث إسناده حسن، وقد حسنه الترمذي، ورواية إسماعيل بن عياش عن أهل بلده الشام مقبولة كما يقوله البخاري وأحمد بن حنبل وابن عدي وغيرهم، وشريح شامي ولكن فيه لين، فالحديث إسناده حسن. وانظر إرواء الغليل (٢٤٦/٥).

قال الدردير في شرحه: "بخلاف القولى -أي التغيرير القولى- كأن يقول شخص لآخر عامل فلاناً فإنه ثقة مليء، وهو يعلم خلاف ذلك... قال الدسوقي شارح الشرح الكبير في هذه العبارة: "قوله (وهو يعلم خلاف ذلك) أي فلا يضمن ذلك الشخص القائل ما عامل به الآخر فلاناً على المشهور ومحل عدم الضمان ما لم يقل: عامله وأنا ضامن له، وإلا ضمن ما عامله فيه"^(١).

وقال شهاب الدين الرملي^(٢) الشافعي: "ولو قال (ولو قال) لغيره عند الإشراف على الغرق أو القرب منه (ألق متاعك) في البحر (وعليّ ضمانه أو على أنني ضامن) له أو عليّ أن أضمنه ونحو ذلك وألقاه وتلف (ضمن) المستدعي، وإن لم يحصل له النجاة لأنه التماس لغرض صحيح بعوض فلزمه، كأعتق عبدك بكذا أو طلق زوجتك بكذا..."^(٣).

وقال البهوتي الحنبلي: "ولو قال بعض أهلها) أي السفينة لواحد منهم (ألق متاعك) في البحر (فألقاه، فلا ضمان على الأمر) لأنه لم يكرهه على إلقائه، ولم يضمنه له (وإن قال: ألقه) في البحر (وأنا ضمانه ضمن) الأمر به (الجميع) وحده"^(٤).
أما الصورة الثانية في الغش: وهي طلب البائع من المشتري أن يأتي بضمين مليء، فيذهب المشتري ويأتي بضمين يوافق اسمه اسم شخص معروف بالملاءة والغنى عند الناس، فيظن البائع أن هذا الضمين هو ذاك الغني المليء، والواقع خلاف ذلك، فيقوم على إتمام الصفقة بناءً على التغيرير بالضمين.

(١) انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣/١١٥-١١٦).

(٢) هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي، الفقيه الشافعي، المفتي، الشهير بالشافعي الصغير، وليّ إفتاء الشافعية وأصبح فقيه الديار المصرية في عصره ومرجعها في الفتوى، ت: سنة (١٠٠٤) هـ. انظر: شذرات الذهب (٨/٣٨٤)، الأعلام (٦/٢٣٤).

(٣) نهاية المحتاج (٧/٣٦٧)، وراجع حاشية الجمل (٥/٩٠).

(٤) كشف القناع (٣/٣٨٢).

والحقيقة أنني لم أجد لأهل العلم كلاماً حول هذه المسألة بعد البحث المستفيض، ولكن يمكن تخريجها بناءً على قاعدة الغش والتغريب المأخوذة من كلام أهل العلم.

فيقال - والله تبارك وتعالى أعلم وأحكم - لا يخلو الأمر من أحد أمرين، فإن كان البائع قد شرط ضمناً فقط، ولم يشترط ملاءته وغناه، فلا خيار له في ذلك؛ لأن المشتري قد أتى بما اشترط عليه ولم يخالف شرطاً من الشروط، ولا يمكن اعتبار هذا غشاً يحق للبائع فسخ البيع لأجله، كما لو علف الدابة فامتلات خواصرها وظن المشتري أنها حامل، لم يكن له خيار؛ لأن هذا لا يتعين للجهة التي ظنّها^(١)، فكذلك ها هنا.

أما لو كان البائع قد اشترط عليه ملاءة الضمين ويسره وعدم مماطلته فإنه في هذه الحالة يحق للبائع الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه؛ لأن هذا تدليس وغش وتغريب وخلاف ما اشترط عليه، أشبه ما لو شرط كون العبد كاتباً فإن خلاف ذلك.

* * *

(١) انظر: المغني (٦/٢٢٤).

رَقْع

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثالث

الغش في العقود الإدارية وأثره على العقد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول الغش في عقد المعاولة وأثره على العقد

المبحث الثاني: الغش في عقد الصيانة وأثره على العقد

المبحث الثالث: الغش في عقد التوريد وأثره على العقد

رَفَعُ

عبد الرحمن العجوي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثالث

الغش في العقود الإدارية وأثره على العقد

المقصود بالعقود الإدارية:

"ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام"^(١).

ويتضح من التعريف أن العقد الإداري يقوم على أسس ثلاثة ، هي :

١- أن تكون الإدارة (وهي الدولة أو الحكومة) طرفاً في العقد.

٢- صلة العقد بالمرفق العام.

٣- وسائل القانون العام وإجراءاته^(٢).

وعليه فيقصد بالغش في العقود الإدارية وجود التفرير أو الخداع أو التدليس في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها.

ومن هذه العقود عقد مقاوله البناء وعقد الصيانة وعقد التوريد، مع العلم بأن هذه العقود الثلاثة قد تكون عقوداً غير إدارية كالعقود التي تكون بين الأفراد فيما بينهم ، إلا أن الغالب على هذه العقود إنما هي عقود إدارية.

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - للدكتور سليمان الطماوي - مطبعة

جامعة عين شمس ، ط ٤ (١٩٨٤م) (ص ٥٢).

(٢) انظر: المصدر السابق.

المبحث الأول

الغش في عقد المقاولة وأثره على العقد

تمهيد:

أولاً: تعريف عقد المقاولة:

عقد المقاولة يعرفه شراح القوانين بأنه: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"^(١).

وعرفها بعضهم بأنها: "عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته"^(٢).

وهذا التعريف وإن كان قريباً من التعريف الأول، إلا أنه أشار إلى ملحظ مهم يتميز به عقد المقاولة، وهو أن مَنْ يقوم بالعمل -وهو المقاول- إنما يفعل ذلك مستقلاً غير خاضع لإدارة وإشراف الطرف الآخر (رب العمل).

ويتضح من هذين التعريفين أن المقاولة تتميز بالخصائص الآتية:

(أ) أنها عقد رضائي، فلا يشترط في انعقاده شكل معين، بل ينعقد بمجرد تراض الطرفين، فالكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات المقاولة لانعقادها، ويسمى

(١) انظر: الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية للأستاذ محمد عبدالرحيم عنبر (ص ٧). ط. الثالثة ١٩٨٨م، وشرح القانون المدني العقود المسماة للدكتور عدنان إبراهيم السرحان، ط. الأولى ١٩٩٦هـ - دار الثقافة، وأحكام عقد المقاولة للأستاذ فتيحة قره ص ١٧. ط. بتاريخ ١٩٨٧م. الناشر منشأة المعارف.

(٢) انظر: أحكام عقد المقاولة لفتيحة قره (ص ١٨)، وأحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب، ط. سنة ١٩٦٢م. (ص ١٤، ١٣).

الطرف الذي يؤدي العمل (المقاول)، ويسمى الطرف الآخر (صاحب أو رب العمل).

(ب) أنها عقد معاوضة.

(ج) أنها عقد ملزم للطرفين، فالمقاول يلتزم بإتمام العمل، ثم تسليمه، وصاحب العمل يلتزم بدفع البدل حين تسليم العمل.

(د) أنها عقد وارد على العمل، فالمقاول مطلوب منه القيام بعمل معين، وهذا مما يميز عقد المقاولة من غيره من العقود ويعطيه خصوصيته، وهو إنما يفعل هذا باسمه الخاص، مستقلاً عن أي إدارة أو إشراف من جانب رب العمل^(١).

فمتى توافرت هذه الخصائص الأربع في عقد من العقود كان مقاولة أيًا كانت طبيعة العمل المطلوب القيام به.

ثانياً: التكييف الفقهي لعقد المقاولة:

إن هناك طائفة من العقود المستحدثة، التي لم تُعرف تسميتها ولا حقيقتها في كتب الفقهاء -رحمهم الله-، وبسبب تطوّر العصر الحاضر في أنواع التعامل والعقود تطوراً كبيراً لعوامل كثيرة تميّز بها هذا العصر، منها الابتكارات المذهلة في وسائل الاتصال السريع، وكذا الابتكارات الصناعية العظيمة كان من نتائج هذا التطوّر الذي تميّز بها هذا العصر هو ظهور عقود جديدة لوفاء حاجات لم تكن قائمة أو ملحّة في عصور الفقهاء الأوائل^(٢)، ومن بين تلك العقود، عقد المقاولات بجميع صورته وأشكاله، وحينئذٍ فلا بدّ من النظر في حقيقة هذا العقد الجديد من الناحية الشرعية ومدى مقاربتها لبعض العقود المسماة عند فقهاءنا -رحمهم الله-.

(١) انظر: الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية (ص ٧)، شرح القانون المدني العقود المسماة (ص ٧-٨)، أحكام عقد المقاولة، فتحة قرّة (ص ١٨-١٩).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (الدورة السابعة / العدد الثاني / صفحة ٢٢٦).

وعقد المقاولة قريب جداً من عقد الاستصناع الذي تكلم فيه الفقهاء -رحمهم الله- وخاصة الأحناف منهم، وقد أشار إلى هذا مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤) في تعريفها لعقد الاستصناع فقالت: "الاستصناع: عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئاً"^(١).

ومثل لهذا التعريف شارحها فقال: "إذا قاول شخص خياطاً على صنع جبة، وقماشها وكل لوازمها من الخياط، فيكون قد استصنعه تلك الجبة، وذلك هو الذي يُدعى بالاستصناع"^(٢).

كما أن المجلة قد أشارت إلى بعض أحكام المقاولة في المواد (٣٨٨-٣٩٢)، وفي كتاب الإجارة - أيضاً - خصوصاً الفصل الرابع من الباب السادس الخاص بما أسمته المجلة (إجارة الآدمي)^(٣).

ويلاحظ على هذا أن الاستصناع ضُرب من ضروب عقد المقاولة، إذ المقاولة هي أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، فعلى هذا فإن تعهد المقاول بتقديم العمل والمادة كان مقاولة واستصناعاً، وإن تعهد بتقديم العمل فقط كعقد النقل البحري والجوي مثلاً، أو عقد التوريد كان مقاولة لا استصناعاً، ولهذا قال شارح المجلة في شروط الاستصناع: "وشروطه أن يكون العمل والعين من الصانع، وإلا فإذا كانت العين من المستصنع (رب العمل) فهو عقد إجارة"^(٤).

ولما اتسع ميدان العمل والصناعة واتجه الناس إلى رفع شأن العامل، وجرى العرف بينهم على اصطلاح عقد المقاولة عوضاً عن عقد الاستصناع الذي كان

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١١٤/١) لعلي حيدر.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١١٤/١) لعلي حيدر.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٦٤٨/١)، وما بعدها) لعلي حيدر.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١١٥/١) لعلي حيدر.

الفقهاء يستعملونه، وعوضاً عن عقد الإجارة، وأصبح مفهوم عقد المفاوضة شاملاً للعقدين السابقين -الاستصناع والإجارة- بصورة تستتبع الأخذ بهذا الاصطلاح الجديد تقريراً للواقع وتمشياً مع العرف فيما لا يناقض آية قرآنية أو سنة نبوية، مع إخضاع هذا العقد للأحكام الخاصة بعقد الاستصناع إذا كان من المفاوض العمل والعين معاً، أو بعقد الأجير المشترك إذا كان من المفاوض العمل فقط^(١)، مع أن القول الراجح والذي أخذ به جمهور الفقهاء أن الأصل في إنشاء العقود الإباحة، وأن الناس لهم الحق في إنشاء عقود جديدة ما لم تكن مخالفة لنصوص الشرع المطهر، خلافاً للظاهرية الذين ذهبوا إلى أن الأصل في العقود الحظر ما لم يرد دليل بجوازه^(٢).

والمبدأ العام في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ٤١].

وقول النبي ﷺ: (المسلمون على شروطهم)^(٣).

(١) انظر: شرح القانون المدني، العقود المسماة (ص ٩).

(٢) انظر: تبين الحقائق للزليعي (٤/٨٧)، الفروق للقرافي (٣/١٤٥)، الموافقات للشاطبي (٢/٣٠٧)، الأم (٢/٣)، قاعدة العقود لابن تيمية المسماة بنظرية العقد خطأ (ص ١٥-١٨) ط. دار المعرفة، والقواعد النورانية لابن تيمية، ط. السنة المحمدية، تحقيق: حامد الفقي (ص ١٨٤)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/١٢٦)، وراجع مبدأ الرضا في العقود، د. علي محي الدين القره داغي (٢/١١٤٨-١١٦٤). ط. دار البشائر.

(٣) هذا الحديث روي عن جماعة من أصحاب النبي ﷺ، منهم:

١- حديث أبي هريرة ﷺ: أخرجه ابوداود في سننه، كتاب الأفضية، باب: في الصلح (٤/١٩-٢٠) رقم (٣٥٩٤)، وأحمد في مسنده (٢/٣٦٦)، والدارقطني في سننه (٣/٢٧)، والحاكم في المستدرک (٢/٤٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٧٩)، من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة.

وفي سننه كثير بن زيد ضعفه النسائي وأبوزرعة، وقال أحمد: ما أرى بحديثه بأساً. وقال عنه الحافظ في التريب: "صدوق يخطئ"، فمثله حسن الحديث خاصة إذا جاء من طريق آخر يعضده، والحديث صححه عبدالحق الإشبيلي، وقال الحافظ في "تغليق التعليق" (٣/٢٨٢): فحديثه حسن

وبناءً على هذا فعقد المقاولات من العقود الجائزة، وهو يشمل أنواعاً مختلفة من الاتفاقات التي تتباين، لذلك تندرج اليوم تحت عقد المقاوله جميع الاتفاقات التي يكون محلها صنع شيء أو تحويله أو صيانته، كمقاولات البناء وإصلاح الأجهزة والآلات كعقد الصيانة، وكذا التي يكون محلها خدمة خاصة أو جهد غير عادي، أو نقل، ونحو ذلك، كعقد التوريد وعقد النقل والتدريس الخصوصي، وخدمات وكالات السفر^(١).

ونحن في هذا المبحث سنقتصر من عقد المقاولات على عقد مقاوله البناء والمنشآت الثابتة.

في الجملة، وقد اعتضد بمجيئه من طريق أخرى "اه..، وقال أيضاً (٣/ ٢٨١): " وكلها فيها مقال، لكن حديث أبي هريرة أمثلها".

٢- حديث عمرو بن عوف: أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول ﷺ في الصلح بين الناس (٣/ ٦٣٤) رقم (١٣٥٢)، والدارقطني (٣/ ٢٧)، والحاكم في المستدرک (٤/ ١٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٧٩) كلهم من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف، عن أبيه عن جده مرفوعاً.

والحديث قال فيه الترمذي: "حديث حسن صحيح" ولم يُصِبْ -رحمه الله-؛ فإن كثير بن عبدالله ضعفه أكثر أهل العلم، بل قال ابن عبدالبر كما في تهذيب التهذيب (٣/ ٤٦٣): "وكثيرٌ يجمع على ضعفه..، وقال الحافظ في الفتح (٤/ ٥٦٩): "وكثير بن عبدالله ضعيف عند الأكثر، لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقرّون أمره".

وللحديث شواهد أخرى من حديث عائشة، ومن حديث أنس، ورافع بن خديج وابن عمر، والحديث حسن بمجموع طرقه، وقد صحّحه الشيخ الألباني في إرواء الغليل (٥/ ١٤٧).

(١) انظر: شرح القانون المدني. د. عدنان السرحان (ص ١١)، وأحكام عقد المقاوله لفتيحة قره (ص ٤٢-٥٥).

ويعرّف عقد مقاوله البناء، والمنشآت الثابتة الأخرى بأنه: "عقد يتعهد بموجبه مقاول أو مهندس معماري بأن يبني لآخر لقاء أجرٍ بناءً أو منشآت ثابتة"^(١).

وعليه فإن هذا العقد ينصب على تشييد مبانٍ أو منشآت ثابتة تتصل بالأرض اتصال قرار سواء قامت فوقها، أو تحتها، أو في مستواها كالجسور والسدود والخزانات...، وما شابه ذلك من منشآت كبيرة.

ويتميّز هذا العقد عن عقود المقاولات الأخرى بأمور منها:

أ- إن عقد مقاوله البناء ينصب من حيث موضوعه على تشييد مبانٍ أو منشآت ثابتة، أما عقود المقاولات الأخرى فمحلها غير ذلك كالعقود التي تبرم مع ذوي المهن الحرة كالمحامين والأطباء وأصحاب الصيانة والتوريد والنقل والحدّادين والنجارين ونحوهم^(٢).

ب- إن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في عقد مقاوله البناء لا تنتهي بانتهاء العمل، وإنما تمتد على حسب التنظيم لهذا العقد إلى ما بعد انتهاء العقد، وللمدة التي يحددها النظام -وهي عشر سنوات-، أما المقاولات الأخرى فمسؤولية المقاول تنتهي كأى عقد آخر بتسليم العمل إلى صاحبه^(٣).

وفي هذا المبحث من الغش في عقد المقاوله وأثره على العقد مطلبان:

(١) الوجيز في عقد المقاوله لمحمد عبدالرحيم (ص ٥٤).

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر: الوجيز في عقد المقاوله (ص ٥٥).

المطلب الأول

صور الغش في عقد المقاولة

صور الغش الحاصلة في عقد مقاولة البناء كثيرة، فمنها على سبيل المثال:

- ١- التغير الذي يحصل كثيراً من المقاولين مع رب العمل كي يقوم بإبرام العقد، ويكون هذا التغير مصحوباً بغبن فاحش^(١).
- ٢- قيام المقاول بما تعهد به على وجه معيب مخالف للشروط التي اتفق عليها، مما لا يمكن معرفته إلا بعد مدة من تسليم المنشأة، أو أن المقاول يتعامل بمواد ينقص من قيمتها أو منفعتها^(٢).
- ٣- العيوب الحاصلة من الخلل في التصميم، كوقوع التهدم الكلي كسقوط المبنى أو المنشأة بكاملها، مثل ما حصل في بعض البلدان العربية من حصول هزات أرضية أسقط بسببها المبنى بكامله مع أن بعض المباني إنما أصيبت بتهدمات جزئية، كان سبب السقوط الكلي هو التصميم المغشوش فيه، أو يكون الخلل في التصميم بسبب التهدم الجزئي كسقوط سقف إحدى الغرف أو انهيار أحد الجدران^(٣).

(١) انظر: شرح القانون المدني. د. عدنان السرحان (ص ٢٣).

(٢) انظر: شرح القانون المدني (ص ٣٤).

(٣) انظر: شرح القانون المدني (ص ٦٠)، والوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية (ص ١٨١)، ومما يجدر ذكره هو أن عيوب التصميم إما أن ترجع إلى خطأ في أصول الهندسة المعمارية كأن يكون من وضع التصميم، لا تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة، أو لم يبذل العناية الكافية فيجبىء التصميم معيياً من الناحية الفنية، وإما أن ترجع عيوب التصميم إلى مخالفة قوانين البناء ولوائحها. راجع الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية (ص ١٨١).

- ٤- ومن صور الغش أيضاً ما يحصل في المبنى من عيوب بعد التسليم يكون سببه ضعف الأساس، أو قدم الأخشاب والحديد المستعملين في البناء^(١).
- ٥- ومنها أيضاً ما يكون سبب عيب البناء هو نوعية الأرض وصلابتها أو سهولتها، فيعلم المفاوض بهذا العيب، ولا يجبر بذلك صاحب العمل؛ لأنه سيضطر إلى زيادة عمق الحُفْر، أو زيادة في كمية الخرسانة ونحو ذلك مما يعرفه أهل الحرفة بذلك.

* * *

(١) انظر: شرح القانون المدني (ص ٦٠)، والوجيز في عقد المفاوضة (ص ١٧٩).

المطلب الثاني

أثر الغش في عقد مقاوله البناء

المقاول في البناء يختلف حكمه فيما لو كان العمل ومواد البناء منه، أو كان العمل منه ومواد البناء من صاحب العمل.

أولاً: إن كان العمل ومواد البناء من المقاول فهذا حكمه أنه عقد استصناع.

وحيث لا يخلو الأمر من إحدى الأمور التالية:

(أ) إن كان الغشوش يمكن إصلاحه وتداركه ففي هذا الحال يجب على المقاول إصلاحه على حسب ما اتفق عليه في العقد، لأنه يجب عليه إيفاء العقود عليه سليماً من العيوب^(١)، فيجب عليه إصلاح التهدم الجزئي أو الكلي، أو تغيير بعض المواد الغشوشة ونحو ذلك، ولرب العمل أخذه وتضمن المقاول النقص الحاصل بسبب العيب^(٢).

(ب) إن كان العيب لا يمكن إصلاحه، أو رفض المقاول إصلاحه فحيث لا يمكن أن يقال: إن لرب العمل الخيار بين الإمساك والفسخ؛ لأن هذا مما يتعدّر معه الرد^(٣)؛ لأن البناء على أرض صاحب العمل، ولا يمكن الاستفادة منه إلا بإزالته من أرض صاحب العمل، وهذا ضرر جسيم على المقاول، والقاعدة الفقهية تقول:

(١) انظر: المدونة (٤/٤٤٩)، نهاية المحتاج (٥/٣١٥)، حاشية القليوبي (٣/٨٣)، المغني (٨/٣٨).

(٢) انظر: شرح القانون المدني (ص ٣٩-٤٠)، الوجيز في عقد المقاوله (ص ١٦٥ وما بعدها)، وراجع تكملة المجموع (١٢/١٦٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٨٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/١٢٤)، روضة الطالبين (٣/٤٧٤)، الإقناع لطالب الانتفاع للحجاوي (٢/٢١٨)، المغني (٦/٢٢٩).

"الضرر يدفع بقدر الإمكان"^(١)، ويمكن إزالة الضرر على الجميع بالتعويض وهو إعطاء صاحب العمل أرش العيب.

ثانياً: أن يكون العمل من المقاول ومواد البناء من صاحب العمل:

ففي هذه الحال يكون المقاول حكمه حكم الأجير المشترك^(٢)، من تضمينه لأجل غشه في عمله وتعييبه العمل الذي عمله^(٣).

فلساحب العمل أن يضمّنه قيمة المواد التي عيّبها، وإلا أعطاه أجره مثله لا يجاوز به ما سُمّي به^(٤).

أما التضمين فلفوات غرضه؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الأشكال والعمل، فله أن يضمّنه قيمة المواد لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلفاً للمواد، فكان له أن يضمّنه^(٥).

وأكثر المذاهب التي تحدثت عن عيب الدراهم المالكية، فقسّموها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: العيب القليل جداً الذي لا ينقص من الثمن.

ومثلوا له بقولهم: "ككسر عتبة وسلم وسقوط شرفة، مما جرت العادة بعدم الالتفات إليه ويزول بإصلاح، فهذا حكمه لا قيمة على البائع ولا رد للمشتري، وذلك لأن العقار لا يخلو عن عيب، فلورّد باليسير لضرر البائع فتسهل فيه.

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأناسي، ط. حمص، المادة (٣١) (٧١/١ وما بعدها)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو (ص ١٩٨).

(٢) الأجير المشترك: هو الذي يعمل للمؤجر ولغيره، كالبئاء والملاح الذي يحمل لكل أحد. انظر: حاشية الدسوقي (٤/٤)، كشف القناع (٤/٢٢٦).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/٢١١)، الفتاوى الهندية (٤/٥٠٠)، حاشية ابن عابدين (٤٠/٥)، حاشية الدسوقي (٤/٢٨)، شرح الخرشبي (٧/٢٨)، الفروق للقرافي (٤/٣٠)، حاشية قلوبوي (٣/٨١)، المغني (٨/١٠٣-١٠٤).

(٤) انظر: المبسوط (١٥/٩٦-٩٧)، المدونة (٣/٤٠٠)، الأم (٦/١٨٨) و (٧/١٨٨).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٦).

القسم الثاني: العيب المتوسط الذي يكون ما دون الثلث.

ومثلوا له بقولهم: "كصدع جدار بغير واجهتها، إن لم يخف عليها منه، فهذا لا ترد به، ولكن للمشتري قيمة العيب.

القسم الثالث: العيب الذي زاد على الثلث.

ومثلوا له بقولهم: "كسوء جارها، وكثرة بقها ونملها، وجنّها - أي التي يسكنها الجن فيؤذون ساكنها -، فحكم هذا القسم أن للمشتري الرد^(١).

* * *

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣/١١٤-١١٥)، شرح الخرشي (٥/١٣١-١٣٢)، بلغة السالك (٣/٩٥-٩٦)، منح الجليل (٥/١٥٦-١٥٧).

المبحث الثاني

الغش في عقد الصيانة وأثره على العقد

الصيانة في اللغة: مصدر صان بمعنى حفظ، فيقال صان يصون صوناً وصياناً وصيانة.

قال ابن فارس: "الصاد والواو والنون أصل واحد، وهو كن وحفظ من ذلك صنت الشيء أصونه صوناً وصيانة"^(١).

والصيانة والصون: حفظ الشيء في مكان أمين، ويقال: صان عرضه وقاه بما يعيبه"^(٢).

أما الصيانة في الاصطلاح: فقد جاء تعريفها في ضمن أعمال الندوة الفقهية الثالثة بأن الصيانة: "تطلق على مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها"^(٣).

وجاء تعريفها في النظام: "هي أن يتعهد المؤجر العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها، وأن يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية"^(٤).

ويلاحظ على هذين التعريفين أنهما غير جامعين لعقد الصيانة؛ لأنهما اقتصرتا على صيانة العين المؤجرة، مع أن عقد الصيانة عام وهو أقسام وأنواع منها صيانة

(١) معجم مقاييس اللغة (٣/٣٢٤) ط ١. دار الجليل.

(٢) انظر: المعجم الوسيط (١/٥٣٠)، مادة صون، ولسان العرب (١٣/٢٥٠).

(٣) أعمال الندوة الفقهية الثالثة (ص ٢٧٧)، بيت التمويل الكويتي ط ١. ١٤٠٣ هـ.

(٤) عقد الإيجار لحمدي عبدالرحمن (ص ٢٠٣) ط. دار النهضة العربية، ومعجم لغة الفقهاء لمحمد

رواس قلعجي، وحامد قنبيي. ط ١. دار النفائس - بيروت (ص ٢٧٩).

المساعد، أو أجهزة التكييف أو المصانع أو السيارات، أو غير ذلك مما تقتضيه متطلبات العصر الحاضر.

ولذا فإنني أختار تعريفاً يكون شاملاً لجميع هذه الأشياء وهو: "مجموعة الأعمال اللازمة التي يتعهد بها أحد الطرفين للآخر في إصلاح ما فسد، أو حفظه لبقائه صالحاً للانتفاع به"^(١).

التكييف الفقهي لعقد الصيانة:

عقد الصيانة من العقود التي تطورت بناءً على متطلبات العصر، وأغلب الذين كتبوا عن هذا العقد -عقد الصيانة- جعلوه ضمن عقد الإجارة^(٢).

والحقيقة أن عقد الصيانة له أوصاف تحدد انتماءه يمكن أن يكتف على ضوءها، وهو يختلف من عمل لآخر، ويمكن أن يكتف على ثلاث صور:

أولاً: أن يكون عقد إجارة -وهذا في الأعم الأغلب- لأن عقد الصيانة ينعقد أحياناً على عمل معين من تركيب أو إصلاح أو غير ذلك كما قال تعالى في قصة الخضر مع موسى - عليه السلام -: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ [الكهف: ٧٧]، فقد قال موسى - عليه السلام -: "لو شئت لاتخذت على بناء الجدار المنهدم أجراً"^(٣)، فدل على أن الصيانة إذا كان العمل معلوماً يسهل ضبطه كانت عقد إجارة، وتأخذ أحكام الإجارة، ويشترط فيها ما

(١) انظر: أحكام الخطأ في المعاوضات المالية للباحث نفسه، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في المعهد العالي للقضاء قسم الفقه المقارن.

(٢) انظر: عقد الإيجار، حمدي عبدالرحمن (ص ٢٠٤).

(٣) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف. للدكتور محمد عثمان شبير (٧٤٥/٢)، دار النفائس، ضمن خمس بحوث اقتصادية في قضايا اقتصادية معاصرة.

يشترط في الإجارة^(١).

ثانياً: وقد يكون عقد الصيانة عقد جعالة^(٢)، وهي قريبة من عقد الإجارة إلا أن بينهما فرقاً، وهو أن عقد الإجارة تكون على عمل معلوم يسهل ضبطه، أما عقد الجعالة فقد تكون على عمل مجهول يعسر ضبطه كأن يكون العمل المراد إصلاحه مجهولاً يعسر ضبطه، كأن تتعطل سيارة شخص فيقول لعامل الصيانة: أصلح هذه السيارة ولك مائة ريال^(٣)، فهنا العمل مجهول، فتكون الصيانة جعالة وتأخذ أحكام الجعالة، فالضابط في كون عقد الصيانة إجارة أو جعالة هو عمل الصيانة نفسه، وإمكانية ضبطه وتقديره.

ولابد من بيان أن عقد الصيانة قد يكون أحياناً داخلاً في الشروط في البيع، مثل أن يشتري شخص أجهزة تكييف من إحدى الشركات ويشترط عليهم ضمن عقد البيع صيانتها وحفظها ومراقبتها مدة معلومة يتفق عليها في العقد^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/١٧٥-١٧٧)، شرح الخرشي (٧/٢٦)، تهذيب الفروق (٤/٢٧)، حاشية قليوبي (٣/٦٩)، المبدع (٥/١٠٨).

(٢) الجعالة هي: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول يعسر ضبطه. راجع: حاشية البجيرمي على شرح الخطيب (٣/١٧٠)، شرح الخرشي (٧/٦٩)، كشاف القناع (٤/٢٠٣).

(٣) انظر: صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في معاملات المصارف (٢/٧٤٤).

(٤) انظر: أحكام الخطأ في المعاوضات المالية (ص ١٣٤).

المطلب الأول

صورة الغش في عقد الصيانة

يُحصل الغش في عقد الصيانة، إما بتعييب العمل المطلوب صيانتَه بحيث لا يُخلص في العلم المطلوب عمله، مما يؤدي إلى آثار تُنقصه، أو بوضع أشياء أقل مما هو معروف عند التجار^(١)، ومن الأمثلة على ذلك:

١- أن يُشترط على العامل في عقد الصيانة أن يكون المعجون جيداً من صناعة دولة معينة، فيغش العامل فيه، مثل أن يشترط أن يكون معجون سمكرة السيارة من صنع اليابان فوضع من صنع آخر تقليدي غير جيد^(٢).

٢- ومن الصور أيضاً أن يغش العامل مثلاً في طريقة تحضير خلطة الأسمت التي يطلب منه تزويق الجُدُر، فيضعها غير جيدة حتى لا يكلفه عملاً إضافياً، وربما لا يعلم صاحب العمل بهذا العيب إلا بعد أشهر من تصليحه، وهذا الغش في الصيانة يحصل كثيراً عند أهل حرفة البناء وغيرهم^(٣).



(١) انظر: معين الحكام للإمام علاء الدين الطرابلسي (ص ١٢٨-١٢٩).

(٢) انظر: الغش التجاري في النظام السعودي والفقهاء الإسلامي (ص ٥٠)، والحماية النظامية من الغش والخداع، للمستشار صلاح سالم، الغرفة التجارية (ص ٩)، ونهاية الرتبة في طلب الحُسبة للشيرازي (ص ٧٧).

(٣) انظر: الحماية الجنائية للمستهلك (ص ١٣٣)، د. حسني الجندي،: الغش التجاري في النظام السعودي والفقهاء الإسلامي (ص ٤٥-٤٦)، والمدخل لابن الحاج (٤/١٦٣-١٩٣).

المطلب الثاني

أثر الغش في عقد الصيانة

اتفق الفقهاء -رحمهم الله- على أن الأجير المشترك إذا تعدى بعمله أو فرط بحفظه ومراقبته أنه يضمن ما فرط فيه^(١).

فعلى هذا، فإذا ثبت غش العامل في صيانته من تعيب ونحوه، فلا يخلو الأمر من الآتي:

(١) أن يكون بمقدور العامل في الصيانة إصلاح العيب الذي أخطأ فيه، فيجب عليه إصلاحه، فإن نقص بعد الإصلاح الثاني عن العادة فإنه يضمن النقص الحاصل، لأن العيب الثاني مترتب من العيب الأول للقاعدة الفقهية: أن التابع لا يُفرد بحكم، والتابع تابع^(٢).

(٢) أن يكون الإصلاح مرهقاً للعامل أو يُعيبه أكثر، ففي هذه الحال لصاحب العمل الخيار بين قبوله أو أخذ أرش العيب، ولا يملك الرد لأن السلعة أساساً هو مالكةا، وإنما حدث عمل بها من العامل عيباً بسببه، فتقدر قيمة السلعة ونحوها قبل عمل العامل -ثم تقدر- بعد عمله والفرق بينهما يأخذه صاحب العمل^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢١١/٤)، الفتاوى الهندية (٥٠٠/٤)، حاشية الدسوقي (٢٨/٤)، شرح الخرشني (٢٨/٧)، حاشية القليوبي على شرح المحلى (٨١/٣)، المغني (١٠٣/٨، ١٢٣)، وكشاف القناع (٢٦/٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٢٠)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي (القاعدة ٥٢، ص ٢٤٩)، تحقيق أحمد بوطاهر، المنشور (٢٣٤/١)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (ص ٢٧٨).

(٣) للاستزادة انظر: نظرية العقد للسنهوري (ص ١٥٩)، وضوابط العقد في الفقه الإسلامي (ص ٢١٨-٢١٩)، أحكام الخطأ في المعاوضات المالية (ص ١٣٥).

المبحث الثالث

الغش في عقد التوريد وأثره على العقد

التوريد لغة:

مصدر ورد يورد، والعرب تقول: ورد فلان إذا حضر، وأورده غيره، واستورده أي أحضره ومنه وردت الإبل الماء إذا حضرت إليه وشربت منه، والمورد: منهل الماء الذي يورد.

والورد: الإبل الواردة، والماء الذي يورد، والعطش، ويوم الورود على الماء، وخلاف الصدر، ويطلق أيضاً على الحمى إذا كانت تأتي المريض في وقت وتدعه وقتاً آخر^(١).

التوريد اصطلاحاً:

عرّفته محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرافق عام مقابل ثمن معين"^(٢).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قصر عقد التوريد على ما كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، بينما يمكن أن يكون عقد التوريد عقداً خاصاً بين الأفراد، وقد يكون بين الأفراد والشركات الخاصة، وقد يكون بين الشركات الخاصة نفسها، والفقهاء -رحمهم الله- لا يفرّقون بين العقود الإدارية والعقود الخاصة، فيستدلون بما صدر عن النبي ﷺ بصفته والياً، وبما صدر عن خلفائه الراشدين في العقود عامة من غير أن يذكروا فرقاً بين النوعين^(٣).

(١) انظر: لسان العرب، مادة: ورد (٤٥٦/٧-٤٥٧).

(٢) العقد الإداري. د. محمود حلمي، ط. دار الفكر، الطبعة الثانية (ص ١٧٣).

(٣) انظر: عقد التوريد. دراسة شرعية، أ.د. عبدالله المطلق، ضمن مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود،

وعرّفه بعض الباحثين بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين تسليم كميات معينة من السلع بصفة دورية لشخص آخر نظير مبلغ معين"^(١).

وعرّفه مجمع الفقه الإسلامي بقوله: "عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه"^(٢).

وهذا التعريف هو أقرب لمعنى عقد التوريد ومدلوله.

والتعهد بالتوريد من الأعمال التجارية بطريق المفاوضة، وفقاً لنص المادة الثانية فقرة (ب) من نظام المحكمة التجارية التي تنص على أن كل مفاوضة أو تعهد بتوريد أشياء...^(٣).

وعقد التوريد عقد زمني، والذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وتنفيذه يتم دورياً على فترات منتظمة^(٤).

ومن الأمثلة على عمليات التوريد كثيرة فمنها: توريد اللحوم أو الخضروات أو الأغذية إلى المدارس والمستشفيات أو الشركات أو المطاعم والفنادق... أو توريد الفحم أو الورق إلى المصانع، ويعتبر أيضاً توريد الخدمات من عمليات التوريد كالتعهد بتوريد الغاز والكهرباء واشتراكات المجلات والصحف^(٥).

(١) القانون التجاري السعودي. د. حمزة علي المدني. ط. دار المدني للطباعة والنشر (ص ٧١)، وعقد التوريد د. عبدالله المطلق (ص ٢٥)، والعقد الإداري (ص ١٧٤) د. محمود حلمي.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١٠٧) ضمن دورته الثانية عشرة المنعقدة في مدينة الرياض بتاريخ ١٤٢١/٦/٢٥ هـ إلى ١٤٢١/٧/١ هـ.

(٣) انظر: القانون التجاري السعودي (ص ٧١)، والوجيز في النظام التجاري السعودي د. سعيد يحيى ط. المكتب المصري الحديثة، ط. الأولى ١٣٩٤ هـ. ص ٤٩.

(٤) انظر: المصدرين السابقين.

(٥) انظر: المصادر السابقة.

التكييف الفقهي لعقد التوريد:

سبق أن أوضحنا أن عقد التوريد من عقود المقاولات من الناحية النظامية، غير أن عقد التوريد يختلف من الناحية الفقهية عن بعض عقود المقاولات في بعض صورته، كمقاوله البناء، أو النقل الجوي والبحري.

وعقد التوريد قد كانت بعض صورته موجودةً عند الفقهاء المتقدمين رحمهم الله، يدخلونها على حسب مواءمتها لبعض العقود التي تكلموا فيها من بيع أو سلم أو استصناع، غير أن هذا العقد بجميع صورته قد أخذ اسماً جديداً لم يكن معروفاً عند الفقهاء بهذا الاسم، وعليه فلا يمكن اعتباره على أنه عقد جديد مستقل عن العقود المسماة التي تكلم عنها الفقهاء، له أحكامه الخاصة المستقلة التي يملئها التعامل التجاري، دون النظر إلى القواعد والضوابط المستنبطة من الأدلة الشرعية؛ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، ولذلك لو قال شخص لآخر: وهبتك هذا الثوب بمائة ريال، كان بيعاً، وليس هبة، وإن كان قد تلفظ بعقد الهبة.

وعقد التوريد له ثلاث صور تقريباً، وكل صورة تختلف من حيث التكييف الفقهي عن الصورة الأخرى؛ لأن عقد التوريد إما أن يكون محله العمل والعين معاً مع شرط الدورية فهذا حكمه حكم عقد الاستصناع، وإما أن يكون محله هو الذمة، أو العين الموصوفة في الذمة، بلا تحديد مع شرط تنجيم المسلم فيه، فهذا حكمه حكم عقد السلم، وإما أن يكون محله العين مع شرط الدورية فهذا حكمه حكم عقد البيع.

وهذه الصورة على النحو الآتي من التفصيل:

الصورة الأولى: أن يتعهد شخص لآخر صناعة شيء على حسب المواصفات والمقاييس التي يتم الاتفاق عليها في العقد، ويتم تسليمها إلى العاقد الآخر بصفة دروية مقابل مبلغ معين.

مثاله: أن تتقدم دارٌ للنشر إلى صاحب مصنع لإنتاج الورق فتعاقد معه على صناعة الورق مع تمويله لتلك الدار، ويتم الاتفاق على صفة الورق بصفات منضبطة من الحجم والمقاس والنوع بحيث يتم تسليمها بصفة دورية مقابل مبلغ معين. فهذه الصورة من الناحية الفقهية عقد استصناع؛ لأنه شرط فيه العمل والعين معاً، فتأخذ شروط وأحكام عقد الاستصناع الذي تكلم عنه فقهاء الأحناف^(١).

الصورة الثانية: أن يتعهد شخص لآخر ببيع أشياء موصوفة في الذمة، تكفي في وصف السلم، يتم تسليمها إلى العاقد الآخر بصفة دورية.

مثاله: أن تتعهد شركة إلى بعض المدارس أو المستشفيات أو الفنادق بتوريد بعض المواد الغذائية، أو الوجبات الغذائية بصفة دورية.

فهذه الصورة من الناحية الفقهية تشبه عقد السلم، من حيث إن البيع على موصوف في الذمة مؤجل، ومن حيث إن الآجال فيه معلومة.

وعقد السلم يشترط فيه ألا يكون البدلان مؤجلين، فلا بد أن يكون رأس المال غير مؤجل، وإلا بطل السلم.

وهذا الشرط باتفاق الفقهاء -رحمهم الله تعالى- من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦)، وغيرهم، ومن نقل الإجماع على ذلك أئمة منهم:

(١) انظر: أحكام عقد الماولة (ص ٣٨٠-٣٨١)، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة (٢١٩/٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٢/٥)، المبسوط (١٢٧/١٢)، تبين الحقائق (١١٧/٤)، رد المحتار (٢١٦/٥).

(٣) انظر: شرح الخرشي (٢٠٢/٥)، منح الجليل (٣٣٢/٥)، الإشراف على مسائل الخلاف (٢٨٠/١)، التاج والإكليل (٢٣٢/٦).

(٤) انظر: الأم (٧٣/٣)، فتح العزيز (٢٠٩/٩)، أسنى المطالب (١٢٢/٢)، تحفة المحتاج (٤/٥-٦).

(٥) انظر: المغني (٤٠٨/٦)، شرح منتهى الإرادات (٢٢٠/٢)، كشاف القناع (٣٠٤/٣).

(٦) انظر: المحلى لابن حزم (١٠٩/٩).

١- الإمام النووي -رحمه الله- كما في المجموع فقال: "لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة، بأن يقول: بعني ثوباً في ذمتي بصفة كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا، فيقول: قبلت، وهذا فاسد بلا خلاف"^(١).

٢- الإمام أبو العباس ابن تيمية -رحمه الله- قال: "وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ وهو المؤخر الذي لم يُقبض بالمؤخر الذي لم يُقبض، وهذا كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر، فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع الكالئ بالكالئ"^(٢).

٣- العلامة ابن القيم -رحمه الله- فقال: "وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو المؤخر الذي لم يُقبض، كما لو أسلم شيئاً في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر، فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ"^(٣).

والدليل على عدم صحة العقد إذا تأخر البدلان أدلة أهمها:

١- ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ^(٤).

وجه الدلالة:

هو أن الكالئ هو النسيئة بالنسيئة، أو المؤخر بالمؤخر كما فسره بذلك أئمة اللغة وغريب الحديث^(٥).

(١) المجموع (٩/٤٠٠).

(٢) القياس لابن تيمية (ص ١١)، ط. المطبعة السلفية بالقاهرة (١٣٨٥هـ)، وانظر: قاعدة العقود له أيضاً (ص ٢٣٥).

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم (١/٢٩٣)، و (٣/٢٦٤).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) قاله أبو عبيد في غريب الحديث (١/٢٠) ط. حيدرآباد بالهند ١٣٨٤هـ، والجوهري في الصحاح

(١/٦٩)، وابن فارس في معجم مقاييس اللغة (٥/١٣٢)، والزنجشيري في الفائق (٣/٢٧٣)، وابن

الأثيري في النهاية (٤/١٩٤)، وابن منظور في اللسان (١/١٤٧)، وغيرهم كثير.

وإذا تأخر رأس المال والمسلم فيه ، كأن اشترى شيئاً موصوفاً في الذمة إلى أجل بثمن موصوف في الذمة مؤجل ، يكون العقد داخلاً في بيع كالي بكالي كما نهى عنه في الحديث.

وهذا الحديث تفرد به موسى بن عبيدة الربذي ، كما قال الدارقطني وابن عدي ، وقال الإمام أحمد في موسى هذا : " لا تحل الرواية عنه عندي " (١).

وقال الإمام الشافعي : "أهل الحديث يوهنونه" (٢).

غير أن هذا الحديث وإن كان ضعيفاً ، فقد أجمعت الأمة على العمل بمقتضاه وحرّموا بيع الكالي بالكالي - وهو النسيئة بالنسيئة - .

قال الإمام أحمد "إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع الدين بالدين" (٣).

وقد حكى هذا الإجماع أيضاً ابن المنذر (٤) ، وابن رشد (٥) ، وابن قدامة (٦) ، وابن تيمية (٧) ، والسبكي (٨) ، وغيرهم .

ومن هنا قال الإمام ابن عرفة المالكي : "تلقى الأمة هذا الحديث بالقبول يُغني

(١) انظر : تهذيب التهذيب (٤/١٨١).

(٢) انظر : التلخيص الحبير (٣/٢٩) ، ونيل الأوطار (٦/٢٤٠).

(٣) انظر : العلل المتناهية لابن الجوزي (٢/١١٢) ط. لاهور ، والمغني (٦/١٠٦) ، وقاعدة في العقود لابن تيمية (ص ٢٣٥).

(٤) انظر : الإجماع لابن المنذر (ص ١١٧) ط. طيبة.

(٥) انظر : بداية المجتهد (٣/٣٨٧).

(٦) انظر : المغني (٦/١٠٦).

(٧) انظر : القياس لابن تيمية (ص ١١) ، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٢٠/٥١٢) ، وقاعدة في العقود (ص ٢٣٥).

(٨) انظر : تكملة المجموع (١٠/١٠٧).

عن طلب الإسناد فيه ، كما قالوا في لا وصية لوارث^(١) .
فعلى هذا فعقد التوريد إذا بيع الشيء موصوفاً في الذمة ، فلا يجوز تأخير تسليم رأس المال ؛ لأنه يدخل حينئذٍ في بيع الكالئ بالكالئ ، المجمع على تحريمه لعدم اختلافه عن عقد السلم^(٢) .

(١) انظر: التاج والإكليل (٢٣٢/٦) ، وهذا أمر متقرر عند أهل العلم أن الأمة إذا أجمعت على أمر يوافق حديثاً ضعيفاً ، فإن إجماعها حجة ، ولا يقال: إن الحديث ضعيف لا يعمل به ، فضلاً راجع للاستزادة على ذلك : فتح المغيث للسخاوي (ص ١٢٠-١٢١) ، وكتاب الروح لابن القيم (ص ١٤) ، والفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (١٩٠/١) ، ودراسات في أصول المدائيات د. نزيه حماد (ص ٢٣٩) .

ومما ينبغي ذكره هو أنه لا يتعارض مع نقل الإجماع على عدم مشروعية بيع الكالئ بالكالئ قول المالكية بجواز تأخير مال السلم اليومين والثلاثة ولو بالشرط ؛ لأن قولهم هذا ليس مبنياً على تجويز بيع الدين المؤخر عندهم بالدين المؤخر ، بل مبني على تأويل معنى التعجيل بناءً على القاعدة الفقهية عندهم : "ما قارب الشيء يُعطى حكمه" حيث إنهم اعتبروا هذا التأخير اليسير معفواً عنه ؛ لأنه في حكم المعجل ، ومن هنا قال القاضي عبد الوهاب في كتابه "الإشراف" في تعليل جواز التأخير اليسير : "فأشبه التأخير للتشاغل بالقبض" (٢٨٠/١) ، وقال ابن عبد السلام المالكي أيضاً : "لم أعلم خلافاً في كون تعجيل رأس المال عزيمة ، وأن الأصل التعجيل ، وإنما الخلاف هل يرخص في تأخيره؟" ، وانظر : التسهيل لمنح الجليل للشيخ عليش (٣٣٢/٥) ، ودراسات في أصول المدائيات د. نزيه حماد (ص ٢٤٦) ، وبيع الدين في الشريعة الإسلامية (ص ٤٩) . د. وهبة الزحيلي . ط. دار المكتبي .

(٢) وبهذا أفتى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية عشرة ، المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ ٦/٢٥/١٤٢١ هـ ، وقد جاء في القرار رقم : ١٠٧ (١٢/١) ما نصّه : "ثالثاً : إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة وهي موصوفة في الذمة ، يلتزم بتسليمها عند الأجل ، فهذا يتم بإحدى طريقتين : أ) أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد ، فهذا عقد يأخذ حكم السلم ، فيجوز بشروطه المعتبة شرعاً .

ب) إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد ، فإنه هذا لا يجوز ؛ لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين .

وقد صدر قرار المجمع (رقم : ٤٠-٤١) المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه ، فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ ، أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين ، أو لكليهما فتكون جائزة ، على أن يتم البيع بعقد جديد .

وقد ارتأى بعض الباحثين جعل عقد التوريد عقداً مستقلاً يجوز معه تأجيل البدلين^(١)، مستدلين على ذلك بأن الحديث الوارد في النهي عن بيع الكالئ بالكالئ هو ما كان فيه الدين من الأموال الربوية، أو التي اشتملت على ربا أو شبهة الربا^(٢). والحقيقة أنه لا مناص ولا مفرّ من الإجماع على تحريم تأجيل البدلين، فالإمام أحمد مع تحفظه الشديد في نقل الإجماع، قال: إجماع الناس على ذلك.

وبهذا لا يمكن أن نخرج من هذا الإجماع بأن نقول: إن عقد التوريد عقد جديد، لم يكن موجوداً عند الفقهاء المتقدمين، وإن الأصل في العقود الحل^(٣).

ذلك أن عقد التوريد إذا صيغ على أساس مواصفات عقد السلم وتوفرت فيه شروطه، فإنه حينئذٍ يكون سلماً؛ لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني، ولذلك لو قال: وهبتك هذا الثوب بعشرة ريالات، صار بيعاً يأخذ أحكام البيع، لأن التسمية لا تغير من حقائق العقود شيئاً، مع أن الأصل كما سبق في إنشاء العقود الإباحة^(٤).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي في الدورة التاسعة (٢/٢١٩) و(٢/٣٢٨)، والغرر وأثره في العقود (ص ٣١٦).

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود (ص ٣١٦)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي في الدورة التاسعة (٢/٢١٩).

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي في الدورة التاسعة (٢/٢١٩) و(٢/٣٢٨).

(٤) ولا بد من مراعاة مقاصد الشريعة في تلك العقود بحيث ربما تدعو الحاجة في عصرنا الحاضر إلى بيع الكالئ بالكالئ لوجود الحاجة الخاصة لطائفة التجار لضمان تصريف بضائعهم، ولتأمين المواد الأولية لصناعاتهم بسعر معلوم قبل وقت كافٍ، وعلى هذا فلا يكون هناك مانع شرعي من القول بإباحته استثناءً لداعي الحاجة الخاصة ما دام خالياً من الربا، ويبقى الحكم كذلك ما دامت تلك الحاجة قائمة بهذا الوصف، فإذا انتفت بإطلاق، أو أصبحت فردية، أو أمكن فتح اعتماد باسم المورد خالياً من الربا، فإنه يعود إليه الحكم الأصلي، وهو الحظر. راجع دراسات في أصول المدائنت (ص ٢٧١)، والغرر وأثره في العقود (ص ٥٩٩)، والنظام القانوني للمناقصات العامة. د. محمود خلف الجبوري. ط. دار الثقافة، سنة ١٩٩٩م.

وإذا ثبت أن عقد التوريد الذي بيع على وصف في الذمة يأخذ حكم عقد السلم في اشتراط تسليم رأس المال في المجلس، فإن أهل العلم اختلفوا في شرط التوريد في عقد السلم وهو الاتفاق على تقسيط المسلم فيه على نجوم يقبضه بالتقسيط في أوقات متفرقة أجزاء معلومة.

وهذا الاختلاف على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الاتفاق على تقسيط المسلم فيه جائز ولا بأس به، وهذا قول المالكية^(١)، وأحد القولين في مذهب الشافعي^(٢)، ورواية عند الإمام أحمد^(٣)، وقالوا: وسواء أسلم في جنسين أو جنس واحد إذا عُلِمَ الأجل فيهما.

أدلة هذا القول:

إندليل الأول: ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم)^(٤).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: إن النبي صلى الله عليه وسلم اشترط لجواز السلم الأجل بأن يكون معلوماً، وقد وُجد في مسألتنا هذه، ولم يفرّق فيما لو كان الجنس واحداً أو أكثر أو الأجل واحداً أو أكثر، فدلّ على جواز ذلك، ومن فرّق فعليه الدليل^(٥).

(١) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب البغدادي (٢٨٠/١)، وحاشية الدسوقي (٢١٦/٣)، وشرح الخرشي (٢٢٣/٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١١/٤)، أسنى المطالب (١٢٦/٢)، تكملة المجموع (١٤٠/١٣-١٤١).

(٣) انظر: المغني (٤١٩/٦)، الإنصاف (٢٦٣/١٢).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب: السلم في وزن معلوم (فتح ٥٣٩/٤) رقم (٢٢٤١، ٢٢٤٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: السلم (١٢٢٦/٣) رقم (١٦٠٤).

(٥) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب المالكي (٢٨٠/١).

الدليل الثاني: قالوا: ولأنه كل ما جاز أن يكون في الذمة إلى أجل جاز أن يكون إلى أجلين، وكل عقد جاز على جنسين في عقدين، جاز عليهما في عقد واحد، كبيع الأعيان، وكما لو يئّن ثمن أحدهما^(١).

القول الثاني: أنه لا يصح أن يسلم في شيء واحد أو شيئين على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة.

وهذا هو القول الآخر عند الشافعية^(٢).

حجتهم:

قالوا: لأن ما يقابل أبدهما أجلاً من أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر، وذلك مجهول فلم يجز للجهالة^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: دليلكم هذا يبطل ببيع الأعيان، فإنكم تجوزون البيع إلى أجلين، وفي جنسين، مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما، فيلزمكم تجويزه في بيع السلم لأنه بيع إذا لا فرق^(٤).

ثم إن دعوى الجهالة غير صحيحة؛ لأنه إذا قبض البعض، وتعدّر قبض الباقي، ففسخ العقد، رجع بقسطه من الثمن، ولا يجعل للباقي فضلاً عن المقبوض، لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء، فيقسّط الثمن على أجزائه بالسوية، كما لو اتفق أجله^(٥).

(١) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف (١/٢٨٠)، المغني (٦/٤١٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/١١)، وأسنى المطالب (٢/١٢٦)، تكملة المجموع (١٣/١٤٠-١٤١).

(٣) انظر: تكملة المجموع (١٣/١٤١-١٤٠)، المغني (٦/٤١٩).

(٤) انظر: تكملة المجموع (١٣/١٤١)، المغني (٦/٤١٩).

(٥) انظر: المغني (٦/٤١٩).

القول الثالث: التفصيل فيما لو كان المسلم فيه جنساً واحداً أو جنسين.
فإن كان جنساً واحداً صحَّ أن يُسَلَّم في الجنس الواحد، على أن يقبضه في
أوقات متفرقة أجزاء معلومة.

وإن كان المسلم فيه جنسين، فإن أسلم في جنسين ثمناً واحداً إلى أجلين ونحوه
لم يجز حتى يتبين ثمن كل جنس.

وهذا القول هو مذهب الحنابلة في المشهور عنهم^(١).

حجة هذا القول:

قالوا: أما إذا كان جنساً واحداً فدلليل جوازه هو أن كلَّ بيع جاز في أجلٍ
واحد، جاز في أجلين وأجال، كبيع الأعيان^(٢)، أما إذا كان جنسين فدلليل جوازه
إذا بين ثمن كل جنس هو: لأن الأجل الأبعد له زيادةً وقع على الأقرب، فما يقابل
أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر، فاعتبر معرفة قسطه وثمانه وبهذا يحصل التمييز
للثمن الآخر^(٣).

وأما إذا لم يبين ثمن كل جنس فدلليل عدم جوازه هو: لأن ما يقابل كلَّ واحد
من الجنسين مجهول، فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: لا فرق بين أن يُسَلَّم في شيء واحد إلى أجلين أو في شيئين؛ لأن دعوى
الجهالة لو فرض صحتها فيمكن معرفتها؛ لأنه لو تعدّر بعض المسلم فيه، رجع

(١) انظر: المغني (٤١٩/٦)، كشاف القناع (٣٠٠/٣)، شرح منتهى الإرادات (٢١٨/٢)، والإرشاد
إلى سبيل الرشاد للشريف محمد بن أحمد المعروف بابن أبي موسى تحقيق عبدالله التركي. ط. مؤسسة
الرسالة (ص ٢٠٦).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: كشاف القناع (٣٠٠/٣)، شرح منتهى الإرادات (٢١٨/٢).

(٤) انظر: المغني (٤١٨/٦).

بقسطه منهما، فإن تعدّر النصف رجع بنصفهما، وإن تعدّر الخمس رجع بقيمته، بحيث لا يُجعل للباقي فضلاً عن المقبوض، فيُقَسَط الثمن على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله^(١).

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - بعد عرض أدلة كلّ قول أن القول الأول في جواز السلم في جنس واحد أو جنسين إلى أجلين وآجال هو القول الراجح، لقوة أدلتهم وظهورها وضعف ومناقشة أدلة المخالفين^(٢).

الصورة الثالثة: من صور عقد التوريد هو أن يتعهد شخص لآخر ببيع سلع معينة، يتم تسليمها إلى العاقد الآخر بصفة دورية مقابل مبلغ معين مقطوع.

وسواء كانت العين المعينة غائبة مثل أن يقول: أريدك أن تورد لي من بئرك كل يوم إلى شركتي، فهذا بيع عين معينة لكنها غائبة^(٣)، أو كانت العين المباعة بالصفة حاضرة مستورة بالمجلس، مثل أصحاب المستودعات الكبيرة الذين يملكون تلك السلع في مستودعاتهم، ثم يتعاقدون مع الآخرين لتوريدها إليهم بصفة دورية^(٤).

فهذه الصورة من الناحية الفقهية عقد بيع، فتأخذ أحكام البيع، فيجوز تسليم الثمن أو تأجيله.

(١) انظر: المغني (٤١٩/٦).

(٢) وقد رجع هذا القول أيضاً من الأئمة المحققين: النووي والشيرازي وابن قدامة - رحمهم الله جميعاً -، وهو أقرب إلى روح الشريعة وسماحتها، وبهذا يكون عقد التوريد فيما بيع بالذمة جائزاً، انظر: روضة الطالبين (١١/٤)، وتكملة المجموع (١٤٠/١٣)، والمغني (٤١٩/٦).

(٣) انظر: المدونة (٢٥٦/٣)، حاشية الدسوقي (٢٥/٣-٢٦)، كشاف القناع (١٦٣/٣).

(٤) انظر: المدونة (٢٥٦/٣)، حاشية العدوي (١٧٤/٢)، كشاف القناع (١٦٣/٣)، ونيل المآرب في

تهذيب شرح عمدة الطالب، هذب الشيخ عبدالله آل بسام (١٩/٣) ط. الثانية.

المطلب الأول

صور الغش في عقد التوريد

صور الغش كثيرة قد سبق أكثرها ؛ لأن عقد التوريد كما تقرر سلفاً أنه قد يكون عقد استصناع أو عقد سلم ، أو بيعاً ، فمن تلك الصور :

١- الغش الحاصل بتوريد الأثاث ، مثل أن يكون الخشب قديماً بحيث يكون عمره قصيراً.

٢- الغش الحاصل بتوريد المواد الغذائية وفيها أغذية منتهية صلاحيتها ، أو أنها معيبة ونحو ذلك.

٣- الغش الحاصل بتوريد سلع تقليدية تشبه السلع المتفق عليها في العقد ، لكنها تختلف معها في جودة الصناعة أو الدولة المصدرة ، مع أنه ربما يوجد اسم الدولة المصنعة في السلعة نفسها ، كذباً وتديساً.

* * *

المطلب الثاني

أثر الغش في عقد التوريد

يختلف أثر الغش في عقد التوريد حسب التكييف الفقهي لكل صورة من صورته:

أولاً: إذا كان عقد التوريد على مبيع في الذمة يتحصله على أوقات معلومة، فإن الغش حينئذٍ لا يخلو من حالتين بناءً على أن عقد التوريد يأخذ أحكام السلم: الحالة الأولى: أن يأتي المورد بجنس المعقود عليه ونوعه، ولكنه بصفة رديئة.

فإذا جاء المورد بنفس الجنس والنوع إلا أنه رديء فقد اتفق الفقهاء على أن المستورد (المسلم) له الخيار بين رده وبين قبوله، فإن قبله فقد برئت ذمة المورد من ضمان الغش لأنه حقه، وله إسقاطه على المورد إذا أراد، وهذا التعامل قضاءً للحق، مع تفضُّل من المستورد^(١).

الحالة الثانية: أن يأتي المورد بجنس المعقود عليه ولكن بنوع آخر.

فإذا أتى بجنس المعقود عليه ولكنه من صناعة دولة أخرى، فلما قبضها المستورد علم بهذا الغش، فهذه المسألة اختلف فيها أهل العلم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز للمستورد قبوله وإمساكه أو رده إلى المورد.

وهذا مذهب جماهير أهل العلم من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، ووجهه عند

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٥)، القوانين الفقهية (ص ٢٧٣)، والمنتقى للبايجي (٣٠٣/٤)، الأم (٧٤/٣)، المغني (٤١٧/٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٥)، المبسوط (١٥٣/١٢).

(٣) انظر: المنتقى للبايجي (٣٠٣/٤)، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٥٦٣/٢).

الشافعية^(١)، وهو الذي يقتضيه كلام الشافعي في الأم^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

حجة هذا القول:

قالوا: فأما جواز قبوله فلأنه قبض جنس حقه، وإنما اختلف النوع والوصف، فهو كما لو رضي بأخذ الرديء مكان الجيد، فيكون قد أسقط حقه^(٤).

وأما جواز رده، فلأن العقد تناول ما وصفاه على الصفة التي شرطها فإذا فوّت عليه ذلك فقد فوّت عليه الغرض المتعلق به فلم يلزمه قبوله^(٥).

القول الثاني: يجب على المستورد قبوله إلا إذا كان أقل مما اتفق عليه في العقد ولا يُعدّ هذا غشاً.

وهذا القول وجه عند الشافعية^(٦)، وهو قول القاضي أبي يعلى من الحنابلة^(٧).

القول الثالث: يحرم عليه أخذه وقبوله ويجب رده، وهذا قول إبراهيم النخعي^(٨)، ووجه عند الشافعية^(٩)، ورواية عند الحنابلة^(١٠).

الترجيح:

والراجح من هذه الأقوال - والله أعلم - هو قول جماهير أهل العلم في جواز أخذه أو رده، ولا يجب عليه ذلك خلافاً لمن أوجب ذلك، وقد ذكرنا أدلة كل فريق

(١) انظر: روضة الطالبين (٣٠/٤)، مغني المحتاج (٢٦/٣)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٥٥/٢).

(٢) انظر: الأم (١٠٤/٣، ٧٤).

(٣) انظر: المغني (٤٢١/٦)، الإنصاف (٢٥٠/١٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٣/٥).

(٥) انظر: المغني (٤٢١/٦)، وراجع زيادةً في أدلتهم (ص ٣٥٩-٣٦٠) من هذا الكتاب.

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣٠/٤).

(٧) انظر: المغني (٤٢١/٦)، الإنصاف (٢٥٠/١٢).

(٨) انظر: المغني (٤٢٢/٦).

(٩) انظر: روضة الطالبين (٣٠/٤)، مغني المحتاج (٢٦/٣).

(١٠) انظر: الإنصاف (٢٥٠/١٢).

مستوفاه مع مناقشتها في المطلب الثاني من أثر الغش في السلم فلترجع^(١).
ثانياً: إذا كان عقد التوريد محله العين والعمل معاً، فإنه حينئذ يأخذ أحكام
عقد الاستصناع، فحينئذ لا يخلو الأمر من حالتين:

الحالة الأولى: أن يقبل المستورد بعيوب السلعة وغشها فله ذلك؛ لأنه حقه وله
إسقاطه، فعلى هذا فإن ذمة المورد تبرأ من ضمان المعيب.

الحالة الثانية: أن لا يقبل المستورد بعيوب السلعة فلا يخلو الأمر من:

١- أن يكون بمقدور المورد إصلاح العيب وتلافي النقيصة، فحينئذ يكلف
بإصلاحه على حسب ما اتفق عليه في العقد؛ لأنه يجب عليه إيفاء العقود عليه
سليماً من العيوب^(٢)؛ وللمشتري (المستورد) الخيار إذا جاء المورد بالمستصنع على
خلاف المتفق عليه، فإن أصلحه، فيجب على المستورد حينئذ قبوله.

٢- أن يكون الإصلاح مرهقاً للمورد، أو رفض إصلاحه فإنه حينئذ يختار
المستورد^(٣) بين قبول السلعة بلا أرش أو ردّها عند الحنفية والبغداديين من المالكية
والشافعية ورواية عند الحنابلة^(٤)، وبين قبولها وأخذ أرش العيب أو ردّها عند
الحنابلة في المشهور عندهم^(٥).

* * *

- (١) انظر: المطلب الثاني من البحث الخامس عشر من هذا الكتاب صفحة (٣٥٩-٣٦٠) وما بعدها.
(٢) انظر: المدونة (٤/٤٤٩)، نهاية المحتاج (٥/٣١٥)، حاشية القليوبي (٣/٨٣)، المغني (٨/٣٨).
(٣) انظر: عقد التوريد. أ.د. عبدالله المطلق في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، جمادى الآخرة
١٤١٤هـ. (ص ٢٥)، وأحكام الخطأ في المعاوضات المالية (ص ١٣٧).
(٤) انظر: فتح القدير (٥/١٥٢)، بدائع الصنائع (٥/٢٨٩)، المنتقى للباجي (٤/١٨٧)، المعونة
لعبدالوهاب المالكي (٢/١٠٥١)، وتكملة المجموع (١٢/١٦٧)، أسنى المطالب (٢/٦٨).
(٥) انظر: المغني (٦/٢٢٩)، كشف القناع (٣/٢١٨). انظر أدلة كل فريق ومناقشتها في المطلب الثاني
من البحث الحادي عشر من هذا الكتاب صفحة (٢٦٩).

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَع

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الغش وأثره في العقود

نبذة عن مشروع
الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية

فكرة المشروع:

تقوم فكرة المشروع على دعوة أهل الخير والحسين لتمويل صندوق خيري بأموال تجعل وقتاً لنشر البحوث والرسائل العلمية ، ويعيها بسعر التكلفة .

أهداف المشروع:

- 1- تمكين القراء وطلاب العلم من الحصول على مراجع علمية موثقة بأسعار مناسبة جداً .
- 2- تيسر سبل نشر البحوث والرسائل العلمية .
- 3- فتح المجال أمام الراغبين في الأجر للإسهام بعمل خيري مبارك، وهو مما يمكن عده صدقة جارية .

من إصدارات هذا المشروع:

- 1- بيع التقييد وأحكامه
 - 2- الغش وأثره في العقود
 - 3- أخذ المال على أعمال القرب
 - 4- أحاديث اليسوع المنهي عنها: رواية ودراسة
 - 5- حماية البيئة والموارد الطبيعية في السنة النبوية
- سليمان بن تركي التركي
الدكتور عبد الله بن ناصر السلمي
عادل بن شاهين محمد شاهين
خالد بن عبد العزيز الباتلي
الدكتور فهد بن عبد الرحمن الحمود

رَفَعٌ
عبد الرحمن المحمدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

سعر الجريدة
٣٩ ر.س

الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية
(٢)

الدراسات الفقهية
(٢)



الغش وأثره في العقود

تأليف
الدكتور عبد الله بن ناصر السالمي

المجلد الثاني

مركز الشريعة
للشؤون والنشر

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الْفَيْسُ
وَأَمْرُهُ فِي الْعُقُودِ

②

ح دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية اثناء النشر

السلمي، عبدالله ناصر

الغش وأثره في العقود / عبدالله ناصر السلمي - الرياض ١٤٢٥هـ

٨٦٦ ص؛ ٢٤×١٧ سم

ردمك: ٩٩٦.-٩٥٣.-٥-X

١- المعاملات (فقه إسلامي) ٢- العقود أ- العنوان

١٤٢٥/٢.٤٤

ديوي ٢٥٣

رقم الايداع: ١٤٢٥/٢.٤٤

ردمك: ٩٩٦.-٩٥٣.-٥-X

ساعد على نشره ليبيع بسعر التكلفة



مؤسسة سليمان بن عبدالعزيز الراجحي الخيرية
SULAIMAN BIN ABDUL AZIZ AL RAJHI CHARITABLE FOUNDATION

-جزاهم الله خيراً-

جميع حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

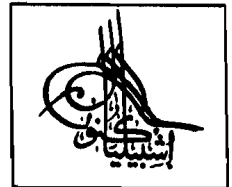
١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٧٤٢٤٥٨ - ٤٧٧٣٩٥٩ - ٤٧٩٤٣٥٤ فاكس: ٤٧٨٧١٤٠

E-mail: eshbelia@hotmail.com



الْفِسْ وَآثَرُهُ فِي الْعُقُودِ

تَأَلِيفُ
الدكتور عبد الله بن ناصر السَّامِي

الجزء الثاني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الباب الثاني

الغش في المعاوضات غير المالية وأثره على العقد

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: الغش في النكاح وأثره على العقد.

الفصل الثاني: الغش في الصداق وأثره على العقد.

الفصل الثالث: الغش في الخلع وأثره على العقد.

الفصل الرابع: الغش في الصلح وأثره على العقد.

رَفَعُ

عبد الرحمن العجمي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الأول

الغش في النكاح وأثره على العقد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: غش الزوج وأثره على العقد.

المبحث الثاني: غش الزوجة وأثره على العقد.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

غش الزوج وأثره على العقد

النكاح عقد من العقود التي تقع بين الناس، ويحتاجون إليه ولا يقف أثر الغش من خداع وتغريب وتدليس ونحو ذلك عند العقود المالية بل يتعدى إلى النكاح ونحوه، ولا شك أن مراعاة عقود الأئكة أولى من عقود المعاوضات المالية، لاشتمالها على مقصدين من مقاصد التشريع، وعنصرين من الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة بحفظها وهي: النسل، والمال. وقد قال ﷺ: (إن أحق الشروط أن يوفى ما استحللتم به الفروج)^(١)، ولهذا كانت مراعاة هذا الباب وحفظه من الغش من الأهمية بمكان.

وفي هذا المبحث يُذكر فيه بعض الصور التي يقع فيها الغش والخداع على الزوج في عقده للنكاح، ويشتمل على خمسة مطالب هي كالآتي:

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح (فتح ٤٠٤/٥) رقم (٢٧٢١)، وأخرجه أيضاً في كتاب النكاح، باب: الشروط في النكاح (فتح ٢٧١/٩) رقم (٥١٥١)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب: الوفاء بالشروط في النكاح رقم (١٠٣٦/٢) رقم (١٤١٨) كلاهما من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.

المطلب الأول

غش الزوج في عدم الوفاء بما اشترطه في العقد وأثره على العقد

يحصل الغش على الزوج فيما لو شرط في عقد النكاح كون المرأة بكرةً أو جميلة، أو ذات ينسار، أو بيضاء، أو ذات شعر، فبانت ثيباً، أو قبيحة، أو فقيرة، أو سوداء، أو ذات قرع، فهل هذا الغش - وهو عدم الوفاء بما اشترطه في العقد - يؤثر على العقد، ويثبت للزوج الخيار؟ أو لا يثبت للزوج خيار مع لزوم النكاح؟ أو يبطل العقد؟^(١).

اختلف في ذلك الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الغش بعدم الوفاء بالشرط في كون المرأة بكرةً أو جميلة فبان

بخلاف ذلك، لا يثبت للزوج خيار الفسخ مع صحة هذا العقد ولزومه.

وهذا القول مذهب الحنفية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

قال الزيلعي^(٥) في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ما نصه: "لو تزوج امرأة

بشرط أنها بكرٌ شابةٌ جميلةٌ فوجدها ثيباً عجوزاً شوهاً بها شقٌّ مائل، ولعابٌ

سائل، وهي عمياء مقطوعة اليدين والرجلين أو سلاء لا يثبت له الخيار"^(٦).

(١) ينبغي ملاحظة أن هذا الخلاف في الغش بعدم الوفاء بالشرط ليس داخلاً فيه الغش بالحرية فيما لو شرط ذلك، وسوف يأتي بحث هذه المسألة لاحقاً - إن شاء الله -.

(٢) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢٥/٣)، فتح القدير (٢٦٧/٣).

(٣) انظر: الأم (٩٠/٥)، مغني المحتاج (٣٤٧/٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٦٦/٣).

(٤) انظر: الفروع (٢٢٠/٥)، المغني (٤٥١/٩).

(٥) هو عثمان بن عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي جمال الدين، أبو محمد، الفقيه الحنفي، والعالم بالحديث، برع في الفقه والحديث، ت: سنة (٧٦٢) هـ. انظر: الدرر الكامنة (٤١٧/٢)، الأعلام

(٤/٢٩١).

(٦) تبين الحقائق للزيلعي (٢٥/٣).

وقال ابن الهمام الحنفي أيضاً: "وفي النكاح لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن، فظهرت ثيباً عجوزاً شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل، وأنف هائل، وعقل زائل، لا خيار له في فسخ النكاح به.." (١).

وحجة هذا القول:

- ١- قالوا: إن الخيار إنما شرع لدفع الضرر، والزوج يستطيع الخلاص من ذلك في هذا النكاح بإيقاع الطلاق على المرأة، والطلاق يقطع الخيار؛ لأن الزوج يملكه (٢).
- ٢- وقالوا: إن المقصود الأعظم في النكاح هو الجماع، وهو حاصل بفوات الشرط، وفوات الشرط يمكن تداركه بأن يرجع الزوج على من غره بما يقابله من المهر (٣).

ويمكن مناقشة استدلال أصحاب القول الأول:

فيقال:

أولاً: أما استدلالهم بأن الخيار إنما شرع لدفع الضرر، والزوج يستطيع الخلاص من الضرر بالطلاق...

فجوابه: أن يقال: إن إمكانية وقوع الطلاق من الزوج، لا يُزيل الضرر الحاصل بفوات شرطه المتفق عليه، إذ إن وقوعه يفوت عليه الزوج بما دفعه من المهر، مع حقه المسلوب بفوات شرطه، لمجيء الفرقة من قبله، بإيقاع الطلاق في مثل هذه الحال

(١) فتح القدير (٢٦٧/٣).

(٢) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٦٦/٣).

(٣) انظر: الإنصاف (٤٣٠/٢٠-٤٣١)، المبدع (٩١/٧)، ويلاحظ أن هذا الاستدلال إنما هو للحنابلة

خاصة، أما الحنفية فلا يرون رجوع الزوج في مقابل الخلف في الشرط، بمن غره بذلك، راجع تبين

الحقائق (٢٥/٣)، فتح القدير (٢٦٧/٣).

أعظم ضرراً من إثبات الخيار له بالفسخ، لعدم إمكانية التعويض والرجوع بيد الصفة المشترطة في العقد، والضرر لا يزال بمثله^(١).

ثانياً: أما استدلالهم: بأن المقصود الأعظم في النكاح هو الجماع..

فجوابه بأنه يقال: إن النكاح وإن كان المقصود الأعظم فيه هو الجماع، إلا أن الزوج إنما دخل في عقد النكاح لرغبته في الشرط الذي اشترطه، ودخوله في هذا العقد مع عدم شرطه غشٌّ به وخداع، ولا يمكن إدراك رغبته برجوعه بما يقابله من المهر؛ لأن رغبته قد تكون غير مؤثرة مالياً.

ثم إن الشروط الصحيحة يجب مراعاتها والعمل بموجبها، وإلا فما فائدة التزامها واشتراطها في العقود؟ إن لم يكن وجوب الالتزام بها، وفسخ العقود عند عدمها، وقد قال عليه الصلاة والسلام: (إن أحقَّ الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)^(٢).

أجاب أصحاب القول الأول على هذه المناقشة:

فقالوا: إن اعتراضكم هذا يصلح في عقد البيع دون عقد النكاح، إذ إن النكاح يفارق البيع؛ لأن النكاح ينعقد وينحل مع الهزل مع انعدام الرضا منه، أما البيع فلا ينعقد بالهزل لفقد شرط الرضا، والهزلُ وتخلفُ الشرط شيء واحد في الحكم في عقد النكاح في عدم ثبوت الخيار^(٣).

ويمكن الإجابة على هذا الاعتراض بأمرين هما:

(١) انظر: المنشور في القواعد للزرکشي (٣٢١/٢-٣٢٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١٢٣/١)

ط. الباز، وغمز عيون البصائر للحموي الحنفي (٢٧٩/١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: المبسوط (٩٥/٥).

١- لا نسلّم بأن الهازل في النكاح غير راضٍ بالعقد، بل هو قاصدٌ إلى وجوده، راضٍ به، مريدٌ له مع علمه بمعناه وموجبه، وقصدُ اللفظ المتضمن للمعنى قصدٌ لذلك المعنى لتلازمهما^(١).

٢- إن الهازل أتى بالقول غير ملزم لحكمه، وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد، والشارع فرق بين النكاح والبيع، فقال ﷺ: "ثلاثٌ جدّهن جدّ، وهزلهن جدّ: النكاح، والطلاق، والرجعة"^(٢)، فإذا أتى المرء بالسبب لزمه حكمه شاءً أو أبى؛ لأن ذلك لا يقف على اختياره بل بإيجاب الشارع له، وعليه فكون عقد النكاح يثبت بالهزل لا يدل على نفي الخيار في تخلف صفة مشروطة في العقد بجماع انعدام الرضا في الجانبين؛ لأن وقوع النكاح في الهزل، إنما هو لإبطال اللعب فيه لحق الله تعالى، فلاجل أن لا يُعذر فيه اللاعب بلعبه حُمل على مثل ما يُحمل عليه الجاد من اللزوم^(٣).

(١) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١٦٣/٣)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٦٤/٦-٦٥)، أعلام الموقعين لابن القيم (١٠١/٣-١٠٢).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل (٦٤٣/٢) رقم (٢١٩٤)، والترمذي في جامعه، كتاب الطلاق، واللعان عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في الجذ والهزل في الطلاق (٤٩٠/٣) رقم (١١٨٤)، وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب: من طلق أو نكح أو راجع لاعباً (٦٥٧/١) رقم (٢٠٣٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٩٨/٤)، والدارقطني (٢٥٦، ٢٥٧/٣)، والحاكم في مستدرکه (١٩٨/٢) كلهم من طريق عبدالرحمن بن حبيب عن عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن مَاهَك عن أبي هريرة به.

وقال الترمذي: "حديث حسن غريب، وعبدالرحمن بن حبيب بن أردك المدني"، وقال الحاكم: "صحيح الإسناد، وعبدالرحمن بن حبيب من ثقات المدنيين"، كذا قال، وردّه الذهبي بقوله: "قلت: فيه لين"، وقال النسائي: "منكر الحديث"، وقال في التقريب: "لين الحديث" ولكن للحديث شواهد يرتقي بها إلى الاحتجاج والحسن، وقد صححه ابن دقيق العيد كما نقل ذلك الزيلعي وغيره، انظر: نصب الراية (٢٩٣/٣-٢٩٤)، التلخيص الحبير (٢٣٦/٣)، إرواء الغليل (٢٢٤/٦).
(٣) انظر: المنتقى للبايجي (٣٥٢/٣)، أحكام القرآن لابن العربي (٢٧١/١)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٦٤/٦).

القول الثاني: أن الغش بعدم الوفاء بالشرط، يُثبِت للزوج الخيار.

وهذا مذهب جماهير أهل العلم من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وهو اختيار أبي العباس ابن تيمية^(٤)، وتلميذه العلامة ابن القيم^(٥).

وحجة هذا القول:

١- ما رواه عقبه بن عامر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوقَى بِهِ مَا اسْتَحَلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ)^(٦).

٢- وعن عبيد الرحمن بن غنم^(٧) قال: كنت مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث تمس ركبتى ركبته فجاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين، تزوجت هذه وشرطت لها دارها،

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (٥٦٧/٢)، شرح الخرشي (٢٣٩/٣)، حاشية الدسوقي (٢٨١/٢)، مواهب الجليل (١٥٠/٥-١٥١)، وما ينبغي ملاحظته أن في مذهب المالكية تفصيل بيانه أنهم يفرقون بين العذراء والبكر، وعليه فإن الزوج إذا اشترط كون المرأة عذراء ثم تبين ثبوتها فإنه يردّها مطلقاً سواء زالت عذرتها بنكاح أو غيره، وسواء علم الولي بزوالها أم لا، أما لو شرط كونها بكراً فبانت ثيباً، فإن كان زوال بكارتها بسبب وطء في نكاح فإنه يردّها مطلقاً، سواء علم الولي بذلك أم لا، أما إن كان زوال بكارتها بغير وطء النكاح، فإن علم الولي بذلك وكنمه عن الزوج فله الرد على الأصح عندهم خلافاً لأشهب، أما إن لم يعلم الأب بذلك ففيه تردد عندهم في ثبوت الخيار للزوج أو عدمه، راجع شرح الخرشي (٢٤٤/٣، ٢٣٩)، حاشية الدسوقي (٢٨١، ٢٨٥/٢)، التاج والإكليل (١٥٨/٥).

(٢) انظر: الوجيز (١٨/٢)، روضة الطالبين (١٨٥/٧، ١٨٤)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، حاشيتي قليوبي وعميره (٢٦٦/٣، ٢٦٥).

(٣) انظر: المغني (٤٥١/٩)، الفروع (٢٢٠/٥)، المبدع (٩١/٧)، الإنصاف (٤٢٩/٢٠)، شرح منتهى الإرادات (٤٤/٣).

(٤) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٧٣/٣٢).

(٥) انظر: زاد المعاد لابن القيم (١٨٥/٥، ١٨٤).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) هو عبد الرحمن بن غنم الأشعري الشامي، مختلف في صحبته، والأكثر على أنه ليست له صحبة، ولم ير النبي صلى الله عليه وسلم، وكان ثقة بعثه عمر بن الخطاب إلى الشام يققه الناس، ت: (٧٨هـ). انظر: تهذيب الكمال (٣٣٩/١٧)، سير أعلام النبلاء (٤٥/٤-٤٦).

وإني أجمع لأمري - أو لشأني - أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا، فقال: لها شرطها، فقال الرجل: هلك الرجال، إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر: "المؤمنون على شروطهم، عند مقاطع حقوقهم"^(١).

وجه الدلالة من الحديث والأثر:

هو أن الشروط الصحيحة يجب مراعاتها والعمل بموجبها، وما اتفق عليه الطرفان، وأولى الشروط بالوفاء شروط النكاح؛ لأن أمره أحوط، وبابه أضيق، ولا معنى للالتزام بالشروط وإدراجها في العقود، إلا وجوب العمل بمقتضاها، وفسخ العقود عند عدمها^(٢).

٣- ولأن الزوج شرط صفة مقصودة له، وهو لم يرض بالزوجة إلا بهذه الصفة، فثبت له الخيار بفواتها، أشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة^(٣)؛ ولأن الصفات مقصودة كالعين في المبيع، فالنكاح أولى.

القول الثالث: أن الزوج إذا شرط السلامة في عقد النكاح، كالبكاراة أو الشباب أو الجمال، أو شرط أن لا تكون عرجاء، أو عجوزاً، أو أن لا تكون سوداء فوجد أي عيب كان بخلاف ما شرطه، فالنكاح باطل من أصله غير منعقد. وهذا قول عند الشافعية^(٤)، ووجه عند الخنابلة ذكره ابن عقيل

(١) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، كتاب الشروط، باب: الشروط في المهر عند عقدة النكاح (فتح ٤٠٤/٥)، ووصله ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٢٧/٣) وأيضاً (٢٣٨/٥)، وكذا سعيد بن منصور في سننه (٢١٦/١)، من طريق إسماعيل بن عبيدالله بن أبي المهاجر عن عبدالرحمن بن غنم قال كنت مع عمر.. وفيه قصة، وإسناد جيد.

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٢٧٢/٩).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، تكملة المجموع مع المهدب (٢٩٠/١٦)، شرح منتهى الإرادات (٤٤/٣).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، تحفة المحتاج (٣٥٤/٧-٣٥٥)، أسنى المطالب (١٧٨/٣).

الحنبلي^(١) في "الفنون" فقال فيما إذا شرطها بكرةً، فبانة بخلافها: "يحتمل فساد العقد؛ لأن لنا قولاً: إذا تزوجها على صفة، فبانة بخلافها، يبطلان العقد"^(٢)، وهو قول ابن حزم الظاهري حيث قال في المحلى: "فإن اشترط السلامة في عقد النكاح فوجد عيباً أي عيب كان، فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة"^(٣).

فعلى هذا القول إن تزوجها الزوج ولما يدخل بها بعدُ فرّق بينهما ولا شيء عليه، فإن دخل بها لزمه مهر مثلها، ويرجع به على من غره^(٤)، غير أن ابن حزم يرى أنه لا صداق فيه ولا نفقة للزوجة دخل بها أو لم يدخل^(٥).

وحجة هذا القول:

قالوا: لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوّج؛ ولأن السالمة غير المعيبة، ولأن النكاح يعتمد الصفات فتبدلها كتبدّل المرأة نفسها^(٦).

ونوقش هذا الدليل:

فقيل: لا نسلم بأن تبدل الصفة كتبدل العين، ذلك أن البيع لا يفسد بخلف الصفة مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى^(٧)، ثم إن قولهم: "إن التي أدخلت

(١) هو علي بن عقيل بن محمد بن عقيل، أبو الفاء، البغدادي، الأصولي الفقيه الحنبلي، الواعظ، المتكلم، كان نادر الذكاء، ثاقب الفهم، ت: سنة (٥١٣هـ). انظر: ذيل طبقات الحنابلة (١/١٤٢)، شذرات الذهب (٤/٣٥).

(٢) انظر: الفروع (٥/٢٢٠)، الإنصاف (٢٠/٤٣٠)، المبدع (٧/٩١).

(٣) المحلى بالآثار (١٠/١١٥).

(٤) انظر: المهذب مع تكملة المجموع (١٦/٢٩٠)، الإنصاف (٢٠/٤٣٠).

(٥) انظر: المحلى بالآثار (١٠/١١٥).

(٦) انظر: المحلى (١٠/١١٥)، مغني المحتاج (٤/٣٤٨).

(٧) انظر: أسنى المطالب (٣/١٧٨)، حاشيتي قلوبوي وعميرة (٣/٢٦٦).

عليه غير التي تزوّج.. "مجانِبٌ للصواب لأنه عاقدٌ عليها باسمها وبما رؤيتها، وكونها بانّت على غير الصفة المشروطة لا يجعلها غير التي عقد عليها، أشبه ما لو اشترى أمة وشرط كونها كاتبة.

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - هو القول الثاني القائل بثبوت الخيار للزوج في الفسخ أو الإمضاء؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، وضعف ومناقشة أدلة المخالفين^(١). إذا ثبت هذا فعلى القول بالراجع أن الزوج لو اختار الفسخ ففسخ قبل الدخول، فلا مهر لها ولا شيء عليه.

وإن كان الفسخ بعد الدخول، لزمه مهر مثلها، وهو غرمٌ على وليها إن كان غرمه^(٢)، وإن كانت هي الغارّة، سقط مهرها أو رجع عليها به إن كانت قبضته^(٣). وإن اختار الزوج إمضاء النكاح فهل يرجع بشيء؟.

هذه المسألة مبنية على الخلاف السابق في مشتري العين المعيبة، ولم يعلم بعيها، هل له الاحتفاظ بالمعقود عليه والمطالبة بالأرّش، أو ليس له إلا الفسخ أو الرضا بالمعقود عليه بلا أرّش؟^(٤).

(١) لأبي العباس ابن تيمية كلام جميل حول مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد، تُركّ خشية الإطالة، فانظره في بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٣١٢).

(٢) هذا الحكم ليس متفقاً عليه بين أصحاب القول الثاني، القائلين بثبوت الخيار للزوج عند تحلف المشروط، فهناك قول أيضاً يرى أن الزوج لا يرجع بمن غرمه إن كان دخل بالزوجة. انظر: شرح الخرشي (٢٤٤/٣)، حاشية الدسوقي (٢٨٥/٢)، مغني المحتاج (٣٤٩/٤)، زاد المعاد لابن القيم (١٨٥/٥).

(٣) انظر: مواهب الجليل (١٥٨/٥). حاشية الدسوقي (٢٨١، ٢٨٥/٢). تكملة المجموع (٢٩٠/١٦).

كشف القناع (٩٩/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٤/٣).

(٤) انظر: صفحة (٢٦٩) من هذا الكتاب.

وعُرف هناك أن مذهب المالكيّة والشافعية ورواية عن الإمام أحمد اختارها أبو العباس ابن تيمية^(١) أنه لا يجمع بين الأرش وإمساك المعيب، وعليه فيكون الزوج عندهم مخيراً بين إمضاء النكاح ولا شيء له، أو الفسخ ويرجع الزوج على مَنْ غرّه.

بينما المذهب عند الحنابلة أن لمن اشترى معيباً الأرش إن اختار الإمساك، وعليه فيرون أن الزوج بالخيار بين فسخ النكاح أو إمضائه والرجوع على مَنْ غرّه بأرش الصداق.



(١) يرى أبو العباس ابن تيمية أن أخذ الأرش مع الإمساك معاوضة جديدة لا بدّ فيها من رضا الطرفين، إلا أنه في النكاح سئل عن تزوج امرأة على أنها بكر فبانّت ثيباً، فأجاب بأن له فسخ النكاح، وله أن يطالب بأرش الصداق". انظر: مجموع الفتاوى، جمع عبدالرحمن بن قاسم (١٧٣/٣٢).

المطلب الثاني

غش الزوج فيما إذا وجد بالزوجة عيباً يمنع الوطاء وأثره على العقد

لا شك أن الزوج إنما عقد على المرأة بناءً على سلامتها من كل عيب يمنع أو يخلّ بمقصود النكاح، وأن عدم علم الزوج بذلك يُعدّ خداعاً وغشاً لا تُقرّه الشريعة المبنية على العدل والمصلحة.

إلا أن أهل العلم تنوّعت مشاربهم واختلفت آراؤهم في أثر الغش في عقد النكاح، وفي هذا المطلب سنبيّن - إن شاء الله - أثر الغش وأحكامه المترتبة في عقد النكاح في فرعين:

الفرع الأول

أثر الغش لأجل عيب في المرأة

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: هل يرد النكاح لأجل العيب؟

اختلف أهل العلم في أثر هذا الغش والتغريب بالزوج، هل للزوج رد النكاح، وحق الخيار في الفسخ إذا وجد بالزوجة عيباً، كالجنون والجذام والبرص والرثق^(١)، والقرن^(٢)، ونحو ذلك، أو لا يحق له ذلك؟

(١) الرثق ضد الفتق، وامرأة رثقاء: لا يُستطاع جماعها، أو لا خرق لها إلا المبال خاصة، أو التي انسدت فرجها. انظر: الصحاح (٤/١٤٨٠)، والمغرب (١/٣٢٠)، والقاموس المحيط (ص ١١٤٣)، وأنيس الفقهاء (ص ١٥١).

(٢) القرن في الفرج في النساء كالأذرة في الرجل، وهو مانع يمنع من سلوك الذكر فيه، إما غدة غليظة أو لحمة مُرتبقة أو عظم. انظر: لسان العرب (١٣/٣٣٥)، وأنيس الفقهاء (ص ١٥١).

على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: ليس للزوج رد النكاح لأجل عيب وجدته في المرأة، ولكنه بالخيار إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها، ليس له إلا ذلك.

وهذا القول مروى عن علي بن أبي طالب^(١)، وابن مسعود^(٢) من الصحابة، وقول عمر بن عبدالعزيز^(٣)، وعطاء بن أبي رباح^(٤)، والنخعي^(٥)، والثوري^(٦)، وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبيه^(٧)، وداود الظاهري وأتباعه^(٨)، والشوكاني يميل إلى هذا القول^(٩)، ولهذا قال: "ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصح الاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء..."^(١٠).

وحجة هذا القول:

الدليل الأول: ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عبدالله بن مسعود أنه قال:

(١) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لأبي بكر بن المنذر (٦٢/١)، والمبسوط (٩٦/٥)، والمغني (٥٦/١٠).

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣١١/٣)، والمبسوط (٩٦/٥)، المغني (٥٦/١٠).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣١٠/٣)، فتح القدير (٢٦٧/٣)، وعبدالرزاق في المصنف (٢٤٥/٦).

(٤) انظر: فتح القدير (٢٦٧/٣)، المحلى بالآثار (١١٠/١٠).

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣١١/٣)، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٦٢/١)، المغني (٥٦/١٠).

(٦) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٦٢/١)، المغني (٥٦/١٠)، فتح القدير (٢٦٧/٣).

(٧) انظر: المبسوط (٩٥/٥)، فتح القدير (٢٦٧/٣)، ملتقى الأبحر (٢٨٨/١-٢٨٩)، البناية على الهداية (٣٩٨/٥).

(٨) انظر: المحلى بالآثار (١٠٩/١٠).

(٩) انظر: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار (٢٥٠/٧) وتبعه صديق حسن خان في الروضة الندية (٣٣/٢).

(١٠) نيل الأوطار (٢٥٠/٧).

لا ترد الحرة عن عيب^(١).

وجه الدلالة: أنه رضي الله عنه نفى رد المرأة الحرة بأي عيب؛ لأن عيب نكرة في سياق النفي فتعم^(٢).

الدليل الثاني: ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: أيما رجل تزوج امرأة فوجدها مجنونة أو مجذومة، أو برصاء، فهي امرأته، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك^(٣).

(١) مصنف ابن أبي شيبة (٣/٣١١)، والأثر من طريق إبراهيم النخعي عن ابن مسعود، والنخعي لم يسمع من عبدالله بن مسعود، ولا أحد من الصحابة كما ذكر ابن المديني، إلا أن بعض الأئمة صحح مراسيل النخعي وخص البيهقي ذلك بما أرسله عن ابن مسعود، وذلك لأن الأعمش قال: قلت لإبراهيم النخعي: أسند لي عن ابن مسعود، فقال إبراهيم: إذا حدثتكم عن رجل عن عبدالله فهو الذي سمعت، وإذا قلت: قال عبدالله فهو عن غير واحد عن عبدالله. اهـ. قال الحافظ ابن رجب في شرح علل الترمذي: "وهذا يقتضي ترجيح المرسل على المسند، لكن عن النخعي خاصة فيما أرسله عن ابن مسعود خاصة، وقد قال أحمد في مراسيل النخعي: لا بأس بها... اهـ. انظر: جامع التحصيل للعلائي (ص ١٤١-١٤٢)، وتهذيب الكمال للمزي (٢/٢٣٣-٢٤٠)، وتهذيب التهذيب (١/٩٣)، وشرح العلل لابن رجب (١/٥٤٢).

(٢) انظر: المستصفي للغزالي (٢/٩٠)، أصول السرخسي (١/١٦٠)، الإحكام للآمدي (٢/١٩٧).

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه رقم (٨٢٠)، والبيهقي في السنن الكبرى نحوه في كتاب النكاح، باب: ما يرد به النكاح من العيوب، وعبدالرزاق في مصنفه (٦/٢٤٣) كلهم من طريق عامر الشعبي عن علي بن أبي طالب، وقد اختلف على الشعبي فيه، فرواه هشيم عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي به بمثل اللفظ المذكور في المتن، وتابع هشيماً وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد به نحوه، وخالفهم الثوري عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي عن علي فرواه بلفظ: يرد من القرن والجذام والجنون والبرص، فإن دخل بها فعليه المهر، إن شاء طلقها، وإن شاء لم يطلقها، وإن شاء أمسك، وإن لم يدخل بها فرّق بينهما".

ورواه هشيم عن محمد بن سالم عن الشعبي وفيه: "وإن علم بذلك قبل أن يدخل بها، فإن شاء أمسك، وإن شاء فارق" فهذا الاختلاف عن علي بن أبي طالب يدل على أنه يفرق بين المدخول بها

ويمكن مناقشة هذين الأثرين بأن يقال :

١- إن قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما معارض بقول غيرهما من الصحابة كعمر بن الخطاب وابن عباس ، وعند التعارض والاختلاف فليس قول أحدهما حجة على قول الآخر.

٢- إن أثر علي بن أبي طالب في إسناده ضعف للانقطاع بين الشعبي وعلي بن أبي طالب ؛ لأن الشعبي لم يسمع منه هذا الأثر ، كما نصّ علي ذلك أهل العلم^(١).

الدليل الثالث: قالوا: إن العيب لا يفوت مقصود النكاح ، وإنما يفوت بعض ثمراته ، وإذا كان فوات جميع ثمرات العقد لا يوجب حق الفسخ ؛ بأن مات أحد الزوجين عقيب العقد حتى لا يسقط شيء من المهر ، ففوات بعضها بالعيوب من باب أولى ، على أن المستحق بالعقد هو تمكن الزوج من الوطاء ، وهو حاصل في جميع الصور ، وإن لم يثبت على الكمال^(٢).

وبين التي لم يدخل بها ، فإن دخل بها فهي امرأته إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، وإن لم يدخل بها فله المفارقة بلا طلاق ، مع أن بعض الروايات عنه رضي الله عنه لم تفرق وكلّ هذا مع التسليم بصحة الإسناد ، وإلا فإن كلّ هذه الطرق مدارها على الشعبي عن علي ، وهو لم يسمع منه ، قال الحاكم : "لم يسمع الشعبي من علي ، وإنما رآه رؤية" ، وكذا قال الحازمي ، وقال الدارقطني في العلل : "لم يسمع الشعبي من علي إلا حرفاً واحداً ما سمع غيره" .اهـ. وقال الحافظ ابن حجر : "كأنه عنى ما أخرجه البخاري في الرجم عنه عن علي حين رجم المرأة قال : رجمتها بسنة النبي صلى الله عليه وسلم " .اهـ. وقد ضعّف هذا الأثر أيضاً للانقطاع ابن التركماني في الجوهر النقي على سنن البيهقي ، انظر : تهذيب التهذيب (٢/٢٦٥) ، وفتح الباري لابن حجر (١٢/١٤٢) ، العلل للدارقطني (٤/٩٧) ، جامع التحصيل (ص ٢٠٤) ، الجوهر النقي لابن التركماني (٧/٢١٥).

(١) انظر : المصادر السابقة.

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٢/٣٢٧) ، البناية للعينبي (٥/٤٠٠).

وأجيب على هذا الدليل فقيل:

١- لا نسلم بأن العيب إنما يفوت بعض ثمرات النكاح، فالجذام مثلاً ربما يكون مانعاً من الاستمتاع والوطء معاً، فيفوت بذلك مقصود النكاح، لأن النفس تعافه وتنفر منه، فلا يسمح بالمخالطة ولا يمكن الوطء، وقد قال النبي ﷺ: (فرّ من المجذوم فرارك من الأسد)^(١)، قال الحافظ ابن حجر: "واستدلّ بالأمر بالفرار من المجذوم لإثبات الخيار للزوجين في فسخ النكاح، إذا وجده أحدهما بالآخر..."^(٢).

٢- إن قصر الاستحقاق في عقد النكاح على الوطء فقط، دعوى تحتاج إلى دليل، بل المستحق في العقد أكثر من الوطء، كالخدمة والاستمتاع ونحو ذلك، ثم إن قياس الموت المقتضي للمفارقة على العيب المقتضي لبقاء الزوجية قياس مع الفارق؛ لأن النكاح مؤقت بحياتهما عند الحنفية القائلين بعدم ثبوت الخيار للزوج^(٣).

الدليل الرابع: قالوا: إن الذي ثبت بالضرورة الدينية، أن عقد النكاح لازم، تثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء، ووجوب النفقة ونحوها، وثبوت الميراث وسائر الأحكام، وتثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق والموت، فمن زعم أنه يجوز الخروج من النكاح بسبب من الأسباب فعليه الدليل الصحيح

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بصيغة الجزم، كتاب الطب، باب الجذام (فتح ١٩٥/١٠) قال: وقال عفان حدثنا سليم بن حيان حدثني سعيد بن هيفاء قال: سمعت أبا هريرة يقول: قال رسول الله ﷺ...

وقال الحافظ في الفتح: "وقد وصله أبو نعيم من طريق أبي داود الطيالسي وأبي قتيبة مسلم بن قتيبة كلاهما عن سليم بن حيان شيخ عفان فيه، وأخرجه أيضاً من طريق عمرو بن مرزوق عن سليم لكن موقوفاً، ولم يستخرجه الإسماعيلي، وقد وصله ابن خزيمة أيضاً". اهـ، والحديث صححه البغوي في شرح السنة (١٦٧/١٢)، وابن خزيمة.

(٢) فتح الباري (٢٠٠/١٠)، وانظر: الحاوي الكبير للماوردي (٤٦٨/١١)، والمغني (٥٦/١٠).

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٢٦٨/٣)، والبنية على الهداية (٤٠٠/٥).

المقتضي للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية^(١).

ويمكن مناقشة هذا الدليل:

فيقال: إن الدليل الصحيح المقتضي للانتقال والخروج من النكاح، ثابت وقائم عند القائلين بثبوت الخيار للزوج، وإلا لما أجازوا إثبات الخيار بلا دليل وكون الدليل المعين لا يثبت عند الخصم، لا يعني بالضرورة الشرعية والعقلية عدم ثبوته في نفس الأمر.

القول الثاني: أن للزوج ردّ النكاح وفسخه لأجل عيب وجده بالمرأة، فإن علم قبل الدخول فارقها ولا شيء عليه، وإن لم يعلم حتى دخل فعليه المهر.

وهذا مذهب جماهير أهل العلم من السلف والخلف، روي ذلك عن عمر بن الخطاب^(٢)، وعلي بن أبي طالب^(٣)، وابن عمر^(٤)، وابن عباس^(٥)، وبه قال من التابعين: جابر بن زيد^(٦)، والزهري^(٧)، ومكحول^(٨)، والأوزاعي^(٩)،

(١) انظر: الروضة الندية شرح الدرر البهية لصديق حسن خان القنوجي (٣٣/٢)، والمحلى بالآثار لابن حزم (٦١/١٠).

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣١٠/٣). ومصنف عبدالرزاق (٢٤٤/٦)، والسنن الكبرى للبيهقي (٢١٥/٧).

(٣) انظر: مصنف عبدالرزاق (٢٤٣/٦)، والسنن الكبرى للبيهقي (٢١٥/٧)، والإشراف على مذاهب أهل العلم (٦١/١).

(٤) انظر: المغني (٥٦/١٠).

(٥) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٢١٥/٧)، المغني (٥٦/١٠).

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣١٠/٣)، ومصنف عبدالرزاق (٢٤٣/٦).

(٧) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٩٩/٣)، ومصنف عبدالرزاق (٢٤٤.٢٤٥/٦).

(٨) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٩٩/٣).

(٩) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٦٢/١).

وهو قول مالك بن أنس^(١)، والشافعي^(٢)، وأحمد بن حنبل^(٣)، وأبي عبيد^(٤)، وإسحاق بن راهوية^(٥)، وأبي ثور^(٦)، وغيرهم، وإن اختلفوا في تحديد العيوب التي يثبت به الخيار.

واستدل أصحاب هذا القول بأدلة، أهمها:

الدليل الأول: عن جميل بن زيد قال: حدثني شيخ من الأنصار ذكر أنه كانت له صُحبة يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب أن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها^(٧) بياضاً، فانحاز عن الفراش، ثم قال: (خذي عليك ثيابك)، ولم يأخذ مما آتاها شيئاً^(٨).

-
- (١) انظر: المدونة (١٤٣/٢، ١٤٢)، التفرغ (٤٧/٢)، المعونة للقاضي عبدالوهاب (٧٧٢-٧٧٠/٢)، الكافي لابن عبدالبر (٥٦٦/٢، ٥٦٥)، حاشية الدسوقي (٢٧٧/٢)، الاستذكار (٩٤-٩٥/١٦).
- (٢) انظر: الأم (٩٠/٥)، والحاوي الكبير (٤٦٣/١١)، أسنى المطالب (١٧٦/٣، ١٧٥)، مغني المحتاج (٣٤٠/٤)، والغاية القصوى (٤٧١/٢)، وحاشية الجمل (٢١٢/٤).
- (٣) انظر: المغني (٥٦/١٠)، الفروع (٢٢٨/٥-٢٣١)، وشرح الزركشي (٢٤٤-٢٤١/٥)، والاختيارات (ص ٢٢١)، وزاد المعاد (١٧٢/٥-١٨٣).
- (٤) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٦١/١).
- (٥) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٦١/١)، المغني (٥٦/١٠).
- (٦) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٦١/١).
- (٧) بفتح الكاف فشين معجمة وحاء مهملة، وهو ما بين الخاصرتين إلى الضلع. انظر: النهاية في غريب الحديث (١٧٥/٤)، القاموس المحيط (ص ٣٠٥)، وختار الصحاح (ص ٥٧٢).
- (٨) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٩٣/٣)، والحاكم في مستدرکه (٣٦/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٤/٧)، والبخاري في التاريخ الكبير (٢٢٣/٧)، وابن عدي في "الكامل في الضعفاء" (١٧١/٢)، وغيرهم كلهم من طريق جميل بن زيد الطائي البصري، واختلف عليه، فمرة يرويه عن ابن عمر، ومرة عن كعب بن عجرة، ومرة عن كعب بن زيد أو زيد بن كعب، وهذا الاختلاف مما يضعف به الحديث، قال البغوي في معجم الصحابة (ص ٢١١) في ترجمة زيد بن كعب: "الاضطراب في حديث الغفارية منه"، وقال ابن عدي: "جميل بن زيد يُعرف بهذا

وجه الدلالة من الحديث:

أن فيه دليلاً على أن البرص ونحوه من العيوب كالجذام والجنون عيوب يُفسخ بها النكاح؛ لأن ردَّ النبي ﷺ المرأة فسَخَّ للنكاح، والرد صحيح في الفسخ، فالحمل عليه أولى^(١).

ونوقش هذا الدليل:

فقيل: ١- إن الحديث ضعيف لا يحتج به؛ لضعف راويه وهو جميل بن زيد الطائفي، فقد ضعفه أهل العلم^(٢)، ثم إنه مع ضعفه فقد اضطرب فيه، فمرة يرويه عن ابن عمر، ومرة عن كعب بن عجرة، ومرة عن كعب بن زيد، أو زيد بن كعب، والاضطراب من أسباب ضعف الحديث^(٣).

٢- ولو سُلم صحة الحديث لجاز أن يكون قول النبي ﷺ: (خذي عليك ثيابك، أو الحقي بأهلك) طلاقاً؛ لأن لفظ (الحقي بأهلك) من كنايات الطلاق^(٤).

الحديث، واضطرب الرواة عنه بهذا الحديث حسب ما ذكره البخاري وتلَوْن فيه على ألوان"، وجميل بن زيد ضعيف جداً، قال البخاري: "لم يصح حديثه"، وقال أبو حاتم: "ضعيف الحديث"، وقال ابن حبان: "واهي الحديث"، وقال البغوي: "ضعيف جداً". انظر: العلل ومعرفة الرجال (٤٨٤/١)، (٦٩/٢)، ولسان الميزان (١٣٦/٢)، وتعجيل المنفعة (٣٩٤/١)، ومجمع الزوائد (٣٠٠/٤)، التلخيص الحبير (١٩٠/٣)، الفتح الرباني (١٩٨/١٦).

(١) انظر: نيل الأوطار (٢٥٠/٧)، الفتح الرباني للبتنا (١٩٩/١٦)، شرح الزركشي (٢٤٣/٥)، الحاوي الكبير للماوردي (٤٦٤/١١).

(٢) انظر: الصفحة السابقة، هامش (٨).

(٣) الحديث المضطرب هو: الذي يرويه الراوي أو أكثر من وجوه مختلفة. انظر: مقدمة ابن الصلاح (ص ٩٤)، الاقتراح في بيان الاصطلاح لابن دقيق العيد (ص ٢٢٢)، فتح المغيث للسخاوي (٢٥٦/١).

(٤) انظر: فتح القدير (٢٦٧/٣)، البناية على الهداية للعيني (٣٩٩/٥)، نيل الأوطار (٢٥٠/٧)، الروضة الندية (٣٣/٢).

وأجيب على المناقشة الثانية:

فقيل: لا يصح تأويل قول النبي ﷺ: (الحقني بأهلك) على أنه طلاق؛ لوجهين:

الوجه الأول: لأنه خالف الظاهر؛ لأن نقل الحكم مع السبب يقتضي تعلقه به كتعلق الحكم بالعلة، والطلاق لا يتعلق بالعيب كتعلق الحكم بالعلة^(١).
الوجه الثاني: أن الرد صريح في الفسخ وكناية في الطلاق، وحمل اللفظ على ما هو صريح فيه أولى من حمله على ما هو كناية^(٢).

الدليل الثاني: عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب ﷺ قال: أيما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء، أو مجنونة، أو مجذومة فلها الصداق بمسيسه إياها، وهو له على من غرّه منها^(٣).

(١) انظر: الحاوي الكبير (١١/٤٦٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١١/٤٦٥)، شرح الزركشي على مختصر الخزقي (٥/٢٤٣).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ، باب: ما جاء في الصداق والحباء (٢/٥٢٦)، والشافعي في الأم (٥/٩١)، وسعيد بن منصور في سنته رقم (٨٢١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٢١٥، ١٣٥)، ومعرفة السنن والآثار (١٠/١٤١٤٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/٣١٠)، وعبدالرزاق في المصنف (٦/٢٤٤)، والأثر مداره على سعيد بن المسيب عن عمر، وقد اختلف الأئمة في سماع سعيد بن المسيب عن عمر على قولين، فطائفة تقول: رآه ولم يسمع منه، وطائفة تقول: بل رآه وسمع منه، ومع اختلافهم في سماعه إلا أنهم متفقون على الاحتجاج برواية سعيد عن عمر، قال يحيى بن سعيد الأنصاري: "كان سعيد بن المسيب يُسمى راوية عمر؛ لأنه كان أحفظ الناس لأقضيته، قال: وكان ابن عمر ﷺ إذا سئل عن شيء فأشكل عليه يقول: سلوا سعيد بن المسيب فإنه قد جالس الصالحين، وقال مالك حينما سئل: هل رأى سعيد عمر، فقال: لا، ولكنه ولد في زمانه، فلما كبر أكب على المسألة عن شأنه وأمره، حتى كأنه رآه، وبلغني أن ابن عمر كان يرسل إلى ابن المسيب فيسأله عن بعض شأن عمر ﷺ وأمره، وقال الشافعي: إرسال سعيد بن المسيب عندنا حسن، وقال أحمد بن حنبل: سعيد بن المسيب عن عمر هو عندنا حجة، قد رأى عمر وسمع منه، وإذا

وجه الدلالة من الأثر:

حيث أوجب الفاروق رضي الله عنه الصداق كاملاً للمرأة، وجعل للرجل الرجوع على مَنْ غَرَّهَ بها، وهذا لا يكون إلا بعد التفريق. وتعليق أخذ الصداق كاملاً بالمسيس؛ دليلٌ على أنه لو لم يمسهَا فله الفسخ ولا شيء عليه^(١).

ويمكن مناقشة هذا الأثر:

فيقال: إن قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب معارضٌ بقول غيره من الصحابة وأقوال الصحابة إنما هي حجةٌ عند من أخذ بها، إذا لم يكن ثمة خلاف بينهم، وعند الاختلاف فلا حجة لقول بعضهم على بعض^(٢).

ويمكن أن يجاب على هذه المناقشة:

فيقال: إن قول أبي بكر وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما ليس كقول غيرهما من الصحابة لقوله - عليه الصلاة والسلام - : (فإن يطيعوا أبا بكر وعمر يرشدوا)^(٣). فجعل - عليه الصلاة والسلام - الرشد معلقاً بطاعتها، فلو أفتوا بالخطأ في حكم وأصابه مَنْ بعدهم لكان الرشد في خلافهما^(٤).

لم يُقبَل سعيد عن عمر فمن يُقبَل؟ وقال ابن معين: مراسيل سعيد بن المسيب أصح المراسيل، وقال يحيى القطان وأبو حاتم: سعيد بن المسيب عن عمر مرسل يدخل في المسند على المجاز. انظر: جامع التحصيل (ص ١٨٥، ٤٧، ٤٦)، تهذيب التهذيب (٤٤/٢)، فتح البير لابن عبد البر (٥١٢/١)، المراسيل لابن أبي حاتم (ص ٧١)، منهاج السنة لابن تيمية (١١٧/٤)، زاد المعاد (١٨٣/٥).

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر (٩١/١٦).

(٢) انظر: نيل الأوطار (٢٥٠/٧)، والشوكاني يرى أن قول الصحابي ليس بحجة مطلقاً.

(٣) انظر: أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد، باب: قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها (٤٧٢/١) رقم (٦٨١) من حديث أبي قتادة الأنصاري.

(٤) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم (١٤٠/٤-١٤٦) فنيه كلام سديد يحسن النظر فيه، وراجع كلام الشافعي في أعلام الموقعين (١٢٢/٤).

الدليل الثالث: من النظر:

قالوا: لأن المرأة أحد العوضين في النكاح، فجاز ردّها بعيب كالصداق^(١) وكالبيع، فكما يرد البيع بهذه العيوب مع أن الفاتت بها هو نقص في المالية فالنكاح أولى؛ لأن الفاتت بهذه العيوب هو الجماع، وهو المقصود الأعظم من النكاح^(٢)، أو تؤثر في استيفاء الاستمتاع وتنقص كمال اللذة، فوجب أن يثبت معه الخيار إذا دخل على السلامة^(٣).

وأجيب على هذا الدليل:

فقل: إن قياس النكاح على البيع قياسٌ مع الفارق، فكيف يُشَبَّهُ البيع بالنكاح، والبيعُ على خلافه، فإنه نقل ملك الرقبة، ولا نقل في النكاح، وفي البيع له أن يرد بكلّ عيب يؤثر في المالية، أما النكاح فالإجماع قائم على أنه لا يرد النكاح بكل عيب^(٤).

الدليل الرابع: قالوا: ولأنها عيوبٌ تؤثر في استيفاء الاستمتاع المقصود، وتنقص كمال اللذة، فوجب أن يثبت معه الخيار إذا دخل على السلامة^(٥).

الترجيح:

بعد عرض أدلة كلّ فريق ومناقشة ما أمكن مناقشته، يظهر - والله أعلم - أن سبب اختلافهم أمور منها:

(١) انظر: الحاوي الكبير (٤٦٥/١١)، المغني (٥٦/١٠)، شرح منتهى الإيرادات (٤١/٣-٤٩)، حاشية الروض المربع (٣٣٤/٦).

(٢) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب المالكي (٧٧١/٢)، بداية المجتهد لابن رشد (٩٦/٣)، نهاية المحتاج (٣١٠/٦).

(٣) انظر: المحلى لابن حزم (١١٤/١٠)، فتح القدير لابن الهمام (٢٦٨/٣، ٢٦٧)، بداية المجتهد (٩٦/٣).

(٤) انظر: المصادر السابقة، والإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٦٣/١).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٤٦٥/١١)، والمعونة (٧٧١/٢).

١- أن الأدلة الواردة عن النبي ﷺ في هذه المسألة، ليست صريحة مع ضعفها وعدم حجيتها.

٢- الخلاف في حجية قول الصحابي.

٣- الخلاف في صحة قياس النكاح على البيع^(١).

ومن تأمل مقاصد الشرع المطهر، وما اشتمل عليه من المصالح والعدل ومن النهي عن التغرير والخداع والتدليس، تبين له رجحان قول الجمهور في ثبوت الخيار للزوج، إذا وجد بصاحبه عيباً من العيوب - التي سيأتي تفصيلها - مع أن نفي الضرر في شريعتنا الغراء أصل من الأصول لقوله - عليه الصلاة والسلام - : (لا ضرر ولا ضرار)^(٢).

وهذا عام لم يخصه شيء، قال العلامة ابن القيم - رحمه الله - : "وإذا كان النبي ﷺ حرم على البائع كتمان عيب سلعته، وحرم على من علمه أن يكتمه من

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (٩٦/٣).

(٢) هذا الحديث روي من طرق كثيرة عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، منهم:

أ- حديث عبادة بن الصامت: أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢) رقم (٢٣٤٠)، وأحمد في المسند (٣٢٦/٥-٣٢٧) وغيرهما، وفي سننه ضعف للانقطاع الحاصل بين إسحاق بن يحيى بن الوليد وعبادة بن الصامت كما ذكر ذلك البخاري والترمذي، والحديث ضعف إسناده الحافظ في "الدراية" (ص ٣٧٣).

ب- حديث ابن عباس ؓ: أخرجه ابن ماجه أيضاً في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢) رقم (٢٣٤١)، وأحمد في المسند (٣١٣/١) وغيرهما، وفي سننه جابر الجعفي، ضعيف جداً، وأخرجه الطبراني في الكبير (١٢٧/٣) من طريق آخر وفي سننه ضعف؛ لأن رواية داود بن الحصين عن عكرمة ضعيفة كما في التقريب (ص ٣٠٥).

ج- حديث أبي سعيد ؓ: أخرجه الدارقطني في سننه (٧٧/٣)، والحاكم في المستدرک (٥٧/٢-٥٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦٩/٦)، وفي سننه عثمان بن محمد وهو ضعيف كما قال الدارقطني، وقال الحاكم: "صحيح الإسناد على شرط مسلم" ووافقه الذهبي، وهناك طرق كثيرة لهذا الحديث تفوق العشرة، وهي وإن كانت ضعيفة بمفردها، إلا أنها ترتقي إلى درجة الحسن، والحديث حسنه النووي والعلاني وغيرهما. انظر: فيض القدير للمناوي (٤٣٢/٦).

المشتري، فكيف بالعيوب في النكاح؟، وقد قال النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس حين استشارته في نكاح معاوية، أو أبي الجهم: (أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه)^(١)، فعُلم أن بيان العيب في النكاح أولى وأوجب، فكيف يكون كتمان وتدليس والغش الحرام به سبباً للزومه؟، وجعل ذا العيب غلاً لازماً في عنق صاحبه مع شدة نُفرتِه عنه، لا سيما مع شرط السلامة منه، وشرط خلافه وهذا مما يُعلم يقيناً أن تصرفات الشريعة وقواعدها وأحكامها تأباه. والله أعلم^(٢).

المسألة الثانية: حكم المهر:

مما سبق تبين لنا رجحان القول الثاني في ثبوت الخيار للزوج في فسخ النكاح إذا وجد بزوجه عيباً من العيوب.

غير أن الزوج لو اختار الفسخ، فهل يثبت للزوجة المهر أو لا؟، في ذلك تفصيل عند أهل العلم فيما لو كان الفسخ قبل الدخول بالمرأة أو بعده:

أولاً: إذا كان الفسخ قبل الدخول:

جماهير أهل العلم - القائلون بثبوت حق الفسخ للزوج إذا وجد بالزوجة عيباً من المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) - يقولون: لا شيء للمرأة من المهر إذا كان الفسخ قبل الدخول.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها (١١١٤/٢) رقم (١٤٨٠) من حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها.

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد (١٨٦/٥، ١٨٥).

(٣) انظر: المدونة (١٤٣/٢)، التفرغ لأبي القاسم الجلاب (٤٠/٢)، المعونة للقاضي عبدالوهاب (٧٧١/٢)، بداية المجتهد (٩٧/٣)، وقال: إن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه.

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٢/١١)، تكملة المجموع (٢٧٥/١٦)، ومغني المحتاج (٣٤٣/٤)، روضة الطالبين (١٨٠/٧).

(٥) انظر: المغني (٦٢/١٠)، شرح الزركشي (٢٤٧/٥)، الفروع (٢٣٩/٥)، زاد المعاد (١٨٥/٥).

ومستندهم في ذلك :

١- قالوا: لأن الفسخ إن كان منها، فالفرقة من جهتها، فسقط مهرها وإن كان منه، فإنما فسخ لعيبٍ بها دلّسته بالإخفاء، فصار الفسخ كأنه منها^(١).

٢- ولأن الزوج دخل على السلامة من كل عيب، وأن يبذل الصداق مع التمكين من الاستمتاع، فإذا لم يقدر على ذلك لم يلزمه شيء^(٢).

ثانياً: إذا كان الفسخ بعد الدخول:

إذا علم الزوج بالعيب بعد الدخول، وقلنا يثبت له خيار الفسخ، فهل يجب عليه المسمّى من المهر؟ أو مهر المثل؟ أو ينسب قدر نقص مهر المثل؛ لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملاً، فيسقط من المسمى بنسبته؟.

على ثلاثة أقوال عند أهل العلم:

القول الأول: أنه يجب المسمّى من المهر، وبه قال المالكية^(٣)، ووجه عند الشافعية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥).

وحجة هذا القول:

١- لأن النبي ﷺ أوجب المسمّى باستحلال الفرج لقوله ﷺ للملاعن حينما قال: يا رسول الله مالي؟ فقال: (لا مال لك، إن كنت صدقت عليها؛ فهو بما

(١) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب المالكي (٧٧١/٢)، الحاوي الكبير (٤٧٢/١١)، المغني (٦٢/١٠).

(٢) انظر: المعونة (٧٧١/٢)، المغني (٦٣/١٠).

(٣) انظر: التفريع (٤٧/٢)، المعونة (٧٧١/٢)، الكافي لابن عبدالبر (٥٦٦/٢)، بداية المجتهد (٩٧/٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٨١/٧)، تكملة المجموع (٢٧٥/١٦)، الحاوي الكبير (٤٧٢/١١)، ومغني المحتاج (٣٤٣/٤).

(٥) انظر: المغني (٦٣/١٠)، الفروع (٢٣٩/٥)، شرح الزركشي (٢٤٧/٥)، الإنصاف (٥١٥/٢٠).

استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها؛ فذاك أبعدُ لك منها^(١).

وجه الدلالة:

حيث جعل النبي ﷺ الصداق في النكاح يستقر بدخوله عليها وتمكينها له من نفسها، وفي بعض الروايات: (إن كنت صادقاً فقد دخلت بها)^(٢).

٢- ولقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أيا رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسّها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غُرْمٌ على وليّها"^(٣).

وجه الدلالة:

حيث إن الفاروق رضي الله عنه جعل صداقها كاملاً معلقاً بمسيتها الذي هو بعد الدخول.

٣- وقالوا: ولأنها فرقة بعد الدخول، فهي مسمى صحيح طرأت على نكاح صحيح فوجب المسمى أشبه الطلاق^(٤).

وأجيب على هذا الاستدلال:

ف قيل: إنه قد استمتع بمعيبة، وهو إنما بذل المسمى على ظن السلامة، ولم تحصل فكأن العقد جرى في الأول بلا تسمية مهر^(٥).

الدليل الرابع: قالوا: ولأن الزوج لو رضي بالعيب ولم يفسخ لوجب عليه المسمى من المهر فكذلك إذا فسخه بعد الدخول^(٦).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب: قول الإمام للمتلاعنين: إن أحدكما كاذب، فهل منكما من تائب؟ (فتح ٥٧٢/٩) رقم (٥٣١٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب اللعان (١١٣١/٢) رقم (١٤٩٣)، كلاهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب صداق الملاعنة (٥٧١/٩، ٥٧٠) رقم (٥٣١١).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: المغني (٦٣/١٠)، كشاف القناع (١٠٢/٥).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٣٤٣/٤).

(٦) انظر: المغني (٦٣/١٠).

القول الثاني: أنه يجب مهر المثل:

وهذا القول هو الأصح عند الشافعية^(١)، ورواية عند الحنابلة^(٢).

وحجة هذا القول:

١- قالوا: لأن الفسخ مستند إلى العيب الموجود حال العقد، فصار كما لو كان النكاح فاسداً^(٣).

وأجيب على هذا التعليل:

فقيل: ما ذكرتموه غير صحيح، ولا يمكن قياس النكاح الذي فيه عيب بالزوجة على النكاح الفاسد لأمر منها:

أ- لأنه لو كان العقد فاسداً لما جاز إبقاؤه، ولتعيين فسخه^(٤).

ب- ولأن الفسخ يثبت حكمه من حينه غير سابق عليه، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعاً على غيرها^(٥).

٢- قالوا: ولأن قضية الفسخ رجوع كل منهما إلى عين حقه أو إلى بدله إن تلف فيرجع الزوج إلى عين حقه وهو المسمى، والزوجة إلى بدل حقتها وهو مهر المثل لفوات حقتها بالدخول^(٦).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

فيقال: قولكم: إن الزوجة ترجع إلى بدل حقتها بعد الدخول - وهو مهر المثل -

(١) انظر: تكملة المجموع (٢٧٥/١٦)، الحاوي الكبير (٤٧٢/١١)، مغني المحتاج (٣٤٣/٤)، روضة الطالبين (١٨٠/٧).

(٢) انظر: المغني (٦٣/١٠)، الفروع (٢٣٩/٥)، الإنصاف (٥١٥/٢٠)، شرح الزركشي (٢٤٩/٥).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٢٧٥/١٦).

(٤) انظر: المغني (٦٣/١٠).

(٥) انظر: المغني (٦٣/١٠).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٣٤٣/٤).

استدلال في محل النزاع، والنبى ﷺ أوجب المسمى باستحلال الفرج لقوله ﷺ: (لا مال لك إن كنت صادقاً فقد دخلت بها..)^(١).

القول الثالث: أنه ينسب قدر نقص مهر المثل لأجل ذلك العيب إلى مهر المثل كاملاً، فيسقط من المسمى بنسبته فسخ أو أمضى، وهذا القول قاله بعض الحنابلة كأبي بكر عبدالعزيز وابن عقيل ورجحه أبو العباس ابن تيمية^(٢).

وحجة هذا القول:

قالوا: قياساً على المبيع المغيب، فإنه يرجع على صاحبه بأرش العيب فكذلك النكاح؛ لأن هذا هو العدل^(٣).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

فيقال: إن هذا قياس مع الفارق؛ لأن المعقود عليه في البيع الرقبة، وفي النكاح المنفعة^(٤)، ثم إن المشتري لا يملك المطالبة بالأرش على الصحيح في المبيع المغيب؛ لأنها معاوضة جديدة لا بد فيها من رضا الطرفين، فعلى هذا فلا يصح القياس على أصل مختلف فيه حتى عند الخصم^(٥).

الترجيح:

بعد عرض أدلة كل قول ومناقشة ما أمكن مناقشته، يظهر - والله أعلم - أن القول الأول بوجوب مهر المسمى هو الراجح لقوة أدلتهم، وضعف أدلة المخالفين، وعدم نهوضها للاحتجاج. والله أعلم.

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: الفروع (٢٣٩/٥)، الإنصاف (٥١٦/٢٠)، الاختيارات الفقهية لابن تيمية (ص ٢٢٣).

(٣) انظر: الاختيارات الفقهية (ص ٢٢٣)، الفروع (٢٣٩/٥).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٣/١١)، و (٤٦٦/١١).

(٥) انظر: المسودة (ص ٣٩٦)، الإحكام شرح أصول الأحكام للآمدي (٢٨٢/٣)، إرشاد الفحول

(ص ٢٠٥).

مسألة

إذا ثبت هذا فهل يرجع الزوج بالمهر على من غرّه؟.

اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: أن الزوج يرجع بالمهر على من غرّه من الولي، أو المرأة إن كانت هي الغارّة.

وهذا مذهب المالكية^(١)، والشافعي في القديم^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣).

وحجة هذا القول:

١- ما ثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "أما رجل تزوّج امرأةً وبها جنون، أو جذام، أو برص، فمسّها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرّم على وليّها"^(٤).

وجه الدلالة:

هو أن الفاروق رضي الله عنه أثبت رجوع الزوج على الولي بالمهر لأجل تغريبه، قال مالك - رحمه الله - : "وإنما يكون ذلك غرماً على وليها لزوجها إذا كان وليّها الذي أنكحها هو أبوها، أو أخوها، أو من يرى أنه يعلم ذلك منها، فأما إذا كان وليّها الذي أنكحها ابن عمّ أو مولى، أو من العشيرة ممن يُرى أنه لا يعلم ذلك منها،

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر (٥٦٦/٢)، التفرع (٤٠/٢)، المعونة (٧٧١/٢)، وفتح العلي المالك (٣٥١/١).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٣/١١)، تكملة المجموع (٢٧٥/١٦)، روضة الطالبين (١٨١/٧)، مغني المحتاج (٣٤٤/٤).

(٣) انظر: المغني (٦٤/١٠)، الفروع (٢٣٩/٥)، الإنصاف (٥١٧/٢٠)، كشاف القناع (١١٣/٥)، وهذا هو اختيار أبي العباس ابن تيمية كما في الاختيارات الفقهية (ص ٢٢٤).

(٤) سبق تخريجه.

فليس عليه غرم، وتردُّ تلك المرأة ما أخذته من صداقها، ويترك لها قدر ما تُستحلُّ به^(١).

٢- قالوا: ولأنه غرّه في النكاح بما يثبت الخيار، فكان المهر عليه، كما لو غرّه بجرية أمة^(٢).

٣- ولأن الغار قد أُلجأ إلى التزام المهر بهذه الإصابة ولولاه لما لزمه المهر إلا بالإصابة، مستدامة في نكاح ثابت، فجرى مجرى الشاهدين إذا ألزمه بشهادتهما غرماً ثم رجعا، لزمهما غرم ما استهلك بشهادتهما^(٣).

وأجيب على هذا الاستدلال:

ف قيل: إنه يلزم منه أن يجمع الزوج بين تملك البدل - وهو المهر - والمبدل وهو البضع الذي استهلكه، وهذا ممنوع^(٤).

ويمكن مناقشة هذا الاعتراض:

فيقال: إن الاستهلاك ليس استهلاكاً تاماً، وهو إنما وُجدَ بسبب التغير به، فيرجع به على من غرّه كالشاهد وكالمُدلس بالعيب في السلع إذا استهلكته فإنه يرجع على من دلّس عليه^(٥).

القول الثاني: أن الزوج لا يرجع على الغار بشيء:

وهذا مذهب الشافعي في الجديد^(٦)، ورواية عند أحمد روي أنه رجع عنها^(٧).

(١) الاستذكار (٩١/١٦)، وانظر: التفرع (٤٠/٢)، المغني (٦٥/١٠)، الإنصاف (٥١٩/٢٠).

(٢) انظر: المغني (٦٤/١٠-٦٥).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٣/١١)، تكملة المجموع (٢٧٥/١٦).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٣/١١)، مغني المحتاج (٣٤٤/٤).

(٥) انظر: الاستذكار (٩٦/١٦).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٣/١١)، تكملة المجموع (٢٧٥/١٦)، روضة الطالبين (١٨١/٧)، مغني

المحتاج (٣٤٤/٤).

(٧) قال الإمام أحمد: "كنت أذهب إلى قول علي فهبته، فملتُ إلى قول عمر". انظر المغني (٦٤/١٠)،

الإنصاف (٥١٨/٢٠)، الفروع (٢٣٩/٥)، شرح الزركشي (٢٥٠/٥).

وحجة هذا القول:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (أيما امرأة نُكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له)^(١).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ لم يجعل للزوج الرجوع به على مَنْ غرّه في إذن الولي، أو على من ادّعى في نكاحها ولي، فدلّ على أنه لا رجوع بالغرور^(٢)، فإذا كان الميسس في النكاح الباطل يوجب لها المهر كلّه كان أحرى أن يجب لها ذلك بالنكاح الصحيح الذي لو شاء أن يقيم عليه كان له ذلك^(٣).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال:

بأن يقال: ليس في الحديث تغرير أصلاً، حتى يقال: إن النبي ﷺ لم يجعل للزوج الرجوع به على مَنْ غرّه في إذن الولي.

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب: في الولي (٥٦٦/٢) رقم (٢٠٨٣)، والترمذي في جامعه، كتاب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي (٤٠٧/٣-٤٠٨) رقم (١١٠٢)، وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي (٦٠٥/١) رقم (١٨٧٩)، وأحمد في المسند (١٦٥/٦، ٤٧)، والحاكم في المستدرک (١٦٨/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٥/٧) وغيرهم، كلهم من طريق سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة به، وسليمان بن موسى وثقه آخرون، وآخرون قالوا: محلّه الصدق؛ لأن عنده أحاديث منكرة، وقال الحافظ في التقریب: "صدوق فقيه، في حديثه بعض لين، وخلط قبل موته بقليل" التقریب (ص ٤١٤)، وعلى هذا فالحديث حسن الإسناد، وقد صحح الحديث ابن معين والحاكم والبيهقي وابن الجوزي في كتابه "التحقيق في أحاديث الخلاف" (٢٥٥/٢) فقال: "هذا الحديث صحيح، ورجاله رجال الصحيح" وتعقبه ابن عبد الهادي في التفتيح (١٤٣/٣-١٤٤)، وقال سليمان بن موسى صدوق ولكنه ليس من رجال الصحيحين.

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٣/١١).

(٣) انظر: الاستذكار (٩٧/١٦).

ولو سلّمنا بوجود التغير، فإن عدم دلالة الحديث على الرجوع به على من غره لا يستلزم انتفائه في نفس الأمر؛ لأن انتفاء الدليل المعين لا يستلزم انتفاء المدلول، إذ قد يثبت بدليل آخر كما هو الواقع في أدلة أصحاب القول الأول.

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول لقوة أدلتهم ورجحانها، وضعف أدلة القول الثاني ومناقشتها.

الفرع الثاني

أي العيوب يُردُّ بها النكاح؟

اتفق أهل العلم - القائلون بثبوت خيار الفسخ للزوج إذا وجد بالزوجة عيباً - على أنه ليس كلّ عيب يثبت به للزوج خيار الفسخ، وهذا بإجماع أهل العلم^(١)؛ وذلك لأن بعض العيوب لا تمنع مقصود النكاح ولا يمنع منها الاستمتاع، ولا تنفر النفوس منها، ولا نصّ فيها ولا إجماع، ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار؛ لما بينهما من الفرق، كالعرج والقرع وقلة الجمال وسوء الخلق، فإنّ الوطاء مع هذه العيوب ممكن^(٢).

واتفقوا أيضاً على خمسة من العيوب يستحق بها الزوج الخيار، وهي: الجنون، والبرص، والجذام، والقرن، والرتق^(٣).

(١) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٦٣/١)، الاستذكار لابن عبد البر (٩٨/١٦)، بداية المجتهد (٩٦/٣)، المغني (٥٩/١٠).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٤٦٥/١١)، المغني (٥٨، ٥٩/١٠).

(٣) انظر: التفريع (٤٧/٢)، المعونة (٧٧٠/٢)، الكافي لابن عبد البر (٥٦٥/٢-٥٦٦)، المهذب (٦٢/٢)، الغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي الشافعي (٧٤١/٢)، مغني المحتاج (٣٣٩، ٣٤٠/٤)، المغني (٥٧/١٠)، الفروع (٢٣٠/٥)، شرح الزركشي (٢٤١/٥).

ومستندهم في ذلك :

- ١- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أيما رجل تزوج امرأة، وبها جنون، أو جذام، أو برص، فمستها، فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غُرم على وليها^(١).
- ٢- وقول عبدالله بن عباس رضي الله عنهما قال : أربع لا يجزّن في بيع ولا نكاح : المجنونة، والمجدومة، والبرصاء، والغلفاء^(٢)^(٣).
- ٣- ومن النظر: قالوا: ولأن هذه العيوب تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، وتوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسته، ويخاف منه التعدي إلى نسله، أو الضرر بالجناية عليه كالجنون^(٤).

(١) سبق تخريجه.

(٢) الغلفاء: جمع غلقة وهو القرن بالسكون وهو مانع من سلوك الذكر في فرج المرأة إما غدة غليظة أو لحمة مرتبقة أو عظم. انظر لسان العرب (٣٣٥/١٣)، والتعليق المغني على الدارقطني (٢٦٧/٣).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٧/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٥/٧) كلهم من طريق عبدالوهاب بن عطاء أنبأ روح بن القاسم وشعبة عن عمرو بن دينار عن جابر بن زيد عن ابن عباس به، وفي سننه عبدالوهاب بن عطاء الخفاف، فضعه بعضهم وحسنه آخرون، والأقرب من حاله الصدق، إلا إذا تبين خطأه ووهمه ومخالفته للثقات، قال الحافظ في التقریب: "صدوق ربما أخطأ" (ص ٦٣٣)، ولعل هذا الأثر من أوهامه؛ لأن الأثر رواه سفيان بن عيينة، وحماد بن زيد، وابن جريج كلهم عن عمرو بن دينار عن جابر بن زيد أبي الشعثاء من قوله ولم يرفعه إلى ابن عباس رضي الله عنه، أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٦/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٥/٧)، وعبدالرزاق في المصنف (٢٤٣/٦)، وأوثق الناس في عمرو بن دينار سفيان بن عيينة كما يقول أبو حاتم كما في العلل (٢١٤/١)، وابن معين كما في تاريخ ابن معين لعباس الدوري (١١٧/٣)، وقال ابن المديني كما في كتابه العلل رقم (٢٦): "أوثقهم في عمرو بن دينار ابن عيينة وابن جريج" اهـ.

(٤) انظر: المعونة (٧٧١/٢)، الحاوي الكبير (٤٦٥/١١)، تكملة المجموع (٢٦٦/١٦)، المغني

واختلفوا في بعض العيوب، هل هي داخلة في حكم العيوب الخمسة للاشتراك في المعنى المؤثر في الحكم، أو غير داخلة فيه، كالعفل^(١)، والإفضاء، والفتق^(٢) والعذيفة^(٣)؟ على قولين:

القول الأول: أنها عيوب يثبت بسببها خيار الفسخ:

وهذا مذهب المالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وبعض أصحاب الشافعية^(٦).

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأنها عيوب تمنع معظم العقود عليه في النكاح وفائدته، وهو الاستمتاع، فأثبت الخيار كالرتق والقرن^(٧).

القول الثاني: أنها لا يثبت بسببها خيار الفسخ:

(١) انظر: العفل - بفتح العين المهملة وفتح الفاء - في النساء كالأذرة في الرجال: لحم يبدو وينبت في الفرج فيسده، فهو بمعنى القرن، وقال غيره: رغوّة في الفرج تحدث عند الجماع تمنع لذته. انظر: لسان العرب (١١/٤٥٧)، الذخيرة للقرافي (٤/٤٢٢)، المغني (١٠/٥٧).

(٢) انظر: الإفضاء والفتق بمعنى واحد: وهو خلط مسلك الغائط ومسلك الذكر في الأثنى بتمزيق الحاجز بينهما، وقيل الفتق: هو انخراط ما بين مجرى البول ومجرى المنى. انظر: الزاهر (ص ٤٨). ط. وزارة الأوقاف الكويتية، ومعجم لغة الفقهاء (ص ٨١)، المغني (١٠/٥٧).

(٣) العذيوطة والعذيوط: الذي إذا أتى أهله أبدى، أي: سلّح أو أكسل، أو خرج منه الغائط. انظر: لسان العرب، مادة: عذط (٧/٣٤٩)، الذخيرة (٤/٤٢١)، روضة الطالبين (٧/١٧٧).

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي (٤/٤٢٢-٤٢١)، أقرب المسالك إلى مذهب مالك (٢/٢٦٨)، والكواكب الدرّية لمحمد جمعة (٢/٢٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/٥١).

(٥) انظر: المغني (١٠/٥٧)، الفروع (٥/٢٣٠)، شرح الزركشي (٥/٢٤١)، الإنصاف (٢٠/٥٠١-٥٠٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/١٧٧).

(٧) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب (٢/٧٧١)، الذخيرة (٤/٤٢١-٤٢٣)، المغني (١٠/٥٧)، عقد الجواهر الثمين لابن شاس المالكي (٢/٧١).

وهذا مذهب الشافعية^(١).

وحجتهم في ذلك: قالوا: إن تلك العيوب لا تمنع مقصود عقد النكاح ولا تنفر النفوس منها، ففارقت العيوب الخمسة الأولى^(٢)، وهي عيوب يُنقصها لا يثبت بها خيار^(٣).

ويمكن مناقشة هذا التعليل:

فيقال: ليس مقصود النكاح مجرد إمكان الوطاء فحسب، حتى يناط الحكم عليه وجوداً وعدمًا، فالإفضاء والعذیطة مثلاً تمنعان الاستمتاع، وتوجبان نُفرة في النفس تمنع قربانه، أشبهت الجذام والبرص، إذ لا فرق.

الترجيح:

والراجع هو القول الأول لقوة تعليلهم ووجاهته، والله أعلم. فإذا تبين هذا فإن أصحاب القول الأول، اختلفوا في بعض العيوب هل ترد المرأة بسببها أو لا؟ كتنن الفم والفرج، واستطلاق البول والقروح السيّالة في الفرج والباسور والناصور وكونها خثى أو مستحاضة، أو عمى أو سواد، على قولين في مذهب مالك^(٤)، ووجهين في مذهب أحمد^(٥).

(١) انظر: الأم (٩٠/٥-٩١)، الحاوي الكبير (٤٦٦/١١-٤٦٧)، تكملة المجموع (٢٦٥/١٦)، مغني المحتاج (٣٤٠/٤).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٤٦٦/١١-٤٦٧)، الأم (٩٠/٥-٩١)، تكملة المجموع (٢٧٠/١٦).

(٣) انظر: الأم (٩١/٥)، تكملة المجموع (٢٧٠/١٦).

(٤) انظر: الذخيرة (٤٢٠/٤-٤٢١)، بداية المجتهد (٩٧/٣)، ونقل ابن المواز عن مالك: إن كل ما يكون عند أهل المعرفة من داء الفرج فإن للزوج الرد به، وإن لم يمنع الوطاء. انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧١/٢).

(٥) انظر: المحرر في الفقه لأبي البركات (٢٥/٢)، المغني (٥٨/١٠-٥٩)، الفروع (٢٣١/٥)، تصحيح الفروع للمرداوي (٢٣٢/٥) مع الفروع، الإنصاف (٥٠٣/٢٠-٥٠٤).

فالقول الأول: وهو المذهب عند المالكية أنها لا ترد به ما عدا بخر الفرج^(١)، وهو اختيار الموفق ابن قدامة في المغني من الحنابلة^(٢)؛ لأنها لا تمنع من الاستمتاع المعقود عليه، ولا يُخشى تعديّه، ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار، لما بينهما من الفرق^(٣).

والقول الثاني: وهو المذهب عند الحنابلة أنها ترد به^(٤)، لأنها تثير نُفرةً، وتعدّي نجاستها، وتمنع من كمال الاستمتاع^(٥).

وقد ذهب أبو العباس ابن تيمية^(٦)، وتلميذه ابن القيم^(٧)، إلى عدم حصر العيوب في عدد معين، فكلُّ عيب يُنْفَرُ عن كمال الاستمتاع ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، وهذا القول قال به جماعة من السلف^(٨)، وهو اختيار الشيخ عبدالرحمن السعدي^(٩) من المعاصرين^(١٠).

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٧١/٢-٧٢)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٧٨/٢-٢٧٩)، أقرب المسالك إلى مذهب مالك (٢٦٧/٢).

(٢) انظر: المغني (٥٨/١٠)، وهو مفهوم كلام الخزقي لأنه ذكر العيوب التي يثبت بها الخيار في فسح النكاح، ولم يذكر شيئاً من ذلك. انظر: تصحيح الفروع للمرداوي (٥/٢٣٣).

(٣) انظر: المغني (٥٩/١٠).

(٤) انظر: شرح منتهى الإيرادات (٥١/٣)، كشف القناع (١١٠/٥)، الإنصاف (٥٠٤/٢٠)، تصحيح الفروع (٥/٢٣٢).

(٥) انظر: المغني (٥٩/١٠)، كشف القناع (١١٠/٥)، شرح منتهى الإيرادات (٥١/٣).

(٦) انظر: الاختيارات العلمية للبعلي (ص ٢٢٢).

(٧) انظر: زاد المعاد (١٨٢/٥).

(٨) انظر: المحلى لابن حزم (١١٢/١٠)، وزاد المعاد (١٨٢/٥-١٨٤).

(٩) هو الشيخ عبدالرحمن بن ناصر بن عبدالله السعدي التيمي، الفقيه المفسر، من علماء الحنابلة، من أهل نجد، ولد سنة ١٣٠٧هـ في مدينة عنيزة، وتوفي سنة ١٣٧٦هـ، وهو أول من أنشأ مكتبة عنيزة عام ١٣٥٨هـ، وله نحو ثلاثين كتاباً، منها تفسيره "تيسير الكريم المنان في تفسير كلام العزيز الرحمن"، و"القواعد الحسان في تفسير القرآن"، و"المختارات الجليلة من المسائل الفقهية" وغيرها. انظر: الأعلام (٣/٣٤٠).

(١٠) انظر: المختارات الجليلة (ص ٢٦٢).

وقد استدل أصحاب هذا القول بأدلة، منها:

١- لأن هذا القول أقرب إلى مقصود الشارع، وأقرب إلى قواعد الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح، قال العلامة ابن القيم -رحمه الله تعالى-: "وما أُلزم الله ورسوله مغروراً قط، ولا مغبوناً بما غرّب به، وغُنّب به، ومن تدبّر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، وقربه من قواعد الشريعة"^(١). اهـ.

٢- قالوا: وإذا كان العيب في المبيع ونحوه، يوجب الخيار في كل شيء ينقص به قيمة المبيع، مع أن الخطر فيه أسهل، فكيف لا يثبت في النكاح العظيم خطره، الشديد أمره، المتين شرطه^(٢).

٣- ولأن الأصل في العقود السلامة، والسكوت عن العيوب التي تنفر الزوج عن الآخر، وتخالف المعهود هي في حكم المشروط^(٣)، وقد قال النبي ﷺ: (إنَّ أحقَّ الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)^(٤).

٤- قالوا: ولأن الاقتصار على عيبين، أو أربعة أو خمسة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها، تحكّم بلا دليل يصح الاعتماد عليه^(٥)، وكيف يُمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص، أو بالبخر، أو الباسور والناسور، مع إمكان علاجه ولا يُمكن من الفسخ بالخرس والصمم، وقطع اليدين والرجلين التي هي من أعظم المنفّرات^(٦)، قال ابن القيم: "ومن تأمل فتاوى

(١) زاد المعاد في هدي خير العباد (١٨٣/٥).

(٢) انظر: المختارات الجلية للشيخ السعدي (ص ٢٦٣).

(٣) انظر: زاد المعاد (١٨٣/٥)، المختارات الجلية (ص ٢٦٣).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: زاد المعاد (١٨٢/٥).

(٦) انظر: زاد المعاد (١٨٢/٥)، المختارات الجلية (ص ٢٦٣).

الصحابة والسلف علم أنهم لم يخصصوا الردّ بعيب دون عيب..^(١).

الترجيح:

ولعلّ هذا القول أقوى حجة، وأظهر دليلاً، وأقرب إلى قواعد الشريعة.

(١) زاد المعاد (٥/١٨٤)، وانظر: المختارات الجليّة (ص ٢٦٣).

المطلب الثالث

غش الزوج فيما إذا تزوج أمةً على أنها حرّة وأثره على العقد

وفيه فرعان:

الفرع الأول

إذا كان مما لا يحل له نكاح الإماء

إذا كان الرجل غنياً قادراً بماله على نكاح حرّة، ولم يخش على نفسه العنت وتزوج امرأة على أنها حرّة فغُرّر به، وبانت أمةً، فهل يصح نكاحه ولا يكون له حق الخيار؟ أم هل يبطل العقد ويفرّق بينهما؟

على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: أن النكاح صحيح، ولا خيار للزوج، وليس له إلا الإمساك أو الطلاق.

وهذا قول مجاهد^(١)، وسفيان الثوري^(٢)، وإبراهيم النخعي^(٤)، وهو مذهب أبي حنيفة إذا لم تكن تحته حرّة^(٥)، وبه قال أبو محمد ابن حزم الظاهري^(٦).

(١) هو مجاهد بن جبر، المخزومي مولاهم، أبو الحجاج المكي، التابعي القرئى المفسر، الفقيه الحافظ للحديث، ت: سنة (١٠٤) هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (١/٩٢)، الأعلام (٦/١٦١).

(٢) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١/١٠١)، والمصنف لعبدالرزاق (٧/٢٦٤)، والمصنف لابن أبي شيبة (٣/٢٨٧).

(٣) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١/١٠٠)، والمصنف لعبدالرزاق (٧/٢٦٥).

(٤) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١/١٠٠)، والمصنف لعبدالرزاق (٧/٢٦٣).

(٥) انظر: المبسوط (٥/١٠٨-١٠٩)، بدائع الصنائع (٢/٢٦٦-٢٦٧)، تبين الحقائق شرح كنز الحقائق (٢/١١١).

(٦) انظر: المحلى بالآثار (٩/٤٤٣).

حجة هذا القول:

أولاً: عمومات الآيات في النكاح نحو قوله تعالى:

أ- ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...﴾ [النور: ٣٢].

ب- وقوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ...﴾ [النساء: ٢٤].

ج- وقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...﴾ [النساء: ١٣].

وجه الدلالة من الآيات:

قالوا: فكان في الآية الأولى بيان نكاح المسلم الغني والفقير والعبد والحر عموماً بكل حال للحررة المسلمة وللأمة المسلمة، ولم يأت قط في سنة ولا في قرآن تحريم شيء من ذلك، ولا كراهة^(١).

وكان في الآية الثانية: بيان أن الشارع أحل لنا ما وراء ذلك من غير فصل بين حال القدرة على مهر الحررة، وعدمها^(٢).

وكان في الآية الثالثة: بيان أن المسلم إذا استطاب نكاح الأمة جاز له ذلك بظاهر الآية^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال:

ف قيل: إن عموم هذه الآيات وغيرها من العام المخصوص، الذي قد خُصَّ فيه بعض أحكامه، فالعموم متروك من النص في التخصيص^(٤)، بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ...﴾ [الآية [النساء: ٢٥]، وإذا تعارض عام وخاص، قُدِّم الخاص، وبقي العام على عمومه؛ لأن في تقديم الخاص عملاً بكليهما، بخلاف العكس فكان أولى^(٥).

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٤٤٣/٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢٦٧/٢)، أحكام القرآن للجصاص (٢٢٤/٢، ٢٢٣).

(٣) انظر: المبسوط (١٠٩/٥).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٣٢٤/١١).

(٥) انظر: البرهان للجويني (١١٩٣/٢)، الإحكام للأمدني (٣١٨/٢)، المسودة (ص

الدليل الثاني: قالوا: ولأن النكاح عقد مصلحة في الأصل يختص بمحل الحل، والأمة من جملة المحلات للحر، بملك اليمين، ولا يحل بملك اليمين إلا ما يحل بملك النكاح^(١).

ويمكن مناقشة هذا الدليل:

فيقال: إن قولكم: "ولا يحل بملك اليمين إلا ما يحل بملك النكاح" مغالطة ظاهرة، وقياس النكاح على ملك اليمين قياس مع الفارق، فعقد النكاح لا يبيح أكثر من أربع نساء سواء كنَّ حرائر أو إماء^(٢)، وأما ملك اليمين فله أن يتسرّى ما شاء بلا تحديد، ومع ذلك فالنكاح يختلف في شروطه وأحكامه وآثاره على ملك اليمين، وعليه فلا يصح قياس النكاح على ملك اليمين.

الدليل الثالث: قالوا: ولأن القدرة على الشيء لا تكون كوجوده، فوجود نكاح الأخت يمنع من نكاح أختها، أما وجود مهرها لا يمنع من نكاح أختها، فكذاك يقال: إن وجود الحرمة يمنع من نكاح الأمة أما وجود مهرها لا يمنع من نكاح الأمة كما يقوله أصحاب القول الثاني^(٣).

(١) انظر: المبسوط (١٠٩/٥)، بدائع الصنائع (٢٦٧/٢).

(٢) اختلف أهل العلم فيما لو كان الشرطان - عدم الطول وخشية العنت - في الرجل قائمين، فهل له أن ينكح من الإماء أربعاً؟ على قولين عندهم، أصحابهما قول جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والمشهور من مذهب الحنابلة ومذهب الظاهرية، وهو: جواز ذلك خلافاً للشافعية ورواية عند الحنابلة لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ...﴾ ولأنه عادم للطول، خائفٌ للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى، راجع بحث هذه المسألة في كل من المبسوط (١٠٨/٥)، بدائع الصنائع (٢٦٧/٢)، تبين الحقائق (١١١/٢)، فتح القدير (٢/٣٧٩)، المدونة (١٣٥/٢)، شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٢٠/٣)، الفواكه الدوانسي للنفرأوي المالكي (٢١/٢)، الأم (١١/٥)، أسنى المطالب (١٦٠/٣)، شرح المحلى (٢٥١/٣)، الفروع (٢٠٨/٥)، كشف القناع (٨٧/٥)، مطالب أولي النهى (١١٤/٥)، المحلى لابن حزم (٩/٤٤١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٦٧/٢)، رؤوس المسائل للزنجشري (ص ٣٨٧).

ونوقش هذا الاستدلال:

فقيل: إن قياسكم نكاح الأخت على نكاح الأمة ليس صحيحاً، فإن نكاح الأخت إنما حُرِّم لأجل الجمع بينهما في العقد، وبالقدره على الجمع لا يصير جامعاً، والعلة في منع نكاح الأمة هو الغنى عن إرقاق ولده، وذلك يحصل بالقدره على نكاح الحره^(١).

الدليل الرابع: في عدم إعطائه الخيار، قالوا: لأنه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح، ولأنه يتمكن من التخلص منها بالطلاق، فلا حاجة إلى إثبات الخيار له^(٢).

القول الثاني: أن النكاح باطل، ويجب أن يفرَّق بينهما، وهذا مذهب أكثر أهل العلم^(٣)، وبه قال ابن مسعود^(٤)، وابن عباس^(٥)، وجابر بن عبدالله^(٦) من الصحابة رضي الله عنهم، ولا يُعرف لهم مخالف، وبه قال من السلف عامر الشعبي^(٧)، والحسن البصري^(٨)، وسعيد بن جبير^(٩)، وهو قول مالك بن أنس^(١٠)،

(١) انظر: الحاوي الكبير (٣٢٥/١١)، المغني (٥٥٦/٩).

(٢) انظر: المبسوط (٣٠/٥).

(٣) نسبه إلى أكثر أهل العلم ابن عبد البر في الاستذكار وابن قدامة في المغني وقال: وهذا قول عامة العلماء، لا نعلم بينهم اختلافاً فيه، انظر: الاستذكار (٢٣٢/١٦)، والمغني (٥٥٥/٩).

(٤) ذكره السيوطي في الدر المنثور (٤٨٩/٢) وعزاه لابن المنذر عن ابن مسعود، وانظر: الاستذكار (٢٣٤/١٦).

(٥) انظر: الدر المنثور (٤٨٩/٢)، ومصنف عبدالرزاق (٢٦٤/٧)، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٩٠/٥).

(٦) انظر: مصنف عبدالرزاق (٢٦٤/٧)، الاستذكار (٢٣٣/١٦)، وذكره في الدر المنثور (٤٨٩/٢)، وعزاه لابن جرير وابن المنذر عن جابر.

(٧) انظر: الاستذكار (٢٣٤/١٦).

(٨) انظر: الاستذكار (٢٣٤/١٦).

(٩) انظر: الاستذكار (٢٣٤/١٦).

(١٠) انظر: المدونة (١٣٧/٢-١٣٨)، المنتقى للباجي (٣٣٢/٣)، شرح الخرشي (٢٢٠/٣)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢٦٢-٢٦٣/٢).

والشافعي^(١)، وأحمد^(٢)، وإسحاق^(٣)، وأبي ثور^(٤)، وغيرهم كثير^(٥).

وقالوا: فكل من تزوج أمة وقد اجتمع في حقه الشرطان اللذان ذكرهما الله تعالى في هذه الآية: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً...﴾ وهما: الطول، وعدم العنت، فإن زواجه باطل ويجب التفريق بينهما.

وأدلة أصحاب هذا القول:

الدليل الأول: قول الله -تبارك وتعالى-: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمَنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ...﴾ إلى أن قال تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ...﴾ [النساء: ٢٥].

وجه الدلالة من الآية:

قالوا: فشرط سبحانه في إباحة نكاح الإماء عدم الطول، وخشية العنت، وإذا كان هذان المعنيان شرطين في الإباحة لم يجز له ذلك مع عدمهما^(٦).

(١) انظر: الأم (١٠/٥)، أسنى المطالب (١٥٧/٣) وما بعدها، شرح المحلي مع حاشية قليوبي (٢٤٨/٣) وما بعدها، مغني المحتاج (٣٠٢/٤).

(٢) انظر: الفروع (٢٠٧/٥)، المغني (٥٥٥/٩)، كشف القناع (٨٥/٥)، مطالب أولي النهى (١١٣/٥).

(٣) انظر: الاستذكار (٢٣٢/١٦)، المغني (٥٥٥/٩).

(٤) انظر: الاستذكار (٢٣٢/١٦).

(٥) انظر: الاستذكار (٢٣٣/١٦)، مصنف عبدالرزاق (٢٦٣/٧)، المغني (٥٥٥/٩)، ونسبه الباجي في المنتقى (٣٣٢/٣) إلى عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، والعلم عند الله.

(٦) انظر: أحكام القرآن للشافعي (١٨٨/١) ط. الكتب العلمية، وأحكام القرآن لابن العربي (٣٩٢/١)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٩٠/٥-٩١)، المنتقى للبايجي (٣٣٢/٣)، المغني (٥٥٦/٩).

ونوقش هذا الاستدلال من قبل أصحاب القول الأول:

فقالوا: ليس في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ..﴾ الآية، إلا إباحة نكاح الإماء لمن كانت هذه حاله، وهذا لا ينفي الإباحة عند وجود الطول، فالتعليق بالشرط يقتضي الوجود عن وجود الشرط ولا يقتضي العدم عند عدمه^(١)، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ..﴾ [النساء: ٣١]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا..﴾ [آل عمران: ١٣٠]، فإنه ليس فيها ما يدل على إباحة القتل عند زوال الخوف من الإملاق في الآية الأولى، أو إباحة الربا إذا لم يكن أضغافاً مضاعفة في الآية الثانية^(٢)، وهذا هو دليل الخطاب^(٣) الذي نازعناكم فيه ولا نقول به.

أجاب أصحاب القول الثاني على هذه المناقشة بما يلي:

١- إنا نقول: دليل الخطاب أصل من أصولنا^(٤)، وقد عمل به أصحاب النبي ﷺ كما في قصة يعلى بن أمية حينما قال لعمر بن الخطاب: إن الله يقول: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ..﴾ [النساء: ١٠١]، فقد أمن الناس؟

(١) انظر: أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (٢/٢٢٣) ط. دار الفكر، بدائع الصنائع (٢/٢٦٨)، المحلى لابن حزم (٩/٤٤٣).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/٢٢٣)، بدائع الصنائع (٢/٢٦٨).

(٣) دليل الخطاب هو مفهوم المخالفة عند الأصوليين وهو: أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق في الحكم إثباتاً ونفياً، وسمي دليل الخطاب؛ لأن دليبه من جنس الخطاب، أو لأن الخطاب دالٌّ عليه. انظر: إرشاد الفحول (ص ١٧٩)، والمستصفي (٢/١٩١).

(٤) انظر: بحث هذه المسألة ومخالفة الأحناف لجمهور أهل العلم وأدلة كل فريق في كل من المستصفي (٢/١٩١)، الإحكام للآمدي (٣/٦٩)، البرهان للجويني (١/٤٤٩)، إرشاد الفحول للشوكاني (ص ١٧٩)، شرح الكوكب المنير (٣/٤٨٩).

فقال: عجبتُ مما عجبَتَ منه، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: (صدقة تصدق الله بها عليكم، فاقبلوا صدقته)^(١)، وكذا فهمهم لهذه الآية بما قلناه. فهؤلاء الخلفاء والصحابة وهم أعيان الفصحاء قد فهموا تخصيص الحكم المعلق على الشرط بوصف الشرط^(٢).

٢- ثم إن قولهم: ليس في الآية ما يدل على منع النكاح عند وجود الطول "ليس بصحيح؛ لأن الله عز وجل قد شرط عدم الاستطاعة في مواضع من كتابه، فلم يختلفوا أن ذلك لا يجوز إلا على شرط الله تعالى، مثل قوله سبحانه في آية الظهار: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] فلم يختلفوا أن الإطعام لا يجوز لمستطيع الصيام، وكذلك قوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ..﴾ [النساء: ٩٢] في القتل، وفي كفارة اليمين: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ...﴾ [المائدة: ٨٩]، فلم يختلف علماء المسلمين في أن ذلك لا يجوز إلا لمن لم يجد ما ذكر الله وجوده في الآيتين^(٣)، يبين ذلك البند الثالث.

٣- إن هذه الآية ليست مسوقة مساق دليل الخطاب، وإنما هي مسوقة مساق الإبدال والرخصة، فقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ..﴾ قد قرنه بالقدرة التي ربب عليها الإبدال في الشريعة، وأدخلها في بابها بعبارتها ومعناها^(٤).

الدليل الثاني: قالوا: ولأن الآية سيقت مساق الرخص، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ..﴾، وقوله: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا..﴾ فكان جواز نكاح الإماء في الأصل ثبت بطريق الضرورة لم يتضمن نكاحهن من إرقاق

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب: صلاة المسافرين وقصرها (٤٧٨/١) رقم (٦٨٦).

(٢) انظر: المحصول في أصول الفقه لأبي بكر ابن العربي (ص ١٠٥) ط. دار البيارق، المستصفي (٢/١٩٤)، إرشاد الفحول (ص ١٧٩)، الإحكام للآمدي (٣/٦٩).

(٣) انظر: الاستذكار (٢٣٨/١٦)، المنتقى (٣/٣٣٣)، أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٩٢).

(٤) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٩٢)، المنتقى للبايجي (٣/٣٣٣).

الولد، مع الغنى عنه، فلم يجز، كما لو كان تحت حُرّة، فوجب أن تُلحق الآية بالرخص التي تكون مقرونة بأحوال الحاجة وأوقاتها، ولا يُسترسل في الجواز استرسال العزائم^(١).

ونوقش هذا الاستدلال:

فقيل:

١- قولهم إن الآية إنما سيقّت مساق الرخصة ليس بصحيح، وإنما سيقّت لبيان الجواز، فهي أصلٌ في جواز نكاح الأمة مطلقاً؛ لأن النكاح يختص بمحل الحل، والأمة من جملة المحلات في حق الحر^(٢).

٢- قولهم: "إن في تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه...":

جوابه: هذا صحيح، ولكن هذا لا يمنع النكاح بها بل يكره، بدليل أن نكاح الأمة مع طول الحرّة في حق العبد جائز بالإجماع، وإن كان نكاحها مباشرة سبب حدوث الرق^(٣).

وأجيب على هذه المناقشة:

فقيل: ١- إن (مَنْ) في الآية كلمة شرط، وإذا وقع شرطٌ مقرون بقدره فهو نصٌّ في البدلية والرخصة، لا الجواز كما في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤].

٢- إن قياسكم الحر على العبد في نكاح الأمة مع استرقاق الولد فيه نظر، إذ لا عار على العبد في استرقاق ولده؛ لأنه مثله، ولهذا جاز أن لا يعتبر فيه خوف العنت، بخلاف الحر، فإن عليه عاراً في استرقاق ولده^(٤).

(١) انظر: المغني (٥٥٦/٩)، الحاوي الكبير (٣٢٣/١١)، أحكام القرآن لابن العربي (٣٩٢/١، ٣٩١).

(٢) انظر: المبسوط (١٠٩/٥)، أحكام القرآن للجصاص (٢٢٣/٢)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٩١/٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٦٨/٢)، المبسوط (١٠٩/٥).

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٣٢٥/١١).

الدليل الثالث: قالوا: ولأنه قول من سمينا من الصحابة رضي الله عنهم، ولا يُعرف لهم مخالف، وفَهْمُهُم للقرآن أولى من فهم غيرهم لأنهم أقرب إلى الصواب، وأبعد عن الخطأ؛ لأنهم حضروا التنزيل، وسمعوا الوحي وكلام الرسول ﷺ، فهم أعلم بالتأويل من غيرهم^(١).

قال جابر بن عبد الله ﷺ: "من وجد صداق حُرّة فلا ينكح أمة"^(٢).
وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: "ليس لأحد من الأحرار أن ينكح أمة إلا أن لا يقدر على حُرّة، وهو يخشى العنت."^(٣).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الثاني؛ لقوة أدلتهم ورجحانها، وضعف ومناقشة أدلة المخالفين.

الفرع الثاني

إذا كان مما يحل له نكاح الإماء

إذا كان الرجل مما يحل له نكاح الإماء؛ بأن كان عادماً الطول، ويخشى على نفسه العنت، فتزوج امرأة على أنها حرة، وقد رضيت بتأخير المهر، فغرّ وكيل

(١) انظر: أصول مذهب الإمام أحمد، للدكتور عبد الله التركي (ص ٤٤١) ط. مؤسسة الرسالة.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧٤/٧)، وسنده حسن لأجل أبي الزبير المكي، وابن جريج قد صرح بالسماع فانتفى تدليس.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٧٣/٧) من طريق علي بن أبي طلحة عن ابن عباس، وعلي ابن أبي طلحة لم يسمع من ابن عباس ولا رآه كما يقوله أحمد بن حنبل والمزي وابن حبان.

انظر: تهذيب التهذيب (١٧١/٣)، ومع الانقطاع في هذا الإسناد بين علي وابن عباس، فقد ذهب بعض أهل العلم إلى تصحيح رواية علي بن أبي طلحة عن ابن عباس للعلم بالواسطة الذي بينهما وهو مجاهد، وهو ثقة ثبت. انظر: فتح الباري (٥٦١/٨)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣/١٨٦)، والناسخ والمنسوخ لأبي جعفر النحاس (٤٦١/١).

الزوجة الزوج، أو غرته هي، فتزوجها على ذلك، فلما وطئها وأولدها أولاداً، علم أنها أمة^(١)، فما حكم نكاحه؟، وما حكم أولاده من حيث الحرية والرق؟ في هذا الفرع مسألتان:

المسألة الأولى: حكم النكاح:

اختلف أهل العلم -رحمهم الله- هل النكاح حينئذٍ يفسد لأجل الغرور بالزوج وغشه؟ أو لا؟ على قولين عندهم:

القول الأول: أن النكاح لا يفسد بالغرور، وهذا مذهب جماهير أهل العلم من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والأصح عند الشافعية^(٤)، والمذهب عند الحنابلة^(٥).

حجة هذا القول:

١- قالوا: لأن المعقود عليه في النكاح شخص دون الصفات، فلا يؤثر عدمها في صحته، كما لو قال: زوجتك هذه البيضاء، فإذا هي سوداء، أو هذه الحسنة فإذا هي شوهاء^(٦).

(١) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٦٤/١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٢٠/٢)، مجمع الضمانات (ص ٣٥٤)، التجريد للقدوري، مخطوط دار الكتب (٨٠٣ - فقه حنفي ج ٢ ق ١) نقلاً من مبدأ الرضا في العقود (١/٦٦٤)، المبسوط (١١٨، ٣٠/٥)، وانظر: الاستذكار لابن عبد البر (١٩٤/٢٢).

(٣) انظر: الاستذكار (١٩٣/٢٢)، الذخيرة للقرافي (٤/٤٣٥)، المنتقى للباجي (١٥/٦).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٤/٣٨٤)، وتكملة المجموع (١٦/٢٨٧-٢٨٨)، روضة الطالبين (٧/١٨٣)، حلية العلماء في مذاهب الفقهاء للشاشي (٦/٤١٥).

(٥) انظر: المغني (٩/٤٤٠)، الإنصاف (٢٠/٤٣٣)، كشف القناع (٥/٩٩)، شرح منتهى الإيرادات (٣/٤٤٤).

(٦) انظر: المغني (٩/٤٤٠)، الذخيرة (٤/٤٣٥)، تكملة المجموع (١٦/٢٨٧-٢٨٨).

٢- قالوا: ولأن الخُلْف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة، فالنكاح أولى^(١).

القول الثاني: أن النكاح يفسد بالغرور في الشرط.

وهذا القول أحد القولين عند الشافعية^(٢)، وهو ظاهر مذهب ابن حزم^(٣).

حجة هذا القول:

قالوا: لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج؛ ولأن الحرية غير الرق، ولأن النكاح يعتمد الصفات، فتبدلها كتبدل المرأة نفسها، أشبه ما لو قال: بعتك هذا الفرس، فإذا هو حمار^(٤).

ونوقش هذا الدليل:

فقيل: ١- إن الاختلاف في الصفات لا يوجب فساد العقد؛ لأن المعقود عليه في النكاح هو الشخص دون الصفات، فلا يؤثر عدمها في صحته؛ ولأنه عاقد عليها باسمها وربما رؤيتها، فكونها بانت على غير الصفة المشروطة لا يجعلها غير التي عقد عليها^(٥).

٢- ثم إن البيع لا يفسد بخُلْف الصفة مع تأثره بالشروط الفاسدة، فالنكاح أولى^(٦).

(١) انظر: مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٦٦/٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٨٣/٧)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، تكملة المجموع (٢٨٧/١٦)، أسنى الطالب (١٧٨/٣).

(٣) انظر: المحلى بالآثار (١١٥/١٠).

(٤) انظر: المحلى بالآثار (١١٥/١٠) مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، المغني (٤٤٠/٩).

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي (٤٣٥/٤)، أسنى الطالب (١٧٨/٣)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٦٦/٣)، المغني (٤٤٠/٩).

(٦) انظر: أسنى الطالب (٢٦٦/٣)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٦٦/٣)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، المغني (٤٤٠/٩).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول لقوة أدلتهم وضعف ومناقشة أدلة القول الآخر.

إذا ثبت هذا؛ فإذا كان تزويج الأمة بإذن سيدها، وكانت شرائط النكاح مجتمعة، فهل للزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح؟ أو ليس له ذلك، بل إما أن يمسك وإما أن يطلق؟، على قولين عند القائلين بصحة النكاح:

القول الأول: لا خيار له، وهذا مذهب الحنفية^(١)، وقول عند الشافعية^(٢).

حجتهم:

قالوا: لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة^(٣)، ولأنه يتمكن من التخلص منها بالطلاق، فلا حاجة إلى إثبات الخيار^(٤).

ونوقش هذا التعليل:

فقيل: ١- قولهم: "إن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة...":
فجوابه أن يقال:

(أ) إن تخصيص الكفاءة للنساء دون الرجال، أمرٌ يحتاج إلى دليل صحيح صريح، وما ذكره من أدلة لا يُعوّل عليها؛ لأن الأصل أن النساء شقائق الرجال.

(ب) ولو سُلمَّ جدلاً باختصاص النساء في الكفاءة، فإن إثبات الخيار إنما هو لأجل الضرر الحاصل في استرقاق ولده، وهذا أعظم من فقد الكفاءة^(٥).

٢- قولهم: "ولأنه يتمكن من التخلص منها بالطلاق...".

(١) انظر: المبسوط (٥/٣٠، ١١٨)، بدائع الصنائع (٢/٣٢٠)، رد المحتار (٣/٦٥٤).

(٢) انظر: المهذب مع تكملة المجموع (١٦/٢٨٨)، مغني المحتاج (٤/٣٤٨)، الحاوي الكبير (١١/٤٨١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/٢٦٦).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/٣٢١).

(٤) انظر: المبسوط (٥/٣٠)، مغني المحتاج (٤/٣٤٨)، تكملة المجموع (١٦/٢٨٨)، المغني (٩/٤٤٧).

(٥) انظر: المغني (٩/٤٤٧).

فجوابه: إن إمكانية وقوع الطلاق منه لا يندفع به الضرر الحاصل بفوات شرطه، إذ إن وقوع الطلاق يُسقط نصف المسمى، والفسخ يُسقط جميعه، فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها^(١).

القول الثاني: أن للزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح، وهذا مذهب جماهير أهل العلم من المالكية^(٢)، والأصح عند الشافعية^(٣)، وهو مذهب الحنابلة^(٤).

وحجتهم:

الدليل الأول: قالوا: لأنه عقد غرّ فيه أحد الزوجين بحرية الآخر، فثبت له الخيار كالآخر^(٥).

ونوقش هذا التعليل:

فقيل: إن الكفاءة إنما تعتبر في جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال لأمرين:

(أ) لأن النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة.

(ب) ولأن المعنى الذي شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم لأن المرأة هي التي تستنكف لا الرجل؛ لأنها هي المستفرشة^(٦).

(١) انظر: المغني (٤٤٧/٩)، وراجع صفحة (٤٧٧) من هذا الكتاب.

(٢) انظر: المدونة (١٣٩/٢)، شرح الخرشي (٢٣٩/٣)، الشرح الكبير للدردير (٢٨١/٢)، مواهب الجليل (١٥٠/٥-١٥١).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، روضة الطالبين (١٨٤/٧)، الوجيز للغزالي (١٨/٢).

(٤) انظر: المغني (٤٤٦/٩)، كشاف القناع (٩٩/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٤/٣)، الإنصاف (٤٣٣/٢٠).

(٥) انظر: المغني (٤٤٧/٩).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣٢٠/٢).

وأجيب على هذه المناقشة:

فقيل: سبق أن ذكرنا أنّ تخصيص الكفاءة للنساء دون الرجال أمرٌ يحتاج إلى دليل صحيح صريح، وما ذكروه من أدلة لا يُعوّل عليها؛ لأن الأصل أن النساء شقائق الرجال.

ولو سلّم جدلاً باختصاص النساء في الكفاءة، فإن إثبات الخيار إنما هو لأجل الضرر الحاصل في استرقاق ولده، وهذا أعظم من فقد الكفاءة^(١).

الدليل الثاني: ولأن الزوج شرط صفة مقصودة له، وهو لم يرض بالزوجة إلا بهذه الصفة، فثبت له الخيار بفواتها^(٢)، ولأن الصفات مقصودة كالعين، فكما أن الصفات إذا اختلفت في البيع يثبت له الخيار فالنكاح أولى لقول النبي ﷺ: (إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)^(٣).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني القاضي بثبوت الخيار للزوج، لقوة تعليلهم ورجاحتها وضعف ومناقشة أدلة المخالفين.

المسألة الثانية: حكم أولاد المغرور من حيث الحرية والرق:

إذا تزوج رجل امرأة على أنها حرة، وقد غرّته أو غرّه وليها، أو وكيله فولدت منه ثم علم بعد ذلك باستحقاقها، فإن أولاده منها أحرار، وهذا مما لا خلاف فيه بين أهل العلم^(٤).

(١) انظر: المغني (٤٤٧/٩).

(٢) انظر: تكملة المجموع (٢٩٠/١٦)، شرح منتهى الإرادات (٤٤/٣).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، التجريد للقدوري، مخطوط دار الكتب (٨٠٣) - فقه حنفي، ج ٢

ق (١)، الاستذكار (١٩٥/٢٢)، المغني (٤٤١/٩)، وانظر: مجمع الضمانات (ص ٣٥٤)، والتاج

والإكليل (١٦٢/٥)، المنتقى للبايجي (١٥/٦)، ومواهب الجليل (١٦٢/٥)، الحاوي الكبير

(٤٨٠/١١)، كشف القناع (٩٩/٥).

ودليل ذلك:

١- إجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك، كما قضى بذلك عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما في ذلك.

أ- فعن طاوس قال: قال لي عمر بن الخطاب: اعقل عني ثلاثاً: الإمارة شورى، وفي فداء العرب مكان كلِّ عبدٍ عبدٌ، وفي ابن الأمة عبد، وكنتم ابن طاوس الثالثة^(١).

ب- وقال قتادة: قضى عثمان في أولاد الأمة التي غرّت الزوج في حرّيتها مكان كلِّ عبدٍ عبد، ومكان كلِّ جارية جاريّتان^(٢). ولم يخالفهما أحد فصار لشهرته وانتشاره إجماعاً^(٣).

قال أبو عمر بن عبد البر - رحمه الله - : "بإجماعهم أنّ كل أمة تلد من غير سيدها فولدها بمنزلتها، فالقياس على ذلك أن يكون الولد مملوكاً، إلا أنه لا مدخل للقياس فيما يخالف فيه السلف، فاتّباعهم خيرٌ من الابتداء"^(٤).

وقال الطحاوي - رحمه الله - : "القياس أن يكون الولد مملوكين، إلا إنهم تركوا القياس باتفاق الصحابة على أنهم أحرار على الأب قيمتهم"^(٥).

الدليل الثاني: قالوا: ولأن الاستيلاء حصل بناءً على ظاهر النكاح إذ لا علم للمستولد بحقيقة الحال، فكان مستحقاً للنظر، ولأنه اعتقد حرّيتها فكان أولاده

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٢٧٨/٧) من طريق معمر بن راشد عن عبدالله بن طاوس عن أبيه وهذا سند صحيح، رجاله ثقات لم يوصف واحد منهم بتدليس.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٢٧٨/٧)، وقاتادة لم يسمع من عثمان رضي الله عنه، قال الإمام أحمد: ما أعلم قاتادة سمع من أحد من أصحاب النبي ﷺ، انظر: جامع التحصيل (ص ٢٥٥)، وعلى هذا فالأثر إسناده منقطع.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، المغني (٤٤١/٩).

(٤) انظر: الاستذكار (١٩٥/٢٢).

(٥) انظر: الاستذكار (١٩٥/٢٢).

أحراراً؛ لاعتقاده ما يقتضي حرّيتهم، كما لو اشترى أمة يظنها ملكاً لبائعها، فبانت مغصوبة بعد أن أولدها^(١).

إذا ثبت هذا، فإن على الزوج فداء أولاده من صاحبها، وهذا ما عليه عامة أهل العلم، كذا قضى عمر، وعثمان، وروي عن علي^(٢)، وابن عباس^(٣)، وغيرهم، وهو قول الأحناف^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧)، وغيرهم^(٨)، وفي رواية عند الإمام أحمد^(٩)، أنه ليس على الأب فداؤهم لأن الولد ينعقد حرّاً الأصل، فلم يضمنه لسيد الأمة، لأنه لم يملكه^(١٠)، والصحيح هو قول عامة أهل العلم، ويرجع الزوج بالقيمة على مَنْ غرّه؛ لأن الغارّ قد ألجأه إلى التزام قيمة الأولاد بهذه الإصابة، ولولاه لما لزم الزوج القيمة فجرى مجرى الشاهدين، إذا ألزمهما بشهادتهما غرماً ثم رجعا، لزمهما غرم ما استهلك بشهادتهما^(١١)، والله أعلم.



- (١) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، المغني (٤٤١/٩)، مغني المحتاج (٣٥٠/٤)، كشاف القناع (١٠٠/٥).
- (٢) انظر: المغني (٤٤١/٩)، والتجريد للقدوري (مخطوط ٨٠٣ - فقه حنفي ج ٢ ق ١) دار الكتب نقلاً من كتاب مبدأ الرضا في العقود للدكتور محي القره داغي (١/٦٦٤).
- (٣) انظر: المغني (٤٤١/٩).
- (٤) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، مجمع الضمانات (ص ٣٥٤).
- (٥) انظر: المنتقى للبايجي (١٥/٦)، الاستذكار (١٩١/٢٢)، شرح الخرشي (٢٣٩/٣).
- (٦) انظر: الحاوي الكبير (٤٨٠/١١)، تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، مغني المحتاج (٣٥٠/٤).
- (٧) انظر: المغني (٤٤١/٩)، الإنصاف (٤٣٤/٢٠)، كشاف القناع (١٠٠/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٤/٣).
- (٨) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٦٤/١)، المصنف لعبدالرزاق (٢٧٧/٧-٢٨٠)، الاستذكار (١٩١/٢٢).
- (٩) انظر: المغني (٤٤١/٩)، الإنصاف (٤٣٤/٢٠).
- (١٠) انظر: المغني (٤٤١/٩).
- (١١) انظر: الحاوي الكبير (٤٧٣/١١)، تكملة المجموع (٢٧٥، ٢٨٨/١٦).

المطلب الرابع

غش العبد فيما إذا تزوج أمةً يعتقدها حرة وأثره على العقد

إذا تزوج العبدُ امرأةً واشترط حريتها، فغرّته أو غرّه سيدها أو وكيله بذلك، فولدت منه ثم استحققت، فما حكم نكاحه؟، وهل يثبت له الخيار أو لا؟ وما حكم أولاده في الحرية أو الرق؟.

اختلف أهل العلم في صحة نكاح العبد إذا كان مغروراً على قولين. وقد تقدّم بحث هذه المسألة مستفيضاً بأدلة كل فريق ومناقشتها في المسألة الأولى من المطلب الثالث من هذا الفصل^(١)، وعرفنا هناك أن الراجح صحة النكاح بالغرور.

وهل يثبت للعبد الخيار لأجل التغيرير أو لا؟ على قولين:

القول الأول: أنه لا خيار له:

وهذا مذهب الحنفية^(٢)، والمذهب عند الشافعية^(٣).

حجتهم:

١- قالوا: لأنه يتمكن من التخلّص منها بالطلاق، فلا حاجة إلى إثبات الخيار^(٤).

٢- ولأنه مثلها ومساوٍ لها في الرّق، فلا يلحقه عارٌ كما في الحرّ^(٥).

(١) انظر: راجع صفحة ٥٠٠ من هذا الكتاب.

(٢) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، بدائع الصنائع (٣٢٠/٢-٣٢١).

(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي وقال: فلا خيار على المذهب (١٨٥/٧)، وقال أبو إسحاق المروري: "إن كان الزوج عبداً فلا خيار له قولاً واحداً.. أي في مذهب الشافعي، والصحيح أن في

المسألة خلافاً، وانظر تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، الحاوي الكبير (٤٨١/١١).

(٤) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤).

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٤٨١/١١)، تكملة المجموع (٢٨٨/١٦).

مناقشة هذه الحجج:

قيل: (أ) قولكم: "ولأنه يتمكن من التخلص منها بالطلاق... " قد سبق الردّ عليه فلا حاجة لتكراره^(١).

(ب) وأما قولكم: "إنه مثله ومساوٍ لها فلا يلحقه عار...". فجوابه: أن يقال لا فرق في ثبوت الخيار للمغرور بين أن يكون حرّاً أو عبداً؛ لأن عليه ضرراً لم يرضَ به، وهو استرقاق ولده منها، وعدم الاستمتاع بها في النهار، وكونه مساوٍ لها في الرّق لا يمنع من ثبوت الخيار له لتحققه من وجوه أخرى غير العار^(٢).

القول الثاني: أنّ للعبد الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح، وهذا مذهب المالكية^(٣)، وقول عند الشافعية رجحه أبو إسحاق الشيرازي، وقال: "والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حرّاً أو عبداً..."^(٤)، وهو مذهب الحنابلة^(٥).
حجة هذا القول:

قالوا: لأن الزوج - العبد - شرط صفة مقصودة له، وهو لم يرضَ بالزوجة إلا بهذه الصفة، فثبت له الخيار بفواتها^(٦).
ولأن عليه ضرراً، لم يرضَ به، وهو استرقاق ولده منها، وعدم الاستمتاع بها في النهار^(٧).

(١) راجع صفحة ٥٠٢ من هذا الكتاب.

(٢) انظر: تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، الحاوي الكبير (٤٨١/١١)، المغني (٤٥٠/٩).

(٣) انظر: شرح الخرشي (٢٤٠/٣)، الشرح الكبير للدردير (٢٨١/٢)، مواهب الجليل (١٥١/٥) - (١٥٢).

(٤) تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، وانظر: الحاوي الكبير (٤٨١/١١)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤).

(٥) انظر: المغني (٤٤١/٩ - ٤٥٠)، الإنصاف (٤٤٤/٢٠)، كشاف القناع (١٠١ - ١٠٠/٥).

(٦) انظر: تكملة المجموع (٢٩٠/١٦)، كشاف القناع (١٠١ - ١٠٠/٥).

(٧) انظر: تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، الحاوي الكبير (٤٨١/١١)، المغني (٤٥٠/٩).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الثاني لقوة تعليلهم وضعف ومناقشة أدلة المخالفين^(١).

مسألة

ما حكم أولاده من حيث الحرية والرق ؟ على قولين عند أهل العلم:
 القول الأول: أن أولاده يكونون أرقاء، وهذا مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف من الحنفية^(٢)، ومذهب المالكية عند الأكثرين^(٣).

حجتهم:

الدليل الأول: قالوا: لأن القياس أن يكون الولد ملك المستحق؛ لأن الجارية ملك لسيدها، فتبين أن الولد حدث على ملكه، والولد يتبع الأم في الحرية والرق، إلا أن القياس ترك فيما لو غرَّ الحر بحرية أمة، لأن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على حرية ولد المغرور الحر، فبقي الأمر في غيره على الأصل، وهو أن الولد يتبع أمه في الحرية والرق^(٤).

ونوقش هذا الدليل:

فقيل: إن الصحابة رضي الله عنهم إنما قضوا بحرية الولد؛ لأن الزوج وطئها معتقداً حرّيتها، فكان ولده حرّاً، فكذلك العبد إنما وطئها معتقداً حرّيتها، وهذه هي

(١) راجع صفحة (٥٠٣) من هذا الكتاب ففيه بعض الأدلة التي لم نوردتها اختصاراً.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، المبسوط (١٢٠/٥)، العناية شرح الهداية (٢٥٢/٧)، رد المحتار (٦٥٤/٣).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي (٢٨٨/٢)، التاج والإكليل (١٦٢/٥)، عقد الجواهر الثمينة (٧٦/٢)، شرح الخرشي (٢٤٦/٣).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، المبسوط (١٢٠/٥)، التاج والإكليل (١٦٢/٥).

العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق، ولولا ذلك لكان رقيقاً، فإن علة رق الولد رقُّ الأم خاصة، ولا عبرة بحال الأب، بدليل ولد الحر من الأمة، وولد الحرّة من العبد^(١).

الدليل الثاني: قالوا: ولأن الولد رقه متعين على كل حال؛ لأنه لا بد أن يتبع أحد أبويه، فإذا كان الولد مخلوقاً من ماء رقيقين، فإن الولد حينئذ يكون رقيقاً، ولا تثبت حرّيته من غير عتق^(٢).

ونوقش هذا التعليل:

فقليل: إن السبب الموجب لحرية الولد إنما هو الغرور واشتراط الحرية فيها عند عقد النكاح، وهذا يتحقق من الرقيق كما يتحقق من الحر، ولا علاقة في الحرية هنا بالأبوين، كما أفتى بذلك الصحابة رضي الله عنهم^(٣).

الدليل الثالث: ولأن العبد المغرور على تقدير لو أعطى قيمة ولده كالحر كان الولد معه رقاً لسيدته ولا يعتق عليه؛ لأن العبد لا يغرم قيمة أولاده لعدم ملكه. وإن لم يُعط العبد القيمة، كان الولد رقاً لسيد أمه، فرقبته متعينة على كل حال مع أحد الأبوين^(٤).

ونوقش هذا التعليل:

فقليل: إن حرية الولد ثابتة في الحال من طريق الحكم، كما أفتى بذلك الصحابة رضي الله عنهم في ولد المغرور أنه حر من حين علم المغرور بذلك، ولا علاقة بين الحرية ودفع القيمة لسيد الأمة، غير أن العبد يغرم قيمة أولاده، ويفديهم إذا عتق،

(١) انظر: المبسوط (١٢٠/٥)، المغني (٤٥٠/٩).

(٢) انظر: المبسوط (١٢٠/٥)، حاشية الدسوقي (٢٨٨/٢).

(٣) انظر: المبسوط (١٢٠/٥)، المغني (٤٥٠/٩).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٢٨٨/٢)، شرح الخرشي (٢٤٦/٣)، عقد الجواهر الثمينة (٧٦/٢).

لتعلق الفداء بذمته لأنه فوت رفقهم باعتقاده الحرية، ولا مال له في الحال، فتعلق الفداء بذمته، ويرجع العبد بالفداء على مَنْ غَرَّه، كما لو أمر إنساناً عبداً بإتلاف مال غيره مغرراً به بأن المال له، فإن أغرم المالك العبد، فإنه يرجع على مَنْ غَرَّه وهو الأمر^(١).

أجاب أصحاب هذا القول على هذه المناقشة:

فقالوا: إن في فداء الأب أو لآدَه بعد عتقه فيه ضرر على المستحق في الحال، وهذا ليس في معنى المنصوص عن الصحابة، فوجب الرجوع فيه إلى الأصل، وهو أن الرقيق تبع لأُمَّه^(٢).

واعترض على هذه الإجابة:

فقيل: لا ضرر على المستحق أصلاً؛ لأنه لو أراد قيمة الفداء، فله مطالبة الغار ابتداءً من غير أن يطالب العبد، لاستقرار الضمان عليه^(٣).

القول الثاني: أن أولاد العبد المغرور أحراراً، وهذا مذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وقول عند بعض المالكية^(٦).

حجتهم:

١ - قالوا: لأن العبد وطئها معتقداً حرّيتها، فكان ولده حرّاً، كولد الحر، وهذه

(١) انظر: المغني (٤٥٠/٩)، الاستذكار (١٩١/٢٠)، مغني المحتاج (٣٥٠/٤)، كشف القناع (١٠١/٥).

(٢) انظر: المبسوط (١٢١/٥).

(٣) انظر: كشف القناع (١٠١/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٥/٣).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٤٨١/١١)، تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، مغني المحتاج (٣٥٠/٤).

(٥) انظر: المغني (٤٤٩/٩-٤٥٠)، كشف القناع (١٠١/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٥/٣)، الإنصاف (٤٤٤/٢٠).

(٦) انظر: حاشية الدسوقي (٢٨٨/٢)، عقد الجواهر الثمينة (٧٧/٢).

هي العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق، ولولا ذلك لكان رقيقاً^(١).

٢- قالوا: ولأن الأصل أن الولد يتبع أمه في الحرية والرق، وقد سقط اعتبار رقبها في حق الولد عند اشتراط الحرية إذا كان الزوج حرّاً فكذلك إذا كان الزوج عبداً؛ لأن الشرط يُجعل كالمحقق^(٢).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ لقوة تعليلهم ووجهته وضعف ومناقشة أدلة المخالفين.

* * *

(١) انظر: المغني (٩/٤٥٠)، مغني المحتاج (٤/٣٥٠)، كشاف القناع (٥/١٠١)، شرح منتهى

الإرادات (٣/٤٥).

(٢) انظر: المبسوط (٥/١٢٠).

المطلب الخامس

غش الزوج في نكاح التحليل وأثره على العقد

تمهيد:

نكاح التحليل هو أن يتزوج الرجل المطلقة ثلاثاً بشرط في العقد نفسه، أنه متى أحلها لزوجها الأول بالجماع طلقها^(١).

ولا خلاف بين الأئمة - رحمهم الله - أنه متى ما تزوج رجلً مطلقةً ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يحلها لزوجها الأول، أن ذلك محرم وأنه داخل تحت اللعنة المنصوص عليها في قول النبي ﷺ: (لعن الله المحلل والمحلل له)^(٢).

(١) وهذا التعريف هو الذي اتفق أئمة المذاهب على أنه داخل في نكاح التحليل المنهي عنه في الأحاديث النبوية، وزاد بعضهم في التعريف قيوداً وشروطاً حسب اختلافهم في بعض الصور، هل هي داخلية في نكاح التحليل أو لا؟ انظر: الأم للشافعي (٨٦/٥) شرح حدود ابن عرفة (٢٥٠/١)، المحلى لابن حزم (١٨١/١٠)، بريقة محمودية لمحمد الخادمي الحنفي (١٧٢/٤) ط. إحياء الكتب العربية، وكشاف القناع (٩٤/٥).

(٢) هذا حديث صحيح رواه جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، منهم: ابن مسعود وأبو هريرة وعقبة بن عامر وغيرهم:

١- أما حديث ابن مسعود: فقد أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب النكاح، باب: ما جاء في المحلل والمحلل له (٤٢٨/٣) رقم (١١٢٠)، والنسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب: إحلل المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ (١٤٩/٦) رقم (٣٤١٦)، وأحمد في المسند (٤٤٨/١ و٤٦٢) والحديث قال فيه الترمذي: "حديث حسن صحيح"، وقال الحافظ في التلخيص (١٩٤/٣): "وصححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري".

٢- حديث أبي هريرة: أخرجه الإمام أحمد في المسند (٣٢٣/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٠٨/٧)، وهذا الحديث حسنه البخاري كما في التلخيص الحبير (١٩٥/٣)، وابن تيمية كما في "بيان الدليل على بطلان التحليل" (ص ٣٩٦).

وقال أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله - : "واتفق على تحريم ذلك أصحاب رسول الله ﷺ والتابعون لهم بإحسان" (١)(٢).

ثم اختلفوا في بعض مسائل التحليل مثل : شرط التحليل في عقد النكاح ، هل يقتضي فساد النكاح ؟ أم هل يقتضي صحة النكاح مع الإثم ؟ .

فقال أبو حنيفة : النكاح يصح (٣) ؛ لأن عمومات النكاح تقتضي الجواز من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال ، أولاً ، فكان النكاح بهذا الشرط نكاحاً صحيحاً فيدخل تحت قوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] فتنتهي الحرمة عند وجوده (٤) ؛ ولأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا الشرط وراء ما يتم به العقد ، فأكثر ما فيه أنه شرط فاسد ، ثم النهي عن هذا الشرط لمعنى في غير النكاح ، وذلك لا يؤثر في النكاح (٥).

٣- وحديث عقبة بن عامر : بلفظ "ألا أنبئكم بالتيس المستعار؟" ، قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : "هو المحلل ، لعن الله المحلل ، والمحلل له" أخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح ، باب المحلل والمحلل له (١/٦٢٢) رقم (١٩٣٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٢٠٨) ، وهذا الحديث استنكره البخاري ، وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بأن الصواب أن الحديث مرسل ، وحسنه ابن تيمية في بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٣٩٩).

(١) الفتاوى الكبرى (٣/٩٥) ط. الكتب العلمية.

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٣/١٨٧) ، حاشية ابن عابدين (٣/٤١٤) ، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/٣٨٦) ، الاستذكار (١٦/١٥٧) ، شرح الخرشبي (٣/٢١٦) ، الشرح الكبير للدردير (٢/٢٥٨) ، الأم (٥/٨٦) ، مغني المحتاج (٤/٣٠٠) ، أسنى المطالب (٣/١٥٦) ، المغني (١٠/٤٩) ، كشف القناع (٥/٩٤-٩٥) ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣/٩٥) ، المحلى (١٠/١٨١).

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣/١٨٧) ، المبسوط (٦/١٠) ، حاشية ابن عابدين (٣/٤١٤).

(٤) المبسوط (٦/١٠) ، بدائع الصنائع (٣/١٨٨).

(٥) انظر : المبسوط (٦/١٠).

وقال عامة أهل العلم من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤)، بفساد هذا النكاح للحديث السابق، ولا فائدة للجنة إلا إفساد النكاح، والتحذير منه، ولأنه مع الشرط يكون ضرباً من نكاح المتعة، وهو فاسد لا يُقرُّ عليه^(٥)، وأصل ذلك أنه عقد عليها النكاح إلى أن يصيبها، فلا نكاح له عليها، مثل أنكحك عشراً أو شهراً، ثم لا نكاح بيني وبينك، فكذاك أنكحك لأهلك ثم لا نكاح بيننا^(٦).

واختلفوا - أيضاً - فيما لو نوى الزوج الثاني تحليلها للأول، ولم يشترط ذلك في العقد، ولم ينكحها نكاح رغبة، فهل تحلّ المرأة لزوجها الأول بهذا النكاح؟، على قولين:

القول الأول: صحة النكاح، وتحلّ المرأة بوطء الزوج الثاني للأول.

(١) انظر: الاستذكار (١٥٨/١٦)، شرح الخرشي (٢١٦/٣)، المنتقى للباجي (٢٩٩/٣)، الشرح الكبير (٢٥٨/٢)، المعونة (٨٢٩/٢).

(٢) انظر: الأم (٨٦/٥)، مغني المحتاج (٣٠٠/٤)، روضة الطالبين (١٢٦/٧)، نهاية المحتاج (٢٨٢/٦).

(٣) انظر: المغني (٤٩/١٠)، كشف القناع (٩٤/٥)، الإنصاف (٤٠٥/٢٠)، الإفصاح للوزير ابن هبيرة (١٠٨/٢) ط. الكتب العلمية.

(٤) انظر: المحلى بالآثار (١٨٢-١٨١/١٠) وللزيادة راجع الاستذكار (١٥٧/١٦)، بداية المجتهد (٣/١١١-١١٢)، حلية العلماء (٣٩٩/٦).

(٥) انظر: الأم (٨٦/٥)، المحلى بالآثار (١٨٢-١٨١/١٠)، الاستذكار (١٦٣/١٦)، بداية المجتهد

(١١٢/٣)، المغني (٤٩/١٠-٥١)، وبيان الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية (ص ٤٠٠، ٣٣)

وما بعد ذلك.

(٦) انظر: الأم (٨٦/٥)، بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٠١)، وانظر: أعلام الموقعين لابن

القيم (٣٩/٣).

وهذا مذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، ورواية عند أحمد^(٣)، وهو قول الظاهرية^(٤).

وحجتهم في ذلك هو: لأن النية بمجردھا في المعاملات غير معتبرة^(٥).
لأنه قد ينوي ما لا يفعل، ويفعل ما لا ينوي^(٦)، ولأن عقد النكاح خالٍ من شرط يُفسده^(٧)، إلا أن الشافعية قالوا: يكره خروجاً من خلاف من أبطله، ولأن كل ما لو صرح به أبطل إذا أضمر كره^(٨).

القول الثاني: فساد العقد ولا تحلّ لزوجها الأول إلا بنكاح رغبة، وهذا مذهب المالكية^(٩)، قال مالك بن أنس -رحمه الله-: "لا يحلها إلا نكاح رغبة، وأنه إن قصد التحليل لم تحلّ له، وسواءً عَلِمًا، أو لم يعلم لا تحلّ، ويُفسخ نكاح من قصد إلى التحليل، ولا يُقرّر على نكاحه قبل الدخول وبعده"^(١٠)، والحنابلة^(١١)،

(١) انظر: المبسوط (٩/٦-١٠)، بدائع الصنائع (٣/١٨٧)، حاشية ابن عابدين (٣/٤١٤)، الفتاوى الهندية (١/٤٧٤-٤٧٥).

(٢) انظر: الأم (٥/٨٦)، روضة الطالبين (٧/١٢٧)، مغني المحتاج (٤/٣٠١)، أسنى المطالب (٣/١٥٦)، الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي (٤/١٠٧).

(٣) انظر: الإنصاف (٢٠/٤٠٧)، الإفصاح لابن هبيرة (٢/١٠٨)، والمغني (١٠/٥١).

(٤) انظر: المحلى (١٠/١٨٣).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/١٨٧).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (١١/٤٥٧).

(٧) انظر: الحاوي الكبير (١١/٤٥٧)، مغني المحتاج (٤/٣٠١)، بدائع الصنائع (٣/١٨٧).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٧/١٢٧)، الحاوي الكبير (١١/٤٥٧)، مغني المحتاج (٤/٣٠١)، نهاية المحتاج (٦/٢٨٢).

(٩) انظر: الاستذكار (١٦/١٥٧)، بداية المجتهد (٣/١١١)، الكافي لابن عبد البر (٢/٥٣٤)، شرح الخرشي (٣/٢١٦-٢١٧).

(١٠) أوجز المسالك إلى موطأ مالك (٩/٣٣٢)، وانظر: المدونة الكبرى (٢/٢٩٥)، والتمهيد لابن عبد البر (١٣/٢٢٩).

(١١) انظر: المغني (١٠/٥١)، الإفصاح لابن هبيرة (٢/١٠٨)، الإنصاف (٢٠/٤٠٧)، كشف القناع (٥/٩٤-٩٥).

قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة، وفي نفسه أن يحللها لزوجها الأول، ولم تعلم المرأة بذلك، فقال: هو محلل، إذا أراد بذلك الإحلال فهو ملعون^(١).

قال ابن قدامة: "وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم"^(٢)، وقد رجح هذا القول أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله - وألف رسالة عظيمة في بابها سماها: "بيان الدليل على بطلان التحليل"، وقال: "وهو المأثور عن أصحاب رسول الله ﷺ وعامة التابعين لهم بإحسان وعامة فقهاء الإسلام"^(٣)، ثم عدَّ من فقهاء الأمصار في كلِّ زمان ممن يرجع إليه ويعول عليه^(٤).

وحجتهم في ذلك:

الدليل الأول: قالوا: إن الصحابة رضي الله عنهم قضوا بأن زواج الثاني ليحلها للأول من غير اتفاق أنه داخل في المنصوص في الحديث من لعن المحلل والمحلل له، فمن ذلك:

أ- عن سليمان بن يسار^(٥) قال: رفع إلى عثمان رضي الله عنه رجل تزوج امرأة ليحلها لزوجها ففرق بينهما، وقال: لا ترجع إليه إلا بنكاح رغبة غير دلسة^(٦).

(١) انظر: المغني (٥١/١٠).

(٢) المغني (٥١/١٠).

(٣) بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٣٥). تحقيق: د. فيحان المطيري ط. مكتبة لينة - مصر.

(٤) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٣٦ وما بعدها).

(٥) هو سليمان بن يسار الهلالي بالولاء، مولى ميمونة بنت الحارث الهلالية أم المؤمنين، أحد فقهاء المدينة السبعة. ت: سنة (١٠٧) هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (٩١/١).

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: ما جاء في نكاح المحلل (٢٠٨/٧)، وإسناد الحديث ضعيف، لأن في سننه عبد الله بن لهيعة تركه ابن مهدي ويحيى بن سعيد ووكيع، وقال أحمد: ما حديث ابن لهيعة بحجة، وقال ابن خزيمة: وابن لهيعة لست مما أخرج حديثه إذا انفرد، وهذا الحديث مما انفرد به. انظر: تهذيب التهذيب (٤١٢/٢-٤١٣).

وعن أبي مرزوق التجيبي^(١) أن رجلاً أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال: إن جاراً له طلق امرأته في غضبه ولقي شدة، فأردت أن أحاسب نفسي ومالي فأتزوجها ثم أبتني بها، ثم أطلقها فترجع إلى زوجها الأول، فقال عثمان: "لا تنكحها إلا نكاح رغبة"^(٢).

ب- وروى نافع^(٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً قال له: امرأة تزوّجتها، أحلها لزوجها، لم يأمر، ولم يعلم، فقال رضي الله عنه: "لا، إلا نكاح رغبة، إن أعجبتك أمسكها، وإن كرهتها فارقها، قال: وإن كنا نعدّه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحاً، وقال: لا يزالا زانيين، وإن مكثا عشرين سنة، إذا علم أنه يريد أن يحلها"^(٤).

ج- وعن مالك بن الحارث عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً أتاه فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال: إن عمك، عصى الله فأندمه الله، وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً، فقال الرجل: أفلا يحلها له رجل، فقال: من

(١) أبو مرزوق التجيبي، بضم المثناة وكسر الجيم، مولا هم المصري، اسمه حبيب بن شهيد، كان ثقة، ت: سنة (١٠٩) هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ١٢٠٢) رقم (٨٤١٨).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: في نكاح المحلل (٢٠٨/٧)، وسنده جيد.

(٣) هو نافع بن هرمز - ويقال ابن كاوس - العدوي، المدني، أبو عبد الله مولى ابن عمر، من كبار التابعين وأئمتهم، ت: سنة (١١٧) هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (١/٩٨).

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب الطلاق، باب: لعن الله المحلل والمحلل له (١٩٩/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: ما جاء في نكاح المحلل (٢٠٨/٧)، وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٦/٢٢٣)، وقال الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين"، ووافقه الذهبي وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٢٦٧): "رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح"، وجوّد إسناده ابن تيمية في إبطال التحليل (ص ٤٧٩) وقال: "إسناد رجاله مشاهير ثقات". والحديث صححه الألباني - رحمه الله - في الإرواء (٦/٣١١).

يخادع الله يخدعه" (١).

الدليل الثاني: قالوا: إن التحليل لو كان جائزاً لكان النبي ﷺ يدل عليه مَنْ طَلَّق ثلاثاً، فإنه كان أرحم الناس بأمته وأحبهم لمياسر الأمور، وما خَيْرُ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً (٢).

الدليل الثالث: ولأنه قصد بالعقد غير ما شرع له العقد، فيجب أن لا يصح وذلك لأن الله سبحانه شرع العقود أسباباً إلى حصول أحكام مقصودة، فمقصود النكاح حصول السكن والاستقرار، فإذا تكلم بالكلمات التي هي صورة هذه العقود غير معتقد لمقاصدها وحقائقها كان ذلك ضرباً من نكاح المتعة المحرم (٣).

الترجيح:

والراجح هو القول الثاني لظاهر السنة النبوية الصحيحة، ولما هو متقرر في القواعد الشرعية أن المقاصد معتبرة شرعاً (٤).

فهذا تمهيد لما نحن بصدد البحث عنه وهو أن المطلقة ثلاثاً لو طلبت من شخص أن يتزوجها، وفي نيتها أو وليها معها أن يحلها لزوجها الأول، ولم يعلم الزوج

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك (٣٣٧/٧)، وسعيد بن منصور في سنته، كتاب الطلاق، باب: التعدي في الطلاق (٢٦٢/١)، وعبدالرزاق في مصنفه باب التحليل (٢٦٦/٦)، وغيرهم كلهم من طريق الأعمش عن مالك بن الحارث السلمي عن ابن عباس به، وهذا سند صحيح رجاله ثقات. وانظر: إبطال التحليل لابن تيمية (ص ٤٨٦).

(٢) انظر: بيان الدليل على إبطال التحليل (ص ٤٨٠).

(٣) انظر: بيان الدليل على إبطال التحليل (ص ٥١٦).

(٤) وانظر: كتاب أبي العباس ابن تيمية حول هذه المسألة فقد أطال النفس فيها، ولا يكاد يوجد كتاب أعظم منه في هذه المسألة. والله أعلم.

الثاني بذلك فلما أحلها نشزت وطلبت الطلاق، فهل يعتبر هذا غشاً بالزوج؟
وداخلا في نكاح التحليل؟ أو ليس داخلاً فيه؟.

على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: إن قصدت المرأة التحليل دون الزوج، لم يؤثر ذلك في العقد.
وهذا قول عامة أهل العلم^(١) من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)
والظاهرية^(٦).

قال الكاساني الحنفي - رحمه الله - : "فإن تزوجت بزواج آخر، ومن نيتها
التحليل فإن لم يشترط ذلك بالقول، وإنما نوباً ودخل بها على هذه النية حلت
للأول في قولهم جميعاً..."^(٧) . اهـ.

وقال الإمام مالك: "لا يضر الزوج ما نوت الزوجة، لأن الطلاق بيده
دونها..."^(٨) .

(١) بل لقد نقل الحافظ ابن حجر والشوكاني - رحمهما الله - عن ابن حزم رحمه الله قوله: "لأنهم لم
يختلفوا في أن الزوج إذا لم ينو تحليلها للأول ونوت هي أنها لا تدخل في اللعن" . اهـ. انظر:
التلخيص الحبير (٣/٣٥١)، ونيل الأوطار (٦/١٦٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/١٨٧)، المبسوط (٦/١٠)، حاشية ابن عابدين (٣/٤١٤).

(٣) انظر: مواهب الجليل (٥/١٢١)، شرح الخرشي (٣/٢١٧)، الكافي لابن عبد البر (٢/٥٣٤)،
المنتقى للباجي (٣/٢٩٩).

(٤) انظر: الأم (٥/٨٦)، أسنى المطالب (٣/١٥٦)، مغني المحتاج (٤/٣٠٠-٣٠١)، نهاية المحتاج
(٦/٢٨٢)، الفتاوى الكبرى للهيتمي (٤/١٠٧).

(٥) انظر: المغني (١٠/٥٣)، الفروع (٥/٢١٦)، الإنصاف (٢٠/٤١١)، كشف القناع (٥/٩٦)،
الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٣/٩٥).

(٦) انظر: أعلی بالآثار (١٠/١٨٣-١٨٥).

(٧) بدائع الصنائع (٣/١٨٧).

(٨) المنتقى للباجي (٣/٢٩٩)، وانظر: التاج والإكليل (٥/١٢١-١٢٢).

وقال الخرخشي عند قول خليل في مختصره: "ونية المطلق ونيتها لغو" قال يعني أن الاعتبار في تحليل المبتوتة نية المحلل، لأن الطلاق بيده، وأما نية المطلق ونية المطلقة فلغو...^(١).

وقال الشافعي -رحمه الله-: "لو نكحها ونيتها أو نية أحدهما دون الآخر أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها، فيحلها لزوجها ثبت النكاح، وسواء نوى ذلك الولي معهما أو نوى غيره، أو لم ينو ولا غيره والوالي والولي في هذا لا معنى له أن يُفسد شيئاً، ما لم يقع النكاح بشرط يُفسده..."^(٢).

وقال الإمام أحمد -رحمه الله-: "الحديث عن النبي ﷺ أنه قال: (أتريدان أن ترجعي إلى رفاعة) -يقول أحمد-: إنها قد كانت همت بالتحليل، ونية المرأة ليست بشيء إنما قال النبي ﷺ: (لعن الله المحلل والمحلل له)^(٣)، وليس نية المرأة بشيء"^(٤) اهـ.

وقال في المحرر والفروع وغيرهما: "ومن لا فرقة بيده لا أثر لنيته"^(٥).

وأدلتهم في ذلك:

الدليل الأول: عن عائشة رضي الله عنها أن رفاعة القرظي طلق امرأته، فبت طلاقها، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إنها كانت تحت رفاعة، فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإنه والله ما معه إلا مثل الهدبة قال: فتبسم رسول الله ﷺ

(١) شرح الخرخشي على مختصر خليل (٢١٧/٣).

(٢) الأم (٨٦/٥).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: المغني (٥٣/١٠)، بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٧٨).

(٥) المحرر للمجد ابن تيمية (٢٤/٢)، والفروع لابن مفلح (٢١٦/٥)، وقال ابن القيم في أعلام

الموقعين (٣٦/٤): "وقد صرح أصحابنا بأن ذلك يحلها..".

ضاحكاً، فقال: (لعلك تريدان أن ترجعي إلى رفاة؟ لا، حتى يذوق عُسيلتك وتذوقني عُسيلته)^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: إن النبي ﷺ بيّن أنها مع إرادتها أن ترجع إلى الزوج الأول لا تحل له حتى يجامعها الزوج الثاني، فعلم أنه إذا جامعها حلت للأول، ولو كانت إرادتها تحليلاً مفسداً للنكاح أو محرماً للعود إلى الأول لم تحل له سواء جامعها أو لم يجامعها^(٢).

قال أبو عمر بن عبد البر - رحمه الله - : "وفي قوله ﷺ لامرأة رفاة القرظي: أتريدان أن ترجعي إلى رفاة؟ دليل على أن إرادة المرأة الرجوع إلى زوجها لا يضرّ العاقد عليها، وأنها ليست بذلك في معنى التحليل الموجب لصاحبه اللعنة المذكورة في الحديث"^(٣) اهـ.

فإن قيل: لعلها إنما أرادت الرجوع إلى الأول بعد عقد النكاح وذلك لا يؤثر في فساد العقد، كما تزوجها الرجل مرتباً ثم بدا له أن يطلقها لتراجع الأول، دليلك في هذا أن المرأة نفسها عللت بكراهة زوجها الثاني بقولها: "وإنه والله ما معه إلا مثل الهدب..."^(٤).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب: من جَوَزَ الطلاق الثلاث (فتح ٤٥٢/٩) رقم (٥٢٦٠) وفي مواضع أخرى متفرقة، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره (١٠٥٥/٢-١٠٥٦) رقم (١٤٣٣).

(٢) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٧٨)، أعلام الموقعين لابن القيم (٤/٣٦)، المغني (١٠/٥٣).

(٣) الاستذكار (١٥٥/١٦-١٥٦)، وراجع للاستزادة كلام ابن حزم في المحلى (١٠/١٨٥). والفتاوى الفقهية لابن حجر الهيتمي (٤/١٠٧).

(٤) سبق تخريجه.

تريد أنه لا يتمكن من جماعها، فأحبت طلاقه^(١).

فجوابه أن يقال: إن النبي ﷺ لما جَوَّزَ لها مراجعة الأول إذا جامعها الثاني بعد أن تبين له رغبتها في الأول، ولم يستفصل بين أن تكون هذه الإرادة حدثت بعد العقد أو كانت موجودة قبله دلّ على أن الحل يعم صورتين، إذ أن ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال بمنزلة العموم في المقال^{(٢)(٣)}.

الدليل الثاني: ما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: (لعن الله المحلل والمحلل له)^(٤).

وجه الدلالة:

قالوا: فلو كان التحليل يحصل بنية الزوج تارة وبنية الزوجة تارة أخرى للعنها النبي ﷺ أيضاً، فلما لم يذكرها في اللعنة علم أن التحليل الذي يكون بالنية إنما يلعن فيه الزوج فقط^(٥).

قال ابن عبد البر رحمه الله: "معلومٌ أن إرادة المرأة المطلقة للتحليل لا معنى لها إذا لم يجامعها الرجل على ذلك، لأن الطلاق ليس بيدها، فوجب ألا تقدر إرادتها في عقد النكاح"^(٦) اهـ.

الدليل الثالث: قالوا: ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج، لأنه الذي إليه المفارقة والإمساك، أما المرأة فلا تملك رفع العقد، فوجود نيتها وعدمها سواء^(٧).

(١) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٨٣).

(٢) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٨٣).

(٣) انظر: لبيان القاعدة الأصولية كلاً من: إحكام الأحكام (١/١٦١)، المستصنى (٢/٦٨)، المسودة (ص ١٠٨)، القواعد والفوائد الأصولية (ص ٢٣٤)، المحصول (١/٢٣١)، حاشية العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع (٢/٢٥).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٨٢).

(٦) الاستذكار (١٦/١٦٢).

(٧) انظر: مواهب الجليل (٥/١٢١)، المنتقى (٣/٢٩٩): مغني المحتاج (٤/٣٠١)، المغني (١٠/٥٣).

القول الثاني: إن قصدت المرأة التحليل، فلا تحلّ للأول، ويُفرّق بينهما.
وهذا قول إبراهيم النخعي^(١) والحسن البصري^(٢) وقتادة^(٣) وجابر بن زيد^(٤)
ويُروى ذلك عن سعيد بن المسيب^(٥).

قال أبو محمد بن حزم: "وقد صح عن قتادة والحسن والنخعي قالوا: إن نوى
واحد من النكاح أو المنكح أو المرأة التحليل، فلا يصلح، فإن طلقها فلا تحل للذي
طلقها، ويُفرّق بينهما إذا كان نكاحه على وجه التحليل"^(٦).

وهذا القول وجه عند بعض الحنابلة، قال صاحب المنقح: "الأظهر عدم
الإحلال"^(٧).

قال ابن النجار الحنبلي^(٨) صاحب المنتهى: "والأصح قول المنقح"^(٩).
وقال المرادوي صاحب الإنصاف: "وقال في الواضح: نيتُها كنيته. وقال في
الروضة: "نكاح المحلل باطل إذا اتفقا، فإن اعتقدت ذلك باطلاً، ولم تظهره، صح

(١) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٩٣)، المحلى لابن حزم (١٠/١٨١)، التمهيد لابن عبد البر
(١٣/٢٣٣)، المغني (١٠/٥٣).

(٢) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٩٣)، المحلى لابن حزم (١٠/١٨١)، التمهيد (١٣/٢٣٣)،
المغني (١٠/٥٣).

(٣) انظر: المصادر السابقة والمصنف لعبد الرزاق (٦/٢٦٦).

(٤) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٧٩).

(٥) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٧٩).

(٦) المحلى بالآثار (١٠/١٨١).

(٧) انظر: شرح منتهى الإرادات (٣/٤٢)، كشاف القناع (٥/٩٦).

(٨) هو محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي، تقي الدين، الفتوحى، أبو البقاء، الشهير بابن النجار،
الفقيه الحنبلي الأصولي، انتهت إليه رئاسة المذهب الحنبلي بمصر، ت: سنة (٩٧٢هـ). انظر:
الأعلام (٦/٢٣٣).

(٩) شرح منتهى الإرادات (٣/٤٢).

في الحكم، وبطل فيما بينها وبين الله تعالى^(١). اهـ.

وحجتهم في ذلك:

١- قالوا: إن المرأة إذا نكحت الرجل، وليست هي راغبة فيه، فليست ناكحة بل هي مستهزئة بآيات الله متلاعبة بحدود الله، وهي خادعة للرجل ماكرة به، وهي وإن لم تملك الانفراد بالفرقة، فإنها تنوي التسبب فيها على وجه تحصل به غالباً، بأن تنوي الاختلاع منه، وإظهار الزهد فيه وكراهته وبغضه، وذلك مما يبعثه على تطليقها أو خلعها^(٢).

٢- وقالوا أيضاً: ولأن النكاح عقد يوجب المودة بين الزوجين والرحمة كما ذكره الله تعالى في كتابه^(٣) ومقصوده السكن والازدواج، ومتى كانت المرأة من حين العقد تكره المقام معه، وتود فرقة، لم يكن النكاح معقوداً على وجه يحصل به مقصوده^(٤).

ويمكن مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

بأن يقال: إن ما ذكرتموه في تعليلكم أقصى ما يقال فيه أن المرأة آثمة بقصدها التحليل، لأنها خادعة للزوج ماكرة به، وغاشة له، ولكن لا ينتهض هذا إلى إبطال عقد النكاح، لأن المرأة لا فرقة بيدها، ولا تملك رفع العقد، وليست محلله، لأن المحلل، صفة الرجل خاصة كما في الحديث: (ألا أخبركم بالتيس المستعار) قالوا:

(١) الإنصاف (٤١١/٢٠).

(٢) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٧٩).

(٣) إشارة إلى قول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (سورة الروم، آية رقم (٢١)).

(٤) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٨٠).

بلى يا رسول الله. قال: (هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له)^(١)، دليل هذا ما جاء في بعض روايات امرأة رفاعة حينما طلقها وتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فأخبرها النبي ﷺ أنها لا تحل لرفاعة حتى يذوق عبد الرحمن بن الزبير عسيلتها و تذوق عسيلته، ففي بعض الروايات: "ثم جاءته بعد فأخبرته أنه قد مسّها فمنعها أن ترجع إلى زوجها الأول، وقال: اللهم إن كان إنما بها أن يحلّها لرفاعة، فلا يتم له نكاحها مرة أخرى"^(٢).

وجه الدلالة: حيث إن النبي ﷺ دعا عليها، لفعلها محرماً، عقوبة على كذبها بنقيض قصدها، لئلا يتسرع الناس إلى الكذب الذي يستحلون به الحرام، ومع ذلك لم يبطل نكاحها من الثاني، مع قصدها التزوج منه لتحليلها^(٣).

الترجيح:

الراجح هو قول عامة أهل العلم بأن قصد المرأة للتحليل غير مؤثر في عقد النكاح؛ وذلك لقوة أدلتهم وضعف مناقشة أدلة المخالفين.



(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في المصنف، كتاب الطلاق، باب: ما يحلّها لزوجها الأول، من طريق ابن جريج عن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة به. وهذا سند صحيح احتج به ابن حزم في المحلى (١٠/١٨٥)، وأبو العباس ابن تيمية في إبطال التحليل (ص ٥٨٥).

(٣) انظر: بيان الدليل على بطلان التحليل (ص ٥٨٦).

المبحث الثاني

غش الزوجة وأثره على العقد

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول

غش الزوجة بعدم الوفاء بما اشترطته في العقد وأثره على العقد

الشروط التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر في عقد النكاح تختلف من شرط لآخر، فهي إما أن تخالف مقتضى العقد كشرط الزوج على الزوجة عدم النفقة، أو أن تشترط عليه عدم الوطاء، فهذه شروط باطلة باتفاق الفقهاء، وإن اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد النكاح^(١).

وإما أن توافق مقتضى العقد كشرط الإنفاق وحسن العشرة، وأن يسافر بها، وأن لا تخرج إلا بإذنه، فاشتراط مثل هذه الشروط وعدمها سواء؛ لأنها تجب بمقتضى العقد فمع الشرط أولى^(٢).

وإما أن لا تكون من مقتضى العقد غير أنها لا تخالفه، وتكون من الشروط التي تنتفع بها المرأة وتعود إليها فائدته كاشتراط أن لا ينقلها من بلدها، أو من دارها، أو أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى، ومثل هذه الشروط تحصل كثيراً في زماننا هذا لاختلاف طبيعة الحياة الاجتماعية عما كانت عنه في الزمان القديم.

(١) انظر: زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية (١٠٦/٥)، عقد الجواهر الثمينة (١٠٢/٢)، المغني (٤٨٨/٩).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (١٠٢/٢-١٠٣)، الحاوي الكبير (١٣٤/١٢)، روضة الطالبين (٢٦٤/٧)، المغني (٤٨٧/٩-٤٨٨).

ومن أمثلة تلك الشروط التي تشترطها المرأة في عقد النكاح إكمال دراستها، أو أن تستمر في وظيفتها، أو أن تبقى عند والديها، أو في بلدها، أو أن لا يأتيها إلا نهاراً أو ليلاً، أو أن تشترط أن لا يتزوج عليها، أو أن يأتي لها بخادم أو سائق، ونحو ذلك من الشروط.

فهل مثل هذه الشروط تُلزم الزوج الوفاء بما اشترطته الزوجة في عقد النكاح، ويعتبر الإخلال بها غشاً بالزوجة وتغريباً بها، يجعل لها الحق في فسخ النكاح؟ أم هل إن هذه الشروط من الشروط الفاسدة، التي يصح معها عقد النكاح؟ أم لا يصح معها عقد النكاح؟

على ثلاثة أقوال عند أهل العلم:

القول الأول: بطلان هذه الشروط، وبثب عقد النكاح معها وقد قال بهذا القول من الصحابة علي بن أبي طالب رضي الله عنه^(١) ومن السلف سعيد بن المسيب^(٢)، وعطاء بن أبي رباح^(٣)، والحسن البصري^(٤)، والزهري^(٥)، والشعبي^(٦)، والنخعي^(٧)، والثوري^(٨)، والليث بن سعد^(٩)، وهو قول الحنفية^(١٠)،

(١) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٧)، والمصنف لعبد الرزاق (٦/٢٣١).

(٢) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٧)، المدونة الكبرى (٢/١٣١)، الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١/٥٨).

(٣) انظر: المدونة (٢/١٣١)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨)، الاستذكار (١٦/١٤٨).

(٤) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٧)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨).

(٥) انظر: المدونة (٢/١٣١)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨)، المغني (٩/٤٨٤).

(٦) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٧)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨).

(٧) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨)، الاستذكار (١٦/١٤٧).

(٨) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨)، الاستذكار (١٦/١٤٨)، المغني (٩/٤٨٤).

(٩) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨)، المغني (٩/٤٨٤).

(١٠) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٧-٢٧٨)، تبين الحقائق (٢/١٤٨-١٤٩)، فتح القدير (٢/٤٥٩)،

والمالكية^(١)، والشافعية^(٢)، ورواية عند الحنابلة، قال الزركشي: "وعن أحمد رواية أخرى لا يلزم هذا الشرط... ولعلها مأخوذة من أن الأصل في العقود والشروط البطلان إلا أن يدل دليل على الصحة على رواية مرجوحة"^(٣) وهذا اختيار ابن المنذر^(٤).

وحجتهم في ذلك الأدلة التالية:

الدليل الأول: ما ثبت عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق)^(٥).

وجه الدلالة من الحديث: حيث إن مثل هذه الشروط خلاف كتاب الله بل فيه تحريم ما أباحه الله للزوج من النكاح وملك اليمين^(٦) مع أنها ليست في كتاب الله أيضاً^(٧).

ونوقش هذا الاستدلال:

فقيل: ليس معنى الحديث كما ذهبتم إليه، إذ إن قول النبي ﷺ: (من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله...) معناه: ليس في حكم الله وشرعه، لا أن معناه ليس

(١) انظر: المدونة (١٣١/٢)، المقدمات لابن رشد (٢٦٦/٥-٢٦٧) ضمن المدونة. ط. مكتبة البارز،

عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (١٠٣/٢)، شرح الخرشي (٢٦٦/٣، ٢٦٧/٣).

(٢) انظر: الأم (٧٩/٥)، الحاوي الكبير (١٣٥/١٢-١٣٦)، روضة الطالبين (٢٦٥/٧)، زاد المحتاج

(٢٨٨-٢٨٧/٣).

(٣) شرح الزركشي على الخرقي (١٤٠/٥)، وانظر: الإنصاف (٣٩٠/٢٠).

(٤) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٥٩/١).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٥٩/١)، فتح القدير (٤٥٩/٢).

(٧) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٤٩/٢).

موجوداً في كتاب الله ، ولهذا قال ﷺ : (كتاب الله أحق وشرط الله أوثق) وهذا إنما يقال ، إذا كان المشروط يناقض كتاب الله وشرطه ، فيجب تقديم كتاب الله وشرطه ويقال فيه حينئذٍ (كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق) وأما إذا كان نفس الشرط والمشروط لم ينصّ الله على حلّه ، بل سكت عنه فليس هو مناقضاً لكتاب الله وشرطه ، حتى يقال : كتاب الله أحق وشرط الله أوثق^(١) .

الدليل الثاني : عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه أنّ رسول الله ﷺ قال : "الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً حرمّ حلالاً ، أو أحلّ حراماً والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً حرمّ حلالاً ، أو أحلّ حراماً"^(٢) .

وجه الدلالة من الحديث : قالوا : إن مثل هذه الشروط التي تشترطها المرأة ، تحريم لما أحلّ الله فتكون غير جائزة بنصّ الحديث ، لأن هذه الشروط تمنع من التزويج والتسري ، الذي أباحه الله ، وكلّ شرط يجعل المباح ممنوعاً فهو باطل^(٣) .

ونوقش هذا الاستدلال :

ف قيل أولاً : إن الحديث ضعيف ، لأن في سنده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ، قال فيه أحمد بن حنبل : منكر الحديث ليس بشيء^(٤) .
وقال الشافعي : ذاك أحد الكذابين ، أو أحد أركان الكذب^(٥) .

(١) انظر : المغني (٤٨٥/٩) ، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٤٧/٢٩) ، فتح الباري (٢٧٢/٩) .

(٢) سبق تخرجه .

(٣) انظر : الأم (٧٩/٥) ، الاستذكار لابن عبد البر (١٤٩/١٦) ، فتح القدير لابن الهمام (٤٥٩/٢) ،

تبيين الحقائق (١٤٩/٢) .

(٤) انظر : موسوعة أقوال الإمام أحمد في رجال الحديث وعلله (١٩٧/٣) ط . عالم الكتب .

(٥) انظر : تهذيب التهذيب لابن حجر (٤٦٢/٣) .

وقال النسائي والدارقطني: متروك الحديث^(١).

وقال ابن حبان: روى عن أبيه عن جدّه نسخة موضوعة، لا يحل ذكرها في الكتب، ولا الرواية عنه إلا على وجه التعجب^(٢).

وهذا الحديث يرويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جدّه.

فإن قيل:

إن الترمذي قد صحح هذا الحديث، وليس كلام بعض الأئمة حجة على كلام بعض.

قلنا: إن الرجل إنما يُقبل فيه اختلاف الأئمة في تعديله وتجريمه إذا كان غير متهم بالكذب، أو ليس بكذاب، وكثيرٌ هذا قد اتهمه الأئمة بالكذب، فقال الشافعي وأبو داود "ركن من أركان الكذب"^(٣) وقال أبو زرعة الرازي: أحاديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جدّه واهية^(٤) بل لقد قال ابن عبد البر - رحمه الله - : في كثير هذا: مجمع على ضعفه^(٥).

وأما تصحيح الترمذي لحديث كثير فقد نوقش في تصحيحه، وأنهم بالتساهل في التصحيح لأجله.

قال الذهبي رحمه الله: "وأما الترمذي فروى من حديثه: الصلح جائز بين المسلمين، وصححه، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي"^(٦).

(١) انظر: الضعفاء والمتروكون للنسائي رقم (٥٢٩)، والضعفاء والمتروكون للدارقطني رقم (٤٤٦).

(٢) انظر: ميزان الاعتدال للذهبي (٤٠٧/٣) ط. دار المعرفة، وتهذيب التهذيب (٤٦٣/٣).

(٣) انظر: ميزان الاعتدال (٤٠٧/٣).

(٤) انظر: الجامع في الجرح والتعديل (٤٠٥/٢) ط. عالم الكتب.

(٥) انظر: تهذيب التهذيب (٤٦٣/٣).

(٦) ميزان الاعتدال (٤٠٧/٣).

وقال الحافظ ابن كثير رحمه الله: "قد نوقش أبو عيسى - يعني الترمذي - في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله.." (١).

وقد اعتذر له الحافظ ابن حجر - رحمه الله - فقال: "وكانه اعتبر بكثرة طرقه" (٢).

ثانياً: إن الحديث لو صح، فإنه يقال فيه كما قيل في مناقشة الحديث الأول

الدليل الثالث: قالوا: إن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد وكل شرط ليس من مصلحة العقد، فهو ممنوع (٣).

ونوقش هذا الدليل:

فقيل: لا نسلم ذلك، فإن مثل هذه الشروط من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده، كاشتراط الرهن والضمين في البيع، ثم يبطل قولهم، بتجويزهم الزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد، إذ إن تلك الشروط ليست من مصلحة العقد كما في شروط المرأة على حدّ زعمهم، ومع ذلك جوزوا ما لو اشترطت غير نقد البلد (٤).

القول الثاني: إن هذه الشروط التي اشترطتها الزوجة في عقد النكاح، يلزم الزوج الوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح وهذا قول أمير المؤمنين عمر بن

(١) انظر: نيل الأوطار (٣٠٤/٥).

(٢) انظر: بلوغ المرام من أدلة الأحكام (ص ١٨٣) ط. مؤسسة الكتب الثقافية، تحقيق: حامد الفقي.

(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٦٥/٧)، المغني (٤٨٤/٩).

(٤) انظر: المغني (٤٨٥/٩)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٥١/٢٩) ط. الرياض.

الخطاب^(١)، ومعاوية بن أبي سفيان^(٢)، وعمرو بن أبي العاص^(٣) رضي الله عنهم، وهو قول عمر بن عبد العزيز^(٤)، ومجاهد^(٥)، وسعيد بن جبير^(٦)، وغيرهم وهو قول الأوزاعي^(٧)، وأحمد بن حنبل في المشهور عنه^(٨)، وإسحاق^(٩)، وغيرهم، وهو اختيار أبي العباس ابن تيمية - رحمه الله - وقال: ظاهر الأثر والقياس يقتضي منعه من فعل ذلك الشرط الصحيح^(١٠).

وحجتهم في ذلك:

الدليل الأول: عن عقبة بن عامر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)^(١١).

- (١) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٦)، والمصنف لعبد الرزاق (٦/٢٢٧)، والاستذكار لابن عبد البر (١٦/١٤٦).
- (٢) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٦)، والمصنف لعبد الرزاق (٦/٢٢٨).
- (٣) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٦)، والمصنف لعبد الرزاق (٦/٢٢٨)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨).
- (٤) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٦)، والاستذكار (١٦/١٤٦)، والمغني (٩/٤٨٤).
- (٥) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٦).
- (٦) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٣٢٦).
- (٧) انظر: الاستذكار (١٦/١٤٨)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١/٥٨)، والمغني (٩/٤٨٤).
- (٨) انظر: المغني (٩/٤٨٣-٤٨٤)، كشاف القناع (٥/٩١)، الإنصاف (٢٠/٣٩٠)، والمحرف في الفقه (٢/٢٣)، وزاد المعاد لابن القيم (٥/١٠٦-١٠٧).
- (٩) انظر: الإشراف على مذاهب العلم (١/٥٨)، والمغني (٩/٤٨٤).
- (١٠) الفتاوى الكبرى (٥/٤٦١)، وانظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/١٧٦) وقال: "وكذلك يجوز أكثر السلف أو كثير منهم وفقهاء الحديث، ومالك - في إحدى الراويتين - أن ينقص ملك الزوج فنشترط عليه أن لا ينقلها من بلدها أو من دارها..". اهـ، وانظر: القواعد النورانية (ص ٢٣٩).
- (١١) سبق تحريجه.

وجه الدلالة من الحديث: هو أن الشروط الصحيحة يجب مراعاتها، والعمل بموجبها وما اتفق عليه الطرفان، وأولى الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط، وبابه أضيق، ولا معنى للالتزام بالشروط وإدراجها في العقود، إلا وجوب العمل بمقتضاها، وفسخ العقود عند عدمها^(١).

واعترض على هذا الاستدلال:

فقيل: أن معنى الحديث إنما هو في الشروط الصحيحة، لا الشروط الفاسدة وشروط المرأة بأن لا يتزوج عليها أو أن لا يتسرّى أو أن لا ينقلها من دارها شروط فاسدة لأنها تمنع من المباح الذي أباحه الله للزوج من نكاح أربع نسوة، وما شاء مما ملكت يمينه، وأباح له أن يخرج بامرأته حيث شاء، وكل شرط يخرج المباح عن كونه مباحاً فهو باطل^(٢).

وأجيب على هذا الاعتراض:

فقيل: إن الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دلّ الدليل على خلافه^(٣)، والكتاب والسنة قد دلّا على الوفاء بالعقود والعهود وذمّ الغدر والنكث، وأمر الله ورسوله بالوفاء بالعقود أمرٌ عامٌّ من غير تخصيص بين الرجال والنساء، فيشمل ما يأخذه أحد الزوجين على الآخر^(٤) ولم يرد في هذه الشروط نصٌّ يدل على التحريم فتبقى على الأصل، لأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدمه، وإذا لم تكن هذه

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر (٢٧٢/٩)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (٣٤٧/٢٩-٣٥١)، المغني (٤٨٥/٩).

(٢) انظر: فتح القدير (٤٥٩/٢)، تبين الحقائق (١٤٨/٢-١٤٩)، الاستذكار (١٦/١٤٩).

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٤٦/٢٩).

(٤) انظر: القواعد النورانية (ص ٢١٤) ط. دار المعارف.

الشروط حراماً لم تكن فاسدة، وكانت صحيحة^(١)، ثم إن مثل هذه الشروط من التزوج و التّسري والخروج بالمرأة حقّ للرجل يجوز له أن يسقطه باسّراط المرأة ذلك بالعقد، وليست أمراً واجباً بالشرع بحيث لا ينظر معه إلى رضا الطرفين، حتى يقال: إنّ كل شرط يخرج المباح عن كونه مباحاً فهو باطل، ثم هو مخالفٌ للنذر بالتزام العبد أو منعه شيئاً أباحه الشارع له.

والنذور لا يبطل منها إلا مخالف حكم الله وكتابه، فكذلك الشروط، بل هي أولى^(٢).

الدليل الثاني: عن عبد الرحمن بن غنم قال: كنت مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث تمس ركبتي ركبته، فجاءه رجل، فقال: يا أمير المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها، وإني أجمع لأمري - أو لشأني - أن أنتقل إلى أرض كذا وكذا فقال عمر: لها شرطها، فقال الرجل: هلك الرجال، إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر: المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم^(٣).

الدليل الثالث: قالوا: ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح، فكان لازماً، كما لو شرطت عليه زيادةً في المهر أو غير نقد البلد، فإن ذلك

(١) انظر: القواعد النورانية (ص ٢٢٢) ط. دار المعارف.

(٢) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم (٣/٣٠٢-٣٠٣)، ولعلنا نورد كلاماً جميلاً للعلامة ابن القيم في أعلامه فقال: "إن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه - وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط - فهو لازم بالشرط، ولا يستثنى من هذا شيء، وقد دلّ على ذلك كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة، ولا تعباً بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية، فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع، فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمّت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بدله بدون الاشتراط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط...". اهـ. بتصرف يسير. انظر: أعلام الموقعين (٣/٣٠٢-٣٠٣).

(٣) سبق تحريجه.

جائز باتفاق المسلمين، فكذلك شرطها بأن لا يتزوج عليها ونحوه^(١).

الدليل الرابع: ولأن المرأة لم ترضَ، وتبج فرجها، إلا بمثل هذه الشروط، فإذا تعذّر، ولم يُوفَّ لها فلها الفسخ، كالشروط في البيع، وتجويز النكاح ولزومه مع بطلان الشرط، فيه ضرر كبير على الزوجة، والشريعة جاءت بنفي الضرر^(٢).

القول الثالث: أن كلّ نكاح عُقد على شرط لمصلحة المرأة، مثل أن لا ينكح عليها، أو أن لا يرحلها من بلدها ونحو ذلك، فهو نكاح فاسد مفسوخ أبداً، والشروط في مثل هذا فاسدة.

وهذا مذهب أبي محمد بن حزم الظاهري رحمه الله حيث قال: "وكلّ نكاح عُقد على صداق فاسد، أو على شرط فاسد مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى أو غير مسمى... أو على أن لا ينكح عليها أو لا يتسرى عليها أو أن لا يرحلها من بلدها أو عن دارها... فهو نكاح فاسد مفسوخ أبداً، وإن ولدت له الأولاد، ولا يتوارثان ولا يجب فيه نفقة ولا صداق ولا عدة...."^(٣). اهـ.

وحجته في ذلك:

الدليل الأول: عن عائشة رضي عنها أن النبي ﷺ قال: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)^(٤).

وجه الدلالة: وحيث أن هذه الشروط من المرأة شروط ليست في حكم الله ولا في حكم رسوله بل هي مخالفة لأوامر الله ورسوله فهي مردودة على صاحبها.

(١) انظر: المغني (٤٨٤/٩)، كشف القناع (٩١/٥)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (١٣٩/٥)،

مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٥١/٢٩).

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٥٠/٢٩-٣٥١).

(٣) المحلى بالآثار (٤٩١/٩).

(٤) سبق تخريجه.

الدليل الثاني: قال: ولأن شرطاً فيه تحريم حلال أو تحليل حرام، أو إسقاط فرض، أو إيجاب غير فرض، فهو باطل، لأنه خلاف لأوامر الله ولأوامر رسوله ﷺ، واشتراط المرأة أن لا يتزوج أو أن لا يتسرى ونحو ذلك كل ذلك تحريم حلال، وهو وتحليل الخنزير والميتة سواء في أن ذلك خلاف لحكم الله تعالى^(١).

المناقشة:

ويجاب على هذا: بأنه قد سبق الرد على القول بأن شروط المرأة من الشروط الباطلة وتبين أن الشروط الباطلة هي التي تخالف وتناقض أحكام الله وشرطه، وأما إذا كان نفس الشرط والمشروط لم ينص الله على حله بل سكت عنه، فليس هو مناقضاً لكتاب الله وشرطه.

وأما الحملة المسعورة، والكلام المبالغ فيه بتشبيه الميتة والخنزير المجمع على تحريمهما عند المسلمين بالشروط، التي تشرطها الزوجة والتي جوزها أكثر السلف كما يقول ابن تيمية^(٢)، فهي مبالغة ظاهرة لا تمس الجانب الموضوعي للمسألة. والله أعلم.

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ لقوة أدلتهم ووجاهتها، وضعف ومخالفة أدلة المخالفين.

ثم إن اشتراط مثل هذه الشروط مما تدعو الحاجة إليه، وخاصة في زماننا هذا، فالمرأة لم ترضَ بالزوج إلا باشتراط بقائها في وظيفتها - مثلاً - كي تعول والديها

(١) انظر: المحلى بالآثار (٥١٧/٩، ٤٩١)، وانظر بعض أدلته في أدلة القول الأول، إلا أنه يرى بطلان الشرط والعقد.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (١٧٦/٢٩).

الكبيرين ، فالقول ببطلان شرطها مع عدم الدليل الصحيح الصريح في ذلك فيه ضرر عليها وعلى والديها ، والشريعة إنما جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها ، وإبطال الشرط مع صحة العقد غش وتغريب بالمرأة ، ولولاه لما قبلته زوجاً. والله أعلم.

* * *

المطلب الثاني

غش الزوجة فيما إذا وجدت الزوج خصياً وأثره على العقد

الخصاء: سلّ الخُصيتين، وخصيت الفرس أخصيه، قطعت ذكّره فهو مخصي وخصي، فعيل بمعنى مفعول^(١).

وفي الاصطلاح أطلق الفقهاء الخساء على أخذ الخصيتين دون الذكّر أو معهما، أو قطع الذكر دون الأنثيين^(٢).

فعلى هذا فالخصي عند الفقهاء ينقسم إلى قسمين: الخصي المخبوب والخصي غير المخبوب.

فأما الخصي المخبوب الذي قد قُطع ذكّره، فالذي عليه عامة فقهاء الأمصار، أن المخبوب إذا نكح امرأة، ولم تعلم بذلك، كان لها الخيار إذا علمت^(٣).

قال في الاختيار لتعليل المختار من الحنفية: "وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا في الجب والعنة والخصي..."^(٤).

(١) انظر: الصحاح للجوهري (٢٣٢٧/٦)، والمغرب (٢٥٨/١)، والمعجم الوجيز (ص ١٩٩)، والمصباح المنير (٢٦٥/١).

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين (٤٩٤/٣)، بدائع الصنائع (٣٢٧/٢)، الشرح الكبير للدردير (٢٧٨/٢)، شرح الخرشي (١٧٦/٣)، تحفة المحتاج (٣٥٢/٤)، حاشية الجمل (١٢٦/٣)، المغني (٥٧/١٠)، مطالب أولي النهى (١٤١/٥).

(٣) قال أبو العباس ابن تيمية في القواعد النورانية (ص ٢٣٨): "وكذلك يوجب العقد المطلق سلامة الزوج من الجب والعنة عند عامة الفقهاء...".

(٤) الاختيار لتعليل المختار (١٥٠/٣).

وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي: "ولها - أي للزوجة الخيار - بخصائه وجبه وعنته واعتراضه.." (١).

وقال صاحب المغني المحتاج الشافعي: "...أو وجدته عيناً أو مجبواً ثبت الخيار في فسخ النكاح" (٢).

وقال الحجاوي الحنبلي (٣): "ومن وجدت زوجها مجبواً أو بقي له ما لا يطأ به فلها الفسخ... ثم قال وخصاء وسل" (٤) ووجاء" (٥).

قال ابن المنذر - رحمه الله - : "وأجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن للمجبوب إذا نكح امرأة ولم تعلم أن لها الخيار إذا علمت..." (٦).

والواقع أن في المسألة خلافاً حيث أن إبراهيم بن عُلَيَّة ودادود وابن حزم يرون أنه ليس للمرأة الخيار فقال: "ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها - سواء كان وطئها مرة أو مراراً أو لم يطأها قط - فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلاً، ولا أن يؤجل له أجلاً، وهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك" (٧).

(١) أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك (٣٠٥/٢) ط. عباس الباز.

(٢) مغني المحتاج (٣٤٠/٤).

(٣) زاد المستقنع (ص ١٠٠) ط. دار البخاري.

(٤) السَّل: لغة انتزاع الشيء وإخراجه برفق. والمراد به هو سَلَّ الخصيتين بدون قطع الجلد. انظر: شرح الزركشي (٣٤٥/٥)، ولسان العرب (٣٣٨/٦).

(٥) الوجاء: هو رضُ الخصيتين حتى تنفضخا، أو دق عروق الخصيتين دون إخراجهما. انظر: القاموس المحيط ص (٧٠).

(٦) الإشراف على مذاهب أهل العلم (٧٠/١).

(٧) المحلى بالآثار (٥٨/١٠)، وانظر: الاستذكار (١٥٣/١٦)، المغني (٨٢/١٠)، فتح الباري (٥٨٥/٩).

وكان الشوكاني يميل إلى هذا القول ولهذا يقول في شرحه على منتقى الأخبار: "ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصح الاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء.." (١).

وكذلك تبعه تلميذه صديق خان^(٢) في الروضة الندية حيث قال: "وما ذكره من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت منها شيء... والأصل البقاء على النكاح حتى يأتي ما يوجب الانتقال عنه.." (٣).

وقد استدل ابن حزم على ما ذهب إليه بحديث امرأة رفاعة القرظي حيث طلقها فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فقالت: وإنه - يعني عبد الرحمن - والله ما معه إلا مثل الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها فتبسم رسول الله ﷺ وقال: (لعلك تريد أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته..).

وجه الدلالة من الحديث:

قال ابن حزم: فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها، وأن إحليله كالمهدبة لا ينتشر إليها وتشكو ذلك إلى رسول الله ﷺ، وتريد مفارقتة فلم يُشكها، ولا أجل لها شيئاً ولا فرق بينهما، وفي هذا كفاية من عقل" (٤).

المناقشة:

وأجيب على استدلال ابن حزم بهذا الحديث.

(١) نيل الأوطار (٧/٢٥٠).

(٢) هو محمد بن صديق خان بن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي، أبو الطيب، من رجال النهضة الإسلامية المجددين، له نيف وستون مصنفاً، ت: سنة (١٣٠٧) هـ. انظر: الأعلام (١٦٧/٦).

(٣) الروضة الندية (٢/٣٣).

(٤) المحلى بالآثار (١٠/٦٢)، وانظر: فتح الباري (٩/٥٨٤-٥٨٥).

فقيل : لا حجة لكم فيما ذهبتم إليه لوجوه، منها :

١- إن عبد الرحمن بن الزبير أنكر عليها قولها : " وإنه والله ما معه إلا مثل الهدية" وأخبر أنه كان يجامعها ، كما جاء ذلك صريحاً عند البخاري في صحيحه عن عكرمة أن رفاة طلق امرأته ، فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير قالت عائشة : وعليها خمارٌ أخضر ، فشكت إليها ، وأرتها خُضرةً بجلدها ، فلما جاء رسول الله ﷺ - والنساءُ يتنصر بعضهن بعضاً - قالت عائشة : ما رأيت مثل ما يلقى المؤمنات لجلدها أشدَّ خُضرةً من ثوبها قال : وسمع أنها قد أتت رسول الله ﷺ ، فجاء ومعه ابنان له من غيرها ، قالت : والله مالي إليه من ذنب ، إلا أن ما معه ليس بأغنى عني من هذه - وأخذت هدبةً من ثوبها - فقال عبد الرحمن بن الزبير : كذبت والله يا رسول الله ، إنني لأنفضها نفض الأديم ، ولكنها ناشزٌ تريد رفاة ، فقال ﷺ : (فإن كان كذلك لم تحلي له أو لم تصلحي له حتى يذوق من عُسَيْلتك) ، قال : وأبصر معه ابنين له فقال : بنوك هؤلاء؟ قال : نعم ، قال : هذا الذي تزعمين ما تزعمين؟ فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب"^(١).

فهذا الحديث يدل على أن المرأة كانت كاذبة في خبرها ، وأن النبي ﷺ رد عليها دعواها بأمرين :

أولاهما : بقوله : "فإن كان ذلك لم تحلي له أو لم تصلحي له حتى يذوق من عسيلتك".

ثانيهما : بالاستدلال على صدق عبدالرحمن بولديه اللذين كانا معه وقول النبي ﷺ "هذا الذي تزعمين ما تزعمين؟ فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب"^(٢).

٢- ومن الردود على استدلال ابن حزم هو أنه قد قيل أن طلبها ذلك كان بعد ما طلقها عبدالرحمن بن الزبير ، وحيثئذ فلا معنى لإعطائها الخيار ، كما جاء ذلك

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب اللباس ، باب : الثياب الخضرة (فتح ٣٤٦/١٠) رقم (٥٨٢٥).

(٢) انظر : فتح الباري (٣٤٧/١٠) ، المغني (٨٣/١٠).

صريحاً في الصحيحين من حديث عائشة قالت: طلق رجل امرأته ثلاثاً فتزوجها رجل آخر فطلقها قبل أن يدخل بها فأراد زوجها الأول أن يتزوجها، فسئل النبي ﷺ عن ذلك فقال: لا" (١).

وأما الحديث الذي استدلوا به فهو وإن كان ثابتاً لا إشكال فيه إلا أنه ناقص قد سقط منه ذكر طلاق عبدالرحمن بن الزبير لامرأته تيممة، ويحسن هنا أن نذكر كلاماً جميلاً لابن عبدالبر حيث قال: "ورواية ابن شهاب حديث ثابت إلا أنه سقط منه ذكر طلاق عبدالرحمن بن الزبير لامرأته تيممة المذكورة، فتعلق به قومٌ شدوا عن سبيل السلف، والخلف من العلماء في تأجيل العنين، فأبطلوه، منهم: ابن علية وداود، وقالوا: قد شككت تيممة بنت وهب لرسول الله ﷺ أن زوجها عبدالرحمن ابن الزبير ليس معه إلا مثل هدبة الثوب، فلم يؤجله، ولا حال بينها وبينه.

قالوا: وهو مرض من الأمراض، لا قيام للمرأة به، فخالفوا به جماعة الفقهاء والصحابة برأي متوهم، وتركوا النظر المؤدي إلى المعرفة بأن البغية من النكاح الوطء، وابتغاء النسل، وأن حكمها في ذلك كحكمه لو وجدها رتقاء، ولم يقفوا على ما في حديث مالك هذا وغيره بأن المرأة لم تذكر قصة زوجها عبدالرحمن بن الزبير إلا بعد طلاقه، وبعد فراقه لها، فأبي تأجيل يكون ها هنا... وإذا صح طلاق عبدالرحمن لزوجها هذه بطلت التُّكَّة التي بها نزع من أبطل تأجيل العنين من هذا الحديث" (٢). اهـ.

فإذا كان هذا في العنين الذي معه آتته فكيف بمن قد استؤصلت منه تلك الآكلة؟، فإن إثبات الخيار لها حينئذٍ متعين ولا شك، وقد نقل الاتفاق على هذا

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب: من جَوَّز الطلاق الثلاث (فتح ٤٥٣/٩) رقم (٥٢٦١)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره (١٠٥٧/٢) رقم (١٤٣٣) واللفظ له.

(٢) الاستذكار (١٥٣/١٦) وراجع للزيادة المغني (٨٣/١٠).

الأمر القاضي عياض، ولم يعتدَّ بخلاف الظاهرية حيث يقول: "اتفق كافة العلماء على أن للمرأة حقاً في الجماع فيثبت الخيار لها إذا تزوجت المحبوب والممسوح جاهلة بهما"^(١) اهـ.

وعلى هذا فإن إجماع الصحابة رضي الله عنهم في العنين أنه يؤجل سنة، فإن قدر عليها، وإلا كان لها الخيار^(٢) دليل على ثبوت الخيار لها إذا كان الزوج مخصياً بقطع ذكره، مع أن إمساكها مع عدم القدرة على نكاحها ظلم لها؛ لأنه لا يمكنها قضاء شهوتها التي أباحها الله لها، فموجب رفع الظلم عنها بإثبات الخيار لها^(٣)، زد على هذا أن عدم القدرة على نكاحها يفوت عليها المقصود بالعقد من الإحصان وغيره من مقاصد النكاح، وفوات المقصود الأعظم بالعقد يثبت للعاقد حق رفع العقد، وذلك بإثبات الخيار لها^(٤).

القسم الثاني: الخصي غير المحبوب: وهو الذي قد استؤصلت خصيته دون ذكره.

فإن حكم هذا عند أهل العلم من الأئمة الأربعة وغيرهم في تفصيل، فإذا كان ذكره لا ينتشر ولا يقدر على جماعها، فإن حكمه حكم العنين يؤجل سنة، فإن قدر على جماعها وإلا ثبت لها الخيار^(٥).

(١) فتح الباري (٥٨٥/٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣٢٢/٢-٣٢٣)، الاستذكار (١٥٣/١٦-١٥٤)، المغني (٨٢/١٠)، نهاية المحتاج (٣١٠/٦).

(٣) انظر: المبسوط (١٠١/٥)، والبنية على الهداية للعيني (٣٩٢/٥).

(٤) انظر: المبسوط (١٠١/٥)، الاستذكار (١٥٣/١٦).

(٥) انظر: المبسوط (٩٧/٥)، بدائع الصنائع (٣٢٢/٢، ٣٢٧)، والمدونة (١٤٤/٢)، شرح الخرشبي

(٢٣٦/٣)، والأم (٤٣/٥)، الحاوي الكبير (٤٦٤/١١)، نهاية المحتاج (٣٠٩/٦-٣١٠)، المغني

(٥٧/١٠)، الفروع (٢٢٨/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٩/٣)، القواعد النورانية (ص ٢٣٨).

وأما إذا كان يقدر على جماعها، فإنه حينئذٍ ليس لها الخيار عند عامة أهل العلم من الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، خلافاً للمالكية^(٤) الذين اشترطوا بأن يكون يُمنّي، فإن لم يُمنّي ثبت لها الخيار؛ لأن الخيار إنما هو لعدم تمام اللذة، وهي مفقودة بعدم الإنزال^(٥).

والصواب هو قول جماهير أهل العلم؛ لأن المقصود من النكاح حاصل وهو إعفافها بالوطء، وقد قيل: إنَّ وطأه أكثر من وطء غيره؛ لأنه لا يُنزل فيفترا بالإنزال^(٦).

* * *

(١) انظر: البحر الرائق (١٢٤/٤).

(٢) انظر: الأم (٤٣/٥)، مغني المحتاج (٣٤٠/٤)، كفاية الأخيار (٥٩/٢-٦٠).

(٣) انظر: المغني (٨٥/١٠).

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير (٢٧٨/٢)، شرح الخرشي (٢٣٦/٣).

(٥) انظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (٢٣٦، ٢٣٧/٣)، شرح الخرشي (٢٣٦/٣).

(٦) انظر: المغني (٨٥/١٠).

المطلب الثالث

غش الزوجة فيما إذا تزوجت رجلاً على أنه حرّ
فبان عبداً وأثره على العقد

إذا تزوجت المرأة رجلاً، فادعى حرته، وقد أذن سيده بنكاحه فلم تشعر بذلك إلا بعد نكاحها به، فهل يفسد النكاح لأجل الغرور؟ أم لا؟.

سبق أن ذكرنا بحث هذه المسألة في المبحث الأول من هذا الفصل تحت المطلب الثالث منه، وذكرنا أن المسألة على قولين، وأن الراجح هو القول بعدم فساد النكاح لأجل الغرور^(١)؛ لأن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات، فلا يؤثر عدمها في صحته^(٢)؛ ولأن الخُلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى^(٣).

والذي يهمنا في هذا المطلب هو أن غش الزوجة وتغيرها هل يثبت لها حق الخيار في فسخ النكاح لأجل الغش إذا بان الزوج عبداً؟ أم لا؟.
عامة أهل العلم القائلين بأن النكاح لا يفسد بالغرور - وهم الحنفية^(٤) والمالكية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والأظهر عند الشافعية^(٧) - يثبتون للمرأة الخيار في فسخ النكاح.

-
- (١) راجع بحث هذه المسألة مع أدلة كل فريق ومناقشتها في صفحة (٥٠٠) وما بعدها من هذا الكتاب.
(٢) انظر: المغني (٤٤٠/٩)، الذخيرة للقرافي (٤٣٥/٤)، تكملة المجموع (٢٨٧/١٦-٢٨٨).
(٣) انظر: مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٦٦/٣).
(٤) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، بدائع الصنائع (٣٢٠-٣٢١/٢)، الاختيار لتعليل المختار (١٣٢/٣).
(٥) انظر: المدونة (١٤١/٢-١٤٢)، شرح الخرشي (٢٣٩/٣)، الذخيرة للقرافي (٢١٣/٤)، الشرح الكبير للدردير (٢٨١/٢).
(٦) انظر: المغني (٤٤٨/٩)، كشف القناع (١٠١/٥-١٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٤٦/٣)، الإنصاف (٤٤٩/٢٠).
(٧) انظر: روضة الطالبين (١٨٤/٧-١٨٥)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، تكملة المجموع (٢٨٧/١٦).

ودليلهم في ذلك :

الدليل الأول: قالوا: لأن الإجماع من أهل العلم قائم على أن المرأة إذا عتقت تحت عبد كان لها الخيار بفسخ النكاح^(١)، فإذا ملكت الفسخ للحرية الطارئة فللسابقة من باب أولى^(٢).

الدليل الثاني: ولأن العبد لا يكافئ الحرية، وافتراشها له ذل في جانبها تُعَيَّرُ به وهو نقص وشين، وهي قد ترضى استفراش من هو أفضل منها ولا ترضى استفراش من هو دونها^(٣).

الدليل الثالث: ولأن الزوجة قد اشترطت صفةً مقصودة لها، وهي لم ترض بالزوج إلا بهذه الصفة - الحرية - فثبت لها الخيار بفواته^(٤).

قال الإمام محمد بن شهاب الزهري^(٥) في عبد انطلق إلى حيٍّ من المسلمين فحدثهم أنه حرّ، فزوجوه امرأة حرة وهو عبد، ولم تعلم المرأة بذلك، فقال: السنة في ذلك أن يُفَرَّقَ بينهما حين تعلم بذلك، ثم تعتدّ عدة الحرية المسلمة، ويجلد العبد نكالاً لما كذبها وخبئها وأحدث في الدين^(٦).



(١) نقل الإجماع غير واحد من أهل العلم، منهم: ابن المنذر، ابن عبد البر، وابن قدامة وغيرهم، فضلاً عن: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (٦٥/١)، الاستذكار لابن عبد البر (١٤٩/١٧)، المغني (٦٨/١٠).

(٢) انظر: كشاف القناع (١٠٢/٥).

(٣) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، تكملة المجموع (٢٨٧/١٦)، الاختيار لتعليل المختار (١٣٢/٣).

(٤) انظر: تكملة المجموع (٢٩٠/١٦).

(٥) هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله بن شهاب الزهري القرشي المدني، أحد الأئمة الأعلام وعالم الحجاز والشام، التابعي، وكان أحفظ أهل زمانه، ومن أكابر الحفاظ والفقهاء في المدينة. ت: (١٢٤)هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (١٠٨/١)، شذرات الذهب (١٦٢/١).

(٦) انظر: المدونة الكبرى (١٤٢/٢).

المطلب الرابع

غش الزوجة فيما إذا خدعها الزوج بنسبه وأثره على العقد

قد تتزوج المرأة بغير كفاء، كأن يغرّها بنسبه فتتزوجه بناءً على تغريبه وظاهر حاله، ثم تعلم بعد ذلك بأنه غير كفاءٍ لها، فهل يصح نكاحها؟ أو لا يصح لتغريبه بالكفاءة في النكاح؟.

الكلام في هذه المسألة هو في حكم الكفاءة من حيث اعتبارها في النكاح، أو عدم اعتبارها، على قولين عند أهل العلم.

القول الأول: أن الكفاءة تعتبر للزوم النكاح لا لصحته، فيصح النكاح مع فقدها.

وهذا مذهب الحنفية في ظاهر الرواية^(١)، وهو المعتمد عند المالكية^(٢)، وهو مذهب الشافعية^(٣)، والمذهب عند أكثر متأخري الحنابلة^(٤)، والأصح كما قال في المقنع والشرح^(٥).

(١) انظر: المبسوط (٢٦/٥)، بدائع الصنائع (٣١٧/٢)، تبيين الحقائق (١٢٨/٢)، فتح القدير (٤١٧/٢)، الجوهرة النيرة (١١/٢).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٢٤٩/٢)، عقد الجواهر الثمينة (٢٦/٢)، المدونة (١٠٥/٢)، شرح الخرشني (٢٠٥/٣-٢٠٦).

(٣) انظر: نهاية المحتاج (٢٥٣/٦)، مغني المحتاج (٢٧٠/٤)، تحفة المحتاج (٢٧٥/٧)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢٣٠/٣) وما بعدها.

(٤) انظر: المغني (٣٨٨/٩)، الفروع (١٨٩/٥)، كشاف القناع (٦٧/٥)، الإنصاف (٢٥٥/٢٠)، وقال: وهو الصواب الذي لا يُعَدل عنه "أه، شرح منتهى الإرادات (٢٦/٣).

(٥) انظر: المقنع (٢٥٥/٢٠)، الشرح الكبير (٢٥٥/٢٠).

وهذا القول مروى عن عمر بن الخطاب^(١)، وابن مسعود^(٢) وعمر بن عبدالعزيز^(٣)، وحماد بن أبي سليمان^{(٤)(٥)}، وابن سيرين^(٦)، وهو قول أكثر أهل العلم^(٧).

وحجتهم في ذلك:

١- ما ثبت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً، وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار"^(٨).

٢- أن فاطمة بنت قيس خطبها معاوية بن أبي سفيان وأبوالجهم وأسامة بن زيد فقال رسول الله ﷺ: (أما معاوية فرجل ترب^(٩))، وأما أبوجهم فرجل ضراب

(١) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٤٦٦/٣)، المغني (٣٨٨/٩).

(٢) انظر: سنن سعيد بن منصور (١٦١/١).

(٣) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٤٦٦/٣)، المغني (٣٨٨/٩).

(٤) هو حماد بن أبي سليمان - مسلم - أبوإسماعيل، الكوفي التابعي، فقيه أهل العراق، مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري، كان أحد العلماء الأذكياء، ت: سنة (١٢٠) هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٢٣١/٥).

(٥) انظر: المغني (٣٨٨/٩).

(٦) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٤٦٧/٣)، المغني (٣٨٨/٩).

(٧) انظر: المغني (٣٨٨/٩)، بدائع الصنائع (٣١٧/٢).

(٨) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين (فتح ١٦٣/٩) رقم (٥٠٨٨).

(٩) التَّرب: أي الفقير، انظر: النهاية في غريب الحديث (١٨٥/١)، القاموس المحيط (ص ٧٨)، شرح

النوي على صحيح مسلم (١٠٤/١٠).

للنساء، ولكن أسامة بن زيد، فقالت بيدها: هكذا، أسامة، أسامة^(١)، فقال رسول الله ﷺ: (طاعة الله وطاعة رسوله خير لك) فقالت: "فتزوجته فاغتبطت"^(٢).

٣- أن النبي ﷺ زوج زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية^(٣).

٤- ومن المعقول: قالوا: ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة، أو الأولياء، أو لهما، فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب^(٤).

أما وجه اعتبارها عندهم:

فهو أن انتظام المصالح يكون عادة بين المتكافئين، والنكاح شرع لانتظامها، ولا تنتظم المصالح بين غير المتكافئين، فالشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، وتعير بذلك؛ ولأن النكاح وضع لتأسيس القرابات الصهرية، ليصير البعيد قريباً عضداً وساعداً، يسره ما يسرك، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب، ولا مقاربة للنفوس عند مباحة الأنساب والاتصاف بالرق والحرية، ونحو ذلك، ففقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا تترتب عليه مقاصده^(٥).

(١) قالت ذلك كراهية له لعدم كفاءته لها؛ لأنها قرشية، وهو من الموالي، ثم رأت خيراً. انظر مختصر صحيح مسلم للمنزدي. تحقيق: الشيخ الألباني (ص ٢٢٥)، وانظر: شرح النووي على صحيح مسلم (١٠/١٠٧، ٩٨).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن، كتاب النكاح، باب: المهر (٣/٣٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: لا يرد نكاح غير الكفو (٧/١٣٦)، وعبدالرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب: الأكفاء (٦/١٥٣)، من حديث زينب بنت جحش رضي الله عنها، والحديث بمعناه مختصراً.

(٤) انظر: المغني (٩/٣٨٩)، بدائع الصنائع (٢/٣١٧)، مغني المحتاج (٤/٢٧٠-٢٧١)، الدر المختار (٣/٨٥، ٨٤)، حاشية الجمل (٤/١٦٣).

(٥) انظر: رد المحتار (٣/٨٤-٨٦)، الهداية مع فتح القدير (٢/٤١٨). بدائع الصنائع (٢/٣١٧).

القول الثاني: أن الكفاءة شرط في صحة النكاح، وقد ذهب إلى هذا الحنفية في الرواية المختارة للفتوى عندهم^(١)، وهو قول لبعض فقهاء المالكية^(٢)، وهو رواية عند الإمام أحمد اختارها الخرقى وجماعة^(٣)، وقال المرادوي: وهي المذهب عند أكثر المتقدمين^(٤)، وقال الزركشي: "هذا المنصوص المشهور والمختار لعامة الأصحاب من الروايتين"^(٥).

وقال الإمام أحمد: "إذا تزوج المولى العربية فرّق بينهما"، وقال أيضاً في الرجل يشرب الشراب: "ما هو بكفء لها، يفرّق بينهما"، وقال: "لو كان المتزوج حائكاً فرقتُ بينهما"^(٦).

وحجتهم في ذلك:

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: (لا تُنكحوا النساء إلا من الأكفاء، ولا يُزوجهن إلا الأولياء)^(٧).

المناقشة:

وأجيب على هذا الاستدلال فقيل: إن الحديث ضعيف لا يحتج به، وهو من طريق مبشر بن عبيد حدثني الحجاج بن أرطاة عن عطاء وعمرو بن دينار عن جابر

(١) انظر: رد المحتار (٣/٨٥، ٨٤).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٢/٢٤٩)، مواهب الجليل (٥/١٠٦-١٠٨)، ومن هؤلاء: اللخمي، وابن بشير، وابن فرحون، وابن سلمون، وغيرهم. انظر المصادر السابقة.

(٣) انظر: المغني (٩/٣٨٧)، الفروع (٥/١٨٩).

(٤) انظر: الإنصاف (٢٠/٢٥٣).

(٥) شرح الزركشي على مختصر الخرقى (٥/٥٩).

(٦) انظر: المغني (٩/٣٨٧)، الفروع (٥/١٨٩).

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن، كتاب النكاح، باب: المهر (٣/٢٤٥)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: اعتبار الكفاءة (٧/١٣٣)، من حديث جابر بن عبد الله ﷺ.

ابن عبدالله به، وفي سنده: مبشر بن عبيد، والحجاج بن أرطأة، ومبشر قال فيه الدارقطني: متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها^(١).

وقال فيه الإمام أحمد: "أحاديثه أحاديث موضوعة كذب"^(٢).

وقال ابن حبان عن مبشر بن عبيد: يروي عن الثقات الموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب^(٣).

وضعفه البيهقي أيضاً^(٤).

وفيه علة ثانية: وهي أن الحجاج بن أرطأة ضعيف، ويدلّس على الضعفاء^(٥).

قال البيهقي: هذا حديث ضعيف بمرّة، وقال في اعتبار الكفاءة أحاديث أخر لا تقوم بأكثرها الحجّة^(٦)، وقال ابن عبدالبر: "هذا ضعيف، لا أصل له ولا يحتج بمثله"^(٧).

٢- وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لأمنعنّ فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء"^(٨).

(١) انظر: سنن الدارقطني (٣/٣٤٥).

(٢) انظر: الضعفاء للعقيلي (٤/٢٣٥)، وتهذيب الكمال (٢٧/١٩٥).

(٣) كتاب المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (٣/٣١٣) ط. دار الوعي.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي (٧/١٣٣).

(٥) انظر: تهذيب الكمال (٥/٤٢٣) وما بعدها، ونصب الراية للزيلعي (٣/٣٦٢).

(٦) السنن الكبرى (٧/١٣٢-١٣٣).

(٧) التمهيد لابن عبدالبر (١٩/١٦٥).

(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: اعتبار الكفاءة (٧/١٣٣)، وعبدالرزاق

في المصنف، كتاب النكاح، باب: الأكفاء (٦/١٥٤، ١٥٢)، وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب

النكاح، باب: ما قالوا في الأكفاء (٣/٤٦٦).

المناقشة:

وأجيب على هذا الأثر بأجوبة، منها:

الأول: أن فيه انقطاع؛ لأن إبراهيم بن محمد بن طلحة لم يسمع من عمر ولم يدركه^(١).

الثاني: أن معنى الحديث كما قال الشافعي - رحمه الله -: المعنى في اشتراط الولاية في النكاح كيلا تُضَيِّع المرأة نفسها^(٢).

الثالث: ما قاله ابن قدامة - رحمه الله -: "وما رُوي فيها يدلّ على اعتبارها في الجملة، ولا يلزم منه اشتراطها، وذلك لأن للزوجة وكلّ واحد من الأولياء فيها حقاً، ومن لم يرض منهم فله الفسخ، ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته، جعل لها النبي ﷺ الخيار، فأجازت ما صنع أبوها"^{(٣)(٤)}. اهـ.

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلتهم، وضعف ومناقشة أدلة القول الثاني.

(١) انظر: تهذيب الكمال (١٧٢/٢)، وتهذيب التهذيب (٨١/١). وقد ذكر الحافظ ابن حجر في تهذيب التهذيب: "أن هشام بن الكلبي ذكر أن أم إبراهيم بن محمد بن طلحة وهي خولة بنت منظور بن زيان تزوجها أبوه، وقتل يوم الجمل وهي حامل بإبراهيم، فيكون مولده سنة ست وثلاثين، وتكون روايته عن عمر مرسلة بلا شك.

(٢) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (١٣٣/٧).

(٣) المغني (٣٨٩/٩).

(٤) أخرجه النسائي في المجتبى، كتاب النكاح، باب: البكر يزوجه أبوها وهي كارهة (٨٦/٦)، وابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب: من زوّج ابنته وهي كارهة (٦٠٢/١)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

فعلى هذا فالكفاءة معتبرة في النكاح لدفع العار والضرار. وخصالها - أي الصفات المعتبرة فيها - مما اختلف فيه الفقهاء - رحمهم الله - ، إلا أنهم متفقون على اعتبار الكفاءة في الدين ، كما نص على ذلك الحافظ ابن حجر^(١) ، والشوكاني^(٢) ، رحمهم الله جميعاً.

أما غير الدين من النسب - ويسميه البعض المنصب - والحرفة والحرية والمال ، فمما اختلف الفقهاء فيها ، وكل له تفصيل قد يتفق أو يختلف مع الآخر^(٣).

والذي يهمنا في هذا المطلب هو الكفاءة في النسب ، فالذي عليه جماهير أهل العلم من الحنفية^(٤) ، والشافعية^(٥) ، والحنابلة^(٦) ، أن من الخصال المعتبرة في الكفاءة النسب ، مستدلين على ذلك بما أخرجه النسائي وابن ماجه من حديث عائشة رضي الله عنها أن فتاة دخلت عليها فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته ، وأنا كارهة ، قالت : اجلسي حتى يأتي النبي ﷺ ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها ، فقالت : يا رسول الله ، قد أجزت ما صنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم للنساء من الأمر شيء؟^(٧).

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا : ومحل الحجة منه قولها : " ليرفع بي خسيسته " أي دناءته ، وهذا مشعر بأنه غير كُفء لها^(٨).

(١) انظر : فتح الباري (١٦٤/٩).

(٢) انظر : السيل الجرار (٢٩١/٢).

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٣١٩/٢) ، ونهاية المحتاج (٢٥٢/٦) ، ومطالب أولي النهى (٨٥/٥).

(٤) انظر : بدائع الصنائع (٣١٩/٢) ، فتح القدير (٤١٩/٢) ، تبين الحقائق (١٢٩/٢) وما بعدها.

(٥) انظر : نهاية المحتاج (٢٥٣/٦) وما بعدها ، مغني المحتاج (٢٧٣/٤) ، روضة الطالبين (٨٠/٧).

(٦) انظر : المغني (٣٩١/٩) ، مطالب أولي النهى (٨٥/٥) ، كشاف القناع (٦٧/٥) ، الفروع

(١٩٠/٥).

(٧) سبق نخرجه.

(٨) انظر : السيل الجرار للشوكاني (٢٩٢/٢) ، وحاشية السندي على المجتبى للنسائي (٨٧/٦).

المناقشة:

وأجيب: بأن هذا من كلامها، والنبي ﷺ إنما جعل الأمر إليها لكون أبيها زوجها من غير رضاها؛ لأن رضاها معتبر، فإذا لم ترض بالنكاح فيثبت لها الخيار، سواء كان المعقود له كفواً أو غير كفء، ثم إن أباه قد زوجها ابن أخيه، وابن عم المرأة كفء لها في النسب بلا إشكال^(١)، وعلى هذا فليس في الحديث مستمسك للقائلين باعتبار النسب في الكفاءة.

وقال البيهقي: "وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا تقوم بأكثرها حجة"^(٢).

وقال الحافظ ابن حجر: "ولم يثبت في اعتبار الكفاءة بالنسب حديث"^(٣).

الدليل الثاني: ما رواه ابن عمر مرفوعاً: "العرب بعضهم أكفاء بعض، والموالي بعضهم أكفاء بعض، إلا حائكاً أو حجّاماً"^(٤).

المناقشة:

وأجيب: بأن الحديث موضوع لا أصل له، قال أبو حاتم: هذا كذب لا أصل^(٥)، وقال في موضع آخر: باطل. وقال الدارقطني في العلل: لا يصح^(٦). وقال ابن عبد البر: "هذا منكر موضوع، وله طرق كلها واهية"^(٧). وقال الحافظ ابن حجر:

(١) انظر: السيل الجرار (٢/٢٩٢).

(٢) السنن الكبرى (٧/١٣٢).

(٣) فتح الباري (٩/١٦٤).

(٤) أخرجه البزار في مسنده، كتاب النكاح، باب: الكفاءة حديث رقم (١٤٢٤)، كشف الأستار

(٢/١٦٠-١٦١)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٢٧٥): "رواه البزار، وفيه سليمان بن أبي

الجون، ولم أجد من ذكره، وبقيّة رجاله رجال الصحيح" اهـ.

(٥) علل الحديث لابن أبي حاتم (١/٤١٢).

(٦) انظر: سبل السلام (٣/٢٧٤).

(٧) التمهيد (١٩/١٦٥).

"في إسناده راوٍ لم يُسَمَّ، واستكره أبو حاتم، وله شاهد عند البزار عن معاذ بن جبل بسند ضعيف"^(١).

والقول الثاني: أن المعتبر في الكفاءة الدّين.

وهو قول مالك بن أنس^(٢)، ويُروى عن عمر^(٣)، وابن مسعود^(٤)، وابن سيرين^(٥)، وعمر بن عبدالعزيز^(٦)، وظاهر قول البخاري في صحيحه^(٧)، وهو اختيار ابن عبدالبر^(٨)، والشوكاني^(٩)، والصنعاني^{(١٠)(١١)}، وغيرهم، وهذا مذهب أكثر أهل المدينة^(١٢)، قال مالك - رحمه الله - : "لم أرَ هذا من أهل الفقه والفضل، ولم أسمع أنه أنكر أن يتزوج العرب في قریش، ولا أن يتزوج الموالي في العرب وقریش، إذا كان كفوًّا في حاله"^(١٣).

(١) بلوغ المرام من أدلة الأحكام (ص ٢١١-٢١٢).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٢/٢٤٩)، التاج والإكليل (٥/١٠٨)، شرح الخرشي (٣/٢٠٧)، التمهيد (١٩/١٦٢).

(٣) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٤٦٦).

(٤) انظر: سنن سعيد بن منصور (١/١٦١).

(٥) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٤٦٦).

(٦) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٣/٤٦٦).

(٧) انظر: فتح الباري (٩/١٦٣).

(٨) انظر: التمهيد (١٩/١٦٢ وما بعدها).

(٩) انظر: السيل الجرار (٢/٢٩٥).

(١٠) هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني الصنعاني، أبو إبراهيم، المعروف كأسلافه بالأمير من بيت الإمامة في اليمن، أصيب بمحن كثيرة من الجهلاء والعوام، له نحو مائة مؤلفات:

سنة ١١٨٢ هـ. انظر: الأعلام (٦/٣٨).

(١١) انظر: سبل السلام (٣/٢٧٤).

(١٢) انظر: التمهيد (١٩/١٦٢).

(١٣) انظر: التمهيد (١٩/١٦٢).

وحجتهم في ذلك:

١ - ما ثبت عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها: "أنكحي أسامة"^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

قال ابن عبد البر: أصح شيء في هذا الباب: حديث مالك وغيره في قصة فاطمة بنت قيس ونكاحها بإذن رسول الله ﷺ أسامة بن زيد، وهو ممن قد جرى على أبيه السب والعتق^(٢).

وقال أيضاً: "وأما قوله: "أنكحي أسامة بن زيد"، قالت: فنكحته، ففي هذا جواز نكاح الموالي القرشية، وأسامة بن زيد بن حارثة مولى رسول الله ﷺ وهو رجل من كلب، وفاطمة قرشية فهريه أخت الضحاك بن قيس الفهري، وهذا أقوى شيء في نكاح المولى العربية والقرشية، ونكاح العربي القرشية، وهذا مذهب مالك، وعليه أكثر أهل المدينة"^(٣).

ويؤخذ من هذا الحديث أيضاً أن النبي ﷺ أمرها أن تتزوج أسامة وجعل الأمر معلقاً عليها، ولم يجعل للأولياء اعتبار، والقائلون باعتبار النسب، قالوا: للأولياء حق الاعتراض إذا زوجت نفسها من غير كفاء، وهذا الحديث يرد عليهم.

الدليل الثاني:

ما رواه البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها: أن أبا حذيفة بن عتبة ابن ربيعة تبني سالماً، وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة، وهو مولى لامرأة من الأنصار"^(٤).

(١) سبق تخريجه.

(٢) التمهيد (١٦٦/١٩).

(٣) انظر: التمهيد (١٦٢/١٩).

(٤) سبق تخريجه.

قال مالك - رحمه الله - : " فلم ينكر ذلك عليه ولم يعبه أحد من أهل ذلك الزمان" (١) .

إذا ثبت هذا، فإن المالكية مع أنهم لا يجعلون النسب من الكفاءة إلا أنهم يجعلون للمرأة الخيار إذا انتسب الزوج لغير نسبه لأجل التغيرير والخديعة.

ففي المدونة: "قلت: رأيت إن كان الرجل لقيّة، وتزوجها على نسب ثم علمت بعد أنه لقيّة؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، ولكنني أرى في المرأة أن لها أن ترده ولا تقبله إذا كان إنما تزوجها على نسب، فكان لقيّة مثل ما قال مالك في المرأة" (٢) . اهـ.

وقال الدردير - رحمه الله - في الشرح الكبير على مختصر خليل: "... (وللعربية) وهي التي لم يتقدم عليها رق لأحد لا من تتكلم باللغة العربية (ردّ) الزوج (المولى) - أي: العتيق (المنتسب) لفيخذ من العرب - أي تزوجته لانتسابه إليهم فوجدته عتيقاً لهم؛ لأنه بانتسابه كأنه مشروط ذلك فثبت لها رده، فلا ينافي قوله والمولى وغير الشريف والأقل جاهاً: كفاء، إذ ليس فيه شرط بخلاف ما هنا..." (٣) . اهـ.

فعلى هذا، فكلا القولين يدخلان في الغش بالزوجة فيما إذا خدعها الزوج بنسبه.

وفي هذا المطلب فرعان:

الفرع الأول

إذا كان نسبه مخللاً بالكفاءة

إذا انتسب الزوج لغير نسبه، وتسمى بغير اسمه لامرأة فتزوجته بناءً على تغريره، ثم علمت بعد ذلك أنه كاذب في انتسابه، وكان نسبه المكتوم دون ما

(١) انظر: التمهيد (١٦٢/١٩)، وانظر: كلاماً نفسياً لابن عبد البر في التمهيد (١٦٥/١٩)، والشوكاني في السيل الجرار (٢٩٥/٢)، والصنعاني في سبل السلام (٢٧٤/٣-٢٧٥).

(٢) المدونة الكبرى (١٤٣/٢).

(٣) الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ومعه حاشية الدسوقي (٢٩٠/٢).

أظهره، وهو غير كفاء لها، بأن تزوج قرشية على أنه من قریش، ثم تبين أنه من الموالي، فالحكم في هذه الحال أن لها الخيار.

قال الكاساني في بدائع الصنائع: "ولو أظهر رجل نسبه لامرأة فزوجت نفسها منه، ثم ظهر نسبه على خلاف ما أظهره فالأمر لا يخلو إما أن يكون المكتوم مثل المظهر، وإما أن يكون أعلى منه وإما أن يكون أدون... وإن كان أدون منه بأن أظهر أنه قرشي ثم ظهر أنه عربي، فلها الخيار..."^(١) اهـ.

وقال الخرشي المالكي في شرحه على مختصر خليل: "إن الرجل إذا تزوج امرأة، وقال لها إنه من القبيلة الفلانية، يعني: أنه انتسب إلى فخذ من العرب، فتزوجته على ذلك، فلما دخل بها وجدته غير عربي، أي: وجدته مولى، أي: عتيقاً لقوم من العرب، فإنه يثبت الخيار لها في رده وعدمه..."^(٢) اهـ.

أما الشافعية فلهم في هذه المسألة قولان، فإذا تزوجها على أنه قرشي فبان أنه غير قرشي، فهل يصح العقد أو لا؟، قولان عندهم:

القول الأول: أن النكاح باطل؛ لأن الاعتماد في النكاح على الصفات والأسماء كما أن الاعتماد في البيوع على المشاهدة^(٣).

القول الثاني عندهم: أن النكاح صحيح، وهو الصحيح عندهم؛ لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، وانظر المبسوط (٢٩/٥-٣٠)، حاشية ابن عابدين (٨٥/٣) و(٥٩٧/٢).

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٥٠/٣)، وانظر التاج والإكليل (١٦٨/٥)، حاشية الدسوقي (٢٩٠/٢).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٣٤٧/٤-٣٤٨)، نهاية المحتاج (٣١٧/٦)، روضة الطالبين (١٨٣/٧-١٨٤)، تكملة المجموع (٢٨٧/١٦).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

فعلى القول الراجح عندهم وهو صحة النكاح ؛ إذ انتسب إلى غير نسبه فبان أدون منها وكان نسبه المكتوم مخلأ بالكفاءة، ثبت لها الخيار^(١).

قال النووي في منهاج الطالبين: "ولو نكح وشُرط فيها إسلام أو في أحدهما نسباً أو حُرية أو غيرهما، فأخلف، فالأظهر صحة النكاح.... وإن بَانَ دونه فلها الخيار"^(٢). اهـ.

وعند الحنابلة إذا تزوجت من غير كفاء روايتان قد سبق الكلام عليهما عند الحديث عن الكفاءة، هل هي شرط لصحة النكاح أو للزومه ؟.

وقد ذكرنا أن الراجح هو قول أكثر متأخري الحنابلة أن النكاح صحيح، ولن لم يرض الخيار^(٣).

والخيار إنما ثبت للمرأة؛ لأن نكاحها بأقل منها نسباً نقص عليها وهي لم ترض بالنقص^(٤)، ولأن المرأة قد ترضى استفراش من هو أفضل منها، ولا ترضى استفراش من هو أقل منها، فإذا ظهر أنه غرّها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها. فلهذا كان لها الخيار؛ لأنه بانتسابه كأنه مشرط ذلك في العقد^(٥).

(١) انظر: المصادر السابقة.

(٢) منهاج الطالبين مع شرحه مغني المحتاج (٤/٣٤٧-٣٤٨).

(٣) راجع صفحة (٥٨١) وما بعدها من هذا البحث، وانظر: الشرح الكبير على المقنع (٢٠/٤٥١)، الكافي لابن قدامة (٣/٧٢، ٣٠)، الإنصاف (٢٠/٤٥١)، كشف القناع (٥/١٠٢).

(٤) انظر: المهذب مع تكملة المجموع (١٦/٢٨٥).

(٥) انظر: المبسوط (٥/٣٠)، بدائع الصنائع (٢/٣٢١)، الشرح الكبير للدردير المالكي (٢/٢٩٠)، وانظر كلاماً نفيساً للقرافي في الفروق (١/١١٨-١١٩) ط. عالم الكتب.

الضرع الثاني

إذا كان نسبه غير مخلّ بالكفاءة

إذا تزوج الرجل امرأة وقد انتسب إلى غير نسبه، فتزوجته، فلما دخل بها، بَانَ نسبه المكتوم أقلّ مما انتسب إليه، إلا أنه غير مخلّ بالكفاءة، كأن تزوج عربية على أنه من قريش ثم تبين أنه من العرب، فهل يثبت لها الخيار لأجل التغيرير؟ أم لا، لعدم العار والنقص؟، على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: يثبت لها الخيار:

وهذا مذهب الحنفية^(١)، وقول عند المالكية اختاره ابن رشد، فقد نقل ابن عرفة أن تحصيل ابن رشد في هذه المسألة وهو أن المرأة إذا وجدت الرجل أفضل مما اشترطت فلا خيار لها، وإن وجدته أدنى مما اشترطت وأدنى منها فلها الخيار، وإن وجدته أولى مما اشترطت وهو أرفع منها أو مثلها ففي خيارها قولان، قال: والقول بالخيار أظهر^(٢). اهـ.

وهذا قول عند الشافعية^(٣)، وهو ما جرى عليه السبكي والبلقيني^(٤)، وهو وجه عند الحنابلة، اختاره أبو العباس ابن تيمية^(٥).

(١) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، حاشية ابن عابدين (٨٥/٣).

(٢) مواهب الجليل (١٦٨/٥). الشرح الكبير للدردير (٢٩٠-٢٩١/٢).

(٣) انظر: المهذب مع تكملة المجموع (٢٨٥/١٦)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، نهاية المحتاج (٣١٧/٦)، روضة الطالبين (١٨٤/٧).

(٤) انظر: مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، نهاية المحتاج (٣١٧/٦).

(٥) انظر: الفروع (٢٢٥/٥)، الإنصاف (٤٥١/٢٠).

وحجتهم في ذلك:

- ١- قالوا: لأن المرأة إنما رضيت بالزوج بشرط الزيادة في النسب، وهي زيادة مرغوب فيها، ولم تحصل، فلا تكون راضية بدونها، فكان لها الخيار^(١).
- ٢- ولأن الزوج حينما انتسب إلى غير نسبه في العقد فكأنه مشروط ذلك، فثبت لها الخيار، لأجل الغش والتغريب بها، كالحلْف بالشرط^(٢).

القول الثاني: لا خيار لها:

- وهذا قول زفر من الحنفية^(٣)، وقول ابن القاسم من المالكية حيث يقول: "من تزوج على أنه من فخذ من العرب فوجد من غيره، إن كان مولى فلها فراقه إن كانت عربية، وإن كان عربياً من غير القبيل الذي سمى فلا خيار لها، إلا أن تكون قرشية تتزوجه على أنه قرشي فإذا هو عربي فلها الخيار"^(٤). اهـ.
- وهذا الذي عليه شراح مختصر خليل^(٥)، وهو المعتمد عند الشافعية^(٦)، قال الرملي المسمى بالشافعي الصغير في شرحه على منهاج الطالبين: "الأظهر في الروضة كأصلها والشرح الصغير، وقضية ما في الكبير وهو المعتمد أنه إذا ساواها في نسبها أو زاد عليها لا خيار لها، وإن كان دون المشروط"^(٧).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، المبسوط (٣٠/٥)، المهذب مع تكملة المجموع (٢٨٥/١٦).

(٢) انظر: الشرح الكبير على مختصر خليل (٢٩٠/٢)، منح الجليل على مختصر خليل (٤٠٩/٣)، حاشية العدوي على الخرشي (٢٠٧/٣).

(٣) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، بدائع الصنائع (٣٢١/٢).

(٤) التاج والإكليل (١٦٨/٥).

(٥) انظر: حاشية الدسوقي (٢٩٠-٢٩١/٢)، شرح الخرشي (٢٥٠/٣)، منح الجليل (٤٠٩/٣-٤١٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١٨٤/٧)، نهاية المحتاج (٣١٧/٦)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤)، تكملة

المجموع.

(٧) (٢٨٨/١٦) وقال: وهو المنصوص في الأم.

(٧) نهاية المحتاج (٣١٧/٦).

وهذا القول هو المذهب عند الحنابلة^(١)، وهو الذي رجحه ابن قدامة^(٢).

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأن ذلك ليس بمعتبر في صحة النكاح، فأشبهه ما لو شرطته فقيهاً فإنَّ بخلافه^(٣)، ولأن الحق في المطالبة بالكفاءة، وهي موجودة، ولا نقص عليها فيها^(٤).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول القاضي بثبوت الخيار لها؛ لأجل الخديعة والغش، لأنها إنما رضيته بشرط الزيادة في النسب، فإذا بان بخلافه كانت غير راضية، فثبت لها الخيار.

(١) انظر: الإنصاف (٤٥٠/٢٠)، الفروع (٢٢٤/٥)، كشاف القناع (١٠٢/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٦/٣).

(٢) انظر: المغني (٤٤٩/٩).

(٣) انظر: المغني (٤٤٩/٩)، كشاف القناع (١٠٢/٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٦/٣).

(٤) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، تكملة المجموع (٢٨٨/١٦).

المطلب الخامس

غش الأمة فيما إذا تزوجت عبداً على أنه حر وأثره على العقد

إذا تزوجت الأمة عبداً، وقد اشترطت حرته، فادعى حرته، وقد أذن سيده بنكاحه، فهل يثبت للأمة خيار الفسخ لأجل التغيرير والغش بالحرية؟ أو لا؟، على قولين عند أهل العلم القائلين بأن النكاح لا يفسد بالغرور:

القول الأول: أن للأمة خيار الفسخ:

وهذا مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، وهو مذهب الحنابلة^(٤).

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأن الأمة لم ترضَ بنكاحه إلا بشرط الزيادة—وهي الحرية—، وهي زيادة مرغوب فيها، فإذا ظهر أنه غرها فقد تبين انعدام تمام الرضا منها، فلهذا كان لها الخيار^(٥).

(١) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، بدائع الصنائع (٣٢١/٢).

(٢) انظر: التاج والإكليل (١٥٢/٥)، شرح الخرشي (٢٣٩/٣-٢٤٠)، الشرح الكبير للدردير (٢٨١/٢).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)، مغني المحتاج (٣٤٨/٤-٣٤٩)، نهاية المحتاج (٣١٧/٦)، وقال: وهو المعتمد.

(٤) انظر: المغني (٤٤٨/٩)، كشف القناع (١٠١/٥-١٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٤٦/٣).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، المبسوط (٣٠/٥)، كشف القناع (١٠٢/٥)، المهذب مع تكملة المجموع (٢٨٨/١٦).

القول الثاني: ليس للأمة خيار الفسخ:

وهذا القول هو الأظهر عند الشافعية^(١)، وهو قول زفر من الحنفية^(٢).

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأن الخيار إنما شرع لدفع النقص والعار، والعبد كفاء لها، ولا نقص

عليها في ذلك ولا عار^(٣).

المناقشة:

ونوقش هذا التعليل فقليل: إن كون الزوج بخلاف ما شرطته نقص عليها وإن

كان مساوياً لها في الرق؛ لأن كون الزوج رقيقاً يؤدي إلى تضررها بإشغال سيده له

عنها بخدمته، وبأن لا ينفق عليها إلا نفقة المعسرین بخلاف ما لو كان الزوج حراً^(٤).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول القاضي بثبوت الخيار للأمة إذا غرّها

العبد بحريته؛ لقوة تعليلهم ووجاهته، وضعف ومناقشة تعليل أصحاب القول

الثاني.

(١) انظر: مغني المحتاج (٣٤٨/٤) وقال: "والأظهر في أصل الروضة والشرح الصغير.. وهو المعتمد أنه

إذا ساواها في النسب أو زاد عليها أنه لا خيار لها". اهـ، المهذب مع تكملة المجموع (٢٨٨/١٦)،

نهاية المحتاج (٣١٧/٦).

(٢) انظر: المبسوط (٣٠/٥)، بدائع الصنائع (٣٢١/٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣٢١/٢)، المبسوط (٣٠/٥)، تكملة المجموع (٢٨٨/١٦).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (٣١٨/٦).

المطلب السادس

غش الزوجة في نكاح الشغار وأثره على العقد

الشغار في اللغة: بفتح الشين - هو الرفع، تقول: شغر الكلب يشغر شغراً: رفع إحدى رجله ليبول، وقيل: رفع إحدى رجله بال أو لم يبل. وشغر المرأة، وبها يشغر شغوراً وأشغرها: رفع رجلها للنكاح^(١)، وبفتح الشين أيضاً تأتي بمعنى الخلو والفراغ، تقول: وشغرت الأرض والبلد أي خلت من الناس ولم يبق بها أحد يحميها ويضبطها^(٢).

أما الشغار - بكسر الشين - فهو الطرد، يقال شغرو فلاناً عن بلده شغراً وشغراً إذا طردوه ونفوه، وبكسرهما أيضاً: هو نكاح في الجاهلية، وهو أن تزوج الرجل امرأة ما كانت، على أن يزوجك أخرى بغير مهر^(٣).

أما الشغار في الاصطلاح: يظهر من كلام العلماء في تعريفهم للشغار أن معناه لا يخرج عن معنيين على حسب اختلافهم في علة النهي عن الشغار:

المعنى الأول: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق، أو يقول الرجل للرجل: أزوجك ابنتي أو أختي على أن تزوجني ابنتك أو أختك، على أن يكون مهر كل واحد منهما نكاح الأخرى، وأن يضع هذه بيضع الأخرى^(٤).

(١) انظر: لسان العرب (٤/٤١٧)، وتهذيب الصحاح للزنجاني (١/٢٩٣)، وأساس البلاغة للزمخشري (ص ٣٣٢).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: لسان العرب (٤/٤١٧)، القاموس المحيط (ص ٥٣٥).

(٤) انظر: المبسوط (٥/١٠٥)، بدائع الصنائع (٢/٢٧٨)، تبين الحقائق (٢/١٤٥)، المدونة (٢/٩٨)،

بداية المجتهد (٣/١٠٩)، شرح الخرشي (٣/٢٦٧)، الأم (٥/٨٢)، أسنى المطالب (٣/١٢٠)،

تحفة المحتاج (٧/٢٢٥)، المغني (١٠/٤٢)، كشاف القناع (٥/٩٣).

وهذا المعنى من معاني الشغار مما اتفق عليه أهل العلم قاطبة، ونقل الاتفاق عليه غير واحد من أهل العلم كابن عبدالبر^(١)، وابن رشد الحفيد^(٢)، وغيرهما رحمهما الله.

وقد جاء تفسير هذا المعنى من الشغار في الحديث، غير أن أهل العلم اختلفوا هل هو من كلام النبي ﷺ أو من كلام ابن عمر؟ أو من كلام نافع؟ أو من كلام الإمام مالك - رحمهم الله -؟.

فرجّح الخطيب البغدادي^(٣) - رحمه الله - أنه من قول مالك، فقال: "تفسير الشغار ليس من كلام النبي ﷺ، وإنما هو قول مالك وصل بالمتن المرفوع"^(٤).

ورجّح ابن حزم في المحلى أن تفسير الشغار جاء مسنداً إلى النبي ﷺ^(٥)، وأما الشافعي رحمه الله فإنه قال: "لا أدري تفسير الشغار في الحديث من النبي ﷺ، أو من ابن عمر، أو من نافع، أو من مالك"^(٦)، وأحسن من هذا كله ما قال القرطبي - رحمه الله -: "جاء تفسير الشغار في حديث ابن عمر من قول نافع، وفي حديث أبي هريرة من كلام النبي ﷺ وفي مساقه وظاهره الرفع، ويحتمل أن يكون تفسيراً من أبي هريرة أو غيره، وكيفما كان فهو تفسير صحيح موافق لما حكاه أهل

(١) انظر: التمهيد: (٧١/١٤).

(٢) انظر: بداية المجتهد (١٠٩/٣).

(٣) هو أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد، أبو بكر البغدادي، المعروف بالخطيب، أحد حفاظ الحديث، المؤرخ، الفقيه الشافعي، كان فقيهاً ثم غلب عليه الحديث والتاريخ، ت: سنة ٤٦٣ هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٩/٤)، شذرات الذهب (٣١١/٣).

(٤) فتح الباري لابن حجر (٢٠٢/٩).

(٥) انظر: المحلى بالآثار (٥١٤/٩).

(٦) الأم (٨٢/٥).

اللسان، فإن كان من قول النبي ﷺ فهو المقصود، وإن كان من قول صحابي فمقبول؛ لأنهم أعلم بالمقال وأقعد بالحال^(١). اهـ.

المعنى الثاني للشغار: هو أن يزوج الرجلُ الرجلَ وليته على أن يزوجه الآخر وليته، وسموا مع ذلك مهراً.

وهذا المعنى مما اختلف فيه أهل العلم اختلافاً كثيراً، هل يدخل هذا من معان الشغار الذي جاء تحريمه على لسان النبي ﷺ؟ أو لا؟، وسبب اختلافهم بناءً على اختلافهم في علة النهي عن الشغار، وقد اختلفوا في علة النهي على أربعة أقوال:

القول الأول: أن علة النهي هو خلو النكاح من المهر؛ لأنه سمى بمقابلة بُضْع كلِّ واحدةٍ منهما ما لا يصلح أن يكون صداقاً، فكأنه تزوجها على خمر أو خنزير، وهذا هو مذهب الحنفية^(٢).

القول الثاني: قالوا: إن العلة في إفساده إنما هو بشرط إشغار النكاح عن المهر، وأن النكاح ليس بلازم إذا شرط فيه نفي المهر، أو مهر فاسد.

وهذا القول هو قولٌ لمالك^(٣)، وهذا القول أيضاً هو ظاهر نصّ الشافعي في الأم حيث قال: "وإذا زوّج الرجلُ ابنته الرجلَ، أو المرأةُ يلي أمرها على أن يزوجه الرجلُ ابنته، أو المرأةُ يلي أمرها على أن صداق إحداهما كذا لشيء يسميه، وصداق الأخرى كذا لشيء يسميه أقلّ أو أكثر، أو على أن يسمي لإحداهما صداقاً ولم يسم للأخرى صداقاً، أو قال لا صداق لها، فليس هذا بالشغار المنهي عنه، والنكاح ثابت والمهر فاسد، ولكل واحدةٍ منهما مهر مثلها إذا دخل بها أو ماتت أو مات عنها، ونصف مهر مثلها إن طلقت قبل أن يدخل بها"^(٤). اهـ.

(١) انظر: طرح الثريب (٢٢٧/٧)، فتح الباري (٢٠٣/٩).

(٢) انظر: المبسوط (١٠٥/٥)، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢).

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر (٥٣٣/٢، ٥٣٢).

(٤) الأم (٨٣/٥).

وهذا القول هو المنصوص عن الإمام أحمد في عامة أجوبته، وعامة أكثر قدماء أصحابه^(١)، وقال المرادوي في الإنصاف: "وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، قال الزركشي: عليه عامة الأصحاب.."^(٢).

وهذا هو أحد قولي أبي العباس ابن تيمية - رحمه الله - فإنه صوّبه في بعض فتاواه فقال: "والصواب مذهب أهل المدينة، مالك وغيره، وهو المنصوص عن أحمد في عامة أجوبته، وعامة أكثر قدماء أصحابه أن العلة في إفساده بشرط إشغار النكاح عن المهر، وأن النكاح ليس بلازم إذا شرط فيه نفى المهر أو مهر فاسد، فإن الله فرض فيه المهر؛ فلم يحل لغير الرسول النكاح بلا مهر، فمن تزوج بشرط أنه لا يجب مهر فلم يعتبر الذي أذن الله، فإن الله إنما أباح العقد لمن يتنغي بماله محصناً غير مسافح كما قال تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤]، فمن طلب النكاح بلا مهر فلم يفعل ما أحل الله، وهذا بخلاف من اعتقد أنه لا بد من مهر، لكن لم يقدره، كما قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، فهذا نكاح المهر المعروف، وهو مهر المثل"^(٣). اهـ.

ومما يقوي هذا القول أنه هو الموافق للغة العرب، فإنه يقال: بلد شاغر من أمير، ودار شاغرة من أهلها: إذا خلت، وشفر الكلب إذا رفع رجله، فإذا سموا في النكاح مهراً زال المحذور^(٤).

(١) انظر: المغني (٤٣/١٠-٤٤)، الفروع (٢١٥/٥).

(٢) الإنصاف للمرادوي (٤٠١/٢٠-٤٠٢).

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٢٦/٣٤).

(٤) انظر: زاد المعاد لابن القيم (١٠٩/٥).

القول الثالث: قالوا: إن علة النهي هو التشريك في البضع، وجعل بُضْعَ كُلِّ واحدةٍ مهراً للأخرى، وهي لا تنتفع به، فيصير بضع كل منهما مورد العقد، وجعلُ البُضْعِ صداقاً مخالفاً لإيراد عقد النكاح.

وهذا القول الآخر عند المالكية^(١)، وهو مذهب لأكثر الشافعية^(٢)، وهو ظاهر اختيار المجد ابن تيمية في المحرر إلا أنه قال: لا يصح إن قال مع ذلك: "بُضْعُ كُلِّ واحدةٍ مهراً للأخرى، وإن لم يقل ذلك صح"^{(٣)(٤)}.

وعلى هذا فعند أصحاب هذا القول أنه لو قال: زوّجتك بنتي بصداق ألف على أن تزوجني بنتك بصداق ألف، على أن بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى بطل النكاحان، وكان شغراً لما فيه من التشريك في البُضْعِ^(٥)، واختلفوا فيما لم يصرّحاً بذكر البُضْعِ فالأصح عند الشافعية الصحة^(٦)، وهذا يخالف تفسير الشفر الذي اتفق عليه أهل العلم فيما جاء تفسيره في الحديث.

ويمكن أن يُستدل لهم بما روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، والشغار أن ينكح هذه بغير صداق، بضع هذه صداق، ويضع صداق هذه^(٧).

(١) انظر: المدونة (٩٨/٢)، المتقى للباقي (٣/٣٠٩-٣١٠).

(٢) انظر: أسنى المطالب (٣/١٢٠)، الفرر البهية (٤/١٨٧)، مغني المحتاج (٤/٢٣٢)، فتح الباري (٢٠٣/٩)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/٢١٩).

(٣) انظر: المحرر في الفقه (٢/٢٣).

(٤) انظر: الإنصاف (٢٠/٤٠٣)، حيث قال المرادوي: "وقال في الرعاية وهو أولى".

(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (١١/٤٤٧)، مغني المحتاج (٤/٢٣٢).

(٦) انظر: مغني المحتاج (٤/٢٣٢)، تحفة المحتاج (٧/٢٢٥)، أسنى المطالب (٣/١٢٠).

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب: الشغار (٧/٢٠٠).

القول الرابع: قالوا إن علة النهي هي الاشتراط والتوقيف، فكأنه يقول لا ينعقد لك نكاح ابنتي حتى ينعقد لي نكاح ابنتك؛ ولأنه مع الاشتراط بأن لا يزوج ابنته حتى يزوجه الآخر ابنته قد جعل البضع مهراً في نكاح، حتى لو سمى مع ذلك مهراً، وذلك لأنه إذا قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهرها مائة، فقد جعل المائة وبضع المرأة التي تزوج بها مهراً لابنته، لأن قوله: على أن تزوجني ابنتك بمثابة قوله: زوجتك ابنتي ببضع ابنتك ومائة درهم، فيكون البضع والمائة جميعاً مهراً^(١).

وهذا القول هو قول عطاء رحمه الله^(٢)، ويعناه الأوزاعي^{(٣)(٤)}، وهو بعض فقهاء الشافعية^(٥) والحنابلة^(٦).

قال المرداوي في الإنصاف: "وقاله أبو بكر في "الخلاص"^(٧)، وهو قول ابن حزم كما في المحلى^(٨)، وهو القول الآخر لأبي العباس ابن تيمية - رحمه الله - فقد نصَّ على ذلك في الفتاوى الكبرى المسماة الفتاوى المصرية بقوله: "والصواب أن نكاح الشغار فاسد، كما نهى عنه النبي ﷺ، وإنَّ من صورته ما إذا سموا مهراً وغيره

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (١٠٧/٢)، المغني (٤٤/١٠).

(٢) انظر: المحلى (٥١٦/٩)، والمصنف لعبدالرزاق (١٨٥/٦).

(٣) هو عبدالرحمن بن عمرو بن يُحْمَد بن عمرو، الأوزاعي، أبو عمرو، إمام المسلمين في عصره عموماً، وإمام أهل الشام خصوصاً، الفقيه المحدث، شيخ الإسلام، من المجتهدين، وصاحب مذهب فقهي. ت: سنة ١٥٧ هـ. انظر: تذكرة الحفاظ (١٧٨/١).

(٤) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٤٥/١).

(٥) انظر: فتح الباري لابن حجر (٢٠٣/٩).

(٦) انظر: المغني (٤٤/١٠)، الفروع (٢١٥/٥).

(٧) انظر: الإنصاف (٤٠٢/٢٠).

(٨) انظر: المحلى للآثار (٥١٤/٩-٥١٥).

لأنه قد صار مشروطاً في نكاح الأخرى، وإن كانت هي لم تملكه وإنما ملكه وليها فإنه يكون ما يستحقه من المهر لوليها وهو إنما أخذ بُضْعاً، وفي ذلك مفسد ... ثم قال: الثاني: أن ذلك يقتضي محاباة للخاطب، وأنه لا ينظر في مصلحة وليته.

الثالث: أن هذا يقتضي أن يكون العوض المشروط لغير المرأة، بل لزوجها، فحقيقة الأمر أن المرأة زُوِّجَت لأجل غيرها، وصار بُضْعُهَا مَبْذُولاً لأجل مقصود غيرها، والأب له حقٌّ في مال ولده، كما قال النبي ﷺ: (أنت ومالك لأبيك)^(١)، وليس له حقٌّ في بُضْعِهَا لأنه لا يتمتع به^(٢).

وهذا القول هو أرجح الأقوال دليلاً، وأقواها قياساً وتقعيداً لما روى أبو داود عن عبدالرحمن هرمز الأعرج^(٣): أن العباس بن عبيد الله بن العباس، أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته، وأنكحه عبدالرحمن ابنته، وكان جعلاً صداقاً، فكتب معاوية بن أبي سفيان إلى مروان، فأمره أن يفرِّق بينهما، وقال في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ^(٤).

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب التجارات، باب: ما للرجل من مال ولده (٧٦٩/٢) رقم (٢٢٩٢) من حديث جابر بن عبدالله، وصححه البزار، وعبدالحق الإشبيلي. انظر: إرواء الغليل (٣٢٣/٣).

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٢٠٤/٣).

(٣) هو عبدالرحمن بن هرمز الأعرج، أبو داود المدني، مولى ربيعة بن الحارث، من رجال الكتب الستة، ثقة ثبت عالم، ت: سنة (١١٧) هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ٦٠٣).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب: في الشغار (٥٦١/٢) رقم (٢٠٧٥)، والإمام أحمد في مسنده (٩٤/٤)، والحديث قال فيه الشوكاني في النيل: "في إسناد محمد بن إسحاق، وقد تقدّم اختلاف الأئمة في الاحتجاج بحديثه" نيل الأوطار (٢٣٣/٧)، قال السهارنفوري صاحب بذل الجهود: "قلت اختلاف الأئمة في حديثه إذا حدّث بعن، وفي هذا الحديث حديث ابن إسحاق بلفظ التحديث وهو مقبول" (٦٧/١٠-٦٨) والحديث صححه ابن حبان وحسنه الشيخ الألباني - رحمه الله - كما في الإرواء (٣٠٧/٦).

وجه الدلالة:

قال ابن حزم: "فهذا معاوية بحضرة الصحابة لا يُعرف له منهم مخالف يفسخ هذا النكاح وإن ذكرا فيه الصداق، ويقول: إنه الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فارتفع الإشكال جملة والحمد لله رب العالمين"^(١).

فإن قالوا: قد جاء تفسير الشغار من قول النبي ﷺ أو من قول ابن عمر أو من قول نافع على الخلاف - بأنه: (أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق).

فجوابه أن يقال: ليس في هذا التفسير حجة، لوجهين:

الوجه الأول: أنه قد جاء تفسيره - أيضاً - بأنه أن يزوج الرجل الرجل أخته بأخته من غير ذكر اشتراط عدم المهر، كما جاء ذلك عند مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن الشغار، والشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجني ابنتك، وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي"^(٢).

وكما جاء ذلك مسنداً من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه^(٣).

الوجه الثاني: أن هذا الخبر سواء كان تفسيره مرفوعاً أو موقوفاً: "فإنما فيه تحريم الشغار الذي لم يذكر فيها صداق فقط، وليس فيه ذكر الشغار الذي ذكر فيه الصداق لا بتحريم ولا بإجازة، ومن ادعى ذلك فقد أخطأ، وقول رسول الله ﷺ ما لم يقله قط، فوجب أن نطلب حكم الشغار الذي ذكر فيه الصداق في غير هذا

(١) المحلى بالآثار (٥١٦/٩).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه (١٠٣٥/٢) رقم (١٤١٦).

(٣) انظر: المحلى بالآثار (٥١٤/٩).

الخبر، فوجدنا خبر أبي هريرة وخبر جابر بن عبد الله قد وردا بعموم الشغار وبيان أنه الزواج بالزواج، ولم يشترط عليه الصلاة والسلام فيهما ذكر صداق، ولا السكوت عنه، فكان خبر أبي هريرة زائداً على خبر ابن عمر، وخبر جابر زيادة عموم لا يحل تركها^(١).

الوجه الثالث: أن في خبر معاوية بن أبي سفيان، التصريح بأن تزويج الرجل الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته سواء سُمي في العقد صداق أو لا، يُعدّ من الشغار^(٢) الذي نهى عنه النبي ﷺ، فيكون تفسير الشغار في حديث ابن عمر من باب ذكر بعض أفراد العام، وهذا لا يدل على التخصيص.

إذا ثبت هذا فلو تزوجت المرأة زواج شغار بأن زوجها وليها الرجل على أن يزوجه وليته سواء ذكر صداق أو لا، ولم يُخبرها بذلك بل غرّها وخدعها وأظهر لها محاسن الخاطب محاباةً له للمصلحة المبتغاة وهي أن يزوجه الزوج وليته، فتزوجته المرأة وما علمت بالشغار إلا بعد الدخول بها، فهل هذا الشغار يؤثر على عقد النكاح؟

أولاً: لا خلاف بين أهل العلم على أن نكاح الشغار نكاح محرّم غير جائز، وأنه من أنكحة الجاهلية.

(١) هذا كلام ابن حزم منقولاً بتصريف يسير. انظر: المحلى (٥١٥/٩).

(٢) ومن العجب قول صاحب بذل المجهود: "وأما قول معاوية في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فهو مبني على فهمه، وأنت تعلم أن فهم الراوي غير معتبر" (٦٧/١٠)، ولو ردّ هذا الخبر بمثل هذه السهولة لرُدّت أحاديث كثيرة، ثم إن معاوية نسب هذا الحكم إلى النبي ﷺ بحضرة الصحابة مع شهرة القصة وتداولها من الشام إلى المدينة، فحاشا صحابة رسول الله ﷺ أن يسكتوا عن أمر علموا بطلانه ونسبته إلى النبي ﷺ.

قال أبو عمر بن عبد البر - رحمه الله - : "وأجمع العلماء على أن نكاح الشغار مكروه لا يجوز، واختلفوا فيه إذا وقع، هل يصح بمهر المثل أو لا؟" (١).
ودليل التحريم:

١- ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق (٢)، ومثله عن أبي هريرة رضي الله عنه (٣)، وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما (٤).

٢- وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لا شغار في الإسلام) (٥).

٣- وعن عمران بن حصين رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (لا جَلْبَ (٦)، ولا جَنَّبَ (٧)،

(١) التمهيد لابن عبد البر (٧٢/١٤)، وعن نقل الاتفاق على التحريم - أيضاً - ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد (١٠٩/٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب: الشغار (فتح ٢٠٢/٩) رقم (٥١١٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار (١٠٣٤/٢) رقم (١٤١٥).
(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه (١٠٣٥/٢) رقم (١٤١٧).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه (١٠٣٥/٢) رقم (١٤١٥).

(٦) بفتح الجيم واللام (جَلْبَ) وهو أن يرسل في الحَلْبَةِ فيجتمع له جماعة تصيح به ليرد عن وجهه، أو هو أن لا تُجَلَّبَ الصدقة إلى المياه والأمصار، ولكن يتصدق بها في مراعيها، أو أن ينزل العامل موضعاً ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها، أو أن يتبع الرجل فرسه فيركض خلفه ويزجره ويجلب عليه. انظر القاموس المحيط (ص ٨٧)، والنهاية في غريب الحديث (٢٨١/١).

(٧) الجَنَّبَ - بفتح الجيم والنون - وهو أن يجَنَّبَ فرساً إلى فرسه في السياق، فإذا فتر المركوب تحوّل إلى المجنوب، والجَنَّبَ في الزكاة أن ينزل العامل بأقصى مواضع الصدقة، ثم يأمر بالأموال أن تُجَنَّبَ إليه أو أن يجَنَّبَ ربُّ المال بماله، أي يُبعده عن موضعه حتى يحتاج العامل إلى الإبعاد في طلبه. انظر: القاموس المحيط (ص ٨٩).

ولا شغار في الإسلام، ومن انتهب^(١) فليس متناً^(٢).

ومع اتفاقهم على التحريم والنهي عنه إلا أنهم اختلفوا كما سبق، هل يؤثر الشغار في عقد النكاح، فيبطل العقد والشرط؟ أم هل إن العقد صحيح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل؟ على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: صحة العقد وبطلان الشرط:

وهذا مذهب الحنفية^(٣)، وهو تخريج عند أبي الخطاب^(٤) من الخابلة كما في الهداية^(٥)، وهو مروى عن عطاء بن أبي رباح في رواية له^(٦)، ومكحول^(٧)،

(١) أصل التَّهْب: الغنيمة، والاسم: التُّهبة، والتُّهبي، والتَّهْب - أيضاً - : الغارة والسُّلب: أي لا يختلس شيئاً له قيمة عالية. انظر: النهاية في غريب الحديث (١٣٣/٥)، القاموس المحيط (ص ١٧٩).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٣٩/٤، ٤٢٩)، والنسائي في سننه، كتاب النكاح، باب: الشغار (١١١/٦) رقم (٣٣٣٥)، والترمذي في جامعه، كتاب النكاح، باب: ما جاء في النهي عن نكاح الشغار (٤٣١/٣) رقم (١١٢٣)، وأبوداود في سننه، كتاب الجهاد، باب: في الجلب على الخيل في السباق (٦٧/٣) رقم (٢٥٨١)، والحديث قال فيه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

والحديث فيه علة وهي الاختلاف في سماع الحسن البصري من عمران بن الحصين، فممن نفى سماع الحسن من عمران يحيى بن سعيد القطان، وأحمد بن حنبل، وقال ابن معين: أما في حديث البصريين فلا، وأما في حديث الكوفيين فنعم". انظر: جامع التحصيل للعلاني (ص ١٦٤)، وقال مرة: لم يسمع من عمران بن حصين، وقال ابن المديني وأبو حاتم: لم يسمع من عمران، وليس يصح ذلك من وجوه يثبت. انظر تهذيب التهذيب (١/٣٩٠).

(٣) انظر: المبسوط (١٠٥/٥)، بدائع الصنائع (٢/٢٧٨)، تبيين الحقائق (٢/١٤٥)، مختصر الطحاوي (ص ١٨١).

(٤) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوزاني، أبو الخطاب، البغدادي، الفقيه الحنبلي، الأصولي، كان بارعاً في المذهب وعلم الخلاف والفرائض. ت: سنة (٥١٠هـ). انظر: المنهج الأحمد (٢/١٩٨).

(٥) انظر: الهداية (١/٢٥٥)، والإنصاف (٢٠/٤٠٠).

(٦) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (١/٤٥)، المغني (١٠/٤٢).

(٧) انظر: المصادر السابقة.

والزهري^(١)، والثوري^(٢)، والليث بن سعد^(٣)، والطبري^(٤) - رحمهم الله جميعاً - .
حجتهم في ذلك :

١ - قالوا: لأن في عقد الشغار بلا صداق قد سمى بمقابلة بضع كل واحدة منهما ما لا يصح أن يكون صداقاً، كأنه توجهها على خمر أو خنزير، وهذا لأنه لَمَّا لَمْ يكن في البضع صلاحية كونه صداقاً لم يتحقق الإشراك فبقي هذا شرطاً فاسداً، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة، ومن ثم يجب عليه مهر المثل^(٥).

المناقشة:

أجاب القائلون بفساد العقد والشرط بقولهم: قولكم: "إن فساده من قبل فساد التسمية؛ لأن البضع لا يصح أن يكون صداقاً" غير صحيح، بل فساده من وجوه متعددة منها:

أ- اشتراط إشغار النكاح عن المهر، وفرق كبير بين عدم تسمية المهر مع اعتقاده ووجوبه وبين اشتراط نفيه فمن تزوج بشرط أنه لا يجب مهر، فلم يعتبر الذي أذن الله، فإن الله إنما أباح العقد لمن يستغني بماله محصناً غير مسافح كما قال تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ النساء: ٢٤، فمن طلب النكاح بلا مهر فلم يفعل ما أحل الله^(٦).

(١) انظر: المصادر السابقة.

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر (٧٣/١٤).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر: : الميسوط (١٠٥/٥)، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢)، تبيين الحقائق (١٤٥/٢)، الهداية مع فتح القدير (٤٥٠/٢).

(٦) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٢٠٤/٣)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (١٢٦/٣٤)، المغني (٤٣/١٠).

ب- أن هذا يقتضي أن يكون العوضُ المشروط لغير المرأة، بل لزوجها فحقيقة الأمر أن المرأة زُوِّجت لأجل غيرها، وصار بُضْعُها مبدولاً لأجل مقصود غيرها^(١).

ج- ومن فساده أيضاً من جهة أنه وقَّفه على شرط فاسد، وهو الاشتراط بأن لا يزوج ابنته حتى يزوجه الآخر ابنته، أو اشتراط عدم المهر، وكل شرط يخالف مقتضى العقد يبطل عندكم فكذلك ها هنا^(٢).

وأما قياسكم على جعل الخمر مهراً فهو قياس مع الفارق، فلو سئِم أن العلة فقط خلوه من المهر؛ لأن الخمر مال عند غير المسلمين، فيمكن أن تكون مهراً عندهم، وأما البُضْع فليس بمال لا عند المسلمين ولا عند غيرهم.

الدليل الثاني: قالوا؛ ولأن النهي الوارد إنما كان من أجل إخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال^(٣).

المناقشة:

وأجيب على دليلهم فقيل: إن قصر النهي لأجل إخلائه عن المهر لا يصح، بل النهي لأجل الاشتراط بأن لا يزوجه ابنته إلا بشرط أن يزوجه الآخر ابنته، والثاني: اشتراط إشغار النكاح عن المهر.

دليلنا في هذا ما رواه عبدالرحمن بن هرمز الأعرج أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وقد كانا جعلاً صداقاً، فكتب معاوية بن أبي سفيان - وهو خليفة - إلى مروان بن الحكم بالتفريق بينهما، وكان في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ^(٤).

(١) انظر: الفتاوى الكبرى (٢٠٤/٣)، زاد المعاد لابن القيم (١٠٨/٥).

(٢) انظر: المغني (٤٣/١٠)، فتح الباري (٢٠٣/٩)، الفتاوى الكبرى (٢٠٤/٣).

(٣) انظر: تبيين الحقائق (١٤٥/٢)، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢)، حاشية ابن عابدين (١٠٦/٣).

(٤) سبق تحريجه.

فهذا معاوية بن أبي سفيان قد حكم بإبطال هذا النكاح مع ذكر المهر مع حضور الصحابة، ذلك لأنه جعل البضع مهراً في نكاح، فلم يصح العقد عليه^(١).

القول الثاني: بطلان العقد والشرط:

وهذا قول عامة أهل العلم من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وهو قول إسحاق^(٥)، وأبي ثور^(٦).

أدلتهم في ذلك:

الدليل الأول: ما جاء عن جمع من الصحابة رضي الله عنهم منهم ابن عمر وأبو هريرة وجابر بن عبد الله وغيرهم، أن النبي ﷺ نهى عن الشغار^(٧).

الدليل الثاني: عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لا شغار في الإسلام)^(٨).

وجه الدلالة من الأحاديث:

قالوا: ١- إن هذه الأحاديث الصحيحة الثابتة في الصحيحين وغيرهما من طريق جماعة من الصحابة فيها التصريح بالنهى، والنهاي حقيقة في التحريم المقتضي للفساد المرادف للبطلان^(٩).

(١) انظر: المسائل الفقهية (١٠٧/٢).

(٢) انظر: المدونة (٩٨-٩٩/٢)، الكافي لابن عبد البر (٥٣٢/٢)، بداية المجتهد (١٠٩/٣).

(٣) انظر: الأم (٨٢/٥)، أسنى المطالب (١٢٠/٣)، تحفة المحتاج (٢٢٥/٧)، مغني المحتاج (٢٣٢/٤).

(٤) انظر: المغني (٤٢-٤٣/١٠)، الفروع (٢١٥/٥)، الإنصاف (٣٩٩/٢٠)، كشاف القناع (٩٣/٥).

(٥) انظر: المغني (٤٢/١٠)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (٤٥/١).

(٦) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٤٥/١).

(٧) سبق تخريج هذه الأحاديث.

(٨) سبق تخريجه.

(٩) انظر: السيل الجرار للشوكاني (٢٦٦-٢٦٧/٢).

٢- وقالوا: ولأن في بعض الأحاديث أن الشغار ليس من الإسلام وهذا صريح في بطلانه، وعدم الإذن فيه، وما كان كذلك فليس من أمره -عليه الصلاة والسلام-، وما لم يكن من أمره فهو رد، لقوله -عليه الصلاة والسلام-: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) (١)(٢).

الدليل الثالث: عن الأعرج قال: إن العباس بن عبيدالله بن العباس أنكح ابنته عبدالرحمن بن الحكم وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وكانا جعلاً صداقاً، فكتب معاوية إلى مروان يأمره بالتفريق بينهما، وقال في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ.

وجه الدلالة:

حيث إن معاوية ﷺ فرّق بين الزوجين وحكم ببطلان العقد مع ذكر المهر، وقال ذلك بحضرة الصحابة ولا يعرف له منهم مخالف، ويقول: إنه الذي نهى عنه رسول الله ﷺ (٣)، وحاشا أصحاب رسول الله ﷺ أن يسكتوا عن أمر علموا ببطلانه وعدم نسبه إلى النبي ﷺ.

الترجيح:

والراجع -والله أعلم- هو القول الثاني القائل ببطلان العقد والشرط؛ لقوة أدلتهم ورجاحتها وضعف ومناقشة أدلة المخالفين، فعلى هذا فإذا علمت المرأة بأن عقدها عقد شغار ولم تعلم بغش وليّها إيّاها، فإنه يجب التفريق بينهما ولو رضيت بعد ذلك؛ لأن العقد من أساسه باطل.



(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: التمهيد (٧٣/١٤)، السيل الجرار (٢/٢٦٧)، المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين (١٠٧/٢).

(٣) انظر: المحلى بالآثار (٥١٦/٩).

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثاني

الغش في الصداق وأثره على العقد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صورة الغش في الصداق

المبحث الثاني: أثر الغش في الصداق

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

صور الغش في الصداق

الصداق في اللغة والاصطلاح الفقهي: اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح، ويسمى في العرف مهراً وصداقاً^(١).

وقد حكى النووي أنه مشتق من الصّدق وهو الشيء الصلب، فكأنه أشد الأعراس لزوماً من حيث إنه لا ينفك عنه النكاح ولا يستباح بضع المنكوحه إلا به^(٢).

وقد فرّق بعض أهل العلم بين المهر والصداق، فقال: "إن الصداق اسم لما يبذله الرجل للمرأة طوعاً من غير إزام، والمهر اسم لذلك ولما يلزمه، ولهذا اختار الشّروطيون في كتب المهور "صداقها الذي تزوجها عليه" ومنه الصداقة؛ لأنها لا تكون بإزام وإكراه، ومنه الصدقة، ثم يتداخل المهر والصداق لقرب معناهما"^(٣).

ومن صور الغش في الصداق:

أ- كأن يصدق الزوجة عبداً بعينه فتجد به عيباً^(٤)، أو يصدقها سيارة فإذا هي معيبة.

ب- أو يتزوجها على عبد فيخرج حُرّاً أو مستحقاً، سواء سلمه إياها أو لم يسلمه^(٥).

(١) انظر: تهذيب الأسماء واللغات للنووي (١٧٤/٣)، تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٥٧)، المطلع على أبواب المقنع (ص ٣٢٦).

(٢) تهذيب الأسماء واللغات (١٧٤/٣).

(٣) وهو أبو هلال العسكري في كتابه الفروق (ص ١٦٣).

(٤) انظر: مواهب الجليل (١٧٣/٥)، مغني المحتاج (٣٧٥/٤)، المغني (١٠٨/١٠).

(٥) انظر: فتح القدير (٤٦٤/٢)، التاج والإكليل (١٧٣/٥-١٧٤)، مغني المحتاج (٣٧٤/٤)، المغني (١٠٩/١٠).

ج- ومنها: أن تشترط المرأة في الصداق صفةً مقصودة كالكتابة والصناعة، فبان بخلافها^(١).

د- ومنها: أن يدلّس الزوج في الصداق الذي اتفق عليه في العقد تدليساً يُردُّ به المبيع، مثل تحمير وجه الجارية، وتسويد شعرها، وتضمير الماء على الحجر، أو وجدت الشاة مصراًة^(٢).

قال الإمام أحمد في من تزوج امرأة على ألف ذراع، فإذا هي تسعمائة فقال: هي بالخيار، إن شاءت أخذت الدار، وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع^(٣).

والتأمل لكلام الفقهاء - رحمهم الله - يرى أنهم يعدون الصداق بمثابة العروض في البيع من حيث خيار العيب، ولهذا يقول الشيرازي: "يثبت في الصداق خيار الرد بالعيب؛ لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فيثبت فيه خيار الرد كالعوض في البيع.." ^(٤).

وقال ابن قدامة: "أن الصداق إذا كان معيناً، فوجدت به عيباً فلها ردُّه كالمبيع المعيب، ولا نعلم في هذا خلافاً.." ^(٥).

وقال خليل^(٦) في مختصره عند كلامه على أحكام الصداق: "وضمنانه وتلفه واستحقاقه وتعييبه أو بعضه: كالبيع.." ^(٧).

* * *

(١) انظر: المغني (١٠٩/١٠).

(٢) انظر: المغني (١٠٩/١٠)، كشاف القناع (١٣٥/٥-١٣٦).

(٣) انظر: المغني (١٠٩/١٠).

(٤) المهذب (٥٧/٢) ط. عيسى البايي الحلبي - مصر، وتكملة المجموع (٣٣٥/١٦).

(٥) المغني (١٠٨/١٠).

(٦) هو خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، الفقيه المالكي، من أهل مصر، كان مدرّس

المالكية بالشيخونية، وهي أكبر مدرسة بمصر حينذاك، له كتاب "المختصر" وهو أشهر مختصر في فقه

المالكية، وعليه المعول في التدريس والإفتاء، وله أكثر من ستين شرحاً وحاشية. ت: سنة (٧٧٦) هـ.

انظر: الدرر الكامنة (١٧٥/٢)، الأعلام (٣٦٤/٢).

(٧) مختصر خليل مع مواهب الجليل (١٧٣/٥).

المبحث الثاني

أثر الغش في الصداق

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

حكم عقد النكاح

إذا تزوج الرجل امرأة على مهر فاسد لم تعلمه، أو معيب بأن وجدته معيباً أو مستحقاً، أو مغصوباً، أو نحو ذلك من أنواع الغش في الصداق فردته بذلك، فهل يصح عقد النكاح أو لا يصح؟^(١).

على قولين عند أهل العلم:

(١) وهذا الخلاف فيما إذا كانت المرأة لم تعلم بغش الزوج بأن أعطاها خمرًا فظنته خلًا، أما لو تزوجها

على محرّم وهما مسلمان عالمان، فقد اختلف أهل العلم فيه على قولين:

الأول: صحة النكاح، وبه قال عامة أهل العلم.

الثاني: فساد النكاح، وحكى عن أبي عبيد وهو قولٌ عند مالك، واختاره أبو بكر عبدالعزيز من الحنابلة، وهو قول ابن حزم الظاهري، وقال أحمد في رواية المرّودي إذا تزوج على مالٍ غير طيب، فكرهه - رحمه الله -، قال المرّودي ترى استقبال النكاح؟ فأعجبه..

انظر: المغني (١١٦/١٠)، تكملة المجموع (٣٢٩/١٦)، القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٠١)،

والإنصاف (١٢٩/٢١)، المبسوط (٨٣/٥)، بدائع الصنائع (٢٧٨/٢-٣١٤)، التاج والإكليل

(١٧٤/٥)، المحلى بالآثار (٤٩١/٩).

القول الأول: صحة عقد النكاح:

وهذا قول عامة أهل العلم^(١) من الحنفية^(٢)، وأكثر المالكية^(٣)،
والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

حجتهم:

١- قالوا: لأنه ليس في فساد المهر أكثر من سقوطه، وليس في سقوطه أكثر من
فقد ذكره، ولو فقد ذكره لم يبطل النكاح، فكذلك إذا ذكر فساداً^(٦).

المناقشة:

ونوقش هذا الدليل فقيل: ولئن صحّ النكاح بغير مهر، فلا يمتنع أن يبطل بفساد
المهر، كما يصح البيع بغير أجل وغير خيار، ويبطل بفساد الأجل وفساد الخيار^(٧).

وأجيب على هذه المناقشة:

فقيل: أما استدلالكم بأن البيع يبطل بفساد الخيار والأجل، ولا يبطل بتركهما.

(١) انظر: بداية المجتهد (٥٣/٣)، الحاوي الكبير للماوردى (٨/١٢)، شرح منتهى الإرادات (٦٧/٣)،
وينبغي ملاحظة أن أصحاب هذا القول يرون أنه لا حق للزوجة في فسخ النكاح لفساد الصداق
بعيب أو استحقاق أو غضب.

(٢) انظر: المبسوط (٧٠/٥)، بدائع الصنائع (٢٩١/٢)، فتح القدير (٤٥٥/٢).

(٣) انظر: المدونة (١٤٩/٢)، عقد الجواهر الثمينة (١٠٠/٢)، شرح الخرشي (٢٥٤/٣)، الشرح
الكبير (٢٩٥/٢)، التاج والإكليل (١٧٤/٥)، بداية المجتهد (٥٣/٣).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٨/١٢)، تكملة المجموع (٣٣٥/١٦)، منفي المحتاج (٣٧٤/٤)، أسنى
المطالب (٢٠١، ٢٠٥/٣).

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة (٨٧/٣)، الإنصاف (١٣٦، ١٣٧/٢١)، كشف القناع (١٣٥/٥)،
مطالب أولي النهى (١٨٤/٥).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (٨/١٢)، كشف القناع (١٣٥/٥)، التاج والإكليل (١٧٤/٥).

(٧) انظر: الحاوي الكبير (٩/١٢).

فالجواب عنه: أن الخيار والأجل قد قابلا جزءاً من الثمن، بدليل أن الثمن في العرف يزيد بدخول الخيار والأجل، فإذا بطلا أوجب بطلان ما قابلهما من الثمن، فصار الباقي مجهولاً، وجهالة الثمن تبطل البيع، وليس فيما أفضى إلى فساد المهر أكثر من سقوطه، وسقوطه لا يبطل النكاح^(١).

٢- التعليل الثاني: قالوا: ولأنه عقد لا يبطل بجهالة العوض، فلا يفسد بتحريمه كالخلع^(٢).

القول الثاني: إن كان قبل الدخول فالنكاح مفسوخ، وإن كان ذلك بعد الدخول فالنكاح صحيح ثابت.

رُويَ هذا عن بعض المالكية^(٣)، وهو قول سحنون^{(٤)(٥)}، ونسبه بعضهم قولاً للمالك - رحمه الله -^(٦).

وقد ذكر الزركشي الحنبلي عن الشيخ تقي الدين ابن تيمية - رحمه الله -، أنه ذكر في بعض قواعده جواز فسخ المرأة النكاح إذا ظهر المعقود عليه حرّاً أو مغصوباً أو معيباً^(٧)، وقال المرادوي عن هذا القول: "والإمام - يعني به أحمد بن حنبل -

(١) انظر: الحاوي الكبير (٩/١٢).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٩/١٢)، كشف القناع (١٣٥/٥)، شرح منتهى الإيرادات (٦٧/٣).

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة (١٠٠/٢).

(٤) سحنون هو: عبدالسلام بن سعيد بن حبيب بن سعيد، التنوخي، أبوسعيد، الفقيه المالكي، وسحنون لقب له، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي بالمغرب، صنف كتاب "المدونة" في مذهب الإمام مالك، ت: سنة (٢٤٠) هـ. انظر: ترتيب المدارك (٥٨٥/١).

(٥) انظر: بداية المجتهد (٥٤/٣)، والذخيرة (٣٩٠/٤).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (٨/١٢)، الذخيرة للقرافي (٣٨٥، ٣٩٠/٤)، والقوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٠١).

(٧) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٢٨٨/٥)، وقد ذكر أبو العباس ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٤٠٨/٢٩) أنه إذا فسد المسمى في النكاح وجب بدل المهر المسمى، وهذا بخلاف ما نقله عنه الزركشي، إلا أنه - رحمه الله - قد نصّ في مجموع الفتاوى (٣٧٩/٢٠) و(١٢٦/٢٤) على أن الزوجين إذا شرطوا صداقاً محرماً، أو سمياً مهراً بما يعتقدان تحريمه فهو نكاح باطل. انظر: الفروع (٢٦٤/٥).

والأصحاب على خلاف ذلك" (١).

حجتهم في ذلك:

قالوا: ١- لأن العقد حين الرد يكون خالياً من الصداق، فوجب أن يكون باطلاً، كنكاح الشغار، لأن الصداق أحد أركان العقد، فإذا بطل الصداق بطل العقد (٢).

٢- وقالوا: ولأنه عقد معاوضة ببدلٍ فاسد، فوجب أن يكون باطلاً كالبيع (٣).

المناقشة:

ونوقش هذان التعليلان بما يأتي:

أولاً: قولهم: "إن العقد خالٍ من الصداق، فوجب أن يكون فاسداً كالشغار".
جوابه أن يقال: إن نكاح الشغار لم يبطل بفساد المهر، وإنما بطل لأنه قد صار مشروطاً في نكاح الأخرى، ولأن هذا يقتضي أن يكون العوض المشروط لغير المرأة، بل لزوجها، فحقيقة الأمر أن المرأة زُوِّجت لأجل غيرها، وصار بُضْعُهَا مَبْدُولاً، لأجل مقصود غيرها، والأب له حق في مال ولده، وليس له حق في بُضْعِهَا لأنه لا يتمتع به (٤).

ثانياً: قولهم: ولأنه عقد معاوضة ببدلٍ فاسد، فوجب أن يكون باطلاً كالبيع.
جوابه أن يقال: إن هذا قياس مع الفارق، فالبيع يبطل بترك الثمن وجهاته، فبطل بفساده، أما النكاح فلا يبطل بترك المهر، فلم يبطل بفساده (٥).

(١) الإنصاف (١٣٨/٢١).

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي (٣٨٥/٤)، الحاوي الكبير للماوردي (٨/١٢)، عقد الجواهر الثمينة (١٠٠-٩٩/٢).

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة (١٠٠/٢)، الحاوي الكبير (٨/١٢).

(٤) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٢٠٥/٣)، المغني (٤٣/١٠)، الحاوي الكبير (٩/١٢). إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد. ط السنة المحمدية - (١٧٦/٢).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٩/١٢)، الفتاوى الكبرى (٢٠٥/٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلتهم ورجاحتها، ولضعف ومناقشة أدلة المخالفين.

إذا ثبت، فهل يقال بأنه مع صحة عقد النكاح إلا أن للمرأة حقَّ الخيار بين الفسخ والإمضاء كما اختاره أبو العباس ابن تيمية؟.. هذا محتمل، مع أنني لم أجد أحداً قال بمثل ما قال أبو العباس ابن تيمية.

وحجة ما قال أبو العباس - رحمه الله - هو:

١- حيث قال: "إن لم يحصل لها ما أصدقته لم يكن النكاح لازماً، وإن أعطيت بدله، كالبيع، وأولى، وإنما يلزم ما ألزم به الشارع أو التزمه"^(١).

٢- ولأن بقاء العقد مع عدم إعطائها شرطها في الصداق فيه حَيْفٌ عليها، وقال عن قول غيره: "هذا ضعيف مخالف للأصول، فإن لم تُقَلِّ بامتناع العقد بتعذر تسليم المعقود عليه، فلا أقلُّ من أن تملك المرأة الفسخ، فإنها لم ترض ولم تبح فرجها إلا بهذا"^(٢).

وقال عن قول الجمهور: "إن المهر ليس بمقصود أصلي"، فقال: "كلُّ شرط فهو مقصود، والمهر أوكد من الثمن، لكن الزوجان معقود عليهما، وهما عاقدان، بخلاف البيع، فإنهما عاقدان غير معقود عليهما، وهذا يقتضي إذا فات، فالمرأة مخيرة بين الفسخ وبين المطالبة بالبدل، كالعيب في البيع - لكن المعقود عليه وهما الزوجان باقيان - فالفئات جزء من المعقود عليه، فهو كالعيب في السلعة، وإن كان

(١) انظر: الفروع (٥/٢٦٤).

(٢) المصدر السابق (٥/٢٦٤).

الشرط باطلاً ولم يعلم المشتري بطلانه لم يكن العقد لازماً إن رضي بدون الشرط، وإلا فله الفسخ، وأما إلزامه بعقد لم يرض به ولا ألزمه الشارع أن يعقده فمخالف لأصول الشرع والعدل^(١).

وهذا القول في القوة كما ترى. والله أعلم.

* * *

المطلب الثاني

هل للمرأة أن تُردَّ الصداق بيسيرٍ عيبٍ كثيره؟

ذهب الأحناف - رحمهم الله - إلى أن الصداق لا يرد بعيب يسير^(١)، ويرد إذا كان العيب فاحشاً، وكذا بدل الخلع والإعتاق على مال، والصلح عن دم العمد، بخلاف البيع والإجارة.

قال السرخسي في المبسوط: "فأما حكم النقصان، فإن تعيب الصداق في يد الزوج بعيب يسير فلا خيار للمرأة؛ لأن العيب اليسير لو كان موجوداً وقت العقد لم يثبت لها الخيار بسببه، فكذا إذا حدث بعد العقد قبل القبض.."^(٢) اهـ.

وحتهم:

قالوا: ١ - لأن العقد لا يفسخ ببرد الصداق لعيبٍ أو غصب أو نحوه، بخلاف البيع ونحوه، وإذا لم يفسخ النكاح، فيقبض مثله فرما يجد فيه عيباً يسيراً أيضاً؛ لأن الأعيان لا تخلو عن قليل عيب عادةً فيرده، ثم يقبض مثله، فيؤدي إلى ما لا يتناهى، فلا يفيد الرد حينئذٍ^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٩١)، المبسوط (٥/٧٤)، فتح القدير (٢/٤٥٥)، جامع الفصولين (١/٣٤١)، الفتاوى الهندية (١/٣١٥).

(٢) المبسوط (٥/٧٤)، وهذا التفريق من الحنفية بين اليسير والفاحش بناءً على قاعدة عندهم تقول: "كل عقد يفسخ بالردّ ويكون المردود مضموناً بنفسه لا بما يقابله كمهر وبدل خلع وقود فإنه يرد بفاحشه لا بيسيره، إلا إذا كان مكيلاً أو موزوناً فإنه يرد باليسير أيضاً". انظر جامع الفصولين (١/٣٤١)، والفتاوى الهندية (١/٣١٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٩١)، والمصادر السابقة.

المناقشة:

يناقش تعليليهم هذا بأن يقال: إن العيب الذي يُردّ -سواء كان فاحشاً أو يسيراً- هو ما أوجب نقص القيمة عادة^(١)، كالبيع، فليس كل عيب يوجب نقص القيمة، وحينئذٍ فلا معنى لقولهم: "فيؤدي إلى ما لا يتناهى.."; لأن العيب إذا أمكن تقويمه عادة فأنقص القيمة، كان للمرأة خيار الردّ ولا يؤدي هذا إلى ما لا يتناهى كما يزعم أصحاب القول الأول، وإلا للزم هذا على قولهم في ردّ العيب في البيع باليسير والفاحش أيضاً.

القول الثاني: أن الصداق يرد بيسير عيب أو كثيره، وهذا قول عامة أهل العلم من المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، وهو قول زفر من الحنفية^(٥).

ففي المدونة: "في الصداق بالعبد يوجد به عيب، قلت: أرأيت إن تزوّج رجل امرأة على عبد بعينه فدفعه إليها ثم أصابت المرأة بالعبد عيباً؟ قال مالك: ترد، ولها قيمته، وهذا مثل البيوع سواء.."^(٦).

وفي الأم للشافعي: "قال: إذا أصدق الرجل المرأة عبداً بعينه فوجدت به عيباً صغيراً أو كبيراً يرد من مثله، كالبيوع، كان لها ردّه بذلك العيب"^(٧) اهـ.

(١) انظر: المقدمات لابن رشد (١٠١/٢)، الفروع (١٠٤/٤)، القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٧٠) ط. دار الأقرص.

(٢) انظر: المدونة (١٤٩/٢)، المقدمات لابن رشد (١٠١/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٧٠).

(٣) انظر: الأم (٨١/٥)، تكملة المجموع (٣٣٨/١٦)، المشور في القواعد الفقهية (٤٢٥/٢)، للزرکشي الشافعي ط. الأوقاف الكويتية، أسنى المطالب (٢٠١/٣).

(٤) انظر: المغني (١٠٨/١٠)، كشاف القناع (١٣٥/٥)، الإنصاف (١٣٧/٢١، ١٣٦).

(٥) انظر: المبسوط (٧٤/٥)، بدائع الصنائع (٢٩١/٢).

(٦) المدونة (١٤٩/٢).

(٧) الأم (٨١/٥).

وقال ابن قدامة في المغني: "إن الصداق إذا كان معيناً فوجدت به عيباً فلها رده، كالمبيع المغيب، ولا نعلم في هذا خلافاً إذا كان العيب كثيراً، فإن كان يسيراً، فحكى عن أبي حنيفة أنه لا يردُّ به، ولنا: أنه عيب يُردُّ به المبيع، فردُّ به الصداق كالكثير"^(١). اهـ.

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأنه عيب يُردُّ به المبيع، فردُّ به الصداق كالكثير^(٢)؛ ولأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فتغيُّره يثبت به خيار الرد كالعوض في البيع^(٣).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ لقوته ورجاحته، والتفريق بين الكثير واليسير تحكُّم لا دليل عليه.

(١) المغني (١٠٨/١٠).

(٢) انظر: المغني (١٠٨/١٠)، الأم (٨١/٥).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٣٣٨/١٦)، المبسوط (٧٤/٥)، الأم (٨١/٥).

المطلب الثالث

ما الواجب للمرأة إذا ردت الصداق المغشوش؟

إذا تبين بعد عقد النكاح أن الصداق كان مغشوشاً، كأن أصدقها عبداً فبان حراً أو مغشوباً، أو مستحقاً، أو معيباً، فردته، أو أصدقها خلاً أو عصيراً فبان خمراً. فهل ترجع على الزوج بقيمة الصداق؟ أو بمهر المثل؟.

تحرير محل النزاع:

أولاً: إذا كان الصداق مثلياً كالمكيل والموزون فظهر معيباً فردته، فللزوجة مثله؛ لأنه أقرب إليه^(١).

ثانياً: إذا كان الصداق غير مثلي، فقد اختلف العلماء ما الذي يجب للزوجة على الزوج، على أربعة أقوال:

القول الأول: أن للزوجة قيمته إذا كان الصداق معيباً، أو مغشوباً، ومهر المثل إن كان العبد حراً، وهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن - رحمهما الله -^(٢) وحجة أبي حنيفة ومن معه هو أنهم قالوا:

إن من شرط صحة المهر أن يكون المسمى مالاً متقوماً، فإذا لم يكن كذلك فسدت التسمية، وإذا فسدت التسمية أو تزلزلت، فإنه يجب مهر المثل؛ لأن العوض الأصلي في هذا الباب هو مهر المثل؛ لأنه قيمة البضع، وإنما يعدل عنه إلى المسمى إذا صحّت التسمية، وكانت التسمية تقديراً لتلك القيمة، فإذا لم تصح التسمية أو تزلزلت لم يصح التقدير، وإذا لم يصح التقدير فوجب المصير إلى الفرض الأصلي.

(١) انظر: المبسوط (٨٠/٥)، فتح القدير (٤٥٥/٢)، شرح الخرشني (٢٥٤/٣)، حاشية العدوي على

الخرشني (٢٥٤/٣)، مغني المحتاج (٣٧٥/٤)، المغني (١٠٩/١٠).

(٢) المبسوط (٧٤، ٨٣/٥)، فتح القدير (٤٥٥، ٤٦٤/٢).

والأصل أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية فإن المعتبر إلى الإشارة؛ لكونها أبلغ في المقصود، والمشار إليه - وهو الحرّ - غير صالح للمالية؛ لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه، فأشبه ما لو علماه حرّاً.

بخلاف المغيّب والمغصوب، إذ التسمية غير فاسدة؛ لأن المشار إليه متقوم، وهذا لا يبطل القيمة^(١).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال بما يأتي:

أولاً: قولهم: "إن من شروط صحة المهر أن يكون المسمى مالاً متقوماً..".
فجوابه: إن هذا الأصل الذي أصّلتموه، والقاعدة التي بنيتم عليها فروعكم، كل ذلك غير صحيح؛ لأنه مخالف للأدلة الشرعية، فالصداق يصح أن يكون منفعة، كالخدمة وتعليم القرآن، وغيرهما من المنافع المباحة لقوله عز وجل: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ..﴾ القصص: ٢٧، فجعل الرعي صداقاً، وقد زوج النبي ﷺ الواهبة من الذي خطبها بما معه من القرآن^{(٢)(٣)}.

ثانياً: قولهم: "إن العقد تعلق بعين الحرّ بإشارته إليه..".
فجوابه: إن العقد إنما وقع على التسمية، كما لو كان غائباً فكانت له قيمته، كالمغصوب سواء^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٢٧٧)، المبسوط (٥/٨٣)، فتح القدير (٢/٤٦٤-٤٦٥).

(٢) هذا إشارة إلى الحديث الصحيح الذي أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل القرآن، باب: القراءة عن ظهر القلب (فتح ٩/٩٦) رقم (٥٠٣٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد (٢/١٠٤٠) رقم (١٤٢٥) كلاهما من طريق سهل ابن سعد الساعدي.

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/١٠٠-١٠١)، تكملة المجموع (١٦/٣٢٨)، المغني (١٠/١٠١).

(٤) انظر: المغني (١٠/١١٠).

القول الثاني: أن للزوجة قيمته مطلقاً:

وهذا مذهب مالك - رحمه الله -^(١)، والشافعي في القديم^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، وهو قول أبي يوسف^(٤).

ففي المدونة: "قلت: رأيت إن تزوجها على قلال من خل بأعيانها فأصابتها خمراً؟ قال: أراها بمنزلة التي تزوجت على مهر فأصابت بمهرها عيباً أنها ترده وتأخذ مثله، إن كان مما يوجد مثله، أو قيمته إن كان مما لا يوجد مثله"^(٥).

وقال الشافعي: "ولو تزوجها على عبد فوجد حراً فعليه قيمته.." ^(٦).

وفي الإقناع للحجاوي: "وإن تزوجها على عبد بعينه، فظنه مملوكاً له، فخرج حراً أو منصوباً، فلها قيمته يوم العقد، وإن وجدت به عيباً فلها الخيار بين إمساكه وأخذ أرشه، أو رده وأخذ قيمته، أو مثله إن كان مثلياً كميح.." ^(٧).

أدلتهم:

١- قالوا: لأن العقد وقع على التسمية، فكان لها قيمته^(٨).

٢- ولأن المرأة رضيت بما سُمي لها، وتسليمه ممتنع لكونه غير قابل لجعله صداقاً، فوجب الانتقال إلى قيمته يوم العقد؛ لأنها بدل^(٩).

(١) انظر: التاج والإكليل (١٧٤/٥)، الكافي لابن عبد البر (٥٥٥/٢)، شرح الخرشي (٢٥٤/٣-٢٥٥)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢٩٥/٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٢٥٧/٧، ٢٥١)، نهاية المحتاج (٣٤٢/٦)، مغني المحتاج (٣٧٥/٤).

(٣) انظر: المغني (١٠٩/١٠، ١٠٨)، الفروع (٢٦٤/٥)، الإنصاف (١٣٣/٢١)، كشف القناع (١٣٥/٥).

(٤) انظر: المبسوط (٨٣/٥)، فتح القدير (٤٦٤/٢).

(٥) المدونة (١٤٨/٢).

(٦) الحاوي الكبير (٨٧/١٢).

(٧) الإقناع لطالب الانتفاع للحجاوي، تحقيق: التركي (٣٧٩/٣).

(٨) انظر: المغني (١١٠/١٠)، كشف القناع (١٣٥/٥)، شرح منتهى الإرادات (٦٨/٣).

(٩) انظر: كشف القناع (١٣٥/٥).

القول الثالث: أن للزوجة مهر المثل:

وإليه ذهب الشافعي في الجديد^(١)، وهو قول لبعض المالكيين^(٢)، وهو قول عند بعض الحنابلة^(٣).

وحجتهم:

قالوا: لأن التسمية فاسدة مع الاستحقاق - كالمغصوب -، أو الحرمة - كالخمر -، أو انتفاء المالّية - كالحرّ -، وإذا فسدت يرجع إلى مهر المثل، كما لو تزوجها على صداق محرّم معلوم^(٤).

المناقشة:

ونوقش هذا التعليل بما يأتي:

(أ) فقيل: إن أخذ القيمة أولى من مهر المثل؛ لأنها أعدل وأقرب لما اتفقا عليه في العقد.

(ب) ولأن مهر المثل، قد يكون أقل من المسمّى، والمرأة لم ترض ولم تبح فرجها إلا بهذا، فلو قلنا بمهر المثل لكان عليها ضرراً^(٥).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني بأن للزوجة قيمة المسمّى؛ لقوة أدلتهم، ولضعف ومناقشة أدلة المخالفين^(٦).

(١) انظر: روضة الطالبين (٢٥٧/٧، ٢٥١)، نهاية المحتاج (٣٤٢/٦)، مغني المحتاج (٣٧٥/٤)، تكملة المجموع (٣٤٢/١٦-٣٤٣).

(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر (٥٥٥/٢)، عقد الجواهر الثمينة (١٠٠/٢)، بداية المجتهد (٥٣/٣).

(٣) انظر: الإنصاف (١٣٤/٢١).

(٤) انظر: نهاية المحتاج (٣٤٢/٦)، مغني المحتاج (٣٧٥/٤).

(٥) انظر: كشاف القناع (١٣٥/٥).

(٦) والعجيب في الأمر أن ابن مفلح - رحمه الله - بعد أن ذكر أقوال المذهب في هذه المسألة قال: وقال شيخنا: "لا يلزمه فيهنّ" انظر: الفروع (٢٦٤/٥)، وكذا نقل المرداوي قوله: "وعند الشيخ تقيّ الدين - رحمه الله - لا يلزمه في هذه المسائل شيء، وكذا قال في مهر معيّن تعدّر حصوله". الإنصاف (١٣٤/٢١).

وهذا هو اختيار أبي العباس ابن تيمية^(١).

مسألة:

لو اختارت المرأة إمساك المعيب، فهل لها المطالبة بأخذ أرش النقص؟
سبق أن أوضحنا الخلاف في ذلك في الباب الأول في الرد بالمعيب، وذكرنا أن
المسألة على قولين، وأن الراجح منهما هو أنه ليس للمشتري الحق في المطالبة بأرش
النقص^(٢)، ويثبت في الصداق أحكام الرد بالمعيب مثل ما يثبت في البيع، وعلى هذا
فليس للمرأة المطالبة بأرش العيب فيما لو أمسكته^(٣).

* * *

وهذا القول متعذر قبوله، فيما لو لم تعلم بالمعيب إلا بعد الدخول، فلو قلنا لا يلزمه شيء لكان فيه
ما فيه من تزويجه بلا مهر أصلاً، والذي يظهر لي أن مراد أبي العباس ابن تيمية في هذا القول هو أنه
إذا ظهر الصداق معيباً فردته الزوجة أو مستحقاً ونحوه؛ فإن للزوجة الخيار في فسخ النكاح، ولو
اختارت إمضاء العقد فإن الزوج حينئذ مطالب بالبدل؛ لأن العقد قد تم بالتسمية، فلا حق له في
الامتناع، يؤيد هذا قوله - رحمه الله - كما نقله صاحب الفروع: "والمهر أوكد من الثمن، لكن
الزوجان معقود عليهما، وهما عاقدان، بخلاف البيع، فإنهما عاقدان غير معقود عليهما، وهذا
يقتضي إذا فات فالمرأة مخيرة بين الفسخ وبين المطالبة بالبدل، كالعيب في البيع". انظر: الفروع
(٢٦٤/٥).

غير أن هذا الفهم يشكل عليه ما نقله ابن مفلح عنه أنه قال - أي ابن تيمية - : قال شيخنا؛ لا
يلزمه فيهنّ، وكذا قال في مهر معينّ تعذر، وإن كان المنع من جهته، وأن الكل قالوا: لها بدله،
فالعلم عند الله تعالى. الفروع (٢٦٤/٥).

(١) انظر: الفروع (٢٦٤/٥).

(٢) انظر: صفحة (٢٧٠-٢٧١) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: تكملة المجموع (٣٤٤/١٦)، المبسوط (٧٤/٥) وما بعدها، المغني (١٠٩/١٠)، كشاف

القناع (١٣٥/٥)، شرح منتهى الإرادات (٦٨/٣).

الفصل الثالث

الغش في بدل الخلع وأثره على العقد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صور الغش في بدل الخلع.

المبحث الثاني: أثر الغش في بدل الخلع.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنها الجنة الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول صور الغش في بدل الخلع

الخلع - بفتح الخاء - لغة هو النزع والتجريد.
والخلع - بالضم - اسم من الخلع^(١).

والخلع في اصطلاح الفقهاء - رحمهم الله - يختلف تبعاً لاختلاف مذاهبهم في كونه طلاقاً أو فسخاً.

فالحنفية يعرفونه بأنه عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع^(٢).

وتعرفه عند الجمهور هو: فرقة بعوض يأخذه الزوج بالفاظ مخصوصة^(٣)، والمال الذي يأخذه الزوج يسمى عوض الخلع أو بدل الخلع، وهو ما يُبدل في مقابلة غيره^(٤).

والعوض أو البدل إما أن يكون معيناً، أو موصوفاً في الذمة.

وللغش في بدل الخلع صور، منها:

أ- أن يخالعه على عبد بعينه ثم يجده معيباً.

ب- أو أن يخالعه على عبد فيظهر حرّاً أو مستحقاً.

(١) انظر: الصحاح (١٢٠٥/٣)، القاموس المحيط (ص ٩٢١).

(٢) انظر: تبين الحقائق (٢٦٧/٢)، فتح القدير (١٩٩/٣).

(٣) انظر: جواهر الإكليل (١/٣٣٠)، حاشية البناني على الزرقاني (٦٣/٤) ط. الفكر، حاشية

القليوبي (٣/٣٠٨، ٣٠٧)، روضة الطالبين (٧/٣٧٤)، كشاف القناع (٥/٢١٢).

(٤) انظر: المصباح المنير (١/٢١٥)، المطلع (ص ٢١٦).

- ج- أو أن يخالعهها على معيّن يشترط الزوج فيه شروطاً، فتدلس الزوجة فيه تدليساً يردّ به المبيع.
- د- أو أن تقول الزوجة: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، ففعل، فلم يكن في يدها شيء^(١).

* * *

(١) انظر: المبسوط (١٩١/٦، ١٨٠)، بداية المجتهد (١٣٣/٣)، الأم (٢٩٢/٨)، مغني المحتاج (٤٣٥/٤)، المغني (٢٩٥/١٠)، كشف القناع (٢٢٠/٥).

المبحث الثاني

أثر الغش في بدل الخلع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

حكم الخلع

إذا خالغ الزوج امرأته على مهر فاسد لم يعلمه، أو معيب بأن وجدته معيباً، أو مستحقاً أو مغصوباً، أو خالغها على عبدٍ فبان حرّاً، أو على هذا الدّن من الخل فبان خمرّاً، أو نحو ذلك من أنواع الغش في بدل الخلع، فردّ الزوج ما عُشّ به، فهل يصح الخلع أو لا؟.

على قولين عند أهل العلم:

القول الأول: صحة الخلع ولزومه:

وهذا مذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والمذهب عند الحنابلة^(٣)، وهو مذهب أكثر أهل العلم كما قال ابن قدامة^(٤) رحمه الله.

ففي الهداية للحنفية: "وإن قالت خالغني على ما في يدي من مال، فخالغها، فلم يكن في يدها شيء، ردّت عليه مهرها.." ^(٥).

(١) انظر: المبسوط (١٩١/٦، ١٨٠)، تبين الحقائق (٢٦٩/٢)، حاشية ابن عابدين (٤٤٦/٣).

(٢) انظر: الأم (٢٩٢/٨)، روضة الطالبين (٣٩٠/٧)، أسنى المطالب (٢٠٢/٣)، مغني المحتاج (٤٣٥/٤).

(٣) انظر: المغني (٢٩٥/١٠)، كشاف القناع (٢٢٠/٥)، الإنصاف (٤٩، ٥٠/٢١)، شرح منتهى الإرادات (١١١/٣).

(٤) انظر: المغني (٢٩٥/١٠)، بداية المجتهد (١٣٣/٣).

(٥) الهداية مع شرحه فتح القدير (٢٠٧/٣).

وفيه -أيضاً-: "بخلاف ما إذا خالغ على خل بعينه فظهر أنه خمر؛ لأنها سمّت مالاً فصار مغروراً"^(١)، قال ابن الهمام في شرحه على الهداية: فقال على كلام صاحب الهداية: فيصير مغروراً "فيرجع عليها، فعند أبي حنيفة ترد مهرها، وعندهما مثل كيل الخمر خلاً وسطاً كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر، ولو علم الزوج بكونه خمرًا لا شيء له"^(٢).

وجاء في مغني المحتاج للخطيب الشربيني^(٣): "ولو خالغها على عين فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة أو معيبة فردّها، أو فاتت منها صفة مشروطة فردّها، رجع عليها بمهر المثل"^(٤).

وقال الشافعي في الأم: "ولو خالغها على ثوب على أنه مرّوي، فإذا هو هروي فردّه كان له عليها مهر المثل والخلع"^(٥).

وفي الإنصاف للمرداوي: "وإن خالغها على عبدٍ فبانَ حرّاً أو مستحقاً، فله قيمته عليها، يعني إذا لم يكن مثلياً، فإن كان مثلياً فله مثله، ويصح الخلع على الصحيح من المذهب، قال في الرعايتين: يصح الخلع على الأصح"^(٦).

وحجة هذا القول:

قالوا: لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح^(٧)،

(١) الهداية مع فتح القدير (٢٠٦/٣).

(٢) فتح القدير (٢٠٦/٣).

(٣) هو محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، شمس الأئمة، القاهري، الفقيه الشافعي، ت: سنة

(٩٧٧)هـ. انظر: الأعلام (٢٣٤/٦).

(٤) مغني المحتاج (٤٣٥/٤).

(٥) الأم (٢٩٢/٨).

(٦) الإنصاف (٥٠/٢١).

(٧) انظر: المغني (٢٩٥/١٠)، كشف القناع (٢٢٠/٥)، شرح منتهى الإرادات (١١١/٣).

وقالوا: ولأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصَحَّ مع فساده كالنكاح^(١).

المناقشة:

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال فيقال:

لا تلازم بين صحة الخلع وبين لزومه، فقد يصح الخلع ويوجد حقيقته، لكنّه لا يلزم به الزوج لعدم حصول القيد الذي قيده، وهو لم يوقع الخلع إلا بوجود شيء -وهو العوض المسمّى- فلا يتم إلا بوجوده أشبه التعليق على شرط، وما علّتم به إنما هو في صحته لا في لزومه. والله أعلم.

القول الثاني: إن ظهر المسمّى فاسداً، بأن خالعه بشيء معين، فبأن مستحقاً أو مفضوباً أو خمراً، فلا يلزمه الخلع، وإن ظهر معيباً، صحَّ وله رده.

وهذا مذهب المالكية^(٢)، إلا أنهم خصوه بأن تكون المرأة عاملة بأنه ملك غيرها. قال الخرشي - رحمه الله -: "إن الزوجة إذا خالعت زوجها على عبد ونحوه من كلِّ مقومّ معين ودفعته إليه فاستحق من يده بملك أو حرية، ولا علم عند الزوجين، فإنها تغرم له قيمته كما إذا تزوجها على عبد فاستحق من يدها فإنه يغرم لها قيمته، أما إن علمت دونه فهو قوله: "لا إن خالعه بما لا شبهة لها فيه" أي فلا يقع طلاق"^(٣) اهـ.

وهذا القول رواية عند الحنابلة^(٤)، وقوَاه الشوكاني في السيل الجرّار وقال: "الزوجة إذا غرّرت على زوجها كأن تقول له طلقني على ما في هذا المكان فطلقها عليه، ثم انكشف أنه لم يكن في ذلك المكان شيء فالطلاق غير واقع؛ لأنه أوقعه

(١) انظر: تكملة المجموع (٢٥/١٧).

(٢) انظر: التاج والإكليل (٢٩٩/٥)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٣٦٠/٢)، شرح الخرشي

(٣/٤)، منح الجليل شرح مختصر خليل (٣١/٤).

(٣) شرح الخرشي (١٤/٤).

(٤) انظر: الإنصاف (٥١/٢١).

مقيداً بقيد وهو العوض الذي غررت به ولم يوقعه مطلقاً، فلا يصح في هذا طلاق خلع ولا غير خلع^(١).

وحجة هذا القول:

قالوا: لأن الزوج جعل الطلاق مقيداً بقيد: وهو العوض المسمّى، فلا يتم إلا بوجود ما قيده، كالطلاق المعلق على شرط لا يتم إلا بوجود الشرط^(٢)، ولأن الزوج قد غرر به، فيثبت له الخيار^(٣).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الثاني القائل بعدم لزوم الخلع لأجل التغرير وعدم الوفاء بالشرط، وذلك لقوة ما عللوا به، وضعف ومناقشة أصحاب القول الأول.

* * *

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (٢/٣٦٧).

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر: المصدر السابق، والتاج والإكليل (٥/٢٩٩).

المطلب الثاني

هل للزوج أن يردّ بدل الخلع بيسير عيب ككثيره؟

سبق أن أوضحنا في أثر الغش في الصداق أن الأحناف خالفوا عامة أهل العلم، فقالوا لا يرد الصداق بيسير عيب، وكذلك في بدل الخلع سواء.

قال السرخسي - رحمه الله -: "ولو خالعتها على عبد نصراني، أو أمة لها زوج، أو عبد له امرأة، ولم تُعلمه ذلك لم يرجع عليها بشيء، فإن هذا بمنزلة العيب اليسير؛ لأن نقصان المالية يقل بهذه الأسباب، وبدل الخلع لا يرد بالعيب اليسير كالصداق"^(١).

وقال الكرابيسي^(٢) من الأحناف: "ولو خالعتها على جارية فوجدها معيبة عيباً يسيراً لا يردّها؛ لأنه لا يستدرك بالرد بدلاً لأنه لو ردها لرجع بقيمتها، والمقومون يختلفون فيها، فإذا لم يستدرك بالرد بدلاً لم يكن في الرد فائدة، فلا يرد"^(٣).

والصواب في هذا هو قول عامة أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية لقوة أدلتهم، ولضعف ومناقشة أدلة الأحناف كما سبق بيانها في موضع آخر، فلتراجع في مكانها خشية التكرار^(٤).

* * *

(١) المبسوط (١٩٤/٦).

(٢) هو أسعد بن محمد بن الحسين، أبوالمظفر الكرابيسي، فقيه حنفي وأديب، نسبته إلى بيع الكرايس، وهي الثياب. ت: سنة (٥٧٠هـ). انظر: الأعلام (٣٠١/١).

(٣) انظر الفروق للكرابيسي الحنفي، بتصرف يسير (١٨٤/١-١٨٥) ط. عالم الكتب.

(٤) راجع أدلة كل فريق ومناقشة أدلة المخالفين في صفحة (٥٩٣) من هذا الكتاب.

المطلب الثالث

ما الواجب للزوج إذا ردَّ بدل الخلع؟

إذا خالعت الزوجة المرأة بعوضٍ قد سمّياه أو شرطاه، ثم تبين أن العوض كان معيباً، أو مستحقاً فردّه، أو كان على هذا العبد فبان حرّاً ونحو ذلك، واختار الزوج إمضاءه، فما الواجب له إذا ردَّ بدل الخلع حينئذٍ؟.

في المسألة تفصيلات وأقوال متعددة تختلف المذاهب في هذا على حسب قواعد كلِّ مذهب، وقد يتفق البعض في بعض المسائل مع البعض الآخر، يظهر ذلك من عرض كلِّ مذهب على حدة كما يلي:

أولاً: الحنفية:

للحنفية تفصيلات متعددة:

أ- إن المرأة إذا خالعت الزوج على شيء متموّل، فبان بخلافه لتغيرها وخذاعها وغشها، فإن للزوج حينئذٍ المهر الذي أعطاها لأنها غرّته بالتسمية، فسَمّت له مالاً، فغرّته بذلك فكانت ضامنة؛ لأن التغير في ضمن العقد يوجب الضمان، ومن أمثلة ذلك: كأن تخالعه على ما في نخلها من ثمرة وليس فيها شيء، أو أن تخالعه على ما في يدها أو بيتها من متاع فخالعها ثم تبين أنه ليس في يدها أو بيتها شيء، فله المهر الذي أعطاها في كلِّ ما سبق.

جاء في المبسوط للسرخسي: "وإن اختلعت منه بما في نخلها من ثمرة وليس فيها شيء فله المهر الذي أعطاها؛ لأنها غرّته بتسمية الثمرة، وهو اسم لمالٍ متقوم" (١).

وقال السرخسي -أيضاً-: "وإذا اختلعت من زوجها بعد بعينه فمات قبل أن تسلّمه فعليها قيمته له كما في الصداق؛ لأن السبب الموجب للتسليم لم يفسخ

بهلاكه ، فإن تبين أن العبد كان مات قبل الخلع ، فإنما يرجع عليها بالمهر الذي أخذت منه ؛ لأنها غرته بتسمية العبد" (١) .اهـ.

وإذا خالعه على شيء ولم تسم له مالاً ، فخلعها صحيح مجاناً.

جاء في الهداية : "فإن قالت له خالعي على ما في يدي فخالعها ، فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها ؛ لأنها لم تغره بتسمية المال" (٢) .اهـ.

قال الكمال ابن الهمام على قول صاحب الهداية : "لأنها لم تغره بتسمية المال ، قال : "لأن ما في يدها قد يكون متقوماً وقد يكون غيره فكان بذلك راضياً إن لم يكن مالاً أو كان ، ومثل هذا قولها على ما في بيتي ، أو ما في بيتي من شيء ، وليس فيه شيء لا يلزمها شيء ؛ لأن الشيء يصدق على غير المال ، فإن كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ، ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور" (٣) .اهـ.

وقال الزيلعي في تبين الحقائق : "إن قالت خالعي على ما في يدي من مال أو قالت من دراهم ، ولم يكن في يدها شيء ردت عليه في الأولى المهر الذي أخذته منه ، وفي الثانية ثلاثة دراهم ، أما في الأولى فلأنها لما سمّت مالاً لم يكن الزوج راضياً بزوال ملكه إلا بعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمه للجهالة ولا إلى إيجاب قيمة البضع ، وهو مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعاً للضرر عنه ، وعلى هذا لو قالت على ما في بيتي من مال أو على ما في بطن جاريتي أو غنمي من حمل ، ولم يكن فيها شيء ، يجب ردّ المهر

(١) المبسوط (١٩١/٦).

(٢) الهداية مع فتح القدير (٢٠٧/٣) ، وانظر : تبين الحقائق (٢٦٩/٢) ، الجوهرة النيرة لأبي بكر العبادي (٦٠/٢)

(٣) فتح القدير (٢٠٧/٣) ، وانظر : ما سبق مع مجمع الأنهر (٧٦٠/١-٧٦١).

لما قلنا، بخلاف ما إذا لم تقل من مال أو حمل حيث لا يجب عليها شيء، والفرق مبني على ما ذكرناه من تسمية المال وعدمه^(١). اهـ.

ب- وإن خالعتة على عبد فبان مستحقاً أو معيباً فردّه، فإن الواجب أن يرجع الزوج عليها بقيمتها؛ لأنه تعذّر تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم له، وإن ظهر أنه كان حرّاً، فعليها المهر الذي أخذت منه.

قال السرخسي: "وإن كان - يعني العبد الذي خالعتة به - حياً فاستحق فعليها قيمته؛ لأنه تعذّر تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم له، وإن ظهر أنه كان حرّاً فعليها المهر الذي أخذت منه في قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، وفي قول أبي يوسف رضي الله عنه: عليها قيمته أن لو كان عبداً، وهذا والصدّاق سواء"^(٢). اهـ.

ج- وإن خالعتة على هذا الدنّ من الخلل فإذا هو خمر، فعند أبي حنيفة عليها أن ترد المهر الذي أخذته منه، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: عليها مثل ذلك الكيل من خلّ وسط؛ لأن الخلل من ذوات الأمثال، قال البابرّي^(٣) صاحب العناية على الهداية: "إذا خالغ على خلّ بعينه فظهر خمرأ فإنه يلزمه عليها ردّ المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة، وعندهما كيلٌ مثل ذلك من خلّ وسط، وهذا والصدّاق سواء؛ لأنها سمّت مالاً وغرّته بذلك فكانت ضامنة؛ لأن التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان"^(٤).

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/٢٦٩-٢٧٠)، وانظر: الهداية مع فتح القدير (٣/٢٠٧)،

مجمع الأنهر (١/٧٦٠)

(٢) المبسوط (٦/١٩١)، وانظر: الفتاوى الهندية (١/٤٩٤).

(٣) هو محمد بن محمد بن محمد بن محمود، أبو عبدالله، الرومي البابرّي، الفقيه الحنفي، الأصولي المتكلم، ت:

سنة (٧٨٦) هـ. انظر الدرر الكامنة (٥/١٨).

(٤) العناية على الهداية (٣/٢٠٦)، وانظر: تبين الحقائق (٢/٢٦٩)، وفتح القدير (٣/٢٠٦)،

والمبسوط (٦/١٩١).

ثانياً: المالكية:

أ- إذا قالت: خالعتني على ما في يدي من مال، فخالعتها، ثم تبين أنه ليس في يدها ما يتموّل، فإن المالكية لهم قولان في المسألة.

قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير في ذكره لهذه المسألة: "فإن وُجد فيها - يعني يد المرأة - شيء متموّل ولو يسيراً كدرهم فإنها تبين منه باتفاق^(١)، وأما إن وُجد فيها شيء غير متمول، أو لم يوجد فيها شيء، بأن وُجدت فارغة، فإنه تبين - أيضاً -"^(٢) اهـ.

ب- وإذا خالعتة على عبد فبانَ حرّاً، أو مفضوباً أو مستحقاً، ولم يعلم به الزوج، وكانت عالة بذلك، فلا يقع طلاقٌ أصلاً، أما لو لم يعلمها جميعاً فللزوج حينئذٍ له عليها رد القيمة، وهذا قول أكثرهم، ونقل الحطّاب قولاً بأنه لا يرجع بشيء^(٣).

قال الحرشي - رحمه الله - : "إن الزوجة إذا خالعت زوجها على عبدٍ ونحوه من كل مقوّم معين، ودفعته إليه فاستحق من يده بملك أو حرية، ولا علم عند الزوجين، فإنها تغرم له قيمته، كما إذا تزوجها على عبد فاستحق من يدها، فإنه

(١) نقله الاتفاق فيه نظر، فقد نقل المواق في التاج والإكليل عن اللخمي قوله: "إن قالت أخالك على ما في يدي، ففتحت يدها عن دينار وما أشبه ذلك، لزمه الخلع، فإن كان مما لا قدر له كالدرهم، فقال مالك: لا خلع بينهما وهو أحسن" اهـ. التاج والإكليل (٢٩٩/٥)، وانظر منح الجليل (٣١/٤).

(٢) حاشية الدسوقي (٣٦٠/٢) بتصرف يسير، وقال - أيضاً - : "واختار اللخمي خلافه، وهو عدم البيونة في هذه الحالة"، وانظر: منح الجليل وقد نسب قول اللخمي إلى قول مالك والأكثر (٣١/٤).
(٣) انظر: مواهب الجليل (٢٧٧/٥)، وانظر الكافي لابن عبد البر (٥٥٥/٢)، وعقد الجواهر الثمينة (١٤٤/٢).

ينغم لها قيمته، أما إن علمت دونه فهو قوله: "لا إن خالته بما لا شبهة لها فيه" أي فلا يقع طلاق^(١) اهـ.

ج- وإذا خالته على موصوف في الذمة، فأعطته إياه فبان مستحقاً فإن الخلع لازم، ويرجع إليها بمثل المستحق^(٢).

د- وإن خالته على دراهم، فبان أنها زيوف، فله أن يردّها والخلع لازم كالبيع^(٣).

هـ- وإن قالت خالعتك على عبدي، فخالعها، فظهر أنه ميت قبل الخلع، فله عليها قيمته.

قال الخرشي: "إن الزوج إذا خالغ زوجته على عبدها الغائب، وهو غير آبق، ثم تبين بعد ذلك أنه مات، أو لم يميت لكن ظهر به عيب، وقالت الزوجة: بل مات، أو تعيب بعد الخلع ليكون ضمانه من الزوج ولا بينة لأحدهما، فإن القول في ذلك قول الزوج؛ لأن الأصل عدم انتقال الضمان إليه وبقاؤه عليها"^(٤).

ثالثاً: الشافعية:

أما الشافعية فإن الزوج عندهم لو خالغ زوجته على عبد فبان حراً، أو مغضوباً، أو مستحقاً، أو علم به عيباً فرده، فإن لهم في رجوعه على الزوجة مع بقاء الخلع قولان:

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل (١٤/٤)، وانظر حاشية الدسوقي (٣٥٠/٢)، ومنح الجليل (٣٢-٣١/٤).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٣٥٠/٢)، حاشية العدوي على الخرشي (١٤/٤) ..

(٣) انظر: المدونة (٢٤٣/٢) و (٣٨٦/٣).

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل (٢٧/٤)، وانظر: التاج والإكليل (٢٩٩/٥)، وحاشية الدسوقي (٣٦١-٣٦٠/٢).

القول الأول: أن للزوج مهر المثل، وهذا قول الشافعي في الجديد وهو المقدم عند الشافعية^(١)، ودليل هذا القول:

قالوا: لأن مهر المثل هو المراد عند فساد العوض كما في فساد الصداق؛ ولأن قضية فساده مرجوع العوض الآخر إلى مستحقه، والبُضْع لا يرجع بعد الفرقة، فوجب ردُّ بدل البُضْع^(٢).

القول الثاني عندهم: أن الزوج يرجع إلى بدل العين وهو القيمة، وهذا هو قول الشافعي في القديم^(٣).

ونصوصهم في ذلك كما يلي:

قال الشريبي في مغني المحتاج: "ولو خالها على عين، فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة، أو معيبة، فردّها، أو فاتت منها صفة مشروطة، فردّها، رجع عليها بمهر المثل، والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد، وقيل: ضمان يد"^(٤). اهـ.

وقال - أيضاً - مع شرحه للمنهاج: "وإن أعطته عبداً في الأولى (معيباً فله ردّه)؛ لأن الإطلاق يقتضي السلام، فإذا اطلع فيه على عيب تخيّر فإن شاء أمسكه، ولا شيء له، وإن شاء ردّه (و) له (مهر المثل) لفساد العوض (وفي قول قيمته سليماً)، الخلاف مبني على أن بدل الخلع في يد الزوجة مضمون ضمان عقد، أو ضمان يد، ومرّ أن الراجح الأول، وليس له أن يطالب بعبد بتلك الصفة سليم

(١) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٩٠)، تكلمة المجموع (١٧/٢٤-٢٥)، أسنى المطالب (٣/٢٤٨-٢٤٩)،

مغني المحتاج (٤/٤٤٨).

(٢) انظر: أسنى المطالب (٣/٢٤٨).

(٣) انظر: مغني المحتاج (٤/٤٤٨)، تكلمة المجموع (١٧/٢٤-٢٥)، نهاية المحتاج (٦/٤١٤).

(٤) مغني المحتاج (٤/٤٣٥)، وانظر: أسنى المطالب (٣/٢٤٨-٢٤٩).

بالوقوع الطلاق بالمعطى بخلف غير التعليق كما لو قال: طلقتك على عبد صفته كذا فقبلت، وأعطته عبداً بتلك الصفة معيماً، له ردّه والمطالبة بعبد سليم؛ لأن الطلاق وقع قبل الإعطاء بالقبول على عبد في الذمة^(١). اهـ.

رابعاً: الحنابلة:

إذا خالغ الرجل امرأته على عوض يظنه مالاً فبان غير مال، مثل أن يخالغها على عبد تعينه فيبين حراً، أو مفضوباً، فإن الخلع صحيح حينئذٍ في قول أكثر الأصحاب وهو المذهب، وفي رواية أنه لا يصح - كما سبق^(٢)، وإذا صح الخلع، فإنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً، وهذا فيما لو كان غير مثلي، فإن كان مثلياً رجع عليها بمثله^(٣).

قال البهوتي في شرحه على الإقناع: "وإن كان العوض (في الخلع) مثلياً وبان مستحقاً ونحوه، (فله مثله وصح الخلع) لما تقدّم"^(٤) اهـ.

أما لو خالغته على هذا الدنّ من الخلل فبان خمراً، رجع عليها بمثله خلاً، قال ابن قدامة: "لأن الخلل من ذوات الأمثال، وقد دخل على أن هذا المعين خلٌّ، فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه، وقد قيل: يرجع بقيمة مثله خلا؛ لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال، والصحيح الأول؛ لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلاً، كما تُوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً، فإن الحر لا قيمة له"^(٥) اهـ.

(١) مغني المحتاج (٤/٤٤٧-٤٤٨)، وانظر: أسنى المطالب (٣/٢٤٨-٢٤٩)، والفرر البهية (٤/٢٤٠).

(٢) انظر: صفحة (٦٠٦-٦٠٨) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: المغني (١٠/٢٩٤)، كشف القناع (٥/٢٢٠)، الإنصاف (٢٢/٤٩)، شرح منتهى

الإرادات (٣/١١١).

(٤) كشف القناع (٥/٢٢٠).

(٥) المغني (١٠/٢٩٥).

وأما لو خالغته على عبد فَبَانَ معيناً، فإنه يستحق ردّ عوضه بالعيب إذا لم يكن علم به، وأخذ قيمته، ولو اختار إمساكه، فهل له مطالبة أرش العيب أو لا؟. على روايتين في المذهب:

الأولى: أنه له أخذه ومطالبة أرش العيب، وهذه هي المذهب وعليها أكثر الأصحاب.

الثانية: أنه لا أرش له مع الإمساك، كالرواية التي في البيع والصدّاق^(١). وهذا على المذهب أصل في كل عوض يظهر معيباً في المعاملات المالية وسبق أن رجحنا الرواية الثانية في مبحث سابق، وذكرنا الأدلة ومناقشة أدلة المخالفين، فلتراجع في مظانها خشية الإطالة^(٢).

الترجيح:

مما سبق يظهر أن أقرب الأقوال للصواب هو قول الحنابلة؛ لقوة أدلتهم وظهورها، وأما أدلة المخالفين فقد سبق مناقشتها في أثر الغش في الصدّاق، فلتراجع^(٣).



(١) انظر: المغني (٢٨٩/١٠)، كشف القناع (٢٢٠/٥)، شرح منتهى الإرادات (١١١/٣)، الإنصاف (٥١/٢٢).

(٢) انظر: صفحة (٢٧٠-٢٧١) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: صفحة (٥٩٦) من هذا الكتاب.

رَفَعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الرابع

الغش في الصلح وأثره على العقد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: صور الغش في الصلح.

المبحث الثاني: أثر الغش في الصلح على العقد.

رقع

عبد الرحمن العجمي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

صور الغش في الصلح

الصلح لغةً: اسم من المصالحة والتّصالح، خلاف المخاصمة والتخاصم، وهو مختصٌّ بإزالة النّفار بين الناس^(١).

أما في الاصطلاح الفقهي، فقد اتفق أئمة المذاهب الأربعة على أن الصلح عبارة عن معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم ويُتوصّل بها إلى الموافقة بين المختلفين^(٢).

ويرى جمهور الفقهاء أن عقد الصلح ليس عقداً مستقلاً قائماً بذاته في شروطه وأحكامه؛ بل هو متفرّع عن غيره في ذلك بمعنى: أنه تسري عليه أحكام أقرب العقود إليه شبيهاً بحسب مضمونه، فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع، والصلح عن مال بمنفعة يعدّ في حكم الإجارة، والصلح على بعض العين المدّعاة هبة بعض المدعي لمن هو في يده، وهكذا..

ولهذا يقول الفقهاء: إن الصلح تجري عليه أحكام العقد الذي اعتبر به، وتراعى فيه شروطه ومتطلباته^(٣).

قال الزيلعي: وهذا لأن الأصل في الصلح أن يُحمّل على أشبه العقود به، فتجري عليه أحكامه؛ لأن العبرة للمعاني دون الصور^(٤).

(١) انظر: المغرب (٤٧٩/١)، المفردات للأصبهاني (ص ٤٢٠).

(٢) انظر: تبين الحقائق (٢٩/٥)، شرح الخرشي (٢/٦)، نهاية المحتاج (٣٨٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢٦٠/٢).

(٣) انظر: تبين الحقائق (٣١/٥)، شرح الخرشي (٤-٢/٦)، روضة الطالبين (٤/١٩٣-١٩٦) كشف القناع (٣/٣٩٥، ٣٩١).

(٤) انظر: تبين الحقائق (٣١/٥).

والصلح أنواع، والذي يعنينا من أنواعه هنا نوعان:

الأول: الصلح عن المال، والثاني: الصلح عن دم العمد.

ويثبت في هذين النوعين من الصلح الشفعة، والرد بالعيب ونحو ذلك؛ لأن هذه الأشياء من أحكام البيع، فتثبت فيه^(١).

ومن صور الغش في الصلح:

أ- أن يدعي رجل حقاً في دار، فيقر له المدعي عليه، ويصالحه على عبد بعينه، ثم يجد المدعي بالعبد عيباً فيرده^(٢).

ب- أن يدعي رجل على آخر سيارة فينكر المدعي عليه، ثم يصالحه على إنهاء الخصومة على عبد أو معين مقوم، ثم يظهر أنه حرّ أو مستحق، فيرده المدعي^(٣).

ج- ومثل ذلك - أيضاً - أن يدعي رجل على آخر أنه قتل عمداً ابنه، فيقرّ القاتل بذلك، ثم يصالحه على بدل القصاص عوضاً معيناً، ثم يؤخذ العوض المصالح به بالشفعة أو الاستحقاق، ولم يعلم المدعي بذلك قبل الصلح^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥٣/٦)، حاشية الدسوقي (٣١٧/٣)، أسنى المطالب (٢١٨/٢)، الفروع (٩٣/٤)، مطالب أولي النهى (١٠٥/٣).

(٢) انظر: تبين الحقائق (٣٢/٥)، المدونة (٣٨٦/٣)، الأم (٢٢٧/٣)، أسنى المطالب (٢١٨/٢)، الكافي لابن قدامة (٢٠٢/٢).

(٣) انظر: البدائع (٥٣/٦)، شرح الخرشبي (٨/٦)، أسنى المطالب (٢١٨/٢)، كشف القناع (٣٩٧/٣).

(٤) انظر: المبسوط (١١٧/١٣)، منح الجليل (١٥٦/٦)، أسنى المطالب (٢١٨/٢)، الكافي لابن قدامة (٢٠٨/٢).

المبحث الثاني أثر الغش في الصلح على العقد

وفيه مطلبان:

المطلب الأول الصلح عن المال

الصلح عن المال ينقسم إلى قسمين: صلح على إقرار، و صلح على إنكار.

الفرع الأول الصلح على إقرار

إذا ادعى رجل حقاً على آخر، فأقر المدعى عليه بالحق، وصالحه على غير جنس المدعى به، مثل أن يدعي عليه داراً فيصالحه على عبدٍ أو فرس أو ترس أو سيارة أو نحو ذلك، ثم يظهر بالمصالح به عيبٌ، أو أخذ بالشفعة، أو بان مستحقاً، ففي هذه الحال يحق للمدعي الرجوع والرد على المدعى عليه، وهذا عند عامة الفقهاء وأئمة المذاهب.

وإن تعدّر الرد لمانع، كالهلاك مثلاً، أو الاستحقاق في هذا البديل، أو أخذ بالشفعة، فإنه والحالة هذه يرجع المدعي على المدعى عليه بحصة العيب في المدعى نفسه إن كان باقياً، أو بقيمته إن كان تالفاً.

قال الكاساني الحنفي: "ولو وجد ببديل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان في يد المدعي، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع على المدعى

عليه بخصّة العيب في المدعى..^(١).

وقال الدسوقي المالكي: "إذا ادعى على إنسان بكتاب مثلاً، فأقرّ به وصالحه بثوب مثلاً، فإن استحق ذلك الثوب أو ردّ بعيب، فإن كان الكتاب باقياً رجع به، وإن كان قد فات رجع بقيمته"^(٢). اهـ.

وقال الشيخ زكريا الأنصاري^(٣) في شرحه على روض الطالب: "لو (صالحه) بنفسه أو وكيله (عن الدار) مثلاً، (على) نحو (عبد) معين، (فردّه بعيب أو استحق) لغير المشتري، أو هلك قبل القبض كما صرح به في الروضة، (انفسخ العقد) في تعبيره بالانفساخ تسمّح بالنسبة للثانية، (فإن تعدّر الردّ) للعبد (بتلف ونحوه): كتعبّيب في يده (رجع في جزء من الدار) بقدر ما نقص من قيمة العبد، كما لو باعها بعبد"^(٤). اهـ.

وقال البهوتي مع شرحه للإقناع: "(ولو صالح) المدعى عليه (عن دارٍ أو عبدٍ بعوض فبان العوض مستحقاً، أو) بعبد فبان (حراً رجع) المدعي (في الدار) المصالح عنها، (أو) رجع في (ما صالح عنه) إن صالح عن غير دار، وكان باقياً (أو بقيمته إن كان) المصالح عنه متقوماً (تالفاً)، وإن كان مثلياً فبمثله؛ (لأن الصلح هنا بيع حقيقة إذا كان عن إقرار)، فإذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً، كان البيع فاسداً، فيرجع فيما كان له"^(٥). اهـ.

(١) بدائع الصنائع (٥٣/٦)، وانظر: الفتاوى الهندية (٢٥٠/٤)، فتح القدير (٢٩/٧).

(٢) حاشية الدسوقي (٣١٨/٣)، وانظر: حاشية العدوي على الخرشي (٨/٦)، وشرح الخرشي (١٥٩/٦).

(٣) هو زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، السنيكي المصري الشافعي، أبو يحيى، شيخ الإسلام، اشتهر بالتصنيف وجمع الكتب، ت: سنة (٩٢٦) هـ. انظر: الأعلام (٤٦/٣).

(٤) أسنى المطالب (٢١٨/٢)، وانظر: الأم (٢٠٤/٨).

(٥) كشف القناع (٤٠٠/٣)، وانظر: شرح منتهى الإرادات (٢٢٦/٢)، الإنصاف (١٦٤/١٣).

وقال ابن حزم الظاهري: "لو صالح من سلعة بعينها بسكنى دار أو خدمة عبد، فمات العبد وانهدمت الدار، أو استحقاً، بطل الصلح وعاد على حقه"^(١) اهـ.

الفرع الثاني

الصلح على إنكار

الصلح على إنكار جائز عند جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة^(٢)، خلافاً للشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة^(٣)، لعموم الآيات والأحاديث الدالة على الصلح إذ لم تفرّق بين صلح وآخر، ولأن الصلح إنما شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند الإنكار - إذ الإقرار مسالمة ومساعدة - فكان أولى بالجواز^(٤).

إلا أن الشافعية أجازوا في الصلح على الإنكار أن يصلح المدعي أجنبيّاً يقرّ له بحقه المدعى به على المدعى عليه^(٥).

وعلى هذا فإذا ادعى شخص على آخر شيئاً معيناً، فأنكره المدعى عليه، ثم صالحه بشيء من غير جنسه قطعاً للخصومة، فلما قبضه المدعي وجد به عيباً أو بان حراً أو مستحقاً فللمدعي رد الميعب؛ لأن هذا الصلح بمنزلة حكم البيع في حق

(١) المحلى (١٦٨/٨).

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي (٤١٨/٣)، ومجمع الأنهر (٣٠٨/٢)، الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب المالكي (١٧/٢)، التفريع لابن الجلاب (٢٨٩/٢)، كشف القناع (٣٨٥/٣)، المغني (٦/٧)، والمبدع (٢٨٥/٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٩٨/٤)، أسنى المطالب (٢١٦/٢)، نهاية المحتاج (٣٨٧/٤)، الإنصاف (١٥٢/١٣).

(٤) انظر: تحفة الفقهاء (٤١٨/٣)، الإشراف للقاضي عبدالوهاب (١٧/٢)، المغني (٦/٧).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٩٨/٤)، أسنى المطالب (٢١٦/٢)، نهاية المحتاج (٣٨٧/٤).

المدعي لاعتقاده صحته، فأخذه عوض الصلح إنما هو عن حقه الثابت له باعتقاده^(١).

فإن بان مستحقاً، أو ردّه، أو ظهر حراً، فإن المدعي حينئذٍ يرجع بالدعوى قبل الصلح؛ لأنه ليس له حق على المدعى عليه، والمدعى عليه إنما دفع عوض الصلح قطعاً للخصومة والمنازعة، وهذا عند جمهور أهل العلم من الحنفية والشافعية والحنابلة خلافاً للمالكية، حيث إنهم يرون أن المدعي يرجع على دافعه بقيمته يوم وقع عقد الصلح سليماً صحيحاً.

قال الكاساني الحنفي فيما لو وجد ببذل الصلح عيباً فلم يقدر على ردّه لمانع الهلاك أو نحوه، قال: "وإن كان - أي الصلح - عن إنكار رجوع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه (أي فيرجع إلى دعواه الأولى)، فإن أقام البيّنة أخذ حصة العيب، وكذلك إذا حلّفه فنكل، وإن حلّف فلا شيء عليه"^(٢).

وجاء في الهداية ما نصّه: "وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحقّ المتنازع فيه رجوع المدعي بالخصومة وردّ العوض؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة، فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه، فيسترده..."^(٣) اهـ.

وعند المالكية: "قال سحنون: إن استُحق ما قبض المدعي في الصلح على الإنكار فليرجع بقيمة ما قبض، ومثله إن كان يُوجد له مثل، قال ابن يونس: هذا هو الصواب لا الرجوع إلى الخصومة، ويكون كمن صالح من دم عمد وجب له على

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥٣/٦)، الكافي لابن قدامة (٢٠٢/٢)، وبداية المجتهد (٩١/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٥٣/٦)، وانظر: الفتاوى الهندية (٢٥٠/٤).

(٣) الهداية شرح البداية (٢٩/٧) مع فتح القدير، وانظر: تبين الحقائق (٣٤/٥)، والعناية على

عبدٍ فاستحق فإنه يرجع بقيمة العبد، إذ لا ثمن معلوم لعوضه، فكذلك هذا"^(١).
 وقال الشافعي - رحمه الله - : "ولو ادعى رجل حقاً في دار فأقر له رجل أجنبي
 على المدعى عليه وصالحه على عبدٍ بعينه فهو جائز، وإن وجد بالعبد عيباً فردّه أو
 استحق لم يكن له على الأجنبي شيء ورجع على دعواه في الدار، وهكذا لو صالحه
 على عرض من العروض"^(٢) اهـ.

وفيه قول عند الحنابلة ذكره صاحب الرعاية أنه له أن يرجع بالدعوى أو قيمة
 المستحق المصالح به. قال البهوتي في شرحه لمتنهي الإرادات: "(ومن صالح) آخر
 (عن دار ونحوها)، ككتاب، وحيوان بعوض، (فبان العوض مستحقاً) لغير المصالح
 أو بان القن حراً، (رجع بها) أي: الدار ونحوها المصالح عنها إن بقيت، وبديلها إن
 تلفت، إن كان الصلح (مع إقرار) المدعى عليه، لأنه بيع حقيقة، وقد تبين فساده
 لفساد عوضه، فرجع فيما كان له (و) رجع (بالدعوى) أي إلى دعواه قبل الصلح
 (وفي الرعاية: أو قيمة المستحق) المصالح به (مع إنكار) لتبين فساد الصلح بخروج
 المصالح به غير مال، أشبه ما لو صالح بعصير فبان خمرأ، فيعود الأمر إلى ما كان
 عليه قبله، ووجه ما في الرعاية أن المدعي رضي بالعوض وانقطعت الخصومة، ولم
 يسلم له فكان له قيمته، وردّ بأن الصلح لا أثر له لتبين فساده"^(٣) اهـ.

والأقرب هو قول الجماهير من أهل العلم أن المدعي يرجع بالخصومة؛ لأن
 المدعي عليه لم يقر له أصلاً بالعوض بدلاً من المدعى عليه إلا لقطع الخصومة
 والمنازعة، فإذا تبين استحقاق العوض أو ردّه بعيب، فليس للمدعي إلا أصل
 الخصومة. والله أعلم.

(١) التاج والإكليل (٣٥٨/٧)، وانظر: شرح الخرشي (١٥٩/٦)، حاشية الدسوقي (٤٧٠/٣).

(٢) الأم (٢٢٧/٣).

(٣) شرح متنهي الإرادات (٢٢٦/٢)، وانظر: كشف القناع (٤٠١/٣)، مطالب أولي النهى

(٣٤٦/٣).

المطلب الثاني

الصلح عن دم العمد

لو صالح القاتلُ أولياءَ المقتولِ على إسقاط القصاص بمقابل بدل يدفعه القاتل للأولياء من ماله جاز ذلك^(١)، كأن يصالحه عن القصاص بعبءٍ أو دار ونحو ذلك. فلو خرج المصالح به - وهو العبد أو الدار - معيياً، أو مستحقاً، أو مغصوباً، فردّه الأولياء، فبماذا يرجع الأولياء على القاتل؟، على قولين عند الفقهاء:

القول الأول: أنهم يرجعون بقيمة العوض المصالح به، مع سقوط الدم، وهذا مذهب جمهور أهل العلم^(٢) من الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥) - رحمهم الله جميعاً -^(٦).

- (١) انظر: تبين الحقائق (١١٣/٦)، شرح الخرشي (٨/٦)، أسنى المطالب (٢١٦/٢)، المغني (٢٥/٧).
- (٢) انظر: المغني (٢٥/٧) حيث نسب هذا القول "إلى قولهم جميعاً".
- (٣) انظر: بدائع الصنائع (٥٥/٦)، الميسوط (١١٧/١٣).
- (٤) انظر: شرح الخرشي (٨/٦)، حاشية الدسوقي (٣١٧/٣).
- (٥) انظر: المغني (٢٥/٧)، شرح منتهى الإرادات (٢٦٦/٢)، الإنصاف (١٦٣/١٣).
- (٦) انظر: لم أجد - بعد طول بحثٍ وجُهدٍ - للشافعية كلاماً صريحاً في هذه المسألة نفياً أو إثباتاً، غير أن نقل ابن قدامة فيما سبق في الرجوع إلى القيمة أن ذلك قولهم جميعاً، يظن أنه أو يفهم أنه قول الشافعية - أيضاً - والظاهر من كلام الشافعية أنهم يرجعون إلى الدية مع سقوط الدم؛ لأنهم يقولون: "إن بدل الصلح عن دم العمد، مضمون ضمان عقد لا ضمان يد، وقد ذكر الشيخ زكريا الأنصاري في شرحه أسنى المطالب شرح روض الطالب ما نصه: "ولو جنى حر على حر بموجب قصاص - بكسر الجيم - (فصالحه منه) أي من القصاص (على مال صح) وإن كانت الدية مجهولة (فإن خرج) المال (مستحقاً أو معيياً) أو تلف قبل قبضه (رجع إلى الأرش) لا إلى قيمة المال بناءً على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان عقد لا ضمان يد". اهـ. أسنى المطالب (٤٥/٤)، فإذا رجع ولي الدم إلى الأرش - أرش الجنائية - في القصاص فيما دون النفس مع التغرير في بدل الصلح، فكذلك الحكم برجوعه إلى الدية في القصاص في النفس مع التغرير في بدل الصلح سواءً بسواء؛ لأن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان عقد لا ضمان يد، ويقوي ذلك - أيضاً - قولهم: "إن

قال السرخسي في المبسوط: "فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له، كما في النكاح والخلع والصلح من دم العمد، إذا استحقّ البذل وكان بعينه رجع بقيمته"^(١) اهـ.

وقال الخرخشي المالكي: "إن صلح العمد مطلقاً أو الخطأ على إنكار إذا وقع على مقوم كفرس وعبد وشقص عقار، ثم ردّ بعيب اطلع عليه القابض له، أو استحقّ أو أخذ بشفعة رجع على دافعه وأخذ الشفيع بقيمته يوم وقع العقد به صحيحاً سليماً"^(٢) اهـ.

وقال البهوتي في كشاف القناع: "ولو صالح الجاني (عن القصاص بعبد أو غيره)، كأمة ودار، (فخرج) العبد (مستحقاً أو حراً)، أو كانت الأمة كذلك، أو الدار مستحقة أو موقوفة، (رجع) ولي القصاص (بقيمته)، أي: قيمة العبد أو نحوه؛ لتعذر تسليمه، فيرجع إلى بدله"^(٣) اهـ.

وجه هذا القول:

قالوا: لتعذر تسليم ما جعل عوضاً عنه^(٤)؛ ولأنه ليس للصلح عن الدم في العمد قيمة يرجع بها^(٥).

القول الثاني: أنه يرجع إلى حقه في القود ولا يسقط وهذا قول ابن حزم الظاهري - رحمه الله - .

الدية والأرش بدل عن موجب القود عند سقوطه بعفو أو غيره. انظر: مغني المحتاج (٥/٢٩٤، ٢٨٩، ٢٨٧)، الأم (٣/٢٢٧)، وأسنى الطالب (٤/٤٥).

(١) المبسوط (١٣/١١٧).

(٢) شرح الخرخشي (٦/٨).

(٣) كشاف القناع (٣/٤٠٠).

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٦).

(٥) انظر: شرح الخرخشي (٦/٨)، التاج والإكليل (٧/١٣).

حيث قال: "ومن صالح عن دم، أو كسر سن، أو جراحة، أو عن شيء معين بشيء معين فذلك جائز، فإن استحق بعضه أو كله بطلت المصالحة، وعاد على حقه في القود وغيره"^(١) اهـ.

وجه قوله:

قال: لأنه إنما ترك حقه بشيء لم يصح له، وإلا فهو على حقه، فإذا لم يصح له ذلك الشيء فلم يترك حقه^(٢).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول لقوة تعليلهم ورجاحتهم؛ وذلك لأن ولي المقتول عفا عن الدم وقبل الصلح، فلا يمكن الرجوع إلى القود ثانية، أشبه من عفى عن الدم ورجع إلى الدية، فليس له حق في الرجوع إلى الدم عند ماطلة الجاني بالدية؛ ولأن صورة الصلح أورثت شبهة في درء القصاص، والقصاص لا يستوفى مع الشبهة^(٣).

(١) المحلى بالآثار (١٦٨/٨).

(٢) انظر: المحلى (١٦٨/٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥٥/٦).



الباب الثالث صور معاصرة من الغش

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الغش في الأوراق والعلامات التجارية وأثره
على العقد.

الفصل الثاني: الغش في الدعايات الإعلانية وأثره على
العقد.

الفصل الثالث: الغش في بيع السيارات (المعارض).

الفصل الأول

الغش في الأوراق والعلامات التجارية

وأثره على العقد

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الغش في الأوراق التجارية.

المبحث الثاني: الغش في العلامات التجارية.

المبحث الأول

الغش في الأوراق التجارية

تعريف الأوراق التجارية:

يختلف تعريف الأوراق التجارية على حسب اختلاف وجهات واجتهادات ومذاهب القانونيين.

وقد عرفها الدكتور أمين محمد بدر^(١) بأنها: "صكوك مكتوبة وفقاً لأوضاع قانونية محددة، وتتضمن التزاماً بدفع مبلغ من النقود في وقت معين أو قابل للتعين، وتنتقل الحقوق الثابتة فيها بطريق التظهير"^(٢)، أو المناولة ويقبلها العرف التجاري كأداة لتسوية الديون بسبب سهولة تحويلها إلى نقود"^(٣).

وعرفها بعضهم بتعريف أخصر على أنها صكوك ثابتة قابلة للتداول بطريق التظهير، تمثل حقاً نقدياً وتستحق الدفع بمجرد الإطلاع عليها أو بعد أجل قصير، ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء بدلاً من النقود"^(٤).

(١) وهو واضع نظام الأوراق التجارية في النظام السعودي، انظر: الأوراق التجارية (ص ٢٠). د. محمود محمد بابللي. ط. الأولى ١٩٧٨م - ١٣٩٨هـ.

(٢) التظهير: نقل ملكية الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه، أو توكيل المظهر إليه بقبض قيمة الورقة، أو هو رهن الورقة لدى المظهر إليه. انظر: الموسوعة الثقافية (ص ٢٩٠) لحسين سعيد، ط. دار المعرفة - القاهرة ١٩٧٢م.

(٣) انظر: الالتزام الصرفي للدكتور نفسه (ص ١٢)، نقلاً من كتاب الأوراق التجارية للدكتور محمود محمد بابللي (ص ٢٠).

(٤) انظر: الأوراق التجارية (ص ١٢٠) لمصطفى كمال طه، والمعاملات المالية المعاصرة د. محمد عثمان شبير. ط ١. دار النفائس.

فعلى هذا فالأوراق التجارية تقوم مقام النقود في المعاملات وتغني عن استعمالها، فهي والنقود سواء، يعتبر كل منها أداة عادية للوفاء^(١).

ومن هذه التعاريف يمكن أن نستنتج خصائص الأوراق التجارية وهي كالآتي:

١- الورقة التجارية صك يمثل حقاً شخصياً موضوعه دفع مبلغ معين من النقود، وهذه الخصيصة تخرج أوراقاً كثيرة من الأوراق التجارية، مثل سندات الشحن، وسندات تخزين البضائع، وسندات الرهن، و وثائق النقل، وغيرها من الأوراق التي لها صفات تجارية، ولكنها لا تقوم مقام الأوراق التجارية التي نصّ عليها النظام.

٢- الأوراق التجارية قابلة للتداول بالطرق التجارية كالتظهير إذا كانت الورقة إذنيّة، وبالمناولة إذا كانت الورقة لحامله، وهي بهذه الخصيصة تقوم مقام النقود.

٣- الأوراق التجارية تمثل حقاً يستحق الأداء بعد أجل قصير أو بمجرد الإطلاع عليها، وهي بذلك تختلف عن السندات التي تستحق بعد أجل طويل، كما تختلف عن الأسهم التي تمثل حقوقاً كثيرة كحق صاحب السهم في المشاركة في الأرباح، والتصويت، والإرادة، وغير ذلك.

٤- الأوراق التجارية تقبل في أداء الالتزامات و الوفاء بالديون، وهي بذلك تختلف عن قسائم أرباح الأسهم أو قسائم فوائد السندات^(٢).

واسم الأوراق التجارية اسم جامع لسندات خطيّة تتضمّن التزامات ماديّة، ويفترق بعضها عن بعض بما يميّز كلاً منها عن الآخر، وقد حصر نظام الأوراق التجارية في النظام السعودي هذه الأوراق التجاريّة بالصكوك الآتية:

(١) انظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي. د. عبدالله العمران. (ص ١٠) - طبعة الإدارة العامة - معهد الإدارة ١٤٠٩ هـ.

(٢) انظر: فيما سبق، الأوراق التجارية في النظام السعودي، د. العمران (ص ١١-١٥)، والأوراق التجارية لمحمد حسني عباس (ص ٢-٦) ط. دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧١ م، والمعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٠٠) د. محمد شبير.

- ١- الكميّالة، وخصّص لها في نظام الأوراق التجارية المواد (١ إلى ٨٦).
 - ٢- الشيك، وخصّص لها المواد (٩١ إلى ١٢٠) وأحال على بعض أحكام الكميّالة في المادة (١١٧) لأنها تسري على الشيك.
 - ٣- السند لأمر، وخصّص لها المواد (٨٧ إلى ٩٠)، وأحال على بعض أحكام الكميّالة في المادة (٨٩) لأنها تسري على السند لأمر.
- وستعرّف على كلّ نوع من أنواع الأوراق التجارية بالمطالب الآتية:

المطلب الأول

الغش في الكمبيالة

وفيه فرعان:

الفرع الأول

تعريف الكمبيالة

الكمبيالة لفظة غير عربية يطلق في اللغة الإيطالية "Campiale" وهي: "صك مكتوب وفق شكل حدده القانون يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب، إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعين، لأمر شخص ثالث هو المستفيد"^(١).

وعرفها واضعو المعجم الوسيط بأنها: "محرر يتعهد فيه المدين بأن يدفع مبلغاً معيناً في تاريخ معين، لإذن الدائن نفسه، أو لإذن الحامل للمحرر"^(٢).

فالكمبيالة إذن ورقة تجارية تتضمن ثلاثة أطراف:

الأول: الساحب، وهو الذي يصدر أمراً لغيره بدفع مبلغ معين من النقود عند الإطلاع أو في تاريخ معين لشخص ثالث.

الثاني: المسحوب عليه، وهو الملتزم بدفع المبلغ المعين لحامل الكمبيالة.

الثالث: المستفيد، وهو حامل الكمبيالة الذي يستحق الحصول على المبلغ المعين في الوقت المحدد^(٣).

(١) انظر: الأوراق التجارية لمحمد حسني عباس (ص ٦٠٧)، والأوراق التجارية في النظام السعودي، د. العمران، ص (٢٩).

(٢) انظر: المعجم الوسيط (٢/٨٠٣) ط. المكتبة العلمية.

(٣) انظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد شبير (ص ٢٠١)، والأوراق التجارية (ص ٣٩) د. محمود محمد بابلي.

و الكمبيالة هي أقدم الأوراق التجارية، وهي قريبة الشبّه بالسفتجة التي تكلم عنها الفقهاء رحمهم الله تعالى^(١).

الفرع الثاني

الغش في الكمبيالة

الكمبيالة ورقة تجارية اعتمدها النظام ضمن شروط معينة، أصبح عليها بهذه الشروط صفة الالتزام، لولاها لما كان لهذه الورقة أي قيمة إلزامية، وقد ذكرت المادة الأولى من نظام الأوراق التجارية^(٢)، شروطاً يجب أن تشتمل عليها الكمبيالة، وتجعل لها صفة الإلزامية، وهذه الشروط كالآتي:

- أ- كلمة كمبيالة مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها.
- ب- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.
- ج- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).
- د- ميعاد الاستحقاق.
- هـ- مكان الوفاء.
- و- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره.
- ز- تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة.
- ح- توقيع من أنشأ الكمبيالة (الساحب)^(٣).

(١) انظر: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية. د. عمر المترك، ط. العاصمة (ص ٢٧٩)، والأوراق التجارية (ص ١٧) د. محمود بابلي.

(٢) صدر نظام الأوراق التجارية بالمرسوم الملكي رقم (٢٧)، وتاريخ ١١/١٠/١٣٨٣ هـ.

(٣) انظر: نظام الأوراق التجارية في ملف الملاحق في نهاية هذا البحث، وانظر أيضاً: الأوراق التجارية (ص ٢٣) د. محمود بابلي، وضوابط استعمال الكمبيالة في النظام السعودي ص ٩ د. عيد مسعود الجهني ط. الأولى، مطابع المجد التجارية ١٤٠٤ هـ.

ويحصل الغش في الكمبيالة عند عدم وفاء الساحب - كاتب الكمبيالة - بهذه الشروط التي حددها النظام، فربما يكون حامل الكمبيالة (المستفيد) يجهل الشروط اللازم توافرها في الكمبيالة كي تكسبها صفة الإلزام وتنطبق عليها أحكام نظام الأوراق التجارية، مع علم الساحب بها، ولكنه ربما يخل ببعض الشروط كي يتم عقد البيع مثلاً مع البائع ثم يعطيه كمبيالة لا تفي له بماله، فالساحب مثلاً لو لم يكتب على الورقة "كمبيالة" في أعلى الورقة، واكتفى بالالتزام الشفهي لحامل الكمبيالة (المستفيد) فإنها لا تعتبر كمبيالة لها حق الإلزام والمكانة التجارية في نظام الأوراق التجارية، وإن كانت لها قيمتها باعتبارها سنداً عادياً يمكن الاحتجاج بها عند المحاكم الشرعية.

ومن الغش في الكمبيالة - أيضاً - هو أن يكتب الساحب شرطاً يقيد حرية تصرف حاملها، وإنما يجب أن يصدر الأمر منجزاً أي غير معلق على شرط مطلقاً، كما جاء ذلك في الفقرة (ب) من المادة الأولى من نظام الأوراق التجارية.

ومن الغش - أيضاً - هو تغيير توقيع الساحب على الكمبيالة، فيظن المستفيد أنه قد وقع هذا الصك، ولم يشعر بأن توقيعه مختلف.

ومن الغش كذلك هو أن يكتب الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين إلى المستفيد حامل الكمبيالة، وليس المسحوب عليه مديناً للساحب ولم يشعر حامل الكمبيالة بذلك، ولولا غشه لما رضي بالتعاقد معه.

والكمبيالة تتضمن خصائص موضوعية لا بد من توافرها حتى تكون لهذه الورقة حجية الورقة التجارية وحجية السند العادي الذي يمكن الاحتجاج بحقه فيها أمام القضاء؛ لأن افتقاد الكمبيالة لبعض البيانات الإلزامية المشروطة في المادة الأولى من نظام الأوراق التجارية قد يفقدها الصفة التجارية كما سبق، ولكن لا يفقدها حق الاحتجاج بها كحجة سندية يمكن أن يقضي بها القاضي، غير أن الخصائص

الموضوعية للكمبيالة إذا افتقدت فإن المستفيد (حامل الورقة) قد لا يستفيد منها كحجة سندية لعدم اكتفائها بالإقرار على كاتبها، وهذه الخصائص هي:

- ١- توقيع الساحب.
- ٢- مبلغ معين من النقود.
- ٣- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره^(١).

* * *

(١) انظر: الاوراق التجارية. د. محمود بابللي (ص ٣١).

المطلب الثاني

الغش في الشيك

وفيه فرعان:

الفرع الأول

تعريف الشيك

الشيك مصطلح أجنبي دولي (تعرب) لسهولة لفظه وانتشاره، وهو مأخوذ عن اللغة الإنجليزية (Check)^(١).

وهو مأخوذ من الصك، وهو وثيقة بمال أو نحوه^(٢).

وقد عرّفه شراح الأنظمة بتعريفات متعددة، وهي وإن اختلفت في صياغتها إلا أنها تتحد جميعاً في معناها.

فمنها أنه: "محرر يتضمن أمراً مكتوباً يطلب به الساحب من المسحوب عليه (المصرف) أن يدفع بمجرد الاطلاع عليه مبلغاً معيناً من النقود لشخص معين أو لإذنه أو لحامله"^(٣).

ومنها أنه: "أمر مكتوب وفقاً لأوضاع معينة يوجهه شخص يعرف باسم الساحب إلى شخص آخر يقال له: المسحوب عليه، ويطلب إليه بمقتضاه وبمجرد الاطلاع عليه أن يدفع إلى شخص معين أو للحامل مبلغاً معيناً من النقود من حساب الساحب"^(٤).

(١) انظر: الأوراق التجارية. د. محمود بابلي (ص ١٨).

(٢) انظر: المعجم الوسيط (١/٥٢١).

(٣) انظر: الموسوعة الاقتصادية لراشد البراوي (ص ٣٣٨) نقلاً من كتاب المعاملات المالية المعاصرة. د. محمود شبير (ص ٢٠٣)، والأوراق التجارية (ص ٢٩) د. محمود بابلي، وأحكام الشيك في النظام السعودي. د. عيد الجهني (ص ١٦-١٧). ط. الأولى ١٤٠٤هـ.

(٤) انظر: جرائم الشيك. د. حسن المرصفاوي. ط. دار المعارف (ص ١٨)، والمعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٠٣).

ومن هذه التعاريف يتبين أن الشيك قد يشبه الكمبيالة في بعض صورته، ويختلف عنه في صور أخرى فأوجه الشبه بين الشيك والكمبيالة هو من حيث عدد أطرافه فيتضمن كلُّ من الشيك والكمبيالة ثلاثة أطراف:

الأول: الساحب وهو الذي يصدر الشيك ويوقعه.

الثاني: المسحوب عليه وهو الشخص الموجه إليه الأمر ويكون عادة مصرفاً.

الثالث: المستفيد وهو الذي يدفع له مبلغ الشيك أو لإذنه.

أما أوجه الاختلاف بينهما فمن عدة وجوه وهي:

أ- أن الشيك مستحق الدفع لدى الاطلاع، بينما يمكن أن تكون الكمبيالة مضافة إلى أجل.

ب- أن الشيك يشترط في إصداره وجود رصيد في البنك لمن أصدره في حين لا يشترط ذلك في إصدار الكمبيالة.

ج- أن الشيك يقوم بصورة رئيسة بوظيفة الوفاء بالديون ونقل النقود، في حين أن الكمبيالة تقوم بوظيفة الائتمان بالإضافة إلى الوفاء بالديون.

د- أن الشيك يسحب عادةً على أحد البنوك^(١).

الفرع الثاني

الغش في الشيك

لا يمكن للشيك أن يحقق وظيفته الرئيسة كأداة للائتمان أو كأداة للوفاء إلا إذا توافرت له المقومات التي يمكن معها القيام بهذه الوظيفة، ولا يتأتى ذلك إلا أن يكون محددًا طبقاً للبيانات اللازمة لتوافرها في الشيك، حتى يمكن اكتسابه وصف

(١) انظر: جرائم الشيك في ضوء الفقه وأحكام النقض د. مجدي محب حافظ (ص ١-٢) ط. دار الفكر

الجامعي والربا والمعاملات المصرفية. د. الترك (ص ٣٩٤)، وجرائم الشيك. د. حسن صادق (ص ٢٤

الشيك ، وهذه البيانات قد عدتها المادة (٩١) حتى (٩٣) من نظام الأوراق التجارية في النظام السعودي وهذه البيانات كالآتي :

أ- كلمة (شيك) مكتوبة في متن الصك باللغة التي كتب بها.

ب- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

ج- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).

د- مكان الوفاء.

هـ- تاريخ ومكان إنشاء الشيك.

و- توقيع من أنشأ الشيك (الساحب)^(١).

وقد نصت المادة (٩٢) على ما يلي :

"الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة لا يعتبر شيكاً إلا في

الحالتين الآتيتين :

أ- إذا خلا الشك من بيان مكان وفائه اعتبر مستحق الوفاء في المكان المبين بجانب

اسم المسحوب عليه ، اعتبر الشيك مستحق الوفاء في أول مكان منها ، وإذا خلا

الشيك من هذه البيانات ، أو من بيان آخر اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يقع

فيه المحل الرئيس للمسحوب عليه.

ب- إذا خلا الشيك من بيان كان الإنشاء اعتبر منشأ في المكان المبين بجانب اسم

الساحب^(٢).

(١) انظر: الأوراق التجارية (ص ٢٦٤-٢٦٥) د. محمود بابلي ، أحكام الشيك في النظام السعودي

(ص ١٧). د. عيد الجهني ، وقانون المعاملات التجارية السعودي (٢/٢٤٠-٢٤٦). د. محمود مختار

بربري. ط. معهد الإدارة العامة ١٤٠٢هـ.

(٢) انظر: الأوراق التجارية (ص ٢٦٥) د. محمود بابلي ، وقانون المعاملات التجارية السعودي. د.

محمود بربري (٢/٢٤٧).

فهذه البيانات الإلزامية التي يجب توافرها في الشيك حتى يعتبر شيكاً صحيحاً خاضعاً لأحكام النظام المصرفي.

فعلى هذا فإذا حصل إخلال ببعض هذه الشروط، ولم يشعر بها المستفيد، وقد تعمدها الساحب حتى يتم عقد المبايعة مع البائع، ويقبض الساحب السلعة، فإنه يعتبر حينئذٍ غشاً يؤاخذ عليه الساحب.

ومن الغش - أيضاً - أن يعطي الساحب المستفيد شيكاً متكامل البيانات التي قد نصت عليها المادة (٩١) من نظام الأوراق التجارية إلا أن رصيد الساحب غير كافٍ لوفاء الشيك الذي أعطاه المستفيد، ولم يعلم المستفيد بذلك^(١).

ومن الغش - أيضاً - هو أن الساحب بعد ما يُعطيَ المستفيد شيكاً لأجل معاملة مبايعة مثلاً ولو لا وجود الشيك لما تمت المبايعة، فيعطيهِ الساحب مضطراً إلى ذلك، ثم يصدر أمره إلى المسحوب عليه (المصرف) بعدم الوفاء، دون توفر حالة من الحالات التي تميز المعارضة^(٢).

ومن الغش في الشيك - أيضاً - أن يقوم الساحب بتغيير توقيعه بحيث يمتنع معه صرف الشيك من المسحوب عليه لعدم مطابقة التوقيع^(٣).

* * *

(١) انظر: جرائم الشيك. د. حسن المرصفاوي (ص ١١١)، وجرائم الشيك في ضوء الفقه وأحكام

النقض. د. مجدي محب حافظ (ص ١٤١)، وقانون المعاملات التجارية السعودي (٢/٢٥٣).

(٢) وهذا الغش يعاقب عليه فاعله بغرامة لا تقل عن مائة ريال، ولا تزيد على ألفي ريال، أو بالسجن مدة لا تقل عن خمسة عشرة يوماً، ولا تزيد على ستة شهور. فضلاً انظر: قانون المعاملات التجارية للدكتور محمود بربري (٢/٢٥٣)، وأحكام الشيك في النظام السعودي. د. عيد الجهني (ص ٣١-٣٢).

(٣) انظر: الأوراق التجارية في النظام السعودي. د. عبدالله العمران (ص ٢٨٦)، وجرائم الشيك. د. حسن المرصفاوي (١٣٩).

المطلب الثالث

الغش في السند الإذني

والسند الإذني أو السند لحامله أو السند لأمر عبارة عن ورقة تجارية صادرة من المدين في شكل إقرار من جانبه حيث يتعهد بدفع مبلغ معين في تاريخ معين لشخص معين أو لإذنه أو لحامله^(١).

ومن هذا التعريف يتبين أن السند الإذني يتضمن طرفين :

الأول: المدين الذي تعهد بدفع المبلغ المحدد في تاريخ معين.

الثاني: الدائن وهو حامل السند الذي يستحق المبلغ.

ويشتمل السند الإذني على البيانات الآتية :

أ- عبارة سند لإذن أو لأمر مكتوب في متن السند.

ب- تعهد غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود يكتب بالأرقام والحروف.

ج- يحدد في السند مكان الوفاء، واسم من يجب الوفاء له، وتاريخ إنشاء السند، ومكان إنشائه^(٢).

وهناك فرق بين السند الإذني والكمبيالة، إذ السند الإذني يتضمن طرفين في حين أن الكمبيالة تتضمن ثلاثة أطراف، ثم إن الكمبيالة عمل تجاري محض، وهي أصل النظام المصرفي، في حين أن السند الإذني قد يكون عملاً مدنياً كما في إعطاء

(١) انظر: الأوراق التجارية (ص ٢٢١) د. محمود بابللي، والربا والمعاملات المصرفية. د. المتراك (ص ٣٩٣).

(٢) انظر: الأوراق التجارية (ص ٢٢١) د. محمود بابللي، والمعاملات المالية المعاصرة. د. شبيب (ص ٢٠٢).

سند إذني بدّين^(١)، وإن كان السند الإذني والكمبيالة يتفقان بأنهما كلاهما ورقة تجارية فيما إذا توافرت فيهما البيانات اللازمة لترتب الصفة التجارية عليهما^(٢). والغش في السند الإذني قليل جداً، إذا ما قورن بالكمبيالة أو الشيك؛ لأن الأخيرين تعاملهما في العمل التجاري، والغالب كون المسحوب عليه مصرفاً، يلتزم بالبيانات الشكلية والموضوعية بخلاف السند الإذني، فالأعم الأغلب تعامله مديناً بين طرفين وهو تعهد من شخص هو المدين لأمر شخص آخر هو الدائن بوفاء مبلغ معين من النقود يستحق في ميعاد محدد، ولذا فإن كان الغش في السند الإذني، فإنما يحصل بأمرين:

الأول: تزوير التوقيع وتغييره.

الثاني: إعطاؤه السند الإذني مع إفلاسه ولم يشعر الدائن بالإفلاس.

* * *

(١) انظر: الأوراق التجارية. د. بابلي (ص ٢٢٢)، المعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٠٣)، والربا والمعاملات المصرفية (ص ٣٩٤).

(٢) انظر: الأوراق التجارية. د. بابلي (ص ٢٢٢).

المطلب الرابع

أثر الغش في الأوراق التجارية على العقد

سبق أن أوضحنا أن الأوراق التجارية إنما تقوم مقام النقود في المعاملات وتغني عن استعمالها، فهي والنقود سواء، يعتبر كل منها أداة عادية للوفاء، والأوراق التجارية سواء كانت كمبيالة أو شيكاً أو سنداً إذنياً لا بد من تكييفها الشرعي لإعطائها حكمها الذي يناسبها، أما الكمبيالة فهي وثيقة بدين تقضي بإحالة من ذمة صاحبه إلى ذمة المسحوب عليه، مع بقاء مسؤولية صاحبه حتى سداه^(١).

أما الشيك فتكييفه الشرعي قد يقال إنه حوالة - أيضاً -؛ لأن الساحب بإصدار الشيك ينقل ذمته إلى ذمة المسحوب عليه - وهو المصرف - مع بقاء مسؤولية صاحبه حتى سداه^(٢).

والقول بأن الشيك حوالة له قوته ووجاهته، ولم يرد عليه إلا مسألة ضمان الساحب قيمة الشيك حتى يتم سداه، لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة بمعنى براءة ذمة المحيل من الدين إذا كانت الإحالة على مليء.

وقد أوجب على هذا الاعتراض فقيل: بأن الساحب يعتبر محيلاً بمبلغ الشيك وضامناً سداه^(٣).

وقد يقال بأن الشيك يعتبر في حكم ورقة نقدية، فتسلم الشيك بمثابة تسليم قيمته، وإذا نظرنا إلى أن الشيكات تعتبر في نظر الناس وعرفهم وثقتهم بمثابة النقود

(١) انظر: الربا والمعاملات المصرفية. د. المترك (ص ٣٩٥).

(٢) انظر: حكم قبض الشيك، وهل هو قبض لمحتواه؟. بحث أعده فضيلة الشيخ عبدالله بن سليمان بن منيع لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (١/٦٧٩).

(٣) انظر: المصدر السابق.

الورقية، وأنه يجري تداولها بينهم كالنقود تظهيراً وتحويلاً، وأنها محمية في قوانين جميع الدول من حيث إن سحب الشيك على جهة ليس للساحب فيها رصيد يفي بقيمة الشيك المسحوب يعتبر جريمة شديدة تعاقب عليها قوانين العقوبات في الدول جميعاً^(١)، فهذه الحماية تجعل القول بأن الشيك وتسلمه يعتبر كتسلم الأوراق النقدية، بل إن بعض البنوك الأجنبية تقوم بصرف قيمة الشيك قبل تحصيله مما يدل على أن الشيك أصبح له قوة مشابهة لقوة النقود^(٢).

فإن قيل: إن الشيك قد يكون بدون رصيد، فلا يتم قبضه.

فجوابه أن يقال: إن هذا الإيراد لا يؤثر في الإلحاق؛ لأن مخاطر الشيك بدون رصيد قد لا تقل عن مخاطر الأوراق النقدية المزورة والمزيفة، وغالباً لا يُعرف من قام بالتزييف؛ لأنه يتداول بالمناولة بينما الشيكات تتداول بطريق يمكن معرفة من انتقلت إليه، وبالتالي يسهل ضبط العيب، فإذا كان حامل النقود المزيفة لا يحميه النظام العام ما دام المزيف غير معروف، فإن حامل الشيك يحميه النظام ويمكن معرفة من قام بجريمة إصدار شيك بلا رصيد، فيوقع عليه عقوبة قدرها النظام، فهذه الحماية القانونية تجعل هذا الاعتراض لا وجه له^(٣).

ومع وجاهة هذا القول وقوته إلا أن الأقرب - والأحوط وخروجاً من الخلاف، ولئلا يفسد العقد الذي تمَّ به قبض الشيك - أن يقال إذا كانت المعاملة بين الطرفين

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (١/٦٧٩)، النقود واستبدال العملات (ص ١٦٤-١٧٠) للدكتور علي السالوس. ط. مكتبة الفلاح - الكويت، وتطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية (ص ٣٥٠، ٣٤٦). د. سامي حمود. ط. الأولى.

(٢) انظر: النقود واستبدال العملات (ص ١٦٦)، وجرائم الشيك (ص ١١١)، وقانون المعاملات التجارية السعودية. د. بربري (٢/٢٥٣).

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (١/٦٩٩)، النقود واستبدال العملات (ص ١٧٠).

مصارفة أو شراء ذهب أو فضة، فلا يتعامل بال شيكات إلا باشتراط اعتماده وقيدته في الحساب الجاري بدلاً من دفعها بالنقود.

واعتماد الشيك وهو ما يسمى بالعرف الدارج عند رجال الأعمال الشيك المصدّق، وهو التوقيع على الشيك من قِبَل البنك المسحوب عليه بكلمة اعتماد أو بمجرد التوقيع على صدر الشيك، لأن هذا الاعتماد يفيد وجود مقابل وفاء في تاريخ التأشير ولا يجوز للمسحوب عليه - المصرف - أن يوقع على شيك بالقبول إلا إذا كان لديه مقابل وفاء يكفي لدفع قيمته^(١)، وبهذه الطريقة يحمي الشيك من التزوير أو العيب أو تغيير التوقيع من جهة الساحب ونحو ذلك. والله أعلم.

أما السند الإذني فهو وثيقة بدين كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدَيْنَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^{(٢)(٣)}.

وبناءً على ما سبق فلو حصل غش بالكمبيالة أو الشيك أو السند الإذني، وقد كانت المعاملة بين الطرفين عقد معاوضة، فإن البائع (المستفيد) له حق الخيار بين إمضاء العقد والرجوع على المشتري (الساحب) بالثمن؛ لبطلان الورقة التجارية، أو بين الفسخ والمطالبة بالمعقود عليها^(٤)؛ لأن السلامة مشروطة دلالة في العقد، والفقهاء غالباً ما يصورون خيار العيب في المبيع؛ لأن الغالب في الثمن الانضباط، فيقل ظهور العيب فيه^(٥).

(١) انظر: الأوراق التجارية. د. بابللي (ص ٢٩٠)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة (١/٦٧٧).

(٢) سورة البقرة، آية رقم (٢٨٢).

(٣) انظر: الربا والمعاملات المصرفية. د. المترك (ص ٣٩٥).

(٤) انظر: درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام (١/٢٨٨، ٢٢٣)، منح الجليل (٧/٢٤٢)، نهاية المحتاج (٤/٤٤)، كشف القناع (٤/١٥٤)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠/١٢٦-١٢٧).

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٠/١٢٦-١٢٧).

غير أنه لو تمَّ العقد على مبادلة عملة بعملة أخرى بين طرفين فأعطى أحدهما الآخر شيكاً بذلك، فبان الشيك ليس له رصيد، أو نحو ذلك من أنواع الغش في الشيك، فإن العقد حينئذٍ باطل لاتفاق الفقهاء على اشتراط التقابض والمخالصة في مجلس العقد^(١)، وصاحب الشيك المزور لم يقبض مقابل النقد الذي أعطاه الطرف الآخر فيبطل العقد حينئذٍ.

وهذه الصورة غير متصورة إلا على قول من قال بجواز بيع عملة أو بيع أو شراء ذهب أو فضة بشيك غير مصدق؛ لأنه مع اعتماده لدى البنك وتصديقه يمتنع وقوع الغش فيه.

ومن الغش - أيضاً - لو اشترى شخص من آخر شيئاً موصوفاً في الذمة إلى أجل، وأعطاه شيكاً ليس له رصيد، كرأس مال السلم، فلما قبضه البائع، علم أن الشيك ليس له رصيد، ففي مثل هذه الحال، اختلف أهل العلم فيها على قولين^(٢) :
 القول الأول: أن المسلم إليه ليس له أخذ البديل، ويبطل السلم إذا اختار الرد.
 وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعية والمشهور من مذهب الحنابلة والظاهرية^(٣).
 وحجتهم:

قالوا: لأن من شروط صحة السلم قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، فإذا بان رأس المال معيباً تبين أنه لم يقبض رأس المال الذي اتفق عليه في العقد، فيكون الافتراق قد حصل قبل قبض رأس مال السلم^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢١٥/٥)، جواهر الإكليل (١٠/٢)، مغني المحتاج (٣٦٤/٢)، المغني (٦٢/٦)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٥٠/٢٦).

(٢) قد سبق بحث هذه المسألة في الغش في رأس مال السلم، وذكرنا الخلاف وأدلة كل فريق في صفحة (٣٦٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٥/٥)، الحاوي الكبير (٢٢/٦)، المغني (٤٠٩/٦)، والمحلى (١١٠/٩).

(٤) انظر: المصادر السابقة.

القول الثاني: أن له أخذ البذل والرجوع على المشتري (المسلم) بشرط أن يقبض البذل صحيحاً في مجلس الرد.
وهذا مذهب المالكية، وقول عند الشافعية والحنابلة، وقول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(١).

وحجتهم:

قالوا: لأنه لم يحصل افتراق حتى يبطل العقد، بدليل أن العقد قد صحّ بالقبض الأول، فلم يزل مقبوضاً لوقت مجلس الرد^(٢).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلتهم، وضعف حجة القول الثاني^(٣).

* * *

(١) انظر: حاشية الدسوقي (١٩٧/٣)، الحاوي الكبير (٢٣-٢٢/٦)، المغني (٤١٠/٦)، بدائع الصنائع (٢٠٥/٥).

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) راجع مناقشة أدلة المخالفين في صفحة (٣٦٢) من هذا البحث.

المبحث الثاني

الغش في العلامات التجارية

العلامات التجارية في النظام السعودي بمعناه العام هي تلك: "الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، أو الإمضاءات والكلمات والحروف والأرقام والرسوم والرموز والأختام والنقوش البارزة، وأية إشارة أخرى، أو أي مجموع منها تكون صالحة لتمييز منتجات صناعية أو تجارية أو حرفية أو زراعية أو مشروع، أو ثروة طبيعية، أو للدلالة على أن الشيء المراد وضع العلامة عليه يعود للمالك العلامة بداعي صفة، أو انتقائه، أو اختراعه، أو الاتجار به، أو للدلالة على تادية خدمة من الخدمات"^(١).

وبهذا المعنى الكلي فإن العلامة التجارية هي: "كل إشارة مادية يتخذها شخص أو مشروع اقتصادي لتمييز منتجاته أو بضائعه أو خدماته، وتكون صالحة بذاتها للاستغلال التجاري"^(٢).

ومن هذا التعريف يتبين أنه يحق لكل صاحب نشاط أن يتخذ علامة لتمييز منتجاته أو بضاعته أو خدماته.

ويظهر - أيضاً - أن العلامة بصفة عامة قد تكون علامة تجارية أو صناعية، أو لخدمات معينة كالعلامة التي تضعها شركات التنظيف على آلاتها، أو محطات خدمة السيارات^(٣).

(١) انظر: المادة الأولى من نظام العلامات التجارية السعودي الصادر برقم ٧٥ وتاريخ ١٣/٤/١٤٠٤ هـ بالرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ٤/٥/١٤٠٤ هـ.

(٢) انظر: الملكية الصناعية. د. سميحة القليوبي (ص ٢٤٩) ط. دار النهضة العربية، والوجيز في الملكية الصناعية والتجارية لصالح الدين عبداللطيف الناهي. ط ١. ط. دار الفرقان ١٩٨٣ م. الأردن (ص ٢٣٣).

(٣) انظر: الموجز في القانون التجاري. د. أكثم أمين الخولي. ط. المدني - القاهرة (فقرة ٢٩٥)، والملكية الصناعية والمحل التجاري. د. محمد حسني عباس. ط. دار النهضة العربية (ص ٢٩٨)

ومما سبق بيانه يلوح للقارئ أن هناك فرقاً بين العلامة التجارية وبين الاسم التجاري، خلافاً لما يفهمه أوساط الناس.

والاسم التجاري أشمل من العلامة التجارية؛ لأنه يجوز اتخاذ الاسم التجاري علامة تجارية إذا اتخذ شكلاً مميّزاً، إلا أن العلامة التجارية تختلف عن الاسم التجاري من حيث الغاية والاستخدام والتصرف.

فمن حيث الغاية، فقد سبق أن العلامة التجارية هي كل إشارة مادية يتخذها شخص أو مشروع اقتصادي لتمييز منتجاته أو بضائعه أو خدماته، وتكون صالحة بذاتها للاستغلال التجاري.

أما الاسم التجاري فهو: "الاسم الذي يستخدمه التاجر في مزاولته تجارته وتمييز مؤسسته التجارية عن نظائرها"^(١).

وأما من حيث الاستخدام، فإن العلامة التجارية توضع على المنتجات والبضائع والسلع لتمييزها عما يماثلها.

أما الاسم التجاري فإنه يستعمل كعنوان يوضع على لافتة المحل وأوراقه الخاصة به وبضائعه التي يصنعها"^(٢).

وأما من حيث التصرف استقلالاً عن المحل التجاري، فالعلامة التجارية يجوز التصرف بذاتها استقلالاً عن المحل التجاري بيعاً أو رهناً، أما الاسم التجاري فلا يجوز التصرف فيه استقلالاً عن المحل التجاري"^(٣).

(١) انظر: التشريع الصناعي. د. محمد حسني عباس (ص ١٦٥). ط. دار النهضة العربية - القاهرة

١٩٨٠ م.

(٢) انظر: الموجز في القانون التجاري. د. أكثم الخولي (ص ٣٠١).

(٣) انظر: الموجز في القانون التجاري (ص ٣٠٦).

والعلامة التجارية من الحقوق المعنوية^(١) المالية، التي يمكن تقويمها بالمال وهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً عند فقهاءنا المتقدمين، وإنما كان وليد التطور العلمي والتقني والاقتصادي والصناعي، ولا يمكن إدراجه مع الحقوق العينية^(٢)، لأنه ليس بسلطة مباشرة لشخص على شيء معين، وإنما هو سلطة لشخص على شيء غير مادي فمن يملك تلك السلطة فإنه يحق له الاحتفاظ بها أو بيعها ونقل الملكية فيها أو رهنها^(٣).

وقد اختلف العلماء والباحثون المعاصرون في تسمية الحقوق المعنوية، فمن قائل بأنها: "الملكية الأدبية والفنية والصناعية"^(٤)، ومن قائل بأنها "الحقوق الذهنية"^(٥)، ومن قائل بأنها: "الحقوق المتعلقة بالعملاء"^(٦)، ومن قائل بأنها: "حقوق الابتكار"^(٧).

وهذا ما اختاره الأستاذ مصطفى الزرقاء، وقال في ترجيح هذه التسمية: "أما اسم "حق الابتكار" فيشمل الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة، كما يشمل

(١) الحقوق المعنوية هي سلطة لشخص على شيء غير مادي، سواء كان نتاجاً ذهنياً، أو براءة اختراع، أو ثمرة لنشاط تجاري يقوم به التاجر لجلب العملاء. انظر: المعاملات المالية المعاصرة (ص ٥٠).

(٢) هي عبارة عن سلطة مباشرة يمنحها القانون لشخص على شيء معين بالذات تعطي صاحبها حق الانتفاع واستعماله واستغلاله. انظر: المعاملات المالية المعاصرة (ص ٥٠).

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام - نظرية الالتزام العامة. للأستاذ مصطفى الزرقاء. ط. الفكر - بيروت (٢١/٣) بتصرف.

(٤) انظر: الوسيط، لعبدالرزاق السنهوري. ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت (٢٧٩/٨).

(٥) انظر: المعاملات المالية المعاصرة (ص ٥٢).

(٦) انظر: المصدر السابق.

(٧) انظر: المدخل الفقهي العام (٢١/٣-٢٢).

الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية، كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان الذي أحرز الشهرة..^(١) اهـ.

* * *

(١) المدخل الفقهي العام - نظرية الالتزام العامة (٣/٢١-٢٢)، وانظر: قضايا فقهية معاصرة للدكتور محمد سعيد البوطي ص(٨٢). ط. مكتبة الفارابي - سورية.

العلامات التجارية في نظر الشريعة الإسلامية

العلامات التجارية بشكلها القائم لم تظهر إلا بعد نشأة النظام الرأسمالي، القائم على المنافسة والاستثمار الفردي، فوجدت العلامات التجارية لحماية التاجر ونجاحه في دنيا المنافسة التجارية، وهذا النمط من التعامل لم يكن معروفاً عند الفقهاء المتقدمين، ولذا فلم يتطرقوا إليه، ولم يذكروا فيه شيئاً.

ومما لا شك فيه أن العرف التجاري القائم قد أعطى للعلامات التجارية عناية عظيمة وذلك بإصدار الأنظمة واللوائح التنفيذية لحماية التجار والمستهلكين، وأوقعت العقوبات على تزويرها وتقليدها، وأولت الدول والحكومات عناية فائقة بذلك، وأجازوا لمصدر العلامة التجارية حق تملكها والانتفاع بها وبيعها والتنازل عنها.

وهذا النوع من التعامل يصدق أن يطلق عليه تملك المنافع، وقد تحدّث العلماء المتقدمون على المنفعة وجعلوها مالاً يجوز بيعها وإيجارها، مع أنها من الأمور المعنوية كسكنى الدار وركوب السيارة، وكون المنفعة مالاً هو قول جمهور أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة^(١).

والشارع الحكيم قد اعتبر المنفعة مالاً كما في قوله تعالى على لسان العبد الصالح لموسى عليه السلام: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُكْحِكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾^(٢).

(١) انظر: الموافقات للشاطبي (١٧/٢)، الفروق للقرافي (٢٠٨/٢)، المنثور في القواعد للزركشي

الشافعي (٢٢٢/٣)، ومغني المحتاج (٣٢٢/٢)، روضة الطالبين (١٣/٥، ١٢)، شرح منتهى

الإرادات (١٤٢/٢)، المغني (٧/٨).

(٢) سورة القصص، آية رقم (٢٧).

وجه الدلالة من الآية:

هو أن الأصل في المهر أن يكون مالاً لقوله تعالى: ﴿وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾^(١)، فلما جعل العبد الصالح عمل الإنسان - وهي المنفعة - مهراً لابنته دلّ دلالة صريحة على أن المنفعة تكون مالاً متقوماً، ثم إن العرف العام جرى على اعتبار الحقوق المعنوية بما في ذلك العلامة التجارية، فأقرّ التعويض عنه، والعرف له دخل كبير في مائة الأشياء كما قال السيوطي^(٢) - رحمه الله - : "لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس"^{(٣)(٤)}.

(١) سورة النساء، آية رقم (٢٤).

(٢) هو عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيرى السيوطى، جلال الدين، الفقيه، الحافظ، المؤرخ، الأديب، المفسر، رُزق التبحر في سبعة علوم، حتى قال عن نفسه: "كملت عندي آلات الاجتهاد بحمد الله تعالى"، اشتهر بالتصنيف حتى بلغت كتبه ستمائة مصنف. ت: سنة (٩١١هـ). انظر: حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (٣٣٥/١)، الضوء اللامع (٦٥/٤).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى (٤٦٠/٢)، ط. نزار الباز.

(٤) وللإستزادة. انظر: المدخل الفقهي - نظرية الالتزام (٢١/٣)، وحق الابتكار في الفقه الإسلامى د. محمد فتحى الدرينى ص ١٣٦. مؤسسة الرسالة، وقضايا فقهية معاصرة. د. البوطى ص ٨٤-٨٩.

المطلب الأول

صور الغش في العلامات التجارية

للغش في العلامات التجارية حيلٌ وأساليب، يستعملها ضعاف النفوس، لتضليل الناس وخداعهم، كي يقدموا على شراء السلع الموجود فيها هذه العلامات المزورة ظانين أنها من صناعة البلد المعين صاحب شعار تلك العلامة (الماركة) التجارية الفارقة، والواقع بخلاف ذلك.

وأساليبهم في خداع الناس وتغريبهم وغشهم كثيرة ترجع إلى أسلوبيين هما:

أ- نقل العلامة التجارية المسجلة نقلاً تاماً، ووضعها في منتجات تقليدية غير أصلية لتسويقها وتغريب الجمهور بها^(١)، وهذا ما يسمى بتزوير العلامة التجارية^(٢).

ب- إيجاد شعار وتصميمه قريباً جداً من العلامة التجارية المعروفة والمشهورة تجارياً، بحيث تكون العلامة المزورة مطابقة للعلامة التجارية الأصلية، تجعل المستهلك لا يشعر بهذا الغش والتغريب^(٣)، وهذا ما يسمى بتقليد العلامة التجارية^(٤).

(١) انظر: الموجز في القانون التجاري. د. أكثم الخولي (ص ٣٤٣)، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس وتقليد العلامات التجارية (ص ٣٤٥). معوض عبدالنواب. ط. دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨م.

(٢) التزوير هو اقتباس العلامة ونقلها بشكل تام وحر في دون أدنى تغيير بحيث تصبح العلامة المزورة طبق الأصل من العلامة الحقيقية. انظر: الموجز في القانون التجاري (ص ٣٤٣).

(٣) انظر: الملكية الصناعية والمحل التجاري. د. محمد حسني عباس (ص ٣٦٨).

(٤) التقليد: هو اتخاذ علامة تشبه في مجموعها العلامة التجارية المعروفة وتقترب منها على نحو قد يضل الجمهور ويؤدي إلى الخلط واللبس بين العلامتين. انظر: التشريعات الصناعية. د. سميحة القليوبي. (ص ٢٧٨) ط. دار الاتحاد العربي للطباعة.

المطلب الثاني

أثر الغش في العلامات التجارية على العقد

لا شك أن تزوير العلامة التجارية وتقليدها، ثم وضعها في منتجات وسلع غير أصلية من أعظم الغش والتدليس على الناس؛ لأن فيه إظهار جودة ما ليس بجيد، وهذا حيلة تضفي على المبيع صفة الكمال والإتقان والواقع بخلاف ذلك، فإذا قام مصنع أو شركة مثلاً بصنع أجهزة كهربائية أو موكيت أو أجهزة الكترونية، وهذا المصنع لم تكن عنده الإمكانيات العظيمة والخبرة العلمية، في صناعة مثل هذه الأشياء، فتكون صناعاته ذات مستوى متوسط أو رديء، فلا يجد إقبال الناس على منتجاته وصناعاته مثل بعض الشركات العالمية التي لها قدم راسخ في صناعة مثل هذه السلع، والتي يقدم الناس على شراء منتجاتها معرفتهم بما يحمل شعارهم وعلامتهم من جودة في الصناعة وعالمية في المعرفة، ورسوخ في الخبرة، وهذا التنافس يسبب كساداً في منتجات تلك المصانع قليلة الخبرة، فتضطر إلى حيلة ممنوعة لتتخلص من كساد مصنوعاتهما، بتزوير علامات تجارية لمصانع عالمية أو تقليدها، فيظن جمهور الباعة أن هذه السلع من إنتاج الشركة العالمية المشهورة لوجود العلامة التجارية فيها، ولولا وجود هذه العلامة التجارية المزورة لما أقدموا على شرائها بهذا الثمن، فيتبين لهم بعد ذلك أنهم قد غرروا وخدعوا؛ لأن السلعة ليست ذات مواصفات جيدة، وأن وجود العلامة التجارية فيها ما هو إلا ضرب من الغش الفعلي!

ولقد تحدث الفقهاء المتقدمون وزخرت كتبهم في بيان مثل تلك الحيل التي تضفي على المبيع صفة الكمال: كتسويد شعر الجارية وأنامل العبد، أو حبس ماء القناة والرحى وإرساله عند العرض لتغري المشتري وإيهامه أن الجارية صغيرة وجميلة، أو أن العبد كاتب، أو أن ماء القناة والرحى غزير، إلى غير ذلك من الأمثلة التي لا حصر لها.

غير أن هذا التفرير والتلبيس والخداع والتدليس، هل يمكن معه إعطاء المشتري حق الخيار بين الفسخ والإمضاء؟.

نجد أن أهل العلم اختلفوا في هذا على قولين:

القول الأول: أنه ليس للمشتري الخيار لأجل التدليس إلا أن يكون بالمبيع عيب

أو غبن فاحش أو شرط بالسلامة، وما سوى ذلك فلا.

وهذا مذهب الحنفية^(١)، جاء في البحر الرائق: "والتصريح ليست بعيب عندنا،

وكذا لو سوّد أنامل عبده وأجلسه على المعرض حتى ظنّه المشتري كاتباً، أو ألبسه

ثياب الخبازين حتى ظنه خبازاً، فليس له أن يردّه لأنه مغتر وليس بمغرور"^(٢).

ومن كلامهم هذا نفهم أنهم لا يعتدون بالتدليس الذي يضيف على المبيع صفة

الكمال، إلا أن يكون هناك عيب أو غبن فاحش^(٣).

أدلتهم في ذلك:

الدليل الأول: قالوا: لأن الخيار إنما يثبت بالعيب اتفاقاً وبالغبن الفاحش كما في

النجش ومتلقي الركبان، وبالحلّف بالصفة؛ لأنه بمنزلة الشرط الذي يقتضيه

العقد^(٤)، وما سوى ذلك فلا خيار، والتفرير بلا عيب ولا غبن فاحش لا يثبت معه

خيار، كما لو علف الدابة فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل.

الدليل الثاني: قالوا: ولما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال للرجل الذي يخدع في

البيوع: (إذا بايعت فقل: لا خلافة)^(٥).

(١) انظر: المبسوط (٤٨/١٣)، بدائع الصنائع (٢٢٨/٥)، الفتاوى الهندية (٧٣/٣).

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧٧-٧٨).

(٣) انظر: ما تقدم مع مرشد الحيران (ص ١٠٠) لمحمد قري باشا، ط. المكتبة المصرية. وانظر: رسائل

ابن عابدين (٦٨/٢). ط. دار السعادة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٣٦/٥)، وحاشية ابن عابدين (٤٤/٥).

(٥) سبق تخريجه.

وجه الدلالة من الحديث:

قالوا: إن النبي ﷺ أمر الذي يخدع بأن يشترط عدم الخداع، فدل ذلك على أنه لا خيار بالخداع والتدليس إلا إذا شرطه^(١).

المناقشة:

ونوقش هذا الاستدلال بأمر منها:

أ- إن هذا الحديث إنما هو حجة لأحمد وأحد قولي مالك أنه يرد بالغبن الفاحش لمن لم يعرف قيمة السلعة^(٢)، والأحناف أنفسهم لا يثبتون الخيار بالغبن الفاحش إلا إذا صاحبه تغرير^(٣)، فهذا الحديث حجة عليهم.

ب- وقيل: إن هذا الحديث ليس قضية عامة تحمل على العموم، بل هو قضية عين^(٤)، فيحتاج بها في حق من كان بصفة صاحب القصة^(٥).

ج- وقيل: إن هذه الخديعة المذكورة في هذه القصة يحتمل أن تكون في العيب، أو في الكذب، أو في الثمن، أو في الغبن، فحملها على أحد هذه الاحتمالات بخصوصه يحتاج إلى دليل^(٦)، والحنفية يثبتون خيار العيب بلا شرط مع احتمال دخوله في هذا الحديث^(٧)، وإذا حصل الاحتمال بطل الاستدلال.

(١) انظر: إعلاء السنن، للشيخ: ظفر أحمد العثماني. ط. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي (١٤/١٨٩).

(٢) انظر: فتح الباري (٤/٤٢٤)، تحفة الأحوذى (٤/٤٥٥)، أوجز المسالك (١١/٣٨٩).

(٣) انظر: رسائل ابن عابدين (٢/٦٨-٨٤).

(٤) قضايا الأعيان: هي الوقائع التي جاء الحكم فيها بخلاف العموم في حق أفراد معينين دون التصريح بالعلة. انظر: البحر المحيط في أصول الفقه (٣/٤٠٥)، شرح الكوكب المنير (٣/٣٧٦).

(٥) انظر: فتح البر في ترتيب التمهيد لابن عبد البر (١٢/٢٩٤)، عارضة الأحوذى (٦/٨)، ومعالم السنن للخطابي في مختصر سنن أبي داود (٣/٧٦٦).

(٦) انظر: عارضة الأحوذى (٦/٨).

(٧) انظر: المسبوط (١٣/٣٩).

وإذا كان ليس له حق الخيار عند الأحناف، فهل يرجع بالنقصان على من خدعه؟ على قولين عندهم، فقليل لا يرجع بالنقصان في رواية الكرخي^(١).

وقيل: يرجع، في رواية الطحاوي لفوات وصف مرغوب بعد زيادة منفصلة^(٢).

قال ابن نجيم^(٣) في البحر الرائق: "ولو اختير للفتوى - يعني رواية الطحاوي - كان حسناً لغرور المشتري بالتصرية"^(٤).

وقال ابن عابدين مرجحاً رواية الطحاوي: "قال في شرح المجمع وهو المختار؛ لأن البائع بفعل التصرية غرّ المشتري، فصار كما إذا غرّه بقوله (في الشاة)^(٥) أنها لبون"^(٦) اهـ.

القول الثاني: أن المشتري بالخيار بين إمساك المبيع أو فسخ العقد.

وهذا مذهب عامة أهل العلم من المالكية^(٧)، والشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩).

(١) هو عبید الله بن الحسين بن دلال بن دلهم، أبو الحسن الكرخي، الفقيه الحنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق. ت: سنة (٣٤٠) هـ. انظر: الجواهر المضية (١/٣٣٧).

(٢) انظر: البحر الرائق (٦/٧٧)، حاشية ابن عابدين (٥/٤٤).

(٣) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم، الفقيه الحنفي، الأصولي، ت: سنة (٩٧٠) هـ. انظر: الأعلام (٣/١٠٤).

(٤) البحر الرائق (٦/٧٧).

(٥) هذه الزيادة متألفهم الكلام.

(٦) حاشية ابن عابدين (٥/٤٤).

(٧) انظر: التاج والإكليل (٦/٣٤٩)، شرح الخرشي (٣/١٣٣)، حاشية الدسوقي (٣/١١٥-١١٦).

(٨) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/٢٦١)، مغني المحتاج (٢/٤٥٥)، تحفة المحتاج (٤/٣٩١-٣٩٢).

(٩) انظر: الفروع (٤/٩٣)، كشاف القناع (٣/٢١٣-٢١٤)، شرح منتهى الإيرادات (٢/٤٢-٤٣).

قال ابن الحاجب المالكي^(١): "التغريير الفعلي كالشرطي، وهو فعل يظن به كمال لتلطيح الثوب بالمداد"^(٢).

وقال الشيرازي في المذهب: "إذا ابتاع جارية قد جُعد شعرها ثم بان أنها سبطة الشعر، أو سوّد شعرها ثم بان بياض شعرها، أو حمّر وجهها ثم بان صفرة وجهها، ثبت له الرد لأنه تدليس بما يختلف به الثمن"^(٣).

وقال ابن مفلح الحنبلي: "خيار التدليس والغبن يثبت بكل تدليس يزيد به الثمن، كتسويد الشعر وتجعيده، وتخمير الوجه، وجمع ماء الرحي"^(٤).

فالجُمهور جعلوا كلّ تدليس يضمني على المبيع صفة من صفات الكمال بحيث يختلف الثمن فيه غالباً جعلوا للمشتري الخيار في ذلك، وهذا مثل تزوير أو تقليد العلامات التجارية، فإنها تضمني للسلعة صفة كمال ليست موجودة فيها، والأمثلة التي ذكرها الأئمة ما هي إلا أمثلة حية كانت في مجتمعهم، ولكلّ مجتمع مشوقاته ودعايته وأساليبه التي تؤثر في نفوس الناس.

حجتهم في ذلك:

قالوا: لأن هذا غش وتدليس بما يختلف الثمن لأجله، فوجب به الرد كالتصرية وتلقي الركبان، إذ إن ثبوت الخيار فيهما ليس منوطاً بالتصرية بذاتها أو تلقي الركبان بذاته، بل لما فيهما من التلبيس والإبهام، ومشتري هذه السلع لولا وجود هذه العلامة التجارية المزوّرة لما أقدم على بذل ماله وشرائه لهذه السلعة، فهو لم يدرك

(١) هو عثمان بن عمر بن أبي بكر، الملقب بجمال الدين، المعروف بابن الحاجب، الإمام الفقيه المالكي، ت: سنة (٦٤٦) هـ. انظر: الديباج المذهب (١٢/٢).

(٢) التاج والإكليل (٣٤٩/٦)، وفي مواهب الجليل (٣٥٠/٦): "الغرر بالقول لا يضمن، وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلا خلاف".

(٣) المجموع شرح المذهب (٩٥/١٢)

(٤) الفروع لابن مفلح (٩٣/٤).

المعقود عليه على حقيقته، بحيث أقدم على الشراء لظنه أنها جيدة التصنيع لوجود هذه العلامة الفارقة، فتبين له أنها ما هي إلا ضرب من الغش الفعلي^(١).

الترجيح:

والراجع هو القول الثاني القاضي بثبوت الخيار لمن دلّس فأضفى على المبيع صفة الكمال وليست فيها؛ لقوة أدلتهم وموافقته لقواعد الشريعة التي جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتقليل المفاسد وتعطيلها.

وأما ما استدل به أصحاب القول الأول فليس بجيد.

فأين في أصول الشريعة ونصوص الملة ما يدل على انحصار الرد بما ذكره؟ بل إن أصول الشريعة توجب الرد بغير ما ذكره، وهو الرد بالتدليس والغش^{(٢)(٣)}.

وبهذا نعلم أن المغرور بالشراء لأجل وجود علامة تجارية مزورة له حق الخيار بين الفسخ أو الإمضاء.

وهل يحق له إن اختار إمضاء البيع مطالبة البائع بالأرش؟

سبق بحث هذه المسألة وذكرنا أن الراجع أنه ليس له مطالبة البائع بالأرش إلا برضا الطرفين^(٤). والله أعلم.



(١) انظر: مطالب أولي النهى (١٠٥/٣)، المغني (٢١٦/٦)، فتح الباري (٤٦٢/٤).

(٢) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم (١٥/٢).

(٣) وقد حكى غير واحد من أهل العلم الإجماع على تحريم الغش الذي منه المكر والخديعة والتدليس بذكر السلعة بما ليس فيها، وقد خص الأحناف ذلك بما إذا كان في المبيع عيباً فدلّسه كما سبق،

ومن حكى الإجماع المازري في المعلم بفوائد مسلم (٢٤٨/٢) ط. الدار التونسية ط. الثانية، والعيني في عمدة القاري (٢٧٣/١١)، وعلي المكي شارح رسالة أبي زيد القيرواني (١٣٩/٢).

(٤) انظر: (ص ٢٢٧) من هذا الكتاب

الفصل الثاني

الغش في الدعايات الإعلانية وأثره على العقد

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة الدعايات الإعلانية.

المبحث الثاني: حكم الدعايات الإعلانية (أصلها الشرعي).

المبحث الثالث: صور الغش في الدعايات الإعلانية.

المبحث الرابع: أثر الغش في الدعايات الإعلانية.

المبحث الأول

حقيقة الدعايات الإعلانية

الدعاية في اللغة: مصدر مُخَدَّتٌ^(١) للفعل الثلاثي (دعا)، والبدال والعين والحرف المعتل أصل واحد، وهو أن تميل الشيء إليك بصوت وكلام يكون منك^(٢). والدعاية هي الدعوة إلى مذهب، أو رأي، أو سلعة، أو غير ذلك بالكتابة، أو الخطابة ونحوهما^(٣).

أما الدعاية في الاصطلاح فهو مصطلح غير مستعمل عند الفقهاء -رحمهم الله- إذ هو محدث^(٤).

أما تعريفها المعاصر فيختلف باختلاف الغرض المقصود منها، فهناك الدعاية التجارية، والدعاية السياسية، والدعاية التعليمية، والدعاية المذهبية، إلى غير ذلك من الدعايات المختلفة^(٥).

والذي يهمنا من الدعايات هو الدعاية التجارية.

فعرّفت بأنها: "الأداة التي تحمل رسالة التاجر إلى جمهور المستهلكين"^(٦).

(١) انظر: المعجم الوسيط، مادة (دعا) (ص ٢٨٨).

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة، مادة (دعو) (ص ٣٦٥).

(٣) انظر: المعجم الوسيط، مادة (دعا) (ص ٢٨٨).

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) انظر على سبيل المثال: الإعلام ووسائله ودوره في التنمية الاقتصادية والاجتماعية. شاكرا إبراهيم

(ص ٣٢). ط. مؤسسة آدم للنشر والتوزيع، والإعلام والدعاية. عبداللطيف حمزة. ط. ١. دار

المعارف - بغداد (ص ١٥٩)

(٦) انظر: الدعاية التجارية. فائز الصواف (ص ٣٥).

وقيل: هي كل الإجراءات التي تفعل لجذب انتباه الناس إلى سلعة، أو تاجر عن طريق نشر الأخبار عنها أو المعلومات أو التقارير، ويكون ذلك بدون أجر مقابل^(١).

* * *

(١) انظر: معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال (ص ٤٤٣).

المبحث الثاني

حكم الدعايات الإعلانية (أصلها الشرعي)

الدعاية التجارية في حقيقة أمرها لا تعدو أن تكون تعريفاً لسلعة ما، وبياناً لمزاياها وخصائصها، والثناء عليها وإطرائها، وإغراء المستمع لشرائها واقتنائها، وقد كان الثناء على السلعة بما فيها مما لا يعرفه المشتري أمر موجود عند المتقدمين، كما يصف البائع العبيد والجواري، والدواب مما يتميز به كل عين يريد بيعها^(١).
بَيَدَ أَنَّ هَذَا الْمَدْحَ وَالْإِطْرَاءَ لَا يَخْلُو مِنْ كَوْنِهِ مَدْحاً وَثْنَاءً بِحَقِّ، أَوْ مَدْحاً وَثْنَاءً بغير حق.

الحالة الأولى: إذا كان المدح والإطراء للسلعة بحق.

إذا كان مدح التاجر أو وكيله للسلعة صحيحاً وبحق وتحري الصدق والحقيقة بلا كذب ولا تزوير، فإنه أمر جائز ومباح ولا حرج فيه، لا سيما إذا كانت هذه الدعاية تلبّي حاجة المستهلك، وتعرّف المشتري بما يجمله في السلعة^(٢).
ويمكن أن يستدل للجواز بالقواعد الشرعية العامة منها:

أ- أن الأصل في العادات والمعاملات الحل والإباحة، إلا أن يقوم دليل على الحظر والتحریم^(٣)، وليس ثمّ دليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس أو قول صاحب يدل على تحريم الدعايات الصادقة، فيبقى الحكم حينئذٍ على الأصل وهو الإباحة.

(١) انظر: إحياء علوم الدين للغزالي (٧١/٢) ط. الكتب العلمية.

(٢) انظر: إحياء علوم الدين (٧١/٢)، معالم القرية في أحكام الحسبة (ص ٧٢).

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٨٦/٢٨)، والقواعد النورانية (ص ١١٣، ١١٢)، والموافقات

للشاطبي (٢٨٤/١).

ب- أن حاجة أكثر الشركات والمصنعين والمستوردين - في ترويج بضائعهم وتعريف المستهلكين بمنتجاتهم - لا يمكن أن تتم إلا بالدعاية الصادقة لها، لا سيما في هذا الزمان الذي نعيشه من تنافس الأسواق التجارية وكثرة ما يُصنع من سلع متنوعة، ومواصفات مختلفة توقع كثيراً من الناس في تردد وارتباك عند شرائهم ما يحتاجونه، وذلك لتنوع منتجات السلعة الواحدة، واختلاف مواصفاتها وجودتها، فعلى هذا فوجود الدعاية لسلعة ما وتعريف الناس بمزاياها، ومنافعها، وأوجه الفرق بينها ومثيلاتها، ومصدرها، يساعد كثيراً في إزالة حيرة الناس وترددهم.

ومن المعلوم أن كل ما دعت إليه حاجة الناس، وتعلقت به مصلحة معاشهم، وكانت مصلحته راجحة فإن الشريعة لا تحرمه، إذ إن في تحريمه حرج وعنت ومشقة، والحرج في الأمة مرفوع شرعاً، ولا يخفى أن الدعاية التجارية الصحيحة وسيلة تدعو الحاجة إليها في ظل التنافس التجاري في الواقع المعاصر^(١).

ج- إن الدعاية التي يتعامل بها الناس اليوم فيها شبه كبير بعمل الدلال، وهو من يعرف بمكان السلعة ومزاياها وصاحبها، وينادي في الأسواق عليها^(٢)، وغالباً ما يصاحب ذلك الثناء على السلعة بما لا يعرفه المشتري، وقد أجاز أهل العلم عمل الدلال؛ لأنه أمر رائج وموجود في عصر النبوة والقرون المفضلة^(٣).

(١) انظر: السوق الإسلامية المشتركة (ص ٩١) للدكتور محمود محمد بابلي. ط. المدينة - الرياض ١٣٩٥ هـ.

(٢) انظر: الترتيب الإدارية (٥٧/٢) للكتاني. ط. حسن جعنا - بيروت، المطلع على أبواب المنع (ص ٢٧٩)، والوساطة التجارية في المعاملات المالية (ص ٥١). د. عبدالرحمن الأطرم.

(٣) انظر: الأشباه النظائر لابن نجيم (ص ٢٧٠)، الفتاوى البزازية مع الهندية (٤٠/٥)، الفواكه الدواني على الرسالة (١٦١/٢)، روضة الطالبين (٢٥٧/٥)، كشاف القناع (١١/٤).

الحالة الثانية: إذا كان المدح والإطراء للسلعة بغير حق.

ومما يؤسف له هو أن أغلب الدعايات الموجودة في الوقت الحاضر لا تخلو من كذب أو كتمان لبعض عيوبها أو التدليس والتغوير.

ولا شك أن الدعاية إذا كانت على سبيل التغرير بالناس والتدليس عليهم وذكر محاسن السلعة بما ليس فيها كذباً وبهتاناً، من المحرم الممنوع في الشريعة الإسلامية، وقد جاءت الأدلة من الكتاب والسنة وإجماع سلف هذه الأمة بتحريم كل ما يوهم المشتري ويغرره ويخدعه في السلعة.

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى قد حرّم أكل أموال الناس بالباطل، إلا إذا كان عن علم وتراض بينهما، ولا شك أن الغش على المشتري وتغريره والتدليس عليه من أعظم الخديعة بالمسلم ومن أكل ماله بغير رضى منه^(٢).

ومن السنة:

قوله - عليه الصلاة والسلام - لصاحب الطعام الذي أظهر الجيد وأخفى الرديء: (أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غشّ فليس مني)^(٣).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ جعل فعل صاحب الطعام بالصبرة حين جعل ظاهر المبيع خيراً من باطنه من الغش والخديعة بالمسلمين، فدل ذلك على تحريم كل من أظهر المبيع على

(١) سورة النساء، آية رقم (٢٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٧٤)، مجموع الفتاوى (١٥/١٢٧)، (٢٨/١٠٤).

(٣) سبق تخريجه.

صفة كمال ليست موجودة فيه ، سواء كان ذلك بالفعل أو القول^(١) .
ومنها أيضاً ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : " نهى رسول الله ﷺ عن
النجش"^(٢) .

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ نهى عن النجش ، والنجش يشمل مدح السلعة وإطراؤها بما ليس
فيها ليروجها ، ويخدع غيره بها ، كما فسره النضر بن شميل وهو من علماء اللغة ،
وبعض فقهاء الحنفية والشافعية^(٣) ، فدل ذلك على تحريم كل مخادعة وتغريب وغش
بالثناء على السلعة بما ليس فيها^(٤) .

ومن الإجماع:

فقد حكى غير واحد من أهل العلم الإجماع على تحريم الغش ، الذي فيه المكر
والخدعة والتدليس بذكر أوصاف في السلعة بما ليس فيها كالنجش وغيره^(٥) .
إذا ثبت هذا فإن الواجب على صاحب السلعة أو وكيله أن يتحرى الآداب
الشرعية ، والمقاصد المرعية في دعاياته ، ومن تلك الضوابط ما يلي:
أولاً: أن يحسن التاجر القصد في دعايته ، وذلك بأن يكون مقصوده تعريف
الناس بمزايا سلعته ، وإظهار ما قد يخفى على المشتري ويجهله في السلعة^(٦) .

(١) انظر: تكملة المجموع (١١٤/١٢) ، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (١٠٤/٢٨) ، ومعالم القرية في
أحكام الحسبة (ص ٧٢) ، إحياء علوم الدين (٧١/٢) ، المغني (٢٠٨/٦ ، ٢٠٤) .
(٢) سبق تحريجه .

(٣) انظر: لسان العرب (٣٥١/٦) ، شرح مسلم للنووي (١٥٩/١٠) ، الدر المختار في شرح تنوير
الأبصار (١٠١/٥) ، وتحفة المحتاج مع حواشيه للشرواني والعبادي (٣١٥/٤) .

(٤) انظر: إعلام الحديث في شرح صحيح البخاري للخطابي (١٠٤٦/٢) ، ط. جامعة أم القرى مركز
إحياء التراث ، وطرح الشرب في شرح التقريب (٦٢/٦) .

(٥) انظر: المعلم بفوائد مسلم (٢٤٨/٢) ، وعمدة القاري للعيني (٢٧٣/١١) .

(٦) انظر: إحياء علوم الدين (٧٢-٧١/٢) ، معالم القرية في أحكام الحسبة (ص ٧٢) .

ثانياً: أن يتحرى الصدق في دعايته، فيخبر بما يوافق الواقع من مزايا السلعة وخصائصها، دون الإطراء والمبالغة الزائدة، كما قال النبي ﷺ: (ولا يُتَّفَقُ بعضكم على بعض) ^(١)، أي لا يروّجها ليرغب فيها السامع، فيكون قوله سبباً لا ابتياعاً ^(٢)، وضابط هذا كما يقول ابن حجر الهيتمي: "أنه يحرم على البائع كل فعل في المبيع يُعقَّبُ لآخذه ندماً" ^(٣).

ثالثاً: أن يتعد عن كل غش وتدليس في دعايته، مثل أن يكتم عيوبها، أو يمدحها بما ليس فيها.

رابعاً: أن لا يكون في دعايته ذم لسلع غيره وتنقصها أو الإضرار بها بغير حق لقول النبي ﷺ: "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه" ^(٤)، فكل ما يستضر به المسلم فهو ظلم، وضابط ذلك كما يقول الغزالي ^(٥): "فكل ما لو عومل به شقَّ عليه وثقل على قلبه فينبغي أن لا يعامل غيره به" ^(٦).

(١) أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب البيوع، باب: ما جاء في بيع المحفلات (٥٦٨/٣) رقم (١٢٦٨)

من حديث ابن عباس وقال الترمذي: وحديث ابن عباس حديث حسن صحيح.

(٢) انظر: النهاية في غريب الحديث (٩٩/٥)، جامع الأصول لابن الأثير (٥٣٩/١).

(٣) تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٣٩٢/٤).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه

(فتح ٧٨/١) رقم (١٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من خصال

الإيمان أن يحب لأخيه (٦٧/١) رقم (٤٥) كلاهما من حديث أنس بن مالك.

(٥) هو محمد بن محمد بن محمد بن محمد، أبو حامد الغزالي، الفقيه الشافعي، المتكلم الأصولي، المتصوف

الفيلسوف، صاحب المصنفات العديدة والعلوم الدقيقة. ت: سنة (٥٠٥ هـ). انظر: طبقات الشافعية

الكبرى (١٦٥/٥)

(٦) إحياء علوم الدين (٧٠/٢).

خامساً: أن لا يكون في دعايته ما يُغضب الله ورسوله كالدعاية على السلع المحرّمة، أو أن يصاحب دعايته شيء من المنكرات المحرّمة كالغناء والموسيقى، أو خروج النساء متبرجات، وغير ذلك من المنكرات^(١). والله أعلم.

(١) انظر: بحث الإعلان في وسائل الإعلام وضوابطه الإسلامية للباحث أحمد الضليمي (ص ٨٤-

٩٣). بحث لنيل شهادة الماجستير في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

المبحث الثالث

صور الغش في الدعايات الإعلانية

إن المعلن عن السلعة سواء كان هو البائع ذاته، أو الوكيل عن المنتج والبائع، يجب عليه أن يتحلى بالصدق والصراحة والوضوح، والغاش في دعايته والذي لا يلتزم بالأخلاق الإسلامية في بيعه لا يضر سلعته فقط، وإنما يسري الضرر إلى السلع الأخرى؛ لأن الناس إذا شعروا بعدم مصداقية هذه الدعايات فإنهم سيميلون بالطبع إلى رفضها وتكذيبها.

ولهذا يجب أن يكون الإعلان في الدعاية واضحاً فيما يقدمه من وعود، أميناً فيما يعرضه من معلومات، وصور الغش التي يفعلها بعض المعلنين في دعاياتهم لا تخرج عن أربعة أنواع: إما غشٍ قولِي، وإما غشٍ فعلي، وإما تدليس، وإما كتمان وصف غير مرغوب فيه، ومن هذه الصور:

الصورة الأولى: احتواء الإعلان على معلومات كاذبة، وهو أن يُغرر المشتري كي يقدم على الشراء ظاناً أن ذلك في مصلحته وهو بخلاف ذلك، ومن أمثلة ذلك الادعاء في الإعلان أن لكل مشتري ضمان لمدة ثلاث سنوات لجميع محتويات السلعة، وبعد إبرام العقد يفاجأ أن الضمان إنما هو في الصيانة فقط.

ومن ذلك - أيضاً - أن يدّعي صاحب الدعاية في دعايته موافقة المنتج أو الجهاز لنظام برنامج (ويندوز ٢٠٠٠) كما في أجهزة الحاسب الآلي، فبعد إبرام الصفقة يفاجأ المتابع بخلاف ذلك.

الصورة الثانية: احتواء الإعلان على تدليس في السلعة، وهذا يحصل كثيراً، مثل أن يُظهر أن سلعته من إنتاج ياباني ويظهر ذلك ويعلنه، والواقع أنه صيني وتجميعه ياباني، والفرق بين الأمرين كبير، ومثل ذلك أن يدّعي صاحب الدعاية أن

هذه السلعة لها أثر في إزالة البقع والأوساخ ويبرهن على ذلك في الصورة المرئية، فيقدم الناس على الشراء بناء على هذه الميزة، ثم يفاجئون أن الأمر بخلاف ما شاهدوه من قبل.

الصورة الثالثة: عدم إمكانية البرهان الموضوعي على عدم صحة الإعلان، أو صعوبته.

وهذا يحصل عند الإعلان مثلاً على العسل الحضرمي وعدم الغش فيه ومطالبة المتابع بالذهاب إلى بعض المختبرات لإثبات مصداقية عدم الغش في العسل، مع أن الغش في المنحل ربما يكون في إعطاء النحل غذاءً غير طبيعي مثل البطيخ والسكر، مع أن العسل الذي يخرج من النحل لم يغش فيه، ثم إن وجود مثل هذا في الدعاية يجعل المشتريين يطمئنون على مصداقية الدعاية فيقدمون على الشراء؛ لأن غالب المشتريين يصعب عليهم الذهاب إلى تلك المختبرات لإثبات عدم وجود غش في العسل أو لا.

الصورة الرابعة: المبالغة في الإطراء بالسلعة ووصفها بصفات ربما تكون حقيقة لكنها مبالغ فيها، ويتعامل أصحاب الدعاية بذلك كثيراً لإغراء المشتريين بالشراء. ومن الصور - أيضاً - التي تذكرها بعض القوانين الأجنبية.

الصورة الخامسة: اتصاف الإعلان بأنه صادق في جزء منه وغير صادق في الجزء الآخر.

الصورة السادسة: احتواء الإعلان على بيانات ومعلومات غير كافية^(١).

(١) انظر: الخداع الإعلاني وأثره على المستهلك في دولة الكويت، للأستاذ الدكتور نعيم أبو جمعة (ص

المبحث الرابع

أثر الغش في الدعايات الإعلانية

لقد تحدثنا آنفاً عن أثر الدعاية الإعلانية على الأفراد والمجتمعات، ولقد شهد العالم صناعات عظيمة وسلع متنوعة، كان من نتائج ذلك كثرة الدعايات من الشركات والمصانع لمنتجاتهم لترويج بضائعهم، ويسبب كثرة المصانع وما تنتجه ووجدت شركات متخصصة في فن الدعاية وكيفية تأثيرها على الناس، فمما لا يخفى أن الدعاية لها تأثير في جذب اهتمام الناس على السلع المعلن عنها، وإغرائهم لشرائها، مما يؤدي إلى ترويج البضائع وإنفاقها، فكلما زاد حجم الدعاية كلما رافقه زيادة في استهلاك الناس لتلك السلع والبضائع المعلن عنها.

ولقد أدركت الشركات الكبرى أهمية الدعايات في ترويج السلع، لذا فهي تشترط على وكلائها في البلدان المختلفة أن يقوموا بنشر دعاية لمنتجاتهم في مختلف وسائل الإعلام من إذاعة وتلفزة وصحيفة، وربما عمدت بعض الشركات إلى توكيل أشخاص أو مؤسسات في بلد ما تكون مهمتها فقط هو عقد الصفقات بين الشركات والمحلات التجارية الموجودة في بلد الوكيل وبين المصنع الموكل، فيقوم الوكيل بإغراء وجذب اهتمام الشركات والمحلات التجارية عن طريق التفاوض ومدح سلعة الموكل وأهميتها ومواصفاتها، فتتأثر تلك الشركات والمحلات التجارية بإغراء الوكيل ومدحه وإطرائه، فتدخل في صفقات تجارية ربما تخسر فيها بسبب تلك الدعاية التي قام بها الوكيل أو موكله^(١)، فما الحكم لو دخلت بعض الشركات والمحلات التجارية في عقد مبايعة مع الموكل أو صاحب السلعة، بسبب الثناء على السلع بما ليس فيها، وإظهار جودة ما ليس بجيد، وربما يدخل بسبب ما قيل له من مزايا تلك السلع، فيتبين له خلاف ما ذكر له؟.

(١) انظر: السوق الإسلامية المشتركة (ص ٩١)، والاتصال بالجماهير والدعاية الدولية (ص ١٥٧).

هذا الغش في الدعايات هو ما يسمى عند بعض الفقهاء بالتغريب القولي أو الغش القولي، وهو كل وسيلة قولية يتخذها أحد المتعاقدين للتحايل على الآخر بالكذب أو الخديعة أو الطرق الخفية والموهمة كي تدفع الطرف الآخر إلى التعاقد ظاناً أن ذلك في مصلحته وليس كذلك^(١).

والفقهاء - رحمهم الله - يختلفون في هذا التغريب، فبعض الصور يثبتون للمغرور الخيار كما لو حصل الكذب والتغريب في الثمن، كما هو حاصل في التصرفات القائمة على الأمانة: كالمرا بحة والتولية والوضيعة، وثبوت الخيار هو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وعامة أهل العلم، وبعض الصور من التغريب القولي يختلفون فيه كما هو في النجش، فالحنفية والشافعية لا يثبتون فيه الخيار للمشتري، بينما نجد المالكية والحنابلة والظاهرية يثبتون ذلك، وكما في مسألة تلقي الركبان نجد أن الأحناف يخالفون جماهير أهل العلم في إثبات الخيار للركبان، مع صراحة النص في إثبات الخيار.

ونلاحظ - أيضاً - أن الشافعية لا يجعلون للمشتري الخيار في النجش، بينما يثبتون الخيار في مسألة تلقي الركبان، مع أن بين المسألتين تقارب وهو التغريب والخديعة، وتقصير في البحث والتفتيش، وحاول بعض الشافعية تبرير هذا الاختلاف فقال: "إن المشتري في النجش مقصر أكثر، لسهولة البحث عليه، لكونه في البلد، بخلاف البائع في مسألة تلقي الركبان، لا سيما إذا كان غريباً لا يعرف أحداً من أهل تلك البلدة"^(٢)، وهذا الفرق غير كافٍ؛ إذ إنه فرق غير مؤثر؛ لأن الركبان أنفسهم لا يقلون تقصيراً في مسألة النجش؛ لأن الغالب عليهم معرفتهم السوق،

(١) انظر: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي لمصطفى شلبي (ص ٥٨٨)، والخيار وأثره في

العقود. د. عبدالستار أبوغدة (ص ٦١٧).

(٢) فتاوى ابن حجر الهيتمي (٢/٥٢٢).

فتسرعهم في البيع مع قصدهم الذهاب إلى السوق فيه تقصير، وربما علم بالتفاوت في الأسعار من يومه، بينما نجد أن المشتري بالزيادة في مسألة النجش ربما لا يعلم ذلك إلا بعد أيام.

ومن اختلافهم - رحمهم الله - في الغش القولي هو الخديعة والتغريب بالمشتري بالإطراء والثناء على السلعة بما ليس فيها، فيظهرون جودة ما ليس بجيد بكثرة الإغراء والمدح كما يحصل في الدعايات الإعلانية الكاذبة، فهل يثبت للمشتري الخيار أو لا؟

لم نجد كلاماً واضحاً لأصحاب المذاهب في ذلك، إلا أنهم جعلوا من صور النجش بعض ما يحصل في الدعايات الكاذبة، من خداع وكذب ومدح للسلعة بما ليس فيها، ولهذا فإن الإمام علاء الدين الحصكفي وهو من الحنفية جعل من صور الغش: "أن يمدح السلعة بما ليس فيها ليروجها"^(١)، وهذا هو ما يحصل في الدعايات الكاذبة، وكذا جعل بعض فقهاء الشافعية من صور النجش مدح السلعة بما ليس فيها^(٢).

وظاهر كلام المالكية في قاعدتهم التغريب القولي، يدخل الغش في الدعايات في هذه القاعدة، وكذا الحنابلة عند كلامهم عن النجش، لشمول الدعايات على التدليس والخداع، وعلى هذا فيمكن أن يكون في المسألة قولان:

القول الأول: ليس للمشتري الخيار.

وهذا مذهب الحنفية في ظاهر الرواية^(٣)، وقول للمالكية^(٤)، ومذهب الشافعية^(٥).

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (١٠١/٥).

(٢) انظر: تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني (٣١٥/٤).

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٣٦٧/١)، فتح القدير (٢٤٠/٥)، تبيين الحقائق

(٤/٧٩)، حاشية ابن عابدين (١٤٣/٥)، البحر الرائق (١٦٣/٦).

(٤) انظر: شرح الخرشي (٢٦/٧)، مواهب الجليل (٣٥٠/٦).

(٥) انظر: المهذب (٢٩١/١)، الحاوي الكبير (٤٢١/٦)، روضة الطالبين (٤١٦/٣)، تحفة المحتاج مع

حواشيه (٣١٥/٤).

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأن العقد قد تمّ فيه أركانه وشروطه، والغش والخديعة لا يعود إلى العقد ذاته ولا إلى وصفه فلا يؤثر فيه^(١)؛ ولأن المشتري فرط في ترك التأمل والبحث والسؤال، وهذا تقصير^(٢).

المناقشة:

ويمكن مناقشة استدلالهم بأن يقال: إن قولهم: "إن العقد قد تمّ فيه أركانه وشروطه لأن الغش والخديعة لا تعود إلى العقد ذاته..."
فجوابه: إن قولهم هذا لا يدل على أكثر من أن العقد صحيح غير باطل، وهذا صحيح يُسلم لهم فيه، أما أن يدل على عدم ثبوت الخيار للمغرور فهذا ليس بصحيح؛ لأن ثبوت الخيار إنما جاء بدليل آخر وهو ثبوت الغش والتدليس كالمتلقي للركبان ونحوه.

وأما قولهم: "إن المشتري فرط في ترك التأمل والسؤال..."
فجوابه أن يقال: إن الشريعة الغراء لا تكلف العبد ما لا يطيق ويشق عليه، وإلا لوقيل بذلك لما جعل للركبان خيار لتركهم السؤال والبحث عن السعر مع أن السوق ربما يكون قريباً منهم، بل ولما قيل بثبوت الخيار في أي تدليس أصلاً؛ لعدم سؤال أهل الخبرة بذلك، وبذلك يبطل خيار التدليس ونحوه، وهذا ما لا يقوله أصحاب هذا القول.

القول الثاني: أن للمشتري الخيار.

وهذا هو المفتى به عند الحنفية رفقاً بالناس^(٣) ونصره الزيلعي وغيره^(٤)،

(١) انظر: فتح القدير (٥/٢٤٠)، المهذب (١/٢٩١).

(٢) انظر: تحفة المحتاج (٤/٣١٦)، حاشية قليوبي وعميرة (٢/١٨٤)، المهذب (١/٢٩١).

(٣) انظر: تبين الحقائق (٤/٧٩)، وحاشية ابن عابدين (٥/١٤٣)، وتجيير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير لابن عابدين ضمن رسائل ابن عابدين (٢/٦٨-٨٤).

(٤) انظر: تبين الحقائق (٤/٧٩)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢١٥)، والعقود الدرية (١/٢٦٩).

وخصّوا ذلك إذا صاحب هذا التفرير من البائع أو الدلال غبن فاحش، وهذا القول هو مشهور مذهب المالكية^(١)؛ لأن الراجح عندهم أن الغرور بالقول لا يضمن إلا إذا تضمّن عقداً فإنه يكون غروراً بالفعل، قال العدوي: "وحل عدم الضمان في الغرور القولي ما لم ينضم له عقد، وإلا فيضمن كأن يقول هي سليمة، ويتولى العقد عليها فهو كالفعل"^(٢)، أي كالغرور بالفعل، غير أنهم أثبتوا للمشتري الخيار سواء حصل غبن فاحش أو لا، وهذا القول هو قول عند الشافعية^(٣).

وهذا القول - أيضاً - هو ظاهر مذهب الحنابلة إذا حصل غبن فاحش وإلا فلا^(٤)، كما في كلامهم على خيار التدليس والنجش والغبن.

وقد اختار هذا القول من المتأخرين الشوكاني موافقاً للمالكية في ذلك^(٥) حيث قال: "يثبت الخيار لمن خدع، فإن كان مع شرط الخداع فلا ريب في ذلك، وأما إذا لم يشترط فالبيع الذي وقع ليس يبيع المسلم إلى المسلم، بل مشتمل على الخبث والخداع والغائلة فللمخدوع الخيار، لكونه كشف عن عدم الرضا المحقق الذي هو المناط.." ^(٦).

(١) انظر: التاج والإكليل (٥٥٥/٧)، مواهب الجليل (٣٥٠/٦)، حاشية العدوي على الخرشي (٢٦/٧)، حاشية الدسوقي (٢٨٨/٢).

(٢) حاشية العدوي على الخرشي (٢٦/٧)، وانظر: التاج والإكليل (٥٥٥/٧)، منح الجليل (٥٠٩/٧).

(٣) انظر: تكملة المجموع (١٥/١٣) (١٠١/١٢)، حاشية الجمل (١٢٠/٣)، حاشية البجيرمي على المنهج (٢٤٤/٢).

(٤) انظر: كشاف القناع (٢١٣/٣) (١٠١/١٢)، الشرح الكبير (٣٣٩/١١)، شرح منتهى الإيرادات (١٧٢/٢)، تكملة المجموع (١٠١/١٢).

(٥) انظر: الروضة الندية شرح الدرر البهية (١١٦-١١٥/٢).

(٦) الروضة الندية (١١٦-١١٥/٢). بتصرف يسير.

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأن البائع أو وكيله قد دّلس عليه وغرّره وخدعه "ولا تحل الخلابة لمسلم"^(١)، وإذا ثبت التغرير والغش، فإنه يحكمه قواعد التدليس والغش كما في التصرية ومتلقي الركبان.

ولأن المشتري إنما دخل في عقد البيع لأجل التغرير والخدعة، فإذا تبين له بعد ذلك غشه وتغريره كان ذلك كشفاً له عن عدم الرضا الذي هو المناط الشرعي^(٢).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الثاني لقوة أدلتهم ورجاحتها وضعف ومناقشة أدلة المخالفين.

وإذا ثبت أن المغرور في سلعة ما بسبب الدعايات الإعلانية يثبت له الخيار، فإن الغالب في هذا العصر المتطور أن الذي يقوم بالدعايات شركات متخصصة في فن الدعاية، تقوم بالنيابة عن شركة أو مصنع ما بالدعاية لبضاعته أو منتجه، وتأخذ عمولة على ذلك، فهذه حكمها حكم الدلال عند الفقهاء وربما يقوم بالدعاية وكيل الشركة، بما تفرضه تلك الشركة على وكلائها ضمن العقد من إقامة الدعايات لمنتجاتها بين الفينة والفينة.

وربما يقوم بتلك الدعايات نفس صاحب السلعة من مصنع أو شركة، وربما حصل الغش والخداع والتغرير في الدعاية من قبل صاحب السلعة أو وكيله أو من قبل صاحب الدعاية نفسه، فعلى هذا فإذا علم المشتري بالغش والتغرير بعد إبرام العقد، وقلنا إن له حق الرجوع والرد، فعلى من يرجع؟، هل يرجع إلى صاحب السلعة أو وكيله المعتمد، أم هل يرجع إلى صاحب الدعاية الذي غرّره وخدعه فيعتبر ضامناً لتغريره؟.

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: الروضة الندية (١١٦/٢).

لا يخلو الحال من أمرين :

الأمر الأول : أن تكون الدعاية التي غرّت المشتري قد قام بها الوسط (صاحب السلعة).

الأمر الثاني : أن تكون الدعاية التي غرّت المشتري قد قام بها شخص أجنبي (الوسيط والممثل بعمل الدعاية).

المطلب الأول

غش الموسط في الدعاية الإعلانية

يقصد بالموسِّط في هذا هو صاحب السلعة نفسه ، وهو باذل الأجرة مقابل عمل الوسيط^(١) .

فإذا كان الموسط هو الذي قام بالتغريب والتدليس من غير علم الوسيط ، أو هو الذي قام بالدعاية فغش فيها ، فإن المشتري حينئذ يرجع عليه بعين السلعة ويردها لأنه مالکها ، وهو الذي أبرم عقد البيع ، وهو أحد أطراف العقد ، فالرجوع عليه ولا إشكال في هذا .

وقال الإمام مالك : عندما سئل عن النخاسين^(٢) والذين يبيعون في المزايدة و المستأجرين على الصياح ، إذا تبين شيء مما بيع أنه مسروق أو معيب قال : " ليس على واحد من هؤلاء ضمان وإنما هم أجراء أجروا أنفسهم وأبدانهم ، وإنما وقعت العهدة على أرباب السلع فليتبعوهم ، فإن وجدوا أربابها وإلا لم يكن على هؤلاء الذي وصفت لك تباعة فيما باعوا.." ^(٣) .

* * *

(١) انظر : الوساطة التجارية في المعاملات المالية (ص ١٣٦) .

(٢) النخاسين جمع نخاس وهو بائع الدواب ، سُمِّي بذلك لنخسه إياها - أي غرز جنبها بعود - حتى تنشط وحرفته النخاسة ، وقد يسمى بائع الرقيق نخاساً ، والأول هو الأصل . انظر : لسان العرب ، مادة (نخس) (٢٢٨/٦) .

(٣) المدونة (٣/٣٧٠) .

المطلب الثاني

غش الوسيط في الدعايات الإعلانية

والوسيط هو باذل العمل في الشيء المتوسط فيه مقابل الأجرة^(١). وهو في هذا المطلب من قام بالدعاية للمتوسط (صاحب السلعة)، وقد تقوم بعض تلك الشركات في الدعاية بإبرام العقود بين منتج السلعة وبين المشتري، وتكون في حكم السماسرة والدالين. وأصحاب شركات الدعاية لهم خبرة عالمية في فن جذب اهتمام الناس للسلع المعلن عنها، وإغرائهم فيها يفوق بكثير إغراءات الدالين التقليدية في القديم والحاضر، خاصة إذا كانت تلك الدعايات عبر الصورة المتحركة كما في التلفزة ونحوها. وإغراء تلك الشركات وغشها في هذا قد يكون بعلم الوسيط أو بغير علمه.

الفرع الأول

غش الوسيط بعلم المتوسط

إذا غرّ الوسيطُ المشتريَ في الدعاية، وكان ذلك بتواطؤ المتوسط وعلمه، فإن المشتري حينئذٍ يرجع على المتوسط (صاحب السلعة) ولا ضمان على الوسيط ولا عهدة عليه. وهذا القول هو ظاهر قول الحنفية المتأخرين في المفتى عندهم، فهم يرون أن تقرير الدلال يثبت للمشتري خيار الرد على البائع.

(١) انظر: الوساطة التجارية في المعاملات المالية (ص ١٣٧).

قال ابن عابدين في العقود الدرية: "إن للمشتري الرد بخيار الغبن الفاحش بتغيرير الدلال"^(١).

وهذا القول هو أيضاً ظاهر مذهب المالكية^(٢)، وقال ابن فرحون المالكي^(٣) في التبصرة: "وإذا اشترى رجل من السمسار سلعة فاستحقت من يد المشتري أو ظهر بها عيب فلا عهدة على السمسار والتباعة على ربه، فإن لم يعرف كانت مصيبة على المشتري، وقال ابن أبي زمنين^(٤): فإذا سئل السمسار عن رب السلعة فقال: لا أعرفه حلف أنه ما يعرفه، كذا رأيت من أشياخنا، قال: وينبغي على أصولهم إن نكل عن اليمين واسترابه السلطان أن يعاقب بالسجن على ما يراه"^(٥).

ولم أجد للحنابلة القائلين بثبوت الخيار قولاً في ذلك، ويمكن أن يُخرَج من قولهم في النجش كما في كشف القناع: "ولو) كانت زيادة من لا يريد شراء (بغير مواطأة من البائع) لمن يزيد فيها، (أو) كان البائع (زاد) في الثمن (بنفسه) والمشتري لا يعلم ذلك، لوجود التغرير (فيخير) المشتري (بين رد) المبيع (وإمساكه)"^(٦)، بأن يرجع المشتري على الوسط (البائع) ولا عهدة على الوسيط.

(١) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (١/٢٦٩)، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢١٥)، ومرشد الحيران، مادة رقم (٥٤٥).

(٢) انظر: المدونة (٣/٣٧٠).

(٣) هو: إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي قاسم بن محمد بن فرحون، أبو إسحاق، الفقيه المالكي القاضي، تولى القضاء فسار فيه سيرة حسنة ومنع المظالم. ت: سنة (٧٩٩هـ). انظر: الدرر الكامنة (٤٩/١).

(٤) هو: محمد بن عبدالله بن عيسى بن محمد المرّي الأندلسي الإلبيري، الإمام القدوة الزاهد، شيخ قرطبة، وزمّين - بفتح الميم ثم كسر النون - كان صاحب جد وإخلاص، وتفنّن وتبحر في العلم، اختصر المدونة، ت: سنة (٣٩٩هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (١٧/١٨٨-١٨٩).

(٥) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (٢/٢٠٣-٢٠٤) ط. الكتب العلمية.

(٦) كشف القناع (٣/٢١٢).

غير أن المشتري إذا عجز عن رد ما اشتراه على البائع لبعده الشُّقة أو لعدم معرفة مكانه، فإنه يجب على الوسيط - الذي غرَّ في دعايته - غرم للمشتري.

وبهذا أفتى الإبياني المالكي^(١) - رحمه الله - كما نقل ذلك الونشريسي^(٢) في المعيار المغرب، فقد سئل الإبياني عن السمسار يبيع من التاجر الثوب، وقد رأى فيه السمسار عيباً فباعه من هذا التاجر وكتمه العيب، فبعد أن قبض البائع الثمن ومضى وجد التاجر في الثوب عيباً واعترف السمسار أنه كتمه ذلك، فهل يجب على السمسار غرم إن لم يوجد صاحبه أو لا؟ فقال: "الذي يتبين لي: أنه يرجع عليه بقيمة العيب ولا يكون للمشتري أن يردَّ الثوب عليه، قال: وهو عندي بمنزلة الولي الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته، أن يكون للزوج عليه جميع الصداق إن كان قد دخل بها إذا كان الولي ممن يعرف العيب، مثل الأب في ابنته، والأخ في أخته"^(٣).

اهـ.

فعلى هذا فالضمان على صاحب الدعاية لأنه غرَّ المشتري وخدعه، ويرجع صاحب الدعاية على البائع.

* * *

- (١) هو: عبدالله بن أحمد الإبياني التونسي المالكي، الإمام الفقيه، أبو العباس، له كتاب: "مسائل السمسة في البيوع". ت: سنة (٣٥٢) هـ. انظر: ترتيب المدارك (٢/٣٤٧).
- (٢) هو: أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد، أبو العباس الونشريسي التلمساني الفاسي، الفقيه المالكي، حامل لواء المذهب المالكي على رأس المائة التاسعة، ت: سنة (٩١٤) هـ. انظر: شجرة النور (ص ٢٧٤)، نيل الابتهاج (ص ٨٨).
- (٣) المعيار المغرب للونشريسي. تحقيق: د. محمد حجي. ط. دار الغرب الإسلامي - بيروت (٨/٣٥٧).

الفرع الثاني

غش الوسيط بغير علم الموطن

إذا غرّ صاحب الدعاية في دعايته المشتري ولم يعلم الموطن بذلك فاغترّ المشتري بتفريغ الوسيط، فهل يرجع المشتري على الوسيط لأجل التفريغ أم على الموطن (البائع) لأنه مالك للسلعة؟.

الأقرب في ذلك أن للمشتري الرد على البائع؛ لأن الوسيط وإن كان التفريغ منه فهو أمين البائع، وما يصدر منه لا بد وأن يكون بتواطؤ معه، أو يكون بإمكان الموطن تصحيح هذا الغش، فسكوته بعد وقوع التفريغ من الوسيط تفريط منه لا يمنع من رد المشتري عليه سلعته، وهذا هو ظاهر كلام الحنفية في تفريغ الدلال، ولهذا قال ابن عابدين في قول الحصكفي: "وإن غره - أي غرّ المشتري البائع أو بالعكس - أو غره الدلال فله الرد"، قال ابن عابدين: "قوله: أو غره الدلال، قال الرملي: مفهومه أنه لو غره رجل أجنبي غير الدلال لا يثبت له الرد"^(١)، وذلك لأن الوسيط (الدلال) ليس غريباً عن العقد، والموطن بعد ذلك له أن يرجع على الوسيط لمخالفته لما أمره به.

وعلى كل فالواجب على الوسيط والموطن إظهار الميعب وعدم تفريغ الناس، ويجب على صاحب الدعاية أن لا يؤثر الخطام الفاني على حقوق المسلمين ونصحهم، قال ابن الإخوة^(٢) في كتابه العظيم معالم القرية في أحكام الحسبة:

(١) انظر: الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين (١٤٣/٥).

(٢) هو: ضياء الدين محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد القرشي، المحدث الشافعي، عُرف بابن

الإخوة. ت: سنة (٧٢٩) هـ. الدرر الكامنة (١٦٨/٤).

"ومتى علم المنادي في السلعة عيباً وجب عليه أن يُعْلِمَ المشتري بذلك العيب ويوقفه عليه، وعلى المحتسب أن يعتبر عليهم جميع ذلك" (١).

وقد ذُكر لإبراهيم النخعي - رحمه الله - أن بعض النخّاسين كانوا يسمون مرابط دوابهم بأسماء البلاد؛ ليدلسوا على المشتري بقولهم ذلك ليوهموا أنه مجلوب من خراسان وسجستان، فيحرص عليها المشتري ويظن أنها قريبة العهد بالجلب فكرهه كراهةً شديدةً (٢).

قال الحافظ ابن حجر - رحمه الله - : "والسبب في كراهة إبراهيم ذلك ما يتضمنه من الغش والخداع والتدليس" (٣).



(١) معالم القرية في أحكام الحسبة (ص ١٣٥-١٣٦) ط. دار الفنون - كمبردج.

(٢) والأثر أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً، كتاب اليسوع، باب إذا بين البيعان (الفتح ٣٨٨، ٣٩٠/٤).

(٣) فتح الباري (٣٩٠/٤).

الفصل الثالث

الغش في بيع السيارات (المعارض)

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نبذة مجملة عنها وعن صفة العمل فيها.

المبحث الثاني: العمل في مكان المناداة (الحراج) والغش

فيه.

المبحث الثالث: الغش في بيع السيارات وأثره.

المبحث الأول

نبذة مجملة عن معارض السيارات وعن صفة العمل فيها

لقد حرصتُ أن أعطي القارئ صورة حية لطريقة تعامل أصحاب المعارض في محلاتهم، وقد قمت بدراسة ميدانية لمعارض السيارات في منطقة الرياض، وسألت أهل الخبرة من أصحاب المعارض في ذلك وناقشتهم، وشاهدت بعض معاملاتهم وطريقتهم، وكما اتصلت ببعض أصحاب المعارض في منطقة القصيم فشرحوا لي أشياء كثيرة استفدت منها في هذا الفصل من البحث.

وليس قصدي في هذا الفصل وهذا المبحث على وجه الخصوص حصر واستقراء جميع معاملاتهم وأعرافهم، إذ إن ذلك مما يصعب حصره ومناله، حيث إن أعراف كل بلد يختلف عن البلد الآخر، ولكن حسبي أن أعطي القارئ صورة واقعية لتعامل أكثر أو جُلّ أصحاب المعارض وموظفيهم.

والمعارض: عبارة عن محلات تجارية يقيمها أصحابها بموجب ترخيص رسمي، تُجمع فيها السيارات المختلفة جديدة كانت أو مستعملة لعرضها على الراغبين في الشراء، وهذه السيارات الموجودة في المعارض منها ما يكون ملكاً لصاحب المعرض، ومنها ما يكون وسيطاً فيها، ومنها ما يكون صاحبها قد أبقاها في المعرض ليعرف مقدار قيمتها.

ولدى صاحب المعرض مجموعة من الموظفين يعملون لخدمة عملاء المعرض، كقيادة السيارات، أو تسجيلها عند إبرام المبيعة، أو المناذاة عليها في الحراج، أو غير ذلك من الأعمال التي يحتاجها صاحب المعرض لتسويق وإبراز معرضه ومحله.

وفي المعرض مكان مخصص للحراج، تقف فيه السيارة بعد أخذ دورها في الترتيب، ثم يُبدأ بالمناذاة عليها بالميكرفون، وعند صاحب المعرض باعةٌ قد تبتاهم

وتعامل معهم يُسمون باللغة الدارجة (الشريطية) وهؤلاء ليسوا دلالين، ولكنهم يشترون سيارات من أصحابها من خارج المعرض إما من حراج صاحب معرض آخر، أو غير ذلك، ثم يذهبون بها إلى المعرض الذي يتعاملون معه، ثم يقوم صاحب المعرض بتسديد قيمة السيارة مهما بلغت قيمتها ولا تنقل ملكية السيارة باسم هذا "الشريطي" رغبة منه في توفير رسوم نقل الملكية له، وتبقى هذه السيارة في المعرض ولا يشترط صاحب المعرض على الشريطي أن يبيع هذه السيارة في مدة معينة بل ذلك على حسب ما يراه الشريطي، وربما يذهب بها لقضاء حوائجه عليها، وعند بيعه لهذه السيارة يأخذ منه صاحب المعرض المبلغ الذي سدّد عنه عند شرائه لها، مع إضافة مبلغ من المال يسمونه عندهم (السعي)^(١)، والسعي يأتي في غالب معاملاتهم من ثلاث حالات أو أكثر، مع أن كلّ معرض يختلف عن المعرض الآخر.

وهذه الحالات كالآتي:

- الحالة الأولى: إذا كانت قيمة السيارة التي سدّدها عنه صاحب المعرض أقل من (٣٠,٠٠٠) ثلاثين ألف ريال فإن السعي يكون (٥٠٠) خمسمائة ريال.
- الحالة الثانية: إذا كانت قيمة السيارة التي سددها عنه صاحب المعرض أكثر من (٣٠,٠٠٠) ثلاثين ألف ريال فإن السعي يكون (١٠٠٠) ألف ريال.
- الحالة الثالثة: إذا كانت قيمة السيارة التي سددها عنه صاحب المعرض أكثر من (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف ريال فإن السعي يكون (١٥٠٠) أو (٢٠٠٠) ريال.
- مع ملاحظة ما يأتي:

(١) مع العلم أن هذا المبلغ يأخذه صاحب المعرض ولو لم يكن دلالاً لهذه السيارة، بل ربما أخذ سعي عليها من قبل المنادي وسعي آخر لصاحب المعرض، وليس بخافٍ على أن تسمية "سعي" غير صحيح، بل هو قرضٌ جرّ منفعة وهو محرّم كما سيأتي بيان ذلك - إن شاء الله -.

أولاً: إن صاحب المعرض يشترط على الشريطي عندما يريد أن يزاوّل هذا النشاط معه، فإنه لابد أن يدفع مبلغ (١٠,٠٠٠) عشرة آلاف ريال أو أكثر، أو أقل على حسب الاتفاق، ويوضع له حساب خاص بهذا المبلغ، وتضاف إليه أرباحه - عند بعضهم - وهذا المبلغ يدفع كتأمين لأي خسارة قد تلحق بهذا الشريطي، كي يتفادى صاحب المعرض من وقوع الخسارة فيما لو باع الشريطي سيارته بأقل مما اشتراها به.

وعندما يريد صاحب المعرض أن يعزل الشريطي من التعامل معه فإنه يدفع له هذا المبلغ إذا لم تلحقه خسارة من جراء تسديده عن قيمة السيارة التي اشتراها للشريطي.

ثانياً: إن الشريطي في الغالب لا يستطع مزاوله البيع والشراء في هذا النشاط إلا بهذه الطريقة نظراً لظروفه المالية.

ثالثاً: إن هذا السعي الذي يأخذه صاحب المعرض، إنما هو عن كل سيارة قد سدّد قيمتها صاحب المعرض سواء كسب الشريطي في بيعها أو خسر.

رابعاً: إن صاحب المعرض لا يطالب الشريطي إلا بقيمة السعي الذي أضيف على قيمة السيارة، ولا ينظر إلى مكسب الشريطي في ذلك.

ولا شك أن هذا العمل الذي يتعامل فيه هؤلاء الشريطيون محرّم ولا يجوز؛ لأنه قرض جرّ منفعة، فهو ربا محرّم، وقد سئلت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء برئاسة سماحة شيخنا عبدالعزيز بن باز - رحمه الله - عن حكم هذه المعاملة، فأجابت بعد الدراسة بما نصّه:

"إن هذه المعاملة المذكورة لا تجوز؛ لأن بذل الشريطي السعي لصاحب المعرض مقابل تسديد المعرض عنه قيمة السيارة التي اشتراها من خارج المعرض يعتبر ربا؛ لأن حقيقة ذلك أن المعرض يقرض الشريطي مع أخذ زيادة، وتسميتها سعياً لا

يخرجها عن كونها ربا، للحديث: (كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا). وبالله سبحانه
التوفيق، وصلى الله على نبينا وسلم^(١).

هذا مع أنه ليس كلّ الشريطة يتعاملون بهذه المعاملة، فإن منهم من يشتري
السيارة من عنده نقداً، ولكنه يتعامل مع صاحب المعرض بحيث يضع سيارته التي
اشتراها عنده، فإذا أراد بيعها باعها في حراج المعرض، وأخذ صاحب المعرض سعيه
على ذلك لأجل المناداة وكتابة العقد وتسجيله، وربما أتى شخص لا علاقة بينه وبين
صاحب المعرض بحال، وقد اشترى السيارة من شخص جالب، ولا يكون هناك
وسيط بينهما، ولا يحتاجون للمعرض إلا لكتابة العقد وتسجيله.

* * *

(١) انظر: فتوى رقم (١٨٢٢٢)، وتاريخ ٢٣/١٠/١٤١٦هـ ضمن الملاحق في آخر هذه الرسالة.

المبحث الثاني

العمل في مكان المناذاة (الحراج) والغش فيه

بعد أن تقف السيارة بالمكان المخصص للحراج تأخذ دورها في الترتيب - مع ملاحظة أنه ليس كل ما في المعرض من السيارات يتم الحراج عليها، بل ربما يكتفى أصحابها بإيقافها في المعرض مع إظهار قيمتها التي يريدون بيعها به، فإذا جاء دور السيارة في التحريج عليها يبدأ المناذي - وهو المحرّج - بالمناذاة عليها بالميكروفون، ويتولى هذا العمل في الغالب بعض الموظفين الذي يعملون عند صاحب المعرض، وقد يتولاه في أحيان أخرى صاحب المعرض، ولا يحق لكل أحد أن يتولى المناذاة إلا بإذن صاحب المعرض.

ثم يبدأ المناذي بفتح باب المزايدة ويعطيها قيمة مبدئية وتسمى فتح باب قيمة السيارة، وهذه القيمة تقل عن القيمة الحقيقية للسيارة، ثم تبدأ المزايدة من قبل المشتريين حتى تقف عند قيمة معينة قد زادها بعض المشتريين فعندها يحق لصاحب السيارة البيع بهذا السعر، أو الرفض والخروج من الحراج، فإذا قبل ذلك السعر وثقت المبايعة في ورقة خاصة يقدمها صاحب المعرض تشتمل على البيانات التالية: اسم البائع والمشتري، وتوقيعهما، مع الاتفاق على سعي الدلال، فإن كان السعي على المشتري فالقيمة (كدر)، وإن كان السعي على البائع فالقيمة (صافي) كما هو متعارف عليه عندهم.

وقد جرى عملهم في بيع الحراج أن تباع السيارة على أنها تشمل جميع أنواع العيوب في جميع أجزائها، على أن المشتري يقبلها بحالتها المشاهدة، وأحياناً يحق له تجربة السيارة قبل شرائها، وتقليب النظر فيها وفحصها وعرضها على أهل الخبرة، فإذا اختار البيع فإنهم لا يقبلون إرجاعها بالعيب، ويشترطون ذلك في العقد

ويسجل ذلك في ورقة المبيعة بأن المشتري يقبلها بحالتها الراهنة ، وهذا ما يسمى عند الفقهاء بشرط البراءة من العيوب ، وهي مسألة اختلف فيها أهل العلم على أربعة أقوال ، سوف نذكر أدلة كل قول مع ذكر الراجع منها في المبحث الثالث من هذا الفصل إن شاء الله تعالى .

وإذا كان البائع يعلم بعيبها ولم يخبر بذلك فإنه يعتبر غاشياً لأخيه المسلم ، ويقع الغش في بيع المناداة إما بالزيادة في قيمتها من غير شرائها ، وإما بتغيير لوحات السيارة بأن يضعوا في مكان الحراج سيارة من نوع كابرس موديل (٩٦) مثلاً ، ويغيروا لوحة السيارة المعروضة بإبدالها بلوحة سيارة أخرى من نفس موديل السيارة المعروضة وبنفس الشكل أيضاً ، ولكنها أقل من التي يراد بيعها ، فإذا اشتراها المشتري دفع عربوناً لتأكيد رغبته في شرائها ، فحينئذ يكون قد حازها فيكتب ورقة بذلك مع كتابة رقم اللوحة المزورة ، ثم يدعها في المعرض لاستكمال إجراءات بيعها ودفع كامل المبلغ ، فإذا جاء صاحب السيارة من الغد وجد أن سيارته قد تغيرت وليست بالتي قد اشتراها ، ولكنه قد وقع على ورقة المبيعة المبدئية مع رقم لوحة هذه السيارة المعيبة فيضطر إلى قبولها ويتهم نفسه بالشك في ذلك ، وما علم المسكين أن سيارته قد تغيرت بعد توقيعها على عقد المبيعة المبدئية وأنه خُدع وغشّ بذلك . والله المستعان .

* * *

المبحث الثالث

الغش في بيع السيارات وأثره

الغش في بيع السيارات فيما يسمى بالحراج أمرٌ لا يستريب فيه إنسان، بحيث أنه قلَّ من يسلم منه، وقد تكلم العلماء - رحمهم الله - عن الحسبة على الدالين وما الذي ينبغي للدالين فعله والاتصاف به، وما يجب عليهم تركه، مما يدل دلالة صريحة أن خطبهم جليل، وأن أمرهم ليس بالمختصر ولا القليل.

ومن أبرز ما تحدث به أهل العلم هو أن يكون الدالون أحياناً ثقةً من أهل الدين والأمانة وصدق القول؛ لأنهم يتسلمون بضائع الناس، ويقلدونهم الأمانة في بيعها^(١).

وكذلك يجب على الدالين ألا يزيدوا في السلعة من أنفسهم ولا يشترونها لأنفسهم، ولا يكونوا شركاء لأصحاب السلع^(٢)، ويجب عليهم أن يخبروا عن العيب في السلعة، ولا يجوز لهم أن يكتموا عيباً علموه^(٣)، بل إن بعض أهل العلم نصَّ على أن يحلف بأن لا يخفي عيباً^(٤).

وهناك منكرات عظيمة يمارسها بعض الدالين وبعض الشريطة عند بيعهم السيارات أو شرائها، ويأتون بأنواع من الغش والخديعة بما لا يقتضيه شرع ولا

(١) انظر: نهاية الرتبة للشيزري (ص ٨٤، ٦٤)، ومعالم القرية لابن الإخوة (٢٣٨، ٢١٦)، وآداب الحسبة للسقطي (ص ٥٨).

(٢) انظر: نهاية الرتبة للشيزري (ص ٦٤)، ومعالم القرية لابن الإخوة (٢١٦).

(٣) انظر: نهاية الرتبة للشيزري (ص ٨٤، ٦٤)، ومعالم القرية لابن الإخوة (٢٣٨، ٢١٧)، ونهاية الرتبة لابن بسام (ص ١٥٣).

(٤) انظر: نهاية الرتبة لابن بسام (ص ١٥٣).

كتاب، ولا يرتضيه عاقلٌ بحال، ومن المنكرات الموجودة والمنتشرة في هذا النوع من التجارة:

أ- أن تكون السلعة له فينادي عليها، ويزيد من عنده، ويُوهم أنها لغيره، وأن الزيادة دفعها بعض التجار، وهذا غش وتدليس^(١).

ب- النجش في المزايدة وهذا هو غالب سعيهم في ذلك، بحيث يجتمع عدد من الشريطية عند الحراج ويزيدون لنفع صاحبهم إذا كان هو البائع حتى تبلغ الثمن الذي اشتراها به، ويسمون عادة بـ "المزود"، وربما يزيدون أكثر حينما يرون راغباً في السلعة لرفع الثمن عليه.

ج- كثرة الحلف وهو مجرد ذاته من المنكرات حتى ولو كان صادقاً كما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: (إياكم وكثرة الحلف في البيع، فإنه ينفق ثم يمحق)^(٢)، فما بالك لو كان حلفهم على الكذب والبهتان، نعوذ بالله من الخذلان، ومن اتباع سبيل الشيطان.

وهذه المنكرات عامة في كل حراج، وهناك بعض أنواع الغش من التفرير والتدليس والخديعة تستعمل في حراج السيارات، ولكثرة التعامل بها، ولوجود الخلاف في بعضها، ناسب أفرادها في مطالب لتوضيحها وبيانها، وهي كالآتي:

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: النهي عن الحلف في البيع (١٢٢٨/٣) رقم

(١٦٠٧)، من حديث أبي قتادة ؓ.

المطلب الأول

التخبير بعيوب موجودة وغير موجودة للإيهام

وهذا الأمر يفعله غالب أصحاب المعارض والشريطة، وقد انتشر في معاملات الدالين، وخصوصاً في بيع المناداة على السيارات، ومن الألفاظ التي تقال في المناداة أو عند إتمام عقد البيع، وهذه عبارات دارجة عند أصحاب الحراج، يقولون: "كفرات مضروبة، مكينة مفقوعة، قير مكسور، شاصي مفتول، حديد مجّمع" ويفعلون هذا بحجة أن هذا شرط من قبل البائع، وأنه بريء من أي عيب يجده المشتري، حتى لا يكون له خيار العيب، وهذا الفعل معروف عند الفقهاء بحكم شرط البراءة من العيوب، وقد نصّ بعض الفقهاء على أن من المسألة ما لو شرط البائع على المشتري أن بالسلعة جميع العيوب، أو أنه بريء من عيب كذا إن كان. ومن صرح بذلك ابن عابدين الحنفي في حاشيته على الدر المختار فقال ما نصّه: "وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب بأن قال: بعتك هذا العبد على أني بريء من كل عيب... ومنه ما تُعورف في زمننا إذا باع داراً فيقول مثلاً: بعتك هذه الدار على أنها كوم تراب، وفي بيع الدابة يقول: مكسرة محطمة، وفي نحو الثوب يقول: حراق على الزناد، ويريدون ذلك أنه مشتمل على جميع العيوب، فإن رضيه المشتري لا خيار له؛ لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه.." (١).

ويفعل هذا الدالون حتى يوهموا المشتري بأنهم لا يعرفون عن السلعة شيئاً، فهل هذا غشٌ بالمشتري وأكل لماله بغير حق أم لا؟.

(١) حاشية ابن عابدين (٤٢/٥)، وهذا بناءً على اختيار الحنفية في ذلك كما سيأتي بيان ذلك، وانظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٩٦/١).

اختلف أهل العلم في حكم شرط البراءة من كل عيب على أربعة أقوال^(١):
 القول الأول: أنه يجوز شرط البراءة من كل عيب، ويبرأ البائع بهذا الشرط.
 وهذا مذهب الحنفية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، وقول مخرّج في مذهب
 الإمام أحمد^(٤).

ففي العناية على الهداية للبايرتي: "البيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح،
 سمى العيوب وعددها أو لا، علمه البائع أو لم يعلمه، وقف عليه المشتري أو لم
 يقف عليه، أشار إليه أو لا، موجوداً كان عند العقد والقبض، أو حدث بعد العقد
 قبل القبض..."^(٥). اهـ.

وقال النووي في بيان الأقوال عندهم في المسألة: "والثاني: يبرأ من كل عيب،
 ولا ردّ بحال.."^(٦). اهـ.

وقال ابن قدامة في المغني: "وروي عن أحمد: أنه أجاز البراءة من المجهول
 فيُخَرَّج من هذا صحة البراءة من كل عيب"^(٧). اهـ. وظاهر كلام ابن قدامة أنه يرجح
 هذا القول^(٨).

(١) هذه الأقوال الأربعة هي أشهر وأبرز الأقوال، وإلا فهناك أقوال أخرى في المسألة لم أذكرها وهي
 بعض روايات عن الإمام مالك، مثل أن شرط البراءة لا يصح إلا من السلطان، ونحو ذلك، انظر:
 الكافي (٧١٣/٢).

(٢) انظر: المبسوط (٩١/١٣-٩٢)، البدائع (١٧٢/٥-١٧٣)، تبين الحقائق (٤٣/٤)، جمع الأنهر
 (٥٢/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٧٣/٣)، مغني المحتاج (٤٣٢/٢).

(٤) انظر: المغني (٢٦٥/٦)، الإنصاف (٢٥٦/١١).

(٥) العناية على الهداية (١٨٢/٥).

(٦) روضة الطالبين (٤٧٣/٣، ٤٧٢).

(٧) المغني (٢٦٥/٦).

(٨) انظر: المغني (٢٦٥/٦).

حجتهم:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة أهمها:

الدليل الأول: عن أم سلمة رضي الله عنهما أنها قالت: جاء رجلان من الأنصار يختصمان إلى رسول الله ﷺ في موارث بينهما قد درست ليس بينهما بيّنة، ثم ذكرت موعظة الرسول ﷺ لهما إلى أن قالت: فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي لأخي، فقال رسول الله ﷺ: (أما إذا قلتما، فاذهبا فافتسما، ثم توخيا الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه)^(١).

وجه الدلالة:

أن الحديث دلّ على أن البراءة من المجهول جائزة^(٢)، ومن ذلك البراءة من العيوب.

المناقشة:

وأجيب عن هذا الدليل بأمرين:

الأول: أن الحديث سنده ضعيف لضعف أسامة بن زيد الليثي مولاهم أبو زيد المدني^(٣)، وقال الإمام أحمد: ليس بشيء^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب في قضاء القضاء إذا أخطأ (١٢/٤) رقم (٣٥٨٣)، وأحمد في المسند (٣٢٠/٦).

(٢) انظر: نيل الأوطار (٣٥١/٦)، المغني (٢٦٥/٦)، فتح القدير (١٨٢/٥)، تكملة المجموع (١٢/٣٦٢).

(٣) وقد وهم العلامة الشوكاني في كتابه النيل (٣٥٠/٦) في نسبة أسامة بن زيد الوارد في الحديث إلى أسامة بن زيد بن أسلم مولى عمر، وهذا وهم ظاهر، إذ إن أسامة بن زيد بن أسلم لم يرو عن عبدالله بن رافع مولى أم سلمة كما في تهذيب الكمال (٣٤٧/٢، ٣٣٤)، وتهذيب التهذيب (١٠٨/١، ١٠٧)، وإنما ذلك هو أسامة بن زيد الليثي وهو أحسن حالاً من الأول.

(٤) انظر: تهذيب التهذيب (١٠٨/١)، وقد تركه يحيى القطان، وقال النسائي: ليس بالقوي، وقال أبو حاتم: يكتب حديثه ولا يحتج به. انظر: المصادر السابقة. والأقرب على حديثه أنه صدوق بهم في حديثه كما في التقريب (ص ١٢٤).

الثاني: أنه لا يُسَلَّم لهم الاستدلال بهذا الحديث على فرض صحته:

لأن حقّ كلّ واحد منهما مجهول ولا يمكن معرفته، ولهذا أمرهما النبي ﷺ بالتوخي في مقدار الحق، ثم لم يقنع فيه بالتوخي حتى ضمّ إليه القرعة، فيكون الحديث من باب الصلح على مجهول لا يُعلَم معرفته، فيصح حينئذٍ، إذ لو لم يجز أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يَعْرِف كلّ واحد منهما قدر حقه منه، فأين هذا من طلب البائع إبراءه من كلّ العيوب، مع علمه ببعضها أو كلها؟ فهذا قياس مع الفارق. والله أعلم^(١).

الدليل الثاني: قالوا: ولأنه إسقاط حق لا يحتاج إلى تسليم ولا قبول، والإسقاط لا تبطله جهالة الساقط؛ لأن جهالته لا تفضي إلى المنازعة، فيجوز مع الجهالة^(٢)، وإنما المنع فيما كان على جهة التمليك لأنه يحتاج إلى تسليم وجهالة المملّك فيه، تمنع التسليم فيفضي إلى المنازعة^(٣).

الدليل الثالث: قالوا: ولأن خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرّح بالبراءة فقد ارتفع الإطلاق، ورضى المشتري بذلك يبرئ البائع كما لو أوقفه عليه^(٤).

القول الثاني: أنه لا يجوز شرط البراءة، وإذا شرطه البائع لم يبرأ سواء علم البائع بالعيب أو لا.

(١) انظر: معالم السنن للخطابي (مع سنن أبي داود) (١٤/٤)، المغني (٢٣/٧).

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٢٥٤/٢)، فتح القدير (١٨٢/٥-١٨٣)، تكملة المجموع

(٣٦٣/١٢)، والمغني (٢٦٥/٦).

(٣) انظر: تكملة المجموع (٣٦٣/١٢).

(٤) انظر: تكملة المجموع (٣٦٣/١٢).

وهذا القول قولٌ للإمام مالك^(١)، وقول للشافعية^(٢)، وهو مذهب الخنابلة^(٣)، وهذا القول مروى عن النخعي والحكم وحماد وشريح وعطاء، والحسن وإسحاق^(٤).

قال صاحب الإنصاف: "وكذا لو باعه وشرط البراءة من عيب كذا إن كان، وهذا المذهب في ذلك بلا ريب، وعليه جماهير الأصحاب"^(٥). اهـ.

وقال أصحاب هذا القول: إذا سمى البائع العيب وأعلم المشتري به، فإنه يبرأ حينئذٍ مما سمّاه، قال شريح: "لا يبرأ إلا بما أراه أو وضع يده عليه"^(٦).

وحجة هذا القول:

١ - قالوا: لما ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر^(٧).

وجه الدلالة من الحديث:

أن بيع البراءة من العيوب غرر ظاهر؛ لأنه لا يدري في المعقود عليه على أيّ صفة هو^(٨).

(١) انظر: بداية المجتهد (٣/٣٥٣)، المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبدالوهاب المالكي (٢/١٠٦٦)، التاج والإكليل (٦/٣٥٣).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٧٣)، مغني المحتاج (٢/٤٣٢).

(٣) انظر: المغني (٦/٢٦٤-٢٦٥)، الإنصاف (١١/٢٥٥)، المحرر في الفقه للمجد ابن تيمية (١/٣٢٦).

(٤) انظر: المغني (٦/٢٦٥)، تكملة المجموع (١٢/٣٥٧).

(٥) الإنصاف (١١/٢٥٥).

(٦) المغني (٦/٢٦٥)، تكملة المجموع (١٢/٣٥٧)، التاج والإكليل (٦/٣٥٣)، المعونة لعبدالوهاب المالكي (٢/١٠٦٦).

(٧) انظر: أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر (٣/١١٥٣) رقم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٨) انظر: تكملة المجموع (١٢/٣٦٣).

٢- قالوا: ولأن شرط البراءة من كل عيب داخل في باب الغش والغبن إذا كان البائع عالماً بالعيب، ولهذا قال ابن رشد في بداية المجتهد: "وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه"^(١).

٣- قالوا: ولأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول^(٢).

٤- قالوا: ولأنه خيار لا يثبت إلا بعد البيع، فلا يسقط بإسقاطه قبله كالشفعة، والبراءة قبل ثبوت الحق لا تجدي شيئاً^(٣).

٥- قالوا: ولأن شرط البراءة من كل عيب، شرط يخالف مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد سلامة المبيع، ومن مقتضيات العقد كذلك خيار العيب؛ لأنه ثابت بالشرع، فلا يُنفى بالشرط^(٤).

ومرجع هذه الأقيسة والتعليلات لهذا القول كما يقول السبكي ترجع إلى سببين: أحدهما: التعليل بالجهالة، والثاني: بمخالفة مقتضى العقد ووضع الشرع في الرد بالعيب^(٥).

المناقشة:

ويمكن الإجابة على هذه التعليقات بما يأتي:

أولاً: تعليلهم بالجهالة:

فجوابه أن يقال: إن الجهالة في المبيع تجوز عند الحاجة، إذا لم يعلم الطرفان بذلك بدليل بيع أساسات الحيطان، وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه^(٦)، فإذا لم

(١) بداية المجتهد (٣/٣٥٣).

(٢) انظر: تكملة المجموع (١٢/٣٦٣)، المغني (٦/٢٦٥).

(٣) انظر: الفروع (٤/٦٥)، كشاف القناع (٣/١٩٦-١٩٧).

(٤) انظر: تكملة المجموع (١٢/٣٦٣).

(٥) انظر: تكملة المجموع (١٢/٣٦٣).

(٦) انظر: المغني (٧/٢٣).

يعلم البائع بالعيب، فيجوز شرط البراءة من كل عيب؛ لأنها حينئذٍ إسقاط حق لا تسليم فيه فصَحَّ في المجهول كالعتاق والطلاق.

ثانياً: تعليلهم بالغش والغبن:

فجوابه أن يقال: الغش إنما يثبت إذا كان البائع يعلم بالعيب فكتمه، فحينئذٍ لا يجوز شرط البراءة من العيوب؛ لأن هذا كتمان عيب علمه، أما إذا لم يعلم بالعيب أصلاً، وشرط البراءة من العيوب فمن أين لكم أن هذا غش بالمشتري؟!.

ثالثاً: تعليلهم بأن خيار العيب لا يثبت إلا بعد البيع، فلا يسقط بإسقاطه كالشفعة.

فجوابه أن يقال: إن طلب شرط البراءة من العيوب إنما هو في المبيع الذي يُظنُّ فيه العيب وقت إبرام العقد، ولا يعلمه البائع، أما حصول العيب في المبيع بعد إبرام العقد، فليس من ضمان البائع أصلاً بالإجماع، فلا وجه حينئذٍ لشرط البراءة بعد ذلك، وعليه فطلب إسقاط العيب في المبيع عند إبرام العقد، ليس إسقاطاً للعيب قبل ثبوت الحق؛ لأن حق المشتري ثابت من حين إبرامه العقد.

رابعاً: تعليلهم بأن شرط البراءة من العيوب شرط يخالف مقتضى العقد.

فجوابه أن يقال: يلزم على قولكم هذا أن يقال: إن رضا المشتري بالعيب بعد إبرام العقد حين علمه بذلك لا يصح؛ لأنه رضا بما يخالف مقتضى العقد، وهذا من أبعد ما يكون، وتصوره كافٍ في ردّه. والله أعلم.

القول الثالث: أنه لا يجوز بيع البراءة في شيء من السلع إلا في الرقيق فحسب إذا كان البائع لا يعلم فيه عيباً، أما لو علم في الرقيق عيباً وكتمه، فلا ينفعه شرط

البراءة ولا يبرأ بذلك، وهذا القول هو مذهب المالكية^(١)، وهي الرواية المتبعة عندهم في المذهب، وعليها النظر عندهم^(٢)، وفي رواية أخرى عند مالك أن شرط البراءة جائز في الرقيق وسائر الحيوان^(٣).

ومذهب الشافعية في الأظهر عندهم قريب من هذا^(٤)، إذ إنهم ذهبوا إلى أنه يبرأ عن كل عيب باطن بالحيوان لم يعلمه دون غيره، وعليه فلا يبرأ عن عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار وغيرهما من السلع مطلقاً، سواء علمه أو لم يعلمه، بل ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه البائع أو لا، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه، والعيب الباطن عندهم هو ما لا يطلع عليه غالباً^(٥).

وحجة من خصّ الرقيق أو خصّ الرقيق والحيوان فحسب هو ما روى مالك في موطئه أن عبدالله بن عمر رضي الله عنه باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاخصصنا إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبدالله: بعته بالبراءة،

(١) انظر: المدونة (٣/٣٦٦)، التاج والإكليل (٦/٣٥٢)، المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/١٠٦٦)، حاشية الدسوقي (٣/١١٢)، وينبغي ملاحظة أن في مذهب مالك: "أن بيع السلطان مال المفلس، وفي الغنائم: يبيع براءة وإن لم يشترط، قال ابن عبدالبر: وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك الكافي لابن عبدالبر (٢/٧١٣)، وانظر: التاج والإكليل (٦/٣٥٢)، وكذا بيع الورثة في أحد القولين له، فيما باعوه لقضاء دين على الميت أو لإنفاذ وصية، دون ما باعوه لأنفسهم. انظر: الكافي (٢/٧١٣)، مواهب الجليل (٦/٣٥٢)، التاج والإكليل (٦/٣٥٢).

(٢) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/١٠٦٦)، بداية المجتهد (٣/٣٥٣)، التاج والإكليل (٦/٣٥٢).

(٣) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/١٠٦٦)، بداية المجتهد (٣/٣٥٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/٤٧٢)، تكملة المجموع (١٢/٣٥٨)، مغني المحتاج (٢/٤٣١).

(٥) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (٢/١٠٦٦)، بداية المجتهد (٣/٣٥٣)، التاج والإكليل (٦/٣٥٢).

فَقَضَى عَثْمَانُ بْنُ عَفَانَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنْ يَحْلِفَ لَهُ: لَقَدْ بَاعَهُ الْعَبْدَ وَمَا بِهِ دَاءٌ يَعْلَمُهُ، فَأَبَى عَبْدِ اللَّهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَارْتَجَعَ الْعَبْدَ فَصَحَّ عِنْدَهُ، فَبَاعَهُ عَبْدُ اللَّهِ بَعْدَ ذَلِكَ بِأَلْفٍ وَخَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ^(١).

وجه الدلالة من الأثر:

قالوا: فدلَّ على أن البراءة تنفع البائع فيما لم يعلمه من العيوب؛ لأن ابن عمر رضي الله عنه باع بالبراءة، ولم ينكر عليه عثمان، وإنما رأى البراءة مع العلم بالعيوب لا ينفع، ولذا قضى عثمان على عبدالله أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، قالوا: وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً^(٢).

فمن خصه بالرقيق - وهم المالكية -، فلأن مورد القصة كان عبداً فاقتصر عليه وبقي ما عداه على الأصل والقياس وهو عدم براءة البائع^(٣).

ومن عممه في الحيوان - وهم المالكية في رواية والأظهر عند الشافعية - فقياساً على العبد، وقالوا: "ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذي بالصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلمما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبرئ من العيب الباطن فيه؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه، وهذا المعنى لا

(١) أخرجه مالك في موطنه، كتاب البيوع، باب: العيب في الرقيق رقم (١٢٩٧).

(٢) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (١٠٦٧/٢)، بداية المجتهد (٣٥٣/٣)، المغني (٢٦٥/٦).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٣٥٣/٣)، المعونة على مذهب عالم المدينة (١٠٦٧/٢)، والمالكية مع أنهم

خصوا ذلك بالرقيق، فقد اشترطوا لصحة بيعه بالبراءة من العيوب شرطين:

الأول: ألا يعلم بالعيوب وقت البيع.

الثاني: أن يكون مع ذلك قد مكث عنده مدة تكفي في العادة؛ لظهور ما قد يكون به من العيوب، فلو باعه فور شرائه مثلاً شارطاً بالبراءة من العيوب لم يصح هذا الشرط. انظر: حاشية الدسوقي

(١١٢/٣).

يوجد في العيب الظاهر، ولا في العيب الباطن في غير الحيوان فلم يجز التبرئ منه مع الجهالة^(١).

المناقشة:

ويمكن مناقشة أصحاب هذا القول بأن يقال:

١- إن دعوى "قضية بيع العبد اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً" غير مسلمة؛ لأن ابن عمر نفسه أول من خالف، وإذا اختلف الصحابة في ما بينهم فليس قول بعضهم حجة على قول بعض^(٢).

٢- ولو سلمنا أن ابن عمر رضي الله عنه لم يخالف، وإنما ترك الحلف تورعاً فمن أين لكم تخصيص ذلك بالرقيق أو الحيوان، بل إن ظاهر هذه القصة تفيد أن البيع بشرط البراءة كان مشهوراً معروفاً متداولاً بين الصحابة رضي الله عنهم، ولذا باع ابن عمر رضي الله عنه بشرط البراءة، ولكن قضاء عثمان رضي الله عنه بين على أن شرط البراءة إنما ينفع إذا لم يعلم البائع بالعيب، وإلا كان غشاً به وخداعاً، وتخصيص ذلك بالرقيق أو الحيوان لورود القصة فيه تخصيص ضعيف، لأنها قضية عين وقعت اتفاقاً، ثم إنه ليس قياس الحيوان بالعبد بأولى من قياس سائر المبيعات بالعبد إذ العلة والجامع واحد. والله أعلم.

القول الرابع: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه وقت البيع، ولا يبرأ من عيب علمه.

وهذا القول رواية عند الإمام أحمد - رحمه الله -^(٣)، ويروى ذلك عن عثمان رضي الله عنه ونحوه عن زيد بن ثابت رضي الله عنه^(٤).

(١) الام (١٠٥/٧)، أسنى المطالب (٦٣/٢)، تحفة المحتاج (٣٦١/٤)، أوجز المسالك إلى موطأ مالك (٧٠/١١).

(٢) انظر: المغني (٢٦٥/٦).

(٣) انظر: المغني (٢٦٥/٦)، الإنصاف (٢٥٥/١١)، الفروع (٦٥/٤).

(٤) انظر: المغني (٢٦٥/٦).

وهذا القول هو اختيار أبي العباس ابن تيمية - رحمه الله -^(١) حيث قال: "والصحيح في مسألة البيع بشرط البراءة من كل عيب، والذي قضى به الصحابة، وعليه أكثر أهل العلم: أن البائع إذا لم يكن علم بذلك العيب فلا رد للمشتري، لكن إذا ادعى أن البائع علم بذلك فأنكر البائع حلف أنه لم يعلم، فإن نكل قُضي عليه.." ^(٢).

وعمدة هذا القول ما يأتي:

١- عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم إن باع من أخيه بيعاً فيه عيب أن لا يبيّنه له) ^(٣).

٢- وعن وائلة بن الأسقع رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا بيّن ما فيه، ولا يحل لمن علم ذلك إلا يبيّنه) ^(٤).

وجه الدلالة من الحديثين:

هو أنّ مَنْ علم بالمبيع عيباً وجب عليه تبيّنه للمشتري، وأن كتمان ذلك تغرير وغش بالمسلم، وأنّ مَنْ لم يعلم بالمبيع عيباً، فلا غش ولا خداع منه فيما لو باع بشرط البراءة، قال البيهقي - رحمه الله -: "وفي هذا تنبيه على وقوع البراءة من عيب علمه فيّنه، أو لم يعلمه، دون عيب علمه فلم يبيّنه. والله أعلم" ^(٥).

٣- ما روى مالك في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي،

(١) انظر: الاختيارات الفقهية للبعلي (ص ١٢٤)، الإنصاف (١١/٢٥٥).

(٢) الاختيارات الفقهية (ص ١٢٤).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) مختصر خلافيات البيهقي لأحمد بن فرج اللخمي الشافعي (٣/٣٣٢)، تحقيق: د. إبراهيم

فاختصما إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال الرجل: باعني عبداً، وبه داء ولم يسمه، فقال عبدالله بن عمر رضي الله عنه: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبدالله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبدالله أن يحلف له، وارتجع العبد فصح عنه، فباعه عبدالله بن عمر بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم^(١).

وجه الدلالة من الأثر:

أن شرط البراءة من العيوب كان مشهوراً معروفاً متداولاً بين الصحابة ولذا لم ينكر عثمان على عبدالله بن عمر شرط البراءة، وإنما رأى أن البراءة من عيب علمه البائع فكتمه، لم ينفعه تبرأته وكان ما باع مردوداً عليه، ولم يخالفه على ذلك أحد من الصحابة لا عبدالله ولا غيره^(٢)، وليس خاصاً بالرقيق بدليل ما جاء في بعض الروايات مما يفيد العموم: فقد جاء في بعض روايات هذا الأثر أن عبدالله بن عمر باع سلعة كانت له بالبراءة..^(٣).

٤- قالوا: ولأنه إذا كان عالماً بالعيب فشرط البراءة فقد قصد التدليس والغش، وليس كذلك إذا لم يكن عالماً، ألا ترى أنه يجوز بيع المجهول إذا لم يُعلم عيبه مثل بيع أساسات الحيطان، وطبيّ الآبار وما مأكوله في جوفه^(٤).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - هو القول الرابع لقوة أدلتهم ورجاحتها، وأما أدلة الأقوال الأخرى فقد تمت مناقشتها، وليست في القوة بمنزلة أدلة القول الرابع، وهذا

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (١/٣٤٤)، والاختيارات للبعلي (ص ١٢٤).

(٣) ذكره ابن حزم في المحلى بإسناده (٩/٤٣، ٤٢)، وقال: "وهذا عموم لكل بيع، وإسناده متصل سالم عن أبيه".

(٤) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى (١/٣٤٤)، والاختيارات للبعلي (ص ١٢٤).

هو ما رجحه شيخنا محمد بن صالح بن عثيمين - حفظه الله تعالى - حينما سُئل عمّا يُفعل في الحراج على السيارات من ذكر بعض الدلائل عيوباً كثيرة في السيارة وهي ليست بصحيحة، فأجاب: "البائع إذا كان يعلم أن في السيارة عيباً يئناً ولكنه يخفيه بذكر عيوب كثيرة وهمية، فإن هذه الطريقة محرّمة؛ لأنها غش ظاهر....".

وخلاصة الجواب: أن من علم عيباً في سيارته، أو غيرها مما يبيعه، فإن الواجب تبيينه للمشتري، ولا يحل له أن يخفيه بأي أسلوب كان، وإذا تمّ البيع والبائع قد أخفى العيب فإن للمشتري حق الرجوع، ولو أنه قد التزم بعدم الرجوع ما دام البائع كتم العيب وهو عالم به، أما إذا كان جاهلاً بالعيب وشرط على المشتري أن يبرئه من كل عيب يجده فهذا جائز، ولا حق للمشتري في الرجوع حينئذٍ...^(١).

وعلى هذا فما يفعله بعض الدلائل من إظهار عيوب في المبيع قد يوجد بعضها، والبعض الآخر يُعلم قطعاً عدم وجودها في السلعة، يفعلون هذا للإيهام والتغريب وإعفاء البائع من الرجوع في العيب إذا وجدته، كما سبق ذكر كلمتهم الدارجة حين البيع: "كفريات مضرّوبة، مكينة مفقوعة، قير مكسور، شاصي مفتول، حديد مجّمع" فكل هذا ليس كافٍ في البراءة، والشرط باطل ولا يجوز إلا إذا كان لا يعلم بالعيب أصلاً أو علمه فأوقف المشتري عليه ووضع يده عليه ليبرأه بذلك، ولهذا فإن الإمام مالك يرى في الرواية المشهورة عنه - كما سبق بيانه - أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ مما علمه وكتمه واشترط البراءة منه، وهذا في الرقيق خاصة دون غيره من الحيوان والعروض.

(١) انظر: أسئلة من بعض بائعي السيارات، أجاب عليها فضيلة الشيخ محمد بن عثيمين (ص ١٩-٢١)،

ومع ذلك فقد ذكر في المدونة ما نصّه: "أرأيت من باع رقيقاً، فقال: إن فيها عيوباً، وأنا منها برئ، أبيراً مما فيها من العيوب التي علمها في قول مالك؟ قال: لا يبرأ إلا أن يسمي تلك العيوب بعينها.." (١).

وللإمام السبكي كلام جميل ذكره في تكملته لشرح المجموع حول ما هو مستعمل عندنا الآن في بيع السيارات أثناء المزايدة في الحراج، حيث يذكرون أن بالسيارة جميع العيوب في جميع أجزائها الباطنة والظاهرة، وقد أنكر ذلك إنكاراً شديداً، فقال - رحمه الله - : "شغف بعض الورّاقين (٢) في هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة: أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب، ورضي به، وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع والشرط على ما مضى من القول في شرط البراءة، وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد، أما أنه لا يجوز فعله فلأنه كذب؛ لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل، ومنها ما هو متضاد، وأما أنه لا يفيد فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكتفي بالتسمية فيما يمكن معاينته، كالزنا والسرقه والإباق، فذكره مجملاً بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية، فقياسه: أنه لا يفيد فيه - أيضاً -، فهذا فعل باطل، وشهادة باطلة، قصدت التحذير عنها؛ لأن كثيراً غيرها ولا يجوز للحاكم إلزام المشتري بمقتضى هذا الإقرار للعلم بكذبه وبطلانه، وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة فيفسد العقد على أحد القولين، ويصح على الآخر.." (٣).

(١) المدونة (٣/٣٦٧).

(٢) جمع ورّاق - بتشديد الراء -، يطلق على من يتعاطى حرفة الوراقة، فيقال: رجل ورّاق، وهو الذي يورّق ويكتب. انظر: لسان العرب (١٠/٣٧٦).

(٣) تكملة المجموع (١٢/٣٧٤).

المطلب الثاني

بيع السيارات دون تشغيلها

وهذا يحصل كثيراً في حراج السيارات، فتباع السيارة من غير تشغيل ولا تحريك، ولا نظر لمحركاتها، ويسمونه باللغة الدارجة "بيع السيارة طافية"، ويقولون - أيضاً -: "حديد مجّمع"، وأكثر ما يستخدم هذا في المزادات الحكومية، فهل هذا البيع من باب بيع البراءة المذكور سابقاً؟ أم لا؟.

الذي يظهر - والله أعلم - أن العمل عندهم أن معناه أنك تشتري السيارة ولا حقّ لك في الرجوع بعد ذلك، فهذا يسمى بيع براءة، وإن لم يشترط، وقد جاء عند المالكية أن بيع السلطان مال المفلس وفي الغنائم هو بيع براءة وإن لم يشترط، حتى قال ابن عبد البر: "وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك"^(١).

وقال الخطاب المالكي - رحمه الله - : "تنبيه: بيع الحاكم والوارث هو بيع البراءة، قال ابن عبدالسلام"^(٢): ومعنى البراءة التزام المشتري للبائع في عقدة البيع أن لا يطالبه بشيء من سبب عيوب المبيع التي لم يعلم بها كانت قديمة أو مشكوكاً فيها"^(٣).

وعلى هذا فإن كان عالماً بالعيب فكتمه، ثم اشترط عدم الرجوع، أو لم يشترط بأن كان ذلك معروفاً عندهم بعدم الرجوع؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فإن ذلك غير نافعه، وشرطه الصريح أو الضمني مردود عليه، وكان ما باع مردوداً

(١) الكافي لابن عبد البر (٧١٣/٢).

(٢) هو محمد بن عبدالسلام بن يوسف بن كثير التونسي المالكي، قاضي الجماعة بتونس، ت: سنة ٧٤٩هـ. انظر: الديباج المذهب (٣٢٩/٢).

(٣) مواهب الجليل (٣٥٢/٦)، وانظر: التاج والإكليل (٣٥٢/٦).

عليه، ولا ينفعه تبرئته، أما إذا لم يكن عالماً بالعيب، ولم يكن كاتماً له، فلا بأس حينئذٍ بشرط أن يطلب المشتري تجربة المبيع، فإن لم يُمكن من ذلك، بل اشتراها على هيئتها حال وقوفها في العرض، فالأقرب والله أعلم أن ذلك لا يجوز؛ لأنه من باب الغرر والجهالة، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، إذ فيها مخاطرة وغبن فاحش، فقد يظهر أنها لا تساوي شيئاً، وقد يظهر أنها تساوي أضعاف قيمتها^(١)، وعلى كلٍّ فالواجب على الدالين أن تجتنبوا كلَّ معاملة فيها غش وتدليس وغرر وتغريب، وينبغي لولاة الأمر الاحتساب على هؤلاء في المعارض والحراج، وفعل ما يلزم بما يقتضيه الحكم الشرعي وقواعد الشريعة. والله أعلم.

* * *

(١) انظر: الوساطة التجارية في المعاملات المالية (ص ٤٥٤).

المطلب الثالث

وضع مواد لستر عيوب في السيارة

إن إخفاء العيوب التي في السيارة وممارسة أساليب الغش والخداع في حراج السيارات هو ديدن ضعاف النفوس ، والذي قلَّ فيهم الوازع الديني ، ولهذا تبرز من وقت لآخر في أسواق السيارة ممارسات خاطئة يسلكها بعض المتحايلين بهدف إخفاء عيوب محركات السيارات لأجل رفع سعرها ، وإيهام المشتري بأن محرك السيارة لا يزال بالقوة والمتانة التي تناسب والسعر الذي ينشده البائع .

ومن هذه الممارسات إضافة نوع من الزيوت التي تصب على المحرك مضافة إلى الزيت الأساس ، ويعمد البعض منهم لهذا بسبب أن سيارته متهالكة ومحركها لا يعمل بشكل جيد ، وبحاجة إلى صيانة ، ويدل على ذلك الأدخنة المتصاعدة من السيارة عن طريق العادم ، وحتى يخفي هذه العيوب يلجأ إلى بعض أنواع الزيوت التي تصب على المحرك مع الزيت الأساس حتى تمنع الدخان لفترة محدودة ثم يعرضها للبيع خلال هذه الفترة ، فإذا رآها المشتري ظنَّ أن محركها سليم ، فيشتريها بناءً على ذلك ، ثم يتبين بعد ذلك بوجود خلل في محرك سيارته ، وربما صعب عليه الرجوع بالسيارة لعدم معرفة بائعها ، وكل هذا غش وخداع يجب أن يكافح ويعاقب فاعله بالعقوبة التي تردعه^(١) .

ومن أساليب الغش - أيضاً - وضع لب الموز في جهاز دفع العجلات من أجل إخفاء صوته إذا كان معيباً ، ثم يعرض سيارته للبيع ، وهذا الفعل مع أنه غش وتغريب فإنه يؤدي إلى تدهور الجهاز ويقلل من عمره الافتراضي كما أخبرنا بذلك من له خبرة في هذا المجال .

(١) انظر: جريدة الرياض في عددها (١١٦٦٤) الصادر في يوم الأربعاء ٢٧/صفر/١٤٢١هـ، فقد

ذكرت أساليب خاطئة تمارس في معارض السيارات.

المطلب الرابع

مدح السلعة وإغراء المشتري بها

إن مدح السلعة وإغراء المشتري بها بات من الأمور المعروفة المشهورة في سوق السيارات ، بحيث ربما اتفق مجموعة منهم على ذلك ، وإذا كان أحدهم يريد الشراء فإنهم يذمون السلعة ويتنقصونها ، ويؤهدون فيها ، حتى يزهد فيها صاحبها ، وهناك رجل يسمّى في عرفهم "المزود" ، والأصل فيمن هذا حاله أنه مشتري ولديه رغبة في الشراء ، ولكن قد يزيد في السلعة رغبة في نفع البائع مع أنه لا يريد شراءها ، وأحياناً يتدخل آخر يسمى عنده "المُلزم" وهو موظف عند صاحب المعرض أو الحراج مهمته الأساسية الإلحاح على صاحب السيارة بالبيع ، ومن جهة أخرى الإلحاح على المشتري بالزيادة في القيمة لإتمام عملية البيع من أجل الحصول على السعي ، وفي أحيان ليست بالقليلة قد يتدخل هذا "المُلزم" في الزيادة بقيمة السيارة ، مع أنه ليس لديه رغبة في الشراء ، وذلك عندما تكون السيارة لصاحب المعرض أو الحراج الذي يعمل فيه ، والله المستعان.

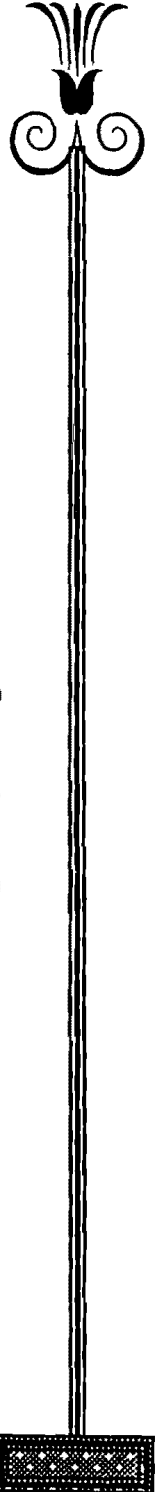
وكلّ هذا منكر يجب مقاومته بكل الوسائل التعليمية والوعظية والإرشادية والعقابية ، وأن تحفظ وتصان أسواق المسلمين من هذه المنكرات ، ويجب على من ولّاه الله أمر هذه الأسواق الاحتساب على هؤلاء الدالين وتقويمهم وتوعيتهم ، علّه يفيق غافل ، ويتوب عاصٍ ، ويرتدع مرتاب. والله أعلم.

الباب الرابع عقوبة الغش

وفيه فصلان:

الفصل الأول: عقوبة الغش التعزيرية.

الفصل الثاني: عقوبة الغش في نظام مكافحة الغش
التجاري.



الفصل الأول

عقوبة الغش التعزيرية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: العقوبة البدنية

المبحث الثاني: العقوبة المالية

المبحث الثالث: العقوبة المقيدة للحرية

المبحث الرابع: العقوبة المعنوية

إنَّ من طبيعة جنس البشر في الجملة حب السيطرة، والعلو على الآخرين، فالإنسان يحب الميل مع أهوائه، وإشباع رغباته، وربما لم يراع تحريماً أو يحترم كبيراً أو يرحم صغيراً، ولو ترك لنفسه الزمام لارتكب كلَّ كبيرة، أو جريمة أو صغيرة، وليس من العدل ترك هذا الإنسان يرتع في مخالفته، ويستشري في شهواته، بدون عقاب يردعه أو شريعة تزجره، فجاءت هذه الشريعة الخالدة بأحكام عامة دائمة، تشتمل على نصائح وثواب وتوجيهات، وعقاب وحدود وإرشادات، فسنت هذه الشريعة الحدود والعقوبات لاستقامة الأفراد والمجتمعات، وهذه الجرائم الكبيرة هي التي تتضمن انتهاكاً للحقوق الإنسانية، أو القيم الأخلاقية، ذات الخطورة الاجتماعية، كقتل العمد والزنا وشرب الخمر والسرقه والقذف والحراية، فتولى الشارع عقوباتها، ولم يترك ذلك للإنسان لشناعتها وخطورتها.

أما سائر الجرائم التي هي دون ما تقدم فإن الشارع الحكيم تركها ولم يحدد عقوبتها، وهذا هو القسم الأعظم من الجرائم، وهو باب واسع يتناول الجرائم والمعاصي والمخالفات مما لم يثبت فيها حد من الشارع، ولما كانت هذه المعاصي والجرائم لا يمكن حصرها لكثرتها وتنوعها، واختلافها في كل زمان وتشكلها، فكان من حكمة هذه الشريعة أنه لم يُفرض لتلك الجرائم عقوبات محددة، بل وكلَّ ذلك لولاية الأمور يقررون - بمقتضى الشرع المنوط بالمصلحة والعدل - من العقوبات ما يتناسب مع كلِّ جريمة لكي تردع المخالف وتزجره، وتصلحه وتهذِّبه^(١)، وهذه العقوبات هي ما يسميها الفقهاء بالتعزيرات.

والتعزير في اللغة: مصدر عَزَرَ - بفتح العين والزاي والراء - يعزِّره عزراً أو تعزيراً^(٢)، وأصله مأخوذ من العزر، وهو الرد والمنع، هذا أصل معناه في اللغة كما

(١) انظر: أعلام الموقعين لابن القيم في فوائد عقوبة الجاني (٩٥/٢).

(٢) انظر: لسان العرب (٥٦١/٤)، القاموس المحيط (ص ٥٦٣)، المُعْرَب (٥٩/٢).

قرره غير واحد منهم^(١)، والتعزير من أسماء الأضداد^(٢).

ولهذا فإن من معاني التعزير النُّصرة والتعظيم ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا تُمْمٌ
يُرْسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ...﴾ الآية^(٣)، وقوله^(٤): ﴿وَتُعَزَّرُوهُ﴾^(٥) ويأتي - أيضاً -
بمعنى: التأديب^(٦).

بيد أن الراغب الأصفهاني^(٧) بين أن المعنى الثاني وهو التأديب يؤول للمعنى
الأول وهو النُّصرة والتعظيم^(٨).

والتعزير في الاصطلاح الشرعي هو: "التأديب في كلِّ معصية لا حدَّ فيها ولا
كفارة"^(٩).

قال أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله -: "والمعاصي التي ليس فيها حدٌّ مقدر
ولا كفارة كالذي يقبل الصبي والمرأة الأجنبية... أو يسرق من غير حرز، أو شيئاً

(١) انظر: المراجع السابقة مع ما يأتي: النهاية لابن الأثير (٢٢٨/٣)، المطلع (ص ٣٧٤)، المفردات
ص ٣٣٣.

(٢) انظر: النهاية لابن الأثير (٢٢٨/٣)، القاموس المحيط (ص ٥٦٣)، والتعزير في الشريعة الإسلامية
لعبد العزيز عامر (ص ٣٧) ط. الأولى بمطابع دار الكتاب العربي - بمصر.

(٣) سورة المائدة، آية رقم (١٢).

(٤) سورة الفتح، آية رقم (٩).

(٥) انظر: لسان العرب (٤/٥٦١-٥٦٢)، القاموس المحيط (ص ٥٦٣).

(٦) انظر: المراجع السابقة.

(٧) هو الحسين بن محمد بن الفضل، أبو القاسم الأصفهاني، أو الأصبهاني، المعروف بالراغب،

أديب، مفسر. ت: سنة (٥٠٢ هـ). انظر: كشف الظنون (٢/٤٨٧).

(٨) انظر: المفردات (ص ٣٣٣).

(٩) انظر: المبسوط (٩/٣٦)، الحسبة لابن تيمية (ص ٤١) وما بعدها، والطرق الحكيمة لابن القيم

(ص ٢٤٧)، والحدود والتعزيرات عند ابن القيم للشيخ بكر أبو زيد (ص ٤٥٩ وما بعدها) ط.

المكتب الإسلامي ١٤٠٣ هـ.

يسيراً.. أو يغش في معاملته كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك، أو يطفف المكيال والميزان... فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلاً، وعلى حسب حال المذنب..^(١).

فعلى هذا فالذي يغش في أسواق المسلمين، ويكتم ما يجب عليه بيانه، كالمدلس أو يغرر في بيعه كالناجش وغيره، وكل من أخذ أموال الناس على سبيل التغرير والخديعة سواء كانت قولية أو فعلية فينبغي لولي الأمر تعزيره وتنكيله، وعلى هذا سار أئمة الإسلام ونصّوا على ذلك، وهذه كتبهم حافلة بذلك، غير أن العقوبات التعزيرية التي يوقعها ولي الأمر بالغايش والمخادع عقوبات متعددة، وكثيرة متنوعة، أكثرها مما اتفق عليها العلماء وإنما وقع الخلاف في بعض مفرداتها، ونستطيع أن نصنفها حسب متعلقاتها إلى أربع عقوبات هي:

١- العقوبة البدنية. ٢- العقوبة المالية.

٣- العقوبة المقيدة للحرية. ٤- العقوبة المعنوية.

وقد جعلنا لكل عقوبة مبحثاً مستقلاً لتوضيحها وبيانها فنبداً - مستعينين بالمولى

- بالمبحث الأول:

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية (ص ١١٣، ١١٢) بتصرف يسير، وانظر: مجموع الفتاوى (٣٧٠/٣٧)، وانظر - أيضاً - : شرح الخرشي (٨٤/٥)، حاشية الدسوقي (٧٠/٣) في تأديب متلقي الركبان.

المبحث الأول العقوبة البدنية

العقوبة البدنية هي العقوبة التي تقع على بدن الإنسان، كضربه وجلده، والضرب ومنه الجلد من أنجع وسائل التعزير التي يستخدمها الإمام، ويكون لها أثرها في نفسية الغاش والمخادع، والضرب عقوبة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أ- فأما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾^(١) الآية. فأجاز المولى عز وجل في هذه الآية للزوج أن يضرب الزوجة عند النشوز - وهو الخروج عن طاعته -، وفي هذا إيماء وتنبه على مشروعية التعزير بالضرب.

ب- وأما السنة:

فقد وردت أحاديث كثيرة ومتنوعة تدل على مشروعية التعزير بالضرب والجلد فمنها على سبيل المثال:

١- عن أبي بردة رضي الله عنه أنه سمع النبي ﷺ يقول: (لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى)^(٢).

(١) سورة النساء، آية رقم (٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب: كم التعزير والأدب (فتح ٢١٥/١٢) رقم (٦٨٤٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب: قدر أسواط التعزير (١٣٣٢/٣) رقم (١٧٠٨).

٢- وقوله عليه السلام: (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع)^(١).

٣- وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: (كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا الطعام جزافاً أن يبيعوا في مكانهم قبل أن يؤوه إلى رحالهم)^(٢).
فهذه الأحاديث وغيرها تدل على مشروعية التعزير بعقوبة الضرب، والجلد بأنواعه.

ج- وأما الإجماع:

فإن الفقهاء وأئمة الإسلام مجمعون على أن الضرب والجلد عقوبة في التعزير مشروعة^(٣)، وقد عمل بها الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من حكام المسلمين، وأخبار أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ودرته أشهر من أن تذكر، فعن عبد الله بن ساعدة الهذلي^(٤) قال: "رأيت عمر بن الخطاب ﷺ يضرب التجار بالدرة إذا اجتمعوا على الطعام بالسوق حتى يخلوا السكك، ويقول: لا تقطعوا علينا سابلتنا"^(٥)، ومنها قضاؤه ﷺ بالجلد على الذي زور نقش خاتم بيت المال، ثم قدمه

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة؟ (٣٣٤/٢) رقم (٤٩٥)، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وسنده حسن.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: المغني (٥٢٦/١٢)، تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي (٢٩٤/٢-٢٩٥)، والحسبة لابن تيمية (ص ٢٩).

(٤) هو: عبدالله بن ساعدة الهذلي، أبو محمد، روى عن عمر، واختلف في صحبته، فذكره ابن حبان في الثقات (٥٩/٥)، وعدّه ابن سعد في الطبقات (٦٠/٥)، من الطبقة الأولى من أهل المدينة من التابعين، وأورده ابن شاهين في الصحابة. ت: سنة (١٠٠) هـ. انظر: الإصابة (٨٩/٥)، والمصادر السابقة.

(٥) ذكره ابن سعد في الطبقات (٦٠/٥)، وانظر: كنز العمال (١٧٦/٩)، لعلاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي.

لأمين بيت المال فأخذ منه مالاً فضربه عمر في اليوم الأول مائة، ثم ضربه في اليوم الثاني مائة، ثم ضربه في اليوم الثالث مائة^(١).

وقد ذكر بعض فقهاء المالكية ومنهم ابن حبيب: "يعاقب من تكرر منه تلقّي السلع بما يراه الإمام من سجن، أو ضرب، أو إخراج من السوق"^(٢).

وقد اختلف أهل العلم في مقدار الضرب في التعزير، هل يبلغ بالتعزير الحدّ، أو أدنى الحدود؟ أو أنه ليس لأكثر التعزير حدّ، بل هو راجع إلى اجتهاد الإمام ومن يقوم مقامه؟ على أقوال كثيرة أرجحها أن ذلك راجع إلى اجتهاد الإمام.

قال أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله -: "... وليس لأقله حدّ، وأما أكثر التعزير - بالضرب - ففيه ثلاثة أقوال في مذهب أحمد وغيره، أحدها: عشر جلدات.

والثاني: دون الحدود إما تسعة وثلاثين سوطاً^(٣)، وإما تسعة وسبعين سوطاً، وهذا قول كثير من أصحاب أبي حنيفة والشافعي وأحمد.

والثالث: أنه لا يتقدر بذلك وهو قول أصحاب مالك وطائفة من أصحاب الشافعي وأحمد وهو إحدى الروايتين عنه، لكن إن كان التعزير فيما فيه مقدر، لا يبلغ به ذلك المقدر مثل التعزير على سرقة دون النصاب لا يبلغ به القطع، والتعزير على المضمضة بالخمير لا يبلغ به حدّ الشرب، والتعزير على القذف بغير الزنا لا يبلغ به الحد.."، ثم رجح القول الثالث بقوله: "وهذا القول أعدل الأقوال، وعليه دلّت

(١) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي (٢/٢٩٤-٢٩٥)، الأحكام السلطانية (ص ٣١٦)، والحسبة في الإسلام (ص ٤٦).

(٢) انظر: المنتقى للبايجي (١٠٣/٥).

(٣) وهذا على اعتبار أن أقل حدّ في جلد المملوك في القذف هو أربعون جلدة على النصف من حدّ الحر، انظر: المغني (٣٨٧/١٢).

سنة الرسول ﷺ، وسنة خلفائه الراشدين، فقد أمر النبي ﷺ بضرب الذي أحلت له امرأته جاريتها مائة جلدة ودرأ عنه الحدّ بالشبهة^(١)، وأمر أبو بكر وعمر بضرب رجل وامرأة وُجِدَا في الحاف واحد مائة مائة، وضرب عمر الذي نقش على خاتمه وأخذ من بيت المال مائة، ثم ضربه في اليوم الثاني مائة، ثم ضربه في اليوم الثالث مائة، وضرب صبيغ بن عسل لما رأى من بدعته ضرباً كثيراً لم يعدّه..^(٢).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب: في الرجل يزني بجارية امرأته (٦٠٤/٤) رقم (٤٤٥٨)، والترمذي في كتاب الحدود، باب: ما جاء في الرجل يقع على جارية امرأته (٤٤/٤) رقم (١٤٥١)، والنسائي في سننه، كتاب النكاح، باب: إحلال الفرج (١٢٤/٦) رقم (٣٣٦١، ٣٣٦٢)، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب: من وقع على جارية امرأته (٨٥٣/٢) رقم (٢٥٥١) كلهم من طريق حبيب بن سالم عن النعمان بن بشير عن النبي ﷺ في الرجل يأتي جارية امرأته قال: "إن كانت أحلتها له جلدته مائة، وإن لم تكن أحلتها له رجعت". وهذا الحديث ضعفه البخاري والترمذي والخطابي للانقطاع والاضطراب، انظر: معالم السنن (٦٠٤/٤)، وسنن الترمذي (٤٤/٤).

(٢) الحسبة في الإسلام لابن تيمية (ص ٤٥-٤٦)، ومجموع فتاوى ابن تيمية (١٠٨/٢٨)، وانظر: في بحث هذه المسألة ما يأتي: بدائع الصنائع (٦٤/٧)، حاشية الدسوقي (٣١٥/٤)، تبصرة الحكام (٢٩٥/٢)، نهاية المحتاج (١٧٥/٧)، المغني (٥٢٣/١٢)، والطرق الحكمية (ص ٩٤-٩٥).

المبحث الثاني

العقوبة المالية

الذي يتأمل كلام الأئمة وآراء أصحاب المذاهب الفقهية، يلاحظ أن التعزير والعقوبة المالية بأنواعها - من إتلاف أو غرامة أو مصادرة - ليست محل وفاق بين الفقهاء، وإن كان بعض الفقهاء رحمهم الله قد نصوا على الإجماع بأن التعزير بالمال منسوخ، فلا تشرع العقوبة به^(١).

وقد أبطل العلامة ابن القيم - رحمه الله - دعوى النسخ هذه بعبارات جزلة وكلام متين، فقال: "ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة، وأطلق ذلك فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً، فأكثر هذه المسائل: سائغ في مذهب أحمد وغيره وكثير منها سائغ عند مالك، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ مبطل أيضاً لدعوى نسخها، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصح دعواهم، إلا أن يقول أحدهم: مذهب أصحابنا عدم جوازها، فمذهب أصحابه عيار للقبول والرد؟، وإذا ارتفع عن هذه الطبقة: ادعى أنها منسوخة بالإجماع، وهذا خطأ - أيضاً - فإن الأمة لم تجمع على نسخها ومحال أن ينسخ الإجماع السنة، ولكن لو ثبت الإجماع لكان دليلاً على نص ناسخ"^(٢). اهـ.

والنووي - رحمه الله - وهو من كبار الشافعية قد أنكر دعوى الإجماع على نسخ التعزير بالمال فقال: "الذي ادّعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام ليس بثابت ولا معروف، والثاني أن النسخ إنما يصر إليه إذا علم التاريخ، وليس هنا علم بذلك"^(٣). اهـ.

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤)، ونيل الأوطار (١٢١/٥).

(٢) الطرق الحكيمة (ص ٢٢٦-٢٢٧).

(٣) المجموع (٣٣٤/٥).

ولهذا فإن المستطلع على كلام الأئمة يجد أنهم اختلفوا في مشروعية التعزيرات المالية على قولين :

القول الأول: أن التعزير بالمال لا يجوز.

وهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ففي حاشية ابن عابدين ما نصه :
"والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال"^(١).

بل إن محمد بن الحسن - رحمه الله - لم يذكره في كتاب من كتبه^(٢).

وهذا القول - أيضاً - هو مذهب المالكية في المشهور عنهم ، قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير : "ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً"^(٣).
وقال الونشريسي : "وأما مسألة العقوبة بالمال فقد نص العلماء على أنها لا تجوز بمال"^(٤).

وهذا القول هو مذهب الشافعي في الجديد^(٥) ، واتفق أصحابه على أنه لا يؤخذ من مالٍ تعزيراً"^(٦).

قال الشافعي في الأم : "لا يعاقب رجل في ماله ، وإنما يعاقب في بدنه ، إنما جعل الله الحدود على الأبدان ، وكذلك العقوبات ، فأما على الأموال فلا عقوبة عليها"^(٧).

(١) حاشية ابن عابدين (٦٢/٤) ، وانظر : تبين الحقائق (٢٠٨/٣) ، الفتاوى الهندية (١٦٧/٢).

(٢) انظر : فصول الأستروشنى (ص٧) نقلاً من الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٧٠/١٢).

(٣) حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤) ، وانظر : شرح الزرقاني (٦١/٥) ، ومنح الجليل (٥٣٣/٤).

(٤) حاشية البناني على الزرقاني (٦١/٥) ، ومنح الجليل (٥٣٣/٤) ، والفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني (٢٣٣/٢) ..

(٥) انظر : المجموع (٣٣٤/٥) ، فتح العلام بشرح مرشد الأنام (٩٠٦/٣) ، حاشية الجمل (١٦٤/٥).

(٦) انظر : المجموع (٣٣٤/٥) ، وحاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج (٢٢/٨) ، حاشيتي قلوبوي وعميرة (٢٠٦/٤).

(٧) الأم (٢٦٥/٤).

وهذا القول هو قول الأصحاب من الحنابلة^(١)، فقد قالوا: ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ شيء من ماله^(٢).

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : "والتعزير يكون بالضرب والحبس والتويخ ولا يجوز قطع شيء منه، ولا جرحه، ولا أخذ ماله"^(٣).

وحجتهم في ذلك:

أولاً: عموم الآيات الدالة على حرمة أخذ أموال الناس بغير حق، ومنها:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٤).

٢- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ الآية^(٥).

وجه الدلالة من الآيتين:

هو أن العقوبة بأخذ المال من أكل أموال الناس بالباطل والإثم، لعدم وجود مقابل لهذا المال، والعقوبة بغير مستند لا تجوز.

ثانياً: عموم الأحاديث التي تدل على حرمة مال المرء المسلم والاعتداء عليه،

ومنها:

(١) انظر: الفروع (١١٠/٦)، والإنصاف (٤٦٤/٢٦)، شرح المنتهى (٣٦٦/٣)، ومطالب أولي النهى (٢٢٤/٦).

(٢) انظر: الفروع (١١٠/٦)، الإنصاف (٤٦٤/٢٦).

(٣) المغني (٥٢٦/١٢).

(٤) سورة البقرة، آية رقم (١٨٨).

(٥) سورة النساء، آية رقم (٢٩).

١- عن أبي بكره رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر في حجة الوداع: (إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم...) ^(١).

٢- قول النبي ﷺ: (لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه) ^(٢).
وجه الدلالة من الحديثين:

هو أن أخذ مال المرء المسلم بغير رضاه، وطيب نفس منه لا يجوز، وأخذ ماله عقوبة لا تطيب به نفس المعاقب، وعليه فلا يجوز التعزير بالمال ^(٣).
المناقشة:

وأجيب عن هذه الأدلة بأمرين:

أ- إن هذه النصوص عامة، وأدلة القائلين بجواز التعزير بأخذ المال خاصة، والخاص يقضي على العام.

ب- إن قولهم: "إن التعزير بأخذ المال دون مقابل ليس مسلماً به، إذ إن أخذ المال عقوبة في مقابلة جريمة كالغش بالناس أو السرقة من غير الحرز ونحو ذلك.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب: حجة الوداع (فتح ١٣٥/٨) رقم (٤٤٠٦)،
ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (١٣٠٥/٣) رقم (١٦٧٩).

(٢) هذا الحديث ورد عن جماعة من الصحابة منهم أبو حميد الساعدي وابن عباس وأبو حرة الرقاشي وغيرهم بألفاظ متقاربة.

وحديث أبي حميد أخرجه الإمام أحمد في المسند (٤٢٥/٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦)،
وحديث ابن عباس أخرجه البيهقي - أيضاً - في السنن الكبرى (٩٧/٦).

وأما حديث أبي حرة الرقاشي فقد أخرجه أحمد في المسند (٧٢/٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦)، ولا يخلو حديث منها من ضعف، ولكن بمجموع طرقه يتقوى الحديث، وقد صححه ابن حبان وكذا الألباني في الإرواء (٢٧٩/٥ - ٢٨١).

(٣) انظر: نيل الأوطار (١٢٣/٥).

الدليل الثالث: قالوا: ولأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدي به، ولأن الواجب هو التأديب، والتأديب لا يكون بالإتلاف^(١).

المناقشة:

وأجيب عن هذا الاستدلال، فقيل: إن هذه دعوى بلا دليل، بل إن السنة - كما سيأتي - قاضية بذلك، كما هو فعل الخلفاء الراشدين، ولم ينقل في زمانهم نكير، ثم إن إحراق متاع الغال من أعظم التأديب وهو إتلاف^(٢).

الدليل الرابع: قالوا: إن التعزير بأخذ المال يغري الظلمة من الولاة بأخذ أموال الناس بالباطل، فيُمنع سداً للذريعة^(٣).

المناقشة:

ويمكن مناقشة هذا الدليل فيقال: إن إيقاع العقوبة أو عدمها مناعة للقاضي الشرعي الذي ينظر في المصالح والمفاسد، مثلها مثل التعزير بالجلد، فإنه يقال فيه مثل ما قيل في عقوبة المال، يفضي إلى أن يغري الظلمة من الولاة بإيقاع الزيادة في الجلد، ولا قائل به، وعليه فتجوز العقوبة بأخذ المال إنما هو للحاكم الذي يطبق شرع الله وليس للظلمة من الولاة.

الدليل الخامس: قالوا: إن التعزيرات المالية منسوخة، وإن الإجماع قد قام على نسخها فلا تشرع العقوبة بها^(٤).

ثم إن ما ادعوه من النسخ اختلفوا في ناسخه على رأيين:

(١) انظر: المغني (٥٢٦/١٢)، شرح منتهى الإرادات (٣٦٦/٣)، مطالب أولي النهى (٢٢٤/٦).

(٢) انظر: الطرق الحكمية (ص ٢٢٦-٢٢٧)، أعلام الموقعين (٧٥/٢).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين (٦١/٤).

(٤) انظر: حاشية الدسوقي (٣٥٥/٤)، ونيل الأوطار (١٢١/٥)، المجموع (٣٣٤/٥)، والاستذكار

(٢٥٩/٢٢) وفيه كلام مهم فليراجع.

الرأي الأول: إن الناسخ للتعزيرات المالية هو آيات الربا، وهذا هو ما ذهب إليه الطحاوي - رحمه الله - فقال - رحمه الله - في شرح معاني الآثار ما نصه: "وذلك أن الحكم كان في أول الإسلام يوجب عقوبات بأفعال في أموال، ويوجب عقوبات في أبدان باستهلاك أموال.."، ثم عرّج على أمثلة لذلك كأخذ شطر مال مانع الزكاة، وإضعاف الغرم على كاتم الضالة... ثم قال: "فكانت العقوبات جارية فيما ذكر في هذه الآثار على ما ذكر فيها، حتى نسخ ذلك بتحريم الربا، فعاد الأمر إلى أن لا يؤخذ ممن أخذ شيئاً إلا مثل ما أخذ، وأن العقوبات لا تجب في الأموال بانتهاك الحرمات التي هي غير أموال..."^(١).

الرأي الثاني: قالوا: إن الناسخ هو قضاء رسول الله ﷺ على أهل المشية أن ما أتلفته ماشيتهم بالليل فهو مضمون عليهم، ولم ينقل أنه ﷺ أضعف الغرامة، فقد روى البراء بن عازب رضي الله عنه أنه قال: قضى رسول الله ﷺ أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ المشية بالليل على أهلها، وأن على أهل المشية ما أصابت ماشيتهم بالليل..^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

هو أن النبي ﷺ قضى بضمن أهل المشية ما أتلفت ماشيتهم بالليل، ولم يذكر

(١) شرح معاني الآثار (٣/١٤٥-١٤٦)، وانظر: مشكل الآثار للطحاوي (٤/٤٥٣) ط. دار الكتب العلمية.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: المواشي تفسد زرع قوم (٣/٨٢٩) رقم (٣٥٧٠، ٣٥٦٩)، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الحكم فيما أفسدت المواشي (٢/٧٨١) رقم (٢٣٣٢)، وأحمد في المسند (٥/٤٣٦) و (٤/٢٩٥) كلهم من طريق الزهري عن حرام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء بن عازب... وهذا مرسل صحيح، ورواه بعضهم عن الزهري موصولاً من طريق حرام بن سعد بن محيصة عن أبيه عن البراء. والحديث صححه الحاكم، وكذا الألباني في السلسلة الصحيحة (١/٤٢٣-٤٢٥).

عنه أنه أوجب مع ذلك غرامة على أهل الماشية، فكان ذلك ناسخاً لما قبله من تضمين السارق من الثمر، والحريسة، وكاتم الضالة بمثلها^(١).

المناقشة:

نوقش هذا الاستدلال بما يأتي:

أولاً: فيما يتعلق بدعوى الإجماع على النسخ.

فجوابه: سبق أن ذكرنا أن دعوى الإجماع عارية عن الدليل الصحيح الذي يصار إليه، إذ كيف يُدعى الإجماع وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة مبطل لدعوى نسخها^(٢)، قال العلامة ابن القيم: "ومن قال: إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك، فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً، فأكثر هذه المسائل: سائغ في مذهب أحمد وغيره وكثير منها سائغ عند مالك..."^(٣).

وقال -أيضاً-: والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصح دعواهم، إلا أن يقول أحدهم: مذهب أصحابنا عدم جوازها، فمذهب أصحابه عيار للقبول والرد؟^(٤) اهـ.

ثانياً: فيما يتعلق بما ادعوه من الناسخ:

فجوابه أن يقال: أ- إن ما ادعيتموه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام، دعوى عريّة، ليست نقيّة، إذ ليس ثمّ دليل ثابت ولا معروف يبيّن ذلك، والأصل في دعوى النسخ معرفة التاريخ، وليس هنا علم بذلك^(٥).

(١) انظر: نيل الأوطار (١٢٢/٥).

(٢) انظر صفحة (٧٣٢) من هذا الكتاب، وانظر: تهذيب السنن لابن القيم (١٩٤/٢).

(٣) الطرق الحكمية (ص ٢٢٦).

(٤) الطرق الحكمية (ص ٢٢٦).

(٥) انظر: المجموع (٣٣٤/٥).

ب- ثم إن النسخ لا يحكم به إلا عند التعارض، وعدم الجمع بين الأدلة، وعدم الترجيح، وكل هذه الأمور غير متوفرة فيما نحن بصدده حتى يحكم بنسخ التعزير بأخذ المال^(١).

ج- ثم إنه لا تعارض أصلاً بين آيات الربا وبين الأحاديث الدالة على جواز التعزير بأخذ المال، فالربا نوع من أنواع العقود الباطلة، وأما التعزير بأخذ المال، فهو من غير بابيه ولا جادته، فالربا من باب المعاوضات، والتعزير من أبواب العقوبات، ولا علاقة بين المعاوضات والعقوبات حتى يقال بالنسخ^(٢).

د- إن معارضة أحاديث التعزير بالمال بحديث البراء رضي الله عنه في قصة ناقته معارضة ضعيفة، قال العلامة ابن القيم - رحمه الله - : "وأما معارضته - يعني حديث بهز بن حكيم في تغريم مانع الزكاة - بحديث البراء في قصة ناقته، ففي غاية الضعف، فإن العقوبة إنما تسوغ إذا كان المعاقب متعمداً بمنع واجب أو ارتكاب محظور، وأما ما تولد من غير جنائته وقصده، فلا يسوغ أحد عقوبته عليه"^(٣) اهـ.

وقال الشوكاني - رحمه الله - : "ولا يخفى أن تركه رضي الله عنه للمعاقبة بأخذ المال في هذه القضية لا يستلزم الترك مطلقاً، ولا يصلح للتمسك به على عدم الجواز، وجعله ناسخاً للبتة.."^(٤) اهـ.

القول الثاني: أن التعزير بأخذ المال جائز وسائق:

وهذا القول هو قول أبي يوسف من الحنفية^(٥)، وهو قول عند المالكية نسبه

(١) انظر: العدة لأبي يعلى (٣/٨٣٥)، المسودة (ص ٢٢٩ وما بعدها)، أدب القاضي للماردي (١/٣٦٠ وما بعدها).

(٢) انظر: التعزير بالحبس والمال للباحث علي بن عبدالعزيز العسكر، وهي رسالة مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء لنيل درجة الماجستير لعام ١٣٩٧-١٣٩٨ هـ (ص ١٢٩).

(٣) تهذيب السنن (٢/١٩٤).

(٤) نيل الأوطار (٥/١٢٢).

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين (٤/٦١)، الفتاوى الهندية (٢/١٦٧).

إليهم ابن فرحون المالكي في "تبصرة الحكام"^(١)، وقال العدوي في حاشيته على الخرشبي: "ويكون التعزير بالنفي فيمن يزور الوثائق، وبالمال كأخذ أجره العون من المطلوب الظالم، وبالإخراج عن الملك كتعزير الفاسق ببيع داره"^(٢). اهـ.

وقال ابن القيم - رحمه الله - : "وأما التعزير بالعقوبات المالية: فمشروع - أيضاً- في مواضع مخصوصة في مذهب مالك وأحمد، وأحد قولي الشافعي"^(٣).
ومن نصوص مالك وأصحابه بالتعزير بالمال ما ذكره ابن فرحون وغيره أن مالكا سُئل عن اللبن المغشوش أيراق؟ قال: لا، ولكن أرى أن يتصدق به، إذا كان هو الذي غشه.

وقال - رحمه الله - في الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك سواء كان ذلك قليلاً أو كثيراً، وخالفه ابن القاسم في الكثير، وقال: يباع المسك والزعفران على من لا يغش به، ويتصدق بالثمن أدباً للغاش"^(٤).

وقال أيضاً: وأفتى ابن القطان الأندلسي^(٥) في الملاحف الرديئة النسج بأن تحرق، وأفتى ابن عتاب^(٦) بتقطيعها، والصدقة بها خرقاً"^(٧).

(١) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (٢/٢٩٣).

(٢) حاشية العدوي على الخرشبي (٨/١١٠).

(٣) الطرق الحكمية (ص ٢٢٤).

(٤) انظر: تبصرة الحكام (٢/٢٩٣).

(٥) هو: أحمد بن محمد بن عيسى بن هلال القرطبي، أبو عمر، شيخ المالكية، دارت عليه وعلى ابن عتاب الفتيا بقرطبة، وكان أحفظ الناس "للمدونة"، و"المستخرجة" ت: سنة (٤٦٠هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/٣٠٥-٣٠٦)، ترتيب المدارك (٤/٨١٣).

(٦) هو: محمد بن عتاب بن محسن، أبو عبدالله، مولى ابن أبي عتاب الأندلسي، الإمام المحدث، كان من جلة العلماء الأثبات، ت: سنة (٤٦٢هـ)، انظر: سير أعلام النبلاء (١٨/٣٢٨-٣٣٠)، ترتيب المدارك (٤/٨١٠).

(٧) انظر: تبصرة الحكام (٢/٢٩٣)، حاشية الدسوقي (٣/٤٦)، منح الجليل (٤/٥٣٣).

وهذا النقل عن مالك وأصحابه المتقدمين لم يكن موضع اتفاق عندهم، بل إن أكثر المالكية جعلوا هذا من باب التعزير في نفس المغشوش، وليس من باب التعزير بأخذ المال.

جاء في حاشية الدسوقي: "واعلم أن هذا الخلاف إنما هو في نفس المغشوش هل يجوز الأدب فيه أو لا؟ وما يفعله الولاة من أخذ المال فلا شك في عدم جوازه"^(١). وقال الونشريسي: "أما العقوبة بالمال فقد نص العلماء على أنها لا تجوز، وفتوى البرزلي بتحليل المغرم لم يزل الشيوخ يعدونها من الخطأ"^(٢). وقال البناني في حاشيته على الزرقاني عند قول خليل: "وتصدق بما غش" قائلاً: "إنها من باب العقوبة في المال وليست من باب العقوبة بالمال"^(٣). والعلم عند الله.

وهذا القول هو قول الشافعي في قديم قوله^(٤)، وقال ابن القيم - رحمه الله - عند ذكره لأدلة المجيزين في التعزير بالمال: "فأكثر هذه المسائل سائغ في مذهب أحمد وغيره.."^(٥).

وهذا القول هو اختيار أبي العباس ابن تيمية، وابن القيم^(٦)، وقال أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله -: "التعزير بالمال سائغ إتلافاً وأخذاً، وهو جار على أصل أحمد"^(٧).

(١) انظر: حاشية الدسوقي (٤٦/٣)، منح الجليل (٥٣٣/٤).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي (٤٦/٣)، منح الجليل (٥٣٣/٤)، حاشية البناني على الزرقاني (٦١/٥).

(٣) حاشية البناني على الزرقاني (٦١/٥).

(٤) انظر: المجموع (٣٣٤/٥)، معالم القرية في معالم الحسبة (ص ١٩٤).

(٥) الطرق الحكيمة (ص ٢٢٦)، وكشاف القناع (١٢٥/٦، ١٢٤).

(٦) انظر: مجموع الفتاوى (١٠٩/٢٨-١١١)، (٣٨٤/٢٠)، الطرق الحكيمة (ص ٢٢٧، ٢٢٦).

(٧) الاختيارات للبعلي (ص ٣٠٠).

وحجة هذا القول:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْسَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية:

حيث إن الرسول ﷺ والصحابة قطعوا نخيل اليهود، وحرّقوا أشجارهم نكايه بهم، ووهناً فيهم فقالوا: ينهى محمدٌ عن الفساد ويفعله، فأنزل الله سبحانه وتعالى هذه الآية دليلاً على رضاه بما صنعوا، وبين أن كل ذلك بإذنه^(٢)، فدل ذلك على جواز العقوبة بالمال، قال ابن العربي رحمه الله: "فإتلاف بعض المال لصالح باقيه مصلحة جائزة شرعاً، مقصودة عقلاً"^(٣).

الدليل الثاني: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق فقال: (من أصاب منه بفيه من ذي حاجة، غير متخذ خبنة، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثلية والعقوبة...) الحديث^(٤).

وفي رواية: قال سمعت رجلاً من مزينة يسأل رسول الله ﷺ عن الحريسة التي تؤخذ من مراتعها، قال: فيها ثمنها مرتين، وضرب نكال، وما أخذ من عطنه ففيه القطع، إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن، قال: يا رسول الله، فالثمار وما أخذ

(١) سورة الحشر، آية رقم (٥).

(٢) انظر: أحكام القرآن للشافعي (٤٥/٢، ٤٤) فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير للشوكاني (١٩٦/٥) ط. الناشر محفوظ العلي. بيروت.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (١٧٦٨/٤)، وانظر: تبصرة الحكام (٢٩٢/٢).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب اللقطة، باب: التعريف باللقطة (٣٣٥/٢)، والترمذي في جامعه كتاب البيوع، باب: ما جاء في الرخصة في أكل الثمرة للمار بها (٥٨٤/٣) رقم (١٢٨٩)، والنسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب: الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين (٨٥/٨) رقم (٤٩٥٨)، والحديث حسنه الترمذي.

منها في أكمامها؟ قال: من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء، ومن احتمل فعله ثمنه مرتين وضرب نكال، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

هو أن النبي ﷺ أوجب على من خرج بشيء من الثمر المعلق غرامة مثلية، وأوجب على من أخذ الحريسة - أيضاً - أن فيها ثمنها مرتين وهذا دليل على جواز العقوبة بأخذ المال^(٢).

الدليل الثالث: عن عوف بن مالك ﷺ قال: قتل رجل من حمير^(٣) رجلاً من العدو، فأراد سلبه، فمنعه خالد بن الوليد ﷺ وكان والياً عليهم، فأتى رسول الله ﷺ عوف ابن مالك فأخبره، فقال ﷺ لخالد: (ما منعك أن تعطيه سلبه؟ قال: استكثرته يا رسول الله. فقال: "ادفعه إليه"، فمر خالد بعوف فجرّ بردائه، ثم قال: هل أنجزت لك ما ذكرت لك من رسول الله؟ فسمعه رسول الله ﷺ فاستغضب فقال: (لا تعطيه يا خالد، لا تعطه يا خالد، هل أنتم تاركون لي أمرائي؟...)(الحديث^(٤)).

(١) أخرجه النسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب: الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين (٨/٨٦) رقم (٤٩٥٩)، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب: من سرق من الحرز (٢/٨٦٥) رقم (٢٥٩٦)، وسنده حسن.

(٢) انظر: نيل الأوطار (٥/١٢٢)، مجموع الفتاوى (٢٨/١١٣)، الطرق الحكمية (ص ٢٢٦)، تبصرة الأحكام (٢/٢٩٢).

(٣) وفي رواية: "فراقني مددي من أهل اليمن ليس معه غير سيفه" قال الخطابي: مددي: يعني رجلاً من المدد الذين جاؤوا بمدون أهل مؤتة ويساعدونهم." انظر: معالم السنن للخطابي (٣/١٦٣).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل (٣/١٣٧٣) رقم (١٧٥٣).

وجه الدلالة:

لما كان سلب المقتول من الأعداء حق لمن قتله من المسلمين أمر النبي ﷺ خالداً - وهو أمير السرية - أن يعطي القاتل السلب سواء كان كثيراً أو قليلاً، فلما أُوذي خالد، أمر النبي ﷺ خالداً بعدم إعطائه السلب لصاحبه، عقوبة وتعزيراً بسبب إيذاء الشافع للأمير.

قال أبو العباس ابن تيمية: "ومن العقوبة المالية: حرمانه - عليه الصلاة والسلام - السلب للمددي لما كان في أخذه عدواناً على ولي الأمر"^(١).

المناقشة:

اعترض على هذين الحديثين - يعني حديث عمرو بن شعيب، وعوف بن مالك - بأنهما وردا على سبب خاص، فلا يجاوز به إلى غيره، لورودهما على خلاف القياس، لورود الأدلة كتاباً وسنة بتحريم مال الغير^(٢).

وأجيب على هذه المناقشة بما يلي:

١- أن العبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص السبب، كما هو متقرر عند الأصوليين^(٣).

٢- إنه لم يكن ثمة تعارض أصلاً حتى يقال: إن هذه الأحاديث واردة على خلاف القياس؛ لأن النصوص الواردة بتحريم مال الغير، نصوص عامة، والأدلة الدالة على جواز التعزير بأخذ المال، أدلة خاصة، والخاص يقضي على العام.

الدليل الرابع: عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (في كل إبل سائمة، في كل أربعين ابنة لبون لا تفرق إبل عن حسابها، من

(١) الاختيارات للبعلي (ص ٣١٤)، وانظر: الطرق الحكمية (ص ٢٢٦).

(٢) انظر: نيل الأوطار (٥/١٢٣).

(٣) انظر: جمع الجوامع (١/٤٢٩)، البرهان للجويني (١/٣٧٠)، إرشاد الفحول (ص ١٣٠).

أعطائها مؤجراً فله أجرها، ومن منعها فإننا أخذوها وشرط إبله عزمة من عزمات ربنا تبارك وتعالى، لا يحل لآل محمد منها شيء^(١).

وجه الدليل من الحديث:

أن النبي ﷺ عاقب مانع الزكاة بأخذ شرط ماله، عقوبة له على منعه إياها، فدل ذلك على جواز العقوبة والتعزير بأخذ المال^(٢).

المناقشة:

واعترض على هذا الحديث باعتراضين:

الاعتراض الأول: أن في إسناده ضعف؛ لضعف بهز بن حكيم، قال أبو حاتم: "هو شيخ يكتب حديثه ولا يحتج به"^(٣)، وقال الشافعي: "ليس بحجة، وهذا الحديث لا يثبت به أهل العلم بالحديث، ولو ثبت لقلنا به"^(٤)، وكان - رحمه الله - يقول في قوله القديم كما سبق.

وقال ابن حبان: كان يخطيء كثيراً، فأما أحمد وإسحاق فهما يحتجان به، وتركه جماعة من أئمتنا، ولولا حديثه "إننا أخذوها وشرط ماله.." لأدخلناه في الثقات، وهو ممن استخيره الله فيه"^(٥).

وقال الحاكم: كان من الثقات ممن يجمع حديثه، وإنما أسقط من الصحيح روايته عن أبيه عن جدّه؛ لأنها شاذة لا متابع له عليها^(٦).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب: في زكاة السائمة (٢/٢٣٣) رقم (١٥٧٥)،

والنسائي في سننه، كتاب الزكاة، باب: عقوبة مانع الزكاة (٥/١٥-١٦) رقم (٢٤٤٤).

(٢) انظر: مجموع الفتاوى (٢٨/١١٠)، الطرق الحكمية (ص ٢٢٦)، تبصرة الحكام (٢/٢٩٢)، نيل الأوطار (٥/١٢٢).

(٣) انظر: الجرح والتعديل (٢/٤٣١).

(٤) انظر: التلخيص الحبير (٢/٣١٣).

(٥) انظر: المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن حبان (١/١٩٤).

(٦) انظر: تهذيب التهذيب (١/٢٥١).

الاعتراض الثاني: في معنى هذا الحديث، وأنه ليس من باب التعزير بأخذ المال، ولهم في تأويله ثلاث شعب:

- أ- قيل: إن الحديث ورد على سبيل التوعده لا الحقيقة لينزجر فاعل ذلك^(١).
- ب- وقيل: إن معنى الحديث: إن الحق يستوفى منه غير متروك عليه، وإن تلف شطر ماله، كرجل كان له ألف شاة فتلفت حتى لم يبق إلا عشرون، فإنه يؤخذ منه عشر شياه لصدقة الألف، وهو شطر ماله الباقي أو نصفه^(٢).
- ج- وقيل كما قال إبراهيم الحربي - رحمه الله -^(٣): "لفظه وَهَمَّ فِيهَا الرَّوِي، وإنما هو: فإننا أخذوها من شطر ماله، أي تجعل ماله شطرين فيتخير عليه المصدق، ويأخذ الصدقة من خير الشطرين عقوبة لمنعه الزكاة، فأما ما لا يلزمه فلا^(٤).
- وأجيب على هذه المناقشة بما يأتي:

أولاً: في كلامهم على بهز الراوي:

فيقال: إن أهل الحديث الذين صححوا حديث بهز أكثر وأشهر، فقد قال ابن معين في حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده: إسناده صحيح، إذا كان دون بهز ثقة^(٥)، وقال أيضاً في بهز: ثقة^(٦)، ووثقه أيضاً النسائي^(٧) وقال أبو زرعة الرازي:

(١) انظر: تهذيب السنن لابن القيم (١٩٤/٢).

(٢) انظر: تهذيب السنن لابن القيم (١٩٣/٢).

(٣) هو: إبراهيم بن إسحاق بن إبراهيم بن بشر أو بشير، أبو إسحاق الحربي، الفقيه الحنبلي، ومن أعلام المحدثين، تفقه على الإمام أحمد، وكان أحد الناقلين لمذهبه، ت: سنة (٢٨٥) هـ. انظر: طبقات الحنابلة (٨٦/١)، المنهج الأحمد (١٩٦/١).

(٤) انظر: التلخيص الحبير (٣١٣/٢).

(٥) انظر: تهذيب التهذيب (٢٥١/١).

(٦) انظر: الجرح والتعديل (٤٣٠/٢).

(٧) انظر: الجرح والتعديل (٤٣٠/٢)، تهذيب التهذيب (٢٥١/١)، وكذا ابن المديني وغيره، راجع

صالح، ولكنه ليس بالمشهور^(١)، وقال أبو داود: هو عندي حجة^(٢)، وقال الإمام أحمد: صالح الإسناد^(٣)، وسئل عن بهز مرة فقال: سألت غندراً عنه فقال: قد كان شعبة مسّه، تبين معناه، فكتب عنه^(٤)، وقال الترمذي: وقد تكلم شعبة في بهز، وهو ثقة عند أهل الحديث^(٥)، وقال الذهبي^(٦): ما تركه عالم قط^(٧)، وقال ابن عدي^(٨) - رحمه الله -: "قد روى عنه ثقات الناس، وقد روى عنه الزهري، وأرجو أنه لا بأس به، ولم أر له حديثاً منكراً، وإذا حدث عنه ثقة فلا بأس به"^(٩).

ثانياً: أما اعتراضهم على معنى الحديث:

فقد ردّ العلامة ابن القيم - رحمه الله - على هذه الأقوال كلها فقال: "وقول من حمل ذلك على سبيل الوعيد دون الحقيقة في غاية الفساد، ينزه عن مثله كلام النبي ﷺ، وقول من حمله على أخذ الشطر الباقي بعد التلف، باطل لشدة منافرتة وبعده عن مفهوم الكلام، ولقوله ﷺ: (فإننا آخذوها وشطر ماله)، وقول الحربي: "إنه (وشطر) بوزن شغل: في غاية الفساد، ولا يعرفه أحد من أهل الحديث، بل هو من التصحيف"^(١٠).

(١) انظر: الجرح والتعديل (٤٣١/٢).

(٢) انظر: تهذيب التهذيب (٢٥١/١).

(٣) انظر: التلخيص الحبير (٣١٣/٢).

(٤) انظر: تهذيب التهذيب (٢٥١/١).

(٥) انظر: تهذيب التهذيب (٢٥١/١).

(٦) هو محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، أبو عبد الله الذهبي، الحافظ المحدث، المحقق، مؤرخ الإسلام، أكثر أهل عصره تصنيفاً، ت: سنة (٧٤٨) هـ. انظر: البدر الطالع (٤٠٢/١).

(٧) انظر: ميزان الاعتدال (٣٥٤/١).

(٨) هو عبد الله بن عدي بن عبد الله بن محمد الجرجاني، صاحب كتاب "الكامل في ضعفاء الرجال"، الإمام الحافظ. ت: سنة (٣٦٥) هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٥٤/١٦-١٥٦).

(٩): الكامل في الضعفاء لابن عدي (٦٨/٢).

(١٠) تهذيب السنن (١٩٤/٢).

وقد أنكر الخطابي أيضاً تفسير إبراهيم الحربي لهذا الحديث^(١)، وقال الشوكاني والصنعاني على رواية الحربي ببناء (شطر) للمجهول فقالوا: إنه - أيضاً - على هذه الرواية دال على العقوبة بأخذ المال؛ لأن الأخذ من خير الشطرين عقوبة بأخذ زيادة على الواجب، إذ الواجب الوسط لا الخيار^(٢).

الدليل الخامس: إجماع الصحابة على جواز العقوبة بالمال إتلافاً وأخذاً: قال العلامة ابن القيم: "وعلى ذلك - أي العقوبة المالية - أيضاً إجماع الصحابة، فإن ذلك اشتهر عنهم في قضايا متعددة جداً، ولم ينكره منهم منكر، وعمر رضي الله عنه يفعله بحضرتهم وهم يُقرُّونه ويساعدونه عليه ويصوبونه في فعله.." ^(٣).

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الثاني القاضي بجواز التعزير والعقوبة بالمال إتلافاً وأخذاً، وذلك لقوة أدلتهم ورجاحتها، ولضعف ومناقشة أدلة المخالفين، ولأن دعوى النسخ للعقوبة بالمال لم يثبت، والأدلة التي تحرم مال الغير مخصوصة بالأدلة الدالة على جواز العقوبة بالمال.

قال أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله - : "ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك عن أصحاب مالك وأحمد فقد غلط على مذهبهما، ومن قال مطلقاً من أي مذهب كان فقد قال قولاً بلا دليل، ولم يجيء عن النبي صلى الله عليه وسلم شيء قط يقتضي أنه حرّم جميع العقوبات المالية، بل أخذ الخلفاء الراشدين وأكابر أصحابه رضي الله عنهم بذلك بعد موته دليل على أن ذلك محكم غير منسوخ...، ثم قال: والمدعون

(١) نقل ذلك العلامة ابن القيم في تهذيب السنن (١٩٣/٢)، ولم أجده في معالم السنن للخطابي.

(٢) انظر: نيل الأوطار (١٢٣/٥)، سبل السلام (٥٢١/١).

(٣) الطرق الحكمية (ص ٢٢٨)، وفي نقل الإجماع تساهل، فإن الخلاف في المسألة مشهور معلوم،

ويستحيل أن يوجد إجماع صحيح، ثم يختلف السلف هذا الاختلاف المعلوم.

للسنخ ليس معهم حجة بالنسخ، لا من كتاب ولا سنة، وهذا شأن كثير ممن يخالف النصوص الصحيحة والسنة الثابتة بلا حجة؛ إلا مجرد دعوى النسخ، وإذا طُلب بالناسخ لم يكن معه (حجة لبعض النصوص توهمه ترك العمل، إلا أن مذهب طائفته ترك العمل بها إجماع)^(١)، والإجماع دليل على النسخ، ولا ريب أنه إذا ثبت الإجماع كان ذلك دليلاً على أنه منسوخ، فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة، ولكن لا يُعرف إجماع على ترك نص إلا وقد عرف النص الناسخ له؛ ولهذا كان أكثر من يدعي نسخ النصوص بما يدعيه من الإجماع إذا حقق الأمر عليه لم يكن الإجماع الذي ادعاه صحيحاً، بل غايته أنه لم يعرف فيه نزاعاً، ثم من ذلك ما يكون أكثر أهل العلم على خلاف قول أصحابه، ولكن هو نفسه لم يعرف أقوال العلماء.."^(٢) اهـ.

وإذا ثبت هذا فإن العقوبة والتعزير بالمال يكون بثلاثة أشياء فصلها في المطالب الآتية:

(١) كذا في الأصل، ولعلّ فيه سقط من النسخ، فإن فيها ركائة.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية (١١١/٢٨-١١٢).

المطلب الأول

الإتلاف

الإتلاف في اللغة : جعل الشيء تالفاً، أي هالكاً^(١).

ويعبر عنه في اصطلاح الفقهاء بأنه : هو خروج الشيء من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة منه عادةً بفعل آدمي^(٢).

ويُعبر عنه بعضهم بأنه : كلُّ ما يؤدي إلى ذهاب المال وضياعه وخروجه من يد صاحبه^(٣).

وسبق أن العقوبة بالمال إتلافاً وأخذاً ثابتة في السنة النبوية وأفعال الصحابة رضي الله عنهم ، وقد رأى النبي ﷺ على عبد الله بن عمرو بن العاص ثوبين معصفرين ، فقال : أمك أمرتك بهذا؟ قلت : أغسلهما يا رسول الله؟ قال : بل أحرقهما^(٤).

وقد حرّق عمر بن الخطاب رضي الله عنه قصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب عن الرعية فيه ، وأراق اللبن المغشوش عقوبة للغاش حينما شابه بالماء للبيع.

وقال أبو العباس ابن تيمية في الذين يصنعون عيباً فيدلّسون فيها ويغشون الناس بوضع صوف لا ينتفع به ، ثم يبيعونه على أنه صوف جيّد ، فحرّم هذا وأخبر أن

(١) انظر : المصباح المنير (١/٩٥).

(٢) انظر : بدائع الصنائع (٧/١٦٤).

(٣) انظر : الفروق للقرافي (٤/٢٧).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب اللباس والزينة ، باب : النهي عن لبس الرجل الثوب المعصفر

(٣/١٦٤٧) رقم (٢٠٧٧).

ذلك منهياً عنه، ثم قال: "وقد أفتى طائفة من العلماء من أصحاب مالك وأحمد وغيرهما، أن من صنع مثل هذا فإنه يجوز أن يعاقب بتمزيق الثوب الذي غشه، والتصدق بالطعام الذي غشه، كما شق النبي ﷺ ظروف الخمر وكسر دنانها، وكما أمر عمر وعلي - رضي الله عنهما - بتحريق المكان الذي يباع فيه الخمر وقد نصّ عليه أحمد وغيره، وكما أمر النبي ﷺ عبدالله بن عمرو بن العاص أن يحرق الثوبين المعصفرين، وكما حرّق موسى عليه السلام العجل، ولم يعده إلى أهله.." (١).

* * *

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٦٣/٢٩).

المطلب الثاني

الغرامة

الغرامة في اللغة: ما يلزم أداؤه، وكذلك المَغرَم والغُرْم.

والغُرْم: الدَّيْن، ورجل غارم: عليه دين^(١)، والغارم الذي يلتزم ما ضمنه وتكفَّل به، ويودَّيه، والغُرْم - أيضاً - : أداء شيء لازم^(٢)، ومنه الحديث في الثمر المعلق: "فمن خزج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة"^(٣).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى الشرعي^(٤).

وعرَّف الغرامة علماء الأنظمة: بأنها إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المعتمد في الحكم..^(٥)

وعقوبة الغرامة أثبتها وعاقب بها النبي ﷺ من سرق من غير حرز، كالحريسة التي تؤخذ من مراتعها، فقضى بها النبي ﷺ أن "فيها ثمنها مرتين، وضرب نكال"^(٦)، وكما في الثمر المعلق أن "من خزج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة..^(٧)

(١) انظر: لسان العرب (١٢/٤٣٦).

(٢) انظر: النهاية في غريب الحديث (٣/٣٦٣).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: المصباح المنير (٢/٥٣٤)، التعريفات الفقهية (ص ٣٩٩).

(٥) الوسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام د. أحمد فتحي سرور. ط. دار النهضة (ص ٦٤٤).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) سبق تخريجه.

ومن أقضية الصحابة رضي الله عنهم في التغريم عقوبة ما رواه مالك في موطأه عن يحيى بن عبدالرحمن بن حاطب^(١) قال: "إن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة، فانتحروها، فرفع ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم قال عمر: أراك تجيعهم، ثم قال عمر: والله لأغرمنك غرماً يشق عليك، ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك، فقال المزني: كنت والله أمنعها من أربعمئة درهم، فقال عمر: أعطه ثمانمئة درهم"^(٢)، فهذا الأثر يدل على أن عمر بن الخطاب ضاعف قيمة الناقة على حاطب بن أبي بلتعة؛ لأنه تسبب في تجويع غلمانته حتى فعلوا ما فعلوا^(٣).

ومن ذلك - أيضاً - أن عمر بن الخطاب وابن عباس - رضي الله عنهما - أغلظوا الدية على من قتل في الشهر الحرام في البلد الحرام^(٤).
ومنها - أيضاً - أن عثمان رضي الله عنه أغرم ناقة محرم أهلكتها رجل فأغرمه الثلث زيادة على ثمنها^(٥)، وقد أخذ بهذا الإمام الزهري - رحمه الله - وقال: ما أصيب من أموال الناس ومواشيهم في الشهر الحرام، فإنه يزداد الثلث لهذا في العمد^(٦).

(١) هو: يحيى بن عبدالرحمن بن حاطب بن أبي بلتعة اللخمي أبو محمد، ويقال: أبو بكر المدني، حليف بني أسد ابن عبدالعزيز، ممن أدرك عثمان وعلياً وزيد بن ثابت، ثقة كثير الحديث، ت: سنة (١٠٤) هـ. انظر: تهذيب الكمال (٤٣٥/٣١-٤٣٨).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب: القضاء في الضواري والحريسة (٤٧٠/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٧٨/٨)، والحديث ضعفه ابن عبدالبر؛ لأن يحيى بن عبدالرحمن لم يلقَ عمر ولا سمع منه، غير أن ابن التركماني في الجوهر النقي على سنن البيهقي ذكر أن عبدالله بن وهب رواه في موطأه بمعناه من طريقين من رواية يحيى بن عبدالرحمن عن أبيه، وأبوه عبدالرحمن سمع من عمر وروى عنه. انظر: الاستذكار (٢٦٠/٢٢)، والجوهر النقي (٢٧٩/٨) وقال ابن حزم على أثر عمر "فهذا أثر كالشمس"، وقال: "عمر قد حكم بها بحضرة الصحابة رضي الله عنهم لا يعرف منهم له مخالف ولا يدري منهم عليه منكر". انظر: المحلى (٣٢٥/١١، ٣٢٤).

(٣) انظر: مجموع الفتاوى (١١٩/٢٨).

(٤) انظر: نيل الأوطار (١٢٢/٥).

(٥) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٣٠٢/٩).

(٦) انظر: المحلى بالآثار (٣٢٥/١١).

وقال أبو محمد بن حزم - رحمه الله - : "فهذا أثر في غاية الصحة عن عثمان رضي الله عنه ولا يعرف له في ذلك مخالف من الصحابة رضي الله عنهم ، وقال به الزهري بعد ذلك" ^(١).

فهذه السنن والآثار تدل على جواز عقوبة الغاش بتغريمه شيئاً من ماله عقوبة على غشه ، قال أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله - : "وإذا لم ير ولي الأمر عقوبة الغاش بالصدقة أو الإتلاف فلا بد أن يمنع وصول الضرر إلى الناس بذلك الغش ، إما بإزالة الغش ، وإما ببيع المغشوش ممن يعلم أنه مغشوش ولا يغشه على غيره ، قال عبد الملك بن حبيب : قلت لمطرف وابن الماجشون لما نهينا عن التصديق بالمغشوش لرواية أشهب : فما وجه الصواب عندكما فيمن غش أو نقص من الوزن؟ قالوا : يعاقب بالضرب والحبس والإخراج من السوق ، وما كثر من الخبز واللبن أو غش من المسك والزعفران فلا يفرق ولا ينهب ، قال عبد الملك بن حبيب : ولا يردده الإمام إليه ، وليؤمر ببيعه عليه من يأمن أن يغش به ، وبكسر الخبز إذا كثر ويسلمه لصاحبه ، ويباع عليه العسل والسمن الذي يغشه ممن يأكله ويبين له غشه ، هكذا العمل فيما غش من التجارات.." ^(٢).

وإذا تقرر هذا ، فإنه ليس للغرامة حد أعلى ولا أدنى ، وليس في الشريعة ما يمنع من تحديد الغرامة مقدماً ، إذا رأى ولي الأمر ذلك ، سواء كانت حداً أدنى أم أعلى ، والقاضي له أن يختار أي العقوبتين يمكن أن تكفي لردع الجاني وزجره على فعله ، والتصرف بالرعية منوط بالمصلحة ^(٣).

* * *

(١) المحلى بالآثار (١١/٣٢٥) ، وانظر : الاستذكار (٢٢/٢٦٠).

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٨/١١٦-١١٧).

(٣) انظر : المنثور (١/٣٠٩) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٢٣).

المطلب الثالث

المصادرة

المصادرة في اللغة: تعني المطالبة، يقال: صادره على كذا، أي طالبه به، ويقال: فلان ماله صادر ولا وارد أي ماله شيء^(١).

أما المصادرة في استعمال الفقهاء فتعني: "حكم وليّ الأمر بانتقال ملكية أشياء معينة من الشخص إلى بيت المال"^(٢).

وقد عرفها صاحب مجمع الأنهر الحنفي بأنها: "أخذ السلطان أو غيره المال ظلماً"^(٣)، وهذا بناءً على أن التعزير بالمال لا يجوز للسلطان أو غيره، وقد فرّق ابن عابدين بين المصادرة والغصب بأن "المصادرة أن يأمره بأن يأتي بالمال، والغصب أخذ المال مباشرة على وجه القهر"^(٤).

وعرّف المصادرة شرّاح النظام بأنها: "نزع ملكية المال جبراً على مالكه، وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل"^(٥).

والمصادرة - كالعرامة والإتلاف - عقوبة وتعزير بالمال؛ لأن كلا من هذه الأشياء تمس المصالح المالية للمحكوم عليه، والواقع في العقوبة، غير أن هناك بعض الفروق بين المصادرة والعرامة فمنها:

(١) انظر: لسان العرب (٤/٤٤٨)، القاموس المحيط (ص ٥٤٣).

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني (ص ١١٤)، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (ص ٣١٠).

(٣) مجمع الأنهر (١/١٩٤).

(٤) حاشية ابن عابدين (٢/٢٦٦).

(٥) انظر: القوانين قمع التدليس والغش. د. حسني أحمد الجندي (ص ٣٥٦). الناشر دار النهضة العربية

أ- أن المصادرة تنصبُّ على مالٍ معين بذاته، لهذا فهي تؤدي عينا، فيترتب عليها نقل ملكية شيء معين إلى ذمة الدولة بدون مقابل، في حين أن الغرامة تنشئ حقاً للدولة في اقتضاء مبلغ معين في ذمة المحكوم عليه بمعنى أنها تتمثل في تحميل ذمة المحكوم عليه بدينٍ شخصي للدولة، فهي إذن لا تُردُّ على مبلغ من المال بذاته^(١).

ب- أن المصادرة تكون في عين الشيء الذي أدى إلى عقوبته بها، بينما الغرامة أخذ مال من المحكوم عليه غير الشيء الذي أوقعه في العقوبة، ولهذا قد يعاقب بمصادرة الشيء المغشوش به، وأخذ الغرامة.

وأصل العقوبة بالمصادرة جاءت في السنة النبوية وفعلها عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ونص بعض الفقهاء على مصادرة بعض الأموال.

فأما السنة:

فقد كان النبي ﷺ يحاسب الولاة ويستوفى الحساب على العمال، كما جاء ذلك في الصحيحين عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه أن النبي ﷺ استعمل رجلاً من الأزدي، يقال له: ابن اللثبية، على الصدقات، فلما جاء حاسبه، قال: هذا مالكم، وهذا هدية، فقال رسول ﷺ: فهلاًّ جلست في بيت أبيك وأمك، حتى تأتيتك هديتك إن كنت صادقاً؟ ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: "أما بعد، فإني استعمل الرجل منكم على العمل مما ولّاني الله، فيأتيني فيقول: هذا مالكم، وهذا هدية أهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتية هديته إن كان صادقاً؟ والله لا يأخذ أحدٌ منكم منها شيئاً بغير حقه إلا لقي الله تعالى يحمله يوم القيامة، فلا عرفزُ أحداً منكم لقي الله يحمل بغيراً له رُغاء أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر ثم رفع يديه حتى روي بياض إبطيه يقول: "اللهم هل بلغت؟ بَصُرَ عيني، وَسَمِعَ أُذني"^(٢).

(١) انظر: قانون العقوبات. للدكتور مصطفى السعيد (ص ٦٦٧)، نقلاً من كتاب العقوبات المالية في الإسلام للدكتور سعود البشر. رسالة دكتوراه في المعهد العالي للقضاء (ص ٣٥٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام. باب: هدايا العمال (فتح ٢٠٤/١٣) رقم (٧١٧٤)، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب: تحريم هدايا العمال (١٤٦٣/٣-١٤٦٤) رقم (١٨٣٢).

وثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه صادر عماله فأخذ شطر أموالهم لما اكتسبوها بجاه العمل ، واختلط ما يختصون به بذلك فجعل أموالهم بينهم وبين المسلمين شطرين ^(١).

فمنها: ١ - أنه استعمل أبهريرة على البحرين فاجتمع له اثنا عشر ألفاً ، فلما قدم على عمر ، قال له : يا عدو الله وعدو المسلمين ، أسرقت مال الله؟ فقال أبهريرة : لست بعدو الله والمسلمين ، ولكنني عدو من عاداهما ، ولم أسرق مال الله ، ولكن خيلي تناسلت ، وعطائي تلاحق وسهامي اجتمعت ، فأخذ مني عمر اثني عشر ألفاً ، فلما صليت الغداة قلت : اللهم اغفر لعمر.. ^(٢).

٢ - أنه استعمل عتبة بن أبي سفيان على كنانة ، فقدم ومعه مال ، فقال : ما هذا يا عتبة؟ قال : مالٌ خرجتُ به معي ، واتجرت فيه ، فقال : ومالك تخرج المال معك في هذا الوجه؟ فصيره عمر في بيت المال ^(٣).

٣ - ومنها : أنه شاطر عماله على الأهواز أموالهم وكان عددهم اثني عشر عاملاً ، وذلك لما علم أنهم استغلوا سلطانهم لجمع المال ، حتى أنه أخذ نعلًا وترك نعلًا ^(٤).

وقد نصَّ بعض الفقهاء على مصادرة بعض الأموال ، فمن ذلك ما جاء عند الإمام الحصكفي الحنفي في الدرّ المختار أنه قال : "فائدة : ذكر الطرسوسي في مؤلف

(١) انظر : الطرق الحكيمة (ص ٢٢٧) ، تبصرة الحكام (٢/٢٩٣).

(٢) انظر : الأموال لأبي عبيد (ص ٣٨١) . ط . مكتب الكليات الأزهرية . الطبعة الأولى ١٣٨٨ هـ وفتح

البلدان لأبي العباس البلاذري . تحقيق : عمر وعبدالله أنيس (ص ١١٢) . دار النشر بيروت ١٩٥٧ م .

(٣) انظر : تاريخ الطبري (٤/٢٢٠) ط . دار المعارف . بمصر .

(٤) انظر : فتوح البلدان لأبي العباس البلاذري . ت : عمر وعبدالله أنيس (ص ٥٤١-٥٤٣) . دار النشر

له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال مستدلاً بأن عمر رضي الله عنه صادر أبا هريرة "اهـ. وذلك حين استعمله على البحرين، ثم عزله وأخذ منه اثني عشر ألفاً، ثم دعاه للعمل فأبى.

وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجبون أمواله، ومن ذلك كتبه إذا توسعوا في الأموال؛ لأن ذلك دليل على خيانتهم، ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارها إذا توسعوا وتعاطوا أنواع اللهو وبناء الأماكن، فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم، فإن عرف خيانتهم في وقف معين رد المال إليه، وإلا وضعه في بيت المال^(١) اهـ. ومن ذلك نص الإمام مالك حينما سئل عن اللبن المغشوش أيراق؟ فقال: لا. ولكن أرى أن يتصدق به، إذا كان هو الذي غشه^(٢).

وقد ذكر الفقهاء أن أموال المرتد تصدر إلى بيت مال المسلمين إن قتل أو مات على رذته، وهذا مذهب جماهير أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة^(٣) خلافاً للحنفية^(٤)، إلا أن أبا حنيفة يرى أن أموال المرتد التي تحصل عليها بعد رذته تصدر لبيت المال^(٥)، ويرى صاحبان خلاف ذلك^(٦).

وإذا صودر المال المعين فإن ماله إما إلى بيت المال كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين صادر عماله بأخذ شطر أموالهم التي اكتسبوها بسبب الولاية، ووضعها في بيت المال.

(١) الدر المختار (٤/٣٩٥).

(٢) انظر: تبصرة الحكام (٢/٢٩٣).

(٣) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل (٤/٦٦)، تحفة المحتاج بحاشية الشرواني وابن القاسم (٩/٩٩)، وكشاف القناع (٦/١٨٢).

(٤) انظر: المبسوط (١٠/١٠٠)، تبيين الحقائق (٣/٢٨٥).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (٣/٢٨٥).

(٦) انظر: تبيين الحقائق (٣/٢٨٥).

وإما أن يتصدق بها للفقراء ، كما أفتى بهذا طائفة من أهل العلم ، منهم الإمام مالك في اللبن المغشوش ؛ لأن في التصدق به عقاباً لصاحبه لما فيه من حرمانه منه ، وفيه نفعٌ للمساكين المحتاجين في الوقت نفسه^(١) .

وربما أضيف المال إلى مصارف الزكاة كما في حديث بهز بن حكيم في مانع الزكاة ، فقد قال الصنعاني حول أخذ شطر مال مانع الزكاة : " وهذا المأخوذ يكون زكاة كله ، أي حكمه حكمها أخذاً ومصرفاً"^(٢) .

ويرى بعض الأحناف أن معنى التعزير بأخذ المال ومصادرته على القول به ، معناه هو إمساك شيء من ماله عنه مدة ليتزجر ، ثم يعيده الحاكم إليه ، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال^(٣) ، ويرى ابن عابدين أن الحاكم له أن يأخذها فيمسكها ، فإن أيس من توبته يصرفها إلى ما يرى^(٤) .



(١) انظر : الحسبة في الإسلام لابن تيمية (ص ٥١) .

(٢) سبل السلام (١/٥٢١) .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين (٤/٦١) .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين (٤/٦١) .

المبحث الثالث

العقوبة المقيّدة للحرية

وأشهر أنواع العقوبة المقيّدة للحرية هي عقوبة الحبس، وقد جاء في هذه الشريعة الغراء التعزير بالحبس.

والحبس في اللغة: هو المنع والإمساك، وهو ضد التخلية، وهو مصدر حبس، ثم أطلق على الموضوع المعدّ لذلك^(١).

أما تعريفه في الاصطلاح الشرعي، فكما يقول العلامة ابن القيم رحمه الله تعالى: "الحبس الشرعي ليس هو الحبس في مكان ضيق، وإنما هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم، أو وكيله عليه، وملازمته له"^(٢).

والفقهاء - رحمهم الله - يطلقون الحبس والسجن بمعنى واحد، ويطلقون كذلك كلمة الحبس أو المحبس أو السجن على المكان الذي تنفذ فيه عقوبة الحبس أو السجن، كما هو إطلاق أهل اللغة في ذلك^(٣).

وقد اتفق الفقهاء والمؤرخون على أنه لم يكن في عهد النبي ﷺ ولا عهد أبي بكر ﷺ حبس معدّ لسجن الناس يعاقبون فيه وإنما كان النبي ﷺ يمنع الخصوم ويحبسهم ويقيّد حرّيتهم بأي نوع من أنواع التقييد، أخذاً بالمعنى الشرعي العام لمعنى

(١) انظر: القاموس المحيط (ص ٦٩١-٦٩٢)، لسان العرب (٤٤/٦).

(٢) الطرق الحكمية (ص ٩٠).

(٣) انظر: تبصرة الحكام (٣٠٩/٢-٣١٠)، معين الحكام للطرابلسي (ص ١٩٦)، مجموع فتاوى ابن

الحبس كما عرفه ابن القيم - رحمه الله - ، مثلما حبس ثمامة بن أثال في المسجد حينما ربطه بسارية من سواري المسجد ، كما جاء ذلك صريحاً في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعث خيلاً قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له : ثمامة بن أثال فربطوه بسارية من سواري المسجد.. "الحديث" (١).

وأما وضع مكان معدّ لذلك يحبس فيه الأسير أو المحكوم عليه فلم يكن في عهد النبي ﷺ ، وإنما كان ذلك في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه حينما اتسعت بلاد الإسلام بكثرة الفتوحات في عهده رضي الله عنه (٢).

قال أبو العباس ابن تيمية - رحمه الله - : "لم يكن في عهد النبي ﷺ وأبي بكر الصديق حبس معد لسجن الناس ، ولكن لما انتشرت الرعية في زمن عمر بن الخطاب ابتاع بمكة داراً وجعلها سجناً وحبس فيها" (٣).

ومما يدل على ذلك هو أن نافع بن عبد الحارث الخزاعي الصحابي ، كان عاملاً لعمر بن الخطاب على مكة ، فاشترى داراً للسجن بمكة من صفوان بن أمية على أنه إن رضي عمر فالبيع بيعه ، وإن لم يرض عمر فلصفوان أربعمائة دينار" (٤).

وقيل : إن أول من اتخذ مكاناً خاصاً بالحبس هو علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، فإنه قد بنى سجناً من القصب الفارس ، وسماه نافعاً ، وهو أول سجن بني في الإسلام ،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الصلاة ، باب الاغتسال إذا أسلم وربط الأسير أيضاً في المسجد (فتح ٧٣١/١) رقم (٤٦٢) ، ومسلم في صحيحه ، كتاب الجهاد والسير ، باب : ربط الأسير وحبسه وجواز المن عليه (١٣٨٦/٣) رقم (١٧٦٤).

(٢) انظر : الطرق الحكيمة (ص ٩٠-٩١) ، تبصرة الحكام (٣٠٩/٢-٣١٠).

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٩٨/٣٥).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم ، كتاب الخصومات ، باب : الربط والحبس في الحرم (فتح ٩٥/٥) ، ووصله ابن أبي شيبة في المصنف (٣٩٢/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤/٦).

فنقبه اللصوص ، وتسبب الناس منه ، ثم بنى سجناً من مدر وسمّاه مخيساً^(١) ، وفي ذلك يقول أمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام :

ألا تراني كيساً مُكَيِّساً بنيتُ بعد نافعٍ مُخَيِّساً^(٢)

والتحقيق أن هذا القول لا ينافي القول الأول ؛ لأن عمر عليه السلام يعتبر أول من جعل للحبس مكاناً مخصوصاً به ، ولم يينه لذلك بل كان موضع الحبس قد بني لقصد السكنى فاشتراه وجعله حبساً ، أما علي بن أبي طالب عليه السلام فكان أول من بنى للحبس مكاناً مخصوصاً ، وقصد بينائه أن يكون سجناً^(٣) .

وقد دلّ على مشروعية الحبس بمعناه الشرعي العام أدلة كثيرة ، منها :

أولاً: الكتاب:

(١) قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٤) .

وجه الدلالة من الآية:

حيث نصت الآية على أن من عقوبات قطاع الطرق : النفي من الأرض ، والمراد

(١) المخيس موضع سجن بالعراق ، يقال : خيسه تخيساً أي ذلّه ، والمخيس موضع التذلل ، وكل سجن مخيس ومخيس . انظر : الصحاح للجوهري (٣/٩٢٦) .

(٢) انظر : فتح القدير للكمال ابن الهمام (٥/٤٧١) ، الميسوط (٢٠/٨٨) ، تبين الحقائق (٤/١٨٠) ، التراتيب الإدارية للكتّاني (١/٢٩٧) .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين (٥/٣٧٧ ، ٣٧٦) ، والتراتب الإدارية للكتّاني (١/٢٩٩) .

(٤) انظر : سورة المائدة ، آية رقم (٣٣) .

بالنفي في الآية هو الحبس عند الحنفية^(١)، وهو قول الإمام مالك رحمه الله^(٢)، وذلك لأن الآية لا تخلو من أن يكون المراد بالنفي نفيه من جميع الأرض وذلك محال، لأنه لا يمكن نفيه من جميع الأرض إلا بأن يُقتل، ومعلوم أنه لم يُرد بالنفي القتل؛ لأنه مذكور في الآية، أو أن يكون المراد بالنفي نفيه من الأرض التي خرج منها محارباً من غير حبسه، وهذا أيضاً غير مراد؛ لأنه معلوم أن المراد بما ذكره زجره عن إخافة السبيل وكف أذاه عن المسلمين، وهو إذا صار إلى بلد آخر فكان هناك مخلياً وكانت معرفته قائمة على المسلمين إذا كان تصرفه هناك كتصرفه في غيره.

أو أن يكون المراد بالنفي نفيه إلى دار الحرب، وهذا الأمر ممتنع لما فيه من تعريض المسلم للردة وافتتانه عن دينه، فثبت أن معنى النفي هو نفيه عن سائر الأرض إلا موضع حبسه الذي لا يمكنه فيه من العبث والفساد^(٣)، فالآية دليل على مشروعية الحبس.

(٢) وقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾^(٤).

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/٥٧٩، ٥٧٨)، تبيين الحقائق (٤/١٧٩-١٨٠)، المبسوط (٨٨/٢٠).

(٢) انظر: المنتقى للباجي (٧/١٧٣)، الفواكه الدواني (٢/٢٠٤)، أحكام القرآن لابن العربي (٢/٦٠٠)، وانظر الخلاف في ذلك في كل من المنتقى للباجي (٧/١٧٣)، أحكام القرآن للشافعي (١/٣١٥)، المغني (١٢/٤٨٢).

(٣) انظر: أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (٢/٥٧٩).

(٤) سورة النساء، آية رقم (١٥).

وجه الدلالة من الآية:

هو أن الآية ترشد الأزواج الذين يرون نساءهم يأتين الفاحشة أن يسكوهن في البيوت، وهو الحبس في البيوت كما هو الحكم في صدر الإسلام قبل أن تكثر الجناة، فلما كثر الجناة وخشي فوثهم اتخذ لهم سجنًا^(١).

ثانياً: من السنة:

١- عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: (ليُّ الواجد ظلم يُحل عرضه وعقوبته)^(٢).

قال أحمد: قال وكيع^(٣): "عرضه" شكايته، و"عقوبته" حبسه^(٤).

فدل ذلك على مشروعية العقوبة بالحبس لأنه ظالم.

٢- عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خُلِّيَ عنه^(٥).

(١) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (٣٥٧/١).

(٢) أخرجه البخاري معلقاً بصيغة التمريض في صحيحه، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر، باب لصاحب الحق مقال (فتح ٧٩/٥)، وأبوداود في سننه، كتاب الأفضية، باب: في الحبس في الدين وغيره (٤٦-٤٥/٤) رقم (٣٦٢٨)، والنسائي في سننه، كتاب البيوع، باب مطل الغني (٣١٦/٧) رقم (٤٦٨٩)، وابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب: الحبس في الدين والملازمة (٨١١/٢) رقم (٢٤٢٧)، وقد حسن الحديث ابن حجر كما في الفتح (٧٩/٥).

(٣) هو وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي، بضم الراء وهمزة ثم مهملة، أبو سفيان الكوفي، ثقة حافظ عابد، إمام من أئمة المسلمين، ت: سنة (١٩٧) هـ. انظر: تقريب التهذيب (ص ١٠٣٧).

(٤) انظر: نيل الأوطار (٣٣٦/٦)، وبنحو هذا قال ابن المبارك، انظر: مختصر السنن للمندري (٢٣٧/٥).

(٥) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الأفضية، باب الحبس في الدين وغيره (٤٦/٤) رقم (٣٦٣٠)، والترمذي في جامعه، كتاب الديات، باب: ما جاء في الحبس في التهمة (٢٠/٤) رقم (١٤١٧)، والنسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب: امتحان السارق بالضرب والحبس (٦٧/٨) رقم (٤٨٧٥)، وقد حسن الحديث الترمذي.

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ حبس في التهمة حتى يستبين له الحق، فهو يدل على مشروعية السجن الذي هو أحد أفراد الحبس، والحبس مشروع بهذا الحديث.

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ بعث خيلاً قبل نجد فجاءت برجل من بني حنيفة يقال له: ثمامة بن أثال فربطوه بسارية من سواري المسجد..^(١).

وجه الدلالة:

هو أن في الحديث جواز ربط الأسير وحبسه^(٢)، وفيه دليل على مشروعية حبس كل من تخشى معرفته وفساده^(٣).

ثالثاً: الإجماع:

فقد ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اتخذ سجناً وعاقب فيه، وكذا عثمان رضي الله عنه عاقب في السجن، وبنى علي بن أبي طالب سجناً سماه نافعاً، ثم اتخذ سجناً آخر من مدرّ وسماه "مخيساً" وهذه الحوادث اشتهرت بين الصحابة ولا يعرف لها منكر. وإذا لم يحصل نكير فيما بينهم ولا من جاء بعدهم دل ذلك على إجماعهم على مشروعية العقوبة بالحبس، وقد حكى الإجماع في ذلك الزيلعي من الحنفية^(٤)، والشوكاني - رحمهم الله جميعاً -^(٥).

وقال الشوكاني: "والحاصل أن الحبس وقع في زمن النبوة، وفي أيام الصحابة والتابعين، فمن بعدهم إلى الآن في جميع الأعصار والأمصار من دون إنكار، وفيه من المصالح ما لا يخفى.."^(٦).

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم (١٢/٨٧).

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر (٥/٩٥).

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي (٤/١٧٩)، وكذا أبو بكر العبادي كما في الجوهرة النيرة (١/٢٤٥).

(٥) انظر: نيل الأوطار (١٠/٢٤٠).

(٦) نيل الأوطار (١٠/٢٤٠).

وإذا ثبت مشروعية الحبس واتفقهم على ذلك فإن بعض أصحاب الإمام أحمد وغيرهم^(١) أنكروا تجويز اتخاذ حبسٍ مُعدٍّ لذلك، بل يرون أن يعوق المحبوس بمكان من الأمكنة كالبيت والمسجد، أو يقام عليه حافظ وهو الذي يسمى الترسيم ونحو ذلك.

وحجتهم في ذلك:

أن الحبس المعدّ لذلك لم يكن في عهد النبي ﷺ ولم يأمر باتخاذها، وكذا خليفته الراشد أبي بكر الصديق ﷺ^(٢).

والصواب الذي لا شك فيه هو قول عامة أهل العلم، بل يمكن أن يقال فيه إنه إجماع من الصحابة رضي الله عنهم على جوازها، بل ومشروعيتها، فقد اتخذها الفاروق ﷺ، وعاقب به عثمان ﷺ، وبنى علي بن أبي طالب سجناً للصوص من قصب فنقبوه وتسبب الناس منه، ثم بنى سجناً آخر من مدر، وسجن ابن الزبير بمكة^(٣)، وقد حدث ذلك في زمن الصحابة ولم يُعرف له منكر، فكان إجماعاً على مشروعيتها اتخاذ السجن لتنفيذ الحبس فيه^(٤)، ثم إن ترك النبي ﷺ وأبي بكر ﷺ لتعيين مكان للسجن في عهدهما لا يدل على عدم مشروعيتها الحبس؛ لأن عصرهما كان يمتاز بقلّة المجرمين وبساطتهم، فكانا يحبسان المحبوس في البيت أو المسجد، ولما

(١) انظر: الطرق الحكمية (ص ٩٠)، تبصرة الحكام (٣٠٩/٢-٣١٠)، التراتيب الإدارية (٢٩٥/١)، وأقضية رسول الله ﷺ لابن الطلاع المالكي (ص ٥). ط. مطبعة الحلبي بمصر سنة ١٣٤٦هـ.

(٢) انظر: المصادر السابقة.

(٣) انظر: أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، كتاب الخصومات، باب: الربط والحبس في الحرام (فتح ٩٥/٥)، وقال الحافظ: وصله خليفة بن خياط في تاريخه، وأبو الفرج الأصبهاني في الأغاني، وغيرهما من طرق اهـ.

(٤) انظر: تبين الحقائق (١٧٩/٤)، نيل الأوطار (٢٣٩/١٠-٢٤٠).

كان عصر عمر بن الخطاب رضي الله عنه اتسعت الخلافة الإسلامية نتيجة للفتوحات الإسلامية، فدخل في الإسلام أجناس متعددة وملل مختلفة: منهم الخائف على نفسه من القتل، ومنهم المتربص بالمؤمنين الدوائر، فكثرت لذلك المجرمون، مما حدا بأمر المؤمنين المحدث^(١) أن يأمر بشراء سجن لردع المجرمين وزجرهم^(٢).

ثم إن السياسة الشرعية والمصلحة الدينية تقتضي ذلك مع قلة الوازع الديني بين الناس، ولو لم يكن من المصالح في اتخاذها إلا حفظ أهل الجرائم المنتهكين للمحارم الذين يسعون في الإضرار بالمسلمين، ويعتادون ذلك ويُعرف من أخلاقهم وفسادهم، فهؤلاء إن تُركوا وخُلِّي بينهم وبين المسلمين أو فُعل بهم مثل ما كان النبي ﷺ يفعل بالمخطئين أيام العهد الزاهر - فلو فُعل بهم مثل ذلك - لبلغ الفساد أوجَه، والإجرامُ قمته، بعد أن أضحى الإجرام حرفةً، والفساد عند بعضهم ضيعةً، فهذا الإجرام لا يمكن مواجهته إلا بصرامة لا هوادة فيها من الحبس والتكبير وغير ذلك من العقوبات التعزيرية التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وأبانها علماء الأمة. والله أعلم.

مسألة:

هل للتعزير في الحبس مدة محددة أم لا؟

جواب: أما أكثر مدة الحبس تعزيراً فقد اختلف فيها أهل العلم على قولين:

القول الأول: أنه لا تحديد لأكثر مدة السجن، بل ذلك راجع إلى ما يراه الإمام

كافياً للردع والزجر.

(١) المحدث هو المُلهم، وهو الذي يُلقى في نفسه الشيء فيُخبر به حدساً وفراسة، وهو نوع يختص به الله عز وجل من يشاء من عباده الذين اصطفى. انظر: النهاية في غريب الحديث (١/٣٥٠).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/٣٥٧)، ومجموع الفتاوى (٣٥/٣٩٨).

وهذا قول جماهير أهل العلم من الحنفية والمالكية والحنابلة^(١).

وحجتهم في ذلك:

قالوا: لأن المقصود من التعزير إصلاح الجاني وتأديبه، وحفظ المجتمع من انتشار الجريمة، وإذا كان كذلك فإن الجناة يختلفون، فمنهم من تصلحه المدة القصيرة، ومنهم من لا تصلحه إلا المدة الطويلة، والقاضي هو الذي يقدر ذلك على حسب الجريمة والجناة وعلى حسب من تكررت جرائمه^(٢).

القول الثاني: أن للتعزير في الحبس حداً أعلى لا يجوز للقاضي تجاوزه.

وأصحاب هذا القول يختلفون على ثلاثة أقوال:

أ- منهم مَنْ حدّد ذلك بأربعة أشهر، رُوي هذا عن ابن الماجشون من المالكية^(٣).

ب- ومنهم مَنْ حدّد ذلك بستة أشهر، وقد ذهب إلى هذا بعض الحنفية^(٤)، وبعض فقهاء الشافعية^(٥).

ج- ومنهم من حدّد مدة السجن تعزيراً بالنسبة للحر أن لا يصل سنة وللعبد ألا يصل نصف سنة كحد أعلى، وهذا هو مذهب الشافعية^(٦).

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٤٧٥/٥)، شرح العناية على الهداية (٤٧٥/٥)، الجوهرية النيرة (٢٤٧/١)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٥٤/٤)، تبصرة الحكام (٣٢٢/٢)، كشاف القناع (١٢٦/٦)، الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٢٧٩)، الطرق الحكمية (ص ٥٧).

(٢) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى (ص ٢٧٩)، والأحكام السلطانية للماوردي (ص ٢٣٦)، فتح القدير لابن الهمام (٤٧٥/٥).

(٣) انظر: تبصرة الحكام (٣١٩/٢).

(٤) انظر: فتح القدير (٤٧٤/٥)، شرح العناية على الهداية (٤٧٤-٤٧٥).

(٥) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي (ص ٢٩٣)، تبصرة الحكام (٣٢٢/٢).

(٦) انظر: أسنى المطالب (١٦٢/٤)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (١٦٥-١٦٤/٥)، السنن

الكبرى للبيهقي (٣٢٧/٨).

وحجتهم في ذلك:

لم أجد في الواقع لمن حدّد بأربعة أشهر أو ستة أشهر دليلاً يمكن أن يُصار إليه بهذا التحديد، ولعلّ من حدّد من الأئمة لم يقصد فيه أن التقدير حتم لازم، ولكنه ورد في ظروف معينة جاء تحديدها من باب السياسة الشرعية، والمصالح المرسلّة، على حسب الجناة في ذلك الوقت وعلى حسب نوع الجريمة، حيث إن الذين حددوا من الأئمة هو في الأمور المالية لمن ماطل فيها، وحينئذٍ لا يصح مع ذلك أن تُؤخذ كقاعدة عامة في كل الجناة والجريمة.

أما الشافعية الذين جعلوا الحدّ الأعلى في التعزير في الحبس أن لا يصل سنة، فإن دليلهم في ذلك ما أخرجه البيهقي بسنده عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (من بلغ حدّاً في غير حد فهو من المعتدين)^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

إن الحديث يدل على أنه لا يجوز أن يبلغ بالعقوبة التعزيرية مقدار حدّ من حدود الله تعالى، وحد الزاني غير المحصن هو جلده مائة مع تغريب سنة، والتغريب والسجن نوعان من أنواع الحبس، وعليه فلا يجوز أن يبلغ بالسجن تغزيراً حدّ الزاني غير المحصن وهو تغريبه سنة لهذا الحديث.

المناقشة:

أجاب أصحاب القول الأول على هذا الحديث بأنه حديث ضعيف، ضعفه ابن عبد الهادي الحنبلي^(٢) وقال: "لا يثبت ولا نعرف له إسناد موصول صحيح، ولكن

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحدّ فيها، باب: ما جاء في التعزير وإنه لا يبلغ به أربعين (٣٢٧/٨).

(٢) هو محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد المعروف بابن عبد الهادي الحنبلي، الفقيه المحدث، برع في العلل والطرق والرجال، ت: سنة (٧٤٤) هـ. انظر: الأعلام (٣٢٦/٥).

رواه أبو داود مرسلًا^(١)، والحديث رواه البيهقي مرسلًا أيضاً وقال " والمحموظ هذا الحديث مرسل "^(٢)، وعلى هذا فلا يمكن أن يحتجّ به.

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو قول جماهير أهل العلم لقوة تعليلهم وضعف ومناقشة دليل المخالفين، وذلك لأن الغاية من سجن المعزّر تأديبه وإصلاحه، وصلاحه لا يعرف إلا بظهور علامات قوية تدل على ذلك، وظهور هذه العلامات لا يقدر بمدة بل لا يمكن ذلك، فالمعول في ذلك توبة الجاني طالت المدة أو قصرت والله أعلم^(٣).

وعلى هذا فللإمام أو نائبه من القضاة تعزير الغاش في بيعه، وتعامله بالسجن حتى ينزجر ويرتدع، حماية للمجتمع من شرّه وتحاييله.



(١) تنقيح تحقيق أحاديث التعليق (٣/٣١٥) ط. الكتب العلمية.

(٢) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٨/٣٢٧)، والحديث ضعفه الزيلعي وقال: غريب كما في نصب الراية (٤/١٧٤)، وضعّفه الألباني كما في ضعيف الجامع رقم (٥٥٠٣).

(٣) انظر: حكم الحبس في الشريعة الإسلامية، للباحث محمد بن عبدالله الأحمد (ص ١٠٢)، وانظر: أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي (٤/٨٠)، في أنواع المشروع من الحبس، وهو كلام جميل يحسن مراجعته.

المبحث الرابع

العقوبة المعنوية

العقوبة المعنوية هي العقوبة التي لها مساس بشرف المجرم ومكانته وسمعته، وأهم أنواع هذه العقوبة هي التشهير، والتشهير عقوبة معنوية أكثر من كونها عقوبة بدنية.

والتشهير في اللغة: مأخوذ من شَهَّرَ بمعنى أعلنه وأذاعه، وشَهَّرَ به أذاع عنه السوء، وشَهَّرَهُ تشهيراً فاشتهر والشهرة: وضوح الأمر والشُهرة: الفضيحة، وهي ظهور الشيء في شُنعة حتى يَشَهَّرَهُ الناس^(١).

وفي الاستعمال الفقهي هو المناداة بالمجرم وإعلان ذنبه للناس ليعرفوه.

والتشهير كما سبق نوع من أنواع التعزير، والتعزير يرجع في تحديد جنسه وقدره إلى نظر الحاكم، فقد يكون بالضرب، أو الحبس، أو التوبيخ، أو التشهير. أو الغرامة المالية، أو المصادرة، أو إتلاف، أو غير ذلك حسب اختلاف مراتب الناس واختلاف الجرائم، واختلاف الأعصار والأمصار.

والتعزير بالتشهير جائز إذا علم الحاكم أن المصلحة فيه.

وقد كان الولاة المحتسبون السابقون عندما يريدون التشهير بالمدنّب، يُركّبونه حماراً أو جملاً ويلبسونه الطرطور^(٢) ويدار به في السوق، ويؤمر من يطوف به أن

(١) انظر: لسان العرب (٤/٤٣١-٤٣٢)، القاموس المحيط (ص ٥٤٠).

(٢) انظر: الطرطور هو من اللبد - الصوف - منقوشاً بالخرق الملونة مكللاً بالجزع - وهو خرز فيه

بياض وسواد. انظر: نهاية الرتبة في طلب الحسبة الشيزري (ص ١٠٩، ١٠٨)، ولسان العرب

(٤/٥٠١).

يقول: هذا فلان قد فعل كذا فاحذروه^(١)، وقد فعل هذه الطريقة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بشاهدي الزور، حيث أركبهما ركوباً مقلوباً وسوّد وجهيهما^(٢).

يقول الماوردي: للأمر إذا رأى من الصلاح في ردع السفلة أن يشهرهم وينادي عليهم بجرائمهم ساغ له ذلك^(٣).

وكذا قال ابن فرحون المالكي في التبصرة^(٤).

وعقوبة التشهير في هذا الزمان أعظم نكاية بالغشاشين المحتالين على أموال الناس؛ لأنها تصيب الغاش في سمعته التجارية وتعامل الناس معه، مما يكون أثره أعظم عند بعضهم من الحبس أو الغرامة المالية، ولهذا ينبغي للقاضي إذا أراد التعزير أن ينظر المصلحة الشرعية في ردع الظالم؛ لأن ذلك يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، وعقوبة التشهير في السابق أهون بكثير من عقوبتها في هذا الزمان، الذي أصبحت السمعة التجارية فيه تشتري بالأموال الطائلة.

ولهذا قال القرافي^(٥) - رحمه الله - : "إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فربّ تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر، كقطع الطيلسان ليس تعزيراً في الشام بل هو إكرام، وكشف الرأس بالأندلس ليس هواناً، وبمصر والعراق هوان"^(٦).

(١) انظر: العقد الفريد للملك السعيد لابن طلحة القرشي (ص ١٧٨)، ونصاب الاحتساب للسناي (ص ٢٨).

(٢) انظر: نصاب الاحتساب للسناي (ص ٢٨)، والحسبة في الإسلام لابن تيمية (ص ٥٤).

(٣) الأحكام السلطانية للماوردي (ص ٢٧٥).

(٤) انظر: تبصرة الحكام (١٥٠/٢).

(٥) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله، الصنهاجي، البهنسي، القرافي، الفقيه المالكي، الأصولي المفسر، انتهت إليه رئاسة المالكية في عصره، ت: سنة (٦٨٤هـ). انظر: الديباج المذهب (ص ٦٢)، الأعلام (١/٩٠).

(٦) تبصرة الحكام (٢/٢٩١).

وبالنظر لكلام أهل العلم يدل على أنه يجوز أن يكتفى بالتشهير كعقوبة تعزيرية إذا رأى الإمام ذلك، ويجوز أن يضم إليه عقوبة أخرى كالضرب والحبس، ومن أنواع التشهير الذي كان أهل العلم من الولاة والقضاة يفعلونها في زمانهم هي إخراج الغاش من السوق عقوبة له، ولهذا قال الإمام مالك - رحمه الله - فيمن فجر في سوق المسلمين فجعل في مكيله زفتاً أنه يُخرج من السوق، وذلك أشد عليه من الضرب والحبس^(١).

وقال ابن الماجشون المالكي^(٢) وغيره: "يعاقب من غش بسجن أو ضرب أو إخرجه من السوق إن كان معتاداً للغش والفجور، ولا يرجع إليه حتى تظهر توبته"^(٣).

ومثل هذا في زماننا، إغلاق محل الغاش وعدم بيعه في محله، ووضع لافتة في باب محله من قبل وزارة البلدية، وربما كتب ذلك في الصحف والمجلات على حسب نوع الجريمة وأثرها في المجتمع.

* * *

(١) انظر: مواهب الجليل (١٩٣/٦)، الطرق الحكيمة (ص ٢٢٨).

(٢) هو: عبد الملك بن عبدالعزيز بن عبدالله بن أبي سلمة، أبو مروان المدني، المعروف بابن الماجشون، الفقيه المالكي المفتي. ت: سنة (٢١٢) هـ. انظر: ترتيب المدارك (٣٦٠/١)، الأعلام (٣٠٥/٤).

(٣) التاج والإكليل (١٩٢/٦)، مواهب الجليل (١٩٣/٦).

الفصل الثاني

عقوبة الغش في نظام مكافحة الغش التجاري

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: الغرامة

المبحث الثاني: السجن

المبحث الثالث: إغلاق المحل (الإقفال)

المبحث الرابع: المصادرة

المبحث الخامس: التشهير

إن تفجّر الصناعات، وتنوع السلع والمنتجات، مع تعدد حاجات الفرد والجماعات، كلّ ذلك أدى إلى أن يتراكض المرء خلف كلّ جديد، وينشد كل منتج فريد، مما حدى بالدول الصناعية إلى زيادة إنتاجها، وكثرة صادراتها، فكان من نتيجة هذا التسابق المحموم، هو تزايد الغش بأنواعه وتنوع صورته وأشكاله، حتى أصبحت تلك الدول الصناعية في هذا العصر تفتنّ في إغراء المستهلكين وجذب الباعة والمشتريين لسلعهم ومنتجاتهم، مخفين عيبتها، ومدلسين شينها، بالوسائل الإعلانية، والإغراءات الدعائية التي أصبحت هذه - أيضاً - كما سبق - صناعة رائجة لها سماسرتها وفنونها المتنوعة، فأخذت تلك الشركات الصناعية تتبارى في التليس، وتتسابق في التدليس، فلم يقتصر غشهم على المنتجات الكمالية بل تعدّاهم إلى المواد الغذائية والصناعات الأساسية، يحدوهم في ذلك الجشع، ويقودهم الطمع على الحرص في جمع المال بكل وسيلة لزيادة الثروة، وازدياد الدخل مع ضعف الوازع الديني لدى بعض وكلائهم، والأنانية واللا أخلاقية عند بعض عملائهم، فكل هذه وغيرها أسباب ساعدت على انتشار الغش التجاري وتنوعت أساليبه في هذا الزمن على سبيل الخصوص.

ولقد أدركت المملكة العربية السعودية في وقت مبكر خطورة الغش وضرره على المنتجين والتجار والمستهلكين، بل على الاقتصاد العام بين المسلمين، فأصدرت الدولة العقوبات والتشريعات والتنظيمات لمكافحة الغش، فكان أول نظام صدر يحمل اسم نظام مكافحة الغش التجاري، وهو النظام الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٥) وتاريخ ١٤/٨/١٣٨١هـ، ثم لوحظ على هذا النظام بعد زمن عدم كفايته للواقع المعاصر؛ نظراً لتطور السوق التجاري في المملكة العربية السعودية، ونتيجة لذلك تنامت أساليب الخداع والغش، فعند ذلك صدر المرسوم الملكي رقم (١١) وتاريخ ٢٩/٥/١٤٠٤هـ، بالموافقة على نظام مكافحة الغش التجاري بالصورة

المعدلة، والذي يحل محل النظام السابق، ثم بعد ذلك صدرت اللائحة التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار وزير التجارة رقم (١٣٢٧/٣/١/٢٣) وتاريخ (١/٦/١٤٠٥هـ). وسوف نحاول في هذا الفصل أن نلقي الضوء على عقوبة الغش في نظام مكافحة الغش التجاري.

ومما ينبغي ملاحظته أن ماهية الغش التجاري وحقيقته في نظام مكافحة الغش التجاري يختلف بعض الشيء عن حقيقة الغش عند الفقهاء، فالفقهاء -رحمهم الله- يذكرون تعريف الغش من زاوية إثبات الخيار للمشتري من عدمه، بينما الغش في النظام يقوم على أساس ثبوت الركن المادي والمعنوي^(١) لإيقاع العقوبة على مزاوله الغش والخداع، ولهذا جاء في المادة الأولى من نظام مكافحة الغش التجاري: "يعاقب بغرامة من خمسة آلاف ريال إلى مائة ألف ريال، أو بإغلاق المحل مدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد على تسعين يوماً، أو بهما معاً، كل من خدع أو شرع في أن يخدع، أو غش، أو شرع في أن يغش بأي طريقة من الطرق في أحد الأمور التالية: أ- ذاتية السلعة أو طبيعتها، أو جنسها، أو نوعها، أو عناصرها، أو صفاتها الجوهرية.

ب- مصدر السلعة.

ج- قدر السلعة سواء في الوزن، أو الكيل، أو المقاس، أو العدد، أو الطاقة، أو العيار، أو استعمال طرق أو وسائل من شأنها جعل ذلك غير صحيح.

د- وصف السلعة، أو الإعلان عنها، أو عرضها بأسلوب يحوي بيانات كاذبة، أو خادعة"^(٢).

(١) انظر: صفحة (٤٦) من هذا الكتاب.

(٢) انظر: المادة الأولى من نظام مكافحة الغش التجاري (ص ١١) ط. مطابع الحكومة. ط. الثانية

ثم إن الغش في نظام مكافحة الغش التجاري لا يشترط فيه عدم علم المشتري بذلك، بل الواجب لتطبيق النظام هو علم البائع بغش السلعة أو فسادها، أو عدم صلاحيتها للاستعمال، ولا يمنع علم المشتري بذلك من توقيع العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام على مرتكب المخالفة^(١).

والغش بالسلع لتغريب المستهلكين ظلم وجناية بحق المسلم، ومن حق ولي الأمر أن يعاقب الغاش والمخادع بالعقوبة التقريرية التي يراها مناسبة لحماية الاقتصاد الوطني والمستهلكين، والعقوبة التي يوقعها ولي الأمر هي من باب التعزير والسياسة الشرعية، كما سبق إيضاح ذلك، وهي خمس عقوبات حسب ما نصَّ عليها نظام مكافحة الغش التجاري، وقد جعلنا كل عقوبة في مبحث مستقل لبيانها وشرحها، وهي خمس مباحث:

(١) انظر: المادة الثانية عشرة من النظام (ص ١٣).

المبحث الأول

الغرامة

والغرامة كما سبق تعريفها بأنها: "إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المعتمد في الحكم"^(١).

وقد ذكرنا في الفصل الأول من هذا الباب أن الغرامة عقوبة تعزيرية دلّ على شرعيتها السنة وأقوال الصحابة، وهي أهم العقوبات المالية والأكثر استخداماً في المخالفات؛ لأنها أعظم زاجر لمرتكبي المخالفات الشرعية، خاصة إذا استشعرنا أن معظم أو غالب من يقعون في جريمة الغش يكون رائدهم في ذلك الجشع، وحاديهم إليه الطمع، فإذا علموا أن عقوبة ذلك أخذ أموالهم وإنقاص ثروتهم أحجموا عن مقارنة تلك المخالفات، وعقوبة الغرامة جاءت في المادة (الأولى والثانية والثامنة) من النظام.

والناظر لنظام مكافحة الغش التجاري يلاحظ أن جميع جرائم الغش المنصوص عليها في النظام معاقب عليها بالغرامة، إلا أن بعض الجرائم تختلف عن بعض وتتفاوت من حيث الحد الأدنى والأعلى للعقاب بالغرامة، وهذا التفاوت حسب خطورة الغش وأثره على الصحة والاقتصاد العام.

والغرامة في النظام مقسّمة حسب الاستقراء إلى ثلاثة أقسام هي كالآتي:

١ - يعاقب بغرامة من خمسة آلاف ريال إلى مائة ألف ريال وهذه في الجرائم

التالية:

(١) انظر: الوسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام. د. أحمد فتحي سرور. ط. دار النهضة

- أ- الغش أو الخداع في السلع ، أو الشروع في ذلك.
- ب- استيراد السلع المغشوشة أو الفاسدة أو غير صالحة للاستعمال.
- ج- كل من استورد أو صنع أو طبع أو حاز أو باع أو طرح للتداول أية مواد أو عبوات أو مطبوعات قصد بها غش أية سلعة.
- د- مخالفة تنظيم الإعلان عن التخفيضات التجارية.
- وهذا واضح في المادة (١٨، ٨، ٥، ١) من النظام.
- ٢- يعاقب بغرامة من عشرة آلاف ريال إلى مائة ألف ريال وهذه في الجرائم التالية:

- أ- الغش في أغذية الإنسان أو الحيوان أو الشروع في ذلك.
- ب- البيع أو الطرح للبيع أو حيازة أغذية للإنسان مغشوشة أو فاسدة.
- وهذا واضح في المادة الثانية من النظام.
- ٣- يعاقب بغرامة من عشرة آلاف ريال إلى خمسين ألف ريال.
- وهذه في كل من حاول بآية وسيلة كانت دون قيام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكام هذا النظام ولائحته بواجباتهم أو عرقلة مهمتهم ، وهذا واضح في المادة الخامسة عشرة من النظام.
- والمأمل للنظام يرى أن للقاضي أن يجمع مع عقوبة الغرامة عقوبة أخرى إذا رأى المصلحة في ذلك ، وقد جاء في المادة الأولى من النظام ما نصه : "يعاقب بغرامة من خمسة آلاف ريال إلى مائة الف ريال أو بإغلاق المحل مدة لا تقل عن أسبوع ولا تزيد على تسعين يوماً ، أو بهما معاً - كل من خدع أو شرع أن يخدع ، أو غش أو شرع في أن يغش"^(١).

(١) انظر: المادة الأولى من النظام (ص ١١).

وحق القاضي في الجمع بين عقوبة الغرامة وعقوبة أخرى أو عدمه، هو في جميع الجرائم المنصوص عليها في النظام ما عدا جرمتين، نصت عليهما المادة الثانية من النظام هما:

أ- الغش في أغذية الإنسان أو الحيوان أو الشروع فيها.

ب- البيع أو الطرح للبيع أو حيازة أغذية للإنسان أو الحيوان المغشوشة من حيث المتطلبات أو الفاسدة، حيث إن الغاش في هذين المخالفتين يجب أن يعاقب بإغلاق المحل، أو بالسجن من أسبوع إلى تسعين يوماً، مع غرامة من عشرة آلاف ريال إلى مائة ألف ريال^(١).

* * *

(١) انظر: المادة الثانية من النظام (ص ١١).

المبحث الثاني

السجن

عقوبة السجن هي سلب حرية المحكوم عليه، بوضعه في أحد السجون المركزية أو العمومية في المدة المحكوم بها عليه^(١).

وقد حدّد النظام أحقية مَنْ يعاقب بالسجن، وهو الواقع في جريمتين هما:
أ- الغش في أغذية الإنسان أو الحيوان أو الشروع في ذلك.

ب- البيع أو الطرح للبيع، أو حيازة شيء من أغذية الإنسان أو الحيوان المغشوشة من حيث المتطلبات، أو الفاسدة^(٢)، ومدة العقوبة حسب النظام هي من أسبوع إلى تسعين يوماً، علماً بأن عقوبة السجن ليست حتمية، بل إن اللجنة مخيرة بين السجن وبين عقوبة غلق المحل، كما جاء ذلك في المادة الثانية من النظام.

على أنه يحق لمن صدر في حقه قرار العقوبة المشتمل على السجن من قبل اللجان المختصة، التظلم أمام ديوان المظالم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار^(٣).

* * *

(١) انظر: قوانين قمع التدليس والغش (ص ٣٤٨).

(٢) انظر: المادة الثانية من النظام (ص ١١).

(٣) انظر: المادة السابعة عشر من النظام (ص ١٥).

المبحث الثالث

إغلاق المحل (الإفصال)

ومع الانتقادات الكثيرة التي وُجّهت إلى هذه العقوبة، إلا أن الناظر في السوق التجاري يرى أثرها الظاهر في تقليل جريمة الغش عند الباعة والمنتجين، فإن أثرها في الزجر بَيْنٌ، ونفعها في تحجيم الغش متعيّن.

وعقوبة إغلاق المحل في جميع جرائم الغش المنصوص عليها في النظام، إلا جريمة واحدة وهي جريمة منع قيام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكام هذا النظام ولائحته بواجباتهم أو عرقلة مهمتهم، كما جاء ذلك في المادة الخامسة عشر؛ لأن هذه الجريمة لا يمكن تصور إغلاق المحل في حقهم.

ومدة غلق المحل لا تقل عن أسبوع ولا تزيد عن تسعين يوماً^(١).

* * *

(١) انظر: المادة الأولى والثانية من النظام (ص ١١).

المبحث الرابع

المصادرة

سبق في مبحث سابق أن عُرِّفت المصادرة بأنها: "نزاع ملكية المال جبراً على مالكة وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل"^(١).

وقد جاءت عقوبة المصادرة في نظام مكافحة الغش التجاري في كل من المادة (الثانية والخامسة والسادسة والسابعة والثامنة)، والمصادرة في النظام السعودي لها حالتان:

الحالة الأولى: المصادرة القضائية:

والمراد بها أن المصادرة لا تتم إلا بصدر قرار من اللجان بالمصادرة، وهذه المصادرة خاصة بأمرين كما في المادة الثانية من النظام هما:

أ- كل من غش أو شرع في أن يغش في متطلبات أي من أغذية الإنسان أو الحيوان.

ب- كل من باع أو طرح للبيع، أو حاز شيئاً من أغذية الإنسان أو الحيوان المغشوشة من حيث المتطلبات أو الفاسدة.

الحالة الثانية: المصادرة الإدارية:

وهي التي تتم من قبل الجهة الإدارية، والجهة الإدارية هي التي تتولى الضبط والمصادرة^(٢).

(١) انظر: الوسيط في شرح قانون العقوبات - القسم العام . د. أحمد فتحي سرور.

(٢) انظر: جرائم الغش التجاري في المملكة العربية السعودية (ص ١١١). للباحث عبدالعزيز بن كليب

- معهد الإدارة ١٤١٢هـ. ضمن البحوث التكميلية في قسم الأنظمة في معهد الإدارة.

والمصادرة الإدارية وردت في المواد (٥-٦-٧-٨) من النظام، والهدف من المصادرة في نظام مكافحة الغش التجاري هو منع الغاش من الوقوع في غائلة الغش مرة ثانية؛ لأنه تؤخذ وتنزع من الغاش كافة التسهيلات الإجرامية التي تمكنه من القيام بأعمال الغش كي يُحْمَى المجتمع من خطر ارتكاب جرائم جديدة؛ لأن تجريد الغشاشين من هذه الوسائل يؤدي إلى الحد من خطورتهم^(١)، هذا فضلاً عن عقوبته بأخذ ماله ومصادرته وحرمانه منه كي ينزجر ويرتدع.

والتصرف في السلع المغشوشة أو الفاسدة التي تمّ مصادرتها يكون على نحو ما قرّرته اللائحة التنفيذية في المادة الخامسة عشر والمادة التاسعة، فقد جاء في المادة الخامسة عشر: "السلع المغشوشة أو الفاسدة أو غير الصالحة للاستعمال، والتي يتم بيعها أو طرحها للبيع تصادر إدارياً دون مقابل ويتم التصرف فيها وفقاً لما يلي:

أ- السلع التي يثبت الغش في متطلباتها، أو يثبت فسادها، أو عدم صلاحيتها للاستعمال في أي غرض من الأغراض، يتم إتلافها بالوسيلة التي تقدرها الجهة الإدارية المختصة التي قامت بضبطها بعد تحرير محضر ضبط ومصادرة بذلك.

ب- فيما عدا السلع المشار إليها بالبند السابق يتم التصرف في السلع المصادرة على النحو الوارد بالمادة (٩) من هذه اللائحة"^(٢).

وهذه السلع الواردة في فقرة (ب) من المادة الخامسة عشر هي السلع المغشوشة التي يمكن الاستفادة منها، ويتم التصرف فيها حسب ما جاء في المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية، بأن توزع على جهات البرالمجان، أو بيعها بالمزايدة بعد اتخاذ إجراءات رفع سبب المخالفة عنها، على أن تخصم المصاريف المترتبة على ذلك من حصيلة البيع، أو التصرف فيها بأي وسيلة أخرى تكون محققة للمصالح العام^(٣).

* * *

(١) انظر: جرائم الغش التجاري في المملكة العربية السعودية (ص ١١٠).

(٢) انظر: المادة الخامسة عشر من اللائحة التنفيذية (ص ٣٥).

(٣) انظر: المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية (ص ٣٣).

المبحث الخامس

التشهير

التشهير في النظام هو الإعلان عن جريمة المحكوم عليه^(١).

وعقوبة التشهير عقوبة تصيب المحكوم عليه في شرفه وسمعته التجارية، وقد تكون أعظم عند بعض التجار من الحبس أو العقوبة الغرامية؛ لأن أثر عقوبة التشهير مستمر بخلاف عقوبة الحبس والغرامة، وعقوبة التشهير تطبق في حق المحكوم عليه في جميع جرائم الغش المنصوص عليها في النظام، بعد صدور القرار النهائي بالإدانة طبقاً لأحكام هذا النظام ولائحته.

ويكون التشهير بوسيلة واحدة على الأقل من وسائل الإعلام، سواء عن طريق الإذاعة أو التلفزة أو الصحيفة، وتكون تكلفة الإعلان على نفقة المحكوم عليه. وقد نصّت المادة العشرون من النظام في أحكام عقوبة التشهير على أن: "تُشهر وزارة التجارة بالمخالف الصادر ضده قرار نهائي بالإدانة طبقاً لأحكام هذا النظام ولائحته بوسيلة على الأقل من وسائل الإعلان، ويكون النشر على نفقة المحكوم عليه"^(٢).

* * *

(١) انظر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي (٧٠٤/١) للدكتور عبدالقادر عودة. ط.

الخامسة ١٣٨٨هـ.

(٢) انظر: المادة العشرين من نظام مكافحة الغش التجاري. ص (١٦).

رَفَع

عبد الرحمن العجمي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

**** الخاتمة ****

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث أسجل ما توصلت إليه من خلال دراسة فصوله ومباحثه النتائج الآتية:

١- التعريف المختار للغش هو: إظهار أحد المتعاقدين أو غيره العقد بخلاف الواقع بوسيلة قولية، أو فعلية، وكتمان وصف غير مرغوب فيه لو علم به أحد المتعاقدين لامتنع من التعاقد عليه.

٢- إن التدليس والتغريب والخداع، وإن كان كل واحد له معنى يخصه، إلا أن هذه المعاني تدخل في معنى الغش وبابه في استعمال الفقهاء والتعريف المختار للغش.

٣- ركن الغش وأساسه هو أن تكون الوسيلة - قولية كانت أو فعلية - خداعاً وغشاً، قد حدث بالذي له مصلحة في إبرام العقد، إلى الدخول في العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع بخلاف ذلك.

٤- عناية الشريعة الإسلامية في المعاملات، فأوجبت النصيحة والبيان وحرمت الغش والتحايل والكتمان، ورتبت على ذلك آثاراً وأحكاماً من الحرمة والإثم إلى إيقاع العقوبة والتغريب.

٥- الغش كبيرة من كبائر الذنوب، وقد يفسق فاعله وترد شهادته عند بعض العلماء.

٦- إذا اشترى المشتري شيئاً من مالكة ثم تبين أن المبيع مغصوب، فإن الأقرب أن المشتري بالخيار بين فسخ العقد أو إمضائه، إذا كان قادراً على انتزاعه من غاصبه، وإلا بطل العقد.

٧- إذا اشترى المشتري شيئاً من غاصبه ولم يجزه مالكة، فإن العقد باطل لعدم تمكنه من التصرف.

- ٨- إذا اتلف المشتري المبيع المغمصوب ولم يعلم بالغصب، فإن للمالك تضمين الغاصب لغصبه أو المشتري لإتلافه، ويرجع على الغاصب بالثمن الذي اشتراه.
- ٩- لا خلاف بين أهل العلم على تحريم النجش.
- ١٠- للنجش صور منها:
- أ- أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها.
- ب- أن يقول البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا كاذباً، ليظن المشتري أنها جديرة بهذا الثمن فيزيد.
- ج- مدح السلعة بالكذب ليرغب فيها المشتري.
- د- ذم السلعة وتعيُّبها لئلا تنفق، فيظن صاحبها أن قيمتها الحقيقية هي بما أوصلها الذام فيبيعها برخص.
- ١١- القول الراجح في بيع النجش أن العقد صحيح ولمن غرَّ الخيار بين الرد والإمساك.
- ١٢- تلقي الركبان محرّم وفاعله عاصٍ بفعله سواء اشترى منهم أو باع، وللركبان الخيار إذا دخلوا السوق وعلم أنهم غبنوا في بيعهم.
- ١٣- إذا دخل المشتري في عقد بيع لشئين صفقة واحدة ثم وجد أحدهما معيباً، أو مستحقاً، أو ما لا قيمة له شرعاً بقصد من البائع وتغريز، فإن الراجح أن للمشتري الخيار بين فسخ البيع أو إمضائه إذا كان الثمن مما ينقسم عليهما بالأجزاء، أو سمى لكل واحد منهما ثمناً.
- ١٤- من غشَّ بشراء شيء مؤجر، ولم يعلم بالتأجير، فإن له الخيار بين فسخ البيع أو إمضائه، مع بقاء حق المستأجر بالإجارة.
- ١٥- بيع المسترسل - وهو الذي يجهل قيمة الأشياء، ولا يُحسن المساومة، ويضع ثقته على البائع مطمئناً إلى أمانته - صحيح نافذ، وله الخيار إذا غبن غبناً فاحشاً.

- ١٦- إذا علم المشتري أن البائع قد غرّه في رأس المال، ولم يبيّنه على حقيقته، فإن للمشتري حق الخيار في الجملة بين الفسخ والإمضاء.
- ١٧- مَنْ باع على مفلس، ولم يَعْلَم بعيب الفليس، فإن له الحق الفسخ لأن الإفلاس كالعيب.
- ١٨- تصرية الحيوان للبيع محرم لا يجوز، وللمشتري متى ما علم بالتصرية في الأيام الثلاثة إلى تمامها، الخيار بين إمساكها أو ردّها ورد معها صاعاً من التمر.
- ١٩- لخيار التصرية شروط وهي:
- أ- أن يقصد البائع - أو نحوه - التصرية بنفسه، أو بغيره مع علمه بالحال.
- ب- أن لا يعلم المشتري بالتصرية حين إبرام العقد.
- ج- أن يبقى التدليس بعد حلب المشتري لها، فإن صار لبنها عادةً واستمر على كثرته، لم يثبت له الخيار.
- د- أن يرد المصراة بعد الحلب، فإن ردّها قبل الحلب فلا شيء عليه بالاتفاق.
- ٢٠- خيار التصرية ثابت في بهيمة الأنعام وغيرها من كل حيوان.
- ٢١- كلّ تدليس يُحَقِّق للعاقِد الآخر ظنّه الغالب بوجود الصفة الموهومة في العقود عليه، يثبت بسببه للمشتري الخيار عند عامة أهل العلم خلافاً لأبي حنيفة.
- ٢٢- كلّ تدليس في المبيع لا يتعيّن للجهة التي دلّس فيها كتسويد أنامل العبد، وشدة الإضاءة في المحل، فإنه لا يثبت للمشتري الخيار به، خلافاً للمالكية وبعض الشافعية والحنابلة.
- ٢٣- مَنْ باع بيعاً فيه عيب، فكتمه ولم يبيّن حاله فهو غاشٌّ آثمٌ تاركٌ للنصح في المعاملة، واقع في الوعيد الشديد في أكل أموال الناس بالباطل.
- ٢٤- إذا اطّلع المشتري على عيب في المبيع، ولم يعلم به حال الشراء فإن العقد صحيح نافذ لازم من جهة البائع، وغير لازم من جهة المشتري، بل له حق الإمضاء أو الفسخ، خلافاً لداود الظاهري.

٢٥ - إذا اختار المشتري إمساك المبيع، فليس له الحق في المطالبة بأرش العيب، خلافاً لمذهب الحنابلة، لأن الأرش معاوضة لا إيجاب فيها، إلا تعذر الرد.

٢٦ - لو تراضيا على دفع الأرش للمشتري، على أن يمسك المبيع العيب، ولا يفسخ العقد، صح ذلك خلافاً للشافعية.

٢٧ - إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً فرضيه أحدهما دون الآخر، فإنه يحق لمن لم يرض الرد، وإن لم يرد الآخر خلافاً للحنفية ورواية عن مالك وأحمد، وقول الشافعي في القديم.

٢٨ - موانع رد المبيع المغشوش (المعيب) أمور منها:

أ- ظهور ما يدل على الرضا بالمعيب.

ب- هلاك المبيع، أو تلفه.

ج- حدوث عيب جديد في العقود عليه.

د- زوال العيب عند المشتري.

هـ- العلم بالعيب بعد زوال ملك المشتري بالمبيع.

٢٩ - من اشترى شيئاً مأكوله في جوفه فوجد في عمقه عيباً، فلا يخلو الأمر من

حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان لا ينتفع بالمبيع بعد الكسر، فإن المشتري في هذه الحالة يرجع بالثمن كله على البائع، سواء أمكن الإطلاع على عيبه قبل كسره وفتحه أولاً، خلافاً للمالكية والرواية الثانية عند الحنابلة.

الحالة الثانية: إذا كان ينتفع بالمبيع بعد الكسر، فإن المشتري في هذه الحالة مخير بين الرد والإمساك، خلافاً للحنفية والمالكية والشافعية، سواء أمكن التوصل إلى معرفة عيبه قبل الكسر أو لم يمكن.

٣٠ - بيع المراجعة للأمر بالشراء هي: أن يتقدم العميل إلى البنك طالباً منه شراء

سلعة معينة بالمواصفات التي يحددها على أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة مراجعة

بالنسبة التي يتفقان عليها، ويدفع الثمن مقسّطاً حسب إمكانيته، وهي جائزة بشروطه المعتبرة التي أهمها عدم الإلزام في المواعدة، وأن يملكها المصرف قبل إبرام عقد المراجعة مع العميل.

٣١- بيع المراجعة للأمر بالشراء، إذا تمت المواعدة بين المصرف والعميل على شراء سلعة معينة، ثم رغب المشتري عن البيع، فلا يُلزم بذلك ولا يجوز أخذ تعويض لخسارة المصرف في شراء السلعة ولا يُعدّ الإخلاف بالوعد غشاً بالمصرف، لأنه يدخل في حكم بيع ما لا يملك الإنسان.

٣٢- إذا حصل في عقد الصرف غش، وقد اتفقا في الجنس بطل الصرف لعدم التقابض في مجلس العقد، وإذا اختلف الجنس وقد عيّنا التقد بأن باعه هذه الدنانير بهذه الدراهم، فإن العقد باطل فيما وجد به غش، ولا يجوز استبقاء المغشوش ولا استبداله.

٣٣- إذا وجد المسلم إليه (البائع) برأس مال السلم الذي قبضه في مجلس العقد غشاً، كأن أعطاه المسلم نقوداً وفي بعضها مزور، أو كان في بعض رأس مال السلم معيب فإن المسلم إليه حينئذٍ بالخيار بين الإمساك، أو الرد، فيبطل السلم، وليس له أخذ البدل، خلافاً للمالكية وأبي يوسف ومحمد من الحنفية وبعض فقهاء الشافعية والحنابلة.

٣٤- عقد الاستصناع جائز خلافاً لجماهير أهل العلم من المالكية والشافعية والحنابلة.

٣٥- ليس للمستصنع (المشتري) خيار إلا إذا كان بالمصنوع عيب أو غش ونحوه، وحينئذٍ له حق الإمساك بلا أرش مع مطالبة الصانع بإصلاح العيب أو الفسخ فيرد المصنوع ويأخذ الثمن.

٣٦- لا يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة، وإن فعل لم تسقط وكان الشريك على شفيعته خلافاً للحنفية والمالكية والشافعية؛ لأن هذا غش وإضرار بالشفيع، وإذا أراد أخذه، أخذه بالثمن الذي استقر عليه العقد.

٣٧- إذا اشترط البائع رهناً عن ثمن مبيع فغره الراهن وأعطاه رهناً لا يملكه فلما قبضه بان الرهن مستحقاً، فإن المرتهن بالخيار بين فسخ عقد المدائنة أو بقاءه مع بقاء الدين بلا رهن.

٣٨- إذا أغر المحيل المحتال، فأحاله على غير ملىء، وهو يعلم بذلك ورضي المحتال بالحوالة، ولم يعلم بفلس المحال عليه، ولم يشترط ملاءة المحال عليه، فإن للمحتال الرجوع على المحيل لأجل التفرير والغش، خلافاً للحنفية والشافعية والحنابلة في المشهور عندهم، وإذا اشترط المحتال ملاءة المحال عليه، فبان معسراً أو مفلساً، فله الرجوع أيضاً على المحيل خلافاً للحنفية والشافعية.

٣٩- عقد المعاولة هو عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر.

٤٠- عقد المعاولة إن كان كعقد الاستصناع فيأخذ حكمه، وإن كان العمل من المقاول ومواد البناء من صاحب العمل، فإن حصل غش من المقاول، بأن أخل في التصميم أو دلس بعمله فإنه يضمن ما عيبه، ولصاحب العمل تضمينه العيب الحاصل بسببه.

٤١- عقد الصيانة هو مجموعة الأعمال اللازمة التي يتعهد بها أحد الطرفين للآخر في إصلاح ما فسد، أو حفظه لبقائه صالحاً للانتفاع به.

٤٢- التكليف الفقهي لعقد الصيانة لا يخرج عن ثلاث صور:

أ- أن يكون عقد إجازة، لأن عقد الصيانة تنعقد أحياناً على عمل معين من تركيب أو إصلاح أو غير ذلك.

ب- أن يكون عقد جعالة، كصيانة الأعيان المجهول عيها، والضابط في كون عقد الصيانة إجازة أو جعالة هو عمل الصيانة نفسه وإمكانية ضبطه وتقديره.

ج- أن يكون داخلياً في عقد البيع ضمن الشروط التي يشترطها أحد العاقدين.

٤٣- إذا ثبت غش العامل في صيانته من تعيب أو غش ونحوه، فإن كان بمقدور العامل إصلاح العيب، فيجب عليه إصلاحه، فإن حصل نقص فعليه أرش النقص الحاصل بتعيبه، وإن كان الإصلاح مرهقاً للعامل أو ربما يعيبه أكثر، فإن صاحب العمل بالخيار بين قبوله أو مطالبة الأرش، ولا يملك الرد، لأنه مالك للسلعة.

٤٤- عقد التوريد هو عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعة معلومة، مؤجلة بصفة دورية، خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه.

٤٥- التكييف الفقهي لعقد التوريد لا يخلو من أمرين:

الأمر الأول: إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه.

الأمر الثاني: إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فهذا يتم بإحدى طريقتين:

أ- أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم فيجوز بشروطه المعتبرة شرعاً.

ب- إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين، فيكون البيع هنا من بيع الكالء بالكالء، أما إن كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما فتكون جائزة، على أن يتم البيع بعقد جديد.

٤٦- إذا شرط الزوج كون المرأة بكرةً أو جميلةً أو غير ذلك من الشروط، فإن بخلاف ذلك، فإنه يثبت له خيار الفسخ، ويرجع على مَنْ غرّه بذلك، خلافاً للحنفية وبعض الشافعية والحنابلة.

- ٤٧- إذا وجد الزوج بالمرأة عيباً يمنع كمال الاستمتاع واللذة، و يوجب نفوراً له، فإنه يثبت له حق الفسخ خلافاً للحنفية والظاهرية.
- ٤٨- كلُّ عيب ينفر عن كمال الاستمتاع، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة، يوجب الخيار لأحد الزوجين، خلافاً للمالكية والشافعية والحنابلة.
- ٤٩- إذا اختار الزوج الفسخ لأجل عيب في المرأة فإنه يجب عليه مهر المسمى، وله أن يرجع بالمهر على مَنْ غرّه من الولي أو المرأة إن كانت هي الغارّة، أو غيرهما ممن يطلع عليها، وكتّم العيب ولم يبيّنه، خلافاً للشافعي في الجديد والرواية الثانية عند الحنابلة.
- ٥٠- إذا تزوج رجل امرأة على أنها حرّة، فغرر بذلك وبانت أمة، وكان مما لا يحل له نكاح الإماء، فإن نكاحه باطل ويجب أن يُفَرَّقَ بينهما، ويرجع الزوج على مَنْ غرّه خلافاً للحنفية والظاهرية.
- وإن كان مما يحل له نكاح الإماء، فإن النكاح لا يفسد لأجل الغرور، والزوج بالخيار بين الفسخ والمقام على النكاح.
- ٥١- أولاد المغرور بالحرية أحرار لأجل اعتقاده حرّيتهم، ويفديهم ويرجع بقيمتهم على مَنْ غرّه.
- ٥٢- إذا تزوجت المرأة المطلقة رجلاً وفي نيتها أن يحلها لزوجها الأول، ولم يعلم زوجها الثاني غشها بذلك، فلما دخل بها نشزت وأساءت معاشرته، فإن غشها ونيتها لا أثر له في نكاح التحليل لأن الفرقة ليست بيدها، وإن كانت آئمة بصنيعها، ولو طلقها الثاني فلها أن ترجع إلى زوجها الأول.
- ٥٣- إذا غرّ الزوج زوجته فأخل بما شرطته في العقد، ثبت لها حق الفسخ خلافاً للحنفية والمالكية والشافعية.
- ٥٤- إذا وجدت الزوجة زوجها خصياً، ثبت لها حق الفسخ لأجل التغرير بالعيب خلافاً للظاهرية.

- ٥٥- إذا تزوجت المرأة رجلاً على أنه حر فبان عبداً، فإن النكاح صحيح لا يفسد بالغرور، ولها حق الفسخ لأجل التغرير بالحرية في قول عامة أهل العلم.
- ٥٦- إذا غرّ الزوج المرأة بنسبه فتزوجته، فبان بخلافه ثبت لها حق الفسخ خلافاً لزفر من الحنفية، وابن القاسم من المالكية، والنكاح صحيح غير لازم خلافاً لبعض فقهاء الشافعية.
- ٥٧- إذا تزوجت الأمة عبداً على أنه حرّ، ثبت لها حق الفسخ لأجل التغرير والغش بالحرية، خلافاً للشافعية وزفر من الحنفية.
- ٥٨- إذا غرّ الولي موليته في الخاطب، فنكحته، ثم بان نكاحها شغاراً، وأن الولي ما أنكحه إلا أن ينكحه موليته، فسد النكاح والشرط.
- ٥٩- إذا وجدت المرأة الصداق معيباً، أو مستحقاً، فردّته، فإن النكاح صحيح لازم، واختار أبو العباس ابن تيمية أن لها حق الفسخ.
- ٦٠- إذا ردّت المرأة الصداق المغشوش، فإنها ترجع على الزوج بقيمة المسمّى مطلقاً.
- ٦١- إذا خالغ الزوج امرأته على عِوض، فبان مغشوشاً، كالأستحقاق والحرية، فإن الخلع حينئذٍ يكون غير لازم؛ لأجل التغرير بعدم الوفاء بالشرط.
- ٦٢- إذا ادّعى شخص على آخر في حقه الثابت، فصالحه على مال، فبان معيباً أو مستحقاً، فإن له الرجوع بحقه الثابت، والردّ على المدعى عليه.
- ٦٣- وإن كان الصلح على إنكار فصالحه على عوض فبان معيباً، فإن اختار المدعي الرد، فإنه يرجع إلى دعواه قبل الصلح.
- ٦٤- إذا صالح القاتلُ أولياء المقتول على إسقاط القصاص بمقابل بدل، فبان المصالح به معيباً، فإذا ردّه أولياء المقتول، فإنهم يرجعون بقيمة العوض المصالح به، ولا حقّ لهم في الدم، خلافاً للظاهرية.

٦٥- الأوراق التجارية هي صكوك ثابتة قابلة للتداول بطريق التظهير تمثل حقاً نقدياً، وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليها أو بعد أجل قصير، ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء بدلاً من النقود.

٦٦- العلامة التجارية: هي كل إشارة مادية يتخذها شخص، أو مشروع اقتصادي ليميز منتجاته أو بضائعه أو خدماته، وتكون صالحة بذاتها للاستغلال التجاري.

٦٧- المغرور بالشراء لأجل وجود علامة تجارية مزورة أو مقلدة يثبت له حق الخيار بين الفسخ والإمضاء؛ لأنه تدليس بما يختلف الثمن لأجله.

٦٨- الدعايات التجارية هي كل الإجراءات التي تفعل لجذب انتباه الناس إلى سلعة أو تاجر عن طريق نشر الأخبار عنها، أو المعلومات، أو التقارير، ويكون ذلك بدون أجر مقابل.

٦٩- الدعاية التجارية لا تعدو أن تكون تعريفاً لسلعة ما، وبياناً لمزاياها وخصائصها، والثناء عليها، وهي تشبه إلى حد كبير عمل الدلال في العصر القديم إلى يومنا هذا.

٧٠- ضرورة وضع ضمانات وقيم ومعايير للإعلان يلتزم بها المعلن.

٧١- قيام الصحف ووسائل الإعلام المختلفة بالتأكد من توافر المعلومات والحقائق الصادقة في الإعلانات كشرط أساس لنشرها، وإيجاد جهاز رقابي في جميع أجهزة الإعلام يقابل جهاز مراقبة الجودة في وزارة التجارة، مهمته مراعاة توافر الشروط اللازمة لصحة الإعلانات.

٧٢- تغيير المشتري في الدعايات التجارية تغريراً بالقول، يثبت للمشتري حق الخيار بين الفسخ والإمضاء خلافاً للحنفية المتقدمين، والشافعية، وقول عند المالكية.

٧٣- البيع بشرط البراءة من العيوب: إذا كان البائع يعلم بالعيوب وقت البيع، فالبيع محرّم، وهو غاش بالمشتري، وللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء.

- ٧٤- اهتمام العلماء والمحتسبين على أسواق المسلمين تأليفاً وتطبيقاً وحرصهم على أن تبقى معاملات الناس على الصدق والأمانة.
- ٧٥- إنكار العلماء والمحتسبين على الغششة الذين يحتالون في بيعهم بالتدليس والتغريب والخداع ، وتغريبهم على فعلهم ، ومعاقبتهم بمصادرة أموالهم ، وعدم السماح لهم بالبيع في أسواق المسلمين.
- ٧٦- من أعظم العقوبات التي كان الخلفاء الراشدون ومن سار على نهجهم يفعلونها هي معاقبة الغاش بإتلاف ماله أو مصادرته والتصدق بها.
- ٧٧- أهمية دراسة واقع المعاملات اليوم لربطها بالأحكام الشرعية والقواعد الفقهية ، ليستبين الحق ، ويعرف الناس صحيحها من سقيمها.
- ٧٨- توعية الناس بكل أنواع الوسائل الإعلامية إلى حرمة الغش وعقوبة فاعله ، وبيان الآيات والأحاديث الدالة على حرمة ذلك ، وتكريس الجهود لتعريف الناس بالحيل والأساليب التي يستخدمها المحتالون لابتزاز أموال الناس وأخذ ثرواتهم.
- ٧٩- توعية الباعة بحرمة الغش وعقوبة فاعله ، وبيان العقوبات التي يمكن أن توقع في حق من ارتكب مثل هذه الأساليب والحيل ، وتعريفهم وتوعيتهم في ذلك بين الفينة والأخرى من قبل مرجعهم المتمثل في وزارة التجارة أو وزارة البلدية كل على حسب اختصاصه ، لأن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن.
- والله من وراء القصد وهو حسبنا ونعم الوكيل.
- والحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات.
- وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

رقع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

**** فهرس المراجع والمصادر ****

رَفْعُ

جسد الرسول محمد ﷺ
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

فهرس المراجع والمصادر

- ١- الإجماع، للعلامة أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق / د. عبدالقادر شن أر، طبعة أنقره - تركيا.
- ٢- الإحسان بتقريب صحيح ابن حبان، لعلاء الدين بن بلبان، تحقيق / شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٨٨ م.
- ٣- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام بمحاشية العدة، للعلامة محمد بن علي بن دقيق العيد، طبعة السنة المحمدية.
- ٤- أحكام الخطأ في المعاوضات المالية، رسالة لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء، للباحث / عبدالله بن ناصر السلمي .
- ٥- الأحكام السلطانية، لعلي بن محمد المارودي، دار الكتب العلمية.
- ٦- أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، لأحمد بن يوسف الدريويش، طبعة دار عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ
- ٧- أحكام الشيك في النظام السعودي، للدكتور عيد الجهني، مطابع المجد التجارية، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤ هـ.
- ٨- الأحكام العامة في قانون العقوبات، للسعيد مصطفى السعيد، دار المعارف بمصر، الطبعة الرابعة ١٩٦٢ م.
- ٩- أحكام العيب في الفقه الإسلامي، د/ إسماعيل كاضم العيساوي، دار البيارق، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ.
- ١٠- أحكام الغش التجاري في الفقه والنظام، لعبد المحسن الدوسري، بحث ماجستير مقدم للمعهد العالي للقضاء - قسم السياسة الشرعية.
- ١١- أحكام القرآن، لأبي بكر بن علي الرازي الجصاص، طبعة دار الفكر.

- ١٢- أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبدالله بن العربي، تحقيق / علي محمد الجاوي، طبعة دار المعرفة - بيروت - ١٤٠٧هـ.
- ١٣- أحكام القرآن، لعماد الدين الطبري، المعروف بالكيالهراس، تحقيق / موسى محمد علي وإخوانه، طبعة دار الكتب الحديثة - القاهرة، ١٩٧٤م.
- ١٤- أحكام القرآن، للإمام محمد بن إدريس الشافعي،، تحقيق / عبدالغني عبدالخالق، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ١٣٩٥ هـ.
- ١٥- أحكام المال الحرام، وضوابط الانتفاع والتصرف به في الفقه الإسلامي، د. عباس أحمد الباز، طبعة دار النفائس، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.
- ١٦- أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف، مطبعة أنصار السنة المحمدية.
- ١٧- أحكام عقد المقاوله، للأستاذ / فتيحه قره، الناشر منشأة المعارف ١٩٨٧ م.
- ١٨- أحكام عقد المقاوله، لمحمد لبيب شنب، طبعة سنة ١٩٦٢ م.
- ١٩- الأحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين علي الأمدي، تحقيق / الشيخ عبدالرزاق عفيفي، طبع مؤسسة النور للطباعة بالرياض سنة ١٣٨٧ هـ.
- ٢٠- إحياء علوم الدين، للإمام محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ.
- ٢١- أخبار القضاة، لمحمد بن خلف بن حيّان، الملقب بوكيع، طبعة عالم الكتب، بيروت.
- ٢٢- آداب الحسبة، للعلامة أبي عبدالله محمد بن أبي محمد السقطي المالقي، المطبعة الدولية عام ١٩٣١ م، باريس.
- ٢٣- أدب القاضي، للقاضي أبي الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق / الأستاذ محيي هلال سرحان، مطبعة الإرشاد ببغداد، سنة ١٣٩١ هـ.

- ٢٤- الإرشاد إلى سبيل الرشاد، للشريف محمد بن أحمد المعروف بابن أبي موسى، تحقيق / د. عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.
- ٢٥- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للعلامة محمد بن علي الشوكاني، طبع مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٨هـ.
- ٢٦- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
- ٢٧- أسئلة من بعض بائعي السيارات، للشيخ محمد بن صالح العثيمين، دار السنة، الخبر، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
- ٢٨- أساس البلاغة، للعلامة جارالله الزمخشري، طبع دار المعرفة، بيروت، سنة ١٩٨٢م.
- ٢٩- الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، للدكتور سليمان الطماوي، مطبعة عين شمس، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤م.
- ٣٠- أسنى المطالب شرح روض الطالب، للشيخ زكريا الأنصاري، الناشر: المكتبة الإسلامية.
- ٣١- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، جمع وإعداد أبي بكر بن حسن الكشناوي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية.
- ٣٢- الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٠هـ.
- ٣٣- الأشباه والنظائر، لجلال الدين السيوطي، تحقيق علاء السعيد، مكتبة نزار الباز مكة المكرمة.
- ٣٤- الإشراف على مذاهب أهل العلم، للإمام أبي بكر ابن المنذر، إخراج عبدالله بن عمر البارودي، المكتبة التجارية، دار الفكر، ١٤١٤هـ.

- ٣٥- الإشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبدالوهاب المالكي البغدادي، مطبعة الإدارة مصوّر.
- ٣٦- أصول مذهب الإمام أحمد، دراسة أصولية مقارنة، للدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، ١٤١٦هـ.
- ٣٧- إعلاء السنن، للعلامة زفر أحمد العثماني، طبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي، باكستان.
- ٣٨- الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، لخير الدين الزركلي، الطبعة الثالثة، بيروت، ١٣٨٩هـ.
- ٣٩- أعلام الحديث شرح صحيح البخاري، للإمام أبي سليمان حمد الخطابي تحقيق/ د. محمد بن سعد آل سعود، جامعة أم القرى، مركز إحياء التراث، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
- ٤٠- أعلام الموقعين عن رب العالمين، للعلامة ابن القيم الجوزية، طبعة دار الكتب العلمية.
- ٤١- الإعلام والدعاية، لعبد اللطيف حمزة، دار المعارف، بغداد، الطبعة الأولى.
- ٤٢- الإعلام ووسائله ودوره في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لشاكر إبراهيم، طبعة مؤسسة آدم للنشر والتوزيع.
- ٤٣- الإعلان ووسائل الإعلام وضوابطه الإسلامية، إعداد الباحث أحمد بن عبدالفتاح الضليمي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- ٤٤- أعمال الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.

- ٤٥- الإفصاح عن معاني الصحاح (في الفقه على المذاهب الأربعة)، للوزير عون الدين يحيى بن محمد بن هبيرة، تحقيق/ محمد حسن إسماعيل، طبع دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
- ٤٦- الإقناع، للإمام أبي بكر ابن المنذر، تحقيق/ د. عبدالله بن عبدالعزيز الجبرين، مطابع الفرزدق التجارية، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
- ٤٧- الإقناع لطالب الانتفاع، لشرف الدين موسى الحجاوي، تحقيق/ د. عبدالله التركي، دار هجر للطباعة، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
- ٤٨- الألفاظ الكتابية، للعلامة عبدالرحمن الهمداني، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤٠٠هـ.
- ٤٩- الأم للشافعي، طبعة دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ.
- ٥٠- الأموال، للإمام القاسم بن سلام أبي عبيد، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٣٨٨هـ.
- ٥١- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين المرادوي الحنبلي، تحقيق د. عبدالله التركي، وعبدالفتاح الحلو، دار هجر للطباعة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- ٥٢- أنوار البروق في أنواع الفروق، للإمام أحمد القرافي ومعه تهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين، طبع دار المعرفة للطباعة، بيروت.
- ٥٣- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، لقاسم القونوي، تحقيق/ د. أحمد الكبيسي، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ.
- ٥٤- أوجز المسالك إلى موطأ مالك، لمحمد زكريا الكاندهلوي، طبعة دار الفكر، ١٤١٠هـ.
- ٥٥- الأوراق التجارية، د. محمود محمد بابلي، الطبعة الأولى، ١٣٩٨م.

- ٥٦- الأوراق التجارية، لمحمد حسني عباس، طبع دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
- ٥٧- الأوراق التجارية في النظام السعودي، د. عبدالله العمران، مطبعة الإدارة العامة، معهد الإدارة سنة ١٤١٩هـ.
- ٥٨- إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك، للإمام أبي العباس أحمد الونشريسي، تحقيق/ أحمد بوطاهر، مطبعة فضالة بالمغرب، إشراف صندوق إحياء التراث الإسلامي سنة ١٤٠٠هـ.
- ٥٩- الاختيار لتعليل المختار، لعبدالله بن محمود الموصلبي الحنفي، تحقيق/ زهير الجعيد، دار الأرقم بن أبي الأرقم.
- ٦٠- الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي، تحقيق/ محمد حامد الفقي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ٦١- الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، للدكتورة أميرة عبد اللطيف مشهور، مكتبة مدبولي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩١م.
- ٦٢- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، لأبي عمر يوسف بن عبدالبر، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، توزيع مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- ٦٣- الاستصناع، لبدران الكاسب، بحث مقدّم لنيل درجة الماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- ٦٤- الاستصناع، للدكتور سعود بن مسعد الثبيتي، دار ابن حزم - بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ٦٥- الاستيعاب في أسماء الصحابة، لأبي عمر يوسف بن عبد البر طبعة دار الجيل بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

- ٦٦- الاقتراح في بيان الاصطلاح، للإمام محمد بن علي تقي الدين ابن دقيق العيد تحقيق / د. عامر حسن صبري، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- ٦٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام زين الدين بن إبراهيم المعروف بنجيم، طبع دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
- ٦٨- البحر المحيط في أصول الفقه، للإمام محمد بن بهادر الزركشي، بعناية د. عبدالستار أبو غدة، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.
- ٦٩- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمجموعة من الباحثين، طبع دار النفائس الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٧٠- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٧١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للعلامة محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، تحقيق / محمد صبحي حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٧٢- البداية والنهاية في التاريخ، للحافظ إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تصوير عن مطبعة السعادة بمصر، ١٣٥١هـ.
- ٧٣- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، للعلامة محمد بن علي الشوكاني، مطبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٤٨هـ.
- ٧٤- بذل الجهود في حلّ أبي داود، للشيخ المحدث خليل أحمد السّهارنفوري، طبعة دار الفكر.
- ٧٥- البرهان في أصول الفقه، لإمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك الجويني، تحقيق / د. عبدالعظيم الديب، طبع مطابع الدوحة، قطر، سنة ١٣٩٩هـ.
- ٧٦- بريقة محمودية، لمحمد بن محمد بن مصطفى الخادمي الحنفي، طبع دار إحياء الكتب العربية.

- ٧٧- بلغة السالك لأقرب المسالك أو حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، تأليف الشيخ أحمد الصاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ٧٨- بلوغ المرام من أدلة الأحكام، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق/ محمد حامد الفقي، طبعة مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
- ٧٩- البناية في شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، طبع دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١١هـ.
- ٨٠- البهجة شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي، دار المعرفة، بيروت الطبعة الثالثة، ١٣٩٧هـ.
- ٨١- بيان الدليل على بطلان التحليل، لأحمد بن عبدالحليم بن تيمية، طبعة مكتبة لينة، تحقيق/ د. فيحان بن شالي المطيري، الطبعة الثانية ١٤١٦هـ.
- ٨٢- بيع التقييط، للدكتور رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، الجزء الثاني.
- ٨٣- بيع الدين في الشريعة الإسلامية، د. وهبة الزحيلي، طبعة دار المكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٨٤- بيع المراجعة كما تجر به البنوك الإسلامية، للدكتور محمد بن سليمان الأشقر، ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٨٥- بيع المراجعة للأمر بالشراء، للدكتور يوسف القرضاوي، دار القلم، الكويت.
- ٨٦- بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، للدكتور/ رفيق المصري، طبع مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

- ٨٧- بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، تأليف أحمد سالم عبدالله ملحم، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.
- ٨٨- بيع المواعدة (المراجعة للأمر بالشراء)، للدكتور، بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة، الجزء الثاني ١٤٠٩هـ.
- ٨٩- تاج العروس شرح القاموس المحيط، للعلامة محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، طبع دار صادر، بيروت سنة ١٣٨٦هـ.
- ٩٠- التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن يوسف المواق دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ٩١- تاريخ الأمم والملوك لابن جرير الطبري، طبع دار المعارف بمصر.
- ٩٢- التاريخ الكبير، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٩٣- تاريخ بغداد، لأبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، تصوير عن طبعة الخانجي القاهرة، ١٣٤٩هـ.
- ٩٤- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، طبع دار الكتب العلمية.
- ٩٥- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للعلامة عثمان بن علي الزيلعي طبع دار الكتاب الإسلامي، مصوّر.
- ٩٦- التجريد لنفع العبيد المعروفة بحاشية البجيرمي على المنهج، للشيخ سليمان ابن محمد البجيرمي، نشر المكتبة الإسلامية، محمد أزدمير، تركيا.
- ٩٧- تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغيير، للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين، ضمن وسائل ابن عابدين، مطبعة أستانة ١٣٢٥هـ.

- ٩٨- تحرير ألفاظ التنبيه، للإمام النووي، طبع دار القلم، دمشق، سنة ١٤٠٨هـ.
- ٩٩- تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذى، للحافظ محمد بن عبد الرحمن المباركفوري مطبعة الفجالة، القاهرة، الطبعة الثانية ١٣٨٥هـ.
- ١٠٠- تحفة الفقهاء، لعلاء الدين السمرقندي، مطبعة دار الحديث بمصر.
- ١٠١- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للعلامة أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، طبعة دار صادر، بيروت.
- ١٠٢- تذكرة الحفاظ، للحافظ أبي عبدالله الذهبي، تصوير دار إحياء التراث العربي عن طبعة وزارة المعارف الحكومية بالهند.
- ١٠٣- التراتيب الإدارية، للعلامة الشيخ عبد الحى الكتاني، الناشر حسن جعنا، بيروت.
- ١٠٤- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض اليعصبى، تحقيق / الدكتور أحمد بكير محمود، نشر الحياة ببيروت، ومكتبة دار الفكر بليبيا، ١٣٨٧هـ.
- ١٠٥- التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، لعبد القادر عودة دار الكاتب العربى، بيروت.
- ١٠٦- التشريع الصناعى، للدكتور محمد حسنى عباس ط. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م.
- ١٠٧- التشريعات الصناعىة، للدكتورة سميحة القليوبى، ط. دار الاتحاد العربى للطباعة.
- ١٠٨- تصحيح الفروع، للعلامة أبى الحسن على المرادوى، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ.

- ١٠٩- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، للدكتور سامي حسن حمود، مطبعة الشرق ومكثتهما، عمان، الطبعة الثانية.
- ١١٠- تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق / د. إكرام الله إمداد الحق، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ١١١- التعريفات، للشريف الجرجاني، طبع الدار التونسية للنشر سنة ١٩٧١م.
- ١١٢- التعزير بالحبس والمال، إعداد: علي بن عبد العزيز العسكر، وهي رسالة مقدمة للمعهد العالي للقضاء لنيل درجة الماجستير لعام ١٣٩٧هـ.
- ١١٣- التعزير في الشريعة الإسلامية، لعبد العزيز عامر، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الأولى.
- ١١٤- التعليق المغني على الدارقطني، لأبي الطيب محمد آبادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة ١٤١٣هـ.
- ١١٥- التفرع، لأبي القاسم عبيد الله بن الجلاب البصري تحقيق الدكتور: حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
- ١١٦- تقريب التهذيب، للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق / أبي الأشبال شاغف الباكستاني، دار العاصمة، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ١١٧- تقرير القواعد وتحرير الفوائد المعروف بالقواعد، للحافظ عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، تحقيق / مشهور حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.
- ١١٨- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ ابن حجر تحقيق / د. شعبان إسماعيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- ١١٩- التمام لما صح في الروايتين والثلاث والأربع عن الإمام، والمختار من الوجهين عن أصحابه العرائن الكرام، للإمام محمد بن محمد بن الحسين بن الفراء،

- الشهير بالقاضي أبي الحسين بن شيخ المذهب القاضي أبي يعلى. تحقيق د/ عبدالله الطيار و د/ عبد العزيز الحجيلان. دار العاصمة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- ١٢٠- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، للإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق سعيد أعراب، توزيع مؤسسة قرطبة سنة ١٤٠٦هـ.
- ١٢١- التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، للدكتور سعود بن سعد آل دريب رحمه الله، مطابع حنيفة الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.
- ١٢٢- تنقيح أحاديث التعليق، للحافظ محمد بن عبد الهادي الحنبلي، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأول ١٤١٩هـ.
- ١٢٣- تهذيب الأسماء واللغات، للإمام شرف الدين النووي، مطبعة المنيرية بمصر.
- ١٢٤- تهذيب التهذيب، للحافظ ابن حجر العسقلاني، اعتناء إبراهيم الزبيق وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ١٢٥- تهذيب السنن، للعلامة ابن القيم الجوزية، تحقيق أحمد شاكر ومحمد حامد الفقي، الناشر: مكتبة ابن تيمية والسنة المحمدية.
- ١٢٦- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، للحافظ جمال الدين يوسف المزري، تحقيق بشار عواد، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ.
- ١٢٧- التوقيف على مهمات التعريف، للعلامة محمد المناوي تحقيق د/ محمد رضوان الداية، طبع دار الفكر بدمشق الطبعة الأولى سنة ١٤١٠هـ.
- ١٢٨- تيسير التحرير شرح كتاب التحرير، لكمال الدين محمد بن الهمام الحنفي محمد أمين، المعروف بأمير بادشاه الحنفي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٠هـ.

- ١٢٩- الثقات، للإمام الحافظ أبي حاتم البستي الشهير بابن حبان، ط. دار الفكر، بمساعدة وزارة المعارف الحكومية بالهند، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.
- ١٣٠- جامع الأصول من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، لأبي السعادات مبارك بن محمد بن الأثير الجزري، مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى ١٣٧١هـ.
- ١٣١- جامع البيان في تفسير القرآن، للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تحقيق/ محمود محمد شاكر دار المعارف، القاهرة، طبعة المطبعة الكبرى ببولاق سنة ١٣٢٨هـ.
- ١٣٢- جامع التحصيل في أحكام المراسيل، للحافظ صلاح الدين بن خليل العلاني، تحقيق / حمدي عبد المجيد السلفي، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ.
- ١٣٣- جامع الفصولين، لمحمود بن إسرائيل قاضي سماونة، طبعة بولاق سنة ١٣٠٠هـ.
- ١٣٤- الجامع في الجرح والتعديل لأقوال أئمة الجرح، جمع وترتيب، السيد النوري، والدكتور محمد مهدي المسلمي وغيرهما، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ١٣٥- الجامع لأحكام القرآن، للإمام أبي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
- ١٣٦- جرائم الشيك، للدكتور حسن صادق المرصفاوي، طبعة دار المعارف، القاهرة.
- ١٣٧- جرائم الشيك في ضوء الفقه وأحكام النقض، للدكتور مجدي محب حافظ، طبع دار الفكر الجامعي.

- ١٣٨- جرائم الغش التجارية في المملكة العربية السعودية، إعداد عبد العزيز الكليب ضمن البحوث التكميلية في قسم الأنظمة، معهد الإدارة سنة ١٤١٢هـ.
- ١٣٩- الجرح والتعديل، للإمام الحافظ عبد الرحمن بن محمد الرازي الشهير بابن أبي حاتم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ١٢٧١هـ.
- ١٤٠- جريدة الرياض عدد (١١٦٦٤) الاربعاء ٢٧/صفر/١٤٢١هـ.
- ١٤١- الجريمة أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقهاء الإسلاميين، للدكتور عبد الفتاح خضر، مطابع، معهد الإدارة العامة سنة ١٤٠٥هـ.
- ١٤٢- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للشيخ صالح بن عبد السميع الأبي الأزهري دار الفكر، بيروت سنة ١٤١٥هـ.
- ١٤٣- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن محمد بن نصر القرشي، طبع حيدرآباد بالهند سنة ١٣٣٢هـ.
- ١٤٤- الجواهر النقي على السنن للبيهقي، للعلامة علاء الدين بن علي المارديني الشهير (بابن التركماني) دار المعرفة، بيروت.
- ١٤٥- حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، للشيخ محمد البناني دار الفكر، بيروت عام ١٣٩٨هـ.
- ١٤٦- حاشية الجمل على شرح المنهج، للعلامة سليمان الجمل، مطبعة محمد البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٧هـ.
- ١٤٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، للعلامة محمد بن عرفة الدسوقي طبع دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي.
- ١٤٨- حاشية الرملي على أسنى المطالب، للشيخ الشهاب الرملي بهامش أسنى المطالب، الناشر المكتبة الإسلامية.
- ١٤٩- حاشية الروض المربع، للشيخ عبد الرحمن بن قاسم، المطابع الأهلية للأوفست، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ.

- ١٥٠- حاشية السندي على المجتبى للنسائي، للشيخ أبي الحسن نور الدين بن عبد الهادي السندي، بعناية / عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ.
- ١٥١- حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، للشيخ أبي الضياء نور الدين على الشبراملسي، دار الفكر، الطبعة الأخيرة ١٤٠٤هـ.
- ١٥٢- حاشية الشلبي على تبين الحقائق، لشهاب الدين أحمد الشلبي، مطبوع بحاشية تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، طبع دار الكتاب الإسلامي.
- ١٥٣- حاشية الشيخ علي العدوي على شرح الخرخشي على مختصر خليل، دار الفكر.
- ١٥٤- حاشية العدوي على شرح أبي الحسن المسمى (كفاية الطالب الرباني: لرسالة ابن أبي زيد القيرواني) للعلامة علي الصعيدي العدوي، دار الفكر.
- ١٥٥- حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع، للشيخ حسن بن محمد العطار طبع دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٥٦- حاشية عثمان النجدي على منتهى الإرادات، للشيخ عثمان بن أحمد النجدي الشهير بابن قائد، تحقيق / د. عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.
- ١٥٧- حاشيتا عبد الحميد الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج، طبعة دار صادر، بيروت.
- ١٥٨- حاشيتا قليوبي وعميرة، للشيخ شهاب الدين قليوبي، والشيخ عميرة، على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي، طبعة عيسى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٩٤هـ.
- ١٥٩- الحاوي الكبير، للإمام أبي الحسن الماوردي، تحقيق / د. محمود مطرجي، دار الفكر سنة ١٤١٤هـ.

- ١٦٠- الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، للشيخ الدكتور بكر أبو زيد، طبعة المكتب الإسلامي.
- ١٦١- الحسبة في الإسلام، لأبي العباس ابن تيمية، طبع دار الكتب العلمية، سنة ١٣٨٧هـ.
- ١٦٢- الحسبة في الماضي والحاضر بين ثبات الأهداف وتطور الأسلوب، للدكتور علي بن حسن القرني، طبعة مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ١٦٣- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ.
- ١٦٤- حق الابتكار في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد فتحي الدريني وفئة من العلماء، طبع مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة ١٩٨٤م.
- ١٦٥- حكم الحبس في الشريعة الإسلامية، لمحمد بن عبدالله الأحمد، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.
- ١٦٦- حكم قبض الشيك، وهل هو قبض لمحتواه، للشيخ عبدالله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، الجزء الثاني.
- ١٦٧- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، للحافظ أبي نعيم أحمد الأصبهاني تصوير عن مطبعة السعادة بمصر، (١٣٥٠هـ).
- ١٦٨- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للعلامة أبي بكر محمد الشاشي القفال، تحقيق/ د. ياسين أحمد إبراهيم، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الأولى ١٩٨٨م.
- ١٦٩- الحماية الجنائية للمستهلك للدكتور حسني الجندي، دار النهضة العربي.
- ١٧٠- الحماية النظامية من الغش والخداع للمستشار صلاح سالم، طبع الغرفة التجارية.

- ١٧١- الخداع الإعلاني وأثره على المستهلك في دولة الكويت، للأستاذ الدكتور نعيم أبو جمعة، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية العدد (٥٠) شعبان ١٤٠٧هـ.
- ١٧٢- الخيار وأثره في العقود للدكتور عبد الستار أبو غدة، مطبعة مقهوي، الكويت الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
- ١٧٣- الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، للإمام محمد علاء الدين الحصكفي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٧٤- دراسات في أصول المداينات، للدكتور نزيه حماد، الناشر دار الفاروق، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.
- ١٧٥- درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الجليل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ.
- ١٧٦- درر الأحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرموزا (منلا خسرو)، طبعة دار إحياء التراث العربي.
- ١٧٧- الدرر السنّية في الأجوبة النجدية، جمع الشيخ عبد الرحمن بن قاسم، الطبعة الخامسة ١٤١٤هـ.
- ١٧٨- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تصوير دار إحياء التراث العربي عن طبعة وزارة المعارف الحكومية بالهند.
- ١٧٩- الدعاية التجارية، لفائز الصواف، محاضرات أقيمت على طلاب كلية التجارة بجامعة دمشق.
- ١٨٠- دقائق أولي النهي شرح المنتهى أو شرح منتهى الإيرادات، للعلامة منصور بن يونس البهوتي، طبعة دار الفكر.
- ١٨١- الدباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، للعلامة إبراهيم بن فرحون المالكي، تحقيق/ د. محمد الأحمد أبو النور، نشر دار التراث، القاهرة.

- ١٨٢- الذخيرة، لشهاب الدين أحمد القراني، تحقيق / د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- ١٨٣- ذيل طبقات الحنابلة، للحافظ زين الدين عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، مطبعة السنة المحمدية، سنة ١٣٧٢هـ.
- ١٨٤- رؤوس المسائل، للعلامة جار الله الزمخشري، تحقيق / عبدالله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ١٨٥- الربا والمعاملات المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور عمر المترك، دار العاصمة، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ.
- ١٨٦- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، للعلامة محمد بن عبدالرحمن الدمشقي، طبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٨٦هـ.
- ١٨٧- رد المختار على الدر المختار، للعلامة محمد أمين ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٨٨- رسائل ابن عابدين، للعلامة محمد أمين ابن عابدين، طبعة دار السعادة، تصوير طبعة أستانة ١٣٢٥هـ.
- ١٨٩- الرسالة المستطرفة، للسيد محمد بن جعفر الكتاني، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٣٨٣هـ.
- ١٩٠- الروض المربع شرح زاد المستقنع، للعلامة منصور البهوتي، تحقيق / بشير محمد عيون طبعة دار البيان، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.
- ١٩١- روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام شرف الدين النووي، المكتب الإسلامي بيروت، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
- ١٩٢- روضة الناظر وجنة المناظر، للإمام عبدالله بن قدامة الشهير بالموفق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- ١٩٣- الروضة الندية شرح الدرر البهية، للعلامة محمد صديق حسن خان، دار الندوة الجديدة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٨ م - ١٤٠٨ هـ.
- ١٩٤- زاد المستنقع في اختصار المقنع لموسى الحجاوي، طبعة دار البخاري، القصيم بريدة.
- ١٩٥- زاد المعاد في هدي خير العباد، للعلامة ابن القيم الجوزية، تحقيق/ عبدالقادر وشعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة عشر، ١٤٠٦ هـ.
- ١٩٦- الزاهر، للإمام الأزهري، طبعة وزارة الأوقاف الكويتية، سنة ١٣٩٩ هـ.
- ١٩٧- الزواجر عن اقتراف الكبائر، لأبي العباس أحمد بن حجر الهيتمي، دار المعرفة - بيروت - لبنان، ١٤٠٨ هـ.
- ١٩٨- سبل السلام شرح بلوغ المرام، للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني، طبعة دار الحديث.
- ١٩٩- السحب الوايلة على ضرائح الحنابلة، تأليف محمد بن عبدالله بن حميد النجدي، تحقيق/ الدكتور بكر أبو زيد والدكتور عبدالرحمن العثيمين، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.
- ٢٠٠- سلاله الفوائد الأصولية والشواهد والتطبيقات القرآنية والحديثية للمسائل الأصولية في أضواء البيان، جمعه عبدالرحمن بن عبدالعزيز السديس، دار الهجرة، الطبعة الأولى، ١٤١٦ هـ.
- ٢٠١- سلسلة الأحاديث الصحيحة، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥ هـ.
- ٢٠٢- السنن، للإمام الحافظ سعيد بن منصور، تحقيق/ حبيب الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ.

- ٢٠٣- سنن أبي داود، للإمام سليمان بن داود السجستاني، تحقيق / عزت الدّعاس وعادل السيّد، دار الحديث، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ.
- ٢٠٤- سنن ابن ماجّة، للحافظ أبي عبدالله محمد القزويني، تحقيق / محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
- ٢٠٥- سنن الترمذي المسمى الجامع الصحيح للإمام، لأبي عيسى محمد الترمذي، تحقيق / أحمد شاكر وكمال الحوت، ومحمد فؤاد عبدالباقي، دار الكتب العلميّة بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٢٠٦- سنن الدارقطني، للإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ١٤١٣هـ.
- ٢٠٧- سنن الدارمي، للإمام الحافظ عبدالله بن عبدالرحمن الدارمي، تحقيق / فواز أحمد زمزلي وخالد السبع العلمي، دار الريان للتراث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ٢٠٨- السنن الكبرى، للإمام الحافظ أحمد بن الحسين البيهقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ٢٠٩- سنن النسائي، المسمّى المجتبى، للإمام أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، اعتنى به عبدالفتاح أبو غدة، الناشر، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ.
- ٢١٠- السوق الإسلامية المشتركة، للدكتور محمد محمود بابلي، طبع دار المدينة، الرياض سنة ١٣٩٥هـ.
- ٢١١- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعيّة، للإمام أحمد بن عبدالحليم ابن تيميّة، الناشر دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٩م.
- ٢١٢- سير أعلام النبلاء، للحافظ أبي عبدالله محمد بن أحمد الذهبي، مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة، ١٤١٠هـ.

- ٢١٣- السيرة الحلبية، للإمام علي برهان الدين الحلبي، طبعة مصطفى البابي، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ.
- ٢١٤- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، للعلامة محمد بن علي الشوكاني، تحقيق/ محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ٢١٥- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، الناشر: دار الكتاب العربي، مصور عن الطبعة الأولى ١٣٤٩هـ.
- ٢١٦- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن العماد الحنبلي، تحقيق الدكتور نور الدين زعتر، دار الملاح، دمشق، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ.
- ٢١٧- شرح ابن ميارة الفارسي على تحفة الحكام، طبعة الاستقامة بالقاهرة.
- ٢١٨- شرح الخرشبي على مختصر خليل للشيخ محمد الخرشبي، دار الفكر، بيروت.
- ٢١٩- شرح الزرقاني على مختصر خليل، للشيخ عبد الباقي الزرقاني، دار الفكر، بيروت عام ١٣٩٨هـ.
- ٢٢٠- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لمحمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي تحقيق / د. عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين.
- ٢٢١- شرح السنة، للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- ٢٢٢- شرح العلل للحافظ زين الدين بن رجب، تحقيق د/ همام عبد الرحيم مكتبة المنار، الأردن، الزرقاء الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.
- ٢٢٣- شرح القانون المدني - العقود المسماة، للدكتور عدنان إبراهيم السرحان، دار الثقافة، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
- ٢٢٤- الشرح الكبير على المقنع، لشمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن أبي عمر ابن قدامة تحقيق/ د. عبدالله التركي، طبعة هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

- ٢٢٥- الشرح الكبير على مختصر خليل، للشيخ أحمد الدردير، طبع دار إحياء الكتب العربية عيسى البالي الحلبي.
- ٢٢٦- شرح الكوكب المنير، للعلامة محمد بن أحمد الفتوحى المعروف بابن النجار تحقيق د/ محمد الزحيلي و د/ نزيه حماد، الناشر: مكتبة العبيكان ١٤١٣هـ.
- ٢٢٧- شرح المحلي على منهاج الطالبين للنووي، للعلامة جلال الدين المحلي، طبعة عيسى البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٩٤هـ.
- ٢٢٨- شرح المنهج، للشيخ زكريا الأنصاري، دار إحياء التراث العربي، محمد البابي ١٣٥٧هـ.
- ٢٢٩- شرح جمع الجوامع مع حواشيه، للعلامة جلال الدين المحلي، طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، لعيسى البابي الحلبي.
- ٢٣٠- شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبدالله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق/ محمد أبو الأجنان والطاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.
- ٢٣١- شرح صحيح مسلم، للإمام شرف الدين زكريا النووي، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٣٤٩هـ.
- ٢٣٢- شرح مجلة الأحكام العدديّة للأتاسي، مطبعة حمص، ١٣٤٩هـ.
- ٢٣٣- شرح معاني الآثار، للإمام أبي جعفر الطحاوي، تحقيق: محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ.
- ٢٣٤- صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، لأبي العباس أحمد بن علي القلقشندي نسخة مصورة عن الطبعة الأميرية.
- ٢٣٥- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، للإمام إسماعيل الجوهري، تحقيق/ أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ.

- ٢٣٦- صحيح مسلم، للإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق/ فؤاد عبد الباقي، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ٢٣٧- الضعفاء الكبير، للحافظ أبي جعفر محمد بن عمرو العقيلي، تحقيق الدكتور/ عبد المعطي أمين قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى.
- ٢٣٨- ضعيف الجامع الصغير، للشيخ ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة ١٤١٠هـ.
- ٢٣٩- ضوابط استعمال الكميالة في النظام السعودي، للدكتور/ عيد مسعود الجهني، مطبعة المجد التجارية، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ.
- ٢٤٠- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور/ عدنان التركماني، مكتبة دار المطبوعات الحديثة، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.
- ٢٤١- طبقات الحنابلة، للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى الفراء، تحقيق/ محمد بن حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة ١٣٧١هـ.
- ٢٤٢- طبقات الشافعية الكبرى، لعبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي تحقيق/ الطناحي الحلو، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة ١٣٨٣هـ.
- ٢٤٣- الطبقات الكبرى، للإمام المؤرخ محمد بن سعد، طبعة دار صادر، بيروت لبنان، ١٣٨٠هـ.
- ٢٤٤- طرح الشريب في شرح التقريب، لزين الدين أبي الفضل العراقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- ٢٤٥- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، للعلامة ابن القيم الجوزية ط. دار البيان بدمشق سنة ١٤١٠هـ.
- ٢٤٦- طلبة الطلبة، للإمام أبي حفص النسفي، مطبعة العامرة، استانبول سنة ١٣١١هـ.

- ٢٤٧- عارضة الأحوزي بشرح صحيح الترمذي، للإمام أبي بكر ابن العربي المالكي، دار أم القرى للطباعة والنشر، القاهرة.
- ٢٤٨- العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى الحنبلي، تحقيق الدكتور / أحمد علي الباركي طبع مؤسسة الرسالة، بيروت سنة ١٤٠٠هـ.
- ٢٤٩- العقد الإداري، د/ محمد حلمي، طبعة دار الفكر الطبعة الثانية.
- ٢٥٠- عقد الإيجار، لحمدي عبد الرحمن، طبعة دار النهضة العربية.
- ٢٥١- عقد التوريد، للأستاذ الدكتور عبد الله المطلق، ضمن مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر، جماد الآخر ١٤١٤هـ.
- ٢٥٢- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لعبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق د/ محمد أبو الأجنان، و /أ/ عبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ٢٥٣- عقد السلم في الشريعة الإسلامية، للدكتور نزيه حماد، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
- ٢٥٤- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، لمحمد أمين بن عابدين طبعة دار المعرفة، بيروت، الطبعة ١٣٠٠هـ.
- ٢٥٥- العقود المسماة، للشيخ مصطفى الزرقاء، مطبعة الجامعة السورية سنة ١٩٤٨هـ.
- ٢٥٦- العقود النورانية الفقهية، لأبي العباس ابن تيمية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولى ١٣٧٠هـ.
- ٢٥٧- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، للإمام العلامة بدر الدين العيني، طبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر سنة ١٣٩٢هـ.
- ٢٥٨- العناية على الهداية، للشيخ محمد بن محمود البابرتي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة الأولى، ١٣١٧هـ.

- ٢٥٩- الغاية القصوى في دراية الفتوى، للإمام عمر عبد الله بن عمر البيضاوي، تحقيق / د. علي محيي الدين القره داغي، طبعة دار الإصلاح ١٩٨٢م.
- ٢٦٠- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، للشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض، الطبعة الثانية ١٤٠١هـ.
- ٢٦١- الغرر البهية شرح البهجة الوردية، للشيخ زكريا الأنصاري، طبعة المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٨هـ.
- ٢٦٢- الغرر وأثره في العقد، للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، دار الجيل، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ.
- ٢٦٣- غريب الحديث، للإمام القاسم بن سلام أبي عبيد، طبعة حيدر آباد بالهند ١٣٨٤هـ.
- ٢٦٤- الغش التجاري في النظام السعودي والفقہ الإسلامي، إعداد فارس الحقباني، بحث تكميلي مقدّم من المعهد العالي قسم السياسة الشرعية لنيل درجة الماجستير.
- ٢٦٥- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، للإمام الحموي الحنفي ط. دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢٦٦- غوث المكودود في تخريج أحاديث المنتقى لابن الجارود، لأبي إسحاق الحويني، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٢٦٧- الفائق في غريب الحديث، لجار الله الزمخشري، ط. عيسى البابي الحلبي بمصر سنة ١٩٧١م.
- ٢٦٨- الفتاوى البزازية، لابن بزاز الكردي الحنفي، مطبوع في حاشية الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان الطبعة الثالثة ١٤٠٠هـ.
- ٢٦٩- الفتاوى الفقهية الكبرى، للعلامة ابن حجر الهيتمي، نشر المكتبة الإسلامية.
- ٢٧٠- الفتاوى الكبرى، لأبي العباس ابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ٢٧١- الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البخلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٧٢- فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ
- ٢٧٣- فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر، ترتيب محمد المغراوي، طبعة مجموعة التحف والنفائس الدولية، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٢٧٤- الفتح الرباني بترتيب مسند أحمد الشيباني، للشيخ أحمد البنا، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٧٥- فتح العزيز بشرح الوجيز، للإمام عبد الكريم الرافعي، الموجود مع المجموع شرح المذهب، دار الفكر.
- ٢٧٦- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله الشيخ محمد أحمد عليش ط. مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٧٨ هـ.
- ٢٧٧- فتح القدير شرح الهداية، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى ١٣١٧ هـ.
- ٢٧٨- فتوح البلدان، لأبي العباس البلاذري، تحقيق عمرو عبد الله أنيس، دار النشر، بيروت ١٩٥٧ هـ.
- ٢٧٩- الفروع، للعلامة ابن مفلح الحنبلي، طبع عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٢ هـ.
- ٢٨٠- الفروق اللغوية، لأبي هلال العسكري، طبعة القدسي بمصر.
- ٢٨١- الفروق، لأسعد بن محمد الكرايسي، طبعة عالم الكتب، بيروت.
- ٢٨٢- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٩ هـ.

- ٢٨٣- الفقه على المذاهب الأربعة، للشيخ عبدالرحمن الجزيري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة.
- ٢٨٤- الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، نشر مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ.
- ٢٨٥- فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك، لعمر بركات، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية ١٩٥٣هـ.
- ٢٨٦- قاعدة العقود، لأبي العباس ابن تيمية، تحقيق/ محمد حامد الفقى، وطبع باسم نظرية العقد، مطابع السنة المحمدية، القاهرة.
- ٢٨٧- القاموس المحيط، للعلامة مجد الدين محمد الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ.
- ٢٨٨- القانون التجاري السعودي، للدكتور حمزة علي المدني طبعة دار المدني للطباعة والنشر.
- ٢٨٩- قانون المعاملات التجارية السعودي، د. محمد مختار بربري، طبعة معهد الإدارة العامة، سنة ١٤٠٢هـ.
- ٢٩٠- قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.
- ٢٩١- قضايا فقهية معاصرة، للدكتور محمد سعيد البوطي، طبعة مكتبة الفارابي، سورية.
- ٢٩٢- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، لابن اللحام البعلبي علاء الدين علي بن محمد بن عباس، تحقيق/ محمد حامد الفقى، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة ١٣٧٥هـ.
- ٢٩٣- قوانين الأحكام الشرعية المسمى بالقوانين الفقهية، للعلامة محمد بن أحمد ابن جزى المالكي، عالم الفكر، دار الأقصى، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

- ٢٩٤- قوانين قمع التدليس والغش، للدكتور حسني أحمد الجندي، الناشر دار النهضة العربية، ١٩٨٥م.
- ٢٩٥- القول الفصل في بيع الأجل، للشيخ عبد الرحمن عبد الخالق، طبعة مكتبة ابن تيمية، الكويت، الطبعة الأولى ١٩٨٥م.
- ٢٩٦- القياس، لأبي العباس ابن تيمية، طبعة المطبعة السلفية بالقاهرة، سنة ١٣٨٥هـ.
- ٢٩٧- الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، للحافظ محمد الذهبي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
- ٢٩٨- الكافي في فقه الإمام المجلل أحمد بن حنبل، للإمام الموفق عبدالله بن قدامة، طبعة المكتب الإسلامي، الطبعة الخامسة، ١٤٠٨هـ، ومن وسط البحث إلى آخره، طبعة دار هجر، تحقيق/ عبدالله التركي، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٢٩٩- الكافي في فقه المدينة المالكي، لأبي عمر يوسف بن عبد البر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ٣٠٠- الكافية في الجدل، لأبي المعالي الجويني، تحقيق/ د. فوقية حسين محمود، طبع مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٩هـ.
- ٣٠١- الكامل في ضعفاء الرجال، للإمام الحافظ عبدالله بن عدي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٩هـ.
- ٣٠٢- كشاف اصطلاحات الفنون، لمحمد علي التهانوي، تصوير مكتبة كلكتا، ١٨٦٢م.
- ٣٠٣- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت.
- ٣٠٤- كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة، للإمام نورالدين علي ابن أبي بكر الهيثمي، تحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.

- ٣٠٥- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين عبدالعزيز البخاري، مطبعة دار سعادت باستانبول، سنة ١٣٠٨هـ.
- ٣٠٦- كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار، لأبي بكر بن محمد الحسني، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثانية.
- ٣٠٧- كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، لعلي أبي الحسن المالكي، دار الفكر، بيروت.
- ٣٠٨- الكليات، لأبي البقاء الحسيني الكفوي، تحقيق / د. عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
- ٣٠٩- كنز العمال، لعلي المتقي، نشر مكتبة التراث الإسلامي، مطبعة البلاغة بحلب، الطبعة الأولى، ١٣٩٠هـ.
- ٣١٠- الباب شرح الكتاب، للشيخ عبدالغني الغنيمي الدمشقي، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، طبعة سنة ١٤٠٠هـ.
- ٣١١- لسان العرب، للعلامة محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.
- ٣١٢- مؤتمر المصرف الإسلامي بالكويت ١٤٠٣هـ.
- ٣١٣- مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي ١٣٩٩هـ.
- ٣١٤- مبدأ الرضا في العقود - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
- ٣١٥- المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن مفلح، المكتب الإسلامي، دمشق، ١٣٩٤هـ.
- ٣١٦- المبسوط، للإمام شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، سنة ١٤٠٦هـ.

- ٣١٧- المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، لأبي حاتم البستي الشهير بابن حبان، محمود إبراهيم زايد، طبعة دار الوعي بحلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
- ٣١٨- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، للقاري، طبعة تهامة بجدة، سنة ١٤٠١هـ.
- ٣١٩- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، للفقير عبدالله بن سليمان الحلبي المعروف بداماد أفندي، طبعة عثمانية، دار سعادت، سنة ١٣١٠هـ تركيا.
- ٣٢٠- مجمع الزوائد، لعلي بن أبي بكر الهيثمي، منشورات دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ.
- ٣٢١- مجمع الضمانات، لأبي محمد بن غانم البغدادي، دار عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
- ٣٢٢- المجموع شرح المذهب، للإمام محيي الدين النووي، ومعه تكملة المجموع للإمام السبكي والتكملة لمحمد بن حنيت المطيعي، دار الفكر.
- ٣٢٣- مجموع فتاوى ابن تيمية، جمع الشيخ عبدالرحمن بن قاسم، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ١٤١٢هـ.
- ٣٢٤- المحرر في الفقه، للمجد أبي البركات عبدالسلام ابن تيمية، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
- ٣٢٥- المحصول في أصول الفقه، لأبي بكر بن العربي، إخراج حسين علي البدري، طبعة دار البيارق، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- ٣٢٦- المحلى بالآثار، للإمام أبي محمد بن حزم، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- ٣٢٧- المختارات الجليلة من المسائل الفقهية، للعلامة الشيخ عبدالرحمن السعدي، طبع المؤسسة السعيدية بالرياض.

- ٣٢٨- مختصر ابن الحاجب، لأبي عمرو عثمان بن عمر المشهور بابن الحاجب،
ومعه شرح العضد وحاشية التفتازاني عليه، نشر مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة،
١٣٩٣هـ.
- ٣٢٩- مختصر الطحاوي، للإمام أبي جعفر الطحاوي، طبعة دار الكتاب العربي
سنة ١٣٧٠هـ.
- ٣٣٠- مختصر المزني، للإمام إسماعيل بن يحيى المزني، دار المعرفة للطباعة،
بيروت، مطبوع مع الأم.
- ٣٣١- مختصر خلافيات البيهقي، للإمام أحمد بن فرح اللخمي الشافعي،
تحقيق/ د. إبراهيم الخضير، والدكتور زياب عبدالكريم زياب، مكتبة الرشد،
الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- ٣٣٢- مختصر سنن أبي داود للمنذري، تحقيق/ أحمد شاكر ومحمد حامد الفقي،
مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.
- ٣٣٣- المدخل، لمحمد بن محمد بن الحاج المالكي، طبعة دار التراث.
- ٣٣٤- المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقاء، دار الفكر، بيروت،
الطبعة التاسعة ١٩٦٧م.
- ٣٣٥- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، للاستاذ/
محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٣٣٦- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت،
الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٣٣٧- المراجعة للأمر بالشراء، للدكتور الصديق الضير، مجلة مجمع الفقه
الإسلامي في دورته الخامسة، الجزء الثاني ١٤٠٩هـ.
- ٣٣٨- المراجعة للأمر بالشراء، للدكتور/ علي السالوس، مجلة مجمع الفقه
الإسلامي في دورته الخامسة، الجزء الثاني، ١٤٠٩هـ.

- ٣٣٩- المراسيل، للحافظ عبدالرحمن بن محمد الرازي الشهير بابن أبي حاتم، مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٤١٨هـ.
- ٣٤٠- مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان، لقدري باشا، مطبعة الأميرية بالقاهرة، سنة ١٩٣١هـ.
- ٣٤١- المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى الخنبلي، تحقيق/ د. عبدالكريم الاحم، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- ٣٤٢- المستدرك على الصحيحين في الحديث، للحافظ أبي عبدالله محمد النيسابوري المعروف بالحاكم، مطبعة دائرة المعارف العثمانية بميدان آباد الهند، وبذيله تلخيص المستدرك للحافظ الذهبي.
- ٣٤٣- المستصفي من علم أصول الفقه، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٢٢هـ.
- ٣٤٤- المسند، للإمام أحمد بن حنبل، المطبعة الميمنية بمصر، سنة ١٣١٣هـ.
- ٣٤٥- المسودة في أصول الفقه، لثلاثة أئمة من آل تيمية تابعوا على تأليفها وهم مجدالدين أبو البركات عبدالسلام ابن تيمية، وعبدالحليم بن عبدالسلام ابن تيمية، وأبو العباس ابن تيمية، جمعها أحمد بن محمد عبدالغني الحراني الدمشقي، تحقيق/ محي الدين عبدالحميد، مطبعة المدني، القاهرة، سنة ١٣٨٤هـ.
- ٣٤٦- مشارق الأنوار على صحاح الآثار، للقاضي عياض اليعصبى، طبعة المغرب، سنة ١٣٣٣هـ.
- ٣٤٧- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، لعبدالرزاق السنهوري، دار الفكر، بيروت.
- ٣٤٨- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، للعلامة أحمد بن محمد الفيومي، مطبعة الأميرية ببولاق، سنة ١٣٢٤هـ.

- ٣٤٩- المصنف، لعبدالرزاق الصنعاني، تحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٩١هـ.
- ٣٥٠- المصنف، للإمام عبدالله بن أبي شيبة، دار الفكر - بيروت.
- ٣٥١- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للعلامة مصطفى السيوطي الرحبياني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٣٨٠هـ.
- ٣٥٢- المطلع على أبواب المقنع، للعلامة أبي عبدالله محمد البعلي، المكتب الإسلامي بدمشق ١٤٠١هـ.
- ٣٥٣- معالم السنن، للإمام أبي سليمان الخطابي، دار الحديث للطباعة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٩٤هـ.
- ٣٥٤- معالم القرية في طلب الحسبة، لمحمد بن أحمد القرشي، طبعة دار الفنون، كمبردج.
- ٣٥٥- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير، طبعة دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ٣٥٦- المعجم الأوسط، للحافظ أبي القاسم سليمان الطبراني، تحقيق/ طارق عوض الله وعبدالمحسن الحسيني، الناشر دار الحرمين للطباعة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٣٥٧- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه حماد، نشر الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٥هـ.
- ٣٥٨- المعجم الوسيط، قام بإخراجه: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبدالقادر محمد النجار، طبعة مجمع اللغة العربية، القاهرة.
- ٣٥٩- معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي وحامد قيني، طبعة دار النفائس - بيروت، ١٤٠٥هـ.

- ٣٦٠- معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال، للمحامي نبيه غطاس، مكتبة لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٠هـ.
- ٣٦١- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس، تحقيق / عبدالسلام هارون، مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية ١٣٨٩ هـ.
- ٣٦٢- المعلم بفوائد مسلم، للإمام أبي عبدالله محمد المازري، تحقيق / الشيخ محمد الشاذلي، الدار التونسية للنشر، الطبعة الثانية.
- ٣٦٣- معونة أولي النهى في شرح المنتهى، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، تحقيق / د. عبدالملك بن دهيش، دار خضر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- ٣٦٤- المعونة على مذهب عالم المدينة، للإمام القاضي عبدالوهاب البغدادي، تحقيق / حميش عبدالحق، الناشر المكتبة التجارية، مكة المكرمة.
- ٣٦٥- المعيار المعرب، للإمام أحمد بن يحيى الونشريسي، أشرف على تخريجه د. محمد حجي، دار الغرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- ٣٦٦- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي، نشر مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ.
- ٣٦٧- المغرب، للإمام المطرزي، طبعة حلب، سنة ١٤٠٢هـ.
- ٣٦٨- المغني، لابن قدامة، تحقيق / د. عبدالله التركي وعبدالفتاح الحلو، طبع دار هجر للطباعة، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
- ٣٦٩- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق / الشيخ علي معوض وعادل عبدالوجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٣٧٠- المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصبهاني، طبعة دار المعرفة، بيروت.

- ٣٧١- المقاصد الحسنة، لأبي الخير محمد بن عبدالرحمن السخاوي، تحقيق/ عبدالله بن محمد الصديق، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.
- ٣٧٢- المقدمات والمهدات، لمحمد بن أحمد بن رشد الجد، القرطبي، ضمن المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٣٧٣- مقدمة ابن الصلاح المسماة (علوم الحديث)، للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح تحقيق/ نور الدين عتر، دار الفكر، ١٤٠٦هـ.
- ٣٧٤- المقنع، للموفق ابن قدامة، تحقيق/ د. عبدالله التركي، هجر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ٣٧٥- الملكية الصناعية، د. سميحة القليوبي، طبعة دار النهضة العربية.
- ٣٧٦- الملكية الصناعية والمحل التجاري، د. محمد حسني عباس، طبعة دار النهضة العربية.
- ٣٧٧- المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي المالكي، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.
- ٣٧٨- المنثور في القواعد الفقهية، للإمام بدر الدين الزركشي، تحقيق/ د. تيسير فائق، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
- ٣٧٩- منح الجليل على مختصر خليل، وبهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، كلاهما للشيخ محمد عثّيش، طبع دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٣٨٠- منحة الخالق على البحر الرائق، لمحمد أمين ابن عابدين الحنفي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- ٣٨١- المنهج الأحمد في تراجم أصحاب أحمد، مجير الدين عبدالرحمن الحلبي، مطبعة المدني، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ.

- ٣٨٢- المهذب، للفقير أبي إسحاق الشيرازي، طبعة عيسى البابي الحلبي، سنة ١٣٧٩هـ.
- ٣٨٣- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم الشاطبي المالكي، دار المعرفة للطباعة، بيروت.
- ٣٨٤- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد بن محمد المغربي الحطاب، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- ٣٨٥- الموجز في القانون التجاري، د. أكثم أمين الخولي، طبعة دار المدني، القاهرة.
- ٣٨٦- موسوعة أقوال الإمام أحمد في رجال الحديث وعلله، جمع السيد النوري وأحمد عبدالرزاق ومحمود خليل، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.
- ٣٨٧- الموسوعة الثقافية، لحسين سعيد، طبعة دار المعرفة، القاهرة، ١٩٧٢هـ.
- ٣٨٨- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، يصدرها الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة.
- ٣٨٩- الموسوعة الفقهية الكويتية، لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.
- ٣٩٠- الموطأ للإمام مالك، تحقيق/ بشار عواد ومحمود خليل، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ٣٩١- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لأبي عبدالله محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق/ علي البجاوي، دار المعرفة، بيروت.
- ٣٩٢- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، للإمام جمال الدين عبدالله الزيلعي، دار نشر الكتب الإسلامية، لاهور، باكستان.
- ٣٩٣- نظام العلامات التجارية في النظام السعودي، مطابع الحكومة.

- ٣٩٤- النظام القانوني للمناقصات العامة، للدكتور محمود خلف الجبوري، دار الثقافة ١٩٩٩ م.
- ٣٩٥- النظام المصرفي الإسلامي خصائصه ومشكلاته، للدكتور رفيق بن يونس المصري - دار القلم - دمشق.
- ٣٩٦- نظام مكافحة الغش التجاري، مطابع الحكومة، الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ.
- ٣٩٧- نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، للدكتور عبد المنعم فرج الصده، طبعة دار النهضة العربية، بيروت.
- ٣٩٨- النقود واستبدال العملات، للدكتور علي السالوس، طبعة مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ.
- ٣٩٩- نهاية الرتبة في طلب الحسبة، لعصام عبدالحفي بن بسام المحتسب، حققه وعلق عليه حسام الدين السامرائي، مطبعة المعارف بغداد ١٩٦٨ م.
- ٤٠٠- نهاية الرتبة في طلب الحسبة، للشيخ عبدالرحمن بن نصر الشيزري، تحقيق / د. السيد الباز العريني، دار الثقافة، بيروت الطبعة الثانية، ١٤٠١ هـ.
- ٤٠١- نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، لجمال الدين عبدالرحيم الإسنوي الشافعي، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة.
- ٤٠٢- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر، الطبعة الأخيرة، ١٤٠٤ هـ.
- ٤٠٣- النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري الشهير بابن الأثير، تحقيق / طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت.
- ٤٠٤- نواذر الفقهاء، للإمام محمد بن الحسن الجوهري، تحقيق / د. محمد فضل المراد دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.

- ٤٠٥- نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، للعلامة محمد بن علي الشوكاني، تحقيق / طه عبدالرؤوف ومصطفى الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة.
- ٤٠٦- نيل الابتهاج، لأحمد بن أحمد بن أحمد المعروف بابا التنبكتي، وهو مطبوع بحاشية الديباج المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٤٠٧- نيل المآرب في تهذيب شرح عمدة الطالب، هذبّه الشيخ عبدالله البسام، طبع النهضة الحديثة، الطبعة الثانية.
- ٤٠٨- هداية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، لإسماعيل باشا البغدادي، طبع مطبعة استانبول سنة ١٩٥١م.
- ٤٠٩- الهداية في تخرّيج أحاديث البداية، للشيخ أحمد بن محمد بن الصديق الغماري الحسني، طبعة دار عالم الكتب الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ.
- ٤١٠- الوجيز، للإمام أبي حامد الغزالي، طبعة دار المعرفة، بيروت، سنة ١٣٩٩هـ.
- ٤١١- الوجيز في إيضاح القواعد الكلية، للشيخ محمد صدقي البورنو، الناشر مكتبة المعارف الطبعة الثانية.
- ٤١٢- الوجيز في الملكية الصناعية التجارية، لصلاح الدين عبداللطيف، طبعة دار الفرقان الأردن، الطبعة الأولى ١٩٨٣م.
- ٤١٣- الوجيز في النظام التجاري السعودي، للدكتور سعيد يحيى، المكتب المصري الحديثة الطبعة الأولى، ١٣٩٤هـ.
- ٤١٤- الوجيز في عقد المقاولة والتوكيلات التجارية، للأستاذ محمد عبدالرحيم عنبر، الطبعة الثانية ١٩٨٨م.
- ٤١٥- الوساطة التجارية في المعاملات المالية، للدكتور عبدالرحمن الأطرم، طبعة مركز الدراسات والإعلام، دار إشبيليا، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.

- ٤١٦- الوسيط، للدكتور عبدالرزاق السنهوري، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ٤١٧- الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس وتقليد العلامات التجارية، للمستشار معوض عبد التواب، طبعة دار المطبوعات الجامعية سنة ١٩٩٨ م.
- ٤١٨- الوسيط في شرح قانون العقوبات، للدكتور أحمد فتحي سرور، طبعة دار النهضة العربية.

رَفْعُ

عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

فهرست الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	المقدمة
٢٥	التمهيد
	الباب الأول: الغش في المعاوضات المالية، وفيه توطئة وثلاثة
٦١	فصول
٦٣	توطئة في تعريف المعاوضات المالية في اللغة والاصطلاح
٦٧	الفصل الأول: صور الغش في البيوع، وفيه سبعة عشر مبحثاً
٦٩	توطئة في تعريف البيع في اللغة والاصطلاح
٧٥	المبحث الأول: الغش في بيع المغصوب وأثره على العقد
٧٥	المطلب الأول: إذا كان المبيع عيناً
٧٥	الفرع الأول: إذا كان البائع هو المالك
٧٨	الفرع الثاني: إذا كان البائع هو الغاصب
٧٩	المسألة الأولى: قبل إجازة المالك لعقد البيع
٨٠	المسألة الثانية: بعد إجازة المالك لعقد البيع
٩٤	المسألة الثالثة: ضمان المغصوب إذا تصرف فيه الغاصب بالبيع
٩٩	المطلب الثاني: إذا كان المبيع في الذمة
١٠٠	المبحث الثاني: الغش في بيع النجش وأثره على العقد
١١١	المطلب الأول: صور الغش في النجش، وفيه خمس صور:
١١١	الصورة الأولى: أن يزيد في السلعة من لا يريد شرائها
١١١	الصورة الثانية: قول البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا
١١٢	الصورة الثالثة: مدح السلعة ليرغب فيها بالكذب

الصفحة	الموضوع
١١٣	الصورة الرابعة: ذمُّ السلعة وتعييها لثلا تنفق
١١٤	الصورة الخامسة: فتح باب السعر في الدلالة
١١٦	الصورة السادسة: ما سئل عنه الإمام مالك عن ثلاثة أشراك في سلعة
١١٨	المطلب الثاني: أثر الغش في النجش
	المبحث الثالث: الغش في تلقي الركبان وأثره على العقد، وفيه
١٢٤	مطلبان:
١٢٤	المطلب الأول: صورة الغش في تلقي الركبان، وفيه ثلاثة فروع:
١٢٤	الفرع الأول: تفسير متلقي الركبان
١٢٥	الفرع الثاني: حكم متلقي الركبان التكليفي
١٢٨	الفرع الثالث: الحكمة في النهي عن التلقي
١٣١	المطلب الثاني: أثر الغش في تلقي الركبان، وفيه فرعان:
١٣١	الفرع الأول: أثر الغش في التلقي لقصد الشراء منهم
١٣٥	الفرع الثاني: أثر الغش في التلقي لقصد البيع عليهم
١٣٩	المبحث الرابع: الغش في تفريق الصفقة وأثره على العقد
١٤٢	المطلب الأول: صورة الغش في تفريق الصفقة
١٤٣	المطلب الثاني: أثر الغش في تفريق الصفقة
	أولاً: أثر الغش فيما إذا كان المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما
١٤٣	بالأجزاء
	ثانياً: أثر الغش فيما إذا كان المبيعان المعلومان مما لا ينقسم
١٤٧	عليهما الثمن بالأجزاء

الصفحة

الموضوع

- المبحث الخامس : الغش يبيع ما هو مؤجر وأثره على العقد، وفيه
 ١٥٣ مطالبان
- المطلب الأول : صورة الغش يبيع ما هو مؤجر ١٥٣
- المطلب الثاني : أثر الغش يبيع ما هو مؤجر ١٥٤
- المبحث السادس : الغش في بيع المسترسل وأثره على العقد، وفيه
 ١٥٨ مطالبان
- المطلب الأول : صورة الغش في بيع المسترسل ١٥٩
- المطلب الثاني : أثر الغش في بيع المسترسل ١٦٢
- المبحث السابع : الغش في بيع الأمانة وأثره على العقد، وفيه ثلاثة
 ١٧٢ مطالب
- المطلب الأول : الغش في بيع المراجعة، وفيه فرعان ١٧٣
- الفرع الأول : صور الغش في بيع المراجعة، وفيه أربع صور ١٨٠
- الصورة الأولى : علم المشتري بأن البائع غرّه في رأس المال ١٨٠
- الصورة الثانية : الإخبار برأس مال السلعة من غير ذكر ما
 ١٨٣ طرأ عليها من تغيير
- الصورة الثالثة : إذا اشترى شيئين صفقة واحدة، ثم باع
 ١٨٩ أحدهما مراجعة برأس مالهما
- الصورة الرابعة : إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل فأراد بيعه
 ١٩٠ مراجعة
- الفرع الثاني : أثر الغش في بيع المراجعة على العقد ١٩١
- المطلب الثاني : الغش في بيع التولية وأثره على العقد، وفيه فرعان .. ١٩٨
- الفرع الأول : صور الغش في بيع التولية ٢٠٠

الصفحة	الموضوع
٢٠١	الفرع الثاني : أثر الغش في بيع التولية
٢٠٤	المبحث الثامن : الغش من المفلس بعد الحجر عليه
	المبحث التاسع : الغش في بيع المصراة وأثره على العقد، وفيه
٢١٢	مطلبان
	المطلب الأول : الغش بالتصرية في بهيمة الأنعام وأثره على العقد،
٢١٤	وفيه فروع
٢١٤	الفرع الأول : الحكم التكليفي في تصرية الأنعام
٢١٦	الفرع الثاني : الحكم الوضعي (أثر التصرية في البيع)
	القول الأول : مذهب الحنفية : وهو أنه لا خيار للمشتري في
٢١٧	التصرية
	القول الثاني : مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية
٢١٨	في ثبوت الخيار للمشتري
	أولاً : ردهم على قول الأحناف : إن حديث المصراة يخالف
٢٢١	الأصل
	ثانياً : ردهم على قول الأحناف : إن حديث المصراة خالف
	المعلوم من الأصول بأن ضمان المثليات بالمثل،
٢٢١	والمتقومات بالقيمة
٢٢٢	ثالثاً : ردهم على قول الأحناف : إن حديث المصراة منسوخ
٢٢٩	الفرع الثالث : شرائط خيار التصرية
٢٣٢	الفرع الرابع : توقيت خيار التصرية
٢٣٩	الفرع الخامس : بدل لبن التصرية
٢٤٠	القول الأول : أن الواجب هو ردّ صاع تمر

الصفحة	الموضوع
	القول الثاني: أن للمشتري رد اللبن إن كان باقياً، ويلزم
٢٤١ البائع قبوله
	القول الثالث: أن الواجب ردّ اللبن سواء كان حليباً أو
٢٤٢ حامضاً، استهلك أم لم يستهلك
٢٤٣ القول الأول: أن الواجب رد قيمة اللبن
٢٤٤	القول الثاني: أن الواجب رد صاع من غالب قوت أهل البلد
٢٤٦	القول الثالث: أن الواجب رد صاع من التمر لا يرد غير التمر
	المطلب الثاني: الغش بالتصرية في غير بهيمة الأنعام وأثره على
٢٥٠ العقد
٢٥٠	الفرع الأول: أثر الغش في غير بهيمة الأنعام على العقد
٢٥٠	القول الأول: أن غير بهيمة الأنعام كالأنعام في ثبوت الخيار..
٢٥١	القول الثاني: أن الخيار خاص في بهيمة الأنعام فحسب
	القول الثالث: لا خيار للمشتري، ولكن يرجع بالأرش على
٢٥٣ البائع
٢٥٣	الفرع الثاني: العوض في ردّ لبن غير بهيمة الأنعام
٢٥٤ أولاً: إذا كانت المصراة جارية
٢٥٤	القول الأول: أنه يرد الجارية ولا يرد معها شيئاً
٢٥٥	القول الثاني: أنه يرد مع الجارية صاعاً من التمر
٢٥٦	القول الثالث: أنه يرد الجارية ويغرم قيمة اللبن
٢٥٦ ثانياً: إذا كانت المصراة أتاناً
٢٥٧	القول الأول: أنه يرد الأتان ولا يرد معها شيئاً
٢٥٧	القول الثاني: أنه يرد الأتان ويرد بدل اللبن كالشاة

الصفحة	الموضوع
٢٥٨	المبحث العاشر: الغش بتدليس المبيع وأثره على العقد، وفيه مطلبان
٢٥٨	المطلب الأول: تدليس المبيع بما يتعين للجهة التي دّلس فيها
٢٦٠	المطلب الثاني: تدليس المبيع بما لا يتعين للجهة التي دّلس فيها
٢٦٠	القول الأول: أن ذلك لا يوجب الخيار للمشتري
٢٦١	القول الثاني: أن ذلك يوجب الخيار للمشتري
	المبحث الحادي عشر: الغش من البائع مع علمه بالعيب وأثره على
٢٦٣	العقد
٢٦٦	المطلب الأول: بيع العين المعيبة ولم يبيّن حالها
٢٦٩	المطلب الثاني: شراء العين المعيبة دون العلم بعيبها
٢٧١	القول الأول: ليس للمشتري المطالبة بالأرش
٢٧٢	القول الثاني: التفريق بين الحيوان والعقار والعروض
٢٧٣	القول الثالث: أن للمشتري حق المطالبة بالأرش
٢٧٥	القول الأول: جواز ذلك
٢٧٦	القول الثاني: عدم الجواز
٢٧٧	المطلب الثالث: تعيب المبيع قبل قبض المشتري
	المطلب الرابع: إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً فرضيه أحدهما
٢٧٨	دون الآخر
٢٧٨	القول الأول: لا يحق له الردّ إلا أن يردّ جميعاً
٢٧٩	القول الثاني: يحق لأحدهما الرد وإن لم يرد الآخر
	المطلب الخامس: يحق لأحدهما الرد وإن لم يرد الآخر، وفيه ثلاثة
٢٨١	فروع
٢٨١	الفرع الأول: ظهور ما يدل على الرضا بالعيب

الصفحة	الموضوع
٢٨٤	الفرع الثاني: هلاك المبيع أو تلفه
	الفرع الثالث: حدوث عيب جديد في المعقود عليه عند
٢٨٦	المشتري
٢٨٦	القول الأول: ليس له الرد، وله أرش العيب القديم
	القول الثاني: أن له الخيار بين الرد وإعطاء البائع ثمن العيب
٢٨٧	الجديد
	القول الثالث: ليس للمشتري إلا الإمساك، أو ردّ السلعة،
٢٨٨	وأرش العيب الذي حدث عنده
	القول الرابع: أن للمشتري الخيار بين رد المبيع بلا أرش وبين
٢٨٩	إمساكه وأخذ الأرش للعيب القديم
٢٩٠	الفرع الرابع: زوال العيب عند المشتري
٢٩٠	القول الأول: إن زوال العيب يبطل خيار المشتري
	القول الثاني: إن زوال العيب غير مانع من إبطال خيار
٢٩١	المشتري
٢٩٢	الفرع الخامس: العلم بالعيب بعد زوال الملك بالبيع
٢٩٥	المبحث الثاني عشر: الغش فيما مأكوله في جوفه وأثره على العقد ..
٢٩٥	المطلب الأول: إذا كان لا ينتفع بالمبيع بعد الكسر
٢٩٨	المطلب الثاني: إذا كان ينتفع بالمبيع بعد الكسر
	المبحث الثالث عشر: الغش في بيع المراجعة للأمر بالشراء وأثره على
٣٠٣	العقد
٣٠٧	المطلب الأول: الحكم الشرعي في بيع المراجعة للأمر بالشراء

الصفحة

الموضوع

- القول الأول: جواز بيع السلعة بأكثر من سعر يومها لأجل
 ٣٠٧ الأجل
- ٣٠٩ أدلتهم في ذلك ومناقشتها
- القول الثاني: عدم جواز بيع السلعة بأكثر من سعر يومها
 ٣١٠ لأجل الأجل
- ٣١٢ أدلتهم في ذلك ومناقشتها
- ٣١٩ الطريقة الأولى: تنبني على المواعدة الملزمة من الطرفين
- القول الأول: أن بيع المراجعة على سبيل المواعدة الملزمة عقد
 ٣١٩ باطل، وأدلتهم في ذلك
- القول الثاني: أن بيع المراجعة على سبيل المواعدة الملزمة عقد
 ٣٢٤ جائز وأدلتهم في ذلك
- ٣٢٦ الطريقة الثانية: وتنبني على المواعدة غير الملزمة للطرفين
- ٣٢٦ القول الأول: جواز هذه الصورة
- ٣٢٧ القول الثاني: عدم جواز هذه الصورة
- ٣٢٩ المطلب الثاني: أثر الغش في بيع المراجعة للأمر بالشراء
- ٣٣١ المبحث الرابع عشر: الغش في الصرف وأثره على العقد
- ٣٣٢ المطلب الأول: صور الغش في الصرف
- الصورة الأولى: إذا كان الغش في الصرف من غير جنس
 ٣٣٢ المبيع
- ٣٣٢ الصورة الثانية: إذا كان الغش في الصرف من جنس المبيع
- ٣٣٤ المطلب الثاني: أثر الغش في الصرف

الصفحة

الموضوع

- أولاً: إذا كان المغشوش من غير جنس المبيع ٣٣٤
- ثانياً: إذا كان المغشوش بعض العوض وليس كله ٣٣٨
- ثالثاً: إذا كان المغشوش من جنس المبيع ٣٤١
- المبحث الخامس عشر: الغش في السلم وأثره على العقد ٣٤٤
- المطلب الأول: صورة الغش في السلم ٣٤٤
- المطلب الثاني: أثر الغش في السلم ٣٤٥
- أولاً: أثر الغش في رأس مال السلم ٣٤٥
- القول الأول: أن المسلم إليه بالخيار بين الإمساك أو الرد
وليس له أخذ البديل، ويبطل السلم لو اختار
الرد ٣٤٥
- القول الثاني: أن المسلم إليه بالخيار بين الإمساك أو الرد أو
أخذ البديل بشرط أن يقبض البديل في مجلس الردّ ٣٤٦
- ❖ الترجيح ٣٤٧
- ثانياً: أثر الغش في المسلم فيه ٣٤٧
- الحالة الأولى: أن يقبض المسلم فيه فيجده غير جنسه ٣٤٧
- القول الأول: لا يجوز استبدال المسلم فيه، ولا الاعتياض
عنه بغير جنسه ٣٤٨
- القول الثاني: جواز بيع المسلم فيه لغير من هو في ذمته بشرط
أن لا يكون طعاماً ٣٥١
- القول الثالث: جواز استبدال المسلم فيه والاعتياض عنه
بغيره قبل قبضه لمن هو في ذمته بثمن المثل ٣٥٣
- الحالة الثانية: أن يأتي المسلم إليه بجنسه ونوعه ولكن بصفة أردأ ٣٥٧

الموضوع	الصفحة
الحالة الثالثة : أن يأتي المسلم إليه بجنسه ولكن بنوع آخر	٣٥٨
المبحث السادس عشر: الغش في عقد الاستصناع وأثره على العقد	٣٦٢
المطلب الأول: صورة الغش في عقد الاستصناع	٣٦٨
المطلب الثاني: أثر الغش في عقد الاستصناع	٣٦٩
المبحث السابع عشر: الغش في الشفعة وأثره على العقد	٣٧٣
القول الأول: لا بأس بذلك ولا يُعدّ غشاً بالشفيع	٣٧٧
القول الثاني: لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة	٣٧٩
الفصل الثاني: الغش في عقود التوثيقات وأثره على العقد،	
وفيه ثلاثة مباحث	٣٨٥
المبحث الأول: الغش في الرهن وأثره على العقد، وفيه مطلبان	٣٨٧
المطلب الأول: صور الغش في الرهن	٢٨٧
المطلب الثاني: أثر الغش في الرهن	٣٨٩
أولاً: إذا كانت العين المرهونة مستحقة	٣٨٩
ثانياً: إذا كانت العين المرهونة معيبة	٣٩٠
المبحث الثاني: الغش في الحوالة وأثره على العقد	٣٩٣
❖ تعريف الحوالة في اللغة والاصطلاح	٣٩٣
المطلب الأول: صورة الغش في الحوالة	٣٩٥
المطلب الثاني: أثر الغش في الحوالة	٣٩٦
المسألة الأولى: إذا لم يشترط المحتمل ملاءة المحال عليه	٤٠٠
القول الأول: متى رضي المحتمل ولم يشترط الملاءة، فلا يحق	
له الرجوع	٤٠٠

الصفحة

الموضوع

- القول الثاني : إذا تبين فلس المحال عليه ، ولم يعلم المحتال
 ٤٠٣ بذلك فله الرجوع
- المسألة الثانية : إذا اشترط المحتال اليسار والملاءة
 ٤٠٤
- القول الأول : لا يحق للمحتال الرجوع على المحيل
 ٤٠٥
- القول الثاني : يحق للمحتال الرجوع إذا تبين فلس المحال
 عليه ، وقد اشترط يساره
 ٤٠٦
- المبحث الثالث : الغش في الضمان و أثره على العقد
 ٤٠٨
- المطلب الأول : صورة الغش في الضمان
 ٤١٠
- المطلب الثاني : أثر الغش في الضمان
 ٤١١
- الفصل الثالث : الغش في العقود الإدارية وأثره على العقد ...
 ٤١٥
- المبحث الأول : الغش في عقد المعاولة وأثره على العقد
 ٤١٨
- المطلب الأول : صور الغش في عقد المعاولة
 ٤٢٤
- المطلب الثاني : أثر الغش في عقد معاولة البناء
 ٤٢٦
- المبحث الثاني : الغش في عقد الصيانة وأثره على العقد
 ٤٢٩
- المطلب الأول : صورة الغش في عقد الصيانة
 ٤٣٢
- المطلب الثاني : أثر الغش في عقد الصيانة
 ٤٣٣
- المبحث الثالث : الغش في عقد التوريد وأثره على العقد
 ٤٣٤
- القول الأول : إن الاتفاق على تقسيط المسلم فيه جائز
 ٤٤٢
- القول الثاني : لا يصح أن يسلم في شيء واحد أو شيئين على
 أن يقبض في أوقات متفرقة أجزاء معلومة
 ٤٤٢

الصفحة	الموضوع
	القول الثالث: التفصيل فيما لو كان المسلم فيه جنساً واحداً
٤٤٤ أو جنسين
٤٤٦ المطلب الأول: صور الغش في عقد التوريد
٤٤٧ المطلب الثاني: أثر الغش في عقد التوريد
٤٥١ الباب الثاني: الغش في المعاوضات غير المالية وأثره على العقد...
٤٥٣ الفصل الأول: الغش في النكاح وأثره على العقد
٤٥٥ المبحث الأول: غش الزوج وأثره على العقد
٤٥٦ المطلب الأول: غش الزوج في عدم الوفاء بما اشترطه في العقد
	القول الأول: أن الغش بعدم الوفاء بالشرط لا يثبت للزوج
٤٥٦ خيار الفسخ
	القول الثاني: أن الغش بعدم الوفاء بالشرط يثبت للزوج
٤٦٠ الخيار
	القول الثالث: أن الزوج إذا اشترط السلامة في عقد النكاح
	فوجد أي عيب كان بخلاف ما شرطه بطل
٤٦١ النكاح
	المطلب الثاني: غش الزوج فيما إذا وجد بالزوجة عيباً يمنع الوطاء
٤٦٥ وأثره على العقد
٤٦٥ الفرع الأول: أثر الغش لأجل عيب في المرأة
٤٦٥ المسألة الأولى: هل يرد النكاح لأجل العيب
٤٦٦ القول الأول: ليس للزوج رد النكاح لأجل العيب
٤٧٠ القول الثاني: أن للزوج رد النكاح وفسخه لأجل العيب

الصفحة

الموضوع

- ٤٧٧ المسألة الثانية: حكم المهر
- ٤٧٧ أولاً: إذا كان الفسخ قبل الدخول
- ٤٧٨ ثانياً: إذا كان الفسخ بعد الدخول
- ٤٧٩ القول الأول: أنه يجب المسمى من المهر
- ٤٨٠ القول الثاني: يجب مهر المثل
- القول الثالث: أنه ينسب قدر نقص مهر المثل لأجل ذلك العيب إلى مهر المثل كاملاً، فيسقط من المسمى بنسبته
- ٤٨١ فَسَخَ أو أمضى
- ٤٨٢ القول الأول: أنه يرجع على مَنْ غَرَّه
- ٤٨٣ القول الثاني: أنه لا يرجع على الغارّ بشيء
- ٤٨٥ الفرع الثاني: أيّ العيوب يرد بها النكاح؟
- المطلب الثالث: غش الزوج فيما إذا تزوج أمة على أنها حرة، وأثره
- ٤٩٢ على العقد، وفيه فرعان
- ٤٩٢ الفرع الأول: إذا كان مما لا يحل له نكاح الإماء
- ٤٩٢ القول الأول: أن النكاح صحيح ولا خيار للزوج
- ٤٩٥ القول الثاني: أن النكاح باطل، ويجب التفريق بينهما
- ٥٠٠ الفرع الثاني: إذا كان مما يحل له نكاح الإماء
- ٥٠١ المسألة الأولى: حكم النكاح
- ٥٠١ القول الأول: أن النكاح لا يفسد بالغرور
- ٥٠٢ القول الثاني: أن النكاح يفسد بالغرور
- ٥٠٣ القول الأول: لا خيار له
- ٥٠٤ القول الثاني: له الخيار

الصفحة	الموضوع
٥٠٥	المسألة الثانية : حكم أولاد المغرور من حيث الحرية والرق
	المطلب الرابع : غش العبد فيما إذا تزوج أمةً يعتقدها حرة وأثره
٥٠٨	على العقد
٥٠٨	القول الأول : لا يثبت له خيار
٥٠٩	القول الثاني : يثبت له خيار
٥١٠	مسألة : ما حكم أولاد العبد لأجل الغرور من حيث الحرية والرق ...
٥١٠	القول الأول : أن أولاده أرقاء
٥١٢	القول الثاني : أن أولاده أحرار
٥١٤	المطلب الخامس : غش الزوج في نكاح التحليل وأثره على العقد
	القول الأول : صحة العقد، وتحل بوطء الثاني لزوجها
٥١٦	الأول
	القول الثاني : فساد العقد، ولا تحل لزوجها الأول إلا بنكاح
٥١٧	رغبة
	القول الأول : إن قصدت التحليل دون الزوج فلا يؤثر على
٥٢١	العقد
	القول الثاني : إن قصدت المرأة التحليل ، فلا تحل للأول
٥٢٥	ويفرق بينهما
٥٢٨	المبحث الثاني : غش الزوجة وأثره على العقد
٥٢٨	المطلب الأول : غش الزوجة بعدم الوفاء بما اشترطته في العقد وأثره
٥٢٩	القول الأول : بطلان هذه الشروط مع لزوم النكاح
	القول الثاني : إلزام الزوج بما اشترطته الزوجة ، وإلا ثبت لها
٥٣٣	حق الفسخ

الصفحة	الموضوع
٥٣٧	القول الثالث : بطلان هذه الشروط والعقد
	المطلب الثاني : غش الزوجة فيما إذا وجدت الزوج خصياً وأثره
٥٤٠	على العقد
٥٤٣	القول الأول : ثبوت الخيار للزوجة
٥٤٥	القول الثاني : ليس للزوجة خيار في ذلك
	المطلب الثالث : غش الزوجة فيما إذا تزوجت رجلاً على أنه حرّ
٥٤٧	فبان عبداً وأثره على العقد
	المطلب الرابع : غش الزوجة فيما إذا خدعها الزوج بنسبه وأثره على
٥٤٩	العقد
٥٤٩	القول الأول : أن الكفاءة تعتبر للزوم النكاح لا لصحته
٥٥٢	القول الثاني : أن الكفاءة شرط في صحة النكاح
٥٥٥	القول الأول : أن النسب معتبر في الكفاءة
٥٥٧	القول الثاني : أن المعتبر في الكفاءة الدين فحسب
٥٥٩	الفرع الأول : إذا كان نسبه مخلاً بالكفاءة
٥٦٢	الفرع الثاني : إذا كان نسبه غير مخل بالكفاءة
٥٦٢	القول الأول : يثبت لها الخيار
٥٦٣	القول الثاني : لا يثبت لها الخيار
	المطلب الخامس : غش الأمة فيما إذا تزوجت عبداً على أنه حر
٥٦٥	وأثره على العقد
٥٦٥	القول الأول : أن للأمة خيار الفسخ
٥٦٦	القول الثاني : ليس للأمة خيار الفسخ
٥٦٧	المطلب السادس : غش الزوجة في نكاح الشغار وأثره على العقد

الصفحة	الموضوع
٥٦٩	القول الأول: أن علة النهي خلو النكاح من المهر
٥٦٩	القول الثاني: أن علة النهي هو شرط إشغار النكاح من المهر
	القول الثالث: أن علة النهي هو التشريك في البضع، وجعل
٥٧١	بُضْع كلّ واحدة مهراً للأخرى
٥٧٢	القول الرابع: أن علة النهي هي الاشتراط والتوقيف
٥٧٧	القول الأول: صحة العقد وبطلان الشرط
٥٨٠	القول الثاني: بطلان العقد والشرط
	الفصل الثاني: الغش في الصداق وأثره على العقد، وفيه
٥٨٣	مبحثان
٥٨٥	المبحث الأول: صور الغش في الصداق
٥٨٧	المبحث الثاني: أثر الغش في الصداق، وفيه ثلاثة مطالب
٥٨٧	المطلب الأول: حكم عقد النكاح
٥٨٨	القول الأول: صحة عقد النكاح
	القول الثاني: التفصيل: فإن كان قبل الدخول فالنكاح
	مفسوخ، وإن كان بعد الدخول فالنكاح
٥٨٩	صحيح
٥٩٣	المطلب الثاني: هل للمرأة أن ترد الصداق بيسير عيب ككثير
٥٩٣	القول الأول: ليس للمرأة أن ترد الصداق بيسير عيب
٥٩٤	القول الثاني: أن للمرأة أن ترد الصداق بيسير عيب
٥٩٦	المطلب الثالث: ما الواجب للمرأة إذا ردّت الصداق المغشوش

الصفحة	الموضوع
	القول الأول: أن للزوجة قيمته إذا كان الصداق معيباً، أو
٥٩٦	مغصوباً ومهر المثل إن كان العبد حرّاً
٥٩٨	القول الثاني: أن للزوجة قيمته مطلقاً
٥٩٩	القول الثالث: أن للزوجة مهر المثل
	الفصل الثالث: الغش في بدل الخلع وأثره على العقد، وفيه
٦٠١	مبحثان
٦٠٣	المبحث الأول: صور الغش في بدل الخلع
٦٠٥	المبحث الثاني: أثر الغش في بدل الخلع، وفيه ثلاثة مطالب
٦٠٥	المطلب الأول: حكم الخلع
٦٠٩	المطلب الثاني: هل للزوج أن يرد بدل الخلع بيسير عيب
٦١٠	المطلب الثالث: ما الواجب للزوج إذا ردّ بدل الخلع
٦١٠	أولاً: مذهب الحنفية
٦١٣	ثانياً: مذهب المالكية
٦١٤	ثالثاً: مذهب الشافعية
٦١٦	رابعاً: مذهب الحنابلة
	الفصل الرابع: الغش في الصلح وأثره على العقد، وفيه
٦١٩	مبحثان
٦٢١	المبحث الأول: صور الغش في الصلح
٦٢٣	المبحث الثاني: أثر الغش في الصلح على العقد، وفيه مطلبان:
٦٢٣	المطلب الأول: الصلح عن المال، وفيه فرعان
٦٢٣	الفرع الأول: الصلح على إقرار

الصفحة	الموضوع
٦٢٥	الفرع الثاني : الصلح على إنكار
٦٢٨	المطلب الثاني : الصلح عن دم العمد
٦٢٨	القول الأول : أنهم يرجعون بقيمة العوض المصالح به
٦٢٨	القول الثاني : أنهم يرجعون إلى حقهم من القود ولا يسقط ..
٦٢١	الباب الثالث : صور معاصرة من الغش، وفيه ثلاثة فصول
	الفصل الأول: الغش في الأوراق والعلامات التجارية وأثره
٦٣٣	على العقد، وفيه مبحثان
٦٣٥	المبحث الأول : الغش في الأوراق التجارية
٦٣٥	حصر الأوراق التجارية في النظام السعودي على ثلاثة أشياء
٦٣٨	المطلب الأول : الغش في الكمبيالة
٦٣٨	الفرع الأول : تعريف الكمبيالة
٦٣٩	الفرع الثاني : الغش في الكمبيالة
٦٤٢	المطلب الثاني : الغش في الشيك
٦٤٢	الفرع الأول : تعريف الشيك
٦٤٣	الفرع الثاني : الغش في الشيك
٦٤٤	الشروط اللازمة لصحة الشيك كورقة تجارية
٦٤٦	المطلب الثالث : الغش في السند الإذني
٦٤٨	المطلب الرابع : أثر الغش في الأوراق التجارية على العقد
٦٥٣	المبحث الثاني : الغش في العلامات التجارية
٦٥٩	المطلب الأول : صور الغش في العلامات التجارية
٦٦٠	المطلب الثاني : أثر الغش في العلامات التجارية على العقد

الصفحة

الموضوع

- الفصل الثاني: الغش في الدعايات الإعلانية وأثره على العقد، وفيه أربعة مباحث ٦٦٧
- المبحث الأول: حقيقة الدعايات الإعلانية ٦٦٩
- المبحث الثاني: حكم الدعايات الإعلانية (أصلها الشرعي) ٦٧١
- المبحث الثالث: صور الغش في الدعايات الإعلانية ٦٧٧
- المبحث الرابع: أثر الغش في الدعايات الإعلانية ٦٧٩
- القول الأول: ليس للمشتري الخيار ٦٨١
- القول الثاني: أن للمشتري الخيار ٦٨٢
- المطلب الأول: غش الوسط في الدعاية الإعلانية ٦٨٦
- المطلب الثاني: غش الوسيط في الدعاية الإعلانية، وفيه فرعان ٦٨٧
- الفرع الأول: غش الوسيط مع علم الوسط ٦٨٧
- الفرع الثاني: غش الوسيط بغير علم الوسط ٦٩٠
- الفصل الثالث: الغش في بيع السيارات (المعارض)، وفيه ثلاثة مباحث ٦٩٣
- المبحث الأول: نبذة مجملة عن معارض السيارات وعن صفة العمل فيها ٦٩٥
- المبحث الثاني: العمل في مكان المنادة (الحراج) والغش فيه ٦٩٩
- المبحث الثالث: الغش في بيع السيارات وأثره ٧٠١
- المطلب الأول: التخبير بعيوب موجودة وغير موجودة للإيهام ٧٠٣
- القول الأول: جواز الشرط وبيراً البائع به من كل عيب ٧٠٤
- القول الثاني: لا يجوز شرط البراءة، وإذا شرطه لم يبرأ ٧٠٦

الصفحة	الموضوع
٧٠٩	القول الثالث: لا يجوز شرط البراءة إلا في الرقيق أو الحيوان..
	القول الرابع: إذا شرط البراءة برأ من كل عيب لم يعلمه
٧١٢	وقت البيع، ولا يبرأ من عيب علمه
٧١٧	المطلب الثاني: بيع السيارات دون تشغيلها
٧١٩	المطلب الثالث: وضع مواد لستر عيوب في السيارة
٧٢٠	المطلب الرابع: مدح السلعة وإغراء المشتري بها
٧٢١	الباب الرابع: عقوبة الغش، وفيه فصلان
٧٢٣	الفصل الأول: عقوبة الغش التعزيرية، وفيه أربعة مباحث...
٧٢٨	المبحث الأول: العقوبة البدنية
٧٣٢	المبحث الثاني: العقوبة المالية
٧٣٣	القول الأول: أن التعزير بالمال لا يجوز
٧٣٩	القول الثاني: أن التعزير بأخذ المال جائز وسائغ
٧٤٩	* التعزير بالمال يكون بثلاثة أشياء:
٧٥٠	المطلب الأول: الإلتلاف
٧٥٢	المطلب الثاني: الغرامة
٧٥٥	المطلب الثالث: المصادرة
٧٦٠	المبحث الثالث: العقوبة المقيّدة للحرية
٧٧١	المبحث الرابع: العقوبة المعنوية
	الفصل الثاني: عقوبة الغش في نظام الغش التجاري، وفيه
٧٧٥	خمسة مباحث
٧٨٠	المبحث الأول: الغرامة

الصفحة	الموضوع
٧٨٣	المبحث الثاني : السجن
٧٨٤	المبحث الثالث : إغلاق المحل (الإقفال)
٧٨٥	المبحث الرابع : المصادرة
٧٨٧	المبحث الخامس : التشهير
٧٨٩	الخاتمة
٨٠٣	فهرس المصادر والمراجع
٨٤٥	فهرس الموضوعات

* * *

تعديل الصف والتصحيح والإخراج وتنفيذ أعمال الطباعة

دار كنوز أشبيليا ص.ب. ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٧٧٣٩٥٩ - ٤٧٤٢٤٥٨ - ٤٧٩٤٣٥٤ فاكس ٤٧٨٧١٤٠

Email: eshbelia@hotmail.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَع

جهد الرحمن النجدي
أسكنها الجنة الفردوس
www.moswarat.com

الغش وأثره في العقود

نبذة عن مشروع الصندوق الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية

فكرة المشروع:

تقوم فكرة المشروع على دعوة أهل الخير والمحسنين لتمويل صندوق خيري بأموال تجعل وفقاً لنشر البحوث والرسائل العلمية ، وبيعها بسعر التكلفة .

أهداف المشروع:

- 1- تمكين القراء وطلاب العلم من الحصول على مراجع علمية موثقة بأسعار مناسبة جداً.
- 2- تيسر سبل نشر البحوث والرسائل العلمية.
- 3- فتح المجال أمام الراغبين في الأجر للإسهام بعمل خيري مبارك، وهو مما يمكنه صدقة جارية.

من إصدارات هذا المشروع:

- 1- بيع التفسير وأحكامه
 - 2- الغش وأثره في العقود
 - 3- أخذ المال على أعمال القرب
 - 4- أحاديث اليسوع المنهية عنها: رواية ودراسة
 - 5- حماية البيئة والموارد الطبيعية في السنة النبوية
- سليمان بن تركي التركي
الدكتور عبد الله بن ناصر السليسي
عادل بن شاهين محمد شاهين
خالد بن عبد العزيز الباتلي
الدكتور فهد بن عبد الرحمن الحمود