

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة

نظريّة العسر

في

الشرعيّة الإسلاميّة

«دراسة مقارنة»

الجزء الأول

منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدّمات الإسلاميّة

نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية

« دراسة مقارنة »



المقدمة من الأستاذ الفاضل

ياسين أحمد إبراهيم درادكة

لنيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن



مقدم من أعضاء لجنة المناقشة ، الاساتذة

عبد الله محمد عبد النبي

محمد علي السائس

عبد الغني محمد عبد الخالق

مقتطفات من تقرير اللجنة

عن رسالة

نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية

« دراسة مقارنة »



المقدمة من الأستاذ الفاضل

ياسين أحمد إبراهيم درادكة

لتيل درجة الدكتوراه في الفقه المقارن



مقدم من أعضاء لجنة المناقشة ، الاساتذة

عبد الله محمد عبد النبي

محمد علي السائس

عبد الفني محمد عبد الخالق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

يسر وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية أن تتقدم بهذه الرسالة العلمية القيمة (نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية) تأليف الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة الى المسلمين عامة وبخاصة المهتمين بالدراسات الإسلامية ، قياماً منها بواجب نشر الثقافة الإسلامية ، التي جرت مناقشتها في الحادي والعشرين من آذار سنة ألف وتسعمائة وثلاث وسبعين ميلادية في كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر .

وقد منح بها مؤلفها درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية (الفقه المقارن) مع مرتبة الشرف الأولى ، وفيما يلي ذكر لمقتطفات من نص التقرير الجماعي الذي قدمته لجنة المناقشة الى عمادة كلية الشريعة ، تبياناً لقيمة هذه الرسالة .

وزارة الأوقاف

والشؤون والمقدسات الإسلامية

رفعه
حميد الرحمن (التجربي)
أسكنه الله الفردوس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حضرة صاحب الفضيلة ، الأستاذ الكبير : حميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر
(حفظه الله وأبقيه ، وأدام عزه وعلاه)

سلام الله عليكم ورحمته ، وأمانه وبركته .

وبعد : فإن رسالة نظرية الغرر في الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة) المقدمة من
الأستاذ الفاضل : «ياسين أحمد ابراهيم دراد كنه» ، لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن
— قد اجتمعت اللجنة العلمية ، المكونة من الأساتذة : الشيخ محمد علي السائس ، والشيخ
عبدالله محمد عبد النبي ، والشيخ عبد الغني محمد عبد الخالق ، في تمام الساعة السادسة والنصف
من مساء يوم الأربعاء : ١٦ من صفر سنة ١٣٩٣ هـ ، (٢١ من مارس سنة ١٩٧٣ م) ،
و بمبنى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر ، لمناقشتها بعد أن أجمعت على أنها
صالحة للمناقشة .

وهي رسالة كبيرة وقعت في مجلدين ضخمين : بلغت صفحاتها نحو ٩٥٨ صفحة ،
بضميمة صفحات الإفتتاحية التي بلغت عشر صفحات مستقلة .

هذه الرسالة النفيسة العظيمة ، قد بذل واضعها مجهوداً كبيراً يشكر له ، في سبيل
وضعها وصنعها ، وصوغها وترتيبها ، واخراجها على هذه الصورة الجميلة المتناسكة ،
السيمة المتكاملة .

ولقد بذل صاحبها الفاضل جهده ، وأفرغ وسعه — في الكتابة عن سائر محتويات
هذه الرسالة من الناحية الاصطلاحية ، والناحية العلمية ، والناحية الشكلية . فلم يترك شيئاً
محتاجاً الى تعريف معناه وشرح حقيقته ، بدون أن يبينه ويذكر أقوال أهل اللغة والاصطلاح
فيه . ولم يترك مسألة فقهية خلافية ، من غير أن يصور موضوعها تصويراً في غاية الدقة
والسلامة ، ويحدد موضوع النزاع فيها ، ويذكر الأقوال المعتره التي تعلق بها سواء
أكانت أقوال الأئمة الأربعة أم أقوال غيرهم : من الصحابة والتابعين ، والظاهرية والزيدية
والإمامية والإباضية . ويشرح أدلتها ويناقشها ، ويأخذ بالراجح منها ، الذي ثبت رجحانه

في نظره ، بدون تعنت أو تعصب لمذهبه ، وقد ذكر في أواخر المباحث والمسائل المهمة رأي القانون فيها نقلاً عن أوثق مصادر ، بدون تعرض للمقارنة أو الرد عليه . من باب تتميم الفائدة فقط . لأن مقصود بحثه ، وموضوع رسالته — انمسا هو الجانب الشرعي الفقهي . ولأنه لا يرى معنى ، ولا كبير فائدة لمثل هذه المقارنة .

ولقد ناقشته اللجنة مناقشة ، موضوعية وشكلية . وكانت المناقشة مفيدة للغاية . إذ تبين منها بجلاء : أنه فاهم لما كتبه ، واع لما قرره ، مثبت مما حكم به ، مستعد لقبول كل نقد يوجه إليه ، ولتلافي أي خطأ أو نقص ينبه عليه . مما يدل على نصحته للعلم ، وإخلاصه في البحث ، ورغبته في أن تظهر رسالته قوية سليمة ، وأن تكون خالية مما يعيبها ويشوه محاسنها ، ويخفض قيمتها .

ولم تأخذ عليه شيئاً يتعلق بمقصود رسالته ، وجوهر بحثه ، أو يتعارض مع المخطط الذي خططه ، والمنهج الذي التزمه . وإن أخذت عليه أموراً شكلية تختلف فيها أنظار الباحثين ، وأذواق المؤلفين .

وقد رأت اللجنة أن موضوع الغرر ، موضوع عظيم الخطر ، بليسم الأثر ، صعبة مسأله ، متنوعة مشاكله ، وأن هذه الرسالة جامعة لشتات مباحثه ، شاملة لما تفرق ، في بطون الكتب الأصيلة — المخطوطة والمطبوعة ، النادرة وغير النادرة — مما يتصل بهذا الموضوع الحيوي الذي يتصل بحياة الناس اليومية ، ويفرض نفسه على كثير من معاملاتهم وتصرفاتهم المالية . وقد استوعبت كل مباحثه ، وسائر مسأله ، استيعاباً في غاية التنظيم والحسن ، وأعطتها حقها من التمهيص والبحث . . ففيها فوائد جمّة ومنافع جليلة ، لا توجد في كتابة أخرى عن هذا الموضوع ، قديمة كانت أو حديثة ، عامة أو خاصة .

ورأت أن ما أخذته عليه شيء لا يذكر ، بالنسبة الى محاسن هذه الرسالة الكثيرة التي لا تنكر ، وأنه لا يحط من قدرها ، ولا يفض من قيمتها . فلأمر مساقيل : لكل عالم هفوة ، ولكل جواد كجوة ، ولكل سيف نبوة . والعصمة المطلقة الكاملة ، لله سبحانه ورسوله صلوات الله عليه .

فلم يسع اللجنة إلا أن تشيد بما بذله فيها : من مجهود مشكور ، وجهاد مضمّن مبرور .

وأن تقرّر باجماع الآراء : أن يمنح صاحبها ، « الأستاذ الفاضل : ياسين أحمد إبراهيم دراد كته » ، الأردني الجنسية ، درجة العالمية (الدكتوراه) في الفقه المقارن ، مع مرتبة الشرف الأولى . سائلة الله لهُ المزيد من التوفيق والتسديد ، والعون والتأييد . وأن يجزيه سبحانه عن العلم وأهله خير الجزاء ، إن شاء الله .

والسلام عليكم ورحمة الله .

في ٢٠ من صفر سنة ١٣٩٣ هـ

٢٤ من مارس ١٩٧٣ م

عبد الغني عبد الخالق
عضو لجنة المناقشة

عبدالله محمد عبد النبي
عضو لجنة المناقشة
والمشرف على اعداد الرسالة

محمد علي السائس
عضو لجنة المناقشة

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

افتتاحية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رفع
عبد الرحمن السجدي
أسكنه الله الفردوس

من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين

الحمد لله حمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فهو المهتدي ، ومن يضلله فلا هادي له .
وأشهد أن لا إله الا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله بلغ الرسالة وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وتركها على المحجة البيضاء ، ليلها كنهارها ، لا يزيغ عنها إلا هالك ، فصولات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته الى يوم الدين .

أما بعد : فان الاشتغال بالعلم من أهم الفضائل التي يقوم بها الانسان في حياته الدنيا ، وينال بها رضاء الله سبحانه وتعالى في الآخرة ؛ وقد تواترت النصوص والأخبار في الحث على طلبه وتعلمه وتعليمه ، ومن هذه النصوص :

أولاً : النصوص من القرآن :

قال الله تبارك وتعالى : **قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ** (١) وقال تعالى : **وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا** (٢) ، وقال تعالى : **إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ** (٣) ، وقال تعالى : **يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ** (٤) .

ثانياً : النصوص من السنة :

عن معاوية رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» (٥) ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ : لا حسد الا في اثنتين ،

(١) سورة الزمر ٩ . (٢) سورة طه ١١٤ .

(٣) سورة فاطر ٢٨ . (٤) سورة المجادلة ١١ .

(٥) رواه البخاري ومسلم وابن ماجه ، ورواه أبو يعلى وزاد فيه ومن لم يفقهه لم يبال فيه ، ورواه الطبراني في الكبير ، ولفظه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : يا أيها الناس انما العلم بالتعلم ، والفقه بالتفقه ، ومن يرد الله به خيراً يفقهه في الدين ، وانما يخشى الله من عباده العلماء وفي اسناده راو لم يسم . الترغيب والترهيب ١ : ٩٢ .

رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق ، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها (١) .

وعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : من سلك طريقا يبتغي فيه علما سهل الله له طريقا الى الجنة ، وان الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضى بما يصنع وأن العالم ليستغفر له من في السموات ومن في الأرض حتى الحيتان في الماء ، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب ، وأن العلماء ورثة الأنبياء ان الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما وانما ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر (٢) .

ثالثاً : من الآثار :

فقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قال : « كفى بالعلم شرفاً أن يدعيه من لا يحسنه ويفرح اذا نسب اليه ، وكفى بالجهل ذماً أن يتبرأ منه من هو فيه » .

وعن معاذ رضي الله تعالى عنه قال : « تعلموا العلم فإن تعلمه لله حسنة وطلبه عبادة ، ومذاكرته تسبيح والبحث عنه جهاد وتعليمه من لا يعلمه صدقة وبذله لأهله قربه » (٣) .

وغيرها من النصوص الكثيرة التي تحث على طلب العلم والتزود به وتعليمه وأن العلم أشرف ما خلق في الوجود ، وأعز ما ينعم الله به على عباده ويجود ، فقد شرف الله من اختاره من عباده بهذا الشعار وملكهم به ملابس التقوى والوقار ، وفضلهم على كثير من خلقه ، وأرشد بهم عباده الى سبيل الحق وطرقه ، وأراد بهم خيراً حيث فقهم في الدين ،

(١) رواه البخاري ومسلم . والحسد يطلق ويراد به تمنى زوال النعمة عن المحسود وهذا حرام ، ويطلق ويراد به الغبطة وهو تمنى مثل ماله وهذا لا بأس به وهو المراد هنا . الترغيب والترهيب ٩٨ : ١ .

(٢) رواه مسلم بهذا ، ورواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه ، وقال : صحيح على شرطها ، والبيهقي عن أبي الدرداء . أنظر أحكام الاحكام لابن دقيق العيد ١ : ٤٦ والترغيب والترهيب ١ : ٩٤ .

(٣) المجموع ١ : ٣٣ .

وأكرمهم بأن جعلهم ورثة أنبيائه ، وفضل العلم على العبادة ما لم تكن به مقترنه ، وقال
 ﷺ : بين العالم والعابد مائة درجة بين كل درجتين حُضِرَ الجواد المضمَّر سبعين
 سنه . (١) وما أراد بذلك الا العلم النافع الذي ينفع معه القليل من العمل .

سبب اختيار هذا الموضوع :

نشأ الفقه الاسلامي العظيم وترعرع في أزمنة كفلت للعالم الحرية الفكرية ضمن
 اطار دين يخاطب العقل ويدعو الى العلم والمعرفة ، ويتصف هذا الدين بنمات أصيلة
 وعميقة بسمات الجدية والحركية ، فهو دين حركي ، يواجه واقعا بشريا ، يواجه أنظمة
 متعددة ، وأفكارا مستجدة ، وأحداثا وقائع قد تكون ضمن اطار هذا الدين وقد تكون
 جاءت خارجه عنه من أنظمة مستوردة ، تحميها سلطات ذات قوة مادية ، تخضع الناس
 بالقهر والتضليل ، وتفرض عليهم هذه الأنظمة التي لم تكن من عند الله لاخسراج الناس
 من العبودية لله الى عبودية الناس .

ونتيجة لعدم العمل بهذا الدين فقد ركذ فتمه وتعتلت أحكامه ، اللهم الا في بعض
 المسائل تركت في محاكم الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقات ، هذا الركود
 للفقه الاسلامي مع ما جاوره من نهضة غربية مادية بمفاتها وجبروتها ، وتقدم الآلة
 فيها ، مما حدا بالكتاب الى مجارة الأنظمة الغربية ، وبدأوا يدافعون عن هذا الدين دفاع
 المهزومين المغلوبين ، بأن وضعوا هذا الدين موضع الاتهام ، يوم أن فتحوا باب المقابلة
 بينه وبين غيره من الأنظمة الوضعية المادية ، وقالوا عن نظريات الأنظمة المستوردة بأنها
 موجودة ، في هذا الدين ، وقد سبقهم بقرون عديدة ، والذي يقول بهذا القول انما هو
 جاهل بطبيعة الاسلام ، ويصدق فيه قول الشاعر :

ألم تسر أن السيف يزرى بقسده إذا قيل هذا السيف أمضى من العصا

(١) رواه الاصبهاني عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، بلفظ « فضل العالم على العابد سبعون درجة
 ما بين كل درجتين حضر الفرس سبعين عاماً » والخضر : بضم الخاء وسكون الضاد العسود
 والمضمَّر المعد للسياق بأن يكلف بطريقة خاصة . أحكام الأحكام لابن دقيق العيد : ٤٤ .

و غاب عنهم أن الاسلام دين قائم بذاته لا نحتاج ان ندلل عليه بشهادة القوانين
الوضعية له ، فانما هي كشهادة المنافقين التي قال الله فيها : « اذا جاءك المنافقون قَالُوا
نَشْهَدُ اِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ، وَاللَّهُ يَعْلَمُ اِنَّكَ لَرَسُولُهُ ، وَاللَّهُ يَشْهَدُ اِنَّ
الْمُتَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ » (١) .

وانه لمن الواجب علينا أن نعود الى تحكيم كتاب الله وسنة رسوله والفقهاء المستنبط
منها ، فتعمل لاستئناف الحياة الاسلامية ، وبذلك تنشط الحركة الفقهية وعسدها سيعلم
المقارنون المكانة الحقيقية السامية لهذا الدين ، كما سيعرفون قيمة هذا الغناء الوضعي المادي
والسراب الذي يظنه الظمآن ماء ، حتى اذا جاءه لم يجده شيئاً .

وقياما بالواجب نحو هذا الفقه العظيم فقد تقربت الى الله تعالى بالكتابة فيه ، في
موضوع رأيت الحاجة ماسة الى جمعه وتقرير أحكامه ، وتيسيره للاطلاع عليه ، والبحث
فيه ، راجياً أن يكون تلبية المطلب من مطالب الحياة الاسلامية يوم أن يحرص المسلمون على
معرفة ما يحل لهم ، وما يحرم عليهم من العقود ، وهذا الموضوع هو موضوع « نظرية
الغرر في الشريعة الاسلامية » .

ولقد وجدت الغرر في العقود مثورا في مسائل شتى في الفقه الاسلامي بمختلف
أبوابه ، لذا فاني رأيت أن اجمع صوره واخرجه في ثوب جديد مستعينا بالله سبحانه
وتعالى ، راجياً منه التوفيق .

هذا ولست بالذي يزعم أني أسير في طريق لم يسلكه غيري من قبل ، فقد سار في هذا
الطريق الوعر الشاق كثير من أفاضل العلماء والمحدثين ، فقد تكلم فيه بصفة عامة الامام ابن
تيمية في كتبه وشمل جميع العقود ، ولكن لم يف بالغرض المرجو ، وانا انظر للطريق للدارس
والباحث (٢) .

وكتب في هذا العصر بعض المحدثين عن الغرر وقد أفدت من أعمالهم جميعاً فجزاهم
الله عنا خير الجزاء .

(١) سورة المنافقون ١ .

(٢) لقد كتب كثير من الفقهاء عن الغرر في أبواب صغيرة كان رشداً الجدد وابن رشداً الحفيسد
والامام مالك في الموطأ والمدة الكبرى ، والشيرازي من الشافعية في كتابيه التنبية والمهذب =

والذي أرجو الله أن يوفقني إليه هو جمع مسائل هذا الباب من المذاهب الثمانية (١) ونقل آراء كل مذهب من مؤلفات علمائه، وأثبات أدلتهم ومناقشتها والبحث عن المواضع المتفق والمختلف فيها والترجيح فيما بينها ما أمكن إلى ذلك سبيلاً .
واني قد استعنت في كتابة موضوعي هذا بأصناف مختلفة من الكتب :

١ - فقد رجعت إلى قسم المخطوطات في دار الكتب المصرية ومكتبة جامعة الأزهر الشريف فاستفدت منها، وأذكر على سبيل المثال كتاب الحاوي للماوردي من كتب السادة الشافعية وهو خير معين للقارئ والكاتب ، إذ كثيراً ما كان يتطرق إلى المقارنة بين المذاهب ، مما يلزمي الرجوع إلى كتب كل مذهب والتحقق من ذلك لأرى أصح الأقوال وأضعفها والأدلة التي اعتمدوا عليها ، والواضح النبيه في شرح التنبية لمؤلفه محمد بن إبراهيم السلمي يقبع في تسع مجلدات كبار وغيرهما من المخطوطات في فقه الشافعية والحنفية .

٢ - واعتمدت أيضاً على الكتب المطبوعة لمختلف المذاهب .

٣ - واعتمدت أيضاً على كتب التفسير كالطبري ، والجصاص ، والأحكام لابن العربي وغيرها من كتب التفسير .

فصل الغرر في البيوع خير تفصيل ولم أر مثله من الفقهاء جودة في هذا التصنيف ، ثم شرح الامام النووي رحمه الله المهذب شرحاً وافياً فجزاهم الله عنا خير الجزاء ، ومن المحدثين فقد كان السابق الأول إلى كتابة (الغرر في محل الالتزام التعاقدية) عبدالله بن جبير وهو مطبوع على الآلة الكاتبة في معهد الدراسات العربية واعقبه الاستاذ الضرير وكتب عنه في جامعة القاهرة . وفي القانون المصري أفرد له باباً مستقلاً تحت اسم (عقود الغرر) وشرحه الاستاذ الدكتور السنهوري في الجزء السابع المجلد الأول من الوسيط ، كما أنه كتب عن الغرر في الجزء الثالث من مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري إلا أنه غير مستوف للموضوع وإنما تناول بعض الجزئيات . ومن المحدثين من بوبوا للغرر النسائي وابن ماجه ، وابو داود والترمذي ومعظم المحدثين بوبوا للغرر ما عدا البخاري رحمه الله فلم أجد له باباً في الغرر ، إلا أن هذه الابواب مقصورة على نص الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولم يتعرضوا إلى بقية العقود ومواطن الغرر فيها . لأن كتبهم في النصوص عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، والنص إنما ورد في البيع فقط .

(١) الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والإمامية ، والزيدية ، والاباضية ، والظاهرية .

٤ - واعتمدت أيضاً على كتب الحديث وشروحها كصحيح مسلم ، وفتح الباري ، ومعالم السنن للخطابي وغيرها .

٥ - واعتمدت أيضاً على كتب القانون لأرى رأي القانون في هذه المسائل الا انني لم أقارن بينهما وبين الشريعة الاسلامية ، لأنه لا يجوز لي أن أقارن بين شرع وضعه الانسان وفق حاجته يتبدل بتبدل هذه الحاجة وبين شرع الله المحيط بحاجات الانسان وما يصلح له وما يفسده الى قيام الساعة ، وأن شرع الله سبحانه وتعالى كامل لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، بينا التشريع الوضعي قاصر في تفكيره مهما بلغ من العلم ، ولذا فان تشريعه يحتمل الخطأ .

وأن شرع الله سبحانه وتعالى منزّه عن الهوى والغرض ، بينا التشريع الوضعي قد يراعى فيه مصلحة جماعة معينة من الناس ، وأن شرع الله سبحانه وتعالى يحث على طهارة القلب ومراقبة الله جل وعلا ، فاذا فعل أمراً فانما يفعلهُ رغبة بطاعة ربه ، واذا ما انتهى انما يكون مراقباً لله سبحانه وتعالى ، بينا التشريع الوضعي لا يخضع الا للرؤية البصرية من قبل منفذي هذا التشريع .

وبحق فان التشريع الاسلامي فريد من التشريعات والقوانين التي عرفها العالم حتى الآن سواء من ناحية الأسس التي قام عليها ، والمقاصد والغايات التي استهدفها والأحكام والحلول التي جاء بها على مر العصور .

خطة البحث :

ولقد قسمت رسالتي الى تمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة :

الباب الأول - في التعريف بالغرر وأقسامه .

الباب الثاني - في أثر الغرر في عقد البيع .

الباب الثالث - في أثر الغرر في بقية العقود الأخرى ما عدا عقد البيع .

أما التمهيد : فقد بحثت فيه عن تعريف العقد وتكوينه ، وعن مدى حرية الانسان في الشروط والعقود وقد تكلمت فيه عن أربعة أمور في أربعة مباحث .

المبحث الأول : في تعريف العقد لغة واصطلاحاً وتكوينه :

أذكر فيه تعريف العقد لغة واصطلاحاً مع تحليل لتعريف العقد ، والفرق بين العقد والتصرف ، وتكوين العقد ، وهل الإرادة المنفردة تكون عقداً من العقود ، وإذا انفرد شخص واحد بتكوين العقد فهل يتعد العقد أم لا ؟ .

المبحث الثاني : في مدى حرية الإنسان في انشاء العقود والشروط ومكان الغرر منها

أذكر فيه اختلاف الفقهاء فيما يختص بحرية المتعاقدين في انشاء العقود والشروط وأنهم على ثلاثة آراء ، الرأي الأول ، رأي الموسعين ، والثاني رأي المصيقين والثالث رأي المتوسطين ، ثم أذكر رأي الحنابلة ومزايا فقههم . وقد بينت أدلة كل رأي على حدة ، ثم بينت مكان الغرر من العقود والشروط وأنه قيد من القيود التي تحد إرادة المتعاقدين .

المبحث الثالث : في تعريف العقد وتكوينه في القانون :

أذكر فيه تعريفه وتحليله ، والإرادة المنفردة وانشاء الالتزام وكيف أن الإرادة المنفردة انتقدت ، والمراحل التي مر بها الإيجاب ، والعقد الملزم لجانب واحد والعقد الملزم للجانبيين .

المبحث الرابع : في مبدأ سلطان الإرادة في القانون .

أذكر فيه معنى سلطان الإرادة ، والمراحل التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة ونقد نظرية مبدأ سلطان الإرادة .

ويحتوي الباب الأول على فصلين :

الفصل الأول : في التعريف بالغرر والآيات والأحاديث الواردة فيه :

وقد جعلته في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الغرر لغة واصطلاحاً عند المذاهب الثمانية ، والتعريف الذي اخترته .

المبحث الثاني : في الآيات والأحاديث الواردة في الغرر .

أذكر فيه الآيات الواردة في الغرر ، وما المراد من الباطل في الآيات ورأي المفسرين في الآيات . واذكر الأحاديث الواردة في الغرر ، وتفسير الأحاديث .

المبحث الثالث : في تعريف الغرر في القانون .

الفصل الثاني : في أقسام الغرر :

وقد جعلته في مبحثين :

المبحث الأول : في الغرر اليسير والمتوسط والكثير .

أذكر فيه تقسيم الفقهاء للغرر اليسير والمتوسط والكثير ، والأمثلة على الغرر اليسير والأمثلة على الغرر الكثير ، وبين هذين القسمين يقع الغرر المتوسط وضربت له أمثلة متعددة . وبينت ضابط الغرر اليسير والمتوسط والكثير .

المبحث الثاني : في الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر :

ان اختلاف الفقهاء في الغرر اليسير والمتوسط والكثير ، نتج عنه تقسيم الغرر الى قسمين الى مؤثر والى غير مؤثر ، وأذكر فيه ما يستثنى من الغرر المؤثر في عدة أمثلة وأن الحاجة والضرورة سواء في الغرر .

ويحتوي الباب الثاني على ثلاثة فصول :

يتقدم الباب تمهيد فيه تقاسيم الفقهاء للغرر في عقد البيع ثم أذكر التقسيم المختار الذي سرت عليه في الرسالة .

الفصل الأول : في أثر الغرر في صيغة العقد :

وأتكلم فيه عن أثر الغرر في البياعات التي يكون الغرر فيها واقعاً في صيغة العقد كالمناذبة ، والملازمة ، وبيع الحصاة ، وبيع العربون ، وبيعتان في بيعة ، وصفقتان في صفقة ، والعقد المعلق والعقد المضاف ، وأجعل كل بيع في مبحث مستقل .

الفصل الثاني : في أثر الغرر في المبيع :

وقد تكلمت عن أثر الغرر في المبيع سواء كان ناتجا عن جهالة صفة المبيع أم جهالة مقدار المبيع أو جهالة العين أو الأجل أو عدم رؤية المبيع أو بيع المدوم أو عدم القدرة على التسليم ، وقد جعلت كل واحد منها في مبحث مستقل ، وقد عرضت في كل مبحث عدة صور في مطالب وفروع مستقلة بينت أثر الغرر فيها وأقوال الفقهاء والادلة التي اعتمدوا عليها .

الفصل الثالث : في أثر الغرر في الثمن :

وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في الثمن سواء كان ناتجا عن جهالة صفة الثمن أو مقداره أو أجله ، وقد جعلت كل واحد في مبحث مستقل وقد أفردت هذا عن المبيع لأهمية البحث في هذه الأبحاث الثلاثة ، وان كان ما يصدق على المبيع يصدق على الثمن .

ويحتوي الباب الثالث على سبعة فصول :

الفصل الأول : في أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في عقد السلم ، والاستصناع ، والاجارة ، والجماعة ، وعقد الصلح . وجعلت كل واحد في مبحث مستقل .

الفصل الثاني : في أثر الغرر في عقود المشاركات :

وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في عقد الشركة ، والمزارعة ، والمساقاة ، وجعلت كل واحد من هذه العقود في مبحث مستقل .

الفصل الثالث : في أثر الغرر في عقود الاستيثاق :

وقد تكلمت في هذا الفصل عن أثر الغرر في الرهن ، والكفالة ، وجعلت كل واحد من هذين العقدين في مبحث مستقل .

الفصل الرابع : في أثر الغرر في عقود الاطلاقات :

وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في عقد الوكالة في الشريعة الاسلامية وفي عقد الوكالة عند القانونيين ، وقد جعلت كل واحد منها في مبحث مستقل .

الفصل الخامس: في أثر الغرر في عقد النكاح :

وقد تكلمت فيه عن أثر الغرر في المسائل المالية فقط ويكون ذلك في الصداق ،
والخلع ، وجعلت كل واحد في مبحث مستقل .

الفصل السادس: في أثر الغرر في عقود التبرعات :

وقد تكلمت في هذا الفصل عن أثر الغرر في عقد الهبة ، والوصية ، وجعلت كل
واحد منها في مبحث مستقل .

الفصل السابع : في أثر الغرر في العقود المالية المعاصرة :

وقد تكلمت فيه عن عقود الغرر في هذا العصر الحديث ، وقد اهتم القانون فيها وهي
المقامرة والرهان ، والمرتب مدى الحياة ، وعقد التأمين ، وقد جعلته في خمسة مباحث
وهي : المقامرة والرهان في الفقه الاسلامي ، والمرتب مدى الحياة في الفقه الاسلامي ،
والمرتب مدى الحياة في القانون ، وعقد التأمين في القانون ، وعقد التأمين في الشريعة
الاسلامية .

وأختم الرسالة بأهم ما ورد فيها ، ثم أترجم لأهم الأعلام التي وردت في الرسالة
ثم أتبعها بجريدة للمصادر ، وبفهرس تفصيلي لمحتوياتها .

وأسأل الله العلي القدير أن يوفقني لما فيه الخير وأن يجنبني الرياء وأن يجعل عملي هذا
خالصاً لوجهه ، وأن ينفع به ، ويغفر لي ، ولمن علمني أو سهل لي طريق العلم أمين يا
رب العالمين .

هذا ولا يفوتني أن أقدم شكري وتقديري الى استاذي الفاضل فضيلة الشيخ عبدالله
عبد النبي ، لثفضله بقبول الاشراف على هذه الرسالة ، وقد منحنى من وقته الثمين في
قراءتها ، ومناقشته لي في محتوياتها ، ووجهني بتوجيهاته التي كان لها الأثر القوي ، فجزاه
الله عنا خير الجزاء .

ياسين أحمد ابراهيم درادكة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رفع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

تمهيد

تعريف العقد وتكوينه ومدى حرية الانسان
في انشاء العقود والشروط ومكان الغرر منهنما

في هذا التمهيد أبحث عن تعريف العقد وتكوينه ومدى حرية الإنسان في انشاء العقود والشروط على أساس ان المتعاقدين هل لهما الحق في انشاء ما يشاء ان من العقود والشروط ؟ ، ام انهما يمنعان من ذلك ، وليس لهما ان يتشأ ما يتراضيان عليه من العقود والشروط الا ما ورد النص بجوازه ؟ هذا ما سنراه ان شاء الله .

ولذا سأتكلم عن هذا في أربعة مباحث :

المبحث الاول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً وتكوينه .

المبحث الثاني : مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط .

المبحث الثالث : تعريف العقد وتكوينه في القانون .

المبحث الرابع : مبدأ سلطان الإرادة في القانون .

المبحث الاول

تعريف العقد لغة واصطلاحاً وتكوينه

تعريف العقد لغة :

العقد في اللغة له معان كثيرة : منها الشد ، والتوثيق ، والإحكام ، والجمع بين أطراف الشيء وربطها ، تقول : عقدت الحبل عقداً إذا شدته وقويته ، وتقول في العادة : اعقد هذا الحبل بذلك أي اربط بينهما ، وفلان عقد صلة طيبة بفلان أو بهذه الجماعة ، بمعنى أنه قوي ووثق ما بينهما من روابط وعلاقات .

وجاء في المصباح المنير : (عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فانهقد والعقدة ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل : عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد . توكيد . . . ومعقد الشيء : موضع عقده وعقدة النكاح وغيره ، لإحكامه وإبرامه) (١) .

قال الله تعالى : (وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَمْرَهُ) (٢) .

من هذا نرى ان المعاني للعقد تدور كلها حول الربط والإحكام والتقوية ، سواء كان ذلك في الامور المحسوسة ، ام الامور المعنوية . وقد صرح كثير من العلماء بهذا المعنى للعقد : فمن ذلك ما جاء في تفسير الألوسي : (وأصل العقد ، الربط محكماً ثم تجوز به عن العهد الموثق) (٣) .

وفي الشهاب على البيضاوي : (وأصل العقد الربط محكماً ثم تجوز به عن العهد وعقود المعاملات) (٤) .

(١) المصباح المنير : ٦٤٤ - وانظر القاموس المحيط ١ : ٣١٥ في مادة عقد .

(٢) سورة البقرة : ٢٣٥ .

(٣) روح المعاني للألوسي : ٢ : ٢٣٩ .

(٤) انوار التنزيل وأسرار التأويل : ٣ : ٢٠١ .

وفي فتح القدير للشوكاني : (العقود : العهود ، وأصل العقود الربوط واحدها عقد : يقال عقدت الحبل والعهد . فهو يستعمل في الأجسام والمعاني ، وإذا استعمل في المعاني افاد أنه شديد الإحكام والتوثيق (١) .

وفي الكشاف للزمخشري : (العقد هو العهد الموثق شبه بعقد الحبل ونحوه) وهي : عقود الله التي عقدها على عباده وألزمها إياهم من مواجب التكليف . وقيل : هي ما يعقدون بينهم من عقود الأمانات ويتحالفون عليه من البياعات ونحوها (٢) .

وفي تفسير البحر المحيط لابي حيان :

(وقال الزجاج : العقود أوكد من العهود وأصله في الأجرام ثم توسع فأطلق في المعاني) (٣) .

وفي مجمع البيان في تفسير القرآن : (والعقود جمع عقد بمعنى معقود وهو أوكد العهود ، والفرق بين العقد والعهد ؛ أن العهد فيه معنى الاثبات والشدة ولا يكون الا بين متعاقدين ، والعهد قد ينفرد به الواحد فكل عهد عقد ولا يكون كل عقد عهدا . وأصله عقد الشيء بغيره ، وهو وصاه به كما يعقد الحبل) (٤) .

من هذه الأقوال نرى ان العلماء يطلقون كلمة العقد على مطلق الربط من غير فرق بين المحسوسات كعقدت الحبل ، او المعنويات كعقدت عقد البيع ، وعقدت العهد ، وكل ما يعقده المكلف على نفسه فيلزمها به في المستقبل ، من اثبات فعل ، او تركه ، ومن هذا سمي اليمين عقدا .

(١) فتح القدير للشوكاني : ٢ : ٣ .

(٢) الكشاف للزمخشري : ويشبه هذه التعاريف أيضاً ما جاء في تفسير أبي السعود (والعقد هو العهد الموثق المشبه بعقد الحبل ونحوه) تفسير أبي السعود : ٣ : ٧٢ ومساجد في تفسير الطبري : قال ابو جعفر : والعقود جمع عقد وأصل العقد ، عقد الشيء بغيره وهو ما وصله به كما يعقد الحبل بالحبل اذا وصل به شدا . يقال : عقد فلان بينه وبين فلان عقدا فهو يعقده . جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري : ٩ : ٤٤٩ .

(٣) البحر المحيط لابي حيان : ٣ : ٤١٠ .

(٤) مجمع البيان في تفسير القرآن لابي علي الفضل بن الحسن الطبرسي من أكابر علماء الامامية في القرن السادس : ٦ : ٧ .

وقد اختلف المفسرون في المراد من العقود في قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (١) .

على أقوال :

١ - يروى عن ابن عباس أن المراد بالعقود ، العهود التي أخذها الله تعالى على عباده بالإيمان به وبطاعته فيما أحل أو حرم .

٢ - وذهب ابن زيد وزيد بن اسلم الى ان المراد بالعقود ، العقود التي يتعاقد بها الناس بينهم كعقد الأيمان وعقد النكاح وعقد البيع ونحو ذلك .

٣ - وروى عن مجاهد ، والربيع وقتادة أن المراد بالعقود ، العهود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على مناصرة من ظلم .

٤ - ويروى عن ابن جريج ، هي العهود التي أخذها الله تعالى على أهل الكتاب بالعمل في التوراة والانجيل مما يقتضي التصديق بالنبي ﷺ (٢) .

واختار بعض المفسرين : (أن المراد بها ما يعم جميع ما أزمه الله تعالى عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الامانات والمعاملات ونحوها مما يجب الوفاء به) (٣) .

والذي أميل اليه هو اختيار بعض المفسرين : ان العقد ، هو جميع ما أزمه الله عباده من التكاليف وغيرها اذ في كل ذلك يسمى عقدا .

العقد في اصطلاح الفقهاء : (٤)

ان معظم الفقهاء وخاصة الحنفية يطلقون العقد بعينين :-

الأول : تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر اثره في المحل .

(١) سورة المائدة : ١ .

(٢) روح المعاني للألوسي : ٢ : ٢٣٩ .

(٣) المصدر السابق : ٢ : ٢٤٠ .

(٤) المتبع لكتب الفقه الاسلامي لا يجد للفقهاء المتقدمين بحثاً مستقلاً وخاصاً بالعقد وأنا نستطيع ان نفهم من خلال كلامهم عن عقد من العقود معنى للعقد لا يختلف عن التعبير اللغوي .

الثاني : العقد هو ما يتم به الارتباط بين ارادتين من كلام وغيره كالأشارة والكتابة ويترتب على ذلك التزام بين طرفين (١) .

فالعقد عند الفقهاء بهذين المعنيين لا يكون الا بين اثنين او أن الالتزام الناتج يتوقف على اجتماع ارادتين .

وبعض الفقهاء يتوسعون في معنى العقد فينظرون اليه نظرة غير النظرة الضيقة لمعنى العقد ، بل يشمل العقد بنظرهم ، كل التزام يتم بتلاقي الارادتين كالوكالة ، ويشمل ما كان الالتزام فيه من طرف واحد من غير توقف على شيء آخر كالطلاق المجرّد عن المال ، الا انني أرى أن هذا لا يسمى عقدا وإنما يسمى تصرفاً او التزاماً ، ويشمل ما كان الالتزام من الجانبين كالبيع والاجارة .

وهذا التعميم نراه أكثر شيوعاً في كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه في كتب الحنفية (٢) .

ومن الذين يملعون العقد عاماً للجصاص اذ يقول : العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره ففعله على وجه الزامه ، فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لان كل واحد من طرفي العقد قد ألتزم نفسه التام عليه والوفاء به ، ويسمى اليمين على المستقبل عقداً ، لان الخالف ألزم نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد (٣) .

وبعض الفقهاء الذين نظروا النظرة الضيقة لهذا العقد زاهم يقولون على النحو التالي :

١ - يقول الدسوقي أحد فقهاء المالكية : العقود ما تتوقف على ايجاب وقبول وأما غيرها كالأطلاق فهي اخراجات ولا تتوقف على ايجاب وقبول (٤) .

٢ - ويقول ابن رشد الحفيد : العقد هو الايجاب والقبول (٥) .

(١) العناية على هامش فتح القدير : ٥ : ٨٤ ودرر الحكام في شرح غرر الاحكام ١ : ٣٢٦ والمدخل للفقهاء الاسلامي للاستاذ - محمد سلام المذكور ٥٠٦ واتفقه الاسلامي له ايضا ٣٥٦ .

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ١٨ ، ١٩ ، ٢١ ، ٨٧ وانظر صفحة ٤ من رسالتنا وما يقوله الزعخشري في أول سورة المائدة ١١ : ١٢٣ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ٢٩٤٢ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥ - ٦ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٨٥ .

٣ ويقول النجفي أحد فقهاء الشيعة : العقد شرعا قول من المتعاقدين أو قول من أحدهما
وفعل من الآخر رتب الشارع الأثر المعقود عليه . وتعريف الأولى : بأنها المشتمة على
الايجاب والقبول ، او بأنها المشتمة على رضا الطرفين ، او بأنها المتضمنة لعقد
من الجانبين (١) .

هذا وقد عرف العقد صاحب مرشد الخيران بقوله :

(العقد هو عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على
وجه يثبت اثره في المعقود عليه ، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب
به للآخر (٢) .

وعرفته مجلة الاحكام العدلية : بأنه هو ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يثبت
مره في محله (٣) .

وهذا هو التعريف الذي اختاره وأرجحه على بقية التعاريف ؛ لكونه انخصر التعاريف
وشاملا لكل ما يحتاجه العقد وهو الذي أتناوله بالتحليل والشرح ان شاء الله .

تحليل التعريف الفقهي :

اذا نظرنا الى العقد فاننا نجده عبارة عن ارتباط بين شخصين نتيجة لاتفاق ارادتهما

(١) النجفي في العقود ٣ .

(٢) مرشد الخيران م (٢٦٢) صفحة ٦٦ .

(٣) مجلة الاحكام العدلية م (١٠٣) ، (١٠٤) ويقول صاحب درر الحكماء في شرح غرر الاحكام : المراد
بالعقد : ارتباط أجزاء التصرف الشرعي ، مثلا اذا قيل زوجت وتزوجت ، وجد معنى شرعي هو النكاح
يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة وكذا مثل بعت واشتريت وجد معنى شرعي هو البيع يترتب عليه
حكم شرعي هو ملك اليمين : درر الحكماء في شرح غرر الاحكام ١ : ٣٢٦ .

المعبر عنها بالايجاب والقبول . قال المرغيناني : البيع ينعقد بالايجاب والقبول (١) ثم
وضح البايرتي معنى هذا بقوله : (الاعتقاد ها هنا ، تعلق احد العاقدين بالآخر شرعاً على
وجه يظهر اثره في المحل ، والايجاب الاثبات ، ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجاباً
لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا (٢) .

فالبادئ اولاً من أحد المتعاقدين يسمى كلامه ايجاباً والآخر يسمى قبولا سواء
كان البادى أولاً البائع أولاً المشتري، وسواء كان ذلك في عقد البيع او الإجارة او غيرها
من العقود .

ومتى حصل الايجاب والقبول في عقد البيع وهما لفظاً بعث واشترت اذا صدر من
ذئ اهلية في البيع ترتب عليهما تبادل الملك في العقود عليه . وكذلك اذا صدر منها الايجاب
والقبول في عقد الإجارة (آجرت واستأجرت) او عقد الرهن كذلك .

فنتيجة لهذا الايجاب والقبول صار المؤجر ملزماً بتخليه ما أجره ، وصار المستأجر
ملزماً بدفع ما يقابل المنفعة ، وحق المرتهن في احتباس المال المرهون ، والراهن في اخذ
الدين ، وهكذا في سائر العقود .

يقول صاحب الدرر : المراد بالعقد ارتباط اجزاء التصرف الشرعي مثلاً : اذا قيل
زوجت وتزوجت ، وجد معنى شرعي هو النكاح يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة ،

(١) ويقول الاستاذ محمد ابو زهرة : (ان للفقهاء في معنى العقد نظرين) :

١ - فهم من يخص العقد بما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين كالبيع والإجارة والشركة . . .
٢ - ومنهم من يتوسع في معناه فيطلقه على كل ما يعقده الشخص الزم عليه ولو كان ينمقد بكلام طرف
واحد ابي بالارادة المنفردة كالطلاق والاعتاق والابراء . ثم يقول : ان العقد بهذا الاعتبار الثاني
اي بالمعنى الواسع يكون مرادفاً للفظ التصرف لان التصرف الشرعي ، هو كل ما يكون من تصرفات
الشخص القولية ويرتب عليه الشارع اثراً شرعياً في المستقبل . الملكية ونظرية العقد لابي زهرة
ف ١٠١ ، ١٠٢ .

٣ - الهداية مع فتح القدير ٥ : ٧٤ (ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخالص المعلوم حكمه شرعاً) فتح
القدير ٥ : ٧٤ .

(٢) حاشية العناية مع فتح القدير ٥ : ٧٤ .

وكذا مثل بعت واشترت وجد معنى شرعي ، هو البيع يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين «١» .

ومع ذلك فهناك فكرة تعترض هذه القاعدة وتقول بأن التصرف الذي يتم تنفيذه بمجرد انعقاده لا يسمى عقداً ، وإنما يسمى العقد الذي يبقى مدة من الزمن قبل ان يتم تنفيذه «٢» .

وعلى هذا ، فإن البيع بالتعاطي ، وهو استلام البائع للثمن والمشتري للملك دون ان يتكلموا عقد ، لأن التنفيذ قد تم بمجرد الإنعقاد .

ومن يقول بهذا المعنى سعدي جليبي من فقهاء الحنفية اذ يقوم : (العقد قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقد في صورة التعاطي) «٣» .

ويقول الشيرازي احد فقهاء الشافعية : (فأما المعاوضة فلا ينعقد بها البيع) «٤» .

ويقول العاملي أحد فقهاء الشيعة : (المعاوضة في البيوع والإجازات ونحوها ليست من العقود قطعاً ؛ لأنها اباحية محضة لا يشترط فيها شيء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد) «٥» .

غير ان هذه الفكرة لم تسد في الفقه الإسلامي ؛ لأن فقهاء الحنفية يجزؤون العقد بالتعاطي «٦» .

(١) درر الحكام في شرح غرر الاحكام ١ : ٣٢٦ وانظر مصادر الحق للسنهوري ١ : ٧٤ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١ : ٧٤ .

(٣) حاشية سعدي جليبي على شرح العناية والهداية ٥ : ١٧٢ .

(٤) المهذب مع المجموع ٩ : ١٧٠ وانظر اعانة الطالبين ٣ : ٤ .

(٥) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٣ ويشير الاستاذ شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للتزامات في الشريعة الاسلامية الى هذا المعنى ١ : ١٢٤ .

(٦) فتح القدير ٥ : ٧٧ ، وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان توافق الارادتين لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح الا اذا كان من شأنه خلق حال جديدة في وقت مستقبل ، اما اذا تحقق اثر العقد فخرده انعقاده فلا يكون عقداً بالمعنى الصحيح ، ووصفه بالعقد يعتبر من لغو الكلام اذ لا يفيد كما هو الحال في البيع بالتعاقد .

الفرق بين العقد والتصرف :

لقد ورد في بعض التعاريف السابقة كلمة التصرف ، فما المراد منها ؟ وما العلاقة بين العقد والتصرف ؟

علمنا من التعاريف السابقة للعقد انه يستلزم لوجوده حصول التزامين من طرفين بحيث يحتاج تمامه الى وجود هذين الالتزامين^١ . وعلى ذلك فالواحد لا يستقل بهذا العقد

اما التصرف : فالمراد به ما يستقل الشخص بإيجاده لكونه ملكا له فقط ولا يشاركه فيه احد ولا يحق لاحد ان يمنعه ولا ان يكون له دخل في وجوده كالطلاق ؛ فإن الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح، فيحق له ان يطلق متى اراد حتى ولو كانت الزوجة افضة لذلك.

ويشمل ايضاً ما يكون له علاقة مع الغير بحيث لا يتم الا برضاه ، كما في صورة البيع ايضاً ، فإن البائع يستطيع ان يبيع سيارته لزيد ولكن البيع لا يتم الا برضى زيد ويسمى مع ذلك بأنه قد تصرف في بيع سيارته .

ولذا فاننا نجد أن العلاقة بين العقد والتصرف العموم والخصوص ؛ لأن كلمة التصرف اعم من كلمة العقد ؛ لأنهما يتحققان في كل ربط بين كلامين يترتب على هذا الربط حكم شرعي .

وأما التصرف فينفرد عن العقد في كل التزام ينشأ عن ارادة واحدة ، كما مثلنا في الطلاق^٢ .

الايجاب والقبول وتكوين العقد :

قلنا ان تعريف العقد عبارة عن ارتباط ايجاب بقبول ، ولصحة العقد لا بد من توافرها من العاقدين ، واذا وجد الإيجاب والقبول فقد لزم البيع ولا يجوز لأحدهما فسخه ، قال المرغزاني : (واذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ، ولا خيار لواحد منهما

(١) أحكام العقود في الشريعة الاسلامية للشيخ علي قراعه ص : ٧ .

(٢) نظرية الشروط المقرنة بالعقد في الشريعة والقانون للدكتور زكي شعبان : ١٢ .

الا من عيب أو عدم رؤية ، وخالف في ذلك الشافعي ؛ بأنه يثبت لها خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » . وكذلك السادة الخنابلة « ١ » وقال مالك - رحمه الله - : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيار لها ؛ لأنه روي عن عمر رضي الله عنه انه قال : البيع صفقة واحدة او خيار (ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد كالكاح والخلع « ٢ » .

ومن هذا يتضح ان العقد لا بد ان يكون من طرفين ولكن ليس هذا الأمر مطرداً في كل العقود ، فعقود المعاوضات المالية لا بد ان تكون من طرفين كالبيع ، بينما عقود التبرعات والإسقاطات المحضة تكون من طرف واحد .

قد يوجد الايجاب والقبول، وهما مظنة الرضا ولكن الرضا الحقيقي غير متوفر في بعض الصور فهل بذلك ينعقد العقد ام لا ؟ فالواقع ان الرضا الحقيقي غير متوفر سواء كان بالبيع ام بغيره فبعض المبيعات يكون الإنسان مضطراً لسد حاجته فيضطر الي بيع متاع له وهو راغب فيه ولذلك فإن الشريعة لم تنظر لمثل هذا الرضا، بل نظرت الى الشوائب التي تشوب العقد ، وعلى هذا لا تعتبر الارادة غير الظاهرة .

ومن الأمثلة على ذلك

١ - **المكره** : والاكره وهو ما يفعله الانسان بغيره ليدفعه الى فعل شيء طلبه منه دون ان يكون راغباً فيه .

فاذا اكره انسان على بيع او شراء شيء غير راغب في ذلك فان عبارة الايجاب والقبول غير معتبرة ، اذا كان الاكره واقعاً ممن تهدده ، وهو قادر على تنفيذ ما توعد به ، ولكن الحنفية في هذا الأمر قالوا : ان عقد المكره موقوف على اجازة المتعاقد حال السعة ، فإذا اجاز العقد انعقد والا فلا ، ويعتبر الاكره من أهم عيوب الرضاء

(١) المغني لابن قدامة : ٣ : ٤٨٢ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٣ : ٤٨٢ .

٢ - الخلافة : وأصل هذا ان حبان بن منقذ بن عمرو كان رجلاً ضعيفاً ، وكان قد اصابته في رأسه مأمومة ، فجعل له رسول الله ﷺ الخيار الى ثلاثة ايام ، فقال له النبي ﷺ : اذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة ايام «١» . والخلافة معناها ، الخلداع والغش ، ففي هذا الحديث ينص على أن البيع اذا حصل فيه غش أو خديعة فإن البيع غير جائز ، أي لا ينعقد ، وينص على وجود الخيار الى ثلاثة ايام ويسمى خيار الشرط .

الارادة المنفردة وتكوين العقد :

لقد ذكرنا آنفاً ان في بعض العقود لا بد من توافر عبارة الايجاب والقبول وهي دلالة الرضا في العقد ، وانه لا بد من توافر الارادتين ، ولكن يوجد في الفقه الاسلامي بعض العقود المستتاه من القاعدة العامة وهي توفر الارادتين فينعقد بارادة منفردة ممن له هذه الإرادة .

ومن الأمثلة على ذلك :

١ - الطلاق : يصبح ايقاع الطلاق بمجرد التلفظ بذلك ممن له الطلاق شرعاً .

٢ - الرجعة : وكذلك لو أراد المطلق الذي طلق زوجته دون الثلاث ، وقبل انتهاء العدة ان يراجع زوجته بقوله راجعت زوجتي او ما يدل على ذلك الارجاع ، فلها تعود الى الزوجية ، ولا يستطيع احد أن يمنعها .

٣ - الابراء من الحقوق المجردة : فلو قال المشتري للبائع أبرأتك من العيوب في المبيع فإن هذا الاسقاط صحيح ، ولا يتوقف على قبول البائع ، وهذا معنى عبارة القاعدة الفقهية : « الساقط لا يعود » .

أما الاسقاط في معنى التملك فلا بد من توافق الارادتين على ذلك ، وذلك فيما اذا أبرأ الدائن المدين فإنه لا بد من رضا المدين؛ اذ تأبى على المدين كرامته ولا يرضى بتحمل المنة في ذلك .

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي وأبو داود ، انظر صحيح البخاري مع المعنى ١١ : ٢٢٣ ومختصر سنن أبي داود ٥ : ١٤١ وانظر فتح القدير ٥ : ١١١ .

٤ - الوقف : فإن الوقف يتم بالإرادة المنفردة فيما لو وقف على الفقراء والمساكين من غير حصر لهم ولا تعيين .

٥ (الوصية : فانها تصح بالإرادة المنفرد من قبل الموصي ، وذلك اذا كان لجهة الخير لا لاشخاص معينين ، فاذا أوصى ليعين فان الموصى له والموقوف له لا بد من قبوله الوصية والوقف لامرين .

١ - مخافة ان يلحقه ضرر من تلك الوصية ، كأن يوصي له بعد أعمى او زمن .

٢ - ان يلحقه المنة منه او من ورثته .

الايجاب وحده غير ملزم للعقد :

هذا في العقد الذي يحتاج فيه الى أول ، فان جمهور الفقهاء متفقو على ا الايجاب بمفرده غير ملزم لصاحبه ، ما دام لم يتصل به القبول في المجلس والموج ايها كان بائعاً او مشترياً ان يرجع قبل قبول الآخر عن الايجاب ، لانه لم يثبت له حق يبطله الآخر بلا معارض اقوى ، وذلك لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك ، والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فللموجب ان يرفع هذه الولاية كعزل الوكيل (١) .

لكن المالكية يرون ان الموجب يلتزم بايحابه امام من وجه اليه الإيجاب حتى ينتهي مجلس العقد ، او يظهر رأيه في الإيجاب (٢) .

وبناء على رأى الجمهور فان الايجاب قبل اتصاله بالقبول لا يكون ملزماً في الفقه الاسلامي ، الا في مسألة واحدة فلا يستطيع صاحب الايجاب الرجوع في ايحابه ، وذلك بأن يقول الزوج لزوجته : ملكتك تطليق نفسك ، لأن ايحابه يعتبر تطليقاً من قبله معلقاً على قبولها (٣) .

(١) فتح القدير للكمال بن الهمام ٥ : ٧٨ وبدائع الصنائع ٥ : ١٣٤ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٨٥ ومواهب الجليل شرح مختصر خليل ٤ : ٢٤١ .

(٣) المغني لابن قدامة المقدسي . ٣ : ٤٨٦ .

العقد يباشره شخص واحد :

كما انعقد العقد بإيجاب وقبول من الطرفين يصح حصوله من طرف واحد ، ولكن الذي يتولى طرفي العقد بنفسه له أحوال :-

١- ان يكون أصيلاً يعقد لنفسه وولياً عن الجانب الآخر ، كما في بيع الاب لابنه الصغير فإنه ولي ابنه ولو فور شفقته لا يحتاج الى القبول ، ويكون أصيلاً في حق نفسه ونائباً عن ابنه .

٢- ان يكون أصيلاً يعقد لنفسه ووكيلاً عن الطرف الآخر كما اذا وكلته امرأة بأن يزوجه من نفسه .

٣- ان يكون ولياً للجانبين ، كتزويج الجد أولاد أولاده ، بنت ابنه لابن ابنه (١) .

٤- ان يكون وكيلاً للجانبين ، كما اذا وكاه رجل أن يزوجه ووكله امرأة ان يزوجه فقال زوجت فلانة من فلان .

٥- ان يكون ولياً من جهة ، ووكيلاً من جهة اخرى ، كأن يوكله رجل بأن يزوجه ابنته الصغيرة (٢) .

من الملاحظ في هذه الصور جميعاً أن عبارة الشخص تدل على ارادتين متوافقتين ؛ لأنها صادرة من شخص ذي صفتين ، ويكون الشخص في جميع هذه الحالات صاحب صفة شرعية من الجانبين .

وليس هناك من خلاف حول صدور الارادتين من شخص واحد ، وإنما الخلاف ناتج عن التزام الوكيل بمقوق العقود التي يباشرها .

فالحقنية يرون ان الوكيل هو الملزوم بكل مسا يتبع عقود المعاوضات من آثار ؛ كالمطالبة بالثمن او المطالبة بتسليم المبيع او رده إن ظهره عيب ، لأنه هو الذي يباشر العقد

(١) شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية والشريعة الاسلامية محمد حلمي عيسى ٤٥ .

(٢) تحفة الفقهاء ٣ : ٤٧-٤٨ وانظر الفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي احمد عيسوي ٤١٩

ولم تكن للموكل صفة في العقد ، خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء ، أما غير المعاوضات فالحقوق ترجع الى الأصيل اتفاقاً (١).

وللعلماء في تولي الشخص وحده طرفي العقد ثلاثة آراء .

الرأي الأول : وهو قول المالكية والحنابلة بأنه يصح تولي الشخص الواحد طرفي العقد ، ما دام هذا صاحب صفة شرعية من الجانبين ، سواء أكان في عقود المعاوضات أم في الزواج ، وحجة هؤلاء ان عبارة العاقد إنما هي في الحقيقة تمثل عبارتين : الأولى بوصفه أصيلاً وتقوم مقام الايجاب ، والثانية بوصفه وكيلًا وتقوم مقام القبول ، ولاضير في ذلك على رأيهم في المعاوضات المالية وغيرها ، لأن الحقوق عندهم إنما ترجع الى الموكل لا الى الوكيل (٢) .

الرأي الثاني : رأي زفر والإمام الشافعي ، ان الشخص الواحد لا يتولى طرفي العقد سواء أكان عقد زواج ام غيره ، وسواء أكان بصفة واحدة أم بصفتين ، وسواء كان ذا صفة شرعية للجانبين . وحجتهما في ذلك : أن العقد اسم للإيجاب والقبول والواحد جواب للأخر فلا بد من ان يصدرًا من جهتين متقابلتين ، وإذا صدرًا من واحد فلا يتحقق ذلك لا عبارة الايجاب فقط وهو لا يتم به العقد .

وحجة زفر بالنسبة لعقود المعاوضات أن موجبات العقد إنما ترجع الى العاقد نفسه ولو كان وكيلًا عن غيره (٣) .

والإمام الشافعي استثنى صورة واحدة تكون عبارة الواحد عن عبارتين ، فيما اذا زوج الجلد حفيديه لأخر ، بان يزوج بنت ابنه المتوفى لابن ابنه المتوفى اذا كان في تزويجه مصلحة .

الرأي الثالث : رأى الحنفية أنهم لا يجوزون ان تكون عبارة الواحد بدلًا من عبارتين في المعاوضات المالية ، وحجتهم في ذلك كما ذهب اليه الإمام زفر رحمه الله من أن

(١) تحفة الفقهاء : ٣ : ٤٧ - ٤٨ وانظر الفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ٤١٨ .

(٢) تحفة الفقهاء : ٣ : ٤٨ والمعني لابن قدامة ٥ : ٨٦ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٧٨ وانظر نيل الاوطار ٦ : ١٤٢ .

موجبات العقد إنما ترجع الى العاقد نفسه (١)

وخالفوا زفر في مسائل وهي ما لو باع الولي مال ابنه لنفسه او لغيره ، وكذا بيع القاضي من مال وقف الى جهة وقف آخر كلاهما في ولايته ، وبالنسبة لعقد الزواج ، فإن الحقوق إنما ترجع الى الموكل فقط والوكيل في هذا الأمر إنما هو سفير ومعبر ، بخلاف البيع واستدل بحديث عن النبي ﷺ فقد روي عن عقبه بن عامر ان النبي ﷺ قال لرجل : أترضى ان أزوجك فلانة ؟ قال : نعم وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت : نعم فزوج احدهما صاحبه (٢) .

والذي أراه هو الرأي الذي يفرق بين عقود المعاوضات المالية وعقد الزواج ؛ لأن عقود المعاوضات المالية ترجع الى العاقد نفسه ؛ لأنه يطالب بالمبيع ان كان بائعاً ويطالب بالثمن ان كان مشترياً ، ويلزمه ان كان حقاً مستحقاً الى غير ذلك من موجبات العقد .

أما الزواج ، فالعاقد إنما هو معبر وسفير ولا يعود عليه من موجبات العقد شيء ، فالمهر وجميع تكاليف الزواج على الزوج لا على العاقد ، واذا حصل فسخ لعقد الزواج وهو الطلاق فإن العهدة تعود على الزوج وحده لا على العاقد ، بينما في المعاوضات المالية ، حينما تعود العهدة على العاقد والآخر لا يدخل له والله أعلم .

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٦ : ١٤٢

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ٦ : ١٤١ قال الشوكاني : سكت عنه ابو داود والمنذري وفي اسناده عبد العزيز بن يحيى صدوق حم . وانظر تحفة الفقهاء ٣ : ٤٨ ، والفقهاء الاسلاميين للاستاذ عيسوي احمد عيسوي ٤٢١

المبحث الثاني

مدى حرية الانسان في انشاء العقود والشروط

ومكان الغرر منهما

لقد عرفنا مما سبق أن العقد وسائر التصرفات الشرعية تنشأ عن ارادة المتعاقدين ، فإذا تم العقد ترتب عليه آثاره الشرعية . ولكن الشارع هو الذي يرتب آثاراً معينة على كل عقد من العقود .

ويقول الفقهاء : ان العقد أسباب جعلية . ولهذا فإن ارادة العاقد فقط تكون مقصورة على إنشاء العقد حتى لا يبغي بعضهم على بعض بما يشترطون من شروط تكون جائزة او فاسدة وحتى يكون لكل عقد او تصرف من التصرفات حكمه الشارع الحكيم (١) . وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية : ان الأحكام الثابتة بأفعالنا كالمملك الثابت بالبيع وملك البضع الثابت بالنكاح ؛ نحن أحدثنا أسباب تلك الاحكام ، والشارع اثبت الحكم بشيوت سببه منا لم تثبته ابتداءً (٢) .

ويقول أيضاً : ان العقود جعلت أسباباً الى احكام قصلدها الله وناطها بها : فشرع البيع سبباً للملك الأموال بطريق المعاوضة ، والهبة سبباً لملك المال تبرعاً ، والنكاح سبباً لملك البضع ، والخلع سبباً لحصول البيونة (٣) .

(١) المجلد لابن حزم ٨ : ٤٧٢ - ٤٢٠ . وأحكام الاحكام لابن حزم ٦ : ٦٠ - ٥٠ . والمجموع للنووي ٩ : ٤٠٤ - ٤٢٥ . والمدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ١ : ٤٩٠ . والمدخل للفقهاء الاسلامي للاستاذ محمد بن عبدكفور ٤٢٤ ، والمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان ٣٩٢ . والأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى .

(٢) فتاوي ابن تيمية ٣ : ٣٣٥ . والقواعد النورانية لابن تيمية ٢٠٢ .

(٣) فتاوي ابن تيمية ٣ : ٢١٤ . وفي مواضع اخرى له نفس هذا المعنى .

والإمام الغزالي رحمه الله يقرر : ان الله سبحانه وتعالى أضاف الأحكام الى أسبابها ، لان الاسباب لا توجب الحكم لذاتها بل بليغاب الله سبحانه وتعالى والسبب عند الامام الغزالي رحمه الله يوجد في العبادات والمعاملات .

فأما في قسم المعاملات فيقول : فلحل الاموال والابضاع وحرمتها أيضاً أسباب ظاهرة من نكاح وبيع وطلاق وغيره (٢) .

والامام الشاطبي يذكر أن السبب قد يوجد من الانسان بارادته ، ولكن السبب لا يكون موقوفاً على ارادته وحدها ، بل قد يحدث شيء دون ان يحدث ما نسميه سبباً له ، فيقول : (ان الذي للكلف تعاطي الاسباب وانما المسببات من فعل الله سبحانه وتعالى وحكمه لا كسب فيه للكلف وهذا يتبين في علم آخر ، والقرآن والسنة دالان عليه) (٢) .

واننا لنجد في كتاب كشف الاسرار للبردوي ما نصه : (ان العلل الشرعية غشيرة موجبة بانفسها فان هذه العلل كانت موجودة قبل وجود الشرع ولم تكن موجبة لهذه الاحكام ، بخلاف العلل العقلية فانها موجبة بانفسها وانما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، اذ له ولاية الايجاب وهو قادر على أن يشرع الاحكام بلا علة ، ولكن إيجابه لما كان غيباً عن العباد وهم عاجزون عن دركها ، شرع العلل التي يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام في حق العمل ونسب الوجوب اليها فيما بين العباد تيسيراً ، فصارت العلل موجبة في الظاهر يجعل الله تعالى اياها كذلك اي موجبة لا بانفسها (٣) .

نخلص من هذه النصوص الى ان الفقهاء لا يختلفون من حيث الجملة في أن الشارع هو الذي يرتب آثارا معينة على كل عقد ، ولكنهم يختلفون فيما يختص بحرية المتعاقدين في انشاء العقود والشروط المتصلة بها ، وقد قدمنا ان الشارع ينص على بعض العقود ، وأن آثارها

(١) المستصفى للغزالي ١ : ٩٣ - ٩٤ .

(٢) الموافقات للشاطبي ١ : ١٣١ وانظر ما بعدها ايضا من الموافقات الى هذا المعنى .

(٣) كشف الاسرار للبردوي ١٢٩١ ، ٦٧٨ في زيادة بيان السبب ، والمراد بالعلة هنا هي العلة التي توضح الناس عليها . ولذا فإننا نراه قد حدد مفهوم العلة بقوله : ويدخل في هذا الحد العلل الوضعية التي جعلها الشرع عللا كالبيم للمالك والنكاح للحل . هذا ويجدر بي التنبيه على السبب والمسبب بأنه لا ينترزم وجود احدهما بوجود الاخر وفيما اذا كان منجزة من الله سبحانه وتعالى قال الله تعالى لل نار المحرقة حيناً ألقي فيها ابراهيم الخليل عليه السلام : « يا نار كوني برداً وسلاماً على ابراهيم » فلم تضر ابراهيم عليه السلام . الانبياء ٦٩ .

مسببة عنها ، فهل هذا التنصيص على بعض العقود يعتبر مانعاً من انشاء غيرها من العقود؟ وأن الآثار قد حددها الشارع وعينها بالنسبة لكل عقد من العقود ، والشروط قد تزيد او تنقص من هذه الآثار لمصلحة واحد من المتعاقدين ، واذا كان كذلك فهل يستطيع العاقد أن يعدل من هذه الآثار بما يشترطه من شروط ام انه لا يستطيع ؛ لان الله سبحانه وتعالى قد حدد هذه الآثار وليس لارادة الانسان دخل في ذلك ؟ فهذا ما اختلف الفقهاء فيه .

فمنهم المضيقون الذين يلتزمون صراحة النص على اباحة العقد او الشرط ليقولوا بالجواز ، ومنهم الموسعون الذين لا يشترطون وجود النص الصريح على اباحة العقد او الشرط ، ويكتفون بعدم وجود النص على تحريم العقد او الشرط ليقولوا بالجواز .
ومنهم من توسط بين هؤلاء وأولئك ، ولذا فيني اکتني بيان الآراء التالية :

١ - رأي المضيقين .

٢ - رأي الموسعين .

٣ - رأي المتوسطين .

٤ - رأي الختابلة ومزايا فقههم .

هذه المسألة كثرت الآراء والمذاهب فيها ، فيما يحل وما يحرم ، وما يصح وما يفسد ، ولذلك يجدر بنا ان نبين مبدأين ذهب الى كل منهما جماعة من الفقهاء ووقف بعض الفقهاء وسطاً بينهما .

المذهب الأول : رأي المضيقين :

فقد قالوا : الاصل في العقود والشروط الحظر الا ما ورد الشرع به وهؤلاء يقيدون ارادة الانسان ويضيقون عليه المجال في باب العقود والشروط فلم يصححوا لا عقدا ولا شرطاً الا ما أجازته نص أو اجماع وفي حالة عدم ثبوت الجواز أبطلوه واستصحبوا الحكم الذي قبله وطردهوا ذلك طردهً جارياً ، وخرجوا في ذلك في كثير من الاقوال ينكرها عليهم غيرهم (١) .

ومعنى ذلك ان ارادة الانسان مقيدة لا يستطيع الانسان انشاء عقدا او اشتراط شرط ما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى وقال به أصل من اصوله .

١٥ القواعد النورانية لابن تيمية ١٨٥ وفتاوي ابن تيمية ٣ : ٣٢٢ .

المذهب الثاني : رأي الموسعين :

فقد قالوا : إن الأصل في ذلك الجواز والصحة فلا يحرم ، ويبطل من الشروط والعقود إلا ما دل على إبطاله وتحريمه نص من الكتاب أو السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر (١) .
فهؤلاء على تقييد أصحاب المبدأ الأول إذ يطلقون حرية الإنسان في العقود والشروط وأصحاب المبدأ الأول ، هم أهل الظاهر اتباع داود بن علي أولا ، ثم ابن حزم بالأندلس ثانياً ، فلم يصححوا لا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع . وإذا لم يثبت جوازه أبطأوه (٢) .

ويقول تقي الدين ابن تيمية : (وكثيراً من أصول أصحاب مالك وأحمد) (٣) .
أصول الشافعي وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد (٤) .

إذ يعلل بعضهم أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس كما قال أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه ، وبعض أصحاب أحمد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد ويقولون : (ما خالف مقتضى العقد فهو باطل) «٤» .

وأصول أبي حنيفة تصحح بعض الشروط وإن كانت مخالفة لمقتضى العقد لورود السنة أو الأثر بها كاشتراط الخيار «٥» .

ويوافق الشافعي أبا حنيفة ببطلان الشرط لمخالفته مقتضى العقد ، إلا أنه يستثنى مواضع للدليل الخاص كعدم جواز شروط الخيار أكثر من ثلاث «٦» .

ومع ذلك فإن أصحاب هذه الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر ويتوسعون في العقود والشروط لقومهم بالقياس والمعاني ، وآثار الصحابة ، ولما يفهمونه من معاني النصوص ، التي ينفردون بها عن أهل الظاهر الذين ضيقوا في العقود والشروط بما أفقده الشريعة مرونة

«١» القواعد التورانية ٢٨٨ والقاضي لابن تيمية ٣٣٦ .
«٢» القواعد التورانية ١٨٤ - ١٨٥ .
«٣» القواعد التورانية ١٨٤ .
«٤» المصدر السابق ١٨٥ - ١٨٦ .
«٥» المصدر السابق ١٨٥ - ١٨٦ .
«٦» القواعد التورانية ١٨٦ إلا أن الإمام محمد رحمه الله يجيز الخيار إلى شهرين وأبا يوسف في إحدى الروايتين - ورواية أخرى له مع أبي حنيفة في عدم زيادة الخيار أكثر من ثلاث - يستثنى خياراً كثيراً جداً «١٥» .

نصوصها ، اذ بجزئية نصوصها كانت الشريعة الإسلامية صاحبة لكل زمان ومكان
 وعدم إعطائها هذه المرونة ، فإنها تضيق على الإنسان المعاملات المالية والعلاقات بين
 الناس ، هذه المعاملات التي يحدث الكثير الجديد منها باختلاف الزمان والمكان .

والذين يقولون بظواهر النصوص يرون ، أن الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان
 ومكان جاءت بنصوص واضحة ظاهرة عادلة منظمة لشؤون الأمة جميعاً في حياتهم الدنيا
 ولذلك فعليها أن تأتي بالعدل سواء كان بالعبادات أو المعاملات ، والا لو تركت الحرية
 للناس لبعى بعضهم على بعض لما يشترطون من شروط وما يعقدون من عقود ، وخاصة بعدما
 امرنا الله سبحانه وتعالى أن نوفي بالعقود قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١»
 لو لم تكن فاذنما فقدنا على ما لم يرد في الشريعة من نص وأوجبنا على أنفسنا بما ألزمناه من عقود
 وشروط ، نكون قد حللنا أو حرمتنا على غير ما شرع الله سبحانه وتعالى ، وهذا مما لا يصح
 القول به من مؤمن بشريعة الله حقا .

أدلة أهل الظاهر (المضيقين) :

استدل أهل الظاهر على رأيهم بالكتاب والسنة . فمن الكتاب قوله تعالى :

- ١ - قال الله تعالى : اليوم أكملت لكم دينكم «٢» .
- ٢ - قال الله تعالى : ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون «٣» .
- ٣ - قال الله تعالى : ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين «٤» .

ومن السنة
 المشهورة بما روي عن عائشة أم المؤمنين أن رسول الله ﷺ قال : (من عمل عملاً ليس عليه
 شيء مما أمر الله به أو نهى عنه فهو ردي) «٥» .
 وفي قصة البريرة المشهورة وهو ما أخرجه في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها

«١» سورة المائدة : ١ .

«٢» سورة المائدة : ٣ .

«٣» سورة البقرة : ٢٢٩ .

«٤» سورة النساء : ١٤ .

«٥» أخرجه البخاري ومسلم انظر جامع العلوم والحكم لابن رجب . ورياض الصالحين : ٥٠ .

قالت : (جاءتني بريرة فقالت : كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني فقلت : إن أحب أهلك أن أعدّها لهم ، ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم ، فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت : اني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا الا ان يكون لهم الولاء ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال : نخذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد ، ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ! ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن أعتق) « ١ » .

وفي رواية للبخاري : (اشترتها فاعتقها وليشترطوا ما شاؤا . فاشترتها فاعتقتها واشترط أهلها ولاءها ، فقال النبي ﷺ : الولاء لمن أعتق وان اشترط مائة شرط « ٢ » .
وفي لفظ شرط الله احق وأوثق « ٣ » .

٣ — وفي الصحيحين عن عبد الله بن عمر (ان عائشة ام المؤمنين ارادت ان تشتري جارية لتعتقها : فقال أهلها : نبيعكها لها على ان ولاءها لنا فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق) .

٤ — وفي مسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه : ارادت عائشة ان تشتري جارية فتعتقها : فأبى أهلها الا ان يكون لهم الولاء ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق « ٤ » .

٥ — وقد جاء الحديث في رواية البخاري هكذا (عن عائشة رضي الله عنها ان بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ، ولم تكن قصت من كتابتها شيئاً قالت لها عائشة : ارجعي الى اهلك فان احبوا ان اقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت : فذكرت ذلك لبريرة لاهلها فأبوا وقالوا : ان شئت ان تحتسب عليك فلتفعل ، ويكون ولاؤك لنا قالت : فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال لها رسول الله ﷺ : ابتاعي فأعتقي فإنما الولاء لمن أعتق . ثم قام رسول الله ﷺ فقال : ما بال أناس يشترطون

« ١ » متفق عليه انظر نيل الاوطار ٥ : ١٩١ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٧١ - ١٧٢ والقواعد التورانية ١٨٦ .
« ٢ » نيل الاوطار ٥ : ١٩١ .
« ٣ » نيل الاوطار ٥ : ١٩١ .
« ٤ » المصدر السابق ١٩٢ .

شروطاً ليست في كتاب الله ، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله عز وجل فليس له ، وان اشترط مائة شرط ، شرط الله احق وأوثق («١») .
 فهذه الآيات ، وهذا الخبر عن رسول الله ﷺ ، تؤكد على ابطال كل عقد وكل عهد وكل شرط لم يؤمر به في كتاب الله عز وجل ، ولا في سنة رسوله ﷺ ، او دل النص على اباحة ذلك ، ولان العهود والعقود والوعود شروط ، واسم الشرط يقع على جميع ذلك «٢» .
 يقول ابن حزم بعد ان رضي حديث (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) :
 (فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه الا ما صح ان يكون عقداً جاء النص او الاجماع بالزامه باسمه او بإباحة التزامه بعينه «٣» .

وحجتهم في حديث بريرة :

١) قوله : (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) ، أن كل شرط ليس له وجود في الكتاب ولا في الحديث ولا في الاجماع فليس في كتاب الله بخلاف ما كان في الاجماع او السنة فانها في كتاب الله ، لأن دلالة دلت على اتباع السنة والاجماع «٤» .

٢) جميع الشروط التي تنافي مقتضى العقد ، يقيسونها على اشتراط الولاء ؛ لان العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، والعقود مقتضياتها واجبة في الشرع فتغييرها تغيير لما اوجبه الشرع «٥» .

يقول ابن تيمية : (وهذا نكته القاعدة وهي ان العقود مشروعة على وجه فاشترط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع «٦» .

أدلة المذهب الثاني الموسعين :

وهؤلاء يطلقون ارادة الانسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا ، ولا يقبلونه ويضيقون عليه المجال ، ولذا فان مبدأهم الذي صدروا عنه هو : أن الاصل في

«١» التجريد الصحيح لاحاديث الجامع الصحيح للزيدي ١ : ١٤٧ من طبعة الحلبي بالقاهرة ١٣٣٥ هـ .

«٢» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ٣٢ .

«٣» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ٣٢ .

«٤» القواعد النورانية ١٨٧ .

«٥» المصدر السابق ١٨٧ .

«٦» المصدر السابق ١٨٧ .

سعقود والشروط الجواز والصحة ولا يبطل منها ولا يجرم الا اذا دل الشرع على تحريمه
الواء كان نصاً أو قياساً «١» .

والذين قالوا بهذا الرأي فريق من الحنابلة وعلى رأسهم الامام ابن تيمية وتلميذه ابن
القيم . واصول احمد اكثرها يجري على هذا القول ومذهب مالك قريب منه الا انه أكثر
تصحيحاً للشروط .

ادلة الموسعين :

وهؤلاء قد استدلوا بدلالة الكتاب والسنة والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي .
اما الكتاب :

وقد استشهدوا بآيات كثيرة «٢» يدور معناها على الوفاء بالعهود وتمدح الموفين وتذم
مخلفي العهود والوعود ومن هذه الآيات :

١ - وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا «٣» .

٢ - وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكَ وَصَّامِكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَذَكَّرُونَ «٤» .

٣ - بَلَى مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ وَاتَّقَى فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ . إِنَّ الَّذِينَ
يُشْكِرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ
لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ
وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ «٥» .

٤ - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا
مَا يُبْتَلَىٰ عَلَيْكُمْ «٦» .

«١» المصدر السابق ١٨٨ .

«٢» لقد ورد استشهادهم في ست وعشرين آية : ومنها يا ايها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون الصفت

(٢) او كلما عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم البقرة ١٠٠ - والذين يوفون بعهد الله الرعد ٢٠ ولا

تشكروا بعهد الله - النحل ٩٥ - ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن التوبة ٧٥ : ٧٧ وأوفوا

بعهد الله اذا عاهدتم النحل ٩١ : ٩٢ ، وبراءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين - التوبة ١ .

«٣» سورة الاسراء ٣٤ .

«٤» سورة الانعام ١٥٢ .

«٥» سورة آل عمران ٧٦ : ٧٧ .

«٦» سورة المائدة ١ .

- ٥ - «وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا» ١ .
- ٦ - يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيراً» ٢ .
- ٧ - «الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا الْبَيْعَ عَهِدْتُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ» . فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذلواهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم» ٣ .
- ٨ - «وَالْمُؤْمِنُونَ بَعْدَهُمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ» ٤ .
- ٩ - «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ» ٥ .
- ١٠ - «وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوَصَّلَ وَيَسُدُّونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ» ٦ .
- أما السنة :

وقد ورد بهذا المعنى أحاديث كثيرة منها :

(١) ما في الصحيحين عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر «٧» .

١ «سورة الفتح : ١٠»

٢ «سورة الدھر : ٧»

٣ «سورة التوبة : ٤»

٤ «سورة البقرة : ١٧٧»

٥ «سورة الماعز : ٣٢ والمؤمنون : ٨»

٦ «سورة البقرة : ٢٦ : ٢٧»

٧ «تابعة شعبة عن الأعمش ووصل المؤلف هذه المتابعة في كتاب المظالم ورواية قبيصة عن سفيان هذه وهو الثوري ، ضعفها يحيى بن معين وقال الشيخ محي الدين أنما أوردها البخاري على طريق المتابعة لا الأصاله ورجال هذا السند كلهم كوفيون إلا الصحابي وقد دخل الكوفة أيضاً انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري ١ : ٩٨ : ٩٩ ، وانظر رياض الصالحين ٣٠٥ ، ٣٠٨ .

٢) وفي صحيح مسلم عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال : لكل غادر لواء عند أسسته يوم القيامة (وفي رواية لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به بقدر غدرته الا ولا غادر أعظم غدرة من أمير عامه «١» .

٣) الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، والمسلمون على شروطهم : قال الترمذي حديث حسن صحيح «٢» .

٤) وفي الصحيحين عن عقبة بن عامر ان رسول الله ﷺ قال : إن أحق الشروط ان توفوا به ما استحلتم به الفروج «٣» .

٥) روى ابو بكر البزار ايضا عن محمد بن عبد الرحمن السلماني عن ابيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : (الناس على شروطهم ما وافق الحق) «٤» .
وغير ذلك من الاحاديث التي وردت في هذا المعنى في الوفاء بالعهود والتذور «٥» .
واما الاعتبار على صحة العقود والشروط فن وجوه :

أحدها : (أن العقود والشروط من باب الافعال العادية . والاصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل ذلك على التحريم ، كما ان الاعيان : الاصل فيها

«١» صحيح مسلم ٢ : ٤٤ ، واللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ٢ : ٢٠١ .

«٢» هذا الحديث عن ابي هريرة رواه احمد وابو داود انظر سنن ابي داود ٢ : ٢٧٣ ، ونبيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٩٧ .

«٣» أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه أنظر مختصر سنن ابي داود ٦٥ : ٦٦ .

«٤» رواه البزار : مجمع الزوائد ٤ : ٦ .

«٥» ومن الاحاديث : ١ عن ابن عمر قال : قال عمر يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلتي في المسجد الحرام قال أوف بنذرك أخرجه ابو داود انظر سنن ابي داود ٢ : ٢١٧ - ٢ - عن ابي رافع قال بعثني قريش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم التقي في قلبي الاسلام فقلت يا رسول الله اني واثق لا ارجع اليهم ابداً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لا أخيس بالمهد ولا احبس البرد ولكن ارجع اليهم فإن كان في نفسك الذي في نفسك الآن فارجع قال : فذهبت ثم أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسلمت : رواه ابو داود انظر سنن ابي داود ٢ : ٧٥ - ٣ - وفي الصحيحين عن ابن عباس عن ابي سفيان بن حرب لما سأله هرقل عن صفة النبي صلى الله عليه وسلم هل يندر ؟ فقال لا يندر ونحن معه في مدة لا ندري ما هو صانع فيها قال : ولم يمكثي كلمة ادخل فيها شيء الا هذه الكلمة ، وقال هرقل في جوابه سألتك هل يندر ؟ فذكرت انه لا يندر وكذلك الرسل لا تغدر . البخاري جهام فتح الباري ١٠ : ١٣٣ - ١٣٤ الا ان لفظ البخاري هذا المعنى وقد ذكر هذا الحديث مطولا في اول باب بدء الوحي في البخاري ١ - ٥٠ وغيرها من الاحاديث التي بلغت ما يزيد على عشرين حديثا كلها في الوفاء بالعهود والتذور .

عدم التحريم فقوله (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ) «١» عام في الاعيان والافعال واذا لم يكن حراماً لم تكن فاسدة وكانت صحيحة «٢» .

فالعقود من العادات في لسان الفقهاء لا من العبادات، ولذلك فانه ينظر فيها الى عللها ومعانيها لا الى النصوص والآثار فقط فأحكامها معللة بمصالح الناس وجلب المنافع ودفع المضار ، والعاقداً ما اشترطاً شرطاً الا ولأحدهم جلب منفعة أو دفع مضره ولو منعنا الشروط لضيقنا من حيث وسع الله على الناس ونكون بذلك قد حرمنا ما يجري بين الناس في المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع بخلاف العقود التي تتضمن شرع دين لم يأذن به الله سبحانه وتعالى والله قد حرم ان يشرع من الدين ما لم يؤذن به، فلا يحرم عادة الا بتحريم الله ولا يشرع عبادة الا بشرع الله . والعقود من العادات التي يشترك فيها المسلم والكافر وليست من العبادات التي يفتقر فيها الى شرع كالعقود والصدقة «٣» .

والثاني : (ان الاصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها ما دل الشرع على تحريمه وابطاله نصاً او قياساً عند من يقول به) «٤» .

وعلى هذا فإباح للشخص ان يباشر من العقود والشروط ما يرى فيه مصلحة وما يحقق رغبة وان يشترط من الشروط ما شاء ما لم ترد ادلة على تحريمه، وعندئذ يكون المنع والفساد والبطلان .

والثالث: الاصل في العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على انفسهما بالتعاقد فكل عقد يتحقق فيه الرضا وفيه اسقاط حقت او نقل واجب فهو واجب ولو لم يرد دليل خاص بذلك ، ومن منع فقد حارب قاعدة الرضا التي قررها القرآن الكريم وبينتها السنة «٥» .

قال الله تعالى في كتابه الكريم (الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم) «٦» .

وقال تعالى (فإن طبن لكم عن شيءٍ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) «٧» .

فبالآية الاولى نستدل ان التراضي هو المبيح للتجارة ، وبالآية الثانية (علق جواز

«١» سورة الانعام : ٦ : ١١٩ .

«٢» القواعد النورانية ٢٠٠ .

«٣» المصدر السابق ٢٠٠ : ٢٠١ .

«٤» القواعد النورانية ١٨٨ .

«٥» ومعلوم من عموم الشريعة أن الرضا على ما لم تجزه الشريعة باطل لا قيمة له كالاتفاق على الربا او بيع الخنزير والحمر

«٦» سورة النساء : ٢٩ .

«٧» سورة النساء : ٣ .

الاكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ، فدل على انه سبب له وهو حكم معلق على واصف مشتق مناسب ، فدل على ان ذلك الوصف سبب لذلك الحكم («١» .

فتبت ان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق وعلى هذا جميع التبرعات يجوز أكلها اذا تحققت العلة الذي دل عليه القرآن الكريم .

ويكاد ابن تيمية لا يستثني من هذا الاصل او الحكم العام الا عقداً يناقض حكم الله ورسوله او شرطاً يتعارض والمقصود من العقد ، وقد استشهد لذلك بما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها (من أحدث في امرنا - او ديننا - هذا ما ليس منه فهو ذم) وفي رواية : من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد «٢» .

ولهذا اتفق العلماء على بطلان الشرط الذي يناقض حكم الله ورسوله مثل ان يشترط احد المتعاقدين ان يكون تسب الولد لغير ابيه الواطئ او ولاء العبد لغير المعتق كما كان عليه في الجاهلية :

قال عليه السلام : (من ادعى الى غير ابيه او تولى غير مؤاليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً) «٣» .

واما الشرط المنافي للمقصود من العقد ، وهو الشرط الذي فيه الزام المشتري بعدم الانتفاع بما اشتراه او شرط في بيع او نكاح اجارة حل ما حرمه الله ورسوله او اسقاط ما وجبه الله ورسوله فالشرط باطل ، مثل اشتراط على مشتري الجارية تمكين غيره من الوطء معه «٤» .

والرابع : ان الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر ، والنذر لا يبطل منه الا ما خالف حكم الله وكتابه ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله ، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر «٥» .

والنذر اتم هو التزام عبادة والعبادات من شرع الله لا من شرع الناس وليس لهم ان يوجبوا على انفسهم ما ليس واجبا ولكن الله سبحانه وتعالى قال : (وَلْيُؤْتُوا بُدْوَهُمْ) «٦» كان الوفاء بالنذر واجبا وان كان من جنس العبادات المقررة الثابتة .

«١» الفواعل التوراتية ٢٠٣ .
«٢» نظرية العقد لابن تيمية : ١٤ ورياض الصالحين ٦٥٠ . أخرجه البخاري ومسلم .
«٣» الفواعل التوراتية ١٩٩ ونظرية العقد له : ١٥ وهذا الحديث متفق عليه . انظر رياض الصالحين : ٦٥٠ .
«٤» اعلام الموقعين ٢٩٠٣ ونظرية العقد ١٥ .
«٥» اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣ : ٢٩٠ .
«٦» سورة الحج ٢٩ .

وأوجب مع هذا التضييق فأذن يجب الوفاء بالعقد عند هذه التوسعة المقررة في باب التعامل من باب أولى .

مناقشة أدلة الخويزين (الموسعين) :

قال أهل الظاهر : ان ما استدل به اصحاب المبدأ الذين يقولون بالصحة والجواز لا حجة لهم في شيء منه .

(١) اما قوله عز وجل : (وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤولاً) و (كبير مقتاً عند الله ان تقولوا ما لا تفعلون) و (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) و (أو اكلمنا عاهدوا عهداً نبذه فريق منهم) و (والموفون بعهدهم اذا عاهدوا) و (بلى من اوفى بعهده واتقى) و (ومن اوفى بما عاهد عليه الله) و (وأوفوا بالعقود) و (يوفون بالنذر) وغيرها . . .

والخديثان اللذان فيهما أوفوا بالنذر ، وذم الذين ينتقصون ولا يوفون ، والخبر فيمن اعطى به ثم غدر . (فانها جل قد جاء نص آخر يبين انها كلها ليست على عمومها . ولكنها في بعض العهود ، وبعض العقود ، وبعض النذور ، وبعض الشروط) «١» .

وهذه النصوص هي : قول رسول الله ﷺ : لا نذر في معصية الله تعالى ، ولا فيما لا يملك العبد وقوله ﷺ : من نذر ان يطيع الله فليطعه ، ومن نذر ان يعصي الله تعالى فلا يعصه .

هذه النصوص مع قوله عليه السلام : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) تؤكد ان ما استدل به من النصوص تكون فيمن عقد او شرط او عاهد على ما جاء بالقرآن الكريم او السنة بالزامة فقط .

ولذلك فاننا نجدهم يوافقوننا فيمن نذر في معصية ، أو عقد على معصية ، أو شرط ان يترك الصلاة فلا يحل له الوفاء بذلك ؛ لأنه معصية ولا فرق بين هذا وبين من شرط وعاهد وعقد على ان يبطل حقاً وأن يمنع مباحاً «٢» .

(٢) واما احتجاجه بقول الرسول ﷺ : كان منافقاً خالصاً ، وقوله لكل غادر لواء

«١» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ١٤ .

«٢» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ١٥ .

فلم يقل الرسول ﷺ عن المنافق أنه يكون كافراً، ولأن المنافق اصله من نافقاء اليربوع وهو باب يعده اليربوع في حجره مخفياً مغطى بالتراب ولما كان المنافق مسراً للكفر مظهراً للايمان سمي منافقاً ولكن الذي يسر شيئاً ويعلم غيره ففعله نفاق وليس بكافر ، ولذلك يكون الحديث من اذا عاهد غدر واذا خاصم فجر . . . يسرون خسلاف ما يعلنون ففعلهم هذا نفاق وليس بكفر ، ومعلوم ان المرتد عن دين الاسلام حكمه القتل وهو لاء لا قتل عليهم ولم يقل احد بذلك «١» .

وكذلك الحديث الآخر لكل غادر لواء .

٣) واحتجاجهم بحديث رسول الله ﷺ : (احق الشروط ان توفوا به ما استحلتم به الفروج) فهذا الحديث في الشروط التي أمر الله بها من حيث الصداق والنفقة والكسوة والاسكان والمعاشرة ، وليس بما نهى الله عن ان يستحل به الفروج بالشروط الفاسدة . فقد جاءت الاحاديث بهذا :

أ - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : لا يحل لامرأة ان تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحتها فانما لها ما قدر لها «٢» .

ب - عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله ﷺ عن التلي وان يتاع المهاجر للاعراب ، وان تشتط المرأة طلاق أختها وذكر باقي الحديث «٣» .

ثم يقول ابن حزم: ان اشتراط المرأة طلاق أختها وهي في عصمة النكح ، أو طلاقه من يتزوجها بعد ان يتزوجها باطل وحرام ومنهيه عنه وشرط مفسوخ فاسد لا يحل عقده وكل عقد عقد على ما لا يحل فانه لا يحل؛ لانه عقد لصحة ما لا صحة له ، وهذا مصداق قول الرسول ﷺ : من عمل عملاً ليس عليه امرنا فهو رد «٤» .

٤) وقال : لمن يوجب عقداً أو عهداً أو شرطاً ليس في نص القرآن او السنة الثابتة ايجابه أو نفاذه ، فكل عقد وعهد وشرط ووعد التزمه احد لآخر على وجهين لا ثالث لهما. **الوجه الأول** : اما ان يكون ذلك العهد او الوعد او العقد ايجابه ونفاذه في نص القرآن الكريم او السنة الكريمة وبهذا لا خلاف بيننا وبينكم .

«١» المصدر السابق : ٢٠ .

«٢» صحيح مسلم ٩ : ١٩٨ ط الاولى المطبعة المصرية بالازهر ، ونيل الاوطار ٦ : ٥٢ .

«٣» المصادر السابقة .

«٤» الإحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ٢٢

الوجه الثاني : واما ان لا يكون ذلك العهد او الوعد او العقد ايجابه ونفاذه في نص القرآن الكريم او السنة فهذا نخالفكم فيه ولا ينفك من احد اربعة اوجه لا خامس لها :

١ - اما التزام في حل ما حرم الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم او على لسان رسول الله ﷺ وهذا امر عظيم لا يحل بحال قال الله تعالى : (ولا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ) «١» .

وعلى هذا ما حكم من اباح الخنزير والحمر والامهات وقتل النفس بغير حق؟ فان اباح ذلك كفر ، ومن فرق بينها فهو تناقض ، وتحكم في الدين بالباطل .

٢ - واما التزام في تحريم ما احل الله سبحانه وتعالى في القرآن او على لسان رسول الله ﷺ وهذا امر عظيم لا يحل بحال قال الله تعالى : (يا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ) «٢» . وعندئذ ما حكم من حرم الخبز والمساء وسائر المباحات ؟ علماً بأن محرّم الحلال كحلل الحرام .

٣ - واما التزام اسقاط ما أوجب الله تعالى في القرآن او على لسان رسول الله ﷺ ، وعندئذ ما حكم من التزم في عهده اسقاط الصلاة والصوم ؟ ومن التزم ذلك فقد كفر .

٤ - واما التزام ايجاب ما اسقطه الله سبحانه وتعالى في القرآن او على لسان رسول الله ﷺ ، كمن التزم على نفسه صلاة سادسة او حجاً في غير أشهر الحج . وجميع هذه الوجوه تعد لحدود الله وخروج عن الدين ومن يفرق بين هذه الأشياء فانه يقول في الدين بالباطل نعوذ بالله من ذلك «٣» .

مناقشة أدلة أهل الظاهر (المضيقيين) «٤» :

اذا نظرنا الى ما استدلل به اهل الظاهر فاننا نستطيع ان نجمل ادلتهم في نقطتين :

- ١ - الاستدلال بالحديث : ايما شرط . . .
- ٢ - إلا لإلزام لا ما ورد به نص من الشارع بالالتزام .

«١» سورة التوبة : ٢٩ .

«٢» سورة التحريم : ١

«٣» الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم ٥ : ١٣ - ١٤ .

«٤» انظر القواعد النورانية لابن تيمية ٢٠٦ - ٢٠٩ ، ١٩٨ - ٢٠٣ .

فالأول : في قوله ﷺ : إما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط كتاب الله احق وشرط الله اوثق .

ان المراد : المشروط لا نفس التكلم بالشرط ، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام (وان كان مائة شرط) اي وان كان قد شرط مائة شرط فليس المراد تعديد التكلم بالشرط ، وانما المراد تعديد الشروط (١) ، وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام (كتاب الله احق وشرط الله اوثق) . اي ان كتاب الله احق من هذا الشرط وشرط الله اوثق منه . ويكون فصيحا اذا خالف الشرط كتاب الله ويكون المشروط مما حرمه الله .

فاذا لم يكن المشروط مما حرمه الله لم يخالف كتاب الله وشرطه ، وبذلك يكون معنى الحديث (كتاب الله احق وشرط الله اوثق) من اشترط شرطا ليس في كتاب الله سواء كان بواسطة ام بغير واسطة فهو باطل ؛ لانه لا بد ان يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط ، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط ، وبما ان الولاء لم يكن في كتاب الله لغير العتق كان الولاء لغير المعتق شرطا ليس في كتاب الله .

وعلى هذا فاننا ننظر الى المشروط اصلا او حكما ، فاذا كان الله قد اباحه جاز اشتراطه ووجب ، وان لم يبيحه لم يجز اشتراطه ، فالذي شرط ان لا يسافر بزوجه كان المشروط في كتاب الله بأن كتاب الله يبيح ان لا يسافر بها ، فاذا شرط عدم السفر فقد شرط مشروطا مباحا في كتاب الله (٢) .

واذا لم يرد النبي ﷺ ان العقود والشروط التي لم يبيحها الشارع تكون باطلة ، بمعنى : انه لا يلزم بها شيء لا ايجاب ولا تحريم ، فان هذا خلاف الكتاب والسنة ، بل العقود والشروط المحرمة قد يلزم بها احكام ، فان الله قد حرم عقد الظهار في نفس كتابه وسماه (منكرا من القول وزورا) (٣) ثم انه اوجب به على من عاد الكفارة ومن لم يعد جعل في حقه مقصود التحريم من ترك الوطء او ترك العقد « (٤) .

وقد يجاب ايضا عن هذا بطريقة ثانية : (ان كان النبي ﷺ اراد الشروط التي لم يبيحها وان كان لم يحرمها باطلة فنقول :

«١» القواعد التورانية ٢٠٦ .

«٢» القواعد التورانية ٢٠٧ .

«٣» سورة المجادلة : ٢ .

«٤» القواعد التورانية ٢٠٧ .

لقد ذكرنا من الآيات والأحاديث ما يدل على وجوب الوفاء بالعهود والشروط ، وان المقصود هو وجوب الوفاء بها . وبذلك يكون التقدير : ان وجوب الوفاء بها يقتضي ان تكون مباحة وتكون غير باطلة (وذلك ، لان قوله ليس في كتاب الله انما يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه ، وان ما دل كتاب الله على اباحته بعمومه فانه في كتاب الله ، لان قولنا هذا في كتاب الله يعنى ما هو فيه بالخصوص او بالعموم) « ١ » .

والثاني : اما قول اهل الظاهر لا الزام الا ما ورد به نص من الشارع بالالزام ، فنرد عليه بأن الافعال العادية غير العبادات ، فالعادات ينظر فيها الى عللها ومعانيها لا الى النصوص والآثار فقط فأحكامها معللة بمصالح الناس وجلب النافع لهم ودفع الضار عنهم ، واما العبادات فيفتقر في ذلك الى الشرع الحكيم وقد سبق توضيح ذلك « ٢ » .

ويحذر بنا بعد ان راينا المذهبين المتعارضين بمذهب المضيقيين للعقود والشروط المانعين الا ما جاء الشرع بجوازه ، ومذهب الموسعين المبيحين لكل ما يجوز شرع من ذلك ان تبين راينا في هذا الامر فأقول :

(١) القواعد التورانية ٣٠٨ .

(٢) وفي بيان التفرقة بين العادات ومنها العقود وبين العبادات حيث يشترط الثانية النص ولا يشترط للاول فقد كتب الامام الشاطبي رحمه الله فصلا من كتابه الموافقات يذكر فيه ما نصه :

ان الاصل في العادات الالتفات الى المعاني لامور :

اولها الاستقرار فان وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد ، والاحكام العادية تدور معه حيثما دار ، فنرى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة ، فاذا كان فيه مصلحة جاز : . فيبيع الرطب باليابس يمنع حيث يكون مجرد غرر وربما من غير مصلحة ، ويجوز اذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوما كما فهمناه في العادات .

والثاني : ان الشارع توسع في بيان الملل والحكم في تشريع باب العادات كما تقدم تمثيله واكثر ما علل فيها بالمناصب الذي اذا عرض على العقول تلقته بالقبول ، ففهمنا من ذلك ان الشارع قصد فيها اتباع المعاني لا الوقوف على النصوص ، بخلاف باب العبادات فان المفهوم خلاف ذلك . وقد توسع في هذا القسم مالك رحمه الله حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة . وقال فيه بالاستحسان ، ونقل عنه انه قال انه ابي الاستحسان تسعة اعشار العلم .

والثالث ان الالتفات بالمعاني قد كان معلوماً في الفترات « اي التي غلت من الرسل » واعتمد عليها العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم فدل هذا على ان المشروعات في هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل في العادات على اصولها المعهودات ، ومن هنا امرت هذه الشريعة بحمل من الاحكام التي جرت في الجاهلية كالدية والقسامة . . والقراض . . واشباه ذلك مما كان عند اهل الجاهلية محمداً . . وهي كثيرة الموافقات ٢ : ٢١٣ - ٢١٤ .

الشرط الصحيح : وله اربع صور :

(١) ان يكون شرطاً يقتضيه العقد . . . كمن شرط أن يسلم البائع المبيع او يسلم المشتري الثمن ، او ان يجس البائع المبيع حتى يقبض الثمن ، او ان تشتط الزوجة على زوجها الانفاق عليها ، او اشتراط رد المبيع اذا ظهر فيه عيب ، او اشتراط حل المعاشرة الزوجية . فهذه الشروط كلها لا تزيد في العقد الا وكادة ولم تثبت شيئاً جديداً في العقد غير ما يقتضيه ويوجبه ، ولأن مضمون هذه الشروط ثابت واجب الوفاء به سواء وجد الشرط ام لم يوجد من المتعاقدين او من احدها .

وفي رأبي ان هذا النوع كان من المستحسن الا يعد من ضمن الشروط ، لان المقصود من الشرط هو الذي يثبت شيئاً زائداً عن العقد او ينقص شيئاً مما يجب به .

(٢) ان يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولكن ورد الشرع بجوازه :

كاشتراط الأجل في الثمن ، او اشتراط الأجل في المبيع كما في السلم ، او اشتراط خيار الرؤية اذ لم يكن المشتري قد رآه ، او اشتراط الخيار المسمى خيار الشرط وكل هذا من قبيل الرخصة والتيسير ، فان هذا الشرط لا يفسد العقد ؛ لان الشرع قد ورد به مما يدل على انه من باب المصلحة دون المفسدة ، اما من ناحية القياس ، فان هذا الشرط يفسد العقد لكونه مخالفاً لموجب العقد ، وهو ثبوت الملك في الحال في العوضين «١» كاشتراط تأجيل الثمن او الثمن .

وقد اخذت الحنفية بالإستحسان للحديث الوارد عن النبي ﷺ : عن حبان بن المنقذ . . . ولي الخيار .

(٣) ان يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ، ولم يرد الشرع به ايضاً لكنه يلائم العقد ويوافقه . وهذا الشرط في الواقع مكمل للعقد اذ يقصد منه التوثيق ، كاشتراط البائع على المشتري كفيلاً بالثمن او رهناً بالثمن وهذا على وجهين :

أ - إما ان يكون الكفيل او الرهن معلوماً بالإشارة والتسمية .

ب - إما ان لا يكون الكفيل او الرهن معلوماً بالإشارة والتسمية .

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٦٩ وضع القدير ٥ : ٢١٥ .

(٢) تحفة الفقهاء ٢٠ : ٧٠ .

أ - فإن لم يكن معلوماً : كأن قال أبيعك سيارتي بشرط ان تعطيني رهناً بالثمن ، او قال بشرط ان تعطيني كفيلاً بالثمن ، ولم يبين من هو الكفيل ولم يشر اليه ولم يسمه او لم يبين نوع الرهن ولا مقداره ولم يسلم الرهن للبائع ، فالواقع ان هذا بيع فاسد ، لأن هذا جهالة تفضي الى المنازعة بين المتبايعين ومانعه من التسليم والتسلم (١) .

ب - اذا كان معلوماً بالتسمية او بالاشارة : فهذا جائز على الصحيح خلافاً لزفر (٢) اما زفر فأخذ بالقياس ، واما جمهور الحنفية فقد اخذوا بالاستحسان ، ودليل جمهور الحنفية على أن الشرط صحيح ، ان هذا انما هو توثيق بالثمن فثله كمثل من اشترط على المشتري الجودة في الثمن فيكون بذلك مقرر المقتضى العقد معنى ، وذلك اذا كان الكفيل بالثمن حاضراً وقبل .

اما اذا كان الكفيل غائباً فانه لا يجوز وان بلغه الخبر قبيل ، والسبب في ذلك ان وجوب الثمن في ذمة الكفيل مضاف الى البيع ، فكان الكفيل مشترياً ايضاً ، وذلك اذا كانت الكفالة مشروطة في عقد البيع فيكون حضور الكفيل شرطاً كما ان حضور المشتري شرط في عقد البيع لكي يتقرر الايجاب (٣) .

اما الرهن فلا يشترط فيه احضاره في المجلس ، لأن المشتري قد حصل منه العقد من البائع (اي حصل الايجاب والقبول) وقد التزم المشتري بالرهن ، فالرهن صحيح الا انه لا يثبت الا بالقبض على ما عرف ، فان سلم مضمي العقد على ما عقدا وان امتنع المشتري عن تسليم رهنه فانه لا يجبر عند جمهور الحنفية بل يؤمر بتدفع الثمن ، ويقال للمشتري اما ان تدفع الثمن او الرهن او قيمته أو تفسخ البيع ، لان البائع ما رضي بعقد البيع ، وبقاء الثمن في ذمة المشتري الا بوثيقة الرهن ، فاذا لم يفعل المشتري شيئاً من تلك الوجوه فللبائع ان يفسخ البيع ، لأنه فات غرضه فلا يكون العقد لازماً وله ان يفسخ .

قال زفر : يجبر المشتري على تسليم الرهن (٤) .

قال الكمال بن الهمام : وشرط الحوالة كالكفالة (٥) .

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٧٠ وفتح القدير ٥ : ٢١٥ .

(٢) تحفة الفقهاء ٢ : ٧٠ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢ : ٧١ .

(٤) تحفة الفقهاء ٢ : ٧١ - ٧٢ وفتح القدير ٥ : ٢١٥ .

(٥) فتح القدير ٥ : ٢١٥ .

(٤) ان يكون شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة الا انه متعارف : —

وهو كما يقول الزيلعي (او شرطاً فيه ما جرى التعامل به بين الناس ، كشراء النعل على ان يخذوها البائع (١) او ان يشترط المشتري على البائع تصليح الراديو أو الساعة او الغسالة مدة معينة بعد الشراء اذا جرى على ذلك العرف ، وهذا بالاستحسان كما في الاستصناع .

هذا : ونلاحظ ان الحنفية باعتبارهم العرف تفتح جزءاً كبيراً من باب الشروط امام المتعاقدين ، وتجعل مذهبهم قريباً من مذهب ابن تيمية القائل بأن الأصل في الشروط الصحة والاباحة ما لم يقم دليل معين يدل على تحريمها وبطلانها . وفي الأخذ بالعرف هنا رحمة بالناس واسعة وجزى الله الحنفية خيراً حينما قالوا بقاعدة الأخذ بالعرف : فاننا نلاحظ من واقع مجتمعنا في هذا اليوم — بعد ان كثر فيه الغش — نرى التجار يبيعون ويشترطون على انفسهم التصليح لمدة سنة وفي هذا حماية للمشتري ، اذ ليس كل مشتر حاذق في جميع المبيعات .

الشرط الفاسد :

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لأحد المتعاقدين : كمن يشتري حنطة ويشترط طحنها على البائع او يتركها في داره شهراً ، او يشتري ثوباً ويشترط خياطته على البائع (٢) ، او تزوج امرأة وتشترط الا يخرجها من بيت أهلها او تشترط بأن تستمر في وظيفتها ان كانت موظفة ، او ان يبيع سيارته ويشترط على المشتري ان يستخدمها شهراً بعد البيع ، او تشترط المرأة ان يطلق امراته الاولى وماشبه ذلك من الشروط .

فكل هذه الشروط ليست من مقتضى العقد ، ولا ملائمة له ولم يرد به شرع ولم يتعارفها الناس ، وفيه منفعة لبعض الناس ، وبذلك يكون البيع فاسداً خلافاً لابن ابي ليلى الذي يرى ان البيع جائز والشرط باطل .

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ : ٥٧ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢١٥ وتحفة الفقهاء ٢ : ٧٤ .

ولابن شبرمة الذي يرى ان البيع جائز والشرط جائز (١) .
 الا ان الحنفية يقولون اذا اقترن بعقد معاوضة مالية افسده وفسد معه ، كالبيع
 والقسمة والصلح عن مال ، والاجارة والمزارعة والمساقاة ، والإبراء من الدين .

اما اذا اقترن بعقد من عقود المعاوضات غير المالية كالزواج ، والخلع ، او بعقد من
 عقود التبرعات كالهبة ، والوصية ، والصدقة ، والقرض ، والإعارة ، او من عقود التوثيقات
 كالكفالة ، والحوالة ، والرهن ، وما شابه ذلك فانه يبقى صحيحا ويلغى الشرط وحده (٢) .
 والعلة في هذه التفرقة كما ذكرنا ان عقود المعاوضات المالية اذا دخلها الشرط افسدها ،
 لأن هذا الشرط يؤدي الى الربا او شبه الربا . وقال السمرقندي : (لأن اشترط المنفعة
 الزائدة في عقد المعاوضة لاحد العاقدين من باب الربا او شبه الربا وانها ملحقة بحقيقة
 الربا في باب البيع احتياطياً) ٣ .

(١) هو عبدالله بن شبرمة المحدث الثقة وفقه أهل الكوفة وقاضي ابي جعفر المنصور على سوادها وقد
 توفي سنة ٢٤٤ هـ . انظر تحفة الفقهاء ٢ : ٧٤ .

(٢) راجع الفتاوى الهندية : ٤ : ٣٩٦ وانظر جامع الفصولين ٢ : ٤ وكتاب احكام المعاملات الشرعية
 للشيخ علي الخفيف ٧٢ - ٧٣ والفقہ الاسلامي مذكور ٤٢١ ، والفقہ الاسلامي للإستاذ عيسوي أحمد
 عيسوي ٤٣ . ونظام المعاملات للشيخ مصطفى شلبي ٢٨٦ والاموال ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية
 للإستاذ محمد يوسف موسى ٤٢٣ .

(٣) ويعمل البايرني : في اشترط المنفعة الزائدة بقوله : يكون العقد فاسداً لو جهين : لان فيه زيادة عارية
 عن العوض لانها لما قصداً المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو الربا وايضاً فان التصديقي
 المقنود المالية هو تعادل الطرفين فلذلك يسمى كل منها الى اشترط شروط تعادل الآخر فاذا شرط احدهم
 شرطاً فيه منفعة ولم يشترط الآخر فالاتى المقصود فيضار صاحب الشرط والرسول صلى الله عليه وسلم
 قال : لا ضرر ولا ضرار .

ويقول السرخسي : وان كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فان كان فيه منفعة لاحد
 المتعاقدين فالبيع فاسد لان الشرط باطل في نفسه والمنفعة به غير راض بدونه فتسكن المطالبة بينها
 بهذا الشرط فلها فسد به البيع وكذلك اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كن اشترى عبداً على أنه لا
 يبيعه فان البعد يجعبه ان لا تتناوله الأيدي وتمازى العقد بالمعقود عليه . : المبسوط ١٣ : ١٥ .
 وبعضهم يعطل فساد العقد لاقتراءه بالشرط الفاسد لكون النهي الوارد عن النبي - صلى الله عليه وسلم -
 نهى عن بيع وشرط أو لأنه صفتان في صفة وقد نهى عنه أيضاً أو لأنه يؤدي الى الربا ولذا فإني
 انقل نصاً عن كتاب البداية وهذا نصه : (ومن باع عبداً على ان يقتضيه المشتري أو يديره أو يكاتبه
 أو أمة على ان يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع
 وشرط ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لغيره
 بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الإستحقاق
 يفسده كشرط الابييع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربا ٣

هو الذي لم يتوفر فيه ما قلناه في الشرطين السابقين اي التي يقتضيها العقد ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد بها الشرع ولم يجر العرف بها وليس فيها منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما .
كمن شرط على مشتري اندار ان لا يسكنها مدة شهر في كل سنة ، أو يبيع كتاباً ويشترط على المشتري ان لا يقرأ فيه الا بعد سنة .

فمثل هذه الشروط لغو لا فائدة فيه فيلغو الشرط وحده ، ولا يؤثر في العقد ، ويبقى العقد صحيحاً سواء أكان من عقود المعاوضات أم من العقود الاخرى كالهبة أو الكفالة أو الزواج .

الشروط في المذهب الحنبلي

لقد مر سابقاً عن مذهب ابن تيمية في الشروط وهو من أئمة الفقه الحنبلي والذي قال عن أحمد بن حنبل في الشروط : (فليس في الفقهاء الاربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه) وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يشتهى بدليل خاص من اثر او قياس لكتمه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة ، ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى

أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعمرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط الا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة اذ اثبت هذا فنقول ان هذه الشروط لا يقتضيا العقد ، لأن قضية الإطلاق في التصرف والتخبر لا إلزام حتماً والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه ؛ وكذلك لو باع عبداً على ان يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها أو على ان يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدي له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن صفتين في صفقة :
البدائية مع فتح القدير ٥ : ١٦ ، ١٧ ، ١٨ .

أما العقود غير المعاوضات المالية فلا يشترط فيها الرضا اذ لماخلت من معنى المعاوضة والموازنة بين الطرفين قلنا بصحة العقد وأبطلنا الشرط الفاسد مثل الزواج والتبرعات كالهبة والوصية والتوثيقات كالكفالة فليس فيه معاوضة مالية حتى يخشى أن يفوت تعادل الطرفين فيها : فتح القدير والبداية ٥ : ٢٢ .

العقد ، أو لم يرد به نص وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة (١) .

ونذكر الآن أقسام الشروط عند الحنابلة ثم نذكر خصائص او مزاي المذهب الحنبلي :

أقسام الشروط (٢) :

يقسم الحنابلة الشروط الى اربعة أقسام :

القسم الأول : ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم والرد بالعيب فهذا لا أثر له ولا يؤثر في العقد فوجوده كعدمه .

القسم الثاني : ما يتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل ، والخيار ، والرهن ، او اشتراط صفة مقصودة بالبيع كالصناعة ، والكتابة ، فهذا شرط صحيح لازم ورد الشرع به .

القسم الثالث : شرط ينافي مقتضى العقد على ضريين :

أ (اشتراط ما يبنى على التغليب والسراية ، كأشترط البائع على المشتري عتق العبد ، أو ان لا يتصرف في البيع وان عتق فالولاء له ، فهذا شرط باطل ، لقول النبي ﷺ لعائشة عند شراء بريرة واشترط أهلها الولاء فقال ﷺ : اشترىها فاعتقها فلإنما الولاء لمن أعتق ، ثم قال : من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط (٣) متفق عليه . وما حكم البيع في هذه الصور ؟ فيه روايتان :

١ - يصح البيع لحديث بريرة .

٢ - يفسد البيع لانه شرط ينافي مقتضى العقد ويفسد الشروط وجب رد ما يقابله من

التمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً (٤) .

(١) القواعد النورانية ١٨٨ و ١٨٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧١ - ١٧٢ والكافي ٢ : ٣٧ - ٤٠ وكشاف القناع ٣ : ٣٦ - ٤٤

ومن المحدثين المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ٤٨٢ - ٥٠٠ والأموال ونظرية العقد لمحمد يوسف

موسى ٧ - ٤ - ٨ ، ونظام المعاملات مصطفى شلي ٢٢٧ - ٢٢٩ .

(٣) الكافي ٢ : ٣٧ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧١ .

ب - ان يشترط غير العتق : مثل ان يشترط ان لا يبيع ولا يهب ولا يعتق وما أشبهها فهذه شروط فاسدة وما حكم البيع مع هذه الشروط ؟ .

١ - البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخراقي وهو المنصوص عن أحمد لحديث بريرة .

٢ - 'بيع فاسد، لان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، ولان الشرط فاسد واذا فسد الشرط وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن (١) وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً .
وقال ابن قدامة : ولأن البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك اذا كان الشرط له . فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي (٢) .

القسم الرابع : ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه (٣) . وهذا

على ضربين :

أ - اشتراط منفعة البائع .

ب - أن يشترط عقداً في عقد : نحو ان يبيعه بشرط ان يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء كان الشرط من البائع أو المشتري (٤) .
والخلاصة ان الحائلة يجوزون كل شرط يشترطه أحد المتعاقدين في العقد الا في حالتين :

أ - ان يشترط في العقد ما ينافي مقتضاه ، كأن لا يبيع المبيع ولا يهبه ولا يعتقه .

ب - ان يشترط احدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف ، أو قرض ، أو بيع ، أو اجارة . (٥)
فالشروط هنا فاسدة واشتراطها في العقود يفسدونها .

مزاي المذهب الحنبلي :

لقد ذكرنا أن الحائلة يجوزون كل الشروط الا في حالتين فيكونون بذلك أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده ، ولذلك فإنهم يعتبرون مصلحة العاقد من الشروط هي

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧١ .

(٢) المرجع السابق ٤ : ١٧١ .

(٣) المرجع السابق ٤ : ١٧١ .

(٤) المرجع السابق ٤ : ١٧١ .

(٥) كشف القناع ٣ : ٤٠ .

من مصلحة العقد ما لم تصادم نصاً تشريعياً فلا يبطل الشرط عندهم الا اذا ترتب عليه تعطيل العقد وعلى ذلك :

- (١) يبطل العقد فيما لو شرط في عقد نكاح عدم حل الاستمتاع لعدم بقاء معنى الزواج ولو شرط عدم ممارسة الاستمتاع صحح العقد ولغا الشرط لمنافاته لمقتضى العقد .
- (٢) اشتراط الزوجة على الزوج عدم السفر معها اذا سافرت وحدها كان هذا الشرط باطلا ، لان الشريعة لا تجيز لها السفر وحدها ، اما لو شرطت ان لا تسافر مع زوجها اذا اراد السفر او لا ينقلها من دارها ، فشرطها صحيح ويشبث لها خيار الفسخ اذا لم يف لها الزوج به (١) .

واما من رأى ان مثل هذا الشرط ليس من مصلحة العقد، فقد ردوا عليهم رداً هذا نصح : فقالوا : والقول بأن هذا الشرط ليس من مصلحة العقد قول مردود ، لان هذا الشرط من مصلحة المرأة ، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد ، كاشتراط الرهن في البيع (٢) ، وعلو الرهن بأن (هذه شروط فاسدة لمنافاته مقتضى العقد فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود) (٣) .

وكذلك اشتراط الخيار للراهن وتوقيت الرهن .
واما المزاي التي تجلى بها المذهب الحنبلي فهي ما يأتي :

الميزة الأولى :

أجاز أحمد ان يشترط الزوجان ما شاؤا من الشروط في عقد النكاح ، فلم يفرق في ذلك بين النكاح وغيره .

فقدا جاز للمرأة ان تشترط على زوجها ان لا يخرجها من دارها ، أو ان لا يتزوج عليها أو ان لا يتسرى أو ان يكون غنياً ، أو ان يكون سليماً ، أو ان لا يشرب مسكراً ، أو ان يكون عالماً واذ ظهر خلاف ذلك فأمرها بيدها ، ان شاءت أقامت معه وإن شاءت فارقته وتشهد

(١) المدخل الفقهي للامام مصطفى الزرقاء ٤٨٣ .

(٢) أ - كشاف القناع ٣ : ط المنظمة الشرقية

ب - وقد قالوا بأن اشتراط ما ينافي مقتضى الرهن لا يصح نحو ان يشترط الا يبيع الرهن عند حلول الحق او لا يستوفى الدين من ثمنه ولا يبيع ما خيف تلفه او يبيع الرهن بأي ثمن كان او ان لا يبيعه الا بما يرضيه انظر المغني لابن قدامة ٤ : ٢٨٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ٢٨٧ .

عليه بذلك (١) .

وعمدتهم في ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحلتتم به الفروج » (٢) وفي روايه « أن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج » (٣) متفق عليه وقول النبي ﷺ : « المسلمون على شروطهم (٤) ، وروى الاثرم باسناده ان رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها فخاصموه الى عمر فقال : لها شرطها فقال الرجل : اذا تطلقينا . فقال عمر : « مقاطع الحقوق عند الشروط » (٥) ، ولأن هذا الشرط فيه منفعة للزوجة وليس هذا مصادما لنص تشريعي فاذاً فهو مشروع .
وإذا ثبت ان هذا الشرط لازم ولم يف الزوج بما شرطت ، كان لها الفسخ ، ولهذا قال الذي قضى عليه عمر رضي الله تعالى عنه بلزوم الشرط « اذا تطلقينا » فلم يلتفت عمر الى ذلك وقال بجملة اللستورية « مقاطع الحقوق عند الشروط » .

الا ان هذه الشروط وان كانت مصادمة لنص تشريعي لان الله سبحانه وتعالى اباح للحر ان يتزوج اربعا من الحرائر وأطلق له حرية السعي والتنقل ، لانه أدرى بمواطن رزقه وتحصيله . فاذا لم يف لها بما وعد بأن تزوج عليها او سافر عنها كان لها فسخ النكاح لما التزمه من شرط .

الميزة الثانية :

جواز تعليق العقود والالتزامات وغيرها بالشروط ، وهذا أمر قد تدعوا اليه الضرورة ، او الحاجة ، او المصلحة ، فلا يستغني عنه الكلف وقد صح تعليق الضمان بالشرط ، وتعليق النكاح بالشرط وذلك في تزويج موسى عليه السلام بابنة صاحب مدين وهو أصح نكاح على وجه الارض ولم يأت ما ينسخ هذا في الشريعة الإسلامية (٦) ، ونص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط وهذا هو الصحيح ، كما يعلق الطلاق والجعالة والنذر (٧) .
وعلق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عقد المزارعة بالشرط ، فكان يقول

(١) اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٤ والمغني ٧ : ١٢

(٢) المغني لابن قدامة ٧ : ٩٢ .

(٣) القواعد النورانية لابن تيمية ١٩٠ والمغني ٧ : ٩٣ و اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٧ .

(٤) المغني لابن قدامة ٧ : ٩٣ .

(٥) المغني لابن قدامة ٧ : ٩٣ وانظر كشاف القناع ٣ : ٥٣ .

(٦) اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٧ .

(٧) المصدر السابق ٣٨٨ .

لمن يريد ان يعمل في أرضه : ان جئت بالبذر في كذا، وان جاء العامل بالبذر فله كذا (١).

الميزة الثالثة :

اجاز أحمد رضي الله تعالى عنه تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده بشروط تحفظية تمنع تصرف المالك الجديد ، او تستثنى بعض الحقوق ، او تحدد طرق الانتفاع ، او تلزمه ببعض الواجبات ، مثل من يبيع جارية واشترط على المشتري ، اذا اردت بيعها فأنا أحق بها بالثمن الذي تأخذها به مني ، ولكن قال أحمد لا يحق له وطأها وله فيها شرط ، لأن ابن مسعود قال لرجل (لا تقربها ولأحد فيها شرط) (٢) .

او اشترط على من اشترى جارية ان يتسرى بها : تكون جارية نفيسة يجب أهلها ان يتسرى بها ولا تكون للخدمة (٣) .

وعن سفينة قال : « كنت مملوكاً لام سائسه فقالت : اعتقتك واشترطت عليك ان تخدم رسول الله ﷺ ما عشت ، فقلت ولو لم تشتري علي ما فارقت رسول الله ﷺ ما عشت فأعتقتني واشترطت علي (٤) » .

وقال جابر : بعث رسول الله ﷺ بعيراً واشترطت حملانه الى أهلي (٥) .

فهذه الاجتهادات لا يقبلها الا الفقه الحنبلي ، لانها تعارض ما يقتضيه العقد .

وقد ذكر ابن القيم في هذا المجال ما نصه : « والمقصود أن للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء فايهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع ، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل ، فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص ، ان كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم .

ويوضحه ان الالتزام بالشرط كالالتزام بالنذر ، والنذر لا يبطل منه الا ما خالف حكم الله وكتابه ، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله والالتزام به،

(١) القواعد النورانية ١٩١ واعلام الموقعين ٣ : ٣٨٨ .

(٢) القواعد النورانية ١٩١ .

(٣) القواعد النورانية ١٩١ .

(٤) سنن ابي داود ٢ : ٢٤٨ وانظر مختصر سنن ابي داود للمسندي ٥ : ٣٩٤ .

(٥) متفق عليه ، أحكام الإحكام لابن دقيق العيد ٢ : ١٤٩ والتحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي ٧٠ .

أوفى من الالتزام بالنذر (١)

الميزة الرابعة :

أجاز أحمد بيع ما ينقطع به السعر ، وفي هذا يكون الإمام أحمد قد توسع في العقود توسعاً نظراً لأنه قد سبق الفقه الحديث الذي لم يتوصل إليه الا في الآونة الاخيرة من الزمن ، وبذلك يكون قد قطع عليهم بجحهم بجدائته فقهم وذلك كعاملة الخبازين ، والحامين وغيرهم دون ذكر الثمن وإنما ينظر في آخر وقت متفق عليه على اداء الثمن ما هو السعر في ذلك اليوم فيجري الحساب على ذلك .

قال ابن القيم الجوزية : « اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد ، وصورتها البيع ممن يعامله من خباز او لحام او سمان او غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً ثم يحاسبه عند رأس السنة او الشهر على الجمع ويعطيه ثمنه ، فنعه الاكثرون وجعلوا القبض به غير ناقل للملك ، وهو قبض فاسد يجري مجرى المقبوض بالغصب ، لأنه مقبوض بعقد فاسد . هذا وكلهم الا من شدد على نفسه بفعل ذلك ، ولا يجد منه بدأ وهو يفي بطلانه وأنه باق على ملك البائع ، ولا يمكنه التخلص من ذلك الا بساومته له عند كل حاجة يأخذها قل ثمنها او كثر ، وان كان ممن شرط الايجاب والقبول لفظاً فلا بد مع المساومة ان يقرن بها الايجاب والقبول لفظاً .

والقول الثاني - وهو الصواب المقطوع به ، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر ، جواز البيع بما ينقطع به السعر ، وهو منصوص الامام أحمد ، واختاره شيخنا ، وسمعه يقول هو أطيب لقلب المشتري من المساومة ، ويقول : لي اسوة بالناس آخذ بما يأخذ به غيري قال : والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه ، بل هم واقعون فيه ، وليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ ولا اجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يخرمه (٢) .

من هذا النص الذي أتى به ابن القيم ، نرى ان أحمد بن حنبل قد أجاز الشروط السابقة على العقد مع نية ملحقة به ، ويكون حكمها حكم الشروط المقترنة بالعقد ، وهذا هو عمل أهل المدينة . وبذلك يكون أحمد قد تأسى بآثار السلف الصالح ، وأهتدى بهديها ، وسلك سبيلها ، ووصل بها الى التوسعة على الناس والرحمة بهم ، وأثبتت الحججة على الناس في هذا

(١) اعلام الموقنين ٣ : ٣٨٩ - ٣٩٠

(٢) اعلام الموقنين ٤ : ٦٠٥ .

العصر ان من يعود الى الشريعة الإسلامية الغراء لا يعود الى ضيق وحر ج وانما يعود الى سعة ورحمة .

والجدير بالذكر أن اكثر المعاملات المالية في هذا العصر، قد كان في فقه الإمام أحمد متسع لها ولا حاجة لنا بالقوانين المستوردة من النظم المادية الغربية او المادية الشرقية .

اما بقية المذاهب فلم تجز ما أجازة أحمد ، الا ان متأخري الحنفية جوزوا ييسع الاستجرار وهو ان يأخذ الانسان حساباته اليومية من غير اتفاق على سعر معين ثم يحاسب كل مدة ويسمى في العرف الحديث بطريقة الحساب الجاري (١) .

الميزة الخامسة :

اجاز الإجتهد الحنبلي بيع العربون ، وهو ان يشتري الانسان السلعة ويدفع جزءاً من الثمن او شيئاً آخر يسمى عربوناً ، فإن أخذ السلعة احتسب من الثمن وإن لم يأخذ السلعة فذلك للبائع (٢) .

قال أحمد : لا بأس به وفعله عمر ، وعن ابن عمر انه اجازة ، وقال ابن سيرين لا بأس به . وحجتهم في ذلك « ما روي عن نافع بن عبد الحارث » أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن امية ، فان رضي عمر والا فله كذا وكذا (٣) .

وقال ابن القيم : « وقال ابن عوف عن ابن سيرين قال : قال رجل لكرهه ارحسل ركابك فان لم ارحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه غير مكره فهو عليه (٤) .

واجاز الفقه الحنبلي في جواز إن خطته اليوم فلك كذا ، وان خطته غدا فلك كذا ، وجواز بعتمك بعشرة نقداً ، أو بعشرين نسيئة (٥) .

(١) حاشية رد المختار على الدر المختار ٤ : ١٨ .

(٢) المغني ٤ : ١٧٠ ، ١٧٥ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٧٦ واعلام الموقعين ٣ : ٣٩٣ ، يقال : عربون واربون وعربان واربان . انظر موضعه في رسالتنا ص ١٣٠ .

(٣) المغني لابن قدامة المقدسي ٤ : ١٧٥ - ١٧٦ وانظر اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٩ ، وذلك ان عاملاً اشترى من صفوان داراً بأربعة آلاف درهم . . وان لم يرض عمر فلصفوان اربعمائة درهم .

(٤) اعلام الموقعين ٣ : ٣٨٨ - ٣٨٩ ، والكري : هو الذي يؤجر دوابه للسفر .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٧ واعلام الموقعين ٣ : ٣٨٩ .

اما الجمهور مالك والشافعي وأصحاب الرأي : فانه لا يصح ، لان النبي ﷺ نهي عن بيع العربون (١) ، وفي ذلك يكون قد شرط للبائع شرطاً بدون عوض فلم يصح وبمثابة الخيار المجهول لاشترطه الرد من غير ذلك المدة فصار بمثابة ولي الخيار متى شئت رددت المبيع ومعه العربون وهذا هو القياس (٢) .

قال ابن رشد : وانما صار الجمهور الى منعة ، لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض (٣) .

وبهذا يكون الفقه الحنبلي خير معين لمعاملات هذا العصر الذي يعتبر العربون وثيقة ارتباط بين التجار ، والعرف التجاري يقرها وهي تقابل الضرر الناجم عن الانتظار والتعطيل .

تنبيه : لقد تركنا الكلام عن المذهب المالكي في الشروط لقربه من مذهب الحنابلة وعن مذهب الشافعية لقربه من مذهب الحنفية .

(١) رواء ابن ماجه وانظر المغني ٤ : ١٧٥ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٥ .

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ٢ : ١٧٦ .



مكان الغرر في العقود والشروط

لقد مر بنا آراء الفقهاء في حرية المتعاقدين في انشاء العقود والشروط ، وأن الرأي الراجح ؛ هو ان الانسان حر في انشاء ما يشاء من العقود والشروط ، الا اذا ورد نص يحد من هذا الاطلاق فيجرمه عليه ويمنع من انشاءه ، فحرم الربا والميسر والقمار وبيع الجنين في بطن امه وغيرها ، وقد نهى الشارع الحكيم عنها بنص خاص يخص هذا البيع .

وقد يكون النهي عن بعض المبيعات عاماً ، كأكل مال الانسان بالباطل ، قال تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل (١) ، وأحاديث النهي عن بيع الغرر التي سترها فيما بعد .

اذن . فالعقود التي تحد من ارادة الانسان في انشاء العقود والشروط ، انما هي النصوص التي منها ما هو المتفق عليه ، ومنها ما هو المختلف فيه ، وقد رأينا النصوص المتفق عليها واختلف فيها واسباب الاختلاف في ذلك .

والغرر من هذه القيود التي تحد من ارادة الانسان ، الا انه تارة يكون غرراً كثيراً مؤثراً في العقد ، وتارة يكون سيراً لا يؤثر في العقد ، وتارة يكون متردداً بين الغرر الكثير المانع من صحة العقد ، واليسير الذي لا يمنع من صحة العقد ، وسنراه ان شاء الله في اثناء بحثنا في هذه الرسالة .

هذا والغرر كما رأينا ، انما هو نهى ثابت بنصوص الشريعة ، ولذا فهو من حقوق الله لا من حقوق العباد ، واسقاط العقد وعدم الاعتماد به انما هو للشارع لا لمصلحة العبد (٢) ، ولذا فاذا ثبت ان العقد فيه غرر يلزم من ذلك ان يكون العقد باطلاً ، ولا ينظر الى ارادة المتعاقدين في انشاءه والرضا به (٣) .

(١) النساء : ٢٩ .

(٢) مع العلم ان الشارع الحكيم اذا نهى عن عقد من العقود فأبطله فان في ذلك حق للعباد لأن الله سبحانه وتعالى انما أبطلها ونهى عنها صوتنا لمال الانسان من الضياع .

(٣) الغرر ١ : ١٤٠ - ١٤٢ الفرق (٢٢) .

المادة ٣٦٠ من القانون المدني الفلسطيني، والتي تنص على أن العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر، يهدف إلى إنشاء التزامات قانونية. وهذا يعني أن العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر، يهدف إلى إنشاء التزامات قانونية.

المبحث الثالث

تعريف العقد في القانون

(١) الوسيط للسنهوري (١)

إن بعض فقهاء القانون يميزون بين الاتفاق والعقد على أساس أن الاتفاق : هو توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام البائع والمشتري ، أو نقله ، أو انبائه ، أو تعديله .

فمثال إنشاء الالتزام ، عقد البيع مثلا اذا حصل فانما ينشئ التزامات في كل من جانب البائع والمشتري . فيلزم البائع بتسليم المبيع والمشتري بتسليم الثمن .

وأما نقل الإلتزام : فمثله الحوالة : فالحوالة تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر «١» .

فالعقد هنا لم ينشئ التزاماً ، ولكن اقتصر أثره على فعل ذات الإلتزام الموجود من شخص الى آخر .

وأما تعديل الإلتزام : كما في إضافة أجل الدين .

وأما إنهاء الإلتزام : كالاتفاق بين العامل ورب العمل على فسخ عقد العمل .

أما العقد : فهو أخص من الاتفاق : اذ هو توافق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله .

ولهذا نجد بعض شراح القانون يفرقون بين الاتفاق والعقد ، فيعتبرون كلمة الاتفاق جنساً ، والعقد نوعاً ، وبهذا يكون الاتفاق أعم من العقد ، اذ العقد هو توافق ارادتين على إنشاء التزام أو على نقله «٢» .

(١) الوسيط للسنهوري فقره ٣٦٠ .

(٢) النظرية العامة للإلتزام للدكتور انور سلطان (دار المعارف) بصرف ف ٢٥ .

وبعض الفقهاء يقولون لا داعي للفرقة بينه وبين الاتفاق اذ لم يعرف التقنين القديم العقد ، وانما عرفه التقنين الفرنسي في المادة (١١٠١) التي تقول ان «العقد اتفاق يلتزم بتقتضاه شخص أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شيء» .

وكذلك لم يعرف التقنين ا في العقد ، وهذا مسلك سليم لأن التعريف مسألة فقهية يجب ان يترك أمرها للإجتهاد «١» ، وبهذا يكون قيمة لهذه الفرقة من الناحية العلمية بدليل ان الفقه الحديث قد هجرها .

وأخيراً استقر الأمر عندهم على ان كلمة عقد ، وكلمة اتفاق ، في معنى واحد وهو التعبير عن الارادة . ولذلك تضمن المشروع التمهيدي للتقنين المدني تعريفاً للعقد في المادة ١٢٢ التي تقول : (ان العقد اتفاق ما بين شخصين او اكثر على انشاء رابطة قانونية او تعديلها او انائها «٢» .

فهذا التعريف لا يفرق بين العقد والاتفاق وهو تعريف المشروع الفرنسي الايطالي في المادة الاولى منه «٣» .

وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية ، ان اراد هذا التعريف قصد منه نفي كل فرقة بين العقد والاتفاق وجعلها شيئاً واحداً (٤) .

وقد حذف هذا التعريف في المشروع النهائي ، ولكن لا يعني هذا الحذف عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل تجنباً للتعريفات التي تعتبر مجرد عمل فقهي .

وعليه يمكن تعريف العقد بأنه : (توافق ارادتين او اكثر على احداث اثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام ، او نقله ، او تعديله ، او انهاؤه) (٥) .

تحليل العقد :

إذا نظرنا للتعريف السابق فاننا نجد فيه نقطتين اساسيتين :

- (١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٩ بالهامش .
- (٢) مصادر الالتزام عند المتمعن فرج الصده ف ٣٧ والوسيط السنهوري ف ١٣٧ .
- (٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ١٠ في الهامش .
- (٤) المصدر السابق ٢ : ٩ ، ١٠ ، ١١ في الهامش ،
- (٥) الوسيط السنهوري ١ : ف ١٣٨ .

الأولى: توافق الإرادتين أو أن يكونا من جنس واحد لا أن يكونا من جنسين

الثانية: بإحداث أثر قانوني نتيجة لتوافق الإرادتين. أي ومن هنا نستنتج أنه لا بد من توافق الإرادتين في موضوع العقد، فلا بد من توافق الإرادتين في موضوع العقد، أي تتقابل الإرادات، وتقتضى بعضها البعض، فلو تمثلت بالتدبير فلا بد من توافق الإرادة المشتري والبائع في نقطتين هامتين أيضاً ويكونان: في صيغة العقد، وفي المعقود عليه. وفي صيغة العقد، فلا بد من توافق الإرادتين في صيغة العقد، ولا في الإيجاب.

وأما في المعقود عليه فكذلك فلا بد من توافق إرادتهما على ذلك (فلا يراد من شخص أن يبيع أحد منزله وقصد من يريد التعاقد معه أن يشتري المنزل الآخر فلا يتعقد فيما بين (١) ٧٧) أيضاً لا بد من مراعاة الشروط الأخرى للعقد أي جوهرية بالنسبة للعقد بحسبها،

يتبين من إرادة الطرفين: ومن ثم تكون المسألة حينئذ مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع في ضوء ما يتضح له من ظروف التعاقد وملاساته (أي يتبين اتفاق الإرادتين على الأمور الجوهرية في العقد فإنه لا يصح أن يترك لأحد الطرفين تحديد هذه الأمور (٢).

مثال ذلك: ما لو حصل العقد بين الطرفين فلا يترك البائع المشتري لتحديد الثمن إذ لا يتم العقد عندئذ إلا بعد قبول البائع في ذلك وإنما يصح هذا الأمر إذا ترك التجديد للغير باستثناء ما لا يخفى عليه من شروط العقد.

والخلاصة: أنه يجب في جميع الأمور أن يتوفر لدى العاقدة إرادة العقد من جهة معينة تحلى ناحية معينة من أفعالها بقصد قبولها (٣): هذا مقتضى ما يترجم عليه

والثانية: وجوب الاتفاق على الأحداث أثر قانوني (٤) وهذا مقتضى ما لا يخفى عليه

إن المهم في العقد أن تنجح إرادتا الطرفين إلى أحداث أثر قانوني، فاتفقوا لواقعة معينة أمر لا يكفي لقيام العقد ما دام أنها لم يتجه إلى إنشاء رابطة قانونية، ويتبين ذلك من الظروف والملاسات، ومن الأمثلة على ذلك (٥) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

أ - قد يدعو شخص آخر إلى وليمة في نطاق المحاملات الإجتماعية، فيقبل المبعوث ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشئا التزاماً قانونياً فيما بينهما، فحاشا (١)

(١) مصادر الالتزام عبد النعم فوج الصده ف ٣٨ . (٢) رسالة في ١١ : ١٠٣ : ١٠٤ : ١٠٥ : ١٠٦ : ١٠٧ : ١٠٨ : ١٠٩ : ١١٠ : ١١١ : ١١٢ : ١١٣ : ١١٤ : ١١٥ : ١١٦ : ١١٧ : ١١٨ : ١١٩ : ١٢٠ : ١٢١ : ١٢٢ : ١٢٣ : ١٢٤ : ١٢٥ : ١٢٦ : ١٢٧ : ١٢٨ : ١٢٩ : ١٣٠ : ١٣١ : ١٣٢ : ١٣٣ : ١٣٤ : ١٣٥ : ١٣٦ : ١٣٧ : ١٣٨ : ١٣٩ : ١٤٠ : ١٤١ : ١٤٢ : ١٤٣ : ١٤٤ : ١٤٥ : ١٤٦ : ١٤٧ : ١٤٨ : ١٤٩ : ١٥٠ : ١٥١ : ١٥٢ : ١٥٣ : ١٥٤ : ١٥٥ : ١٥٦ : ١٥٧ : ١٥٨ : ١٥٩ : ١٦٠ : ١٦١ : ١٦٢ : ١٦٣ : ١٦٤ : ١٦٥ : ١٦٦ : ١٦٧ : ١٦٨ : ١٦٩ : ١٧٠ : ١٧١ : ١٧٢ : ١٧٣ : ١٧٤ : ١٧٥ : ١٧٦ : ١٧٧ : ١٧٨ : ١٧٩ : ١٨٠ : ١٨١ : ١٨٢ : ١٨٣ : ١٨٤ : ١٨٥ : ١٨٦ : ١٨٧ : ١٨٨ : ١٨٩ : ١٩٠ : ١٩١ : ١٩٢ : ١٩٣ : ١٩٤ : ١٩٥ : ١٩٦ : ١٩٧ : ١٩٨ : ١٩٩ : ٢٠٠ : ٢٠١ : ٢٠٢ : ٢٠٣ : ٢٠٤ : ٢٠٥ : ٢٠٦ : ٢٠٧ : ٢٠٨ : ٢٠٩ : ٢١٠ : ٢١١ : ٢١٢ : ٢١٣ : ٢١٤ : ٢١٥ : ٢١٦ : ٢١٧ : ٢١٨ : ٢١٩ : ٢٢٠ : ٢٢١ : ٢٢٢ : ٢٢٣ : ٢٢٤ : ٢٢٥ : ٢٢٦ : ٢٢٧ : ٢٢٨ : ٢٢٩ : ٢٣٠ : ٢٣١ : ٢٣٢ : ٢٣٣ : ٢٣٤ : ٢٣٥ : ٢٣٦ : ٢٣٧ : ٢٣٨ : ٢٣٩ : ٢٤٠ : ٢٤١ : ٢٤٢ : ٢٤٣ : ٢٤٤ : ٢٤٥ : ٢٤٦ : ٢٤٧ : ٢٤٨ : ٢٤٩ : ٢٥٠ : ٢٥١ : ٢٥٢ : ٢٥٣ : ٢٥٤ : ٢٥٥ : ٢٥٦ : ٢٥٧ : ٢٥٨ : ٢٥٩ : ٢٦٠ : ٢٦١ : ٢٦٢ : ٢٦٣ : ٢٦٤ : ٢٦٥ : ٢٦٦ : ٢٦٧ : ٢٦٨ : ٢٦٩ : ٢٧٠ : ٢٧١ : ٢٧٢ : ٢٧٣ : ٢٧٤ : ٢٧٥ : ٢٧٦ : ٢٧٧ : ٢٧٨ : ٢٧٩ : ٢٨٠ : ٢٨١ : ٢٨٢ : ٢٨٣ : ٢٨٤ : ٢٨٥ : ٢٨٦ : ٢٨٧ : ٢٨٨ : ٢٨٩ : ٢٩٠ : ٢٩١ : ٢٩٢ : ٢٩٣ : ٢٩٤ : ٢٩٥ : ٢٩٦ : ٢٩٧ : ٢٩٨ : ٢٩٩ : ٣٠٠ : ٣٠١ : ٣٠٢ : ٣٠٣ : ٣٠٤ : ٣٠٥ : ٣٠٦ : ٣٠٧ : ٣٠٨ : ٣٠٩ : ٣١٠ : ٣١١ : ٣١٢ : ٣١٣ : ٣١٤ : ٣١٥ : ٣١٦ : ٣١٧ : ٣١٨ : ٣١٩ : ٣٢٠ : ٣٢١ : ٣٢٢ : ٣٢٣ : ٣٢٤ : ٣٢٥ : ٣٢٦ : ٣٢٧ : ٣٢٨ : ٣٢٩ : ٣٣٠ : ٣٣١ : ٣٣٢ : ٣٣٣ : ٣٣٤ : ٣٣٥ : ٣٣٦ : ٣٣٧ : ٣٣٨ : ٣٣٩ : ٣٤٠ : ٣٤١ : ٣٤٢ : ٣٤٣ : ٣٤٤ : ٣٤٥ : ٣٤٦ : ٣٤٧ : ٣٤٨ : ٣٤٩ : ٣٥٠ : ٣٥١ : ٣٥٢ : ٣٥٣ : ٣٥٤ : ٣٥٥ : ٣٥٦ : ٣٥٧ : ٣٥٨ : ٣٥٩ : ٣٦٠ : ٣٦١ : ٣٦٢ : ٣٦٣ : ٣٦٤ : ٣٦٥ : ٣٦٦ : ٣٦٧ : ٣٦٨ : ٣٦٩ : ٣٧٠ : ٣٧١ : ٣٧٢ : ٣٧٣ : ٣٧٤ : ٣٧٥ : ٣٧٦ : ٣٧٧ : ٣٧٨ : ٣٧٩ : ٣٨٠ : ٣٨١ : ٣٨٢ : ٣٨٣ : ٣٨٤ : ٣٨٥ : ٣٨٦ : ٣٨٧ : ٣٨٨ : ٣٨٩ : ٣٩٠ : ٣٩١ : ٣٩٢ : ٣٩٣ : ٣٩٤ : ٣٩٥ : ٣٩٦ : ٣٩٧ : ٣٩٨ : ٣٩٩ : ٤٠٠ : ٤٠١ : ٤٠٢ : ٤٠٣ : ٤٠٤ : ٤٠٥ : ٤٠٦ : ٤٠٧ : ٤٠٨ : ٤٠٩ : ٤١٠ : ٤١١ : ٤١٢ : ٤١٣ : ٤١٤ : ٤١٥ : ٤١٦ : ٤١٧ : ٤١٨ : ٤١٩ : ٤٢٠ : ٤٢١ : ٤٢٢ : ٤٢٣ : ٤٢٤ : ٤٢٥ : ٤٢٦ : ٤٢٧ : ٤٢٨ : ٤٢٩ : ٤٣٠ : ٤٣١ : ٤٣٢ : ٤٣٣ : ٤٣٤ : ٤٣٥ : ٤٣٦ : ٤٣٧ : ٤٣٨ : ٤٣٩ : ٤٤٠ : ٤٤١ : ٤٤٢ : ٤٤٣ : ٤٤٤ : ٤٤٥ : ٤٤٦ : ٤٤٧ : ٤٤٨ : ٤٤٩ : ٤٥٠ : ٤٥١ : ٤٥٢ : ٤٥٣ : ٤٥٤ : ٤٥٥ : ٤٥٦ : ٤٥٧ : ٤٥٨ : ٤٥٩ : ٤٦٠ : ٤٦١ : ٤٦٢ : ٤٦٣ : ٤٦٤ : ٤٦٥ : ٤٦٦ : ٤٦٧ : ٤٦٨ : ٤٦٩ : ٤٧٠ : ٤٧١ : ٤٧٢ : ٤٧٣ : ٤٧٤ : ٤٧٥ : ٤٧٦ : ٤٧٧ : ٤٧٨ : ٤٧٩ : ٤٨٠ : ٤٨١ : ٤٨٢ : ٤٨٣ : ٤٨٤ : ٤٨٥ : ٤٨٦ : ٤٨٧ : ٤٨٨ : ٤٨٩ : ٤٩٠ : ٤٩١ : ٤٩٢ : ٤٩٣ : ٤٩٤ : ٤٩٥ : ٤٩٦ : ٤٩٧ : ٤٩٨ : ٤٩٩ : ٥٠٠ : ٥٠١ : ٥٠٢ : ٥٠٣ : ٥٠٤ : ٥٠٥ : ٥٠٦ : ٥٠٧ : ٥٠٨ : ٥٠٩ : ٥١٠ : ٥١١ : ٥١٢ : ٥١٣ : ٥١٤ : ٥١٥ : ٥١٦ : ٥١٧ : ٥١٨ : ٥١٩ : ٥٢٠ : ٥٢١ : ٥٢٢ : ٥٢٣ : ٥٢٤ : ٥٢٥ : ٥٢٦ : ٥٢٧ : ٥٢٨ : ٥٢٩ : ٥٣٠ : ٥٣١ : ٥٣٢ : ٥٣٣ : ٥٣٤ : ٥٣٥ : ٥٣٦ : ٥٣٧ : ٥٣٨ : ٥٣٩ : ٥٤٠ : ٥٤١ : ٥٤٢ : ٥٤٣ : ٥٤٤ : ٥٤٥ : ٥٤٦ : ٥٤٧ : ٥٤٨ : ٥٤٩ : ٥٥٠ : ٥٥١ : ٥٥٢ : ٥٥٣ : ٥٥٤ : ٥٥٥ : ٥٥٦ : ٥٥٧ : ٥٥٨ : ٥٥٩ : ٥٦٠ : ٥٦١ : ٥٦٢ : ٥٦٣ : ٥٦٤ : ٥٦٥ : ٥٦٦ : ٥٦٧ : ٥٦٨ : ٥٦٩ : ٥٧٠ : ٥٧١ : ٥٧٢ : ٥٧٣ : ٥٧٤ : ٥٧٥ : ٥٧٦ : ٥٧٧ : ٥٧٨ : ٥٧٩ : ٥٨٠ : ٥٨١ : ٥٨٢ : ٥٨٣ : ٥٨٤ : ٥٨٥ : ٥٨٦ : ٥٨٧ : ٥٨٨ : ٥٨٩ : ٥٩٠ : ٥٩١ : ٥٩٢ : ٥٩٣ : ٥٩٤ : ٥٩٥ : ٥٩٦ : ٥٩٧ : ٥٩٨ : ٥٩٩ : ٦٠٠ : ٦٠١ : ٦٠٢ : ٦٠٣ : ٦٠٤ : ٦٠٥ : ٦٠٦ : ٦٠٧ : ٦٠٨ : ٦٠٩ : ٦١٠ : ٦١١ : ٦١٢ : ٦١٣ : ٦١٤ : ٦١٥ : ٦١٦ : ٦١٧ : ٦١٨ : ٦١٩ : ٦٢٠ : ٦٢١ : ٦٢٢ : ٦٢٣ : ٦٢٤ : ٦٢٥ : ٦٢٦ : ٦٢٧ : ٦٢٨ : ٦٢٩ : ٦٣٠ : ٦٣١ : ٦٣٢ : ٦٣٣ : ٦٣٤ : ٦٣٥ : ٦٣٦ : ٦٣٧ : ٦٣٨ : ٦٣٩ : ٦٤٠ : ٦٤١ : ٦٤٢ : ٦٤٣ : ٦٤٤ : ٦٤٥ : ٦٤٦ : ٦٤٧ : ٦٤٨ : ٦٤٩ : ٦٥٠ : ٦٥١ : ٦٥٢ : ٦٥٣ : ٦٥٤ : ٦٥٥ : ٦٥٦ : ٦٥٧ : ٦٥٨ : ٦٥٩ : ٦٦٠ : ٦٦١ : ٦٦٢ : ٦٦٣ : ٦٦٤ : ٦٦٥ : ٦٦٦ : ٦٦٧ : ٦٦٨ : ٦٦٩ : ٦٧٠ : ٦٧١ : ٦٧٢ : ٦٧٣ : ٦٧٤ : ٦٧٥ : ٦٧٦ : ٦٧٧ : ٦٧٨ : ٦٧٩ : ٦٨٠ : ٦٨١ : ٦٨٢ : ٦٨٣ : ٦٨٤ : ٦٨٥ : ٦٨٦ : ٦٨٧ : ٦٨٨ : ٦٨٩ : ٦٩٠ : ٦٩١ : ٦٩٢ : ٦٩٣ : ٦٩٤ : ٦٩٥ : ٦٩٦ : ٦٩٧ : ٦٩٨ : ٦٩٩ : ٧٠٠ : ٧٠١ : ٧٠٢ : ٧٠٣ : ٧٠٤ : ٧٠٥ : ٧٠٦ : ٧٠٧ : ٧٠٨ : ٧٠٩ : ٧١٠ : ٧١١ : ٧١٢ : ٧١٣ : ٧١٤ : ٧١٥ : ٧١٦ : ٧١٧ : ٧١٨ : ٧١٩ : ٧٢٠ : ٧٢١ : ٧٢٢ : ٧٢٣ : ٧٢٤ : ٧٢٥ : ٧٢٦ : ٧٢٧ : ٧٢٨ : ٧٢٩ : ٧٣٠ : ٧٣١ : ٧٣٢ : ٧٣٣ : ٧٣٤ : ٧٣٥ : ٧٣٦ : ٧٣٧ : ٧٣٨ : ٧٣٩ : ٧٤٠ : ٧٤١ : ٧٤٢ : ٧٤٣ : ٧٤٤ : ٧٤٥ : ٧٤٦ : ٧٤٧ : ٧٤٨ : ٧٤٩ : ٧٥٠ : ٧٥١ : ٧٥٢ : ٧٥٣ : ٧٥٤ : ٧٥٥ : ٧٥٦ : ٧٥٧ : ٧٥٨ : ٧٥٩ : ٧٦٠ : ٧٦١ : ٧٦٢ : ٧٦٣ : ٧٦٤ : ٧٦٥ : ٧٦٦ : ٧٦٧ : ٧٦٨ : ٧٦٩ : ٧٧٠ : ٧٧١ : ٧٧٢ : ٧٧٣ : ٧٧٤ : ٧٧٥ : ٧٧٦ : ٧٧٧ : ٧٧٨ : ٧٧٩ : ٧٨٠ : ٧٨١ : ٧٨٢ : ٧٨٣ : ٧٨٤ : ٧٨٥ : ٧٨٦ : ٧٨٧ : ٧٨٨ : ٧٨٩ : ٧٩٠ : ٧٩١ : ٧٩٢ : ٧٩٣ : ٧٩٤ : ٧٩٥ : ٧٩٦ : ٧٩٧ : ٧٩٨ : ٧٩٩ : ٨٠٠ : ٨٠١ : ٨٠٢ : ٨٠٣ : ٨٠٤ : ٨٠٥ : ٨٠٦ : ٨٠٧ : ٨٠٨ : ٨٠٩ : ٨١٠ : ٨١١ : ٨١٢ : ٨١٣ : ٨١٤ : ٨١٥ : ٨١٦ : ٨١٧ : ٨١٨ : ٨١٩ : ٨٢٠ : ٨٢١ : ٨٢٢ : ٨٢٣ : ٨٢٤ : ٨٢٥ : ٨٢٦ : ٨٢٧ : ٨٢٨ : ٨٢٩ : ٨٣٠ : ٨٣١ : ٨٣٢ : ٨٣٣ : ٨٣٤ : ٨٣٥ : ٨٣٦ : ٨٣٧ : ٨٣٨ : ٨٣٩ : ٨٤٠ : ٨٤١ : ٨٤٢ : ٨٤٣ : ٨٤٤ : ٨٤٥ : ٨٤٦ : ٨٤٧ : ٨٤٨ : ٨٤٩ : ٨٥٠ : ٨٥١ : ٨٥٢ : ٨٥٣ : ٨٥٤ : ٨٥٥ : ٨٥٦ : ٨٥٧ : ٨٥٨ : ٨٥٩ : ٨٦٠ : ٨٦١ : ٨٦٢ : ٨٦٣ : ٨٦٤ : ٨٦٥ : ٨٦٦ : ٨٦٧ : ٨٦٨ : ٨٦٩ : ٨٧٠ : ٨٧١ : ٨٧٢ : ٨٧٣ : ٨٧٤ : ٨٧٥ : ٨٧٦ : ٨٧٧ : ٨٧٨ : ٨٧٩ : ٨٨٠ : ٨٨١ : ٨٨٢ : ٨٨٣ : ٨٨٤ : ٨٨٥ : ٨٨٦ : ٨٨٧ : ٨٨٨ : ٨٨٩ : ٨٩٠ : ٨٩١ : ٨٩٢ : ٨٩٣ : ٨٩٤ : ٨٩٥ : ٨٩٦ : ٨٩٧ : ٨٩٨ : ٨٩٩ : ٩٠٠ : ٩٠١ : ٩٠٢ : ٩٠٣ : ٩٠٤ : ٩٠٥ : ٩٠٦ : ٩٠٧ : ٩٠٨ : ٩٠٩ : ٩١٠ : ٩١١ : ٩١٢ : ٩١٣ : ٩١٤ : ٩١٥ : ٩١٦ : ٩١٧ : ٩١٨ : ٩١٩ : ٩٢٠ : ٩٢١ : ٩٢٢ : ٩٢٣ : ٩٢٤ : ٩٢٥ : ٩٢٦ : ٩٢٧ : ٩٢٨ : ٩٢٩ : ٩٣٠ : ٩٣١ : ٩٣٢ : ٩٣٣ : ٩٣٤ : ٩٣٥ : ٩٣٦ : ٩٣٧ : ٩٣٨ : ٩٣٩ : ٩٤٠ : ٩٤١ : ٩٤٢ : ٩٤٣ : ٩٤٤ : ٩٤٥ : ٩٤٦ : ٩٤٧ : ٩٤٨ : ٩٤٩ : ٩٥٠ : ٩٥١ : ٩٥٢ : ٩٥٣ : ٩٥٤ : ٩٥٥ : ٩٥٦ : ٩٥٧ : ٩٥٨ : ٩٥٩ : ٩٦٠ : ٩٦١ : ٩٦٢ : ٩٦٣ : ٩٦٤ : ٩٦٥ : ٩٦٦ : ٩٦٧ : ٩٦٨ : ٩٦٩ : ٩٧٠ : ٩٧١ : ٩٧٢ : ٩٧٣ : ٩٧٤ : ٩٧٥ : ٩٧٦ : ٩٧٧ : ٩٧٨ : ٩٧٩ : ٩٨٠ : ٩٨١ : ٩٨٢ : ٩٨٣ : ٩٨٤ : ٩٨٥ : ٩٨٦ : ٩٨٧ : ٩٨٨ : ٩٨٩ : ٩٩٠ : ٩٩١ : ٩٩٢ : ٩٩٣ : ٩٩٤ : ٩٩٥ : ٩٩٦ : ٩٩٧ : ٩٩٨ : ٩٩٩ : ١٠٠٠

إن الإرادة المنفردة (أي التصرف الأحادي) يتم بإرادة واحدة دون توقفه على إرادة أخرى ، ويمثل مصلحة طرف واحد فليست كالعقد ينطوي على مصلحة متعارضتين (١) ولأن العقد يصدر عن إرادة منفردة للموجب وعن إرادة منفردة للقابل غير ان هاتين الإرادتين تنتجان وحدهما الآثار المترتبة على العقد ، لان هذه الآثار الناتجة عن إرادة منفردة يتوقف حصولها على انتفاء إرادة منفردة أخرى .

وان العقد لا ينشأ نتيجة لإرادتين منفردتين كل منهما مستقلة عن الإرادة الأخرى ، بل لا بد من تقابل الإرادتين (فكل من الإرادتين في العقد شرط للأخرى) (٢) .

إن الإرادة المنفردة التي تتضمن طرفاً واحداً ومصلحة فردية انما هي مسألة تدور حول مصلحة منفردة ، وأنه لا يستطيع انسان ان يلزم انساناً آخر بعمل ارادي مقابل ، فكل شخص يستطيع التصرف في مصالحه وان يحدد بإرادته دائرة التزامه كالوصية ، والوعد بجائزة ، وان الإرادة المنفردة لا تدور حول تعارض مصالح ، كما في العقد .

نقد نظرية الإرادة المنفردة :

لقد اهتم القانون بأن الالتزامات لا تنشأ الا من توافق ارادتين ، وان الإرادة المنفردة لا تستطيع انشاء التزام بفردتها ، اذ لو صح ان تنشأ التزاماً لكان لها الحق في ان تسقط التزاماً بفردتها وهذا هو منطوق القول ، أي ان الإرادة المنفردة تعجز عن انشاء التزام .

والقانون الفرنسي وهو اشد الحصوم على الإرادة المنفردة لم يستطع ان ينكر الأثر المنشئ التي يترتب على الإرادة المنفردة اذا اقترنت بعنصر آخر ، ولكن الإرادة المنفردة لا تستطيع انشاء التزام ما لم ينص القانون على ذلك (٣) .

والقانون المدني الجديد كما رأينا سابقاً حيث نص على الوعد بجائزة فاذا وعد انسان لقاء عمل يقوم به فان الوعد يولد التزاماً في ذمة الواعد ، مثل من وعد بجائزة لمن يعثر على اشياء ضائعة ، او لمن يقوم بعمل عسير ، ونلاحظ هنا ان الشيء الجوهرى هو أن القانون نص صراحة على ذلك .

(١) النظرية العامة للالتزام عبد المحي حجازي ٢ : ٤٤ .

(٢) العقد والإرادة المنفردة للدكتور محمد حسني عباس ٣٠٣ .

(٣) المصدر السابق ٣٠٥ - ٣٠٧ .

توافق الإرادتين

ينشأ العقد من تبادل طرفين عن ارادتين متطابقتين ، واول هذين التعبيرين يسمى الايجاب ، وهو الذي يستشير الطرف الثاني فيظهر له إيمانه بالقبول وإنما بالرفض ، فاذا وافقه بالقبول فينقصد العقد ، واذا قابله بالرفض فذاك البطلان (١) وقد نصت على ذلك المادة ٨٩ من القانون المدني بقولها (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانقضاء العقد .

ولا يشترط في الايجاب ان يكون موجهاً لشخص معين ، بل يجوز ان يكون الايجاب موجهاً الى شخص غير معين ، او الى جماعة غير معينين ، وذلك كالتاجر الذي يذكر ثمن بضاعته في الصحف والاعلانات ، او يكتب ثمنها عليها وهي موجودة في واجهة المحل (٢) او تناول الطعام في مطعم او التزول في فندق ، وكما هي الحال ايضاً في عقود الاذعان كركوب سيارة عامة او قطار والاشترائك في المياه او التور .

المراحل التي يمر بها الايجاب :

قلنا ان بعض العقود كما ذكرنا لا تحتاج أن تمر في مراحل لسهولتها ، ولكن بعض العقود الهامة تحتاج ان تمر في مراحل تتفاوت درجاتها ولا تصل جميعها الى مستوى الايجاب الذي يقصد ابرامه ، وهذه المراحل التي يمر بها الايجاب ثلاثة :

اولاً : المفاوضات

ان بعض العقود تحتاج الى مفاوضات مثل اجراء العقد ، فمثلاً إن من يريد ان يبيع بيتا او يؤجر بيتا تراه يعلن عنه في الصحيفة اليومية فهذه المسائل تعرض مثلاً دون ان يذكر مقدار الاجرة او ثمن البيت وقد تطول هذه المفاوضات وقد تقصر ، وفي هذه المفاوضات يتناقش الطرفان حول الموضوع الذي يقصد ابرام عقده .

(١) النظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد الهي حجازي : ٤٦٦ .

(٢) العقد والإرادة المنفردة للدكتور محمد حسني عباس ٣٠٣ .

ومع ذلك إذا كانت شخصيه المتعاقد محل اعتبار، فلا يعتبر ايجاباً ان يعبر كل شخص
 التعاقد حتى لو يشاءه كان العقد يظل يكون، وعنده المتفاوض كاعلان وزانة تريبية من قطر
 اعبرني شقيق المؤهل على معين وخليفة معينة غير انهما معينان بالاشارة الى انهما معاً
 ثانياً: الايجاب المعلق :
 (1) المعلقة: شاملة رخصة الى مادة 144 و 145 من القانون رقم 18 لسنة 1968

وقد يخرج الطرفان من المفاوضات الاولية الى ايجاب معلق مع بعض التحفظات
 صريحة كانت او ضمنية، كان يعرض التعاقد بشمن معين مع احتفاظه بحقه في
 تعليل هذا الشمن تبعاً لتغير الاحتمال، فيكون هذا معلق على تغير الاستعداد، وان تاجر
 يعرض بواسطة الصحف للجمهور عن شئ ما، ويجعل الحق لمن يسبقه، او لا فالسابق هو
 الذي يكون له رتبة اولى، ولو كان هناك عدة اشخاص، فكل واحد منهم له رتبة
 (ومن هذا يتبين ان الايجاب المعلق هو ايجاب لا مفاوضة ولكنه ايجاب لا ينفذ
 الا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه) (1) .

ثالثاً: الايجاب الثابت :
 (1) المعلقة: شاملة رخصة الى مادة 144 و 145 من القانون رقم 18 لسنة 1968

فإذا انتهى العقد من دور المفاوضات والتعلق، اصبح الايجاب باتاً، وتؤول الى المنأله
 بأن الايجاب صان باتاً بعد أن لم يبرأ حله النهائية، يكون امره الفاضل فيه لتناطلي الموضوع
 طبقاً لظروف كل قضية ولا يعقب على حكمه .

القوة المزمة للايجاب :
 (1) المعلقة: شاملة رخصة الى مادة 144 و 145 من القانون رقم 18 لسنة 1968

منه ان نصت المادة 93 من القانون المدني بما يأتي في حده رتبة اولى لتبريد و التبريد
 منه (1) - اذ ان عين ميعاد المقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه ان ان يقضي هذا الميعاد
 2 - وقد يستغلض الميعاد من ظروف الخلل او من طبيعة المعاملة (تبريد و التبريد)

وجاء في المادة 94 انه (اذا صدر الايجاب في مجلس العقد دون ان يبين
 (1) المعلقة: شاملة رخصة الى مادة 144 و 145 من القانون رقم 18 لسنة 1968
 (2) الوسيط للشهري 208 : 101 . 207 رتبة اولى لتبريد و التبريد (1) المعلقة: شاملة (2)

ميعاداً للقبول فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون او بأي طريق آخر مماثل .

نخلص من هاتين المادتين السابقتين أن الايجاب يكون ملزماً اذا حدد الميعاد ، سواء كان الميعاد صريحاً ام كان ضمنياً ، وسواء كان قد صدر التعاقد بين حاضرين ام بين غائبين ، فيلزم الموجب ان يبقى على ايجابه المدة التي حددها ما لم يكن ايجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة (١).

اقتران الايجاب بالقبول :

ذمة هذا القبول وهي الارادة الثانية المساوية للإرادة الاولى ، ويشترط في القبول كي يتعد العقد ، الشروط التي في الإرادة الاولى ، وأن يكون الايجاب ما زال قائماً وأن يكون القبول مطابقاً للايجاب .

العقد الملزم للجانبين في القانون :

العقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي ، هو العقد الذي ينشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين قبل يعرضهما البعض ، فيصبح كل منهما دائماً ومديناً للطرف الآخر (٢) . ومن الامثلة على ذلك عقد البيع ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن . وكذلك عقد الايجار يلتزم فيه المؤجر بتسليم العين المؤجرة مقابل التزام المستأجر بدفع الاجرة ورد عينها عند الانتهاء .

والمسألة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين ، هو التقابل الموجود ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

(١) مصادر الالتزام عبد المنعم فرج الصده ٤٨٧ .

(٢) مصادر الإلتزام عبد المنعم فرج الصده ف ٤٨ ، والوسيط للشهري ف ٤٥ .

العقد الملزم لجانب واحد :

هو العقد الذي يولد التزامات في ذمة احد الطرفين دون الآخر ويكون مديناً غير دائن .

مثال ذلك : الوديعة غير المأجورة ، يلتزم بمقتضاها المودع عنده ان يحفظها ويردها عند الطلب دون ان يلتزم المودع له المودع عنده بشيء .

والعقد الملزم لجانب واحد هو كسائر العقود لا يتم الا بتوافق ارادتين ، ولذا نلاحظ فرقاً واجب التمييز : بين العقد الملزم لجانب واحد ، والتصرف الصادر من جانب واحد .

فالأول : ينشأ باتفاق ارادتين ولكن لا يترتب التزامات الا في ذمة احد الطرفين دون الآخر .

اما الثاني : فهو التصرف الانفرادي الذي يتخذ بارادة واحدة كما في الوصية ، والوقف ، والوعد ببراءة . واذا فكونه صادراً من جانب واحد ، مسألة تتعلق بالتكسبون وليس بالأثر (١) .

وتظهر أهمية هذا التقسيم من حيث آثار العقد كالتالي :

فالعقد الملزم للجانبين اذا لم يحصل من أحد الطرفين الوفاء جاز للآخر ان يمتنع عن تنفيذ ما التزم به ، ولا يتصور ذلك في العقد الملزم لجانب واحد .

وفي العقد الملزم للجانبين اذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه ، انقضى الالتزام وتحمل الدين تبعه الهلاك ، وقد نصت المادة ١٥٩ من التقنين المدني الجديد على ذلك :

فقال : (في العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) .

(١) مصادر الالتزام عبد المنعم فرج الصده ف ٤٩ .

مثال ذلك : اذا هلك المبيع قبل تسليمه ولا يد للبائع في الهلاك ، تكون التبعة على المشتري فقط . بخلاف العقد الملزم لجانب واحد ، فان التبعة تكون على المدين فقط ، مثال ذلك : هلاك الموهوب قبل تسليمه تكون التبعة فقط على الدائن اي الموهوب له .

وفي العقد الملزم للجانبين اذا لم يقم أحد الطرفين تنفيذ ما التزم به ، جاز للمتعاقد الآخر ان يطلب فسخ العقد حتي يتخلص من التزامه طبقاً للمادة ١٥٧ (١) .

وفي العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام احد المتعاقدين سبباً في التزام الجانب الآخر ، بينما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً (٢) .

هذا ويلاحظ أن بعض العقود قد لا يترتب عليها التزامات بمجرد العقد الإفي جانب واحد ، غير انه تبعاً لحدوث وقائع لاحقة لتكوين العقد تولد التزامات في ذمة الطرف الثاني ، وبذلك تقترب من العقود الملزمة للجانبين (٣) .

مثل الوديعة فإنها في بادئ الامر عبارة عن عقد ملزمه لجانب واحد ، ولكن اذا حدث ضرر على الوديعة عند المودع ، او تكلف المودع عليها بعض النفقات لحفظها من هلاك ، فإننا نكلف صاحبها . د ما اتفق ونلزم المودع به الضرر .

هذا النوع من العقود كان يسمى بالعقد الملزم للجانبين غير التام في القانون الروماني ، وقال السنهوري : (والصحيح ان العقد الملزم للجانبين غير التام انما هو عقد ملزم لجانب واحد وما عسى ان ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر ، هو العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر ، والإبراء بلاسبب .

(١) العقد والارادة المنفردة للدكتور محمد حسني عباس ٥٦ وبمجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٣١٩ .

(٢) مصادر الالتزام للدكتور السنهوري ف ٥٦ .

(٣) العقد والارادة المنفردة للدكتور محمد حسني عباس ص ٥١ .

في حالة رد المضروفات الضروية (١)، (٢)، فمصلحة ربة مبيعا مثله انما : مثله ذلك

والآن لما صارت هذه العقود عقوداً رضائية أصبحت بذلك عقوداً ملزمة للجانبين،
لانه صار التزاماً في ذمة المودع، ولم يعد التسليم هو الركن في العقد، فإذا انعقد عقد الوديعة
نشأ التزام بين الطرفين، الطرف الاول بتسليمها، والطرف الثاني بالمحافظة عليها وردھا.
الهمم الا في الوديعة بغير أجر فهي دائماً عقد ملزم للجانبين وليجد (٢) انعقاد ربة مبيعا

تتميز بكونها عقداً رضائياً، فالتزامها بالقبول يتصور بتسليمها والمحافظة عليها
(٢) كسيرة من ربة مبيعا، فالتزامها بالتسليم يتصور كسيرة مبيعا، والمحافظة عليها

- (١) مصادر الالتزام للكتور الشوري ص ٥٧
(٢) مصادر الالتزام د. عبد المحيم طراج الصنده ص ٤٩
(٣) ربة مبيعا كسيرة مبيعا، انعقاد ربة مبيعا كسيرة مبيعا كسيرة مبيعا

انما في ربة مبيعا، فالتزامها بالتسليم يتصور كسيرة مبيعا، والمحافظة عليها
وتصور كسيرة مبيعا، فالتزامها بالتسليم يتصور كسيرة مبيعا، والمحافظة عليها
وتصور كسيرة مبيعا، فالتزامها بالتسليم يتصور كسيرة مبيعا، والمحافظة عليها

تتميز بكونها عقداً رضائياً، فالتزامها بالقبول يتصور بتسليمها والمحافظة عليها
والآن لما صارت هذه العقود عقوداً رضائية أصبحت بذلك عقوداً ملزمة للجانبين،
لانه صار التزاماً في ذمة المودع، ولم يعد التسليم هو الركن في العقد، فإذا انعقد عقد الوديعة
نشأ التزام بين الطرفين، الطرف الاول بتسليمها، والطرف الثاني بالمحافظة عليها وردھا.
الهمم الا في الوديعة بغير أجر فهي دائماً عقد ملزم للجانبين وليجد (٢) انعقاد ربة مبيعا

١ - ٢٠٠٠
٢ - ٢٠٠٠
٣ - ٢٠٠٠

تسلطها بما قد كان عليه شيء له كالمثل في العقد الذي لا يفسخه الموت أو المرض أو العجز أو
 رافقتا فليس هو ان يقصدان في ذلك الأمر حقيقة في إنشاء أي شيء لا يملك فيه إلا ما يملكه
 من ماله كما لا يفسخه ما يقع في مقتضى ذلك الأمر وإنما يفسخه ما يقع في مقتضى ذلك الأمر
 (١) - (٢) - (٣) - (٤) - (٥) - (٦) - (٧) - (٨) - (٩) - (١٠) - (١١) - (١٢) - (١٣) - (١٤) - (١٥) - (١٦) - (١٧) - (١٨) - (١٩) - (٢٠) - (٢١) - (٢٢) - (٢٣) - (٢٤) - (٢٥) - (٢٦) - (٢٧) - (٢٨) - (٢٩) - (٣٠) - (٣١) - (٣٢) - (٣٣) - (٣٤) - (٣٥) - (٣٦) - (٣٧) - (٣٨) - (٣٩) - (٤٠) - (٤١) - (٤٢) - (٤٣) - (٤٤) - (٤٥) - (٤٦) - (٤٧) - (٤٨) - (٤٩) - (٥٠) - (٥١) - (٥٢) - (٥٣) - (٥٤) - (٥٥) - (٥٦) - (٥٧) - (٥٨) - (٥٩) - (٦٠) - (٦١) - (٦٢) - (٦٣) - (٦٤) - (٦٥) - (٦٦) - (٦٧) - (٦٨) - (٦٩) - (٧٠) - (٧١) - (٧٢) - (٧٣) - (٧٤) - (٧٥) - (٧٦) - (٧٧) - (٧٨) - (٧٩) - (٨٠) - (٨١) - (٨٢) - (٨٣) - (٨٤) - (٨٥) - (٨٦) - (٨٧) - (٨٨) - (٨٩) - (٩٠) - (٩١) - (٩٢) - (٩٣) - (٩٤) - (٩٥) - (٩٦) - (٩٧) - (٩٨) - (٩٩) - (١٠٠)

المبحث الرابع

مبدأ سلطان الإرادة في القانون (١)

في هذا المبحث نناقش مبدأ سلطان الإرادة في القانون، وهو المبدأ الذي ينص على أن الإرادة هي التي تحكم العلاقات القانونية بين الأفراد في المجتمع، وذلك في إطار القانون الذي يحدد قواعد السلوك التي يجب على الأفراد اتباعها في معاملاتهم اليومية.

معنى سلطان الإرادة:

لقد مر معنا بأن الإرادة إذا اقترنت بأختها من التعاقد الآخر، نشأ عنها انعقاد العقد
 ونشأ عنها الالتزامات، وعلى ذلك فإن الإرادة قادرة على أن تثنى التصرف القانوني،
 وأن تحدد الآثار المترتبة عليه، دون أن تتقيد بأنواع معينة من العقود بحدها، الشارع.
 فإرادة الطرفين هي التي تعين بمحض سلطانها مضمون العقد، ومدى الالتزامات التي
 ينشأ عنها كما نرى في المثالين التاليين:

(٢) - (٣) - (٤) - (٥) - (٦) - (٧) - (٨) - (٩) - (١٠) - (١١) - (١٢) - (١٣) - (١٤) - (١٥) - (١٦) - (١٧) - (١٨) - (١٩) - (٢٠) - (٢١) - (٢٢) - (٢٣) - (٢٤) - (٢٥) - (٢٦) - (٢٧) - (٢٨) - (٢٩) - (٣٠) - (٣١) - (٣٢) - (٣٣) - (٣٤) - (٣٥) - (٣٦) - (٣٧) - (٣٨) - (٣٩) - (٤٠) - (٤١) - (٤٢) - (٤٣) - (٤٤) - (٤٥) - (٤٦) - (٤٧) - (٤٨) - (٤٩) - (٥٠) - (٥١) - (٥٢) - (٥٣) - (٥٤) - (٥٥) - (٥٦) - (٥٧) - (٥٨) - (٥٩) - (٦٠) - (٦١) - (٦٢) - (٦٣) - (٦٤) - (٦٥) - (٦٦) - (٦٧) - (٦٨) - (٦٩) - (٧٠) - (٧١) - (٧٢) - (٧٣) - (٧٤) - (٧٥) - (٧٦) - (٧٧) - (٧٨) - (٧٩) - (٨٠) - (٨١) - (٨٢) - (٨٣) - (٨٤) - (٨٥) - (٨٦) - (٨٧) - (٨٨) - (٨٩) - (٩٠) - (٩١) - (٩٢) - (٩٣) - (٩٤) - (٩٥) - (٩٦) - (٩٧) - (٩٨) - (٩٩) - (١٠٠)

ولقد فرغوا على هذا المبدأ النتائج الآتية:

(١) حرية التعاقد: فالأفراد أحرار فيما يتعاقدون، أو يمتنعون عن التعاقد، ولا يوجد

إجبار على عقد ولا منع من عقد (٢)

(٢) وإذا انعدمت بطورية فإن العقد باطل، وكانت الزيادة مشوبة بتعيب من أعيوب

الإرادة ويكون العقد قابلاً للإبطال.

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ١: ١٤١ - ١٤٩، وانظر أيضاً مصادر الالتزام، د. عبد المنعم

فرج الصده ٤٢: ٤٩، وانظر مصادر الالتزام عبد الحفيظ حجازي ج ١ ص ٦٨٣ - ٦٨٨، وانظر العقد

والإرادة المنفردة للدكتور محمد حسي عباس من ٢٧ - ٤٧، وانظر أيضاً نظرية العقد د. حسين

التورجي من ٣٤٣ - ٣٧، وانظر أصول الالتزامات علي بهجت بدوي من ٦٤ - ٦٨، وانظر أيضاً التصرف

الافراضي والإرادة المنفردة علي الحقيظ من ١ - ٣، وانظر أيضاً نظرية العقد د. حسين

(٢) نظرية العقد ٢٩: للدكتور حسين التورجي.

٣) واطراف العقد احرار بما يعقدون واشترط ما يشترطون وللارادة ان تخلص عقدا لم ينص عليه القانون فلها كما يقول الشارع (تقضى بأن الملكية والحقوق العينية تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها) ولها ان تبطل التزامات يقضي القانون بنشؤها كالاغفاء من الالتزام بالضمان في عقد البيع (١) .

٤) ولأطراف العقد ان يتفقا بانشاء عقد وأن يجعلوا قانوناً اجنبياً يحكم العلاقة الناشئة عن تعاقدتهما (٢) .

٥) لا يلزم اتباع الشكليات لتعبير كل متعاقد عن ارادته، ولا لاثبات توافق الارادتين وان الشكليات استثناء، والسبب في ذلك أن الاصل هو كفاية التراضي لانشاء العقد (٣) فقد يقع باللفظ، او بالكتابة، او حتى بالإشارة، ويجوز ان يكون ضمنياً (٤) .

٦) العقد شريعة المتعاقدين، فليس لأحدهما ان يعدل، او ينهي العقد، الا بموافقة الطرف الآخر، وأن القاضي ايضاً لا يستطيع ان يعدل من شروط العقد حتى ولو تغيرت الظروف وأصبح تنفيذ العقد مرهقاً لأحد الطرفين (٥) .

٧) إن آثار الالتزامات التعاقدية إنما هي ارادة الطرفين، والقاضي ليس له الا تفسير نية الطرفين عند حالة النزاع، ولا يجوز له ان يغلب ارادته (٦) .

المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الارادة

لقد مر مبدأ سلطان الارادة بمراحل مختلفة كان يعتبر في كل مرحلة صدى لما يسود في ذلك العصر من تيارات فكرية، واقتصادية، واجتماعية، وسياسية (٧) .

- (١) أصول الالتزامات حلمي بهجت بدوي ص ٦٤ - ٦٥ .
- (٢) انظر : نظرية العقد . د حسين النوري : ٢٩ .
- (٣) عبد الحفي حمجازي ص ١٨٣ وانظر مادة (٩٠) مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٣ : ٢ .
- (٤) الوسيط للسنهوي : ١٤٩ .
- (٥) الدكتور حسين النوري نظرية العقد ص ٢٩ وانظر ايضا مادة ١٤٧ مجموعة الاعمال التحضيرية ص ٢٧٨ .
- (٦) عبد الحفي حمجازي ص ١٨٣ مصادر الالتزام .
- (٧) الالتزام . د . عبد المنعم فرج الصده ٤٣ .

هذا المبدأ لم يعرفه القانون الروماني في أي عصر من عصوره ، اذ بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة ، من حركات ، وإشارات ، والفاظ ، وكتابه .

أما مجرد توافق الإرادتين فكان لا يولد التزاماً ولا عقداً ، وكان المدين يلتزم اذا استوفى الاشكال المرسومة ، حتى ولو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد ، أو لم يتحقق ، أو كان مخالفاً للآداب العامة ، فالعقد الشكلي كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه (١) .

إلا ان القانون الروماني لم يستمر على هذه الطريقة لكثرة المعاملات والحاجة الى سرعة المعاملات ، مما أدى الى التمييز بين الشكل والإرادة ، ودعا الى اعتبار الانساق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس الا سبباً قانونياً للالتزام .

ومن ثم ظهر الى جانب العقود الشكلية عقود رضائية أربعة وهي : البيع ، والإجارة والشركة ، والوكالة . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البيطورية ، والعقود الشرعية .

ومع ذلك لم يبلغ في تطوره حد الاعتراف بالمبدأ بوجه عام ، بل ظل العقد الشكلي هو القالب الذي يصبون فيه ما تبدوا الحاجة اليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة وفي العصور الوسطى أخذ سلطان الإرادة يقوى تدريجياً والشكلية تتجه الى التناقص وذلك بفضل عوامل مختلفة تظافرت في هذا السبيل .

١ - تأثير المبادئ الدينية وقانون الكنيسة :

تقضي تعاليم الكنيسة أن من نكث بعهده يعتبر خطيئة دينية ، ثم يصبح اخلاقاً بالالتزام قانوني ، وأن يصبح بمجرد الاتفاق جواز تنفيذه بدعوى امام المحكمة الكنسية (٢) .

(١) الوسيط للسهنوري : ١ : ١٤٢ ، وانظر دراسات اسلامية "بين الشريعة والقانون الروماني" د . صوفي حسن أبو طالب ١٥٨ - ١٦٢ .

(٢) الوسيط للسهنوري : ١ : ١٤٣ وانظر أيضاً مصادر الالتزام . د . عبد المنعم فرج الضده من ٤٣ - ٤٤ ، نظرية العقد د . حسين التوري ٣٠ .

٢ - فهم القانون الروماني خطأ عندما تطورت الحياة والمعاملات المالية ككل وأبنا، مما ساعد على قبول هذا المبدأ وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي التوسيم هي ما كلفه استثناء في القانون الروماني .

٣ - العوامل الاقتصادية ; وعندما كثرت المعاملات وانتشرت التجارة، اقتضى الامر التخلص من القيود والأوضاع التي تعوق من سرعة التداول .

٤ - العوامل السياسية : وكانت الدولة تأخذ مكانها في حماية المقود التي من شأنها الافراد وتدخل شيئاً فشيئاً، مما ساعد على هجر تلك الاوضاع القديمة، وحل محلها اشكال اخرى اقل انحرافاً في الفطرية والسذاجة . ولذلك ما ان جاء القرن السابع عشر حتى ظهرت نظريات اقتصادية ، وفلسفية ، وسياسية ، تشعبت بروح الفردية فساعدت على اقبل مبدأ سلطان الارادة ، وبلغت هذه النظريات اوجه الكمال في القرن الثامن عشر وكانت تنادي بوجود قانون طبيعي يقوم على حرية الفرد وتوجب استقلال ارادته .

ونادى بهذا الفيزوقراطيون بوجوب الحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ويقولون : لو ترك الناس احراراً في معاملاتهم فلا تلبث الامور الا وان تحدد الاسعار، وتستقر الامور نتيجة التناقض الحر بينهم .

وضحبت هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية حمل لواءها روسو في كتابه

المعروف العقد الاجتماعي واعتبر الانفاقات اساساً لكل سلطة بين المتعاطلين فكانت حرية الفرد واستقلال ارادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك العنصر، وبما جاءه بالبولك احتضن هذه الحرية وجعل قانونه على اساس تقديس حرية الفرد والامعان في احترام ارادته «١» .

وقد سار القانون على هذا المبدأ واصبح يشمل كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية، ترجع الى الارادة الحرة ، وان الارادة الاعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

(١) الوسيط للسنهوري (: ١٤٣ - ١٤٤) ونظرية العقدية (: جينين ، النوري ٣٠١ ، وودج عيسى المنجد) فرج الصده ٤٤ .

فكل التصرفات القانونية مردها الى الارادة ، وتتجلى الارادة قوية في العقد ، فالعاقدان لا يلتزمان الا بارادتيهما . وشبه العقد مبني على ارادة مفروضة ، والجريمة وشبه الجريمة مردها الى الارادة الحرة .

وليس سلطان الاراده مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل توليد كل الحقوق الاخرى ، فالملكية مبنية على الارادة، وحقوق الاسرة مبنية على الارادة ، والميراث مبني على وصية مفروضة ، والعقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها الا في الارادة ، لان المجرم الذي خرج عن المجتمع قد ارتضى لنفسه مقدماً ان ينال هذا الجزاء .

نقد نظريه مبدأ سلطان الارادة :

لقد انتقد مبداء سلطان الارادة التي جعلت الارادة هي سبب كل الالتزامات حتى ولو لم يكن مصدرها العقد ، وكان سبب انتصارها كما قلنا عوامل اقتصادية التي ادت الى انتصار روح الفردية ، الا ان هذه العوامل ذاتها بعد تطورها بأن قامت الصناعات الكبيرة مما ادى الى ظهور المبادئ الاشتراكية وانتصار الروح الجماعية، فامتد سلطة الدولة الى كثير من الشؤون الخاصة بالصناعة والزراعة والتجارة والصحة وغير ذلك ، وكان تدخلها لحماية الضعفاء من الاقوياء . . مما ادى الى انتكاص مبدأ سلطان الارادة .

ثم قام خصوم مبدأ سلطان الارادة في تنفيذ النتائج التي وصلوا اليها وهي :

(١) ليس صحيحاً ان قوة العقد تنشأ من الارادة وحدها بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين . فليست الارادة في نظرهم هي الاساس الملزمة للعقد ، وانما اساسها اعتبارات تتصل بالصالح العام ، فالعقد نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي ، وليس الغرض منه تحقيق مال للارادة من سلطان ، وشبه العقد لا يقوم على الارادة .

(٢) اذا كان أنصار مبدأ سلطان الارادة قالوا بالعقوبة الجنائية منشأها الارادة فليس

هذا صحيحاً ، اذ هي التزامات يفرضها القانون على من وقع الضرر بفعاله ولا يقال بأن الفاعل اراد هذا (١) وهي بعكس ارادة من صدر منه الفعل .

٣) اما الملكية والميراث وروابط الاسرة ، فليس صحيحاً أن مردها الى الارادة اذ الملكية مقيدة بحسن الجوار ، والميراث انما ينشأ عن مشاركة الاسرة في ملكية الاموال بدليل لو كان المورث طفلاً او مجنوناً صحيحاً بأنهما قد تركا وصية بذلك وهما ليس من اهلها .

اما الزواج فان المشرع نفسه نظم هذا طبقاً لصالح الاسرة وصالح المجتمع ، ولا دخل لارادة الزوجين في ذلك (٢) .

وضع الامور في نصابها :

كما سبق راينا ان انصار مبدأ سلطان الارادة قد غالوا فيه الى حد كبير كما في الامثلة السابقة ، وراينا ان خصوم المبدأ قد غالوا في الحط من شأنه . وبين الاطلاق في مبدأ سلطان الارادة ، والمبالغة في رده الى اضييق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الامور في نصابها على الوجه الصحيح بأن جعلوا الامر وسطاً بين هذين الطرفين . فقد اخذوا بمبدأ سلطان الارادة ولكن وقفوا به عند حدوده المعقولة وهي :

(١) ان دائرة القانون العام لاسلطان للارادة فيه ، لان الروابط الاجتماعية تقوم قواعده على اعتبار الصالح العام لا ارادة الفرد ، والعقد الاجتماعي المزعوم قد اصبح نظرية عتيقة مهجورة .

(٢) وأن دائرة القانون الخاص لا مجال للارادة الا في قدر محدود ، فعقد الزواج مثلاً ينشأ عن ارادة الطرفين ولكن القانون هو الذي يرتب أثره طبقاً لمصلحة الاسرة والمجتمع ، وما يتعلق بالاموال فان الارادة لها دورها الهام وهي في الحقوق العينية اضعف نشاطاً منها

(١) نظرية الالتزامات العامة لعبد المحي حجازي ١٨٤ ، ومصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصده ٤٥ ، والوسيط السنهوري ١٤٦ - ١٤٧ .

(١) نظرية الالتزامات العامة لعبد المحي حجازي ١٨٤ والوسيط السنهوري ١ : ١٤٧ ، مصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصده ٤٥ - ٤٦ .

في الحقوق الشخصية ، لأن الحقوق العينية محصورة لا تستطيع الإرادة ان تخلق شيئاً جديداً فيها ، وان آثار هذه الحقوق لا تستطيع الإرادة ان تعدل فيها الا في احوال نادرة والقانون هو الذي يحدد مداها .

٣) وأما الحقوق الشخصية فالإرادة لها المجال الواسع فهي التي تنشئها وترتب آثارها ، ومع ذلك فانه يوجد بجانبها مصادر اخرى قد تعادلتها في الأهمية وهي غير ارادية كالآثار بلا سبب ، والعمل غير المشروع .

ومن هذا يتبين ان أقصى ما يكون لسُلطان الإرادة من قوة هو في مجال التصرف القانوني (١) .

مدى الدور الذي تقوم به الإرادة في التصرف القانوني : «١»

تبين لنا ان مجال الإرادة الواسع انما يتجلى في التصرفات القانونية ، ومع ذلك فقد وردت عليه قيود ولا بد من الوقوف على هذه القيود كي يتضح لنا حقيقة ما هو الدور الذي تقوم به الإرادة في هذا المضمار وهي :

١) قيد النظام العام والآداب العامة : فاذا كان الاساس في سلطان الإرادة أن الانسان حر في انشاء العقود فقد اصطلح بقيد خطير وهو مخالفة النظام العام والآداب العامة فلا يجوز له أن يبرم عقدا مخالفاً لما قلنا .

وثمة قيود أيضاً على حرية الشخص في ألا يتعاقد : نجد أن الشخص يجبر على بعض العقود كالواجب الذي يقع على أولئك الذين يمارسون احتكاراً قانونياً أو فعلياً ممن تقر لهم امتياز تولي مرفق عام (٢) ، أو أن هذا الشخص له مؤسسة يجبر على عدد من العمال من أجل تنشيط الناحية الاقتصادية بمقتضى القانون .

(١) نظرية الالتزامات العامة لعبد المحي حجازي ١٨٤ ، الوسيط السنهوري ١ : ١٤٧ ، مصادر الالتزام د. عبد المنعم فرج الصده ٤٥ - ٤٦ .

(٢) النظرية العامة للالتزامات لعبد المحي حجازي ١٨٦ .

وكذلك عقد العمل الجماعي الذي يرمه قلة من العمال وقلة من ارباب العمل ويسمى العقد الجبري ، فهذا قيد على حرية الفرد في الا يتعاقد ، الا ان هذا القيد فيه كثير من المبالغة اذ يجوز للعامل ان يفسخ العقد وترك العمل . ومن الامثلة ايضاً عقد الايجار الذي يتجدد تلقائياً دون ارادة المالك ، وهذا العقد من العقود الجبرية بالمعنى الصحيح .

٢) قيود ترد على حرية الفرد في تحديد شروط التعاقد : فقد يكون الدائن قد اشترط على المدين شروطاً ، الا ان هذه الشروط اصبحت مرهقة له ، فقد اجاز الشارع للقاضي ان يرد الالتزام الى الحد المعقول م ١٤٧ ونص الشارع على ان كل اتساق خلاف مقتضى تلك المسادة يقع باطلا «٣» وعقود الاذعان من هذا القبيل وهي عقود لا يستطيع احد المتعاقدين ان يناقش الشروط التي وضعها الطرف الآخر ، فإما قبولها وإما رفضها «٤» .

٣) وهناك تصرفات شكلية يطلب القانون اتباعها ، كما في هبة العقار ورهن العقار رهناً تأمينياً ، وكذلك العقد في نقل ملكية لم يعد بمجرد الارادة كافياً بل لابد من تسجيله بالسجل العقاري الا ان هذا التسجيل لا يعتبر شكلية لازمة ، بل شرطاً قانونياً لنقل الملكية .

يتبين لنا مما تقدم أن حرية الأفراد في انشاء الالتزامات عن طريق العقود هي القاعدة الأساسية ، ولكن يحصرها في دائرة معقولة تتوازن فيها الارادة مع العدالة والصالح العام .

ثم ازدادت هذه القيود وكثرت اهميتها بسبب انتشار المذاهب الاشتراكية مما ادى الى حماية المستهلكين من استغلال المنتجين «٣» .

«١» مجموعة الاعمال التحضيرية م ١٤٧ ، ص ٢٧٨ .

(٢) النظرية العامة للالتزامات لعبد الحفي حجازي ١٨٧ .

(٣) وينبغي لنا ان نشير الى ان العاقدين اذا اتفقا على انشاء عقد يخالف النظام العام والآداب وهي الاحكام المفسرة لارادة المتعاقدين فانها تكون مقدمة على القانون وعندئذ يكون تعاقدنا صحيحاً رغم أن القانون نص على خلافه .

الباب الاول

التعريف بالغرر وأقسامه

يحتوي هذا الباب على فصلين :

الفصل الاول : التعريف بالغرر والآيات والأحاديث الواردة فيه

الفصل الثاني : أقسام الغرر .

الفصل الأول

التعريف بالغرر والآيات والأحاديث الواردة فيه

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول

تعريف الغرر لغةً واصطلاحاً

تعريف الغرر لغة :

والغرر : الخطر ، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، وغرته الدنيا غرورا من باب قعد ، خدعته بزيتها ، فهي آغرور مثل رسول اسم فاعل مبالغة ؛ وغر الشخص يغر من باب ضرب آغرارة بالفتح فهو غار (١)، وغرر بنفسه تغريراً وتغرة كمنحلة، عرضها للهلكة والاسم الغرر (٢) .

تعريف الغرر في اصطلاح الفقهاء :

١ - الحنفية :

- قال الزيلعي : الغرر ما يكون مجهول العاقبه لا يدري أيكون أم لا (٣) .
وقال المغرب في الحديث : « هو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا » (٤) .
وقال البارقي : « الغرر ما طوى عنك علمه » (٥) .

(١) المصباح المنير : ٢ : ٦٨٢ .

(٢) القاموس المحيط : ١٠١ وكشاف اصطلاحات الفنون ولسان العرب .

(٣) الزيلعي : ٤ : ٤٦ وتعريفات السيد الجرجاني : ١٤١ .

(٤) و (٥) المنايا بهامش فتح القدير : ٥ : ١٩٢ .

وقال الكاساني : « الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك » (١) .

وقال السرخسي : « الغرر ما يكون مستور العاقبة » (٢) .

وقال ابن عابدين : « الغرر هو الشك في وجود المبيع » (٣) .

هذه التعاريف التي استطعنا ان نحصل عليها في كتب الحنفية يمكن تصنيفها الى الأصناف التالية :

(١) تعريف البارتي ، وتعريف السرخسي ، والزيلعي ، والمغرب في الحديث ، معناها واحد اذ كل منهما ينطوي على جهالة المبيع والشك .

(٢) تعريف الكاساني ، وابن عابدين ، معناها واحد ايضاً ، الا أن تعريف ابن عابدين هو اختصار لتعريف الكاساني ، وكلاهما يدور على الشك في وجود المبيع ، أو عدم وجوده ، الا ان التعاريف في الفئة الاولى يلاحظ فيها العموم والشمول ، والجهالة في المعقود عليه ، والشك في وجود المبيع ، او عدمه ، بينما تعاريف الفئة الثانية انما تدور على الشك فقط .

وقد ذكر الامام محمد رحمه الله تعليلاً لمنع بيع بعض البيوع كالصوف على ظهر الغنم ، واللحم قبل الذبح ، واللبن في الضرع ، والتمر قبل بدو الصلاح ، فقال : « هذا كله فاسد لأنه يبتاع ما لم يكن بعد او لم يدر ما هو ، وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ انه نهى عن بيع الغرر وهذا عندنا من الغرر » (٤) .

٢ - المالكية :

قال المازري ، الغرر ما تردد بين السلامة والعطب (٥) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٦٣ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢ : ١٩٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ٦٢ .

(٤) الأصل : ٩٤ .

(٥) جواهر الاكليل ٢ : ٢١ .

- وقال الآبي : الغرر هو الخطر ، والتردد بين ما يوافق الغرض وما لا يوافقه (١) .
- وقال ابن رشد الجدي : ويبيع الغرر ، هو البيع الذي يكثر فيه الغرر ويغلب عليه حتى يوصف به ، لأنه الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر إلا أن يكون اخص به واغلب عليه (٢) .
- وقال العدوي : والغرر ما يتقن وجوده وشك في تمامه ، كبيع الثمار قبل بدو صلاحها (٣)
- وقال الشاذلي : والغرر ما جهلت عينه ، وقيل : ما تردد بين السلامة والعطب (٤)
- وقال ابن عرفة : الغرر ما شك في حصول احد عوضية ، او المتصود منه غالباً (٥)
- وقال الدسوقي : الغرر التردد بين امرين أحدهما على الغرر والثاني على خلافه (٦) .
- وقال القراني : اصل الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل ام لا ، كالطير في الهواء ، والسملك في الماء (٧) .

وجاء في المدونة : قال ابن وهب : وقال لي مالك : « وتفسير ما نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع الغرر ، ان يعمد الرجل الي الرجل قد ضلت راحلته ، او دابته ، او غلامه ، وثمان هذه الاشياء خمسون ديناراً ، فيقول : أنا آخذها بعشرين ديناراً ، فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع بثلاثين ديناراً ، وان لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين ديناراً ، وهما لا يدريان كيف يكون حالهما في ذلك الوقت ولا يدريان ايضاً اذا ودت تلك الضالة كيف توجد ، وما حدث فيها من امر الله ، مما يكون فيه نقصها او زيادتها ، فهذا اعظم المخاطرة » (٨) .

-
- (١) المصدر السابق : ٢ : ٢١ .
- (٢) المقدمات الممهدة : ٢ : ٢٢١ .
- (٣) كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .
- (٤) رسالة ابي زيد القيرواني بهامش كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .
- (٥) كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .
- (٦) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٥٥ .
- (٧) الفروق القراني : ٣ : ٢٦٥ .
- (٨) المدونة الكبرى : ١٠ : ٣٨ والمنقى للباي : ٥ : ٤١ .

وجاء في الموطأ : قال مالك : « والأمر عندنا ان من المخاطرة والغرر اشتراء ما في بطون الاناث من النساء والدواب ، لأنه لا يدرى ايخرج ام لا يخرج ، فان خرج لم يدر ايكون حسنا ، ام قبيحاً ، أم تاماً ، ام ناقصاً ، ام ذكراً ، ام انثى ، وذلك كله تفاضل ، ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا » (١) .

وهذه التعاريف التي رايناها سابقا على كثرتها متقاربة المعنى ، بل ان بعضها متحد في اللفظ ايضا ، كتعريف المازري والتعريف الثاني للشاذلي ، الا انها لا يشملان الأجل ، لأنه ليس فيه تردد بين السلامة والعطب ، وقد قال ابن عرفة عن هذا التعريف : « انه غير جامع لخروج فاسد بيع الجزاف ويبيعتين في بيعة » (٢) .

٣ - الشافعية :

قال البجيرمي : الغرر ما انطوت عنا عاقبته ، او الغرر ما تردد بين امرين اغلبهما أخوفهما (٣) .

وقال الشرقاوي : العقد الذي فيه غرر هو ما انطوت عنا عاقبته ، او ما تردد بين امرين اغلبهما أخوفهما (٤) .

وقال الرملي : الغرر هو ما احتمل امرين أغلبهما أخوفهما ، وقيل ما انطوت عنا عاقبته (٥) .

وقال الماوردي : الغرر ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما ، وقيل : ما انطوت عنا عاقبته (٦) .

وقال الشيرازي : الغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته ، ولهذا قالت عائشة رضي الله تعالى عنها في وصف أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه : فرد نشر الاسلام على غره ، أي على طيه وهو مشهور من جملة خطبتها المشهورة التي ذكرت فيها

(١) الموطأ على هامش تنوير الحوالك : ٢ : ١٥٧ .

(٢) العدوي على كفاية الطالب الرباني : ٢ : ١٢٠ .

(٣) البجيرمي : ٢ : ١٨٢ واعانة الطالبين : ٣ : ١٠ .

(٤) الشرقاوي على تحفة الطلاب : ٢ : ٩ .

(٥) نهاية المحتاج للرملي : ٣ : ٤٠٥ .

(٦) الحاروي للماوردي : ٦ : ١٧ ومعني المحتاج : ٢ : ١٢ .

احوال أبيها وفضائله، والمراد بقولها نشر، أي ردما، تنشر من الاسلام ودخله من الاختلاف،
وتفرق الكلمة الى ما كان عليه في زمن النبي ﷺ وهو المراد بقولها على غره (١) .

وهذه التعاريف في جملتها تفيد معنى واحداً ، هو انطواء العاقبة والتردد بين امرين
أغلبها أخرفها .

٤ - الخنابلة :

قال القاضي وجماعة : الغرر ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر (٢) .

٥ - الإمامية :

وقد ارتضت لنفسها تعريف ابن الأثير : الغرر هو ما كان له ظاهر يعرفه
المشتري وباطن مجهول .

وقال الأزهري : بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة (٣) .

٦ - الزيدية :

وجاء في البحر الزخار : ومعنى الغرر التردد في وجوده ، أو إمكان قبضه كالطير
في الهواء (٤) .

وفيه أيضاً : الغرر هو التردد في حصول المبيع وعدمه بلا ترجيح (٥) .

(١) المهذب : ١ : ٢٦٩ والواضح التنبيه في شرح التنبيه : ٥ : ٥٢ ، والمجموع : ٩ : ٢٨٠ .

(٢) مطالب أولي النهي : ٣ : ٢٥ .

(٣) مفتاح الكرامة : ٤ : ٢٨٣ ونهاية ابن الأثير ط ١ : ٣ : ٣٥٥ والتعريف الوارد في ابن الأثير بهذا
النص هو ما كان له ظاهر يفر المشتري وباطن مجهول .

(٤) البحر الزخار : ٣ : ٣٠٩ .

(٥) المصدر السابق : ٣ : ٢٩٣ .

فقدار التعريفين انما هو على المعدوم ، كبيع المعدوم ، والمعاومة والطير في اخواء
وان اعتاد الرجوع ، بينا المجهول لم يتعرض له .

٧ - الظاهرية :

عرف ابن حزم الغرر : بأنه ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد (١) وعرف
الغرر في موضع آخر : بأنه لا يدري ما ابتاع ولا ما باع (٢) .

وفي موضع آخر : بأنه لا يدري ما اشترى أو باع (٣) .

فهذه التعاريف الثلاثة لابن حزم في مواضع مختلفة كلها تفسير للغرر ، فالتعريف
الأول يحدد الغرر بأنه المجهول المقدار والصفات ، وما عدا ذلك فليس من الغرر عنده ،
فالبغير الشارد ، والطير الطائر - وهذه من أمور الغرر - لم يشملها التعريف ، والتعريفان
الثاني والثالث ، فانهما أشمل من التعريف الاول ، لأنهما يشملان مجهول الذات ، والجنس ،
والنوع ، أما ما لا يقدر على تسليمه فلا يدخل في بحث الغرر .

٨ - ابن تيمية :

وعرف ابن تيمية الغرر : بأنه هو المجهول العاقبة (٤) . وعرف الغرر في نظرية العقد:
هو ما خفيت عاقبته ، وطويت مغبته أو انطوى أمره ، وقيل : ما تردد بين
السلامة والعطب .

ويذكر ابن تيمية أن التفسير الثاني أوضح من الاول على أساس أن الغرر من التغيرر
والمغرور بالشيء : المخاطر ، والمخاطر المتردد بين السلامة والعطب ، وهو الذي خفيت عاقبته .

-
- (١) المحلى لابن حزم : ٩ : ٣٨٩ .
(٢) المصدر السابق : ٨ : ٤٣٩ .
(٣) المصدر السابق : ٨ : ٣٤٣ .
(٤) القواعد النورانية لابن تيمية : ١١٦ والفتاوى له : ٣ : ٢٧٥ .

ويذكر في نفس الكتاب بأن ما يسمى غرراً: هو ما لا يدري أيحصل أم لا يحصل (١).

٩ - ابن القيم :

أورد ابن القيم في كتابه زاد المعاد : أن الغرر هو ما تردد بين الحصول والقوات ، أو هو ما طويت معرفته وجهلت عينه ، وفي موضع آخر : بأن الغرر هو التردد بين الوجود والعدم (٢) . وفي أعلام الموقعين يعرف الغرر : هو ما لا يقدر على تسليمه ، سواء كان موجوداً أو معدوماً ، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد (٣) .

وإن القيم في هذه التعاريف مضطرب ، إذ تارة يجعل الغرر عبارة عن التردد بين الوجود والعدم ، وتارة يجعل الغرر مقصوراً على ما لا يقدر على تسليمه ، كالبعير الشارد ، إذ إن التعريف الأول جعل في شق منه بأنه شامل لما تردد بين الحصول والقوات ، وفي التعريف الثاني شامل لما طويت معرفته وجهلت عينه أي المجهول ، إلا إن طويت وجهلت بمعنى واحد .

رأينا في التعريف :

وبعد دراستنا للتعاريف عند الفقهاء أرى أن الفقهاء قد جعلوا الغرر يدور حول هذه المعاني .

الأول : إن الغرر يقوم على جهالة المبيع كما في تعريف السرخسي ، والزليعي ، والمغرب في الحديث من الخنيفة ، وهو رأي الشاذلي من المالكية ، وهو رأي الظاهرية ، وقد قصروا الجهالة على الجهل بمقداره وصفاته حين العقد ، وأحد آراء ابن القيم الجوزية .

الثاني : إن الغرر يقوم على الشك : وهذا تعريف الكاساني ، وابن عابدين من الخنيفية ، وإن عرفة من المالكية .

(١) نظرية العقد لابن تيمية : ٢٢٤ .

(٢) زاد المعاد لابن قيم الجوزية : ٤ : ٢٦٨ .

(٣) أعلام الموقعين : ٢ : ٢٨ .

فقد اقتصر على الشك في تعريفها ، بينما أكثر العلماء جعلوا الغرر مبنياً على الشك وعبروا عنه بقولهم: يدري أم لا يدري كالزيلي، والمغرب في الحديث، واحد الآراء عند الظاهرية.

الثالث : انهم جعلوا الغرر ما كان مستور العاقبة ، ومعظمهم على هذا .

وبعد تتبعي لهذه التعاريف كلها، ارى اختيار تعريف الماوردي من علماء الشافعية رحمه الله وقد سار معظم علماء الشافعية على هذا التعريف ، كالبيجومي ، والشرقاوي ، والرملي ، وهو : « ما انطوت عنا عاقبته » .

وهذا التعريف كما نرى أخصر التعاريف وأجمعها لانواع الغرر اذ يشمل المجهول ، والشك ، وعدم القدرة على التسليم ، والمعدوم ، وما لا يرى ، وجميع أبواب الغرر كما سنرى في حينه ان شاء الله .

→ | ٥ |

المبحث الثاني

الآيات والأحاديث الواردة في الغرر

الآيات :

والأصل في ذلك أن الله حرم اكل اموالنا بيننا بالباطل فقال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » (١)

وقال تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (٢) وذم الأبحار والرهبان الذين يأكلون أموال الناس بالباطل ، فقال تعالى : يا أيها الذين آمنوا إن كثيراً من الأبحار والرهبان لسيّئاً كلون أموال الناس بالباطل (٣) . وذم اليهود على أخذهم الربا وقد نهوا عنه ، وأكلهم أموال الناس بالباطل فقال تعالى : « وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل » (٤) .

فهذه الآيات الكريمة كما يقول ابن تيمية « تعم كل ما يؤكل بالباطل في المعاضات والتبرعات ، وما يؤخذ بغير رضا المستحق والاستحقاق » (٥) .

فالقرآن الكريم لم ينص على الغرر في آية مستقلة ، ولا في حكم جزئية من جزئيات الغرر ، وإنما وردت هذه الآيات الكريمة التي تدل على تحريم أكل أموال الناس بالباطل

(١) سورة النساء : ٢٩ .

(٢) سورة البقرة : ١٨٨ .

(٣) سورة التوبة : ٣٤ .

(٤) سورة النساء : ١٦١ .

(٥) القواعد النورانية لابن تيمية : ١١٥ .

عامة ، والغرر المنهي عنه في الحديث الشريف الذي فصل ما جمعه الله في كتابه داخل تحت هذا العموم فقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر .

المراد من الباطل في الآيات السابقة :

والمراد من الباطل لغة : الباطل : الذاهب الزائل ، يقال بطل يبطل بطولا ، وبطلانا ، وجمع الباطل بواطل (١) .

وقد اتفق المفسرون على ان الغرر من الباطل ، الا انهم اختلفوا في تفسير كلمة الباطل ، فالقرطبي قال في تفسيره « وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَاطِلًا » بأن لا يأكل بعضهم مال بعض بغير حق فيدخل فيه : القمار ، والخداع ، والغصب ، ووجد الحقوق ، وما لا تطيب به نفس مالكة ، كالغرر ، او حرمة الشريعة وان طابت به نفس مالكة ، كبهير البغي ، وحلوان الكاهن ، واثمان الخمر .

وقال ايضا : والآية دليل على ان الباطل في المعاملات لا يجوز ، والغرر من المعاملات الباطلة (٢) .

وقد نقل الطبري عن السدي قوله : لا يأكل بعضهم أموال بعض ، بما حرم عليه من الربا والقمار وغير ذلك من الأمور التي نهاكم الله عنها ، فان الله لم يحل قط أكل الأموال بالباطل (٣)

والجصاص : يرى أن النهي عن أكل مال الغير معقود بصفة ، وهو ان يأكله بالباطل وقد تضمن ذلك أكل أبدال العقود الفاسدة ، كأثمان البياعات الفاسدة ، وثمان كل ما لا قيمة له ولا ينتفع به . (٤)

وقال في موضع آخر : وأكل المال بالباطل على وجهين : أحدهما أخذه على وجه الظلم ، والسرقة ، والخيانة ، والغصب وما جرى مجراه . والثاني : أخذه من جهة

(١) تفسير القرطبي : ٢ : ٣٣٩ وج ١٥٠٥ .

(٢) تفسير القرطبي : ٢ : ٣٣٨ .

(٣) تفسير الطبري : ٥ : ٣٠ ، ٣١ .

(٤) احكام القرآن للجصاص : ٣ : ١٢٨ .

محظورة نحو القمار ، وأجرة الغناء ، والقيان ، والملاهي ، وما لا يجوز أن كان بطبيعة نفس من مالكة(١) .

والزخشي يرى : أن الباطل ما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة والغصب ، والقمار ، وعقود الربا(٢) .

وابن العربي يفسر الباطل « بما لا يحل شرعاً ولا يفيد مقصوداً ، لأن الشرع نهى عنه ، ومنع منه وحرّم تعاطيه كالربا والغرر ونحوهما »(٣) .

ويقول في موضع آخر : عند الكلام على أقسام البيع المنهي عنها : « إن هذه الأقسام لا تخرج عن ثلاثة هي : الربا ، والباطل ، والغرر ، ويرجع الغرر بالتحقيق الى الباطل فيكون قسمين على الآيتين : يريد آية النهي عن الربا « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » وآية النهي من أكل المال بالباطل : (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) .

وقد نقل عن الماوردي لتفسير تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل رأيان :

الاول : أنه أراد مال كل انسان في نفسه أن لا يأخذه فيصرفه في المحظورات .
الثاني : أن معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى « وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ »(٤) ، لا يقتل بعضكم بعضاً .

وأما قوله تعالى بالباطل : ففيه ثلاث تأويلات :

الأول : أنه لا يصرف في المحظورات .

الثاني : أن المراد به أن لا يؤخذ بالانتهاز والغارات على عاداتهم في الجاهلية .

الثالث : أن المراد بالباطل التجارات الفاسدة المألوفة عندهم في بيوع الجاهلية (٥) .

(١) المصدر السابق : ١ : ٣١٢ وأنظر أيضاً : ٤ : ٣٠٠ وأنظر أيضاً : ٣ : ٨١

(٢) الكشف : ١ : ٥٢١ - ٥٢٢ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي : ١ : ٩٦ .

(٤) سورة النساء : ٢٩ .

(٥) الحاوي للماوردي : ٥ : ١٠٤ - ١٠٥ والمجموع للتوي : ٩ : ١٥٣ .

تفسير قوله « الا أن تكون تجارة » :

وقد اختلف في هذا الإستثناء عند القراء ، وعند المفسرين ، والفقهاء ، فالقراء قرأوها كالتالي :

١ - بالرفع : « الا أن تكون تجارة » بمعنى الا أن توجد تجارة ، أو تقع تجارة عن تراض منكم ، فيحل لكم أكلها حينئذ بذلك المعنى ، وبهذه القراءة فإن لفظ تكون تامة ههنا لا حاجة بها الى خبر على ما وصفت ، وبهذه القراءة قرأ أكثر أهل الحجاز ، وأهل البصرة ، وقرأ ذلك آخرون وهم عامة قراء الكوفيين (١) .

٢ - بالنصب : « الا أن تكون تجارة » ويكون المعنى : الا أن تكون الأموال التي تأكلونها بينكم تجارة عن تراض منكم ، فيحل لكم هنالك أكلها ، وبذلك تكون الأموال مضمرة في قوله « الا أن تكون » وتكون التجارة منصوبة على الخبر ، ويرجح الطبري قراءة النصب على الرفع (٢) .

ويعجبي في هذا المقال ما فصله الماوردي حيث يرى أن لفظ الاموضوع في اللغة للاستثناء ، لكن اختلف الناس في المراد في هذا الموضع على أربعة أقاويل :

أحدها : أن الا في هذا الموضع لم يرد بها الاستثناء ، وإنما معناها معنى لكن ، فيصير تقدير الآية لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولكن كلوها تجارة عن تراض منكم ، كقوله تعالى : « وما كان للمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ » (٣) معناه وما كان للمؤمن أن يقتل عمداً ولا خطأ لكن ان قتله خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، وبهذا قال أبو اسحق المروزي .

الثاني : ان معنى الا في هذا الموضع معنى الواو ويكون تقدير الآية « لا تأكلوا

(١) تفسير الطبري : ٥ : ٣١ ، وأحكام القرآن للجصاص : ٣ : ١٣١ - ١٣٢ ، والكشاف للزمخشري : ٥٢٢ : ٥ .

(٢) تفسير الطبري : ٥ : ٣١ - ٣٢ ، وأحكام القرآن للجصاص : ٣ : ١٣١ - ٢٣٢ ، والكشاف للزمخشري : ١ : ٥٢٢ .

(٣) سورة النساء : ٩٢ .

أموالكم بينكم بالباطل وكلوها تجارة عن تراض كقوله تعالى « لو كانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ
إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا » (١) .

وكما قال الشاعر :

وكل أخ مفارقة أخوه لعمر أبيك الا الفرقدان

أي والفرقدان سيفترقان ولو أراد الاستثناء لقال الا الفرقدين .

الثالث : أن إلا في هذا الموضع معناها الاستثناء غير ان الاستثناء من مضمردل عليه
مظهر فيصح أن يكون استثناء من جنسه ويكون بذلك تقدير الكلام « لا تأكلوا أموالكم
بينكم بالباطل ولا بالتجارة إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وهذا على رأي من منع
من الاستثناء من غير جنسه وجعلوا ذلك كقوله تعالى : « أَحَلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةَ الْأَنْعَامِ
إِلَّا مَا يُنْتَلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ » (٢) ويكون المعنى أحلت
لكم بهيمة الانعام والصيد الا أن تكونوا محرمين فيحرم عليهم الصيد .

الرابع : أن ذلك استثناء من غير جنسه وقد أجاز هذا الاستثناء المذهب الشافعي
واستدلوا على رأيهم بالآيات التالية :

- ١ - لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا (٣) «وليس السلام من جنس اللغو .
- ٢ - فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةَ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ الْإِبْلِيسَ (٤) « وليس ابليس من الملائكة .
- ٣ - «فَأَنبَهُمْ عَذَابَ وَّلِيِّ الْإِرْبِ الْعَالَمِينَ » (٥) وتعالى الله ان يكون من جنس من
استثنى منه .

وقال الشاعر :

وليلة ليس بها انيس الا اليعاقير والا العيس (٦)

(١) سورة الانبياء : ٢٢ . أي أن الواو بمعنى مع .

(٢) سورة المائدة : ١ .

(٣) سورة مريم : ٦٢ .

(٤) سورة الحجر : ٣٠ .

(٥) سورة الشعراء : ٧٧ .

(٦) الانيس : الناس ، واليعاقير : حمير الوحش ، والعيس : الابل .

وليس الحمير والابل من جملة الناس (١) .

الاحاديث الواردة في الغرر :

الاحاديث الواردة في الغرر كثيرة جداً اذ كل جزئية من جزئيات الغرر وردت فيها احاديث كثيرة الا ان الغرر بصفة عامة قد ورد فيه احاديث نذكرها الآن، وأما الاحاديث التي وردت عن الجزئيات فاننا سنتكلم عنها مستشهدين فيها في محلها :

(١) عن ابي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر (٢) . وفي رواية عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر (٣) .

(٢) عن عمران بن حصين مرفوعاً عند أبي بكر بن أبي عاصم بلفظ « نهى عن بيع ما في ضرع الماشية قبل أن تحلب ، وعن الجنين في بطون الانعام ، وعن بيع السمك

(١) الحاوي للماوردي : ٥ : ١٠٥ - ١٠٦ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٥٦ - ١٥٧ والفتح الكبير ٣ : ٢٧٧ وورد هذا الحديث في سنن الترمذي بهذا النص : « عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وبيع الحصاة » « فقد تقدم بيع الغرر على بيع الحصاة ولم تذكر «عن» قبل بيع الحصاة » . قال الترمذي وفي الباب عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبي سعيد ، وأنس . والنسائي ٧ : ٢٣٠ وهو مثل ما في صحيح مسلم وورد في سنن ابن ماجه عن أبي هريرة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة » سنن ابن ماجه ٢ : ١٠ وقال أبو عيسى في الجامع الصحيح للترمذي ٣ : ٥٣٢ ط مصطفى الحلبي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي : حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم أنهم كرهوا بيع الغرر . وورد هذا الحديث في السنن الكبرى ٥ : ٣٤٢ ، وقصد أورد هذا الحديث ابن تيمية في المنتقى بتقديم بيع الحصاة على بيع الغرر ، وقال ابن تيمية : رواه الجماعة الا البخاري المنتقى ٥ : ٢٤٣ .

وورد هذا الحديث في سنن أبي داود : عن أبي هريرة « ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر - زاد عثمان ، وهو ابن ابي شيبه - ، « والحصاة » مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري ومعالم السنن للخطابي ٥ : ٤٥ وورد هذا الحديث في نيل الأوطار : عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » رواه الجماعة الا البخاري . نيل الأوطار ٥ : ١٥٦ وقال الشوكاني : وقد ثبت النهي عنه في احاديث : منها المذكور في الباب ، ومنها عن ابن عمر عند احمد وابن حبان ، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه ، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني . نيل الأوطار ٥ : ١٥٦ - ١٥٧ وورد في سبل السلام مثل ما في مسلم ٣ : ١٥ .

(٣) السنن الكبرى : ٥ : ٣٢٧ قال البيهقي : حديث ابي هريرة أخرجه مسلم في الصحيح .

في الماء ، وعن المضامين ، والملاقيح ، وحبل الحبله ، وعن بيع الغرر « (١) .

٣) وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر » (٢) .

٤) عن ابن عباس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٣)

٥) عن سعيد بن المسيب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر . (٤)

٦) عن عبد الله بن عمر : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٥)

٧) عن عامر الشعبي قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (٦)

٨) عن سهل بن سعد : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر (٧) .

(١) نيل الأوطار للشوكاني : ٥ : ١٥٨ .

(٢) رواه احمد موقوفا ومرفوعا ، والطبراني في الكبير كذلك ورجال الموقوف رجال الصحيح وفي رجال المرفوع شيخ احمد بن محمد بن الساك ولم اجد من ترجمه وبقيتهم ثقات . مجمع الزوائد ٨٤ . وانظر نيل الاوطار ٥ : ١٥٦ وذكر الشوكاني ان حديث ابن مسعود في اسناده يزيد ابن ابي زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود، وقال البيهقي ، فيه ارسال بين المسيب وعبد الله والصحيح وقفه ، وقال الدارقطني في العلل : اختلفت فيه والموقوف اصح ، وكذلك قال الخطيب وابن الجوزي ، وقال البيهقي ، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفا على عبد الله ، وقال سفيان الثوري ، عن يزيد موقوفا على عبد الملك انه كره بيع السمك في الماء . السنن الكبرى ٥ : ٣٤٠ وقال الشوكاني : وقد روى ابو بكر بن ابي عاصم عن عمران بن حصين حديثاً مرفوعاً وفيه النهي عن بيع السمك في الماء فهو شاهد لهذا . انظر الحديث الثالث . الشوكاني ٥ : ١٥٦ .

(٣) رواه الطبراني في الكبير وفيه النص ابو عمر وهو متروك ، انظر مجمع الزوائد ٤ : ٨ وانظر سنن ابن ماجه مع حاشية السندي ٢ : ١٠ .

(٤) السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ ، قال البيهقي : هذا الحديث مرسل وقد أخرجه بهذه الصيغة « انبأنا مالك وغيره عن ابي حازم أخيره عن سعيد بن المسيب » ثم قال : وقد رواه موصولاً من حديث الاعرج عن ابي هريرة ، ومن حديث نافع عن ابن عمر . السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ ، وقد ورد هذا الحديث في الموطأ : عن مالك عن ابي حازم ابن دينار عن سعيد بن المسيب . « الموطأ بهامش المستقى ٥ : ٤١ .

(٥) السنن الكبرى ٥ : ٣٣٨ ، رواه الطبراني في الاوسط ورجاله ثقات . انظر مجمع الزوائد وسنن الفوائد ٤ : ٨٠ .

(٦) روى هذا الحديث أبو يوسف عن ابن ابي ليلى عن عامر . انظر الخراج لابي يوسف : ٨٨ .

(٧) رواه الطبراني في الاوسط ورجاله رجال الصحيح خلا اسماعيل بن ابي الحكم الثقفي وثقه ابو حاتم ولم يتكلم فيه أحد . انظر مجمع الزوائد ٤ : ٨٠ .

(٩) عن شيخ من بني تميم ، قال : خطبنا علي بن ابي طالب - أو قال : قال علي : سيأتي على الناس زمان عضوض ، يعض الموسر على ما في يديه ، ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى : ولا تنسوا الفضل بينكم (١) ويباع المضطرون ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر ، وبيع الغرر ، وبيع الثمرة قبل أن تدرك (٢) .

تفسير الأحاديث :

لقد تكلفنا عن معنى الغرر وبيننا آراء العلماء فيه ، وقد وردت الأحاديث تشتمل على النهي ، وتشتمل على لفظ (بيع الغرر) ولذلك فانه يتطلب منا أن نبحث عن حكم النهي وعن إضافة كلمة بيع الى الغرر .

حكم العقد النهي عنه :

وصيغة النهي تدل على التحريم ولا تستعمل في غير التحريم الا مجازاً (٣) وهو القول المختار عند الأصوليين لفهم المنع الحتم من الصيغة المجردة عن القرائن وهو أمانة الحقيقة ، وهو مجاز في غيره لعدم التبادر والحاجة الى القرينه . وقد اختلفوا في النهي عن التصرفات والعقود المفيدة لأحكامها ، بمعنى هل تقتضى فسادها أو لا ؟ (٤) .

وقد ذهب جمهور الفقهاء من أصحاب الشافعي ، ومالك ، وأبي حنيفة ، والحنابلة ، وجميع أهل الظاهر ، وجماعة من المتكلمين الى فسادها (٥) ، وذلك ان النهي اذا ورد عن السبب الذي يفيد حكماً اقتضى فسادها ، سواء كان النهي عنه لعينه أو لغيره في العبادات ، أو في المعاملات ، وذلك كالنهي عن بيع الغرر ، وعن بيع المزايين ، والنهي عن نكاح

(١) سورة البقرة : ٢٣٧ .

(٢) مختصر وشرح تهذيب سنن أبي دارود : ٥ : ٤٧ - ٤٨ ، قال الخطابي : وفي اسناد الحديث رجل مجهول لا تدري من هو ؟ الا ان عامة أهل العلم قد كرهوا البيع على هذا الوجه .

(٣) المدخل الى مذهب أحمد بن حنبل لابن بدران ١٠٥ ، والمنتهى لابن الحاجب وحواشيه ٢ : ٩٥ والأحكام للآدمي ٢ : ٤٨ ، وتيسير التحرير ١ : ٣٧٥ وأصول الفقه للخضري ١٩٦ ، وتفسير النصوص في الفقه الاسلامي للدكتور محمد أديب صالح ٨٧٩ .

(٤) المستصفي : ٣١٥ .

(٥) الاحكام للآدمي : ٢ : ٤٨ .

المتعة ، فانه يقتضي الفساد (١) .

ثم اختلفوا في جهة الفساد على النحو التالي :

الأول : انما يكون الفساد من جهة اللغة .

الثاني : انما يكون من جهة 'الشرع' دون اللغة .

ويرى جماعة من الأصوليين أن النهي لا يقتضى الفساد وهو اختيار القفال ، وإمام الحرمين ، والغزالي ، وكثير من الحنفية ، وبه قال جماعة من المعتزلة ، كأبي عبدالله البصري ، وأبي الحسن الكرخي ، والقاضي عبدالجبار ، وأبي الحسين البصري ، وكثير من مشايخهم (٢) .

حجة من قال بالفساد :

فقد استدلوا على الفساد بالنص والاجماع والمعنى :

١ - النص : قول النبي ﷺ : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا ، فهو رد » وفي رواية « من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد » والمردود ما ليس بصحيح ولا مقبول والمنهى عنه ليس بأمور به ولا هو من الدين ، فكان مردوداً .

٢ - الاجماع فالصحابة رضوان الله تعالى عليهم استدلوا على فساد العقود بالنهي ، فن احتجاج ابن عمر على فساد نكاح المشركات بقوله تعالى : « ولا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ » (٣) . ولم ينكر عليه منكر فكان اجماعاً . وكذلك احتجاج الصحابة على فساد عقود الربا بقوله تعالى : (وذَرُوا ما بَقِيَ من الرِّبا) (٤) وبقوله ﷺ : لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق . . الحديث الى آخره .

٣ - المعنى : وأما الاستدلال من جهة المعنى فمن وجهين .

أ - حصول الاجماع على حمل بعض المناهي على الفساد كالنهي عن بيع الجزء المجهول ولو لم يكن ذلك يقتضي النهي لكان الفساد لأمر خارج والأصل عدمه فكان ذلك مقتضى النهي ، ويلزم منه الفساد حيث وجد ، والا كان فيه نفي المدلول مع تحقق دليله وهو ممتنع مخالف للأصل .

(١) الموافقات للشاطبي : ٣ : ١٥١ ، ١٤٩ ، والمدخل لابن بدران : ١٠٥ .

(٢) الاحكام للاندلسي : ٢ : ٤٨ .

(٣) سورة البقرة : ٢٢١ .

(٤) سورة البقرة : ٢٧٨ .

ب) مشاركة النهي للأمر في الطلب والاقتضاء ، ومخالفته في طلب الترك ، والامر دليل الصحة (فليكن النهي دليل الفساد المقابل للصحة ، ضرورة كون النهي مقابلاً للأمر وأنه يجب أن يكون حكم أحد المتقابلين مقابلاً لحكم الآخر) (١) .
هذا والنهي عن الشيء قد يكون الفساد فيه لعينه ، وقد يكون لصفته .

المنهى عنه لعينه:

فالنهي عنه لعينه يكون الفساد فيه في الأمور التالية:

١) يكون الفساد فيه شرعاً لا لغة : لأن علماء الأمصار في الأعصار لم يزالوا يستدلون على الفساد بالنهي في أبواب الربا ، والأنكحة ، والبيوع ، وغيرها .

٢) وقيل يكون الفساد فيه لغة لا شرعاً ، واستدلوا على ذلك بما استدل به الجمهور على الفساد شرعاً ، ويقول الجمهور عنهم : (وأما لغة فلا ، بل ذلك لفهمهم دلالة شرعاً كما تقدم من دليلنا على عدم دلالة لغة) .

٣) وقيل يكون الفساد فيه إذا استعمل الفساد في مقابلة الأجزاء وهو موافقة العبادة للأمر أو اسقاطها للقضاء ، لا إذا استعمل في مقابلة السببية وهو استتباع المعاملة أثرها وذلك كون الفساد مستعملاً في المعنيين ، لأنه مقابل الصحة المستعملة في الأمرين .

المنهى عنه لصفته:

وقد مثلوا له بعقد الربا حرام لا شتماله على الزيادة فهو يدل على الفساد خلافاً للاكثر (٢)

(١) الاحكام للآدمي : ٢ : ٥٠ .

(٢) المنتهى لابن الحاجب ٢ : ٩٥ - ٩٨ .

المبحث الثالث

تعريف الغرر في القانون

لم تذكر كلمة الغرر في القانون الوضعي ما عدا القانون المصري ، وإنما الذي ذكر في القانون العقود الاحتمالية ، أما القانون المصري فقد استبدل العقود الاحتمالية بعقود الغرر مجازة للفقهاء الاسلامي ، ولأن المعنى الموجود في كلمه غرر لا يتحقق في غير الفقه الاسلامي لاداء المعنى ذاته ، وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية : (وقد غيرت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اصطلاح العقود الاحتمالية بعقود الغرر، لأنه يستعمل في الفقه الاسلامي لاداء المعنى ذاته) (١) .

وبما ان القانون المصري الوحيد الذي جعل كلمة الغرر عنواناً له بدلاً من العقود الاحتمالية ثم ساير بقية القوانين في الكلام عن العقود الاحتمالية ، لذا فاني أتكلم عن العقود الاحتمالية في القانون المصري ، واليك جملة من التعاريف للعقد الاحتمالي .

عرف العقد الاحتمالي الدكتور أنور سلطان بقوله : « فهو العقد الذي لا يتحدد فيه وقت التعاقد مقدار الاداء الذي يبذله او يأخذه كل متعاقد لوجود عنصر احتمالي فيه ، كعقد التأمين ، وعقد الرهان ، وعقد اليانصيب ، وعقد بيع الاشياء المستقبلية في بعض الحالات ، كبيع الثمر قبل انعقاده ، او الزرع قبل نباته بثمن جزاف » (٢) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٥ : ٣٠٠ باهامش .

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان : ٤٣ .

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري : « هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد الذي اخذ او القدر الذي اعطى ولا يتحدد ذلك الا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محتمل الحصول او غير معروف وقت حصوله » (١).

ويعرفه الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بأنه : « هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من منفعة » (٢) .

ويعرفه الدكتور عبد السلام ذهني : « هو العقد الذي لا يستطيع فيه العاقد ان وقت انعقاد العقد لا كلاهما ولا أحدهما معرفة مبلغ الفوائد او الاضرار التي تعود منه » (٣) .

ويعرفه الدكتور عبد الحي حجازي : « هو العقد الذي لا يعرف فيه وقت ابرامه مقدار الغرم بالنسبة للغرم او مقدار الإحتمال الذي يستهدف له كل من المتعاقدين ، ولا يتبين ذلك الا فيما بعد ، وفقاً لخرى الحوادث » (٤) .

ويعرفه الدكتور محمد كامل مرسي : « هو العقد الذي يكون تقدير المقابل فيه موكولاً للحظ والمصادفة » (٥) .

ويعرفه الدكتور حسين الثوري : « هو الذي لا يستطيع المتعاقدان ان يحددا وقت عقده ما يناله او ما يعطيه الواحد منهما ، مثال ذلك عقد التأمين على الحياة : فهو احتمالي بالنسبة لطرفية : المؤمن وشركة التأمين » (٦) .

(١) مصادر الالتزام السنهوري ١٦٤ ، والموجز له ايضا : ٤٠ ، ونظرية العقد له : ١٤٠

(٢) نظرية الالتزام في القانون المدني المصري للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت : ٦٤ .

(٣) الالتزامات للدكتور عبد السلام ذهني : ٩٦ .

(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي : ٣٤٣ .

(٥) شرح القانون المدني الجديد : ١ : ٣٣ .

(٦) نظرية العقد للدكتور حسين الثوري : ٤٠ .

فمن هذه التعارف نرى انها تدور كلها على ان الاحتمال يكون فيه المقدار الذي يعطيه او يأخذه احد المتعاقدين مجهولاً أو ما يأخذه أو يعطيه كل من المتعاقدين مجهولاً ايضاً، ولا يتحدد ذلك الا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول او غير معروف وقت حصوله .

جهالة المتعاقدين لمقدار ما يأخذانه او يعطيانه :

وقد مثل لهذا الدكتور أنور سلطان بعقد التأمين، وعقد الرهان، وعقد اليانصيب ، فان هذه العقود وان كان يحدد فيها في ابتداء العقد مقدار ما يدفعه كل منهما الا ان المقدار الذي يأخذه المستأمن او المراهن او المقامر غير معروف ولا يعرف الا مؤخرأً ، نتيجة لامر غير محقق الوقوع ، ففي التأمين يكون المبلغ نتيجة الحادثة المؤمن عليها والمراهنة نتيجة كسبها ، والمقامرة نتيجة نجاحها ، وكذلك ايضاً بيع الاشياء المستقبلية في بعض الحالات كبيع الثمر قبل انعقاده او الزرع قبل نباته بضمن جزاف (١) .

جهالة أحد المتعاقدين لمقدار ما يأخذ أو يعطي :

وقد مثل لهذا الدكتور السنهوري بالبيع بضمن هو ايراد مرتب مدى الحياة ، فالبايع وان كان يعرف وقت البيع المقدار الذي أعطى فانه لا يستطيع ان يعرف في ذلك الوقت المقدار الذي أخذ ، لان الثمن لا يتحدد الا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله ، وكذلك المشتري فانه يباشر ايضاً عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القسدر الذي أخذ ، ولكن لا يعرف القدر الذي أعطى وهو الثمن الذي لا يعرف تحديده وقت البيع وانما يعرف وقت الموت للبايع ، وهو غير معروف وقته ولكنه محقق الوقوع (٢) .

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان : ٤٣

(٢) مصادر الالتزام السنهوري : ١٦٤ .

موطن عقد الاحتمال :

فقد الاحتمال عند القانونيين لا يكون الا في عقود المعاوضة (١) ، أما عقود التبرع فلا تدخل في عقود الاحتمال وتعتبر من العقود المحددة ، الا ان الدكتور السنهوري خالف في هذا ويرى ان عقد التبرع قد يكون عقداً احتمالياً اذا كان الموهوب له لا يستطيع ان يحدد وقت تمام العقد مقدار ما يأخذ . مثال ذلك : اذا وهب شخص لآخر مرتباً طول حياته فان الموهوب له لا يستطيع في هذه الحالة معرفة مقدار ما يأخذه .

أما الدكتور أنور سلطان فانه يميل الى الرأي المخالف للسنهوري فيقول : « ولعل اختلاف الرأي يرجع الى ان العقد الاحتمالي يكون الاحتمال فيه في جانب كل من المتعاقدين وهذا لا يتصور الا اذا كان كل منهما دائماً ومديناً في آن واحد ، ولذا يكون الاصح القول بأن تقسيم العقد الى محدد واحتمالي لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين (٢) » .

وقد وافق جمهور فقهاء القانون (٣) الدكتور عبد الحى حجازي فقد قال : « ويلاحظ أنه لا يكون عقداً احتمالياً الا الملزم للجانبين : اما العقد الملزم لجانب واحد فلا يكون عقداً احتمالياً ، لان الاحتمال يستلزم اداءين بينهما ارتباط يمكن ان يؤول عند التنفيذ الى غرر لم يكن من الممكن معرفته وقت انعقاد العقد » (٤) .

مشابهة العقد الاحتمالي بالعقد الشرطي :

اذا اتفق شخص مع آخر على ان يدفع له مبلغاً من المال اذا حدث أمر معين ، فهذا

- (١) انظر الى تعريف الدكتور محمد كامل مرسي ، وأبسي ستيت
- (٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور انور سلطان ٤٣ - ٤٤ .
- (٣) محمد كامل مرسي ، وأبي ستيت ، وانور سلطان .
- (٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازي ٣٤٦ .

الاتفاق يتشابه مع عقد التأمين الذي بمقتضاه يتعهد المؤمن بأن يدفع للمستأمن مبلغاً من المال إذا احترق منزله او اذا احدثت سيارته ضرراً لاحد، (تأمين على الاشياء او من المسؤولية).

وجه التشابه:

مسألة حادثة غير محققة الوقوع في العقدین، فهل يترتب على ذلك أن يعتبر العقد الاحتمالي شرطياً؟ فيجيب الدكتور عبد الحي حجازي على هذا السؤال « كلا ، ذلك لأن الاحتمال في العقد الاحتمالي ليس عنصراً مستقلاً أضيف الى مجموع عناصر العقد كما هي حال الشرط، وانما هو سبب الالتزام أو جزء من السبب . والذي يدل على كون الاحتمال سبباً في الالتزام أو جزء من السبب ، أنه لو ثبت ان الاحتمال لم يكن موجوداً من أول الامر كان العقد باطلاً » . والمثال على ذلك أن يقرر ايراد لمدة حياة شخص كان قد مات وقت ابرام عقد الايراد . وكذلك فان فاعلية العقد تقف الى أن يتحقق الشرط في العقد الشرطي ، أما في العقد الاحتمالي فله فاعلية منذ انعقاده كعقد التأمين ، لان المستأمن يجب عليه أن يدفع أقساط التأمين كل شهر منذ انعقاده والمؤمن يتحمل الخطر الذي يمكن أن يقع في كل لحظة طوال المدة المحددة للعقد منذ انعقاد العقد ، ولذا يجب ألا يعتبر العقد الاحتمالي عقداً معلقاً على شرط واقف (١) .

الاحتمال وطرفا العقد :

إذا نظرنا الى كل من تعريف الدكتور السنهوري، وتعريف الدكتور أبي ستيت، وتعريف الدكتور حسين النوري ، والدكتور عبد الحي حجازي، نرى أن الاحتمال لا بد أن يكون موجوداً لكل طرف من طرفي العقد حتى يكون العقد احتمالياً . أما تعريف الدكتور عبد السلام ذهني فقد اكتفى في تعريفه أن يكون الاحتمال من طرف واحد ليكون العقد

(١) النظرية العامة للدكتور عبد الحي حجازي ٣٤٥ - ٣٤٦

احتماليا ، ويمثلون لذلك بعقد التأمين فانه احتمالي بالنسبة للمؤمن له ، اما الشركة فان العقد محدد لها لانها تستطيع أن تعرف على وجه التقريب بواسطة حسابات دقيقة مقدار ما تأخذه من مجموع العقد التي عندها .

هذا صحيح اذا كان مجموعة عقود ، اما اذا كان عقد واحد بين مؤمنٌ ومؤمنٌ له فالعقد احتمالي قطعا ، لان كلا الطرفين لا يستطيعان تقدير ما يأخذ وما يعطي . »

الفصل الثاني

أقسام الغرر

وفيه مبحثان

المبحث الأول

الغرر اليسير والمتوسط والكثير^(١)

قسم فقهاء المالكية الغرر الى ثلاثة أقسام، يسير ، ومتوسط ، وكثير .

فالغرر اليسير : هو الذي يغتفر ويجوز بيعه اجماعا للحاجة ، فاذا وجد في العقد فله لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يقصد، ولأن الغرر الذي لا تنفك البيوع منه مستخف مستجاز .
ومن الامثلة للغرر اليسير :

١- اجارة الدار مشاهرة مع احتمال نقصان الشهور فان الشهر تارة يكون ثلاثين يوماً ، وتارة يكون تسعاً وعشرين .

٢- بيع أساسات الدار دون رؤية أساس الدار وأنها من باب بيع المغيب في الارض .

٣- بيع الجبة المحشوة، واللحاف المحشو، والحشو مغيب .

(١) يذكر العز بن عبد السلام تقسيماً للغرر فيقول : الغرر في البيوع ثلاثة أقسام : احدها : ما يعسر اجتنابه كبيع الفسق ، والبنديق ، والرمان ، والبطيخ في قشورها فيعنى عنه . القم الثاني : ما لا يعسر اجتنابه فلا يعنى عنه . القسم الثالث : ما يقع بين المرتبين وفيه اختلاف فمنهم من يلحقه بما عظمت مشقته لارتفاعه عما خفت مشقته ومنهم من يلحقه بما خفت مشقته لانحطاطه عما عظمت مشقته ، الا انه تارة يعظم الغرر فيه فلا يعنى عنه على الأصح كبيع الجز الاخضر في قشرته ، وتارة يخف العسر فيه لمسيس الحاجة الى بيعه فيكون الأصح جوازه كبيع الباقلاء الأخضر في قشرته . (قواعد الاحكام في مصالح الانام للعز بن عبد السلام ٢ : ١١) .

- ٤ - الشرب من السقاء مع عدم العلم بمقدار ما يشرب .
 ٥ - دخول الحمام مع اختلاف الاستعمال ومكثهم فيه .
 ٦ - شراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر ، وذكر أو أنثى ، وكامل الاعضاء أو ناقصها .

٧ - شراء الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك (١) .
 أما الغرر الكثير فان وجوده لا يغتفر في العقود فاذا وجد بطل العقد ، ومن الامثلة على الغرر الكثير :

- ١ - بيع الطير في الهواء .
 ٢ - بيع السمك في الماء .
 ٣ - بيع المزابنة .
 ٤ - بيع حبل الحبلية .
 ٥ - بيع المضامين والملاقيح .
 ٦ - بيع الجنين دون أمه .
 ٧ - بيع ضربة القانص أو الغانص .
 ٨ - بيع الثمر قبل ظهوره .
 ٩ - بيع الحصة .
 ١٠ - بيع المنابذة .
 ١١ - بيع الملامسة .
 ١٢ - بيع المخاقلة .
 ١٣ - بيع مجهول الجنس أو النوع .
 ١٤ - تأجيل الثمن الى الحصاد أو الدياتس .
 ١٥ - بيع مجهول الذات بدون تعيينه .
 ١٦ - بيع المرء ما ليس عنده .

١٧ - السلم فيما يتعذر وجوده عند حلول الاجل .

ومن الامثلة السابقة للغرر اليسير والغرر الكثير يتبين المدى الواسع بين القسمين وبين هذين القسمين يقع الغرر المتوسط :

الغرر المتوسط :

وهو الغرر المختلف فيه على أساس : هل يلحق بالكثير أم بالغرر القليل : فلارتفاعه

- (٢) الخريش ٥ : ٧٥ ، والفروق ٣ : ٣٦٥ وتهذيب الفروق ٣ : ٢٧٠ - ٢٧١ والمقدمات المهيدات : ٢ : ٢٢٢ ، وجواهر الاكليل : ٢ : ٢٣ ، والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٠ ، ونهاية المحتاج : ٣ : ٤٢١ ، والفواكه الدواني ٢ : ١٢٠ ، والمجموع ٩ : ٢٨٠ - ٢٨١ ، وبداية المجتهد ٢ : ١٦٧ ، وتهذيب الفروق ١ : ١٧٠ وبلغة السالك ٢ : ٣٢ .

عن الغرر القليل ألحق بالكثير ، ولا نحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا اللاحق هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر .

أمثلة الغرر المتوسط :

- | | |
|--|---|
| ١٦- البيع بدون ذكر الثمن . | ١ - بيع اللبن في الضرع . |
| ١٧- تأجيل الثمن الى المسرة | ٢ - بيع العرايا . |
| ١٨- تأجيل الثمن الى العطاء . | ٣ - البيع بغير ذكر الثمن . |
| ١٩- بيع المبيع قبل قبضه . | ٤ - البيع المعلق والمضاف . |
| ٢٠- بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك | ٥ - بيع العين الغائبة . |
| ٢١- بيع المتلاحق من الثمار . | ٦ - الجعالة . |
| ٢٢- السلم الحال أجله . | ٧ - المساقاة . |
| ٢٣- شركة الأبدان . | ٨ - المزارعة . |
| ٢٤- شركة الوجوه . | ٩ - بيع الجزاف . |
| ٢٥- شركة المفاوضه . | ١٠- بيع ما يمكن في الارض . |
| ٢٦- شركة المضاربة المحددة بوقت . | ١١- بيع الصوف على ظهر البهيمة . |
| ٢٧- لإجارة الارض . | ١٢- بيع ما يخفى في قشره . |
| ٢٨- لإجارة الشجر لأجل الثمر . | ١٣- بيع الآبق . |
| ٢٩- بيع المغصوب | ١٤- بيع السمك في الماء والطير في الهواء . |
| | ١٥- البيع بسعر السوق . |

من هذه الأمثلة للغرر اليسير ، والغرر المتوسط ، والغرر الكثير ، يتبين لنا أن مسائل الغرر المختلف فيه أكثر من الغرر الكثير والمتوسط ، ومسائل الغرر الكثير أكثرها ورد فيها نص خاص (١) . وقد ذكر ابن رشد الحفيد مسألتين وضع فيهما اختلاف العلماء تبعاً لاختلافهما في الغرر المتوسط وهما :

الاولى : قال : «مسألة» المبيعات على نوعين : بيع حاضر مرئي ، وهذا لاختلاف

(١) انظر هذه المسائل مشروحة في رسالتنا شرحاً وافياً مبيناً أوجه الاختلاف عند العلماء .

في بيعه ، وبيع غائب او متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء، فقال قوم : بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا ما ووصف ولا ما لم يوصف ، وهذا أشهر قولي الشافعي ، وهو المنصوص عند أصحاب الشافعي ، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز ، وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده ، وكذلك البيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة ، وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ، وعند الشافعي لا يتعقد البيع أصلا في الموضوعين ، وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار - خيار الرؤية - وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال : هو مخالف لأصولنا وسبب الخلاف، هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالخس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه ؟ .

فالشافعي رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية (١) ، وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع (٢) .

المسألة الثانية : ولو قال أبيعك أحد هذين الثوبين أو العبدين من صنف واحد وقد لزمه شراء أحدهما على أن يختار ما يريد واقترقا قبل الخيار ، فأبو حنيفة والشافعي يلحقها بالغرر الكثير فيمنع صحة البيع المذكور ، لأنهما اقترقا على بيع غير معلوم ، وبعضهم كمالك يلحقها بالغرر القليل فيجيز البيع المذكور ، لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك .

فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوبين المشتري على أن يختار فهل لك أحدهما أو أصابه عيب مما يصيبه ، فقيل تكون المصيبة بينهما ، وقيل بل يضمه كله المشتري ، الا ان تقوم البيئة على هلاكه ، وقيل يضمن فيما يغلب عليه كالثياب ، ولا يضمن فيما لا يغلب عليه كالعبد ، وأما أخذ الباقي فقيل يلزم ، وقيل لا يلزم (٣) .

-
- (١) لانهم يشترطون خيار الرؤية شرعاً .
(٢) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٧ - ١٦٨ .
(٣) المرجع السابق : ٢ : ١٦٦ - ١٦٧ .

هل وضع الفقهاء ضابطاً للغرر اليسير والمتوسط والكثير ؟ .

حاول الباجي أن يضع ضابطاً للغرر الكثير والغرر اليسير فقال : « ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الغرر الذي لاخلاف في المنع منه ، وأما يسير الغرر لأنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه » (١) وهذا الضابط الذي ذكره الباجي للغرر الكثير والغرر القليل غير كاف ، لأنه لا يضع حداً مميزاً بين النوعين اذ العقد الذي غلب عليه الغرر حتى صار يوصف به ، والعقد الذي لا يكاد يخلو عقد منه بينهما فرق واسع .

وابن رشد الجدل وضع ضابطاً للغرر اليسير : بأن الغرر الذي لا تنفك البيوع منه (٢) وقال الدسوقي الغرر اليسير : « ما شأن الناس التسامح فيه » (٣).

أرى ان هذه المحاولة من الفقهاء لوضع حد معين للغرر اليسير والغرر الكثير أنهم لم يأتوا بالثمرة المرجوة الا ما كان من الباجي الذي وضع ضابطاً للغرر الكثير حيث يقول : « ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لاخلاف في المنع منه » . ولذا نرى ان العقد الذي فيه كثير غرر قد نهى عنه النبي ﷺ وهي بيوع جاهلية كانت تتعامل العرب بها كبيع الحصاة ، وبيع الملامسة ، والمنابذة ، والمعاومة ، والسنين ، والثمر قبل بدو الصلاح ، فهذه البياعات قد تكون فيها الغرر وصارت موصوفة به ولذا جاءت الاحاديث في النهي عنها (٤) ، ولذا فاني أرى تأييداً للباجي مانهى عنه النبي ﷺ في نهيه عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح بعد أن اشتدت خصوماتهم الى النبي ﷺ عن ذلك ، لأن فيها غرراً كثيراً ، وكذلك في المزارعة واشترط احدهم ان له ما على الماذنات ، أو أن له ما تنبت هذه الجهة دون الجهة الاخرى ، أو أن له ثمرة شجرة بعينها ، أو مقداراً معيناً من الثمر او الزرع ، كل ذلك نهى عنه لما فيه غرر .

أما حد الغرر اليسير فلم أر من وفق لهذا من الفقهاء ، وإن كان ضابط الدسوقي يشير الى الدقة الا أن ادواق الناس تختلف في التسامح مما يجعل المعيار غير منضبط ولذا فاني

(١) المنتقى للباجي : ٥ : ٤١ .

(٢) المقدمات الممهدة لابن رشد الجدل : ٢ : ٢٢٢ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٦٠ .

(٤) انظر اماكنها من رسالتنا ان شاء الله .

أرى أن يجعل الضابط للفرر اليسير متروكاً للأزمة والبيئة ولتطور الحضارة ، إذ أن كثيراً من الساعات في زماننا نرى ان الفرر فيها يسير ، أو كثير ، أو متوسط ، وبعد فترة نراه قليلاً ، أو كثيراً ، أو متوسطاً ، بعكس الزمن الماضي . ولذا لا أرى ضابطاً معيناً للفرر اليسير والكثير ، ومن باب أولى للفرر المتوسط ولذا نرى ترك هذا الضابط للظروف الملائمة لكل عصر وللعرف . ويكون الفرر من القواعد المرنة في الشريعة الاسلامية ، وقد اعتبر الدكتور السنهوري الفرر حسنة من حسنات الفقه الاسلامي فقال : « على أن الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقه الاسلامي حسنة من حسناته الكبرى ، فهو قد اتخذ للفرر معايير مرنة ، أمكن معها تباير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابس . فيستطيع الفقه الاسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر . ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة — دون القواعد الجامدة — إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجاري بها ما يستحدثه التطور ، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتقابلة » (١) .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور احمد السنهوري : ٣ : ٥١

المبحث الثاني

الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر

واختلاف الفقهاء في الغرر اليسير والغرر الكثير سببه هل هو من الغرر المؤثر في البيع أم ليس من المؤثر ؟

فقال ابن رشد الحفيد : « وذلك أنهم اتفقوا على أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين » (١) .

فالغرر اليسير هو الذي لا يؤثر في العقد بل يبقى العقد صحيحاً ، ولذا قال النووي في الغرر الذي لا يؤثر في العقد : (وهو أنه اذا دعت الحاجة الى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه الا بمشقة ، أو كان الغرر حقيراً جاز البيع) (٢) .

أما الغرر المؤثر فإنه بعكس ذلك تقريباً : اذا لم تدع الحاجة إلى ارتكابه ويمكن الاحتراز عنه بدون مشقة وكان الغرر كثيراً فإن البيع لا يجوز .

والآن نطبق تأثير الغرر على العقود عليه فنقول : (٣)

١ - عقود المعاوضات المالية : فالغرر انما يؤثر في عقود المعاوضات المالية وخاصة

(١) بداية المجهود : ٢ : ١٧٠ ومصادر الحق في الفقه الاسلامي للسهوري ٣ : ٤٩ ، والفروق القرآني الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ما يؤثر فيه الجهالات والغرر ، وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات (فروق ١ : ١٥٠ وتهذيب الفروق ١ : ١٧٠ .

(٢) المجموع للنووي ٩ : ٢٨١ .

(٣) يكتفي في هذا المقام بالتمثيل فقط لما يتطلبه منا التمثيل للغرر المؤثر وسنمود اليه في حينه مفصلاً في البابين الثاني والثالث ان شاء الله .

في البيع فقد وردت النصوص في ذلك ، وكذلك في الإجازات والشركات .

٢ - العقود الأخرى ما عدا المعاوضات المالية فالغرر لا يؤثر فيها مهما كان كثيراً ، لأنه لا ضرورة من الغرر ولو كان كثيراً على من يتلقى التبرع ، لأنه لم يبدل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر وخاصة في عقود التبرعات كالهبة مثلاً، فهما جاء الموهوب من مال فلا أثر للغرر فيه ، وكذلك الوصية ، إلا في الوصية بالعبد الزمن أو الأعمى ، أو الدابة ، فإذا وهبنا ثمر شجرة فإن الغرر لا يؤثر فيها باعتبار أن الخصام والتزاع متنف بهذه الثمرة ، ولو أصابتها آفة لا يلحق الموهوب أي ضرر ، أما لو كانت الصورة صورة بيع فإن الغرر يكون له تأثير باعتبار أن الثمرة إذا هلكت تكون على حساب المشتري ، ويكون البائع قد أخذ الثمن بدون مقابل وهو باطل ، قال الله تعالى : « وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيِّنَاتٍ بِبَيِّنَاتٍ » .

أما عقد الزواج فإن الغرر لا يؤثر فيه ، لأن الزواج ليس معاوضة صرفة أو تبرعاً صرفاً ، بل بين بين يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر في المعاوضات وأيسر مما يغتفر في التبرعات للتوسط بين هذين الطرفين ، فالمهر وبدل الخلع لا يؤثر الغرر فيهما ، لأنهما مبتنيان على المسامحة والمكارمة في الناحية المالية .

ويستثنى من الغرر المؤثر في العقود كما في هذه القاعدة الفقهية التالية :

يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها : (١)

والمقصود من هذه القاعدة أن الغرر لا يؤثر في التوابع بينما يؤثر الغرر في الأصل والأمثلة على ذلك كثيرة منها :

١ - بيع المعلوم تبعاً للموجود : اختلف الفقهاء في بيع ما يتلاحق بعبه بعد بعض كبيع المقاشي ، والمطابخ إذا طابت على قولين :

فالمحيزون لهذا البيع : يرون بأنه يجوز بيعها جملة ويأخذ المشتري شيئاً بعد شيء كما جرت به العادة ويجري مجرى بيع الثمرة بعد بسدو صلاحها ، وهذا هو الصحيح من

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم : ١٢١ والاشباه والنظائر للسيوطي : ١٢٠ والمجلة العدلية ٥٤

القولين الذي استمر عليه عمل الأمة ولا غنى لهم عنه ولم يأت بالمنع منه كما يقول ابن القيم كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع ، ولا أثر ، ولا قياس صحيح ، وقد أفتى بهذا القول السرخسي ، والإمام مالك رحمه الله ، وأهل المدينة ، وأحد القولين في مذهب أحمد رحمه الله ، وهو إختيار ابن تيمية . (١)

وهكذا حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل قال : « أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً قال أستحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج بين (٢) .

والمانعون لهذا البيع : احتجوا بأن المعدوم الذي لم يوجد ، لا يصلح أن يكون تابعاً للموجود ، وقالوا : وطريق دفع ذلك بأن يبيع أصولها معها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل للبائع ان ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق (٣) .

٢ - بيع اللبن في الضرع مع الشاة : وبيع اللبن في الضرع لا يبيوز منفرداً ، لأنه مجهول القدر ، ولأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن انه من اللبن ، ولأنه مجهول الصفة . أما يبيع الشاه وما في ضرعها من اللبن فقد اختلف في هذا البيع على وجهين مشهورين :

الأول : لا يصح البيع ، لأنه جعل المجهول مبيعاً مع المعام بخلاف البيع بشرط انها حامل فانه يصح ، لأن هذا وصف بائع فاحتمل ، وهذا الرأي بعدم الصحة هو رأي ابن الحداد والشيخ ابو علي السنجي وهو الأصح .

الثاني : يصح البيع ، لأنه يدخل عند الإطلاق في البيع فلا يضر ذكره ، بل يكون توكيداً وبياناً لقتضاه ، وصار كما لو قال : بعثك هذه الرماتة وحبها أو هذا الجوز ولبه فانه يصح قطعاً مع أنه لو أفرد اللب بالبيع لم يصح ، والمذهب الجزم بالصحة فيهما (٤) .

(١) زاد المعاد : ٤ : ٢٦٢ .

(٢) المبسوط للسرخسي . ١٢ : ١٩٧ .

(٣) المصدر السابق : ١٩٧ وزاد المعاد : ٤ : ٢٦٣ .

(٤) المجموع : ٩ : ٣٥٥ - ٣٥٦ .

اما اذا باع الشاه وفي ضرعها لبن بدون اشتراطه فإن هذا البيع يصح بالإجماع ، لأن اللبن تابع للشاة وليس هو المقصود ، قال النووي : « أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وان كان اللبن مجهولاً ، لأنه تابع للحيوان ، ودلياه من السنة حديث المصراة » (١)

٣ - بيع الشاة مع الحمل : اذا بيع الحمل بدون أمه فإنه يبيع باطل بالإجماع ، سواء كان يبيعه لملك الام أم لغيره ، اما اذا باع حاملاً بيعاً مطلقاً دخل الحمل في البيع بالإجماع ، شأنها في ذلك شأن بيع اللبن في الضرع مع الشاة والإختلاف فيه هو نفس الإختلاف في بيع الشاة مع اللبن (٢) .

٤ - بيع الزرع تبعاً للارض : اذ يبيع الزرع الأخضر فقط بدون اشتراط القطع فالبيع لا يصح ، أما إذا باع الزرع الأخضر مع الأرض جاز البيع ، لأنه جعل الزرع الأخضر تبعاً للأرض فلم يؤثر الغرر في هذا البيع (٣) .

قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة ، وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي فإن باعه مع الأرض جاز وإن باعه لملك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة تباع من مالك الاصل (٤) .

٥ - إن عقد البيع لا يصح بدون الايجاب والقبول إذا كان البيع مستقلاً ولكن في البيع الضمني يغتفر فيه ترك الايجاب والقبول (٥) .

٦ - لو اشترى شيئاً لم يره ، وقال الآخر كن وكيلاً عني بقبض ما اشتريته ، فلو قال الوكيل اسقطت خيار رؤية موكلي ، لا يصح اسقاطه قصداً ، لكن لو قبضه وهو يراه ، سقط خيار موكاه عند الإمام ، فهنا قد سقط خيار رؤية الموكل ضمناً ولم يسقط قصداً ، وقال : الوكيل بالقبض كالرسول ، رؤيته لا تسقط خيار الموكل (٦) .

(١) المجموع للنووي : ٩ : ٣٥٩ ، ٢٨٠ .

(٢) المجموع : ٩ : ٣٥٧ .

(٣) الاشياء والنظائر للسيوطي : ١٢١ .

(٤) المنهي لابن قدامة : ٤ : ٦٤ .

(٥) الاشياء والنظائر للسيوطي : ١٢٠ .

(٦) الاشياء والنظائر لابن نجيم : ١٢٢ .

٧ - بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مع الأصل : اذا اشترى الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط التيقية فلا يصح البيع اجماعاً ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » متفق عليه (١) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بحملة هذا الحديث .

اما إذا بيعت الثمرة قبل بدو الصلاح ولكن مع الاصل فهذا البيع يجوز بالإجماع ، لقول النبي ﷺ من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر ، فثمرتها للذي باعها ، الا أن يشترط المبتاع ، ولأنه اذا باعها مع الاصل حصلت تبعاً في البيع ، فلم يضر احتمال الغرر فيها كما يقول ابن قدامة ، وهذا الاحتمال كاحتمال الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة ، والنوى في التمر مع التمر ، وأساسات الخيطان في بيع الدار (٢) .

ومن هذا يتبين لنا ان المشتري إذا شرط أن تكون الثمرة له جاز ، واذا لم يشترط المشتري ذلك فالثمرة انما تكون للبائع بمقتضى الحديث ، وجاز ذلك رغم أن الثمرة لم يبد صلاحها بعد .

٨ - بيع الثمرة مفردة لمالك الاصل قبل بدو الصلاح : صورة المسألة : أن تكونه الثمرة للبائع ، وذلك ان تؤبر الشجرة فتكون للبائع ، لأن المشتري لم يشترط الثمرة له ثم يبيعها البائع له بعد ذلك ، أو أن يوصي لرجل بثمره نخلة فيبيع الموصي له الثمرة لورثة الموصي ، فقد اختلف الفقهاء في هذا البيع فأجازوه البعض ومنعه آخرون ، وقد قرر ابن قدامة هذا الخلاف فقال : ففيه وجهان :

أحدهما : يصح البيع ، وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يجتمع الأصل والثمره للمشتري ، فيصح كما لو اشتراها معا ، ولأنه اذا باعها لمالك الاصل حصل التسليم الى المشتري على الكمال ، لكونه مالكا لاصولها ، وقرارها ، فصح كبيعها مع اصلها .

الثاني : لا يصح وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن العقد تناول الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة ، كما لو كانت الاصول لأجنبي ، ولأنها

(١) أخرجه البخاري ومسلم . انظر اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٣٧ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٤ : ٦٣ .

تدخل في عموم النهي ، بخلاف ما اذا باعها معا ، فانه مستثنى بالخبر المروي فيه ، ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة ، وفيما اذا باعها معاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع ، كما يجوز بيع اللبن في الضرع ، والحمل مع الشاة وغيرهما ، وان باعه الثمرة ، بشرط القطع في الحال ، صح وجها واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط ، لأن الأصل له (١) .

٩ - بيع الجبة وحشوها : فاذا قال بعثك هذه الجبة وحشوها أو بحشوها فطريقان : الأول : لا يصح كما في بيع الشاة مع حملها ، والثاني : يصح قولاً واحداً . وأصح القولين الصحة قطعاً ، لأن الحشو داخل في مسمى الجبة ، فيكون ذكره توكيداً للفظ الجبة بخلاف الحمل ، ولأن الحشومتين وجوده بخلاف الحمل ، أما اذا بيعت بدون ذكر الحشو فالأمة أجمعت على صحة بيع الجبة المحشوة وان لم ير حشوها ، لأن ذلك غرر حقير ، ويكون بيع التابع تبعاً للأصل (٢) .

١٠ - بيع أساس الدار تبعاً لها وان لم ير الأساس ، وقد أجمعوا على جواز هذا البيع ، لأن الغرر لا يؤثر في التابع بينما عدم الرؤية في الاصل يؤثر الغرر فيه (٣) .

١١ - بيع ما يكمن في الارض : قال بعض فقهاء الحنفية أنه يجوز بيع ما يكمن في الأرض اذا كان الموجود منه أكثر من المعدوم ، لأن المعدوم يكون تابعاً للموجود ، وكذلك أجازته الحنابلة اذا كان المقصود منه ظاهراً ، لأن الكامن يكون تابعاً فلا تضر جهالته ، وأن هذا البيع ليس من الغرر بل أهل الخبرة يستدلون بما يظهر على الغيب ، قال ابن تيمية : « وكان في اظهار باطنه مشقة وحرَج ، اكتفى بظاهره كالعقار فإنه لا يشترط رؤية أساسه ودواخل الحيطان » (٤) .

١٢ - ان بعث فلك درهم وان لم تبع فلك نصف درهم : وترى الزيدية انه لا يصح الاستئجار على البيع ، لأن البيع لا يتم الا بالقبول وليس بمقدور الاجير ان يحصل منه

(١) المغني لابن قدامة : ٤ : ٦٤ .

(٢) المجموع للشووي : ٩ : ٣٥٦ ، ٢٨٠ - ٢٨١ ، ٣٣٠ .

(٣) المصدر السابق : ٩ : ٢٨٠ ، ٣٣٠ .

(٤) مجرعة فتاوى ابن تيمية : ج ٢٩ : ٤٨٨ .

القبول فكان فيه غرراً وقد نهى عن بيع الغرر ، فان قال : ان بعت فلك درهم والا فنصف درهم صحت الإجارة ، لأن البيع دخل تبعاً للإجارة وليس مقصوداً فأشبهه الحقوق ، والجهالة تغتفر فيما يدخل تبعاً من الحقوق (١) .

وذلك لأن الإجارة انما تكون على العمل وقد حصلت الإجارة على عرض المبيع للبيع لا على نفس البيع ، والبيع انما جاء تبعاً للعمل فلم يؤثر فيه الغرر عندئذ .

نفي الغرر عن بعض العقود للحاجة :

لقد مر بنا سابقاً ان الامام النووي رحمه الله قال : إن الغرر الذي لا يؤثر في العقد : وهو أنه اذا دعت الحاجة الى ارتكاب الغرر ، ولا يمكن الاحتراز عنه الا بشقة ، أو كان الغرر حقيراً جاز البيع ، وأن الغرر المؤثر هو بعكس ذلك تقريباً : اذا لم تدع الحاجة الى ارتكابه ، ويمكن الاحتراز عنه بدون مشقة ، وكان الغرر كثيراً ، فان البيع لا يجوز .

ولذا اذا كان الناس بحاجة الى هذا العقد فان الشارع الحكيم لم يجعل حرجاً قال تعالى : وما جعل عَليكم في الدين من حرجٍ (٢) . فقد اجاز الشارع الحكيم دفع الحرج ، ففي العقود فقد اجازها ولو كان فيها غرراً اذا كان الناس يحتاجون اليها . فقد اباح الشارع اجارة البيوت للحاجة ، اذ لا يستطيع كل انسان ان يجد بيتاً يسكنه ، وكذلك الجعالة جوزت على خلاف القياس لما فيها من الجهالة جوزت للحاجة ، وكذلك الحوالة جوزت على خلاف القياس للحاجة ، اذ انها من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة الى ذلك ، وكذلك جواز السلم على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم دفعاً لحاجة المفاليس ، وكذلك الاستصناع اجيز للحاجة ، وكذلك دخول الحمام مع جهالة مكانه فيها وبما يستعمله من مائها ، وشربة السقاء ، ومنها ضمان الدرك فقد جوز على خلاف القياس اذ البائع اذا باع ملك نفسه ، ليس ما أخذه من الثمن ديناً عليه ، حتى يضمن ، لكن لا يحتاج الناس الى معاملة من لا

(١) البحر الزخار : ٤ : ٥٠

(٢) سورة الحج : ٧٨ .

يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً (١)

المراد بالحاجة :

يقول السيوطي : « والحاجة لئاع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك ، غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في الصوم » (٢) وبالنسبة للعقود فإذا كان الناس بحاجة الى عقد من العقود ولو لم يباشر هذا العقد لكان الناس في حرج ومشقة كما رأينا سابقاً من الأمثلة .

الحاجة والضرورة سواء في الغرر :

لقد ذكرنا آنفاً ان الجائع لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة كما يقول السيوطي : ويقول عن الضرورة : « بلوغه حداً إن لم يتناوله الممنوع هلك أو قارب » (٣) ، والمقصود من قارب أي أنه يصل الى درجة يخاف على نفسه الهلاك . يقول الزرقاني : (حد الاضطرار أن يخاف على نفسه الهلاك علماً أو ضناً ولا يشترط ان يصير الى حال يشرف معها على الموت (٤) .

الا انهم في الكلام عن الغرر لا يفرقون بين الحاجة والضرورة ، فيستعملون الضرورة مكان الحاجة والمشقة ، ولذا فإنني سأسرد بعضاً من النصوص الفقهية مبينة استعمالهم الضرورة بدل الحاجة ، والحاجة بدل الضرورة ، الا انه لا يغرب عن البال ان الضرورة في عقد الغرر لم يصل الى حد التعريف الذي ذكرناه .

يقول الدردير في شرحه لمن خليل (وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الاوصاف

(١) الاشياء والنظائر للسيوطي : ٨٨ والاشياء والنظائر لابن نجيم : ٩١ - ٩٢ ، ويذكر ابن نجيم نقلاً عن القنية والغنية أنه يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح . الاشياء والنظائر لابن نجيم : ٩٢ ، وفي هذا الرأي نظر ، اذ هذا صريح في الربا اذ هو مقابلة مال بمال مع التفاضل ، والآيات والاجاديس لم يرد فيها ما يخصها بالحاجة ، ولعل هذا القول تصحيف وتكون الجملة لا يجوز للمحتاج . . . والله أعلم .

(٢) الاشياء والنظائر للسيوطي : ٨٥ .

(٣) الاشياء والنظائر للسيوطي : ٨٥ .

(٤) الزرقاني على الموطأ : ٣ : ٩٥ ويقول محمد سلام مذكور : (والاضطرار أقوى انواع الحاجة

وأبرزها) . نظرية الإباحة : ٣٤٢ .

المكتوبة في البرنامج (اي الدفتر المكتوب فيه اوصاف ما في العدل من الثياب المبيعة لتشتري على تلك الصفة للضرورة) ويقول الدسوقي شارحاً للضرورة : اي لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه ومؤنة شده) (١) .

اما من فسر الحاجة بالضرورة الشيخ الدرذير رحمه الله في شرح متن خليل فقال : (واغتفر غرر يسير اجماعاً للحاجة) اي للضرورة (٢) وكذلك الشيخ صالح عبدالسميع يفسر ذلك بالضرورة (٣) والشيخ محمد الصاوي يقول في هذا الصدد : (واغتفر للضرورة غرر يسير اجماعاً (٤) .

اما الشافعية فانهم اكثر الناس استعمالاً لكلمة الحاجة في مسائل الغرر ، فيقول الشيرازي : (ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد ، وثوب من اثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة) (٥) ويقول ايضاً : نهى رسول الله ﷺ عن المجر . . . ، ولأنه قد يكون حملاً وقد يكون ربحاً وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز ، ولأنه ان كان حملاً فهو مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز) (٤) ويقول ايضاً : ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم . . . لأنه قد يموت الحيوان قبل فيتنجس شعره وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز) (٦) .

ويقول النووي : (الاصل أن بيع الغرر باطل للحديث ، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه .

فأما ما تدعو اليه الحاجة ، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار ، وشراء الخامل مع احتمال أن الحبل واحد او اكثر ، وذكر او انثى ، وكامل الاعضاء أو ناقصها ، وكشراء

(١) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٢٤

(٢) المرجع السابق : ٣ : ٦٠ .

(٣) جواهر الاكليل : ٢ : ٢٣ .

(٤) بلغة السالك : ٣ : ٣٢ .

(٥) المهذب للشيرازي : ١ : ٢٧٠ .

(٦) المرجع السابق : ١ : ٢٧٢ .

الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك ، فهذا يصح بيعه بالاجماع (١)

اما الخنفيه فيقول السرخسي في صدد خيار الشرط : (والقياس يأبى ذلك ، لأن شرط الخيار تعليق للعقد ، وعقود المعاوضات لا تحتتمل التعليق ويبقى مقتضى العقد وهو الزوم وموجبه وهو الملك ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث ولحاجة الناس الى ذلك (٢) .

ويقول الحصكفي : (ولا تصح عند الامام ، لأنها كقفيز الطحان ، وعندهما تصح وبه يفتى للحاجة) (٣) اما الحنابلة فيقول ابن تيمية : (ومفسدة الغرر اقل من الربا فلذلك رخص فيما تدعو اليه الحاجة منه ، فان تحريمه اشد ضرراً من ضرر كونه غرراً مثل بيع العقار جملة ، وان لم يعلم دواخل الحيطان والاساس ، ومثل بيع الحيوان الحامل او المرضع ، وان لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن ، وان كان قد نهى عن بيع الحمل مفرداً ، وكذلك اللبن عند الأكثرين ، وكذلك بيع الثمرة بعد بدو صلاحها فانه يصح مستحق الابقاء كما دلت عليه السنة) (٤) .

ويقول ابن القيم : (فليس كل غرر سبباً للتحريم ، والغرر اذا كان يسيراً أو لا يمكن الاحتراز منه لم يكن مانعاً من صحة العقد ، فان الغرر الحاصل في أساسات الجدران ، ودواخل بطون الحيوان ، أو آخر الثمار التي بدا صلاح بعضها دون بعض لا يمكن الاحتراز منه ، والغرر الذي في دخول الحمام ، والشرب من السقاء ونحوه غرر يسير ، فهذان النوعان لا يمنعان البيع ، بخلاف الغرر الكثير الذي يمكن الاحتراز منه وهو المذكور في الانواع التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما كان مساوياً لها لا فرق بينها وبينه فهذا هو المانع من صحة العقد ، فاذا عرف هذا فبيع المغيبات في الأرض انتفى عنه الامر ان فان غرره يسير ولا يمكن الاحتراز منه . . .) (٥) .

(١) المجموع للتووي ٩ : ٢٨٠ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣ : ٤٠ - ٤١

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ : ٢٧٤ - ٢٧٥ .

(٤) القواعد النورانية ١١٨ ، ١٣٢ ، ١٣٧ .

(٥) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ .

ويقول ابن قدامة بعد ذكر حديث الرقية على جواز الجعالة : (ولأن الحاجة تدعو الى ذلك فان العمل قد يكون مجهولاً كإجراء الآبق، والضالة، ونحو ذلك، ولا تنعقد الاجارة فيه والحاجة داعية الى ردهما ، وقد يجد من يتبرع به ، فدعت الحاجة الى اباحة بذل الجعل فيه ، مع جهالة العمل ، لأنها غير لازمة) (١) .

والزبيدي كما يقول المرتضى : (الجعالة جائزة لمس الحاجة الى رد الضال ونحوه كالأجارة) (٢) .

والامامية كما يقول العاملي في صدد جواز اجارة الفحل للضراب : (والقصد من الضراب وان كان هو الماء الا أنه يجوز للضرورة) (٣) .

تعيين الحاجة تنزلها منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة :

لقد ذكرنا سابقاً الضرورة والحاجة، والمراد هنا معنى الحاجة الخاصة وهي أن يكون الاحتياج فيها الى طائفة خاصة كأهل قرية أو حرفة ، والحاجة العامة وهو أن يكون الاحتياج اليها شاملاً لجميع الناس (٤) .

والمراد من الحاجة التي لها علاقة بالغرر والتي تجعل الغرر غير مؤثر في العقد أن تكون معينة بحيث لا يستطيع أن يوجد عقد آخر يحقق الغرض ، فاذا تعينت فعندئذ لا أثر للغرر في العقد نظراً للحاجة، واذا كان بالامكان الحصول عليها من عقد آخر دون ان يكون فيه غرر فالحاجة عندئذ غير موجودة في العقد الذي فيه غرر ، فعقد الاجارة على شرب اللبن لا يجوز وبيع اللبن في الضرع لا يجوز ، لأن الحاجة فيها غير معينة ، لأنه من السهل الوصول الى اللبن بعقد الاجارة على الظئر ، وهذه الاجارة متفق عليها والارضاع لا يكون الا بهذه الطريقة .

اما اذا تعينت الحاجة فالعقد عندئذ يجوز ، كبيع ما يؤخذ بعضه بعد بعض وقد

(١) المعني لابن قدامة ٦ : ٩٤ .

(٢) البحر الزخار ٤ : ٦٢ .

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ١٤٤ .

(٤) مجلة الاحكام العدلية م ٣٢ والاشياء والنظائر لابن نجيم ٩١ والمدخل الفقهي العام للزرقاء : ٩٨٣ .

اختلف الفقهاء فيها ، فالمجيزون لما أجازوها دفعاً للحرج والمشقة ، لأن منع بيعه الا شيئاً فشيئاً كلما أخرج شيئاً باعه في ذلك من الحرج والمشقة وتعطيل مصالح ارباب تلك الأموال ومصالح المشتري مالا يخفى وذلك مما يوجب الشارع ولا تقوم مصالح الناس بذلك (١) .

والمانعون يقولون أنه يجوز شراء هذه لقطة لقطة ، وجزء جزء ، فان الحاجة غير متعينة .

وكذلك جوز الفقهاء بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدا بعضها وأمن العاهة نظراً للحاجة .

وجاء في فتح القدير : (ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه ، فاما باذن البائع اذنا مجرداً ، او باذن في ضمن الاجارة ، بأن استأجر الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ، في صورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل ، أما في الاذن المخرد فظاهر ، وأما في الاجارة فلائها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة ، فان الحاجة ليست بتعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن مخلص الا بالاستئجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع اصولها فيتركها عليها) (٢) .

فالحنفية لم ترجوا استئجار الاشجار وابقاء الثمار عليها حتى يبدو صلاحها لعدم تعيين الحاجة ، وعللوا ذلك بأنه بالامكان شراء الشجر والثمر ولذلك لا تكون الحاجة متعينة ، ويعجني رأي الكمال بن المهام في عدم قبول هذه العلة فإنه يقول : (ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يتسدى شراء مالا حاجة له اليه ، وما لا يقدر على ثمنه ، وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار . . واصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان الا ان الشرع اجازها للحاجة ، فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز) (٣) .

تقييد الحاجة :

لقد قلنا سابقاً ان الحاجة اذا تعينت في عقد من العقود انتفى الغرر الا ان هذه الحاجة مقيدة ومقدرة بقدار معين ومن الأمثلة على ذلك : ما قاله المرغيناني : (ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايها شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة ايام فهو جائز ، وكذلك

(١) زاد الماد لابن القيم الجوزيه ٤ : ٢٦٧

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٣

(٣) فتح القدير ٥ : ١٠٣

الثلاثة ، فان كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد ، والقياس أن يفسد البيع في الكل للجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي ، وجه الاستحسان أن الخيار شرع للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققه ، لأنه يحتاج الى اختيار من يتق به أو اختيار من يشتره لأجله ، ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع ، غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والمتوسط والردى فيها ، والجهالة لا تنفصي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار ، وكذا في الأربع الا ان الحاجة اليها غير متحققه والرخصة ثبوتهما بالحاجة (١) .

وهذا النص نري أن الحنفية قيدت الحاجة بمقدار ما يحتاج اليها ، فعندما زاد على الثلاث اندفعت الحاجة فبطل فرد الى الاصل ، لأن الحاجة تندفع بالتحري في الثلاث لا في الاربعة ، وكذلك فان اشترط الخيار انما يكون للمشتري لا للبائع ، لأن المشتري هو المحتاج الى معرفة المبيع بينما البائع يعلم بالمبيع وكنهه ، ولذا يقول الكمال بن الهمام : (واذأ ظهر ان جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً ظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والأرفق ، لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لاءمه منه فيرد جانب البائع الى القياس) (٢) . ويرى الكرخي ان الخيار يجوز للبائع كما يجوز للمشتري الا ان جوازه للبائع من باب الاستحسان ، لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع (٣) ، الا ان النص في المجرّد على أنه لا يجوز خيار التعيين في جانب البائع (٤) وكذلك فانه لا يجوز خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة وزفر الشافعي ، لانه شرع للحاجة

(١) الهداية مع فتح القدير : ٥ : ١٣٠ وانظر بدائع الصنائع للكاساني : ٥ : ١٥٧ .

(٢) فتح القدير : ٥ : ١٣١ .

(٣) يذكر محمد سلام مذكور (غير أن الفقيه الكرخي أجازة للبائع أيضاً وهو ما أميل اليه ، لان ما أجز للمشتري من أجله يصح ان يتوفر له ، فلو فرضنا ان شخصاً يملك سيارتين فرض عليه من له بخيرة فيهما ان يبيعه احدهما وحدد لكل ثمتاً ، وكان هو في حاجة الى التخلص من أحدهما ودرغ ان يعرض الامر على من له خيرة فقتل البيع على ان يكون له خيار التعيين) المدخل للفقهاء الاسلامي : ٦٦١ ، والذي أراه أن هذا خيار الشرط لا خيار التعيين ، لان ترك الخيار للبائع انها هو اعطاؤه فرصة التروي والاختيار وهذا هو معنى خيار الشرط ، وأرى أن البائع ليس له خيار التعيين ، لان المفروض بالبائع ان يكون عالماً بالمبيع باعتبار أنه مالك له ، بخلاف المشتري الذي يجهله .

(٤) فتح القدير : ٥ : ١٣١ .

الى التروي ليندفع الغبن ، والحاجة انها تندفع بالثلاث وما عدا الثلاث لا نهاية له ، وانا
أجيز بخلاف القياس ، لان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو الزوم ، ولذا فيقتصر
على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (١) .

والمالكية ترى تقدير الحاجة بمقدار معين فن ذلك ما يقوله الباجي : (ولا يجوز
أن يكون الجعل مجهولا ، لانه لا ضرورة تدعو الى ذلك ، وانا جاز أن يكون العمل مجهولا
للضرورة الداعية الى ذلك) (٢) . فقد أجازت الجمالة مع جهالة العمل وعدم جواز جهالة
الجعل ، لان الحاجة الى جهالة العمل بينما لا تدعو الحاجة الى جهالة الجعل لعدم الضرورة
الداعية الى ذلك .

وقد اشترطت المالكية ان ينتفع الجاعل بما جعل له فن قال من رد آبقى أو بعيري
الشارد فان ردهما يعود على الجاعل بالمنفعة ، أما اذا لم يعد على الجاعل بالمنفعة فانه لا يصح
قال عيد الملك : (من جاعل رجلا على رقبته الى موضع في الجبل سماه له فلا يجوز الا فيما
ينتفع به الجاعل) . وقد اعتبر المال الذي يؤخذ مقابل عمل بدون عود منفعة على الجاعل
انه أخذ مال بالباطل (٣) .

(١) فتح القدير ٥ : ١١٠ - ١١٢ ، ورأي الصحاحين أنه يجوز الى شهرين ، لأن الخيار انما شرع للعاجة
الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن ؛ والذي أميل اليه
هذا الرأي وخاصة بعد ظهور المصانع الكبيرة والآلات المقتدة فان مدة الثلاث لا تكفي الى فصحا
ومعرفة حقيقتها ، وما شرع الخيار لاجله عندئذ منتف .

(٢) المنتقى للباجي : ٥ : ١١٣ .

(٣) جواهر الاكليل : ٢ : ٢٠١ .

الباب الثاني

أثر الغرر في عقد البيع

ويحتوي على ثلاثة فصول :

- | | | |
|-------------------------|---|--------------|
| أثر الغرر في صيغة العقد | : | الفصل الأول |
| أثر الغرر في المبيع | : | الفصل الثاني |
| أثر الغرر في الثمن | : | الفصل الثالث |

الباب الثاني

أثر الغرر في عقد البيع

تمهيد

قد بوب بعض الفقهاء للغرر في كتبهم أبواباً بسيطة لا تمكن المدارس لها من أن يلم بالموضوع ، وإنما تنير للطالب الطريق فيهندي بها ، الا ان المذاهب من هذا الأمر منهم المقل ومنهم المكثّر .

فالحنفية لم تفرد باباً مستقلاً ولا نجد للغرر في ثنايا كتبهم الا مسائل مبعثرة ، والمالكية اكثر المذاهب تبويباً لذلك ، فالامام مالك يوب له في كتابه الموطأ ، والباقي في كتابه المتبقي شرح الموطأ ، وابن رشد الجدل والحقيد وابن جزير وغيرهم .

ومن الشافعية فقد بوب للغرر الشيرازي في كتابه المذهب وشرحه النووي في المجموع شرحاً وافياً أفاض في قسم البيع مما اعطى ثروة ضخمة للباحث في بحث الغرر في قسم البيع فقط ، أما بقية العقود فلم يوب لها باباً .

ومن الحنابلة ابن تيمية في كتبه ، فقد بوب للغرر في كل العقود ، الا انه لم يرتب التبويب كما فعل بعض الفقهاء ، وتبعه تلميذه ابن قيم الجوزية في كتابه زاد المعاد .
والزيدية منهم زيد بن علي في كتابه المجموع .

هذا وإني أعرض لكم التقاسيم المختلفة لعلماء المذاهب ثم أبين رأسي في التقسيم الذي أختاره وأسير عليه في هذا الباب .

أولاً - تقسيم الحنفية :

لم أعثر للحنفية في كتبهم على باب مستقل للغرر ، وإنما تكلم ابو العلاء السمرقندي

عرضاً في باب البيع الفاسد عن أنواع الغرر ولذا تذكر البيع الفاسد الذي فيه غرر فقط (١).

١ - ان يكون المبيع مجهولاً أو الثمن مجهولاً ، جهالة توجب المنازعة ومثل له بتأبيلي :

(ا) شراء شاة من قطيع .

(ب) باع بالنسيئة كذا وبالتقد كذا .

(ج) باع الى الحصاد والدياس .

(د) باع برأس ماله أو برقه ولا يعلم المشتري رقمه ولا رأس ماله .

٢ - اذا كان المبيع غير مقدور التسليم . مثل :

(ا) الطير الذي طار عن يده .

(ب) العبد الآبق .

(ج) المعضوب .

٣ - بيع المعلوم الذي انعقد سبب وجوده او ما هو على خطر الوجود مثل :

(ا) بيع المضمين .

(ب) بيع الملائيح .

(ج) بيع حبل الخيلة (٢) .

ثانياً - تقسيم المالكية ::

تقسيم ابن رشد الجهد

ذهب ابن رشد الى تقسيم الغرر الكثير المانع من صحة العقد الى ثلاثة أقسام :

اولا : الغرر في العقد مثل :

(ا) بيعتان في بيعه .

(ب) بيع العربون .

(ج) بيع الحصاة .

(١) . وسار على هذا النهج ابن نجيم في البحر الرائق ، والزيلعي ، في كتابه تبين الحقائق ، وكذلك المرغيناني في الهداية ، الا ان صاحب التحفة أجود تبويهاً لذلك وقد فصله خير تفصيل الكاساني في البدائع .

(٢) تحفة الفقهاء ج ٢ : ٦٢ - ٦٨ .

(٥) بيع المكيل والجزاف في صفقة واحدة (١) .

ثانياً : الغرر في الثمن والمثمن ويكون في ثلاثة اشياء :

أ (الجهل بصفة ذلك او بمقداره مثل :

١ - الجنين في بطن امه .

٢ - بيع الغائب على غير صفقة .

٣ - بيع سلعة بدنانير من غير صفة ونقد البلد مختلف .

٤ - العبد الآبق .

٥ - الجمل الشارد .

٦ - السلعة بيد غاصب منكر للغصب او مقر ممتنع من دفعه (٢) .

ثالثاً : الغرر بالأجل في الثمن والمثمن : مثل ؟ بيع السلعة الى قدوم زيد او إلى موته (٣) .

تفسير ابن رشد الحفيد :

ذهب ابن رشد في تبويبه للبيوع المنهي عنها من قبل الفقيه الذي سببه الغرر فقال :

(والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه)

(١) تفسير بيع المكيل والجزاف صفقة واحدة ويتحصل فيما يأتي :

أولاً : ان من الاشياء مسا الأصل فيه أن يباع كيلا ويجوز بيعه جزافاً ويكون ذلك في الحبوب فيجوز أن يباع مجازفة كأن تقول بعتك هذه الصبرة على الأرض المتساوية ولا يعلم عدد قفزانها مجازفة بثلاثين ديناراً فقال الاخر قبلت فهذا البيع صحيح ، وكذلك يجوز ان يبيع الحبوب مكسيلة كل كيل بخمسة دنائير ويقول الاخر قبلت مع أن الاصلح في بيع الحبوب انما يكون بالكيل لا بمجازفة ثانياً : وإن من الاشياء ما الأصل فيه أن يباع جزافاً ويجوز بيعه كيلا وذلك في الثياب والأرضين : مثال ذلك : بعتك هذه الأرض بمائة دينار فيقول الاخر قبلت وهذا هو الاصل أن يباع مجازفة لا كيلا ، ويجوز ان تقول بعتك فداناً من هذه الأرض معروفة الحدود والموقع ولكن كل متر بدينار ، أو بعتك هذا الثوب كل ذراع بدرهم .

ثالثاً : وان من الاشياء عروضا لا يجوز بيعها كيلا ولا وزناً كالعبيد والحيوان .

والمستوع : أن يباع في الصفقة كيل ما أصله أن يباع جزافاً كالارض مع الجزاف مما أصله ان يباع كيلا كالبئر ، كمن يبيع أرضاً مع صبرة مجهولة السيمان صفقة واحدة .

(٢) لم يورد ابن رشد الاشياء الثلاثة وانما ذكر أحدها ولا أعلم هل هناك من نقص عند طبع كتابه أم أنه اكتفى بالتشثيل عن الأنوع الثلاثة .

(٣) المقدمات الممهدة : ص ٢٢٣ .

- أولاً - من جهة الجهل بتعيين المقنود عليه .
 ثانياً - من جهة الجهل بتعيين العقد .
 ثالثاً - من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن المبيع .
 رابعاً - من جهة الجهل بقدر الثمن والمثمن المبيع .
 خامساً - من جهة الجهل بأجله .
 سادساً - من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه .
 سابعاً - من جهة الجهل بسلامته .

ثم ذكر بعض البيوع التي توجد فيها هذه الصفات أو بعضها قسمها الى بيوع منطوق بها ، وبيوع مسكوت عنها .

فأما البيوع المنطوق بها فيذكر أن أكثرها متفق عليها بين الفقهاء وإنما وقع الخلاف في شرح أسماؤها .

وأما المسكوت عنها فختلف فيها بين الفقهاء .

البيوع المنطوق عنها في الشرع :

لم يصنف ابن رشد البيوع المنطوق بها حسب التقسيم السابق لكل قسم ، وإنما عددها فقط ثم يشرح بعض هذه البيوع ، فمن المنطوق بها ما نذكره .

- | | |
|---------------------------|--|
| ١ - حبل الحيلة . | ٨ - بيعتان في بيعة . |
| ٢ - بيع ما لم يخلق . | ٩ - بيع وشرط . |
| ٣ - بيع الثمار حتى ترهق . | ١٠ - بيع وسلف . |
| ٤ - بيع الملامسة . | ١١ - بيع السنبل حتى يبيض والعتب حتى يسود . |
| ٥ - بيع المنابذة . | ١٢ - بيع المضامين . |
| ٦ - بيع الحصاه . | ١٣ - بيع الملاقيح (١) . |
| ٧ - بيع المعاومة . | |

(١) بداية المجتهد : ٣ - ١٥٩ - ١٦٠ .

البيوع المسكوت عنها :

ويذكر ابن رشد أن البيوع المسكوت عنها كثيرة ، وقد اختلف الفقهاء فيها ويذكر أهمها لتكون كالقانون للمجتهد النظار . فيقول : ان المبيعات على نوعين : بيع حاضر مرئي فهذا لا خلاف في بيعه ، واختلف فيه ما تذكره كالتالي :

- ١ - بيع غائب او متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فيه .
- ٢ - بيع الدين بالدين .
- ٣ - بيع الثمر الذي يثمر بطوناً مختلفة .
- ٤ - بيع الغيب في الارض كاللفت والجزر .
- ٥ - بيع الجوز واللوز والباقلاء في قشره .
- ٦ - بيع السمك في الغدير .
- ٧ - بيع الآبق .
- ٨ - بيع اللحم في جلده .
- ٩ - بيع المريض .
- ١٠ - بيع تراب المعدن والصواغين .
- ١١ - بيع الجزاف .
- ١٢ - أن يأخذ الرجل من غريمه (في دين له عليه) تمرا قد بدا صلاحه (١) .

تقسيم ابن جزيء :

يقسم ابن جزيء الفرر الى نوعين : ممنوع ، ويسير ، والفرر المنسوع يقسمه الى عشرة انواع :

النوع الاول - تعذر التسليم ومثل له :

- ١ - بيع البعير الشارد .
 - ١ - بيع الجنين في البطن دون أمه .
 - ٣ - بيع ما لم يخلق - كبيع حبل الحبلية - وكبيع المضامين .
- النوع الثاني - الجهل بجنس الثمن أو المثلون ومثل له : بعتك ما في كمي .
- النوع الثالث - الجهل بصفة أحدهما ومثل له :
- ١ - بعتك ثوباً من منزلي .
 - ٢ - بيع شيء من غير تقليد ولا وصف .

(١) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٧ - ١٧٢ والفروق للقرافي : ٢ : ٢٧٣ - ٢٧٤ .

- النوع الرابع - الجهل بمقدار أحدهما ومثل له :
- ١ - البيع بسعر اليوم أو بما يتبع به الناس أو بما يقول فلان .
 - ٢ - بيع القمح في سنبله .

- النوع الخامس - الجهل بالأجل ومثل له :
- ١ - البيع الى قدوم زيد .
 - ٢ - البيع الى موت عمرو .

النوع السادس - بيعتان في بيعة ومثل له :

- ١ - بعثك هذا الثوب نقدا بعشرة او بعشرين الى أجل والبيع لازم في احدهما .
- ٢ - بعثك أحد هذين الثوبين بكذا والبيع لازم في احدهما .

- النوع السابع - ما لا ترجى سلامته ومثل له : بيع المريض في السابق .
- النوع الثامن - بيع الحصاة .
- النوع التاسع - بيع المتابذة .
- النوع العاشر - بيع الملامسة (١) .

تقسيم القرافي :

ان العلماء يتوسعون فيستعملون الغرر والجهالة احدهما موضع الأخرى ، ولذلك نجده في تقسيمه للغرر والجهالة يقول : (الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء) .

- ١ - في الوجود كالأبق قبل الإباق .
- ٢ - في الحصول ان علم الوجود كالطير في الهواء .
- ٣ - في الجنس كسلعة لم يسمها .
- ٤ - في النوع كعبد لم يسمه .
- ٥ - في المقدار كالبيع الى مبلغ رمي الحصاة .
- ٦ - وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين .
- ٧ - وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها .

(١) القوانين الفقهية لابن جزيه من ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

ثم يقول : وسبب استعمال العلماء الغرر والجهالة لإحداهما موضع الاخرى ، لأن الغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل بأخذ تسعة أشياء .

- الاول : الجهل بتعيين المعقود عليه كثوب من ثوبين مختلفين .
- الثاني : الجهل بتعيين العقد أي الجهل بوجود المعقود عليه كالأبق قبل الإباق .
- الثالث : الجهل بجنسه كسلعة لم يسمها .
- الرابع : الجهل بنوعه كعبد لم يسمه .
- الخامس : الجهل بالخصول إن علم الوجود كالطير في الهواء .
- السادس : الجهل بالمقدار كالبيع الى مبلغ رمي الحصة .
- السابع : الجهل بالبقاء كالثمار قبل بدو صلاحها .
- الثامن : الجهل بالأجل إن كان هناك أجل .
- التاسع : الجهل بالصفة . (١)

ثالثاً - الشافعية : (٢)

ومن ذهب الى تويب الغرر الشيرازي في كتابيه المهذب والتنبية فقد قسم الغرر الى الأقسام التالية :

أولاً - بيع المعدوم ومثل له :

أ - بيع الثمرة التي لم تخلق . ب - بيع العيوب .

ثانياً - بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكة واستشهد بحديث حكيم بن حزام أن النبي

ﷺ قال : « لا تبع ما ليس عندك » ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فصار كالطير في الهواء ، والسملك في الماء .

ثالثاً - بيع ما لا يستقر ملكه عليه ، كبيع الأعيان المملوكة بالبيع ، والاجارة ، والصداق .

(١) الفروق للقرافي : ج ٣ : ص ٢٦٥ .

أما تمير القرافي بالأبق قبل الإباق فاني لم أعر لتفسير له عند القرافي وغير المالكية . وكأني أرى أنه بيع المعدوم ، كن بيع عبداً على أساس أنه أبق وهو موجود عنده الآن . وفي نظري أن هذا الافتراض لا معنى له . أما اذا كان يجهل ان العبد موجود لديه الآن وبينه على أساس أنه أبق فهذا جهالة في وجود المبيع فيستقيم المعنى .

(٢) ويقرب من هذا التقسيم تقسيم الماوردي في كتاب الحاوي في الجزء الخامس من

وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض ، لحديث حكيم: (لا تبع ما لا نقضه)
ولأن ملكه غير مستقر ، لانه ربما هلك فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير
حاجة فلم يجوز (١)

رابعاً - بيع ما لا يقدر على تسليمه : ومثل له .

أ - بيع الطير في الهواء . ب - بيع السمك في الماء .

ج - بيع الحمل الشارد . د - بيع الفرس العائر .

ه - بيع العبد الآبق . و - بيع المال المغصوب في يد الغاصب .

خامساً - بيع العين المخهولة ومثل له :

أ - بيع عبد من عبيد . ب - بيع ثوب من أثواب .

سادساً - بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها أو نوعها ومثل له :

أ - بيع الثوب المروي الذي في كمي .

ب - بيع العبد الزنجي الذي في داري .

ج - بيع الفرس الأدهم الذي في اسطبلي (٢) .

سابعاً - بيع مجهول القدر ومثل له .

أ - بعتك بعض هذه الصبرة . ب - بيع السمن مع الظرف .

ج - بيع النحل في الكندوج . د - بيع الصبرة جزافاً .

ه - بعتك هذه الصبرة الا قفيرا مع جهالة عدد قفرائها (٣) .

ثامناً - بيع ما يجهل صفته ومثل له :

أ - بيع الحمل في البطن .

ب - بيع اللبن في الضرع .

ج - بيع السمك في الفأرة .

د - بيع ذراع من دار وهما لا يعلمان ذرعان الدار .

ه - بيع الأعيان التي لم يرها (٤) .

(١) المهذب للشيرازي : ج ١ : ٢٧٠ .

(٢) المصدر السابق : ٢٧١ .

(٣) المهذب : ١ : ٢٧١ - ٢٧٢ .

(٤) التنبية لشيرازي : ٦٣ .

تاسعاً - البيع بثمن مجهول القدر ومثل له :

أ - بيع السلعة بـرقها .

ب - بيع السلعة بما باع به فلان .

عاشراً - البيع بثمن مجهول الصفة ومثل له : البيع بثمن مطلق (١) .

حادي عشر - البيع بثمن الى أجل مجهول ومثل له :

أ - البيع الى العطاء .

ب - البيع الى حبل الحيلة (٢) .

ثاني عشر - تعليق البيع على شرط مستقبل ومثل له :

أ - بيع المناذرة .

ب - بيع الملامسة .

ج - البيع الى مجيء الشهر .

د - البيع الى قدوم الحاج .

هـ - بيع الحصاة .

و - بيع حبل الحيلة .

ز - بيعتان في بيعه على أساس التعليق (٣) .

رابعاً - الحنابلة :

ذكر ابن تيمية في كتابه القواعد النورانية عن بيع الغرر فقسمه الى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : بيع المعلوم ومثل له ببيع حبل الحيلة وبيع الستين .

النوع الثاني : بيع المعجوز عن تسليمه ومثل له بالعبد الآبق .

النوع الثالث : بيع المجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه، أو قدره، ومثل له بعتك عبداً ،

أو بعتك ما في بيتي ، أو بعتك عبيدي (٤) .

(١) المهذب ١ : ٢٧٣ .

(٢) التبيين : ٦٣ .

(٣) المهذب ١ : ٢٧٣ - ٢٧٤ .

(٤) القواعد النورانية لابن تيمية : ١١٧ وقد تكلم عن الغرر في جميع المقود في كتابيه القساي والقواعد النورانية الا أنه غير منظم ، وغير كاف للباحث ، وانما ينير الطريق للدارس

تقسيم زيد بن علي :

لقد بوب للغرر باباً صغيراً ذكر فيه بيع الغرر الا أنه قال فيه : وقد تقدم لحديث النبي عن بيع الغرر شواهد وأمثلة ومن ذلك :

أولاً بيع العبد الآبق ، وبيع ماني بطون الانعام حتى تضع ، وشراء المغانم حتى تقسم ، وشراء الصدقات حتى تقبض ، وضربة الغائص . ويرد هذه الأمثلة الى : الجهالة وعدم استقرار العقد .

ثانياً وكل يبيع كان المقصود منه مجهولاً غير معلوم ، أو معجزاً عنه غير متدور عليه فهو غرر ، مثل :

- ١ - بيع السمك في الماء .
- ٢ - بيع لؤلؤ في البحر .
- ٣ - بيع البعير الشارد .
- ٤ - بيع طعام في بيت لم يفتحه .
- ٥ - بيع الطير في الهواء .
- ٦ - بيع العبد الآبق .
- ٧ - بيع الثوب في الجراب لم ينشره .
- ٨ - بيع ولد بهيمة لم تلده .
- ٩ - بيع ثمر شجرة لم تنمر (١) .

أما الباب فقال :

قال زيد :

- ١ - بيع ما في بطن الأمة غرر .
- ٢ - بيع ما تحمله الانعام هذا العام غرر .
- ٣ - بيع ضربة القانص غرر .
- ٤ - بيع ما في بطون الانعام غرر .
- ٥ - بيع ما يحمله النخل هذا العام غرر .
- ٦ - بيع ما تخرجه شبكة الصياد غرر .

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ج ٣ : ٢٤٠ - ٢٤٢ .

ووجهة إما لكونه معدوماً ، أو مما ليس عند البائع ، أو مجهولاً لا يدري ما هو :
أو لا يتم ملك البائع له (١) .
رأينا في التقسيم :

لقد تتبعنا التقاسيم السابقة وما ورد في الكتب الكثيرة من مختلف المذاهب فخرجت
بتقسيم جديد يحتوي على جميع التقاسم السابقة وجعلته مخططاً لهذا الباب الذي أسير عليه ،
والله أسأل أن يوفقنا الى ذلك .

الفصل الاول : أثر الغرر في صيغة العقد ، ويحتوي على الأبحاث التالية :

المبحث الأول : بيع المناذرة .

المبحث الثاني : بيع الملامسة .

المبحث الثالث : بيع الحصة .

المبحث الرابع : بيع العربون .

المبحث الخامس : بيعتان في بيعة وصفقتان في صفقة .

المبحث السادس : العقد المعلق والعقد المضاف .

الفصل الثاني : أثر الغرر في المبيع ويحتوي على الأبحاث التالية :

المبحث الأول : الجهل بصفة المبيع .

المبحث الثاني : الجهل بمقدار المبيع .

المبحث الثالث : جهالة العين .

المبحث الرابع : جهالة الأجل في المبيع .

المبحث الخامس : عدم رؤية المبيع .

المبحث السادس : بيع المعدوم .

المبحث السابع : عدم القدرة على التسليم .

الفصل الثالث : أثر الغرر في الثمن ويحتوي على الأبحاث التالية :

المبحث الأول : الجهل بصفة الثمن .

المبحث الثاني : الجهالة في الثمن ومقداره .

المبحث الثالث : جهالة الأجل في الثمن .

(١) الروض النضير شرح بمجمع الفقه الكبير : ٣ : ٢٨٤ ، وكثير من المحدثين من يوجب للغرر ما عدا البخاري رحمه الله إلا أنهم اقتصرُوا على الغرر في باب البيع وفي رأبي أن هذا الاختصار مردود وجود النص عن الرسول صلى الله عليه وسلم «نهى عن بيع الغرر» .

الفصل الأول

أثر الغرر في صيغة العقد

تمهيد

صيغة العقد :

ومعنى صيغة العقد : هي الكاشفة عن إرادة المتعاقدين في الوصول الى الأثر الذي يريته الشارع ، وتدل على الزمن الذي يرغب فيه ظهور الحكم والصيغة قد تكون منشئة لها في الحال غير مؤخره لأحكامها وآثارها ، وقد تكون منشئة لها في الحال ولكن تؤخر أحكامها الى المستقبل ، وقد لا تكون منشئة لها في الحال بل مؤخره لوجودها الى المستقبل .

وبناء على ما مر فان الصيغة لها ثلاثة أحوال في العقود :

الأول - العقد المنجز : وهو ما يصدر بصيغة غير معقدة على شرط ولا مضافة الى المستقبل فإذا كان العقد مستوفيا للاركان والشرائط المعتبرة شرعاً فسان أحكامه وآثاره تترتب عليه نحو : بعثك داري بكذا فقال الآخر فقد وجب جميع ما يترتب عليه من أحكام .

الثاني - العقد المضاف : ما أفادت صيغته وجود العقد في الحال مع اضافة الايجاب الى زمن المستقبل ، سواء أكانت مطلقة ام مقترنة بشرط .

فلاطلاق نحو : أجرتك داري هذه مدة سنة بكذا ابتداء من اول الشهر المقبل وقبل الآخر . والاقتران بالشرط : ان يقول له أجرتك داري هذه مدة سنة بكذا ابتداء من اول الشهر المقبل بشرط ان تدفع الاجرة اعتباراً من ابتداء المدة ويقول الآخر قبلت . وحكم هذا العقد : ان العقد ينعقد ولكن لا يترتب عليه حكمه الا اذا جاء الوقت الذي اضيف العقد اليه .

الثالث - العقد المعلق : هو ما علق وجوده على وجود أمر آخر بأداة من أدوات الشرط او معناها ، نحو : بعثك ثوبي هذا اذا لمسته ، أو اذا نبذت اليه حجراً ، وغير ذلك من أدوات التعليق ، وعلى هذا فاني أقسم فصل أثر الغرر في صيغة العقد الى المباحث التالية :

المبحث الأول

بيع المنابذة

والمنابذة بيع من يبيع الجاهلية وقد نهى الشارع عنه ، وقد اختلفت كلمة الفقهاء في تفسير هذا البيع على النحو التالي :

الحنفية :

ذهب علماء الحنفية الى أن بيع المنابذة كان من يبيع الجاهلية وقد نهى الشارع عنها (١) وفسروها كالتالي :

أ - هو أن يئبذ الرجل بثوبه ويئبذ الآخر بثوبه ، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراوض بين الطرفين (٢) .

ب - أن يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا نبذها اليه البائع لزم البيع رضي المشتري او لم يرض (٣) .

علة الفساد :

(١) تعليق للتمليك بالخطر فيكون قاراً ، فكأنه قال للمشتري : اذا نبذت اليك الثوب او نبذته الي فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس (٤) .

(١) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر : ٢ : ٥٧ وانظر ابن عابدين : ٥ : ٦٥ وتبيين الحقائق للزيلعي : ٤ : ٤٨ والدرر احكام شرح غرر الاحكام : ٢ : ١٧١ .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي : ٤ : ٤٨ وكشف الحقائق : ٢ : ١٩ ، والبحر الرائق : ٦ : ٨٢ ، والسراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج : ٤ / ب .

(٣) المصادر السابقة .

(٤) الزيلعي : ٤ : ٤٨ وانظر ابن عابدين : ٥ : ٦٥ وانظر فتح القدير : ٥ : ١٩٧ والعناية على الهداية مع فتح القدير : ٥ : ١٩٦ .

(٢) جهالة الثمن : فالفساد لعدم ذكر الثمن ان سكتنا عن ذكره ، أما اذا جرى العقد على اساس نفي الثمن كان البيع باطلا (١) .

المسألة الكية :

ذهب علماء المالكية في تفسير بيع المنابذة : ان يتبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منها ، ثم يقول كل واحد منها للآخر هذا بهذا (٢) ويكون هذا البيع على سبيل الالزام .

وابن رشد الحفيد فسر المنابذة بأن يتبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق (٣) .

قال ابن وهب عن يونس بن ربيعة فكان هذا كله من أبواب القمار .
وفسرها الخرخشي : أن يتبذ كل منها ثوبه الى الآخر بالليل او بالنهار ، ولا يقبله الا بذلك ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض بينهما .

ويقول المازري : ولو حصل التنابد ، واشترط النظر اليها والتأمل ، فان رضي الآخر امسك وجاز البيع (٤) .

علة فساد هذا البيع :

(١) اعتبار المنابذة من أبواب القمار كما روي عن ابن وهب عن ابن لبيعة عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة .
والمنابذة ان يتنابد القوم السلع لا ينظرون اليها ولا يخبرون عنها فهذا من أبواب القمار والتغيب في البيع (٥) .

(٢) أن هذا البيع من الغرر ، كما صرح بذلك ابن رشد (٦) .

(١) حاشية ابن عابدين ٦٦٥ : ٦ والبحر الرائق ٦ : ٨٣ .

(٢) المقدمات الممهدة لابن رشد ٢ : ٢٢١ والمدونة ١٠ : ٢٠٦ وبلغة السالك على الشرح الصغير ٢ : ٣١ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ والدوسقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٦ .

(٤) الخرخشي على مختصر خليل ٧ : ٥ وانظر جواهر الاكليل ٢ : ٢١ ، والدوسقي على الشرح

الكبير ٣ : ٥٦ .

(٥) المدونة الكبرى ١٠ : ٢٠٦ .

(٦) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ - ١٦٠ .

الشافعية :

وذهب الشافعية الى أن بيع المنابذة فيه تأويلات ثلاث :

الأول : ان يجعل النبد بيعا فيقول أحدهما للآخر أنبذ اليك ثوبي وتنبذ الي ثوبك على أن كل واحد بيع بالآخر .

أو يقول أحدهما أنبذ اليك ثوبي بعشرة فيأخذه الآخر فيكون النبد بيعا . وهذا تأويل الشافعي رضي الله عنه (١) .

قال الرافعي : فان المنابذة مع قرينة البيع هي نفس المعاطاة (٢) .

الثاني : ان يقول بعثك هذا بكذا على أني اذا نبذته اليك فقد وجب البيع وانقطع الخيار ولزم البيع وهو بيع باطل (٣) .

الثالث : نبد الحصة (٤) .

علة بطلان هذا البيع :

- ١ - عدم الصيغة : أي أنه جعل الصيغة مفقودة لانتهاء شرطها وهو عدم التعليق . اذ أن قوله بعثتك صيغة من قوله اذا نبذته فقد بعثتك فأجاب عميرة عن هذا بأنه يعلم من هذا الكلام أن قوله فقد بعثتك خيار لا انشاء (٥) .
- ٢ - الشرط الفاسد : لأن خيار المجلس لا ينقطع الا بالتفرق او الزام العقد وقد قطعه بالنبد مع كونها في محلها لم يلزم العقد فكأنه سلب خيار المجلس ونفى هذا الخيار مفسد للبيع (١) .

-
- (١) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٨٦ وانظر فتح الوهاب شرح منيع الطلاب ١ : ١٦٤ وفتح العزيز على شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٣ وانظر المجموع : ٩ : ٢٧٦ . والسراج الوهاج : ١٨٠ .
 - (٢) هكذا نقله الرافعي عن الائمة حتى قيل ان النص على المنع هنا نص على ابطال المعاطاة الا ان السبكي رد على ذلك بقوله : لأن المعاطاة فعل معه قرينة تدل على قصد البيع حتى كأنه وضع عرفا على ذلك وحالة النبد لم توجد قصداً . ولا قرينة وليس ذلك حقيقة المعاطاة (انظر مغني المحتاج : ٢ : ٣١ وقلوبي وعميرة ٢ : ١٧٦) .
 - (٣) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٣ والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٨٦ ، والمجموع : ٩ : ٢٧٦ والوجيز للفرالي : ٨٣ والمهذب للشيرازي : ٢ : ٢٧٣ .
 - (٤) والوجه الثالث لم يذكر الا بهذه الصورة في الواضح النبيه والمجموع وفتح العزيز ولم يتعرض له بقية كتب المذهب .
 - (٥) نهاية المحتاج للرملج ٣ : ٤٤١ ، ٤٥٠ وانظر البجيرمي على المنهج : ٢ : ٢٠٧ .
 - (٦) البجيرمي على المنهج ٢ : ٢٠٧ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ .

- ٣ - للجهاالة : وذلك اذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولاً (١) .
٤ - للغرر : ذكر ذلك الماوردي بأن الغرر فيه كثير من غير حاجة (٢) .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة في تفسير بيع المنابذة : ان ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الاخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا قراض (٣) .

علة فساد هذا البيع :

من تعريفنا للمنابذة عندهم لا يصح البيع فيها للأسباب التالية :
(١) كونه معلقاً على شرط : لأنه اذا علق البيع على نبذ الثوب فقد علقه على شرط وهو غير جائز (٤) .

(٢) الجهالة : واذا باعه قبل نشره فقد باعه غير معين ولا موصوف فأشبهه ما لو قال : بعثك واحدا منها (٥) .

(٣) للغرر: اعتبر هذا البيع من بيوع الغرر (٦) . ويقول ابن قيم الجوزية : وليست العلة تعليق البيع على شرط بل ما تضمنه من الخطر والغرر (٧) .

الشيعة الامامية :

وقد فسرت الامامية بيع المنابذة : أن يقول المشتري إن نبذته الي فقد اشترته بكذا، كأنه جعل نفس النبذ بيعاً (٨) .

وربما يكون المراد ان النبذ موجب للبيع ومسقط للخيار ، ولا يدخل شيء من الملامسة والمنابذة في المعاطاة فيما اذا جعل النبذ بيعاً .

- (١) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٤ .
(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٩ .
(٣) زاد المساد لابن قيم الجوزية ٤ : ٢٦٦ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ والكافي ٣ : ١٨ ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٣ : ٣١ وهذا التعريف هو نفس التعريف عند الحنفية .
(٤) الكافي ٣ : ١٨ .
(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ والكافي ٣ : ١٨ .
(٦) القواعد التورانية : ١١٦ .
(٧) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ .
(٨) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ١٥٩ وهذا يوافق الرأي الاول عند الشافعية .

الشريعة الزيدية :

ما نقل عن الامام هو ان يتساوم بالسلعة الرجلان فأبيها نبذها الى صاحبه فقدوجب البيع (١) أو ما نبذته اليك فقد بعته منك أو ما نبذته اليك فسلا خيار لك فيه أو أن ينبد إليه أثواباً ليختار أيها فما اختاره نفذ البيع فيه (٢)

وقيل : هي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل الآخر قبل أن يقبله أو ينظر اليه (٣).
الحكمة في تحريم المنابذة :

- ١ - العدول عن الصيغة .
 - ٢ - لما فيها من الغرر .
 - ٣ - لتعليق بشرط فاسد ، لأن اشترط النبذ ووجوب البيع مستلزم لقطع الخيار (٤) .
- ## الاباضية :

والمنابذة أن يرمي الرجل ثوبه لآخر ويرمي الآخر ثوبه له دون أن ينظر كل واحد منها الى ثوب صاحبه (٥) . أو أن يقولوا هذه بهذه وبلا نظر فيها وبلا عقد .

فالقول ليس شرط في تسمية المنابذة بل يكفي أن يقول أحدهما ويرضى الآخر ، أو أن لا يقول واحد منهم أصلاً ولكن يتفقان بالفعل .

وليس عدم النظر شرطاً في تسمية المنابذة لكن عدمه أعظم للجهل بالمبيع اذ لو نظر كل واحد أو أحدهما سلعة الآخر من غير ان تدخل يده أو دخلتها ونظر ثم ردها لصاحبها وبعد ذلك تنابذا كان بيعها منابذة منهاياً عنها .

ولو حصل التنابذ فيما بين سلعة وثن وفيما بين ثمين عسد منابذة وانما خص السلعة بالذكر لأن الغالب وقوع ذلك فيها (٦) .

علة البطلان :

التهي الوارد عن النبي ﷺ .

- (١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ٣ : ٢٤٤ .
- (٢) البحر الزخار : ٣ : ٢٩٤ .
- (٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ٣ : ٢٤٤ .
- (٤) المصدر السابق .
- (٥) شرح النيل : ٤ : ٥٦ .
- (٦) المرجع السابق .

حكم بيع المنابذة :

بيع المنابذة باطل بالاتفاق عند جميع الفقهاء لما ورد من السنة المطهرة على النهي عن هذه المعاملة وقد استدلووا على ذلك بهذه الأحاديث .

(١) بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة في البيع (١) .

وفي رواية أخرى عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين : عن الملامسة والمنابذة (٢).
وفي رواية أخرى له قال : نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة في البيع، واللامسة: لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقبلية ، والمنابذة : أن يبتذ الرجل الى الرجل بثوبه ويبتذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض متفق عليه (٣).
(٢) وعن انس قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة واللامسة والمزابنة (٤) .

وقد فسر المحدثون بيع المنابذة بعدة تفسيرات كما رأينا عند الفقهاء ولا حاجة لنا باعادة ذكرها هنا .

وبناء على تفسيراتهم نرى أن العلة في النهي عن بيع المنابذة في الأحاديث الآتفة هو الغرر والجهالة وباطال خيار المجلس (٥) .

-
- (١) رواه النسائي ومسلم . انظر سنن النسائي : ٧ : ٢٢٨ والموطأ : ٢ : ١٥٨ على تنوير الحوالك وصحيح مسلم : ١٠ : ١٥٤ .
 - (٢) سنن النسائي : ٧ : ٢٢٨ ومسلم : ١٠ : ١٥٥ وزاد في سنن أبي داود وعن لبيتين وأما اللبستان فاشتغال الصاء وأن يحتي الرجل في ثوب واحد كاشفاً عن فرجه ، أو ليس على فرجه منه شيء . انظر سنن أبي داود : ٢ : ٢٢٨ وابن ماجه : ٢ : ٧٢٣ . ورواة هذا الحديث هم النسائي، وأبو داود وابن ماجه ومسلم .
 - (٣) نيل الأوطار للشوكاني : ٥ : ١٥٩ وصحيح مسلم بشرح النووي . ١ : ١٥٥ .
 - (٤) رواة البخاري . انظر نيل الأوطار للشوكاني ٥ : ١٥٩ ، والمخاضرة : بيع الثمرة خضراء قبل بدء صلاحها .
 - (٥) نيل الأوطار للشوكاني : ٥ : ١٦٠ .

المبحث الثاني

بيع الملامسة

الحنفية :-

- ذهب علماء الحنفية الى تفسير بيع الملامسة بتفاسير كثيرة متقاربة منها :
- ١ - لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقبله (١) .
 - ٢ - أن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية (٢) ، واللامسة من يبيع الجاهلية التي نهى الشارع عنها (٣) .
- ولا بد في بيع الملامسة أن يسبق تراوضهما على الثمن واللمس يكون من قبل المشتري (٤) .

علة فساد بيع الملامسة :

- (١) تعليق التمليك بالخطر : والتملكات لا تحتمل الخطر لأدائه الى معنى القمار وصار بمتزلة أن يقول البائع للمشتري اي ثوب لمستة بيدك فقد بعته ووجب البيع (٥) .
- (٢) جهالة الثمن : اذا تراوضا على الثمن قبل عقد بيع الملامسة وعند العقد سكتا عن ذكر الثمن فان البيع فاسد لجهالة الثمن أما اذا جرى العقد بينهما على أساس نفي ذكر

(١) تبين الحقائق شرح كز الدقائق للزيلعي : ٤ : ٤٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٥ : ٦٥ وفتح القدير : ٥ : ١٩٦ .

(٣) السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج : ١ : ٤ - ب والبحر الرائق : ٦ : ٨٢ وابن عابدين : ٥ : ٦٥ وفتح القدير : ٥ : ١٩٦ والدرر شرح الدرر : ٢ : ١٧١ وكشف الحقائق : ٢ : ١٩ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢ : ٥٧ .

(٤) مجمع الأنهر : ٢ : ٥٧ وابن عابدين : ٥ : ٦٥ وفتح القدير : ٥ : ١٩٧ والبحر الرائق : ٦ : ٨٣ ، والتراوض : سام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها . وسامها المشتري بمعنى استامها سوماً ، ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه أي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه لأنه بمعنى لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم يثبت التزاماً لأنه اذا نهى عن التكلم في الشراء فكيف بحقيقة الشراء .

(٥) العناية على الهداية بهامش فتح القدير : ٥ : ١٩٦ .

التمن كان البيع باطلا (١) .

المالكية :

فسر علماء المالكية بيع الملامسة بعدة تفسيرات .

(١) تفسير الامام مالك رحمه الله اذ يقول : والملامسة شراؤك الثوب لا تنشره ولا تعلم ما فيه أو يتباعه ليلا ولا يتأمله أو ثوبا مدرجاً لا ينشر من جرابه (٢) .

(٢) ان يبيعه الثوب مثلا على اللزوم بمجرد لمسه من غير تفتيش ولا تأمل فيه (٣) .

(٣) وفسر ابن رشد الملامسة : أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره (٤) أو يتباعه ليلا ولو مقمرا ولا يتأمله بل يكتفي في لزوم البيع بلمسه (٥) .

(٤) واما الباجي فقد قال عن الملامسة : وانما سمي بيع ملامسة لأن المشتري لاحظ له من النظر والمعرفة لصفاته الالمسة ، واللمس لا يعرف به المتباع ما يحتاج الى معرفته من صفات المبيع الذي يختلف منه باختلاف اللمس ويتفاوت . وكان العقد يبينها على هذا الشرط . أما لو مكن البائع المشتري من تقليب المتاع والنظر اليه ولم يشترط عليه شيئا فلمس المشتري الثوب واقتنع بلمسه دون نشره عد هذا البيع صحيحاً ولا يعتبر من بيع الملامسة اذ التصدير انما حصل منه (٦) .

علة فساد هذا البيع :

- ١ - الجهل بصفة المبيع لأن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع (٧) .
- ٢ - اشتراط البائع على المشتري لزوم البيع بمجرد لمسه له نفي لخيار الرؤية (٨) .
- ٣ - للغرر واعتبار ذلك من أبواب القمار والتغيب في البيع (٩) .

-
- (١) حاشية ابن عابدين : ٥ : ٦٦ .
 - (٢) جواهر الاكليل : ٢ : ٢١ والمدونة : ١٠ : ٢٠٥ والمقدمات المهمدات ٢ : ٢٢١ والشرح الكبير للرددير بهامش الدسوقي : ٣ : ٥٦ وبلغة السالك : ٢ : ٣١ .
 - (٣) الشرح الصغير للرددير بهامش بلغة السالك : ٢ : ٣١ .
 - (٤) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٠ .
 - (٥) الشرح الكبير للرددير بهامش الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٥٦ .
 - (٦) المنتقى شرح الموطأ للباجي : ٥ : ٤٤ .
 - (٧) بداية المجتهد - ٢ : ١٦٠ و ١٦٨ .
 - (٨) بلغة السالك - ٢ : ٣١ .
 - (٩) المدونة - ١٠ : ٢٠٦ .

الشافعية :

وذهب علماء الشافعية الى تفسير بيع الملامسة الى ثلاث تأويلات :

الاول : بأن يلمس ثوباً مطوياً أو في ظلمة ثم يشتريه على أن لا خيار له اذا رآه اكتفاء بلمسه عن رؤيته (١) وهذا تأويل الشافعي رحمه الله .

الثاني : ان يجعل نفس اللبس بيعاً فيقول اذا لمسته فهو بيع لك (٢) .

الثالث : ان يبيعه بيعاً على أنه اذا لمسه انقطع خيار المجلس وغيره ولزم البيع (٣) هذه أشهر التأويلات عند الشافعية .

علة الفساد عند الشافعية :

(١) بالنسبة للتأويل الأول فالبيع باطل ، وهو تأويل الشافعي رضي الله تعالى عنه في المختصر وعلل البطلان لعدم الرؤية (٤) .

(٢) بالنسبة للتفسير الثاني البيع باطل لما فيه من التعليق والعدول عن الصيغة الشرعية وهو تعليق البيع على شرط وذلك لا يجوز (٥) .

(٣) وجود الشرط الفاسد : وهذا بيع فاسد لوجود الشرط الفاسد ، ولأن خيار المجلس مثلاً لا ينقطع الا بالتفرق او الزام العقد وقد قطعه باللمس فكأنه نفى خيار المجلس ونفيه مفسد للبيع ويلزم عليه ايضاً بأن ينفي خيار العيب باللمس مع أنه لا يتنفي بذلك (٦) .

(٤) للغرر : لأنه اذا لم ينش الثوب فقد باع مجهولاً وذلك غرر من غير حاجة (٧) .

(١) منهاج الطالبين على حاشية قليوبي وعميرة ٢ : ١٧٦ وقليوبي وعميرة ١٧٦ : ٢ : ٣١٤ ونهاية المحتاج للملي ٣ : ٤٤٩ والسراج الوهاج ١٨ : ١ : ١٦٤ ومنهاج الطلاب بهامش البجيرمي ٢ : ٢٠٧ .

(٢) الواضح التنبيه شرح التنبيه ٥ : ٨٦ .

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٣ والحاوي للماوردي ٥ : ٢٨ .

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٣ وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١ : ١٦٤ .

(٥) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٩ : ٢٧٦ وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ١ : ١٦٤ .

(٦) المجموع شرح المهذب ٩ : ٢٧٦ وفتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٣ والحاوي للماوردي ٥ : ٢٩ .

(٧) البجيرمي على المنهج ٢ : ٢٠٧ والحاوي للماوردي ٥ : ٢٩ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٤ .

الحنابلة :

اختلفت الحنابلة في تفسير بيع الملامسة على أقوال :

- (١) أن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، وهذا يوافق ما فسره أبو هريرة لحديث رسول الله ﷺ حيث قال : أن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل (١) .
- (٢) واللامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقبله الا بذلك (٢) كأن يقول : بعثك ثوبي هذا على أنك متى لمستك فعليك بكذا ، أو إن لمستك فيكذا (٣) . أو يقول : أي ثوب لمستك فعليك بكذا (٤) .

علة فساد هذا البيع :

ان فساد هذا البيع على ما فسرناه يرجع للأسباب التالية :

- ١ - الجهالة : لأن البيع انعقد على غير معلوم فاذا باعه قبل نشر المبيع فقد باعه مجهولا .
- ٢ - التعليق : أي كون المبيع معلقا على شرط ، وهو لمس المشتري للثوب ، والتعليق يفهم من قول البائع متى لمستك أو إن لمستك فعليك بكذا (٥) .
- ٣ - الغرر : ذكر ذلك ابن قدامة (٦) .

الامامية :

وفسرت الشيعة الامامية بيع الملامسة : بأن يبيعه شيئا غير مشاهد على أنه متى لمسه صح البيع ، الا أنهم جعلوا العبارة (متى لمسه) احتمالات :
الاول : احتمال أن يكون أراد ان يقوم لمسه مقام نظره (٧)
الثاني : احتمال متى لمسه صح البيع ووجب وسقط الخيار .
وزاد ابن الأثير احتمالين آخرين :

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ وزاد المعاد ٤ : ٢٦٦-٢٦٧

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ .

(٣) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ ومطالب أولي النهي ٣ : ٣٢ .

(٤) مطالب أولي النهي ٣ : ٣١ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ ومطالب اولي النهي ٣ : ٣١

(٦) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ والكافي ٢ : ١٨ .

(٧) لمسه : المراد به الجس لا اللمس بمعنى وضع اليد .

الاول : قول البائع اذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع فيكون بذلك نفس اللبس بيعاً ، وهذا يوافق الشافعية في أحد آرائهم .
الثاني : جعل اللبس بالليل قاطعاً للخيار . (١)

علة الفساد :

- يفهم من تفسيرهم لبيع الملامسة أن علة فساد البيع عندهم ترجع للأسباب التالية :
- ١ - عدم الرؤية ، من قولهم أن يبيعه غير مشاهد .
 - ٢ - للتعلق ، من قولهم متى لمسه .
 - ٣ - اسقاط الخيار ، ومعلوم أنهم في خيار المجلس كالشافعية .

الزيدية :

- ذهبت الزيدية الى تفسير بيع الملامسة وهو ما نقل عن الامام زيد بن علي :
- ١ (أنه بيع كان في الجاهلية ، يتساوم الرجلان بالسلعة فأيهما لمس صاحبه وجب البيع ولم يكن له أن يرجع .
 - ٢ (أن يلمس المشتري المتاع من وراء ثوب ولا ينظر اليه ، ثم يوقع البيع عليه مع عدم الخيار .
 - ٣ (القاء الثوب على المبيع ثم يلمسه أمانة للعقد ولا لفظ (٢) .
 - ٤ (أن يلمس المشتري المتاع على أن المشتري متى لمس المبيع نفذ البيع ولا خيار (٣) .

علة الفساد :

- ١ (الجهالة لأنه بيع ما لم يره كما يفهم من التفسير الثاني .
- ٢ (العدول عن الصيغة الشرعية .
- ٣ (تعليق اللزوم وهو غير نافذ (٤) .

الاباضية :

- واللامسة : أن يلمس الرجل طرف الثوب ولا ينشره ولا يعلم ما فيه فيلزمه البيع .
واستدل بعضهم بتفسير الملامسة بلمس الثوب بلا نظر اليه على بطلان بيع الغائب .

(١) مفتاح الكرامة العالمي ٤ : ١٥٩ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

(٣) المصدر السابق ٣ : ٢٩٤ .

(٤) الروض النضر ٣ : ٢٤٤ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

وهذا قول يوافق الامام الشافعي في مذهبه الجديد (١) .

حكم بيع الملامسة :

بيع الملامسة من بيوع الجاهلية التي نهى الشارع عنها ، وهي باطلة باتفاق جميع الفقهاء وانما حصل الخلاف بينهم في تفسيرها كما رأيت ، وسبب بطلانها نهى رسول الله ﷺ عنها بالاحاديث الصحيحة التي قد مر بعضها في بيع المنابذة والآن أورد بقية الأدلة :

١ - بما روي عن أبي سعيد الخدري (أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين وعن لبستين ، أما البيعتان فالملامسة والمنابذة ، وأما اللبستان : فاشتال الصماء ، وان يحتي الرجل في ثوب واحد كاشفاً عن فرجه ، أو ليس على فرجه منه شيء) .

وفي رواية (واشتال الصماء : يشتمل في ثوب واحد ، يضع طرفي الثوب على عاتقه الأيسر ، ويرزقه الأيمن ، والمنابذة : أن يقول : اذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع)

والملامسة : أن يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه ، إذا مسه وجب البيع (٢) .

وفي رواية أخرى عن أبي سعيد الخدري أيضاً أن رسول الله ﷺ نهى عن المنابذة ، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر اليه ، ونهى عن الملامسة ، والملامسة لمس الثوب لا ينظر اليه (٣) .

٢ - بما روي عن أبي هريرة قال : نهى عن لبستين : أن يحتي الرجل في الثوب الواحد ، ثم يرفعه عن منكبيه ، وعن بيعتين : اللباس والنباذ (٤) .

(١) شرح النيل وشفاء الليل : ٤ : ٥٦ .
(٢) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه . انظر منن أبي داود : ٤٦ : ٢ ، وأخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث أبي هريرة مختصراً ومطولاً .
(٣) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري : ٥ : ٢٦٢ .
(٤) أخرجه مالك في الموطأ بهامش المستقى : ٥ : ٤٤ .

المبحث الثالث

بيع الحصة

الحنفية :

وفسرت الحنفية بيع الحصة بعدة تفسيرات :

- ١ - بأن يلقي حصة وثمة أثواب ، فأبي ثوب وقع عليه كان المبيع ، بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك (١) .
- ٢ - أن يقول المشتري أو البائع اذا القيت الحجر وجب البيع (٢) .
- ٣ - أن يتساوما في السلعة فاذا وضع الطالب عليها حجرا أو حصة تم البيع وان لم يرض صاحبها (٣) .

علة الفساد :

وعلة الفساد عندهم لأمرين :

- ١ - تعليق التمليك بالخطر: أي اذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك أو بعثتني بكذا(٤)، ومعنى تعليق التمليك بالخطر أي بسبب تعليق التمليك بالقاء الحجر .
 - ٢ - الجهالة : لعدم معرفة المبيع ، اذ لا يعلم الا بعد استقرار الحجر (٥) .
- ويشترط في بيع الحصة أن يسبق تراوض بين البائع والمشتري ، وأن يسبق ذكر الثمن على العقد . وعند العقد يستكتان عنه فيكون فاسداً ، أما لو تعمدنا نفي الثمن فيكون البيع باطلا .

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٦٥ وفتح القدير ٥ : ١٩٦ .

(٢) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق للزيلعي ٤ : ٤٧ .

(٣) السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ٤ : ٤٨ والبحر الرائق ٦ : ٨ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٥ : ٦٥ والزيلعي ٤ : ٤٨ وكشف الحقائق ٢ : ١٩ والسدر في شرح

الفرر ٢ : ١٧٠ وفتح القدير ٥ : ١٩٧ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٩٧ .

المالكية :

جاء في كتب المالكية أربع تفسيرات لبيع الحصاة وهي :

- ١ - بيع قدر من أرض مبدؤه من الرامي بالحصاة الى منتهاها .
 - ٢ - بيع يلزم بوقوعها من يد أحد المتبايعين أو غيرهما متى سقطت ممن هي معه ولو باختياره .
 - ٣ - بيع يلزم على ما يقع عليه الحصاة بلا قصد من الرامي ، أما اذا كان بقصد جاز ان كان من المشتري أو من البائع ، جعل الخيار للمشتري بشرط أن تكون السلع مختلفة ، أما اذا كانت متفقة جاز ، سواء كان الوقوع بقصد أم بغير قصد ، وهو موافق لتفسير ابن رشد الحفيد .
 - ٤ - بيع يلزم بعدد ما يقع من الحصاة .
- ويحتمل أن المراد بالحصاة الجنس كأن يقول : خذ جملة من الحصى وضعها في كفك أو كفك ، وحركه مرة أو مرتين بحسب الاتفاق فما وقع من الحصى فعلي بعددها دراهم أو دنانير (١) .

علة الفساد :

- ١ - جهالة بقدر المبيع لاختلاف الرمي ومحل الفساد اذا وقع البيع على جهة اللزوم .
- ٢ - جهالة زمن وقوعها فقيه تأجيل بأجل مجهول .
- ٣ - أنه قار : وقد علل ذلك ابن رشد (٢) .

الشافعية :

وفسر علماء الشافعية بيع الحصاة بثلاث تفسيرات :

- الأول : أن يقول له بعتك من هذه الاثواب ما تقع هذه الحصاة عليه ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا الى ما انتهت اليه هذه الحصاة (٣) .
- الثاني : أن يجعل الرمي لها يبيعا ، كأن يقول اذا رميت هذه الحصاة ، فقد بعتك الثوب هذا بكذا .

(١) الشرح الكبير للدردير بهامش الدسوقي ٣ : ٥٦ - ٥٧ وانظر جواهر الاكليل شرح مختصر خليل ٢ : ٢٢ وبداية المجتهد ٢ : ٣١ و ١٦٠ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ .

(٣) مغني المحتاج ٢ : ٣١ ونهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٤٩ والبجيرمي عل المنهج ٢ : ٢٠٧ والسراج الوهاج ١٨٠ والمهذب للشرازي ١ : ٢٧٤ والواضح للبيه ٥ : ٨٧ والمجموع ٩ : ٣٧٧ والحواوي للماوردي ٢٨٥ وفتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٤ .

الثالث: أن يقول بعثك هذا بكذا ، على أنك بالخيار الى أن ارمي بهذه الحصاة (١) .
علة بطلان بيع الحصاة :

وبيع الحصاة باطل لأحد معان ثلاث هي :

- ١ - التفسير الاول : البيع باطل ، للجهل بالبيع .
- ٢ - التفسير الثاني ، لوجود الاختلال في الصيغة .
- ٣ - التفسير الثالث : لأن الخيار مجهول (٢) .

ويلاحظ أن الحنفية ، والمالكية ، يوافقون الشافعية في رمي الحصاة من حيث جهالة المبيع ، وتترك المالكية ، والحنفية ، بأن رمي الحصاة من باب القمار ، كما ذكر ذلك ابن رشد الحفيد والبارتي ؟ وتنفرد الشافعية في جهالة مدة الخيار .

الحنابلة :

وذهب فقهاء الحنابلة في تفسير بيع الحصاة الى ثلاث تفسيرات :

- ١ - ارم بهذه الحصاة ، فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم .
 - ٢ - أن يقول بعثك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا .
 - ٣ - بعثك هذا بكذا ، على أي متى رميت هذه الحصاة وجب البيع (٣) .
- واقصر ابن تيمية في فتاويه على تفسيرين فقط ، وهما الاول والثاني (٤) .

علة بطلان هذه البيوع :

وكل هذه البيوع باطلة عند الحنابلة ، لوجود الغرر ، والجهالة ، وتعليق البيع (٥) .

الشيعة الامامية والزيدية والاباضية :

يفسرون بيع الحصاة بتفاسير ثلاثة :

- ١) أن يقول ارم هذه الحصاة ، فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا . وزاد في نهاية الأحكام الى أي موضع بلغت من الارض ، يكون مبيعاً منك .

(١) مني المحتاج ٣١ ، ونهاية المحتاج : ٣ : ٤٤٩ ، ومنهج الطلاب على حاشية البجيرمي ٢ :

٢٠٧ ، والسراج الوهاج ١٨٠ ، وقيلوبي وعميرة ٢ : ١٧٦ ، والمجموع شرح المذهب ٩ : ٢٧٧

والواضح النبيه شرح التنيه ٥ : ٨٧ وفتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٤ .

(٢) فتح العزيز ٨ : ١٩٤ ، والمجموع شرح المذهب ومعظم كتب الشافعية مثل هذا .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ ، ومطالب أولي النهي ٣ : ٣١ ، والكانفي ٢ : ١٨ .

(٤) مجموعة فتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٢٧ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٦ ، ومطالب أولي النهي ٣ : ٣١ .

- ٢ - بعثك هذا بكذا ، على أنك بالخيار الى أن أرمي هذه الحصاة .
 ٣ - أن يجعل نفس الرمي بيعاً ، فيقول البائع : اذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب بيع منك بعشرة .

علة بطلان هذا البيع :

- ١ - الجهالة في المبيع .
 ٢ - الجهالة في الخيار .
 ٣ - وجود الاختلال في الصيغة التي تؤدي الى الغرر (١) .
 وبهذا تكون الشيعة تكاد تتفق مع الشافعية فيما ذهبوا اليه من تفسيرات .

حكم بيع الحصاة :

بيع الحصاة من بيوع الجهالية المتفق على بطلانها ، وقد وردت السنة النبوية بالنهي عنها ، واستدل الفقهاء بهذا الحديث وهو :

بما روي عن أبي هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر (٢) .

الا أن المحدثين اختلفوا في تفسير بيع الحصاة وعنهم أخذ الفقهاء هذه الاختلافات وقد رأيناها سابقاً ولا حاجة لنا لاعادتها مرة ثانية .

البياعات التي تشبه بيع الحصاة في زماننا :

وفي معنى بيع الحصاة في زماننا البياعات التالية :

١ (أن تكون الامتعة مفروشة على طاولة ، ثم يأخذ المشتري مقداراً من الحصى ويرميها عليها فما وقع عليها الحصى كان مبيعاً بالثمن الذي اتفقا عليه ، وهذا ممنوع للأسباب التالية :

أ - لأن البائع يجهل السلعة المباعة .

ب - لأن المشتري يجهل ما يصير له منها بالثمن قبل رميته بالحصى .

ج - لأنه نوع من القمار .

٢ (عمل مربع أو مستطيل ، فيعطي المشتري سبع حصيات ثم يرميها فما وقع في هذه الدائرة كان هو المبيع المتفق عليه ، وهذا النوع ممنوع أيضاً لما علمت .

(١) مفتاح الكرامة للعاملي : ٤ : ١٥٩ والروض النضير شرح مجموع الفتحة الكبير : ٣ : ٢٤٤-٢٤٥

والبحر الزخار : ٣ : ٢٩٤ وشرح النيل : ٤ : ٥٦-٥٧ .

(٢) رواد الجماعة الا البخاري ، نيل الاوطار : ٥ : ١٥٦ والنسائي : ٧ : ٢٣٠ وأبو داود : ٥ : ٤٤

ومسلم : ١٠ : ١٥٦ وابن ماجه : ٢ : ٧٣٩ .

٣) دائرة من الخشب أو الحديد، وفي وسطها عمود على رأسه مؤشر مائل الى جوانب الدائرة التي عليها خطوط كثيرة متعددة، يقابلها مبيعات مختلفة منها الثمين وغيره ، يدفعها البائع أو المشتري بقوه فتدور بسرعة ثم تقف ، وحيث استقر المؤشر كان هو المبيع وهو ما يسمى بزماننا (حظك بختك) وهذا ممنوع .

٤) مبيعات كثيرة على طاولة يعطى المشتري دائرة من الخشب كالغربال في مقابل من المال يدفعه ثم يقال له ارم هذه الدائرة وأي متاع تلبسه الدائرة فهو لك وهو ما يسمى (لبس تكسب) واذا لم يلبس فلا شيء له وهو ممنوع ولا يخفى ما في ذلك من المقامرة .

المبحث الرابع

بيع العربون^(١)

تعريف بيع العربون :

وهو أن يشتري سلعة ويعطي البائع دراهم مثلاً لتكون من الثمن ان رضي السلعة والا فهيه (٢) وهو موافق لما نقل عن ابن اطفيش من الاباضية والزيدية (٣) .

وعرفه ابن رشد الجند : أن يشتري الرجل السلعة ويعطيه ديناراً أو درهماً فيقول له : ان اخذتها فذلك من الثمن وان تركتها كان ذلك باطلاً بغير شي (٤) .

أما ابن رشد الحفيد فقال : وصورته : أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً ، على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به (٥) .

(١) قال اهل اللغة : في العربان ست لغات عربان وعربون بضم العين واسكان الراء فهما وعربون بفتحهما وأربان وأربون وأربون بالهمزة بدل العين والوزن كالوزن . وفي الفاظ التنبيه افسحهن عربون - بفتحهما - وهو أعجمي معرب وأصله في اللغة التسليف والتقديم ، ويقال منه عربت في الشيء وأعربت ، وهو أن يشتري شيئاً ويعطي درهماً أو دراهم ويقول : ان تم البيع بيننا فهو من الثمن ، والا فهو هبة لك . المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٦٨ - ٣٦٩ والواضح التنبيه شرح التنبيه ٥ : ٥٧ - ٥٨ .

(٢) معني المحتاج ٣ : ٣٩ وفتح الواه ١ : ١٦٤ ومنهج الطلاب بهامش البجيرمي ٢ : ٢٠٨ ، ونهاية المحتاج للمرلي ٣ : ٤٧٦ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٥ .

(٣) شرح النيل ٤ : ٨٧ وهو دفع بعض الثمن لبائع يكون بيده لوقت فسان رجع فيه فذلك ، والا لم يرتجعه منه .

(٤) المقدمات المهدات لابن رشد الجند ١٠ : ٢٢٢ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٧٦ .

اما الامام مالك فقال: (وذلك فيأثرى والله أعلم، أن يشتري الرجل العبد، أو الوليدة، أو يتكاري الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه، أو تكارى منه، أعطيك ديناراً، أو درهماً، أو أكثر من ذلك، أو اقل، على أني ان اخذت السلعة، أو ركبت ما تكاربت منك، فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وان تركت ابتياح السلعة، أو كراء الدابة فما اعطيتك لك باطل بغير شيء) (١).

أما ان وقع العقد على اللزوم لا على الاختيار، ويدفع بعض الثمن ويترك السلعة تحت يد البائع حتى يكمل له، فهذا يمنع وهو الواقع في زماننا، واذا لم يرجع المشتري فهو ظالم، فللبائع ان يرفع الامر الى القاضي فيبيع السلعة ويطلب بقية الثمن، بعد أن ثبتت الشراء على الحلول وغيبة المشتري ويتبعه بالباقي ان لم يوف متى لقيسه، او أن المشتري اشتراه على شرط أن البائع اذا أتاه بالثمن، فالبيع مردود على البائع، وهي مسألة الثنيا (٢).

وعرف ابن قدامة العريون: هو أن يشتري السلعة فيدفع الى البائع درهماً او غيره على أنه ان اخذ السلعة احتسب به من الثمن، وان لم يأخذها فذلك للبائع (٣).

التفسير المختار:

أن يشتري المشتري السلعة، ويعطي البائع قسطاً من الثمن، ويتفقا على الزمن فان أخذها احتسب ذلك من الثمن والا فللبائع، وهذا التفسير متفق عليه عند جميع الفقهاء وخاصة بالنسبة لتحديد الزمن خوفاً من جهالته.

صفة هذا العقد:

الواقع أن عقد البيع الذي فيه العريون، فيه الزام للبائع بمجرد العقد وانتفى حقه من الخيار وأعطى المشتري الخيار، لأن المشتري اذا قبل المبيع فالبايع لا يسعه الا التسليم وليس له حق الرفض، اما المشتري فيثبت له خيار الشرط، أي ان رضي بالمبيع ثبت ولزم، والا فلا بيع.

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥ : ١٦٣ والمتقى ٤ : ١٥٧ وسبيل السلام ٣ : ١٧ وتنوير الخوالك

٢ : ١١٨ . ومعنى (باطل بغير شيء) : لا معنى لباطل في ورودها في النص ويكون المعنى ما اعطيته لك بغير شيء : تؤيدها الروايات السابقة .

(٢) البهجة في شرح التحفة للتسولي: ٢ : ٨ .

(٣) المغني لابن قدامة: ٤ : ١٧٥ .

رأي الفقهاء في بيع العربون :

والفقهاء في بيع العربون على رأيين :

فالمانعون : هم الامام مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، والشعبة الزيدية ، وأبو الخطاب من الحنابلة (١) ، وهو مذهب ابن عباس ، والحسن ، وأبطله ايضاً أصحاب الرأي (٢) .

والجوزون لبيع العربون : عمر بن الخطاب ، وابن عمر ، ومحمد بن سيرين ، واحمد بن حنبل ، ونافع بن عبد الحارث ، وزيد بن أسلم ، ومجاهد (٣) .

أدلة المانعين :

استدل المانعون على بطلان بيع العربون بما يأتي :

أولاً : بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : (نهى النبي ﷺ عن بيع العربان) رواه احمد ، والنسائي ، وأبو داود ، وهو للمالك في الموطأ (٤) .

ثانياً : لما فيه من الشرط الفاسد :

ان هذا البيع يشتمل على شرطين فاسدين :

الأول : اشتراط المشتري على البائع على أنه اذا لم يرضَ بالمبيع ، كان مادفع ملكاً للبائع مجاناً .

(١) المرجع السابق ٤ : ١٧٥ وسبل السلام ٣ : ١٧ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٧٦ والبحر الزخار ٣ : ٢٩٥ ومغني المحتاج ٣ : ٣٩ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ ومنهج الطلاب بهامش البجيرمي ٢ : ٢٠٨ .
(٢) المجموع ٩ : ٣٦٩ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٦٩ وسبل السلام ٣ : ١٧ ونيل الاوطار ٥ : ١٦٣ وشرح النيل ٤ : ٨٧ ، واعلام الموقعين ٢ : ٣٨٩ .

(٤) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦٢ ، وسبل السلام ٣ : ١٧ والمنتقى ٤ : ١٥٧ وابسر دواد ٥ : ١٤٢ .

راوي هذا الحديث الامام مالك في الموطأ قال :

أ - اخبرني الثقة عن عمرو بن شعيب وذكر الحديث ومثل هذا لا يحتج به عند اصحابنا ولا عند جماهير العلماء .

ب - ورواه أبو داود في سننه عن العقي عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ، وهذا ايضاً منقطع لا يحتج به . انظر المجموع ٩ : ٣٦٨ .

ج - ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخامي عن حبيب بن أبي ثابت كاتب مالك عن عبد الله بن عامر الاسلمي عن عمرو بن شعيب وسبب رد الحديث أن حبيب بن ثابت هذا وعبد الله بن عامر الاسلمي ضعيفان باتفاق المحدثين .

الثاني : اشتراط المشتري على البائع رد المبيع اذا لم يرض به (١) .
ومعلوم أن النهي يقتضي الفساد اذا شرط شيئاً للبائع بغير عوض (٢) . الا أن الشافعية قالوا : اذا وقع الشرط في نفس العقد فالبيع باطل ، وان كان الشرط قبل العقد وعند العقد لم يتلفظ به فالبيع صحيح ، لعدم المنافي للعقد (٣) .
ثالثاً : للغرر وأكل المال بالباطل : لأنه من المخاطرة وأكل المال بغير عوض ، كما قال ابن رشد الحفيد (٤) .

وقال ابن اطفيس من الاباضية : هذا البيع لا يجوز حتى ولو أتى المشتري للبائع ببقية الثمن ، لأنه عقداً يخل ، وعلى البائع أن يرد له ذلك البعض إن لم يرجع في الوقت ، وأن

د - ذكر البيهقي رواية مالك وهي قوله : بلغني عن عمرو بن شعيب ثم قال البيهقي هكذا كانت رواية مالك في الموطأ فلم يسم رواه الذي رواه عنه ، فالحديث منقطع ، لأنه من رواية مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب ولم يدركه منها راو ولم يسم .

هـ - ورواه حبيب بن أبي ثابت عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب وقيل : انما رواه مالك عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب ، كذا قاله أبو احمد بن عدي الحافظ ، قال بن عدي : والحديث عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مشهور .

و - قال البيهقي : وقد روي هذا الحديث عن الحارث بن عبد الرحمن بن أبي ذياب عن عمرو بن شعيب ثم رواه البيهقي باسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو . الا أن الطعن وجه من البيهقي عن عاصم فقال : هذا فيه نظر .

١ - عن عاصم فيه نظر .

٢ - حبيب بن أبي ثابت ضعيف .

٣ - عبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما .

ز - ذكر البيهقي في كتابه السنن والآثار : أن مالكا اخذه عن عبد الله بن عامر وقيل عن ابن لهيعة وقيل : عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب ، وقال عنهم جميعاً فيهم ضعف . مما تقدم نرى ان هذا الحديث ضعيف ويقول النووي : وانما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة الى معرفته .

المجموع : ٩ : ٣٦٨ ونيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٦٢ والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥٨ : ٥ .

(١) نيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٦٢ والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥٨ : ٥ و ٣٩ .

(٢) البحر الزخار : ٣ : ٢٩٥ .

(٣) المجموع : ٩ : ٣٦٩ ونهاية المحتاج للرمل : ٣ : ٤٧٦ والبيهقي على المنهج : ٢ : ٢٠٩ .

(٤) بداية المنهج : ٢ : ١٧٦ والمجموع : ٩ : ٣٦٩ والدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ٦٣ .

يزد الباقي إن أخذه أيضا ، وعلى كل حال لزمتهما التوبة وقال : إنه غرر ، ومحاطرة ، وأكل مال بلا عوض (١) .

وابن رشد الجدل : قال إن بيع العربون من بيع الجاهلية التي نهى النبي ﷺ عنها ، لأنها من أكل المال بالباطل ، واستشهد لذلك بقوله تعالى : (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) . (٢) ، وفسرها بتجارة لا غرر فيها ، ولا محاطرة ولا قمار ، لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لا يحل ولا يجوز ، لأنه من الميسر الذي حرمه الله سبحانه في كتابه حيث يقول : (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (٣) ثم يذكر العقد الذي فيه غرر كثيرا يصح . والغرر المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء : أحدها العقد ، والثاني أحد العوضين والثالث الأجل فيها أو في أحدهما ، ومثل للغرر بقوله : نهى النبي ﷺ عن بيعتين وعن بيع العريان (٤) .

أدلة المجوزين :

استدل المجوزون بما يأتي :

أولا - السنة :

(١) بما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن اسلم (انه سئل رسول الله ﷺ عن العريان في البيع فأحله) (٥) .

(٢) بما روي عن نافع بن عبد الحارث عامل عمر على مكة أنه اشترى من صفوان بن أمية دارا لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف درهم ، واشترط عليه نافع إن رضي عمر فالبيع له ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم (٦) .

(١) شرح النيل : ٤ : ٨٧ .

(٢) سورة النساء : ٢٩ .

(٣) سورة المائدة : ٩٠ .

(٤) المقدمات الممهدة : ١ : ٢٢٢ .

(٥) نيل الاوطار ٥ : ١٦٢ وفي اسناده ابراهيم بن يحيى قال عنه الشوكاني ضعيف .

(٦) المجموع شرح المذهب : ٩ : ٣٦٩ واعلام الموقعين : ٣ : ٣٨٩ وكشاف القناع : ١٩٥ ج ٣ .

والمغني لابن قدامة ٤ : ١٧٥-١٧٦ ومطالب أولي النهى ٣ : ٧٨ .

قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب إليه ؟ فقال الامام أحمد : أي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه . ثم ضعف حديث ابن ماجه (نهى عن بيع العربون) .

ان من دفع للبائع قبل البيع درهما ، وقال له لا تبع هذه السلعة لغيري ، وان لم اشترها منك فالدرهم لك ، ثم اشتراه منه بعد ذلك بعقد مبتدأ ثم حسب الدرهم من الثمن ، فالبيع صحيح ، لخلو العقد من الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذي حصل لعمر كان على هذا الوجه ، فيكون بذلك جمعاً بين من منعه ، وبين فعل عمر ، والخبر ، وموافقة القياس (١) .

ولا يصح جعل العربون عوضاً عن انتظار البائع ، لأنه لو كان كذلك لما جاز جعله من الثمن عند العقد ، والانتظار بالبائع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولوجازت المعاوضة لوجب أن يكون الزمن معلوم المقدار كما في الاجارة (٢) .

وليس للبائع ومؤجر ، الزام مشتر ، أو مستأجر ، بدفع بقية ثمن وأجرة في مدة الاشرط ، لاحتمال عدم تمام العقد وهو متجه (٣) .

(٣) بما روي عن ابن سيرين ، وسعيد بن المسيب أنها قالوا : لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً ، وأحمد قال هذا في معناه وهذا هو القياس (٤) .

والذي أراه أن الاحاديث الواردة من كلا الطرفين لا تنهض دليلاً قوياً يحتج به ، وبذلك فان العربون يكون من قبيل اشترط شرط على المشتري وهو مضطر الى قبوله لحاجته وهو شرط فاسد ، لأنه شرط في بيع ، ولكن حديث المانعين رغم ما ورد عليه من طعون الا ان العلماء احتجوا به وعملوا به ، ولذا فاني أرى منع بيع العربون (٥) .

(١) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٦ وكشاف القناع : ٣ : ١٩٥ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٦ وكشاف القناع : ٣ : ١٩٥ .

(٣) مطالب أولى النهي : ٣ : ٧٨ - ٧٩ .

(٤) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٥ .

(٥) وهناك صور تشبه العربون دون أن تأخذ حكمها منها :

- ١ - من اشترى سلعة ثم تدم فقال أحدهما لصاحبه أفلني أقال الله عثرتك يوم القيامة وتم الاتفاق على أن يدفع لصاحبه شيئاً من المال . قال الخطاب : ان وقعت بأقل من الثمن أو انها وقعت بأكثر فبيع باتفاق ، ولا يعتبر من صور العربون البهجة . شرح التحفة : ٢ : ١٤٦
- ٢ - قال مالك رحمه الله : فالرجل يبتاع العبد او الوليدة بمائة دينار الى أجل ثم يندم البائع فيسأل المبتاع ان يقبله بعشرة دنانير يدفعها اليه نقداً او الى اجل ويمحو عنه المائة دينار =

بيع العربون في القانون المصري :

كان المشروع الأصلي للتقنين الجديد ينص على أن (دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك) م (١٠٥) إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأيت أن العرف في مصر قد استقر على خلاف ذلك فعدلت عن هذا الحكم إلى ما ثبت عليه العرف .

وفي التقنين القديم لم يرد نص يبين حكم العربون عند الشك في نية المتعاقدين من دفعه، ولذا فإن بعض المحاكم قضت بأن دفع العربون وقت إبرام العقد دليل على أن العقد أصبح باتاً، وعلى أن المبلغ المدفوع جزء من الثمن، ومحاكم أخرى قضت بأن العرف يجري على أن دفع العربون عند انشاء العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه (١) .

أما القانون المدني الجديد فقد ورد نص في التعاقد بالعربون بوجه عام، فقد نصت المادة (١٠٣) من التقنين المدني على أن :

١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ - فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، وهذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر .

= التي له . قال مالك رحمه الله : لا بأس بذلك وسواء كانت الزيادة من البائع نقداً أو مؤجلاً ولم يتفرقا لأنه : كأن البائع اشترى الجارية بالثمن الذي وجب على المشتاع ويزيادة زادها إياه ولا فساد في ذلك إلا إذا كانت الزيادة من جنس المبيع ، فإن كانت الزيادة من جنس المبيع فقد زاد نقداً ولم يجز مؤجلاً ، لأنه بيع الشيء بجنسه مؤجلاً . المنتقى ٤ : ١٦٤ .

٣ - أما إذا ندم المشتري وسأل الاقالة على أن يعطي البائع العشرة دنانير نقداً أو إلى أجل ابعده من الأجل الذي وجبت فيه المائة فهنا اختلف الفقهاء .

قال مالك : لا يجوز لأن ذلك ذريعة إلى قصد بيع النقد بالنقد إلى أجل، وبيع نقد وعرض بنقد ويدخله بيع وسلف ، كأنه باعه بتسعين وأسلمه عشرة إلى أجل . وقال الشافعي : جائز عنده بإجماع ، لأنه شراء مستأنف وذلك جائز بإجماع، وحمل الناس على التهم لا يجوز . بداية المجهد : ٢ : ١٥٢ . المنتقى : ٤ : ١٦٤ .

(١) شرح عقدي البيع والمقايضة للدكتور انور سلطان : ١١٠ - ١١١ .

وتقضي هذه القرينة بأن الاصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، الا اذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت ، والتأكيد ، والبدء في تنفيذ العقد . أما عند توقيع البيع النهائي فالذي يدفع هو الثمن اذا كان معجلاً ، أو قسط منه اذا كان مقسطاً أولاً يدفع منه شيء أصلاً اذا كان مؤجلاً ، واذا لم يتبين من العقد ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ، فالقرينة من العربون يراد به ان يكون لكل من المتبايعين حق الرجوع في البيع ، وعندم ابرام البيع النهائي ، فالبايع يستطيع ان يرجع في البيع ويكون الجزاء على هذا العدول بأن يدفع للمشتري قيمة العربون ، فيرد المشتري للبايع أولاً العربون الذي أخذه منه ثم مقدارا معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لمسا دفعه ، وكذلك فالمشتري أن يرجع في البيع وبهذه الحالة يخسر العربون الذي دفعه الى البائع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع ، والعربون لا يعتبر تعويضاً عن ضرر أصاب البائع ، وانما هو جزاء حتى يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر . واذا كانت النية على أنها للبت والتأكيد ، لم يجز لأي من المتبايعين الرجوع في البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وعندئذ يجوز لأي الطرفين الزام الطرف الآخر بإبرام البيع النهائي (١) .

طبيعة البيع بالعربون :

فالتقنين العصري كما حددته المادة (١٠٣) يعتبر العربون بيعاً معلقاً على شرط ، الا أن شراح القانون الفرنسي : اعتبر العربون شرطاً فاسخاً أي أن البيع ينعقد وتترتب عليه جميع آثاره ، ومنها نقل الملكية الا أنه ينفسخ اذا استعمل أحد الطرفين حقه في نقضه . وبعضهم يرى أن البيع بالعربون يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف . لأن خيار العدول يدل على أن رضاء المتعاقدين بالعقد ليس نهائياً ، وعليه أن جميع آثار البيع توقف حتى يسقط خيار العدول بعدم استعماله في الأجل المحدد له ، فتحقق عندئذ هذه الآثار بأثر رجعي ، وهذا الرأي هو الرأي الراجح عند القانونيين (٢) .

العقود التي يحصل فيها دفع العربون :

دفع العربون يحصل عادة عند البيع ، أو الوعد بالبيع ، ويحصل كذلك في أي عقد

(١) الوسيط ٤ : ٨٦ - ٩٠ ، ومصادر الحق ٢ : ٨٧ - ٨٨ ، وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشراوي ٧٠ - ٧٢ ومحاضرات في القانون المدني للاستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصده ١ : ١٢٨ - ١٣٠ وانظر شرح البيع في القوانين المصرية محمد حلمي عيسى بك ٨٦ - ٩١ . وأحمد نجيب الهلالي ١٤٥ - ١٤٩ .

(٢) شرح البيع والمقايضة للدكتور أنور سلطان ١١٣ - ١١٤ وحاشية الوسيط ٤ : ٩١ وسليمان مرقص فقره ٤٢ - ٦٣ .

آخر وخاصة في عقد المقايضة أو الوعد بها ، ولكن باعتبار أن العربون وسيلة لتقضى العقد لا يكون الا في العقود الملزمة للجانبين ، واذا كان العربون في عقد ملزم لجانب واحد كالوعد بالبيع فلا يفيد خيار العدول ، لأن أجسد المتعاقدين وهو الموعود له ليس ملزماً ابتداء بتنفيذ الوعد ، ومع ذلك يجوز للواعد دفع العربون واشترط خيار العدول لنفسه ، الا أن الموعود له لا يلزم في حالة عزم استيفاء الوعد برد ضعفه (١) .

وقد سائر القانون المصري كل من التقنين المدني السوري في المادة (١٠٤) ، والتقنين المدني الليبي في المادة (١٠٣) فانهما يطابقان النص المتقدم من التقنين المدني المصري (٢) .
التقنين العراقي لبيع العربون :

تنص المادة ٩٢ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

١- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فاذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد، كان لكل منهما حق العدول، فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وان عدل من قبضه ردمضاعفاً .
فالقانون العراقي يجعل دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه جزاء للعدول عن العقد ، والقانون العراقي في هذا يتفق مع القوانين الجرمانية (٣) ومن الملاحظ أن نصوص التقنينات المدنية العربية في هذه المسألة متطابقة ما عدا التقنين العراقي كما رأينا .
العربون في الفقه الغربي الحديث :

والغرض من العربون في الفقه الغربي للمتعاقدين :

— إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد ، وذلك بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر .

— وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون .
والقوانين الأجنبية بين هاتين الدلتين انقسمت الى قسمين :

فالقوانين اللاتينية تأخذ بدلالة العدول ، والقوانين الجرمانية تأخذ بدلالة البت .
وكلا القسمين قابل لأن يأخذ باثبات العكس ، أي ان المقصود هو الوقوف عندما أراده المتعاقدان .

(١) شرح البيع والمقايضة للدكتور أنور سلطان ١١٢ .

(٢) مصادر الحق للسهوري ٢ : ٨٨ .

(٣) ملتنى البحرين ١٦٢ - ١٦٣ والوسيط ١ : ٢٦٠ .

ويمكن حصر مسائل العربون في الفقه الغربي الحديث كما ذكره السنهوري فيما يأتي :
أولاً - العربون قد يكون دليلاً على البت في إبرام العقد ، أو على جواز العدول عنه .
ثانياً - فإذا كان دليلاً على البت فقد أبرم العقد نهائياً ، ولا يجوز العدول عنه .

ولذا فالعربون يعتبر جزءاً من الثمن عجل دفعه إذا كان في عقد البيع ، ويجوز على التنفيذ إذا امتنع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته . فالمشتري يجبر على دفع الثمن بعد خصم ما دفعه عربونا ، والبائع يجبر على تسليم المبيع .

ثالثاً - أما إذا كان العربون دليلاً على جواز العدول ، فكل من المتعاقدين يجوز له العدول عن العقد في المدة المحددة لذلك ، فإذا عدل من دفع العربون فانه يفقده ، وإذا عدل من أخذ العربون رده ورد مثله معه ، دون ان يشترط وقوع ضرر ينجم عن هذا العدول سواء كان للدافع أو للأخذ .

وإذا لم يعدل أي من المتعاقدين عن العقد في المدة المحددة ، أصبح العقد باتاً ووجب تنفيذه على الوجه المبين فيما تقدم (١) .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للسنهوري ٢ : ٨٨ - ٩٠ .

المبحث الخامس

بيعتان في بيعه وصفقتان في صفقه
وفيه مطلبان

المطلب الأول

بيعتان في بيعه

اختلف الفقهاء في تفسير بيعتين في بيعه على عدة تفاسير ، ولذا فإني أذكر هذه التفاسير مبينا حكمها :

التفسير الأول :

ان يقول بعتك هذه السلعة بألف أو ألفين الى سنة أيها شئت انت وشئت انا ، وهذا أحد تفسيري الامام الشافعي رضي الله عنه (١) .

وهذا التفسير هو تفسير الامام مالك رحمه الله فقد قال : قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقداً أو بخمسة عشر ديناراً الى أجل وقد وجبت للمشتري بأحد الثمنين أنه لا ينبغي ذلك ، لأنه ان أخرج العشرة دنانير أصبحت خمسة عشر ديناراً الى أجل (٢) .

(١) وسميت بيعتين من قبل التسامح لأنها بيعة واحدة وانما سماها بيعتين باعتبار التردد في الثمن .
قليوبي وعميره ٢ : ٢٠٩ وفتح العزيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٤ ومعني المحتاج ٢ : ٣١ وفتح الروهاب ١ : ١٦٥ والتنبيه للشيرازي ٦٣ والواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٩٧ والحاوي للمارودي ٥ : ٣٢ وحاشية البجيرمي على المنهج ٢ : ٢٠٩ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٤ والمجموع ٩ : ٢٧٢ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٧٧ ونيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦١ وسبل السلام للصنعاني ٣ : ١٦ وزاد الرملي (أو شاء فلان) نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٥٠ وذكر الماوردي أن تقول بعتك داري هذه بألف صحاحاً وبألفين غلة تأخذها شئت أنت ان شئت أنا ويفترقان على هذا (وفي سبل السلام فأيهما شئت أخذت به) .

(٢) موطأ الامام مالك بهامش تنوير الحوالك ٢ : ١٥٦ .

وهو تفسير الزيدية فقد قال زيد بن علي: بيعتان في بيعة، أن يقول بعتك هذه السلعة على أنها بالنقد بكذا أو بالنسيئة بكذا. أو يقول على أنها إلى أجل كذا بكذا، أو إلى أجل كذا بكذا (١).

وهو تفسير الظاهرية، فقد قال ابن حزم في تفسيره الثاني لبيعتين في بيعة: أبيعك سلعتي هذه بدينارين نقداً أو بثلاثة نسيئة (٢).

وابن اطفيش من الاباضية فسره بقوله: كبيع سلعة أو غيرها من العروض بدينار نقداً يبدأ بيد عاجلا، أو بدينارين نسيئة لأجل مسمى، أو عاجل برضى من متبايعين على التردد والتخير، لا على قطع ثمن معين، فكأنه قال: إن شئت فخذها نقدا بدينار، وإن شئت فبدينارين لشهر، أو بعتها بدينار نقدا، أو قال بدينارين لشهر، أو بثلاثة لشهرين (٣). وقد فسّر النسائي من المحدثين بأن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقدا وبمائتي درهم نسيئة (٤).

حكم هذا البيع:

لا خلاف عند الفقهاء في بطلان هذا البيع مستلدين بما يأتي:

١ - الأحاديث:

(أ) بما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة. رواه الحمسة الا ابن ماجه (٥).

(ب) بما روي عن أبي هريرة فانه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة. رواه أحمد والنسائي وصححه الترمذي وابن حبان (٦).

وفي رواية أخرى لأبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن لبستين، أن يشتمل أحدهم الصمصاء في ثوب واحد أو يحتبسي بثوب ليس بينه وبين الهاء شيء (٧).

(١) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٤ : ٢٤٧ .

(٢) المحلى لابن حزم ٩ : ١٥ .

(٣) شرح النيل ٤ : ٧٤ .

(٤) النسائي ٧ : ٢٦٠ .

(٥) نيل الاطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ وصححه ابن خزيمة والحاكم .

(٦) سبل السلام للصنعاني ٣ : ١٦ ونيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٦١ والنسائي ٧ : ٢٦٠ .

(٧) رواه ابو داود . سنن أبي داوود . ٢ : ٢٢٨ .

- (ج) بما روي عن مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة (١) .
 (د) بما روي عن ابن عمر قال : رسول الله ﷺ . مطل الغني ظلم وإذا أحلت على
 مليء فأتبعه، ولا بيعتين في واحدة (٢) .

٢ - جهالة الثمن :

فان من يشتري سلعة بخمسة نقدا ، أو بعشرة الى أجل ، والسلعة قد لزمته بأحد الثمنين
 فقد حصل بذلك الغرر ويمنع البيع ، لأن البائع لا يدري بم باع والمشتري لا يدري بما
 اشترى (٣) . فالثمن مجهول ، كالبيع بالرقم المجهول ، مما يقتضي بطلان البيع (٤) .
 ولو قال : أبيعك بالتقد بكذا ، وبالنسيئة بكذا فذهب على أحدهما ، فقد روي عن طاووس
 والحكم وحماد أنهم قالوا : لا بأس ، وحملوا ذلك على أنه جرى بينها بعد ما يجري في
 العقد فكان المشتري قال : أنا أخذ المبيع بالنسيئة بكذا فقال البائع خذه ، أو قدرضيت بذلك
 أو قبلت ، ونحو ذلك من دلالة الرضى ، فيكون بذلك عقدا كافياً (٥) .
 ويرى الشوكاني : أن العلة في تحريم بيعتين في بيعة هي عدم استقرار الثمن في صورة
 بيع الشيء الواحد بثمنين (٦) .

وأما اذا لم يكن البيع لازماً في أحدهما : فقد أجازوه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعي
 لاقترانها على ثمن غير معلوم .

فالشافعي وأبو حنيفة اعتبرا هذا البيع من بيوع الفرار التي نهى عنها من جهة جهل الثمن .
 ويرى الامام مالك رحمه الله ، أن العلة هي سد الذريعة الموجبة للربا ، لا مكان الذي له
 الخيار قد اختار أولاً انفاذ العقد بأحد الثمنين ، إما المعجل أو الثمن المؤجل ثم بدا له
 ولم يظهر ذلك . وبهذا يكون قد ترك احد الثمنين للثمن الثاني ، أو كأنه باع احد الثمنين
 بالثاني وعندئذ يدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو بنسيئة ومتفاضلاً . وهذا فيما اذا كان الثمن نقداً ،

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٣٦ .

(٢) رواه أبو داود . انظر معالم السنن لابي داود ٥ : ٩٨ .

(٣) الفواكه الدواني : ٢ : ١٤٠ . ويوافق هذا ما قاله الشيرازي : ان يقول بعثك هذا بألف نقدا
 او بألفين نسيئة فلا يجوز للخبر .

(٤) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٧ .

(٥) المنتقى للبايجي : ٥ : ٣٧ . والمغني لابن قدامة . ٤ : ١٧٧ .

(٦) نيل الاوطار للشوكاني . ٥ : ١٦٢ .

اما اذا كان الثمن طعاما ، دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا (١) .

التفسير الثاني:

أن يقول بعتك هذه السلعة بألف على أن تبيني دارك بكذا ، وهو التفسير الثاني للإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه لبيعتين في بيعة (٢) . وقد ذكر الامام الشافعي رحمه الله هذا التفسير في قوله : ولا خير في أن أبيعك تمرا بعينه ولا موصوفاً بكذا على أن تتباع تمرا بكذا ، وهذا بيعتان في بيعة (٣) . وفسر الشافعي : بأن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيني غلامك بكذا فاذا وجب في غلامك وجبت لك داري (٤) .

ومن الحنابلة من فسر هذا التفسير ابن قدامة اذ يقول : بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا أو على ان تبيني دارك أو على أن أوجرك أو على أن تؤجرني كذا ، على أن تزوجني ابنتك ، أو على أن أزوجك ابنتي ونحو هذا (٥) .

ومن الحنفية السرخسي اذ يقول : واذا اشتراه على أن يقرض له قرصاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد (٦) . وفسره ابن حزم من الظاهرية بقوله : أبيعك سلعتي هذه بكذا وكذا على أن تبيني سلعتك هذه بكذا وكذا (٧) . والزبيدية فسرت : أن يقول بعث منك بهذا الثمن على أن تبيني به كذا (٨) .

فكل هذه التفسيرات مآلها واحد أي بمعنى واحد وكلها ترجع الى احدي تفاسير الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه كما رأيت .

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٦٦ .

(٢) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٧٢ وفتح العزيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٤ والتنبيه للشيرازي : ٦٣ وقلوبي وعميرة ٢ : ٢٠٩ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٨ والمغني لابن قدامة : ٤ : ١٧٧ وسبل السلام ٣ : ١٦ .

(٣) الأم ٣ : ٧٧ .

(٤) الأم ٣ : ٧٧ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٦ .

(٦) المبسوط للسرخسي ١٣ : ١٦ وفتح القدير ٥ : ٢١٨ .

(٧) المحلى لابن حزم ٩ : ١٥ .

(٨) التاج المذهب ٢ : ٣٧١ .

حكم هذا النوع من البيع :

لا خلاف بين الفقهاء أن البيع على هذه الصورة باطل للاحدِيث الآتفة الذكر الذي يفهم منها النهي . والنهي يقتضي الفساد ، وأيضا لأن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد ، ولأن البائع لم يرض به الا بذلك الشرط . فاذا فات الشرط فات الرضا به (١) ، واذا سقط الشرط وجب ان يضاف الى ثمن السلعة بازاء ما سقط من الشرط وذلك مجهول ، واذا أضيف الشرط الى الثمن صار مجهولا فبطل ، وهي مسألة داخلية في النهي عن بيع الغرر (٢) .

ويعلل الشوكاني بطلان هذا البيع بالتعليق بالشرط المستقبل في صورة بيع هذا على أن يبيع منه ذلك (٣) .

والشافعي يعلل : بأن الصفقة وقعت على ثمن معلوم وحصه في الشرط في هذا البيع مجهولة وكذلك وقعت في البيع الثاني ، والبيع لا تكون الا بثمن معلوم «٤» .
التفسير الثالث :

هو ما يفسر حديث أبي هريرة الذي ستره فيما بعد : فقد فسره ابن رسلان في السنن بقوله : (هو أن يسلفه دينارا في قفيز حنطة الى شهر فلما حل الأجل وطالبه بالحنطة قال : بعني القفيز الذي لك على الى شهرين بقفيزين فصار ذلك بيعتين في بيعة) «٥» .
قال الخطابي وغيره : يحتمل أن يكون ذلك في قصة بعينها وساق تفسير ابن رسلان . وعلى هذا التعليل يكون بيع ثان دخل على البيع الأول فصار بيعتين في بيعة فبرد الى أوكسها وهو الأصل ، فاذا عقد البيع الثاني قبل الفسخ الأول يكون قد دخلا في الربا .
حكم هذا النوع من البيع :

الحكم في هذا البيع باطل والعلة في ذلك الربا ، وقد استدلل على ذلك بحديث أبي هريرة ، فقد روى أبو داود عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ (من باع بيعتين في بيعة فله أوكسها أو الربا) (٦) .

- (١) المغني لابن قدامة . ٤ : ١٧٦ .
- (٢) المجموع : ٩ : ٣٧٥ والواضح التبية في شرح التنبيه : ٥ : ٩٧ .
- (٣) نيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٦٢ .
- (٤) الأم : ٣ : ٧٧ .
- (٥) نيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٦١ .
- (٦) نيل الاوطار للشوكاني : ٥ : ١٦١ ومختصر سنن ابي داود : ٥ : ٩٧ الا ان في اسناده محمد بن عمرو بن علقمة وقد تكلم فيه غير واحد ، والمشهور عنه انه من رواية الدراوردي ومحمد بن عبدالله الانصاري .

التفسير الرابع :

٦ إذا قال المشتري للبائع : أشتري منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبعه مني الى أجل ، فهذا من باب بيعتين في بيعة ولكنه لا يجوز بالاجماع .

علة بطلانه :

لأنه من باب العينة وهو بيع ما ليس عنده ، ولأن الثمن مجهول (١) .

التفسير الخامس :

٧ إذا قال البائع للمشتري أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما رأبها اختار وافترقا قبل الخيار .

وفي هذه المسألة ينظر : ان كان الثوبان من صنفين مما يجوز أن يحصل السلم أحدهما في الآخر ، فالامام مالك والشافعي قالا : لا يجوز وعلة المنع عندهم الجهل والغرر .
وعبد العزيز بن أبي سلمه قال : أنه يجوز .

وان كانا من صنف واحد فقد حصل الخلاف .

فالامام مالك : أجازها لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك ، وأبو حنيفة والشافعي قالا : لا يجوز لأنها اعتبراه بالغرر الذي لا يجوز ، لأن المتبايعين افترقا على بيع غير معلوم (٢) .

التفسير السادس :

(قال مالك في رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين أن ذلك مكروه لا ينبغي ، لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة وهذا من بيعتين في بيعة) (٣) .

حكم هذا النوع من البيع :

البيع باطل لا خلاف فيه وعلة الفساد : أن الثمنين قد اختلفا في الجنس والقدر وان اختلفا في الاجل والنقد .

(١) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٦ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ : ١٦٦ - ١٦٧ .

(٣) تنوير الخواكك شرح موطأ الامام مالك : ٢ : ١٥٦ .

أما لو حصل الاختلاف في أحدهما لفسد العقد. ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود ، أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين في بيعة الذي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه (١) .

التفسير السابع :

عن مالك رضي الله عنه : (أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه) (٢) .
هذه الصورة أدخلت في باب بيعتين في بيعة ووصفت بذلك باعتبار أن العقد قد جرى بين المتعاقدين على أساس أن المشتري بالنقد قد ألزم المشتري بالأجل بأكثر من ذلك الثمن فحصل بذلك عقد تضمن بيعتين ، احدهما وهي الاولى بالنقد ، والثانية المؤجلة .

علة فساد هذه الصورة :

(١) لأنه بيع ما ليس عنده ، لأن المشتري بالنقد باع الثاني بالأجل قبل تملك البعير .
(٢) يعتبر هذا البيع من باب العينة ، لأن المشتري الاول يشتري البعير بعشرة فيبيعه الى الثاني بعشرين كأنه سلفه عشرة في عشرين الى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع (٣) .

التفسير الثامن :

(قال مالك في رجل قال لرجل اشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعاً ، أو الصيحاني في عشرة أصوع ، أو الخنطة المحمولة خمسة عشر صاعاً أو الشامية عشرة أصوع ، بدينار قد وجبت لي احدهما أن ذلك مكروه لا يخل) (٤) .

وعلة ذلك :

اختلاف جنس وأحد العوضين يمنع صحة العقد، اذ لما كان العقد على أحد الثمرين وكان صيحانياً وعشرة أصوع ، والتمر الآخر عجوة : خمسة عشر صاعاً فقد دخله الفساد .

(١) المنتقى شرح الموطأ : ٥ : ٤٠ .

(٢) تنوير الخواك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٦ .

(٣) المنتقى شرح الموطأ للبايجي : ٥ : ٣٨ - ٣٩ .

(٤) تنوير الخواك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٦ .

من وجهين :

أ - من جهة القدر المقصود .

ب- من جهة الجنس :

أما لو كان مع ذلك الطعوم من جنس واحد وقدر واحد فيقول البائع للمشتري ابتع هذه الصبرة عشرة أصوع بدينار ، وان شئت من هذه الصبرة التي هي من جنسها عشرة أصوع بدينار ، وعقدا يبيعها على ذلك لم يجز ، ووجه ذلك أنه قد دخل على العقد بيع الطعام قبل استيفائه ، لأنه يجوز على المشتري أنه قد رضي بأحد الطعامين ثم انتقل عنه إلى الآخر فباع الأول قبل استيفائه الثاني (١) .

التفسير التاسع :

وهو ان يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو أبيعك هذه بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما ، فالبيع باطل عند الجميع سواء كان النقد واحداً أو مختلفاً ، وخالف في ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة فقد أجازَه إذا كان النقد واحداً أو مختلفاً .

علة منع هذه الصورة :

أ - الجهل عند الجميع .

ب- وعند مالك من باب سد الذرائع ، لأن المشتري يمكن أن يختار في نفسه أحد

الثوبين وبذلك يكون قد باع ثوباً وديناراً بثوب ودينار وهذا البيع لا يجوز

على أصل مالك (٢) .

رأينا في تفسير بيعتين في بيعة :

من خلال تتبعنا لتفاسير بيعتين في بيعة عند الفقهاء فاننا نقول : إن بيعتين في بيعة معناه هو العقد الذي يضم بيعتين في بيعة واحدة سواء كان العقد الذي يقول بعتك هذه السلعة بألف نقداً أو الفين إلى نسيئة ، أو العقد الذي يضم بعتك هذه السلعة بألف على ان تبقي دارك بكذا ، أو أشترى منك هذا الثوب نقداً بكذا وتبيعه مني إلى أجل ، أو أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما واقتراً قبل الخيار ، هذه الصور كلها تندرج في عقد واحد وصيغة واحدة .

(١) المنتقى شرح الموطأ ٥ : ٤٠ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٦٦ .

ولذلك فان التساد انما حصل بالصيغة في العقد ، لأننا لو تتبعنا التفسير الاول لوجدنا في صفته غرراً، اذ لا يعلم هل العقد يستقر على الثمن الاول أو الثاني فأورث جهالة في البيع .
والصورة الثانية بعتك هذه السلعة على ان تبيني دارك ، فهل يا ترى يكون العقد في هذه الصورة منجزاً أم أن البيع غير منجز ، الواقع ان المبيع غير منجز بدليل لو أن الآخر امتنع عن البيع كان الاول كذلك . وفي بعض التفاسير فانه يظهر فيها مظنة الربا كما في صورة العينة ، كما في صورة أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبينه مني الى أجل والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني

صفقتان في صفقة

معنى صفقتان في صفقة :

فقد فسر أبو عبيد القاسم بن سلام : بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئةً بكذا ويفترقا عليه (١) .

أما تفسير سماك راوي الحديث فقد فسره : هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ كذا ، وهو بتقد كذا وكذا (٢) .

وهذا التفسير يوافق تفسير أبي عبيد القاسم بن سلام ، ويوافق لإحدى تفاسير الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه في بيعتين في بيعة .

أما رواية ابن حبان للحديث موقوفاً (الصفقة في الصفقتين ربا) فتؤيد تفسير المصنف مع انه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة ، وذلك لأن كون الثمن على تقدير النقد ألفاً وعلى تقدير النسيئة ألفين في معنى الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة (٣) .

قال ابن مسعود : (الصفقتان في صفقة ربا) وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجهور العلماء .

ومالك : جزوه وقال لا ألثفت الى اللفظ الفاسد (٤) اذا كان البيع معلوماً حلالاً .
وفسر ذلك بقوله : كأنه باع السلعة بالدرهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير .

(١) فتح القدير ٥ : ٢١٨ .

(٢) نيل الارطار للشوكاني ٥ : ١٦١ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٢١٨ .

(٤) لا ألثفت الى اللفظ الفاسد: لا يصح لأن البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً، ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق والله سبحانه وتعالى أعلم . المعني لابن قدامة ٤ : ١٧٦ - ١٧٧ .

بيعتان في بيعة أخص من صفقتين في صفقة :

ذكر المرغباني تفسيراً لصفقتين في صفقة فقال : (لو باع عبداً على أن يستخذه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري دراهم ، أو على أن يهدي له هدية ، أو ثوباً على أن يقطعه المشتري قبيصاً أو قباء فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين) (١) .

وقد ورد في عين بعضها نهى خاص وهو قوله ﷺ عن بيع وسلف ، ثم بوجه معنوي جاء الخصوص لشروطي الاستخدام والسكنى ، ولو قابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع وعدم المقابلة يكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة ، فقد تناول الحديث كلا من الاعتبارين المذكورين وبذلك يكون بيعتان في بيعة أخص من صفقتين في صفقة كما لاحظنا إذ أن الصفقتين يشمل البيع وغيره بينما بيعتان في بيعة فلا يشمل الا صورة البيع فقط ، ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع (٢) .

اذ الجمع بين بيع عبد واستخدامه ، ودار وسكنها أو أن يقرضه المشتري دراهم أو يبيع ، وهدية ، ونحو ذلك ، أو يبيع ومنلف ، كل ذلك من باب صفقتين في صفقة (٣) .

حكم بيع صفقتين في صفقة :

اتفق الفقهاء على أن بيع صفقتين باطل للأسباب التالية

١ - للأحاديث الواردة في النهي عن بيع صفقتين في صفقة وهي :

أ) بما رواه الجاحظ في التلخيص عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة .

قال سماك : هو الرجل يبيع الرجل فيقول هو بنسأ بكذا ، وهو بنقد بكذا . رواه أحمد (٤) . في سننه .

(١) الهداية على فتح القدير : ٥ - ٢١٧ - ٢١٨ .

(٢) فتح القدير : ٥ - ٢١٨ .

(٣) فتح القدير : ٥ - ٢١٧ - ٢١٨ والمبسوط للسرخسي ١٣ : ١٦ .

(٤) أورده الجاحظ في التلخيص وسكت عنه .

وقال في مجمع الزوائد : رجال أحمد ثقاة ، وأخرجه أيضاً البزار والطبراني في الكبير والأوسط ، ورواه البزار في مستنده عن أسود بن عامر ورجح وقفه برواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام .

(ب) رواه ابن حبان للحديث موقوفا : (الصفقة في الصفقتين ربا) (١) .

٢ - جهالة الثمن مما يؤدي الى الغرر :

وأرى أن الغرر انما وقع في صيغة العقد . ويتفرع على بيع صفقتين في صفقة فروع وهي :

شرطان في بيع - سلف وبيع - بيع وشرط - بيع وقرض - بيع واجارة ونحوها

وأكتفى بذكر ثلاثة فقط لأهميتها وهي : شرطان في بيع - سلف وبيع - وبيع وشرط .

القرع الاول

شرطان في بيع

تفسير شرطين في بيع :

ذهب العلماء الى تفسير شرطين في بيع :

قال الكاساني : أن يقول البائع بعثك هذا العبد بألف درهم الى سنة أو بألف

وخمسة الى سنتين (٢) .

وفسر الامام أبو العلاء السمرقندي بقوله : (إن أعطيتني حالا فبألف ، وان أجلت

شهرًا فبألفين) أو قال (أبيعك بقميص حنطه أو بقميصين شعير) (٣) .

قال البغوي : هو أن يقول بعثك هذا العبد بألف نقدا أو بألفين نسيئة . أو الى أجل

كذا بكذا والى أجل كذا بكذا (٤) .

فهذا بيع واحد تضمن شرطين يختلف المقصود فيه باختلافها ، وهذا التفسير مروى

عن زيد بن علي وأبي حنيفة .

وقيل معناه : أن يقول بعثك ثوبي بكذا ، وعلي قصارته وخياطته (٥) .

من هذه التفاسير نرى أنها تشبه تفاسير بيعتين في بيعة و صفقتين في صفقة ، أما التفسير

الآخر فقد ظهر فيه شرطان في بيع واحد ، وهو ضمان البائع بقصارة الثوب وخياطته .

(١) فتح القدير : ٢١٨ : ٥ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني : ٥ : ١٥٨ والتاج المذهب : ٢ : ٣٨١ .

(٣) تحفة الفقهاء لأبي العلاء السمرقندي : ٢ : ٦٧ .

(٤) نيل الاوطار للشركاني : ٥ : ١٩٠ والروض النضر شرح المجموع الكبير : ٣ : ٢٤١ .

(٥) نيل الاوطار للشركاني : ٥ : ١٩٠ وسنن التتائي : ٧ : ٢٥٩ .

حكم هذا البيع :

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : المحوزون لهذا البيع وهو الامام احمد بن حنبل .

الرأي الثاني : مذهب الأكثرين أن هذا البيع لا يصح واستشهدوا على ذلك بما يأتي :

١ - بحديث رسول الله ﷺ : عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك) رواه الحنفة الا ابن ماجه فان له منه (ربح مالم يضمن ، بيع ماليس عندك) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . (١) .

٢ - جهالة الثمن ، لانه مع التخيير لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره المشتري منها فيقع به العقد ، واذا جهل الثمن بطل البيع .

الرأي الثالث : ان شرط في البيع شرطاً واحداً صح العقد ، وان شرط شرطين او

اكثر لم يصح العقد .

فيصح مثلاً : أن يقول البائع بعتك ثوبي على أن أخيطه لك ولا يصح أن يقول

على أن أقصره وأخيطه .

قال الشوكاني : ومذهب الأكثرين عدم الفرق بين الشرط والشرطين ، واتفقوا على

عدم صحة ما فيه شرطان (٢) .

الفرع الثاني

سلف وبيع

معنى السلف :

قد يكون السلف بمعنى السلم وذلك كأن يقول البائع أبيعك عبدي هذا بألف على

ان تسلفني مائة في كذا وكذا ، أو يسلم اليه في شيء ويقول : إن لم يتهبأ المسلم فيه عندك

فهو بيع لك (٣) . وقد يكون بمعنى القرض .

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٧٧ والنسائي ٧ : ٣٥٩ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ - ١٩١ والحديث السابق صححه ايضاً ابن خزيمة والحاكم وابن

الحاكم وابن حبان أخرجاه ، بلفظ (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع)

نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩٠ وسنن أبي داود ٤ : ٨٣ والترمذي ٣ : ٥٣٥ والمجموع شرح

المهذب ٩ : ٢٨٦ ويقول النووي رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة .

(٣) نيل الاوطار ٥ : ١٩٠ والنسائي ٧ : ٣٥٩ . وأخرجه ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم

والطبراني في الاوسط والحاكم في علوم الحديث من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ (فهو

عن بيع وشرط) وقد استغربه النووي وابن أبي الفوارس . نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٩١ .

قال البغوي : المراد بالسلف هنا القرض

قال أحمد : هو أن يقرضه قرضاً ثم يبايعه عليه بيعة يزداد عليه ، وذلك أنه انمسا
بقرضه على أن يحاييه المشتري في الثمن (١) .
وقال احمد بن قاسم العنسي : (أن يشتري الرجل سلعة بأكثر من ثمنها لأجل النساء)
والحيلة في ذلك : (بأن يستقرض المشتري الثمن من البائع يجعله إليه حيلة (٢) .
والشعبة الزيدية فسروا (السلف والبيع) بالمعنيين السلم والقرض .
قال في المنهاج : (يريد عليه السلام بيع السلم قبل أن يقبضه المسلم فيه) ومثل لذلك
كأن يقول قد بعتهك هذا بمائة درهم الى شهر وأسلمت اليك المائة درهم في كذا الى وقت
كذا قبل أن يقبض الدراهم (٣) .

وتفسير القرض لا يختلف عن التفسير السابقة له .

والشعبة الامامية : تفسر (السلف والبيع) بالسلم والقرض أيضاً وتمثل لصورة
السلف والبيع : بعتهك هذا العبد وعشرة أقترة حنطة موصوفة بكذا مؤجلا الى كذا بمائة
درهم : أو يقول المشتري للبائع أسلمت اليك هذا الدينار في هذا المتاع وفي قفيز حنطة
الى كذا .

أما في صورة القرض فتوافق أهل السنة بالتمثيل أيضاً (٤) .

أما مالك : فإنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وسلف ، قال مالك وتفسير
ذلك : أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا (٥) .
وفي كتب جماعة من أهل البيت عليهم السلام : صوروا السلف والبيع بأن يريد
الشخص أن يشتري السلعة بأكثر من ثمنها لأجل النساء فيحتال فيستقرض الثمن من البائع
ليعججه اليه حيلة .

حكم هذا البيع :

ذكر ابن رشد اتفاق الفقهاء على بطلان هذا العقد (٦) وذلك للأسباب التالية :

(١) نيل الاوطار ٥ : ١٩٠ وشرح التيل ٤ : ٤٠ وشرح الازهار : ٨١ .

(٢) التاج المذهب ٢ : ٢٨٧ وشرح الازهار ٣ : ٨١ .

(٣) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٣ .

(٤) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٧٥٣ .

(٥) تنوير الحوالك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٨ .

(٦) بداية المجتهد ٢ : ١٧٥ .

(١) وردت الأحاديث الدالة على النهي وقد سبق أحد الحديتين في بيع وشرطين ، والثاني فيما نذكره الآن .

(٢) - بما روي عن عبدالله بن عمر وقد مر (١) .

(٣) جهالة الثمن : بما روي عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف (٢) .

أ - فإن كان السلف من المشتري فالانتفاع بالسلف من جملة الثمن وهو مجهول فقد أوجب اشتراط السلف الجهل بمقدار الثمن .

ب - وإن كان السلف من البائع فالانتفاع به من الثمن وهو مجهول فقد أوجب اشتراط السلف الجهل به وهو ثمن أيضاً (٣) .

(٤) أنه اشتراط عقد في عقد : ففسد :

أ - لأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض عندئذ وربا له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به .

ب - لأن الجمع بين السلف والبيع بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهماً بدرهمين ثم ترك أحدهما (٤) .

واختلف الفقهاء فيما إذا ترك الشرط قبل القبض على رأيين :

الرأي الأول : المانعون وهم أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء محمد بن عبد الحكم من المالكية وهو رواية عن الامام مالك رضي الله عنه . وحجتهم في ذلك :

(١) ان النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع ان الثمن يكون في البيع مجهولاً لاقتران السلف به .

(٢) - روي ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل اسماعيل بن إسحاق المالكي عن هذه المسألة بقوله : (ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق .

فقال اسماعيل هذا البيع مقسوخ عند العلماء باجماع ، ثم أجاب عن البيع والسلف فيما

إذا ترك الشرط قبل القبض بجواب لا تقوم به حجة ، وذلك أن شرط السلف هو مجزئي تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسألة الزق مع العلم بأن نفس التعليل يمكن أن يصدق

على مسألة الزق من الخمر .

(١) بداية المجهد ٢ : ١٧٥ والموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٢٩ .

(٢) انظر (شرطان في بيع) من الرسالة . ص ١٦٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ١٧٧ .

(٤) جواهر الاكليل ٢ : ٢٥ .

تعلييل الجمهور لذلك :

ان التحريم لم يكن بشيء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح ، ولكن وقع التحريم من أجل اقتران البيع بالسلف ، وكذلك البيع في نفسه جائز والامتناع لاقتران الشرط به . بينا في مسألة الرق أن الامتناع من أجل اقتران شيء محرم لعينه به ، لا أنه شيء محرم من قبل الشرط .

ونكتة المسألة كما بصورها ابن رشد : هل اذا لحق الفساد بالبيع لأجل الشرط فاذا ارتفع الفساد أم لا كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ، أي هل هذا الفساد حكمي أو معقول ؟ .

فاذا علل الفساد بأنه حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان علل بأنه معقول ارتفع بارتفاع الشرط .

فالجمهور : رأوه غير معقول وقالوا : ان الفساد الذي يكون في بيع الربا والغرر أكثر ذلك حكمي وعلى هذا ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر .

الرأي الثاني :

أجازته مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم . وحجتهم في ذلك أنهم رأوا الفساد معقول لا حكمي (١) .

صور أخرى مشابهة لبيع وسلف :

(١) لا تجوز الاجارة والكرام ونحوهما بشرط السلف ، إذ هما بيع أو كالبيع ويجري فيهما ما سبق في اجتماع السلف والبيع وقد نهى رسول ﷺ عن قرض جر منفعة . ويعم ذلك مثل أن يسلف له ليخدمه وما أشبه ذلك أما لو كان قد جرى بينهما قبل ذلك ولم يكن لأجله جاز (٢) .

(١) بداية المجتهد ٣ : ١٧٥ - ١٧٦ (بتصرف) .

(٢) شرح النيل ٤ : ٤١ .

الفرع الثالث

بيع وشرط (١)

اختلف الفقهاء في هذه المسألة اختلافاً كبيراً ، نتيجة لتفسير الحديث المروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط (١) واليك آراؤهم جميعاً .

ترى الحنفية أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة إلا أنه متعارف كسواء النخل بشرط حذوه ، فالبيع جائز استحساناً ، ولكن من ناحية القياس فإن البيع لا يجوز ، وترى أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا يتعارفه الناس وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كاشتراط المشتري على البائع طحن الخنطة فالبيع فاسد . وكذلك الشرط الذي فيه ضرر لأحد العاقدين كاشتراط المشتري على البائع عدم بيع المبيع أو هبته (٢) .

وترى المالكية أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ولا يهب ولا يتخذها أم ولد ، والشرط الذي يخل بالثمن كالبيع في هذين الشرطين لا يجوز (٣) .

وترى الشافعية أن الشرط المنافي لمقتضى العقد كأن لا يسلم المشتري المبيع أو لا ينتفع المشتري به ، مبطل للبيع والشرط (٤) .

(١) انظر ص ١٧ - ٤٧ من رسالتنا عن الشروط في العقد ، مفصلة فارجع إليها . والذي يهتأ هنا مدار النهي الوارد في الحديث .

(٢) رواه عبد الحق في أحكامه : قال ابن عرفة لا اعرف هذا الحديث الا من طريق عبد الحق . الخطاب ٤ : ٣٧٣ ورواه أبو حنيفة وقال ابن رشد : روي عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . بداية المجتهد ٢ : ١٧٥ وقال في مجمع الزوائد في طريق عبد الله بن عمرو مقال . مجمع الزوائد ٤ : ٨٥ . وقال ابن قدامة المقدسي حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل . وقد انكره احمد ولا نعرفه مروياً في مسنده ، فلا يعول عليه . الشرح الكبير على المتقن ٤ : ٥٣ .

(٣) تحفة الفقهاء ٢ : ٦٩ - ٧٤ والمبسوط ١٣ : ١٣ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٥ والخطاب ٤ : ٣٧٣ .

(٥) الاشباه والنظائر للسيوطي ٤٥٣ والمهذب للشيرازي ١ : ٢٦٩ .

وترى الحنابلة ضرباً من الشروط بأنه فاسد يحرم اشتراطه وهو ثلاثة أنواع :

أ (أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو اجسارة او شركة أو صرف الثمن واشترط هذا الشرط يبطل البيع ، وقد مر في بيعتين في بيعه .

ب (شرط في العقد ما ينافي مقتضاه ، ومثل له كأن يشترط البائع أن لا يخساره عليه أو أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع أو لا يهبه ، فهذا الشرط لا يبطل البيع بل يبطل الشرط نفسه .

ج (أن يشترط البائع شرطاً يعلق البيع عليه كقول البائع بعثك ان جئتني بكذا ، او بعثك ان رضي فلان وكذا تعليق الشراء . فهذا الشرط مبطل للبيع ، لان مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع (١) .

وترى الزيدية أن البيع والشرط اذا عقدها فاقضى جهالة في العقد أو المبيع أو الثمن أو رفع موجه أو علقه بمستقبل فسد العقد وبيان ذلك :

أ (جهالة في العقد : كمن شرط خياراً مجهول المدة أحدهما أو الاثنان ، فسد للجهالة في العقد .

ب (جهالة في المبيع : كمن شرط ارجاح المبيع فسد للجهالة ، الا قدراً معلوماً ومنه كون البقرة لبونا لجهالة المبالغة .

ج (جهالة في قدر الثمن : كمن شرط ارجاح الثمن فسد للجهالة ، الا قدراً معلوماً أو تبرعاً لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « زن وأرجح » (٢) .

د (ولو شرط على ان لا يبيع المبيع أو لا يعتقه أو لا يخساره عليه فسد ايضاً لرفعه موجب العقد (٣) .

وترى الاباضة أن جهل الشرط يبطل البيع والشرط ، كبيع نخل واشترط اكلها أو بيع دار واشترط سكنها بلا تحديد مدة أو نحو ذلك مما يجهل ، وقد باع تميم الداري داراً وشرط سكنها فأبطل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ البيع والشرط معا لجهل الشرط ، لأنه لم يشترط مدة معلومة ، ولم يكن ابطل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مجرد الشرط ولذلك لم يكن دليلاً لمن يقول بابطال كل بيع وشرط ، وانما ابطاله لكونه مجهولاً ولذلك فلا دليل .

(١) كشف القناع ٣ : ١٨٨ - ١٩٥ . ومطالب أولي النهى ٣ : ٦٦ - ٦٧ .

(٢) اخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حسن صحيح هذا آخر كلامه .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٤١ - ٣٤٤ .

وأما من جعل هذه المسألة دليلا على ابطال البيع والشرط مطلقا الا أنها تتعارض مع حديث جابر رضى الله عنه من اشراطه ظهر الجمل الى المدينة ، الا أن ابن عباس يقول كان الاشتراط بعد العقد فأجاز النبي ﷺ البيع والشرط معا .

وذكر ابن بركة أن اشراط الظهر في هذا الحديث قد روي أنه كان بعد العقد على سبيل العارية ولكن كونه شرطا يبعد أن يكون عارية بعد العقد .

وان كان الشرط في غير نفس المبيع كبيع سلعة على أن يبيعه قفيز حنطة واشتراط طحنها أو حماه لمكان معين ، ففي مثل هذا منع البيع لجهل في الثمن واستلزام من منع البيع منع الشرط (١) .

تعدد الصفقة في القانون

نظرية اهرنج في تعدد الصفقة :

ويلخص الدكتور السنهوري ما يذكره اهرنج في كتابه المعروف (روح القانون الروماني) الجزء الرابع ص ١٠ - ٢٣٤) عن فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني متخذ تطور القانون الروماني مثالا له في ذلك ، ويرى اهرنج ان الصناعة القانونية المهذبة تقتضي تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل ، القصد منها الوصول الى العناصر الاولى التي تتكون منها ادوات الصناعة القانونية ، وأهم هذه لادوات العقد وهو الذي ينشئ الحق ، والدعوى التي هي جزء الحق .

والصناعة القانونية في الشرط الأول التبسيط في هذه الادوات ، وأول مبادئ هذا التبسيط هي الوحدة : الوحدة في الدعوى والوحدة في التصرف القانوني : (ذلك أن أول ضرورات الصناعة القانونية هو الاستقرار وثبات التعامل ، ثم إن حاجات الحياة تقتضى التجديد والتطور ، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة والتجديد والتطور من جهة أخرى ، ومبدأ الوحدة يهيئ الفرص لهذا التوفيق ، فالوحدة ترسب دعائم الاستقرار والثبات ، ثم هي تصلح أساسا صلبا يقوم عليه بناء شامخ من التجديد والتطور) (٢) .

فالعقد عند الرومان كان لا يشتمل الا على صفته واحدة ولا ينشئ الا حقا واحدا

(١) شرح النيل ٤ : ٨٣ - ٨٦ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٩ .

وإذا كانت منها الصفقات والحقوق متعددة وكان من الواجب ان تتعدد العقود وكان لا يجوز ان يجتمع حقان من طبيعة مختلفة ، حق عيني وحق شخصي في عقد واحد ، بل كان لا يجوز ان يجتمع حقان من طبيعة واحدة في عقد واحد ، سواء كانا حقين عينيين أو او حقين شخصيين . فإذا أراد المولى ان يعتق عبده واراد في الوقت ذاته ان يخدمه العبد بعد العتق ، لم يكن المولى يستطيع في عقد واحد ان يجمع بين العتق واشترط الخدمة ، وانما يكون عليه ان يعتق العبد بتصرف قانوني مستقل غير مقترن بشرط ، ثم في عقد آخر يشترط عليه الخدمة .

وكذلك لا يجوز ان يجتمع حقان عينيان في عقد واحد ، كأن يجتمع حق الملكية مع حق الارتفاق ، فلا يجوز للمالك اذا أراد أن ينقل ملكية العقار الى شخص آخر على أن ينشئ لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار أن ينقل ملكية العقار كاملة ثم يشترط في العقد ذاته انشاء حق ارتفاق بل كان ينقل حق الملكية منقوصا منه حق الارتفاق الذي يستبقه لنفسه ، فالعقد كان يتضمن صفقة واحدة هي نقل الملكية الناقصة بعد الاحتفاظ بحق الارتفاق ، وحق الارتفاق لم يكن ينشأ بالعقد ، بل يستبقى على أصل الملك الأول ، فالعقد لم يتضمن صفقتين ، احدهما نقل حق الملكية والاخرى انشاء حق الارتفاق .

وكان العقد لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان في عقد واحد ، كبيع وايجار أو بيع وقرض ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضي بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا يتعددها بها ، ولا يتعددها بها غيره من العقود ، والمراد بذلك تبسيط التعاقد ، فلا تجمع صفقات متعددة في عقد واحد حتى لا يتعد التعامل « ومن ثم كان المتعاقدان لا يستطيعان استعمال صيغة عقد البيع في الوقت الذي يستعملان فيه صيغة عقد الايجار أو صيغة عقد القرض . وكان لا يمكن تبعاً لذلك ان يجمع المتعاقدان صفقتين في صفقة واحدة » (١) .

ولعل فكرة وحدة الصفقة في العقد الواحد لم يخلص منها أي نظام قانوني مهذب في مراحل الأولى من التطور كما يقول السنهوري ، ففكرة التطور هي التي تلائم العقل القانوني عندما يبدأ في تشييد صرح من النظم القانونية ، لأن القانون يتحرى لها الثبات والاستقرار عن طريق وحدة العقد ، اذ أن حاجة القانون الى الثبات والاستقرار تسبق في تاريخ تطوره حاجته الى المرونة والتجدد .

الا أن الفقه الاسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها - كفكرة اللزومية وفكرة مجلس

(١) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ٤٤ - ١٤٥ .

العقد - عن الشكلية في العقود ، تلك الشكلية التي بدأت في القانون الروماني رسوماً وأوضاعاً ساذجة ، وجاءت في الفقه الاسلامي ضرباً من الشكلية أكثر تهذيباً (١) .

ويقول الدكتور السنهوري : « ولو كان الفقه الاسلامي نقل عن القانون الروماني ، كما يزعم بعض المستشرقين ، لما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثراً ، بل لرأيناه قد أغفلها كما أغفلها القانون الروماني عندما وصل الى المرحلة التي قيل ان الفقه الاسلامي نقل عنه فيها » .

ولكن على النقيض من ذلك نرى الفقه الاسلامي ، لا سيما المذهب الحنفي ، متأثراً بهذه الفكرة كل التأثر ، مما يقطع في أنه تطور تطوراً مستقلاً بعيداً عن القانون الروماني ، واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به (٢) وهذا مما يدل على أن الفقه الاسلامي لم ينقل عن القانون الروماني .

والذي أراه أن الفقه الاسلامي قد أخذ بعدم تعدد الصفقة في العقد الواحد فقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة ، وعن بيعتين في بيعه وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف ، مما يجعل المعاملات في الفقه الاسلامي مستقرة ثابتة ، ولا يحول دون التطور المنشود للمعاملات ، ويعجبني في هذا قول السنهوري : (الواقع من الامر أن فكرة النهي عن تعدد الصفقة - فضلاً عن أنها وردت في أحاديث عن النبي ﷺ - هي الفكرة الطبيعية التي تتفق مع تطور القانون ، فهي الفكرة الأولى التي يقف عندها نظام قانوني ناشئ ، في توخي الدقة في التعاقد يتحرى البساطة في العقد ، وتكون وحدة العقد مبدأً جوهرياً من مبادئه ، ومن ثم لا يجوز أن يتضمن العقد أكثر من صفقة واحدة والا أحل ذلك بوحده (٣) .

هذا والأحاديث التي وردت في النهي عن صفقتين في صفقة مختلفة متضاربة ولا بد من التوفيق بينها ، وكان من الممكن ان يكون هذا التوفيق لمصلحة اقتران الشرط بالعقد . وهذا الاختلاف يفتح المجال للاجتهاد في تطبيق النص .

(١) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٨ .

(٢) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٨ .

(٣) مصادر الحق للسنهوري ٣ : ١٣٨ .

المبحث السادس

العقد المعلق والعقد المضاف

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

العقد المعلق

العقد المعلق : وهو ما علق وجوده على حصول أمر آخر بأداة من أدوات الشرط أو ما في معناها . لنا إذا قال : بعتك ثوبي هذا إذا لمستك ، فقد علق البيع على حصول اللمس فلا يكون ملزما للبيع إلا إذا لمس الثوب أو إن سافرت إلى الخارج فانت وكيلي في بيع داري هذه ، فانه قد علق وجود الوكالة بالبيع على حصول السفر إلى الخارج ، وبهذا التعليق لا تنعقد الوكالة في الحال ولا يترتب عليها حكمها إلا إذا سافر إلى الخارج .

شروط صحة التعليق :

يشترط لصحة التعليق ما يأتي :

أولاً - أن يكون الشيء المعلق عليه معدوماً على خطر الوجود ، أي محتملاً أن يكون وألا يكون ، أما إذا كان المعلق عليه متحقق الوجود لم يكن التعليق حقيقياً بل كان التعليق صورياً وكان العقد منجزاً ، كأن يقول شخص لآخر : وهبتك كتابي إن نجحت في الامتحان وكان في ذلك الوقت ناجحاً .

أما إذا كان الشيء غير موجود ولكنه مستحيل الوجود فإن العقد لا ينعقد أصلاً ، والغرض منه عندئذ استحالة إنشاء العقد للمخاطب كأن يقول : إن انشق القمر نصفين فانت وكيلي في بيع كتيبي .

اما اذا كان المعلق عليه أمرا واجب الحصول كان تعليقا في الصورة، وازافة في المعنى : نحو أن يقول شخص لآخر ان طلعت الشمس غدا فأنت وكيلي في بيع هذا المنزل (١) .

ثانيا - أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها الا للضرورة ، كأن يقول رجل لزوجته : أنت طالق ان دخلت دار فلان من غير فصل بين الشرط والجزاء ، فلو قال لها انت طالق ثم سكت لغير ضرورة ولو فترة قصيرة ثم قال لها : إن دخلت دار فلان فالطلاق في هذه الحالة في العبارة الصريحة الأولى لافي التعليق ، أما لو كان الفصل لضرورة ، كأن وقعت عليه أفعى من السقف أو ما أشبه ذلك فلا يمنع الاتصال . ويكون تعليقا للطلاق (٢) .

ثالثا - ألا يكون التعليق على مشيئة غير معلومة كشيئة الله تعالى : كأن قال لزوجته : أنت طالق ان شاء الله فالطلاق لا يقع ، لأن هذا ربط للطلاق بشيء مجهول ولا يمكن معرفته (٣) .

ويرى أبو يوسف من الحنفية أنه تعليق ولهذا شرط كونه متصلا كسائر الشروط .
وإذا كان التعليق بتشيئة العاقد الآخر :

أ - فان كان في العقود التي تتوقف على قبول ذلك العاقد كما في قولك لآخر وهبتك هذا الكتاب إن شئت ، وبعتك هذه الدار إن رغبت فهذا في حكم المنجز ، لأنها لا تتم الا بالقبول من الطرف الآخر .

ب - وان كان العقد لا يتوقف على قبول الطرف الآخر كما في الطلاق والعتاق فالتعليق على مشيئة الطرف الآخر يكون تعليقا حقيقيا ولا يكون في حكم المنجز كأن يقول لزوجته : أنت طالق ان شئت : كان هذا تعليقا لطلاقها على مشيئتها فتطلق ان رغبت فيه أما اذا لم ترغب فلا يقع ذلك الطلاق المعلق (٤) .

تقسيم العقود بالنسبة للتعليق :

والعقود من هذه الناحية ثلاثة أقسام :

الأول : ما يجوز تعليقه بالشرط وهذا مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق .

(١) حاشية ابن عابدين : ٥ : ٢٤١ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار : ٢ - ٢٠٠ - ٢٠٣ وحاشية ابن عابدين : ٣ : ٢٤١ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ٣ : ٣٧١ . والاختيار لتعليل المختار : ٢ : ٢٠٢ - ٢٠٣ .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٣ : ٣٧٢ .

كأن يقول الرجل لزوجته : ان دخلت بيت فلان فأنت طالق ، وكأن يقول لعبده : ان فعلت كذا فأنت حر .

فاذا تحقق الشرط المعلق عليه وقع الطلاق والعناق والى هذا ذهب الشافعي أيضاً .
ويخص كذلك بالالتزامات التي يخلف بها كالحج والصلاة ، نحو ان نجحت لأحجن^٢ ومنها الوكالة والوصية ، والوكالة بطبيعتها لا تنفيذ آثارها وقت صدورها بل حين مزاوله العمل .

الثاني : عقود لا تقبل التعليق بحال ما : وهي كل عقد يفيد الملك بطريق التبرع كالهبة ، أو بطريق المعاوضة كالبيع ومن هذه العقود أيضاً عقود الزواج والخلع والرهن والحجر على المأذون له في التجارة . فلا يصح التعليق في هذه الصور كلها ، فلا يصح أن تقول : تزوجتك إن رضي أهلي ، أو وهبتك مكتبي ان سافرت للأردن هذا العام ، لأن التعليق بأمر قد يوجد وربما لا يوجد يجعلها على خطر . فكان الامر أشبه بالقسمار ، لأن مصلحة طرفي العقد أن يكون كل منهما على بينة من أمره (١) .

يقول القرافي : (أن انتقال الاملاك يعتمد الرضا ، والرضا انما يكون مع الجزم ولاجزم مع التعليق فأن شأن المعلق عليه أن يكون : يعترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ولكن الاعتبار في ذلك يمس الشرط دون أنواعه وأفراده) (٢) .

الثالث : عقود تجوز مع التعليق ولكن على الشرط المناسب أو الملائم لها لا على كل شيء كيف كان ، ويشمل الكفالة والحوالة والأذن للصبي بالتجاره .
والشرط الملائم ، هو ما كان مناسباً لمقتضى العقد ، كقولك : إن أفلس فلان فأنا كفيل بالدين أو إن لم أؤد اليك الدين غدا فقد أحلتك به على فلان .

أما التعليق بما لا يكون ملائماً للعقد من شروط فلا يصح كتعليق الكفالة أو قبول الحوالة بالدين بموت زيد أو نجاح عمرو فالتعليق في مثل هذه الشروط ضرباً من العبث أو الهزل والعقود لا تصح مع الهزل (٣) .

(١) الدرر شرح الفرر ٢ : ١٩٩ - ٢٠٢ والزليعي ٤ : ١٣٤ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٣٤١

(٢) الفروق للقرافي ١ : ٢٢٩ وفتح القدير ٥ : ٢١٨ - ٢١٩ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٤٠٤ وراجع لهذا البحث في حاشية ابن عابدين ٥ : ٣٤١ - ٣٥٧ ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢ : ١١ وزاد الرابع عشر التحكيم : اذا أهل الشهر فاحكم بيننا . وزاد السابع والعشرون : عزل القاضي .

أ) والخلاصة فالعقود التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلاثة عشر

- | | |
|-----------------------|--------------------------------|
| ١ - البيع | ٨ - عزل الوكيل |
| ٢ - القسمة | ٩ - تعليق إيجاب الاعتاق بالشرط |
| ٣ - الاجاره | ١٠ - المعاملة |
| ٤ - الاجازه | ١١ - المزارعة |
| ٥ - الرجعه | ١٢ - الاقرار |
| ٦ - الصلح عن مال | ١٣ - الوقف في روايه . |
| ٧ - الابراء عن الديون | |

ب) وما لا يبطل بالشروط الفاسده ستة وعشرون :

- | | |
|---|------------------------------|
| ١ - الطلاق | ١٤ - حواله |
| ٢ - اتخلع ولو بغير مال | ١٥ - وكاله |
| ٣ - العتق بمال وبلا مال | ١٦ - اقاله |
| ٤ - الرهن | ١٧ - نسب |
| ٥ - القرض | ١٨ - كتابه |
| ٦ - الهبه | ١٩ - المضاربه |
| ٧ - الصدقه | ٢٠ - دعوت الولد |
| ٨ - الوصايه | ٢١ - الجراحه التي بها القصاص |
| ٩ - الشركه | حالا او مؤجلا . |
| ١٠ - القضاء | ٢٢ - اذن العبد |
| ١١ - الإماره | ٢٣ - الصلح عن دم العمد |
| ١٢ - التحكيم بين اثنين عند محمد خلافا لأبي يوسف | ٢٤ - جنایة الغضب |
| ١٣ - كفاله | ٢٥ - الوديعه |
| | ٢٦ - العارية (١) |

حكم بيع العقد المعلق :

العقد المعلق على شرط فاسد يكون باطلا عند عامة الفقهاء ما عدا أحمد (٢) فقد نص

- (١) فتح القدير ٥ : ٢١٨ وجامع الفصولين ٢ : ٤ - ٥ والدرر شرح انور ٢ : ١٩٩ - ٢٠٢ والزيلعي ٤ : ١٣٤ .
- (٢) المهذب مع المجموع ٩ : ٣٧٤ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٤٢ والبحر الزخار ٣ : ٣٩٣ . والفروق للقراني ١ : ٢٢٩ .

على جواز تعليق البيع بالشرط ، كأن يبيعه الجارية ويقول له : ان بعث هذه الجارية فاننا أحق بها بالثمن واحتج بأنه قول ابن مسعود ، أو بعثك مكتبتني ان قدم زيد (١) ويكون فساد البيع إن علق العقد بكلمة إن الا في صورة واحدة ، وهي أن يقول : بعث منك هذا إن رضي فلان فانه يجوز ذلك التعليق ولكن بشرط أن يكون التعليق مؤقنا بثلاثة أيام ، لأنه اشترط الخيار المي اجنبي وهو جائز (٢) وان كان التعليق بكلمة على ، فان كان مما يقتضيه العقد صح البيع ، وان كان مما يخالف مقتضى العقد أو فيه منفعة لأحد المتعاقدين فساد البيع (٣) وعلة فساد هذا البيع ما يأتي :

أولاً : الغرر الناشيء عن التعليق : والأصل في العقود عند الحنفية أن تترتب آثارها عليها في الحال ، وتأخير هذه الآثار ينافي أصل وضعها الشرعي .

فان ما كان مبادلة مال بمال فانه لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرطه ، وان ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات فانه لا يبطل بالشرط ، لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو في المعاوضات المالية لاغيرها من المعاوضات والتبرعات ، وذلك لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض ، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون في الشرط الفاسد فضل خال عن العوض وهو الرباء

أما التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التملكيات ، لأنه من باب القسام (٤) ولأن تأخير آثار العقد ينافي أصل وضعها ، ولأنه قد يوجد الشرط وقد لا يوجد فلا يكون العاقدان على بينة من أمرها ، وأيضاً فان تعليق هذه العقود على أمر محتمل وجوده أو عدم وجوده مما يسبب التردد فيكون بذلك غرراً ، وعلى افتراض وجوده عند تحقق الشرط قد تكون رغبته في العقد قد زالت فيترزع الرضا أو يزول من نفسه ، ومعلوم أن أساس العقود هو الرضا وبفواته لا يتحقق العقد .

ثانياً : تملك على سبيل المخاطرة : فان في تعليق البيع الذي يكون تملكاً للحال لم يصح تعليقه بالمخطر لوجود معنى القمار (٥) .

(١) زيلعي ٤ : ١٣١ .

(٢) قول ابن عابدين - ان وقته بثلاثة ايام اشارة الى مدة خيار الشرط عند أبي حنيفة والشافعي وزفر ، أما أبو يوسف ومحمد رضي الله تعالى عنها فقد جعلامدة خيار الشرط اذا سميامدة معلومة لحديث ابن عمر أنه اجاز الخيار الى شهرين . فتح القدير ٥ : ١١١ .

(٣) جامع الفصولين ٢ : ٤ .

(٤) السدر شرح الغرر ٢ : ٣٠٠ ومجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر ٢ : ١١١ ، ١١٥ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٧ ، والزيلعي ٤ : ١٣٤ ، ١٣١ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٧ ، والبحر الزخار ٣ : ٢٩٣ .

ويمكن أن تناقش ما استدل به الحنفية من وجوه :

الأول : كون الحنفية جعلت الاصل في العقود هو ترتب آثارها عليها فور التعاقد لا يمنع الخروج على ذلك الاصل اذا دعت حاجة الناس الى ذلك وكان في مخالفة ذلك الاصل تحقيق مصالح المتعاقدين، لأن العقود انا شرعت لحاجة الناس والتوسعة عليهم وتحقيق مصالحهم وطالما أن الخروج لا يخالف نصاً ولا يحرم حلالاً أو يحل حراماً فإنه يكون مشروعاً تحقيقاً لمصالح الناس وتيسيراً عليهم في باب المعاملات وقد وجدنا في الشريعة الاسلامية مخالفة ذلك الاصل من أجل مصالح الناس .

مثال ذلك : ان خيار الشرط الذي أقرته الشريعة الاسلامية بالواقع هو خروج على ذلك الاصل ، اذ العقد الذي فيه خيار الشرط لا ترتب عليه آثاره فور التعاقد، وهو عرضه للابطال من جانب من له الخيار ومع ذلك فإنه لا يضر التعامل شيء بسبب تأخر الآثار عن العقد ما دام ذلك محققاً لمصلحة المتعاقدين وبناء على رغبتهما .

الثاني : أن ما ذكره من أن التعليق فيه معنى المقامرة غير قاصر على العقود التي منعوا تعليقها (١) بل هو موجود في العقود التي أجازوا تعليقها كالوصية ونحوها مع أن المنطق يقضي اما بتع التعليق في الكل أو جوازه في الكل اذا لا يظهر لنا وجه قوي للتفرقة بينهما .

الثالث : انه لا يتحقق بالتعليق أي ضرب من ضروب المقامرة كما اذا علق شخص مراجعة زوجته أو عزل وكيله على مجيء زمن مستقبل، وقد لا تكون المقامرة ضارة ، فأبي ضرر في أن يعلق شخص هبة كتاب على نجاحه أو يعلق اعادة كتاب على مجيء كتاب آخر أو يعلق عزل وكيله على حضور وكيل آخر وهكذا .

الرابع : لقد ثبت بالسنة النبوية المطهرة تعليق الهبة على أمر محتمل (فقد روى الامام احمد عن أم كلثوم بنت أبي سلمه قالت : لما تزوج النبي ﷺ أم سلمه قال لها : اني قد هديت الى النجاشي حلة وأواقى من مسك ولا أرى النجاشي الا قد مات ولا أرى هديتي الا مردودة ، فان ردت علي فهو لك) (٢) فالحديث صريح في صحة تعليق الهبة ولذلك فلا نرى فرقاً بين الهبة وغيرها من والعقود .

(١) انظر ذلك في موضعه من رسالتنا وقد مر سابقاً ١٨٠ .

(٢) انظر نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ٢٦٦ .

وفي الواقع لقد رجعت للكثير من كتبهم فلم أجد هؤلاء نصاً قد اعتمدوا عليه ،
 ولعمري لا أدري ما الغرر الذي يكون من أن أهب انساناً اذا عدت الى بلدي أونجحت
 في امتحاني ، ولو كانت المعاملات المالية لا تقبل التعليق لما كما من رسول ﷺ أن أقدم
 على تعليق الهبة ، ولما صح تعليق الوصية والايضاء ، والتفريق بين البيع والوصية تفريق لا
 مبرر له ، والنصوص على اطلاقها لا تمنع التعليق .
رأي ابن تيمية في التعليق :

يرى ابن تيمية أنه يجوز تعليق العقود بالشروط اذا كان في ذلك منفعة للناس ما لم
 تتضمن ذلك نهياً عن الله ورسوله هو من الحلال الذي ليس لأحد تحريمه .
 وقد ذكر عن أحمد رحمه الله جواز تعليق البيع بشرط (١) وأنه لم يجد عنه ولا عن
 قدماء أصحابه نصاً بخلاف ذلك ، وأن بعض متأخري المذهب الحنبلي لا يجوزون ذلك
 كما ذكر ذلك أصحاب الشافعي . واحتجت الطائفتان على ذلك بأن هذا غرر .
 واحتج بعض أصحاب الشافعي وأحمد بأن هذا عقد معاوضة فلم يجوز تعليقه على
 شرط مستقبل كالنكاح . وحثتهم في ذلك (نهيه ﷺ عن الملامسة والمباذة) معللاً بأنه
 تعليق للبيع على شرط مع العلة الاخرى وهي الجهالة وهذه حجج ضعيفة جداً .
 ثم يقول : أما قول القائل ان هذا غرر فيقال : ان النبي ﷺ نهى أن يكون الغرر
 مبيعاً ، ونهى عن أن يباع ما هو غرر ومثل لذلك كبيع السنين وحبل الحبلية وبيع الثمرة
 قبل بدو صلاحها ، وكان تعليقه لذلك لما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل
 كما قال الرسول ﷺ (أرأيت ان منع الله الثمرة بما يأكل احدكم مال أخيه بغير حق)
 وهذا هو القمار وهو المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل ، لأنه متردد بين أن يحصل
 مقصوده بالبيع ، وبين أن لا يحصل مقصوده علماً بأن ماله يؤخذ على التقديرين ، فإذا لم
 يحصل كان قد أكل ماله بالباطل ، أما البيع من حيث هو فليس غرراً بل هو عقد واقع
 لا يسمى غرراً سواء كان العقد منجزاً أو معلقاً بشرط ، فالنذر المعلق بالشروط لا يسمى
 غرراً ، وتعليق العتق بشرط لا يسمى غرراً وأمثال ذلك .

وذلك (أن هذا عقد على صفة معينة لا يتناول غير تلك الصفة ، فان حصلت تلك
 الصفة حصل العقد ، وان لم يكن هناك عقد ، فهذا ليس بتغرير وانما التغرير (٢) : أن
 يعقد له عقداً يأخذ فيه ماله ، ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطره . فان لم يحصل

(١) اعلام الموقعين ٣ : ٢٨٨ .

(٢) التغرير - ويقصد ابن تيمية بالتغرير هنا - الغرر لا التغرير الذي هو التدليس .

كان قد أكل ماله بالباطل ، فهذه هو الغرر الذي يدخل بيعه في معنى القسار والميسر الذي حرمه الله ورسوله ﷺ .

وكون العقد جائزاً أن يعتقد ان شرط انعقاده ويجوز أن لا يعتقد ويجوز أن يلزم ان وجد شرط لزومه ويجوز أن لا يلزم وهذا ليس مما دخل في نهيه ﷺ وليس هذا من القمار وسبب ذلك أن العقد ان حصل أو لزم حصل المقصود بحصوله ولزومه ، وان لم يحصل أو لم يلزم لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه . وعلى كلا التقديرين فلا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلاً ولا أحدهما قر الآخر .

ويضرب لذلك أمثلة في بيع الملامسة والمنازعة بأنا قد أوجبتنا البيع قبل رؤية المشتري للمبيع كان هذا مخاطرة وقارراً اذ قد يكون المبيع جيداً يرضاه المشتري وقد لا يكون ، فاذا لزم به المشتري قبل معرفته به كان قارراً وهذا لا يجوزه أحد من الأئمة .

ثم يرد عن الامام أحمد بن حنبل في مسألة لزوم بيع الغائب قبل الرؤية : (قد عرف أنها خلاف مذهبه المتواتر عنه ، وعرف الخطأ والاضطراب الذي في نقلنا لها) .

أما مسألة شراء الثوب المطوي على أن المشتري بالخيار اذا رآه : فهذه المسألة المتنازع فيها بين العلماء وليس هذا هو الذي كان يفعله أهل الجاهلية والذي نهاهم عنه النبي ﷺ .

ثم يقول ابن تيمية : (أما اذا رأيا الثوب ، وقال اذا نبذته اليك فقد بعتهك هذا فهذا تعليق للبيع على اقباضه له ، وهو من جنس بيع المعاطاة فانه ينعقد بالاعطاء) وكذلك فلا فرق بين قول المشتري آخذ هذا الثوب بدرهم وبسین قول البائع : ان أخذته فهو عليك بدرهم ، وكذلك لا فرق بين قوله : انبذ الي هذا الثوب أو ألقه الي أو اطرحه الي « أو سلمه الي » أو أعطنيه بدرهم وبين قول المشتري : ان نبذته أو ألقته ، أو طرحته الي فهو علي بدرهم ، فاذا كان قد نشر الثوب وعلماه : لم يكن في هذا من المقامرة شيء (١) انتهى بتصرف .

رده على الحنفية :

ويرد ابن تيمية على الحنفية القائلين بأن الأصل في العقود أن تترتب آثارها عليها بأنه أصل ضعيف والشرع لم يدل على هذا الأصل ويعتبر ابن تيمية أن القبض في الاعيان والمنافع كالقبض في الدين ، اذ تارة يكون موجب العقد قبض المبيع عقب العقد بحسب الامكان ، وتارة يكون موجب العقد تأخير التسليم لمصلحة من المصالح ، التي تستوجب التأخير .

(١) نظرية العقد لابن تيمية ٢٢٧ - ٢٢٩ .

وقال: ان الشرع دل على خلاف ما يقولون اذ جوز النبي صلى الله عليه وسلم بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق الابقاء الى كمال الصلاح مع أن اصحاب أبي حنيفة يقولون بوجود قطع الثمرة ، لأنه آثار العقد المترتبة عليه فيكون عقبيه .

وقال ابن تيمية (فشكل معهم في ذلك الاصل ، ونبين أن مقتضى العقود وموجها ما تراضى به المتعاقدان : من تقدم قبض وتأخر ، وأن من قال : موجها القبض عقبها فليس له على ذلك حجة سليمة) (١) .

رأي ابن القيم في التعليق :

يرى ابن القيم أن التعليق واقع في العقود فيقول : (وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط امر قد يدعوا اليه الضرورة ، أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف وقد صح تعليق النظر بالشروط بالاجماع ونص الكتاب) ثم ذكر طائفة من العقود صح تعليقها ، منها تعليق الضمان ، وتعليق النكاح بالشرط ومثل له بزواج موسى عليه السلام وكذا الطلاق والجماع ، والنذر ، وغيرها من العقود ، واستشهد لذلك تعليق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في المزارعة (٢) .

ثم يقول : (ونص الامام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط في قوله : ان بيعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن ، واحتج بأنه قول ابن مسعود ، وذكر طائفة من العقود المعلقة فصح عنده تعليق الرهن وتعليق البراء بالشرط ، وثبت أن النبي ﷺ علق ولاية الامارة بالشرط (٣) .

وكان رد ابن القيم على أن الأصل في العقود أن يعقبه ترتب آثاره ففسد وافق استاذه ابن تيمية ونص في هذا الصدد :

(١) (وقوله : « ان موجب العقد التسليم في الخال » جوابه أن موجب العقد اما ان يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجياه ، وكلاهما متمف في هذه الدعوى ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقب العقد ، ولا العاقدان التزاما ذلك ، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه ، وتارة يشترطان التأخير :

(١) القياس لابن تيمية . ٣١ ، ونظرية العقد له . ٢٣٤ .

(٢) أي ان جاء عمر بالبذر فله كذا وكذا وان جاء العامل بالبذر فله كذا .

(٣) اعلام الموقعين . ٣٠ : ٣٨٧ - ٣٨٨ .

إما في الثمن وإما في المثمن، وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة في تأخير التسليم كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره إلى المدينة، فكيف يمنعه الشارع ما فيه مصلحة له ولا ضرر على الآخر فيها؟ إذ قد رضي بها كما رضي ﷺ على جابر بتأخير تسليم البعير، ولو لم ترد السنة بهذا لكان محض القياس يقتضي جوازه (١).

وبناء على الأصل الذي قد تبين فساده وهو أنه لا بد من استحقاق القبض للمبيع عقيب العقد قالوا لا تصح الأجاره الا على مدة تلي العقد؛ وبنوا ما إذا باع العين المؤجزة فمنهم من أبطل هذا البيع لعدم إمكان التسليم، لأن المنفعة لا تدخل في البيع ومنهم من جعل هذا مستثنى بالشرع بخلاف المستثنى بالشرط.

(وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة وان كانت منفعه البضع للزوج ولم تدخل في البيع واتفقوا على جواز تأخير التسليم اذا كان العرف يقتضيه كما اذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة، بل قالوا: هذا مستثنى بالعرف فيقال: وهذا من أقوى الحجج عليكم، فان المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف، كما أنه أوسع من المستثنى بالشرع، فانه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع، كما أن الواجب بالنذر أوسع من الواجب بالشرع) (٢).

(٢) هل التسليم يكون عقيب العقد المطلق أو مطلق العقد؟
فان كان في العقد المطلق فهذا صحيح وان كان مطلق العقد فسانه ينقسم الى المطلق والمقيد.

(وموجب العقد المقيد ما قيد به، كما أن موجب العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به.

وان كان موجب عند اطلاقه خلاف ذلك، فوجب العقد المطلق شيء وموجب العقد المقيد شيء، والقبض في الأعيان والمنافع كالقبض في الدين والنبي ﷺ يجوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الأبقاء الى كمال الصلاح ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها) (٣).

(١) اعلام الموقعين . ٣ : ٢٨٧ - ٢٨٨ .

(٢) اعلام الموقعين . ٢ : ٢٩ - ٣٠ .

(٣) اعلام الموقعين . ٢ : ٣٠ .

هذه خلاصة الآراء التي جاء بها ابن تيمية، وتلميذه ابن قيم الجوزية في الرد على مذهب الحنفية، إلا أن ابن تيمية يجعل الغرر في نقطتين رئيسيتين في رده :

الأولى : أن الغرر في المبيع ، ومثل له كبيع السنين وحبل الحبلية وبيع الثمرة قبل بسو صلاحها وعلل ذلك بما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل .

الثانية : أما كون الغرر في التعليق ، فإن ابن تيمية ينفي ذلك ويقول : وتعليق العتق بشرط لا يسمى غررا ، والنذر المعلق بالشرط لا يسمى غررا ، وذلك لأن العقد إنما عقد على صفة معينة فإن حصلت الصفة حصل العقد وهذا ليس بتغرير، وإنما التغرير : أن يعقد له عقدا يأخذ فيه ماله ويبقى في العوض الذي يطلبه على محاطره فإن لم يحصل العقد كان قد أكل ماله بالباطل .

المطلب الثاني

العقد المضاف

ما صدر بصيغة أضيف فيها الإيجاب الى زمن مستقبل سواء أكانت مطلقة أم مقترنة بشرط ، ومثاله في الاطلاق : آجرتك سيارتي هذه مدة سنة يكذا اعتبارا من أول الشهر القادم وقبل الآخر .

ومثاله في حالة الاقتران بالشرط : أن يقول له : آجرتك سيارتي هذه مدة سنة يكذا ابتداء من أول الشهر المقبل بشرط أن تدفع أجرتها عند ابتداء المدة فيقول الآخر قبلت :
العقود مع الاضافة :

تنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة لقبوها الاضافة وعدم قبوها الى ثلاثة أقسام :

الأول - عقود بطبيعتها لا تكون الا مضافة لزمن مستقبل : وهي الوصية والايضاء ، لأن حكمها لا يكون الا بعد الوفاة للموصي وان لم يصرح بذلك في كلامه غير أن كلامها قد يكون مع هذا معلقا على شرط أو لا يكون .

فثال التعليق : كأن يقول : ان ربحت تجارتي هذه خمسة آلاف دينار فداري وصية للفقراء بعد موتي . فعلى ذلك : إن تحقق الربح وجد العقد .

ومثال الوصية غير المعلقة كأن يقول ثلث ما أملك وصية للفقراء والعقود التي تصح اضافتها الى المستقبل : أربعة عشر :

- | | | |
|-------------|----------------|-------------|
| ١ - الاجاره | ٢ - فسخها | ٣ - مزارعة |
| ٤ - معامله | ٥ - مضاربة | ٦ - وكالة |
| ٧ - كفالة | ٨ - الايضاء | ٩ - الوصية |
| ١٠ - القضاء | ١١ - الاماره | ١٢ - الطلاق |
| ١٣ - العتاق | ١٤ - الوقف (١) | |

وزاد ابن عابدين نقلا عن العاربية : العارية والاذن .

الثاني - عقود لا تصح مع الاضافة : وهي العقود التي تنفيذ تملك الاعيان في الحال فلا يجوز اضافتها الى الزمان وكذلك لا يجوز تعليقها بشرط (٢) فلا يجوز أن نقول بعثك داري ان قدم الحاج . وهذه العقود عشرة :

- | | | |
|------------------------|-----------------|------------------|
| ١ - البيع | ٢ - اجازة البيع | ٣ - فسخ البيع |
| ٤ - القسمة | ٥ - الشركه | ٦ - الهبة |
| ٧ - النكاح | ٨ - الرجعه (٢) | ٩ - الصلح عن مال |
| ١٠ - البراء من الدين . | | |

وذلك لأن هذه العقود يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها فتأخير الحكم عنها يكون اهمالا وابقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، ولأنها في الأصل موضوعة لافادة أحكامها في الحال والصيغة المضافة لا تنفيذ ذلك فتكون بعيدة عن كونها سبباً فلا يتعد بها العقد (٤) .

الثالث - عقود تقبل الاضافة فتكون تارة مضافة وتارة تكون منجزه فان كانت مضافة وجد العقد وتأخر حكمه الى زمن الاضافة ، وان كانت منجزه ترتب عليها أثرها في الحال .

- (١) جامع الفصولين ٢ : ٥ والدرر شرح الغرر ٢ : ٢٠٢ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٥-٢٥٦ .
(٢) الدرر شرح الغرر ٢ : ٢٠٢ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٦ .
(٣) جامع الفصولين ٢ : ٥ والدرر شرح الغرر ٢ : ٢٠٢ وحاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٦-٢٥٧ .
(٤) الزيلعي ٤ : ١٣٤ .

والمضافة تشمل ما يأتي :

(أ) ما يفيد التملك حقاً ، الا انه تملك منفعه تتحقق ساعة فساعة فلا يمكن أن تنفيذ جميع آثارها في الحال كالاجارة والعارية والمزارعة والمساقاة . فالمنافع في هذه العقود لا توجد دفعة واحدة بل تتجدد فكانت الاضافة منفعه مع طبيعتها ومن ثم صحت اضافتها .
(ب) الكفالة والحوالة لأنها ايضاً لا تنفيذ أثرها كاملاً في الحال ، فقد يعتقد كل منهما ولا يؤدي الكفيل أو المحال عليه الدين الا في المستقبل ، ولذلك يصح اضافتها لزمن يكون بعد العقد .

(ج) الاستقانات كالطلاق والعتاق والوقف والخلع من الزوج ، ففي كل منها استقاط لما يملكه العاقد ، فله أن يؤخره الى الزمن الذي يريد اضافته اليه .

(د) الاطلاقات كالموكالة والقضاء ونحوها من الاعمال التي تتصل بغير القائم بها والاذن للصبي أو العبد في التجارة فلا تنافي في هذه العقود الاضافة لأنها لا تنفيذ أحكامها دفعة واحدة بل تثبت شيئاً فشيئاً (١) .

الفرق بين التعليق والاضافة :

يفرق بين الاضافة والتعليق من عدة وجوه :

الأول : ان التعليق يكون على أي أمر من الأمور ، سواء أكان فعلاً من أفعال المتعاقدين أم غيرهما ، أم كان التعليق على أمر من الأمور الكونية التي لا دخل فيها لأحد من الناس ، أم كان زمناً من الازمنة .

بينما الاضافة فانها تكون الى الزمن المستقبل خاصة .

الثاني : التعليق لا بد وان يكون عبارته مشتملة على أداة من أدوات الشرط أو ما هو في معناها وعجبارة الاضافة ليست كذلك .

الثالث : المعلق يمنع عن السبب للحكم في الحال فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة وانما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه .

فاذا قال : أنت طالق ان دخلت البدار منع انعقاده سبباً للحال وجعله متأخراً الى

(١) يرجع في ذلك الى حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٤١-٢٥٧ والدرر شرح الفرر ٣ : ٩٩-٢٠٢ والزبلي ٤ : ١٣١ - ١٣٤ .

وجود الشرط . فاذا وجد الشرط انعقد سبباً مفضياً الى حكمه وهو الطلاق، أما في الاضافة فان الصيغة تنعقد سبباً بمجرد التلفظ بها ولكن لا يترتب عليها أثرها الا بهجاء الزمن المضاف اليه : أي أن الاضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه .

فاذا قال : ان جاء غد فله علي أن أتصدق بكذا لا يجوز له التصديق قبل الغد ، لأنه لا تعجيل قبل السبب بينما لو قال لله علي أن أتصدق بكذا غدا له التعجيل قبله ، لأنه بعد السبب ذلك ، لأن الاضافة دخلت على الحكم لا السبب (١) .

حكم العقد المضاف :

عقد البيع لا يقبل الاضافة كشأنه في التعليق فاذا أضيف عقد البيع الى زمن فسد البيع فتأله : بعثك مكتبي هذه من أول السنة القادمة فقال الآخر قبلت فان البيع لا يصح .

علة الفساد :

هي نفس العلل التي ذكرتها في التعليق والردود وكذلك أيضاً :

١) الغرر الناشئ عن الاضافة : وهو غرر يسير اذا ان الغرر في التعليق أظهر وأقوى ، لأن في ذلك تردداً ظاهراً بينما في الاضافة محدد الزمان ، لو قال : بعثك مكتبي في أول السنة القادمة وقال الآخر قبلت ، فاذا جاءت السنة القادمة ثبت البيع وانتهى الغرر بينما لو كان بصورة التعليق فالغرر كثير وحاضل نحو : لو قلت لزيد بعثك مكتبي ان اجاء بحالدهن الحرج ، فالبيع غير صحيح للتعليق .

٢) عدم صحة اضافة البيع الى زمن مستقبل : فقد ذكرت ذلك في الفرق بين التعليق والاضافة والايجاب بالاضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه ، اذ هي غير مانعة من صحة البيع مع الاضافة بخلاف التعليق ولذلك فاني لا أرى ذلك مانعاً .

٣) لعدم توفر الرضا بين الطرفين : الواقع أن الرضا بسنين الطرفين لعقد البيع مع الاضافة غير محققة في الغالب ، لأن البيع في مثل هذه الحالة تكون شبه قسرية اذ عندهما يقول بعثك مكتبي في أول السنة القادمة ويقول الآخر قبلت ، معناه انه مضطر الى شراء المكتبة لعدم توفر وجود غيرها مثلاً أو بعدالة سعرها أو غشبه بالسعر الأقل والا لما قبل ، وعليه فالرضا غير محقق تماماً ولذلك فالغرر أراه في هذه الحالة أكثر من الخالتين السابقتين والله اعلم .

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٢٥٥ - ٢٥٧ ، وتيسير التحرير للكمال ابنسن الهام ٢ : ١٢٠ - ١٢٤ .

المطلب الثالث

البيع المعلق والمضاف في القانون

تنص المادة (٢٦٥) من التقنين المدني على ما يأتي « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

وتنص المادة (٢٦٦) على ما يأتي :

١ - لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام هذا إذا كان الشرط واقفاً ، أما إذا كان فاسخاً ، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم) .

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام) .

وتنص المادة ٢٦٧ على ما يأتي :

(لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض ارادة الملتزم) (١) .

فن هذه القوانين السالفة يتبين أن مقومات الشرط ثلاثة أمور :

١ - أمر مستقبل .

٢ - غير محقق الوقوع .

٣ - غير مخالف للنظام العام ولا للآداب .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ٦ ، ٨ ، ١٠ .

ويذكر السنهاوري مقوما رابعا : هو أن الشرط أمر غارض اضافي يمكن تصور الالتزام بدونه ، واننا نبحث في ما يتعلق ببحثنا هنا .

١ - غير محقق الوقوع .

فاذا كان الأمر محقق الوقوع فانه لا يكون شرطا ، وكذلك لا يكون شرطا أمر مستحيل الوقوع وانما الشرط أن يكون أمرا محتمل الوقوع لا محققا ولا مستحيلا فاذا كان الامر مستحيلا ولكنه محقق الوقوع ، فانه لا يكون شرطا ، وانما يكون أجلا ، كأن يضيف الملتزم التزامه الى موسم الحصاد فهذا الالتزام مقترنا بأجل معلقا على شرط ، لأن موسم الحصاد لا بدآت وهو محقق الوقوع فيكون أجلا لا شرطا ، وكذلك لا يكون شرطا الامر مستحيل الوقوع ، فاذا علق الملتزم على أمر مستحيل استحالة مطلقة فان الالتزام لا يكون موجودا اصلا ، ويضرب السنهاوري مثلا في عصره : فاذا وعد الشخص آخر باعطائه جائزة اذا وصل الى القمر كانت هذه الاستحالة مطلقة ، لأن وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم تعجز عجزا مطلقا عن الوصول الى القمر (١) .

وقد تكون الاستحالة قانونية فالالتزام المعلق على شرط ان يبيع المشترط عليه تركة مستقبلية او على شرط أن يتزوج محرما ، فهذا الالتزام لا يكون قائما ، لأنه علق على شرط مستحيل استحالة مطلقة ، وهذه الاستحالة قانونية لأن يبيع التركة المستقبلية باطل ، وكذلك باطل ، الزواج المحرم (٢) .

غير مخالف النظام العام أو الآداب :

فاذا كان الشرط مخالفا للنظام العام ، فانه في هذه الحالة يكون باطلا ولا يقوم الالتزام الذي علق وجوده عليه ، كأن يعلق الملتزم التزامه على ألا يتزوج الدائن اطلاقا ، فهذا الشرط مخالف للنظام العام ، لانه لم يكن هناك غرض مشروع يرمي اليه المشترط من وراء هذا الشرط ، أو اذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن تكون اولادها من زوجها المسلم على دينها هي لا على دين زوجها والا كان لها حق الطلاق من زوجها ، فان هذا الشرط باطل لمخالفته النظام العام .

(١) والآن في هذا العصر وصل الانسان الى القمر واكتشف جباله ووديانه .

(٢) الوسيط للسنهاوري ٣ : ١٥ - ١٧ .

وإذا اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها عدم تطبيقها ، فهذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام ، وله أن يطلق زوجته بسبب مشروع ، أما إذا اشترطت أن يكون لها مبلغ معلوم من المال فيما إذا طلقها تعويضاً لها عما يصيبها من الضرر ويقول السنهوري : (وفي هذه الحالة ينظر ان كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض والا فالشرط باطل والتعويض غير مستحق) .

والتمييز بين شرط مخالف للنظام العام وشرط مستحيل استحالة قانونية وان كان كل من الشرطين باطلاً . فإذا اشترطت الزوجة على زوجها بأن لا يتزوج عليها فهذا شرط مخالف للنظام العام ولكنه شرط غير مستحيل ؛ اما اشتراط الزواج من محرم فشرط مستحيل استحالة قانونية وهو في الوقت ذاته مخالف للنظام العام ، لأن الاستحالة القانونية كثيراً ما ترجع الى مخالفة النظام العام

أما الشرط المخالف للأداب فإنه يكون باطلاً ويسقط الالتزام الذي علق عليه قيامه كان يلزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود مقابل ان يقوم بارتكاب عمل غير مشروع ، فان الشرط يكون مخالفاً للأداب ويكون باطلاً ، وكذلك إذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة ، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبت كأن يعيسد مخطوفاً أو يرد مسروقاً ، فهذا الشرط يعتبر مخالفاً للأداب ، لأنه جزء مادي على القيام بالواجب ، والواجب يتعين القيام به دون جزاء (١) .

أثر الشرط في مرحلة التعليق :

١ - الشرط الواقف :

تنص المادة (٢٦٨) من التقنين المدني على ما يأتي :
(إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً الا اذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ الفوري ولا للتنفيذ الاختياري ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه (٢) .
ومن هذا النص يتبين ان الالتزام المعلق على شرط واقف وهو في مرحلة التعليق ،

(١) الوسيط للسنهوري ٢ : ٢١ - ٢٣ وانظر شرح القانون المدني القديم لآحمد نجيب الحلالي ١٣٨ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ١٣

لا يكون نافذاً بل هو لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً ، فالحق من حيث الوجود والنفاد يتدرج بين مراتب سبع :

- ١ - مرتبة الحق المعلوم : وهو ما لا وجود له ولا يحتمل وجوده .
- ٢ - مرتبة الحق الاحتمالي : وهو ما لا وجود له ويحتمل وجوده ، فهو معدوم على خطر الوجود .
- ٣ - مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، وهو حق موجود فعلاً ولكنه غير كامل الوجود
- ٤ - مرتبة الحق المؤجل : وهو حق موجود وجوداً كاملاً ولكنه غير نافذ .
- ٥ - مرتبة الحق المعلق على شرط فاسخ : وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو في الوقت ذاته حق نافذ ، ولكنه موجود على خطر الزوال .
- ٦ - مرتبة الحق المقترن بأجل فاسخ ، وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ الى اجل ثم ينقضي بانقضاء هذا الاجل .
- ٧ - مرتبة الحق المنجز وهو حق موجود وجوداً كاملاً وهو نافذ الى غير أجل .

ونخلص من ذلك أن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكن وجوده غير كامل (١) ويظهر وجود الحق على شرط فيما يأتي :

١) يجوز لصاحب الحق على شرط واقف أن يجري الاعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف ، ولا يجوز للمدين تحت شرط واقف ان يقوم باي عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة .

٢) يجوز لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يدخل في التوزيع ويطلب أن يختص بمبلغ يقابل قيمة حقه مع حفظ هذا المبلغ من خزانة المحكمة وتعليق قبضه اياه على تحقق الشرط ، ولا يجوز لصاحب المعلق على شرط واقف حجز ما للمدين لدى الغير ولا أن يقوم بأي حجز تحفظي آخر ، لأن حقه غير حال الأداء ولا محقق الوجود .

٣) يتقل الحق المعلق على شرط من صاحبه الى الغير بالميراث وغيره من أسباب

(١) الوسيط للسهوري ٣ : ٣٧ - ٣٩ .

انتقال الحقوق كالوصية والبيع والهبة ، فالحق المعلق على شرط واقف يورث ، ويجوز لصاحب الحق المعلق على شرط ان ينزل عنه بارادته المنفردة فيزول .

ووجود الحق المعلق على شرط واقف ناقص لم يتكامل ، ولا يتكامل اذا تحقق الشرط ، فالحق الناقص يفقد المزايا التي للحق الكامل من وجوه عدة نذكر منها :

١ (الحق المعلق على شرط واقف لا يكون قابلاً للتنفيذ القهري وهو في حالة التعليق فلا يستطيع الدائن تحت شرط واقف أن يقتضي جبراً من المدين الدين المعلق على هذا الشرط .

٢ (الدائن تحت شرط واقف لا يجوز ان يتقاضى حقه برضاء المدين عن طريق التنفيذ الاختياري ، أي أن الوفاء يكون وفاء لغير المستحق ، فاذا وفى المدين وهو يعتقد خطأ ان الدين غير معلق على شرط أو أن الشرط قد تحقق جاز له استرداده وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق .

٣ (التصادم المسقط لا يسري بالنسبة الى الحق المعلق على شرط ما دام حقاً معلقاً لأن وجوده لم يتكامل وغير مستحق الاداء .

٤ (اذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق الملكية ، كان لهذا الحق مالكان :

١ - مالك تحت شرط واقف ، وهو الذي انتقلت له الملكية معلقة على هذا الشرط فهذا حقه غير كامل الوجود كما قدمنا .

٢ - مالك تحت شرط فاسخ ، وهو من انتقلت منه الملكية الى المالك تحت شرط واقف فهذا كامل الوجود ، ومن ثم كان لهذا المالك أن يدير العين ، وأن يتصرف فيها ، وأن يظهر العقار ، وهو الذي يتحمل هلاك العين ويستطيع دائنوه ان ينفذوا بحقوقهم عليها (١) .

٢ - الشرط الفاسخ :

لقد قلنا ان الحق المعلق على شرط فاسخ حق موجود وجوداً كاملاً ، ونافاً لكنه موجود على خطر الزوال ، فصاحب هذا الحق يملكه حالاً وله أن يديره ويتصرف فيه

(١) الوسيط السنهوري ٣ : ٤٠ - ٤٢ .

ولكن هذه التصرفات تكون على خطر الزوال كحقه ، لأنه معلق على تحقيق هذا الشرط الفاسخ فيتحققة يزول حقه وتزول معه جميع التصرفات . الا أن هناك أعمالاً تبقى بعد تحقق الشرط الفاسخ يقوم بها صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، وهي الاعمال المقترنة بحسن النية ، وقد ذكرنا سابقاً أن المالك تحت شرط فاسخ هو الذي يتحمل تبعه هلاك العين وتطهير العقار المرهون . . . الخ ويستطيع ايضاً تحت شرط فاسخ أن يحسب مدة حيازة للعين في التقادم ، فإذا أكمل المدة ملك العين بالتقادم تجاه المالك الحقيقي والحساب المالك تحت شرط واقف ، فإذا ما تحقق الشرط رجعت العين بعد أن تمت مدة التقادم الا أنها لا تعود للمالك الاصيل بل تعود الى المالك تحت شرط واقف .

والدائن تحت شرط فاسخ يكون حقه حالاً واجب الاداء ، ويستطيع أن يتقاضاه من الدين طوعاً أو كرها ، أي بطريق التنفيذ الاختياري أو بطريق التنفيذ الجبري .

هذا والحق المعلق على شرط فاسخ معرض للزوال ، فإنه يزول بتحقيق الشرط ، فالدائن تحت شرط فاسخ اذا استوفى الدين من مدينه ثم تحقق الشرط ، جاز للمدين أن يسترد ما دفع وفقاً للقواعد العامة في دفع غير المستحق . وليس لصاحب الحق المعلق على شرط فاسخ أن يأتي من الأعمال ما من شأنه أن يعوق الجانب الآخر صاحب الحق المعلق على شرط واقف من استعمال حقه اذا نفذ هذا الحق بتحقيق الشرط (١) .

أثر تحقق الشرط الواقف أو تخلفه .

فالشرط الواقف اذا تحقق نفذ الالتزام المعلق عليه ، وكان تحققة موقوفاً ، وبعد تحقق الشرط يجوز للدائن أن ينفذ بحقه اختياراً او اجباراً ، هذا ويعتبر الالتزام بتحقيق الشرط موجوداً ، لا منذ تحقق الشرط فحسب بل منذ نشوء الالتزام؛ فاذا تم العقد معلقاً على شرط واقف لم يجز لأحد المتعاقدين أن يرجع في تعاقدته ما بين تمام العقد وتحقق الشرط، فاذا تحقق الشرط تم العقد وترتب عليه جميع آثاره منذ انعقاده لا منذ تحقق الشرط . اما اذا تخلف الشرط الواقف فالالتزام المعلق عليه ينمحي ويصبح كأن لم يكن ولا يعتبر له وجود لا كامل ولا ناقص منذ البداية ، وينبئ على ذلك ان المدين اذا لم يكن قد وفى شيئاً من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلاً واذا وفى كان له استرداده .

(١) الوسيط للسهوري ٣ : ٤٣ - ٤٥ .

أثر تحقق الشرط الفاسخ أو تخلفه :

والشرط الفاسخ اذا تحقق فانه يزيل الالتزام المعلق عليه ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية وينفسخ بقوة القانون دون حاجة الى حكم أو اعدار ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) لا حاجة لطلب الفسخ ، واذا حصل نزاع وجب اللجوء الى القضاء ليقرر بأن العقد قد انفسخ ولا يجوز له أن يمنح أية مهلة .

(٢) ولكل ذي مصلحة يجوز له التمسك بانفساخ العقد ، ولذا يستطيع دائنوا البائع بعد انفساخ عقد المشتري أن يحجزوا على المبيع مباشرة بمجرد تحقق الشرط الفاسخ .

(٣) عدم جواز تنازل الطرفين عن الفسخ لأنه مفسوخ من تلقاء نفسه ، ولا بد من ابرام عقد جديد يعقد من وقت ابرامه .

اما اذا تخلف الشرط الفاسخ ، فان الالتزام الذي كان معلقاً عليه وكان على خطر الزوال يصبح باتاً غير معرض للزوال . وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسخ هي ايضاً باتة غير قابلة للنقض . وتصرفات الطرف الآخر المعلقة على شرط واقف ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ فانها تزول بأثر رجعي . كل هذا يتم بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة الى حكم او اعدار (١) .

الأثر الرجعي لتحقق الشرط :

تنص المادة (٢٧٠) من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) - اذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله انما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط .

(٢) - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يبد للمدين فيه (١) .

والشرط يختلف عن الأجل بأن له أثراً رجعياً وليس للأجل ، والشرط أمر غير محقق

(١) الوسيط للسهوري : ٥٤ - ٥٧ .

الوقوع والأجل أمر محقق . والكلام في الأثر الرجعي للشرط يكون في المسائل الآتية :

- ١ - الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي وتقدير هذا المبدأ .
- ٢ - ما يترتب من النتائج على الأثر الرجعي .
- ٣ - ما يستثنى من أعمال الأثر الرجعي .

الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي :

اختلف الفقهاء في بيان هذا الأساس .

فن الفقهاء من يذهب الى أن الأثر الرجعي لتحقق الشرط ليس الا تعبيراً ملائماً للقول بأن تحقق الشرط ليس من شأنه الا تثبيت حق كان موجوداً من قبل . فالأثر استجابة لحقيقة واقعة ، فالحق المعلق على شرط موجود منذ وجود الاتفاق وتحقق الشرط يثبت بوجوده وليس بمنشأ له .

ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الأثر الرجعي لتحقق الشرط ليس إلا مجرد افتراض وهمي من جانب المشرع ، والغرض منه تفسير بعض النتائج التي تترتب على تحقق الشرط . وكولان وكابيتان يريان أن الأثر الرجعي للشرط ليس الا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن فاقد الشيء لا يعطيه . وعليه فصاحب الحق المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يستطيع أن يتصرف في هذا الحق الا تحت الشرط الواقف الفاسخ والا أعطي اكثر مما يملك .

وبعض رجال الفقه الحديث ينكرون الأثر الرجعي للشرط ، اذ يرونه مجافياً للواقع ومعطلا لحرية التصرف وضاراً بالغير اذ يبقى على الدوام مهدداً بهذا الأثر الرجعي وبذلك تتعقد المعاملات ولا تستقر الحقوق .

ويرى السنهوري : أن فكرة الأثر الرجعي لتحقق الشرط تستجيب في أكثر الاحوال لظروف التعاقد ولنية المحتملة للمتعاقدين ، لأن المتعاقدين لا يعرفان وقت التعاقد على أساس أن الشرط يتحقق او لا يتحقق ، ولذا فالأثر الرجعي عند المشرع لم يجعله من النظام العام فلا تجوز مخالفته ، وانما جعل لها الحق في أن يفصحا عن نيتها .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية : ٣ : ١٨ .

النتائج المترتبة على الأثر الرجعي لتحقيق الشرط :

ونشير الى بعض النتائج الهامة :

(١) يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يطعن بالدعوى البوليصة في تصرفات مدينه ولو كان منها سابقا على تحقق الشرط ، فحقه معتبر بفضل الأثر الرجعي موجودا منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط ، ومن ثم يعتبر سابقا على تصرف المدين .

(٢) ارتهان الدائن تحت شرط واقف عقارا ضمانا لدينه وتقييد الرهن قبل تحقق الشرط فرتبة الرهن انا تكون من يوم تقييده لا من يوم تحقق الشرط ، لأن الدين يعتبر موجودا وقت قيد الرهن بفضل الأثر الرجعي بتحقق الشرط :

الاستثناءات من الأثر الرجعي :

لقد أوردت المادة (٢٧٠) كما رأينا ثلاثة استثناءات من مبدأ الأثر الرجعي لتحقيق الشرط :

- (١) اذا تبين من ارادة المتعاقدين أنها استبعدا الاثر الرجعي .
 - (٢) اذا كانت طبيعة العقد تستعصي على الأثر الرجعي ، وهو العقد الزمني كعقد الايجار اذا لا يمكن الرجوع في الزمن ، وما تم من العقد يبقى ولا يفسخ العقد الا عن المستقبل .
 - (٣) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن لسبب أجنبي قبل تحقق الشرط ، فان كان الشرط واقفاً كما لو كان المالك لعين معينة قدباعها تحت شرط واقف وهلكت العين في يده لسبب اجنبي قبل تحقق الشرط ، وهنا يستوي أن يكون للشرط أثر رجعي أو لا يكون .
- أما اذا كان الشرط فاسخاً كما لو كان المشتري تحت شرط فاسخ تسلم العين المبيعة وهلكت في يده لسبب أجنبي ثم تحقق الشرط الفاسخ ، فاذا نظرنا الى مقتضى الأثر الرجعي فان العين تعتبر عند هلاكها مملوكة للبائع فتهلك عليه ، ولكن النص صريح في وجوب استبعاد الأثر الرجعي في هذه الحالة، ويكون هلاك العين على المشتري لا على البائع (١)

(١) الوسيط السهوري : ٥٩ - ٧٣ .

الأثر المترتب على الأجل :

تنص المادة (٢٧٤) من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فانه لا يكون نافذا الا في الوقت الذي ينقضي فيه الاجل . على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين أو اعساره واستند في ذلك الى سبب معقول) .

(٢) ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي (١) .

وإذا نظرنا الى هذا النص فاننا نرى مرحلتين : الأولى : السابقة على حلول الأجل أي وقت قيام الأجل ، والثانية : مرحلة حلول الأجل وهي أن يحل الأجل فعلا .

الآثار قبل حلول الأجل :

١ - الأجل الواقف :

فالحق المقترن بأجل واقف حق موجود وهو كسامل الوجود ، ويترتب على وجود الحق المقترن بأجل واقف من النتائج ما يترتب على وجود الحق المعلق على شرط واقف . ويزيد نتائج أخرى مستمدة من كمال وجوده .

النتائج المستمدة من كمال الوجود :

(١) يسقط الأجل الواقف ، ويصبح الحق المؤجل مستحق الأداء ، اذا شهر افلاس المدين أو اعساره .

(٢) يسقط الأجل اذا أضعف بفعله التأمينات التي أعطاها للدائن أو لم يقدم لها وعده به من تأمين .

(٣) هلاك الشيء المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل فان الهلاك يكون على الدائن لا على المدين فاذا حدد اجل لتسليم العين المبيعة الى المشتري وهلكت العين

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ٣٣ - ٣٥ .

قبل التسليم فإن الهلاك يكون على البائع لا على المشتري .
على أن الحق المقترن بأجل واقف اذا كان حقا موجودا كامل الوجود ، فإنه مع ذلك حق غير نافذ .

ويرتب على عدم نفاذه الى حين حلول الأجل ، ما يأتي :

١) عدم اجبار الدائن المدين على أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، فلا يقبل التنفيذ الجبري .

٢) لا يقبل الدين المؤجل التنفيذ الاختياري ، فاذا أداه غلطا جاز له استرداده طالما أن الأجل لم يحل .

٣) لا يجوز للدائن أن يوقع بالمدين حجزا تحفظيا اذا كان الدين المؤجل غير مستحق الأداء .

٤) لا يجوز للدائن استعمال الدعوى البوليضية اذا كان حقه مؤجلا .

٥) عدم سريان التقادم المسقط في حقه ما دام الأجل قائما ولا يسري الا منذ حلول الأجل .

٢ - الأجل الفاسخ :

فالحق المقترن بأجل فاسخ حق مؤكد الزوال عند حلول الأجل ، فهو أضعف من الحق المعلق على شرط فاسخ في هذه الناحية ، وفي ناحية أخرى أقوى منه إذ أنه عندما يزول لا يزول بأثر رجعي كالحق المعلق على شرط فاسخ بل لا بد أن يوجد مدة من الزمن ، فصاحب الحق المقتن بأجل فاسخ يملكه حالا وتنقل اليه جميع التصرفات الجائزة ، ألا أن الحق المقتن بأجل فاسخ مؤكد الزوال فهو حق مؤقت بطبيعته وينتهي حتما بانتهاء الأجل . وعلى ذلك فجميع تصرفات صاحب الحق المقتن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحل هذا الحق اذ هي مؤقتة - مثله (١) .

(١) الوسيط السنهوري ٣ : ٩٧ - ١٠٧ .

الفصل الثاني

أثر الغرر في المبيع

تمهيد :

أعني بالمبيع هنا العين لا الثمن ، لأنني افردت له فصلا مستقلا سنراه فيما بعد ان شاء الله في الفصل الثالث من هذا الباب ، أما هذا الفصل فاني أقنمه للمباحث التالية :

- | | |
|-----------------|------------------------|
| المبحث الأول : | الجهل بصفة المبيع |
| المبحث الثاني : | الجهل بمقابلة المبيع |
| المبحث الثالث : | جهالة العين |
| المبحث الرابع : | جهالة الأجل في المبيع |
| المبحث الخامس : | عدم رؤية المبيع |
| المبحث السادس : | بيع المعدوم |
| المبحث السابع : | عدم القدرة على التسليم |

وسأتكلم في كل مبحث من المباحث السابقة مبينا آراء العلماء في كل جزئية من جزئياته ، لأنهم يختلفون في مقدار الجهالة في المبيع التي تنفي العقد ، أما جهالة المبيع جهالة فاحشة فلا خلاف عند الفقهاء أنها مفسدة للعقد (١) .

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٦ والمهذب ١ : ٢٦٢ ، والقوانين الفقهية ٢٣٩ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٤ ، والمحرد في الفقه ١ : ٢٩١ ، والبحر الزخار ٤ : ٢٢٤ ، والمحل ٨ : ٤٣٩ .

المبحث الأول

الجهل بصفة المبيع

اختلف الفقهاء في اشتراط وصف المبيع ، فهل هو شرط نصححة البيع بعد العلم بالذات ، وهل هو مانع من الصحة اذا جهل بها ؟ وفيما يلي نورد آراء الفقهاء ثم أستعرض بعض الصور الموجودة بعدها .

الحنفية :

ذهب الحنفية الى أن الأعواض المشار اليها غير الربوية ، ورأس مال السلم ، لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع ، لأن بالإشارة كفاية في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم (١) .

فاذا قال : بعتك هذه الصبرة من الحنطة ، أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات ، وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرثية له فقبل جاز ، لأن الباقي في جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر اذا لا يمنع من التسليم والتسلم .

فالمبيع المشار اليه لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه ، (٢) لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف (٣) .

وجاء في فتح القدير : قال لغيره لك في يدي أرض خربه لا تساوي شيئاً فبعتها مني

(١) اهداية مع فتح القدير وفتح القدير والعناية بهامش فتح القدير ٥ : ٨٢ والزليبي ٤ : ٥ وجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢ : ٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ وفتح القدير ٥ : ٨٢ .

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزليبي ٤ : ٥ .

تسعة دراهم فباعها وهو لا يعلم وقيمتها أكثر جاز البيع (١) .

أما الربوي فلا يجوز اذا بيع بجنسه جزافا كالحنطة بالحنطة ، لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا شرعا ، وبخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات إلا أن يكون معروف القدر عند أبي حنيفة (٢) .

والخلاصة : فان المسألة مقيدة بغير الاموال الربويه ، وبالربوية أيضاً اذا قوبلت بغير جنسها .

أما الاعراض غير المشار اليها ، فقد اختلف فقهاء الحنفية في اشتراط وصفه وعدم اشتراط وصفه . فالمشترطون لذكر الوصف في المبيع .

وهم ابن عابدين ، وابن مالك من الحنفية ، وصاحب نفيس المتجر ، وابن نجيم .

فقد جاء في حاشية ابن عابدين : وفي حاوي الزاهدي : باع حنطة قدرا معلوماً ولم يعينها لا بالاشارة ، ولا بالوصف لا يصح (٣) .

وجاء في نفيس المتجر : ان صاحب الاختيار والبرهان قال : وان كان المبيع غائباً ولا يعرف بالأمودج ، كالثياب ، والحيوان ، فلا بد من ذكر جميع الاوصاف قطعاً للمنازعة ، ويكون للمشتري خيار الرؤية (٤) .

ومنهم أيضاً ابن مالك قال : (وشرط في صحة المبيع معرفة المبيع بما ينفي الجهالة لأن المعاملات شرعت لقطع المنازعات وجهالة قدره ووصفه تفضي الى المنازعة) (٥) .

وصحح بعضهم جواز البيع بدون الاشارة ، لكنه محمول على ما اذا حصل انتفاء الجهالة بدونها ، ولذا قال في النهاية : هناك : صح شراء ما لم يره أي شيئاً مسمى موصوفاً ، أو مشاراً اليه ، أو الى مكانه ، وليس فيه غيره بذلك الاسم (٦) .

(١) فتح القدير ٥ : ٦ .

(٢) تبين الحقائق شرح كز الدقائق للزيلعي ٤ : ٥ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

(٤) نفيس المتجر بشراء الدرر ٢ .

(٥) المصدر السابق ٨ .

(٦) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

ومن المشترطين ابن نجيم ، قال في البحر : والحق ان معرفة وصف المبيع ليست شرطا بعد الاشارة اليه ، او الى مكانه ، واما اذا لم يكن مشار اليه فلا بد من بيان وصفه (١). وأخيراً ابن عابدين فقد قال: (والذي يظهر من كلامهم تفريحا وتعليلًا ، أن المراد بمعرفة القدر ، والوصف ، ما ينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره وذلك بالاشارة اليه لو حاضرا في مجلس العقد ، والا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من المقدرات، كبعثك كر حنطة بلدية مثلا بشرط كونه في ملكه، أو ببيان مكانه الخاص كبعثك ما في هذا البيت ، أو ما في كمي ، أو بإضافته الى البائع كبعثك عبدي ، ولا عبد له غيره ، أو ببيان حدود أرض ، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع ، وتبقى الجهالة اليسيرة التي تنافي صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية فان خيار الرؤية انما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته، فاعتم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والاهام ، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم) (٢).

الذين لا يشترطون ذكر الوصف يقولون :

ان العلم بأوصاف المبيع والتمن ليس بشرط لصحة البيع بعد العلم بالذات ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة الا انهم قالوا : لكنه شرط اللزوم ولذلك فانه يصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم (٣) .

(١) البحر الرائق ٦ : ٢٧٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٦٣ ومنهم الحصكفي فقد قال في تنوير الأبصار : (وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع و تمن (ووصف تمن) كصري او دمشقي ، فانه قد شرط لصحة البيع معرفة القدر ولم يشترط للمبيع الوصف بسل جعل الوصف خاصاً للتمن . ابن عابدين ٤ : ٥٢٩ - ٥٣٠ . والعلامة الشرنبلالي قال : ان المبيع المسمى جنسه ، لا حاجة فيه الى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار اليه او الى مكانه .

فقد ذكر ذلك : (هذه نبذة لتحرير صحة البيع المسمى جنسه دون قدره ووصفه كالمشار اليه واطهار النص الشاهد بان المخالف له لا يعول عليه) . ثم يذكر في آخر رسالته ايضاً (فتلخص مما ذكرنا ان جهالة قدر المبيع الذي سمي جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواء كان المبيع مشاراً اليه او غير مشار اليه) وعلق على ذلك ابن عابدين : . . لأن الجهالة المانعة من الصحة فانها تنتفي بثبوت خيار الرؤية لأن المشتري اذا لم يوافق المبيع برده فلم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة _ ابن عابدين ٤ : ٥٢٩ .

وقد استدلت الحنفية على صحة هذا البيع بما يأتي :

(١) عموماً المبيع من غير فصل، منها أن الجهالة في بيع ما في البيت؛ أو الصندوق، يسيرة لا تفضي الى المنازعة ، والمقصود اثبات جهالة فاحشة .

ومنها : شراء ما في يده من غضب او وديعة ، ومنها : بيع الارض مقتصراً على ذكر حدودها ، ومنها شراء الارض الخربة الماره عن القينه ، ومنها بعثك عبدي وليس له الا عبد واحد صح ، ومنها : بعثك كراً من الخنطة فان كله في ملكه بطل ، ولو قبضه في ملكه بطل في المعدوم وفسد في الموجود ، ومنها . بعثك ما في كمي فعاتمهم على الجواز وبعضهم على عدمه ، ومنها بيع جميع ما في هذا البيت أو الصندوق (١) .

(٢) ما روي عن النبي ﷺ : أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه (٢) .
والخيار شرعاً لا يكون الا في بيع مشروع ، لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً الى محل هو خالص ملكه ، ولذلك يصح كسراء المرئي ووجود التصرف انما يكون حقيقة بوجود ركنه ، ووجوده شرعاً لصدوره من أهله وحلواه في محله .

(٣) عدم الافضاء للمنازعة لجهالة الوصف ، لأن المشتري صدق البائع في خبره بدليل شرائه منه (٣) .

(٤) مبايعة عثمان بن عفان ، وطلحة بن عبدالله ، وقول كل واحد منهم لصاحبه لقد غبنت في البيع ، مما يدل على ان المبيع غير معلوم لا بوصفه ولا بقدره ، وكل منهم كان يعلم صحة البيع بدليل اتفاقهما على اشتراط الخيار لكل منهما .

المالكية .

ذهب المالكية الى اشتراط معرفة صفة المبيع ، لأن الجهالة بصفة المبيع غرر (٤) .
وإذا كان المبيع حاضراً مجلس العقد فلا بد من رؤيته ولا تكفي فيه الصفة، الا اذا

(١) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٢٩ - ٥٣٠ .

(٢) رواه البيهقي والدارقطني وابن شيبه . انظر السنن الكبرى للبيهقي ٥ : ٢٦٨ ، ونصب

الراية ٤ : ٩ والخلى ٨ : ٣٤١ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ والمتقى ٥ : ٤١ .

كان في فتحه مشقة ، كعدل البرنامج الذي يشق فتحه وشده (١) .

الشافعية :

وللشافعية آراء في بيع الصفة :

(١) ذهب الشافعية الى أن جهل المشتري بصفات المبيع يمنع صحة العقد كالمسلم اذا لم يوصف ، ولأنه بيع مجهول الصفة عند المتعاقدين فوجب أن يكون البيع باطلا .

كقول البائع بعثك ثوباً أو عبداً ، فالبيع باطل لكونه مجهول الصفة ، ولأنه بيع عين لم ير شيئاً منها ، فوجب أن لا يصح ، كالمسك في الماء ، والطير في الهواء (٢) .

(٢) ان بيع العين المجهولة لا تصح حتى تذكر الصفات المقصودة .

(٣) يصح البيع ولا يفتقر الى ذكر شيء من الصفات ، لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت للمشتري الخيار اذا رأى المبيع ، وعلى ذلك فلا حاجة الى ذكر الصفات فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار .

أما اذا وصفه فوجده كما وصف أو أعلى مما وصف ففيه وجهان :

أحدهما : لا خيار للمشتري ، لانه وجد المبيع على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه .

الثاني : أن المشتري له الخيار ، لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من

الخيار (٣) . وذهب الغز بن عبد السلام الى أن بيع العين الغائبة المستقصية للاوصاف فيها غرر ، لأن الغرر باق فيه ، ولأن كل صفة ذكرها مترددة بسين الرتبة العليا والرتبة الدنيا والرتبة المتوسطة وتفاوت القيم بتفاوت هذه الصفات (٤) .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى عدم جواز بيع ما تجهل صفة ، كالحمل في البطن ، واللبن في

(١) البهجة في شرح التحفة للتولي ٢ : ٢٠ .

(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ١١٣ .

(٣) المحصوع شرح المهذب ٩ : ٣١٦ . وانظر نهاية المحتاج للرمل ٣ : ٤١٦ - ٤١٧ .

(٤) قواعد الاحكام في مصالح الأنام للغز بن عبد السلام ٢ : ١٧٧ .

الضرع والبيض في الدجاج ، والنوى في التمر (١) .

أما الموصوف المعين فان البيع فيه يصح ، كبعثك عبدي فلانا ويستقصي صنفه بكذا .
وينفسخ العقد الموصوف اذا فقد صفة من الصفات المشروطة فيه ، لوقوع العقد على عينه
بخلاف السلم ، لانه موصوف في الذمة (٢) .

قال الشيخ مجد الدين ابو البركات : (ولا يصح البيع الا بشرط معرفة المبيع برؤية
وقت العقد او قبله بزمن لا يتغير فيه غالباً أو بصفة تكفي في السلم ان كان مما يجوز السلم
فيه ، ومتى وجده بخلاف الصفة او الرؤية السابقة فله الفسخ) (٣) .
قال ابن قدامة : (ولا يجوز بيع ما تجهل صفة كالسلك في القارة) (٤) .

الشيعة الامامية :

وذهب الشيعة الامامية الى أن بيع العين الغائبة تفتقر الى ذكر الجنس والوصف ، فلو
قال بعثك ما في كمي لم يصح ما لم يذكر الجنس ، والوصف الراجع للجهالة ، فلو وصف
للبيع أو للمشتري أو لهما صح البيع .

والوصف الذي يرفع الجهالة هو أن يذكر جميع الصفات التي يختلف الثمن باختلافها ،
وتتطرق الجهالة بترك بعضها ، وعلى ذلك فكل ما يمكن ضبط أوصافه صح بيعه به ، وما
لا يمكن فيه ذلك أصلاً كالحب ، واللحم ، والآلي ، والجواهر ، لا يصح بيعه بذلك ،
وعندهم أنه يصح بيع الآلي الكبار اذا ضبط جميع أوصافها .

وبالجملة : الشأن فيه كالشأن في السلم في أنه لا يسد من ذكر الاوصاف التي يتفاوت
بها الثمن وامكان ضبطها ، لا أن كل ما يصح فيه السلم يصح بيعه هنا وما لا يصح فإنه
يتخلف عنه في مواضع ، منها العقارات لعدم ضبطها فلا يجوز السلم فيها (٥) .

(١) الكافي ٢ : ١١ .

(٢) غاية المنتهى ومطالب اولي النهى ٣ : ٢ .

(٣) المحرر في الفقة ١ : ٢٩١ - ٢٩٤ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٨ .

(٥) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٤ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ وشرائع الاسلام : ١٦٦

والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٨٥ ط النجف الاشرف .

الشبهة الزيدية :

ذهب الشيعة الزيدية الى أن من اشترى مشاراً اليه موصوفاً غير مشروط في العقد كونه على تلك الصفة ، كأن يقول بعث منك هذا البر وهو في جوالق فكشفه فاذا هو شعير ، او هذه نعجة فاذا هو كبش ، أو بالعكس صح العقد وخير المشتري في المخالف .
أما اذا وجد المشتري المبيع على صفة افضل :

قال زيد بن علي : الأقرب عندي أن العبرة بغرض المشتري ، فان انكشف خلاف غرضه خير ولو كان ادني . فإن شرط كون المبيع على تلك الصفة فخالف فإنه ينبغي أن ينظر في تلك المخالفة ، ففي مخالفته معظم المقصود والغرض ومنافاته لذلك فسد العقد ، ولو كانت تلك المخالفة على الصفة فقط ، نحو أن يشتري غنماً على أنها كباش فاذا هي نعاج ومقصودة اللحم فوجدها فحولاً وما اشبه ذلك صح العقد ، وخير في النعاج اذا كانت هي الادنى وقبضها مع الجهل فان قبضها عالماً فلا خيار له . واذا أعطاه الأعلى فلا خيار له سواء كان عالماً أو جاهلاً (١) .

الاباضية :

وذهب الاباضية الى أن بيع العين المجهولة الصفة لا يجوز لأنه غرر .
قال العمالي : « وانما يكون الغرر للجهل اما بصفة ثمن ، أو صفة مئمن ، أو بقدره أي بقدر واحد منهما ، أو أجله ، أي أجل واحد منهما » (٢) .

اما اذا وصفت العين فان كان الوصف من البائع قيل لا يجوز ، لأنه قد يقصد الزيادة فلا يوثق بوصفه .

ويخير المشتري في المبيع الموصوف بعد الرؤية ولو خرج كما وصف ، لأن الخير ليس كالعيان .

وقيل : لزمه البيع .

واستحسن القول بتخيير المشتري بعد رؤيته ولو خرج كما وصف له وذلك اذا

(١) شرائع الأزهار ٣ : ١٣٧ - ١٣٩ .

(٢) شرح النيل ٤ : ٥٤ .

كان التعريف من قبل البائع (١) .

الظاهريّة :

والظاهريّة تشترط لصحة البيع العلم بأوصاف المبيع ، فإن بيع شيء من الغائبات بغير صفة ولم يكن المبيع قد عرفه المشتري من البائع لا برؤية ولا صفة ، فالبيع فاسد مفسوخ أبدا لا خيار في جوازه أصلا .

اما المبيع الموصوف من البائع فيجوز شراؤه صدقه المشتري أم لم يصدقه ، وكذلك يجوز بيع المبيع الموصوف من قبل المشتري صدقه البائع أم لم يصدقه ، ولكن اذا وجد المبيع في الصورتين السابقتين بتلك الصفة فالبيع لازم وان وجد بخلافها فالبيع باطل الا بتحديد صفة اخرى يرضاها جميعاً .

برهان ذلك في هذا الامر أن المشتري قد اشترى شراء صحيحا اذا وجد الصفة كما اشترى ، أما اذا وجدها بخلاف ما عقد عليه فيكون المشتري بالتعيين أنه لم يشتر تلك السلعة ، لأنه اشترى سلعة موصوفة بصفة كذا لا سلعة بالصفة التي وجد .

ادلة البطلان :

اما الدليل على بطلان بيع ما لم يعرف برؤيته ولا صفته ، قول النبي ﷺ (نهى رسول ﷺ عن بيع الغرر) .

وهذا البيع من الغرر ، لأنه لا يدري ما اشترى أو باع .

وبالآية الكريمة (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وهل يكون هناك تراض المبيع الذي لا يدري قدره ولا صفاته .

أما اذا وصف المبيع غيرهما من لا يصدقه الموصوف له فالبيع ههنا لم يقع على صفاته أصلا فوقع العقد على مجهول من أحدهما ، أو وقع من كليهما وهذا حرام لا يحل (١) .

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٤١ - ٣٤٤ .

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٤١ - ٣٤٤ .

الجهل بصفة المبيع في القانون :

نصت المادة (١٣٣) من التقنين المصري على ما يأتي :

١ - « اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره الا اذا كان العقد باطلا » .

٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١) . فاذا كان محل الالتزام شيئاً وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين الا بالنوع أي أن المبيع ، إما أن يكون من الاشياء القيسيه واما أن يكون من الاشياء المثلثيه .

المبيع من الاشياء القيسية :

فاذا كان المبيع من الاشياء المعينة بالذات فيجب تعيينه تعييناً يميزه عما عداه بأن يوصف الشيء وصفا مانعاً من الجهالة الفاحشة ، وطريقة التعيين تختلف باختلاف طبيعة الاشياء ، فالأرض مثلاً تعين بموقعها وحدودها ومساحتها وأحواضها ان كانت مسن الاراضي الزراعية ، واذا باع شخص داراً وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى ، واذا باع آلة ميكانيكية وجب أن يعين نوعها وأوصافها المميزه . واذا باع جواداً وجب عليه أن يبين جنسه وسنه ولونه ومميزاته وهكذا .

قد يقع خطأ مادي عند ذكر حدوده في المحرر المثبت للتعاقد كما لو ذكر حد مكان حد آخر ومع ذلك لا يمنع من اعتبار المبيع معيناً تعييناً كافياً . وكذلك يجوز للقاضي أن يقوم بتحديد المبيع ، اذا كان في عمله انما يفسر نية المتعاقدين .

المبيع من الأشياء المثلثية :

فاذا كان المبيع من المثلثيات أي من غير الاشياء المعينة بالذات ، فانه يجب أن يكون

(٢) مادة ١٣٣ ، ٤١٩ ، مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٢١٤ ، ٤ : ١٧ ونص المادة ٤١٩ :

١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً ، ويعتبر العلم كافياً اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسيه بياناً يمكن من تعرفه .

٢ - واذا ذكر في عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه به الا اذا أثبت تدليس البائع .

معينا بجنسه ونوعه ومقداره ، مثال ذلك أن أبيع منك مائة قطنسار من القطن الاشعوني وإذا لم تذكر في العقد درجة جودته بجانب أوصاف المبيع ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظروف التعاقد ، ألزم البائع بتسليم شيء من الصنف المتوسط ، أي أن البائع لا يلزم بتسليم شيء من أجود صنف كما لا يجوز له تسليم شيء من أردأ صنف . فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديده كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة وإن لم يحدد في العقد .

وإذا بيع الشيء جزأفاً فلا حاجة لتحديد مقداره في العقد ، لأن المبيع جزأفاً يعتبر عيناً معينة لا يحتاج إلى الوزن أو العدد أو الكيل لتعيينه ، كأن يبيع شخص لآخر منتجات مصنعه ، أو محاصيل أرضه في مدة معينة ، وإذا قدر الحصول على وجه التقريب في العقد ، فلا يلزم البائع إلا بتسليم ما أنتجته الأرض ، فعلاً بشرط أن يثبت أنه لم يقصر في زيادة إنتاجها ، وبشرط أن يخطر المشتري بنقص الحصول بمجرد علمه به وفي وقت ملائم وهذا ما استقر عليه القضاء في محاكم مصر (١) .

الفرق بين تعيين المبيع والعلم به :

ولا بد من التفرقة بين أحكام العلم بالمبيع وأحكام تعيين المبيع ، لأن المبيع إذا لم يكن معيناً أو قابلاً للتعيين فإن العقد يبطل بطلاناً مطلقاً ، على حين أن عدم العلم به لا يمنع من انعقاد العقد وإن كان يخول المشتري وحده الحق في طلب إبطاله كما نصت عليه المادة (٤١٩) ذلك لأن عدم التعيين للمبيع يترتب عليه تخلف ركن من أركان البيع فلا ينعقد ، كأن يبيع شخص لآخر قمحاً دون تحديد مقدار المبيع فإن البائع يستطيع أن يبرأ من التزامه بتسليم حبة واحدة من القمح ، أما عدم علم المشتري بالمبيع فإن هذا يؤدي إلى الغلط ، وبالتالي يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً نسبياً (٢) .

(١) الوسيط ٤ : ٢٢٥ - ٢٢٦ ، وشرح البيع والمقايضة للدكتور أنور سلطان ١٤٦ - ١٤٣ وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشراوي ٢٤٢ والنظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ٢٠١ - ٢٠٣ ، ومصادر الحق ٣ : ٥٨ - ٦٠ وشرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية ١٤٨ - ١٤٨ .

(٢) شرح البيع والمقايضة للدكتور أنور سلطان ١٤٣ .

هذا وأقسم هذا البحث الى المطالب التالية :

- المطلب الأول : بيع المضامين والملاقيح .
- المطلب الثاني : بيع المجرر .
- المطلب الثالث : بيع الخمل .
- المطلب الرابع : عسب الفحل .
- المطلب الخامس : بيع المغيب في الارض .
- المطلب السادس : بيع المغيب في قشره .
- المطلب السابع : بيع ذراع من الدار وهما لا يعرفان ذرعان الدار .

المطلب الأول

بيع المضامين والملاقيح (١)

تفسير اللغويين للمضامين والملاقيح :

قالوا : الملاقيح بيع ما في بطون الحوامل من الأجنة .
والمضامين : بيع ما في أصلاب الفحول من الماء (٢)
أما تفسير الفيروز بادي : فقد ذكر أن الملاقيح تطلق أيضاً على الأمهات .
أما تفسير الفقهاء : فيذكر المارودي تأويلين :
الأول : أن المضامين ما في بطون الاناث ، والملاقيح ما في أصلاب الفحول وهذا قول طائفة .

الثاني : المضامين ما في أصلاب الفحول والملاقيح ما في بطون الاناث ، وينسب هذا القول للامام الشافعي رضي الله تعالى عنه ، واستشهد لذلك :

قال المزني : وأنشدني ابن هشام لصحة قول الشافعي قول الشاعر :
ان المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحذب (٣) .
وقسر مالك : المضامين بيع ما في بطون اناث الابل

-
- (١) وواحدة الملاقيح ملقوحة ، وأما المضامين : فواحدها يجوز أن يكون مضمناً ومضموناً الأول كقندام ومقاديم والآخر كجنون ومجانين وقد أشار الى الاول صاحب الحكم والى الثاني الأزهرى .
قال الأزهرى : سميت بذلك لان الله تعالى اودعها ظهورها فكأنها ضمنتها . مجموع ٩ : ٣٥٨ .
(٢) ومن قاله من اهل اللغة أبو عبيده وأبو عبيد والأزهرى والجوهري وخلائق لا يحصون . انظر المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٥٨ ، والحاوي للمارودي ٦ : ٣١ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٦١ .
(٣) الحاروي للمارودي ٦ : ٣١ ونهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٤٩ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ وقص العزيم ٨ : ١٩٢ .

والملاقيح بيع ما في ظهور الجمال (١) .

قال الباجي : ان تفسير مالك أظهر من بقية التفاسير (٢) .

وفسرت الحنفية : المضامين : بما في ظهور الأبناء من النبي ، والملاقيح بما في

البطن من الجنين (٣) .

وفسر ابن اطفيش من الاباضية : أن الملاقيح بيع جنين الناقة قبل وجوده في البطن

جمع ملقحة صفة للفحل ، ويقدر مضاف أي ماء الملاقيح ، أو : هو بيع ماء أي نطفة في ظهر حمل .

وتفسير آخر : المضامين ما تضمنته بطون الانعام وأصلاص الفحول والملاقيح :

ما في بطون الابل (٤) .

معنى بيع المضامين :

أي بيع ما في ظهر الفحل ، أي أن البائع يحمل الفحل على ناقته فما أنتجه كان للمشتري ، أو أن يعطي المشتري البائع ثمنه على أن يحمل فحله على ناقته المشتري ، (٥) أو بما في بطن الناقة وما يضر به الفحل في عام أو أعوام وهو بيع جاهلي (٦) .

حكم بيع الملاقيح والمضامين :

بيع الملاقيح والمضامين باطل بالاجماع وللأحاديث الواردة :

(١) تنوير الحوالك ٢ : ١٥ والمتقى ٥ : ٢٢ .

(٢) المتقى للبايجي ٥ : ٢٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٣ والدرر شرح الفرر ٢ : ١٦٨ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٥ وتحفة الفقهاء ٢ : ٦٨ والمبسوط ١٣ : ٢٣ والبحر الرائق ٦ : ٨٠ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٥٨ .

(٥) المتقى للبايجي ٥ : ٢٢ .

(٦) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ وكشاف القناع ٣ : ١٦٦ ، ومطالب اربي النهي

٣ : ٢٩ والمجموع ٩ : ٣٥٥ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٦٢ .

الاحاديث : والأحاديث الواردة في النهي عنها ما يأتي:

أ (عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : لا ربا في الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة : عن المضامين والملاقيح وحبله الحبله (٢) .

ب (عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : نهى النبي ﷺ عن المضامين والملاقيح (٣) .

الاجماع : اجمع العلماء على بطلان بيع الجنين وبيع ما في أصلاب الفحول ، وقد نقل هذا الاجماع ابن المنذر والماوردي وغيرهما (٤) .

علة المنع :

١ (للغرر الناتج عن جهالة الصفة .

٢ (تعذر التسليم .

هذا وإن في وجود أحدهما يفسد العقد وإفسادهما إذا اجتمعا أوكد (٥)

(٢) تنوير الحوائك شرح موطأ الامام مالك ٢ : ١٥٠ والمتقى شرح الموطأ ٥ : ٢٢ والموطأ عليهما .

(٣) رواه مالك في الموطأ . انظر الموطأ بهامش المتقى ٥ : ٤٢ .

(٤) المجموع ٩ : ٣٥٥ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ ، والواضح انبيه ٥ : ٦٢ .

(٥) المتقى للباهي شرح الموطأ ٥ : ٤٢ .

المطلب الثاني

بيع الحجر

الحجر لغة : بفتح الميم- ثم جيم ساكنه ثم راء وهو بيع الجنين :

قال ابن الاعرابي : المَجْرُ ما في بطن الناقة ، والحجر : الربا ، والحجر القمار ،
والحجر : المحاقلة والمزابنة (١) .

وفي الصحاح المَجْرُ أن يباع الشيء بما في بطن هذه الناقة ونحوه .

وفي القاموس الحجر ما في بطون الحوامل من الابل والغنم وأن يشتري ما في بطونها
وأن يشتري البعير بما في بطن الناقة ، الا أن المصباح المنير قد اقتصر على الاخيرين (٢) .

قال ابن قتيبة : رأيت أهل اللغة يجعلون الحجر في الغنم دون الابل ويروي ابن قتيبة
عن الاصمعي أنه قال : المَجْرُ أن يشتد هنال الشاة ويصغر جسمها ويثقل ولدها في بطنها
وتربض فلا تقوم فيقال شاة ممجر .

وأشدد لابن خاء في وصف راعية :

وتحمل الحجر في كسائها .

والهروي ينتقد ابن قتيبة لقوله بأن الحجر بفتح الجيم (قال الهروي ذهب ابن قتيبة
فيه الى ان الحجر بفتح الجيم فلم يصب) .

وقال الهروي : والحجر ان تعظم بطن الشاة الحامل وتهزل . يقال شاة ممجر وغنم
مماجير ، وذلك اذا كان بفتح الجيم ، أما باسكانها فيوافق الفقهاء في تفسيرهم وهو اشتراء

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ وغاية المنتهى ٣ : ٢٨ .

(٢) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ١٣٤ وشرح النيل ٤ : ٥٩ .

ما في الارحام . وفسر أبو عبيد الحجر : بأن يباع البعير أو غيره بما في بطن الناقة يقال منه الحجر في البيع باسكان الجيم ، واما الحجر بالتحريك : فهو عظم البطن من الحمل (١) .
وقد فسر النووي بيع الحجر : اشتراء ما في الارحام ، ولأنه قد يكون حملاً وقد يكون ريحاً (٢) .

ومن الخفية : أبو بكر الحدادي فقد فسر الحجر بأنه ما في البطن (٣) .
وفسر العاملي : الحجر بأنه بيع ما في الأرحام .

قال ابن الأثير : يجوز أن يكون سمي يبيع الحجر مجراً اتساعاً وكان من بيعات الجاهلية يقال : أمجرت أمجاراً أو يقال ما جرت مماجرة ، ولما في البطن مجراً الا اذا أثقلت الحامل ، فالحجر اسم للحمل الذي في بطن الناقة .
ونقل عن القتيبي للمجّر بفتح الجيم بأنه داء في الشاة الى آخر ما قال (٤) .
وفسره ابن المرتضى : ان بيع الحجر هي المضامين وقد يطلق أيضاً على المحاقلة والمزابنة والربا والقمار (٥) .

من هذه التفسيرات السابقة نلاحظ أن بيع الحجر يطلق على المعاني التالية :

- أ - ما في الارحام
ب - الربا
ج - القمار
د - المحاقلة
هـ - المزابنة
و - المضامين
ز - شراء ما في الارحام .

حكم بيع الحجر :

اتفق الفقهاء على بطلان بيع الحجر ، لأنها من بيعع الجاهلية ولورود النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم .

(١) التنظيم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن بطال الركني بإيدل المهذب ١ : ٢٧٢ .

(٢) المجموع للنووي ٩ : ٣٥٥ .

(٣) السراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ٤ / ب .

(٤) مفتاح الكرامة للعامل ٤ : ١٤٣ وشرح النيل ٤ : ٥٩ .

(٥) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

فقد زوى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الحجر (٢) .

علة البطلان :

- ١ - الغرر : لأنه قد يكون حملاً وقد يكون ربحاً ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز .
- ٢ - جهالة القدر .
- ٣ - جهالة الصفة : وذلك ان كان حملاً وهذا أيضاً غرر من غير حاجة فلم يجز (٤) .
- ٤ - غير مقدور على تسليمه .

(٢) رواء مالك في الموطأ . انظر الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢ وانظر الفتح الكبير ٣ : ٢٧٦ والمهذب
للشيرازي ١ : ٢٧٢ وشرح النيل ٤ : ٥٨ .

(٤) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٢ وغاية المنتهى ٣ : ٢٨ والمجموع ٩ : ٣٥٤ .

المطلب الثالث

بيع الحمل

الحمل : بسكون الميم ما في البطن من الجنين (١) .

حكم بيع الحمل :

لا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز بيع الحمل لورود النهي عن ذلك ، فقد روى شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعمّا في ضروعها الا بكيل أو وزن ، وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة الغائص (٢) رواه ابن ماجه ، وللترمذي منه (شراء المغانم) وقال غريب .

علة المنع :

(١) الغرر : لوجود الجهالة ، لأنه لا يدري هل تنتج الناقة أم أنها لا تنتج ان بقيت وربما تهلك الناقة قبل ان تنتج ولدها (٣) .

(١) فتح القدير ٥ : ٢٩٢ والزليبي ٤ : ٤٦ والفواكسه الدواني ٢ : ١٣٨ والبحر الرائق ٦ : ٨٠ والمغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ والموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٢ والمحلل ٨ : ٣٩٠ .

(٢) نيل الأوطار ٥ : ١٥٨ وزاد المعاد ٤ : ٢٧١ والزليبي ٤ : ٤٦ .
أخرج الحديث البزار والدارقطني ، والحافظ ضعف الاسناد ، وأما عن شهر بن حوشب فقيه مقال : وقال ابن قيم الجوزية ولكن هذا الاسناد لا تقوم به حجة والشوكاني يشهد لهذا الحديث بقوله (ويشهد لأكثر) الاطراف التي اشتمل عليها أحاديث أخر . منها أحاديث النهي عن بيع الغرر وما ورد في النهي عن بيع الملاقيح والمضامين وما ورد في حبل الحيلة على أحد التفسيرين) وابن حزم يقول عن هذا الحديث ان رجال هذا الحديث مجهولون وشهر متروك . المحلل ٨ : ٣٩٠ .

(٣) الزليبي ٤ : ٤٦ ونيل الأوطار ٥ : ١٥٦ والحاوي للماوردي ٦ : ١٧ .

ويقول احمد بن حنبل : إن بيع الحمل مجهول (فانه لا تعلم صفته ولا حياته) (١)
وقال مالك : (الامر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشترى ما في بطون الاناث من النساء
والدواب ، لأنه لا يدري أيخرج أم لا يخرج فان خرج لم يلدز أيكون حسناً أم قبيحاً ،
أم تماماً أم ناقصاً ، أم ذكراً أم أنثى ، وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمه كذا وان
كان على كذا فقيمه كذا) (٢) .

٢ (بيع المدوم لأنه اذا باع الحمل فهو بيع المدوم (٣) .

٣ (انعدام المالية والتقوم فيه مقصود قبل الانفصال (٤) .

٤ (غير مقدور على تسليمه (٥) .

وزاد زيد بن علي فوق هذا فقال : (اما لكونه معدوماً ، أو مما ليس عند البائع .

أو مجهولاً لا يدري ما هو ، أو لا يتم ملك البائع له) (٦) .

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ .

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٨ وأج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ، والروض النضير شرح مجموع

الفقه الكبير ٣ : ٢٨٤ .

(٤) المبسوط ١٢ : ١٩٥ .

(٥) نيل الاوطار ٥ : ١٥٨ والمغني ٤ : ١٥٧ .

(٦) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٤ .

المطلب الرابع

عسب الفحل

معنى عسب الفحل : ماؤه ، فرساً كان أو بعيراً أو غيرهما ، وضرايه أيضاً (١) .
وفي الصحاح : العسب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل ، وعسب الفحل
أيضاً ضرايه ويقال ماؤه .

وفي المصباح المنير : عسب الفحل الناقة عسبا من باب ضرب طرفها ، وعسبت
الرجل عسبا أعطيه الكراء على الضراب ، وضرب الفحل الناقة ضراباً بالكسر نزا .
وذكر الماوردي تفسيراً لعسب الفحل : بأنه أجرة طرق الفحل ونزوه .
والصحيح عنده : أن عسب الفحل هو ماؤه الذي يطرق به الاناث وينزو عليها (٢)
وفي الشرح الكبير للدردير : يستأجر على عقوق الأنثى حتى تحمل (٣) .
أما الدسوقي فقد فسّر عسب الفحل فقال : (يطلق العسب على الذكر وعلى ضراب
الفحل وهو المراد) (٤) .

والحاصل فإن عسب الفحل يطلق على المعاني الآتية :

- | | |
|----------------|-------------------------------|
| ١ - ماء الفحل | ٣ - أجرة طرق الفحل ونزوه |
| ٢ - ضراب الفحل | ٤ - الذكر الذي يؤخذ على ضرايه |

(١) زهر الربى على المختار بهامش سنن النسائي ٧ : ٢٧٣ .

(٢) الجاوي للماوردي ٦ : ١٦ .

(٣) العقوق : أي حمل الأنثى والمسحوق اعقاق . الشرح الكبير للدردير وجواهر الأكليل ٢ : ٢٢ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٨ .

حكم بيع عصب الفحل *

اختلف العلماء في بيع عصب الفحل على ثلاثة آراء :
الاول - الجمهور : وهم أبو حنيفة ، والشافعي ، واحمد ، قالوا ان العقد باطل سواء كان العقد واردا على البيع أو الاجاره (١) .

الثاني - لابن عقيل من الحنابلة قال : ويجتمل عندي الجواز وعلل ذلك بأن العقد انما ورد على منافع الفحل ونزوه على الانثى ، وهي منفعة مقصودة وماء الفحل يدخل تبعاً ، والغالب حصوله عقيب نزوه وبذلك يكون العقد كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي ، أو كاستئجار الارض ومنها بئر ماء فإن الماء يدخل تبعاً ، وقد يغتفر في الاتباع ما لا يغتفر في المتبوعات (٢) . أو كإبار النخل ، وهذا البيع من باب المصلحة ولو منعنا منه لانقطع النسل (٣) .

الثالث - التفصيل وهو رأي الامام مالك : قال بجواز ذلك ان قدر في العقد زمان كتقدير يوم أو اسبوع أو قدر مرات كثلاث أو سبع ، ومنع الجمع بين المرات والأيام (٤) .
والصحيح : ان بيع عصب الفحل وان لم يحدد حرام فسلا يصح مطلقاً ، وفساد العقد به على كل حال ، ويحرم على البائع أخذ أجره ضرابه ، ولا سيما ان النبي ﷺ نهى عما يعتادونه من استئجار الفحل للضراب ويسمى ذلك بيع عصبه ، فلا يجوز حمل كلامه على غير الواقع والمعتاد ، واخلاء الواقع من البيان مع أنه الذي قصد بالنهي .

اما المعطي للأجرة أو الثمن فلا حرمة عليه ، لأنه بذل ماله في تحصيل مباح يحتاج اليه ولا يمنع من هذا ، فثله كما في كسب الحجام ، علماً بأن الملاحظ أن المستأجر ليس له غرض صحيح في نزو الفحل على الانثى الذي له دفعات معلومة وانما غرضه نتيجة ذلك التزو وثمرته ولأجل هذه النتيجة بذل ماله (٥) .

الادلة :

وقد استدلوا على منع بيع عصب الفحل بالاحاديث التالية :

(١) المنفي لابن قدامة ٤ : ١٥٩ وزاد المعاد ٤ : ١٥٧ ومعالم السنن للخطابي ٥ : ٧٦

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٥٧ .

(٣) معالم السنن للخطابي بهامش سنن أبي داود ٥ : ٧٧ والنووي على صحيح مسلم ١٠ : ٢٢ .

(٤) جواهر الاكليل ٢ : ٢٢ ومعالم السنن ٥ : ٧٧ والمنفي لابن قدامة ٤ : ١٥٩ .

(٥) زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٤ : ٢٥٧ .

أ) بما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه قال : (نهى النبي ﷺ عن ثمن عشب الفحل . رواه أحمد والبخاري والنسائي وأبو داود) (١) .

ب) بما روي عن جابر (أن النبي ﷺ نهى عن بيع ضراب الفحل) رواه مسلم والنسائي (٢) .

وفي روايه أخرى له أنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل وعن بيع الماء والأرض لتحرث فعن ذلك نهى النبي ﷺ (٣) .

ج) عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن عشب الفحل (٤) .

د) عن أبي حازم قال : نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعشب الفحل (٥) .

هـ) عن المغيرة قال : سمعت ابن أبي نعيم قال : سمعت أبا هريرة يقول : نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام ، وعن ثمن الكلب ، وعن عشب الفحل (٦) .

و) عن علي رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب مسن السبع وكل ذي مخلب من الطير ، وعن ثمن الميتة ، وعن لحم الحمر الأهليه ، وعن مهر البغي وعن عشب الفحل ، وعن المياثر الأرجوان (٧) .

حكم الهدية على عشب الفحل :

إذا أهدى صاحب الأنثى الى صاحب الفحل هدية أو ساق اليه كرامة فهل له أخذها ؟ ينظر :

ان كان ذلك الاهداء على وجه المعاوضة بدل ماء الفحل وكان ذلك اشتراطا بينها في الباطن دون ذكره لم يحل له أخذه .

-
- (١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ والنسائي ٧ : ٢٧٣ وسنن أبي داود ٥ : ٧٦ .
 - (٢) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ ومسلم ١٠ : ٢٥٩ والنسائي ٧ : ٢٧٣ .
 - (٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ٢٢٩ - ٢٣٠ والنسائي ٧ : ٢٧٣ .
 - (٤) سنن النسائي ٧ : ٢٧٤ .
 - (٥) المصدر السابق ٧ : ٢٧٤ .
 - (٦) المصدر السابق ٧ : ٢٧٤ .
 - (٧) مستد الامام احمد ١ : ١٤٩ .

وان لم يكن كذلك فلا بأس بأخذه (١) .

وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه : وان أعطى صاحب الفحل هدية أو أكرمه من غير اجارة جاز واستدل على ذلك بما روي عن أنس عن النبي ﷺ أنه قال (اذا كان اكراماً فلا بأس) ولأنه سبب مباح كالحجامة فجاز أخذ الهدية عليه .

وقال أحمد في رواية ابن القاسم : لا يأخذ ، ثم قيل لأحمد : ألا يعطى الحجامة وان كان منهيًا عنه ؟ فقال الامام أحمد أن ذلك لم يبلغنا عن النبي ﷺ أنه أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجامة .

ووجه أحمد في المبيع : أن ما منع أخذ الأجرة عليه منع قبول الهدية كهسر البغي وحلوان الكاهن .

قال القاضي : (هذا مقتضى النظر ، لكن ترك مقتضاه في الحجامة ، فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، والذي ذكرناه أرفق بالناس ، ووافق للقياس وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم) (٢) .

أدلة من يقولون بأخذ الهدية :

بما روي عن أنس بن مالك قال : جاء رجل من بني الصعق أحد بني كلاب الى رسول الله ﷺ فسأله عن عصب الفحل فنهاه عن ذلك فقال : انا نكرم على ذلك (٣) .

وفي رواية في الشوكاني : فقال يا رسول الله انا نطرق الفحل فنكرم ، فرخص له في الكرامة . رواه الترمذي وقال : حديث حسن غريب (٤) .

فهذه الاحاديث تبين لنا النهي عن عصب الفحل وعن أجرة ضرابه وأنها لا تجوز . كما دل الحديث الأخير وما زاده الترمذي في رواية الشوكاني أنه يجوز أخذ الهدية على عصب الفحل .

(١) زاد المعاد ٤ : ٢٥٨ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٩ - ١٦٠ .

(٣) النسائي ٧ : ٣٧٣ وتبيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ .

(٤) تبيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٥ .

علة المنع :

- ١ - عدم القدرة على التسليم فإنه يشبه اجارة الآبق ، والأمر أيضا متعلق باختيار الفحل وشهوته (١) .
- ٢ - الجهالة : وذلك لأن المقصود هو الماء وهو مما لا يجوز افراده بالعقد ، لأنه مجهول القدر والعين (٢) .
- ٣ - غير متقوم إذ أن ماء الفحل لا قيمة له والنهي عن ذلك من محاسن الشريعة (٣) .
- ٤ - ان عسب الفحل عند العقد معدوم كما قال السرخسي (٤) .

الرأي المختار :

إن بيع عسب الفحل أو استجاره مستقبح ومستهجن عند العقلاء وفاعل ذلك عندهم ساقط من أعينهم ، وان من يتعاطى مثل هذا الفعل تترفع النفوس من تزويجه كرائمهم ويلحقهم العار بسبب هذا الفعل الشنيع ، واني لألاحظ هذا ما يجري في ربوع بلادنا-الاردن- أن فئة من الناس تسمى بالبرامكة اعتادت أن تعيش على نزوة الخيول فسقطت من أعين الناس وترفع الناس عنهم حتى أنهم يأنفون من أكل طعامهم بل حتى الجالوس في بيوتهم . ولا سبأ ان الله سبحانه وتعالى جعل لعباده ميزاناً للحسن والقبح فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح .

هذا ومن المعلوم والمتعارف أن ماء الفحل لا قيمة له بدليل لو نزا فحل رجل على مكة (٥) رجل آخر فأولدها فالولد لصاحب الرمكة اتفاقاً ، لأنه لم ينفصل عن الفحل الا مجرد الماء فسقط وهو لا قيمة له .

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٩ وزاد المعاد ٤ : ٢٥٧ والنووي بصحيح مسلم ١٠ : ١٥٥ وفتح العزيز بهامش المجموع ٨ : ١٩٢ .

(٢) المغني ٤ : ١٥٩ وزاد المعاد ٤ : ٢٥٧ وفتح العزيز ٨ : ١٩٢ :

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤٤٧ والمغني المحتاج ٢ : ٣٠ وفتح العزيز ٨ : ١٩٢ والام ٣ : ١٢ .
والحاوي للماوردي ٦ : ١٦ .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٩ .

(٥) الرمكة : الاتنى الخائل .

ولهذا فان الشريعة الاسلامية حرمت المعاوضة على ضرابه لأجل أن يتداول هذا فيما بين حيوانات الناس مجاناً ولما فيه من تكثير النسل المحتاج اليه من غير أن يضر بصاحب الفحل من حبس الفحل أياماً مثلاً ، أو أنه ينقص من ماله كما نشاهده في تيس الغنم فانه في أيام نزوه يصيبه الهزال ويكون لحمه كالفقاع (١) .

ومن محاسن الشريعة ايجاب بذل هذا مجاناً كما قال النبي صلى الله عليه وسلم إن من حقها اطراق فحلها واعسارة دلوها ، فهذه حقوق يضر بالناس منعها الا بالمعاوضة فأوجبت الشريعة بذلها مجاناً .

(١) من الفطريات التي تظهر في فصل الشتاء يعرفها العرب .

المطلب الخامس

بيع المغيب في الأرض

اختلف الفقهاء في بيع المغيب في الأرض فمنهم المميز ومنهم المانع ولهذا فسأذ كر آراء المذاهب في بيع المغيب .

والمقصود بالمغيب في الأرض هو ما كان المقصود منه ما في باطن الأرض لا ظاهرها . كالبصل ، والثوم والجزر والفجل والكرات ، واللفت ، والكرب والتلقاس .

١ - الحنفية :

ذهبت الحنفية الى جواز بيع ما أصله غائب (١) كجزر وفجل ولفت ، أو ما كان بعضه معدوماً اذا كان الموجود أكثر من المعدوم ، فيجوز بيع المعدوم تبعاً للموجود ، كورد وياسمين وورق فرصاد (٢) أفتى بذلك العقيلي وغيره (٣) .

أما الجزر والفجل واللفت اذا لم ينبت أو ينبت ولم يعلم وجوده فانه لا يجوز بيعه لأنه معدوم (٤) وأفتى بجوازه بعض الحنفية عملاً بالاستحسان (٥) .

ويثبت خيار الرؤية للمشتري عند قلع المغيب في الأرض فيما يلي :

أ (ان كان المغيب في الأرض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل

-
- (١) أي ما ينبت في باطن الأرض .
(٢) ورق الفرصاد ، قيل هو التوت الاحمر وقال أبو عبيد : هو التوت وذكر الليث أن الفرصاد الشجر معروف - ابن عابدين ٥ : ٥٢ .
(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٢ .
(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٤ .
(٥) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٢ .

فاذا كان المقلوع كثيراً أي يدخل تحت الكيل أو الوزن ورآه المشتري ورضي به لزم البيع في الكل وبهذا تكون رؤية البيع تنوب عن رؤية الكل اذا وجد الباقي كالمقلوع وكان القلع باذن البائع أو قلع البائع له .

أما اذا كان المقلوع سيراً ولا يدخل تحت الكيل أو الوزن فلا يبطل خيار المشتري ، لأنه لا ينوب عنه .

(ب) وان كان المغيب بعد القلع يباع عدداً كالفجل فقلع المشتري باذن البائع أو قلع البائع فالبيع غير لازم ، لأنه من العدديات المتفاوتة فصار بمنزلة الثياب والعبيد . وان قلع المشتري بغير اذن البائع لزم البيع الا اذا كان المقلوع سيراً .

(ج) وان أبى القلع كل من المشتري والبائع ، فان تبرع متبرع بالقلع جاز البيع وبطل الخيار اذا كان المقلوع مما يدخل تحت الكيل والوزن ، وان لم يتبرع بالقلع فسخ القاضي العقد .

وقد نبه ابن عابدين الى بيع مغيب لم ير من نبه عليه وهو ما يكون أصله تحت الأرض ويبقى سنين متعددة مثل الفصفصة ، فاذا باع ذلك الاصل وعلم وجوده في الارض الا أنه لا يرى ولا يقصد قلعه وانما اعد للبقاء فهل للمشتري فسخ البيع بخيار الرؤية ؟ الظاهر أن خيار الرؤية يثبت للمشتري والسبب في ذلك أن خيار الرؤية انما يثبت قبل البيع لا بعده .

وبقي حكم هذا البيع هل يثبت فيه البطان أم الجواز ؟ يذكر ابن عابدين جواز هذا البيع (١) .

٢ - المالكية :

وذهبت المالكية الى جواز بيع المغيب في الأرض

قال ابن رشد : واللفت والحزر والكرنب جائز بيعه عند مالك اذا بدا صلاحه وهو استحقاؤه للأكل (٢) . الا أن المالكية أجازت بيع المغيب في الأرض بشروط ثلاثة وهي :

(١) أن يرى المشتري ظاهر المبيع المغيب .

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ٥٢ - ٥٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٧٠ والفروق للقرافي ٣ : ٢٧٤ .

- (٢) أن يقلع المشتري منه ويراه ولا يكفي رؤية ما ظهر منه بدون قلع .
 (٣) أن يحزر اجمالاً ولا يجوز بيعه من غير حزر بالقيراط أو الفدان أو القصبة ،
 وخالف بعض المالكية من أن مغيب الاصل لا يجوز أن يباع منه الا ما كان مقارعاً
 بالفعل ، لأن ما لم يقلع كان مجهولاً والمجهول لا يجوز بيعه (١) .

٣ - الشافعية :

وذهبت الشافعية الى أن بيع المغيب في الأرض كالجزر والبصل والفجل والثوم لا
 يجوز للغرر (٢) . وذلك :

١ - لأن المغيب من هذه الاشياء يقل ويكثر ويكون ولا يكون ويكبر ويصغر وليس
 بعين مرتبة حتى يجوز شراؤها .

٢ - وليس المغيب مضموناً بصفة حتى يجوز شراؤه .

٣ - ولا المغيب بعين غائبه فاذا ظهرت هذه العين للمشتري كان له الخيار اذا رآه (٣) .

أما الظاهر منها كبيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع فانه يجوز (٤) .

وبيع الجزر واللفت والفجل والشلجم وهو الذي يقال له في دمشق اللفت والبصل
 ونحوها في الأرض قبل قلعها على شرط خيار الرؤية ، فقد كان بعض أصحابنا قد خرج
 جواز بيعه على قولين كالعين الغائبة (٥) .

وقال جمهور الشافعية : أن بيع ذلك باطل قولاً وإحداً .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٨٦ .

(٢) نهاية المحتاج للملي ٣ : ٤٢٣ .

(٣) الأم للامام الشافعي ٣ : ٨٣ و ٦٦ .

(٤) المجموع شرح المذهب ٩ : ٣٣٨ والأم ٣ : ٦٦ .

(٥) فاذا بيع الجزر واللفت والبصل كما تباع العين الغائبة اذا رآها المشتري فله الخيار في أخذها ، أو
 تركها فله قلع جزره أو فجله أو بصله ، وجعلت للمشتري الخيار فتكون قد أدخلت على البائع
 ضرراً في أن يقلع جميع بصله أو فجله ثم جعلت الحق للمشتري بأن يرد بدون عيب فيبطل أكثره
 على البائع ، وان أجزت بيعه على أن لم يكن فيه عيب لزم المشتري ، كان في المبيع الصغير
 والكبير ويكون المشتري قد اشترى ما لم يرا وألزمته ما لم يرض بشرائه قط - الأم ٢ : ٦٦ .

الفرق بين بيع العين الغائبة والمغيب في الأرض :

والفرق بين المغيب والعين الغائبة من وجهين :

الأول : ان وصف الغائب ممكن لتقدم الرؤية له ، ووصف المغيب في الأرض قبل قلعه غير ممكن .

الثاني : أن المشتري اذا فسخ بيع الغائب أمكن رده الى حاله ، واذا فسخ بيع هذا المقلوع من الأرض لم يكن رده الى حاله (١) .

٤ - الخابلة :

ودهبت الخابلة الى عدم جواز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض ، كالجزر والفجل والثوم واللفت والبصل قبل قلعه ومشاهدته (٢) .

وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي .

وأباحه مالك ، والاوزاعي ، راسحق ، وعلتهم في ذلك ، أن الحاجة داعية اليه فأشبهه بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدأ صلاحه (٣) .

أما اذا كان المبيع المغيب في الأرض تقصد أصوله وفروعه ، كالبصل المبيع أخضر ، والكرات ، والفجل ، أو كان المقصود من البيع فروعه فالأولى جواز بيعه ، لأن القصد منه ظاهر فأشبهه بيع الحيطان التي لها أساسات مدفونة .

أما اذا كان المبيع المغيب في الأرض معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الأرض ، لأن الحكم للأغلب .

وان تساويا بالمقصود أي بأن كان المقصود منه الأصول والفروع على حد سواء لم يجز بيعه ، لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع (٤) .

(١) الحاروي للماوردي ٥ : ١٢٠ والواضح التبيه شرح التبيه ٥ : ٧٩ - ٨٠ والمجموع شرح المذهب ٩ : ٣٢٩ .

(٢) غاية المنتهى ٣ : ٣٠ وكشاف القناع ٣ : ١٦٦ والمغني لابن قدامة ٤ : ٧٠ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ٧٠ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٧٠ والقواعد النورانية لابن تيمية ١٢٢ .

رأي ابن تيمية :

ويذكر ابن تيمية أن كلام أحمد بن حنبل يحتمل وجهين وذلك : (ان ابا داود قال : قلت لأحمد بيع الجزر في الأرض ؟ قال لا يجوز بيعه الا ما قلع منه . هذا الفرر شيء ليس يراه كيف يشتره ؟ فعلى بعدم الرؤية) .
فظهر أن بيع المغيب في الارض :

١ - ان لم يره كله لم يبع

٢ - رؤية بعض المبيع تكفي اذا دلت على الباقي كرؤية وجه العبد .

ويروي ابن تيمية تخريج ابن عقيل وغيره في بيع المغيبات على وجهين أيضاً :

أحدهما : جواز بيع المغيبات ، بناء على احدى الروايتين عنه في بيع ما لم يره ، فيذكر ابن تيمية على هذا القول تعليقا لطيفا (ولا شك أنه ظاهر فان المنع انما يكون على قولنا : لا يصح بيع ما لم يره فاذا صححنا بيع الغائب فهذا من الغائب) .

الثاني : أنه يجوز بيع المغيبات مطلقا كذهب مالك الخاقا لها بلب الجوز وهذا القول هو قياس أصول أحمد وغيره لوجهين :

أ (أن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها ويعلمون ذلك - أجود مما يعلمون العبد برؤية وجهه . والمرجع في كل شيء الى الصالحين من أهل الخبرة والمعرفة وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الاشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه .

ب (أن ما احتجج الى بيعه فانه يوسع فيه مالا يوسع في غيره ، فيبيحه الشارع للحاجة مع قيام السبب الخاص . كما أُرخص في بيع العرايا بخرصها وأقام الخرص مقام الكيل عند الحاجة ولم يجعل ذلك من المزانية التي نهى عنها ، فحاجة البائع هنا أوكد بكثير . (١) وزاد ابن تيمية وجهها ثالثا في الفتاوى وهو :

أن العلم في جميع المبيع يشترط في كل شيء بخبره ، ، فما ظهر بعضه وخفي بعضه وكان في اظهار باطنه مشقة وحرَج : اكنفي بظاهره كالعقار ، فانه لا يشترط رؤية أساسه ، وداخل الحيطان (٢) .

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ١٢٣ - ١٢٥ وفتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٨٨ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٨٨ .

رأي ابن قيم الجوزية :

ويأتي ابن قيم الجوزية فيتابع شيخه ابن تيمية في مسألة بيع الغيبات في الأرض من البصل والثوم ونحوهما على قولين :

الأول : المنع من بيعه كذلك ، لأنه مجهول غير مشاهد وظاهرة من الورق لا يدل على باطنه وعلى ذلك فلا يباع حتى يقلع .

الثاني : جواز بيع ذلك اعتبارا بما جرت به عادة أصحاب الحقول ويعزى ذلك الى قول أهل المدينة ، وهذا هو أحد الوجهين في مذهب الامام أحمد وهو الذي اختساره ابن تيمية لأن المنع من بيع ذلك حتى يقلع أعظم الضرر والخرج والمشقة وفي ذلك فساد لا تأتي به شريعة ، لأنه اذا قلعه دفعة واحدة في وقت واحد تعرض للتلف والفساد .

وأن قيل : (كلما أردت بيع شيء منه فقلعه كان فيه من الخرج والعسر ما هو معلوم)
وإن قيل : (اتركه في الأرض حتى يفسد ولا تبعه فيها) فهذا لا تأتي به شريعة
ويدلل ابن القيم على جواز ذلك : بأن المانعين لو حصل لهم الابتلاء بذلك لما وسعهم أن يعملوا بحقوقهم الا يبيعه في الأرض ولا بد أو اتلافه وعدم الانتفاع . به .

وأما من قال : (ان هذا غرر ومجهول فهذا ليس حظ الفقيه ولا هو من شأنه وإنما هذا من شأن أهل الخبرة بذلك . فاذا اعتبروه بأنه قار وغرر فهم أعلم بذلك وحظ الفقيه انما معرفة ما أحل الله وحرمه ، أحله لأجل كذا ، وحرمه لأجل كذا ، وقال الله كذا وقال رسوله كذا ، وقال اصحابه كذا ، أما افتراض الفقيه لهذه المبيعات بأنه خطر ومقارمه فليس من شأنه ، فأهل الخبرة أدري بها منه والمرجع في ذلك اليهم كما يرجع اليهم في أن هذا الوصف عيب أم لا وكون هذا البيع مربحا أم لا أو كون هذه السلعة نافقة في السوق أم لا أو في بلد كذا أو في زمن كذا ، فالفقهاء بالنسبة اليهم فيها مثلهم بالنسبة الى ما في الاحكام الشرعية (١) .

علة المنع عند الحنابلة :

(١) لجهالة المبيع : أي أن المبيع المغيب في الأرض مجهول لم يره المشتري ولم يوصف له فأشبهه ببيع الحبل .

(٢) وجود الغرر : والنبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ، وهذا غرر (٢) .

(١) اعلام الموقعين ٤٤ - ٤٥ - يتصرف .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٧٠ وغاية المنتهى ٣ : ٣٠ وكشاف الفناج ٣ : ١٦٦ .

اختلفت فقهاء الزيدية في بيع المغيب في الأرض على رأيين :

الرأي الأول : وهو المعتمد بأنه لا يجوز بيع كسامن في الأرض كإصل البصل والجزر والثوم والفجل للجهالة ، كالحوت في الماء .

الرأي الثاني : يصح بيع كل كسامن يدل فرعه عليه كالبصل والثوم والبصل في متابعتها وسواء قد كانت ظهرت فروعه أم لم تظهر فروعه إذا قد بلغ مدة الانتفاع به ولكن المشتري يخير إذا رآه كالعائب ان لم يتضرر بالقلع (١) .

الا أنهم يفرقون أيضاً بين بيع الغائب وبيع المغيب في الأرض بأن خيار الرؤية فيما يرد على حاله وبيع المغيب يرد بعد القلع فلا يصح (٢) .

وقال الناصر : انه يحوز اذا كانت أوراقه قد ظهرت لا اذا لم تظهر (٣) .

وقال في البحر الزخار : (والحيلة في شرائه أن تشتري الأرض فيدخل تبعاً ثم يردّها بعد قطعه ، قال يحيى وهذا غلط اذا لا يدخل تبعاً كالزروع) .

أما لو اشترى الأرض مع ما هو مغيب في الأرض معا فسد البيع أيضاً للغرر (٤) .

٦ - الاباضية :

ذهبت الاباضية في بيع المغيب في الأرض بأن العقد اذا وقع على ما بطن لم ينعقد الا على المتاممه .

ومعنى المتاممه : أن يقلع المغيب في الأرض ويراه المشتري ثم يتم الرضا بين الطرفين وأما اذا وقع العقد على الوريق فقط فان البيع يجوز .

ومنهم من توهم أن العقد اذا انعقد على ما بطن بأنه صحيح ولا يحتاج الى القلع الا أنهم دفعوا هذا التوهم وذكروا بأنه غلط لا يصح .

(١) البحر الزخار ٣ : ٣١٧ وشرح الازهار ٣ : ٢٤ - ٢٥ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) شرح الازهار ٣ : ٢٥ .

(٤) البحر الزخار : ٣١٧٣ .

وكذلك دفعوا توهم من قال بصحة البيع في الذي يعرف به بدو الصلاح بأن المغيب في الأرض كاللنت والجزر والبصل والثوم والفجل يعرف بورقه اذ صار لحال يعرف بها صلوحه للقطع .

فليس هذا دليلا على صحة البيع وانما هو بيان لحاله الذي لا يكون قطعه افسادا فيجوز حينئذ قطعه لبيع ظاهر او ليتم بيعه الواقع قبل القطع .

والخلاصة عندهم بأن أحاديث النهي فيما اذا كانت العلة الغرر كحديث النهي عن بيع الملاقيح وغيره كلها أدله على بيع الجزر واللفت والفجل والبصل ونحوها في الأرض (١) .

٧ - الظاهرية :

ذهبت الظاهرية الى عدم جواز بيع المغيبات في الأرض كالجزر والبصل والكرات والفجل قبل قلعه لا مع الأرض ولا دونها .

١ - لأن كل ذلك بيع غرر لا يدري مقداره ولا صفته ولا رآه أحد فيصفه .

٢ - أن بيع المغيبات في الأرض أكل مال بالباطل والله سبحانه وتعالى يقول (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) ومن المعلوم أن التراضي على المجهول غير محقق وانما التراضي عادة يكون على ما علم لاعلى ما جهل ، والمغيبات في الأرض لاسبيل الى معرفة صفات كل ما ذكرنا ولا مقداره فلا سبيل عندئذ الى التراضي به وحيث لا سبيل الى التراضي به فلا يحل بيعه وهو أكل مال بالباطل .

وأما بيع المغيبات في الأرض مع الأرض فبيعه جائز مع الأرض ودون الأرض :

(١) لأن المغيب في الأرض ليس مما ابتداء الله تعالى خلقه في الأرض فيكون بعضها وانما المغيب هو شيء من مال الزارع لها أو دعه الزارع في الأرض كما لو أودع فيها شيئاً من سائر ماله .

(٢) ولأن المغيب في الأرض موصوف معروف القدر وقد رآه بائعه أو من وصفه له والتراضي على مثل هذا العلم ممكن فيصح البيع .

(١) شرح التل ٤ : ٧١ .

أما إذا استحال المغيب عن حاله فقد بطل أن يعرف المغيب كيف هو وما صفته وليس هو من الأرض (ولكنه شيء مضاف إليها فهو مجهول الصفة جملة ولا يحل بيع مجهول الصفة بوجه من الوجوه ، لأنه بيع غرر حتى يقلع وبالله تعالى التوفيق) (١) .

رأينا : -

يتبين مما ذكرناه لاقوال الفقهاء المختلفة في بيع المغيبات في الأرض أنها تدور حول أربعة آراء رئيسية مع الاختلاف في التفصيل :

الرأي الأول : رأي الحنفية الذي يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع وهذا أمر متعذر كما ذكرته السادة الشافعية ، وأيضاً تحديدهم بالجواز إذا كان المبيع قد شوهد بواسطة الأنموذج ، وتحديدهم بأقل ما يقع في المكاييل ، وربما يتخذ الباعثة مكاييل صغارا جدا وما عهدنا بالجزر والفجل يقعان في الكيل ، ولذا يكون تحديدهم بهذا الحد فاسدا لا اعتبار له ولذا فاني لا أميل اليه .

الرأي الثاني : عدم جواز بيع المغيبات في الأرض الا بعد قلعه وفي هذا أيضاً ضرر بالبائع والمشتري والحاجة تدعو الى الشراء والبيع ، ولذا لا أميل اليه أيضاً .

الرأي الثالث : الذي يجوز البيع ولكن بشروط كما ذكرتها المالكية ، ووافق على هذا الرأي ابن تيمية وابن القيم واعتبرا هذا العقد مما تدعوا اليه الضرورة والحاجة واني أميل الى هذا الرأي للضرورة .

الرأي الرابع : جواز بيع المغيبات في الأرض وقد ذهب الى هذا الرأي ابن حزم والاباضية والزيدية ، واني لا أميل الى هذا الرأي ، لأن المغيب غير معلوم المقدار والشروع بالثمن الدائر بين الأرض وبين المغيب ، ولأن المغيب لا يعلم حاله على التحديد هل ما زال على الصلاح أم لا ، وأني لأذكر مناقشة ابن حزم في هذه النقطة :

قال ابن حزم : (وليت شعري من أين وقع لهم جواز بيع هذه المغيبات دون الأرض ؟ ومنعوا من بيع الجنين دون أمه وكلا الأمرين سواء لا فرق بين شيء منهما

(١) المحل لابن حزم ٨ : ٣٩٠ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ .

وكلاهما غرر وبيع مجهول ، ثم أطرف من هذا كلة ومنعهم من بيع الصوف على ظهور الغنم
وذراع محدودة من هذا الطرف من هذا الثوب من أوله إلى آخره ، أو ذراع محدودة إلى
طرفه من خشية حاضرة وحلية هذا السيف دون جفنه ونصله ورأوا هذا غررا وعملا
مشرطاً يفسد البيع ، ولم يروا الدوس والتصفية والسلخ غسررا ولا عملا مشرطاً يفسد
البيع . . . وهل يشك في أن ادخال الجلم (١) إلى حاشية محدوده من ثوب وقطعه وقلع
حلية على عمد سيف لا يتعذر على غلام مراهق أسهل وأخف من درس ألف كر وتصفيتهما
ومن سلخ ناقه ؟ والله سبحانه وتعالى أعلم (٢) .

(١) الجلم : المقرض والجلمان بلفظ التثنية مثله كما يقال فيه المقرض والمقرضان والقلم والقلمان ، يقال :
جلبت الشيء جلما من باب ضرب قطعه فهو مجلوم وجلمت الصوف والشعر قطعه بالجلمين . المصباح
المنير ١ : ١٦٦ - ١٦٧ والمختار الصحاح ١٠٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٩٦ .

المطلب السادس

بيع المغيب في قشره

اختلف الفقهاء في بيع المغيب في الأرض وفيما يلي أذكر آراءهم :

١ - الخنفة :

ذهبت الخنفة الى جواز بيع الخنطة في سنبلها والباقلاء (١) في قشره وكذا الأرز والسمسم (٢) وعلى البائع اخراج المبيع أي الحب وتسليمه الى المشتري في جميع هذه المسائل الا اذا كان البيع انعقد على الحب والنشر معا (٣) .

ويلحق بهذه المبيعات الجوز واللوز والفسق في قشره الأول وفي كل هذه الصور يثبت للمشتري خيار الرؤية (٤) .

أما بيع حب القطن في القطن والنوى في التمر : أي باع ما في هذا القطن من الحب أو ما في هذا التمر من النوى، فان هذا البيع لا يجوز مع العلم بأن المبيع أيضاً بغلافه كالخنطة

(١) الباقلاء : هو الفول وعلى وزن فاعلاء يشدد فيقصر وتخفف فيمد الواحده باقلاء في الوجهين ، ابن عابدن : ٤ : ٥٥٩ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٦ والهداية مع فتح القدير ٥ : ١٠٦ وحاشية البابرني ٥ : ١٠٦ والزيلعي على الكنز ٤ : ١٢ والدرر شرح الدرر ٢ : ١٥٠ وغنية ذو الاحكام في بنية درر الحكام بهامش الدرر ٢ : ١٥٠ وشرح مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ٢ : ٢٠ وابن عابدن ٤ : ٥٥٩ .

(٣) حاشية شهاب الدين احمد شلي على الزيلعي ٤ : ١٣ ودر المنتقى في شرح الملتقى بهامش ملتقى الابحر ٢ : ٢٠ .

(٤) ابن عابدن ٥ : ٥٥٩ ودر المنتقى في شرح الملتقى بهامش الملتقى ٢ : ٢٠ وفتح القدير ٥ : ١٠٧ وابن عابدن ٥ : ٥٥٩ والمصباح المنير .

في سنبلها والباقلاء في قشره وقد أشار أبو يوسف الى أن بيع هذه الأشياء لا تجوز ، لأنه معدوم عرفاً فانه يقال هذا ثمر قطن وقطن ، ولا يقال هذا نوى في ثمره ولا حب في قطنه ، بينما جواز بيع الخنطة وما شاكلها فانه يقال : هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وقستق ولا يقال عنها هذه قشور فيها لوز وقستق (١) .

ويخرج بدفع ابن عابدين والكمال بن الهمام على تفرقة أبي يوسف (ولا يذهب اليه وهم وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع ، واللحم والشحم في الشاة والأليه والاكارع والجلد فيها ، والدقيق في الخنطة ، والزيت في الزيتون ، والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز ، لأن كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقي) (٢) .

اللؤلؤ في الصدف :

إن بيع اللؤلؤ في الصدف فاسد للغرر ، لأنه مجهول لا يعلم وجوده ولا قدره ولا يمكن تسليمه الا بضرر ، وهو كسر الصدف (٣) .

الا أن هذا التعليل بأن البيع فاسد للجهالة يعطي إشكالا ، لأن المجهول الذي لا يعلم وجوده يقتضى أن يكون بيعه باطلا (٤) الا أن الكمال بن الهمام يقول : (فالشارحون على أن الفاسد أعم من الباطل) وبهذا يندفع أشكال مجمع الأنهر (٥) .

ويروى عن أبي يوسف أن بيع اللؤلؤ في الصدف جائز ، لأن الصدف لا يتلفع به الا بالكسر فلا بعد كسره ضرراً وللمشتري الخيار اذا رأى . وقال محمد : لا يجوز وعليه الفتوى (٦) .

(١) فتح القدير ٥ : ١٠٧ ودر المنتقى في شرح الملتقى ٢ : ٢٠ وابن عابدين ٤ : ٥٥٩ . والزليبي ٤ : ١٣ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٧ وابن عابدين ٥ : ٥٦٠ .

(٣) البحر الرائق ٦ : ٨١ والزليبي ٤ : ٤٦ ودرر الحكار شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧٠ ومجمع الانهر ٢ : ٥٦ ؛ والسراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج ٤ : ٣ .

(٤) مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ٢ : ٥٦ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٨٥ .

(٦) الزليبي ٤ : ٤٦ والبحر الرائق ٦ : ٨١ وحاشية شهاب الدين أحمد شلبي على الزليبي ٤ : ٤٦ وغنية ذو الاحكام في بنية درر الاحكام بهامش الدرر ٢ : ١٧٠ .

وفي السراج الوهاج : لو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع (١) أما لو اشترى صدفه فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري، لأنها تتولد من الصدفة كالبيضة تتولد من الدجاجة فكانت اللؤلؤة بمنزلة أجزاء الصدفة ، وكذلك لو اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة لأن السمك يأكل الصدفة فكأنه اشترى سمكة فوجد في بطنها سمكة (٢) .

٢ - الملكية :

وذهبت الملكية الى جواز بيع الجوز واللوز والباقلاء (٣) .
أما بيع القمح في سنبله جاز يبيعه جزافاً في القت والقائم دون المنفوش ودون ما في تبه (٤) ما لم يكن رآه وهو في سنبله قائماً وحزره والاجاز فيها (٥) .

أما بيع الحنطة وحدها سواء كانت قتا أو منفوشا جاز ذلك بشرط :

أ - بأن تباع بعد اليبس والمراد باليبس كل ما يتوصل الى معرفة جودته وردائه برؤية بعضه بفرك ونحوه .

ب- وأن لا يتأخر تام حصده ودرسه وذروه أكثر من خمسة عشرة يوماً لئلا يكون سلماً في معين .

ج- أن يكون البيع بالكيل أى كأن يقول المشتري: اشترى كل هذه الحنطة كل أردب بكذا درهماً .

وأما بيع الزرع القت : فان البيع يجوز اذا كانت ثمرته في رأس قصبه كالمقمح ، أما الفول فلا يجوز ، لأن ثمرته في جميع قصبته حتى ولو رآه قائماً لعدم امكان حزره .

وأما بيع الزرع المنفوش : فلا يجوز بيع الزرع جزافاً بعده حصده منفوشاً بعضه ببعض في الجرين (٦) أو في موضع حصده اذا لم يكن رآه قبل حصده قائماً وحزره .

(١) السراج الوهاج ٤ : ٣ وانظر بدائع الصنائع ٥ : ١٦٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٧ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٧٠ .

(٤) والزرع عند الملكية له خمسة أحوال : أ - اما قائم ولهسا غير قائم ب- اما قت واما منفوش

ج- اما في تبن واما مخلص د- والمبيع اما الحب وحده ه- واما السبل بما فيه من الحب -

انظر الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٦ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٦ .

(٦) مكان مجمع الزرع ليداس ويخرج منه الحب والتبن .

وأما إذا بيع الحب قائماً مع سنبله جزافاً بعد إفراكه وقبل نيسه واشترط على البائع إبقاؤه حتى الحصاد أو لم يشترط الإبقاء فإن بيعه لا يجوز ابتداءً لأنه مغيب .

٣ - الشافعية :

اختلفت الشافعية في بيع المغيب بأكمامه أو قشره من الثمار وفيما يلي تفصيل للثمار مع ذكر أوجه الاختلاف :

الأول : الاختلاف في أنواع الثمار :

والثمار ضربان :

أ (ضرب يكون بارزاً من شجره من غير حائل يمنع من مشاهدته كالفتح والمشمش والخوخ والكثيرى فبيعه جائز إذا بدا صلاحه قائماً في شجره وبعد اجتنائه .

ب- ضرب يكون مستوراً بقشره وكمام يمنع من مشاهدته وهذا على ضربين :

١ - أن يكون مستوراً بقشرة واحدة ويتنوع الى نوعين :

أ - نوع لا يحفظ الا بقشرة فاذا خرج منه ذهب رطوبته وتغير طعمه وأسرع اليه الفساد كالرمان فبيع هذا في قشوره جائز لما فيه من كمال منفعة ودوام مصلحة .

ب- نوع يحفظ بغير قشره كالقطن والسمسم والعدس فلا يجوز بيعه في قشره الا إذا أخرجوه من قشره ؛ لأن هذا الحائل ليس من مصلحة ثمره لو كان مستوراً بثوب (٢) .

٢ - أن يكون مستوراً بقشرتين ويتنوع الى نوعين :

أ - نوع لا يبقى في رطبه ، بقشرتيه نفع ، ولا يؤكل معها عرفاً كالفستق والبندق والجوز فلا يجوز بيعه في قشرتيه يابساً ولا رطباً ويجوز بيعه وعليه القشرة السفلى ، لأنه يصلح بغير العليا ولا يصلح بدون السفلى .

ب- نوع يبقى في رطبه ، بقشرتيه نفع ، ويؤكل معها عرفاً كالباقلاء واللوز الأخضر فاذا يبس لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه القشرة العليا ويجوز بيعه بالقشرة السفلى (٣) .

وان كان رطباً في قشرتيه فقد حصل الاختلاف بين السادة الشافعية :

(٢) الحاوي للماردي ٥ : ٢٩٣ .

(٣) الحاوي للماردي ٥ : ٢٩٤ والواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٢٢٥ والام ٣ : ٥١ .

فذهب البصريون : الى جواز بيعه في قشريته رطباً اعتباراً بكمال بيعه واستطابة أكله وأنه يباع في جميع البلدان من غير انكار أحد ، وهذا قول أبي سعيد الاصطخري .
 وذهب البغداديون ، الى المنع من بيعه في قشريته رطباً كما يمنع من بيعه اذا كان يابساً وهو المنصوص في الام ، ولأن الحب قد يكون صغاراً وقد يكون كبيراً وقد يكون في بيوته وقد لا يكون وقد يكون حب جيد وحب متغير (١) .

ويذكر الماوردي رأياً للامام أبي حنيفة في جواز بيع الثمرة المغيبة في قشرة أو قشرتين .

قال أبو حنيفة : (كل قشر أو كمام كان ساتراً للثمرة جاز بيعها معه بكل حال سواء كان فيه مصلحة أم لا يعود ، لا على أنه من أصل الخلقة فجزى مجرى أجزاء الثمرة) وعلل ذلك بأنه لما جاز بيعه في احدى قشريته وهي مانعة من مشاهدته جاز بيعه في قشريته اذ ليس فيها اكثر من المنع من مشاهدته ، لأن ما كانت رؤيته شرطاً لم يقع الفرق فيه بين ما يكون مستوراً بحائل أو بحائلين في بطلان العقد عليه كالعروض المبيعة .

وما لم تكن رؤيته شرطاً لم يقع الفرق فيه مستوراً بحائل أو اكثر من حائل (٢) .

واستدل الماوردي على بطلان هذا البيع ومفندا رأي أبي حنيفة : بأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وفي بيعه مستوراً بقشرة ليست من مصلحته .

وكونه غرراً لأنه يمنع من معرفة جيده وورديته ، ولأن ما يمنع من مشاهدته وليس من مصلحته فلا فرق فيه بين أن يكون من أصل خلخته أو من غير خلخته في بطلان البيع به ، فثله كمثل لحم الشاة المذبوحة في جلدها ، والحنطة في تبنها ، والفضة والذهب في تراب معدنها ، ومعلوم أن هذه الأمثلة كلها يبيع فاسدة ، لأنها مستورة بما يمنع من مشاهدتها ، وإن كانت من خلقة أصلها وجب أن يكون حكم القمار مثلها .

وأما الجواب بأن القشر من أجزائه ففاسد بالجلد ، اذ هو من أجزاء اللحم ويمنع من جواز البيع ، لأن المعبر برؤية الأجزاء المقصوده دون ما ليس بمقصوده .

وأما الجواب بأنه مستور باحدى قشريته فجاز أن يكون مستوراً بالقشرة الأخرى ، وهو أن احدى القشرتين من مصلحته وفي رؤيتها تنبيه على جودته وردائه ولا يعني جواز

(١) الخاوي : ٥ : ٢٩٤ والواضح النيه : ٥ : ٢٢٥ والمهذب للشرازي : ١ : ٢٧١ .

(٢) الخاوي للماوردي : ٥ : ٢٩٤ والواضح النيه شرح التنبيه : ٥ : ٢٢٥ - ٢٢٦ .

ستره بحائل من ثوب فكذا بالقشرة العليا التي بهذا الحكم (١) .

ويؤيد هذا الرأي بالمنع قول الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه : (وكل ثمرة وزرع دونها حائل من قشر أو ثمام وكانت اذا صارت الى مالكيها أخرجوها من قشرها وكماهما بلا فساد عليها اذا ادخروها (٢) فالذي أختار فيها أن لا يجوز في شجرها ولا موضوعة للحائل) (٣) .

أما المجوزون فقالوا : ان بيع الباقلاء في القشر الأسفل يجوز بلا خلاف سواء كان الباقلاء أخضراً أم يابساً .

وأما بيعه في قشرته العليا والسفلى ، فان كان يابساً لم يجز قياساً على منع الغائب صرح بهذا امام الحرمين والبغوي والجمهور .

وان كان رطباً ففيه وجهان ذكرهما الشيرازي بدليليهما وهما :

(١) قول الاصطخري بالجواز : حكى الرافي عن امام الحرمين أن الاظهر الصحة في بيع الباقلاء في قشرته العليا في حال خضرته واستدلوا على ذلك ، أن الشافعي أمر بعض أصحابه أن يشتري له الباقلاء الأخضر في مرض موته .

(٢) لا يجوز وهو الأصح عند البغوي وآخرين وقطع به الشيرازي في التنبيه (٤) .

بيع الجوز واللوز :

ولا يجوز بيع الجوز وعليه القشرة العليا ، والجوز عليه قشرتان واحدة فوق الأخرى ، أما اذا رفعت القشرة العليا وبقيت القشرة السفلى جاز البيع ، لأنه يصلح بغير العليا ولا يصلح بدون السفلى لأنه يدخر فيها رطباً كان أو يابساً وكل ما كانت عليه قشرتان كذلك ، ولأنه اذا طرحت عنه القشرة السفلى ذهب رطوبته وتغير طعمه وأسرع الفساد اليه مثل البيض والموز في قشره .

(١) الواضح التنبيه : ٥ : ٢٢٦ والحاري للماوردي : ٥ : ٢٩٥ .

(٢) هذه الكلمة في الحاري للماوردي : ٥ : ٢٩٣ وفي الأم (اخرجوها) فلا يستقيم المعنى .

(٣) الأم : ٣ : ٥٠ .

(٤) المجموع شرح المذهب : ٩ : ٢٣٥ والواضح التنبيه : ٥ : ٢٢٧ والتنبيه : ٦٣ .

أما اللوز : فتحكمه حكم الباقلاء عليه قشرتان :

أ (فان كان مستترا لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه القشرة العليا فاذا زالت عنه جاز بيعه في القشرة الثانية .

ب (وان كان رطبا ففي جواز بيعه في قشرتيه وجهان على اختلاف أصحابنا في بيع الباقلاء الرطب وذلك أن قشرة اللوز العليا يستطاب أكلها مع اللوز قبل اشتداده لمرارة فيها اذا كان اللوز مرا أو لمحوضة اذا كان اللوز حلوا (١) .

والقول المعتمد البطلان مطلقاً (٢) .

بيع الخنطة في سنبلها :

اختلفت أقوال الشافعي في بيع الخنطة في سنبلها والعدس، والحمص، والسهم، والحبية السوداء ، فما دامت في قشورها ، لا يجوز بيعها منفردة بلا خلاف (٣) وهو القول الجديد للامام الشافعي رضي الله تعالى عنه، ولأنه لا يعلم قسدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لا تدعو الحاجة اليه .

وفي المذهب القديم : قال الشافعي يجوز واستدل على ذلك بما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد (٤) والرأي الأصح عندهم هو الجديد (٥) .

المسك في فأره :

ولا يجوز بيع المسك في فأره ، لأنه مجهول لا يدرى كم وزنه من وزن جلوده ، والمسك من حيث عينه ظاهر واستعماله حلال وبيعه جائز .

(١) الام : ٣ : ٥١-٥٢ والخاوي للساوري : ٥ : ٢٩٧ .

(٢) المجموع : ٩ : ٣٣٨ .

(٣) المجموع : ٩ : ٣٣٨ .

(٤) أخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه وقال الترمذي حسن غريب لا يعرفه مرفوعا الا من حديث حماد .

انظر مختصر سنن ابي داود : ٥ : ٤٣ ، المذهب للشيرازي : ١ : ٢٧١ .

(٥) المجموع : ٩ : ٣٣٨ .

قالت طائفة من الشيعة أنه نجس لا يحل استعماله ولا يجوز بيعه ، لأنه دم جامد في جلد حيوان غير مأكول . الا أن هذا القول مردود للأسباب التالية :

١ — أن رسول الله ﷺ قد أستعمله وأهداه الى النجاشي وقبله في هدية المقوقس العجلى .

٢ — قالت عائشة رأيت وميض المسك في فرق رسول الله ﷺ قد أستعمله وأهداه .

وهذا ينفي عن المسك حكم النجاسة والتحریم مع الاجماع الظاهر في الخاصة والعامه على استعماله وترك الفكر فيه .

وأما قولهم انه دم جامد فليس كذلك ، فانما كان دماً ثم استحال وصار مسكاً ولا يمنع بعد الاستحالة أن يصبح طاهراً كاللبن الذي أخبر الله تعالى عنه أنه خارج من بين فرث ودم وهما نجسان فلم يمنع من أن يكون طاهراً .

وقولهم أنه من حيوان غير مأكول فلا يستقيم لهم أيضاً للأسباب التالية :

١ — أنه مأكول ، لأنه من غزال والغزال مأكول بالاتفاق قال المتنبي :

فان تفق الأنام وأنت منهم فان المسك بعض دم الغزال

٢ — عدم كونه غير مأكول لا يمنع من طهارة المسك المتولد عنه ، لأن العسل طاهر وان خرج من النحل الذي لا يؤكل (١) وقياسهم مغاير للسنة فلا يلتفت اليه .

حكم بيعه :

اما أن يكون في فأره أو خارجاً عن فأره فان كان خارجاً عن فأره صح بيعه وزنا وجزافاً . وان كان في فأره ، فاما ان يكون مشاهداً أو غير مشاهد .

فالمشاهد المفتوح : يجوز بيعه جزافاً ، وبيعه وزناً فعلى رأيين :

الأول : أن يشترط ابراز ظروفه من بيع الوزن وهذا يجوز كالسمن في ظروفه .

الثاني : ان كان مع ظروفه فالبيع باطل للجهالة بثمن المسك المقصود .

وغير المشاهد المفتوح : لا يجوز بيعه بحال (٢) .

(١) الحاوي لماوردي ٦ : ٢٦-٢٧ والواضح النيه ٥ : ٦٣ والمجموع ٩ : ٣٣٦ .

(٢) الحاوي لماوردي ٦ : ٢٧ .

ذكر النووي : لا يصح بيعه فيها مطلقاً سواء بيع معها أو دونها مفتوحة وغير مفتوحة وهو الرأي الصحيح (١) .

ولو باع المسك المخلوط بغيره لم يصح قولاً واحداً ، وذلك أن المقصود صار مجهولاً كما لا يصح اللبن المخلوط بالماء .

أما إذا كان خلط المسك على وجه التركيب ، فإن كان معجوناً مع غيره كالفالية وأند جاز بيعه ولم يجز السلم فيه ، لعدم معرفة قدره (٢) .

الزباد :

هو لبن سنور يكون في البحر يحلب لبناً كالمسك ريحاً ، واللبن بياضاً ، يستعمله أهل البحر طيباً . وقد اختلف في طهارته على رأيين :

الاول : أنه نجس ، لأن الحيوان المتولد منه نجس :

الثاني : انه طاهر ، لأن حيوانات البحر كلها طاهرة ، قال رسول الله ﷺ عن البحر : هو الطهور ماؤه الحل ميتته (٣) .

حكم بيعه :

إذا قلنا بنجاسة ما لا يؤكل لحمه فوجهان :

١ - نجس لا يجوز بيعه .

٢ - طاهر يجوز بيعه كما مر في الاختلاف في المسك .

قال النووي : « والصواب طهارته وصحة بيعه ، لأن الصحيح حل لحم كل حيوان البحر ، وحل لبنه » (٤) .

(١) المجموع : ٩ : ٣٢٦ .

(٢) الواضح التبييه شرح التنبيه : ٥ : ٦٤ .

(٣) الخاوي لماوردي : ٦ : ٢٧ .

(٤) المجموع شرح المذهب : ٩ : ٣٣٧ .

وزهدت الخنابلة الى جواز بيع ما مأكوله في جوفه كرمان وبيض وجوز ولوز وبنندق لأن الحاجة تدعو الى ذلك ولم يفسد اذا أخرج من قشره (١) .

ويجوز بيع الباقلاء الأخضر واللوز والحمص في قشرته مقطوعاً وفي شجره، وذلك أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها» (٢) فإذا بدا صلاح جاز البيع فسواء كانت الثمرة مستورة أم غير مستورة (٣) وكذلك يجوز بيع السنبل اذا ابيض وأمن العاهه ، ولأن السنبل مستور بحائل من أصل خلقته ، كالرمان والبيض ، وأما من اعتقد بأنه لا يصح باعتبار أنه ليس من مصلحته فانه لا قوام له في شجره الا به ، والباقلاء يؤكل رطباً وقشره انما يحفظ رطوبته، ولأن الباقلاء تباع في أسواق المسلمين من غير نكير فدل على أن بيعهم هذا اجماع (٤)

أما من كره بيع ذلك يظنه من الغرر ، فذهب ابن تيمية في تفنيده هذا الظن لوجهين : الأول : أن المشتري يعلمون ذلك كما يعلمون كثيراً من المبيعات المتفق على جواز بيعها ، بل علمهم بذلك أقوى من علمهم بكثير منها .

الثاني : أنه لو فرض أن في ذلك جهلاً فالشريعة استقرت على ما يحتاج الى بيعه مع الغرر ، ولهذا أذن النبي ﷺ في بيع الثمار بعد بدو صلاحها مبقاة الى كمال الصلاح ، ثم أنه بعد ذلك أمر بوضع الجوائح اذا اصابها ، واستدل ابن تيمية أيضاً بجواز بيع العقار مع أن أساس الخيطان وداخلها مغيب . وبيع الثمار قبل بدو صلاحها تبعاً للاصل لقول النبي ﷺ (من باع نخلاً مؤبراً فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع) (٥) . متفق عليه وعلل ذلك ايضاً : (أن بيع الغرر نهى عنه لما فيه من الميسر والقمار ، المتضمن لأكل المال بالباطل . فاذا كان في بعض الصور من فوات الأموال وفسادها ونقصها على أصحابها

(١) غاية المنتهى : ٣ : ٣٢ وكشاف القناع : ٣ : ١٧٢ والمفني لابن قدامة : ٤ : ٧١ ، ومجموعة فتاوى

ابن تيمية : ٢٩ : ٤٨٥ - ٤٩٠ واخر في الفقه : ١ : ٣١٧ .

(٢) اخرجه البخاري ومسلم . انظر اللؤلؤ والمرجان : ٢ : ١٣٧ .

(٣) كشاف القناع : ٣ : ١٧٢ .

(٤) المفني لابن قدامة : ٤ : ٧١ .

(٥) اللؤلؤ والمرجان : ٢ : ١٤٠ .

بتحريم البيع أعظم مما فيها مع حله لم يميز دفع الفساد القليل بالثزام الفساد الكثير : بل الواجب ما جاءت به الشريعة ، وهو تحصيل أعظم الصالحين بتفويت أدناهما ، ودفع أعظم الفسادين بالثزام أدناهما ، والفتيا لا تحتل البسط أكثر من هذا (١) .

المسك في فأره :

ذهبت الحنابلة الى أن بيع المسك في فأره لا يصح ما لم يفتح ويشاهد ، لأنه مجهول وهذا هو الرأي المقتى به عندهم (٢) .

أما ابن القيم فقد ذهب الى جواز بيعه ولم يعتبره من الغرر بل جعله نظير ما مأكوله في جوفه ، كالجوز واللوز والفسق وجوز الهند ، ويعتبر أن فأرة المسك وعاء له تصونه من الآفات وتحفظ على المسك رطوبته ورائحته وبقاء المسك في فأرته أقرب الى صيانه من الغش والتغير ، وأن التجار اعتادوا بيعه وشراءه في الفأرة ويعرفون قدره وجنسه معرفة لا تكاد تختلف فليس من الغرر في شيء .

ثم يقول الذين منعوا بيع المسك في الفأرة جعلوه مثل بيع النوى في التمر ، والبيض في الدجاج ، أما الذين أجازوه فانهم قد اعتبروه مثل بيع قلب الجوز واللوز في صوانه ، لأنه من مصلحته ، والمسك أشبه بهذا من النوى في التمر ، وأيضاً فإن المسك ليس مما نهى عنه الشارع ولا في معناه فلم يشمله نهيه لفظاً ولا معنى . (٣)

٥ - الشيعة الامامية :

ذهبت الامامية الى عدم جواز بيع الثمرة قبل يروزها للوجود ، سواء كانت الثمرة في طلع أو كام وهو موضع وفاق عندهم ، وسواء ضم اليها شيئاً أم لا . ولا يجوز بيعها كذلك قبل ظهورها أزيد من عام على الأصح للغرر . أما بيعها بعد بدو صلاحها فعلى جوازها الاجماع .

أما بيعها بعد الظهور وقبل الصلاح فالأقرب الكراهة عندهم ، أما اذا بيع الثمر

(١) مجموعة فتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٩١ - ٤٩٢ .

(٢) كشاف النفاق ٣ : ١٦٦ وغاية المنتهى ٣ : ٣٠ .

(٣) زاد المعاد ٤ : ٢٦٧ - ٢٦٨ .

بعد الظهور وقبل الصلاح مع وجود هذه الشروط .

أ - وجود ضميمه .

ب - أو شرط القطع .

ج - أو بيعها مع الاصول .

فان الكراهية تزول .

وان كانت الثمرة في تمام كالرمان والجوز واللوز يجوز بيعها بعد بدو صلاحها(١).

المسك في فأره :

المسك ظاهر يجوز بيعه في فأره وان لم يفتق وفتقه أحوط فان ظهر بعد فتقه معيبا يخير المشتري (٢) .

وفي الرياض : أنه يجوز بيعه بشرط العلم بمقداره ونحوه مما تعتبر معرفته في معاملته وتفاوت قيمته بتفاوته بلا خلاف (٣).

وحكي عن بعض الناس منع المسك في فأره ، لأنه نجس لقوله ﷺ ما أبين من حي فهو ميت ، وقد قيل انه دم وهو خطأ ، لانه لا دلالة في الخبر ، لأن الغزال يلقيه كما يلقي الولد ويلقي الطير البيض والدم المحرم هو المسفوح .

والرأي الوجيه عندهم : هو الصحة ، لأن صفة المسك معلومة فيشرته بشرط الصحة كالمذوق قبل ذوقه فترفع الجهالة بالكلية (٤) .

وصورة فتقه : بأن يدخل فيه خيط يبره ثم يخرج ويشم ، وهذا أحوط لترتفع الجهالة رأساً (٥) .

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية ٢ : ٣٠٣ - ٣٠٤ .

(٢) مفتاح الكرامة للعامل ٤ : ٢٣٧ . وشرائع الاسلام ١٦٧ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٨٨ .

(٣) نقلا عن مفتاح الكرامة ٤ : ٢٣٧ .

(٤) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٣٧ .

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٨٨ ومفتاح الكرامة ٤ : ٢٣٧ .

الدر في الصدف :

لا يجوز بيع الدر في الصدف لوجود الجهالة وأن الدررة تتفاوت صغرا وكبرا
وصفءا وكدورة (١) .

٦ - الشيعة الزيدية :

ذهب الشيعة الزيدية الى جواز بيع ما يأتي :

- (١) الشجر والتمر اذا لم يكن ذا قشر كالتين والعنب .
- (٢) ذو قشرة تصحبه لحفظ رطوبته كالرمان والموز .
- (٣) ماله زهر كالشمش والتفاح والخوخ .

ففي الصورتان الاوليان تكون الثمرة للبائع وفي الصورة الثالثة ، ان كان البيع بعد
تناثر ورده فللبائع ، وان كان قبل تناثر ورده فللمشتري ، لأنها حدثت في ملكه .

أما الجوز واللوز والباقلاء الأخضر في قشرها فيجوز بيعها لفعل المسلمين وان كان
فيها الصغير والكبير والصحيح والفساد (٢) .

المسك في فأره :

ويجوز بيعه على رأيين :

الاول : ويجوز بيع المسك . وقال جمهور الزيدية : لقد تطيب به عليه السلام في حياته وحنط به
في مماته وأهداه للنجاشي ووهبه لنسائه .

الثاني : لا يجوز لنجساته اذ هو منفصل من حي ومنعقد من دم غزال .

أما بيعه في فأرته : فعلى رأيين :

الاول : يصح بيعه كقشر الرمان .

الثاني : لا يصح بيعه لجهالة قدره وصفته (٣) .

(١) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٣٧ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣١٧ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٢١ .

ذهب ابن حزم بأن بيع حب الجوز واللوز والفسق والصنوبر والبلوط وكل ذي قشر دون قشره قبل اخراجه من قشره بأنه لا يجوز ، لأن كل ذلك بيع غرر لا يدرى مقداره ولا صفة .

أما بيع الظاهر دون المغيب فيها فحلال فأجاز بيع الثمرة واستثناء نواها وقشر البيض واللوز والجوز والفسق وكل قشر لا تحاشى شيئاً دون ما تحتها .
ودليل ذلك : أن ما ظهر من ماله ورؤي أو وصفه من رآه فبيعه جائز .

أما ما لم يره هو ولا غيره فله أن يمسك عن بيعه ، لأنه لا يحل بيع المجهول ، والذي يخفى في بيع الجوز واللوز هو الدهن فقط فلا يحل بيعه قبل ظهوره ، أما استثناءه فجائز ، لأنه إبقاء له في ملك مالكه وهذا مباح حسن (١) .

بيع المسك في نافجته :

بيع المسك في نافجته وكل ذي قشر مع قشره وكل ما خلقه الله تعالى كما هو مما يكون ما في داخله بعضاً له جائز حسن .

أما الذي لا يحل : هو بيع شيء مغيب في غيره وقد غيبه الناس وكان من الذي لا يراه أحد مع وعائه ولا دونه .

وقد روى ابن حزم ان صحت السنن على بيع التمر وفيها النوي والعنب والزبيب والبيض والغرض هو ما في داخله ، وقد دخل قشر البيض في المبيع بلا خلاف ، ولا فرق بين هذا وبيع المسك في نافجته مع النافجة . ثم قال : ولا يحل بيع شيء مسن المغيبات دون ما عليها كالمسك دون النافجة قبل اخراجه من النافجة .

أما بيع الظاهر دون المغيب فيها فحلال إلا أن يمنع من شيء منه نص ولذلك فجاز بيع جلد النافجة دون المسك الذي فيها (٢) .

(١) المحل ٨ : ٣٩٤ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٢) المحل لابن حزم : ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٨ .

المطلب السابع

بيع ذراع من الدار وهما لا يعرفان ذرعان الدار

ذهبت الحنفية الى أن من اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالعقد فاسد عند أبي حنيفة وجائز عند أبي يوسف ومحمد .

أما اذا اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز عند الجميع (١) .

مبنى الخلاف فيما بين أبي حنيفة وصاحبيه ، يدور فيما اذا كان المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع .

فأبو يوسف ومحمد : أن هذا شائع وصار كأنه باع عشر مائه وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع سهم من عشرة أسهم أو جزء من عشرة أجزاء (٢) .

وعند أبي حنيفة : ان المؤدى من ذلك مقدار معين والقيمة مختلفة ، لأن الذرعان تتفاوت في مقدم الدار ومؤخرها ، ولا يمكن تصحيح العقد في تعيين مكان العشرة ففسد البيع ، فلو اتفقوا على أن يؤدي عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ، ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا (٣) .

والذراع عند أبي حنيفة حقيقة في الآله التي يذرع بها وإرادتها متعذرة فيصير مجازاً لما يحلّه بطريق ذكر الحال أي الذراع وإرادة المحل أي المبيع وما يحلّه الذراع لا يكون إلا معيناً مشخصاً ، لأنه فعل حسي يقتضي محلاً حسيّاً ، والمشاع ليس كذلك فما يحلّه لا يكون مشاعاً فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز .

(١) الهداية للرغيباني مع فتح القدير : ٥ : ٩٣ ، والمبسوط : ١٣ : ٦ .

(٢) الهداية مع فتح القدير ، وفتح القدير : ٥ : ٩٣ ، والمبسوط : ١٣ : ٦ .

(٣) فتح القدير : ٥ : ٩٣ ، المبسوط : ١٣ : ٦ .

والسبب في ذلك : ان العشرة الأذرع غير معلوم هنا ، اذا لم يعلم أن العشرة من أي جانب من الدار فيكون مجهولاً جهالة تفضي الى المنازعة ، بخلاف السهم فانه أمر عقلي لا يقتضي محلاً حسيماً فيجوز أن يكون في الشائع وبذلك تكون الجهالة غير منفضية الى المنازعة .

ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما اذا علم جملة الذرعان وبين ما اذا لم يعلم في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز (١) .

وذكر الخصاصف : أن الفساد عنده ، فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان ، وأما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح (٢) ،

وروي عن أبي يوسف: أنه اذا اشترى ذراعاً من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعاً ، وبعد ذلك يذرع الدار ، فان وجدت عشرة أذرع كان له العشر بخلاف ما لو اشترى سهماً ولم يقل من كذا سهماً لأن تلك الجهالة لا يمكن ازالتها (٣) . قال الشافعي رضي الله عنه : لسو اشترى مائة ذراع من دار لم يجزر لجهله بالأذرع من الدار .

ولو علما ذرعها فاشترى منها أذرعاً مشاعة جاز وهذا صحيح ، أما لو اشترى ذراعاً أو أرضاً بمحدودها وهما لا يعلمان مبلغ ذرعها كان البيع حائراً كالصبرة ، والعلة في ذلك أن الجملة بالمشاهدة معلومه فينتفي الغرر .

أما لو اشترى أرضاً مزارعة كل جريب بدينار ينتظر :

أ - ان كانا يعلمان مبلغ ذرعها جاز .

ب - وان كانا لا يعلمان مبلغ ذرعها ففيه وجهان :

فالبغداديون : أنه لا يجوز للجهل بمبلغ الثمن .

والبصريون : أنه يجوز ، لأن العقد يؤول الى ما يصير به الثمن معلوماً كالصبرة اذا باعها كل قبض بدرهم وهما لا يعلمان مبلغ كيلها .

(١) العناية على الهداية للبارتي : ٥ : ٩٤ .

(٢) فتح القدير والعناية : ٥ : ٩٤ .

(٣) المبسوط : ١٣ : ٦ والعلة في عدم الجواز بأنك اذا قلت سهماً من سهمين كان النصف ، وسهم من عشرة أسهم العشر . أما الذراع فيمكن ازالة الجهالة بشأن تذرع جميع الدار فيصير الجزء المسعى في العقد معلوماً به .

أما لو باعه الارض مزارعة كل جريب بدينار على أنها عشرة أجرية فخرجت بعد الذرع بأنها تسعة أجرية ونقصت جريباً فالبيع جائز ونقصانها عيب . يوجب خيار المشتري في الفسخ أو البقاء على التسعة بالحساب من الثمن .

أما لو باعه على أنها عشرة فخرجت بعد الذرع تزيد جريباً أي وجدت بأنها أحد عشر جريباً ففي البيع قولان :

(١) ان البيع باطل ، لأن البائع لا يجبر على تسليم الارض بحدودها مع الزيادة التي لم يتناولها العقد .

(٢) ان البيع جائز ، لأن قدر ما يتناوله العقد من عدد الجربان مقدور على تسليمه ويكون

البائع شريكاً بالجرب الزائد . الا أنه يعتبر عيباً ، لأن الشركة نقص فيكون المشتري

بالخيار في الفسخ أو البقاء على الذرع المشروط دون القدر الزائد .

أما لو اشترى من الارض كل جريب بدينار ولم يذكر قدر ما اشتراه من الجربان ، فالبيع باطل ، لأنه اشترى بعضاً مجهولاً (١) .

أما لو اشترى مائة ذراع من دار أو جريباً من أرض فينظر :

(١) ان كانا يعلمان ذراع الدار وانها الف ذراع صح البيع .

قال أبو حنيفة : لا يصح البيع الا أن يعقد على سهم منها ، كأن يشتري النصف أو الثلث ، إلا أن هذا القول مردود عند الشافعية ، لأنه لا فرق بين قوله قد اشترت عشرها وبين قوله اشترت مائة ذراع وهي ألف ذراع في أن المعقود عليه عشرها .

(٢) ان كانا يجهلان مبلغ ذرعها فالبيع باطل ، لأن المبيع من الدار يصير مجهول القدر اذ لا يدري أيكون نصفاً أو عشراً .

أما لو قال قد اشترت مائة ذراع على أن يذرع لي من أي موضع شئت منها كان البيع باطلا لاختلاف قيم أماكنها .

أما لو قال قد اشترت مائة ذراع من هذه الدار على ان يذرع لي من مقدمها أو قال من مؤخرها ، فان كانا قد علما الموضع الذي ينتهي اليه الذرع صح البيع ، لانه يصير محجوزاً .

(١) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٢ .

وان لم يعلم موضع الاشهاد ففي صحة البيع وجهان :

١ (صحيح وبه قال أبو اسحق المروزي .

٢ (باطل وهو أصح ، لأن البيع الابتداء لا يكون مشاعاً في الجملة ولا محدوداً بالأجازه (١) ولو وقف على طرف للأرض وقال بعثك أذرعاً من موقفي هذا في جميع الأرض الى حيث ينتهي في الطول صح البيع في أصح الوجهين (٢) . . والله أعلم .

(١) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٣ ، والواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٥ .

(٢) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٥ .

المبحث الثاني

الجهل بمقدار المبيع

تمهيد :

الأعراض المشار إليها عند الحنفية لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع ، لأن بالإشارة إليها كفاية في التعريف ، ولأن الإشارة إليه أقوى من الوصف اذا لم تكن الأعراض ربوية فان الجهالة تمنع الصحة لاحتمال الربا (١) .

أما الأعراض الغير مشار إليها فلا بد من معرفة مقدارها ، وقد قال النسفي من الحنفية : ولا بد من معرفة قدر ووصف (٢) . .

وترى المالكية والشافعية والحنابلة أن جهالة مقدار المبيع مانعة من صحة البيع ، لأن فيه غرراً (٣) .

وترى الإباضية أن الغرر يكون ، اما الجهالة وصف المبيع أو قدره أو أجله (٤) ، وكذلك الامامية تشترط معرفة قدر المبيع (٥) .

وترى الظاهرية : أن الجهول القدر لا يتم التراضي الشرعي بين المتبايعين ، لأن التراضي الشرعي هو المعتبر عندهم (٦) .

(١) فتح القدير : ٥ : ٨٢ ، ومتن الوقاية ٢ : ٢ ، وشرح الوقاية : ٢ : ٣ انظر كشف الحقائق ٢ : ٣ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ٢٩٤ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ، ٢٤٨ ، والمهذب للشيرازي ١ : ٢٦٤ ، والروض المربع وزاد المستقنع ١٦٨ وكشاف القناع ٣ : ١٧٤ .

(٤) شرح النيل : ٤ : ٥٤ .

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٦٤ ط النجف الأشرف .

(٦) المحلى لابن حزم : ٨ : ٣٤٣ .

هذا وأقسم هذا الميحت الى المطالب التالية :

المطلب الأول : بيع اللبن في الضرع .

المطلب الثاني : بيع النحل في الكندوج .

المطلب الثالث : بيع الصوف على ظهر الغنم .

المطلب الرابع : بيع السمن مع الظرف .

المطلب الخامس : بيع الصبرة .

المطلب السادس : بيع الحاقلة .

المطلب السابع : بيع المزابنة .

المطلب الثامن : بيع العرايا .

المطلب التاسع : بيع الجراف .

المطلب الأول

بيع اللبن في الضرع^(١)

اختلف الفقهاء في بيع اللبن في الضرع على رأيين :

الأول : المانعون : هم أبو حنيفة والشافعي وأحمد وابن عباس وأبو هريرة ومجاهد والشعبي واسحق وأبو ثور وابن المنذر، كما ذكره النووي في المجموع قالوا : إن بيع اللبن في الضرع لا يجوز فعساه أن يكون انتفاخاً في الضرع ، ولأنه يناع في كيفية الحلب وربما يزداد اللبن بغيره للاختلاط (٢) .

علة البيع عندهم :

١ () للحديث : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللبن في الضرع ولا الصوفى على الظهر (٣) .

٢ () أنه مجهول القدر غير مشاهد ولا معلوم (٤) لجواز أن يكون الضرع مستمخاً يظن لبناً والغرر منهى عنه (٥) وعلق صدر الشريعة بأنه لا يعلم أنه لبن أو دم أو ربح وهذه تقتضي بطلان البيع ، لأنه مشكوك الوجود فلا يكون مالاً (٦) .

(١) الضرع لذات الظلف كاللدي للمرأة والجمع ضروع مثل فلس وفلوس (المصباح المنير) .

(٢) الهداية مع فتح القدير : ٥ : ١٩٢ وحاشية العناية للبارقي وفتح القدير وكشف الحقائق : ٢ : ١٧٨ .

والاختيار لتعليل المختار : ٢ : ١٩٦ والدرر : ٢ : ١٧٠ ومجمع الانهر : ٢ : ٥٥ والمبسوط :

١٢ : ١٩٤ والسراج الرواح الموضح لكل طالب محتاج : ٥ : ٥ وبدائع الصنائع : ٥ : ١٣٨ ، ١٤٨ .

والحساوي : ٦ : ٢٤ والفنسي : ٤ : ١٥٧ والمهذب : ٢ : ٢٧٣ والنويز : ٨١ والميزان : ٢ : ٦٧ .

والواضح : ٥ : ٦١ .

(٣) هذا من عدة أحاديث فقد ورد ان النهي عن اللبن في الضرع في حديث ، والنهي عن بيع الصوف على الظهر في حديث آخر .

(٤) الحاربي للماوردي : ٦ : ٢٤ والمجموع : ٩ : ٣٥٩ .

(٥) العناية وفتح القدير والهداية : ٥ : ١٩٢ .

(٦) كشف الحقائق شرح كثر الدقائق : ٢ : ١٨ ومجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر : ٢ : ٥٥ .

وعلى هذا قال يعقوب باشا : ينبغي أن لا يجوز بيع الشيء الملقوف الموصوف ، لأنه
يحتمل أن لا يوجد شيء أو لا يوجد بوصفه المذكور مع انهم صرحوا بجوازه (١) .

(٣) أنه مجهول الصفة ، لأنه قد يكون صافيا وقد يكون كسدرأ وذلك غرر من غير
حاجة (٢) .

(٤) متعذر التسليم : لأنه لم يمكن تسليمه من غير أن يختلط بغيره مما يحدث ، لأن
اللبن يزداد ساعة فساعة وتلك الزيادة لا يتناولها البيع واختلاط المبيع بما ليس بمبيع على
وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع (٢) .

(٥) النزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصى في الحلب والبائع يطالب المشتري
بأن يترك داعية اللبن وهذا غرر (٤) .

(٦) أن له خطر المعدوم لانتفاخ الضرع لا للبن (٥) .

أما لو قال بعتك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة أو الشاة رطلا فطريقان :

الطريق الأول : هو الرأي المعتمد عند الشافعية بطلان هذا البيع وبهذا الرأي قطع
الأكثرول لأنه مجهول ولأنه لا يتعين وجود ذلك القدر .

الطريق الثاني : يتبع فيه قولاً ببيع الغائب حكاه المتولي وغيره (٦) .

أما لو حلب البائع من اللبن ثم أراه للمشتري ثم قال له بعتك رطلا مما في الضرع ،
فوجهان مشهوران في كتب الخراسانيين ، ذكرهما القاضي حسين وأمام الحرمين والقرافي
والروياتي وآخرون .

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : ٢ : ٥٥ .

(٢) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٢ والمهذب للشيرازي : ٢ : ٢٧٣ والمغني لابن قدامة
: ٤ : ١٥٧ .

(٣) الواضح النبيه : ٥ : ٦٢ والحاوي : ٦ : ٢٤ وبدائع الصنائع : ٥ : ١٤٨ وفتح القدير : ٥ : ١٩٢
والمبسوط : ١٢ : ١٩٤ .

(٤) فتح القدير والعناية : ٥ : ١٩٢ .

(٥) بدائم الصنائع للكاساني : ٥ : ١٣٨ .

(٦) الواضح النبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٢ والمجموع : ٩ : ٣٥٨ - ٣٥٩ وحاشية أحمد عبد الرزاق
ابن محمد المعروف بالغربي الرشدي بهامش نهاية المحتاج : ٣ : ٤٢١ .

أحدهما - يصح هذا البيع قياساً على بيع الأتمودج ، فكأنه آزاد أتمودجاً من خل أو لبن في اناء .

الثاني - وهو الأصح أنه لا يصح البيع ، لان اللبن يختلط بغيره ما يدر في الضرع لحظة بلحظة ولو قبض البائع قدر ما معنا من الضرع وأحكم شده ثم باع ما فيه فقد نقل عن الغزالي في الوسيط وجهان :

قال النووي : وهذا نقل غريب لا يكاد يوجد غيره والصحيح بطلان هذا البيع (١) .
وأما بيعه في الشاة تبعاً لها فيجوز ، لأنه وإن كان مجهولاً فهو تبع لمعلوم والجهالة في البيع لا تمنع صحة العقد بأساس البناء (٢) .

قال النووي : أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولاً ، لأنه تابع للحيوان . ودليله من السنة هو حديث المصراة (٣) .

الثاني : المحبوزون لبيع اللبن في الضرع :

والمحبوزون لبيع اللبن في الضرع طاووس وسعيد بن جبير والحسن البصري ومالك ومحمد بن مسلمة المالكي .

أما الحسن البصري : فقد أجاز بيعه في الزمان القريب أي يجوز شراء لبن الشاة شهراً لأنه لما جاز بيعه مع الشاة جاز بيعه مفرداً عنها .

وقال طاووس : يجوز بيعه كيلاً (٤) .

وقال سعيد بن جبير : يجوز بيعه (٥) .

وقاسوا ذلك على ما إذا استأجر امرأة للارضاع شهراً فإنه يصح ويستحق اللبن إلا أن المانعين ردوا عليهم بكونه مجهولاً مختلفاً مع الحديث الصحيح في النهي عن بيع الغرر ، أما

(١) الواضح التنبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٢ والمجموع : ٩ : ٣٥٨ - ٣٥٩ وحاشية احمد عبد الرزاق

ابن محمد المعروف بالمغربي الرشيدى بهامش نهاية المحتاج : ٣ : ٤٢١ .

(٢) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٥ وحاشية المغربي الرشيدى بهامش نهاية المحتاج : ٣ : ٤٢١ .

(٣) المجموع : ٩ : ١٥٨ والواضح التنبيه شرح التنبيه : ٥ : ٦٣ .

(٤) الحاوي للماوردي : ٦ : ٢٤ .

(٥) المجموع : ٩ : ٣٥٩ .

اجتجاجهم باستئجار المرأة للارضاع فذاك أن الحاجة تدعو الى استئجارها بخلاف اللبن في الضرع (١) .

رأي المالكية :

أما شراء لبن الغنم المعينة عندهم فعلى ضريرين :

الضرب الأول : أن يشترط المشتري الكيل من لبن غنم بأعيانها وهذا يحتاج الى ثلاثة شروط :

١ - أن يشرع في أخذه .

٢ - أن يذكر ما يقبضه المشتري كل يوم ويضرب البائع لذلك أجلا يبقى لبن تلك الغنم الى مثله .

٣ - أن يشترط المشتري من اللبن مقدارا يعلم أن مثل هذا الغنم من الكثرة أو القلة لا يقصر عنه في الاغلب (٢) .

الضرب الثاني : وله شروط أربعة :

١ - أن يحصل العقد على شراء جميع اللبن لجميع الغنم وهذا البيع جائز في سوائهم الغنم الذي لا يختلف فيها عادة .

٢ - أن يكون العقد وقع في ابان اللبن .

٣ - أن يضرب أجلا يعلم أن لبنها في هذا الأجل لا ينقطع عادة .

٤ - وأن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع والا لم يجز ذلك ، لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الاعوام من جذب وتحصب واللبن تبع للمرعى وقوتها وسمنها وهزالها فيجب أن يعرف قدر ذلك (٣) .

(١) المجموع شرح المهذب : ٩ : ٣٥٩ .

(٢) المنتقى للبايجي : ٤ : ٢٤٩ وبداية المجتهد : ٢ : ١٧٠ - ١٧١ .

(٣) المنتقى للبايجي : ٤ : ٢٩٤ . وتنوير الحوالك : ٢ : ١٣١ .

بيع لبن الشاة الواحدة :

اختلفت المالكية في بيع لبن الشاة الواحدة على أقوال :

- ١ - روى أشهب عن مالك جواز بيع لبن الشاة الواحدة .
- ٢ - روى ابن القاسم عن مالك منعة ، وهو الأكثر عند المالكية .
- ٣ - وقال أصيبغ : ان وقع الشراء لم أفسخه اذا كان اللبن في الابان وعرف وجه حلابها والغرر في الشاة الواحدة وفي العدد الكثير عنده سواء ، وفي الواحد الغرر يقل ، ثم بين وجه الفرق بين المانع للبن الشاة الواحدة والمجيز :
(١) من أجاز لبيع لبن الشاة الواحدة قاسه على لبن الغنم الكثير .
(٢) من نفى بيع لبن الشاة الواحدة أن الشاة الواحدة يلحقها التغيير والتقصان والزيادة فبين الغرر ، أما الغنم الكثيرة فبعضها يحمل بعضاً فلا يظهر في جملتها تغير بزيادة ولا نقصان فبيعد الغرر فيها (١) .

المطلب الثاني

بيع النحل في الكندوج

اختلف الفقهاء في بيع النحل في الكندوج على رأيين : فمنهم المجوزون لهذا البيع ومنهم المانعون له .

المجوزون لبيع النحل :

ذهب الى جواز بيع النحل في الكندوج الشافعي وأحمد ومحمد والحسن ، لأنه يعرف بمقداره حال دخوله وخروجه (٢) ولأنه حيوان طاهر منتفع به ، ويخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس (٣) فأشبهه بذلك طائر الحمام .

فان كان في الخلية ولم يره المشتري في دخوله ولا في خروجه فهو من بيع الغائب وان رآه في دخوله وخروجه ولم يعرف أنه خرج جميع النحل ففي بيعة في هذه الحالة وجهان :

الأول : يجوز بيعه لأنه يعرف غالباً والحاجة تدعو اليه ولا يمكن رؤيته مجتمعاً الا في لحظة نادرة من الأحوال ، لأن النحل مشهور بنشاطه لجلب رزقه فلا يفتر عن العمل ، ولو شرطنا الرؤية لامتنع البيع غالباً وهذا حرج وهذا الرأي هو الاصح عند الشافعية .

الثاني : لا يصح بيعه وصحح هذا الرأي الروباني وصاحب الانتصار (٤) .

وان كان قد خرج عن كندوجه طائراً ليرعى ثم يعود ليسلا الى كندوجه على عادة

(١) الكندوج : بكاف مضمومه ثم نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم وهو الخلية ، وهو عجمي معرب ، والخلية عربية ويقال لها الكوراة ايضا : المجموع ٩ : ٣٥٣ .

(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٢٣٢ .

(٣) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٥٣ وغاية المنتهى ٣ : ١٢ وكشاف القناع ٣ : ١٥٢ .

(٤) المجموع ٩ : ٣٥٣ .

جارية له وقد رآه قبل طيرانه ففي جواز بيعه وجهان ؛

أ () لا يجوز وهو قول أبي حنيفة وبه قطع البغوي ، لأنه غير مقدور عليه في الحال فلم يصح بيعه كالطير الألوف اذا طار وباعه في حالة طيرانه .

ب () وهو قول أبي العباس ابن سريج أن بيعه جائز وان كان طائرا بخلاف الطير الطائر .

والفرق بينهما : أن النحل ان حبس عن الطيران تلف لأنه لا يقوم الا بالرعي ولا ينتفع فيه الا عند طيرانه ليرعى ما يستخلف عسلا وليس كذلك بما سواه من الطير لأن جسمه ممكن وذاك بالعلف في برجها ومنفعة مع الحبس حاصلة (١) .

وشرط معرفة النحل بأن تفتح رأس الكوارة ومشاهدة النحل وهذا مما يقتضي أنه لا يشترط مشاهدته داخلا اليها بل يكفي رؤيته بها وهو قول أبي الخطاب وخفاء بعضه لا يمنع الصحة كالصبرة .

والمذهب عند الحنابلة لا بد من مشاهدته داخلا اليها ولا يكتفى بفتح رأسها ، وقد جزم بذلك صاحب الفروع وعليه أكثر الاصحاب .

ويدخل كذلك في البيع العسل الموجود في داخل الكوارة وقت البيع تبعاً لها كأساسات الحيطان .

أما اذا كان النحل مستورا باقراصه ولم يعرف فلا يصح بيعه للجهاالة ولا كذلك يجوز بيع الكوارة بما فيها من عسل ونحل للجهاالة أيضاً (٢) .

المانعون لبيع النحل :

اختلف الحنفية في بيع النحل، فأبو يوسف وأبو حنيفة : لا يجوز ان بيع النحل لكونه من الهوام فلا ينتفع بعينه بل بما يخرج عنه فلا يكون مالا متقوما ، والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعاً به (٣) .

(١) المجموع : ٩ : ٣٥٤ والحاوي للماوردي : ٦ : ١٩ .

(٢) كشف القناع : ٣ : ١٥٢ وغاية المنتهى ٣ : ١٢ ومفتاح الكرامة : ٤ : ٤٦ والتاج المذهب : ٢ : ٢٤٣ .

(٣) مجمع الانهر شرح ملتقى الابرار : ٢ : ٥٧ وفتح القدير : ٥ : ١٩٨ والدرر شرح الدرر : ٤ : ٤٩ .

وفي الجامع الصغير : ان وجد المشتري بكوارة النحل عيبا بكم يرددها ؟ وهذا اشارة الى أن النحل لا قيمة له ، حتى لو باعه تبعاً لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق (١) .

أما لو باعه مع الكوارة صح تبعاً لها ذكره القدوري في شرحه ، الا أن أبا الحسن الكرخي كان ينكر هذه الطريقة ويقول : انا يدخل في البيع تبعاً ما هو من حقوق المبيع وأتباعه والنحل ليس من حقوق العسل (٢) .

قال أبو يوسف : التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح ، فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع للعسل في المقصود بالمبيع (٣) .

أما محمد : فيجوز بيعه اذا كان النحل محرزا أي مجموعا وبه يوافق رأي الأئمة الثلاثة (٤) .

علة المنع :

١ - الفرر الناشئ عن بيع المعدوم وهو العسل (٥) .

٢ - أنه غير مقوم لأنه من الهوام .

الرأي المختار :

ان بيع النحل كما رأينا عند الأئمة جائز عند الثلاثة وباطل عند الحنفية واني لا أرى بيعه ، لأنه من الهوام فعلا وغير منضبط وحيوان بري قد يألف وقد لا يألف للمكان كما نشاهد ممن يعتاد تربية النحل ، فكم من خلايا نحل تترك المكان وتقصد الجبال .

(١) فتح القدير : ٥ : ١٩٨ وبدائع الصنائع : ٥ : ١٤٤ .

(٢) العناية للبايزي بهامش فتح القدير : ٥ : ١٩٨ ومجمع الانهر : ٢ : ٥٧ .

(٣) فتح القدير : ٥ : ١٩٨ .

(٤) مجمع الانهر : ٢ : ٥٨ وبدائع الصنائع : ٥ : ٤٤ (فتح القدير والعناية والهداية : ٥ : ١٩٨ .

(٥) بدائع الصنائع : ٥ : ١٤٤ .

قال الله تعالى : « وَأَوْحَىٰ رَبُّكَ إِلَى النَّحْلِ أَنْ اتَّخِذِي مِنَ الْجِبَالِ بُيُوتًا وَمِنَ الشَّجَرِ وَمِمَّا يَعْرِشُونَ . ثُمَّ كُلِّي مِنَ الشَّعِيرَاتِ فَاسْتَلْكِي سُبُلَ رَبِّكِ ذَٰلِكَ لِيُخْرِجَ مِنْ بَطْنِهَا شَرَابٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ ۗ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (١) .

وبما أن الضرورة تدعو الى اقتناء مثل هذا الحيوان فسأرى أن يتجنب هذا الفعل
أكابر الناس ويجوز لأصاغر الناس اعتياده .

وأرى أن انتفاع الناس بهذا الحيوان بأن يتهمه من صياحه ، لأنه لا ينضبط بعدد
ولا وزن ولا كيل فخرج عن موضوع البياعات :

ضربة القانص :

ورد بذكر القانص بالقاف والغين .

فالقانص : الصائد ، يقال قنص اذا صاده ، وضربة القانص : ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة (٢) . يقال ضرب الشبكة على الطائر ألقاها (٣) .

وفي تهذيب الأزهرى : ضربة الغائص ، وهو الغواص على الآلىء في البحر ، وصورتها :
أن يقول للتاجر أغوص لك غوصة في البحر فما اخرجت فيها فهو لك بكذا من الثمن (٤) .

حكم هذا البيع : قيل :

١ - أنه فاسد لأن المبيع مجهول (٥) .

٢ - انه باطل ذكر ذلك الكمال بن الهمام وعلل بعدم ملكية البائع له قيل العقد فكأن
غررا وأن ما يخرج مجهول أيضا ، ويوافق هذا الرأي الزيدية أيضا (٦) .

علة المنع :

(١) للغرر الناشء عن الجهالة ، لأنه يجوز أن لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد
وأن لا يخرج من الغوصة شيئا (٧) .

- (١) النحل آية ٦٧ ، ٦٨ .
(٢) الشبكة : الحالة للشبكة التي يدها لاخذ الصيد .
(٣) العناية للبارقي ٥ : ١٩٤ ، ١٩٥ .
(٤) العناية ٥ : ١٩٥ ونيل الاطوار للشوكاني ٥ : ٢٥٩ وبدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .
(٥) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ ودرر الحكماء شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧٠ .
(٦) فتح العزيز ٥ : ١٩٥ والروض النضير ٣ : ٢٨٥ والبحر الزخار ٦ : ٨٢ .
(٧) العناية والهداية وفتح القدير ٥ : ١٩٥ وزاد المعاد ٤ : ٢٧١ .

المطلب الثالث

بيع الصوف على ظهر الغنم

اختلف الفقهاء في بيع الصوف على ظهر الغنم على رأيين : المانعون والمجوزون .

الرأي الاول : المانعون لهذا البيع :

ذكر النووي أن مذهب الشافعية البطلان وبه قال جمهور العلماء نقله الروياني في البحر عن الجمهور .

وقال ابن المنذر بالبطلان أيضاً وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة وأحمد واسحق وأبو ثور (١) والشيعة الايديية (٢) والشيعة الامامية (٣) .

علة المنع عندهم :

(١) الفرر فقد ذكر الشيرازي أنه لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم ، لقول ابن عباس ، فإنه قد يموت الحيوان قبل جز الصوف فينجس شعره .

والمبيع انما وقع على كل الصوف فتسليمه كاملاً لا يكون الا باستئصاله من أصله ولا يتأتى ذلك ذلك الا بإيلام الحيوان وهذا لا يجوز (٤) .

وذكر الشوكاني بأن بيع الصوف ما دام على ظهر الحيوان لا يجوز للجهاالة والتأدية

(١) المجموع ٩ : ٣٦١ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٣٢٢ .

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٨٥ ، ٢٨٧ .

(٤) المهذب ١ : ٢٧٣ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٢١ والواضح النبيه ٥ : ٥٥ والحاوي للماردي ٦ : ٢٦ .

الى التجار في موضع القطع، لأن صاحب الشاة يريد ابتغاء بعض الصوف على ظهرها
والمشترى يريد زيادة الصوف فيريد أن يكون الجزء الى الجلد (١) .

أما الكاساني فقد ذكر أنه اذا كان الجزء باختيار البائع فانه يجوز قياساً ، لأنه يمكن
تسليمه من غير صرر الا انهم استحسنا عدم الجواز للنص مستدلين بهذا الحديث :
(عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال : نهى النبي ﷺ أن يباع ثمر حتى يطعم
أو صوف على ظهر ، أو لبن في ضرع أو سمن في لبن رواه الدار قطني (٢) .

وذكر البابرني عدم الجواز لوجهين :

أ (لأن الصوف من باب أوصاف الحيوان ، لأن ما هو متصل بالحيوان فهو
وصف متخص له .

ب (وأن الصوف يثبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل (٣) .

وأوردت الحنفية رداً على من قاس على القصيل (٤) في الأرض ، أن الصوف لا
يمكن جزؤه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه (٥) .

وعلل ابن قدامة للمنع لأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد وصار كأعضائه (٦)
الا أنه قال أنه يفارق الأعضاء باعتبارها أنه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان (٧)
ولذلك فهو دليل ضعيف .

ومرة أجازها الا أن ابن القيم يقول : (ووجه هذا القول أنه معلوم يمكن تسليمه
فجاز بيعه كالرطبة وما يقدر من اختلاط المبيع الموجود بالحادث على ملك البائع يزول
بجزءه في الحال والحادث يسير جداً لا يمكن ضبط هذا ولو قيل يعلم اشتراط جزؤه في
الحال ويكون كالرطبة التي تؤخذ شيئاً فشيئاً وان كانت تطول في زمن أخذها كان له

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٩ .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٥٨ .

(٣) البابرني وفتح القدير والهداية مع الفتح ٥ : ١٩٢ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٨ .

(٤) القصيل : اللذي يقصل مثل القمع والشعير .

(٥) بدائع الصنائع ٥ : ١٤٨ وفتح القدير والهداية والبابرني ٥ : ١٩٢ - ١٩٣ .

(٦) المعني لابن قدامة ٤ : ١٥٧ - ١٥٨ .

(٧) المصدر السابق .

وجه صحيح وغايته بيع المعدوم لم يخلق تبعاً للموجود، فهو كأجزاء الثار التي لم تخلق فانها تتبع الموجود منها . فإذا جعلاً للصوف وقتاً معيناً يؤخذ فيه . كان بمنزلة أخذ الثمرة وقت كمالها .

ويذكر ابن القيم توضيحاً لهذا : أن الذين منعه قاسوه على أعضاء الحيوان وقالوا متصل بالحيوان فلم يجز أفراده بالبيع كأعضائه وهذا من أفسد القياس ، لأن الأعضاء لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان (١) .

أما بيع الصوف على ظهر الحيوان المذبوح فاتفق الشافعية على جواز بيعه ، لأن استيفاءه بكماله ممكن من غير ضرر .

وكذلك لو قبض على كلفة (٢) من الصوف وقال : بعتك هذه صح بلا خلاف كما قاله امام الحرمين والغزالي وفيه احتمال ، لأنه يتغير به عين المبيع كما قاله الغزالي (٣) .

المخوزون :

والمخوزون لبيع الصوف على ظهر البهيمة سعيد بن جبير وربيعه ومالك والليث ابن سعد وأبو يوسف والظاهرية وأحمد بن حنبل في إحدى روايته .

فأبو يوسف : جوز ذلك لأن الصوف عين مال ظاهر ، فأشبهه ببيع قوائم الخلاف والقصيل (٤) متقوم متفجع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان لأنه لا يمكن الانتفاع بالاطراف الا بعد الذبح فإلية اللحم اذن متعلق بفعل شرعي ولم يوجد قبله ، وكونه مقطوعاً لا تأثير له كما في الكرات وقوائم الخلاف .

وردهم على قوائم الخلاف والكرات . أنه انها اجيز فيهما للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه (٥) .

(١) فان قيل ما الفرق بينه وبين اللبن في الضرع وقد سوغتم هذا دونه قيل اللبن في الضرع يخلط ملك المشتري فيه بملك البائع سريعاً فان اللبن سريع الحدوث كلسه حليه در بخلاف الصوف زاد المباد : ٢٧٣ .

(٢) الكلفة : قطعة من الصوف أو قبضة من الصوف .

(٣) الواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٥٥ والمجموع ٩ : ٣٦٠ .

(٤) المبسوط : ١٢ : ١٩٥ .

(٥) الزيلعي ٤ : ٤٦ وحاشية لدرر على الدرر ٣٢٧ .

أما سعيد بن جبير وربيعه ومالك والليث بن سعد فانهم يجوزون بيعه بشرط أن
يجز قريباً من وقت البيع كما يجوز بيع الرطب والتفاح والبقول .

الا انه يمكن أن يرد عليه بأنه يمكن استثناء جميع ذلك من أصله من غير ضرر
بخلاف الصوف فلا يمكن نزرعه الا بضرر (١) .

وذكر الباجي : أنه يجوز شراء الصوف على ظهر الغنم بشرط أن يقضي المشتري
مدة يستطيع بها أن يجز الصوف وأن لا تكون المدة يزيد الصوف في مثلها .

وروى محمد بن مالك : أنه قدر المدة بعشرة أيام أو خمسة عشر يوماً (٢) .

وذكر ابن حزم بجواز بيع الصوف والوبر والشعر وكل ما يزال الحيوان بغير مثله
ولا تعديب فلا يحل لصحة النهي عن المثلة وعن تعديب الحيوان (٣) .

وقال اذا وقع البيع على الصوف فالجز على الذي له الصوف ، لأن عليه إزالة ماله
عن مال غيره ومكان الشعر والوبر والصوف وهو جلد الحيوان فعلى الذي له كل ذلك
إزالة ماله عن مكان غيره ، وعلى البائع أن يمكنه من ذلك فقط (٤) .

(١) المجموع ٩ : ٣٦١ .

(٢) المنتقى للباجي ٤ : ٢٤٨ .

(٣) المحلى لابن حزم ٨ : ٢٩٩ .

(٤) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٠٤ .

المطلب الرابع

بيع السمن مع الظرف

ذكرت الشافعية في بيع السمن مع الظرف مسائل :

الأولى : اذا كان السمن أو الزيت أو غيرهما من الأدهان مما لا يختلف في ظرف فرأى المشتري السمن ثم اشترى منه رطلاً أو أرطالاً صح البيع .

الثانية : اذا رآه ثم اشتراه مع ظرفه بعشرة دراهم مثلاً صح البيع ولا ينظر الى نوع الظرف وسواء عرفا وزنهما أم لا وهو المذهب وبه قطع الجمهور ، وهذا موافق للشيعة الامامية (١) .

الثالثة : اذا وقع العقد على جميع السمن كل رطل بدرهم صح البيع فيوزن السمن مع الظرف ثم يوزن السمن في وعاء آخر ثم يسقط وزن الظرف وهذا موافق أيضاً للشيعة الامامية (٢) والحنابلة (٣) والمالكية (٤) والحنفية (٥) .

الرابعة : بعثك السمن كل رطل بدرهم على أن يوزن معه الظرف ثم يحط وزن الظرف وهذا صحيح بالاتفاق وتشبه الصورة السابقه .

الخامسة : العقد وقع على كل السمن على أن يوزن الظرف مع السمن ويحسب على المشتري وزنه فالبيع باطل بالاتفاق ، وكذلك عند الحنابلة (٦) لجهالة الثمن الدائر بين السمن والظرف .

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨٨ .

(٢) اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨٨ .

(٣) المنتهى ٣ : ٤٤ .

(٤) فتح العلي المالك ٢ : ١٢٦ .

(٥) فتح القدير والهداية والبايرتي ٥ : ٢١٢ .

(٦) المنتهى ٣ : ٤٤ .

السادسة: اذا قال البائع للمشتري : بعتك هذا السمن بظرفه كل رطل من الحمجد بدرهم فثلاثة أوجه وهي :

أ - ان علما وزن كل واحد صح البيع والا فلا ، وهو الصحيح عند الجمهور .
ب- يصح مطلقا قاله البغوي ، لأن المبيع من حيث الجملة مرئي ولا يضر اختلاف قيمته وهو الأصل عند البغوي .

ج - انه لا يصح مطلقاً وهو قول ثان للبغوي ، لأن المقصود السمن وهو مجهول .
وضورة المسألة : اذا كان للظرف قيمة أما اذا لم يكن له قيمة لم يصح البيع بلا خلاف ، لأنه أخذ ثمتاً مقابل وزنه مع العلم لا قيمة له .

السابعة : اذا قال : بعتك السمن بعشرة دراهم على أن أزنه بظرفه ، ثم أسقط من الثمن بقسط وزن الظرف فينظر : ان كان المشتري والبائع عالمين قدر وزن الظرف وقدر قسطه صح البيع ، وان جهلاه أو جهله أحدهما لم يصح البيع ، لأنها لا يعلنان ما مقدار المسقط من الثمن وبذلك يكون الثمن مجهولاً (١) .

ولو بيع الظرف مع السمن جزافاً دون أن تعلم ثخانته لم يصح البيع للمجهول بقدره ، وكذلك من اشترى سمناً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً ولا يوزن الظرف فالبيع فاسد ، لأنه غرر ظاهر (٢) .

قال النووي : وهذا من المنكرات المحرمة التي تقع في كثير من الأسواق .

وضورة المسألة : كما ذكرت في الجامع : رجل اشترى من آخر هذا الزيت وهو ألف رطل على أن يزنه بظرفه ثم يطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً (٣) .

الاختلاف في تبين الزق :

١ - من اشترى سمناً في زق وذهب به ثم أعاد للبائع الزق فعلى صورتين :

أ) قال البائع الزق غير هذا فالقول قول المشتري ، لأنه قسايض والقول قول

(١) المجموع ٩ : ٣٥٠ - ٣٥٣ .

(٢) الهداية مع فتح القدر ٥ : ٢١٢ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٢١٢ .

القابض ضمينا كان كالغاصب ، أو أميننا كالمودع ، لأن البسائع يدعي عليه زقا آخر
والمشتري ينكر الزيادة .

ب) اختلفا في قدر السمن المقبوض فالقول قول المشتري ، لأنه ينكر الزيادة (١)
وزاد الامام مالك القول قول من عنده الظرف أو السمن مع عينه (٢) .

والذي أراه أن بيع السمن مع ظرفه لا يجوز لجهالة قدره باعتبار وجود الظرف
واختلافه ثخانة ورقة .

٢ - انه اذا حصل البيع دون أن يراه ودون أن يوصف له لم يجز بيعه لانه غرر .

(١) فتح القدير والبابوتي والهداية ٥ : ٢١٢ .

(٢) المدونه ١٠ : ٢٢٤ .

المطلب الخامس

بيع الصبرة

اختلف الفقهاء في بيع الصبرة على رأيين :

الأول : الحنفية : وذهب أبو حنيفة الى أن بيع الصبرة المشار اليها كل قفيز بدرهم صح في قفيز واحد فقط . وذلك لأن ما سماه وهو القفيز الواحد معلوم القدر والضمن فيجوز البيع فيه . أما ما وراء القفيز المجهول القدر والضمن فلا يجوز فيه الا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس (١) .

ويثبت الخيار للمشتري لعلمه بالكنم . ويسمى خيار التكشف (٢) ، فان رضى المشتري بالبيع لزم البائع حتى ولو فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري بأخذ الكل لا يعمل فسخ البائع (٣) .

وعند أبي يوسف ومحمد : أنه يجوز في قفيز واحد وفي الكل وذلك لأن الجهالة يدهما ازالتهما بأن يكيفا في المجلس والجهالة التي على هذه الصفة لا تفضي الى المنازعة (٤) ورأيي صاحبين هو المفتى به .

وعلى هذا الخلاف اذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو قال كل ثلاثة أفقرة منها بثلاثة دراهم (٥) .

-
- (١) مجمع الأنهر ٢ : ١٠ والمتقى شرح الملتقى ٢ : ١٠ . ففتح القدير والهداية والعناية وسعدي جليبي ٥ : ٨٨ وانظر بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ ، ١٥٩ ، والزيلعي ٤ : ٦٠٥ .
 - (٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٩ .
 - (٣) المتقى شرح الملتقى ٢ : ١٠ .
 - (٤) فتح القدير ٥ : ٨٩ .
 - (٥) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٩ .

أما من ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدتها المشتري أقل كان المشتري بالخيار (أما أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن ، وأما أن يفسخ البيع وذلك لأن الأمر لا يخلو أما أن يكون عند الكيل مثل ذلك أو أقل ، أو أكثر ، فإن كان مثل ذلك فقد وقع البيع صحيحاً .

وان وجدها أقل من ذلك فللمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود كل قفيز بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء الرضى .

وان وجدها أكثر فله الخيار أيضاً ان شاء أخذ الكل كل قفيز بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه ، والزائد يكون للبائع ، لأن البيع وقع على مقدار معين وهو المائة ، وكل ما يقع البيع على مقدار معين لا يتناول غيره كان للبائع أن لا يجب تسليمه الا بصفقة على حده وكان كل من العاقدين مخيراً فيها ان شاء باسرها أو تركها (١) .

الا أن الكاساني يذكر في المسألة الأخيرة أن المشتري لا خيار له (٢) .

وأرى أن الحق مع الكاساني لأن الزيادة لأضرار في تبعضها ولذلك لا بد وأن يقابلها شيء من الثمن ولا ثمن للزيادة فلا تدخل في البيع فكانت الزيادة ملكاً للبائع فترد عليه .

الرأي الثاني :

الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية والزيدية يقولون بجواز بيع صاع من صبرة وان جهلت صيعانها كل صاع بدرهم ، وذلك لأن المبيع مشاهد ، ولا يضر الجهل بجملة الثمن ، لأنه معلوم بالتفصيل (٣) وينزل المبيع مع العلم بعدد صيعانها على الأشاعة اي اذا علما أن الصبرة عشرة أصع فالمبيع عشرةا وان تلف بعض الصبرة تلف بقدره من المبيع .

أما اذا كانا يجهلان عدد صيعانها فالبيع يقع على صاع منها ، وللبائع أن يسلمه من أسفلها وان لم يكن مرثيأله ، لأن رؤية ظاهرها كرؤية جميعها ، واذا بلغت جميعها ولم يبق

(١) العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥ : ٨٩ ، وجمع الانهر ٢ : ١٢ ، والمتقى شرح الملتقى ٢ : ١٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٠ .

(٣) قليوبي وعصيرة ٢ : ١٦١ ، والبيجيري على المنهج ٢ : ١٨٣ ، ومعني المحتاج ٢ : ١٧ . والدسوقي على

الشرح الكبير ٣ : ١٧ ، والطرشي ٥ : ٢٥٠ ، وشرح الازهار ٣ : ٢٧ ، والملتقى ٣ : ٤٢ .

الا صاعاً فتعين هو المبيع (١) .

وهناك رأي ثاني عند الشافعية بأنه يصح كالمو فرق صيعانها ، وقال بعتك صاعاً منها ولكن الاول هو الرأي الأصح عندهم .

أما لو باع الصبرة بمائة درهم كل صاع بدرهم صح البيع ان خرجت مائة صاع لتوافق الجملة والتفصيل .

وان خرجت أكثر أو أقل فلا يصح البيع على الصحيح لتعذر الجمع بين جملة الثمن وتفصيله .

والرأي الثاني : يصح ولكن للمشتري الخيار في الصبرة الناقصة فان أجاز البيع فجميع الثمن لمقابلة الصبرة به أو بالقسط لمقابلة كل صاع بدرهم .

أما الزيادة فتكون للمشتري ولا خيار للبائع وقيل : الزيادة للبائع وللمشتري خيار (٢) . ولو قال بعتك هذه الصبرة الا صاعاً منها ينظر :

أ - ان كانت مجهولة الصيعان لم يصح البيع ، لأن البيع مجهول القدر ، ولأنه غير متميز حتى تكفي فيه المشاهدة .

ب - ان كانت معلومة الصيعان صح البيع ونزل على الاشاعة (٣) .

أما اذا باع نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة أو باعها الا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة فإنه يصح البيع والاستثناء (٤) . وقال أبو بكر وابن أبي موسى لا يجوز (٥) .

ولو قال بعتك هذه الصبرة وهي عشرة قفزان على أن أنقصك قفيزاً منها وأراد على أني لا أحسب عليك بثمان قفيز منها صح البيع ، لانه باعه تسعة أعشارها .

ولو قال له هذه الصبرة عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن ازيدك قفيزاً اما من هذه الصبرة أو من صبرة أخرى ولكن وصفه بصفة يعلم بها صح البيع أيضاً ، فكأنه باعه قفيزاً وعشر قفيزاً بدرهم (٦) .

-
- (١) قليوبي وعميرة ٢ : ١٦١ والبجيرمي على المنهج ٢ : ١٨٣ ومفتي المحتاج ٢ : ١٦ .
 - (٢) قليوبي وعميرة ٢ : ١٦٣ والبجيرمي على المنهج ٢ : ١٨٤ ومفتي المحتاج ٢ : ١٨ ، وشرح الازهار ٣ : ٢٧ .
 - (٣) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧١ والمجموع ٩ : ٣٤٣ والمغني لابن قدامة ٤ : ٧٨ .
 - (٤) المغني لابن قدامة ٧٧٤ والمهذب ١ : ٢٧١ والمجموع ٩ : ٣٤٣ ، ٣٤٤ .
 - (٥) المغني لابن قدامة ٤ : ٧٧ .
 - (٦) غاية المنتهى ٣ : ٤٣ ، والمجموع ٩ : ٤٤ والمهذب ١ : ٢٧١ .

وان قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعا فان اراد بذلك رد صاع اليه فالبيع باطل .

وان اراد أنها ان خرجت تسعة أصع أخذت منك عشرة دراهم فينظر :
ان كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع بلا خلاف .
وان كانت معلومة فوجهان :

أ - صحة البيع وهو الذي قطع به العراقيون والجمهور وهو الصحيح .

فاذا كانت الصبرة تسعة أصع فقد باع كل صاع بدرهم وتسع .

ب - عدم صحة البيع لقصور العبارة عن المحل المذكور روي ذلك عن الرافعي (١) .

ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك أو أنقصك صاعا ولم يبين الزيادة أو النقصان لا يصح البيع بلا خلاف .

أما لو قال : بعتك الصبرة كل صاع بدرهم على أن تهب لي منها صاعا لم يصح أيضاً ،
لأنه شرط هبة البائع .

أما اذا أراد أن الثمن يجملته يقابل جميع الصبرة الا صاعا منها والصبرة معلومة
الصيعان صح البيع فكأنه بذلك قد باع كل صاع بدرهم وتسع درهم وذلك بأن تكون
الصبرة عشرة أصع .

وان أراد أن يأخذ العشرة الصيعان جميعا ويعطيه الدراهم الأحد عشر جاز اذا
كانت معلومة .

وان قال : أزيدك من غيرها لم يصح بكل حال للجهاالة (٢) .

علة البطلان :

- ١ - جهالة القدر ، وبيع مجهول القدر لا يجوز وهذا لا خلاف فيه .
- ٢ - للحديث الصحيح : أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر (٣) .

(١) المجموع ٩ : ٣٤٦ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، والمهذب ١ : ٢٧١ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٤١ .

المطلب السادس

بيع المحاقلة (١)

معنى المحاقلة :

ورد تفسيرها في حديث سعيد بن المسيب : المحاقلة اشتراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة ، وله تفسير آخر يبيع الطعام في سنبله بطعام مصفار (٢) .

وورد تفسيرها في حديث أبي سعيد الخدري : المحاقلة : استكراء الأرض بالحنطة وعن ابن جريج أنه قال لعطاء ما المحاقلة ؟ قال المحاقلة في الحرث كهيئة المزبنة في النخل سواء وهو أن يبيع الزرع بالقمح (٣) .

وفسرها جابر : المحاقلة : يبيع الطعام في سنبله بطعام مصفار والحقل هو السنبل .

وفسرها الكاساني : والمحاقلة بيع الحب في السنبل يمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدرى أيهما أكثر (٤) وهذا يشبه تعريف مالك في الموطأ .

وفسرها مالك : المحاقلة هو شراء الزرع بالحنطة واستكراء الأرض بالحنطة وهذا تفسير حديث سعيد بن المسيب (٥) .

(١) المحاقلة : مفاعلة مأخوذة من الحقل وهي الساحة الطيبة التي تزرع لابناء فيها ولا شجر سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقله وأطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من باب اطلاق اسم المحل على الحال والمراد بالزرع ، هو ظهور الحب وانعقاده أي السنبل . أنظر المغني ٢ : ٩٣ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٦ .

(٢) الأم ٣ : ٦٣ .

(٣) الخاوي الماوردي ٥ : ٣٠٦ والأم ٣ : ٦٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ وفتح القدير ٥ : ١٩٥ .

(٥) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٤٦ .

وفسرها مالك أيضاً : والمحاولة كراء الأرض بالحنطة (١) .
وفسرها النووي : المحاولة بيع الحنطة في سنبلها بكييل معلوم من الحنطة (٢) .
وفسرها الماوردي والشافعي وهي رواية جابر : أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق
حنطه (٣) .

وفسرها صاحب المنهاج : بأنها بيع الحنطة في سنبلها بصافية من التبن (٤) .
وفسرها ابن تيمية عن جابر : أن يباع الحقل بكييل من الطعام معلوم (٥) .
والمصطلح عليه عند الحنابلة : بيع الحب المشتد في سنبله بجنسه من حب وغيره (٦)
وورد تفسير للعالمي : بأن المحاولة : بيع النخل بالتمر وذكر أن هذا التفسير مخالف
لما عليه الجهم الغفير من علماء الامامية ، وأهل اللغة . وقد نقل اجماعهم على أن المحاولة :
بيع السنبل بالحنطة ، وعللوا التفسير الأول بأنه سهو من الراوي (٧) .
وفسرها المرتضى : المحاولة : بيع الحب في سنبله بحب مثله .
وقال صاحب المطالع :

١) كراء الأرض بالحنطة أو كراؤها بجزء مما يخرج منها .

٢) قيل : يبيع الزرع قبل طيبه أو يبعه في سنبله بالبر من الحقل (٨)

وفسرها ابن طفيلش : هي بيع الحبوب كالبر والشعير والذره بكييل حب كبير سنبل
بكييل حب مؤجل (٩) .

(١) المنتقى لياجي ٤ : ٢٤٥ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٣٩ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٦ ، والأم ٣ : ٦٣ ، والبجيرمي على المنهج ٣ : ٣١٠ ومار السبيل في
شرح الدليل في مذهب الامام المبجل أحمد بن حنبل ٣٣٣ .

(٤) مغنى المحتاج ٢ : ١٩٣ .

(٥) القواعد التوراتية ١٣٩ .

(٦) غاية المنتهى ٣ : ١٦٤ وكشاف القناع ٣ : ٢٥٨ .

(٧) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٤ والروضة البهية شرح اللغة الدمشقية ٣ : ٣٠٦ .

(٨) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ٣ : ٢٩٥ .

(٩) شرح النيل ٤ : ٣١ .

حكم بيع المخاقلة :

ولا يجوز بيع المخاقلة لما يأتي :

أ - المعقول : ولا يجوز بيع المخاقلة لعلتين : (١)

الأولى - مخافة الوقوع في الربا للجهل بالمخاقلة فيهما ، لأن الخنطة في سنبلها مجهولة القدر فلا يجوز بيعها فرضاً ، لأن فيه شبهة الربا الملحقة بالحقيقة في التحريم وصار كمن باع صنفين ربويين موضوعين على الأرض أحدهما بالآخر (٢) .

الثانية - فقد مشاهدة ما في سنبله ، ويلحق بهذا البيع سائر الزروع فلا يباع الجنس منها قائماً في زرعه بما قد صفني من جنسه ، إلا أن الزرع إذا كان مستورا في كمام كالأرز لم يجز كالخنطة ، وأن كان بارزا بلا كمام كالشعير لم يجز لعلة واحدة وهو خوف الربا ، وعلى هذا التقرير يجوز بيعه بالدراهم لبقاء احدي العلتين والله أعلم (٣) .

ب - النص : ولا يجوز بيع المخاقلة أيضاً للاحاديث الواردة عن رسول الله ﷺ وفيها يلي هذه الأحاديث :

(١) عن أنس قال : (نهى النبي ﷺ عن المخاقلة والمخاضرة والمنازبة والملامسة والمزابنة) (٤) رواه البخاري .

(٢) وعن جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المخاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة وفي لفظ بدل المعاومة ، وعن بيع السنين) (٥) .

وفي رواية أخرى له : (أن النبي ﷺ نهى عن المخاقلة والمزابنة والمخابرة وعن الثنبا

(١) منهج الطلاب بهامش البجيرمي ٣ : ٣١٠ والحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ والمنتقى ٣ : ١٦٤ والهداية والعناية ومجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر والمنتقى في شرح المنتقى ٢ : ٥٧ .

(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ والمنهج بهامش البجيرمي ٣ : ٣١٠ والنيل ٤ : ٣٢ والعناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥ : ١٩٥ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٦ والمنتقى للبايجي ٤ : ٢٤٦ وكشاف القناع ٣ : ٢٥٨ والمجموع ٩ : ٣٣٩ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٠٧ والمجموع شرح المذهب ٩ : ٣٣٩ .

(٤) أخرجه البخاري . انظر نيل الأوطار ٥ : ١٥٩ وسبل السلام ٣ : ٢٠ .

(٥) نيل الأوطار ٥ : ١٨٦ وسبل السلام ٣ : ٢٠ .

الأن تعلم) رواه الخمسة إلا ابن ماجه وصححه الترمذي (١).
وفي رواية له : (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وعن بيع النمر حتى يبدو صلاحه ولا يباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا) (٢).

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة وعن بيع الثمرة حتى تطعم ولا تباع إلا بالدرهم والدينارين إلا العرايا) .

قال عطاء : فسر لنا جابر قال : أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينتق فيها ثم يأخذ من الثمر وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحب كيلا) (٣).

وفي رواية له (أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة وأن تشتري النخل حتى تشقه « والاشقاء أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء » والمحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر والمخابرة بالثلث والربع وأشبه ذلك قال زيد قلت لعطاء بن أبي رباح سمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ قال نعم) (٤).

وفي رواية له : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمحاقلة والمخابرة وعن بيع الثمرة حتى تشقق قال قلت لسعيد ما تشقق قال تحمار وتصفار ويؤكل منها) (٥).

وفي رواية له : (نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعومة والمخابرة) قال أحدهما بيع السنين هي المعومة « وعن الثنيا ورخص في العرايا) (٦).

(١) قال أبو عبيد : المحاقلة : بيع الطعام في سنبله وقال مالك : المحاقلة أن تكري الأرض ببعض ما ينبت منها وهي المخابرة إلا أن هذا التفسير بعيد فإذا عطفنا المخابرة عليها فلا يستقيم المعنى ، وقال الشافعي تفسير المحاقلة والمزابنة في الأحاديث : يحتمل أن يكون عن النبي صلى الله عليه وسلم وأن يكون من رواية رواها. نيل الاوطار ٥ : ١٨٦ وسبل السلام ٣ : ١٩ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٩٣ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ : ١٩٤ .

(٤) المصدر السابق ١٠ : ١٩٤ - ١٩٥ .

(٥) المصدر السابق ١٠ : ١٩٥ .

(٦) المصدر السابق ١٠ : ١٩٥ .

وعن زيد بن أبي أنيسة عن عطاء عن جابر (أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة ، وأن يشتري النخل حتى يشقه والا شقاه : أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء) .

والمحاقلة : أن يباع الخقل بكيل من الطعام معلوم ، والمزابنة : أن يباع النخل بأوساق من الثمر ، والمخابرة : الثلث والرابع وأشباه ذلك . قال زيد قلت لعطاء : أسمعت جابراً يذكر هذا عن رسول الله ﷺ ؟ قال : نعم متفق على جميع ذلك الا الأخير فإنه ليس لاجد (١) .

٣ (عن سعيد بن المسيب (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة) والمزابنة : أن يباع ثمر النخل بالتمر .

والمحاقلة : أن يباع الزرع بالقمح واستكراء الأرض بالقمح .

قال وأخبرني سالم بن عبد الله عن رسول الله ﷺ أنه قال لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ولا تبتاعوا الثمر بالتمر (٢) وقال سلم أخبرني عبد الله عن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك (٣) .

٤ (عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة قال (نهى رسول ﷺ عن المحاقلة والمزابنة) (٤) .

٥ (عن داود بن الحصين أن أبا سفيان مولى ابن أبي أحمد أخبره أنه سمع أبا سعيد الخدري يقول (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة شراء الثمر في رؤوس النخل والمحاقلة كراء الأرض) (٥) .

(١) نيل الاوطار للشوكاني ٥ : ١٨٦ .

(٢) الأولى الثمر بالثناء والثالثة والثانية الثمر بالثناء .

(٣) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٣ .

(٤) صحيح مسلم ١٠ : ٢٠١ .

(٥) المصدر السابق ١٠ : ٢٠٨ .

٦ (عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها كذا وكذا . بشيء معلوم) قال : وقال ابن عباس هو الخمسل وهو بلسان الانصار المحاقله («١») .

ما يستفاد من هذه الاحاديث :

هذه الأحاديث بجملتها تفيد بطلان بيع المحاقله سواء كانت بيع الزرع بالقمح أو الخقل بكييل من الطعام وأن المبيع انما هو الزرع ، والتمن تارة يكون الحب وتارة الطعام كيلا وتارة الخنطة من غير تقييد بكييل كما رأيت في تفسير المحاقله .

(١) المصدر السابق ١٠ : ٢٠٨ .

المطلب السابع

بيع المزبينة

معنى المزبينة :

المزبينة : مأخوذة من الزبن بفتح الزين وسكون الباء وهي الدفع ومنه الحرب الزبون التي تدفع أبطاها الى الموت ، يقال زبنت الناقصة برجلها اذا دفعت ومنها الزبانية لانهم يدفعون الى النار .

والزبن : هو الدفع لكثرة الغبن فيها ، لأن كلا من المتبايعين يدفع صاحبه عن حقه ، أو لأن أحدهما اذا وقف على غبن أراد دفع البيع بفستخه وأراد الآخر دفعه عن هذه الارادة بامضائه فيتدافعان (١) .

تفسيرها عند الفقهاء :

١ (فسرهما الكاساني : بأنها بيع الثمر على رؤوس النخل يمثل كيله من الثمر خرصا لا يدري أيهما أكثر والزبيب بالعنب لا يدري أيهما أكثر (٢) .

وهذا التفسير متفق عليه عند علماء الحنفية وموافق لما جاء في تفسير المزبينة عند المحدثين .

٢ (وفسرها المالكية :

أ - في المشهور عنهم بأنها : بيع معلوم بمجهول أو بيع مجهول بمجهول من جنس واحد

(١) معني المحتاج ٢ : ٩٣ وشرح النيل ٤ : ٣١ ، ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٤ والحاوي للاوردي ٥ : ٣٠٧ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ والحروشي ٥ : ٢٠ وغاية المنتهى ٣ : ١٦٤ ومياره : ١ : ٢٩٧ والقواكه الدواني ٢ : ١٤٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ ومجمع الانهر ٢ : ٥٦ والمنتقى على المنتقى ٢ : ٥٦ وفتح القدير والهداية والعناية ٥ : ١٩٥ .

فيهما (١) إلا أن أبا زيد القيرواني اعتبر المزابنة أحد أنواع الربا (٢).

ومن المزابنة عندهم: بيع ثمر النخل بالثمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وبيع زرع قائم أو محصود بكيل من البر أو زيتون في شجره بكيل من الزيتون، ومنه بيع الرطب بالبسر والبسر بالتمر وكذلك رطب كل ثمرة يابسها.

وعلماء مذهب المالكية لا يجعلون المزابنة مختصة بالرئوي كما هو التفسير عند المحدثين بل في غير الرئوي أيضاً، لأن غير الرئوي وإن لم يدخل تحت المزابنة فشم عمومات يدخل تحتها كالنهي عن الغرر فإن علم أن أحدهما أكثر جازاً فياً لا ربا فيه أي غير المطعومين، والمطعومان غير الرئويين (٣).

ب - وفسرها ابن رشد الحفيد: والمزابنة المنهي عنها: هي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية. ففي الأموال الرئوية لوجود التفاضل وفي غير الرئويات فلعدم تحقق القدر (٤). فقد اقتصر ابن رشد على التعريف الثاني من تعريف المذهب.

ج - وفسرها مالك: والمزابنة: أن كل شيء من الجراف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده إذا ابتاع بشيء مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد.

وصورة المسألة: أن يقول الرجل للرجل وله صبرة من الطعام المجهول الكيل أو يكون للرجل من الخنطة أو الصفر أو الكتب وما أشبه ذلك من السلع لا يعلم كيل شيء من ذلك ولا وزنه ولا عدده فيقول له كل سلعتك هذه أو مر من يكيلها أو زن من ذلك ما يوزن أو عد من ذلك ما كان يعد فما نقص من كيل كذا وكذا صاعاً لتسمية يسميها وكذلك الوزن والعدد فما نقص من ذلك فعلي غرمه لك حتى أوفيك تلك التسمية وما زاد على تلك التسمية فهو لي أضمن ما نقص ويكون لي ما زاد.

فهذا ليس من باب البيع وإنما المخاطرة والغرر والقمار.

(١) الشرح الكبير للرددير بهامش النسوقي والنسوقي ٣ : ٦٠ ومياره ١ : ٢٩٦ وتحفة الحكام

١ : ٢٩٦ والنفواكه الدواني ٢ : ١٤٠ وكفاية الطالب الرباني لابي زيد القيرواني ٢ : ١١٢ و١٣٨

بهامش العدوي ٢ : ١١٢ .

(٢) والربا عنده ثلاثة أنواع : ربا نساء وربا فضل وربا مزابنة ، رسالة أبي زيد القيرواني .

(٣) مياره ٢ : ٢٩٦ : ٢٩٧ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٧٢ .

وذلك لأنه لم يشتر منه شيئاً بشيء أخرجه ولكنه ضمن له ما يسمى من ذلك الكيل أو الوزن أو العدد على أن يكون له ما زاد وان نقصت أخذ من مال صاحبه ما نقص بغير ثمن ولا هبة فهذا يشبه القمار (١).

فالامام مالك يخرج المزابنة من باب البيع ويجعلها من باب القمار ويضرب عدة أمثلة كالذي رأيناها منها :

أن يقول الرجل للرجل عنده حب ألبان أعصر حبك هذا فما نقص من كذا وكذا رطلا سماه له فعلي أن أعطيكة وما زاد فهو لي .

ثم يقول : (فهذا كله وما أشبهه من الأشياء أوضارعه من المزابنة التي لا تصاح ولا تجوز (٢) .

د - وفسرها الباجي : اسم البيع التمر بالتمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس يبابسه ومجهول منه بمعلوم .

وفسر هذا : أن الرطب وان عرف كيله في نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضاً منه (٣) .

٣ (وفسرها الشافعية :

أ - ان يبيع التمر على رؤوس النخل بمائة فرق من التمر (٤).

ب- وعرفها الماوردي: بيع الرطب على نخله بتمر في الارض ، وسمي بيع الرطب بالتمر مزابنة ، لأنه قد دفع التمر بالرطب (٥) .

٤ (وفسرها الزيدية :

بيع التمر على النخل بتمر مكيل أو غير مكيل (٦) .

(١) الموطأ للامام مالك مع تنوير الحوالك ٢ : ١٩٢ - ١٣٠ .

(٢) الموطأ مع تنوير الحوالك ٢ : ١٣٠ .

(٣) المستقى للباجي ٤ : ٢٤٣ .

(٤) مغنى المحتاج ٢ : ٩٣ ، الام ٣ : ٦٣ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ .

(٥) الحاوي الماوردي ٥ : ٣٠٧ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٤ .

(٦) التاج المذهب لاحكام المنهب ٢ : ٣٨٣ .

وفي البحر الزخار : بيع الرطب قبل جذه بخرصه ثمراً (١) .

ويلاحظ أن هذا التعريف موافق لتعريف الحنفية .

٥) وفسرها ابن اطفيس من الاباضية :

بأنها بيع الثار في أشجارها بمكيل من نوعها بتأخير وبيع عنب على شجرته بمكيل من عنب أو من زبيب كذلك أي مؤجل (٢) .

فقد زادت الاباضية الأجل ، والواقع أن الأجل لم يكن اشتراطه لصحة المزابنة أو لنوع هذا العقد وإنما التأخير أو الأجل إنما يكون من ناحية العادة؛ لأن الغالب أن الذي له ثمر حاضر لا يشتري آخر بثمر حاضر ولذلك فاسقاطه أولى .

حكم بيع المزابنة :

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز بيع المزابنة في كل التعاريف السابقة سواء كان بيع التمر على رؤوس النخل بمائة فرق من التمر أو بيع الرطب على نخله بثمر على الارض أو كان بيع العنب في الكرم بالزبيب ولا خلاف أيضاً في تحريم بيع الحنطة في سنبليها بحنطة صاحبه (٣) .

واختلفوا في بيع الرطب بمثله من اليابس .

قال أبو حنيفة : ان كان مقطوعاً جاز بيعه بمثله من اليابس .

الجمهور : لا خلاف عندهم سواء كان الرطب والعنب على الشجر أو مقطوعاً (٤) .

لما ورد من الاحاديث في النهي عن المزابنة وقد ذكرنا قسماً منها في بيع المخاقلة ونذكر الآن القسم الباقي الخاص بالمزابنة فقط .

أ) عن بشير بن يسار عن بعض أصحاب رسول ﷺ من أهل دارهم منهم سهل بن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالثمر وقال : ذلك الربا تلك المزابنة

(١) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

(٢) شرح النيل ٤ : ٣٠ .

(٣) مسلم ١٠ : ١٨٨ .

(٤) الام ٣ : ٦٣ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ والمغنى ٤ : ١٣ والمنتهى ٣ : ١٦٤ وبدائع الصنائع

٥ : ١٩٤ وفتح القلير والهداية والعناية ٥ : ١٩٤ وانظر موضعها قريباً ان شاء الله .

الا أنه رخص في بيع العرية النخلة والتخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ يا كلونها
رطباً (١) .

ب - عن الوليد بن كثير حدثني بشير بن يسار مولى بني حارثة أن رافع بن خديج
وسهل بن أبي حنيفة حدثاه أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة بالتمر بالتمر الا أصحاب
العرايا فانه قد أذن لهم (٢) .

ج () وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا
ويبع الكرم بالزبيب كيلا (٣) .

وفي رواية أخرى له قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمزابنة بيع ثمر النخل
بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالعنب كيلا وعن كل ثمر بخرصه . (٤))

وفي رواية له أن (رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة ان يباع ما في رؤوس
النخل بثمر بكيل مسمى ان زاد في وان نقص فعلي) (٥) .

وفي رواية له أيضاً (نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة أن يبيع ثمر حائطه ان كانت
نخلا بثمر كيلا، وان كان كرمأ أن يبيعه بزبيب كيلا ، وان كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام
نهى عن ذلك كله وفي رواية قتيبه أو كان زرعاً (٦)) .

د () عن نافع أن عبدالله أخبره أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة بيع ثمر النخل بالتمر
كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا وبيع الزرع بالحنطة كيلا (٧) .

علة المنع :

١ - الغرر الناشيء عن الجهالة بالحاكلة (٨) .

- (١) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٥ .
- (٢) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٧ .
- (٣) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٧ .
- (٤) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٨ .
- (٥) المصدر السابق ١٠ : ١٨٩ .
- (٦) المصدر السابق ١٠ : ١٨٩ .
- (٧) صحيح مسلم ١٠ : ١٨٨ وستن أبي داود ٢ : ٢٢٥ .
- (٨) مجمع الانهر ٢ : ٥٦ .

٢ - الجهالة بالمخالفة التي تفضي الى الربا (١) .

٣ - للغرر بسبب المغالبة بان تحققت المغلووية في أحد الطرفين جاز (٢) .

٤ - عدم تحقق قدر المبيع في غير الربويات (٢) .

مسألة :

قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : أما من يقول أضمن لك صبرتك هذه بعشرين صاعاً فما زاد فلي وما نقص فعلي تمامها فهذا من القمار والمخاطرة وليس، من المزابنة وهذا صحيح إذا أتى رجل صبرة طام لغيره فقال لربها أنا أضمنتها لك بعشرين صاعاً فان نقص فعلي نقصانها وان زادت فعلي زيادتها . أو أتى مراحاً فيه بطيخ فقال لربه أنا أضمنتها لك بألف فضمنه فان زادت فلي وان نقصت فعلي ، أو مد ثوباً لرجل فقال أنا أقطعه لك قيصاً فان نقص اتمته وان زاد أخذت الزيادة فهذا فاسد حرام باتفاق .

الا انهم اختلفوا في جهة فساده .

فقال مالك : لأنه في معنى المزابنة .

وقال الشافعي : انها فسد لأنه مخاطرة وقمار وليس بزابنة ، لأن المزابنة مبايعة وهذا موضوع على أن يدفع عند النقصان مالا يأخذ عوضه ويأخذ عند الزيادة مالا يعطى بدله فصار بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة والله تعالى اعلم (٤) .

بيع الرطب بيابس :

ولا يجوز بيع رطب بيابس من جنسه مما يجري فيه الربا كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب واللبن بالجبن والحنطة المبلولة ونحو ذلك .

قال في هذا : سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك ، والشافعي

(١) مجمل الانهر ٥٦:٢ والحاوي لماوردي ٥ : ٣٠٧ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٠ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٧٢ وتيل الاوطار الشوكاني ٥٠ : ١٨٧ .

(٤) الحاربي للماوردي ٥ : ٣٠٨ .

واسحاق ، وأبو يوسف واحدا .

قال ابن عبد البر : جمهور المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال ، وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك وعلل ذلك بأنه :

- أ - أما أن يكون من جنسه فيجوز للحديث عن رسول الله ﷺ التمر بالتمر مثلا بمثل .
ب - أما أن يكون من غير جنسه فيجوز كذلك لقوله ﷺ : إذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم .

أدلة الجمهور :

أ - بما روي عن بيع التمر بالتمر ورخص في العريه أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا .

ب - بما روي عن سعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ؟ فقال أينقص الرطب إذا بیس ؟ قالوا : نعم فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والاثرم وابن ماجه : ولفظ رواية الاثرم «فلا اذن» (١) .

ج - بما روي عن ابن عمر : (أن رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة والمزبنة بيع الرطب بالتمر كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا) (٢) .

علة المنع :

١ - أنه ينقص إذا بیس .

٢ - ولأنه جنس فيه الربا بیع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان (٣) .

(١) انظر مختصر سنن ابي داود ٥ : ٣٨ .

(٢) رواه البخاري ومسلم . انظر اللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٣٩ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ١٢ ، ١٣ .

المطلب الثامن

بيع العرايا

جمع عريه ، عرايا ، والعريه في اللغة ما يفرد بذاته ويتميز عن غيره يقال قد عرى الرجل اذا تجرد عن ثيابه ، وسمي ساحل البحر العراء ، لأنه قد خلا من النبات وتميز عن غيره من الأرض (١) .

قال تعالى : فَتَنبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ وَهُوَ سَقِيمٌ (٢) .

وسميت عرية : لأنها عريت من حكم باقي الستان .

قال الأزهري: هي فعيلة بمعنى فاعلة ، وقال الهروي فعيلة بمعنى مفعولة من عراه يعروه وهو أن يشتري الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض ، وكيفية ذلك أن يحزر الخارص ما على النخلة من الرطب وكم يكون من التمر إذا جف فيباع بمثله من التمر ولا يتفرقا الا بعد القبض (٣) .

معنى العرية :

١ - أن يباع بخرصها تمرا فيا دون خمسة أوسق .

الأأن الحنفية أولوها على أساس أن العرية معناها العطية وبذلك يكون التأويل عندهم : أن يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بثمر مجذوذ .

وعلى هذا التأويل يكون يبعاً مجازاً ، لأن المعري له لم يملكه فيكون برا مبتدأ

(١) الخارص للموردي ٥ : ٣٠٩ .

(٢) آية ١٤٥ سورة الصافات .

(٣) الراضع النبيه في شرح التنبيه ٥ : ١٧٩ .

- ويستشهدون على أن العرية معناها العطية بقول حسان بن ثابت (١) .
- فليست بسنهاء ولا رجية ولكن عرايا في السنين الجوائح (٢) .
- يمدح حسان بن ثابت الانصاري بأنهم كانوا يعرفون في السنين الجوائح اى يهبون ولو كانت يبعأ لما كانوا ممدوحين بها .
- ومعنى العرية عند الحنفية : أن يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له فرخص له أن يحبس ذلك ويعطيه مكانه بخرصه تمرأ (٣) .
- ٢ - أ - أن يهب الرجل ثمر نخلة أو غلات من حائطه لرجل ، وهذا المعنى للمالكية ويجيء على مذهب أشهب وابن حبيب .
- ب- ومعناها عند ابن القاسم : أن يعطيه الثمرة على وجه مخصوص وهو أن يكون على المعرى ما يلزمها الى وقت بدو صلاحها وهو وقت يمكن الانتفاع بها (٤)
- ج - وذكر الطحاوي تأويلا لما لك : فقال قوم : العرايا أن يكون له النخلة أو النخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر قالوا وكان أهل المدينة اذا كان وقت الثار خرجوا بأهليهم الى حوائطهم فيجىء صاحب النخلة أو النخلتين فيضرب ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص لصاحب الكثير أن يعطيه خرص ماله من ذلك تمرأ لينصرف هو وأهله عنه (٥) .
- د - وفسرها الدردير المالكي : اشتراء ثمرة تيمس كلوز ونخل وعنب وتين وزيتون في غير مصر ، ان لفظ المعرى بالعربية وبدا صلاحها (٦) .
- فهذه التعاريف الأربعة للمالكية ولكن التعريف الأخير جعل العرية شاملة لكل ما ييس فهو مخالف للتعاريف السابقة .

- (١) فتح القدير ٥ : ١٩٥ وبدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ .
- (٢) السنهاء الخفيفة الحمل ، والدجيه ، الثقيلة الحمل التي قد انحنت من ثقل حملها انفرد السبكي بقوله دجيه وبقية كتب الفقهاء تذكر رجيه بالراء ، مجموع للسبكي ١١ : ٧ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٩٤ الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٩٦ .
- (٣) فتح القدير ٥ : ١٩٦ .
- (٤) المنتقى للبايجي ٤ : ٢٢٦ .
- (٥) فتح القدير ٥ : ١٩٦ .
- (٦) السوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٧٩ .

٣ - قال الشافعي رضى الله تعالى عنه : العرية التي رخص رسول الله ﷺ في بيعها أن

قوما شكوا الى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر وليس عندهم ما يشترون به من ذهب ولا ورق وعندهم فضول تتمر من قوت سنتهم فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرية بخرصها تمرا يأكلونها رطبا (١) .

أما المارودي فقد جعل العرايا ثلاثة أقسام .

الأول : مواساة : أن يتصدق الرجل ببعض نخله على الفقراء وينح بهذا النخل قوما بأعيانهم من المساكين وتفرده عريا في ملكه فيصير عرية متميزة وهذا مستحب وأستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية فيقول وهذا معنى المواساة .

الثاني : محاباة : وذلك أن الخرص كانوا اذا خرصوا نخل رجل تركوا بعض نخله عرية لا تخرص عليه لياً كلها علما بأنه سيتصدق منها بأكثر من عشرين وهذا جائز لما روي عن النبي ﷺ قال : اذا خرصتم فدعوا لهم الثلث فدعوا لهم الربع . الثالث مراضة : فقد اختلف الفقهاء فيها وفي المراد بها .

وقال الشافعي أيضاً : بيع الرطب خرصا على رؤوس النخل بمكيهه تمرا على الارض في خمسة أوسق أو أقل مع تعجيل القبض (٢) .

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام : العرية النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجا والاعراء أن يجعل له ثمرة عامها ، فرخص لرب النخل أن يبتاع ثمر تلك النخلة من

(١) الأم ٣ : ٥٦ والمهذب ١ : ٢٨١ والمغنى المحتاج ٢ : ٩٣ .

قال الشافعي والعرايا ثلاثة أصناف : هذا الذي وصفنا احدها : وجماع العرايا كل ما أفرد لياكله

خاصة ولم يكن في جملة المبيع من ثمر الحائط اذا بيعت جملة من واحد .

الصنف الثاني : أن يخص رب الحائط القوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر عرية يأكلها وهذه في معنى المبيع من الغنم حيث يمنح الرجل الرجل الشاة أو الشاتين أو أكثر ليشر بلبنها ويتفجع به والمعري أن يبيع ثمرها وبشره ويصح فيه ما يصح في ماله لانه قد ملكه .

الصنف الثالث : أن يعرى الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه لياكل ثمرها ويهدبها ويتمره ويفعل فيه ما أحب ويبيع ما بقى من ثمر حائطه فتكون هذه مفردة من المبيع منه جملة ، وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخاوص أن يدع لأهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يسأكلون ولا يخرصه ليأخذ زكاته ، وقيل قياسا على ذلك أنه يدع ما أعرى للمساكين منها فلا يخرصه وهذا موضوع بتفسيره في كتاب الخرص . أم ٣ : ٥٥ ، ٥٦ .

(٢) الحارثي للمارودي ٥ : ٣٠٩ .

المعري بثمر لدفع حاجته (١) .

وفسرها أبو زكريا الأنصاري : بأنها بيع رطب أو عنب على شجر خرصا ولو لأغنياء بتمر أو زبيب كيلا فما دون خمسة أوسق (٢) .
ويلاحظ أن هذا التعريف شمل الرطب والعنب قياسا على الرطب بجامع أن كلا من التمر والعنب يمكن خرصه ويدخر يابسه .

٤ - وقال بعض فقهاء الحنابلة : يبيع الرطب في رؤوس النخل خرصا بماله يابسا بمثله من التمر كيلا معلوما لا جزافا لمن به حاجة الى أكل الرطب (٣) .

وقال الخرقى : العرايا هي أن يوهب للانسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق ، فيبيعهها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطبا (٤) .

فهذا التعريف عندهم ينص على الهبة بينما الآخر يذكره بصفة البيع مع تقسيده بالأوساق .

٥ - والامامية تفسر العرية : بأنها النخلة تكون في دار الانسان أو بستانه فيشتري مالكها أو مستأجرها أو مستعيرها رطبها بخرصها تمرا من غيرها مقدارا موصوفا مالا وأن لم يقبض في المجلس أو بلغت خمسة أوسق (٥) .

٦ - والشعبة الزيدية تفسر العرية : بيع الرطب على النخل بخرصه تمرا فأيما دون خمسة أوسق . وهذا قريب من الشافعي بتحديدهم بالأوساق وكذلك الحنابلة والحنفية بأنها بيع (٦) .

٧ - قال ابن حزم : العرايا : أن يأتي أو ان الرطب ويكون قوم يريدون ابتياع الرطب للاكل فأبيع لهم أن يتاعوا رطبا في رؤوس النخل بخرصها تمرا فأيما دون خمسة أوسق يدفع التمر الى صاحب الرطب (٧) .

(١) الاموال لأبي القاسم عبيد بن سلام ٦٥٧ - ٦٥٩ .

(٢) منهج الطلاب وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ .

(٣) كشف القناع ٣ : ٢٥٨ ، ٢٥٩ وغاية المنتهى ٣ : ١٦٤ .

(٤) الخرقى مع المغنى ٤ : ٥٦ .

(٥) الروض البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣٠٦ ومفتاح الكرامة ٤ : ٣٨٧ .

(٦) البحر الزخار ٣ : ٣٤٠ والروض النضير ٣ : ٢٧٧ .

(٧) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٥٩ ، ٤٦٢ .

شروط بيع العرايا :

(١) الخرص : بأن يحرص ما على النخيل من الرطب ويحرص ما يجيء منه اذا جف فَيأتي المتبايعان الى النخل ويجزئانها بأن يقولوا فيها الآن رطباً خمسة أوسق واذا بيعت وجفت صارت أربعة أوسق فتبايع بأربعة أوسق فان زادت بعد الخرص مداً أو نحوه فلا يجوز لظهور التفاضل ، ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق (١) .

(٢) أن يكون الثمن الذي يباع به معلوماً بالكيل وهذا لا خلاف فيه عند القائلين بصحة بيع العرايا ، ومستندهم في ذلك ان النبي ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً .

والاصل في ذلك اعتبار الكيل من الطرفين الا أنه سقط الكيل في الرطب للتعذر فيجب في الآخر على الأصل . ولا يجوز بيع الثمر جزافاً (٢) .

(٣) أن يكون المبيع من الرطب بما يساويه من الثمر بعد جفاف الرطب ونقل عسناً احمد بن حنبل مثل ذلك (٣) .

(٤) أن يتقابضاً قبل أن يتفرقا فان تفرقا قبل القبض فسد العقد ومن المعلوم أن التقابض في الثمر يكون بالكيل والنقل أما في الرطب الذي على النخل فالتقابض فيه يكون بالتخيلة بين المشتري وبين النخلة (٤) .

(٥) أن تكون العريه أقل من خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد عليها وفي الخمسة عند الشافعية قولان :

احدهما : لا يجوز وهو قول المزني ، لأن الأصل هو الخطر عن هذا البيع وانا ثبت جوازه فيما دون خمسة أوسق لحديث أبي هريرة وهو مذهب الحنابلة والظاهرية (٥) .

(١) المحلى : ٨ : ٤٩٥ والحاوي الماوردي : ٥ : ٣١٤ : وتكملة المجموع للسبكي : ١١ : ١٥ ،

والأم : ٣ : ٥٦ ، ٥٤ . والمتقى للباي : ٤ : ٢٢٨ .

(٢) الأم : ٣ : ٥٤ وتكملة المجموع للسبكي : ١١ : ١٥ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٤ : ١٢ والام : ٣ : ٥٤ .

(٤) المراجع السابقة وغاية المنتهى : ٣ : ١٦٥ .

(٥) المحلى لابن حزم : ٨ : ٤٥٩ وغاية المنتهى : ٣ : ١٦٤ .

وقال الشافعي : (وأحب الى أن يكون المبيع دونها لأنه ليس في النفس منه شيء) (١).

الثاني : أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حنمه (٢) وهو مذهب المالكية :

٦ (بدو الصلاح للرطب وقت الشراء، وقال يزيد بن حبيب يجوز قبل الازهار لعام أو لعامين ، لأن الاصل فيها الهبة فلا يبطل ذلك الجهالة والغرر، إلا أن قول ابن حبيب بعيد لأنها اذا بيعت أخذت أحكام البيع (٣) .

٧ (أن يأكلها أهلها رطباً وهذا شرط خاص للحنابلة حتى يبقى العقد صحيحاً فإذا ما ترك الرطب على النخلة حتى أثمر بطل العقد ، لقول الرسول ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً (٤) .

٨ (أن يكون محتاجاً للرطب ولا ثمن معه مستدلين بحديث محمود بن لبيد قال : قلت لزيد ما عراياكم هذه ، فسمى رجلاً محتاجين من الانصار شكوا الى النبي ﷺ أن الرطب يأتي ، ولا نقد بأيديهم يتبايعون به رطباً وعندهم فضول من الثمر فرخص لهم أن يتبايعوا العرايا ، بخرصها من الثمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً (٥) .

٩ (أن تكون العرية موهوبة لبائعها وهذا شرط هو قول مالك وهو كذلك عند الحنابلة ، لان العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل (٦) والظاهر عند الحنابلة أنه غير شرط أي لا يشترط في العرية أن تكون موهوبة لبائعها خلافاً للخرقي وصاحب التلخيص (٧) .

١٠ (أن تكون العرية في ثمر النخل ، قال ابن قدامة : ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل وهو اختيار ابي حامد وقول الليث بن سعد إلا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا فيجوز .

(١) الام : ٣ : ٥٤ .

(٢) المهذب للشيرازي : ١ : ٢٨٢ والام : ٣ : ٥٤ والواضح التنبيه : ٥ : ١٨١ والمنتقى للهاجي

٤ : ٢٢٨ والدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ١٨٠ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ١٧٩ والمنتقى للهاجي : ٤ : ٢٢٧ والمدونة : ١٠ : ٩٢ .

(٤) غاية المنتهى : ٣ : ١٦٥ وكشاف القناع : ٣ : ٢٥٨ ، والمغني : ٤ : ١٢ .

(٥) غاية المنتهى : ٣ : ١٦٤ وكشاف القناع : ٣ : ٢٥٩ .

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ : ١٧٩ .

(٧) كشاف القناع : ٣ : ٢٥٩ .

قال القاضي : يجوز في سائر الثمار قياساً على ثمرة النخيل (١) .
ومالك روايتان : الاولى : يجوز في كل ما يبيس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز
والتبن والزيتون والفسق .

الثانية : أنه لا يجوز الا في النخل والعنب لانها يختصان بالاكل حال الارطاب وقبل
البيس مما يتأتى فيه الخرص ، وهو مذهب الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه الذي جعل
العنب كالتمر ، لأن رسول الله ﷺ سن الخرص في ثمرها ، ولأن الزبيب يدخر يابسه
فأشبهه الرطب الا أن الشافعية اختلفت في الجواز أهو من حيث النص أم من حيث القياس
على وجهين :

الأول : قول البصريين : أنها جازت في الكرم نصاً مروياً عن زيد بن ثابت رضي
الله عنه أن النبي ﷺ أخص في العرايا . والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب .
الثاني : وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت في الكرم قياساً على
النخيل لبروز ثمرتها وامكان الخرص فيها .

الا انني أرى من فهمي لحديث سهل بن أبي حثمة السابق من أن رسول الله ﷺ نهى
عن المزينة التمر بالتمر الا لصحاب العرايا فانه قد اذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب
وعن كل ثمرة بخرصها) فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر ، لأن التمر
فصله الاستثناء وجعله مع بقية التمر ولذلك نقول قد ثبت بالقياس .
اما رد الحنابلة فهو :

١ - في الحديث المتقدم ما يدل على تخصيص العرية بالتمر .
٢ - عن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب
أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك (٢) .

٣ - عن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن المزينة ، والمزينة ببيع ثمر النخل
بالتمر كيلاً وبيع العنب بالزبيب كيلاً ، وعن كل ثمر بخرصه) (٣) .

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٠ .
(٢) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٢٨٩ .
(٣) هذه رواية مسلم اما رواية البخاري ، والمزينة ببيع الثمر بالتمر كيلاً وبيع الكرم بالزبيب
كيلاً . البخاري مع فتح الباري ٥ : ٢٨٩ - ٢٩٠ .

٤ - الأصل في بيع العريفة يقتضي التحريم وانما جازت في ثمره النخيل رخصة وغيره
لا يصح قياسها عليها لوجهين :

الأول : عدم مساواة غيرها في الاقتيات بها وسهولة خرصها والرخصة انها كانت لاهل
المدينة وحاجتهم كانت في الرطب دون غيره .

الثاني : مخالفة القياس للنص وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة (١) .

واني لأرى جواز العريفة في العنب بداعي الحاجة في كل اذ ما الفرق بين جوازها في
الرطب وعدم جوازها في العنب وكل منها ثمرة مشتتة في وقتها والله أعلم .

بقية الثمار ما عدا الرطب والعنب :

أما العرايا في سائر الثمار كالتفاح والمشمش والأجاص والخوخ فذهب الشافعية على
رأين :

الأول : يجوز لشمول المعنى لأنه ثمرة فجاز بيع رطبها بياسها خرصا كالرطب (٢)
الا أن هذا القول فيه وجه :

اما أن ينظر الى ظاهر لفظ الشارع في العرايا ، واما أن ينظر الى المعنى .
فان نظرنا الى ظاهر اللفظ وجب ترجيح القول الاول بالخاق سائر الثمار بالرطب
والعنب .
وان نظرنا الى المعنى وجب ترجيح القول بالاختصاص بالفقراء .

الثاني : المنع لتعذر الخرص وهو الصحيح عند الحاملي والروياتي ، لما روى زيد ابن
ثابت قال : رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك (٣) .
ولانها لا تخرص لتفرق ثمارها والحائل من الورق دونها (٤) .

يباع العرايا بصنفها جزافاً :

نص على عدم الجواز الامام الشافعي رضي الله تعالى عنه بأن لا تباع عريفة النخل

(١) - المعنى لابن قدامة ٤ : ٥٠ ، ٥١ .

(٢) - المهذب للشيرازي ١ : ٢٨٢ .

(٣) - المهذب ١ : ٢٨٢ والمجموع ١١ : ٥٦٠ .

(٤) - الام ٣ : ٥٥ .

بشمره جزافاً ولا بتمر نخلة مثلها ولا أكثر . والعلة أن ذلك محرم الا كيلا بكييل الا العرايا فهي خاصة والحرص فيها يقوم مقام الكييل .

التصرف في العرية :

ويجوز للغير ان يشتري العرية اذا كانت في موضع من له حائط بذلك الموضع اما الموافقة ثمرتها لثماره أو لقربها . والعلة في ذلك أن الإحلال عام لا خاص إلا أن يخص بخبر لازم .

ويجوز أيضاً أن يهب العرية واطعامها وبيعها وادخارها وما يحل له من التصرف في ماله وذلك أنه اذا ملك هذا حلالا حل له جميع هذه التصرفات .

حكم بيع العرايا :

اختلف الفقهاء في بيع العرايا على ثلاثة آراء :

الرأي الأول :

وهو مذهب الامام مالك والشافعي وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام وأحمد واسحق وأبو عبيد وداود ومن تبعهم من أهل العلم وقالوا: ان بيع العرايا جائز، وجعلوه مستثنى من جهة نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر .

واستدلوا على ذلك :

١ - بما روي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن المزبنة، والمزبنة بيع التمر بالتمر الا أنه أُرخص في العرايا (١) .

٢ - عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن (رسول الله ﷺ أُرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها) (٢) .

٣ - عن سهل بن أبي حشمه قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع التمر بالتمر الا

(١) رواه الطبراني في الكبير . انظر مجمع الزوائد ٤ : ١٠٣ .

(٢) رواد البخاري . انظر البخاري مع فتح البازي ٥ : ٢٩٠-٢٩١ .

أنه أرخص في العريه أن يباع بخرصها تمرأ يأكلها رطباً (١) .

٤ - وقلت لرجل من أصحاب رسول الله ﷺ اما زيد بن ثابت واما غيره ما عراياهم هذه؟ فقال وسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا تقد بأيديهم يتبايعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم النبي صلى الله عليه وسلم ان يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطباً .

٥ - عن أبي هريرة (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق) (٢) .

هذه الاحاديث دلت على ما ذهب اليه الجمهور في جواز بيع العرايا من خمسة أوجه :

(١) أنه استثنى العريه من المزابنة فالزابنة المنهية عنها هي بيع التمر بالرطب في نخله وجب أن يكون العريه المستثناة منها هي بيع التمر بالرطب في نخله .

(٢) أنه أجاز العريه بلفظ الرخصة والرخصة ما كانت بعد حظر سابق ولا تكون العريه رخصة بعد حظر الا على أساس أن الحظر يكون في البيع لا في الرجوع في الهبة .

(٣) أنه أرخص في بيع العرايا والبيع ما يتناول عوضاً ومعوضاً ولا يكون ذلك الا على قول الجمهور .

(٤) انه اعتبر فيها المساواة بالحرص ولا يجب ذلك الا في بيعها بالجنس .

(٥) أنه أباحها في قدر مخصوص كما في حديث أبي هريرة السابق (٣) .

وقد ورد اعتراض على هذه الاحاديث بأنها واردة قبل تحريم الربا فتكون منسوخة الا انهم قالوا ان هذا الاعتراض فاسد من وجوه :

١ - انه اعتبر فيها التساوي بالحرص وهذا قبل تحريم الربا غير معتبر .

٢ - انه أباحها في قدر مخصوص وهذا قبل تحريم الربا غير مقدر .

(١) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٢٩٣ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي . انظر مختصر سنن أبي داود ٥ : ٣٩ .

(٣) الحساوي للأوردي ٥ : ٣١٠ ، ٣١١ والواضح التبيه في شرح التنبية ٥ : ١٨٠ والمجموع للسبكي ١١ : ١١ .

٣ - انه ارحص في العريه وهذا يقتضي بعدم الخطر (١) .

الرأي الثاني : ذهبت الحنفية الى مخالفة الجمهور في شأن جسواز العرايا في أمور :
(١) حمل العرية على الهبة كما رأينا في تأويلهم واستشهدوا بشعر حسان بن ثابت
وقالوا كأنه رخص النبي ﷺ لمن وهب ثمر نخله لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك
تمرراً ويرجع الواهب فيها . وسماه بيعاً ، لأن ما دفع السواهب الى الموهوب له من الثمر
كالعوض عما وهبه . وبهذا تحمّل العريه على الحقيقة والبيع على المجاز .

أما من ناحية الرخصة في جواز ذلك فقد اختلفوا فيها :

أ - انها عائدة الى المعري لانه وعد فأخلف قال الدينني : ويعزى هذا الرأي الى عيسى
بن أيان .

ب - انها عائدة الى المعري له لانه أخذ العوض عما لم يملكه .

(٢) أن مخالفتهم حلوا البيع على الحقيقة والعريه على المجاز وهذا ممنوع ، لانه قد
تقدم أن للعريه تفسيرين وبذلك يكون لا مجاز عندئذ .

الرأي الثالث :

رأي الامام مالك رضي الله عنه وان وافق على مقتضى الحديث لكن يفسر العرايا
بتفسير أخص مما يقوله الشافعي .

فقدفسرها : بأن يهب الرجل الرجل ثمر نخلة أو نخلات ثم يتضرر بمداخلة الموهوب
له فيشترها بخرصها تمرراً) وقصرها على هذا التعريف بأنه لا يجوز بيعها من غير صاحب
الستان الا بعرض أو نقد ويجوز نسيئة (٢) .

وجوز شراؤها لمعريها ولمن قام مقامه أي وارثه الذي ورث تلك العرية منه وكذلك
المشتري الذي اشتراها منه والموهوب الذي وهبها له (٣) .

عله الترخيص :

(١) لدفع الضرر عن المعريّ بدخول المعري له وخروجه واطلاعه على ما لا يجب الاطلاع
عليه من حريم وغيره .

(١) المراجع السابقة .

(٢) تكلّة المجموع للسيكي ١١ : ٨ - ١٢ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٧٩ .

٢) والمعروف أي الرفق بالمعري بالفتح لكفايته المؤونه والحراسه للتجر فيمنع بالحرص.

موطن الغرر في العريه :

انها مجهولة القدر لأن البيع انما كان بطريق الخرص والحرص انما هو التخمين والتقدير وليس بمكيال منضبط يؤدي الى الجهالة والجهالة من مواطن الغرر .

اذا كان الخرص فيه جهالة القدر وهو على الأرض وهو ممنوع فكيف اذا كان على النخل لأنه أقرب الى الغرر .

ولكن اجازته بأن الحاجة تدعو اليه وهو في رؤوس النخل وفي الأرض لا تدعو الحاجة اليه ، لانه لا يمكنه أن يأكل الرطب مع الناس ، وقد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة اليه وما لا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة كما في السلم المؤجل لا يجوز مع كثرة الغرر .

الرأي المختار :

اني لأرى أنه يجوز أن تباع العرايا فيما دون خمسة أوسق للأدلة الآتفة الذكر وان كان موسراً ، لأن النبي ﷺ عندما أحلها لم يستثن فيها بأنها تحل لأحد دون أحد لأن النبي ﷺ عندما قال الا العرايا جاء هذا اللفظ بالاطلاق ولم يبين لمن تحل أولاً تحل ولو كان يريد الاستثناء لاستثنى كما استثنى أو خصص ، كالذي أفطر عامداً بالوقاع في شهر رمضان فإنه قال له (يجزيك ولا يجزي أحداً غيرك) وحرم الميتة ورخص للمضطر ، وفسحاً تعلم أن كثيراً من الفرائض نزلت بأسباب خاصة فكانت لهم وللناس عامة الا ما بين الشارع أنه أحل لخصوصية أو ضرورة . والله أعلم .

المطلب التاسع

بيع الجراف

تفسير الجراف :

١ - في اللغة :

الجراف مثلث الجيم فارس معرب ، وهو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد (١) والجراف في الأصل الاخذ بكثرة من قولهم جرف البائع له في الكيل اذا أكثر ومرجع ذلك الى المساهلة (٢) والجراف: هو ما جهل قدره أو وزنه أو كيله أو عدده (٣) والجراف البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن (٤) .

٢ - الجراف في اصطلاح الفقهاء :

بأنه بيع ما يمكن علم قدره دون أن يعلم والأصل منعه وخفف فيما شق علمه أو قل جهله (٥) .

(١) تهذيب الفروق ٣ : ٢٤١ وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١١٨ ومعرب كزاف بالضم وهو

الحدس . در المنتقى ٢ : ١٠ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٦ .

(٣) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٤٧ .

(٤) تهذيب الفروق ٣ : ٢٤١ والمراد من قوله شق علمه يريد في المعدود والمراد من قل جهله في

المكيل والموزون اذا لا تشترط المشقة فيها . تهذيب ٣ : ٢٤١ وجواهر الاكليل ٢ : ٨ .

(٥) مجمع الانهر ٢ : ١٠ .

ونقل زيد بن علي عن النهاية : والجزاف المجهول القدر مكيلا كان أو موزوناً (١) .
 وعرف التسوقي الجزاف: هو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد والأصل منعه ولكنه
 خفف فيما شق عليه من المعدود أو قل جهله في المكيل والموزون اذ لا تشترط المشقة فيها (٢) .
 وهذا التعريف هو نفس تعريف ابن عرفة .
 وعرفه الدردير . هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد
 والأصل فيه المنع للجهل لكن أجازته الشارع للضرورة والمشقة (٣) ويقرب من هذا التفسير
 ما ورد لجعلي أيضاً (٤) .

وعرفه ابن اطفيش من الاباضية : الجزاف هو الظن والتقدير في كمية الشراء (٥) .
 وعرف النووي الجزاف : بأنه بيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير (٦) .
 وعرف الشوكاني الجزاف : وهو ما لم يعلم قدره على التفصيل (٧) .
 هذه التعاريف المتقاربة والمتماثلة الآن تعريف الشوكاني أدقها وجامع لمعان التعاريف
 السابقة وأخصرها والله أعلم .
حكم بيع الجزاف :

اختلف الفقهاء في بيع الجزاف على رأيين :-
 رأي الجمهور أجازوا بيع الجزاف ولكن بشروط ، ورأي الامامية بعدم جواز بيع
 المكيل والموزون والمعدود جزافاً .
أولاً : رأي الشيعة الامامية :

وذهبت الامامية الى أنه لا يصح بيع المكيل والموزون جزافاً وكذلك المعدود فان
 حكمه حكم المكيل والموزون (٨) .

-
- (١) الروض النضير ٣ : ٢٨٧ .
 - (٢) التسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ .
 - (٣) الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك ٢ : ١١ .
 - (٤) سراج السالك ٢ : ١٢٧ .
 - (٥) شرح النيل ٤ : ١٤٣ .
 - (٦) النووي على مسلم ١٠ : ١٦٩ وعمدة القارئ ١١ : ٢٥٠ .
 - (٧) نيل الاوطار ٥ : ١٧٠ .
 - (٨) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٢٢٤ والمختصر النافع ١٤٣ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية
 ٣ : ٢٦٥ ، ٢٦٦ ط النجف الاشرف .

ومرد عدم صحة البيع عندهم على أن العلم بالمبيع شرط اذا يصح بيع المجهول ولا
الشراء به كما أن مشاهدة المبيع لا تكفي في المكيل والموزون والمعدود سواء كان عوضاً
أو ثمناً والعلم بالمبيع شرط يجمع عليه وأن العقد على المجهول باطل بلا خلاف . ومرادهم
بالعلم العلم العادي الذي ينتفي معه الغرر .

الا أن هذا الاجماع الذي ذكره لا يظهر لي بأنه أمر مسلم فيه اذ اراهم يناقضون
بعضهم البعض في هذا الأمر ولننظر الى الآراء المتناقضة عندهم فقال العاملي :

أ - وفي الخلاف : ما يباع كيلا لا يصح بيعه جزافاً وان شوهد اجماعاً .

ب - وفي المسالك وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح : أنه المشهور وزاد في المسالك أنه
عليه الفتوى .

ج - وفي موضع من المختلف : انه الأشهر . وفي موضع آخر منه ينصون على أن الثمن
اذا كان مجهولاً بطل البيع ولا خلاف بينهم الا من ابن الجنيدي .

د - وفي موضع من التذكرة : (بيع الصبرة باطل اذا جهلها وقت العقد ، أو احدهما
سواء شاهدها أم لا وسواء كالاها بعد ذلك أم لا ذهب اليه علماؤنا اجمع الا ابن
الجنيدي) .

وفي موضع آخر من التذكرة (لا فرق بين الثمن والمثمن في الجزاف في الفساد
عندنا) .

هـ - وفي بيع المبسوط (اذا قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم صح البيع لأن الصبرة
مشاهدة ، ومشاهدة البيع تغني عن معرفة مقداره ، وقد روى أن ما يباع كيلا
لا يباع جزافاً وهو الأقوى عندي وقد فهم منه في المختلف أنه متردد .

و - وفي اجازة المبسوط (اذا باع شيئاً بثمن جزافاً جاز اذا كان معلوماً مشاهداً وان
لم يعلم وزنه وفي الخلاف : وكذا مال السلم) وفي الخلاف (لا يكفي النظر الى
رأس المال الا بعد العلم بمقداره سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو مدروعاً ولا
يجوز جزافاً) .

وجوز ابن الجنيدي بيع الصبرة جزافاً :

فمن هذه النصوص نلاحظ عدم الاجماع وعلى ذلك فنأين جاء هذا التناقض فيما بينهم
فيجيب العاملي على ذلك بأنه من متأخري فقهاء الامامية لا من متقدميهم فقرأه يقول :

(وأول من فتح باب الشك في ذلك فيما أجد من تأخر المولى الأزدي بيلي وتبعه الفاضل الخراساني والمحدث الحراني) .

ثم يذكر العامل عن مجمع البرهان بأن اعتبار متأخري الامامية ما رأيت له دليلاً صالحاً ، ولذلك فانهم يستدلون على رأيهم الاول بعدم الصحة .

عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم ثم ان صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت فقال لا يصح الا أن يكيل . ثم قال : ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فانه لا يصح مجازفة (١) .

ثانياً : رأي الجمهور :

ومن اجازوا بيع الجزاف الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والاباضية والظاهرية . ولكن بشروط نذكرها فيما بعد :

فالحنفية لا يجوزون بيع الجزاف اذا بيعت بجنسها لاحتمال الربا وهو مانع كحقيقة الربا (٢) . وهذا ايضاً مفيد بالذي لا يدخل حتى ما يسمى بالكيل منها والذي لا يدخل تحت اسم الكيل فيجوز كحفنة بحضنتين : وذكر القليل في مجمع الانهر (هو ما دون نصف الصاع لعدم المعيار الشرعي وهو نصف الصاع) (٣) .

وذكر عن محمد في الفتاوى الصغرى : أنه كره التمرة بالنمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل (٤) اما اذا بيعت بغير جنسها صح البيع لقول النبي ﷺ اذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد (٥) .

والمالكية يجوزون بيع الجزاف فيما اجتمع فيه شروط جوازه وصحته معاً سواء كان المبيع مما يكال أو يوزن أو كان مما يعد ، وما يقصد آحاد جنسه لا يجوز بيعه جزافاً كالثياب اذا الغرض يتعلق في كل ثوب على حده ، وقيدوا الجواز في المعدود بما تلحق

(١) مفتاح الكرامة للعالمى ٤ : ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٦ وابن عابدين ٤ : ٥٣١ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٨٦ .

(٤) مجمع الانهر ٢ : ١٠ .

(٥) الهداية بهامش فتح القدير ٥ : ٨٦ ومجمع الانهر ٢ : ١٠ والدر المنتقى ٢ : ١٠ .

المشقة في عده لكثرته وتساوي أفراده كالجوز والبيض ، أو يكون المقصود مبلغ المبيع لا آحاده كالبطيخ فانه يجوز الجزاف فيه وان اختلفت آحاده (١) .

والخلاصة : أن ما كثر جدا يمنع بيعه جزافا سواء كان مكبلا أو موزوناً أو معدوداً لتعذر حزره وما كثر ولكن ليس كثيراً جداً يجوز بيعه جزافاً مكبلا كان أو موزوناً أو معدوداً لا مكان حزره ، وما قل ولكن قليلاً جداً يمنع بيعه جزافاً ان كان معدوداً ، لانه لا مشقة في علمه بالعدد فان كان مكبلا أو موزوناً وجهلا قدر كيله أو وزنه فيحزران (٢) .

والشافعية يجوزون بيع الجزاف بين صبرة قحح أو شعير أو جوز وغير ذلك ولكن البائعين شاهداها فالبيع صحيح بلا خلاف عندهم وتكفي في ذلك الرؤية الظاهرة لأن الظاهر أن أجزاءها متساوية .

أما بيع الصبرة جزافاً والبيع بصبرة الدراهم جزافاً ففي ذلك قولان حكاهما الخرسانيون :

الأول : أنه مكروه لما فيه من الغرر وهو الاصح .

الثاني : لا يكره لانها مشاهدة (٣) .

قال الشافعي : وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة (٤) .

والحنابلة : يجوزون بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع بقدرها ، ولأنه معلوم بالرواية قصح بيعه كالثياب ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة ولا يحتاج الى معرفة قدرها مع المشاهدة (٥) .

والزيدية : يصح البيع جزافاً وذكر صاحب البحر الاجماع على جوازه حيث علماه جميعاً أو جهلاه . وانما يصح بيع الجزاف اذا كانت الصبرة مشاهدة أو في حكم المشاهدة اذ لا غرر مع المشاهدة (٦) .

(١) تهذيب الفروق للقرافي ٣ : ٢٤١ .

(٢) التسوقي على الشرح للكبير ٣ : ٢٠ وتهذيب الفروق ٣ : ٢٤٢ وجواهر الاكليل ٢ : ٨

(٣) المجموع ٩ : ٣٤٢ .

(٤) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٢ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ٩٢ .

(٦) الروض النضير ٣ : ٢٨٧ والبحر الرخار ٣ : ٣٢٠ .

.. ويصح الجراف في صيرة سواء كانت من طعام أو عسل أو رمان أو أرض أو ثياب
فبيع تلك الجملة من غير تعيين قدرها اذا كانت الصيرة مميزة مشاهدة (١) .
والاباضية : يصح الجراف في مكيل وموزون وما يقصد فيه الجملة لا الآحاد لارادة
الكثرة .

ومنعوا في المعدود والمسوح وهو المقدر بالذراع أو الشبر أو بالباغ ونحو ذلك ،
وجاز بيع الجراف في غير الأربعة مما لا تمصداحاده (٢) وذكر ابن اطفيش الإجماع على
جواز بيع الطعام جزافا (٣) .

شروط بيع الجراف : (٤)

ولجواز بيع الجراف عند الفقهاء شروط أذكرها مرتبة كما جاء في كتب السادة المالكية
ثم أشير الى بقية المذاهب أثناء البحث فيها :

الشرط الأول :

ان يكون المشتري والبايع جاهلين بقدره ويحترز بهذا القيد فيما اذا علمه أحدهما فقط
لا فيما اذا علماه لأنه في هذه الحالة يخرج عن كونه جزافا (٥) .

ويجوز العقد حينئذ ، أما لو علمه أحدهما فلا يجوز بيعه جزافا كان يعلم قدر المبيع
كبال أو وزناً أو عددا وجهله الآخر فانه لا يجوز العقد (٦) .

وان تبايعا جزافا ويعلم أحدهما قدره والآخر يجهله ثم حصل العلم لأحد المتبايعين

(١) التاج المذهب ٢ : ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

(٢) الأربعة . المكيل والموزون والمعدود والمسوح .

(٣) النيل ٤ : ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٤) أكثر من كتب وفصل في هذا الامر المذهب المالكي الا انهم اختلفوا في عددها فالدردير
ذكر عددها سبعة والعدوي ذكرها عشرة والقراقي ذكر الجواز في خمسة والمنع في ثلاثة
والجراف والصحة معافى سبعة . الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وكفاية الطالب الرباني
٢ : ١٤٧ وتهذيب الفروق ٣ : ٢٤٢ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ .

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ والعدوي على كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٤٩ وسراج

السالك ٢ : ١٢٧ وجواهر الاكليل ٢ : ٨ وبلغة السالك ٢ : ١١ .

جزافاً بعد البيع بأن الآخر يعلم قدره حين البيع فيخبر غير العالم بقدره وقت البيع بفسخ البيع لان العالم بقدره قد غره .

وابن رشد يقول : ما يعد أو يكال أو يوزن لا يجوز بيعه جزافاً الا مع استواء البائع والمبتاع في الجهل بعدما يعد منه ووزن ما يوزن وكيل ما يكال (١) لانه متى علم ذلك أحدهما وجهله الآخر كان العالم بذلك غر الجاهل وغشه ولذلك يثبت له الخيار كظهور عيب في السلعة دلس به البائع على المشتري (٢) .

وان أعلم العالم الجاهل بعلمه بقدر المبيع أو علم به الجاهل مسن غيره فالبيع فاسد للغرر والخطر ثم مثل بتشبيه كبيع الأمة المغنية بشرط كونها مغنية لاستزادة ثمنها فهو بيع فاسد (٣) .

قال مالك : ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافاً وكم على المشتري كيلها فان ذلك لا يصح فان أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتبه كيله وغره ، وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري بذلك فان المشتري ، ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ، ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك (٤) . فقد أثبت هذا النص الخيار .

قال ابن رشد : (ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافاً ممن يجهل الكيل) ثم قال بعد ذلك (والمزابنة النهي عنها عند مالك من هذا الباب) (٥) .

وذكر الباجي (أن لا يعلم المتبايعان ان أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره) (٦) وهذه الصيغة التي جاء بها الباجي تختلف عن الصيغة التي جاء بها ابن رشد ، اذ صيغة ابن رشد تدل على عدم جواز العقد اذا كان أحدهما يعلم والآخر يجهل ، ويجوز بيع المكيل مسن يجهل الكيل .

(١) المراد بابن رشد الجدل لأن ابن رشد الحفيد قد تأخر رأيه كما سرى .

(٢) جواهر الاكليل ٢ : ٨ وحاشية العدوى ٢ : ١٤٩ .

(٣) جوائز الاكليل ٢ : ٨ وتهذيب القروق ٣ : ١٤٣ .

(٤) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٨ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٧٢ .

(٦) المنتقى للباجي ٥ : ٨ .

أما ابن جزىء فقد ذكر لهذا الشرط صيغة (أن يستوي البائع والمشتري في العلم بمقداره وفي الجهل به) (١) وهذه الصيغة التي جاء بها ابن جزىء ، أن يبيع الجزاف إذا كان البائعان عالمان أو جاهلان على حد سواء ، فالجزاف صحيح وان علم أحدهما وجهل الآخر فلا يجوز بيع الجزاف عنده .

قال الباجي : (فان معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوماً فيجب أن يكال أو يعرف والمبتاع فيه البائع ، فان انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر فلا يجوز هذا العقد) (٢).

وقد استدل على ذلك بالحديث المروي عن أبي هريرة قال نهى رسول ﷺ عن بيع الحصة وبيع الغرر . واستدل أيضاً من جهة المعنى ، بأنه باع جزافاً ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه فلم يجز فكأنه بهذا كمن يقول لآخر : أبيعك ملء هذه الغراره وهو يعلم كيلها .

ومن هذا التقرير للباجي فان العقد يفسخ اذا وقع بالصورة السابقة ، فقد روى ابن حبيب عن مالك أنه قال (يفسخ ولا يلزم) (٣) .

ويقرر الباجي أيضاً : فان علم ذلك البائع وكنتم صاحبة فهو عيب يرد به المبتاع على البائع ان شاء .

أما المعداد فان كانت مقاديره لا تتفاوت بالصغر والكبر فقد ذكر الباجي أن حكمه حكم المكيل والموزون .

وأما المعداد الذي تختلف مقاديره وتتفاوت كالكثاء والبطيخ قال ابن الجوزاء اذا عرف أحد المتبايعين عددها أو غيره لم يجز بيعه جزافاً .

ولذا نجد الباجي يفرق بين صورتين فيما كان يعلم مقدار المبيع وفيما اذا كنتم على المشتري على النحو التالي :

(كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري

(١) القوانين الفقهية ٢٣٩ .

(٢) المنتقى للباجي ٥ : ٨-٩ .

(٣) المنتقى للباجي ٥ : ٩ .

فان علم عدده البائع قباعه جزافاً ولا يعلم المشتري بعلمه كذلك فان ذلك كالعيب الذي للمبتاع الرد به أو الرضا به ولا يفسد بذلك البيع ووجهه أن الذي يفسد البيع انما هو معرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل فيقدم في ابتياعه على هذا الغرر وهذا معلوم في مسألتنا (١) .

أما الخفية فيبيع الجزاف المشار اليه مبيعاً كسان أو ثمتاً لا يحتاج الى معرفة قدره ووصفه ، وجهالة الوصف لا تضر اذا لا يمنع التسليم والتسلم (٢) وشرط جواز بيع الجزاف أن يكون مميزاً مشاراً اليه ، لأن المستحق بالبيع هو المشار اليه (٣) .

والشافعية : يشترطون لصحة بيع الجزاف اذا لم يعلم واحد منها قدرها كيلا ولا وزناً ويكتفون بالمشاهدة فقط (٤) .

وفي هذا يوافقون الخفية في بيع الجزاف بالمشاهدة فقط الا أن الخفية يعتبرون المبيع المشار اليه لا تضره الجهالة أبداً .

والحنابلة : يشترطون في بيع الصبرة جزافاً اذا علم أحدها ولم يعلم الآخر بثلاثة شروط :

(١) البيع جائز الا أن محد قال لا يعجبني اذا عرف كيلاه الا بشرط أن يخبر صاحبه وفي رواية محمد بن الحكم عن أحمد أن البيع صحيح لازم ، لأن المبيع معلوم لها ولا تغريم من أحدها وصار كما لو علم المتبايعان كيلاه أو جهلاه . وأن استواءها في العلم والجهل أبعد من التغريم ، وانما كراهة أحمد كراهة تنزيه .

(٢) ثبوت الخيار : لأنه بمنزلة التدليس فان علم به المشتري فلا خيار له لدخوله على بينة من الأمر .

وان لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيار في الفسخ . وهذا موافق لرأي الامام مالك رضي الله تعالى عنه ، لانه غش وغدر من البائع فصح العقد معه ولكن يثبت للمشتري الخيار .

(١) المنتقى ١٠٠:٥ والصحيح وهذا معدوم وبذلك يصح سياق الكلام .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

(٣) الزيلعي ٤ : ٥ .

(٤) المجموع شرح المذهب ٩ : ٣٤٣ .

(٣) ان البيع فاسد لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد (١).

والشيعة الزيدية كما جاء في الروض النصير عن البحر، الاجماع على جوازه حيث علماه جميعاً أو جهلها . فلو علم قدره أحدهما دون الآخر فظاهر اطلاق الحاروي أنه يفسد العقد، اذ العالم مظنة للغرر .

وهناك احتمال بأن يحمل اطلاق الهادي على ما لو كان العالم هو البائع دون المشتري اذ الغرر انما يكون من جهته وقد نص القاسم بأن للمشتري الخيار دفعاً لخيانته .

وقيل يحتمل : أن البيع يصح مع علم البائع ويخير المشتري الجاهل لأجل معرفة قدر المبيع ذكر هذا أبو طالب للمذهب .

وذهب المؤيد بالله والامام يحيى : الى صحة بيع الجزاف مطلقاً وان علم أحدهما دون الآخر اذ لا غرر مع المشاهدة (٢) .

وهذا الرأي يوافق رأي الحنفية والشافعية ، والذي أراه أن بيع الجزاف مع المشاهدة هو بيع صحيح، اذ المشاهدة تنفي الجهالة، أما كون أحد المتبايعين يعلم بمقداره والآخر يجهله فاني أرى أن البيع صحيح ولكن يثبت للجاهل الخيار ليدفع الغرر عنه والله أعلم .
والشيعة الاباضية : يشترطون أن يكون المتبايعان جاهلين بمقداره .

أما ان علم أحدهما بالمقدار والآخر يجهل المقدار فللجاهل الخيار ، وقيل لزم على العالم أن يخبر الجاهل بمقداره .

وقيل للمشتري الخيار ان علم البائع وان علم للمشتري بالمقدار و جهل البائع فسد البيع، أما اذا أعلم البائع المشتري بأنه عالم بالمقدار فسد البيع لان ذلك مقامره (٣) .

الشرط الثاني : رؤية المبيع حين العقد :

فمن باع صبرة بضمن جميعها وأن البيع قد تناول جميعها ولم يبيع على قدر ما يعتبر به زيادتها عليه، أو نقصها عنه فالبيع جائز، ذكر ذلك عن مالك رحمه الله والوجه في ذلك :

(١) المغني لأبن قدامة ٤ : ٩٦، ٩٥ .

(٢) الروض النصير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٧ والبحر الزخار ٣ : ٣٢٠ .

(٣) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

أن هذا مرئي يتأتى فيه الخزر ، ويقبل فيه الغرر ، ولا يظهر فيه القصد الى المخاطره والمغايبه .
وأما الغائب الذي لم يتقدم رؤيته أو الثابت في الذمة فلا تتأتى حزره فلم يصح بيعه
جزافاً ، وقد فسر هذا سحنون من قول ابن القاسم بأن لا يكون الا بالنظر ، وعلى هذا لا
يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة الا مدارعة في رؤية أشهب وابن نافع عن مالك
وذكر سحنون مثله (١) .

حكم الرؤية السابقة على العقد :

لا يشترط في الجزاف الحضور مطلقاً سواء كان زرعاً قائماً أو صبرة طعام أو غيرها
وانما يشترط في الجزاف الرؤية بالبصر ، سواء كانت مقارنة للعقد أو سابقة عليه ، وهذا
اختيار ابن رشد وهو قول ابن حبيب ، وعلى هذا تكفي الرؤية السابقة بشرط استمرار
المعرفة لوقت العقد .

أما رواية ابن القاسم عن مالك وعلى ما في المدونة يشترط في بيع الجزاف كله أن يكون
حاضراً حين العقد لكن يستثنى منه الزرع القائم والثمار في رؤوس الأشجار فقد اغتفر فيها
عدم الحضور ان تقدمت الرؤية ، فعلى هذا فالرؤية السابقة على العقد لا تكفي (٢) .

والمقصود من الرؤية حين العقد عند من اشترطها حصول المعرفة بالمبيع وانتفاء
الجهالة عند حصول العقد وابعاده وهذا يستوي فيه الصبره والزرع القائم والثمرة في رؤوس
الأشجار وكون الزرع والثمرة بعد العقد ان وقع فيها معرفة قدرهما وقت العقد (٣) .

استثناء بيع الحاضر على الصفة بدون رؤية :

لأن الحاضر لا يكتفي فيه بالصفة على المشهور الا لعسر الرؤية وذلك كقلال الخل
المختومه اذا كان في فتحها مشقة وفساد فيجوز بيعها بدون فتح أي بدون رؤية (٤) ولكن
يشترط في القلال أن تكون مملوءة أو يعلم المشتري نقصها ولو باخبار البائع بصفة ما فيها (٥) .

(١) المنتقى ٥ : ٨ والعدوي ٢ : ١٤٩ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وبلغة السالك ٢ : ١١ وتهذيب الفروق ٣ : ١٤١ .

(٣) تهذيب الفروق ٣ : ١٤٢ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وتهذيب الفروق ٣ : ١٤٢ وجواهر الاكلیل ٢ : ٨ .

(٥) العدوي ٢ : ١٤٨ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ .

رؤية بعض المبيع :

ويكفي رؤية بعضه المتصل بباقيه كالصبرة يرى ظاهرها والغرارة والحاصل الكبير (١) وكروية بعض مغيب الأصل (٢) .

وان كان مليء وعاء كظرف وغرارة وقفة مملوءة مسن حنطه بدرهم ، أو قارورة يملؤها زيتا بدرهم ، ولو كان ممتلئا وباع ما فيه مثله ثانيا بعد تفريغه ، فلا يجوز لعدم رؤية مثله ثانيا حين العقد ، وذلك لأن الظرف أو القفة أو الغرارة ليس مكيالا معتادا ، ويستثنى من ذلك مما جرى العرف بأن ضمانه من بائعه اذا تلف قبل تفريغه كسلة تين أو زبيب يجعله المكيال المعلوم فيجوز بيع ملئه فارغا ويبيع ملئه الحاضر مع ملئه ثانيا بعد تفريغه لانه بمنزلة المكيال المعلوم (٣) .

بيع الجزاف من الاعمى :

اذا كان من شروط صحة بيع الجزاف أن يكون مرثيا بالبصر لكل من البائعين والمشتري ، وعلى هذا فلا بد من أن يكون البائع والمشتري بصيرا ، فلا يجوز بيع الاعمى وشراؤه جزافا لاشتراط رؤية العقود عليه (٤) .

أما الحنفية فان اشتراط الرؤية لبيع الجزاف شرط عندهم ، قال الزيلعي : وشرط جواز الجزاف أن يكون مميذا مشارا اليه (٥) . والشافعية والحنابلة يشترطون الرؤية أيضا (٦) .

والشعبة الزيدية يشترطون بيع الجزاف اذا كان مشاهدا أو في حكم المشاهد نحو ما يكون في ظرف حاضره (٧) ، وكذلك عند الشيعة الاباضية تشترط أن يكون المبيع مرثيا ، اذلا يجوز بيع الغائب (٨) .

(١) الحاصل . مخزن الحبوب .

(٢) العدوي ٢ : ١٤٨ .

(٣) جواهر الاكليل ٢ : ٨ ، والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢١ وبلغة السالك ٢ : ١١ .

(٤) العدوي ٢ : ١٤٨ .

(٥) الزيلعي ٤ : ٥ .

(٦) المغني لابن قدامة ٤ : ٢٩٣ والمهذب ١ : ٢٢٢ .

(٧) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٧ .

(٨) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

ان يعتاد الحزر في ذلك أي أن يكون المتبايعان من أهل الحزر بأن يكونا من قوم اعتادوه وأن يحزرا بالفعل ، فان لم يعتادا أو اعتادا احدهما لم يجز (١) .

وان اختلفت عادتتهما في حزر قدر كيله ووكلا من يحزره بالفعل جاز فالشرط حزر المبيع بالفعل من أهل الحزر سواء كان الحزر منها أو ممن وكلاه (٢) .

وعلى هذا فلا يجوز بيع عصافير حية بقفص ونحوها مما يتداخل من الطير لانه يدخل بعضه تحت بعض فلا يمكن حزره، وكذلك لا يجوز بيع حمام برج لعدم امكان حزره فان حزره جاز ، واشراطهم بأنها حية لان بيع المذبوحة جزافا جائز (٣) .

والشافية يشترطون بأنه لا بد من معرفة المقدار أو التمكن من تخمينه (٤) .

والشعبة الاباضية يشترطون أن يكون المبيع مالا يكثر جدا اذ لا يتوصل الى تحزيره (٥) .

الشرط الرابع :

ان يكون كثيرا لا جدا فان قل جدا بحيث يسهل عده أو كثر جدا بحيث يتعذر حزره لم يجز بيعه جزافا (٦) . اذ معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوما فيجب أن يكال أو يعرف (٧) .

وأما ما قل جدا بحيث يسهل كيله أو وزنه فيجوز بيعه جزافا ، لان المشقة لا تعتبر

في جواز بيع المكيل والموزون جزافا (٨)

(١) الخريشي ٥ : ٢٨ والدسوقي على الشرح الكبير ٢ : ٢٠ وتهذيب الفروق ٣ : ١٤٣ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وبلغه السالك ٢ : ١١ .

(٣) جواهر الاكليل ٢ : ٨ .

(٤) مجموع ٩ : ٣٤٥ .

(٥) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

(٦) تهذيب الفروق ٣ : ١٤٣ .

(٧) المنتقى ٥ : ٨ .

(٨) تهذيب ٣ : ١٤٣ .

والدسوقي يرى أن المعلوم لا يباع جزافا الا اذا كان في عده مشقة بخلاف المكيل والموزون فانه يباع كل منها جزافا ولو لم يكن مشقة في كيله ووزنه وذلك لان المكيل والموزون مظنة المشقة لاحتياجها لآله بينا المعلوم فانه متمسر لغالب الناس (١) .

والشعبة الاباضية يشترطون كذلك بأنه لا يمكن عده بلا مشقة (٢)

الشرط الخامس:

ان تستوى أرض المبيع من انخفاض وارتفاع في ظن المتعاقدين حال العقد وان يكشف الغيب من الاستواء . فان علما أو احدهما عدم الاستواء حال العقد لم يجز ، وان كشف الغيب عن عدم الاستواء يثبت الخيار لمن عليه الضرر منها .

ويفصل الخرشى في هذا الكشف : ان كان في الارض علو ، فالخيار للمشتري وان كان فيها حفرة فالخيار للبائع فهو شرط في الجواز فان انتهى هذا الشرط لا يجوز البيع ويخير من عليه الضرر منها .

وقال البساطي : استواء الارض انما هو شرط في الجواز لا في المبيع جزافا ولكن الجواب على هذا أن شرط الشرط شرط (٣) .

أما الشافعية في بيع الضبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض فبإساعها وهي على هذه الصفة فلهم ثلاثة طرق :

الأول : أن في صحة البيع يأخذ حكم بيع الغائب لانه لم يحصل رؤية تفيد المعرفة . وهو أصحها .

الثاني : القطع بالصحة .

الثالث : القطع بالبطلان وهذا ضعيف وان كان منسوبا الى المحققين كما قال الرافعي .

وبناء على هذه الآراء فمن باع صبرة ثم تبين أن تحتها علوا أو انخفاضاً فالبيع صحيح ولكن يثبت له الخيار ، الا أن وقته معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ - ٢١ .

(٢) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

(٣) العدوى ٢ : ١٤٩ والخرشي ٥ : ٢٩ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠ وبلغه السالك ٢ : ١١ .

أما إذا قلنا بالبطلان ففي ذلك وجهان :

أ - البيع صحيح وللمشتري الخيار كالعيب والتدليس .

ب - يبطل البيع لأن معرفة المقدار تخميناً أو تحقيقاً شرط وقد تبينا فواتها (١) .

والخاتبة يقولون لا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها . فإذا وجد هذا الغش ولم يكن للمشتري قد علم به فله الخيار بين الفسخ . وأخذ تفاوت ما بينهما لأنه عيب ، وإن بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشتري لأنه زيادة له .

أما إذا علم البائع بالغش فلا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة من الأمر وإن لم يعلم فله الفسخ ، ويحتمل أن البائع لا خيار له لأن الظاهر من الأمر بأنه قد باع ما يعلم ، ولهذا الاحتمال لا يثبت له الفسخ (٢) .

والاباضية يشترطون أن تكون الصبرة على أرض مستوية لئلا يعظم الغرر (٣) .

الشرط السادس :

ان لا تكون أفراد المبيع مقصودة : كالثياب والدقيق والحيوانات : وهذا ، استثناء من القاعدة السابقة ولم يعد لمشقة ، لأن المعدود لا يباع جزافاً إلا إذا كان في عده مشقة بخلاف المكيل والموزون فإنه يباع كل منها جزافاً ولو لم يكن مشقة في كيله ووزنه فإن كان في عده مشقة جاز بيعه جزافاً كالجوز وصغار السمك ، فإن قصدت الأفراد ، كالثياب والعييد فلا يجوز بيعه جزافاً إلا أن يقل ثمن أفراد الشيء الجزاف أى أن ما تقصد أفراداً لا يباع جزافاً ولا بد من عده كالثياب والعييد . إلا أن يقل ثمن ما يقصد أفراداً مثل البطيخ والرمان والقثاء والموز فهذه الأنواع لا يضر فيه قصد الأفراد ويجوز بيعه جزافاً .

والخلاصة : أن ما يباع جزافاً ، إما أن يعد بمشقة أولاً ، وفي كل من الأمرين ، إما أن تكون أفراداً مقصودة كالثياب والعييد ، أم لا تكون أفراداً مقصودة كالحبوب والثمار والبيض ، وفي كل ما أن يقل ثمنها أم لا .

(١) المجموع شرح المذهب ٩ : ٣٤٥ .

(٢) المني لابن قدامة ٤ : ٩٤ ، ٩٥ .

(٣) شرح النيل ٤ : ١٤٤ .

فتى عد بلا مشقة لم يجز جزافا قصدت أفراده أم لا قل ثمنها أم لا . رمى عد
بمشقة فان لم يقصد أفراده جاز يبيعه جزافا قل ثمنها أم لا ، واذا قصدت جاز جزافا ان
قل ثمنها ومنع ان لم يقل (١) .

الشرط السابع :

أن لا يكون الجزاف مكيلا مع مائثله : كقمح وشعير مما أصله البيع كيلا مع مكيلا
منه من جنسه كأن تقول اشترى منك هذه الصبرة التي لم يعلم قدرها وهذه الصبرة المعلومة
القدر من كونها عشرة أرادب بثمان واحد أو بثمانين مع العلم بأن العقد دائماً وقع على
الصبرتين معا . فهذا لا يجوز لانه غرر وقع بسبب انضمام المعلوم الى المجهول لأن
انضمامه اليه يصير في المعلوم جهلا .

أما اذا كان المبيع جزاف أرض مع مكيله من الأرض ، كأن نقول بعني مائة ذراع
من أرضك بكذا فهذا لا يجوز للجهل بما يخص المكيلا من الثمن (٢) .

أما اذا باع أرضاً مجازفة والأصل في بيعها مجازفة ، مع معلوم أصله أن يباع كيلا ،
كالقمح بأن يقول شخص لآخر : اشترت منك هذه الصبرة من القمح المعلومة القدر ،
وهذه الارض المجهولة القدر بمائة ، وذلك بمجيء كل منهما على أصله (٣) .

وزاد أبو زيد القيرواني شرطاً ثامناً هو . أن يكون معلوم الجنس كقمح أو شعير
احترزاً مما لو قال اشترى مني صبرة (٤) .

(١) بقي من الجزاف أنها غير جائزة مثل أن تدفع درهما لطار ليعطيك به شيئا من الأبرار من غير وزن
ولا لغوال ليدفع لك بها فولا حارا أو مدسا ولا أن تأتي بجزار وتفق معه على أن يكون لك كوما
من اللحم لتشتره جزافا بل لا بد في الجواز في مثل هذه أن يكون المبيع مجزفا عنده قبل طلبك وأن
تراه عند الشراء ، وقيل أنه لا يشترط عدم الدخول عليه بل يجوز الدخول عليه وهو فسحه ، وهو
القول المختار .

الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢١ والخروشي ٥ : ٢٩ والعمدوي ٢ : ١٤٨ وسراج السالك
١ : ٢٧ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٣ .

(٣) الفرز وأثره في العقود للضرب ص ٢٤٥ .

(٤) كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ٢ : ١٤٨ .

والواقم أن هذا الشرط الذي اشترطه أبو زيد بعيد جداً عن بيع الجزاف فقد قال العدوي عنه : (لا يخفى أن هذا الشرط لا يخص الجزاف) (١) .

وبقي من الشروط ما يتعلق بجزاف الثمن سنقرره في حينه ان شاء الله سبحانه وتعالى والله أعلم . (٢)

بيع الجزاف في القانون :

تنص المادة(٤٢٩) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

(اذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية الى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع) (٣) .

فالجزاف في القانون : اذا كان المبيع مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد . ولا يحتاج في تعيينه الى تقدير ، بل هو معين بالذات ، فالمبيع جزاف . مثال ذلك : اذا باع شخص من اخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه وعين المخزن تعييناً كافياً فان البيع يكون جزافاً ولا يكون في هذه الحالة بالتقدير ، فما دام المبيع لا يحتاج في تعيينه الى تقدير فالمبيع جزاف .

وبيع الجزاف تنتقل ملكية المبيع الى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع ، فاذا باع شخص القمح الذي في مخزنه ، سواء كان يبيعه بسعر اجمالي أو بسعر الوحدة ، ففي هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود في المخزن الى المشتري بمجرد انعقاد المبيع ، وتنتقل كذلك بمجرد انعقاد البيع ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة كبيره قطيع من الغنم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولاً ، فانها تنتقل من حين انعقاد البيع لانها طرأت على ملكه ، ونتيجة لهذا الانتقال ، فان المشتري يتحمل تبعه هلاك المبيع ، فاذا باع صاحب المخزن جميع القمح الذي في مخزنه جزافاً ، ثم احترق القمح قبل التسليم ، فانه يهلك على المشتري لا على البائع (اذا انتقلت تبعه الهلاك اليه بانتقال الملكية فيبقى ملترماً بدفع الثمن للبائع) .

(١) العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٤٨ .

(٢) انظر موضعه من رسالتنا هذه .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٤٤ .

أما في القانون المصري فإنه يجعل تبعة الهلاك على البائع إذا كان قبل التسليم ولكن إذا أعتذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فإن تبعة الهلاك بعد الاعتذار تكون على المشتري لا على البائع ، فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، أعتذر المشتري لتسليم هذا القمح ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فالهلاك على المشتري لا على البائع وهذا والجزاف في القانون ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين ، فالجزاف يبيع تام وليس عقداً غير مسمى ، فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع من الزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات ، فلو باع شخص من آخر عشرين أردباً من القمح ، كان للمشتري اجبار البائع على تسليم هذا المقدار أو الحصول على مثله على نفقة البائع ، وكان للبائع اجبار المشتري على تسلم المبيع ودفع الثمن ، ولكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم التنفيذ لهذه الالتزامات وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب الفسخ (١) .

الجهل بمقدار المبيع في القانون :

فإذا كان المبيع من المثليات فيجب تعيينه بجنسه ونوعه ومقداره ، مثال ذلك أن أبيع منك مائة قطار من القطن الأشموني .

وإذا لم يحدد في العقد مقدار الشيء من حيث العدد أو الوزن أو القياس أو الكيل فيجب على الأقل أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، مثال ذلك : كما لو باع شخص لآخر السهاد اللازم لتسميد عشرة أفدنة ، أو الفحم اللازم لإدارة ما كينة في مسدة معينة أو الاغذية اللازمة لاطعام مدرسة في مدة محددة ، لأن مقدار المبيع وإن لم يكن محددًا في العقد فهو قابل للتحديد (٢) .

فالقانون يشترط أن يكون المبيع معلوم المقدار ، ولكن يشترط علمه وقت العقد إذا كان بالإمكان تعيين المقدار في المستقبل .

(١) الوسيط ٤ : ٢٢٧ - ٢٢٤ .

(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ٢٠٢ - ٢٠٣ .

المبحث الثالث

جهالة العين

الأساس في العقود والشروط كما علمنا مما سبق هو التراضي ، ولذا يجب أن يكون المبيع معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي الجهالة المؤدية الى النزاع منعاً للغرر بين المتعاقدين ، وهذا شرط متفق عليه بين الفقهاء عامة لورود الآثار عن الرسول بالنهي عن عقد هذا شأنه .

على أن الجهالة قد تكون يسيره وقد تكون فاحشة ، وهذه هي التي تمنع أن يكون المبيع موضوع العقد ، والعرف هو الحكم في بيان أنها جهالة يسيرة أو فاحشة ، والجهالة تارة تكون في تعيين العقود عليه (١) ، وتارة تكون في جنس المبيع ، وتارة تكون في تسوع المبيع .

فالجهالة في تعيين العقود عليه ، تكون في الأشياء المتفاوتة غالباً كبيع عبد من عبيد ، وثوب من أثواب ، أو شاة من هاتين الشاتين ، أو ثوباً من هذين الثوبين ، فالبيع باطل في الجميع .

أما جهالة الجنس ، بأن لا يذكر أن المبيع قطن أو حيوان أو ثوباً من الصوف أو سيارة . أما جهالة النوع : كأن يقول بعثك قطناً ولم يذكر من أي نوع هو فالعقد لا يصح في ذلك .

حكم جهالة التعيين :

اختلف الفقهاء في هذه الجهالة على رأيين : المانعون لهذا البيع والمحوزون لهذا البيع .

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ وتواعد الأحكام لمصالح الانام ٢ : ١٧٧ .

المجوزون لهذا البيع :

والمجوزون لهذا البيع هم الحنفية فإنهم يجوزون بيع عبد من ثلاثة أعبد وثوب من ثلاثة أثواب لا فيما زاد بشرط الخيار (١). لأن المبيع يجب أن يكون معلوماً علماً يمنع من المنازعة فإن كان المبيع مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة ففسد البيع ، وإن كان المبيع مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا يفسد ، ثم فرعوا على هذا ما يأتي :

بيع شاة من قطع :

ولو أن رجلاً باع شاة من هذا القطيع ولم يبين الشاة المبيعة فإن البيع فاسد، لأن الشاة من القطيع مجهولة جهالة مفضية إلى المنازعة، وذلك لأن التفاوت بين الشياه، متفاوتاً فاحشاً ، مما يوجب فساد البيع .

أما لو عين الشاة وسلها إلى المشتري ورضي بها جاز البيع ويكون ذلك ابتداءً ببيع بالمرضاة ، ولأن البياعات إنما شرعت للتوسل إلى استيفاء النفوس إلى اقتضاء آجالها ، والتنازع يقضي إلى التنافي فيتناقض ، ولأن الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم (٢) .

بيع ثوب من هذا العدل :

فلو قال بعثك ثوباً من هذا العدل ، ولم يعين الثوب ، فالبيع فاسد ، كما لاحظنا في بيع شاة من قطع .

بيع ثوب من ثوبين أو ثلاثة أو أربعة بشرط الخيار في تعيينها :

إذا اشترى ثوباً من ثوبين أو ثلاثة على أن له خيار التعيين فالبيع جائز استحساناً، أما من ناحية القياس فالبيع فاسد، وذلك لأن المبيع ، أحد الأثواب ، غير معين فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع .

وجه الاستحسان أنه في معنى ماورد فيه الشرع وهو خيار الشرط الذي شرع للحاجة إلى دفع العين ليختار ما هو الأوفق له والأرفق .

(١) رحمة الامة في اختلاف الأئمة ١ : ١٦٢ والميزان الكبرى للشمراي ٢ : ٦٦ .

(٢) بدائع الصنائع لكاساني ١٥٦:٥ .

أما الاحتياج الى هذا النوع من البيع متحققة لأنه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته أو اختيار من يشتره لأجله كامرأته وابنته ، والبائع لا يتمكن من حل الثوب الى المشتري الا بالبائع ، فكان باعتبار الحاجة في معنى ماورد به الشرع ، الا أن المشتري باشرطه خيار التعيين قد استبد بالتعيين فلم يبق له منازع ، فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة ، فالمنازعة قد اندفعت باشرطه الخيار لنفسه ، سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر ، والحاجة انما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسيط والردى ، فيه والزائد يقع مكرراً غير محتاج اليه (١) .

والذي يظهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيسار التعيين بالمشتري ، لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما لاومه فيه فيرد جانب البائع الى القياس .

وهل يشترط وجود خيار الشرط مع التعيين ؟ اختلف فقهاء الحنفية في ذلك :

فرواية الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقاً لا قيدياً وصححه فخر الاسلام فقال : الصحيح عندنا أنه ليس بشرط . وأما من اشترط وجود خيار الشرط مع خيار التعيين فقال : (وجه الاشتراط أن القياس بأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد ، وإنما جاز استحساناً بوضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام) (٢) .

أما زفر من الأحناف فقد خالفهم في عدم جواز خيار التعيين جرياً على القياس :

فقال : (ما زاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس ، في الثلاثة والاثنين ، لأن المبيع مجهول فانه أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها ، وجهالة المبيع فيما يتفاوت بمنع صحة العقد ، ألا ترى أنه لو لم يسم لكل ثوب ثمناً كان العقد فاسداً لجهالة المبيع ، وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً فكذلك اذا اشترط الخيار ، لأن شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله) (٣) .

(١) فتح القدير والبايرتي والهداية ٥ : ١٣٠ والبحر الرائق ٦ : ٢٣ والأصل ١٣٥ - ١٣٦ وتبيين

الحقائق شرح كثر الدقائق للزيلعي ٤ : ٤٨ والمبسوط للرخسي ١٣ : ٥٥ وتحفة الفقهاء ٢ : ١٢٦ ، ٦٣ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٣١ ومجمع الأنهر ٢ : ٣١ ، ٣٢ ، والدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر ٢ : ٣١ .

(٣) المبسوط ١٣ : ٥٥ وقد استعمل الرخسي الغرور مكان الفرر .

أما موقف المالكيه من بيع الاشياء من متعدذ فانهم كالحنفية الذين لا يجوزون اذا لم يكن للمشتري الخيار .

والذي أراه : أن البيع في مثل هذه الصورة بيع باطل لجهالة المبيع ؛ اذا لفرق بين أن يبيع ثوباً من ثوبين أو من ثلاثة فالبيع في كلا الأمرين مجهول وجهالة المبيع وعدم تعيينه يمنع صحة البيع كما ذهب اليه الحنفية .

أما من ناحية التوسع على الناس والرأفة بهم وأن الكثير لا يجب أن تخرج زوجته وابنته لتشتري ما تحتاجه من ملابس وأن تآكس التجار ، وهو لا يستطيع اختيار ماتريده فجاز هذا الاستحسان وهو قول سديد في غاية الدقة .

بيع عدد من جملة معدودات متفاوتة :

فلو باع عدداً من جملة معدودات متفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم وجملة البطيخ أكثر مما سمي فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية الى المنازعة ، فان عزل البائع ذلك القدر من الجملة وحصل التراضي عليه فهو بيع جائز ، لأنه يصير بيعاً مبتدأ بطريق التعاطي وتصحيح البيع على المعرول يفيد جواز البيع بالمراضاة .

وان حصل البيع على هذا القطيع من الغنم على أنها مائة شاة بكذا فان وجده على ما سمي فالبيع جائز ، وإن وجده أزيد فالبيع فاسد في الكل سواء ذكر لكل ثمناً واحداً أو ذكر لكل شاة بها ثمناً على حده ، وذلك لأن كل شاة أصل في كونها معقوداً عليها ، والزيادة لم تدخل تحت العقد ، لأنه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعه وهي مجهولة ، فكان الباقي مجهولاً ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعاً مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولاً ، وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمي له ثمناً أو لم يسم ، وكذلك ان وجده أقل مما سمي فان كان لم يسم لكل واحدة منها ثمناً فالبيع فاسد لأن الثمن مجهول ، لأنه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول ، والتفاوت فاحش بسين شاة وشاة فصار ثمن الباقي مجهولاً ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة (١) .

بيع رطل من لحم :

إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضوع فالبيع فاسد ، أما

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ ، ١٦٢ .

إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلاً بكذا أو قال زن لي من هذا الفخذ فالبيع فاسد على قول أبي حنيفة في السلم (١) ، وعلى قياس قولهما يجوز ، وهناك رواية أخرى عن محمد رحمه الله أنه يجوز (٢) .

وأرى أن بيع مقدار من هذا اللحم لا يجوز ، لأن الجهالة فاحشة باعتبار أن المبيع مجهول لأن اللحم يختلف من موضع إلى آخر دهناً ولحماً ، ولكن ما نشاهده في الأرياف أن الإنسان يشتري الفخذ وآخر الفخذ الآخر وآخر الذراع وهكذا ، وعرف الجزائريون يعرفون المقاطع للذبيحة فأرى عندئذ أن هذا البيع يجوز لانقضاء الجهالة على أساس أنها مشاهدة مرئية وعلى العرف المتبع الذي لا يؤول إلى النزاع .

المالكية :

وذهبت المالكية إلى اشتراط عدم تعيين المعقود عليه بما ينفي الجهالة التي تؤدي إلى النزاع إلا أن الامام مالك لم يتشدد كتشدد الأئمة ولم يعمم ذلك في كل العقود فقد ذكر الامام القرافي رأيه فقال ملخصاً :

وردت الأحاديث الصحيحة في نهيهِ عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول واختلف العلماء بعد ذلك . فمنهم من عممه في التصرفات وهو الشافعي ، فنع من الجهالة في الهبة والصدقة والابراء والخلع والصلح وغير ذلك . ومنهم من فصل وهو مالك ، فقد انقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام : طرفان وواسطه . فالطرفان ، أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه ، وثانيهما : ما هو احسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والابراء فان هذه التصرفات ان قامت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه ، فانه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول اذا فسات بالغرر والجهالات ضاع المال المبدول في مقابلته ، فأقتضت حكمة الشرع بمنع الجهالة فيه

أما الاحسان الصرف ، فلا ضرر فيه فاقترضت حكمة الشرع التوسعة فيه بكل طريق

(١) ولا يجوز السلم في اللحم في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسننه وموضعه لأن الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ، وأبو حنيفة يقول : ان الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرنا من وجهين : من جهة المزال والسمن ، والثاني من قلة العظم وكثرته .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ وأنظر الاختيار في تعليل المختار بهذا الصدد ٢ : ١٥٨ .

بالمعلوم والمجهول . فاذا وهب له عبده الآبق ، جاز أن يجده فيحصل له ما ينفع به ، وان لم يجده لا ضرر عليه لأنه لم يبدل شيئاً . ثم ان الأحاديث وردت في البيع ونحوه ، فلا يلزم مما نقول مخالفة نص صاحب الشرع .

أما الوساطة بين الطرفين ، فهو الزواج . فهو من جهة أن القصد منه المودة والألفة لا المال ، يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال مهراً للزوجة ، يقتضي امتناع الجهالة والغرر . فلو جاز الشبهين توسط مالك ، فجاز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو شورة (١) بيت ولا يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد ، لأن الأول يرجع فيه الى الوسط المتعارف ، والثاني ليس له ضابط فامتنع (٢) .

أما موقف المالكية من بيع الأشياء من متعدد فانهم كالحنفية الذين لا يجوزون اذا لم يكن للمشتري الخيار .

أما خيار التعيين عند المالكية فهو (بيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه كأبيك أحد هذين الثوبين على البت بدينار وجعلت لك يوماً أو يومين تختار فيه واحدا منها) (٣) .

والمالكية يشترطون لصحة البيع من خيار التعيين من أن يكون المبيعان متحدين جنساً وان اختلفا كثوب ودابة ، أو صنفاً كرداء وكساء ، لم يصح البيع للجهل بالمبيع إن اتحد الثمن ، فان كان الخيار لها جاز ، والاختلاف انما يكون في الجنس والصفة والرقم والجودة والرداءة ، واذا كان الاختلاف بالجودة والرداءة لا يقتضي الفساد لعدم الغرر به (٤) .

فالحنفية لا يشترطون اتحاد الثمن بينا المالكية يشترطون اتحاد الثمن والأعداد تكون متقاربه (٥) لا متفاوتة بينما الحنفية الأعداد متفاوتة .

(١) شورة : أثاث وجهاز .

(٢) الفسوق للقرافي ١ : ١٩٤ - ١٩٥ في الفسوق الرابع والعشرين وانظر الفقه الاسلامي للاستاذ عيسوي احمد عيسوي ٤٤٠ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٠٦ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٨ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٢ .

(٥) الأعداد متقاربه : لان اتحساد الثمن لا يكون الا في الأعداد المتقاربه بينما الأعداد المتفاوتة لا يتصور ذلك .

والذي أراه أن المالكية قد اشترطت اتحاد الثمن ، والحنفية قد اشترطت التفاوت بين السلع ، وكلا الأمرين غير سديد ، إذ يحتاج الانسان الى أشياء متعددة بثمن واحد ، كأن يشتري عدة كتب مختلفة الاجناس متحدة الأثمان فيختار من له خبرة بقيمة الكتب فيختار أحسنها ، وكذلك قد يشتري الانسان كتباً مختلفة منها ما هو من جزأين أو ثلاثة . . . ولكنها مختلفة الأثمان ليختار منها ما هو الأصلح وهذا أمر قد تعارف الناس عليه وليس فيه كما أرى ضرر .

شروط صحة خيار التعيين في الأشياء المتعددة :

لقد اشترط الفقهاء لصحة العقد مع خيار التعيين ثلاثة شروط :

١ - أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء على الأكثر لأن في الثلاثة موضعاً للخيار لمن يريد .

٢ - أن تكون هذه الاشياء متفاوتة فيما بينها وثمن كل منها معيناً ؛ والا كان الخيار عبثاً ان لم تكن مختلفة (١) او كان الثمن مجهولاً ، ومن شروط صحة البيع معرفة الثمن .

٣ - ان تكون مدة الخيار معلومة ولا تزيد على الثلاثة أيام عند أبي حنيفة بينما أبو يوسف ومحمد جعلوا مدة الخيار معلومة دون تحديد لها والى هذا الرأي مال الزيلعي (٢) ، بينما أرى أن مدة الخيار يجب أن تكون محددة ولكن بحسب المبيعات ، فمن المعلوم أن مدة خيار الخضار قليلة لكي لا يتعرض لها الفساد ، بينما شراء معمل يحتاج الى وقت أكثر لفحصه واختياره فيحتاج الى وقت يكفيه . والله أعلم .

الشافعية :

وذهب الشافعية الى اشتراط العلم بالمبيع سواء كان المبيع من عقود المعاوضات المالية ، والمعاوضات غير المالية كعقد الزواج ، وعقود التبرعات كاهبة والوصية والوقف .

(١) جالفت في ذلك المالكية واشترطوا ان تكون الاشياء متقاربة متحدة الثمن .

(٢) تبين الحقائق شرح كثر الدقائق للزيلعي ٤ : ٢١ والبدائع ٥ : ٢٦١ .

قال الشيرازي : (ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة ، ويجوز أن يبيع « قفيز » من صبرة ، لأنه اذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر) (١) .

قال الأصحاب : ليس معنى أن من شروط المبيع كونه معلوماً العلم به من كل وجه بل المشروط علم عينه وقدره وصفته ، وعلى ذلك فلو قال بعثك أحد عبيدي ، أو أحد عبيدي هذين ، أو شاة من هذا القطيع ، أو من هاتين الشاتين ، أو ثوبا من هؤلاء أو من هاتين ، أو ما أشبه ذلك ، فالبيع في كل الصور باطل ، لأنه غرر لا حاجة الى تحمله .

ثم ان الشافعية عندهم أن الاستثناء من هذه الأشياء لا يصح سواء تساوت قيمهم وقيم الشياء والأثواب أم لا ، فلو قال بعثك هذا القطيع الا شاة لا يصح ، وكذلك فسان الشافعية لا يعملون بخيار التعيين (٢) .

ويستثنى ما اذا باع صاعاً من صبرة مجهولة الصيعان ، فانه على غرر من تعين الصاع ، يشبه ما لو أشار الى صاعين متفرقين فقال بعثك أحد هذين الصاعين ، الا أن في بيع صاع من صاعين غرراً لا تمس الحاجة اليه اذ يمكنه ايقاع المبيع على أحد الصاعين ، ولا يمكن ايقاع البيع على صاع معين من الصبرة ولو شرط فصل الصاع من الصبرة ، ولو وقع العقد عليه معينا لأدى الى مشقة ظاهرة في فصله من الصبرة ، وقد لا يقع البيع بعد فصله أو يتفق ثم يفسخ البيع في مجلس العقد فيؤدي بذلك الى مشقة في الفصل والى مشقة في الرد الى الصبرة .

ولو باع صبرة مجهولة الصيعان واستثنى منها صاعاً فلا يصح هذا البيع ، وذلك لأن المبيع غير مقدر بالكيل ولا بتخمين العيان ، والعيان لا يخمن المقادير الا بعد الانفصال وبما أن التخمين التقديري والحقيقي قد تعذر في هذه الصفة حكم بطلانها ، لأن الجهل بتقديرها وتخمينها غرر لا تمس الحاجة اليه (٣) .

(١) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .

(٢) اللهم الا رأيا شاذاً لا يعمل به حكاه المتولي انه اذا قال : بعثك احد عبيدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من بينهم في ثلاثة أيام أو اقل صح العقد ، وهذا قول شاذ مردود لانه غرر . المجموع

٣١٣ : ٩ .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الانام ٢ : ١٧٧ - ١٧٨ والوجيز للزالي ٨١ .

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى أن بيع المجهول باطل لما فيه من الجهالة والغرر ، وكذلك يبيع الأشياء المتفاوتة كعبد من عبيد ، وشاة من قطيع ، وكشجرة من بستان ، ولو تساوت قيمة العبيد والشياه والاشجار . وعلة المنع عندهم :

١ - الغرر والجهالة .

٢ - أن ما تختلف أجزاءه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ، وكذلك لا يجوز بيعه مشاعاً وما لا يصح بيعه بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه ، فان اشتراط الاختيار يمكن أن يكون قبل العقد فلا حاجة إذن الى اشتراطه (١) .

أما بيع المبهات من الأعيان المتساوية المختلطة فانه يصح البيع وذلك كقفيز صبرة (٢) .

كما أنه لا يصح بيع العبيد واستثناء أحد العبيد لا على التعيين ، ولا يعتك هذا القطيع الاشارة غير معينه ، وكذلك لا يصح بيع هذا البستان الا شجرة مبهمة لما في ذلك من غرر ، وأنه يفضي الى التنازع ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن الثنيا الا أن تعلم حتى ولو تساوت القيمة في ذلك من العبيد والشياه والشجر (٣) ، لأن استثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولاً .

الشعية الامامية :

وذهبت الشيعة الامامية الى أن المبيع يشترط أن يكون معلوماً موجوداً عند العقد ، فاذا كان مجهولاً بطل البيع (٤) ، واذا كان المبيع غير معين من متعدد ، فان البيع لا يجوز من غير تعيين ، سواء كانا متساويين في القيمة والصفات ، أم مختلفين ، لجهالة المبيع المقتضية للبطلان فلا يصح بيع عبد من عبيدين ولا من عبيد من دون تعيين ، لأنهم يعلون بخيار التخيير .

- (١) مطالب أول النهي ٣ : ٣١ والمغني ٤ : ٩٩ وكشاف القناع ٣ : ١٦٧ والقواعد لابن رجب ٢٥٠ .
- (٢) القواعد لابن رجب ٢٥٠ لان التقيز من الصبرة اجزاؤها متساوية . المغني ٤ : ٩٩ ، والمبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته الى ما يعرف ميلغه ، المغني ٤ : ٩٧ .
- (٣) كشاف القناع ٣ : ١٦٧ ومطالب أول النهي ٣ : ٣١ .
- (٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٤٩ .

أما إذا كانت الاعداد متساوية من كل وجهة فالبيع صحيح ، كما يصح بيع قفيز من صبرة متساوية الأجزاء والعبيد يضعف تساويهم على وجه يلحقهم بالمثل (١) .

الشيعة الزيدية :

ويصح عندهم بيع مجهول العين إذا كان العقد مخيراً فيه لأحدهما أو لشخص غيرهما معينا مدة معلومة ، كأن يقول اشترت مني شاة من غنمي ، أو ثوباً من أثوابي ، أو داراً من دوري ، على أن تختار أيها شئت في ثلاثة أيام أو نحو ذلك ، فإن البيع يصح ، إذا كان المبيع موجوداً في الملك ، إلا أن البائع يكلف التعيين بعد المدة .

وإذا كان المبيع من الأشياء المتعددة ، ولم يذكر خيار ، أو ذكر الخيار لهما أو لغيرهما غير معين ، أو كانت المدة غير معلومة ، فإن البيع لا يصح .

وإذا كان المبيع من ذوات الأمثال نحو بيع مسد أو رطل من شيء معين وهو لا يختلف فانه يصح ولو لم يذكر خيار ، لأن أجزاءه مستوية فلا يقضي إلى التشاجر (٢) .

الظاهرية :

وذهبت الظاهرية إلى أنه لا يجوز بيع شيء لا يدري بائعه ما هو وإن دراه المشتري ولا ما لا يدري ما هو وإن دراه البائع . وكذلك لا يجوز بيع مساهله جميعاً ، وعلى ذلك فانه لا يجوز البيع الا حتى يعلم البائع والمشتري ما هو ويرياه جميعاً ، أو يوصف لهما عن صفة من رآه وعلمه ، كمن يشتري فص خاتم ولا يدري أزجاج هو ، أم ياقوت فوجده ياقوتاً أم زمرداً فهذا بيع باطل مفسوخ أبداً لا يجوز لهما تصحيحه بعد علمهما به .

وعلة بطلان هذا البيع أنه بيع غرر ، لأنه لا يدري ما ابتاع وما باع وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وهذا أعظم الغرر (٣) .

أما بيع الأشياء المتعددة من جملة ، فانه لا يحل بيع شيء غير معين من جملة مجتمعة لا بعدد ولا بوزن ولا بكيل ، كمن باع رطلاً أو صاعاً أو قفيزاً أو مذياً (٤) أو أوقية من

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣٤٦ ، ٣٤٧ ط ١ التجف الاشراف .

(٢) اتاج المذهب ٢ : ٣٣١ وشرح الازهار ٣ : ٥٧ .

(٣) المحل لابن حزم ٨ : ٤٢٩ .

(٤) مذياً : قفيز شامي وهو غير المد المعروف في الوقت الحاضر .

هذه الجملة من التمر أو البر أو اللحم أو الدقيق ، وهكذا في كل ما يزرع سواء استوت أبعاد كل ذلك أم لم تستو ، وإنما تجب أولاً المساومة فإذا تراضيا كالأوزن أو وزن أو عدد ، فإذا تم ذلك تعاقدنا البيع حينئذ على تلك العين المكيلة أو الموزونة أو المدرعة أو المعدودة ثم بقي بعد ذلك التخيير من أحدهما للآخر فيمضي المشتري بالبيع أو يرد البيع ، فلو تعاقدنا البيع قبل الكيل أو الوزن أو العدد أو الدرغ لم يكن بيعاً وليس بشيء .
وقد استدلووا على ذلك :

١ - بقوله تعالى : **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ** (١) . فحرم الله تعالى أخذ المال بالباطل ، لأنه من غير تراض لأنه لا يكون إلا في معلوم متميز .

٢ - نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ، والغرر يتحقق في أن البائع لا يدري أي شيء باعه والمشتري لا يدري بأي شيء اشتراه وهذا حرام بلا شك (٢) .

هل يشترط ذكر الصفة اذا عرف الجنس والنوع :

وإذا عرف الجنس والنوع فهل يحتاج الى ذكر الصفة أم لا ؟ فهناك وجهان للشافعية :
الأول : لا يحتاج الى ذكر الصفة ويجوز أن يقتصر على ذكر الجنس والنوع ، لأنه مبيع لم يتعلق بالذمة فلم يحتج الى صفة كسائر الأعيان .
الثاني : أنه لا بد من ذكر الوصف ، لأنه يبيع غائب فافتقر الى ذكر الصفة وصار حكمه كحكم السلم يفتقر الى معظم الصفات ليميز بكثرة الصفات عن غيره من الموصوفات .
وعلى هذا يذكر في العبد الرومي الحماسي قده وبدنه وفي ثوب القطن المروي طوله وعرضه ، فأما ذكر جميع صفاته فليست شرطاً باتفاق أصحابنا ، ولكن لو وصف بجميع الصفات فقد اختلف أصحاب الشافعي فيه :
فالبغداديون : يجوز لأنه أنفى للجهالة .

(١) سورة البقرة ١٨٨ .

(٢) المحل لابن حزم ٨ : ٤٢٩ - ٤٣٠ .

والبصريون : لا يجوز لأنه يخرج عن بيع الأعيان ويصير من بيع السلم والسلم في الأعيان لا يجوز (١) .

فالشافية اذن : تشترط لصحة البيع ذكر الجنس والنوع ، فيقول بعتك عبدي التركي أو الحنطة الجبلية ، فإذا أخل بالجنس والنوع فقال : بعتك ما في كمي أو خزانتى ولم يكن البائع والمشتري يعرف ذلك لم يصح البيع ، هذا هو المذهب عندهم وبه قطع الشيرازي والجمهور .

وعندهم وجه ثان : وهو : أنها لا يشترطان ، وبناء عليه فيصح بيع ما في الكم ونحوه ، ووجه ثالث أيضاً : أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع فيقول عبدي . هذا والوجهان الاخيران شاذان ضعيفان حكاهما الخراسانيون (٢) .

فأما ذكر موضع المبيع فختلف بحسب اختلاف المبيع ، فان كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والعقار فلا بد من ذكر البلد الذي هو فيه فيقول بعتك داراً بعمان أو بالقاهرة ، لأن بذكر البلد يتحقق ذكر الجنس ويصير في جملة المعلوم .

وفي نصوص كتب الحنفية ما تفيد أن عدم ذكر الجنس لا ينفي صحة البيع ، ففي حاشية ابن عابدين : (ولو قال بعتك ما في كمي فعاتمهم على الجواز وبعضهم على عدمه) (٣) . لأن الحنفية عندهم أن من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز والمشتري الخيار إذا رآه سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها ، كأن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا .

وفي المبسوط : (٤) الإشارة الى المبيع أو الى مكانه شرط الجواز : لأن المبيع اذا لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع ، لأن انتفاء الجهالة بهذه الإشارة شرط جواز أصل البيع .

ولكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمي جنس المبيع أم لا وسواء أشار

(١) الخاوي للماوردي ٥ : ١١٧ والمجموع ٩ : ٢٢٠ - ٢٢١ .

(٢) المجموع للنوي ٩ : ٢٢٠ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

(٤) نقلاً عن فتح القدير ٥ : ١٣٧ .

الى مكان المبيع أم اليه وهو حاضر مستور أم لا مثل أن يقول بعث منك ما في كمي .

وهناك من يقول لا يجوز البيع للجهالة المبيع من كل وجه (١) . والخلاصة : فالتوفيق لهذه الآراء المتناقضة بين ما قاله عامة المشايخ وما قاله بعضهم يحمل اطلاق الجواز على ما قاله شمس الأئمة وغيره (من لزوم الاشارة اليه أو الى مكانه اذ لا يصح بيع ما لم يعلم جنسه أصلا : أي لا يوصف ولا بإشارة) والمدار في هذه المسألة على نفي الجهالة الفاحشة ليصح البيع .

أما النوع : فيذكر ابن عابدين : لو قال بعثك كرا من الحنطة ، فان لم يكن كل الكرا في ملكه بطل ، ولو بعضه في ملكه بطل في المعدوم وفسد في الموجود ، ولو كان كله في ملكه لكن في موضعين ، أو من نوعين مختلفين ، لا يجوز ولو كان من نوع واحد في موضع واحد ، جاز وان لم يصف البيع الى تلك الحنطة (فهذه العبارة تدل على ذكر النوع عند الحنفية الا أنهم يستعملون الوصف مكان ذكر النوع ولذا نجد كتب الحنفية تذكر ، والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، ويكون بالإشارة اليه لو حضر أو في مجلس العقد ، والا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من المقدرات ، كبعثك كرا حنطة بلدية مثلا بشرط كونه في ملكه ، أو ببيان مكانه انخاص كبعثك ما في هذا البيت (٢) ، ففي ههنا تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية ، فهذا مما يدل على أن الحنفية تشترط ذكر النوع .

والعقود عند المالكية في العين الغائبة على وجهين :

الأول : ما انعقد على وجه الغائبة والمكايسة وهذا لا يصح الا بذكر الصفة أو برؤية متقدمة فيها فان كان بالصفة المستوعبة لمعانيتها جاز ذلك في جميع المبيعات .

الثاني : ما انعقد على وجه المكارمة والمواصلة مثل أن يوليه ما اشترى في يوم ولا يصفه ولا يذكر جنسه من الرقيق والدواب أو العروض على اختلاف انواعها وهذا يصح ، لأن مقتضى التولية المكارمة ولا غرر في هذا العقد ، لأن البائع قد علم صفة ما باع فلا غرر

(١) فتح القدير ٥ : ١٣٧ وحاشية ابن عابدين ٤ : ٥٩٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٠ .

عليه ، والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضاً . أما إذا كان بلفظ البيع فلا يجوز إلا أن يشترط له الخيار ، وذلك أن مقتضى البيع المغابنة والمكايسة ومثل هذا من العقود لا يصح أن يتعقد فيها جهلت صفته وجنسه . فإذا شرط الخيار فقد صرح بالمكايسة وسلمت جنبة المبتاع من الغرر (١) .

أما عن جهالة النوع فقد ذكر القرافي أن الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء منها :
رابعها : النوع كعبد لم يسلمه (٢) .

والحنابلة ذهبوا إلى أن المبيع المعلوم جنسه وقدره المجهول نوعه أو صفته كقوله :
بعثك الثوب الذي في كمي أو العبد الذي أملكه ونحو ذلك ، فقد ذكر أن تيمية عن أحمد
ثلاث روايات :

١ - لا يصح بيعه بحال .

٢ - يصح وإن لم يوصف وللمشتري الخيار إذا رآه وهناك رواية أخرى عن أحمد :
لا خيار له .

٣ - أنه يصح بالصفة ولا يصح بدون صفة وهي الرواية المشهورة عن أحمد .
فالذي يظهر من المذهب الحنبلي : أن المشتري إذا كان له الخيار اندفع عنه الغرر
والجهالة ، بشرط أن يكون المبيع موصوفاً بصفة تدفع الغرر (٣) .

خيار التعيين في القانون : (الالتزام التخييري) :

تنص المادة (٢٧٥) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :
« يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا
أدى واحداً منها ، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على
غير ذلك » (٤) .

(١) المنتقى للبايجي ٤ : ٢٨٦ - ٢٨٧ .

(٢) الفروق للقرافي ٣ : ٢٦٥ وانظر مقدمة الباب الثاني من كتابنا عند الكلام عن تقسيم القرافي للغرر .

(٣) القواعد التورانية لابن تيمية ١١٧ - ١١٨ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٣٦ .

فأداة (٢٧٥) أن الالتزام التخيري إذا كان المبيع أشياء متعددة بأن ذمة المدين تبرا إذا أدى واحداً منها .

أما لمن يكون خيار التعيين عند القانونيين إذا لم يبين الطرفان من له الخيار فإن الخيار يكون للمدين لا للدائن ، إذ القاعدة تقول : « بأن الاتفاق عند الشك يفسر لمصلحة المدين » .

والاتفاق الخاص في التقنين المدني المصري يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين ، وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً وقد يكون اتفاقاً ضمياً ، ولا يشترط القانون المدني المصري الاتفاق الصريح بخلاف التقنين الفرنسي فقد نصت المادة (١١٩٠) « على أن يكون الاتفاق صريحاً وبالرغم من ذلك يذهب بنص الفقهاء الى جواز أن يكون الاتفاق ضمياً » .

وإذا كان مصدر الخيار هو نص في القانون فانه يجوز أن يجعل النص الخيار للدائن لا للمدين ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧٣) من التقنين المدني المصري على ما يأتي : « ٢ - إذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لأمن أو بمقتضى القانون . هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أما إذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا يدخل لارادة المدين فيه ، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً^(١) فمن هذا النص يكون الخيار للدائن وقد يكون الخيار لأجنبي وفي هذه الحالة يكون الاجنبي اما خبيراً فنياً يستشير به أحد الطرفين ، فيكون الخيار في الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير ، أو يكون الاجنبي غير منتم لأحد الطرفين ويكون بمثابة حكم بينها إذا لم يستطيعا الاتفاق على أن يكون الخيار لأحد منهما .

فمصدر خيار التعيين عند القانونيين اما أن يكون الاتفاق كما هو الغالب واما أن يكون نصاً في القانون . ويكون مصدر الالتزام التخيري العقد أو التصرف القانوني بوجه عام ، والمدين يلتزم بارادته أن يؤدي للدائن شيئاً من أشياء متعددة ، والاتفاق ، أو التصرف القانوني يتكفل بتعيين من له الخيار ، المدين أو الدائن ، أما إذا سككت عن هذا التعيين كان الخيار للمدين كما قدمنا (٢) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٣ : ٢٨ - ٢٩ .

(٢) الوسيط ٣ : ١٤٩ - ١٥٢ وعقد البيع للدكتور سليمان مرقص ٧٢ - ٧٤ وشرح القانون المدني الجديد للدكتور كامل مرسي ٦ : ١٦١ - ١٦٥ .

المبحث الرابع

جهالة الاجل في المبيع

وترى الحنفية أن من باع عينا على أن يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلا ، لأنه تغيير لمقتضى العقد ، لأن عقد البيع عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم فكان مغيرا لمقتضى العقد (١) ولذا كان الأجل في المبيع العين باطلا فيكون شرطا فاسدا ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيها فيلحق بالديون لأنها ليست معينة في البيع فيحصل بالأجل الترفيه للمشتري وتمكيننا له من اكتساب الثمن في المدة المضروبة ، ولا ضرورة في الأعيان فبقي التأجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد ، ويجوز تأجيل المبيع الدين وهو السلم ولا يجوز غيره عقد الحنفية ، لأن التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الأعيان ، لأن المبيع العين معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه ، اذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون اضراارا بالبايع من غير نفع للمشتري (٢) .

وأجمع علماء المالكية على أنه لا يجوز بيع الأعيان الى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع الى المتابع بأثر عقد الصفقة .

وأجاز مالك وربيعة وطائفة من أهل المدينة بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب ، وسبب منع الجمهور لبيع العين الى أجل ، لأنه عندئذ يكون من باب الدين بالدين ، ومن جهة ثانية لعدم تسليم المبيع (٣) .

قال الباجي : انه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلا أو غير مؤجل ، فان

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٤ .

(٢) فتح القدر والهداية ٥ : ٢١٩ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٧٤ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ١٦٩ .

كان مؤجلاً لم يجز بيعه بؤجل ممن هو عليه ولا من غيره، لأنه يدخله في بيعه ممن هو عليه فسح دين بدين، ويدخله في بيعه من غير الكائيء بالكائيء، وكلاهما يمنع صحة العقد (١). وترى الشافعية أن بيع العين الى أجل باطل، قال الشافعي: ولو قال أبيعك الى يوم كذا لم يحل حتى يطعم الفجر من ذلك اليوم، واذا قال الى الظهر فاذا دخل وقت الظهر في أدنى الأوقات. ولذا فان الشافعية لا ترى البيع الى أجل أو البيع بدون ذكر أجل وعلى ذلك لو تباعا عن غير أجل ثم لم ينفردا عن مقامها حتى جددا أجلا فالأجل لازم، وان تفرقا قبل الاجل عن مقامها ثم جددا أجلا لم يجز الا بتجديد بيع وانما أجازوه أولاً، لأن البيع لم يكن تم، فاذا تم بالتميز لم يجز أن يجدداه الا بتجديد بيع (٢).

وترى الحنابلة أنه لا بد للمتعاقدين من أن يعلما الأجل بزمان لا يتغير عادة كأول الشهر أو وسطه أو آخره لقوله تعالى: (اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) (٣).

وقول الرسول ﷺ (الى أجل معلوم). وعلى ذلك فلا يصح أن يؤجله بالحصاد والجدذا وما أشبهه، وقد استدلوا بما روى ابن عباس أنه قال: (ولا تتبايعوا الى الحصاد والدياس ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم) لأن هذه الآجال تختلف وتغرب وتبعد فلا يجوز أن تكون أجلا كقدوم زيد (٤).

جهالة أجل المبيع في القانون:

الاجل، ميعاد يضرب لتنفيذ الالتزام او لانهضائه، ويكون عادة تاريخاً معيناً يختار في التقويم والأجل كالشرط لا يجوز أن يكون أمراً ماضياً أو حاضراً، والا فهو ليس بأجل فلو أن شخصاً ضرب أجلاً لتنفيذ التزامه قدوم أول قافلة من الحجيج، وكان يجهل أن القافلة قد قدمت فعلاً قبل أن يلتزم أو أنها آخذة في القدوم حالة التزامه، فهذا الالتزام التزم منجز واجب الاداء في الحال ولا يكون مقترناً بأجل.

ولذا يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً محقق الوقوع والحق المقترن بأجل حق موجود كامل، وليس للاجل أثر رجعي.

(١) المنتقى ٥ : ٢١ .

(٢) الام ٣ : ٩٧ .

(٣) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٤) المغني ٤ : ٢١٩ و ٢٢٠ ، ٢٢١ وكشاف القناع ٣ : ٣٠٠ ، ٣٠١ .

جواز الأجل المجهول :

إذا كان الأجل محقق الوقوع فليس من الضروري أن يكون ميعاد وقوعه معلوماً، وقد يكون هذا الميعاد مجهولاً إلا أنه محقق الوقوع ويسمى هذا الأجل أجلاً غير معين والمثل المؤلف لهذا الأجل الغير معين هو الموت ؛ فهو أمر محقق الوقوع ولكن لا يدري أحد متى يأتي . وقد نصت المادة (٢٧١) الفقرة الثانية على جواز الأجل فقالت : (ويعتبر الاجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه) .

وهناك أمثلة أخرى غير الموت للأجل غير المعين محقق وقوعها في المؤلف من شؤون الحياة ولكن لا يعلم موعد وقوعها ، كرجوع الحجيج من بيت الله الحرام قافلين الى بلادهم فهذا أمر محقق الوقوع، اما رجوع القوافل واحدة بعد الأخرى كأن يلتزم شخص برجوع القافلة الاولى فهذا التزام مقترن بأجل غير معين ، واذا التزم لأحد الحجاج وعلق التزامه على رجوع الدائن من الحج ، فهذا التزام غير صحيح لأنه شرط لا أجل ، اذ رب يموت هذا الحاج فرجوعه غير محقق الوقوع . وكذا اذا التزم أحد الموردين بتوريد الاغذية الى مؤسسة عند انتهاء بنائها فهذا التزام مقترن بأجل غير معين اذ أن الانتهاء من بنائها أمر محقق الوقوع في المعتاد من شؤون الحياة ، ولكن مواعده غير معلوم على وجه التحقيق (١).

(١) الوسيط ٣ : ٧٥ - ٨٠ .

المبحث الخامس

عدم رؤية المبيع

المراد بالرؤية :

ليس المراد بالرؤية المعنى اللغوي وهو العلم بمحل العقد بواسطة النظر . بل المراد بها ما هو أعم من ذلك ، وهو العلم بمحل العقد بأي حاسة من الحواس ، سواء أكان ذلك بالذوق ، أم الشم ، أم اللمس ، أم النظر ، وذلك تبعاً لاختلاف العقود عليه . فإن كان من المطاعم فالعلم به بواسطة الطعم ، وإن كان من المشروبات فبواسطة الشم كالروائح العطرية ، وإن كان من الأشياء التي لا تعرف إلا باللمس والشم كبعض أنواع الأقمشة كان العلم بها بواسطة اللمس ، وإن كان العقود عليه من المبيعات التي لا يحتاج العلم بالمقصود منها إلى شيء آخر سوى النظر كالبناء والحبوب كان العلم به بواسطة النظر .

وإذا كان العقود عليه تتساوى أجزاءه أو أحاده كالقمح والبرتقال وغيرها من المثليات فإنه يكفي برؤية بعض الأجزاء وهو النموذج ، وإذا لم تتساوى أجزاؤه فلا تكفي رؤية البعض بل لا بد من رؤية الكل كما في الدواب والدور ، فقطع من الغنم لا يكفي فيه رؤية شاة واحدة ، وكذلك رؤية غرفة من الدار لا تكفي عن رؤية الدار كلها (١) .

ولما كان الأساس في العقود هو رضى المتعاقدين ، وفي عدم رؤية المبيع يتحقق الجهالة ولا يصح بيع المجهول جهالة تفضي إلى التنازع والشقاق ، لأن الشريعة الإسلامية إنما تقوم على منع أسبابه ، والمبيع الغائب لا يصح العقد عليه ولو كان موصوفاً ، لأن في العقد عليه غرراً وجهالة قد يفضي إلى النزاع بين المتعاقدين وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعدم رؤية المبيع أنها يتحقق بعدم وجوده في المجلس ، أو أن أحد العاقدين أعمى البصر ، وعلى هذا فأنى سأتكلم عن نقطتين هامتين وهما : بيع العين الغائبة ، وبيع الاعمى وشراؤه وأقرده بيع الانموذج في مطلب مستقل لاهميته ، وعليه يكون المبحث ثلاثة مطالب : الأول : بيع العين الغائبة ، والثاني : بيع الانموذج ، والثالث : بيع الاعمى وشراؤه .

(١) الفقه الإسلامي لعيسوي احمد عيسوي : ٥٤٩ .

المطلب الأول

بيع العين الغائبة

اختلف الفقهاء في بيع العين الغائبة عن المتعاقدين التي لم توصف لها فلا تصح عند مالك وعلى الراجح من قولي الشافعي : وقال أبو حنيفة يصح ويثبت للمشتري الخيار فيه إذا رآه ، أما الصاحبان فقد خالفاه فيما إذا لم يذكر الجنس والنوع ، كقوليه بعثك ما في كمي . أما احمد ففيه روايتان أشهرهما أنه يصح (١) وإذا لم يوصف ولم يتقدم رؤيته فالأظهر لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي ، والتخعي والحسن والأوزاعي ، ومالك واسحق وهو أحد قولي الشافعي (٢) ، ومن طريق الحكم وحماد ، أن من اشترى عبدا قد رآه بالامس ولم يره يوم اشتراه قالوا جميعا لا يجوز حتى يراه يوم اشتراه (٣) .

اما الاباضية : فان المبيع اذا غاب ولم يعلمه المتعاقدان ، أو كان المبيع حاضراً ولكن تعذرت رؤيته ، أو لم تتعذر ولكن لم يره لم يصح بيعه (٤) .

أما الزيدية : فان بيع العين الغائبة يصح عندهم اذا لم يره لأن المشتري له خيار الرؤية (٥) .

والخلاصة : فان بيع العين الغائبة على رأيين :

المأمنون : وهم الشافعي في مذهبه الجديد وقول في مذهب الحنابلة والاباضية والحكم وحماد والشعبي والتخعي والحسن والأوزاعي .

(١) رحمة الامة في اختلاف الائمة ١ : ١٦٢ ، ١٦٣ ، والميزان ٢ : ٦٦ .

(٢) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٤ ، ٤٩٥ .

(٣) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٣٨ والمجموع ٩ : ٣٣٠ .

(٤) شرح التلبي ٤ : ١٣٧ ، ١٤٣ .

(٥) شرائع الأزهار ٣ : ٩١ والبحر الزخار ٣ : ٣٢٤ ، ٣٥١ .

والجوزن : الحنفية والشافعي في أحد قوليه والحنابلة في اظهر الروايات والظاهرية
ومالك الا أنه لم يجز النقد فيها جملة في أحد قوليه ، والشعبة الزيدية والشعبة الامامية
وقول عند الاباضية ، وعثمان وطلحة وابن سيرين . ومكحول والأوزاعي وسفيان
الثوري (١) وابن المنذر والشعبي والحسن والنخعي (٢) .

أدلة الخجوزين لبيع العين الغائبة :

احتج من أجاز بيع العين الغائبة بالأدلة التالية :

(١) قوله تعالى وأحلّ الله البيع : فعموم هذه الآية يدل على اباحة كل بيع الا بيعاً
منعه كتاب أو سنة أو اجماع ، فبيع الغائب بيع داخل فيما أحله الله تعالى .

وقوله تعالى : (ولا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ
تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) ومن الباطل المتيقن أن يكون الله تعالى يحرم علينا بيعاً
من البيوع فيجمل لنا اباحة البيع جملة ولا يبينه لنا على لسان نبيه ﷺ بالمأمور بالبيان (٣) .

(٢) بما روي عن عثمان بن عفان وطلحة رضي الله عنهما أن عثمان باع من طلحة رضي الله
عنها أرضاً بالكوفة فقبل لعثمان : انك قد غبنت فقال لعثمان : لي الخيار لأني بعث ما لم
أر ، وقال طلحة : بل لي الخيار لأني اشتريت ما لم أر فحكما بينها جبير بن مطعم ففضى
أن الخيار لطلحة لا لعثمان ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولأنه عقد معاوضة فلم
تتقرر صحته الى رؤية المعقود عليه كالنكاح (٤) .

(٣) بما روى مكحول عن النبي ﷺ (قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا
رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه) وبحديث عمر بن ابراهيم بن خالد عن وهب البكري عن
محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (قال من اشترى شيئاً لم يره فهو
بالخيار اذا رآه) (٥) .

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٣٧ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٣٠ .

(٣) المحل ٨ : ٣٤١ ، والمجموع ٩ : ٣٣٠ والمنفني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ .

(٤) المنفني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ ، والمجموع ٩ : ٣٣٠ ، والمحلى ٨ : ٣٣٨ .

(٥) مجمع الانهر ٢ : ٣٤ ، والمجموع ٩ : ٣٣٠ .

٤ (القياس على النكاح اذ لا يشترط رؤية الزوجين بالاجماع، فكذلك المعهود عليه من المعاوضات المالية (١) .

٥ (القياس على بيع الرمان والجوز واللوز في قشره الأسفل ، فان ما في باطنها مستتر مغيب ويجه صحيح .

٦ (القياس على رؤية المشتري للمبيع قبل العقد .

أدلة المانعين لبيع العين الغائبة :

وقد استدلك المانعون بالأدلة التالية :

١ - حديثا أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الغرر) وبيع العين الغائبة غرر ظاهر فأشبهه بيع المعدم الموصوف بجبل الحيلة ، ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له (٢) .

٢ - حديث : (لا تبع ما ليس عندك) (٣) .

٣ - القياس على من باع النوى في التمر (٤) .

٤ - ولأن الغائب نوع يبيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم (٥) .

٥ - الصفة التي لا تحصل بها معرفة المبيع لا يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه (٦) .

مناقشة أدلة المخوزين :

فقد أوجب عن الدليل الأول وهو احتجاجهم بالآية الكريمة بأنها عامة مخصوصة بحديث النهي عن بيع الغرر (٧) .

(١) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ ، والمجموع ٩ : ٣٣٠ ، والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ ، والمجموع ٩ : ٣٣٠ ، والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٣٠ .

(٤) المجموع ٩ : ٣٣٠ ، والمغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ .

(٥) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ ، والمهذب للشيرازي ١ : ٢٧٠ .

(٦) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٦ .

(٧) المجموع ٩ : ٣٣١ .

أما الدليل الثاني : فان قصة عثمان وطلحة ، وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة رضي الله عنهم وقول الصحابة ليس بحجة وهو الصحيح عندنا الا أن ينتشر من غير مخالفة (١) .

أما الدليل الثالث : فقد اجيب عن حديث مكحول بأنه حديث ضعيف باتفاق المحدثين من جهتين :

أ - أن مكحول تابعي ب - أن أحد رواه ضعيف لأن أبا بكر بن أبي مریم ضعيف باتفاق المحدثين . وحديث أبي هريرة فانه ضعيف باتفاقهم ، وعمر بن ابراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث (٢) وهذا حديث باطل لم يروه غيره .

قال الكاساني : ولا خيار شرعاً الا في بيع مشروع ، ولأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً الى محل هو خالص ملكه فيصح ، كشرائه المرئي باعتبار أن التصرف وجد حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعاً ، لأنه صدر من أهله مضافاً الى محله (٣) .

أما الجواب عن الدليل الرابع وهو قياسهم على النكاح ، فان العقود عليه استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تدعو الى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالباً ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا يترك ذكره ، ولا يدخله شيء من الخيارات ، لأن في اشتراط الرؤية مشقة عظيمة على المخسرات واضرار بهن ، والصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح (٤)

وأجابو عن الدليل الخامس بأن الرمان والجوز واللوز، أن ظاهرها يقوم مقام باطنها في الرؤية كصبرة الخنطة ، وفي استتار باطنها مصلحة لها كأساس الدار بخلاف بيع الثائب (٥) وذلك اذا لم يكن المبيع موصوفاً بصفة تصح فيه السلم فان البيع عندئذ يصح ، والاعتقاد في بيع الأعيان على الرؤية ، لأن السلم يصير معلوماً بالصفة كما أن العين تصير معلومة بالرؤية .

(١) المجموع ٩ : ٣٣١ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٣١ . وقد ضعف المحدثين الدارقطني والبيهقي .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .

(٤) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ والمجموع ٩ : ٣٣١ .

(٥) المجموع ٩ : ٣٣١ .

رد أدلة المانعين لبيع العين الغائبة : (١)

وقد أجاب المجيزون لبيع العين الغائبة على أدلة المانعين بما يأتي :

١) أجاوبوا عن حديث أبي هريرة (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر) وانهم استدلوا عن بيع العين الغائبة من نقتظين .

أ - أنه غرر ب - باع ما لم يره ولم يوصف له .

نقول ان بيع العين غير الموصوفة فيه غرر ظاهر صحيح، أما اذا كانت العين موصوفة فلا نجزم بأن المبيع باطل ، فان قيل بجواز بيعها ، فالبايع لا يخلو حاله وحال الواصف لها من أحد أمرين، اما أن يكون قد وصفها عن مشاهدة أو عن صفة فان كان قد وصفها عن مشاهدة جاز، وان كان قد وصفها عن صفة وأنه قد وكل في ابتياعها وكيلا ووصفها الوكيل له بعد الابتياح من غير مشاهدة لم يوصفها' البائع للمشتري على غير صفة الوكيل ففي جواز ذلك وجهان :

٢) أنه جائز لأنه جاز أن يشتري المشتري بالصفة من غير رؤيته جاز أن يبيع البائع بالصفة من غير رؤية .

٢) أنه لا يجوز وبه قال ابن أبي هريرة لأمرين :

أ - أن البيع اذا لم يره البائع ولا المشتري كان أكبر عذراً ، واذا لم يره المشتري وحده كان أقل عذراً ، والغرر اذا قل في العقد فيعفى عنه واذا كثر لم يعف عنه .

ب - أن البائع اذا وصفها عن غير رؤية صار بائعاً لها بصفة عن صفة وذلك غير جائز . فعلى هذين التعليلين لو كان المشتري قد رأى المبيع ولم يره البائع لكن وصف له فعلى التعليل الأول يجوز لقلته الغرر بدون أحدهما ، وعلى التعليل الثاني لا يجوز ، لأنه يصير بائعاً بصفة عن صفة (٢) .

أما في المذهب المالكي فقد أوضح هذه النقطة مفصلة ابن رشد الجدل فقال : (وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع

(١) المجموع ٩: ٣٣١ ومن أراد التوسع في معرفة هذه الردود فليرجع اليها في الحاوي للماودري ٦: ٨٠

(٢) الحاوي للماودري ٥: ١١٦، ١١٧ .

أصحابه خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى وخلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى وجميع أصحابه من أن شراء الغائب على الصفة جائز وذلك للمبتاع لازم. ان وجد الغائب على الصفة التي وصف بها ، لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف ، قال رسول الله ﷺ : (لا تتعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها ، فشهبه رسول الله ﷺ بالمبالغة في الصفة بالنظر وقال الله تبارك وتعالى : (وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِنْ قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ) (١) .

وجه الدليل : ان اليهود كانوا يجدون بعث النبي ﷺ في التوراة فكانوا يستنصرون به على كفر العرب ، فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به فلما قال الله تعالى فلما جاءهم ما عرفوا وهم لم يعرفوه قبل الا بصفتها التي وجدوها في التوراة ، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف (٢) .

٢) واستدل ابن رشد ثانياً : في حديث رسول الله ﷺ في حديث أبي هريرة الواقع في الكتاب لا ينظرون اليها ولا يخبرون عنها) دليل بين على أن الخبر عنها بمتزلة النظر اليها (٣) .

٣) جواز أن يسلم الرجل الى الرجل في ثوب أو عبده على صفة ولم يكن ذلك غرراً فإذا جاز هذا في السلم ، جاز في البيع على الصفة ولا يكون ذلك غرراً ، لأنه لا فرق بين السلم وبين البيع (٤) .

أما الظاهرية فقد قال ابن حزم : ولا حجة لهم فيه ، لأن بيع الغائب اذا وصف عن رؤية وخبرة ومعرفة وقد صح ملكه لما اشترى فأين الغرر ؟ ثم دحض اعتراضهم على هذا بأن قالوا : قد ملك السلعة قبل حين البيع فيقع البيع فاسداً ، قلنا . وقد تستحق السلعة فيقع البيع فاسداً ، ولا فرق عند ذلك فقد أبطلوا بهذا النوع من الغرر كل بيع في الأرض فلا غرر ههنا الا كالغرر في سائر البيوع كلها ولا فرق (٥) .

(١) سورة البقره ٨٩ .

(٢) المقدمات الممهديات لابن رشد ٢ : ٢٢٥ - ٢٢٦ .

(٣) المرجع السابق ٢ : ٢٢٦ .

(٤) المرجع السابق ٢ : ٢٢٦ .

(٥) المحلى ٨ : ٣٤٠ .

قال الكاساني : (ودعوى الغرر ممنوعة فإن الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمتزلة الشك وههنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الرجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر ، على أننا سلمنا أن الغرر اسم لمطلق الخطر لكن لم قلتم أن كل غرر يفسد العقد ، وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر ، ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال ، أو نحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالاضافة الى وقت عملاً بالدلائل كلها) (١) .

أما أنه شبيه ببيع المعدوم ، فالواقع أنه لا يشبه بيع المعدوم اذ بيع العين الغائبة موجودة موصوفة من قبل المشتري أو من قبل وكيل المشتري كما لاحظنا من كلام الماوردي ، ولذلك فاني لا أرى بأساً ببيع العين الغائبة الموصوفة وخاصة اذا كانت موصوفة بصفة لا تؤدي الى المنازعة أي شاملة لجميع أوصاف المبيع ، بينما جبل الحيلة على خلاف ذلك لأنه لا يدرى أيوجد أم لا يوجد والله سبحانه وتعالى أعلم .

(٤) - أما حديث لا تبغ ما ليس عندك : فقد أجاب الكاساني عن هذا الحديث معللاً بأن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكة .

أو يحتمل بأنه (بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه) ويذكر الكاساني (وهذا يوافق ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : بيع السمك في الماء غرر) (٢) .
أما الظاهرية : فانه يذكر بأن الغائب يكون عند مالكة لا مما ليس عنده ، وعلل ذلك بأن لغة العرب تدل على ذلك اذ يقول الانسان عندي ضياع وعندي دور وعندي رقيق ومتاع غائب وحاضر اذا كان كل ذلك في ملكه (٣) .

والذي أراه أن الذي ليس عند الانسان هو ما كان غير مالك له ، اذ قد يكون متاعاً بين يدي انسان وهو لغيره فلا يسمى مالكا له . وقد يكون في يد آخر ويسمى مالكا له .

(٥) وأما الدليل الثالث ، وهو القياس على من باع النوى في التمر ، وهذا قياس غير مستقيم بنظري ، لأن بيع الغائب لا يساويه بيع النوى في التمر ، اذ بيع النوى في التمر بيع معدوم ، لأنه بمتزلة الزيت في الزيتون ، لأنه لا نوى في التمر الا بعد تخليصه من الثمر فلم يكن نوى قبله (٤) ، أما الغائب فله حيز مستقل موجود وانما الذي منع عدم معرفته .

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ ومن أراد التوسع فليرجع اليه .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ وفتح القدير ٥ : ١٣٨ .

(٣) المحل ٨ : ٣٤٠ - ٣٤١ .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٩ .

٦) أما الدليل الخامس : الصفة التي لا تحصل بها معرفة المبيع لا يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ، فالواقع أنه بيع بالصفة فصح كالسلم وكذلك فانا لا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية ، أما ما لا يصح السلم فيه ، فذاك لا يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها (١) وفي رأبي أن هذا قول سديد ، لأن السلم يحتاج الى صفة تميزه ، لأن بيع الجوهرة لا يصح اذا كانت غائبة لانه لا يمكن ضبط صفاتها ، أما ما لا ينضبط فان بيعه بالصفة يصح .

حالات بيع العين الغائبة :

لقد ذكرنا آراء الفقهاء في بيع العين الغائبة وأدلتهم وناقشنا أدلتهم . وأنهم على رأيين : الحيز والمنع لبيع العين الغائبة ، والآن نذكر الحالات لبيع العين الغائبة عند من أنجاز مع مراعاة أقوال المذاهب الاخرى في بيع العين الغائبة كالشافعية في مذهبهم القديم والرأي الثاني عند الحنابلة . واني سأعرض لأهم الحالات التي اختلفوا فيها في عدة فروع :

الفرع الأول : العين الغائبة الموصوفة .

الفرع الثاني : تقدم الرؤية على بيع العين الغائبة .

الفرع الثالث : بيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية .

الفرع الرابع : بيع الغائب ولو بلا وصف .

الفرع الخامس : بيع الانسان ما غاب عنه .

(١) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٦ .

الفرع الأول

بيع العين الغائبة الموصوفة

لا خلاف في جواز بيع العين الغائبة الموصوفة عند جميع الفقهاء وإنما اختلفوا في ثبوت خيار الرؤية ، وكذلك اختلفوا في شروط صحة بيع العين الغائبة .

شروط صحة بيع العين الغائبة الموصوفة :

ويشترط لصحة بيع العين الغائبة شروط متعددة منها :

(١) يشترط في العين المبيعة عدم البعد جداً بحيث يعلم أو يظن أن المبيع يدرك على ما وصف ، فان بعد جداً كخراسان من افريقيه لم يجز هذا اذا وقع البيع على البت أما لسو وقع البيع على الخيار فيجوز ، لأنه لا ضرر على المشتري (١) يقول ابن رشد : (وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته) (٢) .

(٢) أن لا يكون المبيع قريباً جداً :

فالعين المبيعة اما أن تكون في مجلس العقد ، واما أن تكون في غير مجلس العقد ، والعين الغائبة عن مجلس العقد ، أما أن تكون في بلد العقد أو بلد آخر ، وهذا البلد اما أن يكون بعيداً جداً أولاً ، ولنشرع الآن في بحث هذه النقاط :

أ - العين الغائبة التي في مجلس العقد :

(١) جواهر الاكليل ٢ : ٩ والدسوقي عل الشرح الكبير ٣ : ٢٧ وحاشية العدوي ٢ : ١٣٩ والمقدمات

المهدات ٢ : ٢٢٧ والقوانين الفقهية لابن جزيه ٢٤٧ ، والبهجة للسولي ٢ : ١٩ وبداية المجتهد

٢ : ١٦٨ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٦٨ .

فاذا كان المبيع حاضراً مجلس العقد فلا بد من رؤيته ولا تكفي فيه الصفة الا اذا كان في فتحه مشقة كعدل البرنامج الذي يشق فتحه وشده (١) مما يضر بصاحبه ، وأما الثوب الواحد والثياب اليسيره فلا يجوز بيعها على الصفة اذا كانت السلعة المبيعة حاضرة حال العقد .

وقد أجاز أشهب بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة وذلك في الثوب الرفيع الذي يغيره تردد نشره على السوام وتقليبهم اياه ، وأما الثوب الذي ليس على هذه الصفة فلا ينبغي أن يختلف فيه (٢) .

وذكر الخطاب : أن ما كان حاضراً عند المتعاقدين لا يجوز بيعه على صفة على المعروف المشهور الا اذا كان في رؤيته عسر أو فساد (٣) .

قال ابن رشد الحفيد : (ولا خلاف عند مالك أن الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، وبهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ، ولا الثوب المطوي في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها) (٤) .

ن - العين التي في غير مجلس العقد ولكنها في بلد العقد : فقول إن بيعها على الصفة لا يجوز لأنها كالحاضرة اذا لا تتمتع رؤيتها ، وهناك رأي آخر : ان بيعها على الصفة جائز وان كانت موجودة في بلد العقد ، لأن السلعة اذا لم تكن حاضرة في موضع العقد فلم يقصد الى الغرر بشرائها على الصفة ، وتكون قد أشبهت العين الغائبة عن البلد (٥) .

والرأي الذي أراه أن العين التي ليست حاضرة في مجلس العقد يجوز بيعها على الصفة ولو كان في البلد وان لم يكن في احضارها مشقة .
ج - العين الغائبة التي في بلد آخر :

-
- (١) البهجة للتولي ٢ : ٢٠ والبرنامج : دفتر المكتوب فيه أوصاف العدل من الثياب المبيعة لتشرى على تلك الصفة للضرورة فان وجد على الصفة لزم والاخير المشتري .
 - (٢) المقدمات الممهدة ٢ : ٢٢٧ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ .
 - (٣) مواهب الجليل للخطاب ٤ : ٢٩٨ .
 - (٤) بداية المجتهد ٢ : ١٦٨ .
 - (٥) المقدمات الممهدة ٢ : ٢٢٧ والفراكة الدواني ٢ : ١٤١ .

فإذا كانت البلد بعيدة جداً ، فقد ذكرنا ما قاله ابن رشد في الشرط الاول ، أما اذا كانت البلد قريبة فان ما يبيع على الصفة على اللزوم . يكفي أن يكون على مسافة يوم ومنعه ابن شعبان لسهولة احضاره في اليوم (١) ومفاد خليل في مختصره أنه لا بد أن يكون غائباً يوماً فأكثر وان كان أقل من يوم فيكون حكمه حكم يبيع العين الغائبة في مجلس العقد فلا يجوز بيعه ان كان حاضراً بالبلد الا اذا حضر مجلس العقد فلا بد من رؤيته الا اذا كان في رؤيته ضرر (٢) ، ويبيع الغائب على مذهب ابن القاسم جائز ما لم يتفاحش بعده والعقد عليه صحيح ، وان لم يعلم ان كان حين العقد قائماً أو تالفاً (٣) .

٣ - أن يصفه غير البائع :

وفي الموازية والعقبة لا يباع بوصف بائعه لانه لا يوثق بوصفه اذ قد يقصد البائع الزيادة في الصفة لانفاق سلعته (٤) . وتأول بعضهم في المدونة عليه وهو خلاف ما ارتضاه ابن رشد واللخمي من أن ذلك شرط في العقد فقط (٥) فتنى كان الوصف من البائع منع النقد سواء كان تطوعاً أم بشرط وسواء كان المبيع عقاراً أم غيره .

وقد فرق ابن حزم بين وصف البائع لسلعته وبين وصف الغير لها (وانما فرقنا بين صفة البائع للمشتري أو المشتري للبائع صدق أحدهما الآخر أو لم يصدقه فأجزنا البيع بذلك ، وبين صفة غيرهما فلم يجزه الا ممن يصدقه الموصوف له ، فلأن صفة البائع للمشتري أو صفة المشتري للبائع عليها وقع البيع وبها تراضيا . . . وأما اذا وصفه لها غيرهما ممن لا يصدقه الموصوف له فان البيع ههنا لم يقع على صفة أصلاً فوقع العقد على مجهول من أحدهما أو من كليهما وهذا حرام لا يحل فان صفة من صدقه الموصوف له فالصدق يوجب العلم فانما اشترى ما علم أو باع البائع ما علم فالعقد صحيح والتراضي صحيح (٦) .

(١) الخريفي ٥ : ٣٤ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ .

(٣) المقدمات الممهدة ٢ : ٢٢٧ الا ان السلعة اذا وجدت تالفة قبل العقد انتقض البيع باتفاق وان تلف بعد العقد وقبل القبض فقد اختلف قول مالك في ذلك فتارة قال مصيبته من البائع وينتقض البيع وتارة قال ان مصيبته من المتباع ويصح البيع والرأي الأول هو آخر أقواله رحمه الله .
المقدمات ٢ : ٢٢٧ .

(٤) الخريفي ٥ : ٣٥ ، والعدوي ٢ : ١٣٩ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ ، والخريفي ٥ : ٣٥ أي كون الوصف من غير البائع شرط في النقد عندهما لا في صحة البيع .

(٦) المحل ٨ : ٣٤٣ - ٣٤٤ .

٤ - أن يصفه بصفاته التي تتعلق الأغراض بها وهي شروط التسليم ليكون مقصود المالية
حاصلا ، وفي صحة بيع العين الغائبة بهذا الشرط ، وصفه بما تختلف الأغراض فيه ،
فالذي يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل ، وبالذرع فيما
يمكن فيه الذرع ، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد ، وان لم يكن في البيع أحد هذه التقديرات
انضبط بالصفات المقصودة من الجنس فيذكر الجنس ان كان أنواعا مختلفة واذا كان
نوعا فيذكر ذلك النوع .

أما أبو حنيفة فاقصر على ذكر الجنس اذا عينه بمكانه فقط فيقول بعثك ثوبا في
مخزني بالبصرة (١) .

أما الشافعية في مذهبه القديم فلهم ثلاثة آراء :

- (١) أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه .
- (٢) لا يصح البيع حتى تذكر الصفات المقصودة وفي هذا يشبه رأي المالكية .
- (٣) أنهم يعتمدون على الرؤية فلا يفتقر الى ذكر شيء من الصفات ويثبت له الخيار
اذا زأه فلا يحتاج الى ذكر الصفات فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف يثبت
له الخيار (٢) .

والحائلية : اذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم
صح بيعه ، في ظاهر المذهب وهذا قول أكثر أهل العلم ، والمقصود الصفات الظاهرة
التي يختلف بها الثمن ظاهرا (٢) .

٥ - أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له ، وقد تفرد بهذا الشرط أبو زيد
القيرواني (٤) .

٦ - عدم اشتراط النقد : والنقد اما أن يكون في العقار أولا ، قرب أو بعيد ، ويجوز
النقد في الغائب المبيع على الصفة على اللزوم تطوعا مطلقا عقارا أو غيره قرب
أو بعد (٥) .

(١) فتح القدير ٥ : ١٣٠ وانظر تهذيب الفروق ٣ : ٢٤٥ والفروق ٣ : ٢٤٧ .

(٢) المهذب ١ : ٢٧٠ .

(٣) المغني ٣ : ٤٩٦ وكشاف القناع ٣ : ١٦٣ ، ١٦٤ .

(٤) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٩ .

(٥) المدعي ٢ : ١٣٩ .

أما العقار فيجوز التقيد فيه ولو بشرط مطلقاً ، قرب أو بعد أي غير بعيد جداً ، لأنه مأمون لا يسرع إليه التغيير بخلاف غيره . ولا بد من ذكر ذرع الدار في وصفها دون وصف غيرها من الأرض البيضاء ، وفي غير العقار يجوز التقيد فيه ان قرب مكانه وهو يومان ذهاباً ولم يكن فيه حق توفية ان بيع بغير وصف بائعه وبيع على اللزوم عند أبي القاسم وإنما منع التقيد مع الشرط في غير العقار مع البعد لأنه يؤدي الى أن يكون تارة بيعاً ان اختار المشتري الامضاء وتارة سلفاً ان اختار الرد ، فصار المنفود متردداً بين الثمنية والسلفية وهو جهل في الثمن (١) .

وإذا كان المبيع على الخيار منع مطلقاً سواء كان المبيع عقاراً أو غيره قريباً أو بعيداً . ويشترط اذا كان الواصف له غير البائع في جواز التقيد تطوعاً اذا بيع على الصفة لأن وصفه يمنع من جواز التقيد ولو تطوعاً (٢) .

ويستثنى من منع اشتراط التقيد مسألتين :

- أ - أن يقرب مكان المبيع الغائب سواء كان حيواناً أو عرضاً أو عقاراً كالיום واليومين .
 ب - أن يكون المبيع بعيداً جداً غير متفاحش (٣) وهو مما يؤمن تغييره غالباً من دار أو أرض أو شجر فيجوز التقيد فيه (٤) .

وقد فصل هاتين التقتين الدسوقي فقال : (وأما التقيد بشرط فان كان المبيع عقاراً

قريباً أو بعيداً فيجوز بشرطين :

- أ - أن يكون البيع على اللزوم .
 ب - أن يكون الواصف له اذا كان يبعه بالصفة غير البائع فان تخلف شرط منها ، امتنع التقيد بالشرط .

وان كان المبيع غير عقار فيجوز اشتراط التقيد بأربعة شروط .

- أ - ان تقرب غيبته كيومين .
 ب - أن يكون البيع على اللزوم .
 ج - أن يكون الواصف له اذ يبع بالوصف غير البائع .

(١) العمودي وكفاية الطالب الرباني ١٣٩:٢ والخروشي ٥ : ٣٥ والدسوقي ٣:٢٧ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٧ .

(٣) غير متفاحش احترازاً من المتفاحش كخراسان في افریقیة فانه لايجوز البيع أصلاً .

(٤) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٩ والمقدمات ٢ : ٢٣٠ .

د - وأن لا يكون في المبيع حق توفيه . فان تخلف شرط منها منع النقد بشرط (١)
وانما جوز النقد في بيع الرباع الغائبة بوصف غير البائع ، لانه اذا بيعت بوصف
البائع فقد ذكرت القيمة عدم الجواز لانه قد يزيد في الصفة ليتفجع بالثمن الى وقت رؤية
المشتري (ولما كان هذا الشراء معتادا وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد) (٢) .

الخيار في بيع العين الغائبة الموصوفة :

وفي خيار الرؤية تختلف المذاهب اختلافا بينا نوضحه فيما يأتي :

الحنفية :

وذهبت الحنفية الى أن العقد مع وجود خيار الرؤية يكون غير لازم (٣) وسبب هذا
الخيار ، لأن المشتري اذا رأى المبيع بعد العقد كان له أن يمضي العقد أو أن يفسخه
ومستندهم في ذلك ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : من اشترى شيئا لم يره فهو
بالخيار اذا رآه .

والحنفية تنظر الى هذا الخيار بأنه ثبت شرعا لاشترط أي يثبت بحكم الشرع دون
حاجة الى شرط خاص يدرج في العقد .

وقد جاء في مرشد الحيران مانصه : (حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط في
أربعة مواضع وهي الشراء للاعيان التي يلزم تعيينها ولا تثبت دينا في الذمة ، والاجارة
وقسمة غير المثليات ، والصلح عن مال على شيء بعينه ، ولا يثبت خيار الرؤية في العقود
التي لا تحتمل الفسخ) (٤) .

أما بيع ما لم يره فانه لا يلزم ويثبت له الخيار ثم رجوع وقال : يلزم ولا يثبت له
الخيار الا ان الكاساني قال : ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع
تمام الصفقة .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٧ .

(٢) المستقى الباجي ٥ : ٢٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ٢٩٢ .

(٤) مرشد الحيران ماده ٣٣٩ .

٢ - الشافعية :

وذهبت الشافعية الى أن العين المبيعة الغائبة اذا وصفت بذكر جنسها ونوعها يثبت الخيار للمشتري عند الرؤية وان وجدته كما وصف لحديث (ليس الخيار كالمعاينة) (١) .
ويرى الشيرازي من الشافعية : بأن له الخيار ، لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار .

٣ - الإباضية :

وذهبت الإباضية الى تخير مشتري العين الغائبة الموصوفة له فاشتراه على الوصف ولو خرج كما وصف ، وحجتهم في ذلك أن الخيار ليس كالعيان واستحسن القول بتخير المشتري بعد رؤيته ولو خرج كما وصف له ان عرفه بائعه بنفسه لا بوصف ، والا لم يجوز (٢) .
الا أن ابن حزم يقول فوجدناهم يذكرون أثرا ، وأن رسول الله ﷺ قال : (من اشترى يبعها بالخيار حتى ينظر اليه) وهذا مرسل ولا حجة في مرسل ، ثم لو صح لما كان لهم فيه حجة ، لانه ليس فيه أن له الخيار اذا وجدته كما وصف له ، وظاهره قطع الخيار بالنظر ، وكذلك الاستشهاد في الحديث (من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء رده) حديث مرسل كذلك ولم يكن لهم فيه حجة لانه يحتمل أن يريد له رده ان وجدته بخلاف ما وصف له (٣) .

٤ - المالكية :

أما اذا وجد المبيع على الصفة التي وصفت له لزمته ولا خيار له الا أن يشترطه ووجه ذلك أنه بيع موصوف وجد على صفته فلم يثبت فيه خيار الرؤية كالمسلم فيه (٤) .
ويؤيد هذا ما قاله مالك رحمه الله : قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحصره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ، ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا ربطة سابريه ، ذرعها كذا وكذا ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول

(١) مفتى المحتاج ٢ : ١٨ وانظر نهاية المحتاج للرملي ٣ : ٤١٦ .

(٢) شرح النيل ٤ : ١٣٦ .

(٣) الخلى ٨ : ٣٤١ .

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ٢٤٧ والمتقى ٤ : ٢٨٧ .

اشترى ما على هذه الصفة فيشترى الاعمال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون قال مالك : ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه قال مالك : وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له (١).

أما الشافعية ان وجدته على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : أحدهما لا خيار له لأنه وجدته على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ، وهذا أحد القولين في خيار الرؤية (٢).

والحنابلة اذا وجد المشتري المبيع على الصفة لم يكن له الفسخ ، وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعبدي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر (٣) ولأنه بيع موصوف فلم يكن للعاقدة فيه الخيار ، وكذلك فالحق لازم عند الإباضية (٤) في أحد الأقوال وكذلك الشيعة الإمامية (٥).

والذي أراه أن المعقود عليه اذا وجدته بصفاته المتفق عليها فلا حاجة الى اعمال خيار الرؤية كما قالت الحنفية بأن خيار الرؤية يثبت على كل حال سواء وجد على الصفة المتفق عليها أم لا ، أما اذا وجد السلعة على غير الصفة جاز أن يكون له خيار الرؤية ؛ ويعجزني تسمية الحنابلة لهذا الخيار خيار الخلف في الصفة .

أما اذا كانت السلعة المبعة وجدت على خلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة ، وسبب ثبوت خيار الرؤية هنا لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم (٦)

أما ابن حزم فانه يرى أن السلعة اذا وجدت كما وصفت للمشتري فالبيع لازم له ، وان وجدته بخلاف ذلك فلا بيع بينهما الا بتجديد صفة أخرى برضاها جميعاً ، وحجته (أنه اشترى شراء صحيحا اذا وجد الصفة كما اشترى . فان وجد الصفة بخلاف ما عقد

(١) موطأ الإمام مالك بهامش تنوير الجواك ٢ : ١٦١ .

(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧١ والتنبية ٦٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٦ .

(٤) شرح النيل ٤ : ١٣٧ .

(٥) المختصر النافع ١٤٦ .

(٦) الروض المربع وزاد المستنقع ١٧٨ والمغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٦ .

الابتياح عليه فبئقن ندرى أنه لم يشتر تلك السلعة التي وجد ، لأنه اشترى سلعة بصفه كذا
لا سلعة بالصفة التي وجد فالتى وجد غير التي اشترى بلا شك من أحد فان لم يشترها
فليست له .

واذا لزم البائع احضار عين بنفس الصفة فلا يصح ، لأنه انما باع عينا معينة لا صفة
مضمونة وعلى ذلك فلا يجوز الزامه احضار ما لم يبع (1) .

الفرع الثاني

تقدم الرؤية على بيع العين الغائبة

مر سابقا جواز بيع العين الغائبة الموصوفة بدون رؤية سواء كان الوصف من قبل البائع في بعض الاقوال أو من قبل غيره ، فن الأجدد أن المشتري والبائع اذا رأيا السلعة أن يصح العقد ، لأن هذه الرؤية أنفى للغرر ، الا أن الفقهاء اختلفوا فيها واليك آراءهم في هذه المسألة :

الحنفية :

وذهبت الحنفية الى أن من رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ينظر :

أولا : ان وجده على الصفة التي رأى المبيع فلا خيار له ، لأن العلم بأوصاف المبيع حاصل بتلك الرؤية السابقة فلم يتناوله قول عليه السلام من اشترى ما لم يره فانه الخيار اذا رآه ، واذا انتفى العلم بأوصاف المبيع فان الخيار يثبت له ، الا اذا كان لا يعلم أن المبيع كما قد رآها فيما مضى ، كأن رأى جارية ثم اشترى جارية متقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهر اياها كان له الخيار لعدم الرضا ، أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك .

ثانيا : وان وجد المبيع متغيرا عن الحالة التي كان رآه عليها فللمشتري الخيار ، لأن الرؤية السابقة لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره (١) .

المالكية :

ذهبت المالكية الى أن بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة جائز ، ولكن قيدوا هذا الجواز بشروط :

(١) الهداية وفتح القدير وحاشية الباري ٥ : ١٤٩ - ١٥٠ .

الأول : الرؤية التي لا يتغير المبيع بعدها غالباً ، أما مالك رحمه الله فلم يفرق في قوله وإنما قال يجوز البيع برؤية متقدمة إلا أن هذا الرأي لم تعتبره المالكية ، لأن المبيع قد يتغير لطول المدة كما قاله ابن القاسم (١) .

والرؤية المتقدمة أنا ينظر إليها من ناحية المبيع ، ففي الثياب فإن الرؤية السابقة يبقى المبيع على حاله ، أما بالنسبة للحيوان فإنه يتغير بالنسبة للمدة وتقدر هذه المدة بالسنين ، فإن الحيوان يتغير من سنة إلى سنة ، بخلاف الثياب والعقار فإنها تبقى على حالها ، فإن كان يتغير بعدها قطعاً أو شكاً . لم يجوز بيعه استناداً للرؤية السابقة (٢) .

الثاني : أن لا تكون العين الغائبة بعيدة جداً ، فإذا كانت العين بعيدة كخراسان من أفريقيا لم يجوز بيعه استناداً للرؤية السابقة (٣) وقد مر معنا أن بيع العين الغائبة على الصفة إذا بعدت جداً لم يجوز بيعها .

الثالث : عدم اشتراط النقد ، فإذا كانت العين الغائبة بيعت بشرط النقد لا يجوز وإن كانت قد تقدمت رؤية المشتري ، لأنه يبيع مجهول الصفة عند المتابع حال العقد فلم يجوز بيعه (٤) .

الشافعية :

وذهبت الشافعية إلى أن يبيع العين الغائبة مع تقدم الرؤية لا يخلو حال الرؤية من أحد أمرين :

الأول : أما أن تكون قريبة المدة وليس لها حد مقدر ، فذهب الشافعي وجهه—ور أصحابه أن البيع جائز .

وقال أبو القاسم الأنطاقي من أصحاب الشافعي : البيع باطل حتى تكون الرؤية مقاربة للعقد وهذا رأي شاذ ، لأن الرؤية إذا أريدت لبصير المبيع معلوماً ولا يكون مجهولاً وهذا

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ وحاشية مياره ٤ : ٢٩٠ والمنتقى ٥ : ٢٢ - ٢٣ .

(٢) البيهقي للتسوي ٢ : ١٩ .

(٣) البيهقي للتسوي ٢ : ١٩ وجواهر الاكلیل ٢ : ١٠ والمنتقى ٥ : ٢٤ .

(٤) المنتقى للبايجي ٥ : ٢٤ .

المعنى موجود في الرواية المتقدمة بالعقد وليس كذلك الصفة (١) .

الثاني : اما أن تكون الرؤية بعيدة وحالها لا يخلو من أحد امرين :

١ - اما أن يكون ذاكرة لأوصاف المبيع أو غير ذاكرة لأوصاف المبيع لبعده العهد وطول المدة فهذا في حكم من لم يره ، فان ابتاعه على غير خيار الرؤية لم يجز وان ابتاعه بخيار الرؤية كان على قولين ، الصحة وعدمها .

٢ - وان كان ذاكرة لأوصاف المبيع لم يخل حاله من ثلاثة أقسام :

أ (أن يكون مملا يتغير في العادة كالخديد والنحاس فبيعه جائز .

ب (ان يكون مما يتغير فلا يبقى معه مع تطاول المدة كالفواكه الرطبة ، فان كان قد مضى عليه من المدة ما لا يبقى فيها كان بيعه باطلا ، وان كان قد مضى من المدة ما يعلم بقاؤه فيها فبيعه جائز ، وان كان قد مضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ويجوز أن يتلف فبيعه باطل ، لأنه عقد على عين لا يعلم بقاؤها ، وفيه وجه آخر أن بيعه جائز ، لأن الاصل بقاء العين ما لم يعلم تلفها .

ج (ان يكون مما يجوز ان يتغير ويجوز أن لا يتغير كالحياوان ففيه قولان :

١ - يجوز بيعه بالرؤية المتقدمة وقد نص عليه في البيوع ، لأن الاصل سلامته وبقاؤه على

حاله وبه قال أكثر اصحابنا .

٢ - أن بيعه لا يجوز وقد اشار اليه الشافعي في كتاب الغصب واختاره المزني ، لأنه متردد

بين سلامة وعطب والقول الأول أصح (٢) .

(١) قال ابو سعيد الاصطخري : قلت لمن يناظر عن الانماطي : ما يقول صاحبك في الدار اذا رآها المشتري وخرج الى الباب واشتراها فان قال لا يجوز قلت فان رأى خاتماً وأخذته في كفه ثم اشترى قال لا يجوز . قلت فان رأى أرضاً وخرج منها الى جانبها ثم اشترى قال فوقف لأنه لو قال يجوز لتأقضى مذهبه ولو قال لا لما أمكن ابتياع الارض فهذا قول الانماطي ومن تابعه على ذلك من الفقهاء . واستدل على ذلك بأن الرواية لما كانت شرطاً في بيع الاعيان وجب ان يقتصر بالعقد كالصفة في بيع السلم وهذا مذهب شاذ الاعتقاد واضح الفساد .
الحاوي للماوردي : ٥ ، ١٢١ ، ١٢٢ .

(٢) الحاوي للماوردي : ٥ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، وانظر المجموع : ٩ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ . والمهذب

١ : ٢٧١ وانظر : فيض الاله المالك شرح عمدة السالك وعدة الناسك ٢ : ٩٢٨ .

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى أن الرؤية السابقة على العقد بزمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم .

وهناك رواية أخرى عن أحمد : لا يجوز حتى يراها حاله العقد وحكى ذلك عن الحكيم وحامد ، وذلك لأن ما كان شرطا في صحة العقد يجب أن يكون موجودا حال العقد كالشهادة في النكاح ، والرأي الأول هو المعتمد ، ومتى وجد المبيع بحالة لم يتغير لزوم البيع .

وإذا عقد البيع بعد رؤية المبيع بزمن يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع ، لأنه مما لا يصح بيعه ، وكذلك ان لم يتغير لأنه مجهول ، وكذلك ان كان الظاهر كغيره (١) .

الشيعة الامامية :

وترى الشيعة الامامية ، أن من اشترى برؤية قديمة يتخير لو ظهر بخلاف ما رآه ، الا أنهم يجعلون الخيار للبائع أيضاً اذا باع بالوصف ظنا منه على أنه باقى على ما كان رآه سابقا وبعد البيع تبين له أنه قد تغير الى حالة أفضل وله قيمة أكثر (٢) .

الاباضية :

وذهبت الاباضية الى أن بيع الشيء على الرؤية السابقة ولو غاب وطالت مدته ان كان لا يتغير عن حالة بزيادة أو نقص معتبرين كحيوان وشجر فالبيع صحيح ، وان كان المبيع قد وجد متغيرا فلكل من البائع والمشتري النقص .

أما ما يتغير ان غاب عنها قدرا يتغير فيه المبيع فسد ، أما فيما لا يتغير فيه فالبيع صحيح ، ولكن الاباضية قد حددت المدة بالنسبة للحيوانات الكبار بسبعة أيام ولصغارها بثلاثة أيام (٣) فهذه المدة التي يمكن أن يتغير فيها الحيوان فان زادت عنها فسد البيع عندهم لأن هذه المدة يتغير فيها المبيع .

(١) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح للমেة المشقية ٣ : ٤٦١ ط النجف الأشرف .

(٣) شرح النيل ٤ : ١٣٧ .

حكم خيار الرؤية لهذا البيع :

إذا تباعا بالرؤية المتقدمة ثم رآه المشتري بعد البيع على ما كان رآه من قبل فلا خيار له ، وإن رآه متغيرا فله الخيار .

ولو اختلفا فقال المشتري وجدته متغيرا ، وقال البائع بل هو على ما كان عليه وقت الرؤية ، قال الشافعي في كتاب الصرف ، القول قول المشتري مع يمينه ، لأن البائع يدعي عليه علمه بهذه الصفة فلم يقبل كادعائه اطلاعه على العيب .

وهناك رأي آخر حكاه الخراسانيون القول قول البائع بيمينه ، لأن الأصل عدم التغير .

وهذا الخيار ثابت عند عامة الفقهاء (١) إلا أن ابن حزم يقول : (ويجوز بيع المرء ما وصفه له المشتري صدقه أو لم يصدقه ، فإن وجد المبيع بتلك الصفة فالبيع لازم ، وإن وجد بخلافها فالبيع باطل ولا بد) (٢) .

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ١٢٣ والمجموع ٩ : ٣٢٥ ، ٢٢٦ والمتقى ٤ : ٢٨٧ . والمهذب

١ : ٢٧١ وفتح القدير ٥ : ١٤٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٤٢ .

الفرع الثالث

بيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية

وبيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية باطل لا يختلف فيه احد في المذهب الشافعي ، لأنه بيع ناجز على عين غائبة فهو أصل الغرر (١) . والحائبة كالشافعية : فإن تباعا بشرط ألا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط ، والبيع فاسد لفساد الشرط (٢) .

بيع العين الحاضرة بشرط خيار الرؤية:

وأما بيع العين الحاضرة على شرط خيار الرؤية كثنوب في سمط أو مطوي يبيعه موصوفاً من غير رؤية بشرط خيار الرؤية فقد اختلف اصحاب الشافعية فيه على وجهين :

- ١ - أنه كبيع العين الغائبة لأن الحاضر يساوي الغائب في العلم به اذا وصف .
- ٢ - أنه لا يجوز بخلاف العين الغائبة وهو قول أكبر أصحاب الشافعي واليه أشار ابواسحق المرزوي وابن أبي هريرة ، لأن الحاضر مقدور على رؤيته فارتفعت الضرورة في جواز بيعه على خيار الرؤية ، والغائب لما لم يقدر على رؤيته دعت الضرورة الى خيار الرؤية جواز بيعه (٣) .

(١) الخاوي للماوردي ٥ : ١١٩ .

(٢) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٥ .

(٣) الخاوي للماوردي ٥ : ١٢٠ وانظر المجموع ٩ : ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

الفرع الرابع

بيع الغائب ولو بلا وصف

وقد أجاز بعض الحنفية بيع العين الغائبة ولو بلا وصف قال الكاساني : (وأما العلم بأوصاف المبيع والتمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة ، قال اصحابنا ليس بشرط الصحة ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة . لكنه شرط للزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم (١) .

والمالكية أجازوا بيع الشيء الغائب ولو لم يوصف للمشتري نوعه ولا جنسه لكن بشرطين : الأول - أن يجعل المشتري الخيار لنفسه .

الثاني - أن لا يدفع المشتري الثمن للبائع قبل رؤية المبيع وقبوله لا بشرط ولا تطوعاً (٢)

فاذا تحقق هذان الشرطان صح البيع .

أما أشهر أقوال الشافعي أن بيع العين الغائبة على الصنفة لا يجوز ، وكذلك منع بعض الحنفية بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة (٣) .

وأما إذا كان على الزوم أو على السكت فيفسد في غير التولية (٤) اذ في التولية لا يضر بمعنى أنه اذا قال له : بعثك ما اشتريت بدون وصف لما اشتراه ، فيجوز اذا جعل الخيار للمولى ، أو أن المتبايعين دخلا على السكوت ويكون للمولى في هذه الحالة الخيار ، وإنما منع الزوم للجهالة (٥) .

أما اذا دفع المشتري الثمن فالبيع فاسد عند المالكية (٦) .

وقد استدل من أجاز بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية سابقة بآية وأحل الله

البيع وبالحدِيثين . . . (٧) .

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٧ وانظر الحرشي ٥ : ٣٤ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ١٥ والفروق ٣ : ٢٤٦ .

(٤) الحرشي ٥ : ٣٤ . (٦) الدسوقي ٢ : ٢٨ والمحطاب ٤ : ٢٩٤ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٦ . (٧) انظر الأدلة في ص ٣٤٧ - ٣٥٥ .

الفرع الخامس

بيع الانسان ما غاب عنه

لقد تكلمنا فيما مضى عن شراء الانسان ما غاب عنه اذا وصف له ، والآن نتكلم عن بيع الانسان ما غاب عنه وهل يثبت له خيار الرؤية كما ثبت للمشتري خيار الرؤية وهل يصح البيع كما صح شراء الانسان ما غاب عنه؟ فقد اختلف الفقهاء في مثل هذه على رأيين :

الرأي الأول : المحيز لهذا البيع .

الرأي الثاني : المانع لهذا البيع .

فالمجوزون فاسوا بيع الغائب على شراء المشتري للغائب فكما جاز شراؤه وثبت له خيار الرؤية فكذلك من باع الغائب دون رؤية ، يثبت البيع ويثبت خيار الرؤية ، فالحقيقة يقولون : من باع ما لم يره صح البيع ولا خيار له الا ما زوي عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولاً له الخيار (١) .

والشافعية ترى أن بيع الغائب من قبل البائع باطل قطعاً (٢) .

حجة من يثبت له خيار الرؤية : وقد احتجوا بما يأتي :

١ - القياس على خيار الشرط وخيار العيب :

فخيار الشرط يثبت للجانبين ، أما خيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري فقط بل اذا وجد البائع الثمن زيوفاً كان له الخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء رد الثمن وصار

(١) فتح القدير ٥ : ١٤٠ ومجمع الأنهر ٢ : ٣٥ ودر المنتقى ٢ : ٣٥ والجزء الرابع ٦ : ٣٠ والدرر

الحكام ٢ : ٥٧ وغنية ذري الأحكام في بنية درر الحكام ٢ : ١٥٧ ، والفتاوى المهديّة ٥٩ .

(٢) المجموع ٩ : ٣١٨ .

حكمه كحكم المشتري اذا وجد في المبيع عيباً له الرد لكن العقد لا يفسخ برد الثمن وانما يفسخ برد المبيع لانه أصل دون الثمن (١) .

ولو كان الاقتصار على خيار العيب لكان أقرب الى الصحة ، لأن ثبوت الخيار في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع ، وكذلك فان خيار الشرط متوقف شرعاً على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا (يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا عنه فيلزم حينئذ فكذا هنا) وليس الواقع هذا الظهور اختلاف حكم الأصل والفرع ولو لم يختلفا فالأصل معدول به عن القياس فلا يقاس عليه من جهة البائع وثبوتاً من جهة المشتري .

٢ - أن لزوم العقد بنهاج الرضا ، وانما يتم رضاه اذا علم بالأوصاف التي هي مقصودة وانما يصير ذلك معلوماً بالرؤية . فان الرؤية تحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبرة فلم يكن البائع راضياً بالزوال ، فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ ، بخلاف خيار العيب فان العلم بالأوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو صفة السلامة (٢) .

٣ - القياس على المشتري :

وبما أن المشتري ثبت له خيار الرؤية لجمله بصفة العقود عليه ، فكذلك البائع فانه جاهل بصفة العقود عليه فثبت له الخيار (٣) ، وخاصة وأن العبرة في العقود هو رضا المتعاقدين وبدون الرؤية التي هي مظنة الرضا لا يحصل التراضي ، وهذا فقه جميل .

أدلة من ينفي خيار البائع :

(١) ان تمام رضا البائع باعتبار علمه بما يدخل في ملكه لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع والذي يدخل في ملكه انما هو الثمن وطريق اعلامه التسمية دون الرؤية (٤) . وجهل المشتري للمبيع يمنع صحة البيع لا جهل البائع (٥) .

(٢) ان في اعطاء البائع حق الخيار ابطال حكم مثبت بالنص وهو الخيار للمشتري

(١) العناية على الهداية ٥ : ١٢٠ والهداية .

(٢) المبسوط ١٣ : ٧١ والهداية وفتح القدير والعناية ٥ : ١٤٠ .

(٣) المغني لابن قدامة ٣ : ٤٩٦ .

(٤) المبسوط ١٣ : ٧١ .

(٥) الفتاوى المهدية ٥٩ .

عند رؤية المعقود عليه ، قال رسول الله ﷺ (من اشترى ما لم ير فله الخيار إذا رآه)
وبنظري أن هذا ليس دليلاً لضعف الحديث .

٣) أن الخيار معلق بالشراء فلا يثبت دونه ، ولا يخفى أنه نفي للحكم بمفهوم
الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط (١) .

ولكن جعل الاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد ، لأن مشتري ما لم يره مشتري على
أنه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد فاذا هورديء ، وحكم من اشترى
شيئاً على أنه جيد فاذا هو رديء فله الخيار ، وحكم بائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون
مما ظنه ، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه رديء ، فاذا هو جيد ، ومن باع شيئاً على أنه
رديء فاذا هو جيد لا خيار للبائع فلهذا افترقا ، ولهذا فلا قياس على المشتري (٢) .

واني لأقف عند هذا النص القياسي عند الحنفية إذ أرى أنه لا فرق بين البائع
والمشتري في هذا القياس ، إذ أرى أن من اشترى شيئاً على أنه جيد فاذا هو رديء فله
الخيار ، حكم من باع شيئاً على أنه أدون مما ظن فاذا هو أعلى ، كمن باع على أنه رديء
فاذا هو جيد ، فأثبت له الخيار ولا أنفي عنه الخيار كما فعلت الحنفية لانها في درجة
واحدة ، ومن المعلوم أنها يشتركان في علة واحدة ، وهي عدم الرؤية فطرفا القيلس
المقيس والمقيس عليه برتبة واحدة والعلة مشتركة فالحكم اذن واحد وبما أنهم أعطوا
للمشتري الخيار فكذلك البائع .

٤) قضاء جبير بن مطعم بمحضر من الأصحاب في الشراء لا في البيع وهو قول
الامام آخر ارجع اليه حين بلغه الحديث وهو ما روي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع
أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقبل لطلحه أنك قد غبنت فقال لي الخيار لأنني
اشترت ما لم أره ، وقيل لعثمان أنك قد غبنت فقال لي الخيار لأنني بعث ما لم أره ، فحكما
بينهما جبير بن مطعم ففضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة (٣) .

(١) فتح القدير ٥ : ١٤٠ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ٢٩٢ .

(٣) البحر الرائق ٦ : ٣٠ ، والمبسوط ١٣ : ٧٠ ، ٧١ ، والبدائع ٥ : ٢٩٢ وهذا الحديث يروي بوجه
آخر في فتح القدير : ما أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضي الله عنه
اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا فقبل لعثمان أنك قد غبنت فقال لعثمان لي الخيار لاني بعث
ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه ففضى أن الخيار لطلحه ولا خيار لعثمان . فتح
القدير ٥ : ١٤٠ .

وقضية مثل هذه يجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم يحكمان فيها رجلا غيرهما فالظاهر أن مثل هذا يكون بحضور من الصحابة رضي الله عنهم وأن يغلب على الظن شهرتها وانتشار خبرها وحينما حكما جبر وحكم بذلك وسكت من حضر ولم يخالف فيها أحداً دل على أنه اجماع سكوتي (١) .

والذي أراه أن هذا الاجماع حاصل وخاصة وقد صدر أمام عدد من الصحابة ومنهم عثمان وطلحة المشرين بالجنة ولا يخافان في الله لومه لائم ، وكل من المتخاصمين أنما يستفتي الحكم ، ولا يريد غلبة الخصم ويعلمان حديث رسول الله ﷺ الذي يقول (لعل أحدكم الحن بحجته . . فانما هي قطعه من النار فليأخذها أو يدعها) . ولكن بنظري أن الحكم ليس لهذا الاجماع السكوتي ، وانما الحكم يدور حول جواز بيع الغائب فلم يبق لخيار البائع ضرورة في هذا العقد ، بينا رأينا سابقاً أن المشتري يساوي البائع في عدم الرؤية المورثة عدم الرضى في العقود والله سبحانه وتعالى أعلم .

كل ما مضى انما يكون في المبيع بثمن أمسا اذا باع سلعة بسلعة ولم ير كل منهما ما يحصل له من العوض كان لكل واحد منهما الخيار ، لأن كل واحد منها مشتر للعوض الذي يحصل له (٢) .

وفي جامع الفصولين (يثبت الخيار للبائع في الثمن لو عينا والكيلى والوزني اذا كانا عينا منهما كسائر الأعيان ، وكذا التبر من الذهب والفضه والأواني ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك ديناً في الذمة كالسلم والدرهم والدنانير عينا كان أو ديناً ، والكيلى والوزني لو لم يكونا عينا فهما كمتقدين لا يثبت فيهما خيار الرؤية اذا قبضا) (٣) .

بيع الشيء برؤية بعضه الذي يستدل به على الباقي :

وذهبت الشافعية الى أن المشتري لو رأى بعض المبيع دون البعض وهو ما يستدل

برؤية بعضه على الباقي صح البيع بلا خلاف (٤) .

(١) الهداية وفتح القدير ٥ : ١٤٠ ، ١٤١ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ٣٠ .

(٣) جامع الفصولين ٣ : ٢٤٦ .

(٤) المجموع ٩ : ٣٢٦ .

قال أصحاب الشافعي : وذلك كروية ظاهر الصبرة ولا خيار له اذا رأى بعد ذلك باطنها الا اذا خالف ظاهرها . ووافقت الحنفية على ذلك ، لأن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود (١) ، والمراد برؤية ما يؤذن بالمقصود رؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خياره بعده ، لأنه قد اشترى ما رأى فلا خيار له (٢) والمالكية تكفي رؤية بعض المبيع ان دل على باقيه ان كان مثليا من مكمل كقمح ، وموزون كقطن وكتان ، بخلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه (٣) ، والحنابلة اذا كان المرثي متساوي الاجزاء من حب وثمر (٤) . والمراد ، ما يكفي بالرؤية ، بالا تتفاوت آحاده ، فان كانت الآحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالأنموذج فيكفي في رؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له خيار العيب ، والسبب في ذلك : أن المشتري انما رضي بالصفة التي رآها لا غيرها (٥) . والحاصل : أنه اذا كان الباقي أردأ مما رأى لا تكفي رؤية بعضه ويبقى على خياره أما اذا كان على مثل ما رأى أو أجود فلا خيار له .

وإذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض مما يتفاوت آحاده .

وترى الشافعية في معنى الخنطة والشعير صبرة الجوز واللوز والدقيق ونحوها فلو رأى شيئاً منها في وعائه فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن والزيت وخلل وسائر المائعات في ظروفها كفى ذلك وصح البيع ولا يكون بيع غائب . وقال أصحاب الشافعي : ان رؤية صبرة السفرجل والرمان والبطيخ لا يكفي بل يشترط رؤية كل واحد منها وان غلب عدم تفاوتها .

قال الشيخان : ولا يكفي في مسألة العنب والخوخ ونحوهما رؤية أعلاها لكثرة الاختلاف في ذلك بخلاف الجوز .

أما المائعات فانه يكفي فيها ، رؤية أعلى المائعات في أوعيتها كالدهن والزيت ونحوها (٦) .

(١) الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٤٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٩٦ .

(٣) اللسوقي ٣ : ٢٤ المقوم كعدل مملوء من القماش .

(٤) مطالب أولي النهى ٣ : ٣٦ .

(٥) ابن عابدين ٤ : ٥٩٦ ، ٥٩٧ والبحر الرائق ٦ : ٣١ ، وفتح القدير ٥ : ٢٤٢ .

(٦) نهاية إحتجاج ٣ : ٤١٨ ، ٤١٩ والمغني المحتاج ٢ : ١٩ والمجموع ٩ : ٢٢٦ .

المطلب الثاني

بيع الأنموذج

الأنموذج لغة : هو بضم الهمزة والميم ويفتح الذال المعجمة وسكون النون وهذا هو الشائع ، قال صاحب القاموس : انه لحن والصحيح انما هو بفتح النون وضم الميم المشدودة وفتح المعجمة وهو مقدار متساوي الأجزاء كالحبوب ويسمى بالعينة .

وصورتها : أن يعرض البائع مقداراً من البيع للمشتري على أن باقي المبيع من هذا النوع من الجودة والرداءة ثم يرضى المشتري بهذا الأنموذج فيتبايعان ، مثال ذلك كأن يعرض مزارع عينة عن حبوبه لتاجر ويبيعه خمسين كيساً من هذه الحبوب فاذا وجد المشتري المبيع وفق هذا النموذج لزم البيع والافسخ العقد .

حكم بيعة :

والأنموذج بيع متفق عليه عند جمهور الفقهاء مع اختلافهم في بعض الشروط .

فالسرْحسي من الحنفية يقول : (والمكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض تصير صفة ما بقي منه معلوما ، والأصل أن كل ما يعرض فرؤية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار فيه ، وما لا يعرض بالأنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منها لاسقاط الخيار ، وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان ما لم يره مثل ما رآه أو أجود مما وأى فان كان أدنى مما رأى فله الخيار ، لأنه انما رضي بالصفة التي رأى فاذا تغير لم يتم الرضا

(١) الأنموذج : بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء وهو معرب وفي لغة نموذج بفتح النون والذال معجمة مفتوحة مطلقاً وقال الصنعاني النموذج : مثال الشيء الذي يعمل عليه وهو تعريب نموذّه وقال الصواب النموذج لانه لا تغيير فيه بزيادة . مصباح المير ٢ : ٩٦٧ .

به ، وان اختلفا فقال المشتري : قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينته وعلى المشتري البينة ، لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من الموقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري ، ولو ادعى عيباً بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ، والقول قول البائع مع يمينته ان لم يكن له بينة فهذا مثله (١) .

وقال الزيلعي : (وان كانت آحاده تتفاوت ، وهو الذي لا يباع بالتمودج ، كالثياب والدواب والعبيد ، فلا بد من رؤية كل واحد من أفرادها ، لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت) (٢) .

فكلام الحنفية على النموذج بأنهم يجزونه ويسقطون الخيار أي خيار الرؤية اذا كان المبيع مطابقاً لما في النموذج ، وان لم يكن مطابقاً بأن كان أردأ مما هو في النموذج فالتحياز باق .

أما ما كان من غير المتماثل كما عبر عنه الزيلعي فلا يصح بيعه بالأنموذج .

وقد انفرد ابن عابدين في جعل الثياب من الأشياء المتماثلة قال : (ويبقى شيء لم أر من نبه عليه ، وهو ما لو كان المبيع اثواباً متعددة وهي على نمط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد ، ويظهر لي أنه يكفي رؤية ثوب منها الا اذا ظهر أن الباقي أردأ ، وذلك لأنها تباع بالنموذج في عادة التجار ، فساذا كانت ألواناً مختلفة ينظرون من كل لون الى ثوب واحد بل يقطعون مسن كل لون قطعة قسدر الا صعب ويلصقون القطع في ورقه ، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوما ، فاذا وجدت الأثواب كلها على الجال المرثي والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية ، لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض ، اذا لا شك أنه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن ، فاذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لا يختلف ثوب منها عن ثوب اختلافاً ينقص الثمن عادة كان كذلك ، ولا سيما اذا كانت الثياب من سدى واحدة لأنه داخل تحت قول الهداية وغيرها أنه يكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود) (٣) .

(١) المبسوط ١٣ : ٧٢ .

(٢) الزيلعي ٤ : ٢٦ وانظر في هذا المعنى الاصل ١٤٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٩٧ ، ٥٩٨ .

ويؤيد كلام ابن عابدين بأن الثياب من المثليات وأنه يكفئ برؤية قطعة صغيرة من نموذجها ، وأن خيار الرؤية ساقط ، اذا وجد المبيع كالنموذج ماقاله المرغيناني بأنه يجوز السلم في المزروعات ، لأنه يمكن ضبطها بذكر الزرع والصفة والصنعة لا في الحيوان ، لان فيه تفاوتاً فاحشاً في المالية (باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد) (١) والمراد بقلما يتفاوت الثوبان .. أنها يتفاوتان تفاوتاً قليلاً لا عدم التفاوت أصلاً (٢) . وعرف زماننا اليوم في بيع الثياب على هذا ، الا أنني أرى ابقاء الخيار مع هذا النموذج في الثياب ، لأن الثوب الواحد في النول الواحد تراه يختلف من ذراع الى ذراع اذ ربما تنقطع الخيطان وترتبط في ذراع دون ذراع والله سبحانه وتعالى أعلم .

والمالكية أجازوا البيع على النموذج اذا كان المبيع من المكيات كالقمح والمزونات كالقطن وأن رؤية البعض كافية ، بخلاف المقوم فانهم لا يرون ذلك كعدل مملؤ من القماش ، وقال ابن عبد السلام : الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلي في كفاية رؤية البعض اذا كان المقوم من صنف واحد ، وفي رأيي أن المقوم لا يدخل تحت بيع النموذج لاختلافه بالقيمة من حيث الصغر والكبر والجودة والرداءة ولكن اذا كان كالقماش فأرى كما رأى ابن عابدين في بيع الثياب . مع الاحتفاظ بحقه في الخيار (٣) .

والشافعية أجازوا بيع الانموذج اذا رآه المشتري منفصلاً عن المبيع وكان من المتماثلات ولا بد من ادخال النموذج في صيغة العقد كأن يقول : بعتك كذا وهذا منه ولا يضر خلطه به ولا تلفه ولو قبل القبض (٤) وان قال بعتك الحنطة التي في هذا البيت وهذا الانموذج منها ، فان لم يدخل الانموذج في البيع فوجهان :

- (١) الهداية ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٢٢٨ .
- (٢) فتح القدير ٥ : ٣٢٨ .
- (٣) التسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ .
- (٤) فتح الوهاب ١ : ١٦٥ وقلبي وعيره ٢ : ١٦٥ والمجموع ٩ : ٣٢٧ ومغني المحتاج ٢ : ١٩ ونهاية المحتاج للرمل ٣ : ٤١٩ ، ٤٢٠ ، واعانة الطالبين ٣ : ١١ ومنهاج الطالبين بهامش قلبي وعيره . واعلم أنه اذا حضر الانموذج وقال بعتك من هذا النوع كذا فهو باطل لأنه لم يعين مالا ليكون بيعاً ولم يراع شروط السلم ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم لان الوصف باللفظ يرجع اليه عند النزاع : قال السبكي : وصورة المسألة : ان يقول بعتك الحنطة =

أ - لا يصح البيع لأن المبيع غير مرئي ، وان رده للمبيع لانتهاء رؤية المبيع أو شيء منه وصار كأنه قال : بعتك من هذا النوع كذا .

ب - ان ادخل النموذج في البيع صح على أصح الوجهين كما لو رآه متصلا بالباقي .
قال النووي : وان شئت جمعت صورتين قلت : فيه ثلاثة أوجه :
أحدها - الصحة .
والثاني - البطلان .

والثالث - ان ادخل الانموذج في البيع صح والا فلا (١) وهو أصحها .

أما الخنابلة : فقد ذهبت الى عدم صحة بيع الانموذج وهو ما يدل على صفة الشيء ومثلوا له بأن يريه صاعاً مثلاً من صبرة ويبيعه الصبرة على انها من جنسه فهذا البيع لا يصح عندهم ، لعدم رؤية المبيع وقت العقد (٢) .

واني لأرى أن الخنابلة قد أجازوا بيع الغائب على الصفة والانموذج مشاهد والمبيع يساوي ما رأى من الانموذج ، فهو مساو للغائب ويزيد عليه بأن بعضه مرئي . قال البهوتي ويصح البيع بصفة تضبط ما يصح السلم فيه لانها تقوم مقام الرؤية في تمييزه) .
ونجده يتكلم ثانية بما يفيد أن الخنابلة أجازت بيع الانموذج فقال : (أن يكون المبيع معلوماً برؤية تحصل بها معرفة مقارنة له وقت العقد أو لبعضه إن دلت عليه بقيته وإلا فلا) (٣) .

هذه العبارة (أو لبعضه ان دلت على بقيته) ان هي الا بيع الأنموذج ، لأن رؤية بعضه تدل على باقيه ، فكان الأولى أن تجيز الخنابلة بيع الأنموذج . والله سبحانه وتعالى اعلم .

= التي في هذا البيت وهذا نموذجا فان ادخله في البيع صح والا فلا . قال الأسنوي : وشرط الادخال ان يردده الى الصبرة قبل البيع فلو ادخله في البيع من غير رد كان كبيع عينين رأى احدهما والذي اراه ان رده الى الصبرة غير صحيح بل ادخاله في البيع هو الصحيح لانه اذا رده الى الصبرة لم يبق نموذجا الا اذا كان الانموذج والمبيع في مجلس واحد مع احتمال بعده ايضا لان القمح قد يتغير في داخله فيحتاج الى حكم وهو الانموذج وهو متعمد . قليوبي وعميرة ٢ : ١٦٥ .

(١) المجموع ٩ : ٣٢٧ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٢٠ .

(٢) كشف القناع ٣ : ١٦٣ ومطالب اولي النهي ٣ : ٢٧ .

(٣) كشف القناع ٣ : ١٦٣ .

والشعبة الامامية ذهبت الى جواز بيع النموذج المتماثل وينجير النقص عندهم بالخيار فان خرج المبيع معيماً تخير المشتري بين رد المبيع والأرش ان لم يتصرف به المشتري تصرفاً زائدا على اختياره (١) .

أما الظاهرية فانهم لا يأخذون في بيع النموذج ، بل نراهم يشنعون على من أخذ ببيع النموذج وما أنا اثبت نضاً له لكي لا أتريد عليه ولكي لا أمس من تكلم عليه بأذى .

قال ابن حزم : (وليت شعري ما هذا النموذج الذي لا هو لفظة عربية من اللغة التي نزل القرآن ونحاطبنا بها رسول الله ﷺ ، ولا لفظة شرعية ثم صار يشرع بها أبو حنيفة الشرائع فيحرم ويحلل فعلى النموذج العفاء وصفع القفاء وعلى كل شريعة تشرع بالنموذج) (٢) .

ان ابن حزم بتشييعه على أبي حنيفة يأخذه بالنموذج انها كسان في معرض حديث جواز بيع المغيبات في الأرض كالبصل والفجل والجزر ونحوها ، فان هذه الاشياء انما هي غير مرئية ولذا مما يجلب التنازع والشقاق بين المتعاقدين لو قلنسا بصحة ابن حزم ، لكن النموذج من القمح وغيرها من المثليات فلا ينطبق عليها موقفه ، وخاصة في هذا الزمان فان البياعات انها تكون بهذه الطريقة سواء بين الافراد أو بين الدول والقارات ، وأصبح عرفاً بين التجار ، ولم يبق للمتعاقد الآخر سوى خيار العيب وخيار الخلف في الصفة والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) اللعة الدمشقية ٣ : ٢٧٦ ط ١ النجف الاشرف .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٩٥ ، ٣٩٦ .

المطلب الثالث

بيع الأعمى وشراؤه (١)

اختلف الفقهاء في بيع الأعمى وشراؤه على رأيين :

الرأي الاول : المانعون لبيعه وهو الرأي الراجح عند الشافعية .

الرأي الثاني : المحجوزون له مالك واحمد وابو حنيفة والشيعة الزيدية وأصح الاقوال عند الاباضية والظاهرية .

المانعون لبيعه :

ترى الشافعية أن بيع الأعمى باطل وهو المذهب وقال الزركشي : الا شراء من يعتق

(١) الأعمى كالبصير الا في مسائل يخالف البصير عند الشافعية وهي :

- ١ - لا يجتهد في الاراني والثياب في قول .
- ٢ - يكرة ان يكون مؤذناً راتباً الا مع بصير كابن أم مكتوم مع بلال .
- ٣ - لا يجتهد في القبلة .
- ٤ - لا جعة عليه اذا لم يجد قائلاً .
- ٥ - البصير أولى منه بغسل الميت .
- ٦ - لا حج عليه اذا لم يجد قائلاً .
- ٧ - تكراه زكاته كراهة تنزيه بلا خلاف .
- ٨ - ولا يحل صيده بارساله كلياً أو سهماً في أصح الوجهين .
- ٩ - لا يصح بيعه وشراؤه واجارته ورهنه وهبته ومساقاته ونحوها مسن العاملات على المذهب الصحيح :

عليه لأن مقصوده العتق ومقتضاه الحاق البصير به في ذلك (١) .
 وقيل أن لم نجوز بيع الغائب وشراؤه لم يصح بيسم الأعمى ولا شراؤه ، وان جوزناه
 فوجهان :

١ - لا يجوز لأنه لا طريق له الى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار له .
 ٢ - يجوز بيعه وشراؤه ويقام وصف غيره مقام رؤيته وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد
 وعلى هذا ثبت له خيار الرؤية عند وصف السلعة له ، ويكون الوصف له بعد العقد
 كرؤية البصر (٢) .

ويصح بيع ما رآه قبل عماء ان كان ذا كراً لأوصافه وهو مما لا يتغير غالباً، وكذلك
 لو اشترى شيئاً ثم عمي قبل قبضه لم يبطل الشراء (٣) .
 وأرى أن بيع الأعمى وشراؤه صحيح كالبصير اذا ما وصف له المتاع كل بحسبه .

- ١٠ - لا يجوز كونه وصياً في وجه .
 ١١ - لا يجوز مكانته عبده في احد الوجهين .
 ١٢ - لا يكون ولياً في النكاح في وجه .
 ١٣ - لا يجزئ في الكفارة .
 ١٤ - لا تؤخذ عين البصير بعينه .
 ١٥ - لا يكون سلطاناً .
 ١٦ - لا جهاد عليه .
 ١٧ - لا يكون قاضياً .
 ١٨ - لا تقبل شهادته الا فيما تحمله قبل العمى أو بالاستفاضة أو على من تعلق به . مجموع ٩ : ٣٣٢
 أما الحنفية فقد ذكروا ان الأعمى يخالف البصير في اثني عشر : لا جهاد عليه ولا جمعة
 ولا جماعة ولا يصلح كونه شاهداً ولا دية في عينه وكره أذانه وامامته الا أن يكون
 أعلى القوم ولا يجوز اعتاقه ولا كونه إماماً أعظم ولا قاضياً ويكره ذبحه ولم أر حكم
 صيده ورميه واجتهاده في القبله (البحر الرائق ٦ : ٣٤ والانسباه والنظائر لابن
 نجيم : ٣١٤ وابن عابدين ٤ : ٦٠٠ .

(١) نهاية المحتاج ٣ : ٤٢٢ والواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٧٦ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٣٢ ومعني المحتاج ٢ : ٢١ .

(٣) نهاية المحتاج ٣ : ٤٢٢ وقلوبى وعميرة ٢ : ١٦٧ .

وأما بيع الصفة عند الشافعية وهو السلم فيصح من الأعمى نبيحاً وشراء، لأن السلم عقد على صفة يفترق الى الخبر دون النظر فأستوى فيه الأعمى والبصير لاستوائهما في المخبرات وان اختلفا في بيعوع الأعيان لاختلفا فيها في المشاهدات .

وأما بيع الأكه الذي خلق أعمى فلا يصح منه السلم لجهله بالألوان، ولكن جمهور فقهاء الشافعية خرج مذهب الشافعي الى التسوية في عقد السلم بين الأعمى الذي كان بصيراً وبين من خلق أعمى لم يبصر، لأن من خلق أعمى وان لم يعرف الألوان فهو يعرف أحكامها ويعلم اختلاف قيم الأمتعة باختلاف ألوانها وأن الحنطة البيضاء أجود من الحنطة السوداء فصار فيها كالبصير وكالأعمى الذي كان بصيراً، ألا ترى أن البصير لو وصف له متاع لم يره ولا عرفه في بلد تبعد عنه جاز أن يسلم فيه وان لم يعرف الصفات التي اشتمل العقد عليها اذا علم تفاصيلها فكذلك سلم الأعمى، فاذا ثبت أن عقد السلم يصح منه فقبضه عند حوله لا يصح منه، لأن القبض يحتاج الى استيفاء الصفات المستحقة بالعقد وذلك مما لا يدرك الا بالمشاهدة والنظر فجرى مجرى عقد البيع على عين لا يصح من الأعمى حتى يوكل فيه بصيراً بعقد عنه أولاً، وكذلك لا يصح من الأعمى قبض السلم فيه ولا اقتصاصه حتى يوكل من يقتص له ان كان مشترياً أو يقتص عنه ان كان بائعاً والله أعلم (١) .

أدلة المانعين لبيعه : وقد أستدلوا بما يأتي :

- ١ - نهى رسول الله ﷺ عن الغرر وعقد الضرير من أعظم الغرر .
- ٢ - نهى رسول الله ﷺ عن بيع الملامسة وبيع الضرير أسوأ حالا منه .
- ٣ - انه بيع مجهول الصفة عند العاقد فوجب أن يكون باطلا كما لو قال بعثك عبداً أو ثوباً .
- ٤ - انه بيع عين فوجب أن يكون لفقد الرؤية تأثير فيه كالبصير فيما لم يره .

الخجوزون لبيعه :

فالحنفية ذهبت الى أن بيع الأعمى وشراءه جائزان : وله الخيار اذا اشترى ؛ لأنه اشترى ما لم يره ، ويسقط خياره بما يأتي :

(١) الحارثي للهاوردي ٦ : ٣٠ ، ٣١ .

١ - الجلس :

ان كان المشتري مما يعرف بالجلس فهو كالبصير في ذلك ، وان كان المشتري مما تعرف صفته بالجلس كالشاة كما تعرف بالرؤية ، فاللمس فيه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه وقال رضيت به يسقط خياره (١) .

٢ - الشم :

ان كان المشتري يعرف بالشم كالطيب .

٣ - الذوق :

ان كان المشتري يعرف بالذوق كالعسل .

٤ - الوصف :

ويكون فيما لا يمكن معرفته بالحواس كالعقار حتى يوصف وذلك بأن يوقف الأعمى في مكان لو كان بصيراً لراه ثم يذكر له صفته الا أن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به ، لأن ذكر الوصف يقام مقام الرؤية في بعض المواضع كما في عقد السلم (٢) .

أما الكرخي فقال : وقوفه في ذلك الموضوع وغيره سواء لأنه لا يستفيد به علماً (٣) . وعن أبي يوسف رحمه الله : قال يقاد الى ذلك الموضوع فاذا كان بحيث لو كان بصيراً رأى فقال : قد رضيت سقط خياره ، لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز ، وجعل هذا كتجريك الشفتين من الأخرس واجراء موسى على رأس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام ، فان وقوفه يقام مقام عبارة الناطق في التكبير والقراءة لأن الممكن ذلك القدر (٤) .

(١) يعني ولا يحتاج لغير الجلس فان احتيج اليه لا بد منه كان اشترى ثوباً فلا بد من صفة طوله وعرضه ورقته مع الجلس وفي الخطة لا بد من اللمس والصفة .

(٢) المبوط ١٣ : ٧٧ فتح القدير ٥ : ١٤٧ والدرر الحكام وغنية ذو الاحكام في بنية درر الحكام ٢ : ١٥٩ ومجمع الأنهر ٢ : ٣٨ .

(٣) فتح القدير ٥ : ١٤٧ والبحر الرائق ٦ : ٣٥ وابن عابدين ٤ : ٦٠٠ .

(٤) المبوط ١٣ : ٧٧ والبحر الرائق ٦ : ٣٥ .

والكمال بن المهام يضعف هذا الرأي ، لأن العجز لا يتحقق الا بتحقيق العجز عن الوصف اذ القائم مقام الشيء بمنزلة وقد ثبت شرعاً اعتباره بمنزلة في السلم أما وجوب اجراء الموسيقى فمختلف فيه وكذلك التحريك ليس بلازم للذمي .

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر الوصف في غير العقار ولم يعتبر الشم ولا الذوق لأن الوصف يقوم مقام الرؤية (١) . وبالجملة لا بد في الوصف للأعمى ما يقف به على صفة المبيع فهو المعتبر ليكون في حقه بمنزلة الرؤية في حق البصير (٢) .

وعند المالكية يجوز بيع الأعمى وشراؤه سواء ولد أعمى أو طراً عليه في صغره أو كبره في غير الجراف ، لأن الجراف يعتبر فيه الرؤية ، وذلك اذا كان المبيع قد وصف له كما في بيع الغائب الموصوف فيما لا يمكن فيه معرفته للمبيع بغير وصف ، أما ما يمكن معرفته للمبيع بدون وصف فيجوز شراؤه وصف أم لم يوصف كالسمن في الشاة والادهان والمشروبات لانها تدرك باللمس والذوق والشم ، وينطبق عليه حكم بيع العين الغائبة الموصوفة اذ خالفت الصفة من أن له الخيار (٣) .

وعند الزيدية أن البيع والشراء يصحان من الأعمى سواء كان العمى طارئاً أو أصلياً فلو غاد اليه نظره فلا خيار له في الضياع والسدور ونحوها . أو حصول اللمس في الثياب ونحوها أو الجلس في الحيوانات ونحوها وهو الصحيح من المذهب فان رده فوراً وآلا بطل خياره .

وهناك رأي آخر بأن الوصف بدل فاذا قدر على المبدل فله خيار الرؤية ، لأن العمى طارئاً لا أصلياً (٤) .

وعند الإباضية لا يصح بيع الأعمى وشراؤه قبل العمى ولو لم يحضره .
وقيل : بيع فاسد ولو حضر وكان المبيع مما لا يتغير ، لأن حضوره كعدم حضوره حتى ولو لمسه ، لأنه لا يراه وهذا قول من لا يبيح بيع الغائب .

أما اذا كان المبيع مما يتغير بين رؤيته وعماه لم يبيح بيعه ولا شراؤه ، وقيل يجوز بيعه أيضاً فيما يتغير ان عرفه قبل العمى ولم تمض عليه مدة التغير ، وقيل : يجوز ان وصف

(١) فتح القدير ٥ : ١٤٧ .

(٢) ابن غابدين ٤ : ٦٠٠ .

(٣) جواهر الاكليل ٩ : ٢ والسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٤ .

(٤) شرح الازهار ٣ : ٩ . والتاج المذهب ٣ : ٣١٥ .

له المبيع أو قيل له ان المبيع باق على ما عرفته قبل فيكون في حكم البصير .
أما ما لم يره قبل العمى فعلى ثلاثة آراء :

١ - لا يصح بيعه سواء عرف المبيع قبل العمى أم لا ، كان العمى أصلياً أم طارئاً يتغير المبيع أم لا .

٢ - يصح ان كان نفعاً له ولم ينقضه .

٣ - يجوز بيعه فيما خف ولو لم يبصره (١) .

وعند الظاهرية : بيع الأعمى أو شراؤه بالصفة جائرة كالصحيح ولا فرق ، واستدل على ذلك بأنه لم يأت في القرآن ولا في السنة بالفرق بين شيء في شيء من ذلك وأحل الله البيع وبهذا العموم دخل الأعمى والبصير (٢) .

أدلة الجمهور على صحة بيع الأعمى وشرائه :

١ (بعموم قوله تعالى وأحل الله البيع ، فالآية لم تفرق بين الأعمى والبصير (٢) .

٢ (بما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال : اذا بايعت فقل لا خلافة (٤) .

والذي قاله له النبي ﷺ : اذا بايعت فقل لا خلافة) هو حبان بن منقذ رضي الله تعالى عنه وكان ضريباً ، فقد أجاز له رسول الله ﷺ أن يبيع وان يشتري (٥) .

٣ (بالاجماع عن الصحابة : وذلك أن العباس بن عبد المطلب وابنه عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر كانوا يتبايعون ويشترون فلم ينكر ذلك عليهم أحد من الصحابة فدل على أنهم مجمعون عليه ، وكذلك فان بيع العميان مسن زمن الرسول ﷺ الى الوقت الحاضر لم يمنعوا من بيعاتهم ولم ينكر عليهم أحداً (٦) .

(١) شرح النيل ٤ : ١٤٠ .

(٢) المحل لابن حزم ٩ : ٥٢ .

(٣) المحل ٩ : ٥٢ .

(٤) رواه البخاري : انظر صحيح البخاري مع العيني ١١ : ٢٣٣ .

(٥) هذا الحديث ورد موصلاً بعدة طرق الى رسول الله صل الله عليه وسلم . ان حبان أصابته آفة في رأسه وثقل في لسانه وكان يخدع في البياعات فلا ينتهز دليلاً .

(٦) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٤ .

٤) قياس الأعمى على البصير : لأن كل من صح منه التوكيل في البيع صح منه عقد البيع كالْبصير .

٥) قياسهم على النكاح : لأن كل عقد جاز أن يقبله البصير جاز أن يقبله الضرير كالنكاح (١) .

رد أدلة الجمهور :

أما الآية فقد أريد بها الخصوص لأنهم متفقون على حظر كثير من البياعات نحو بيع ما لم يقبض وبيع ما ليس عند الانسان وبيع الغرر والمجاهيل (٢) .

أما الإجماع فغير صحيح ، لأنه لا يعقل منهم أن هؤلاء باشروا عقد البيع بعد العمى ولو فعلوه لم يكن إجماعاً ، لأن ترك الإنكار لا يكون رضى .

أما قياسهم على البصير ، ففي صحة بيع البصير حصول مشاهدته والأعمى مفقود المشاهدة .

وأما قياسهم على النكاح فالعنى فيه أنه لما لم يكن للرؤية تأثير فيه صح من الأعمى ولما كان للرؤية تأثير في المبيع لم يصح من الأعمى (٣) .

رد أدلة المانعين : فقد رد عليهم على النحو التالي :

أما نهي الرسول ﷺ عن بيع الغرر وعقد الضرير من أعظم الغرر فإن الأعمى مكلف في جميع الأعمال وليس العمى يحجره إلا في المسائل التي تحتاج إلى الرؤية كالشهادة .

وأما قياسهم على الملامسة ، فذاك وارد فيه نص عن بيع الملامسة التي هي من بيوع الجاهلية ولم يرد في الأعمى شيء .

أما أنه بيع مجهول الصفة ، فقد أجز .

وأني لأرى أن أدلة الجمهور أقوى ولذلك فأني أرى جواز بيع الأعمى وشراؤه إذا

(١) جامع الفصولين ١ : ٢٣٧ وخيار الرؤية لا يثبت في النكاح .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢ : ١٨٩ .

(٣) الحاوي للماودي ٦ : ٣٠ .

كانت العين موصوفة له بما يزيل الجهالة بحسب حال المبيع فان كان بالشتم وأن كان بالوصف فالوصف .

والله سبحانه وتعالى أعلم .

عدم رؤية المبيع في القانون :

لقد ذكرت المادة (١٩) من التقنين المدني المصري أنه يشترط أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويكون العلم بالمبيع برؤيته ذاتا ، ولكن المشرع لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع بل جعل الى جانب هذا الطريق طريقين آخرين :

الأول : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه فإذا باع شخص داراً فإنه يشترط أن يذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات وتحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري . فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية .

الثاني : اقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع :

فإذا لم يحصل الوصف الدقيق السالف وأقر المشتري في مجلس العقد أنه يعرف المبيع أو سبقت له رؤيته ، فهذا الاقرار يكون حجة على المشتري ولا يستطيع بعد ذلك أن يطعن في البيع بالابطال بدعوى عدم علمه بالمبيع الا اذا أثبت أن البائع قد دلس عليه ، وصورة التديليس : بأن يري البائع المشتري عيناً أخرى وأوهمه أنها العين المبيعة ، ففي هذه الحالة له أن يتمسك بأبطال البيع للتديليس لا الغلط .

وعلى هذا فان خيار الرؤية عند القانون قد آل الى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له من غيره ، وبحيث يتمكن المشتري عن تعرفه ، فإذا لم يوصف على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع .

ومن هنا يظهر لنا أن خيار الرؤية لا يكون الا في الفرض النادر الآتي : تكون العين المبيعة معينةً تعييناً نافعاً للجهالة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن من

تعرفها ، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشتري بأنه عالم بالمبيع وقت العقد ، ولم يكن للمشتري بأنه قد رأى المبيع قبل العقد، ففي هذه الحالة يثبت للمشتري خيار الرؤية ، فإذا رأى المبيع ولم يجده وافيا بالغرض المقصود فله أن يطلب ابطال البيع لأنه قد وقع في غلط جوهري في شأن المبيع ، لأن المشتري لم ير المبيع ولم يوصف له ولكنه أقدم على شراؤه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفي بالغرض المقصود (١) .

خيار الرؤية في المبيع جزافاً :

إذا كان البيع جزافاً وشاهد المشتري بعض المبيع ورضي به ثم تبين له بعد ذلك أنه لو شاهد المبيع كله لأحجم عن الشراء كان مخيراً بين أخذ كل المبيع بكل الثمن وبين فسخ البيع واسترداد الثمن إن كان أداءه ، ولا يجوز له أخذ ما شاهده بما يقابله من الثمن وترك الباقي لتفرق الصفقة على البائع وفي ذلك ضرر عليه .

البيع بالأنموذج (٢) :

تنص المادة (٢٠) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

- ١ - (إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها) .
- ٢ - (وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق) (٢) .

فمن هذا النص نرى أن المبيع يجب أن يجيء مطابقاً للعينة مطابقة تامة ، وإذا لم يكن مطابقاً للمشتري أن يرفض المبيع وأي جزء منه لا يكون مطابقاً لها ، إلا أن القانون يرى أيضاً لو أن المبيع وجد أعلى صنفاً أو أجود من العينة فللمشتري خيار الرؤية لأن

(١) الوسيط : ١٢٣ - ١٢٦ وشرح البيع في القوانين المصرية للاستاذ محمد حلمي غيبى ٣٢٢ - ٣٣٥ وكتاب العاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية للاستاذ أحمد أبو الفتح : ٢٩١ وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشراوي ١ : ٤٨ - ٤٩ .

(٢) الأنموذج : هو البيع بالعينة عند القانون ولذا فاني اذكر لفظ العينة بدل الأنموذج .

الاتفاق تم على أن يكون المبيع مطابقاً للعينه فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل .

أما لو كان المبيع مطابقاً للعينه وكان غير ملائم لحاجته فان المشتري لا يستطيع رفض المبيع وكذلك لو حصل للمبيع الذي يذاق أو يجرب التجربة أو الذوق أن يرد المبيع المطابق للعينه ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم، وكل هذا لا يمنع المشتري من الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (١) .

شراء الأعمى :

لقد تكلم القانسون القديم عن شراء الأعمى وتصرفاته في المادة (٢٥٣) وذكر أن الأعمى أهل للتصرفات قانوناً فيقع شراؤه صحيحاً اذا أمكنه معرفة المبيع بطريق الذوق أو اللمس أو الجس أو نحو ذلك مما لا يدرك بالبصر ، ويصح أيضاً شراؤه للمرثيات بالبصر اذا أناب عنه غيره في مشاهدة المبيع .

وفي المادة (٢٦١) أنه يشترط في حالة ما اذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط كالمكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات أن يكون معرفاً تعريفاً تاماً قدرها ووصفاً بحيث يكون رضا المتعاقدين بعد ذلك صحيحاً (٢) .

أما في التقنين المدني الجديد فقد قضى بأن بيع الأعمى يكون صحيحاً اذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة أو حصلت معاينته فن عينه معتمداً عليه في ذلك (٣) .

(١) مجموعه الأعمال التحضيرية ٤ : ٢١ - ٢٤ .

(٢) الوسيط ٤ : ٢٣٤ - ٢٣٧ وشرح العقود المدنية للإستاذ الدكتور جميل الشراوي ٦٧ - ٦٩ .

(٣) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية للإستاذ أحمد أبو الفتح : ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٤) مجموعه الأعمال التحضيرية ٤ : ١٩ .

المبحث السادس

بيع المعدوم

تمهيد:

من شروط صحة البيع في الفقه الإسلامي أن يكون المبيع موجوداً وقت التعاقد فان لم يكن المبيع موجوداً عند التعاقد فالعقد باطل ، اللهم الا في مسألتين يصح العقد فيهما رغم عدم وجود المبيع ، وذلك في السلم والاستصناع (1) ، واذا كان المبيع غير موجود أصلاً وقت العقد ، ان كان المبيع موجوداً في أصله ولكنه في الحالتين غير محقق الوجود في المستقبل فان له خطر المعدوم . ومن هنا يدخل عنصر الغرر كبيع الثمرة قبل أن تخلق ، وبيع اللبن في الضرع وبيع حمل الدابة في بطنها ، فهذه البيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش فلا تجوز لأن الثمرة قد توجد وقد لا توجد ، لأن خلق الثمرة بتكوين من الله واردة ولا دخل للانسان في تكييفها ، والدابة قد تلد وقد لا تلد وكذلك اللبن في الضرع فقد يكون موجوداً وقد يكون غير موجود ، أو قد يكون الضرع فيه انتفاخ لا لبن .

ولذا فاني سأبحث في هذا المبحث عن بيع الأشياء المعدومة وقت التعاقد إلا أنها ممكنة الوجود في المستقبل وهو ما يعبر عنه في الفقه القانوني (بيع الأشياء المستقبلية) .

وعلى هذا فسأتكلم أولاً عن بيع المعدوم في الفقه الاسلامي ثم أتكلم عنه في القانون .

ولذا أقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : بيع المعدوم عند الفقهاء .

المطلب الثاني : بيع الار .

المطلب الثالث : بيع المعدوم في القانون المصري .

(1) انظر الاستصناع من رسالتنا فيه أوجه الاختلاف في بيع الاستصناع .

المطلب الأول

بيع المعدوم عند الفقهاء

من الفقهاء من ذكر بيع المعدوم بصراحة ومنهم من أشار إليه . وإليك آراؤهم جميعاً مفصلة .

الحنفية :

ذهبت الحنفية إلى أن بيع المعدوم وماله خطر العلم باطل . يقول أبو العلاء السمرقندي في باب البيوع الفاسدة : ومنها بيع المعدوم الذي انعقد بسبب وجوده أو ما هو على خطر الوجود كبيع المضامين والملاقيح وتناج الفرس لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع المضامين والملاقيح وبيع حبل الخبلة (١) . أما الكاساني : فقد ذكر بيع المعدوم بتفصيل رائع يحسن بي أن أذكر نص عبارته فقال : (وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع : منها أن يكون موجوداً فلا يتعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع تناج التناج بأن قال بعث ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل لأنه إذا باع الولد فهو بيع المعدوم ، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم . وكذا بيع اللبن في الضرع ، لأن له خطر المعدوم لاحتمال انتفاخ الضرع . وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنها معدومان ، وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحها إذا لم يشترط الترك . وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم . . . ولا يجوز بيع الدقيق في الخنطة والزيت في الزيتون ، والدخن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن . . . لأن بيع الدقيق في الخنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم ، لأنه لا دقيق في الخنطة ولا زيت في الزيتون ، لأن الخنطة اسم للمركب والدقيق اسم للتغير

(١) تحفة الفقهاء ٢ : ٦٨ .

منه فلا دقيق في حال كونه حنطه . . . وكذا بيع البزير في البطيخ على الصحيح ، لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر ، وكذا بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسليخ فكان بيع المعدوم فلا يتعقد ، وكذا بيع الشحوم الذي فيها والبيتها ، وأكارعها ، ورأسها ، لما قلنا وكذا بيع البحر في السمسم ، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر (١) .

المالكية :

وذهبت المالكية الى أن المبيع يشترط فيه أن يكون موجوداً ، وإذا لم يكن المبيع موجوداً فإن الغرر متحقق وجوده ، قال ابن رشد : (والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفه معلوم القدر مقدوراً على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والمثمن ، معلوم الأجل أيضاً ان كان بيعاً مؤجلاً) (٢) .

الا انهم لا يشترطون وجود المبيع في كل العقود ، فعقد التبرعات عندهم كاهبة والوقف يجوز أن يكون موضوع العقد محتمل الوجود في المستقبل ، وان لم يكن موجوداً فعلا حين العقد ، فيصح أن يهب ما في بطن الناقه من حمل ، وما في ضرعها من لبن ، وما في جوف الارض من نبات ، بعد وضع بذوره وما يبثته الشجر والنخل من ثمر وتمر (٢) .

وكذلك عقد الرهن يجوز أن يكون الشيء المرهون غير موجود وقت العقد (فشيء يتوثق به خير من عدمه) (٤) ولذلك فإن عندهم فيما يوجد من الخضر والفواكه بعضه في اثر بعض كالمقائي والبادنجان جواز بيع ما لم يظهر تبعاً لما يظهر (لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة بل على التعاقب بعضها بعد بعض ، فلو لم يجر بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الخرج) (٥) .

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٢٨ - ١٢٩ . ويذكر ابن عابدين تفصيلاً جميلاً يرجع اليه في شرائط البيع نذكر منها الآن : وشرط المعقود عليه سته . كونه موجوداً حالاً متقوماً ملوكاً في نفسه وكون الملك للبائع فيها يبيعه لنفسه وكونه مقدور التسليم فلم يتعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع والتسر قبل ظهوره . . . ابن عابدين ٤ : ٥٠٤ - ٥٠٥ . وانظر البحر الرائق ٥ : ٢٧٩ - ٢٨٠ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٨٦ .

(٣) الفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور ٤٢٩ .

(٤) الشرح الصغير للدردير وحاشية بلغة السالك عليه ٢ : ١٠٩ .

(٥) مواهب الجليل والتاج والاكليل على هامشه .

الشافعية :

قال الشيرازي : ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لسم تخلق (١) وقال النووي :
بيع المعدوم باطل بالاجماع ونقل ابن المنذر وغيره اجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة
سنتين ونحو ذلك (٢) .

الحنابلة :

قال البهوتي : (والمعدوم لا يصح بيعه فكذا ما أشبهه) (٣) .

والشعبة الامامية ترى أن بيع المعدوم باطل أيضاً ، لأنه يشترط كون المبيع عندهم
مقدوراً على تسليمه ، وفي الكلام عن بيع الآبق (يشترط في بيعه ما يشترط في غيره من
كونه معلوماً موجوداً عند العقد) (٤) .

والشعبة الزيدية ترى أن بيع المعدوم باطل أيضاً (ولا يصح البيع فيما يخرج شيئاً
فشيئاً كالبقول ، والورد ، والليمون ، والخضروات ، والحجج) (٥) ، ونحو ذلك حتى
تظهر كلها وتستكمل الظهور ، أو يبيع الموجود بعد صلاحه ، فإن باعها قبل وجودها
فالباع فاسد ، لأنه يبيع معدوم) (٦) .

ويقول أحمد بن المرتضى (والمبيع يتعين فلا يصح معدوماً لئنه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما
ليس عنده (٧) إلا في السلم وبيع نتاج التاج فاسد للجهالة أو لكونه بيع المعدوم (٨) وفي
الكلام عن بيع المعاومة (يفسد إذ هو بيع معدوم) (٩) وقال في موضع آخر (وضابط

(١) التنبية للشيرازي ٦٣ والمهذب ١ : ٢٦٩ .

(٢) المجموع ٩ : ٢٨٠ .

(٣) كشاف القناع ٣ : ١٦٢ وانظر مطالب أولي النهي ٣ : ٢٥ وهداية الراغب ٣٠٩ والروض
المربع : ١٦٦ .

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨١ .

(٥) الحجج : الطيخ .

(٦) التاج المذهب ٢ : ٣٤٤ .

(٧) البحر الزخار ٣ : ٢٩١ .

(٨) المصدر السابق ٣ : ٢٩٤ .

(٩) المصدر السابق ٣ : ٢٩٦ .

الباطل ما اختل فيه العقد وفقد منه ذكر الثمن أو المبيع أو صحة تملكها كالميتة والدم أو بيع المعلوم كالمضامين والملاقيح (١) .

والاباضية ترى أيضاً أن بيع المعلوم باطل ، يقول ابن اطفيش : (المعقود عليه هو السالم من غرر وربما وشرط مفسد، المعلوم الموجود والصفة والقدر والأجل ان أجل) (٢) .
واني لألحظ أن الفقهاء جميعاً يجمعون على أن بيع المعلوم باطل . وقد استدلوا على أن بيع المعلوم باطل بهذه الأحاديث :

١ - بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وقد استشهد بهذا الحديث الشيرازي في المهذب في معرض حديثه عن بيع المعلوم لقوله ﷺ نهى . . .

٢ - بما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن المعاومة وفي بعضها عن بيع السنين (٣) .

٣ - وبما روى عن أبي الزبير وسعيد بن ميناء عنه (أن النبي ﷺ نهى عن المعاومة وقال أحدهما بيع السنين) (٤) .

٤ - حديث ولا تبع ما ليس عندك وقد مر آنفاً .

هذه الاحاديث التي استدلوا بها على أن بيع المعلوم باطل ، وقد علمت أن ليس المراد أن كل معلوم يبطل بيعه لما رأينا في مذهب الحنفية والشافعية والمالكية ، فان عقد السلم والاجارة وكذا الاستصناع عند الحنفية من العقود الصحيحة رغم أن العقد انما وقع على معلوم .

(١) المصدر السابق ٣ : ٣٨٤ .

(٢) شرح التل ٤ : ١٣٦ .

(٣) صحيح مسلم ١٠ : ١٩٥ - ١٩٦ وسنن النسائي ٧ : ٢٤٣ وانظر المهذب ١ : ٢٦٩ والمجموع

٩ : ٢٨٠ وفي رواية لمسلم بيع ثمر سنتين وهو مفسر لبيع السنين وبيع المعاومة . انظر مختصر

سنن أبي داود ٥ : ٤٤ .

(٤) مختصر سنن أبي داود ٥ : ٤٤ وبيع السنين . هو ان يبيع الرجل ما تنمره النخلة أو النخلات بأعيانها سنين ثلاثاً أو أربعاً أو أكثر منها وهذا عدو ، لأنه يبيع شيئاً غير موجود ولا مخلوق الاعيان ، فاما في بيع الصفات : فهو جائز ، مثل أن يسلف في الشيء الى ثلاث سنين أو أربع أو أكثر ما دامت المدة معلومة اذا كان الشيء السلف فيه غالباً وجوده . عند وقت محل السلف . مختصر سنن أبي داود ٥ : ٤٤ .

رأي ابن تيمية في بيع المردوم :

لقد رأينا ان الامام مالك رحمه الله لم يتشدد في وجود العقود عليه أثناء التعاقد وخاصة في بعض العقود ، ولكن ابن تيمية يذهب في ذلك الى أوسع الحدود ، فيرى أن المردوم يصح أن يكون موضوعاً للعقد على اختلاف أنواعه فلم يفرق بين عقود التبرعات والمعاوضات المالية وغيرها ، واذا حدث شيء لم يصح أن يكون محلاً للعقد ، فانه يزو السبب في ذلك الى ما يصحب العقد من الغرور والجهالة المفضيان عادة الى التراجع أو القمار أي لا لأنه مردوم ، واني لأثبت نصه لكي لا أتزيد عليه وليمعن القاري برأي هذا العالم الجليل في العقود فيقول :

(بأنه ليس في كتاب الله وسنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المردوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام ، وانما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي مردومه ، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة ، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر والغرر ما لا يقدر على تسليمه ، سواء كان موجوداً أو مردوماً كالعبد الآبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل وهو غرر لا يجوز بيعه وان كان موجوداً فان موجب البيع تسليم المبيع والبائع عاجز عنه ، والمشتري انما يشتره مقامرة ، فان امكنه أخذه كان المشتري قد قر البائع ، وان لم يمكنه أخذه كان البائع قد قر المشتري (١) . وهكذا المردوم الذي هو غرر ، نهى عن بيعه لكونه غرراً ، لا لكونه مردوماً . كما اذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان ، فقد يحمل وربما لا يحمل ، واذا حل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه فهذا من القمار والميسر الذي نهى الله عنه ، ومثل هذا اكراء ذواب لا يقدر على تسليمها أو عقار لا يملك تسليمه ، بل قد يحصل وربما لا يحصل فانه اجارة غرر) (٢) .

ثم يستدل أيضاً بأن الشارع صحح بيع المردوم في بعض المواضع مستدلاً بحديث روي من عدة أوجه : أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، وانما نهى عنه اذا بيع

(١) لأنه في الحالة الاولى يكون قد اشترى شيئاً بأقل من قيمته لأنه كان مخاطراً وفي الثانيه يكون البائع قد أخذ ثمن شيء لم يقدر فعلاً على تسليمه . الاموال محمد يوسف موسى : ٣٠٩ .

(٢) القياس لابن تيمية : ٢٩ .

على أنه باق فيدل ذلك على أنه جوز بعد ظهور الصلاح أن يبيعه على البقاء الى كمال الصلاح بشرط القطع ونهى عنه بشرط التبقية .

رأي ابن القيم :

وتابع ابن القيم استاذة ابن تيمية من أن المعلوم يصح أن يكون محلا للعقد ما دام لا غرر فيه وإن ما ورد عن الرسول من قوله : (لا تبع ما ليس عندك) ونحوه مما يفيد النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة ، والسبب فيه هو الغرر لعدم القدرة على التسليم مثلا ، لا أنه معدوم ، فإذا انتضت العلة لم يوجد الحكم . ولذلك أباح الشارع الإجارة والمساقاة وبيع الثمر بعد بدو صلاحه لعدم الغرر في هذا . ولم يجز بيع البعير الشارد وإن كان موجوداً لوجود الغرر في بيعه ، كما لم يجز اجارة دابة لا يقدر المؤجر على تسليمها وهكذا حكم سائر عقود المعاوضات (١) .

السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر :

من الملاحظ في الفقه الاسلامي أنه يجعل بيع المعلوم باطلا على هذا النحو البالغ من التشدد امعانا في الخشية من الغرر ، ولذلك كان الفقهاء حذرين من تسرب الغرر الى التعامل ، فهم يشترطون أن يكون المبيع موجوداً وقت البيع ، لأن المبيع اذا لم يكن موجوداً حتى لو وجد في المستقبل دخل عنصر الغرر . وهم يحرصون على تجنبه ، ولذلك رأينا عندهم أن الشيء اذا كان غير موجود أصلا وقت التعاقد وبعده يكون ، فإن التعاقد عليه باطل .

علة النهي عن بيع المعلوم :

الشرع الاسلامي حرم بيع المعلوم لما ينطوي عليه من الغرر ، فبيع المعلوم باطل للغرر لا لعدم ، وعلى ذلك فالأصل هو الغرر ، فان كان الغرر فاحشاً كان البيع باطلا ، سواء كان المبيع موجوداً أو معدوماً ، واذا كان الغرر يسيراً كان البيع صحيحاً سواء كان المبيع موجوداً أم معدوماً ، وعلى ذلك فالعبرة إنما تكون بانطواء التعامل على غرر فاحش وليست بالتعامل في المعلوم والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) اعلام الموقعين ٢ : ٢٧ - ٢٨ ومن أراد التوسع في ذلك فليرجع اليه ففيه تحليل جميل رائع .

الرأي المختار :

والحق رغم توسعة الامام مالك وابن تيمية وابن القيم على الناس في معاملاتهم أن نقول ان المرجع في ذلك يعود الى طبيعة العقد فقد تكون هي الحكم في الأمر .

فالبيع مثلا : من طبيعته نقل ملكية المبيع الى المشتري والتمن الى البائع ، وعلى ذلك فلا بد من وجود المبيع وقت العقد ، وعلى هذا فلا يصح بيع الثمرة التي لم تخلق ولا الجنين في بطن الناقة، لأن الثمر قد لا يكون وقد يكون، والناقة قد تلد وقد لا تلد، وقد تلد جثة هامة لا فائدة فيها .

وهناك عقود لا يشترط أن يكون العقود عليه موجودا ، أو أن العقود عليه لا يمكن أن يتأتى دفعة واحدة بل ينقضي شيئا فشيئا ، أو يكون محتملا أو يتوقع الوجود عسادة في المستقبل ، كالإجارة والمزارعة ، والاستصناع ، ونحوها فهذه العقود يكفي لصحتها أن تكون محتملة الوجود ، أو متوقعة الوجود ، والله سبحانه وتعالى اعلم .

المطلب الثاني

بيع الثمار

تمهيد :

عندما نتكلم عن بيع الثمار لا بد وأن نستعرض حالات الثمار ، فإما أن تباع الثمرة قبل أن تخلق على الشجر ، وهذا لا خلاف في بطلان هذا البيع ولا فائدة من الكلام عليه ، وإما أن تباع الثمرة بعد أن تخلق على الشجر وفي هذه الحالة ، إما أن تباع قبل بدو الصلاح وإما أن تباع بعد بدو الصلاح . ولذا فإني أقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول : بيع الثمرة قبل بدو صلاحها . والثاني : بيع الثمرة بعد بدو صلاحها .

الفرع الأول

بيع الثمرة قبل بدو صلاحها

اختلف الفقهاء في بيع هذه الثمرة على رأيين .

الرأي الأول : لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله .

الرأي الثاني : يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً ويقضي ذلك القطع عند أبي حنيفة رحمه الله (١) .

معنى بدو الصلاح :

بدو الصلاح عند الحنفية : أن تأمن الثمار من العاهة والفساد (٢) وعند المالكية بدو الصلاح في الثمر الازهاء ، وهو أن تبدو فيها الحمرة أو الصفرة وهو النضج ، وفي التين أن يطيب وتوجد فيه الخلاوة ويظهر السواد في أسوده ، والياض في أبيضه ، والغناب كذلك بأن ينحو أسوده الى السواد وأبيضه الى البياض مع النضج ، وبدو صلاح الجزر واللنت والفجل والثوم والبصل اذا استقل وانتفع به أو أنه اذا قنع لم يفسد ، وقصب السكر اذا طاب والبر اذا يبس ، وبدو صلاح الفول والجلبان والحص والعدس والورد وسائر الأنوار أن تنفتح أكمامه ويظهر نوره ، وكل ثمرة بحسبها وبدو صلاح الموز اذا بلغ في شجره قبل أن يطيب .

قال القاضي أبو الوليد : (ومعنى ذلك عندي أن يتناهى عظمه أو عظم بيعه ويبلغ

(١) رحمة الامة في اختلاف الأئمة ١ : ١٧١ والميزان الكبرى للشراني ٢ : ٦٩ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٢ .

أوله مبلغه إذا أزيل عن أصله تهيأ فيه تمام النضج فإنه إذا أزيل عن أصله قبل تناهيه فسد ولم يتم نضجه (١) . وبدو الصلاح عند الشافعية يختلف باختلاف الاجناس ، وبدو الصلاح في ثمار النخل الاحمرار والاصفرار ، وفي الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد (٢) . وبعض الشافعية قال : بدو الصلاح بظهور النضج ومبادئ الحلاوة وزوال العصوية أو المحوضة المفرطتين ، وذلك فيما لا يتلون بأن يتموه ويلين وفيما يتلون بأن يحمر أو يصفر أو يسود (٣) .

وبدو الصلاح عند الحنابلة في النخل أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة وفي ثمرة الكرم أن تتموه وما سوى النخل والكرم ، أن يبدو فيها النضج . والرأي الجامع لهم : ان ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه فبدو صلاحه بذلك وان كان مما لا يتلون كالنفاخ ونحوه ، بأن يحلو وان كان مما لا يتغير لونه كالقثاء بلوغه أن يؤكل عادة (٤) .

وبدو الصلاح عند الزيدية : بأن يسأخذ الثمر في ألوانه فالعنب صلاحه للأكل لا للزبيب بأن يحمر ويبيض ويسود الأسود ، والتمر أن يحمر ويصفر ، وصلاح الفواكه أن تحلو ويطيب أكلها ، وصلاح الجيوب أن يشتد ويتصلب .

قال ابن أبي الفوارس : والجامع لهذا كله أن يمكن الانتفاع بها في الأكل (٥) .

وبدو الصلاح عند الامامية يختلف باختلاف الثمار ، فإن كانت الثمرة مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فيها الحمرة أو السواد أو الصفرة ، وان كانت مما تبيض فهو أن يتموه فيه الماء الحلو ويصفو لونه ، وان كان مما لا يتلون مثل التفاح فبأن يحلو ويطيب أكله ، وان كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج ، لأن له نضجاً كنضج الرطب وان كان مثل القثاء فبدو صلاحه ان يتناهى عظم بعضه (٦) .

وعند الإباضية : بدو الصلاح في كل شيء بحسبه ففي النخل يكون بالاحمرار والاصفرار وظهور الحلاوة وفي غيرها بظهورها ، وفي الموز بأن لا يفسد اذا نزع وادخر ،

(١) المنتقى ٤ : ٢١٨ والبهجة للتسوي ٢ : ٣٠ ، ٣١ ، والقوانين الفقهية لابن جزي ٢٥٢ .

(٢) الحاربي للماوردي ٥ : ٢٨٩ .

(٣) الواضح للبيه ٥ : ٢٢٢ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٦٩ .

(٥) التاج المنصب ٣ : ٤ .

(٦) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٧٣ .

وفي الورد والياسمين بظهور نورهما ، وانفتاح أكمامها ، وفي البقول بالانفتاح بها في الحال ، والسكر تقلب ورقه ، والجوز واللوز والفسق بالأخذ في اليبس كالقمح والشعير والفول والحمص والعدس ونحوهم . والقثاء والخيار يكون الصلاح بالانعتاد والبطنخ بالاصفرار لأنه الغرض المقصود منه (١) .

والظاهرة : بدو الصلاح في الثمر الازهاء أو ظهور الطيب في الثمر ان كان من سائر الثمار (٢) والذي أراه أن بدو الصلاح في جميع الثمار على حسب اختلاف الأئمة صيرورتها الى الصفة التي يطاب غالباً أكلها يكونها على تلك الصفة والله سبحانه وتعالى أعلم .

حكم بيع الثمرة قبل بدو الصلاح :

فإذا كانت الثمرة غير بادية الصلاح فلا يعخلو حائلها من ثلاثة أقسام :

- ١ - أن تباع الثمرة بشرط التبقية .
- ٢ - أن تباع الثمرة بشرط القطع .
- ٣ - أن تباع بيعاً مطلقاً (٣) .

بيع الثمرة بشرط التبقية :

من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها وشرط على البائع تركها فإن هذا البيع لا يصح اجاعا .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملته الحديث (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع) (٤)

وقال الكيال بن الهام : فإن لم يكن الثمر قد تنهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل ، وإن كان الثمر قد تنهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ويجوز عند محمد أستحسانا (٥) .

(١) شرح النيل ٤ : ٦٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٢٥ .

(٣) الحاوي للمواردي ٥ : ٢٨٥ والمغني لابن قدامة ٤ : ٦٣ والمتنقى للبايجي ٤ : ٢١٨ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٦٣ ، ومطالب اولى النهي ٣ : ١٩٨ .

(٥) فتح القدير ٥ : ١٠٢ .

سبب فساد هذا البيع :

(١) وجود الشرط الفاسد الذي لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير ، أو هو صفقة في صفقة وتفسير هذا الشرط الفاسد: ان شرط بلا اجرة صار شرط اعادة في بيع ، وان شرط بأجرة صار شرط اجارة في بيع .

(٢) اشتراط الجزء المعدوم وهو الأجزاء التي تزيد بمعنى من الأرض والشجر الى أن يتناهى العظم وعلى أساس ادعاء العرف (١) .

(٣) وجود الغرر قبل بدو الصلاح وبعده، وقبل بدو الصلاح لا غرض من شرائها إلا مجرد الاسترخا ص لا غير ذلك ، فان سمت ترخص عليه ، وان تلف بعضها وكان أقل من الثلث فيكون الثمر غالباً . وبعد بدو الصلاح له غرض في ذلك من الانتفاع بها وأكلها رطبة . وهذا رأي محمد بن مسلمة .

وقال بعض المالكية : الغرر قبل بدو الصلاح أكثر وبعده أقل (٢) .

أدلة من احتجوا بطلان هذا البيع :

١ - نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تزهي قيل وما تزهي ؟ قال: حتى تحمر (٣) .

٢ - بما روى سعد عن جابر قال نهى رسول الله ﷺ أن يباع ثمرة حتى تشقح قيل وما تشقح؟ قال حتى تمحار وتصفار ويؤكل منها (٤) .

٣ - بما روي عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (٥) .

٤ - بما روى أبو هريرة : أن رسول الله نهى عن بيع النخل حتى تحرز من كل عارض (٦) .

(١) فتح القدير ٥ : ١٠٢ والمبسوط ١٢ : ١٩٤ .

(٢) المنتقى للباي ٤ : ٢١٨ .

(٣) هذا جزء من حديث انس بن مالك انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٣٠٢ - ٣٠٣ .

(٤) رواه البخاري انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٣٠١ - ٣٠٢ .

(٥) رواه البخاري . انظر البخاري مع فتح الباري ٥ : ٣٠٠ .

(٦) الحاوي للأوردي ٥ : ٢٨٦ .

٥ - بما روي عن أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى ترهي قيل : وما ترهي ؟ قال : حتى تحمر قال : أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه (١) .

فهذه الأحاديث الخمسة تمنع من بيع الثمار حتى يبدو الصلاح . وألفاظها ، وإن كانت مختلفة ، فعانيها متفق ، والمحتمل لهذه الاحاديث أن يكون النبي ﷺ قال هذه الالفاظ المختلفة في أزمان مختلفة ، ونقل كل واحد من الرواة ما سمعه من لفظه . ويحتمل أن يكون النبي ﷺ قال أحد هذه الالفاظ فنقل كل واحد من الرواة المعنى وعبر عنه بغير ذلك اللفظ فكان اختلاف الالفاظ من جهة الرواة .

قال الماوردي : ويجوز عندنا مثل هذا أن يعبر الراوي عن المعنى ، وعبر عنه بغير ذلك اللفظ ، ويجوز عندنا أن يعبر الراوي عن المعنى بغير اللفظ المسموع إذا كان المعنى جليا (٢) .

الحجوزون لبيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية :

روي عن يزيد بن حبيب أنه يجوز شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وبشرط تركها في العرية (٣) ، وذكر ابن رشد الحفيد جواز ذلك تخريجا على المذهب في رواية عن الخمي (٤)

بيع الثمرة بشرط القطع :

إذا وقع العقد على بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط قطعها ، فقد ذكر ابن رشد الحفيد أنه لا خلاف في جوازه إلا ما روي عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة (٥) . لأنه باع ما لاغرر في بيعه ولا تدخله زيادة ولا نقص لقطعه إياه عقيب

(١) أخرجه البخاري بهذا اللفظ . أحكام الاحكام لابن دقيق العيد ٢ : ١٣٢ .

(٢) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٦ .

(٣) المنتقى للبايجي ٤ : ٢١٨ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٦١ .

(٥) بداية المجتهد ٢ : ١٦١ وفتح القدير ٥ : ١٢ والهداية عليه .

العقد (١) ولأن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال إذا كان الثمر منتفعاً به ولكن لم يبد صلاحه بعد ، بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه (٢) . ولأنه لا منع من بيعها ، لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها قبل أخذها فيأخذ الرجل ملك أخيه واشترط قطعها يؤمن معه عطبها وحدث العاهة ، فلا سمع البائع بعد اشتراط القطع على المشتري بترك الثمرة الى بدو الصلاح جاز لصحة العقد ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك نص عليه الشافعي والرافعي (٣) .

وخالف جمهور العلماء ، كما روينا سابقاً عن ابن رشد ، سفيان الثوري ، وابن أبي ليلى ، فقد منعوا بيع الثمر قبل بدو الصلاح جملة لا بشرط القطع ولا بغير القطع وقد وافقوا بذلك ابن حزم ، لأنه لا يجوز ذلك ويقول : هذا خلاف نهي رسول الله ﷺ وإباحة ما حرم وما عجز عليه السلام قط عن أن يقول إلا على القطع (٤) .

وحجة المانعين :

التمسك بمطلق نصوص الاحاديث التي تنهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

حكم من ترك الثمرة حتى بدو الصلاح :

من اشترى ثمرة بشرط أن يقطعها ولكنه تركها حتى بدا صلاحها فالخفية تفرق بين أن يتركها بإذن البائع أو بغير اذنه ، أو أن يتركها بعد ما تناهى عظيمها أولاً ، فان كان قد تناهى عظيمها فالاستحسان الجواز لتعامل الناس كذلك ، أما لو باع ما لم يتناه عظيمه ثم تركه فيما بإذن البائع إذناً مجرداً أو بإذن ضمن الإجارة أو بلا اذن ، ففي صورتين الأوليين يطيب للمشتري الفضل ، فالإذن المجرد ظاهر ، والثاني الإجارة باطله لعدم التعارف .

أما في الصورة الثالثة ؛ فإنه لا يطيب له ويتصدق بما زاد ، لأنه حصل بجهة محظورة

(١) المنتقى للهاجي ٤ : ٢١٨ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٢ : ١٩٥ .

(٣) الخاوي للماوردي ٥ : ٢٨٦ والمغني لابن قدامة ٤ : ٦٣ والمجموع ١١ : ٣٢٠ - ٣٢١ .

(٤) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٢٤ .

أما إذا تناهى عظمه فتركه المشتري بغير اذن البائع فإنه لا يتصدق بشيء ، لأنه لم يردد في ذاتها شيء (١) .

وقد اختلفت الروايات عن أحمد بن حنبل فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى بدا صلاحها ، فرواية ابن حنبل وأبي طالب أن البيع باطل ، وذكر القاضي أنها أصح الروايات وبناء على هذه الرواية يرد المشتري الثمرة الى البائع ويأخذ الثمن ، لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها) فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع ، ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة الى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها .

ورواية أحمد بن سعيد : أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء ، وذلك لأن أكثر ما فيه أن البيع اختلط بغيره إن لم يرد بذلك حيلة ، فإن أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على ابقائه لم يصح ، لأن الحيل عند أحمد بن حنبل كلها باطلة . وبهذه الرواية فإن البائع والمشتري يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما .

وقال القاضي : الزيادة للمشتري كالعبد اذا سمن .

وهناك رواية عن أحمد : أنها يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن من الحنفية (٢) .

أما الشافعية فقد ذكر السبكي وجهاً آخر غير ما ذكره الماوردي بأنه اذا اشترى بشرط القطع فلم يتمم القطع حتى بدا الصلاح ينظر :

إن كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الإيجاب على القطع ، وان كانت الزكاة تجب

(١) فتح القدير ٥ : ١٠٣ والمبسوط ١٢ : ١٩٦ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٦٥ ، ٦٦ .

فيها فهل له ذلك ؟ أو أنه لا يجاب الى ذلك ؟ بل يفسخ العقد ؟ .

فرواية القفال عن الشافعي : وبمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها وبطل البيع لتعذر التسليم كما لو اشترى حنطة فانها لتعليقها حنطة أخرى (١) .

بيع الثمر مع الشجر :

أما اذا بيعت الثمار مع الاشجار من غير شرط القطع فإنه يصح ، قال القاضي أبو الطيب ولو كان القطع يعني في الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطاً لقال ؛ يعني في الحديث : الا أن يشترط المبتاع القطع ، ولأن الثمرة متصلة بالأصل فعني عن الغرر كأساس الدار . وأن الأصل غير متعرض للعاهة والثمرة تابعة ، وكذلك لا يلزم من ايجاب شرط القطع عندما تباع وحدها ايجابه اذا بيعت مع غيرها (٢) .

قال الرافعي : رحمه الله ، بل لا يجوز شرط القطع لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه ، وعلل الخوارزمي المنع ، لأنه مضر بمقتضى العقد «اذ مقتضى العقد الإبقاء» (٣) .

وإذا باع الثمرة وحدها من مالك الاشجار ، كأن يكون مالكاً للأشجار من بيع متقدم أو هبة أو وصية ، أو كان قد أوصى له بثمرة ومات الموصي فلها وبقيت الأصول للورثة فهل يصح من غير شرط القطع ؟ ففيه وجهان :

الاول : يصح لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره ولو شرط القطع لبطل العقد لأنه ينافي مقتضى العقد .

وأما إذا باعها مع الشجرة فتلفت الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المسال بالباطل .

الثاني : لا يصح : وهو الرأي الأصح عند أبي حامد والقاضي أبي الطيب والحاملي والرويانى والشاشي وابن أبي عسرون .

(١) المجموع ١١ : ٣٢٨ .

(٢) المجموع : ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٣) المصدر السابق ١١ : ٣٣٢ .

والفرق بينه وبين ما إذا جمعها عقد واحد ، ان العقد اذا جمعها كانت الثمرة تابعة
معنى عن الغرر كأساس بخلاف ما اذا أفردت الثمرة (٣) .

بيع الثمرة بيعاً مطلقاً :

أي أن الثمرة اذا بيعت بيعاً مطلقاً ولم يشترط في العقد التبقية والترك ولم يشترط
فيه القطع : ففيه رأيان : المجوزون والممانعون .

الممانعون لهذا البيع :

مالك وأحمد وإسحق وداود والشافعي رضي الله تعالى عنهم . فالمشهور عن مالك
منعه ، وروى ابن القاسم جوازه ويكون مقتضاه الجدد وهو غير مشهور وأن اطلاق العقد
يقتضي التبقية والأحاديث تدل على عدم جواز هذا البيع (١) .

والشافعية كالمالكية في أن اطلاق العقد يقتضي التبقية ، والبيع بشرط التبقية لا يصح
سواء كان قبل الصلاح أو بعد الصلاح ، وبشرط القطع يصح بما قبل الصلاح وما
بعد الصلاح .

ثم إن الأحاديث التي وردت بالنهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها كان
الاستدلال بها من وجهين :

الأول : أن النهي موجه الى المعهود من البياعات والمعهود من البيع اطلاق العقد
دون تقييده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجهاً الى البيع المطلق ودون المقيّد .

الثاني : أن النهي لا يخلو من أن يتوجه الى بيعها بشرط القطع أو على شرط الترك
لأن النهي ورد مطلقاً فثبت أنه محمول على البيع المطلق ، ولأن اطلاق العقد يقتضي التبقية
والترك ، لأن العرف في القبض يجري مجرى الشرط ، والعرف في الثار أن يوجد وقت
الجداذ فصار المطلق كالمشروط تركه ، ومعلوم أن اشتراط تركها مبطل للبيع فكذا اطلاق
عقدها الذي يجري بالعرف مجرى اشتراط تركها فيجب أن يكون مبطلا للبيع ولأنها

(٣) المصدر السابق ١١ : ٣٣٢ ، ٣٣٣

(١) المنتقى الباجي ٤ : ٢١٨ .

ثمرة لم يبدو صلاحها فوجب أن لا يصح افراد بيعها من غير اشتراط قطعها قياساً على بيعها بشرط الترك (١) .

المحورون لهذا البيع :

وذهب الى تجويزه الحنفية وابن القاسم من المالكية ويؤمر المشتري بقطعها في الحال بناء على أصلهم في أن اطلاق العقد يقتضي تعجيل القطع ، لأن من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير ، والتسليم لا يتم الا بالقطع ، وأن الترك ليس بمشروط أيضاً . اذ العقد مطلق عن الشرط أصلاً فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل وخاصة اذا كان التقييد يترتب عليه فساد العقد ، والتقييد بالترك مفسد للعقد بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعه لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع (٢) ، ولأن العقد اذا أمكن حمله على وجه يصح لم يجز أن يحمل على وجه الفساد فوجب أن يحمل اطلاق العقد على القطع ليصح ، ولا يحمل على التبقية لتفسد ولأنها ثمرة لم يشترط تركها فجاز بيعها كالمشروط قطعها ، ولأن كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز بيعها على الاطلاق كالبادية الصلاح .

الا أن الماوردي أورد اعتراضاً على حجج الحنفية أذكرها كما وردت (فأما الجواب عما ذكره من أن اطلاق عقدها يقتضي تعجيل قطعها فهو أنها دعوى يخالف فيها وليس التسليم بالقطع والتحويل وانما هو بالدفع اليه والتمكين ، وأما حمله على وجه الصحة فغير مسلم وانما يحمل على ما يقتضيه اطلاقه ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد ، وأما قياسه على المشروط قطعها فلا يصح لأن المطلق يقتضي الترك قبطل ، والمشروط قطعها لا يقتضي الترك فصح ، وأما قياسه على ما بدا صلاحه فلا يصح من وجهين :

أحدهما : أنه يرفع النص فكان مطرحاً .

الثاني : أن ما بدا صلاحه قد نجا من العاهة وجاز بيعه بشرط الترك فلذلك جاز مطلقاً وليس كذلك ما لم يبد صلاحه (٣) .

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٧ والمجموع ١١ : ٣٢٢ ، ٣٢٣ والمتقى ٤ : ٢١٨ ، ٢١٩ ، والمغني لابن قدامة ٤ : ٦٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٣ والبحر الرائق ٥ : ٣٣٤ وانظر مفصلاً فتح القدير ٥ : ١٠٣ - ١٠٤ فارجع اليه .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٧ ، ٢٨٨ .

وأرى : أن الحق مع الجمهور في أن مطلق العقد في بيع الثمار لا يحمل على التقييد بالقطع أو الترك ، ولا أرى بأن على المشتري أن يقطع الثمرة في الحال اذا كان العقد على الاطلاق لأجل تسليم المعقود عليه ، لأنني أرى أن الناس قد تعارفوا فيما بينهم على تبقية الثمر على الشجر حتى ينضج ولا يقطعونه ، كيف اذن قالت الحنفية عليه أن يقطع بالحال والقاعدة عندهم (أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) . الا أن الحنفية ربما قد اعتبرت المسألة على تخليص معاملات الناس وتسليم بياعاتهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

حكم الاطلاق في بيع الثمرة ببلاد شديدة البرودة :

من المعلوم عند الشافعية والحنابلة والمالكية أن البيع المطلق يقتضي الترك وينبني عليه ذلك الفساد ، فاذا كانت بلاد شديدة البرودة وأن الكروم عندهم لا تنتهي ثمارها الى الحلاوة وقد اعتاد أصحابها قطع الحصرم فاذا ما بيعت بيعاً مطلقاً فهل تدخلها تحت حكم البيع المطلق ؟ .

ذكر الشيخ أبي محمد وجهين :

الأول : أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلاً لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة فيكون المعهود كالمشروط .

الثاني : امتنع الأثرون من ذلك ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بثابة العادات العامة (١) .

(١) اعلم أن ههنا أموراً أربعة يجب التمييز بينها . احدها العرف والثاني العادة وكل منهما ينقسم الى عام وخاص ، والعرف غير العادة ، والمراد بالعرف ما يكون سبباً لتبادر الذهن من لفظ الى معنى من اللفظ كما تقول الدابة حقيقة عرفية عامة في ذوات الأربع . والمراد من العادة ما هو مأخوذ من الأفعال وما أشبهها ، فهذان قسبان متغايران العادة والعرف وقد تجعل العادة أعم وتنقسم العادة الى قوله وهي ما سميناها بالعرف وعادة فعلية وهي مقابلة ، وقد يطلق العرف على الجميع . والأمران الآخران : أحدهما : الألفاظ التي تطلق في العقود في تقييد مطلقها وتفسير مجملها والثاني : ما ينزل عليه العقد من الأمور التي تجعل كأنها شرطت في العقد وهذان الأمران متغايران أيضاً : فان الأول يرجع الى تنزيل لفظ مطلق جرى في العقد على معني كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف في البلد لأنه المتبادر الى الذهن . والثاني = يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كسألتنا هذه ، فاعتبار العرف العام لا شك فيه في

اختلف علماء الإمامية في بيع ثمرة النخل بعد ظهورها وقبل بسدو صلاحها من غير ضميمة ولا زيادة عن عام ولا مع الأصل ولا بشرط القطع ولا بشرط التبقية على ثلاثة أقوال:

الأول : منع ذلك وهو مذهب الأكثرين منهم ويسدل على ذلك الأخبار المتظافره المعتبرة : منها : لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، والموثق يروي : لا يحل حتى يطعم ، وخبر : لا تشتري النخل حولا واحدا حتى تطعم ، وخبر آخر : وان اشتريته سنة واحده فلا تشتريه حتى يبلغ . وخبر آخر : رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غيره بسر أخضر قال لا حتى يزهر ، والآخر لا تشتريه حتى تبين صلاحه .

الثاني : التصريح بالكراهة .

الثالث : أنه يصح بشرط السلامة ومستندهم الأصل والعمومات وقوله عليه السلام في الصحيح انما يكره شراؤها سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يتبين .

والمراد بالكراهة : المعنى المعروف الآن بقريئة أن النبي ﷺ نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ولكن فعل ذلك من أجل خصوصتهم ، ذلك أن النبي ﷺ خرج فسمع ضوضاء فقال ما هذا فقيل تباع الناس النخل فقعد النخل العام فقال ﷺ اما اذا فعلوا فلا يشتروا النخل العام حتى يطلع فيه ولم يحرمه .

وقضيته : أنه اذا طلع فيه صح بيعه (١) والأقرب عندهم في كل المسائل السابقة الكراهة جمعا بين الأخبار .

وتزول الكراهة بالضميمة الى ما يصح افراده بالبيع أو شرط القطع وان لم يقطع بعد ذلك مع تراضيتها عليه أو بيعها مع الأصول وهو في معنى الضميمة (٢) :

= تقييد اللفظ المطلق ، كما قالوا قال : اشترى دابة لم يشتر الا ذوات الأربع . والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين في مهر السر ومهر العلانية .

وأما العادات الفعلية : فان كانت خاصة لا اعتبار بها وان عت واطردت أفتق الأصحاب على اعتمادها كتزويل الدرهم في البيع على النقد الغائب ، والرجوع في ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة . المجموع : ١١ : ٣٢٦ .

(١) مفتاح الكرامة للعاملي : ٤ : ٣٦٨ - ٣٧٠ والروضه البهيه شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٣ . ٣ .

(٢) الروضه البهيه شرح اللمعة الدمشقية ٣ : ٤ . ٣ .

الفرع الثاني

بيع الثمار بعد بدو الصلاح

إذا بدا صلاح الثمر وأراد الانسان بيعها فلا يخلو بيعها من ثلاثة أقسام .

- ١ - أن يباع الثمر بشرط القطع .
- ٢ - أن يباع بشرط الترك الى وقت الجذاذ .
- ٣ - أن يبيعها مطلقاً .

بيع الثمر بشرط القطع :

لا خلاف بين الفقهاء في جواز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح بشرط القطع وقد ادعى الاجماع الماوردي (١) ومستنده يرجع الى أحد أمرين :

الأول : مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتضمنه النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، مفهوم الغاية يقتضي جواز بيعها عند بدو الصلاح عند من يقول بالمفهوم .

الثاني : زوال الحالة المقتضية للتحريم وعندئذ يرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم وعلى كل حال في هذه الحالة اذا شرط القطع فهل يجب أم لا ؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أن القطع يجب وأنها لو تراضيا على الترك جاز فن باب أولى وجوب القطع فيما بعد الصلاح ثم يجعل الامام الشافعي جواز البيع بشرط القطع في الاشجار أيضاً قال الامام (ولا شك أن هذا معنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس ، وابتياع البناء كذلك) (٢) .

(١) الحاوي للاوردي ٥ : ٢٨٨ .

(٢) المجموع شرح المذهب ١١ : ٣٤٦ .

بيع الثمرة مطلقاً :

إذا بيعت الثمرة بعد بدو الصلاح ولم يذكر في العقد التبقية أو القطع فالبيع جائز بلا خلاف عند الفقهاء للخبر ، وقال الصافي رحمه الله وأصحابه : للمشتري تركها الى وقت الجذاذ (١) .

أما أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه فقد قال : يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضي القطع (٢) أما عند الشافعية فإن اطلاق عندهم يقتضي التبقية بالمعرف ويقول النبي ﷺ في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح : (أرأيت إذا منع الله تعالى الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ .

قال القاضي أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقاً يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ لأنه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف (٣) .

وعند الحنفية : او اشترى مطلقاً عن شرط ، فترك المشتري الثمرة بدون قطع ينظر :

أ - ان كان قد تناهى عظمه ولم يبق الا النضج لم يتصدق بشيء سواء ترك باذن البائع أو بغير اذنه ، لأنه لا يزداد بعد التناهي وإنما يكون التغيير الى حال النضج (٤) .

ب - اذا كان الثمر لم يتناه عظمه ينظر أيضاً :

١ - اذا كان ترك الثمر بإذن البائع جاز وطاب له الفضل .

٢ - اذا كان الترك بغير إذن البائع تصدق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد ، لأن الزيادة حصلت بجهة محظوره فأوجب خبثاً فيها فكان سبيلها التصدق .

وبناء على ما مر : ان استأجر المشتري من البائع الشجر لترك الثمر عليه الى وقت الادراك طاب له الفضل وذلك لأن ترك الثمر انما كان باذن البائع ولا تجب الاجره

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٩ والمجموع ١١ : ٣٤٧ .

(٢) ان عابدين ٤ : ٥٥٦ وفتح القدير ٥ : ١٠٢ والمبسوط ١٢ : ١٩٦ .

(٣) المجموع ١١ : ٣٤٧ .

(٤) ذكر السرخسي أن النضج بتقدير الله من الشمس ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله والطعم من الكواكب بتقدير الله ولذلك فلم يبق الا عمل الشمس والقمر والنجوم ولذا قال محمد استحسب ان اجوزه بخلاف ما قيل ان يتناهى عظمه ولا أدري على ماذا اعتمد السرخسي على تقدير النضج واللون والطعم والله أعلم .

باعتبارها باطلة لأن جواز الاجارة (ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس فيما لم يتعاملوه فيه لا تصح فيه الاجاره) .

ولهذا لا تصح الاجاره للاشجار لكي يجنفوا الثياب عليها أو الأوتاد ولتعليق الأشياء عليها ولا تجب الأجرة (١) .

بيع الثمرة بشرط التبقية :

إذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها وشرط في العقد تركها الى وقت الجذاذ فيبيعها جائز ويلزم تركها عند الشافعي ومالك وأحمد وداود ومحمد بن الحسن الشيباني (٢) .
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يبيعها فاسداً محتجاً بأنّها عين يبيعت بشرط تأخير القبض، فوجب أن يكون يبيعها فاسداً كالعروض والأمتعة، ولأنّها ثمرة يبيعت بشرط الترك فوجب أن يكون يبيعها فاسداً كالثمرة التي لم يبد صلاحها (٣) .

وعلة المنع عندهم :

وجود الشرط الفاسد وأنه يتضمن صفقه كما تقدم في بيع الثمرة قبل الصلاح .
أما الشافعية : استدلوا بنهي النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، فجعل غايته النهي بدو الصلاح والحكم بعد الغاية يجب أن يكون مخالفاً لما قبلها ولما لم يجز اشتراط الترك قبل بدو الصلاح اقتضى أن يكون اشتراطه بعد بدو الصلاح، ولأن الشرط اذا كان موافقاً للعرف لم يقدح في صحة العقد ، وقد ذكرنا سابقاً أن العرف في الثمار تركها الى وقت الجذاذ وهذا لا يفسد العقد وكذا ما وافقه من الشرط .
ويعجني جواب الشافعية للحنفية في أن المبيع شرط فيه تأخير القبض فجوابهم لهم من وجهين :

الاول : ان القبض لم يتأخر لان القبض في الثمار بالتمكن منها كالعقار .

الثاني : لما كان العرف في الثمار تأخير قبضها جاز اشتراطه فيها . ولما لم يجز

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٣ .

(٢) الحاوي للهاوردي ٥ : ٣٨٨ والمجموع ١١ : ٣٤٧ - ٣٤٨ .

(٣) المبسوط ١٢ : ١٩٦ .

العرف في العروض بتأخير قبضها لم يجز اشتراطه فيها .
كما أنهم قد ردوا على الحنفية في قياسهم على ما لم يبدوا صلاحه بأن السنة قد فرقت
بينهما في الجواز والمنع والله أعلم (١) .

والزريدة قالوا : اذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها بشرط البقاء على الشجر فقد
ذكروا أن البيع يفسداً جاعاً أن جهلت مدة ترك الثمرة ، أما اذا علمت المدة فانه يصح عند
البعض اذ لا غرر ، وبعضهم قال لا ، للنهي عن بيع وشرط (٢) .

أما الشيعة الامامية فقد أجازوا البيع بعد بدو الصلاح اجماعاً سواء كان شرط
القطع أو الترك أو البيع المطلق (٣) .

والاباضية : كالامامية يرون جواز بيع الثمار بعد بدو الصلاح مطلقاً سواء بشرط
الابقاء أو لم يشترط لأن ما بعد الغاية مخالف لما قبلها ، وقد جعل النهي ممتداً الى غاية
بدو الصلاح ، والمعني فيه أن تؤمن فيها العاهات وتغلب السلامة فيشق المشتري بحصولها
بخلاف ما قبل بدو الصلاح فانه يحقق الغرر (٤) .

والحنابلة كالشافعية أن بيع الثمر بعد بدو الصلاح بشرط الترك جائز . لأن النبي
ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة . وأمن العاهة يدل على ابقاء
الثمرة لأن الذي يقطع في الحال لا يخشى عليه من العاهة . واذا بدأ الصلاح فقد أمنت
العاهة ولذلك يجب أن يصح بيعه فيبقى لزوال علة المنع ، ولأن النقل والتحويل في المبيع
انما يكون بحكم العرف والعرف في الثمار الى الجذاذ والله سبحانه وتعالى أعلم (٥) .

بيع ما يوجد من الزرع والتمر بعضه بعد بعض :

اختلف الفقهاء في بيع الثمر والزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض أي أن ثماره
تتلاحق أو أنه يثمر بطوناً مختلفة .

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٢٨٨ .

(٢) البحر الرخار ٣ : ٣١٥ .

(٣) الروضة البهية شرح لللمعة الدمشقية ٣ : ٣٠٣ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٦٥ .

(٥) المغني لابن قدامة ٤ : ٦٧ .

فقد ذكر هذا الاختلاف محمد بن عبد الرحمن الدمشقي : لم يصح البيع عند أبي حنيفة والثافعي وأحمد وقال مالك يصح (١) وذلك فيما ظهر دون ما لم يظهر ، والمالكية عندهم الجواز على السواء .

الا أني من قراءة نصوص الحنفية في هذا الصدد أجد التردد فيها .

جاء في بدائع الصنائع للكاساني : (وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم . وقال مالك رحمه الله اذا ظهر منه الخارج الاول فيجوز بيعه لأن فيه ضرورة لأن الكلل لا يظهر دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع الكلل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج .

ولنا أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فانه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري (٢) .

أما السرخسي فانه يسهب في بيان هذا الحكم على الوجه التالي : (ولم يذكر فضلا آخر في الكتاب وهو ما اذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض بعد أو لم يصير منتفعا به ولم يخرج البعض أو لم يصير منتفعا به كالتين ونحوه فاشترى الكلل فظاهر المذهب أن هذا العقد لا يجوز عندنا خلافا للمالك فانه يقول وجود صفة المالية والتقوم في شيء مما هو المقصود يجعل كوجوده في الكلل للحاجة الى ذلك كما أن في باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكلل في حق جواز العقد أو يجعل ما خرج أصلا وما لم يخرج منه جعل تبعا له في حق جواز العقد لتعامل الناس ولكننا نقول جمع في العقد بين المعدوم والموجود والمعلوم لا يقبل البيع وحصه الموجود من البدل غير معلوم فلا يجوز العقد وجعل المعدوم حقيقة موجودا حكما للضرورة وذلك فيما لا يقبل العقد بعد الوجود حقيقة . فأما الثار فانها تقبل العقد بعد الوجود قال رضي الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الأئمة يعني بجواز هذا البيع في الثار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك . وهكذا

(١) رحمة الاله في اختلاف الائمة ١ : ١٧١ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٩ .

حكى عن الشيخ الامام ابى بكر محمد بن الفضل قال أجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا قال استحسنت فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية في هذا عن محمد وهو في بيع الورد على الأشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل مطلقا بهذا الطريق قال الشيخ الامام ولكن الأول عندي أصح ، لأن المصير الى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فانه يمكنه أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له وفي الثمار كذلك فانه يمكنه أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فبما بقى الى أن يصير منتفعا به أو يشتري الموجود بجمع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق (١) .

من هذه التصوص نرى أن الحنفية قد بذلوا الجهد في اباحة ما لم يظهر من الزرع بل رأينا بعض من صرح بالجواز وهو قول مرجوح لشمس الأئمة الحلواني ولأبى بكر محمد بن الفضل استحسانا لعادة الناس في التعامل على ذلك وللضرورة .

سواء على أصل محمد رحمه الله فان كان صلاح الباقي متقاربا جاز لأن العادة في الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة ، بل الادراك يكون على فترات متقاربة ، فكأنه اشتراها بعد ادراك الكل ، أما اذا كان يتأخر الادراك تأخيرا فاحشا كالعنب فالبيع يجوز فيما ادرك ولا يجوز فيما لم يدرك ، لأن عند التأخر الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين (٢) .

والسرخسي يرى أن الأصح في المذهب عدم جواز بيع ما لم يظهر من الزرع اذا لا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فانه يمكن البائع أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري ، وكذلك الثمار ، فان المشتري بإمكانه أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى الى أن يصير الثمر منتفعا به ، أو أنه يشتري الثمر الموجود بجمع الثمن ثم يحل للبائع أن ينتفع بما يحدث (٣) .

ثم ترددت كتب الحنفية ما جاء في المبسوط فمن ذلك ما جاء في الزيلعي : ولو

(١) المبسوط ١٢ : ١٩٦ ، ١٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٤ وفتح القدير ٥ : ١٠٥ .

(٣) المبسوط ١٢ : ١٩٧ .

اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر وقيل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ، ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده ، وكذا في الباذنجان والبطيخ .

والمخلص ان يشتري الأصول لتحصل الزيادة في ملكه ، ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء . وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر . فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور : احداها : اذا خرج الثمر كله فانه يجوز بيعه بالانفاق وحكمه مامضى . ثانيها : ألا يخرج شيء منه ، فانه لا يجوز بيعه اتفاقا . ثالثها : أن يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب . وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة . وكان شمس الأئمة الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به . وقال شمس الأئمة السرخسي أنه لا يجوز ، لأن المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا ، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا ، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخذ العقد في الباقي الى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مضادا للنص ، وهو ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم (١) .

فالزيلي فرض أن ما ظهر من الثمر هو الاكثر حتى جعل ما ظهر من الثمر أصلا وما لم يظهر تبعا ويتفق رأيه هذا مع قول محمد بن الفضل البخاري ، والسرخسي لم يورد هذا القيد كما رأينا وهو قول شمس الأئمة الحلواني .

وكذلك فان هذا التردد موجود أيضا في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر وزاد رأيا جديدا وذلك بان يشتري الثمار الموجودة ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع يفعل كما قال ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك باذن جديد فيحل له مثل هذا الشرط (٢) .

وزاد المتقى شرح المتلقى : فان خاف ان يرجع ينبغي أن يقول المشتري للبائع بعد

(١) الزيلي ٤ : ١٢ .

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢ : ١٩ .

ما دفع الثمن أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن يكون لك جزء من الف جزء ولي
الف جزء الا جزأ ذكر الشمني وغيره (١) .

أما الشافعية : فذهبهم في بيع ما ينتج بطونا كذهب الخنثية : وذلك اذ بدا صلاح
ما خرج من القثاء والبطيخ ، لم يجوز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق ، استدلالا بأن
شروط العقد معتبره بالضرورة ، فبيوع العروض لا يجوز قبل وجودها لارتفاع الضرورة ،
وامكان بيعها بعد وجودها . والاجارة : وهي بيوع المنافع قبل وجودها لوجود الضرورة
ويعتبر بيعها بعد وجودها : فلما كان ما لم يخلق من القثاء والبطيخ يتعذر بيعه اذا خلق
لاختلاطه بالأول دعت الضرورة الى بيعه قبل أن يخلق تبعا لما خلق ، قال ولأنه لما
كان ما لم يبدو صلاحه تبعا لما بدا صلاحه في البيع جاز أن يكون ما لم يخلق تبعا لما
خلق في البيع ، ولأنه لما جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي لا يتميز كالطول
والكبر ، جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي تتميز لانهما جميعا بيع ما لم
يخلق ودليلنا نهيهم عليهم السلام عن بيع الغرر . وهذا البيع من أعظم الغرر لانه يتردد بين الموجود
والمعدوم وبين القلة والكثرة وبين الرداءة والجودة ، ولأن النخل اثبت من البطيخ اصلا
وحمله أقل من البطيخ حصرا ، فلما لم يجوز بيع ما لم يخلق من ثمر النخل تبعا لما خلق فأولى
أن لا يجوز بيع ما لم يخلق من البطيخ تبعا لما خلق ، وتحريره قياسا : أنها ثمرة لا يجوز
افرادها بالعقد فوجب ان لم تدخل في البيع بغير شرط ان لا يدخل منه بالشرط كالنخل
ولأنه لما لم يجوز بيع ما لم يبدو صلاحه مع وجوده وقلة غرره فبيع ما لم يخلق أولى أن لا
يجوز مع عدمه وكثرة غرره .

وقد أوردت السادة الشافعية جوابا للامام مسالك عن استدلاله بالضرورة الداعية
ليه ، فدعوى يدفعها العيان لأنه يقدر على أخذ ما خلق وبيعه حالا بعد حال ولا يقدر
على مثل هذا في الاجارة ، ويمكنه بيع ما خلق والسماح بما لم يخلق ، وكذلك أجابوا عن
استدلاله (بأنه لما كان ما لم يبدو صلاحها تبعا لما بدا صلاحه كذلك ما لم يخلق يكون
تبعا لما خلق) .

أجابوا بأن ما لم يبدو صلاحه : بأنه لما جاز افراده بالعقد ، جاز أن يضم في

(١) در المنتقى على شرح الملتقى ٢ : ١٩ و تحفة الفقهاء ٢ : ٨١ .

العقد الى غيره ، وما لم يخلق لمسا لم يجز افراده في العقد ، لم يجز ان يضم في العقد الى غيره .

وكذلك أجبوا عن استدلاله بالزيادة المتصلة بغير صحيح ، لأن الزيادة المتصلة يحدث على ملك المشتري فلذلك دخلت في البيع بغير شرط ، ولو شرط خروجها من البيع فسد العقد والزيادة المنفصلة تجوز على ملكه للبائع وكذلك لم يدخل في البيع بغير شرط فوجب أن يكون اشتراط دخولها في البيع مفسدا للعقد (١)

علة المنع عند الشافعية :

عدم القدرة على التسليم .

أما الحنابلة فذهبهم كذهب الحنفية والشافعية فيما قد مناه بأنه لا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه الا لقطعة لقطعة .

وجملة ذلك : أنه اذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز الا بيع الموجود منها دون المعدوم ، وخالف مالك كما رأينا (٢) .

وأورد ابن قدامة ردا على الامام مالك : يقرب من اعتراض الشافعية الآنف بأنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن مالم يبدو صلاحه يجوز افراده بالبيع ، بخلاف مالم يخلق ، ولأن مالم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق ، وان كان مالم يبدو صلاحه تبعا لما بدأ .

فاذا تقرر هذا : فان باعها قبل بدو صلاحها لم يجز الا بشرط القطع فان كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقا ، وبشرط القطع والتبعية .

قال القاضي : ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط

(١) الحاربي للمارودي : ٥ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ والأم ٣ : ١٧ ونهاية المحتاج ٤ : ١٥٥ ، ١٥٦ ، وحاشية الشربلي ٤ : ١٥٥ ، وحاشية المغربي الرشدي ٤ : ١٥٦ ، والمهذب ١ : ٢٨٩ ومعنى المحتاج ٢ : ٩٢ وفتح الوهاب ١ : ١٨٣ ومنهج الطلاب بهامشه وأعانة الطالبين وفتح المين ٣ : ٤١ والسراج الوهاج للقمراوي ومن المنهاج ٢٠١ وقلوبي وعميرة ٢ : ٢٣٧ والبجيرمي ٢ : ٣٠٩ .
(٢) انظر مكانه في رسالتنا ص ٣٤١ .

القطع ولا فرق بين كون الأصول صفارا أو كبارا ، ثمرة أو غير ثمرة ، لأنه أصل تكرر فيه الثمرة فأشبه الشجر . فان باع الثمر منه فثمرته الظاهره تكون للبائع الا أنها متروكة على الشجر الى حين بلوغ نضجها الا أن يشترطها المبتاع ، فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري ، فان اختلطت بثمره البائع ولم تتميز كان الحكم (٣) في هذه الثمرة كثمره الشجر اذا اختلطت بثمره اخرى (١) .

أما الشيعة الامامية فذهبت الى عدم جواز بيع الخضروات قبل ظهورها اجماعاً على الظاهر ومثله ما اذا كانت ورداً لم تعتقد، وأما بعد ظهورها وانعقادها فقد صرح بجواز بيعها .

وذكروا في المسوط كلاماً آخر صريح في ذلك وهو قوله اذا باع حمل البطيخ والقثاء والخيار بعد ظهوره قبل بدو صلاحه بشرط القطع جاز وان شرط التبقية أو مطلقاً لم يجز .

قال الشهيد الثاني : إن مقتضى اشتراط الإعقاد ، كون جميع اللقطات موجودة حال البيع . والأقوى عند الإمامية أنه يكفي بوجود اللقطة الأولى وتكون الثانية بمنزلة المنضم كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدد في تلك السنة وغيرها مع ضبط السنين لأن الظاهر منها بمنزلة الضميمة الى المعدوم سواء كانت المتجددة من جنس الخارجة أم غيره (٢) .

أما الشيعة الزيدية : فقد ذهب الى أنه لا يصح البيع فيما يخرج شيئاً فشيئاً كالقبول والورد والليمون والخضروات والحجج ونحو ذلك حتى تظهر كامها وتستكمل الظهور أو بيع الموجود بعد صلاحه .

أما اذا باع الثمرة قبل وجودها فالبيع فاسد لأنه بيع معدوم .

وكذلك اذا باع الثمره الموجودة والمعدومة فسد البيع أيضاً في الموجود الا اذا اعتبر

(٣) فان تميزتا فلكل واحد ثمرته وان لم تميز احدهما من الاخرى فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته فان لم يعلم قدر كل واحد منها اصطلاحاً عليها ولا يبطل العقد لان المبيع لم يعتذر تسليمه وانما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما في مكان فانتال عليه طعام البائع : معني لابن قدامه ٤ : ٥٦ والكافي ٣ : ٧٨ الا انه زاد رأياً بأن يحتمل ان يبطل العقد تعتذر تسليم المستحق فأشبه تلف المبيع .

(١) المغني ٤ : ٧٠ وانظر الروض المربع : ١٨٥ وزاد المستقنع والتنقيح المشع ١٣٧ ومطالب أولى النهى ٣ : ٢٠٠ وكشاف القناع ٣ : ٢٨٢ والكافي ٢ / ٧٨ .

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٣٧٤ ، ٣٧٥ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٣٠٤ ، والمختصر النافع ١٥٤ .

ثم الموجود ، صح في الموجود وكان من بيع الثمر بعد صلاحه . (٣)

أما الإباضية : فقالوا : (والخلف في مثمر بطونا بطنا بعد آخر كشجرة تين مطلقاً وقيل تثمر بطوناني بعض البلاد فقط ، وعلى كل حال فبطونها متميزه بخلاف الليمون والجزير فبطونها لا تتميز) .

أما شجرة العنب عندهم هل يمتنع بيع غلته مطلقاً إلا إذا قطعت أو بيعت على القطع قبل أو ان الزيادة لثلا يختلط المبيع بالمزداد ، فيأكل بعضها مال بعض وعندئذ يتنازعان ، أو يجوز بيع ما في الوقت والزائد للبائع وهو الصحيح لكن يجتهد في التمييز بينهما ، والأول أحوط .

والقضاء والباذنجان أقرب للجواز باعتبار البطون من بيع غلة التين لانصال بطونه بخلاف التين فانه متباعد البطون فهو باعتبار بيع كل بطن على حده أبعد من الجواز من نحو القضاء والباذنجان وما يجز ورقه كالكرات . فقد قالوا أنه لا يجوز إلا شراء ما وجد على المعتاد وكذلك القصيل فانه يجوز شراؤه على القصيل بحسب ما اتفقا عليه من قصلة أو قصلتين أو ثلاث فصاعداً والصحيح أنه لا يجوز إلا على ما حضر فقط (١) .

أما الظاهرية : فقد ذهبوا الى جواز بيع ما ظهر من المقائي وان كان صغيراً جداً لأنه يؤكل ، ولا يخل بيع ما لم يظهر بعد من المقائي والياسمين وغير ذلك ، وكذلك لا يجوز بيع الجزة الثانية من القصيل لأن كل هذه البيوع من بيع ما لم يخلق ولعله لا يخلق وان خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ما كميته وما صفاته فهو حرام بكل وجه ، وبيع غرر وأكل مال بالباطل وقد استدل ابن حزم بعدة أقوال للأئمة منها :

- ١ - عن الحسن أنه كره بيع الرطاب جزئين جزئين .
- ٢ - عن ابراهيم النخعي والشعبي قالوا جميعاً : لا بأس ببيع الرطاب جزرة جزرة .
- ٣ - عن يزيد بن عبد الله بن أبي بردة قسال : سألت عطاء بن أبي رباح عن بيع الرطبة جزتين ؟ فقال : لاتصلح الاجرة .

(٣) التاج المذهب ٢ : ٣٤٤ وشرح الازهار ٣ : ٣٧ والبحر الزخار ٣ : ٣١٩ .

(١) شرح التيل ٤ : ٧٢ ، ٧٣ .

٤ - عن مجاهد أنه كره بيع القصب والحناء إلا جزءة جزءة وكره بيع الخيار والخزير إلا جزءة (١) .

٥ - عن جابر عن أبي أشوع والقاسم أنهما كرها بيع الزطاب إلا جزءة وهو قول أبي ختيمة أما لو باع المقثاة بأصولها والموز بأصوله وتطوع البائع للمشتري ببقاء المقثاة والموز، في أرضه بغير شرط جاز ذلك فإذا ملك ما ابتاع كان له كل ما تولد فيه ، لأن المتولد حصل في ماله وله أخذه بقلع كل ذلك متى شاء ، لأنه أملك بماله ولا يحل له اشتراط بقاء ذلك في أرضه مدة مساة أو غير مساة جرياً على قاعدته : (لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل) (٢) .

الخوزون لبيع ما لم يظهر مع ما يظهر :

لقد خطا المذهب المالكي خطوة كبيرة في جواز بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر على السواء ، وقد فصل ابن رشد الحفيد هذا خير تفصيل .

قال ابن رشد : (أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جلته معاً ، واختلفوا فيما يثمر بطوناً مختلفة ، وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلوا أن تتصل أو لا تتصل ، فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلاً فيما خلق كشجر التين يوجد فيها الباكور والعصير ، ثم ان اتصلت فلا يخلو أن ثمر البطون أو لا ثمر ، فمثال المثمر جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة ، ومثال غير المثمر المباطخ والمقائي والبادنجان والقرع ، ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان : احدهما الجواز والأخرى المنع وفي الذي يتصل ولا يثمر قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون وأحمد واسحق والشافعي في هذا كله ، فقالوا : لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع ما لم يطب مع الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر في الصفة شبيهة بالغرر في عين الشيء ، وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن

(١) الخزير : نوع من البطيخ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٤٠٧ ، ٤٠٨ .

تقاس على الرخصة في بيع الثمار، أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد ، لأنه لا ضرورة هناك إذا كان مثمراً .

وأما وجه الجواز في القصيل فتشبهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ، ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة (١) .

وكذلك ابن جزير يذكر رأي الامام مالك : (واذا كانت الثمرة تطعم بطناً بعد بطن ، جاز بيع سائر البطون يبدو صلاح الأول اذا كانت متتابعة كالمقائي والتين ، خلافاً لهم فان كانت منفصلة لم يجز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقاً كالبكور (مع تين العصير) (٢) .

وقد نص الامام مالك رحمه الله في هذا الصدد بقوله : قال مالك والأمر عندنا في بيع البطيخ والقشاء والخزبر والجزر أن يبيعه اذا بدا صلاحه حلال جائز ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره وبهلك وليس في ذلك وقت يؤقت ، وذلك أن وقته معروف عند الناس وربما دخلته العاهة فقطعت ثمرته قبل أن يأتي ذلك الوقت ، فاذا دخلته العاهة بجائحة تبلغ الثلث فصاعداً كان ذلك موضوعاً عن الذي ابتاعه (١) .

والخلاصة فان بيع هذه الاشياء عند المالكية تتلخص في ثلاثة أضرب :

الأول : تتميز بطونه ولا تتصل كشجرة التين والنخيل والياسمين والتفاح والرمان والجوز .

الثاني : تتميز بطونه وتتصل كالقصيل والقصب والقرط .

الثالث : لا تتميز بطونه كالمقائي والباذنجان والقرع .

أما ما يتميز بطونه ولا تتصل فلا يجوز أن يباع ما لم يظهر من بطونه بظهور ما ظهر منها وبدو صلاحه ولكل بطن حكم مختص به .

وأما الذي تتصل بطونه وتتميز فاطلاق العقد يتناول ما ظهر منه دون ما لم يظهر وتكون الثمرة التي تخلف البطن الأول لمسن له أصله ، لأن العادة جرت بين الناس ان المشتري يأخذ ما جرت به العادة فقط .

(١) بداية المجهد ٣ : ١٦٩ ، ١٧٠ .

(٢) القوانين الفقهية لابن جزي ٥ : ٢٦١ .

(٣) تنوير الحوالك ٢ : ١٢٥ .

وأما ما لا تتميز بطونه كالثقلاء فبطونها لا يجوز أن تباع مقدرة لأنه يصح تقديرها، وإذا لم يكن له أصل ثابت فلا يصح أن يتقدر بالزمن وذلك أن الثمر يتمتع بالحر ويتأخر بالبرد فيدخله الغرز والجهل بالمعقود عليه (١).

رأي ابن تيمية في بيع المقائي :

يذكر ابن تيمية أن من العلماء من لم يجوز بيعها إلا لقطعة لقطعة ، لأنه بيع معدوم وجعلوا هذا من بيع الثمر قبل بدو صلاحه . ومن هؤلاء أيضاً من قال إذا بيعت بعروقها كان كبيع أصل الشجر مع الثمر وذلك يجوز قبل ظهور صلاحه (٢) . مستدلين بما روي عن رسول الله ﷺ : (من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع إذا اشترط الثمر دخل في البيع) . وهنا جاز بيع الثمر قبل بدو صلاحه تبعاً للأصل . ولهذا تكون خدمة الشجر على المشتري . ومن المعلوم أن المقصود من الشجر هو الأصل والمقصود في المقائي هو الثمر فلا يقاس أحدهما بالآخر (٣) .

ومن العلماء من جوز بيع المقائي على السواء وهو قول مالك وغيره وهو قول في مذهب أحمد وهذا أصح إذ لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه إذ لا تتميز لقطعة عن لقطعة ومما لا يباع إلا على وجه واحد لا ينهي عن بيعه كما تقدم ، والنبي ﷺ إنما نهى عن بيع الثمار التي يمكن تأخير بيعها حتى يبدو صلاحها ، فيكون يبيع المقائي لم يدخل في نهيه صلى الله عليه وسلم (٤) .

ولذلك فإن ابن تيمية يجوز بيع المقائي إذا سبدا صلاحها وإن كان فيه بيع ما لم يخلق بعد وإن ما لم يخلق بعد من المقائي والمباطخ بمرتلة ما لم يخلق من الثمار في البستان الذي بدا الصلاح في بعضه ، بل ومن الشجرة الواحدة ، والبيع المتعارف عليه بين الناس

(١) المستقى ٤ : ٢٢٣ - ٢٢٤ .

(٢) مذهب أبي حنيفة والشافعي .

(٣) فالأصل الذي قاسوا عليه ممنوع فالمقصود عليه هو الشجر الذي عليه ثمر لم يبد صلاحه : أنه إن كان الأصل هو مقصوده الأعظم جاز . وأما إن كان مقصوده الثمرة ، فاشترى الأصل معها حيلة لم يجز (القواعد النورانية : ١٢٤) ومعلوم أن المقصود من المقائي والمباطخ : إنما هو الخضروات دون الأصول التي ليس لها القيمة يسيره بالنسبة إلى الخضار .

(٤) القياس لإبن تيمية : ٣١ .

للمقائي والمباطخ هو هذا ، إذ يبيع لقطة متعذر أو متعسر ومن الممتنع أن الشرع يحرمه لأنه انما نهى عن بيع الغرر لما فيه من أكل المال بالباطل ليحفظ على الناس أموالهم ، وإذا منعنا هذا البيع على هذه الصفة الحقنا الأفساد في أموال الناس ، وإذا أصابت المقائي جائحة يكون كما لو أصابت الثمرة جائحة . (١) .

رأي ابن القيم :

ويوافق ابن القيم رأي استاذه ابن تيمية في أنه يجوز بيع المقائي والباذنجان ونحوها بعد أن يبدو صلاحها كاتباع الثمار في رؤوس الاشجار ، ولا يمنع من صحة البيع تلاحق المبيع شيئاً بعد شيء ، كما لم يمنع ذلك صحة بيع التوت والتين وسائر ما يخرج شيئاً بعد شيء . ويعزو هذا الى محض القياس وعليه تقوم مصالح بني آدم ولا بد لهم منه .

أما من منع بيع ذلك إلا لقطة لقطة (٢) فع أن ذلك متعذر في الغالب لا سبيل اليه إذ هو في غاية الحرج والعسر ، لأنه مجهول لا ينضب ولا ما هي اللقطة المبيعة أهي الكبار أو الصغار أو المتوسط أو بعض ذلك ؟ وذلك أن المقتاة تكون كبيرة جداً لا يمكن أخذ اللقطة الواحدة إلا في أيام متعددة فيحدث في كل يوم لقطة أخرى نختلط بالمبيع ولا يمكن تمييزها منه ، ولا سبيل الى الاحتراز من ذلك إلا أن يجمع دواب تلك القرية كلها في يوم واحد ومن أمكنه من القطافين ثم يقطع الجميع في يوم واحد ويعرضه للتلف والضياح وحاشا أن تأتي الشريعة بمثل هذا .

ثم يعزو رأيهم هذا الى الأغلاط الناتجة عن الاجتهاد ، وأين حرّم الله ورسوله على الأمة ما هم أحوج الناس اليه ثم أباح لهم نظره ؟ فإن كان هذا غرر فبيع الثمار المتلاحقة الأجزاء غرر ، وإن لم يكن ذلك غرراً فالمقائي مثله .

ثم يدلي برأيه بأن الصواب في الأمرين عدم وجود الغرر منها لا لغة ولا عرفاً ولا شرعاً ومن ادعى الغرر فهي دعوى بلا برهان ، فمن ناحية اللغة طوّل بالنقل ولن يجد اليه سيلا ، وإن ادعى العرف فالعرف شاهد بخلافه وأهل العرف لا يعدون ذلك غرراً وإن ادعى الشرع طوّل بالدليل الشرعي (٣) .

(١) نظرية المقد لإبن تيمية ٢٣٣ ، والقياس ٣١ والقواعد التورانية ١٢٤ .

(٢) حنابلة ، شافعية ، حنفية .

(٣) اعلام الموقعين ١ : ٣١١ ، ٣١٢ والجزء الثاني ٣١ : ٣ : ٣١١ ، ٤٠٢ ، ٤ : ٢٣ : ٢٤٤ ،

وزاد لمعاد ٤ : ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

أما الجمهور عندما رأوا بما في بيعها لقطه لقطه من الفساد والتعذر دفعوا ذلك بأن يباع أصلها معها . وقد دفع ابن القيم هذا الرأي بقوله : إذا كان بيعها جملة مفسدة عندكم وهو يبيع معدوم وغرر فإن هذا لا يرتفع ببيع العروق التي لا قيمة لها وإن كان لها قيمة يسيرة جداً بالنسبة الى الثمن المبذول وليس للمشتري قصد في العروق ولا يدفع فيها الجملة من المال ، وما الذي حصل ببيع العروق معها من المصلحة لها حتى شرط ، وإذا لم يكن يبيع أصول الثمار شرطاً في صحة بيع الثمرة المتلاحقة كالتين والتوت وهي مقصودة ، فكيف يكون بيع أصول المقائي شرطاً في صحة بيعها وهي غير مقصودة ، والمقصود أن هذا المعدوم يجوز بيعه تبعاً للموجود ولا تأثير للمعدوم، وهذا كالمنافع المعقود عليها في الإجارة فإنها معدومة وهي مورد العقد ، لأنها لا يمكن أن تحدث دفعة واحدة ، والشرائع مبناها على رعاية مصالح العباد وعدم الحرج عليهم فيما لا يسد لهم منه ولا يتم مصالحهم في معاشهم إلا به (١) .

والحق : أن رأي الإمام مالك رحمه الله في هذه المسألة يستجيب أكثر من غيره من المذاهب لحاجات الناس في التعامل فقد صرح بجواز بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر منه ولم ير في هذا إلا وجود الغرر اليسير ، والغرر اليسير يمكن تحمله ، وعلماء المالكية قسموا الغرر الى قسمين : غرر مؤثر وغرر غير مؤثر ، وذكر ابن رشد اتفاقهم على أن الغرر يتقسم بهذين القسمين وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة أو ما جمع بين الأمرين (٢) .

وبهذا الرأي الجليل للمالكية نلتمس الرخصة في العقود التي يوجد فيها الغرر فإذا كان الغرر يسيراً ودعت اليه الضرورة هو غرر غير مؤثر في صحة العقود وإنما تختلف أنظار الفقهاء والمجتهدين في الغرر اليسير وفيما تدعو اليه الضرورة .

ولا يفوتني رأي ابن القيم واستاذة ابن تيمية بأن من أجاز البيع لقطه لقطه بأنه يتعذر العمل به غالباً في غاية العسر ويؤدي الى التنازع والاختلاف الشديد فان المشتاة فيها الصغار والكبار والمشتري يريد أخذها كلها ، وقد تكون المشتاة كبيرة فلا يستطيع المشتري قطف اللقطه الأولى حتى يحدث فيها لقطه أخرى وعندئذ يختلط المبيع بغيره ويتعذر

(١) زاد اللامد ٤ : ٢٦٣ .

(٢) انظر موضعه من كتابنا .

تميزه ويتعذر أو يتعسر على صاحب المقتناه أن يحضر لها كل وقت من يشتري ما تجدد فيها ويفرد بعقد ، ولو ألزم الناس بهذا لفسدت أموالهم وتقطعت مصالحهم والشريعة الإسلامية تنهى عن إضاعة المال وعدم إحياء المنازعات والخصومات ولذلك أرى أن المذهب المالكي ورأي الامامين الجليلين ابن القيم واستاذه جاء وفق ما يتعامل به الناس واعتيادهم وفي منع ذلك حرج بين على أصحاب هذه الثمار ، وفي جواز بيعها هي الطريقة الصحيحة السليمة التي تقطع تنازع الناس فيما بينها والله وتعالى أعلم .

المطلب الثالث

بيع المعدوم في القانون المصري

يجب أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكناً الوجود بعد ذلك وفقاً لقصد المتعاقدين ، لأن المتعاقدين قد يقصد أن التعامل في شيء موجود فعلاً ، وقد يقصد أن التعامل في شيء محتمل الوجود ، ولذا فإننا نتكلم في نقطتين ، الأولى : المبيع الموجود ، : والثانية المبيع المحتمل الوجود .

١ - المبيع الموجود :

فإذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء موجود فعلاً وقت التعاقد ثم ظهر أنه غير موجود . فإن البيع لا يتعد لتخلف ركن المحل ، مثال ذلك : لو باع وارث نصيبه في تركه ، ثم تبين أنه ليس بوارث أو باع قطناً يعتقد أنه موجود في مخزنه ، ثم تبين أن المخزن لا يوجد فيه قطن ، وعلّة عدم انعقاد العقد في الغرض الأخير أن البيع وقع على شيء معين بالذات . (وهو القطن المعتقد وجوده في المخزن) .

أما إذا وقع على شيء معين بالنوع فقط فإن العقد يقع صحيحاً لأن تعيين الشيء سيتم وقت التسليم (١) .

اهلاك الكلي للمبيع :

قد يكون المبيع موجوداً ولكنه يهلك قبل التعاقد ، كما لو كان متزلاً واحترق أو جواداً ونفقاً أو قحاً في مخزن وتلف ، فالمبيع إذا هلك قبل التعاقد امتنع انعقاد العقد لعدم وجود المحل سواء كان ذلك الهلاك معلوماً للمتعاقدين معاً أو معلوماً لأحدهما .

(١) نظرية العقد للسهوري بند (٤٥٣) .

فاذا كان الهلاك معلوماً من المشتري وحده فلا محل لمسئولية البائع ، وليس للمشتري استرداد الثمن اذا دفعه لأنه لم يدفعه خطأ وعندئذ يفترض أنه دفعه على سبيل التبرع الا اذا كان مكرهاً أو كان ناقص الأهلية .

واذا كان الهلاك معلوماً من البائع وحده أو من الممكن أن يعلم به وثبت اهماله فانه نتيجة لهذا يسأل عن التضمينات طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية أو طبقاً للنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

ويلحق بالهلاك المادي من ناحية الحكم الهلاك القانوني ، كما لو كان المبيع حق ملكية صناعية وانقضت مدتها قبل البيع ، أو رخصة سبق أن ألغيت ، أو حق انتفاع زال بانتهاء أجله .

الهلاك الجزئي للمبيع :

قد يهلك المبيع هلاكاً جزئياً قبل التعاقد أو في أثناءه فهل يكون له الأحكام السابقة للهلاك الكلي؟ ان الهلاك الجزئي يختلف عن الكلي لأن بعض المبيع لا يزال موجوداً، والمشرع الفرنسي جعل الخيار للمشتري ، أما أن يطلب الجزء الباقي من المبيع مع دفع ما يناسبه من الثمن أو أنه يترك المبيع ، الا أن المشرع يتساءل فيما اذا هلك جزءا تافهنا من المبيع فهل يحق للمشتري ترك البيع أم أن السلطة القضائية لها سلطة التقدير ؟ .

فذهب بعض الشراح الى أن القانون لم يفرق بين الهلاك الجزئي الجسيم والهلاك الجزئي الطفيف ، الا أن جمهور الفقهاء يرون وجوب توافر حسن النية في استعمال الحقوق والخيارات وأنه ليس للمشتري طلب البطلان اذا كان الجزء الهالك ضئيلاً تافهنا .

أما اذا هلك المبيع بعد العقد فليس للمشتري طلب البطلان لان المحل كان موجودا ولكن له طلب الفسخ على ما سنبينه فيما بعد .

٢ - المبيع المحتمل الوجود :

قد يقسم المبيع على شيء محتمل الوجود أي على شيء مستقبل ، ولذا نتكلم عن نقطتين : الأولى : بيع الأشياء المستقبلية . وثانياً : التعامل في تركة مستقبله :

٤ - بيع الأشياء المستقبلية :

يجوز بيع الأشياء المستقبلية ، وذلك أنه قد لا يكون المبيع موجوداً وقت التعاقد
أما محتمل الوجود ، وقد نصت المادة (١٣١) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

(يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً) (١) والأمثلة على بيع الأشياء المستقبلية
كثيرة منها : بيع صاحب المصنع كمية معينة من منتجاته قبل أن يبدأ في صنعها ، وبيع
المؤلف مؤلفه قبل تمامه وبيع المالك منزله قبل بناءه، وبيع الحكومة الأراضي التي سينكشف
عنها البحر ، وبيع صاحب الأرض الأراضي التي ستكون من طمي النهر بجوار أرضه
وبيع المزارع محاصيل أرضه أو ثمار شجره قبل ظهورها .

حكم بيع الأشياء المستقبلية :

بيع الأشياء المستقبلية قد يكون بيعاً باتاً أو بيعاً معلقاً على شرط وفقاً لقصد المتعاقدين.
أ (البيع البات : فإذا كان البيع باتاً فهذا البيع من عقود الغرر أي من عقود الحظ
والأمل ، لأن المشتري يخاطر في وجود المبيع ذاته ويلتزم بدفع الثمن سواء وجد المبيع أم
لم يوجد ومن الأمثلة على ذلك : بيع الصياد ما قد يقع في شبكته . أو بيع أوراق اليانصيب .
ب (البيع المعلق : فان المشتري لا يجازف في وجود المبيع بل يجازف في كميته
ومقداره فالبيع المعلق على شرط موقف هو وجود المبيع في المستقبل . فإذا وجدت المبيع
والترم المشتري بأداء الثمن بصرف النظر عن مقدار المبيع ، وإذا لم يوجد ينعدم البيع ولا
يلتزم المشتري بدفع الثمن .

طريقة معرفة المبيع :

وإذا أردنا معرفة العقد هل هو احتمالي أم عقد معلق على شرط ، يجب الرجوع الى
نية المتعاقدين ويمكن استخلاص هذه النية من ظروف التعاقد نفسه ، وبوجه خاص من
مقدار الثمن ونسبته الى قيمة المبيع ، فإذا كان مقارباً لها اعتبر العقد معلقاً على شرط
وجود المبيع ، وان كان ضئيلاً لا يتناسب معها اعتبر من عقود الغرر .

وإذا تعذر على القاضي استخلاص هذه النسبة وجب عليه اعتبار العقد معلقاً على
شرط وجود المبيع ، لأن الغالب أن يخاطر المشتري في مقدار المبيع لا في وجوده .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ١٥٦ .

لقد حظر التمتين المصري في الفقرة الثانية من المادة (١٣١) (غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه الا في الأحسوال التي نص عليها في القانون) والأموال التي أباح فيها القسانون التعامل في التركة المستقبلية ، هي الوصية في حدود معينة . وقسمة أعيان التركة بطريق الوصية .

والتصرف في التركة المستقبلية قد يصدر من الوارث وقد يصدر من الموروث . وفي كلتا الحالتين يقع باطلا بطلاناً مطلقاً . فلا تلحقه الاجارة .

والتصرف قد يصدر من وارث أو موصى له لو ارث أو موصى له آخر أو لأجنبي عن التركة وقد يكون التصرف على جميع التركة أو على جزء شائع فيها أو على عين معينة ملحوظ فيها الى أنها داخلة ضمن أموال التركة ، وفي جميع هذه الحالات فان العقد يقع باطلا بطلاناً مطلقاً لانه يتضمن معنى المضاربة على حياة المورث ، فضلاً عما يؤدي اليه من وقوع الشبان في براثن المرابين .

والتصرف الصادر من الوارث يقع باطلا ولو تم برضاء صاحب التركة لأن هذا التصرف سيضرر حتماً بمصلحة الوارث المتصرف سواء تم التصرف بين ورثة أو بين وارث وأجنبي ورضاء المورث لا يكون كافياً لأنه في العادة لا يتدخل الا في التصرفات التي تقع بين الورثة ويكون المقصود من تدخله محاباة أحد الورثة على حساب وارث آخر .

والتصرف الصادر من المورث باطل بطلاناً مطلقاً لعدم تفريق النص القانوني بين أنوارث والمورث ، لأن تصرف المورث سيخل بأحكام الميراث فلا يجوز الخروج عليها الا عن طريق الوصية وفي الحدود التي رسمها القانون لأن أحكام الميراث من النظام العام . أما الخروج عنها بطريق الوصية لأنها لا تفيد الموصي فله الرجوع فيها حتى وفاته وهو ما يحرص عليه القانون (١) .

(١) الوسيط : ٤ : ١٩١ - ١٩٣ ، والوسيط : ٦ : ٣٧٥ - ٣٨٣ وشرح عقدي البيع ولقايضة للدكتور أنور أنور سلطان : ١٣٣ : ١٤١ ، والنظرية العامة للاتزام للدكتور أنور سلطان : ١٩٢ - ١٩٨ ونظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد النعم فرج الصدة : ٢ : ٣ - ١٢ وشرح العقود المدنية للاستاذ الدكتور جميل الشراوي : ١ : ٨٥ ، ٩٥ - ٩٨ وشرح المتسود المدنية للاستاذ أحمد نجيب الهلالي : ١٦٣ - ١٧٥ .

المبحث السابع

عدم القدرة على التسليم

تمهيد :

اتفق الفقهاء على أن من شروط المعقود عليه القدرة على التسليم ، فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه (١) واعتبرت الحفظة ان القدرة على التسليم للعاقد شرط انعقاد العقد لأنه لا ينعقد الا لفائدة ، ولا يفيد اذا لم يكن قادراً على التسليم (١) .

وغير المقدور على تسليمه كالمعدوم ، وبيع المعدوم ، باطل ، ولذا فلا يصح بيع نصف معين من نحو اثناء وسيف مما لا ينتفع به لو كسر ، لأنه لا يمكن تسليمه مفردا الا باتلافه واخراجه عن المالية ، وكذلك الآبق والمغصوب من غير غاصبه وبيع الدين الغير مدين (٢) .
ولذا أقسم هذا المبحث الى سبعة مطالب :

- المطلب الأول : بيع الآبق :
- المطلب الثاني : بيع الطير في الهواء .
- المطلب الثالث : بيع السمك في الماء .
- المطلب الرابع : بيع المغصوب :
- المطلب الخامس : بيع الدين .
- المطلب السادس : بيع ما لا يملكه الانسان .
- المطلب السابع : بيع ما لم يقبض .

(١) كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ط ٢ مطبعة الحضارة الشرقية ١٩٣٣ ج ٢ للسيد عبد الرحمن الجزيري : ٣١٤ ، ٣١٧ ، ٣٢٠ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ ، ومطالب أربي النهي : ٣ : ٢٥ ، والمتنقي على الموطن للبايجي ٥ : ٤٢ ، والروضه البهية شرح اللعة دمشقية ٢٨٢ ، وشرح التليل ٤ : ١٣٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٣٧ .

(٣) مطالب أربي النهي ٣ : ٢٥ - ٢٦ .

المطلب الأول

بيع الآبق

تعريف الآبق :

الآبق لغة : اسم فاعل من أبق كضرب وسمع ومنع ومصدره أبق ويحرك وإباق ككتاب وجمعه ككفار .

الآبق اصطلاحاً : انطلاق الرقيق تمرداً وهذا ما عرفه ابن الكمال ويدخل في هذا التعريف الهارب من مؤجره ومستعيره ومودعه ووصيه .

ايضاح هذا التعريف :

فمعنى انطلاق كما ورد في اللغة الهرب ، ومعنى التمرد : الخروج عن الطاعة وهذا القيد احتراز به عن الضال : اذ الضال معناه الذي ضل عن الطريق الى منزل سيده بلا قصد وقوله من مؤجره بفتح الجيم أي مستأجره والمودع بفتح الدال أي هرب من مودعه، وقوله ووصيه : أي الوصي عليه وذلك بأن مات سيده عن أولاده الصغار وانا ب هو أو القاضي عليهم وصيا فان العبد يكون داخلاً تحت وصايته (١) .

حكم بيع الآبق :

اختلف الفقهاء في بيع الآبق على رأيين : المانعون له والمجوزون له :
أولاً - المانعون لبيع الآبق . وهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وأبو ثور وابن المنذر واليك آراؤهم مفصلة (٢) .

(١) حاشية ابن عابدين : ٤ : ٢٨٦ .

(٢) رحمة الامة في اختلاف الائمة : بهامش الميزان ١ : ١٦٢ والميزان : للشيرازي ٢ : ٦٥ والمغني لابن

قدامة : ٤ : ١٥١ .

الحنفية :

وذهبت الحنفية الى عدم جواز بيع العبد الآبق المطلق وقد ذكر الامام محمد في الأصل بقوله : (واذا باع الرجل عبدا ليس في يديه حين باعه ، فان هذا لا يجوز ولان هذا غرر ، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق) (١) .
الا أن الحنفية ذكرت عدة تفصيلات لبيع الآبق :

أولا : الآبق المطلق :

وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين ولا يقدران على تسليمه وتسلمه أو كان البائع لا يقدر على أخذه الا بخصومة عند الحاكم (٢) .

والحنفية اختلفوا في حكم هذا البيع من حيث البطلان أو الفساد :

قال ابن نجيم : ان العقد وقع باطلا لانعدام الخلية ، لانه لا يقدر على تسليمه وعلى ذلك لو باعه ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام الخلية . فيحتاج الى عقد جديد و صار كبيع الطير في الهواء (٣) . وهذا ظاهر الرواية وبه كان يفتي أبو عبد الله البخاري لكونه وقع باطلا (٤) ، لأن وجود الشرط يجب أن يكون موجودا عند العقد .

وعن أبي حنيفة في رواية عن الامام محمد أن العقد يقع فاسدا ، وذلك فيمن باعه ثم عاد من الإباق فان العقد ينقلب صحيحا ، لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا آبق بعد البيع (٥) . وبه اخذ الكرخي وجماعة من المشايخ ، حتى اذا امتنع البائع من تسليم الآبق او امتنع المشتري من قبوله أجبر على ذلك ، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد العبد قبل الفسخ . أما اذا رجع العبد بعد أن فسخ القاضي البيع فانه لا يعود صحيحا اتفاقا ، وهذا مقتضى أن

(١) الاصل : ٩٢ والنهاية على الهداية للبايرتي ٥ : ١٩٩ .

(٢) الدرر المحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧١ والسراج الوهاج الموضح لكل طالب محتاج : ٤ / ب .

(٣) البحر الرائق ٦ : ٨٦ وملتنقى الانهر شرح ملتقى الايبحر ٢ : ٥٨ والمبسوط ١٣ : ١٠ ودرر المحكام

في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧١ .

(٤) مجمع الانهر شرح ملتقى الايبحر ٢ : ٥٨ .

(٥) البحر الرائق ٦ : ٨٦ وبدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ .

البيع فاسد لا باطل (١) .

والخلاصة : باختلاف المشايخ مرده الى كونه باطل أو فاسد ، ولهذا نعلم أن ارتفاع
المفسد في الفاسد يرد المبيع صحيحا ، لأن المبيع قائم مع الفساد ، وارتفاع المبطل لا يرد
البيع صحيحا لأنه لم يكن قائما بصفة البطلان بل كان البيع معدوما .

فوجه الفساد : قيام المالية والملك ، ووجه البطلان عدم القدرة على التسليم (٢) .

وأرى أن بيع الآبق قبل القدرة على التسليم مفسد للبيع لا باطل ، فإذا ما عاد العبد
اتقلب العقد صحيحا والله سبحانه وتعالى أعلم .

وإذا اعتقه سيده فانه يجوز ذلك الا اذا أعتقه عن كفارة فلا بد من اشتراط العلم
بحياته ، وكذلك تجوز هبته لابنه الصغير أو يتم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير فانه
لا يجوز وكذا اليتيم في حجره (٣) .

والفرق بين جواز الهبة وعدم جواز البيع : أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب
البيع وهو منتف ومما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لأنه قبض بازاء مال
مقبوض من مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له
نظرا للصغير لانه لو عاد عاد الى ملك الصغير (٤) . أما في فتاوي قاضيهان من الهبة
خلافه قال ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير لا يجوز وان باعه جاز ، فقد عكس الحكم .
والحق خلاف ما ذكره قاضيهان لأن ما نقله عن المعراج مخالف لما ذكره القاضي (٥) ،
لأن في المعراج : (ولو باع الآبق من ابنه الصغير لا يجوز ولو وهبه له أو ليتيم في حجره
يجوز لأن ما بقي له من اليد في الآبق يصلح لقبض الهبة دون البيع) (٦) .

أما اذا باع العبد ثم أبق قبل التسليم تم عاد فان هذا البيع جائز لأن احتمال عوده يمكن

(١) فتح القدير ٥ : ٢٠٠ . والمبسوط ١٣ : ١٠ ، ١١ .

(٢) فتح القدير : ٥ : ٢٠٠ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) البحر الرائق : ٦ : ٨٦ وفتح القدير : ٥ : ٢٠٠ .

(٥) متحة الخائق على البحر الرائق لابن عابدين : ٦ : ٨٦ .

(٦) البحر الرائق : ٦ : ٨٦ .

لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء (١) .

ولو باع المالك العبد من الغاصب وهو آبق بعد فالبيع جائز والأصل في ذلك . أن الأباق انما يمنع جواز البيع اذا كان التسليم محتاجاً اليه بأن آبق من يد المالك ثم باعه المالك ، فأما اذا لم يكن التسليم محتاجاً اليه ، فالبيع يجوز (٢) .
ثانياً : لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند هذا فبعنيه وأنا أقبضه منه واعترف ذلك الرجل :

فالبيع في هذه الحالة لا يجوز لأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز (٣) .

والكاساني يأتي برواية أخرى فيقول : ولو جاء انسان الى مولى العبد فقال : ان عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه فصدقه وباعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض الا أن هذا العقد يتعقد موقوفاً ، لأن القدرة على القبض هنا ثابتة في زعم المشتري الا أن احتمال المنع قائم موقوف على قبضه فاذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ . بخلاف الآبق المطلق ، لأن العجز عن التسليم محقق فيمنع الانعقاد (٤) .

وفي المسألة السابقة اذا جاز البيع هل يصير المشتري قابضاً في الحال أولاً يصير قابضاً له ؟ .

فاذا اعتبر شراؤه قبضاً للحال ، فلو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض . وان كان حين قبض العبد أشهد أنه قبض هذا ليرده على مالكة ، ثم اشتراه منه فلا يصير قابضاً ، لأن قبضه هذا قبض أمانة والأمانات لا تضمن الا بتعد أو تقصير ، وعلى ذلك لو هلك قبل أن يصل الى سيده لا يضمنه . وقبض الأمانة لا يتوب عن قبض البيع فاذا هلك العبد قبل أن يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن .
وان لم يشهد على نفسه أنه قبضه ليرده الى صاحبه فيكون قبضه في هذه الحالة قبض غضب والغصب مضمون كقبض البيع (٥) .

(١) قبيّن الحقائق شرح كتر الدقائق للزيلعي : ٤ : ٥٠ .

(٢) البحر الرائق : ٦ : ٨٦ .

(٣) فتح القدير : ٥ : ٢٠٠ .

(٤) بدائع الصنائع : ٥ : ١٤٧ .

(٥) فتح القدير : ٥ : ٢٠٠ وبدائع الصنائع : ٥ : ١٤٧ ، ١٤٨ .

ولو أخذه ليرده الا انه لم يشهد على نفسه فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

فأبو حنيفة : يصير قابضاً له عقيب العقد لأن هذا القبض قبض ضمان .

والصاحبان : لا يصير قابضاً الا بعد الوصول اليه لأن هذا قبض أمانة عندهما (١) .
ثالثاً : بيع الآبق ممن يزعم أنه عنده :

فان هذا البيع يجوز لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ، ولذلك اذا كان عند المشتري فقد انتفى العجز عن التسليم وهو المانع لكونه مقبوضاً وعلى هذا فالبيع صحيح نافذ . ولكن هل يكون قبضه مضموناً عليه أم لا فقد ذكرناه في الحالة السابقة والله أعلم (٢) .

المالكية :

وذهبت المالكية الى اشتراط قدره تسليم المعقود عليه فلا يباع ما قدر عليه مشتميه وعجز عنه بائعه ، ولا ما عجزا عنه كأبق لقول مالك : بيع العبد في اباقه فاسد وضمانه من بائعه ويفسخ وان قبض (٣) . وعلى هذا فيبيع العبد الآبق حال اباقه ولم يعلم موضعه أو علم أنه عند من لا يسهل خلاصه منه أو عند من يسهل خلاصه منه ولم تعلم صفته لا يصح بيعه ، للغرر المنهي عنه لكونه غير مقدور التسليم ولكونه مجهول الصفة .

أما اذا علم المبتاع موضعه وصفته وكان عند من يسهل خلاصه منه فانه في هذه الحالة يجوز بيعه فان وجد هذا الآبق على الصفة التي عليها المبتاع قبضه وصح البيع ، وان وجد الآبق قد تغير أو تلف كان ضمان الآبق من البائع ويسترجع المشتري الثمن (٤) .

وإذا عرف ان الآبق عند رجل جاز أن يباع منه ومن غيره ممن يوصف له اذا وصف

(١) بدائع الصنائع : ٥ : ١٤٨ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٩٩ والبحر الرائق ٦ : ٨٦ ، ٨٧ ، ومجمع الانهر والدر المنقني عليه ٢ : ٨٨ والاشباه والنظائر لابن نجيم : ٢٠٨ وتحفة الفقهاء ٢ : ٦٦ والاختيسار لتعليل الختاز ٢ : ١٩٦ .

(٣) الحرشي ٥ : ١٦ والعدوي ٢ : ١١٠ ، ١٣٦ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١١ وبداية المجتهد ٢ : ١٧٠ .

للسيد حاله الآن وان مضى زمن يمكن أن يتغير الآبق فيه وكان المشتري لا يعلم صفته .
بخلاف ما اذا كان الأمر بالقرب والمشتري يعلم صفته فلا حاجة الى الوصف وعلى أن
لا يشترط نقد الثمن ، والذي عنده الآبق يشترط أن يكون غير الامام ومثله أيضاً من لم
يمكن الوصول الى ما في يده (١) .

وقال الخمي : لو كان في بلد موثوقاً وحسب لصاحبه ، جاز بيعه على الصفة ويكون
تحصيله على البائع ويؤخر قبض الثمن الى حين القبض (٢) الا أن هذا القول ضعيف لما
رأينا .

واما اذا كان حاضرا وبين له غاية اباقة كأن يقول له غاية اباقه أربعة أيام مثلا ،
وباعتبار المكان كأن يقول ان غاية اباقه الى الاسكندرية جاز البيع (٣) .

اما الامام مالك رحمه الله فقد تكلم عن الآبق بقوله : قال مالك ومن الغرر
والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون
دينارا فيقول رجل أنا آخذته منك بعشرين دينارا فان وجدته المبتاع ذهب من البائع
ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا . قال مالك وفي ذلك عيب
آخر أن تلك الضالة ان وجدت لم يدر أزدت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب
فهذا أعظم المخاطرة (٤) .

فمالك رحمه الله : منع بيع الآبق لما فيه من الغرر والمخاطرة وعلل مالك وجه الغرر
في هذا أن المشتري يدفع في الآبق والضال أقل من ثمنه الا أن المشتري اذا وجد المبتاع
ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع عشرون دينارا . وقال ومع
فرض وجودها من المشتري فان المشتري لا يدرى أزدت أم نقصت أم ما حدث بها من
العيوب ، ويكون بذلك قد علل منع بيع الآبق ولم يتعرض الى أن منع بيع الآبق لعدم
القدرة على التسليم الا أن عبد الملك بن الحسن عن أشهب يرى : أن الغرر يكون في مبيع

(١) كفاية الطالب الرباني لابي زيد القيرواني ٢ : ١٣٦ والفواكه الدواني ٢ : ١٣٨ ، وبداية
المجتهد ٢ : ١٧٠ .

(٢) الفواكه الدواني ٢ : ١٣٨ .

(٣) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٦ .

(٤) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤١ .

غير مقدور على تسليمه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجل الشارد (١) .

الشافعية :

اختلف فقهاء الشافعية في بيع العبد الآبق على ثلاثة أقوال :

الأول : أن بيع الآبق باطل ، لانه غرر وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر ولأن ما تعذر تسليمه لم يجز بيعه ، والآبق متعذر التسليم وكذلك كل ما كان في معناه كالجل الشارد وكل شيء ضال أو ضائع ، فلو باع عبدا آبقا ثم وجده لم يلزمه تسليمه الى المشتري لفساد بيعه حتى يستأنفا بيعه بعد وجوده (٢) .

قال النووي : قال الاصحاب : لا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم بل يكفي ظهور التعذر (٣) .

الثاني : أن بيع العبد الآبق جائز ما لم يتقادم عهده وهذا الرأي حكاها الماوردي الثالث : أنه يجوز بيعه اذا عرف مكانه وعلم أنه يصله اذا رام وصوله وبهذا يكون ليس له حكم الآبق (٤) وهذا الرأي محكي عن ابن سيرين .

ولو باع العبد الآبق لقادر على رده صح على الصحيح نظرا الى وصوله اليها الا ان احتاج قدرته الى مؤونة فظاهر البطلان ، لأن عدم القدرة على التسليم سواء كانت حسية أو شرعية متعذره فالحسية كالطير في الهواء والسمك في الماء . والشرعية كبيع المرهون والوقوف وأم الولد وكذا الجاني في قول (٥) .

والثاني لا يصح ، لأن التسليم واجب على البائع وهو عاجز عنه .

أما اذا كان البائع قادرا على انتزاعه أورده فانه يصح الا اذا كان فيه تعب شديد . ويصح بيع العبد التائه لانه يمكنه الانتفاع باعتاقه في التقرب الى الله تعالى ، وكذلك تصح كتابة الآبق وتزويجها وعتقهما وان انتفت القدرة على التسليم (٦) .

(١) المنتقى للبايجي ٥ : ٤١ .

(٢) الحاوي للماوردي ٦ : ١٨ .

(٣) المجموع شرح المذهب ٩ : ٣١١ .

(٤) الحاوي للماوردي ٦ : ١٨ .

(٥) المجموع شرح المذهب ٩ : ٣١١ .

(٦) مني المحتاج ٢ : ١٣ ونهاية المحتاج للمطلي ٣ : ٣٩٩ .

وذهبت الحنابلة الى ان بيع الآبق لا يجوز ولا جعله ثمنا سواء علم الأخذ له مكانا أو جهله ولو كان ذلك القادر على تحصيله (١) ، والأظهر عندهم أن بيعه لقاصر على تحصيله جائز (٢) . وعله المنع عندهم ، انه بيع غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء (٣) .

أما ابن تيمية : فقد عد بيع الآبق والبعير الشارد والفرس العائر والطير الذي خرج من قفصه من باب المخاطرة والقمار وعلل ذلك : بأن المشتري لمثل هذه الاشياء يشتريه بدون ثمنه بكثير وان صاحبه اذا باعه فانما يبيعه مخاطوه . فان حصل المبيع للمشتري قال البائع قمرتي وأخذت مالي بثمان قليل . وان لم يحصل قال المشتري : قمرتي وأخذت الثمن مني بلا عوض وفي كل منها أكل مال الآخر بالباطل الذي هو نوع من الظلم . ففي بيع الفرر ظلم وعداوة وبغضاء (٤) .

وتابعه تلميذه ابن القيم : فان بيع العبد الآبق من جنس القمار الذي هو الميسر والله حرم ذلك لما فيه أكل المال بالباطل وذلك من الظلم الذي حرمه الله تعالى ، ففي بيع العبد الآبق ، فان البائع يأخذ مال المشتري والمشتري قد يحصل له شيء وقد لا يحصل ولا يعرف قدر الحاصل . وهذا هو القمار واذا كان أحد المتعاضين يحصل له مال والآخر قد يحصل له وقد لا يحصل له فهذا الذي لا يجوز (٥) .

الشعبة الامامية :

وذهبت الامامية الى أن بيع الآبق منفردا لا يصح ، لأنه متعذر التسليم ، أما اذا

(١) كشاف القناع ٣ : ١٦٢ وانظر الكافي ٢ : ١١ وتفتح المشع ١٢٣ ومطالب اول النهي ٣ : ٢٦ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥١ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) القواعد النورانية ١١٦ ومجموعة فتاوى ابن تيمية ٢٩ : ٤٢٦ ، ٤٢٧ والقياس لابن تيمية ٢٩ .

(٥) زاد المعاد ٤ : ٢٦٨ ، ٢٦٦ ، ٢٧١ .

أمكن تسليمه يصح بيعه وان سمي آبقا (١).

ويصح بيعه منضمًا إلى ما يصح بيعه ولو لم يظفر به لم يكن له رجوع على البائع وكان الثمن مقابلاً للضميمة (٢).

وينزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزلة المردوم إلا أنه لا يخرج عن ملك المشتري إذا تعذر تسليمه. ولا خيار للمشتري مع العلم بأباقه لأنه أقدم على هذا النقص أما إذا جهل أباقه جاز الفسخ إن كان البيع صحيحًا.

ويشترط في بيع الآبق ما يشترط في غيره من كونه معلومًا وموجودًا عند العقد وغير ذلك سوى القدرة على التسليم (٣) والقدرة على التسليم من صالح المشتري فقط إلا أنها شرط في أصل صحة البيع. فلو قدر المشتري على التسليم صح البيع، وإن لم يكن البائع قادرًا عليه، بل لو رضي بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز وينتقل إليه ولا يرجع على البائع بعدم القدرة إذا كان المبيع على ذلك مع العلم بأن البائع غير قادر على تسليمه (٤).

ولا يلحق بالآبق غيره مما في معناه كالبعير الشارد والفرس العائر على الأقوى (٥).

الزيدية :

وذهبت الزيدية إلى أن بيع العبد الآبق بساطل لدخوله تحت عموم النهي عن بيع الغرر ولأنه غير مقدور على تسليمه.

وقال المؤيد بالله وأبو طالب : أنه يصح بيعه موقوفًا على التسليم لعموم قوله تعالى وأحلَّ اللهُ البَيْعَ (٦).

(١) مفتاح الكرامة للعالمى ٤ : ٢٢٢ .

(٢) شرائع الإسلام ١٦٦ والروضة البهية شرح لللمعة الدمشقية ١ : ٢٨١ .

(٣) الروضة البهية شرح لللمعة الدمشقية ٢٨١ .

(٤) مفتاح الكرامة للعالمى ٤ : ٢٢٤ ، والروضة البهية ٢٨١ .

(٥) الروضة البهية ٢٨٢ .

(٦) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٥ والبحر الزخار ٣ : ٣١٣ .

وبعضهم قال : ويجوز بيعه الى من أبق اليه اذا لا غرر في ذلك (١) .

الإباضية :

وللاباضية في بيع الآبق قولان .

الأول : جواز بيع الآبق في اباقة والنافر من الحيوان في نفاذه وهروبه فقط .
الثاني : لا يجوز بيع الآبق ولا الجمل الشارد والا لحمار النافر ولا ماشا كل ذلك ولا المتامه فيه وعللوا عدم الجواز بأنه من الغرر (٢) .

المجوزون لبيع العبد الآبق :

والمجوزون لبيع العبد الآبق : صهيب وابن عمر وابن سيرين والشعبي وعثمان البتي
وابو بكر بن داود والظاهرية واصل الاقوال عند الإباضية فقد روي عن ابن عمر (أنه
اشترى من بعض ولده بعيرا شاردأ) (٣) وقال ابن حزم عنه : مانع له مخالفا من الصحابة
رضي الله عنهم وهذا اسناد في غاية الصحة والثقة .

وعن المغيرة عن الشعبي عن شريح أن رجلا أتاه فقال : ان لي عبدا آبقا وان رجلا
يساومني به أفأبيعه منه قال : نعم فانك اذا رأيته فأنت بالخيار ان شئت أجزت البيع وان
شئت لم تجزه . قال الشعبي : اذا أعلمه منه ما كان يعلم منه جاز بيعه ولم يكن له خيار .
وعن أيوب السختياني قال : أبق غلام لرجل فعلم مكانه رجل آخر فاشتراه فخاصمه
الى شريح بعد ذلك قال ابن سيرين : فسمعت شريحا يقول له : أكنت أعلمته مكانه ثم اشتريته؟
فرد البيع لأنه لم يكن أعلمه . لأن كتابه مكانه وهو يعلمه غش وخديعة والغش والخديعة
يرد فيهما البيع .

وعن محمد بن سيرين : أن رجلا أبق غلامه فقال له رجل : يعني غلامك فباع منه ثم
اختصما إلى شريح فقال شريح : إن كان أعلمه مثل ما علم فهو جائز .

وعن أبي أيوب السختياني أن محمد بن سيرين كان لا يرى بأسا بشراء العبد الآبق اذا
كان علمها فيه واحدا .

(١) البحر الزخار ٣ : ٣١٣ .

(٢) شرح النيل ٤ : ٧٣ - ٧٤ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥١ ، والمخل ٨ : ٣٩١ .

عن ابن طاووس عن أبيه أنه كان لا يرى بأساً أن يشتري الرجل الدابة الغائبة إذا كان قد رآها ويقول: إن كانت صحيحة فهي لي. ولم يكن يخص بأنها شارده من غير شارده، والشاردة غائبة (١).

الظاهرة :

وذهبت الظاهرة إلى أن بيع الآبق جائز عرف مكانه أو لم يعرف ، وكذلك بيع الجمل الشارد عرف مكانه أو لم يعرف ، وكذلك الشارد من سائر الحيوان ومن الطير المنفلت بشرط أن تكون ملكيته صحيحة قبل البيع وإلا فلا يحل بيعه ، وكل ما ملكه المرء فحكه منه نافذ بالنص إن شاء وحبه وإن شاء باعه وإن شاء أمسكه وإن مات فهو موروث عنه .

هذا وقد ناقش ابن حزم الجمهور الذين يمنعون جواز البيع بقوله : إن الأباق لا يمنع من صحة البيع لأن التسليم لا يلزم ولا يوجب قرآن ولا سنة ولا دليل أصلاً ، وإنما اللازم في البيع أن لا يحول البائع بين المبيع وبين المشتري فقط وإن فعل ذلك يكون غاصباً ظالماً .

على أن قوطم في هذا بيع غرر فيمنع فهذا ليس فيه غرر لأن بيع شيء قد صح ملكه بائعيه له وهو معلوم الصفة والقدر وبهذه الصفات فإنه يجوز له أن يبيع ، وبهذه الصفات فإن المشتري يملكه ملكاً تاماً فإن وجده فذلك وإن لم يجده فقد استعاض الأمر الذي هو خير من الدنيا وما فيها وربحت صفقة .

قال ابن حزم : ولو كان هذا غرراً لكان بيع الحيوان كله حاضره وغائبه غرراً لا يحل ، لأنه لا يدري مشتريه أيعيش ساعة بعد ابتياعه أم يموت ولا يدري أيسلم أم يسقم سقماً قليلاً يتحمله أو سقماً كثيراً يفسده وليس ما يتوقع في المستأمن غرراً لأن الأقدار تجري بما لا يعلم ولا يقدر على رده واستشهد بآيتين كريمتين .

١ - (قُلْ لَا يَعْلَمُ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ الْغَيْبَ إِلَّا اللَّهُ) (٢) .

٢ - (وَأَنْ عَسَى أَنْ يَكُونَ قَدِ اقْتَرَبَ أَجَلُهُمْ) (٣) .

(١) المحل لابن حزم : ٨ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، والمغني لابن قدامة : ٤ ، ١٥١ .

(٢) سورة النمل : ٦٥ .

(٣) سورة الأعراف : ١٨٤ .

ثم بين ابن حزم موطن الغرر المبطل للعقد بأنهما عقدا على جهل مقداره وصفاته حين العقد ولم يذكر عدم القدرة على التسليم .

الرأي المختار :

وبعد هذا العرض الطويل لبيع الآبق أرى أن بيع الآبق باطل وهو رأي الجمهور ، لأن العبد الآبق غير مقدور على تسليمه ، والمبيع المعجوز عن تسليمه باطل باتفاق الفقهاء جميعاً كما رأينا .

أما من أجاز بيع الآبق كابن حزم ، فقد استدل بأدلة واهية ، لا تقوم بها حجة ، وخاصة أن مقتضى البيع عنده أن لا يحول البائع بسين المشتري والمبيع حائل لكي لا يعد غاصباً ، ولكن الآبق يختلق عن تعليله وعن مقتضى البيع عنده لأن المبيع موجود حاصل ، فإذا حال دونه يكون غاصباً هذا صحيح ، أما العبد الآبق فهو معدوم أصلاً غير موجود ، ولا يعرف كيف هو ، أحي أم ميت ، في العراق أم في فارس ، وهل يمكن قبضه أم لا ، لأنه لا استطاع عليه إلا إذا أراد ذلك ، ولذا فاني أقول بالبطلان إلا إذا كان العبد معلوم وجوده عند زيد ولا يستطيع الهرب فاني أرى جواز بيعه بشرط أن يعلم البائع عن مكان وجوده وإلا كان تغريراً من المشتري للبائع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

المطلب الثاني

بيع الطير في الهواء (١)

والطير في الهواء يكون في حالتين : الأولى يبعه قبل أن يملك وهذا باطل بالاتفاق ،
والثانية : بعد استقرار الملكية عليه ثم يبيعه وهو طائر في السماء . وهذه هي الحالة التي
تكلم عنها الفقهاء ، ولذا فإني أعرض آراء المذاهب منفردة .

الحنفية :

ذهبت الحنفية في بيع الطير في الهواء على ثلاثة أوجه :

الأول : يبعه في الهواء قبل أن يصطاد وهذا باطل لعدم الملك .

الثاني : يبعه بعد أن أخذه وأرسله من يده وهو أيضا لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم .

الثالث : بيع طير يذهب ويجيء كالحمام والظاهر أنه لا يجوز (٢) .

والذي يهمنا الآن هو الوجه الثاني بأنه لا يجوز لأنه غير مقدور التسليم عقيب العقد،
واختلفوا فيما إذا قدر على تسليم الطير بعد العقد ، هل يعود العقد على الجواز أم يبقى
على الفساد ؟ .

فشايع بلخ قالوا ان العقد لا يعود الى الجواز .

والكرخي والطحاوي ذكرا أن العقد يعود الى الجواز (٣) فشممل ما إذا جعل الطير

(١) الطير : جمع طائر وقد يقع على الواحد والجمع طيور وآليات ، والطيوان محررة حركة ذبي الجناح في
الهواء بجناحيه .

(٢) العناية للبارتي بهامش فتح القدير ٥ : ١٩٢ .

(٣) فتح القدير ٥ : ١٩٢ . وجميع الأنهر والدر المستقى عليه ٣ : ٥٥ . وشرح الوقاية و متن الوقاية لصدر

الشرعية وتاج الشرعية بهامش كشف الحقائق للشيخ الافغاني ٢ : ١٨ .

مبيعاً أو ثمناً وشمل أيضاً ما إذا كان الطائر من عادته أنه يذهب ويجيء وهو الظاهر (١).

وفي فتاوى قاضيخان : وان باع طيراً له يطير ، إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا (٢) وذلك لأنه يمكن أخذه من غير حيلة .

ويحمل على هذا ما لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز وبعد أخذه يجوز ان كان في يده أو كان محبوباً في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة وان كان لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم .

وكذلك يحمل ما لو اجتمع الصيد في أرضه فباعه من غير أخذه لا يجوز لأنه لم يملكه ، وكذلك لو باع بيضاً في أرضه يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه . وهذا يختلف ما لو اجتمع النحل في مكان في أرضه وعسل فيه فانه يملكه ، لأن العسل قائم بأرضه على وجه القرار كالأشجار ولهذا وجب في العسل العشر .

أما لو هيا أرضه للصيد بأن حضر فيها بئراً للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه ، لأن التهيئة أحد أسباب الملك فثله كمثل من وضع وعاء ليقع فيه المطر ، أو بسط ذيله ليقع فيه النثار ملكه بالوقوع .

وفي النهاية : لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يحك فيه خلافاً (٣) .

بيع الحمام :

إذا علم عدد الحمام وأمكن تسليمها جاز بيعها ، وإذا كانت في بروجها ومخارجها مسدودة فلا اشكال في جواز بيعها . وكذلك إن كانت في حال طيرانها ومعلوم بالعادة أنها تعود وذلك لأن المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكاً مقدر التسليم .

أما كونه لا يعود أو ربما يعرض له أنه لا يعود فهذا لا يمنع جواز البيع قياساً على جواز هلاك المبيع قبل القبض فإنه إذا هلك انفسخ البيع وكذلك هنا (٤) .

(١) البحر الرائق ٦ : ٨٠ .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٩٣ والبحر الرائق ٦ : ٨٠ .

(٣) تبين الحقائق للزيلي ٤ : ٤٥ ، ٤٦ .

(٤) فتح القدير ٥ : ١٩٩ .

وذهبت الشافعية الى أن بيع الطير في الهواء قبل أن يملك لم يجز لمعينين :

أحدهما : عدم ملكه .
والثاني : تعذر تسليمه .

أما إذا كان الطائر قد يرجع بعد الطيران الى برجيه لم يجز بيعه أيضاً لما فيه من الغرر ولأنه لا يوفق به لعدم عقله لأنه قد لا يعود وبهذا فارق صحة بيع العبد المرسل في حاجة (١) ، لأن العبد ليس يعجز الناس عن أخذه وان بعد عن سيده فكان في حكم المقدور عليه وليس كذلك الطير لأنه قد تعجز الناس عن أخذه (٢) .

أما ان كان الطير في برج مالكة ينظر :

ان كان باب البرج مفتوحاً لم يجز بيعه لأنه قد يقدر على الطيران فصار في حكم ما طار فلا يقدر البائع على تسليمه (٣) .

وان كان باب البرج مغلقاً جاز بيعه لظهور القدرة عليه وتسليمه بالتمكين منه في برجه وتام قبضه باخراجه من برجه .

أما إذا فرخ الطائر في دار رجل لم يملك فرخه وكذا ما ولده الصيد في أرضه غير أنه أولى يصيده من جميع الناس لما يستحقه من التصرف في ملكه ولصاحب الأرض أن يمنع الناس من دخول أرضه وداره، ولو باع صاحب الأرض أو الدار فرخ الطائر وولد الصيد قبل أخذه لم يجز لأنه وإن كان مقدوراً عليه فسلم يثبت ملكه ألا ترى أن غير صاحب الدار لو أخذ الفرخ ملكه (٤) .

أما النحل فحكمه حكم الطائر في الهواء ان كانت أمه خارج الخلية أما اذا كانت أمه موثقة وهي يعسوبه (٥) بأن يكون في الكوارة فإنه يجوز بيعه وفارق بقية الطيور بأن النحل لا يقصد بالجوارج وأنه لا يؤكل عادة إلا بما يراهه ، فلو توقف صحة بيعه على حبسه فرما أضربه أو تعذر بيعه بخلاف بقية الطيور (٦) .

(١) المغني المحتاج ٢ : ١٣ .

(٢) الحاوي للهاوردي ٦ : ١٨ .

(٣) المجموع ٩ : ٣١١ والحاوي للهاوردي ٦ : ١٩ والواضح النيه في شرح التنبيه ٥ : ٥٣ .

(٤) الحاوي للهاوردي ٦ : ١٩ والواضح النيه ٥ : ٥٣ .

(٥) اليعسوب : أمير النحل وفي الاصطلاح العلمي ملكة النحل .

(٦) مغني المحتاج ٢ : ١٣ .

الحنابلة :

ولا يصح بيع طائر في الهواء يألف الرجوع أولاً (١) مملوكاً أو غير مملوك فالمملوك لا يجوز بيعه ، لأنه غير مقدور على تسليمه وغير المملوك لا يجوز لعلتين :

الأولى : العجز عن التسليم .

الثانية : أنه غير مملوك له . وأصل المنع عندهم هو نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر وقيل في تفسيره : هو بيع الطير في الهواء ، والسملك في الماء ولا تعلم في هذا خلافاً .

وتفرق الحنابلة بين الغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، وبين الذي يقدر عليه إذا عاد ، فالغائب يقدر على استحضاره أما الطير فلا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستمل مالكة برده فيكون بذلك عاجزاً عن تسليمه لعجز صاحبه عن الوسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب :

أما إذا باع الطير في البرج نظرت :

- ١ - أن كان مفتوحاً لم يجز لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه إلى المشتري
- ٢ - أن كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه إلا أن القاضي قال : إن لم يكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه وهذا موافق لمذهب الشافعي رحمه الله (٢) .

الإمامية :

فلا يصح بيع الطير في الهواء إذا لم تقض العادة بعوده لأن القدرة على التسليم شرط ، فإذا قضت العادة بعوده جاز بيعه وصح .

وبعضهم احتمل الصحة وعدمها بسبب انتفاء القدرة في الحال على التسليم وأن عوده غير موثوق به إذ ليس له عقل .

أما احتمال الصحة فيما دل على الوفاء بالعقود وأن العادة بمنزلة المتحقق كالدابة المرسلة .

(١) كشف القناع ٣ : ١٦٢ .

(٢) المغني لابن قدامه ٤ : ١٥١ .

وأما الطيور التي في البروج فينظر :

ان كان البرج مفتوحاً لم يجز بيعها .

وان كان مسدودا لا طريق لها الى الطيران جاز بيعها سواء كان البرج واسعاً أو ضيقاً ، وقيل ان كان البرج واسعاً لا يجوز بيعه لأنه يحتاج الى كلفة في أخذه (١) .

الزيدية :

وذهبت الزيدية الى أن بيع الطير في الهواء لا يصح في الحال لا في المستقبل فانه لا يصح بيعه في الهواء حتى يقع على الأرض ويمكن أخذه من غير تصيد وكذلك الطير المملوك من الحمام والنحل (٢) ونقل عن زيد بن علي الاجماع على بطلان بيع الطير في الهواء (٣) .

الظاهرية :

ذهب ابن حزم الى جواز بيع الطير في الهواء اذا صح الملك عليه قبل ذلك وان لم يكن له ملك فلا يحل بيعه ، اذ أن كل ما لم يملك بعد فليس أحد أولى به من أحد فمن باعه قائماً باع ما ليس له فيه حتى فهو أكل مال بالباطل ، وكل ما ملكه المرء فحكمه فيه نافذ بالنص ان شاء وهبه وان شاء باعه وان شاء أمسكه ، ولا فرق بين الصيد من الطير ومن النحل ومن ذوات الأربع وكل من ملك من هذا فهو مال من مال مالكة بلا خلاف من أحد ، وعلى ذلك يقول ابن حزم : (فمن ادعى سقوط الملك عنه بتوحيشه فقد قال الباطل وأحل حراماً بغير دليل لا من قرآن ولا من سنة ولا من رواية سقيمة ، ولا من قول صاحب ولا من قياس ولا من تورع ولا من رأي يعقل) (٤) .

وأرى أن بيع الآبق وبيع الطير في الهواء باطلان لقوة أدلة الجمهور وخاصة ما يتعلق بعدم القدرة على التسليم اذ أنه بيع يشبه بيع المعدوم وبيع المعدوم باطل للفرق والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) مفتاح الكرامة للعالمي ٤ : ٢٢٢ .

(٢) التاج المذهب لأحكام المذهب ٢ : ٣٤٣ وشرح الأزهار ٣ : ٣٤ .

(٣) الروض النضير شرح مجموع الفتاوى الكبير ٣ : ٢٤٥ .

(٤) المغلي لابن حزم ٨ : ٣٨٨ .

المطلب الثالث

بيع السمك في الماء

إذا كان السمك قبل أن يصاد فهو بيع باطل بالانفاق لأنه بيع ما لم يملكه الانسان أي أنه معدوم بالنسبة اليه ، أما إذا كان السمك بعد اصطياده ووضع بالماء فهذا الذي مدار بحثنا عليه فقد كرهه كل من الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور (١) .

ويروى عن عمر بن عبدالعزيز وابن أبي ليلى أنها أجازا بيع السمك في بركة عظيمة وان احتيج في أخذه الى مؤنة كثيرة (٢) لأنه يقدر على تسليمه ظاهرا أشبه ما يحتاج الى مؤنة في كياله ووزنه ونقله (٣) .

وعن أبي الزناد قال : كتبت الى عمر بن عبد العزيز في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق : أنوجرها ؟ فكتب أن افعلوا .

قال : وحدثنا أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه عن حماد قال : طلبت الى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب الى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام فكتب اليه عمر : أن لا بأس به وسماه الحبس (٤) .

أما ابن أبي ليلى : اذا كان قد أخذه ثم أرسله في الأجم فبيعه جائز ، لأن بارساله

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٢ .

(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١٦٢ والميزان ٢ : ٦٥ .

(٣) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٢ .

(٤) الخراج لابي يوسف ٨٧ .

لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخذه الا بالصيد (١) .

الحنفية :

وذهب الحنفية الى أن بيع السمك اذا كان بحظيرة ولا يؤخذ الا بصيد لم يجز بيعه لكونه غير مقدور التسليم وذلك اذا أخذه ثم ألقاه فيها ، أما لو كان يؤخذ من غير حيلة جاز بيعه الا اذا اجتمع السمك فيها من تلقاء نفسه ولم يسد عليه المدخل فلا يجوز لعدم الملك .

أما اذا كانت الحظيرة صغيرة يمكن أخذه بغير حيلة جاز بيعه وللمشتري خيار الرؤية بعد التسليم ولا عبء لرؤيته في داخل الماء لتفاوته ، وكذلك اذا دخل السمك بحظيرة هيأها له كان له بيعه على التفصيل ، أما اذا دخل والحظيرة لم تكن من تهيئته لم يملكه سواء أمكنه أخذه من غير حيلة أو لعدم الاضرار (٢) .

المالكية :

ذهبت المالكية الى أن بيع ما في الأنهار والبرك من الحيتان لا يجوز لكثرة الغرر لعدم القدرة على تسليمها وتسليمها الا اذا كان السمك في محل محصور كبركة صغيرة بحيث يتوصل الى معرفة ما فيها ويقدر على تناولها والا لم يجز .

ولا يجوز على المعتمد من المذهب أن يبيع صاحب الأرض من الاصطياد منها الا في حالة واحدة وهي :

أن يكون اصطياد الغير يضر صاحب الأرض كأن تكون البركة في وسط زرع صاحب الأرض (٣) .

-
- (١) قال السرخسي رداً على ابن أبي ليلى : ان كان قد اخذ ثم ارسله فهو آبق في الماء فبيعه كبيع الآبق وانه لا يقدر على تسليمه الا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطياد فكان هذا بمعنى انه باع السمك قبل ان يملك وبيعه باطل بالاتفاق : المسبوط ١٣ : ١١ ، ١٢ .
- (٢) البحر الرائق ٦ : ٧٩ وفتح القدير ٥ : ١٩١ والزيلعي ٤ : ٤٥ والحراج لأبي يوسف ٨٧ وابن عابدين ٦٠ - ٦١ وكتاب المعاملات لأحمد إبراهيم ٢٥٩ والمسبوط ١٣ : ١٢ .
- (٣) الفواكه الدواني ٢ : ١٣٧ وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٥ .

علة المنع :

للغرر فيه من وجهين عدم التسليم وكونه بقل ويكثر (١).

الشافعية :

وذهبت الشافعية الى أن يبيع السمك اذا كان في بحر ولم يكن محرزاً في بركة أو حوض لم يجز بيعه لمعنيين : الأول : عدم ملكه . والثاني : تعذر تسليمه .

أما اذا كان السمك في بركة أو حوض وحظر عليه حتى لا يقدر على الخروج لم يدخل حال السمك من أحد أمرين :

١ - إما أن يكون مشاهداً لقلّة الماء وصفائه .

أ (فان كان السمك يمكن أخذه بغير آلة جاز بيعه للقدرة عليه .

ب (وان كان لا يمكن أخذه الا بآلة ولا يقدر على صيده الا بشبكة فيبيعه لا يجوز لأنه لم يحصل بعد على القدرة .

٢ - وإما أن يكون غير مشاهد وبهذه الحالة يكون بيعه باطلاً .

وغلط بعض أصحاب الشافعية فجعله كالعين الغائبة قد يمكن صفتها لتقدم مشاهدة البائع لها، وهذا فيما اذا بيعت لخيار الرؤية وهذا غلط لأن العين الغائبة يتقدم مشاهدتها بيئاً لا يمكن صفة السمك ولا يعلم قلته ولا كثرته ولا جودته ولا رداءته (٢).

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى أن يبيع السمك في الماء لايجوز الا اذا اجتمعت فيه ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون السمك مملوكاً .

الثاني : أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته وفي هذه الحالة كالشافعية .

الثالث : أن يمكن اصطياده وامساكه .

(١) كفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٦ .

(٢) الحاوي للماوردي ٦ : ٢٠٠، ١٩٠ والواضح النبيه ٥ : ٥٣ والمهذب ١ : ٢٧٠؛ والمجموع ٩ : ٣١١.

فان اجتمعت هذه الشروط الثلاثة جاز بيعه لأنه مملوك معلوم مقدور على تسليمه
وان اختلف شرط أو شرطان أو الثلاثة لم يجز بيعه لما اختلف من الشروط .
فان كان في بركة يمكن اصطياده بعير كلفة جاز وان لم يمكن الا بمشقة وكلفة يسيرة
كذلك .

وأن كان بكلفة كثيرة وتتناول المسدة في امساكه لم يجز بيعه للعجز عن التسليم
والجهل بوقت امكان التسليم (١) .

الإمامية :

ودهبت الامامية بأن بيع السمك في الماء لا يجوز الا بثلاثة شروط كالحنابلة كونه
مملوكاً وكون الماء رقيقاً لا يمنع المشاهدة وامكان صيده ونقل الشهيد في حواشيه أنه زاد
شرطاً رابعاً : وهو أن يكون مما يباع صنفه عدداً .

واذا كان السمك في بركة كبيرة واحتيج في أخذه الى تعب شديد ، فالأقوى
الصحة ، واذا كان الماء كدرأً بطل البيع ، الا أن بعضهم قال : اذا كان الماء كثيراً
صافياً والسمك مشاهداً الا أنه لا يمكن أخذه لا يصح بيعه ، الا أن ينضم اليه شيء واذا
أنضم اليه شيء آخر صح اجماعاً .

والدليل على جوازه مع الشروط الثلاثة عموم أدلة الوفاء بالعقود ولا غرر ولا
سفه (٢) .

الزيدية :

اذا كان السمك في الماء يؤخذ بغير صيد كأن يكون في بركة صغيرة في داره فالبيع

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٥٢ .

(٢) مفتاح الكرامة للعالمى ٤ : ٢٢٢ ، ٢٢٣ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ : ٢٨٨

وشرائع الاسلام ١٦٨ .

جاز لارتفاع الغرر بذلك (١) ويكون للمشتري خيار الرؤية لأن الرؤية في الماء للمسك غير صحيحة (٢) .

أما ان كان لا يؤخذ الا بصيد فلا يجوز لكونه غير مملوك ولا مقدور عليه وقد ورد النهي عن بيع ما ليس للبائع فيكون بيعه كبيع الآبق (٣) .

الإباضية :

وذهب أكثر الإباضية الى منع بيع السمك في البرك ومسا بينى بنحو قصب ليدخله الماء والسمك سواء جرىء بالحوث في الشبكة ويطرح في البركة ليبقى حياً أم أن السمك يجيء الى البركة ، وذلك للجهل به وهو في الماء اذا لا يتبين فيه ولأنه قد لا يملك بقبضه لامتناعه بالماء فصار غير مقدور التسليم (٤) .

الظاهرية :

لقد أجرى ابن حزم بيع السمك مجرى بيع العبد الآبق والطيور في الهواء من جواز بيعه على أنه مال من مال من مالكة بلا خلاف من أحد (٥) .

أدلة من منع بيع السمك :

عن ابن مسعود : (أن النبي ﷺ قال « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » رواه أحمد (٦) .

(١) الروض النضير ٣ : ٢٨٥ .

(٢) شرائع الأزهار ٣ : ٣٤ ، ٣٥ .

(٣) الروض النضير ٣ : ٢٨٥ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٧٣ .

(٥) المحلى لابن حزم ٨ : ٣٨٨ وانظر موضعه من كتابنا . في بيع الآبق والطيور في الهواء .

(٦) نيل الأوطار ٥ : ١٥٦ .

المطلب الرابع بيع المغصوب

لا خلاف بين الفقهاء أن بيع المغصوب من الغاصب جائز (١) وذلك لأن من شروط المبيع أن يكون مقدوراً على تسليمه ، والمغصوب انما هو بيد الغاصب ، فالتسليم حاصل بالفعل سواء وجد المغصوب بعد العقد ، أو هلك بعد العقد ، وقبل القبض ، وقبل المغصوب قبض ضمان إما بالقيمة واما بالمثل وعلى ذلك فلا غرر في بيعه .
أما بيع المغصوب من غير الغاصب ففيه مذاهب :

الحنفية :

ان بيع المغصوب من غير الغاصب موقوف فاذا جحد الغاصب المغصوب ولم يكن للمغصوب منه بينه لم يجر البيع ، لأنه غير مقدور على تسليمه للعاقدا الآخر ، ولأن الملكية تعتبر ناقصة في حق البائع والبيع انما يدور حول ما يملك .
أما اذا أقر الغاصب فان سلمه اليه تم البيع وان لم يسلمه اليه انتقض البيع ، لأن تام البيع انما يدور على القدرة على التسليم أو عدمها ، وصار كما لو كان المبيع في يد البائع وهلك قبل القبض فالضمان على البائع فقط .

ومثل المغصوب بيع الرهن من قبل الراهن وامتناع المرتهن من التسليم فالبائع غير جائز وهو موقوف ، لأن الراهن عاجز عن التسليم باعتبار حق المرتهن ثابت في الحبس (٢) .

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ ، ١٤٨ ، والمهذب ١ : ٢٧٠ والعدوي على كفاية الطالب الرباني ٢ : ١١١ الا ان المالكية اشترطوا بان يعلم ان الغاصب عزم على رده لربه عدوي ٢ : ١١١ ، ومطالب اولي النهي ٣ : ٢٦ وزادت الحنابلة (الذي لم يقصد بقبضه الاستيلاء عليه حتى يبيعه له ربه لانقضاء الغرر) .

(٢) المسبوط للمرخي ١٣ : ١١ والاصل ٩٢ ، ٩٣ والدرر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧٧ .

ويُفرق الكاساني بين بيع المَغصوب من غير صاحبه وبين العبد الآبق بعده بيعة قبل القبض ، أنه لا يفسخ العقد في الآبق ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة عند العقد ثم زالت على وجه يشمل عودها وبهذا يقع الشك في زوال العقد المنعقد بيقين والثابت باليقين لا يزول بالشك .

أما بيع المَغصوب من غير الغاصب فإنه يتعقد موقوفاً على التسليم ، لأن القدرة على التسليم للعاقِد شرط انعقاد العقد والعجز عن التسليم ثابت حال العقد وحصول القدرة على التسليم بعد العقد شك ، واحتمال ، قد يحصل وقد لا يحصل وما لم يكن منعقداً بيقين لا يتعقد وما لم يكن ثابتاً بيقين لا يثبت بالشك (١) .

أما الفرق بين بيع المَغصوب من غير غاصبه وبيع الآبق المطلق قبل القدرة على التسليم باعتبار ان كلا منهما معجوز التسليم ، فقد ذكرنا أن بيع الآبق يقع باطلاً وبيع المَغصوب من غير غاصبه يقع منعقداً موقوفاً ، فالكاساني يجب على هذا التفريق أيضاً وذلك بأن المالك قادر على تسليم المَغصوب بقدرة القاضي وجماعة المسامحة إلا أن العقد لم يتعقد للحال لقيام يد الغاصب من ناحية الصورة فإذا سلم المَغصوب زال المانع فينفذ .

أما الآبق فهو معجوز التسليم على الإطلاق أو لا تصل إليه يد أحد لأنه لا يعرف مكانه فكان العجز متقراً والقدرة محتملة موهومة فلا يتعقد مع الاحتمال (٢) .

المالكية :

وذهبت المالكية الى أن بيع المَغصوب من غير غاصبه إذا كان الغاصب ممتنعاً من دفعه لا يجوز ولا تأخذه الاحكام مقراً أو غير مقراً أو كان غاصبه منكراً وتأخذه الاحكام وعليه بينة بالغصب ، ولأنه شراء فيه خصومة والمشهور منعه (٣) ولأنه لا يقدر على تسليمه .

أما لو كان مقراً بالغصب مقدوراً عليه فإنه جائز باتفاق «اذ لا عجز من الجانبين» (٤) لأنه في هذه الحالة القدرة على التسليم متحققة اما بتسليم الغاصب برضاء نفسه أو باجبار

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٤٧ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) الحرشي على خليل ٥ : ١٦ ، ١٧ والعُدوي على كفاية الطالب الرباني لأبي زيد القيرواني ٢ :

١١٠ ، ١١١ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١١ .

(٤) الحرشي ٥ : ١٧ .

التضامن على التسليم .

الشفاعة :

وذهب الشافعية الى أن بيع المصنوب من غير غاصبه ينظر : ان قدر البائع على أخذه وتسليمه صح البيع كما يصح بيع الوديعة والغارية .

وان عجز عن تسليمه ان باعه لمن لا يقدر على انتزاعه من الغاصب لم يصح قطعاً ، وان باعه ممن هو قادر على انتزاعه فوجهان :
أصحها : أنه يصح وللمشتري الخيار على المذهب .

والثاني : أنه لا يصح لأنه قد لا يقدر على انتزاعه لضعف عرض أو لقوة عرضت للغاصب حتى الرافي وجه آخر : أن المشتري لا خيار له :

وان كان المشتري جاهلاً حال العقد بكونه مغصوباً فله الخيار بلا خلاف (١) .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة الى أن بيع المصنوب لا يصح الا اذا كان قادراً على أخذه أو باعه من غاصبه الذي لم يقصد بغصبه الاستيلاء عليه حتى يبيعه له ربه لانتفاء الغرر وللمشتري الذي كان قادراً على الأخذ حين العقد الفسخ ان عجز عن تحصيل المصنوب لتأخير التسليم (٢) فالشافعية والحنابلة اتفقا على اشتراط قدرة المشتري على التسليم فقط وان كان البائع عاجزاً عن التسليم .

الامامية :

وذهب الامامية الى أن بيع المصنوب اذا تعذر تسليمه لا يصح فلو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالاقرب الجواز .

ولا خلاف عند الامامية في عدم صحة بيع المصنوب ومع تعذر تسليمه وتسلمه من

(١) الواضح النبيه شرح التنبيه ٥ : ٥٣ ونهاية المحتاج ٣ : ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، والمجموع ٩ : ٣١٢ .

(٢) كشاف القناع ٣ : ١٦٢ ومطالب اولي النهي ٣ : ٢٦ والكافي ٢ : ١١ والمهذب ١ : ٢٧٠ ،

ومغني المحتاج ٢ : ١٣ والرجيز : ٨٠ واعانة الطالبين ٣ : ١١ .

المشتري وجهل المشتري ، أما اذا كان البائع ممن يقدر على استرداده وتسليمه فإن البيع يصح قياساً على بيع الوديعه . وكذلك يصح البيع اذا قدر المشتري على انتزاعه دون البائع لوجود المقتضى وهو العقد وحصول المطلوب وهو تسليم المشتري المبيع فيكون الشرط امكان تسليم البائع أو تسليم المشتري المبيع عادة في الجملة (١) .

الرأي المختار :

ان بيع الموصوب لغير الغاصب جائز اذا كان الموصوب منه قادراً على استرداده ، سواء كان برد الغاصب له أو بواسطة القضاء ، وبيع الموصوب من الغاصب نفسه جائز كذلك لتحقق التسليم فعلاً وأما بيعه لغير غاصبه ولا توجد قوة تستطيع رده كأن يكون جاحداً غصبه ولا بينه فلا يجوز بيعه ويكون بيعه غرراً اذ هو أكل مال بالباطل والله سبحانه وتعالى اعلم .

(١) مفتاح الكرامة للعاملين ٤ : ٢٧٠ ، ٢٧١ .

المطلب الخامس

بيع الدين

والمراد ببيع الدين : بيع الدين بثله وقد قسموه الى ثلاثة أقسام :

- أ - فسخ الدين بالدين .
- ب - بيع الدين بالدين .
- ج - ابتداء الدين بالدين (١) .

الأول : فسخ الدين بالدين :

وهذا النوع أشد الأنواع حرمة لأنه ربا الجاهلية اذ كان رب الدين يقول لمدينه : اما ان تقضي ديني واما ان تقربي لي فيه (٢) كما لو كان الدين عشرة دنانير ففسخها في خمسة عشر يتأخر قبضها . أو أخذ منه في الدين شيئاً ثم رده اليه بشيء مؤخر من غير جنس الدين أو من جنسه وهو أكثر منه أو قضاؤه دينه ثم رده له سلماً (٣) .

والمعنى : أن يفسخ ما في ذمة مدينه في أكثر من جنسه الى أجل أو يفسخ ما في ذمته في غير جنسه الى أجل . أما لو أخرج الدين أو حط منه شيئاً فليس من ذلك بل هو سلف أو مع حطيطه ولا يدخل في قوله فسخ الدين لأن تأخير ما في الذمة أو بعضه ليس فسخاً . وإنما حقيقة الفسخ هو الانتقال عما في الذمة الى غيره (٤) .

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦١ ، وجواهر الاكليل ٢ : ٢٣ .

(٢) جواهر الاكليل ٢ : ٢٣ والحارثي ٥ : ٧٦ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٢ .

(٤) الحارثي ٥ : ٧٦ .

الثاني : بيع الدين بالدين :

أي ولا يجوز بيع الدين ولو حالا بدين لغير من هو عليه ، لأن بيع الدين لمن هو عليه لا يكون من باب بيع الدين بالدين ، وإنما هو من فسخ الدين بالدين ويشترط في بيع الدين بالدين من تقدم عمارة الذمتين أو احدهما .

ويتصور هذا في ثلاثة : كمن له دين على شخص فيبيع هذا الدين من ثالث .

ويتصور الأول في أربعة : كمن له دين على انسان ولثالث دين على رابع فيبيع كل ما يملك من الدين بما لصاحبه من الدين . ولا يتصور بيع الدين بالدين في أقل من ثلاثة (١) .

وهذا النوع لا يتمتع ببيعه لغير من هو عليه بمعين يتأخر قبضه سواء كان هذا العين عقارا أو غيره ، مثال ذلك مالو كان لزيد دين على عمرو فيجوز لزيد بيعه لخالد بمعين يتأخر قبضه ، أو يبيعه بمنافع معينة (٢) .

الثالث : ابتداء الدين بالدين :

وهو أن كلا من المتعاقدين أشغل ذمة صاحبه بدين له عليه ومثل له بتأخير رأس مال السلم ولذلك لا يجوز تأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام لما فيه من ابتداء الدين بالدين ، لأن الذمة لا تعمرا عند المعاقدة (٣) وهذا النوع أخف من بيع الدين بالدين (٤) لاغتفار التأخير فيه ثلاثة أيام .

بيع الدين بالتقدي :

هذا النوع لا يخلو اما أن يكون من عليه الدين ميتا ، أو أن يكون حيا حاضرا ، أو أن يكون حيا غائبا (٥) والدين اما أن يباع لمن عليه الدين ، أو يباع لغير من عليه الدين .

(١) الخرشبي ٥ : ٧٧ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٢ ، ٦٣ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ .

(٣) لا تعمر الذمة الا بالعقد .

(٤) الخرشبي ٥ : ٧٧ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٤ .

(٥) جواهر الاكليل ٢ : ٢٤ والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ والخرشبي ٥ : ٧٧ .

بيع الدين من غير من عليه الدين :

الحنفية :

وذهبت الحنفية الى أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وذلك لأن الدين :
اما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمه .

واما ان يكون عبارة عن نقل تملك المال وتسليمه ، وفي كلا الأمرين غير مقدور
التسليم في حق البائع ، حتى لو شرط على المدين التسليم لا يصح البيع ، لأنه شرط فاسد
باعتبار أن هذا الشرط انها يكون على البائع وقد شرط على غيره ويكون البيع بذلك فاسداً (١).
أما يبيعه لمن هو عليه فجائز لأن المانع هو العجز عن التسليم والتسليم في حقه واقع
حقيقه .

وبيع الدين من غير من عليه والشراء بها من غير من عليه ينظر :

اما أن يضاف البيع والشراء الى الدين ، كأن يقول زيد لعمر وبت منك الدين الذي
في ذمة خالد بكذا ، أو يقول زيد لعمر واشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمة
خالد فهذا البيع لا يجوز ، لأن ما في ذمة خالد غير مقدور التسليم في حقه ، بخلاف
البيع والشراء بالدين من الذي عليه الدين ، لأن التسليم حاصل لما في ذمته حتى يجوز العقد
ولو لم يصف العقد الى الدين .

ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز كأن يشتري منه شيئاً بعينه بدينه الذي له في
ذمته لأن المبيع مقدور على تسليمه عند الشراء لأن ذمته في يده (٢) .

المالكية :

وذهبت المالكية الى أن بيع الدين لغير من هو عليه جائز بالشيء الذي يجوز البيع به
من عرض ان كان الدين عيناً أو طعاماً وجاز البيع أيضاً من عين ان كان عرضاً أو طعاماً
اذ هو لا يباع الا بغير جنسه واشتروا لذلك شروطاً تنفي وجود الغرر .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٤٨ .

(٢) المصدر السابق ٥ : ١٨٢ ، ١٨٣ .

الأول : حضور المدين : فلا يجوز البيع مع غيبة المدين لأنه لا يدري حاله من فقر أو غنى والتمن يختلف باختلاف حاله فيؤدي الى الجهل .

قال أصبغ في نوازله : بجواز شراء الدين على الغائب .

الثاني : اقرار المدين : فالبيع ممنوع لأنه شراء ما فيه خصومة وان كان ثابتا بيينة .

الثالث : تعجيل الثمن لأنه اذا لم يعجل في الحين كان من بيع الدين بالدين .

الرابع : ليس طعام بيع : فان كان الدين طعاما من بيع لم يجوز لأنه بيع طعام بالطعام معاوضة قبل قبضه وهو ممنوع .

الخامس : يبيعه بغير جنسه : فان بيع بجنسه لم يجوز ، لأن الشأن في الدين أن يباع بأقل فيكون سلفاً بمنفعه ، والحاصل : أنه اذا بيع الدين بجنسه وكان الدين عينا أو طعاماً امتنع البيع مطلقاً ولو بعد حلول الدين لما فيه من ربا الفضل والنساء أو ربا النساء فقط ، وكذلك ان كان الدين عرضاً ان بيع بأقل قدراً أو صفة ، لأن الشيء في مثله قرض فهو سلف بمنفعة ، وان يبيع بأكثر قدراً أو صفة وكان القرض من سلف فكذلك أيضاً .

السادس : أن لا يكون المشتري عدوا للمدين .

السابع : أن لا يقصد بالشراء اعناته وضرره والا رد بيعه ، واذا رد الشراء فيرجع المشتري على البائع بما دفعه له وان هلك في يده رد له عوضه . وان تعذر رده لغيبه البائع أقام الحاكم من يقبض من الدين ويدفع للمشتري . (٢)

الشافعية :

وذهب الشيرازي من الشافعية الى تفصيل جميل في بيع الدين وذلك : ان كان المالك عليها مستقراً كغرامة التلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض ، لأن ملكه مستقر عليه كالبيع بعد القبض .

(١) البيهجة في شرح النخبة ٢ : ٤٧ ، وحلي المعاصم عليه والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٦٣ والحارثي ٥ : ٧٧ ، ٧٨ وجواهر الاكليل ٢ : ٢٤ .

أما إذا كان الدين يباع من غير من عليه فقيه وجهان :

أحدهما : يجوز بيعة باعتبار ان ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة .

الثاني : لا يجوز بيعة لعدم القدرة على تسليمه لأنه ربما منعه أو جمده ، وذلك غير لا حاجة به اليه ، والرأي الأول أظهر ، لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه اليه من غير منع ولا جحود . وإن كان الدين غير مستقر نظرت :

فإن كان الدين مسلماً فيه لم يجز بيعه لما روي أن ابن عباس رضي الله عنه سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال : آخذ منك مقام كل حلل من الدقاق حلتين من الجبل فكرهه ابن عباس وقال : خذ برأس المال غنماً أو علفاً ، ولأن الملك في المسام فيه غير مستقر لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز .

وإن كان ثمناً في بيع فقيه قولان :

١ - يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال : كنت أبيع الإبل بالبيع بالدنانير فأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم فأخذ الدنانير فقال رسول الله ﷺ : (لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شيء) . ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالبيع بعد القبض .

٢ - لا يجوز بيعة ، لأن ملكه غير مستقر عليه لأنه قد ينفسخ البيع فيه بثلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز و صار كالمبيع قبل القبض روى ذلك المزني في جامعه الكبير (١) .

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة إلى أن يبيع الدين بالدين لا يجوز وذلك بالاجماع . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن يبيع الدين بالدين لا يجوز . وقال أحمد إنما هو اجماع .

ويجوز اقتضاء أحد التقديدين من الآخر في قول أهل العلم ، ومنع منه ابن عباس وأبو ساه بن عبد الرحمن وابن شبرمه وروي ذلك عن ابن مسعود ، وهذا يوافق رأي الشافعية في القول الأول فيما إذا كان الدين ثمناً في بيع .

أما إذا كان المقضي الذي في الذمة مؤجلاً فقد توقف أحمد فيه .

(١) المهذب للشيرازي ١ : ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ونهاية المحتاج للرملي ٤ : ٩٠ .

قال القاضي : يحتمل وجهين :

أحدهما : المنع لأن ما في الذمة لا يستحق قبضه فكان القبض ناجزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطاً من الثمن .

الثاني : الجواز ، لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضي بتعجيل المؤجل والصحيح الجواز إذا قضاها بسعر يومها ، ولم يجعل للمقضي فضلاً لأجل تأجيل ما في الذمة لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض فكأنه قضاء من جنس الدين (١) .

أما ابن تيمية فقال : ان يبيع ما هو ثابت في الذمة ليسقط بما هو في الذمة ، ليس في تحريمه نص ولا اجراع ولا قياس ، فإن كلا منها اشترى ما في ذمته ، وهو مقبوض له بما في ذمة الآخر كالودعة عند الآخر . واشتراها بوديعة عند الآخر . وهذا أولى بالجواز من شراء ما في ذمة الغير . ولهذا كان الجواز في هذا خلاف مفسدة بيع الدين بالدين فان ذلك منع منه لثلاث تبقى ذمة كل منها مشغولة بغير فائدة حصلت لا له ولا للآخر . ومعلوم أن المقصود من العقود القبض فهو عقد لم يحصل به مقصود أصلاً بل هو التزام بلا فائدة ، وهنا حصلت بالبيع براءة كل منها وهي ضد ما يحصل ببيع الدين بالدين (٢) .

الشيعة الإمامية :

وذابت الإمامية أن يبيع الدين بالدين سواء كان مؤجلاً أم لا حرام . وفي رواية أخرى : لا تبعه نسيئة وأما نقداً فليبعه بما شاء ، ولو باعه الدين بعد حلوله بما هو حاضر مشخص بنحو الإشارة صحح بلا خلاف ، وكذلك يصحح إن باعه بمضمون حال .

وحجة من قال بالكراهة : أن الدين الممنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً ، والمضمون عند العقد ليس بدين ، وإنما يصير ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين بالدين ولأنه يلزم مثله في بيعه بحال ولم يلتزمه (٣) .
وكذلك منعت الإباضية بيع الدين بالدين (٤) .

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ٢٣٥ .

(٣) مفتاح الكرامة للعاملي ٤ : ٤٣٥ .

(٤) شرح الثيل ٤ : ٤٢١ .

الرأي المختار :

وأرى أن بيع الدين بالدين إن لم يكن هناك شبهة ربا فلا أرى بأساً بذلك ، وليس معنى ذلك أنني خرجت على جميع آراء الفقهاء ، فعاد الله أن يكون ذلك مني إلا أن بيع الدين بالدين في نظر التجار أمر سائع وتسهيل عليهم ، ومن جهة ثانية أن دعوى أحمد بن حنبل الاجماع إنما يكون في مثل أن يسلف إليه شيئاً مؤجلاً في شيء مؤجل ، وهذا فعلاً لا يجوز بالاجماع .

ومن جهة ثالثة : كون الفقهاء استندوا الى حديث (نهى عن بيع الكالء بالكالء) أي المؤخر وهو بيع الدين بالدين ، هذا الحديث لم يرو عن النبي ﷺ لا باسناد صحيح ولا ضعيف وانما روي في حديث منقطع ، والمنقطع لا يحتج به وأسأل الله السلامة ان كنت خالفت المسلمين فيه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

بيع الدين في القانون :

تنص المادة (٣٠٣) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

(لا يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين) . (١)

فحوالة الحق في القانون يقابل بيع الدين والحوالة عن الحق في القانون المدني من مادة (٣٠٣) إلى مادة (٣١٤) ، فالمادة (٣٠٣) تجيز تحويل الدين الى أي شخص آخر ما لم يحل دون ذلك نص من القانون ، أو اتفاق المتعاقدين ، أو أن الالتزام من طبيعته لا يقبل الحوالة ولا تحتاج الحوالة الى رضاء المدين .

فالحق الشخصي أيما كان محله ، قابل في الأصل للحوالة به من دائته الأصلي الى دائن جديد . سواء كان الحق مبلغاً من النقود وهو الغالب ، أو أن يكون محل الحق أشياء مثليه غير النقود ، أو أن يكون محل العقد عيناً معينه بالذات بشرط أن يكون الحق شخصياً لا عينياً ، مثال ذلك : الوعد ببيع دار ، فإن هذا الوعد يجعل للموعد له حقاً شخصياً قبل الواعد متعلقاً بهذه الدار ، فإن الموعد له يجوز له أن يتنازل عن هذا الحق لشخص آخر . وكذلك يجوز أن يكون محل الحق عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فيجوز للمستأجر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ١١١ - ١١٤ .

أن ينتفع من العين المؤجره اذا كان دائماً للمؤجر بأن يتنازل عن حقه الى شخص آخر .
ويستثنى من المادة (٣٠٣) أن الحق الشخصي يكون غير قابل للحوالة إذا كانت طبيعته تستعصي على الانتقال من دائن الى دائن ، ويكون أيضاً غير قابل للحوالة : اذا نص القانون على عدم قابليته للحوالة ، ويعتبر النص على عدم قابلية الحق للحجز نصاً على عدم قابليته للحوالة بحكم المادة (٣٠٤) وكذلك اذا اتفق المتعاقدان على أن الحق لا يجوز تحويله .

ويستثنى أيضاً إذا كانت طبيعة الحق متصلة اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن فلا يمكن أن ينزل عنه إلى شخص آخر كحق الدائن في النفقة وحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به ما دام لم يتحدد التعويض بمقتضى اتفاق أو مطالب به الدائن أمام القضاء .
ويستثنى أيضاً بأنه قد يتفق المتعاقدان الدائن والمدين ، على أنه لا يجوز للدائن حوالة الحق الذي في ذمة المدين ، أو على أن الحوالة لا تجوز إلا برضاء المدين (١) .

المطلب السادس

بيع ما لا يملكه الانسان

وقد اختلف الفقهاء فيه :

فالحنفية :

قال الكاساني : المراد ببيع ما ليس عند الانسان : (بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق الثيابة عن مالكة أو بيع شيء مباح على أن يستولي عليه فيملكه فيسلمه) ، وذلك لأن بيع ما ليس عند الانسان بطريق الأصالة عن نفسه تملك ما لا يملكه وهو محال ، لأن شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون المبيع مملوكاً عند البيع فان لم يكن مملوكاً فلا يتعقد ، وان ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة (١) .

والسرخسي قال : (ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين) وعلى هذا عند الحنفية أن البائع إذا لم ير المبيع قط بأن ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية فالبيع جائز واختلفوا في ثبوت الخيار له :

فأبو حنيفة رضي الله تعالى عنه له روايتان :

الرواية الاولى : له الخيار ثم رجع وقال لا خيار له وهي الرواية الثانية .

وحجتهم في الجواز : ما روي ان عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة رضي الله تعالى عنه فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال الخيار لي لأنني اشتريت ما لم أره فذكر ذلك لعثمان رضي الله عنه فقال لي الخيار لأنني بعته ما لم أره

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ١٤٦ ، ١٤٧ ، ٢٣٥ ، ١٦٣ .

فحكما جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه في ذلك ففرض بالخيار لطلحة ومن أجل هذا الحديث رجع أبو حنيفة عن الرواية الأولى إلى الرواية الثانية (١) .

والبارتي من الحنفية قال : والمراد ببيع ما ليس عند الإنسان (ما ليس بمبرئ للمشتري) وكذلك الكمال بن الهمام قال . (المراد منه ما ليس في الملك اتفاقاً لا ما ليس في حضرتك) (٢) .

فتفسير البارتي يوافق تفسير السرخسي وتفسير الكمال بن الهمام .

والخلاصة : عند الحنفية أن بيع ما ليس عند الإنسان هو بيع ما ليس في ملكه وهو باطل لفقدان شرط البيع وهو أن يكون المبيع مملوكاً للبائع .

المالكية :

وذهبت المالكية إلى أن بيع ما ليس عند الإنسان حرام لا يجوز على شرط أن يكون التقدير (عليك يا بائع الشيء الذي بعته والحال أنه ليس عندك حالا أي معجلاً) فإن وقع العقد على مثل هذا فسخ العقد وذلك لأن الأصل فيما لا يجوز الفساد ، وترد السلعة إن كانت قائمة (٣) .

وقد صور الباجي أن يبيع ما ليس عند الإنسان ممنوع بقوله : (يجب أن يكون معيناً ويكون في ملكه فإن لم يكن في ملكه فكان معيناً لم يصح لما فيه من الغرر لأنه لا يمكنه تخليصه وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكنه تسليمه وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه ، ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق والجمل الشارد والطارئ في الهواء والسماك في البحر وغير ذلك مما لا يمكن تسليمه) (٤) .

وقيد بعض الشيوخ قول المصنف ولا يجوز بيع ما ليس عندك بها إذا لم يكن يغلب وجوده عند البائع ، أما إذا كان يغلب وجوده عند البائع فإنه يجوز أن يشتريه منه على الحلول اجراء له مجرى القبض وليس سلباً كالشراء من دائم العمل كالخباز واللحام بشرط

(١) المسوط ١٣ : ٧٠ ، ٧١ ، وبدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ .

(٢) العناية بهامش فتح القدير ، وفتح القدير ٥ : ١٣٨ والمدخل للفقهاء الإسلاميين محمد مذكور : ٦٦٤ .

(٣) الفواكه الدواني ٢ : ١٤٨ .

(٤) المنتقى للباجي ٤ : ٢٨٦ .

وجوده عنده بأن يشرع قبل مجاوزة خمسة عشر يوماً من يوم العقد (١) .

الشافعية :

اختلف الاصحاب من الشافعية في بيع ما ليس عند الانسان فقال بعضهم : أراد به أن يبيع الرجل سلعة لا يملكها بيعاً عن نفسه لا عن مالكها ثم يمضي فيبتاعها ويدفعها الى مشتريها وهذا بيع باطل لا أعلم فيه خلافاً . وعلل الشيرازي أن بيع ما لا يملكه بأنه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء (٢) .

وقال آخرون : ان مراد الشافعي رضي الله تعالى عنه بقوله : ومن يبيع الغرر عندنا بيع ما ليس عندك بيع العين الغائبة على خيار الرؤية فإن أصح القولين من مذهبه بطلان البيع فيها لنتيجه عليه السلام عن بيع الغرر وبيع العين الغائبة غرر (٣) .

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى أن بيع ما لا يملكه الانسان لا يصح إلا اذا كان موصوفاً بصفات

السلم (٤) .

وابن القيم الجوزية يعتبر هذا البيع من قسم يشبه القمار ، لأنه إذا باعه شيئاً معيناً وليس في ملكه ثم مضى ليشتريه ويسلمه له كان متردداً بين الحصول وعدمه فكان غرراً يشبه القمار فنهى عنه ، أو لأنه قد قصد على هذا لما باعه ما ليس عنده والمشتري لا يعلم أنه يبيعه ثم يشتري من غيره وأكثر الناس لو علموا ذلك لم يشتروا منه بل يذهبون ويشترون من حيث اشتري هو ، وليست هذه المخاطرة مخاطرة التجارة بل مخاطرة المستعجل بالبيع مثل القدرة على التسليم ، فاذا اشتري التاجر السلعة وصارت عنده ملكاً وقبضاً فحينئذ دخل خطر التجارة وباع بيع التجارة كما أحله الله بقوله (وَلَا تَسْأَلُوا أَمْوَالَكُم مِّنْ بَيْنِكُمْ بِالْأَسْطِطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِتِجَارَةٍ عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) والله أعلم (٥) .

(١) الفواكه الدراني ٢ : ١٤٨ .

(٢) المهذب للشيرازي ١ : ٢٦٩ .

(٣) الحاوي للهاوردي ٦ : ١٧ .

(٤) مطالب أولي النهي ٣ : ٢٠ وكشاف التناع ٣ : ١٥٧ .

(٥) زاد المعاد ٤ : ٢٦٢ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ .

الزيدية :

فقال الامام : (هو أن تبيع السلعة ثم تشتريها بعد ذلك لتدفعها الى الذي بعتهما اياه) (١) .

وحكم بيع ما ليس عندك أنه لا يصح ، لأن المبيع غير متعين واعتبروه من باب بيع المعدوم ، واستدلوا أيضاً بحديث حكيم بن حزام إلا في السم ، لترخيص النبي ﷺ ولضبطه بالوصف (٢) .

والذي يظهر أن المراد من بيع ما ليس عندك : ما ليس في ملكك وقدرتك وما ليس حاضرا عندك ولا غائباً في ملكك وتحت حوزتك (٣) .

والذي أراه أن بيع ما ليس عند الانسان لا يجوز حالاً كان أو مؤجلاً ما لم يكن من أموال السلم (مثلياً) .

بيع الاستيراد في زماننا :

إن عرف التجار في زماننا يقضي بأن يحتكر زمرة من التجار استيراد السيارات والبضائع وحاجيات البلاد ، والتجار الصغار لم يكن لهم هذا الامتياز بالاستيراد فيشترون منهم البضائع قبل وصولها فهل هذا البيع يكون تحت هذا النهي أم يكون خارجاً عنه ؟ .

الواقع أن حكيم كان يتفاوض مع العاقد الآخر على أن يأتي له بالمبيع في الحال فأ نصب النهي على ذلك ، أما هذا فلا يندرج تحت هذا النهي وانما يدخل تحت تأجيل المبيع وتطبيق عليه أحكامه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) الروض النضر شرح مجموع الفتاوى الكبير ٣ : ٢٤٣ .

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩١ .

(٣) وقال البغوي : النهي في هذا الحديث وارد عن بيع الاعيان التي لا يملكها ، اما بيع شيء موصوف في ذمته فيجوز فيه السلم بشروطه ، فلو باع شيئاً موصوفاً في ذمته عام الوجود عند المحل المشروط في البيع جاز ، وان لم يكن المبيع موجوداً في ملكه حالة العقد كالسلم (الا ان هذا الرأي يتعارض مع حديث حكيم بن حزام الا اذا لا يتأتى ان يكون حكيم بن حزام يبيع اشياء معينة بذاتها ثم يذهب الى السوق ويشترىها . نيل الاوطار ٥ : ١٦٤ ، ١٦٥ .

الأدلة :

وقد تبين من عرض المذاهب في هذه المسألة أنهم على وفاق في الحكم وسندهم على ذلك الاحاديث التالية :

١) عن حكيم بن حزام قال: (قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن المبيع ليس عندي فأبيعه منه ، ثم أبتاعه من السوق فقال : لا تبع ما ليس عندك) (١) .

٢) عن عمار بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ولا بيع ماليس عندك (٢) .

وفي رواية له أيضاً قال : قال رسول الله ﷺ : ليس على رجل بيع فيما لا يملك (٣) .
وفي رواية له أيضاً : أن النبي ﷺ قال : (طلاق الا فيما تملك ولا عتق الا فيما تملك ولا وفاء نذر الا فيما تملك) (٤) .

علة المنع في هذا البيع :

الغرر لأنه باع مالا يقدر على تسليمه فلم يصح فهو كبيع الآبق والسلك في الماء والطيور في الهواء .

بيع ملك الغير في القانون :

تنص المادة (٤٦٦) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ - (اذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع ، ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل) .

(١) رواه الخمسة . واخرجه ابن حبان في صحيحه . وقال الترمذي حسن صحيح وفي بعض طرق هذا الحديث عبد الله بن عصفه قال عند عبد الحق انه ضعيف جدا ونقل عن ابن حزم انه مجهول . قال الحافظ وهو جرح مردود . نيل الاوطار ٥ : ١٦٤ ، والنسائي ٧ : ٢٥٤ .

(٢) سنن النسائي ٧ : ٢٥٤ .

(٣) سنن النسائي ٧ : ٢٥٤ .

(٤) حديث حسن صحيح رواه ابو داود والترمذي وابن مساجه وغيرهم من طرق كثيرة بامانيد حسنه ومجموعها يرتفع عن كونه حسنا ويقتضي أنه صحيح وقسال الترمذي هو حديث حسن وانظر المجموع ٩ : ٢٨٦ .

٢ - (وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد) .

وتنص المادة (٤٦٧) على ما يأتي :

١ - (إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري)

٢ - (وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع الى البائع بعد صدور العقد) .

وتنص المادة (٤٦٨) على ما يأتي :

(إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (١) .

فمن هذه النصوص القانونية نرى أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري .

أما بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل لم يكن يباع ملك الغير ، كما إذا باع شخص مائة أردب من القمح أو باع شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل حتى ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع لأن المبيع لم يعين بذاته .

وكذلك إذا تعهد انسان عن آخر مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر فلا يعتبر بائعاً ملك الغير لأنه انما تعهد عن المالك في أن يبيع فيكون تعهداً عن الغير .

وكذلك إذا علق البائع بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع على شرط أن يملك المبيع ، فان البائع في هذه الحالة لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً وانما علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع وليس هذا بيع ملك الغير .

وكذلك لا يدخل تحت بيع ملك الغير بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط لأنه لم يبيع ملك غيره بل باع ملك نفسه وان كان هذا الملك غير بات ، وكذلك بيع الشيء الشائع وبيع الوارث الظاهر (٢) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ : ١٨٣ - ١٨٤ - ١٨٦ - ١٨٨ .

(٢) الوسيط ٤ : ٢٦٩ - ٢٧٥ .

وبيع ملك الغير في التقنين المصري بيع قابل للإبطال (١) والاستناد سليمان مرقس يرى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة اخل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع ، وهذا مما يتعارض مع نصوص التقنين المدني المصري ، وهي نصوص صريحة واضحة وقاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلانا مطلقا.

(١) انظر النظريات التقليدية لبطلان بيع ملك الغير . الوسيط : ٥ : ٢٧٦ - ٢٧٩ .

المطلب السابع

بيع ما لم يقبض

المراد من القبض وما يشترط فيه :

والقبض يكون بأحد أمرين عند الحنفية :

الأول بالتخليه اذا كان المبيع عقاراً وذلك بأن يخلي البائع بين المشتري وبين المبيع لكي يتمكن من التصرف فيه على الوجه الذي يريده من بيع واجاره وهبة وما أشبه ذلك . لأن القبض ورد به الشرع واطلقه فحمل هذا الاطلاق على العرف (١) .

الثاني : اذا كان المبيع مما ينقل فالقبض يكون بحقيقة القبض أو يكون بالتخليه كما في العقار (٢) الا أن يكون مكيلاً أو موزوناً ونحوهما فان قبضه يكون باستيفاء قدره (٣) .

والمالكية : فعروف عندهم أن العقار يكون بالتخليه وكذلك ان كان المنقول جزافاً ، أما المقدر فاستيفاء قدره ، وان كان المبيع حيواناً أو ثياباً أو دراهم ففرد ذلك عندهم الى العرف (٤) .

والشافعية : ففرد ذلك الى العرف عندهم الا انهم يقسمونه ثلاثة أقسام :

أ - العقار والتمر على الشجره يكون قبضه بالتخليه .

ب - وما ينقل عادة كالاخشاب والحبوب ونحوها فقبضه انما يكون بالنقل الى مكان لا يكون مختصاً بالبائع سواء نقله الى ملك المشتري أو مسجد وهناك رأي آخر

(١) شهاب الدين على الزيلعي ٤ : ٧٩ .

(٢) المصدر السابق ٤ : ٧٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥ : ١٤٩ .

(٤) المنتقى للبايجي ٤ : ٢٧٩ - ٢٨٣ .

لخراسانيين انه يكفي فيه التخلية .

ج - ما يتناول باليد كالكتاب والساعة والإناء وغير ذلك فقبضه بالتناول بلا خلاف (١).

والحنابلة : وقبض كل شي بحسبه . فان كان مكيلا أو موزونا فقبضة بكيله ووزنه وان كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد كالشافعيه وان كان ثيابا فقبضها نقلها وان كان حيوانا فقبضه مشيته من مكانه .

وان كان ممالا ينقل ويحول فقبضه بالتخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه .

وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية : أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار .

والأظهر أن القبض عند الحنابلة كالشافعية مرده الى العرف لأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف والعادة في قبض المبيعات ما ذكرنا (٢) .

والشعية الإماميه القبض عندهم الذي لا ينقل كالعقار بالتخلية وكذا فيما ينقل ، وقيل في القماش هو الامسك باليد وفي الحيوان نقله وبهذا يكون كالشافعية .

والزيدية : لا يفرقون بين المنقول وغير المنقول بالقبض فالكل عندهم انها يكون بالتخلية (٣) .

والاباضية : يختلف القبض في المبيع باختلاف المبيعات .

فالأصول والعروض التي لا توزن ولا تكال ولا تقدر بنحو ذراع . والجزاف أي مبيع الجزاف فالقبض فيهن بمجرد العقد والتخلية بين المبيع والمشتري واحاطة علم بها أي بجملة ما ذكر من الأصول والعروض والجزاف .

أما المكيل فقبضه استيفاء بكيل والموزون يستوفى بوزن ومعدود يقبض بالعد ومذروع بالذرع ، مع التخلية بعد الكيل والوزن والعد والذرع .

(١) المجموع شرح المهذب ٩ : ٣٠١ .

(٢) المفتي لابن قدامة ٤ : ٨٥ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٦٩ .

أما العروض التي لا توزن ولا تكال وليست تباع بالعد فالتقبض فيها بالتخلية كالحيوان .

وما لم يحتج لوزن أو كيل أو عد من الدراهم والدنانير وسائر السكات بن أن يكون التبايع بدينار أو دينارين أو نحوهما من العد القليل الذي يتبين بمجرد النظر اليه بسرعة فاذا وضع المشتري له درهما امامه ولا مانع بينهما كان كمن خلى بينه وبين سائر العروض وقيل : لا بد من القبض باليد في غير الأصول وكذا في الدابة النفور (١) .

والظاهرية : والقبض عندهم فيما عدا القمح بأن يطلق يده عليه أي بأن لا يحال بينه وبينه . اما بيع الجزاف من القمح فلا بد من القبض كالسابق ، وحتى ينقله من موضعه الذي هو فيه الى مكان آخر قريب ، وأما في القمح اذا اشتراه بالكيل فالتقبض فيه أن يكتبه لنفسه ثم يكتبه الذي يشتريه منه (٢) .

رأينا :

مما مر من الآراء المختلفة للمذاهب في ما يعتبر قبضا للمبيع أرى أن القبض في العقار التخلية كالحنفة وما كان منقولاً فنصرفه الى العرف كما هو عند الشافعية والحنابلة والمالكية ، والجزاف يكون قبضه بنقله من مكانه وهو مذهب الحنابلة . واما ما كان مقدراً بكيل أو وزن فبكيله ووزنه وذلك لما وردت به الاحاديث الصحيحة والله سبحانه وتعالى أعلم .

ما يشترط فيه القبض :

ذكر ابن رشد الحفيد ملخصاً مفيداً في هذا المضمار وهو :

- ١ - أبو حنيفة : القبض شرط عنده في كل مبيع ما عدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار .
- ٢ - مالك : اجاز ما يبيع قبل القبض سوى الطعام ، واما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وغير الربوي في روايتان : المنع وبها قال أحمد مع اشتراط الطعام الكيل والوزن ، والثانية الجواز .

(١) شرح النيل ٤ : ٣٦ - ٣٧ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ : ٥١٨ - ٥٢٣ .

٣ - الشافعي : القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال النووي .

٤ - ابو عبيدة واسحاق : كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فالقبض عندهم يكون في المكيل والموزون :

٥ - ابن حبيب وعبد العزيز بن اوسله وربيعه : زادوا مع الكيل والوزن والمعدود، بهذا يكون شرط القبض فيه سبعة أقوال :

- أ (في الطعام الربوي فقط)
ب (في الطعام باطلاق)
ج (في الطعام المكيل والموزون)
د (في كل شيء ينقل)
هـ (في كل شيء)
و (في المكيل والموزون)
ز (في الكيل والموزون والمعدود (١) .

العقود التي يعتبر القبض فيها شرطا والعقود التي لا يعتبر القبض فيها :

الحنفية :

علنا ما سبق أن الاصل عند الحنفية : أن كل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض .
لنم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة اذا كانت عيننا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عيننا فهذه المسائل لا يجوز بيعها ولا أن يشرك غيره . وما لا يفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عيننا وبدل الخلع والعقد على مال وبدل الصلح عن دم العمد .

قال أبو يوسف : يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه وسائر التصرفات اذا كان عيننا لأن البيع أسرع نفاذاً من الهبة بدليل أن الشيوخ في البيع يصح، بينما الشيوخ في الهبة لا يصح اذا كان الموهوب مما يحتمل القسمة ، وكذلك فإن هذه التصرفات تنبني على الملك وغرر الانفساخ يمنع الملك فكان قاصراً في حق اطلاق التصرف (٢) .

وقال محمد : كل تصرف لا يتم الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض جائز قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه، وعلل محمد ذلك : أن تمام العقد لا يكون الا بالقبض

(١) بداية المجتهد ٢ : ١٥٦ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٣٦٥ وابن عابدين ٥ . ١٤٩ والبحر الرائق ٦ : ١٢٧ وغنية ذوي الاحكام في بنية

درر الحكماء بهاش درر الحكماء ٢ : ١٨٣ والمبسوط ١٣ : ٨ : ومجمع الانهر ٢ : ٧٩ والزليعي

٤ : ٨٠ .

والمانع زائل غير موجود عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه وقاس المسألة على هبة الدين لغير من عليه الدين فان هذه الهبة تجوز اذا سلطه على قبضه .

أما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فحائز لأن الغرر لا يمنع جواز صحته لصحة زواج الآبق والوصية به قبل القبض فصحيحة اتفاقاً لأنها اخت الميراث .

أما لو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع : مثل رأي أبي يوسف انفسخ النكاح وهو المختار (١) .

المالكية :

فقد قسم المالكية العقود الى قسمين :

(١) قسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات فيجوز بيعها قبل قبضها لأنها ليست من عقود المعاوضة ولا يتصور فيها معنى العينة التي لها معنى بيع الطعام قبل استيفائه (٢) .

(٢) قسم يكون بمعاوضة وينقسم الى ثلاثة أقسام :

أ - يختص بالمعاقبة والمكايسة كالبيع والاجارة والمهر والصلح والمال المضمون بالتعدي قال القاضي أبو محمد : فهذه كلها تجري مجرى البيع فلا يجوز بيعها قبل القبض لثلاثا يتوصل أهل العينة بذلك الى بيع دنانير بأكثر منها (٣) .

ب - ما يقع على وجه المعاقبة ويصح أن يقع على وجه الرفق كالأقالة والشركة والتولية . فان وقع على وجه الرفق فانه يصح البيع قبل القبض من غير أن تكون الأقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فان وجدت الزيادة أو النقصان خرج عن وجه الرفق الى البيع الذي لا يجوز .

ج - قسم يختص بالرفق من عقود المعاوضة كالقرض فلا خلاف عند المالكية أن القبض ليس شرطاً في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه .

(١) البحر الرائق ٦ : ١٢٧ وغنية ذوي الاحكام في بغية درر الحكام بهامش درر الحكام ٢ : ١٨٢ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٧ والمتنقي ٤ : ٢٨٠ - ٢٨٢ .

(٣) يريد صاحب العينة ان يدفع دنانير في أكثر منها نقداً أو الى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل الى مطلوبه بان يذكر بالعدد حطة بدنانير ثم يتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتاعه .

المتنقي ٤ : ٢٨٠ .

لا يجوز بيع مالم يقيض في عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والصداق لأنه ربما هلك المبيع فانسخ العقد ولا يجوز جعله عوضاً في صلح ولا اسلامه في شيء ولا التولية فيه ولا الاشتراك .

أما العتق ففيه وجهان : أنه لا يجوز ، والثاني أنه يجوز لأن له سراية فصح .

وأما ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية أو عاد اليه بفسخ عقد فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض لأن ملكه عليه مستقر فيجوز ان يتصرف فيه كما لو تصرف في المبيع قبل قبضه .

أما الاجارة : اصحها عند الشافعية لا يصح لانها بيع .

وأما ترويج المبيعة قبل قبضها : ففيه ثلاثة أوجه .

أصحها : صحته وبه قطع صاحب البيان .

الثاني : البطلان .

والثالث : ان لم يكن للبائع من الحبس صح والافلا .

أما الأرز فله يبعه قبل قبضه الا اذا كان الموروث لا يملك يبعه أيضاً كأن يكون الموروث اشتراه ومات ولم يقبضه .

أرزاق السلطان :

وهي الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس فقد روى صاحب التلخيص عن نص الشافعي رحمه الله أنه يجوز بيعها قبل القبض .

ومن أصحاب الشافعية من قال : يجوز بيعها اذا أفرزه السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المقر له ويكفي ذلك لصحة البيع .

ومن الأصحاب : من فسر نص الشافعي رحمه الله على ما اذا وكل وكيلاً في قبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل وان لم يكن كذلك فهو بيع شيء غير مملوك ، وبهذا الرأي

قطع القفال ، يعني بعدم الاكتفاء لا بالتأويل المذكور . والله سبحانه وتعالى أعلم (١) .

الحنابلة :

الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لأن النبي ﷺ (نهى عن بيع الطعام قبل قبضه) فيفهم من هذا ان بيع ما سواه قبل قبضه مباح (٢) .

والطعام في ذلك الوقت كان مستعملاً غالباً فيما يكال ويوزن وقيس عليها المعدود والمذروع لاحتياجها لحق توفيه ، فلا يصح التصرف فيه باجارة ولا هبة ولو بلا عوض ولا رهن ولو بعد قبض ثمنه ولا الحوالة عليه حتى يقبضه قياساً على البيع .

أما العتق فيصح كما في أحد وجهي الشافعية ويصح أيضاً جعله مهراً ويصح الخلع عليه لاغتفار الغرر اليسير فيها . وتصح الوصية به لانها ملحقه بالارث (٣) .

الشيعة الامامية :

وخص بعضهم أن المبيع اذا كان مما يكال أو يوزن لا يجوز بيعه وآخرون جعلوا التخصيص بالطعام فقط ، والرأي الراجح عندهم هو التحريم في الأمرين وما عدا ذلك فانه يجوز (٤) .

والزيدية :

قالوا ان المنهى عنه هو الطعام حتى يستوفي محتجين بحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنها (٥) .

الظاهرية :

وترى الظاهرية أن القمح لا يحل بيعه قبل قبضه بأي وجه ملكه من بيع أو هبة أو صدقة أو اجارة أو ارث أو سلم أو قرض .

(١) المجموع ٩ : ٢٨٧ - ٢٩٠ والمهذب ١ : ٢٧٠ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٨٣ .

(٣) كشاف القناع ٣ : ٢٤١ .

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبعة النجف الأشرف ٣ : ٤٢١ ، ٥٢٨ .

(٥) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٤ .

أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ أن يباع حتى يقبض فهو الطعام فهذا تخصيص للطعام في البيع خاصة فيبعه لا يجوز بأي وجه ملك . أما غير الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه إذا ملك بالشراء خاصة لحديث حكيم بن حزام (يا رسول الله اني رجل أشترى هذه البيوع فما يحل لي منها مما يحرم علي ؟ قال : يا ابن أخي إذا ابتعت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه) فهذا يدل على أن البيع إذا ملك بطريق الشراء لا يجوز له بيعه حتى يقبضه والله تعالى أعلم (١) .

علة منع هذا البيع :

وعلى الحنفية منع هذا البيع بأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك أي على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض وبذلك يكون قد تبين أنه باع ملك الغير بغير اذنه وهو مفسد للعقد (٢) وذلك لأنه إذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول فينفسخ البيع الثاني لأنه بناه على العقد الاول والرسول ﷺ نهى عن بيع فيه غرر (٣) .

أما بيع العقار فلا غرر فيه لانه لا يخشى هلاكه قبل قبضه من بائعه لندرة هلاك العقار حتى لو كان علوا أو على شط نهر ونحوه (٤) .

والمالكية يجلون منع بيع الطعام قبل قبضه على أساس سد الذريعة خوفاً من توصل أهل العينة الى الربا ، قال الباجي : (ان صاحب العينة يريد أن يدفع دنانير في أكثر منها نقدا أو الى أجل فاذا علم بالمنع في ذلك توصل اليه بأن يذكر حنطة بدينار ثم يتباعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لايتباعه فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد ولا سيما في بلاد العرب ، وكان ذلك مما يقصد لهذا المعنى كثيرا معرفة جميع الناس لثمنه وقيمته ووجود أكثر الناس له منع ذلك فيها وشرط في صحة توالي البيع فيها خلال القبض والاستيفاء لأن ذلك نهاية التبايع فيها واتمام العقد وزومه ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات لأنه لم يتكرر مقابل أهل العينة بها لأن ثمنها يخفى في

(١) المحلى لابن حزم ٨ : ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٢١ .

(٢) الهداية وفتح القدير والعناية ٥ : ٢٦٥ ومجمع الانهر والدر المستقى ٢ : ٧٩ .

(٣) بدائع الصنائع ٥ : ١٨٠ .

(٤) تنوير الابصار ٥ : ١٤٧ .

الاغلب ويقل مشتريها (١).

والشافعية عللت منع بيع المبيع قبل قبضه كما يقول الشيرازي : (ولا يجوز بيع مالم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والاجارة والصداق وما اشبهها من المعاوضات قبل القبض لما روى أن حكيم بن حزام قال يا رسول الله اني أبيع بيوعا كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم قال لا تبع مالم تقبضه ، ولأن ملكه عليه غير مستقر لانه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك غرر في غير حاجة فلم يجز) (٢).

والحنابلة يعللون منع بيع المبيع قبل القبض كالحنفية بأن كل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه ، وما لا يفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع ، لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزا من الغرر وما يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع (٣) وابن تيمية يعلل منع المبيع قبل قبضه بعدم القدرة على التسليم وذلك لأن البائع الأول اذا رأى البائع الثاني قد ربح قد يسلمه وقد لا يسلمه عندئذ يسعى البائع الاول في رد عقد البيع اما بأن يجحد أو بأن يحتال في الفسخ (٤).

وعللت الشيعة الزيدية ضعف الملك قبله فلا بيع ولا هبة .
وبعضهم علل : بان العلة توالي الضمانين : ضمان البائع وضمان المشتري فيتلف من مالها فيكون ملكا بين مالكين وهو ممتنع (٥).

والواقع أن علة منع بيع المبيع قبل قبضه انما يكمن في عدم القدرة على التسليم وهذا رأي الأئمة الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة وأن عدم القدرة سببها عندهم احتمال هلاك المبيع كما رأينا .

اما ابن تيمية فقد صرح بها وهو احتمال عدم تسليم البائع الأول للثاني اذا رأى أنه ربح في بيعه ، والشيعة الزيدية عللوا عدم القدرة بضعف الملك . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) المنتقى : ٤ ، ٢٨٠ وبداية المجتهد : ٢ : ١٧٥ .

(٢) المهذب : ١ : ٢٦٩ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٤ : ٨٧ .

(٤) الاختبارات العلمية لابن تيمية مع الفتاوى : ٧٥ .

(٥) البحر الزخار : ٣ : ٣١٢ .

حكم بيع مال يقبض :

المبيع إما أن يكون عقارا أو منقولاً .

أولاً - حكم بيع العقار :

فالفقهاء على رأيين :

الأول : المانعون لبيع العقار قبل قبضه وهم : محمد بن الحسن الشيباني والشافعي رضي الله تعالى عنهما والزيدية والظاهرية وعلل محمد المنعم بمقتضى نهي الحديث عن بيع مال يقبض وقياساً على المنقول وعلى الاجارة (١) .

وقال زفر : القياس لا يجوز بيع العقار قبل القبض . وكون النهي انما يقتضي بعمومه ما يشمل المنقول والعقار جميعاً ، ولأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لأن عدم القبض موجود فيهما جميعاً ؛ ولأن المقصود من البيع الربح وربح مال المضمن منهى عنه شرعاً ، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسداً قبل القبض كما في المنقول لأنه لم يدخل في ضمانه ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض ولأنه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمقول (٢) .

أما الشافعية : فذهبت الى أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً لا باذن البائع ولا بغير اذنه لا قبل اداء الثمن ولا بعده (٣) .
وذكر أصحاب الشافعي رحمهم الله لتعليقه سببين :

أحدهما : أن الملك قبل قبض المبيع ضعيف وذلك لأن المبيع من ضمان البائع لا من ضمان المشتري ولو حصل فسخ للبيع يكون على البائع فلو تلف المبيع قبل القبض فلا يفيد ولاية التصرف للمشتري .

الثاني : أنه لا يتولى ضماناً عقدين في شيء واحد ، ولو نفذنا البيع من المشتري لأفضى الأمر إليه لأن المبيع مضمون على البائع للمشتري ، واذا نفذ المبيع من البائع صار مضموناً عليه للمشتري الثاني .

(١) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ وابن عابدين ٥ : ١٤٧ وفتح القدير ٥ : ٢٦٥ .

(٢) الزيلعي ٤ : ٧٩ ، ٨٠ وحاشية شهاب الدين احمد شلبي عليه .

(٣) المجموع ٩ : ٢٨٨ وفتح العزيز بهامش المجموع ٨ : ٤١٣ .

وبذلك يكون الشيء الواحد مضموناً له وعليه في عقدين والاعتماد على الاخبار ،
والا فللمعترض أن يقول : (تعنون بضعف الملك الانفساخ لو فرض تلف أو شيء آخر
ان عنتم شيئاً آخر فهو ممنوع وان عنتم الاول فلم قلتتم ان هذا القدر يمنع صحة البيع
وأما الثاني فلا يعرف لكون المبيع من ضمانه معنى سوى أنه لو تلف ينفسخ البيع ويسقط
الثمن فلا يجوز ان يصح البيع) (١) .

وذهبت الزيدية الى منع بيع العقار قبل القبض وعلوا بأن ما يبطل العقد بتلفه
حرم بيعه قبل قبضه والهالك ممكن بسيل ونحوه علوا ذلك ضعف الملك قبله كما ذهبت
الشافعية ، وتولي الضمانين : ضمان البائع وضمان المشتري فيتلف من مالها فيكون ملكاً
بين مالكين وهو ممتنع (٢) وقال زيد بن علي : : تحريم بيع مالم يقبض مطلقاً سواء كان
طعاماً أو دوراً أو عقاراً أو غيرها (٣) .

وذهبت الظاهرية الى أن بيع العقار قبل القبض ممنوع لأن عندهم من ابتاع أى
شيء كان مما يحل بيعه لا يحل له أن يبيعه حتى يقبضه وقبضه له هو أن يطلق يده عليه
بأن لا يحال بينه وبينه (٤) .

الخجوزون لبيع العقار :

ومن صحح بيع العقار قبل قبضه أبو حنيفة وأبو يوسف ومالك وأحمد .

فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يجوز بيع العقار قبل القبض لأن ركن البيع
صدر من أهله لكونه بالغاً عاقلاً غير محجور عليه في محل البيع باعتبار أنه مملوك له وذلك
يقتضي الجواز (٥) ، وايضاً فإن بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض
فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض لأن المطلق للتصرف الملك دون اليد بدليل أنه لو
باع ملكه وهو في يد مودع أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزاً الا أنه اذا بقى
في الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف بالمنقول .

(١) فتح العزيز ٨ : ٤١٥ - ٤١٦ :

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩١ ، ٣١٢ ، ٣١١ .

(٣) الروض التنوير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٤٣ .

(٤) المحل لابن حزم ٨ : ٥١٨ .

(٥) العناية ٥ : ٢٦٥ .

(أما العقار قبل القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقاق لأنه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانقضاء الغرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتفاء الغرر اذا تصور سببه ولم يعمل . وانما يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه (١) .

وقد عبر في بيع العقار قبل قبضه بالصحة دون النفاذ أو اللزوم لانهما موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع وان لم يكن نقد للثمن ولا رضى للبائع فللبائع ابطال البيع ، وعلى هذا كل تصرف بقبول القبض اذا فعله المشتري قبل القبض أو بعده بغير اذن البائع فللبائع ابطاله بخلاف ما لا يقبل النقض كالتعق والتدبير والاستيلاء (٢) .

والمالكية يذهبون الى تجوز بيع ما سوى الطعام قبل القبض عقارا كان أو منقولاً مكيلاً أو غير مكيلاً (٣) .

وذهبت الحنابلة الى أن بيع العقار يجوز قبل القبض قال ابن قدامة : (الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه) (٤) .
وعلى هذا فاذا ما باع العتاسار قبل قبضه يكون قد تصرف فيما ملكه والتصرف فيما يملكه يجوز ولا أجد أحداً منعه .

ثانياً : بيع المنقول قبل قبضة :

اختلف الفقهاء على رأيين : المانعون له والمجوزون له .

أ - المانعون لبيع المنقول :

الحنفية والظاهرية والزيدية والشافعية والمالكية والحنابلة على تفصيل في بعض المذاهب :

الحنفية :

وذهبت الحنفية الى أن بيع المنقول لا يجوز قبل القبض لوجود النهي ولأن في المنقول

(١) المسوط ١٣ : ٩ ، ١٠ ، والزيلي ٤ : ٨٠ وفتح القدير ٥ : ٢٦٤ ، والعتاية على الهداية .

(٢) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ وابن عابدين ٥ : ١٤٧ .

(٣) بداية المجتهد ٢ : ٢٥٥ والقوانين الفقهية : لابن جزيء ٣٤١ .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٨٢ .

غرر انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيشبه أنه بساع ملك الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد (١) .

وقد الحقوا بالمبيع غيره فلا تجوز اجارته ولا هبته ولا التصديق به خلافاً لمحمد رحمه الله في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك .

ولمحمد رحمه الله : (أن هبة المال والتصدق به واقراضه من غير البائع جائز عنده وهو الأصح والأصل في ذلك : أن كل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه ، ويكون ذلك في المبيع والأجرة اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك .

ومما لا يفسخ العقد بهلاك العوض فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعقود على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه (٢) .

والمنقول عند الحنفية يشمل الطعام وغيره لأن النهي في الحديث عن بيع ما لم يقبض وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل، وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه ، كيف وراوي هذا الحديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وقال بعد روايته وأحسب كل شيء مثله (٣) .

المالكية :

وذهبت المالكية الى منع بيع المنقول قبل القبض في الطعام خاصة حتى أنهم قالوا اجمع العلماء على ذلك الا ما يحكى عن عثمان البتي . ومستند الاجماع ثبوت النهي عن رسول

(١) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ والزيلعي ٤ : ٨٠ وابن عابدين ٥ : ١٢٧ والهداية وفتح القدير ٥ : ٢٦٥ وجمع الانهر ٢ : ٧٩ والمفتي عليه ٧٩ والمبسوط ١٣ : ٨ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ١٢٦ والزيلعي ٤ : ٨٠ وابن عابدين ٥ : ١٤٨ وفتح القدير ٥ : ٢٦٥ لأنه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الاول فينسخ الثاني لانه بناه على الاول .

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣ : ٨ .

الله ﷺ من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه .

الا أن المالكية اختلفوا في هذه المسألة في ثلاثة مواضع :

أحدها : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات .

الثاني : في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط .

الثالث : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلاً وجزافاً (١) .

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافاً فإن مالكا رحمه الله رخص فيه وأجازه به قال الأوزاعي ، وذلك الجزاف ليس فيه حق توفية فالجزاف عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد (٢) . وعلى ذلك فيجوز بيع الجزاف قبل نقله من مكانه .

أما غير الجزاف فالمطعم على قسمين :

١ - قسم يجري فيه الربا فهذا لا يجوز بيعه قبل استيفائه .

٢ - قسم لا يجري فيه الربا وفيه روايتان عن مالك .

أ () أنه لا يجوز بيعه قبل قبضه وهو المشهور من المذهب لقول النبي ﷺ من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه .

ب () وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز بيعه قبل قبضه لأن ما لا يجوز فيه التفاضل نقداً فإنه لا يحرم بيعه قبل قبضه وصار كغير المطعم .

أما المعدود فلا يجوز بيعه حتى يقبضه .

أما المنقول غير المطعم فذهب مالك أنه لا مدخل لهذا الحكم في غير المطعم ولا تعلق له به سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو غير مكيلاً ولا موزون .

قال عبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة ويحيى بن سعيد : أن كل ما يبيع على كيل أو

(١) انظر موضعها في كتابنا .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٥ - ١٥٨ .

وزن أو عدد مطعوماً كان أو غير مطعوم فلا يجوز بيعه قبل قبضه واختار هذا الرأي ابن حبيب (١) .

الشافعية :

وذهبت الشافعية الى عدم جواز بيع المنقول قبل القبض كما في غير المنقول ،سواء كان طعاماً أو غيره عقاراً كان أو منقولاً ،لا باذن البائع ولا بغير اذنه ،لا قبل أداء الثمن ولا بعده (٢)

الحنابلة :

وذهبت الحنابلة الى أن كل ما يبيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وهذا ظاهر كلام أحمد ونحوه قول اصح .
وعثمان ابن عفان ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والحكم ، وحماد بن أبي سليمان .

قال القاضي وأصحابه : (المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بتعيين منه كالقفيز من صبرة) .

وأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل) .
ونقل عن أحمد رحمه الله : بأن الطعام خاصة هو الذي لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه ، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو لم يكن .

وروى الترمذي عن أحمد بأنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه .

وروى ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه) ومفهوم هذا الحديث : لإباحة بيع ما سواه قبل قبضه .

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه وهذا القول يدل على تعميم المنع في كل طعام .

وقال الخرقى : ان الطعام المنهى عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلاً

(١) المنتقى شرح الموطأ : ٤ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، وبداية المجتهد : ٢ ، ١٥٥ ، ١٥٦ .

(٢) المجموع : ٩ ، ٢٨٨ ، ٢٩٥ .

أو موزونا أو معدوداً فتعلق الحكم بذلك ، ويحتمل أنه أراد بالمكيل والموزون والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه (١) .

فالروايات عن الحنابلة مضطربة والذي أراه أن أصح الروايات عندهم أن ما عدا المكيل والموزون والمعدود من الطعام يجوز بيعه قبل قبضه ، أما من الطعام فلا يجوز والله سبحانه وتعالى أعلم .

الشيعة الزيدية :

وذهبت الشيعة الزيدية الى أنه لا يصح أن يتصرف المشتري ببيع أو هبة أو اجارة أو نحوهما في المبيع قبل قبضه ما لم يكن التصرف استهلاكاً كالعتق ونحوه (٢) .
ويحرم فيما ينقل فقط ، لأن حديث حكيم بن حزام وارد فيه الا أن الظاهر عندهم هو عموم ما ينقل سواء كان في المكيل والموزون والمعدود والمذروع لقول النبي ﷺ (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه) وقيس عليه الثلاثة وعللة التحريم عندهم خشية تلفسه قبل قبضه (٣) .

الاباضية :

وذهبت الاباضية الى أنه لا يجوز بيع شيء يكال أو يوزن اذا اشترى حتى يقبض .
واستدلوا بما روي عن رسول الله ﷺ (نهى عن بيع ما ليس عندك ، ونهى عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن) ، وهذا النهيان أعم من النهي عن بيع الطعام قبل قبضه فاذا باع أحد ما لم يقبض فقد ارتكب النهي سواء ربح أم لم يربح .

وكل من بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن منهى عنه ، فهو لا يجوز من كل ما كان في ذمة الغير من دين وسلم وقرض واجارة وصدقا وغير ذلك (٤) .

أما ما خص به الطعام فقط وورد النهي عنه وتعلقوا به ، فقد أجاب ابن اطفيش عن هذا النهي بأنه : نهى مقيد بل للجهل بعدم تعيينه وعدم تملكه :

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٦ .

(٢) التاج المذهب ٣ : ٣٢٠ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣١١ ، ٣١٢ والروض النضير ٣ : ٢٤٤ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٣٤ .

وقيل لأن للشرع غرضاً في ظهوره لينتفع به الكيال والجمال ويظهر للفقراء وتقوى نفوس الناس به . هذا التعبير على حد قولهم ، إلا أن هذا رأي لا يقوم به فائدة ، لأن النهي إنما ورد عن بيع الطعام قبل قبضه مما يدل على بطلانه وليس لغرض الشرع هنا فائدة . وزعم بعضهم : أنه يجوز بيع الطعام قبل قبضه ان كان في ذمة أحد ، وذلك كأن يكون بقرض أو هبة أو صدقة أو نحو ذلك مما ليس شراء ، لأن المذكور في الحديث خاص بالشراء .

ويجوز أيضاً عندهم لمن اقترضه أن يبيعه قبل قبضه وكذلك يجوز عندهم بيع البزير الذي لا يعتصر منه الزيت قبل أن يستوفي كبزر الفناء وغيره .

والحق أن ذلك كله لا يباع قبل القبض ، لأن الحديث الذي ذكر فيه الطعام الناجم عن شراء إلا أن النهي جاء من حديث آخر عن بيع كل ما لم يقبض سواء كان طعاماً أم لا ، وسواء كان من شراء أم لا والله أعلم . (١)

الظاهرية :

وذهبت الظاهرية الى أن بيع المنقول لا يجوز وخاصة القمح فإن يبيعه لا يضح سواء كان جزافاً أو غير جزاف حتى ينقله من موضعه الذي هو فيه الى مكان آخر قريب ملاصق أو بعيد ، فإن اشتراه بكيل لا يحل له يبيعه حتى يكتاله فإذا اكتاله حل له يبيعه وإن لم ينقله عن موضعه ، حتى لو اكتاله البائع لنفسه بحضوره وهو يراه ويشاهد فلا بد من أن يكتاله المشتري لنفسه ، وذلك لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان (٢) .

المجوزون لبيع المنقول :

والمجوزون لبيع المنقول هم : المالكية فقط ما عدا الطعام .
فقد روى ابن القاسم عن مالك من جواز بيع الثمار على رؤوس النخل لمن اشتراها قبل أن يجدها (٣) .

(١) شرح النيل ٤ : ٣٤ .

(٢) المحل لابن حزم ٨ : ٥١٨ ، ٥٢٣ .

(٣) المنتقى للباي ٤ : ٢٨٤ .

وأرى أن بيع المنقول لا يجوز قبل القبض إلا بعد أن يقبض كما هو رأي الجمهور
ولا أرى له مخالفاً حتى لو عدنا لرأي مالك لوجدنا أن المنقول عنده المراد به الطعام ولم
يتصوره في غيره لكثرة الاستعمال في ذلك الزمن والله أعلم .

الأدلة : وقد استدلوا بالأحاديث التالية :

(١) عن حكيم بن حزام : قال : (قلت يا رسول الله اني أشتري ببيعاً فما يحل لي
منها وما يحرم علي ؟ قال : إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه) (١) .

(٢) وعن زيد بن ثابت : (أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلم حيث تباع حتى يحوزها
التجار الى رحاهم) (٢) .

(٣) عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى
يستوفيه قال ابن عباس وأحسب كل شيء مثله) (٣) .

وفي رواية له : قال رسول الله ﷺ (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه قال
ابن عباس وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام) (٤) .

وفي رواية له أيضاً : قال : قال رسول الله ﷺ (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى
يكتماله فقلت لابن عباس لم ؟ فقال ألا تراهم يتبايعون بالذهب والطعام مرجأ ولم يقل
أبو كريب مرجأ) (٥) .

(٤) عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه (٦) .
وفي رواية له : قال كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا
بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه (٧) .

(١) دواء أحمد . انظر نيل الأوطار ٥ : ١٦٧ .

(٢) أخرجه أبو داود والدارقطني . انظر نيل الأوطار ٥ : ١٦٧ .

(٣) صحيح مسلم ١٠ : ٢٦٨ .

(٤) المصدر السابق ١٠ : ١٦٨ - ١٦٩ .

(٥) المصدر السابق ١٠ : ١٦٩ .

(٦) المصدر السابق : ١٦٩ .

(٧) المصدر السابق ١٧٠ .

وفي رواية له أيضاً قال : أن رسول الله ﷺ قال : (من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه قال وكنتا نشترى الطعام من الركب ان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن يبيعه حتى ننقله من مكانه (١) .

وفي رواية له أيضاً أن رسول الله ﷺ قال : من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه ويقبضه (٢) .

وفي رواية له أيضاً أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ اذا اشترى طعاماً جزافاً أن يبيعه في مكانه حتى يحولوه (٣) .

وفي رواية له أيضاً : قال (كانوا يتاعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعه حتى يتقلوه) رواه الجماعة الا الترمذي وابن ماجه (٤) .

٥) عن عبدالله بن دينار أنه سمع ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه (٥)

٦) عن ابن شهاب أخبرني سالم بن عبدالله أن أباه قال رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ اذا ابتاعوا الطعام جزافاً يضربون في أن يبيعه في مكانهم وذلك حتى يؤديه الى رحالمهم ، قال ابن شهاب وحدثني عبيد الله بن عبدالله بن عمر أن أباه كان يشتري الطعام جزافاً فيحمله الى أهله (٦) .

٧) عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله وفي رواية أبي بكر من ابتاع (٧) .

٨) عن أبي هريرة أنه قال لمروان أحللت بيع الربا فقال مروان مسا فعلت فقال أبو هريرة أحللت بيع الصكاك وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى قال

(١) المصدر السابق : ١٧٠ .

(٢) صحيح مسلم ١٠ : ١٧٠ .

(٣) المصدر السابق : ١٧٠ .

(٤) نيل الأوطار ٥ : ١٦٧ .

(٥) صحيح مسلم ١٠ : ١٧٠ .

(٦) المصدر السابق ١٠ : ١٧٠ ، ١٧١ .

(٧) المصدر السابق ١٠ : ١٧١ .

فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها قال سليمان فنظرت الى حرس يأخذونها من أيدي الناس (١) .

٩ (عن مالك أنه بلغه أن صكوكاً خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها ، فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي ﷺ على مروان بن الحكم فقالا أتحل بيع الربا يا مروان فقال أعود بالله وما ذلك فقال هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها فيزعونها من أيدي الناس ويردونها الى أهلها (٢) .

ما معنى النهي عن بيع الطعام وما المراد به ؟

إن النهي الذي ورد في الحديث عن بيع الطعام اناهو للتحريم، لأن مقتضى النهي انها يكون للتحريم إلا إذا وجدت قرينة تصرفه عن التحريم الى الكراهة (٣) ، والحديث صريح لا يوجد قرينة تصرفه من الحرمة الى الكراهة ، وحديث ابن عمر الذي يروي بالضرب على من باع الطعام جزافاً حتى يحولوه دليل قاطع على أن النهي انها هو للحرمة .

والطعام : هو القمح خاصة عند بعض الفقهاء ويعلمون ذلك بأن اسم الطعام في اللغة التي بها خاطبنا رسول الله ﷺ لا يطلق إلا على القمح وحده ومن قال بهذا أبو ثور وابن حزم ، وقد روى عن رسول الله ﷺ (عن أبي سعيد الخدي قال : كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير ، أو صاعاً من تمر أو صاعاً من سنن أو صاعاً من زبيب) (٤) فمن هذا الحديث لم يطلق الطعام إلا على القمح وحده لا على الشعير ولا على غيره .

وانما أطلق الطعام على غيره بإضافة، قال تعالى (وَطَعَامُ الَّذِينَ آوَتُْوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ) (٥) فأراد الله سبحانه وتعالى الذبائح لا ما

(١) المصدر السابق ١٠ : ١٧١ - ١٧٢ .

(٢) المنتقى للباي ٤ : ٢٨٥ .

(٣) تفسير النصوص في الفقه الاسلامي للدكتور محمد أديب الصالح ٨٧٩ .

(٤) صحيح البخاري ٢ : ٣١ وانظر أيضاً شرح القسطلاني ٣ : ٨٧ وفسره القسطلاني بالبر :

(٥) سورة المائدة ٥ .

يأكلون لأنهم يأكلون الميتة والدم ولحم الخنزير ولم يحل لنا شيء من ذلك .
وقوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ مُبْتَلِيكُمْ بِنَهَرٍ فَمَنْ شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّي
وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي) (١) والماء لا يسمى طعاماً وإنما ذكر الطعام في الماء
بإضافته .

وآخرون يرون أن الطعام يشمل القمح والشعير وما تعارف الناس عليه مستدلين
بحدِيث أبي سعيد والخدري رضي الله تعالى عنه (كننا نخرج على عهد رسول الله ﷺ
صاعاً من طعام . وقال أبو سعيد وكان طعامنا الشعير والزبيب والاقط والتمر) (٢) .
والذي أراه أن الطعام المراد به ما تعارفه الناس في زمانهم سواء كان قحاً أو شعيراً
أو ذرة أو غير ذلك ما لم يكن محرماً شرعاً والله سبحانه وتعالى أعلم .

معنى الصكوك :

والصكوك هي الرقاع، مكتوب فيها أعطيات الطعام وغيرها مما تعطيه الأمراء للناس،
فتارة تكون مقابل عمل كأرزاق القضاة والعمال وتارة تكون بدون مقابل عمل كالعطاء
لأجل الحاجة .

حكم بيع الصكوك :

وقد اختلف في بيعها : فروى مالك بأن بيع العطاء بغير عمل جائز وعلى ذلك يجوز
بيع الطعام الجاري .

وقال ابن حبيب : النهي منصب على مبتاعها وبموجب تأويل ابن حبيب هذا أنكروا
زيد بن ثابت بيع المبتاع لها ولم ينكر الابتاع من خرجت له الصكوك .
والدليل فعل مروان برد الصكوك الى اهله فيقتضي نقض تلك البياعات ، بيع من
اشترى منهم وبيع من اشترى ممن اشترى منهم ، ومعلوم أنه لا يلزم بمجرد بيع الطعام
قبل استيفائه إلا نقض البيع الثاني (٣) .

(١) سورة البقرة ٢٤٩ .

(٢) البخاري ٢ : ١٣١ . والقسطلاني ٣ : ٨٩ وانظر المحلى لابن حزم ٨ : ٥٢١ .

(٣) المنتقى للبايجي ٤ : ٢٨٥ .

بيع كرت مؤن اللاجئين في زماننا : (١)

وما يشبه الصكوك التي كانت في زمن مروان بن الحكم بيع كرت المؤمن للاجئين الفلسطينيين ، فإن الناس قد تبايعوها بأثمان زهيدة ، مبناها على حاجة بعضهم من جهة الى رأس المال المعجل ، وبعضهم للأنفعة من أن يقف مع عامة الناس ينتظر دوره لاستلام هذه المؤن ، فتارة تكون المؤن فيها ما يساوي خمسة دنانير، وتارة ما تساوي ثلاثة دنانير ، وتارة تساوي ديناراً واحداً ، وكذلك أكياس الملابس غير المفتوحة لا يعلم ما بها قد تبايعوها قبل قبضها وقبل رؤيتها فهل يا ترى هذا البيع صحيح أم أنه باطل ؟ ، فإني أرى أن هذا البيع باطل للأسباب التالية : للغرر الذي جاء من ثلاث حالات :

١ - جهالة مقدار المبيع ، فإنه لا يدري مقدار الأرزاق التي ستكون في هذا الشهر .

٢ - عدم رؤية المبيع ، لأنها مستورة غير مشاهدة .

٣ - بيعها قبل قبضها وبيع المبيع قبل القبض باطل كما علمنا ، فعلى رأي الأئمة الثلاثة بيع المنقول لا يصح وعلى رأي المالكية بيع الطعام لا يصح كذلك .

القدرة على التسليم في القانون :

إذا كان الالتزام التزاماً بنقل من عين بتعليق بشيء معين ، يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت نشوء الالتزام . فإذا قصد المتعاقدان التعامل في محل موجود حالاً ولم يكن

(١) اللاجئون : هم أبناء فلسطين العربية المسلمة طردوا من بلادهم ظلماً وعدواناً من اغتصاب اليهود لها ومساندة الاستعمار لليهود بالمال والسلاح وتهاون العرب في باديء الأمر وبعدهم عن دين الإسلام دين الأمة العربية والانتهاج بها إلى أفكار بعيدة عن واقعها ومعتقداتها وربطوا قضيتها بروابط قومية حتى آل الأمر إلى ربطها بالاقليمية الضيقة مما يجعل الدفاع عنها غير حار وتركوا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا ديس شبر من أرض المسلمين فعلى الرجل والمرأة والعبد الخروج إلى الجهاد دفاعاً عن دينه ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله وبهذا يندرج تحته كل مسلم على وجه الكرة الأرضية لا بما أراده الاستعمار من القومية حتى يقتصر في الأخير على أبناء فلسطين .

الكرت : هي بطاقة تصرفها هيئة الأمم المتحدة حاملها يستحق المساعدة الشهرية مما فيها من طعام وغيره دون معرفة مقدار ونوعه وجنسه .

الشيء موجودا فعلا وقت التعاقد فإن العقد يكون باطلا ، حتى لو امكن وجود الشيء في المستقبل . مثال ذلك ، لو باع شخص من آخر نتاج حيوان على أنه موجود فعلا ، وبعد ذلك تبين ان النتاج لم يولد ، فالبيع باطل لان المبيع غير موجود ، ولا يصح العقد فيما لو حصل النتاج بعد العقد، وكذلك لو ولد ومات قبل التعاقد لأن وقت التعاقد غير موجود، أما اذا كان النتاج قد ولد وبقي حيا الى وقت التعاقد ثم نفق بعد ذلك فالعقد يتعقد صحيحا على شيء موجود الا أنه يفسخ لاشتماله تنفيذ البائع الالتزام من تسليم المبيع للمشتري .

وإذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء ان لم يكن موجودا حالا فهو ممكن الوجود في المستقبل ، فلا يشترط ان يكون الشيء موجودا فعلا مادام انه ممكن الوجود في المستقبل والعقد يتعقد صحيحا ، مثال ذلك المثال المتقدم اذا لم يقصد المتعاقد ان التعامل في نتاج موجود فعلا فالعقد يقع صحيحا فيما لو لم يكن النتاج قد ولد وقت التعاقد مادام أنه يولد بعد ذلك . وكثيرا ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرا معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه ، فمثل هذا جائز في القانون ما دام أنه ممكن الوجود في المستقبل .

والشيء المستقبل الذي يصبح أن يكون محلا للتعامل قد يكون محقق الوجود في المستقبل كبيع المصنوعات المستقبلية ، وقد يكون محتمل الوجود كما في بيع النتاج الذي لم يولد ، فهذا بيع صحيح متعلق على شرط واقف هو ان يولد النتاج .

وقد يكون العقد واقعا على شيء مستقبل محتمل الوجود دون أن يكون معلقا على شرط وجوده . فيكون العقد احتماليا أو عقدا غرر كما في بيع النتاج الذي لم يولد يباع منجزا فيصح بيع ولد النتاج أو لم يولد . وكما في بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت الشبكة سمكا أو لم تخرج ، وايا كان مقدار السمك الذي أخرجته ، ويراعى ذلك طبقا في تقدير الثمن .

وكما ذكرنا سابقا أنه يشترط في الشيء على الالتزام بنقل من عين أن يكون موجودا على النحو الذي ذكرناه فانه يشترط كذلك في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أن يكون محل الالتزام ممكنا ، فاذا كان العمل او الامتناع عن العمل مستحيلا فإن العقد يكون باطلا ، لانه لا التزام بمستحيل . والمادة (١٣٢) من القانون المدني المصري نصت على أنه

«إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ، كان العقد باطلا» (١) .

ومن نص هذه المادة يتبين أن محل الالتزام يجب أن يكون مستحيلا في ذاته حتى يكون العقد باطلا، وتسمى هذه الاستحالة بالاستحالة المطلقة ، لان الالتزام مستحيل في موضوعه لا بالنسبة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصا غيره - والاستحالة المطلقة هي التي تجعل العقد باطلا اذا كانت قائمة وقت العقد فان جدت الاستحالة المطلقة بعد التعاقد فان العقد ينقصد صحيحا ثم يكون بعد ذلك قابلا للفسخ ، والاستحالة المطلقة هي الاستحالة الموضوعية بالنسبة الى جميع الناس لا استحالة شخصية بالنسبة الى بعض دون بعض .

اما الاستحالة بالنسبة فلا تجعل العقد باطلا ولكن تجعله قابلا للفسخ ، لأن الالتزام يكون مستحيلا بالنسبة الى الملتزم وحده ومن الامثلة على ذلك : التزام شخص في مقابل جعل معين ، بأن يقوم بعمل في ويستطيع تأديته ولكن يمكن لفنان آخر أن يعمله ، أو أن يلتزم شخص بإيجاد علاج لبعض الامراض المستعصية ويكون الملتزم ممن لا يستطيعون ذلك .

ونستخلص مما تقدم أن الاستحالة المطلقة ان كانت سابقة على وجود التعهد فانها تجعل العقد باطلا ، وان كانت الاستحالة لاحقة فانها تجعله قابلا للفسخ . أما الاستحالة النسبية : فانها لا تجعل العقد باطلا سواء كانت سابقة على وجود العقد أم كانت لاحقة له وانما تجعله في الحالتين قابلا للفسخ (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٢١١ .

(٢) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ٣ : ٧-١٢ والوسيط ١ : ٣٧٥ - ٣٨٦ .

الفصل الثالث

أثر الغرر في الثمن

تمهيد :

الأعراض في البيع اما دراهم أو دنانير أو أعيان ، والأعيان تقسم الى قسمين : أعيان قيمة ، وأعيان مثلية ، والدراهم والدنانير خلقها الله ثمنا للأشياء وبها تقوم سواء كانت مقابلة بالأعيان أم مقابلة بجنسها ، أما الأعيان فهي مبيعة غالبا ولا يجوز البيع فيها عينا الا فيما يجوز السلم فيه كالثياب ، وكما ثبت مبيعا في الذمة سلما يثبت ديننا مؤجلا في الذمة على أنها ثمن وحينئذ لا بد من اشتراط الاجل ، لأنها ثمن بل لكونها ملحقة بالسلم باعتبارها ديننا في الذمة .

مثال ذلك : اذا باع عبد بثوب موصوف في الذمة الى أجل جاز ويكون في حق العبد يباعا حتى لا يشترط قبضه في المجلس ، وانما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الاجل ، وامتنع بيعه قبل قبضه لاحاقه بالسلم فيه (١) .

أما الأعيان المثلية : فهي المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة فهذه ان قوبلت بالنقود فهي مبيعات وان قوبلت بأمثالها من المثليات ننظر :

ان كان موصوفا في الذمة فهو ثمن .

وان كان معينا فبيع .

فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء أو على كان ثمنا والاخر بيعا ، وان قوبل المثلي بالقيمي فلا يدخل فيما ذكرناه .

(١) أما لو أسلم الدراهم في الثوب ، فانه يشترط فيه تسليم رأس المال أولا .

ومن حكم النقود أنها لا تتعين ، ولو عينت في عقود المعاوضات وفسوخها في حق الاستحقاق فلا يستحق عينها ، فيحق للمشتري امساكها ودفع مثلها قدرا ووصفا . الا أنها يتعينان في الغصب والامانات والوكالات (١) .

وقد عقدت هذا الفصل للغرر وأثره في العوض قاصدا فيه الثمن لأنني بينت في الفصلين السابقين الغرر وأثره في المبيع ، وأقسم هذا الفصل الى المباحث التالية :

المبحث الأول : في الجهل بصفة الثمن .

المبحث الثاني : الجهالة في الثمن ومقداره .

المبحث الثالث : الجهالة في تأجيل في الثمن .

ومن المعلوم أن ما يصدق على المبيع يصدق على الثمن ، وكان من حقي أن أتكلم عن كل مبحث في الثمن كما في جميع مباحث المبيع الا أنني اقتصرت على هذه الابحاث لأهميتها ولأنها هي المقصودة فقط ، اذ عدم القدرة على تسليم الثمن نادر وكان المسألة تكون من باب المزاح ، لا من باب البيع .

(١) البحر الرائق : ٥ : ٢٩٩ وانظر واقعات المفتين : ٨٨ .

المبحث الأول

الجهل بصفة الثمن

الحنفية :

وعند الحنفية الاعراض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها ثمناً كانت أو ثمنياً في جواز البيع لأن بالإشارة اليها كفاية في التعريف وجهالة الوصف لا تفضي الى المنازعة اذ لا يمنع من التسليم والتسلم ، لان الاشارة اليه أقوى من الوصف اذا لم تكن الاعراض ربوية فان الجهالة تمنع الصحة لاحتمال الربا (١) .

أما غير المشار اليه من الأثمان فان جهالة الوصف قد اختلفت في صحة العقد معها عند الحنفية .

فالكاساني يقول : (أما معرفة أوصاف المبيع والثمن فقَالَ أصحابنا ليست بشرط الصحة ، والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط للزوم فيصح بيع ما لم يره) (٢) .
ففهوم كلام الكاساني رحمه الله أن معرفة وصف المبيع والثمن ليست شرطاً .
وقد وافق الكاساني بأن جهالة الوصف ليس بمانع من صحة البيع الشرطية في رسالته المسماة (نفيس المتجر بشراء الدرر) فقد ذكر فيها أن جهالة قدر المبيع الذي سمي جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواء كان المبيع مشاراً اليه أولاً ، لأن المشار اليه علم بالإشارة والغائب يثبت فيه خيار الرؤية فانفتت الجهالة المانعة من الصحة فلم يحتج الى بيان قدره ولا بيان وصفه لصحة بيعه) (٣) .

(١) فتح القدير ٥ : ٨٢ ، ومنن الوقاية ٢ : ٢ وشرح الوقاية ٢ : ٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٦٣ ، تصحيح عبارته الكاساني (وأما العلم بأوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة فقال أصحابنا : أما معرفة أوصاف المبيع ..

(٣) نفيس المتجر بشراء الدرر للشرطية مخطوط : ص ٥ .

أما قول الشرنبلالي بأن الجهالة تنتفي بثبوت خيار الرؤية فإن الرؤية قد يبطل قبلها العقد بنحو بيع ورهن ، وقد يسقط خيار الرؤية برؤية بعض مكيل أو موزون وعندئذ تبقى الجهالة على حالها ، ولذا فانه لا بد من ذكر ما ينفي الجهالة حتى يصح البيع وبعده صحة البيع يثبت خيار الرؤية ، لأنه في الأول انتفت الجهالة الفاحشة وبقي نوع جهالة تندفع بالرؤية (١) .

والنسفي من الأحناف . يرى أن جهالة الوصف في الثمن لا يصح بقوله : (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار إليه) (٢) . فلو قال زيد لعمر وبعثك سيارتي بثمن يساويها فيقول الآخر اشترت ، فهذا لا يصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ، فالقدر أن يكون عدداً معلوماً كالعشرة والمائة ، والصفة أن يكون جيداً أو وسطاً أو رديئاً (٣) . ويقول القدوري : والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة (٤) .

وقد عقب الكمال بن الهمام بأن معرفة الوصف في المبيع والثمن شرط الصحة كمعرفة القدر فإنه قال : (والصفة كعشرة دراهم بخارية أو سمرقندية . . . لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد ، وهو دفع الحاجة بلا منازعة) (٥) .

وابن نجيم وافق الكمال في أن الوصف شرط صحة إذا لم يكن مشاراً إليه (٦) .

والحق أن معرفة وصف الثمن إذا لم يكن مشاراً إليه فلا بد من بيان وصفه ، وأما إذا أطلق الثمن في البيع كان على غالب النقد في البلد ، بأن يبين قدره ونوعه دون ذكر وصفه ، فلو قال بعثك كتابي بعشرة دنانير وكان في البلد عملات متعددة من الدنانير فإن هذا يتصرف إلى غالب نقد البلد ، لأنه المتعارف عليه فيصرف المطلق إليه وإذا كان إطلاق اسم الدراهم في العرف إنما يختص بها مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من أفراد ترك الحقيقة بدلالة العرف ، أما إذا كان التعامل بها في

(١) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٦ : ٢٩٨ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ٢٩٤ .

(٣) منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٦ : ٢٩٧ .

(٤) فتح القدير مع الهداية ٥ : ٨٣ .

(٥) فتح القدير ٥ : ٨٣ .

(٦) البحر الرائق ٦ : ٢٩٨ .

الغالب كان من تركها بدلالة العادة وعندئذ يكون كل منهما واجباً تحريماً للجواز وعدم اهدار كلام العاقل .

أما إذا كانت نقود البلد مختلفة فسد البيع إن لم يبين لوجود الجهالة المفضية الى المنازعة، لأن المشتري يريد دفع الانقص مالية والبائع يريد أخذ الأعلى ، فإذا ارتفعت بيان أحدها في المجلس ورضي الآخر صح لارتفاع المفسد قبل تقريره فصار كالبيان المقارن (١) كأن يقول دائن لمدينه بعني هذه السيارة ببعض الألف التي عليك وبعني ثمرتها بياقي العشرة فقال نعم كان العقد صحيحاً لعدم افضاء جهالة الثمن الأول الى المنازعة. إذ به يصير ثمنها عشرة، وهذا الكلام محمول على قبول الدائن بعد قول المدين نعم (٢) .

وان اختلفت النقود في المالية والرواج في البلد فينصرف الى الأروج اذ المعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب ، إذ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص وعندئذ يعتبر مكان العقد، مثال ذلك لو باع زيد بكذا بالجنيهات المصرية ولم يتعقد الثمن حتى وجد المشتري في الأردن فإنه يجب عليه الثمن بالجنيهات المصرية .

وان استوى رواجها لا ماليتهما بأن يكون بعضها أفضل من بعض فسد البيع للجهالة المفضية الى التراجع ما لم يبين الثمن من أي نوع فإذا بين الثمن تندفع الجهالة المانعة من التسليم فيصح العقد (٣) .

وان استوت مالية النقود والرواج يصح البيع ويؤدي من أيها شاء ، لأنه لا فضل لأحدها على الآخر ، فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر ، لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه فيه إلا التعتت (٤) .

والحاصل أن المسألة رابعة ، لأنها اما أن تستوي في الرواج والمالية أو يختلف فيها أو يستوي في أحدهما دون الآخر ، أما الفساد فيكون في صورة واحدة وهي الاستواء في

(١) والمراد بالبيان ، البيان المتأخر ، لأن المقارن يخرج عن موضوع المسألة لأن موضوعها مطلق .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٥ والبحر الرائق ٦ : ٣٠٣ .

(٣) مجمع الأنهر ٢ : ٩ ودر المنتقى ٢ : ٩ وكشف الحقائق ٢ : ٢ .

(٤) فتح القدير ٥ : ٨٥ وابن عابدين ٤ : ٥٣٧ وانظر درر الحكام في شرح غرر الأحكام وغنية ذو الاحكام في بنية درر الحكام .

الرواج والاختلاف في المالية ، وأما الصحة فتكون في ثلاثة صور :

أ - إذا كانت مختلفة في الرواج والمالية فينصرف الى الأروج .

ب- إذا كانت مختلفة في الرواج مستوية في المالية فينصرف الى الأروج .

ج- إذا كان الاختلاف في الاستواء في المالية والاختلاف في الاسم كالمصري والأردني فيتخير المشتري في دفع أيهما شاء (١) .

ومذهب المالكية : أن معرفة وصف الثمن شرط في صحة العقد ، لأن في المبيع بثمن مجهول الصفة غرراً (٢) وتفصيلهم في الثمن كتفصيل الحنفية . فمن باع سيارته بألف دينار فإن كان في البلد صنف واحد من الدنانير فلا انتقال في ذلك ، إذ البيع ينصرف إليها ولا خلاف بين المتبايعين .

أما إذا كان في البلد أكثر من صنف واحد من الدنانير فإن كانت الدنانير متساوية في النفاق فالبيع صحيح ويجبر البائع على قبول الثمن الذي يأتي به البائع وان لم يقبل يكون متعتاً .

وإن كان في البلد أكثر من صنف ولكن السكة الجارية فيه واحدة فالبيع صحيح ، ويجبر البائع على قبول السكة الجارية .

ويجبر البائع أيضاً على قبول إحدى السكك الجارية إذا كانت هي الغالبة ويكون البيع صحيحاً .

أما إذا كان فيه أكثر من صنف وكلها جارية الا أنها مختلفة من حيث القيمة فالبيع فاسد حتى يبين بأي سكة يتناع (٣) .

ومذهب الشافعية : لا يجوز البيع بثمن مجهول الصفة (٤) في موضع ليس فيه نقد متعارف فإن باعه بثمن معين لم يره فعلى قولين :

(١) البحر الرائق ٦ : ٢٠٤ وابن عابدين ٤ : ٥٣٧ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ١٥٩ والمتقى ٥ : ٤١ وتهذيب الفروق ٣ : ٢٧١ والمقدمات المهمات ٢ : ٢٢٤ والفروانين الفقيه .

(٣) المطاب ٤ : ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٤) المهذب ١ : ٢٧٣ والتنبيه ٦٣ .

(١) إذا كان في البلد نقدان أو نقود لا غالب فيها لم يصح البيع هناك حتى يعين نقداً منها (١).

وهذا يمتنع عليه عند أكثر أصحاب الشافعية ، لأنه ليس بعضها أولى من بعض ، فإن قال بعتك بالدنانير التي في بيتي أو في جيب أو الدراهم التي في كيسي ، ينظر : فإن كان قد رأياها قبل ذلك صح .

وإن لم يكن قد رأياها ففيه الخلاف في بيع العين الغائبة . أما إذا قال بعتك بدنانير في ذمتك أو قال بعشرة دراهم في ذمتك ، أو أنه أطلق الدراهم فإنه يشترط العلم بنوعها .

(٢) وإن كان في البلد نقد واحد أو نقود لكن الغالب واحد منها انصرف العقد الى ذلك النقد، وإن قال بهذه الدراهم أو قال بهذه الدنانير وهي مشاهدة صح البيع سواء عملاً قدرها أم لا (٢).

كما ينصرف العقد عند الاطلاق الى النقد الغالب من حيث النوع فيصرف الى أخص من حيث الصفة ، واعتبار الغالب في النقد ، لأن الظاهر ارادتهما له ولذلك إذا غلبت النقود المكسرة فالمكسرة وإذا غلبت النقود الصالح فالصالح (٢) فالغالب هو الذي يعين وإن كان مغشوشاً أو ناقص الوزن (٤) ، وإن أبطله السلطان (٥) لم يكن له غيره بحال ، نقص سعره أم زاد أم عز وجوده .

أما إذا تفاوتت قيمة المكسرة فلا يصح ، قال الزايعي : لو كان المعهود أن يؤخذ نصفه من هذا أو نصفه من ذلك ، أو أن يؤخذ على نسبة أخرى فالبيع صحيح ومحمول على ذلك المعهود وإن كان المعهود التعامل بهذا مرة وبهذا مرة ولم يكن بينهما تفاوت صح .

(١) فإن عين الدراهم والدنانير اتبع وإن عز ، فإن كان الثمن معدوماً أصلاً ولو مؤجلاً أو معدوماً في البلد حالاً أو مؤجلاً إلى أجل لا يمكن فيه نقله إلى البلد بشرطه لم يصح أو إلى أجل يمكن فيه النقل عادة صح ، وإنه بما نقد بمحل العقد وإن كان يتقل إليه لكن لغير البيع فلا (نهاية المحتاج ٣ : ٤١١) .

(٢) الواضح التبيي ٥ : ٨٣ والمجموع ٩ : ٣٦١ ، ٣٦٢ .

(٣) فتح الوهاب ١ / ١٦٠ ومغني المحتاج ٢ : ١٧٠ .

(٤) نهاية المحتاج الرمي ٣ : ٤١١ .

(٥) قليوبي وعميرة ٢ : ١٦٢ .

البيع ، كما لو كان في البلد نقدان غالبان وأطلق (١) ولسو اختلفا في الغلبة أو غيرها قدم مدعى الصحة .

أما لو عقدا على صحيح ومكسر دون بيان قدر الصحيح والمكسر ، كأن قال بعتك بألف صحاح ومكسرة فوجهان :

أصحهما : بطلان البيع لعدم بيان قدرة الصحيح والمكسرة .

الثاني : صحته ليحمل على النصف فكأنه قال بعتك بألف مثقال ذهب وفضه كما يقوله الرافعي ، قال النووي : (قلت) لا جريان له هناك ، والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر (٢) .

أما لو عقدا البيع في بلد ولم يتم قبض النقد حتى لقيه في بلد آخر فدفغ المشتري النقد المعقود عليه فامتنع البائع عن الأخذ فقيه ثلاثة أوجه :

أ — ليس له الامتناع بل يجبر على أخذه ، لأنه المعقود عليه ، وصار حكمه كمن اشترى سيارة بمائة كيل من القمح فلم يقبضه حتى رخص .

ب — لا يجبر البائع على أخذها ويجوز له الامتناع وصار كما لو سلم إليه الثمن في أرض مخوف .
ج — ان كان البلد الذي يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد أيضاً لم يجبر عليه وان كانوا يتعاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه (٣) .

وترى الحنابلة ان الثمن اذا لم يكن معيناً ولا موصوفاً لا يصح البيع فيه ، فلو باعه بدينار مطلق وفي البلد نقود مختلفة من الدينار كلها راجحة لم يصح البيع ، لأن الثمن غير معلوم حال العقد .

أما إذا كان في البلد المعقود فيه نقد واحد صح البيع وانصرف إليه ، لأنه تعين بانفراده وعدم مشاركة غيره له فلا جهالة .

وإذا كان في البلد نقود وأحدها الغالب في الاستعمال والرواج ، فإن الثمن ينصرف

(١) الواضح النبيه في شرح التنبيه ٥ : ٨٤ والمجموع ٩ : ٣٦٣ .

(٢) المجموع ٩ : ٣٦٣ .

(٣) المجموع ٩ : ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

الى الراجح ، لأن مقتضى الاطلاق الانصراف اليه للدلالة القرينة الحالية على ارادته فكأن هذا المطلق معين وعندئذ فان البيع يصح (١) .

وعند الشيعة الامامية يشترط علم الثمن قدرأً وجنسأً ووصفاً قبل ايقاع عقد البيع . فلا يصح البيع اذا كان الثمن مجهول الصفة كمائة درهم وان كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود (٢) .

والإباضية يشترطون معرفة الصفة في الثمن واعتبروا أن الغرر يكون للجهل اما بصفة ثمن أو صفة مضمن ، أو يقدره بقدر واحد من الثمن والمضمن أو أجله أي أجل واحد منهما (٣) . والشعبة الزيدية لا تشترط معرفة الصفة لا للبيع ولا للثمن لأنهما يريان خيار الرؤية وبه يندفع الغرر عندهم (٤) .

جهالة الوصف في الثمن في القانون :

يجب أن يوصف الثمن وصفاً يكون مانعاً للجهالة ، فإذا وقع العقد على نقود ، ووجب أن تكون معينه بنوعها ومقدارها وعلى ذلك فيلتزم المدين أن يؤدي كذا ديناراً أردنياً أو كذا ليرة سورية أو كذا قرشاً ، ويلتزم المدين بأداء هذا المقدار سواء ارتفعت قيمة النقود او انخفضت ، فاذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين واذا ارتفعت كان لمصلحة الدائن (٥) واذا لم يوصف الثمن ، يكون البيع فيه غرراً لوجود الجهالة المانعة من البيع . هذا وقد نصت المادة ١٣٤ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

اذا كان محل الالتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي اثر (٦) .

(١) كشاف القناع ٣ : ١٧٤ والروض السريع وزاد المستق ١٦٨ والتفريح المشيع ١٢٥

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقيه ٣ : ٢٦٤ ط ١ الجف الاشرف .

(٣) شرح النيل ٤ : ٥٤ .

(٤) البحر الزخار ٣ : ٣٢٤ .

(٥) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للستهوري ٣ : ٥٩ - ٦١ .

(٦) مجموعة الاعمال التحضيرية ٢ : ٢١٨ .

صريحا أو دلالة كما اذا قبضة وسكت ، ولكل واحد من المتعاقدين فسحه ، فان باع المبيع بعقد فاسد جاز وعليه قيمته يوم قبضه ان كان من ذوات القيم أو مثله ان كان مثليا (١).
وللبائع أن يرجع في العين مع الزيادة المتصلة والمنفصلة ، اما اذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا يمنع الرجوع (٢) فليس له رد المبيع بل للبائع أخذ قيمته (٣) .
أما الأئمة الثلاثة اذا ملك المبيع يبيعا فاسدا لم يملكه بالاتفاق (٤).

وبذلك فان من باع سلعة ولم يذكر ثمنها فالبيع فاسد عند الأئمة الثلاثة وعند الحنفية يتعقد بغير ذكر الثمن اذا حصل القبض .

أما ابن تيمية : فقد أجاز البيع بدون ذكر الثمن وتقديره . وقد أورد أدلة على جواز بيعه ورد على من يقول ببطان البيع ، بأنه مخالف للنص وللقياس وللمعقول وليس هذا من الغرر الذي نهى عنه النبي ﷺ واليك ما استدلل به :

- ١ - ثبت في الصحيح (أنه اشترى من عمر بعيره ووهبه لعبد الله بن عمر ، ولم يقدر ثمنه)
- ٢ - قوله تعالى: (فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمُ فَاتَّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ) (٥) والمرجع في الأجور الى العرف وكذلك في المبيع .

فقد ذكر عن أحمد أنه يجوز أن يأخذ بالسعر من القاسمي (٦) وغيره ، فيجوز الشراء بالعوض المعروف .

- ٣ - القياس على النكاح : فقد صح أنه يجوز التزوج بالعوض المعروف ، ويكون مهرها مهر مثل قريباتها من النساء وصفاتها المقصوده من كل وجه متعذر ، حتى ولو وجدت الصفات المقصوده فانما رغب بذلك المهر شخص أو شخصان ، وهذا

(١) الاختيار لتعليل المختار ٢ : ١٩٧ .

(٢) اشترى جارية بكرا فافض بكارتها .

(٣) وكذلك لو غرس البائع الارض المبيعة يبيعا فاسدا أو بنى ليس البائع استرجاع الارض ويأخذ قيمتها وقال ابو يوسف ومحمد : يتقض البناء ويقلم الغرس ويرد الارض على البائع . الاختيار لتعليل المختار ٢ : ١٧٩ .

(٤) راحة الامة في اختلاف الأئمة ١ : ١٦٥ :

(٥) سورة الطلاق ٦ .

(٦) القاسمي : باع السكر ، وهو المعروف اليوم بالبقال .

لا يثبت به عرف عام كما ثبت في البيع والاجاره .

وعلى هذا اذا جاز النكاح بلا تقدير مهر، فيجوز البيع والاجارة بلا تقدير ثمن وأجرة بل بالرجوع الى السعر المعلوم ، والعرف الثابت : أولى وأحرى ، وعلى هذا عمل المسلمين دائما ، لا يزالون يأخذون من الخباز والخبز واللحم والجم ولا يقدرون الثمن ، بل يتراضيان بالسعر المعروف . ويرضى المشتري بما يبيع به البائع لغيره من الناس . واذا تراضيا بالسعر فهو بمنزلة رضى المرأة بمهر المثل ورضى الواهب بالقيمة ولا يجب هنا الا ذلك .

ويتساءل ابن تيمية عن هذا العقد : هل هذا عقد لازم بمجرد أم لا يلزم الا اذا قدر العوض ؟ فقال : (والذي ينبغي أن هذا عقد لازم اذا تفرقا عن تراض . لأن هذا رضى بما يرضى به الناس في العادة ورضاه بهذا أبلغ من رضاه بما يتفقان عليه من غير أن يعلم السعر عند الناس ، اذا كان هذا يدخل فيه الغبن والغش ، بخلاف التبايع بالسعر فإنه لا غبن فيه ولا عش وهذا قياس لزوم النكاح اذا رضيت بمهر المثل) .

فهذه الامثلة التي ضربها ابن تيمية تدل على جواز البيع بالسعر وهو ثمن المثل كالاجارة بمهر المثل والنكاح بمهر المثل ، وبهذا تكون الشريعة متناسبه معتدله تسوى بين المتماثلات ، وتفرق بين المختلفات ، ومن عامل الناس بما استنقلوا ونفرو منه فإنه من المنكر لا من المعروف مثل : اشتراط صبيغ العقود ، وتسمية مقدار الثمن وغير ذلك (١) .

أما من قال ان النكاح مع نفي المهر باطل فانما يكون ذلك في الشغار .

وقد سار على طريقه تلميذه ابن قيم الجوزية بجواز البيع من غير تقدير الثمن وقت العقد (٢) .

(١) نظرية العقد لابن تيمية ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٧١ ، ١٧٢ .

(٢) اعلام الموقعين ٤ : ٥ - ٦ .

المطلب الثاني

البيع بالرقم

والرقم : يسكون القاف ، علامة يعرف بها مقدار ما يقع به البيع من الثمن ، فإذا لم يعلم المشتري ينظر : ان علم في مجلس البيع نفذ ، وان تفرقا من المجلس قبل العلم بالثمن بطل البيع (١) وهذا غير مسلم به لأن هذا فاسد يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل (٢) .

وعند زفر لا يجوز البيع وان علم به بعد الاقتران . وحجة زفر : أن البيع اذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع الفساد ، أما أبو يوسف ومحمد وأبو حنيفة فتحجتهم أنه ينظر الفساد ، فان كان قويا بأن دخل في صلب العقد وهو البطل أو المدلل لا يحتمل الجواز برفع الفساد وهذا يوافق رأي زفر (٣) وان كان الفساد ضعيفا ، لم يدخل في صلب العقد بل في شرط جائر فسان الجواز يكون برفع الفساد كما في البيع بشرط خيار لم يوقت (٤) .

والذي رجحه الكمال بن الهمام بأن البيع بالرقم فاسد لا باطل ، لأن الجهالة تمكنت في صلب العقد ، وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصارت بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوازه فيا اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي (٥) .

وللمشتري الخيار اذا أخبره البائع برقمه ليكشف الحال له ، لأن البيع انما يظهر

(١) ددر الحكام في شرح غرر الاحكام ٢ : ١٧٦ .

(٢) غنية ذوي الاحكام ٢ : ١٧٦ .

(٣) كمن باع عبدا بألف درهم ورطل من خمر .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ١٧٨ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٤١ .

كونه رابحاً أو خاسراً في حقه إذا علم بالثمن وصار حكمه كما لو اشترى شيئاً لم يره ثم رآه (١).

وعند الشافعية : قال النووي : والرقم هو الثمن الذي هو مرقوم به عليها (٢) . فان البيع بالرقم اما أن يكونا عالين واما أن يكونا جاهلين ، أو أحدهما ؛ فان كانا عالين يقدره فالبيع صحيح بلا خلاف ، وان كانا جاهلين أو أحدهما يجهل والآخر يعلم فطريقان :

(١) لا يصح البيع وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من الخراسانيين لأنه غرر . وهذا الرأي هو الاصح عند الشافعية لأنه غرر (٣) .

(٢) ينقسم الى رأيين :
أ) يوافق الوجه الاول وهو الاصح .

ب) ان علما ذلك القدر قبل تفرقه من المجلس صح البيع ، وهذا يوافق جمهور الحنفية ما عدا زفر :

وزادت الشافعية رأياً ثالثاً ومفاده أنه يصح مطلقاً للتمكن من معرفته ، وصار كما لو قال : بعث هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح البيع وان كانت جملة الثمن في الحال مجهولة حكاه الرافعي .

قال النووي : وهذا الرأي ضعيف شاذ (٤) .
وعند الحنابلة : قال أحمد (ولا بأس أن يبيع بالرقم ، ومعناه : أن يقول بعثك هذا الثوب برقه وهو الثمن المكتوب عليه ، اذا كان معلوماً لهما حال العقد) . وقد كره هذا البيع طاووس .

ويبيع الرقم عند الحنابلة بيع معلوم الثمن فأشبه ما لو ذكر مقداره أو كأن يقول : بعثك هذا بما اشتريته به وقد علما قدره . واذا كان الرقم غير معلوم لهما أو لأحدهما لم يصح البيع ، لأن الثمن مجهول وهذا يوافق الرأي الاول عند الشافعية (٥) .

(١) - المصنوط ١٣ : ٤٩ .

(٢) - المجموع ٩ : ٣٦٦ .

(٣) - المهذب للشيرازي ٢ : ٢٧٣ .

(٤) - المجموع ٩ : ٣٦٦ .

(٥) - المغني لابن قدامة ٤ : ١٤١ ، ١٤٤ .

وإين تيمية يدلل على صحة بيع الرقم ، بأنه اذا علم المشتري قدر الرقم لم يشكّل هذا على أحد ولكن الرقم الذي رقه البائع ولم يعلم المشتري بقدره كذلك ، فان كثير امن المتاع كالمناجى المحلوب من الموصل في زمانه - كان يباع بالرقم ويذكر عن أحمد أن المتاع المحلوب من فارس اذ ذلك كان يباع بالرقم ولا يباع مساومة ولا مزايده والمشتري يرضى بخبرة البائع وهذا لا وجه لمنع ، لأنه لو وكل وكيل يشتري له شيئاً جاز وكذلك اذا وكله ليبيعه له وان لم يعين الثمن لواحد منها ، والبيع والشراء بضمن المثل جائز بالاتفاق وكذلك سائر المعاوضات ، لأن الموكل رضي بخبرة الوكيل وأمانته والمشتري بتخبير الثمن قد رضي بأمانة البائع ، وكذلك يرضى بخبرته أكثر مما يرضى بخبرة الوكيل لأن البائع يشتري لنفسه ، والوكيل يشتري لغيره ، ومن المعلوم ان اجتهاد التاجر لنفسه أبلغ في العادة من اجتهاد الوكيل لموكله ، ولهذا السبب فان العادة جرت بأن يرضوا بالبيع بتخبير الثمن أكثر مما يرضون بالمساومة لأن تخبير الثمن يكون قدرضى بخبرة التاجر البائع وشرائه لنفسه ، وهو أبلغ مما يوكله وهو تاجر يشتري لنفسه ليربح ، وفي العادة لا يشتري الا بضمن المثل وأنقص ، ومن عادة الجاهلين بالقيم أن يشتروا بتخبير الثمن ، بخلاف المساومة فانه يعود فيها الى خبرة نفسه ، ومن يجهل القيم لم يكن له خبرة يرجع فيها الى نفسه فيغن (١) .

وعند الظاهرية لا يجوز البيع بالرقم ولا أن يغر أحدا بما يرقم على سلعته لكن يسوم ، ويطلب البائع الزيادة على قيمة ما يبيع ويبينها للمشتري ويقول : إن طابت نفسك بهذا والا فذع (٢) .

الرأي المختار :

ان البيع بالرقم بيع صحيح ، لأنه بيع معلوم الثمن ، لأنه يشبه الثمن المقدر المذكور صراحة ، لأن الثمن مكتوب عليه ، فما الفرق بين الكتابة والطق ؟ والكتابة احدى أدوات التعبير . والقاعدة تقول : الكتاب كالخطاب . أما اذا كان الرقم مجهولاً لها أو لأحدهما فان البيع لا يصح ، لأن الثمن مجهول ، وهذا رأي الحنابلة وأحد الآراء عند الشافعية . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) نظرية العقد لابن تيمية ٢٢٠ - ٢٢٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ٩ : ١٥ .

المطلب الثالث

بيع الاستجرار^(١)

اعتاد بعض الناس أن يتعامل مع بقال أو لحام ولا يتفقدان على ثمن معين فيما بينهما وفي نهاية الشهر يدفع له الحساب حسب السعر الذي كان موجوداً في السوق وقت الشراء فهذا ممنوع عند جمهور الفقهاء .

وعند الحنفية : أن من شرائط العقود عليه أن يكون موجوداً ، فلم يتعقد بيع المعدوم وقد ذكر ابن نجيم . أن مما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة (ما في القنية الأشياء التي تؤخذ من البيع على وجه الخرج كما هو العادة عن غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعدنا انعدمت صح بيع المعدوم هنا) (٢) .

وخرجها بعض الفضلاء ، ليس هذا من بيع المعدوم وإنما هو من باب ضمان المتلفات باذن مالكها عرفاً تسهلاً للأمر ودفعاً للخرج كما هو العادة .

ويمكن تخريجها على فرض الأعيان ، ويكون ضمانها بالثمن استحساناً ، وخرجها في النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعاً بالتعاطي وأنه لا يحتاج في مثله الى بيان الثمن لانه معلوم ، وقال الحصكفي ، ما يستخرجه الانسان من البيع اذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً (٣) .

وفي الواجبة رجل دفع دراهم الى خباز فقال . اشترت منك مائة من خبز وجعل

(١) الاستجرار : هو المعروف في زماننا اليوم بالحساب الجاري .

(٢) البحر الرائق ٥ : ٢٧٩ .

(٣) الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ٤ : ٥١٦ .

يأخذ كل يوم خمسة أمعاء فالبيع فاسد وما أكل فهو مكروه . لانه اشترى خبزاً غير مشار
اليه بعقد البيع فكان البيع مجهولاً فاذا أكل كان الأكل بحكم عقد فاسد (١) .

الا أن عبارة النهر مبنية على أن الثمن معلوم وبهذا لا يكون من بيع المعدوم لانه
كلما أخذ شيئاً انعقد بيعاً بشمنه المعلوم .

ويرى ابن عابدين أن ثمن الخبز معلوم ، فاذا انعقد بيعاً بالتعاطي وقت الأخذ مع
دفع الثمن قبله فكذا اذا تأخر ودفع الثمن بالأولى (وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوماً
وقت الأخذ مثل الخبز واللحم ، أما اذا كان ثمنه مجهولاً فانه وقت الأخذ لا انعقد بيعاً
بالتعاطي لجهالة الثمن ، فاذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف
فيه على وجه التعويض عنه لم انعقد بيعاً ، وان كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لا
انعقد بالنية ، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته ، فاذا توافقا على شيء بذلك
المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ لكن يبقى الاشكال في جواز التصرف فيه اذا كان قيمياً
فان فرض القيني لا يصح فيكون تصحيحه هنا استحساناً كقرض الخبز والحميرة ، ويمكن
تحريره على انهبة بشرط العوض ، أو على المقبوض على سبب الشراء (٢) . وعند الخنابلة :
وقد ذكر أحمد أنه يجوز أن يسأخذ السعر من الفامي (٣) وغيره
فيجوز الشراء بالعوض المعروف (٤) .

أما ابن تيمية فقد رأيناه ، أنه يجوز البيع بكون اشتراط تسمية الثمن ، وأنه يجوز
البيع بالسعر المعلوم والعرف الثابت : فيقول : (وعلى هذا عمل المسلمين دائماً لا يزالون
يأخذون من الخبز اللحم والنعم ومن الفامي الطعم ، ومن الفامي الفاكهة
ولا يقدرون الثمن ، بل يراضيان بالسعر المعروف ، ويرضي المشتري بما يبيع به البائع
لغيره من الناس ، وهذا هو المسترسل ، وهو الذي لا يماكس ، بل يرضى بما يبتاع به غيره
وان لم يعرف قدر الثمن ، فيبعه جائز اذا أنصفه ، فان غبته فله الخبز) .

(١) البحر الرائق ٥ : ٢٩٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥١٦ .

(٣) الفامي : هو البقال في زماننا .

(٤) نظرية العقد لابن تيمية ١٦٤ .

المطلب الرابع

البيع بما باع به فلان أو بما يبيع به الناس

ترى الحنفية أنه لا يجوز البيع اذا كان الثمن مجهولا وجعل تقديره بمثل ما باعه فلان ولم يعلما به حتى افترقا ، أما اذا علما به في المجلس ، فلا يبطل البيع بشرط أن يكون للمشتري الخيار (١) .

وعند المالكية أن البائع لو قال للمشتري بعثك هذه السلعة بما تحكم به أو بما ترضى به أنت من الثمن فيقول المشتري اشتريتها على ذلك ثم يفرض المشتري الثمن بأن يقول رضيت أن الثمن كذا أو يقول الاجنبي حكمت بأن الثمن كذا فهذا بيع فاسد للفرق (٢) .
وإذا قال أخذت منك هذه السلعة بمثل ما يبيعه الناس كان البيع فاسدا ، لان المسمى مجهول الجنس والقدر والصفة ، وكذلك فان الناس يتفاوتون في المبيعة من بين مسامح ومستعص ، واذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال (٣) .

البيع بحكم اجنبي أو أحد المتبايعين :

واذا ترك تقدير الثمن الى أحد المتبايعين ، بأن قال له اشترت منك هذه السلعة بما تحكم بها من الثمن فان هذا البيع لا يجوز ، أو بما يحكم به الاجنبي ، أو بما ترضى به أنت أو بما يرضى به الاجنبي فيقول له البائع بعثك بذلك ثم يحكم البائع أو الاجنبي بثمان يذكره

(١) البحر الرائق ٥ : ٢٩٧ ، وفتح القدير ٥ : ١٨٥ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٥٥ ، ٥٦ .

(٣) المبسوط للرخي ١٣ : ٧ .

أويقول البائع رضيت بأن يكون الثمن كذا فلا يجوز البيع (١) .
أما الامامية فقد ورد عنهم رواية شاذة بجواز تحكيم المشتري والحكم ملزم له
بالقيمة وما زاد (٢) .

- (١) ويذكر الدسوقي تفريقاً بين الحكم والرضا : أن الحكم يرجع للالزام بمعنى أن الحكم يلزمها الثمن الذي حكم به جبراً عليها بخلاف الرضا فإنه لا يلزمها الثمن الذي رضيه ، بل إن رضياً به فيها ونعمت ، وإلا رجعا عن ذلك الثمن لما يرضيان به وليس له الالتزام ، وهذا القول لا يتأني قول المصنف بالالزام لأن مراده بالالزام لأصل العقد وأما الثمن فقد يكون موقوفاً على ما يرضيان به ، وإنما جمع المصنف بين الحكم والرضا نظراً لكون العاقد قد يعبر بهذا ، وقد يعبر بهذا فاندفع ما يقال كان الأولى حذف الرضا لأن الحكم أخص منه فيلزم من الحكم بشي ، الرضا به فتأمل : الدسوقي على الشرح الكبير : ٥٦ والأصل لمحمد بن الحسن الشيباني : ٨٩ والمنتقى للباي : ٥ : ٤١ والقوانين الفقهية لابن جزي : ٢٤٨ .
- (٢) الروضة البهية شرح اللمعة دمشقية ١ : ٢٨٥ .

المطلب الخامس

بيع التولية والمرابحة والوضيعة والمسترسل

المطلب الخامس

بيع التولية والمرابحة والوضيعة والمسترسل

تمهيد :

هذه الأنواع من البيوع تسمى ببيعات الامانة فقد جعل الشارع لها سياجاً من الحرمة لكي يفرض على الناس الامانة في التعامل الى أبعد المدى ولا يسمح فيها بأي غش أو خداع ومن كذب فيها يعتبر خائناً وغاشاً وغاراً ، وجعل الشارع هذه البيعات لافساح السبيل لمن قلت خبرته في التعامل ، وأن يتوقى غش الناس وخداعهم بأن يتبايع معهم على ضوابط و حدود مرسومة من قبل الشارع ، ومن تجاوزها يعتبر مغرراً . وهكذا يتقدم الفقه الاسلامي لمعونة من هو في حاجة الى الحماية يدفع عنه الاذى ويرفع عنه الغبن .

وهذه البيعات جعل مردها الى ضمير البائع يحتكم اليه ومراقبة الله والخوف من يوم تفتضح الناس بأعمالهم فلا ينفع فيه مال ولا بنون مما يجعل المشتري يتابع منة السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فاما أن يعطيه نفس المبلغ الذي اشترى السلعة به ويسمى هذا البيع بالتولية ، واما أن يزيده مقداراً معلوماً من الربح ويسمى مرابحة ، واما أن ينقصه عن الثمن الذي اشترى به السلعة ويسمى البيع وضيعة ، واما أن يشركه في السلعة اذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن ويسمى اشراكاً .

وعلى هذا فان مدار هذه البياعات كلها على معرفة رأس المال لهذه السلعة وهو الأساس الذي تقوم عليهم هذه الصفقة ، ولذلك فلا بد للبائع من أن يقضي بكل ما تقتضيه الامانة ونزاهة التعامل من بيان وتفصيل ، ومن المعلوم أن المشتري انما يعقد الصفقة على أساس نزاهة البائع وأمانته ولا يرضى عنها بديلاً ، فان اختلت أمانة البائع انتقضت الصفقة ، لأنه وثق بأمانته ، فجرد الكذب منه يكون غشاً وغرراً ويزعزع التعامل في أساسه ، ولذا فانه يطلب من البائع أن يدلي ببيان مفصل عن الثمن من حيث انه مؤجلاً أو معجلاً ؟

منجما أو مقسطا ، نقدا أو مقابل دين عليه ، وهل كان هذا الشراء عن طريق المماكسة أو عن طريق المصالحة وهل بقيت السلعة على ما كانت عليه وقت الشراء أم أنه تغير ، وهل كان التغير نتيجة لعمل منه أو من غيره أو أنه كان قضاء وقدرًا . ؟
والبيع هذا إما أن يكون قبل نقد الثمن أو بعد نقد البائع الثمن فإن كان قبل النقد ، فقد اختلف الفقهاء فيها .

ف عند الشافعية : من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس مالها أو أقل منه أو أكثر من البائع وغيره قبل نقد الثمن وبعده .

أما مالك وأبو حنيفة وأحمد : فلا يجوز بيعها من بائعها بأقل من الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في البيع الأول .

وكره ابن عباس وابن عمر بيع المراجعة ، ومنع البيع اسحق بن راهويه (1) .

(1) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١ : ١٧٦ .

الفرع الأول

بيع التولية

وعند الحنفية أن التولية هو نقل ما ملكه بالعقد الاول من غير زيادة ربح وبيع التولية جائرة بالنص كما يلي :

(١) عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ قال : التولية والاقالة والشركة سواء لا بأس به (١) .

(٢) وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر رضي الله عنه بعشرين فقال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هولاك بغير شيء فقال عليه الصلاة والسلام أما بغير ثمن فلا (٢) .
أما التولية بأن يقول البائع للمشتري ولينك هذه السلعة بما اشتريتها أو بما قامت علي ، أو يقول المشتري ولني سلعتك بما قامت عليك أو بما اشتريتها فهذه فاسدة لا تجوز لجهالة الثمن ، أو أن المشتري أو البائع خصص مقدارا من الربح أو تقيصة عن رأس المال مجهول .

أما اذا اطلع المشتري على خيانة في التولية أسقطها من الثمن عند أبي حنيفة ولا خيار له ، وقال أبو يوسف رحمه الله يحط وقال محمد رحمه الله بخير ، وحجة محمد رحمه الله ، أن الاعتبار ليس الا للتسمية ، لأن الثمن به يصير معلوماً وبه يتعقد البيع ولا خيار له في الثمن الأول لانه لا يتعلق الانعقاد به ، وانما هو ترويح وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف الكتابة والحياطة وبفوات هذا الوصف فانه يتخير لظهور أن الثمن ليس ذلك . (٣)

(١) فتح القدير ٥ : ٢٥٣ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

(٣) الهداية مع فتح القدير ٥ : ٢٥٤ وانظر بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٦ .

وجه قول أبى يوسف : أن الثمن الاول أصل في بيع التولية فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت تسميته وبقي العقد لازماً بالثمن الباقي .
ولأبي حنيفة : أن الخيانة في التولية تخرج العقد عن كونه تولية ، لأن التولية بيع بالثمن الاول من غير أن يكون في رأس المال زيادة أو نقصان ، وبالخيانة قد ظهر التقصان في الثمن الاول ، فلو أثبتنا الخيار لأخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة ، وهذا انشاء عقد آخر لم يراضيا عليه ، وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقي (١) .
وعند المالكية أن بيع التولية يجوز مطلقاً الا في الطعام قبل قبضه ، ويشترط في صحة التولية عندهم أمران : أ — أن يقدر دين بأن يعلم قدره لانه ثمن للمصير (بالتفتح) :
ب — الانجاز لقبض ما تصيرا .

وعلى هذا بالنسبة للشرط الأول أنه إذا لم يعرفا معاً أو أحدهما قدر الدين لم يجوز ، لأنه مبيعة فلا يجوز مع جهل العرضين أو أحدهما . ومفهوم الشرط الثاني : أنه ان تأخر القبض للشيء المصير ولو لبعضه ، لأن الصفقة اذا بطل بعضها بطلت كلها ، وكذلك اذا كان المصير غير معين كأن يصير له في الدين الذي عليه عرضاً أو حيواناً أو طعاماً موصوفاً فيمنع (٢) .
أما اذا كانت التولية بأن وليت شخصاً ما اشترت من السلع بمثل الثمن الذي اشترى به ولم تذكر له ثمناً ولا مشئناً فانها تجوز ان لم تلزمه المبيع وللمشتري الخيار اذا رآه وعلم الثمن وسواء كان الثمن عيناً أو عرضاً أو حيواناً وعليه مثل صفة العرض ، لأن التولية مبناها على المعروف تلزم المولى (بالكسر) ولا تلزم المولى (بالتفتح) الا برضاه (٣) .

وعند الشافعية : اذا اشترى شخص شيئاً بمثلي ثم قال : — بعد قبضه ولزوم العقد وعلمه بالثمن قدراً وصفة ، ولو طرأ عليه له بعد الايجاب بوقبل القبول كما قال الزركشي سواء كان باعلامه أو غيره — وليتك هذا العقد بما اشترت أو سكت ، أو وليتك فقبل لزمه مثل الثمن جنساً وقدراً وصفة .

وعلى هذا لو كان الثمن مؤجلاً ثبت في حقه مؤجلاً بقدر ذلك الاجل من حين التولية وان حل قبلها لا من العقد ، وأما المتقوم فلا تصح التولية فيه الا بعد انتقاله للمتولي ليقع على عينه (٤) .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥ : ٢٢٦ .

(٢) البهجة في شرح التلحة ٢ : ١٥٠ ، ١٥١ .

(٣) الدسوقي عل الشرح الكبير ٣ : ١٥٨ .

(٤) نهاية المحتاج للرمل ٤ : ١٠٦ - ١٠٨ .

وعقد التولية بيع في سائر شروطه كالتقاضي في الربوي والقدرة على التسليم ، لان حد البيع صادق عليه وترتب عليه جميع أحكام البيع ، وللمولى مطالبة المتولى بالثمن مطلقاً وهو كذلك .

وعقد التولية عند الشافعية لا يحتاج الى ذكر الثمن بل يكفي العلم به عن ذكره ، لأن خاصيته البناء على الثمن الاول وان لزمه أحكام البيع ، ولو حط عن المولى بعض الثمن انحط عن المولى (بفتحها) لان خاصة التنزيل عن الثمن الاول ، واذا كان الحط لبعض المبيع قبل التولية لم تصح الا بالباقي ، أما لو كان الحط للكل قبل التولية ولو بعد اللزوم أو بعد التولية وقبل لزومها لم تصح لانها بيع بلا ثمن .

ما لو كان الحط لكل الثمن بعد التولية وبعد لزومها أصحت وانحط الثمن عن المتولى لانها في حق الثمن كالبناء وفي حق الملك كالابتداء حتى تتجدد فيه الشفعة .

قال ابن الرفعة (وظاهر كلامهم أنه لا فرق في التولية بين كون الثمن حالا وكنونه مؤجلاً وفيما اذا كان الثمن مؤجلاً ووقعت بعد الحلول نظر ، فيجوز أن يقال يكون الأجل في حق الثاني من وقتها وان يقال يكون من حين العقد الاول فيلزمه الثمن حالا ، والأول أشبه لأن الأجل من صفات الثمن ، وقد شرطوا المثلية في الصفة (١) .

وعند الحنابلة : التولية هو البيع بمثل الثمن الذي اشترى به من غير نقص ولا زيادة ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية لأنه منفرد بمعناه (٢) فيقول البائع وليتكه أو بعته برأس ماله أو بما اشترته به .

وعند الامامية : هي اعطاء المتاع برأس المال فيقول أوليتك وبعتهك وشبهه فيقول قبلت التولية أو البيع ، وهي نوع من البيع ولا خلاف في جوازه ، الا أنه اذا اشتراه بعرض لم يجز التولية بل لا بد أن يكون الثمن مثلياً ليأخذ المولى ثمن ما بذله (٣) .

وعند الشيعة الامامية : التولية كالمرايحة في جميع ما مر الا أنها بغير زيادة بل بالثمن الأول ، وتتعد التولية بلفظ البيع كما ان البيع يتعد بلفظ التولية ، ويجوز ضم المؤن كما مر . والخيار يثبت فيما اذا ظهر فيها الخيانة الا أنه يكون في الباقي ، مثال التولية عندهم أن يقول وليتك ويقبل الآخر ولو لم يذكر الثمن لانه في حكم المنطوق به ، والخيانة في العقد

(١) معنى المحتاج ٢ : ٧٦ - ٧٧ .

(٢) الكافي ٢ : ٩٩ والمني لابن قدامة ٤ : ١٣٢ .

(٣) مفتاح الكرامة ٤ : ٤٩٣ ، ٤٩٤ وشرائع الاسلام ١٧٨ .

هي عدم التبيين لأي أمر، كما لو اشترى ذلك بأكثر من قيمته رغبة منه ولم يبين أو اشتراه مؤجلا ثم باعه معجلا ، أو أن المبيع قد تغيب عنده أو نقص أو كان الشراء ممن يحاييه كولدته ، أو تقدم عهد المبيع ولم يبين هذه الأمور للمشتري فان هذه الأمور خيانة توجب الخيار للمشتري في المبيع الباقي، فاما أن يرضى بذلك ولا أورش أو يفسخ التولية ولا أورش في البيع الثالث (١) .

وعند الاباضية : فقد ذكروا التولية بأنها تصبير الشيء قريبا من غيره أو متصلا حسا أو معنى ، وهذا من ناحية اللغة .

ومن ناحية الاصطلاح : تصبير مشتريا ما اشتراه لغيره من بائع أو غيره بمثل ثمنه في الجنس والمقدار لا بما خالف جنسه ولا بأقل ولا بأكثر ، والتولية عند الاباضية ليست بيعا . ومفهوم التولية : أن يجعل المشتري تاليا للأمر الذي تولاه من بائعه وكأنه قال : جعلتك قائما بمنزلي في الشيء الذي اشتريته من فلان أو من غيري (٢) .

(١) البحر الرخار ٣ : ٢٧٩ والازهار ٣ : ١٦٣ والتاج المنهب ٢ : ٤٧٤ .

(٢) شرح التليل ٤ : ٥٢٩ - ٥٣٠ .

الفرع الثاني

بيع المراجحة

معنى بيع المراجحة :

بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح (١) الا أن الاباضية تجيز المراجحة وان خالف رأس المال .

شروط بيع المراجحة :

وعند الحنفية :

١) أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني ، لأن المراجحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الأول شرط صحة البياعات ، فإذا لم يكن الثمن الاول معلوما فالبيع فاسد الى أن يعلم في المجلس فيختار المشتري ان شاء وعندئذ يجوز البيع وان اختار الترك فالبيع يطل ، والفساد انما يكون لجهالة الثمن ، وأما ثبوت الخيار فلخلل الرضا لأن الانسان قد يرضى بشراء شيء بثمان يسير ولا يرضى بشرائه بثمان كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن ، وعدم المعرفة يخلل رضاه وبهذا الاختلال يوجب الخيار ، واذا حصلت المعرفة بعد التفرق عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد .

٢) أن يكون الربح معلوماً ، لأنه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات (٢)

٣) أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال ، لأنه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه

(١) البدائع ٥ : ٢٢٠ والشرح الصغير للردري على هامش بلغة السالك ٢ : ٧٧ ومغني المحتاج ٢ : ٧٧

وكشاف القناع ٣ : ٢٢٠ وشرح النيل ٤ : ٥٨٣ والنساج المذهب ٢ : ٤٦٨ ، ومفتاح الكرامة .

٤ : ٤٨٦ والدسوقي على الشرح الكبير ٢ : ١٥٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٠ والحاوي للهاوردي ٥ : ٣٨٢ .

بالقيمة وهي مجهولة ، والمراد بالمثلثي : الكيلبي والوزني والمعدود والمتقارب . ويذكر ابن نجيم أن عبارة المجمع أولى وهي (ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثلياً أو مملوكاً للمشتري والربح مثلي معلوماً) (١) فالمثلثي تصح المراجعة فيه سواء كان الربح من جنس رأس المال في المراجعة أو من خلاف جنسه بعد أن كان الثمن الأول معلوماً والربح معلوماً ، أما إذا كان رأس المال مما لا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مراجعة ، لأنه إما أن يقع البيع على غير ذلك العرض ، وإما أن يقع على قيمته وعينه ليس في ملكه وقيمه مجهولة تعرف بالخرز والظن لاختلاف أهل التقويم فيها .

٤) أن لا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا ، لأن المراجعة تكون بالثمن الأول وزيادة جزء معين والزيادة في أموال الربا تكون ربا لا ربحاً .

أما إذا كان الربح من خلاف الجنس فلا بأس بالمراجعة ، كمن اشترى ديناراً بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز لأن المراجعة بيع بالثمن الأول .

٥) أن يكون العقد الأول صحيحاً فإن كان فاسداً لم يجز بيع المراجعة ، لأن المراجعة بيع بالثمن الأول مع زيادة والبيع الفاسد وإن كان يفيد الملك بعد القبض لكن إنما يكون بقيمة المبيع أو بثله لا بالثمن لفساد التسمية (٢) .

رأس المال وما يلحق به :

فرأس المال ما لزم المشتري بالعقد لا ما نقده بعد العقد لأن المراجعة بيع بالثمن الأول (٣) والثمن الأول هو ما وجب بالبيع ، فأما ما نقده بعد البيع فقد وجب بعقد آخر لا بالعقد الأول فيأخذ من المشتري الثاني الواجب بالعقد لا المتقود ، فلو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ونقد مكانها ديناراً أو ثوباً فرأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب .

والذي يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق العنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب اعتباراً للعرف ، لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس

(١) البحر الرائق ٦ : ١١٨ والبدايع ٥ : ٢٢١ والمتقى ٥ : ٥٠ .

(٢) بدائم الصنائع ٥ : ٢٢٢ .

(٣) ومعلوم عند الحنفية أن ما زاد أو نقص بعد العقد فإنه يلتحق بأصل العقد ، والمراد هنا الثمن المتفق عليه لا ما دفعه بدله .

المالك ويعدونها منه ، الا أن البائع لا يقول اشتريته بكذا بل يقول قام علي بكذا لأن الأول كذب والثاني صدق ، وما جرت عادة التجار عدم الحاقه به لا يلحق برأس المال كأجرة الراعي والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الأبق والفداء عن الجنايه وما أنفق على نفسه وعلى الرقيق من تعليم وصناعة أو قرآن أو شعر (١) .

وعند المالكية فلهم في ذلك تفصيل جميل حيث ذهب اليه ابن رشد الحفيد فقسمه الى ثلاثة أقسام :

(١) يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ .

(٢) يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وهو الذي لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التي توضع فيها .

(٣) لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح ، وهو ما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمرة والطي والشد .

وقال أبو ثور : لا تجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط ويفسخ عنده ان وقع قال لأنه كذب باعتبار أنه يقول للمشتري ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك وهو من باب الغش (٢) .

وعند الشافعية لا بد من الاخبار بالثمن مع نفس العقد ، وعندئذ فلا يخلو حال البائع من ثلاثة أحوال :

(١) اما أن يكون أراد الاخبار بالثمن وحده وكان قدره مائة درهم فله الاخبار عنه باحدى ثلاث عبارات : اما أن يقول اشتريته بمائة درهم ، أو يقول رأس مالي فيه مائة أو يقول قام علي بمائة فبأي عبارة من هذه العبارات الثلاث عبر عنه جاز .

(٢) أو أراد الاخبار بثمنه وبمؤنثه لزمته عليه من صبح أو قصارة أو علوفة ماشية أو أجرة حمولة كأن اشتراه بمائة درهم ولزمته مؤونة الصبغ أو القصارة عشرة دراهم فله

(١) بدائع الصنائع ٥ : ٢٢٢ - ٢٢٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢ : ٢٣١ ، ٢٣٢ .

أن يخبر عن المبلغ بأحدى العبارات الثلاث: وهو أن يقول قائم علي بمائة وعشرة دراهم، ولا يجوز أن تقول اشتريته بمائة وعشرة ولا أن تقول رأس مالي فيه مائة وعشرة ، لأن رأس المال في المبيعات عرفاً هو الثمن الذي عقد به البيع .

(٣) وان أراد الاخبار بثمنه مع عمل عمله فيه بنفسه مثل أن يشتره بمائة ويقصره بنفسه قصارة قدر أجزائها عشرة لم يجز أن يخبر فيه بأحدى هذه العبارات الثلاث فلا يجوز أن يقول اشتريته بمائة وعشرة ولا رأس مالي فيه مائة وعشرة ، ولا يقول قام علي بمائة وعشرة ، لأن عمل الانسان لنفسه لا يقوم عليه ، وانما يقوم عليه عمل غيره ، ولذلك فليس له أن يخبر بأحدى العبارات الثلاث بل يقول : اشتريته بمائة وعملت فيه بنفسي عملاً يساوي عشرة ، وأريح في كل عشرة واحداً فيسلم من الكذب ويصل الى الغرض) (١) .

جعل الربح بنسبة واحد في العشرة :

وعند الحنفية اذا باع الثوب بربح ده يازده (٢) أي العشرة بأحد عشر لم يجز البيع إلا أن يعلم الثمن في المجلس فيخسبر (٣) أما ان كان العوض مثلياً أو العوض قيمياً مملوكاً ، والربح معلوماً قيمياً مشاراً اليه فانه يصح البيع لانقضاء الجهالة ، وعلة عدم الجواز أنه باعه برأس المال ببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال .

فاذا كان الثمن الأول عشرين كان الربح بزيادة درهين وان كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم فهذا يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه .

أما اذا كان رأس المال قيمياً مملوكاً للمشتري فلا يجوز لجهالة الربح ، واذا كان الربح شيئاً مشاراً اليه مجهول المقدار فانه يجوز (٤) .

والحاصل : أنه اذا كان الثمن في العقد الأول قيمياً كالثوب مثلاً كان ملكاً للمشتري فباع المالك المبيع من المشتري بذلك الثوب وبربح ده يازده فهذا لا يصح ، لأنه يصير كأنه

-
- (١) الحاوي لماوردي ٥ : ٣٨٣ ، ٣٨٤ .
(٢) ولفظه ده بفتح الدال وسكون الحاء اسم للعشرة بالفارسية ويا زده بالياء المشاء ، وسكون الزاي اسم أحد عشر بالفارسية (ابن عابدين ٥ : ١٣٥ والبحر ٦ : ١١٨) .
(٣) الدر المختار شرح تنوير الابصار ٥ : ١٣٥ .
(٤) البحر الرائق ٦ : ١١٨ .

باعه المبيع بالعبء وبعشر قيمته ، فيكون الربح مجهولاً ، لان القيمة مجهولة ولأنها انما تدرج بالحذر والتخمين ، بخلاف ما اذا كان الثمن مثلياً والربح ده يازده فانه يصح (١) .

وعند المالكية : اذا قال بربح العشرة أحد عشر فعناه عند المالكية أنه يزيد على ماله ربح عشرة ، فاذا كان الأصل مائة زيد عليها عشرة ، وان كان مائة وعشرين زيد عليها اثنا عشر ، والحاصل أنه ينسب ذلك الزائد على الأصل كالعشرة اليه وبذلك النسبة يزداد على الثمن ، وليس المراد أن يزيد على العشر أحد عشر بحيث يبقى اذا كان الثمن عشرة أحداً وعشرين ، واذا كان الثمن عشرين يصير اثنين وأربعين (٢) .

وعند الشافعية من باع مرايحة بربح واحد في كل عشرة وأخبر أن الثمن مائة درهم فأخذه المشتري بمائة وعشرة دراهم ، فالبيع صحيح ، وان تذكر البائع أنه غلط في الثمن وأنه كان اشتراه بتسعين درهماً فالبيع صحيح وقد أبان البائع عن أمانته وللمشتري أن يأخذ المبيع بتسعين وحصتها من الربح فيكون تسعة وتسعين درهماً ويرجع على البائع بالنقصان وحصه من الربح وذلك أحد عشر .

والمذهب عند الشافعية أن لا خيار للمشتري فيه ، وهناك رأي آخر وهو : أن له الخيار في الفسخ أو البقاء . فاذا أخذه المشتري بالتسعين وحصتها من الربح ، فرأي الشافعي أن يأخذه بالعقد الأول ، وقال بعض أصحابنا ، بل يأخذه بعقد مستأنف وهذا غلط ، لأنه لو أخذ بعقد مستأنف لبطل العقد الاول ولافتقر الى اشتراط قدر الربح فيه كما افتقر اليه في الأول (٣) .

وعند الحنابلة من قال رأس مالي فيه أو علي بمائة بعثك بها ، وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ، أما اذا قال بعثك برأس مالي فيه وهو مائة ، وأربح في كل عشرة درهماً ، أو قال ده يازده أو ده وازده فقد كرهه أحمد وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبيرة وعطاء بن يسار .

وروى عن اسحق أنه لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد ، كما لو باعه بما يخرج

(١) حاشية ابن عابدين ٥ : ١٣٥ .

(٢) النسوفي على الشرح الكبير ٣ : ١٦٢ ، ١٦٣ وجواهر الاكلیل ٢ : ٥٦ .

(٣) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٦ ، ٣٨٧ .

به في الحساب ، لأن فيه نوعاً من الجهالة والتحرز عنها أولى لأنه لا يمكن ازالة الجهالة بالحساب .

أما سعيد بن المسيب وابن سيرين ، وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر فقد رخصوا فيه لأن رأس المال معلوم فكأنه قال: وبيع عشرة دراهم (1).

أما الظاهرية فقد ذكر ابن حزم على أنه لا يحل أن تربيحتي للدینار درهماً ولا على أني أربح معك فيه كذا وكذا درهماً فإن وقع فهو مفسوخ أبداً ، وبدون ذكر هذا الشرط وأخبره البائع بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا فقد وقع البيع صحيحاً . وقد استدلل على أنه لا يجوز البيع على أن تربيحتي كذا ، بأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل والعقد به باطل وكذلك أيضاً فإنه بيع بضمن مجهول لأنها انما تعاقدا البيع على أنه يربح معه للدینار درهماً فهذا بيع الغرر الذي نهى عنه رسول الله ﷺ والبيع بضمن لا يدرى مقداره .

أما إذا سلم البيع من هذا الشرط فقد وقع العقد صحيحاً بأن أخبره البائع بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا فقد وقع البيع صحيحاً فإن وجدته قد كذب فيما قال لم يضر ذلك البيع شيئاً ولا رجوع له بشيء أصلاً إلا من عيب فيه أو غبن ظاهر كسائر البيوع .

وقد استدلل ابن حزم على عدم الجواز بما يأتي :

١ - عن ابن عباس أنه كره بيع ده وازده، ومعناه أربحك للقسمة اثني عشر وهو بيع المراجعة

٢ - عن ابن عباس أنه قال : هو ربا .

٣ - عن ابن عمر أنه قال : يبيع ده وازده ربا .

٤ - قال عكرمة : هو حرام وكرهه الحسن ومسروق (٢) .

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ١٣٦ .

(٢) المحلى لابن حزم ٩ : ١٤٠ .

الفرع الثالث

الوضيعة

الوضيعة تكون بنقيصة عن رأس المال ، وما يشترط في المرابحة يكون في الوضيعة (١) .

جعل الوضيعة نسبة معينة :

يقول ابن نجيم : (من اشترى ثوباً وباعه بوضيعة ده يازده على ثمنه فيكون الثمن تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم والوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . وطريقة بيانه : اجعل كل درهم على أحد عشر جزءاً فيصير العشرة مائة وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً ثم أطرح من كل سهم جزءاً فيكون المطروح عشرة يبقى مائة جزء وذلك تسعة دراهم وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . وان بساع الثوب بوضيعة ده يازده فالثمن ثمانية دراهم وثلث درهم والوضيعة درهم وثلثا درهم (٢) .

وكذلك المالكية فان الوضيعة من الأصل ، ان شرطت فكما لمرابحه بالنسبة الى الأصل ، فاذا وقع البيع على أن ربح العشرة واحدة بزيادة عشر الأصل فتصير العشرة أحد عشر فكذلك الوضيعة والاسقاط ، فاذا وقع العقد على أن الوضيعة والاسقاط عشر الأصل ينحط الأحد عشر الى عشرة فينقص منها جزءاً من أحد عشر فتصير الأحد عشر عشرة كما صارت العشرة في مرابحة الزيادة أحد عشر هذا ما يفهم منها عرفاً لأنها حقيقة عرفية لا لغوية (٣) .

(١) الاختيار لتعليل المختار ١ : ٢٠٣ والحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٧ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ١١٨ .

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٦٣ وجواهر الاكليل ٢ : ٥٧ .

والشافعية تجيز الوضعية كالمراوحة الا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في كيفية الحكم في حساب المخاسرة ، فن قال شراء هذا الثوب على بمائة درهم وقد بعته بخاسرة بتقصان العشرة واحد فهذا جائز لانهما قد عقدها بما يصير الثمن به معلوما بعد العقد وان كان مجهولا حال العقد .

والذي عليه الجمهور من فقهاء الشافعية : أنه يرد كل أحد عشر درهما من رأس المال الى عشرة دراهم فيصير أخذاً لهذا الثوب بأحد وتسعين درهما الا جزأ من أحد عشر جزءاً ، قالوا وانما ردت الأحد عشر الى العشرة من المخاسرة كما ردت العشرة الى الأحد عشر في المراوحة ، وقال بعض الأصحاب : بل يرد كل عشرة من رأس المال الى تسعة فيحط من الثمن العشر ويصير أخذاً لهذا الثوب بتسعين درهما ، وحجتهم في ذلك أنه لما وجب في المراوحة أن يزداد على كل عشرة واحد وجب أن ينقص في المخاسرة من كل عشرة واحد وهذا قول بعض العراقيين (١) .

والذي أراه فيما بين المذهبين في المذهب الشافعي ، أن ينظر الى لفظ العقد ، فإن قال وأخسر لكل عشر واحداً ردت الأحد عشر الى عشرة كما قاله الأولون ، وان قال وأخسر من كل عشرة واحدا ردت العشرة الى تسعة كما قاله الآخرون ، لأن لفظه يقتضي اخراج واحد من العشرة .

والجائز كالمراوحة والخسفة في الحساب ، وحكى عن أبي ثور أنه قال : الحط ههنا عشرة مثل الأولى وهذا ليس بصحيح ، لأنه اذا قال : لكل عشرة درهما فالدرهم يكون من غيرها فكأنه قال : من كل أحد عشر درهما ، واذا قال : من كل عشرة درهما كان الدرهم من العشرة لأن (من) للتبويض فكأنه قال : آخذ من العشرة تسعة ، وأحط منها درهما (٢) .

والامامية كالجمهور في هذا فاذا قال : بعته بمئة ووضعية درهم من كل عشرة فالثمن تسعون ، وكذلك لو قال : مواضعة العشرة ، ولو قال : من كل أحد عشر كان الثمن أحداً وتسعين الا جزأ من أحد عشر جزء من درهم (٣) .

(١) الحاوي للماوردي ٥ : ٣٨٧ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ١٤٣ .

(٣) شرائع الاسلام ١٧٨ .

الفرع الرابع

بيع الإسترسال

وفي صدد بيع الأمانات من المرابحة والتولية والوضعية التي مردها الى خلق البائع وأمانته نجد بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن ، وفي هذا العقد فان المشتري يكشف عن حاله ونفسه وأنه لا خبرة له ولا دراية فيما يتعامل به وأنه يستأمن البائع ويطلب منه النصح بل يسترسل الى نصحه ، ويطلب اليه أن يبيعه أو يشتري منه كما يبيع الناس أو يشتري منهم . فالأساس في هذا البيع انما هو السعر الموجود عند الناس وليس الأساس هو رأس المال كما في التولية والمرابحة والوضعية ، وهذا العقد ، اذا غشه المتعاقد معه أو أنه لم يصدقه فكذبه وجب للعاقد الآخر خيار الرد .

قال ابن حبيب : ان الاسترسال انما يكون في البيع بأن يقول الرجل للرجل بعني كما تبع الناس ، وأما في الشراء فلا (١) .

أما موجب الرد ، هو جهل البائع أو المشتري وكذب الآخر عليه ، فاذا لم يكن جهل فلا رد (٢) .

ويذكر الدردير حكم بيع الاسترسال بقوله : (الا أن يستلم أحد المتبايعين لصاحبه ، بأن يخبره بجهله كأن يقول المشتري أنا لا أعلم قيمة هذه السلعة فبعني كما تبيع الناس ، فقال البائع هي في العرف بعشرة فاذا هي بأقل أو يقول البائع أنا لا أعلم قيمتها فاشتر مني كما تشتري من الناس ، فقال هي في عرفهم بعشرة فاذا هي بأكثر ، فللمغبون الرد على المعتمد ، بل باتفاق ، وذكر الشيخ فيه التردد معترض بأنّه لم يخالف فيه أحد ، وانما

(١) الخطاب ٤ : ٤٧٠ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٤١ .

الخلاف في الغبن من غير استسلام اذا كان المغبون جاهلا ، فان كان عارفا فلا قيام له اتفاقاً . فان استسلم الجاهل فالرد متفق عليه ، بل حكى ابن رشد عليه الاجماع ، فحكاية الشيخ فيه التردد من السهو البين .

وبهذا يكون الدردير قد تلخص المذهب المالكي تلخيصاً واضحاً : اذا كان المغبون (١) عارفا فلا رد اتفاقاً ، وان كان جاهلاً غير مستسلم فالرد فيه خلاف ، وان كان جاهلاً مستسماً فالرد متفق عليه (٢) .

وفي المذهب الحنبلي : (الصورة الثالثة من خيار الغبن) المسترسل : اذا غبن الغبن المذكور ، يعني اذا غبن غبنا يخرج عن العادة ، كما ذكرنا في تلقي الركبان والنجش ، يثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء . وبه قال مالك ، قال ابن أبي موسى وقيل قد لزمه البيع ولا فسخ له ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد ، كغير المسترسل وكالغبن اليسير ، ولنا أنه غبن حصل لجهله بالبيع فأثبت الخيار ، كالغبن في تلقي الركبان

فأما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالغيب ، وكذا لو استعجل فجهل ما لو ثبت لعلمه لم يكن له خيار ، لانه انبنى على تفريطه وتقصيره . والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعه ، قال أحمد : المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس ، وفي لفظ الذي لا يماكس ، فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبته ، ولا حد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلث ، وهو قول مالك لقول النبي ﷺ (والثلث كثير) وقيل السدس والأولى تحديده بما لا يتغابن الناس به في العادة ، لان ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع الى العرف (٣) .

وبهذا يتبين أن مذهب أحمد يشترط في الرد في بيع الاسترسال أن يكون هناك غبن فاحش ، وأما مذهب مالك فيكتفى بالغبن اليسير .

(١) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢ : ٦٨ وانظر الخرشبي ٥ : ١٥٢ - ١٥٣ .

(٢) الآتي ٢ : ٤٩ - ٥٠ بهجة في شرح التحفة ٢ : ١٠٦ - ١٠٨ والقوانين ٢٦٤ .

(٣) الشرح الكبير على متن المقنع ٤ : ٧٩ وانظر الفروع ٢ : ٥٠٩ .

المطلب السادس

بيع العدل على أنه عشرة فبان خلافه^(١)

وصورة هذه المسألة : أن يقول : بعثك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلاً ولم يفصل لكل ثوب ثمننا وإنما قابل المجموع بالمجموع ثم ظهر أن ما في العدل ، أما أن يكون أحد عشرة ، وأما أن يكون تسعة فالبيع فاسد .

علة الفساد :

١ - جهالة البيع : لأن الرائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والأثواب مختلفة من حيث الجودة والرداءة والشخانة وغيرها ، فكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة .

٢ - جهالة الثمن : وإذا نقص العدل إلى تسعة فالثمن لا يقسم أجزاءه على حسب أجزاء المبيع القيمي لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً ، وحينئذ لا تدري قيمته بيقين حتى تسقط ، فكان الناقص من الثمن قدرأً مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً .

والمخلص من ذلك : أن يبين لكل ثوب ثمننا وعندئذ فإن البيع يجوز في فصل النقصان لكون الثمن معلوماً ويبقى للمشتري الخيار أن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأنه تغير شرط عقده .

أما في الزيادة ، فلا يجوز البيع لجهالة العشرة المبيعة ، وروي عن أبي حنيفة أن البيع فاسد أيضاً في فصل النقصان (٢) .

(١) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل . عناية ٥ : ٩٤ .

(٢) الهداية مع العناية وفتح القدير ٥ : ٩٤ .

المطلب السابع

بعتك أحد هذه الاثواب الثلاثة بدون ذكر الثمن

وصورة المسألة : اذا قال بعتك أحد هذه الاثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الاثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار .

في هاتين المسألتين البيع فاسد ، لأن المبيع مجهول ، ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي . فاذا نظرنا الى هذا من ناحية القياس فالبيع فاسد ، واذا نظرنا اليه من ناحية الاستحسان فالبيع لا يفسد .
وجه القياس : أن المبيع مجهول (١) ، لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكأن المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع .

وجه الاستحسان : مساس الحاجة الى دفع الغبن ، ولأن الناس تعاملوا بهذا البيع لحاجتهم الى ذلك ، ونحن نؤيد هنا فساد هذا البيع من جهة جهالة الثمن .

أما جهالة الثمن : فلأن البائع اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فلا يعرف ذلك الا بالخبر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا ، واذا كان المبيع وجد فيه أحد هاتين الجهالتين يمنع صحة البيع ، ففي اجتماعهما أولى .

وكذا اذا عين الثوب الذي فيه الخيار الا أنه لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ، وذلك لأن الثمن مجهول ، وكذلك يفسد البيع اذا بين ثمن كل ثوب منهما ولكن لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه لأن المبيع مجهول (٢) .

(١) - أما جهالة المبيع فلأن العقد في أحدها بات وفي الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان للمبيع مجهولا .

(٢) - بدائع الصنائع ٥ : ١٥٦ - ١٥٨ .

المطلب الثامن

جهالة جملة الثمن في بيع مضاف الى جملة

ان جملة الثمن اذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف الى جملة فالبيع فاسد عند أبي حنيفة الا في القدر الذي جهالته لا تفضي الى المنازعة .

وهذه المسألة أن المبيع لا يخلو من أن يكون من المثليات ، كالمكيلات ، والموزونات والعديدات المتقاربة ، أو أن يكون من غيرها ، من الذرعيات والعديدات المتفاوتة ، ثم أما أن يسمى جملة الكيل والوزن والعدد والذرع في البيع وأما أن لم يسم . فن قال بعثك هذه الصبرة كل كيل بخمسة دنانير فقد اختلفت أئمة الحنفية في هذا البيع ، على أساس أن العقد وقع على كل الصبرة التي يراها المشتري الا أن البائع لم يذكر مقدار ما فيها من أكيال .

فأبو حنيفة يقول يصح في كيل واحد الا أن يسمى جملة جميع الأكيال التي فيها أو يسمي جميع ثمنها : لأنه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن ، وعندئذ فينصرف الى الأقل وهو معلوم ، ولكن اذا زالت الجهالة بتسمية جميع الأكيال أو أنها زالت بالكيل في المجلس فثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري أن شاء أخذ وان شاء ترك ، وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفساد ، لأن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية الى المنازعة (١) فتوجب فساد العقد ، لأنه باع كل كيل من الصبرة بخمسة دنانير وجملة الاكيال ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة ، وكذلك الحكم في الموزون والمعدود والمذروع .

وانما جوز أبو حنيفة في كيل واحد ولم يجوزه في غير الأمشال ، لأن المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية الى المنازعة ، ولذلك لا تكون مانعة من الصحة ، إلا

(١) جهالة تفضي الى المنازعة والاولى أن يقول جهالة تفضي امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد .

حاشية سعدي جلي على فتح القدير ٥ : ٨٨ .

ترى لو اشترى كيلا من هذه الصبرة ابتداء جاز ، فإذا تعذر العمل بعموم كلمة (كل)
صرفت الى الخصوص لانه ممكن على الأصل المعبود في صيغة العام اذا تعذر العمل
بعمومها أنها تصرف الى الخصوص عند امكان الصرف اليه .

أما الأشياء المتفاوتة فلا تصرف كلمة (كل) لأن جهالة شاة من قطع وذراع من
ثوب جهالة مفضية الى المنازعة وبيع واحد من هذه الاشياء لا يجوز ابتداء ، فتعذر العمل
بعموم كلمة كل ففسد البيع في الكل (١) .

أما المذروعات : فلو قال بعث منك هذا الثوب ، أو هذه الأرض أو هذه الخشبة
كل ذراع منها بدينار فالبيع فاسد في الكل ان لم يسم جملة الذرعان عند أبي حنيفة
رحم الله الا اذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس وعندئذ يكون في الخيار ان شاء
أخذ وأن شاء ترك . وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفساد .

وانما لم يصح هذا عند أبي حنيفة ولم يصح في واحد منها كما في الصبرة ، لأن
جملة الثمن مجهولة حال العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد ، لأنه لا
يجوز أن يشتري واحد منها ابتداء ، بينما لو اشترى كيلا واحدا من الصبرة ابتداء جاز ،
وأنه قد تعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع في الكل ، بخلاف الصبرة حيث أمكن
صرف العموم الى الخصوص .

أما الصحابان : فان البيع يلزم في كل الصبرة كل كيل منها بخمسة دنانير سواء علم
أن لم يعلم وكذلك الوزن الذي لا ضرر في تبغيضه كالزيت والعددي المتقارب كالجوز
واللون اذا لم يسم جملتها ، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول الى العلم
بالمكيل ، والوزن ، والعدد ، والذرع ، فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والازالة ، ومثل
هذه الجهالة لا تمتع صحة البيع كما اذا باع بوزن هذا الحجر ذبا .

أما اذا حصل العلم للمشتري بعدد الجملة في المجلس واختار البيع ، فرق بين المحدود
المتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون والمحدد المتقارب ، وأن الواحد والاثنين على
الخلافا السابق ، لأن المانع جهالة الثمن وهي محتمة الارتفاع والزوال بحصول العلم
بالمجلس فكان المانع يحتمل الزوال (٢) .

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ - ١٥٩ والبحر الرائق ٥ : ٣٠٧ - ٣٠٩ وفتح القدير
٥ : ٨٨ - ٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ .

وإذا علم في المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وههنا لا يجوز في الاثنين بلا خلاف لأن الجهالة لا تحتل الارترفاع اصلا ، لأن ثمن كل واحد منها مجهول لا يدري كم هو (١) .

وعند المالكية ، فان جهل الثمن أو المثلن فلهم تفصيل في ذلك : اذا كان الجهل بالجملة والتفصيل معا فان هذه الجهالة تضر (٢) ، ولو كان الجهل بالتفصيل وعلمت جملته أيضاً (٣) .

أما اذا تعلق الجهل بالجملة فقط وعلم التفصيل لا يفسد المبيع كما اذا كان كل من الجملة والتفصيل معلوما كسواء صبرة معلومة القدر كل ذراع أو كيل منها بخمسة دنانير (٤) .

ويمكن أن تكون الأحوال أربع :

أ - علم الجملة والتفصيل .

ب - جهل الجملة والتفصيل .

ج - جهل الجملة وعلم التفصيل .

د - جهل التفصيل وعلم الجملة .

قالت وانما يكون في حالتين ، في الجهل بها أو الجهل بالتفصيل فقط ، وبهذا يكون رأيهم كالصاحبين من الحنفية .

والشافعية كالمالكية من ناحية الجواز اذا علم التفصيل أو علمت الجملة قال الشيرازي : (وان قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة وعدد القطيع صح البيع ، لأن غرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة فاذا جاز بالعلم بالجملة جاز العلم بالتفصيل) (٥) .

والحنابلة : اذا قال : بعثك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح ، وان لم يعلما

(١) بدائع الصنائع ٥ : ١٥٨ .

(٢) كبيع ما في البيت أو حانوت أو ما وهب له أو ما ورثه وهما لا يعلمان به . جواهر الاكليل ٦ : ٢ .

(٣) كعبدى رجلين بثمان معلوم مشترك بينهما في مقابلة العبدین من غير بيان ما لكل عبد من الثمن

المقابل لهما فجملته معلومة وتفصيله مجهول . جواهر الاكليل ٦ : ٢ .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٥ وجواهر الاكليل ٦ : ٢ .

(٥) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٣ .

مقدار ذلك حال العقد ، وحجتهم في ذلك أن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثلث معلوم لاشارته الى ما يعرف مبلغه بجهله لا تتعلق بالمتعاقدين ، ويكون ذلك بأن تكال الصبرة ويقسط الثلث على قدر قفزاتها فيعلم مبلغه فجاز ، كما لو باع مائة اثنان وسبعون لكل ثلاثة عشر درهما درهم ، فانه لا يعلم في الحال ، وانما يعلم بالحساب كذا ههنا ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثلث معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع ، فصح كالأصل المذكور ، ويستدل على ذلك بما روي عن علي رضي الله عنه (أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة ، وجاء النبي ﷺ بالتمر) .

قال الخرقى : اذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز (١) .
 وبهذا يكون رأى الأئمة الثلاثة كرىي الصاحبين ، ويوافقهم على هذا أيضاً بأنه يصح في الكل كرىي أبي يوسف ومحمد والشيعة الزيدية ، ويقول المرتضى : (فلو قال بعثك الصبرة كل من بدرهم صح اذا لجهالة ، ويخير لمعرفة قدر الثلث) (٢) .
 والظاهرية تمنع هذا البيع ولا تجيز بيع جملة مجهولة القدر على أن كل صاع منها بدرهم ، أو كل رطل منها بدرهم ، أو كل ذراع منها بدرهم ، أو كل أصل منها أو كل واحد منها بكذا وكذا ، وهكذا يكون عندهم في جميع المقادير والأعداد .

والذي يجوز عندهم من هذا فيما اذا علما جميعا مقدار ما فيها من العدد ، أو الكيل أو الوزن ، أو الدرع ، وعلما قدر الثلث الواجب في ذلك جاز ، وكذلك اذا بيعت الجملة كما هي ولا مزيد وكذلك اذا بيعت جملة على أن فيها كذا وكذا من الكيل أو من الوزن أو من الدرع أو من العدد فهو جائز ، فان وجدت كذلك صح البيع والا فهو مردود .

واستدلوا على البطلان ، بأن يبعها على أن كل كيل مذكور منها بكذا ، أو كل وزن بكذا ، أو كل ذراع بكذا ، أو كل واحد بكذا ، بيع بثلث مجهول لا يدرى البائع ما يجب له ولا المشتري ما يجب عليه خصال العقد ، قال الله تعالى : (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ) والتراضي انما يكون في المعلوم ، وغيره اكل مال بالباطل وبيع غرر ، فاذا علما جميعاً قدر ذلك عند العقد فهو تراض صحيح لا غرر فيه (٣) .

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٩٧ ، ٩٨ .

(٢) البحر الرخار ٣ : ٣٢٧ - ٣٢٩ .

(٣) المحلى لابن حزم ٩ : ٢٠ - ٢١ .

والذي أراه أن عرف هذا الزمان في مثل هذا أن يتفق التاجران على سعر الكيل أو الواحد من الأعداد ثم بعد ذلك يبدأ الحساب ، فما كان بالكيل يكون بالكيل وما كان بالذرع قبالذرع وما كان بالعد قبالعد . والغالب أنه لا يقع منازعة في أصل العقد، وإنما يقع في مماثلة المشتري دفع الثمن مما يفضي الى المنازعة ، حتى أن غير المثليات يحصل بهذه الطريقة ، وكثيراً ما نشاهد التجار الكبار يقفون في الأسواق في زماننا ثم يشتررون قطع الغنم أو البقر ، ويتفقان على سعر الواحد ويجري الاتفاق على (أن يعد الصغير قبل الكبير) حتى لا يطرأ نزاع على نوع الماشية ، اللهم هذه المسألة إنما تكون في المشاهدة لا الغائبة لأن الغائبة يجري فيها حكم بيع العين الغائبة كما مر معنا .

ولذا فأرى أن رأى الصاحبين أولى بالقبول من رأي الامام أبي حنيفة وابن حزم ، وحجة الامام أبي حنيفة في حصول المنازعة بأن البائع يطلب تسليم الثمن أولاً والثمن غير معلوم مما يؤدي الى وقوع النزاع غير مستقيم ، لأن العادة في البياعات تسليم المبيع أولاً وتسليم الثمن ثانياً . وبتحصيل تسليم المبيع يعرف مقدار الثمن فزال الغرر المقضي الى المتراخ والله سبحانه وتعالى اعلم .

المطلب التاسع

البيع باناء لا يعرف مقداره وبوزن حجر لا يعرف مقداره

يجوز بيع المكيل باناء لا يعرف مقداره وبيع الوزني بوزن حجر لا يعرف مقداره إذا لم يحتمل الاناء النقصان والحجر التفتت كأن يكون من خشب أو حديد ، فإن احتملها لم يجوز ، وكذا لا يجوز البيع بوزن شيء إذا جف كالخيار والبطيخ ، لأن الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لأن البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم نادر وبه اندفع ما رواه حسن من عدم الجواز للجهالة (١) .

وعن أبي حنيفة أنه إذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه هذا .

أما أبو يوسف فقد روى عنه اشترط كون ما يوزن به لا يحتمل النقصان حتى يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لأنها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك .

والكمال بن الهمام يرى أن هذا الرأي ليس بشيء فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل السلم ولا جفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما او يومين ممنوع ، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر لخشيته الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه ومدة السلم أقلها ثلاثة أيام وتأخير التسليم فيه الى مجلس آخر يفضي الى المنازعة ، لأن هلاكه ان ندر فالاختلاف في أن الحجر هو أو غيره والتهمة في الاناء ليس نادر (٢) .

(١) مجمع الانهر ٢ : ١٠ وملئقى الابحر وفتح القدير ٥ : ٨٧ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٨٧ .

ومثل هذا ملء قربة بعينها أو راوية من النيل ، فأبو حنيفة لا يجوز لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة . وهناك رواية أخرى بجوازه بشرط اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقايين فلو ملأ له بأصغر منها لا يقبل أو راوية من المشتري يوفيه في منزله . وعن أبي يوسف روايتان : الأولى : إذا ملأها ثم تراضيا جاز البيع وصار كما إذا باع الحطب ونحوه أحمالاً لا يجوز ، ولو حملة على القربة ثم باعه الحمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني .
والرواية الثانية : يجوز في القرب مطلقاً (١) .

هذا وإن من يجيز هذا البيع يشترط بقاء الاناء والحجر على حالهما فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع لأنه لا يعلم مبلغ ما باعه منه .

ويشترط أيضاً أن يكون الاناء لا ينكس بالكبس ولا ينقبض ولا ينسط كالقصة والخزف وأما إذا كان ينكس كالزنبيل والقفة فلا يجوز إلا في قرب الحال استحساناً بالتعامل فيه (٢) .

وعند المالكية لا يصح البيع للجهل بكمية الثمن وقدره وقدر الثمن إذ أن المالكية يشترطون كون الثمن والتمن معلومين للبائع والمشتري . وجهل أحدهما كجهلها على المذهب سواء علم العالم منها بجهل الجاهل أو لا ، وقيل يخير الجاهل منها إذا لم يعلم العالم بجهله ، أما إذا علم بجهله فسد البيع كجهلها معاً . ولذا فإنه لا يصح البيع بزنة حجر مجهول أو صنجة مجهولة (٣) .

وعند الحنابلة يصح البيع إذا عقدا على ثمن بوزن صنجة وملء كيل مجهولين عرفا بشرط أن يعرفهما المتعاقدان بالمشاهدة كبعثك هذه الدار بوزن هذا الحجر فضة ، أو بملء هذا الوعاء أو الكيس دراهم (٤) .

أما الشيعة الإمامية فإنهم لا يكتفون بمكيال مجهول كقصة حاضرة وإن تراضيا بها ، وكذلك الوزن كالاعتقاد على صخرة معينة وإن عرفا قدرها تخميناً ، أو كالأو وزناه بعد ذلك ، ولا العد المجهول أيضاً بأن جعلوا البيع على ملء اليد ، وأنه يجهل ما تشتمل عليه كما صرح بذلك كثير من المتأخرين للغرر المنتهي عنه في ذلك كله وهو المشهور عندهم (٥) .

(١) البحر الرائق ٥ : ٣٠٦ ، ٣٠٧ وفتح القدير ٥ : ٨٧ وكشف الحقائق ٢ : ٣ .
(٢) مجمع الأنهر ٢ : ١٠ ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام ٢ : ١٤٧ وغنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام ٢ : ١٤٧ .
(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٥ .
(٤) مطالب أولي النهى ٣ : ٣٨ .
(٥) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٢٦ .

المطلب العاشر

الجزاف في الثمن

من باع ذهباً بذهب جزافاً لم يضح عند الشافعية، وعند أبي حنيفة: ان علم المشتري والبايع التساوي بينهما قبل التفرق من المجلس صح البيع وان علما بعد التفرق لم يصح البيع، أما زفر من الحنفية فانه قال يصح سواء علما قبل التفرق أو بعد التفرق (١).

أما البيع بصبرة الدراهم جزافاً فيه قولان عند الشافعية كما نقل عن الخراسانيين: الأول: يكره لما فيه من الغرر وبه قال الشيرازي وهو الأصح (٢).

الثاني: لا يكره البيع ويصح لانها مشاهدة (٣).

قال الشيرازي: لا، فان باعه بثمن معين جزافاً جاز، لانه معلوم بالمشاهدة ويكره ذلك كما قلنا في بيع الصبرة جزافاً (٤).

والذي يظهر عند الحنفية أن الثمن اذا كان جزافاً فانه يصح اذا كان مشاهداً مشاراً اليه لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، أما اذا باع بجنسه مجازفة فلا يصح اذا كان من الربويات لما فيه من احتمال الربا. فاذا انتفى التفاضل صح البيع، ولذلك فانه يصح لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا، وهو باحتمال التفاضل وهو منتفٍ فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز (٥).

(١) رحمة الامة في اختلاف الأئمة ١: ١٧٠.

(٢) المهذب ١: ٢٧٣ والمجموع ٩: ٣٤٣.

(٣) المجموع ٩: ٣٤٣.

(٤) المهذب للشيرازي ١: ٢٧٣.

(٥) فتح القدير ٥: ٨٦ والبحر الرائق ٥: ٢٩٤.

والمالكية أن الجراف بالدنانير والدرهم وكل ما كان مسكوكاً فلا يجوز بيع شيء منها جزافاً، لأن شأن المسكوك أن يعتبر عده، ولذلك كان محل منع بيع المسكوك جزافاً إذا كان التعامل به عدداً أو عدداً ووزناً لقصد أفراده حيثئذ المؤدي للمخاطرة والمقامرة، فإن انفرد التعامل بالوزن جاز، أما الخلي المكسر والمسكوك المتعامل به وزناً فقط يجوز بيعه جزافاً (١).

وعند الإباضية لا يصح بيع الجراف فيما يجري فيه العدد في العادة أو بلا مشقة كالنقدين فإنه لا يصح فيه الجراف وذلك إن قصد أحاده، أما إذا لم يقصد أحاده جاز مجازقة وكبلا مثل أن يرضى بعرمة دراهم يراها ليعمل حلياً وجاز كيلها لذلك أيضاً (٢).
وعند الشيعة الزيدية يصح الشراء بملء الكف دراهم وإن لم يعلم عددها.

وقال بعضهم: لا يصح البيع للجهالة، والرأي الصحيح عندهم أن الجراف يصح لأنه يعلم بالمشاهدة، ولذلك قال أحمد بن المرتضى: (ويصح البيع جزافاً حيث علساه جميعاً أو جهلاه اجماعاً، إذا صار معلوماً بالمشاهدة فإن علم قدره أحدهما دون الآخر فسد عند بعضهم للغرر من العالم). وقال بعضهم إن علم البائع دون المشتري فغرر والا فلا وقال بعضهم: لا غرر مع المشاهدة وإن علم أحدهما (٣).

والصحيح الذي أراه أن الثمن إذا كان مشاهداً فإنه يصح عندهم الجراف، لأن المشاهدة تنفي الغرر.

الجهل بمقدار الثمن عند القانون:

تنص المادة (٤٢٣) في التقنين المدني على ما يأتي:

- ١ - « يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ».
- ٢ - وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف بأن

(١) الفواكه الدواني ٢ : ١٥١ ورسالة أبي زيد القيرواني ٢ : ١٥١ .

(٢) شرح النيل ٤ : ١٤٥ والعرمة : كمية من النقود بعضها فوق بعض لا يعرف مقدارها .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٣٢٠ .

تكون اسعاره هي السارية (١) .

فالقانون : يشترط ذكر الثمن في العقد اذا تضمن العقد بيان الأسس التي سيحدد بمقتضاها فيما بعد بلا نزاع بين الطرفين : مثال ذلك : كما لو اتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن مساويا للثمن الذي اشترى به البائع او مساويا لسعر السوق في تاريخ معين أو للسعر الوارد في تعريفه الاسعار في يوم معين ، أو مساوياً للثمن الذي سبق أن باع به البائع لشخص آخر ، ففي جميع هذه الحالات فانه يتم تحديد الثمن وفقاً لأسس مادية لا تثير أي نزاع بين الطرفين لأنها غير متوقفة على ارادة أحد منها ، وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذي اشترى به المشتري المبيع من البائع .

أما أن يترك تحديد الثمن لمشيئة احد المتعاقدين فلا يجوز لأن المفوض اليه بتقدير الثمن اذا امتنع عن التقدير فانه يبطل البيع ، وكذلك اذا ترك تحديد الثمن بمحض اختيار المشتري ، فالعقد باطل لأن الشرط في هذه الحالة يعتبر ارادياً محضاً .

والخلاصة أن البائع اذا قصد مجرد التأسيس على الثمن الأول وجب على المشتري قبول المبيع بحالته التي اشترى بها وان يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق ، وإذا كتم شيئاً منها كان هذا تدليسا وجاز ابطال البيع (٢) .

أساس التقدير سعر السوق :

إذا اتفق المتعاقدان أن يكون الثمن هو سعر السوق ، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير بالرجوع الى سعر السوق من حيث الزمان والمكان وكان سعر هذه السوق هو المعتبر ، أما اذا لم يبين اية سوق فالمادة (٤٢٣) تبين أن المراد (سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري) .

وأذا لم يكن في مكان تسليم المبيع سوق وجب افتراض أن النية قد اتجهت الى سعر السوق الذي يقضي العرف بوجود الرجوع الى أسعاره ، والمقصود بالسوق هو كل مكان يجتمع فيه العرض والطلب على نطاق غرضين : (٣) .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ : ٢٩ - ٣١ .

(٢) الوسيط السهوري ٤ : ٣٦٧ - ٣٧٥ وشرح عقدي البيع والمبايضة للدكتور أنور سلطان

١٦١ - ١٦٣ .

(٣) الوسيط ٤ : ٣٧٥ - ٣٧٨ .

أساس التقدير : السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بسين المتبايعين . ونصت المادة (٤٢٤) من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنًا للبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويًا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما » (١)

من المعلوم إذا لم يحدد المتبايعان الثمن أصلاً كان البيع باطلاً لانعدام ركن من أركانه ولكن قد يكون سكوتها عن تحديد الثمن ينطوي على اتفاق ضمني على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة ، ففي هذه الحالة يكون الثمن قابلاً للتقدير لأنه يرجع في تقدير الثمن إلى سعر السلعة المتداول بين التجار سواء كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية .

وقد يكون سكوتها عن تحديد الثمن بأن اتفاقاً ضمناً على أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما فيرجع إلى هذا السعر في تحديد الثمن ، مثال ذلك إذا كان بين المتعاقدين معاملات سابقة ودلت الظروف على أنها أرادا الأخذ بالسعر الذي جرى عليه التعامل بينهما كأن اعتادا أحدهما أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق ، فاستمرار المورد لهذه السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذي جرى عليه التعامل بينهما (٢)

تقدير الثمن بمعرفة الغير :

أجاز القانون المدني المصري ترك التقدير لأجنبي يتفق عليه المتبايعان عند البيع لان الثمن هنا وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنها جعلاه قابلاً للتقدير ، ويكون هذا التقدير من الأجنبي ملزماً للمتعاقدين وتقديره هو الثمن وذلك أن الأجنبي مفوض في تحديد الثمن ، فهو وكيل عنها في ذلك وتقديره يكون بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع ، فاذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن ، اعتبر البيع قد تم في وقت العقد ، وإذا لم يقدر المفوض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ٣٣ .

(٢) شرح عقدي البيع والمقايضة للدكتور انور سلطان ١٦٤ والوسيط ٤ : ٣٧٦ - ٣٧٨ .

الثلث لأي سبب فإن الشرط الواقف لا يتحقق ويعتبر البيع كأن لم يكن .

وإذا اتفق المتعاقدان على أن يكون المفوض لتحديد الثمن يعينانه في المستقبل فإن هذا الثلث لا يكون قابلاً للتقدير ولا يتم البيع .

والمشرع التمهيدي ينص في المادة (١٨٥) على أنه « كان اذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء . ومع ذلك اذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ونحصر اختياره فان هذا العقد يصبح باطلا اذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل » (١) .

التعيين في العقد

التعيين في العقد

التعيين في العقد هو تعيين الشيء الذي هو موضوع العقد ، وتعيينه على أساس عادل ، وهو الذي يوجب العقد .

والتعيين في العقد هو تعيين الشيء الذي هو موضوع العقد ، وتعيينه على أساس عادل ، وهو الذي يوجب العقد .

والتعيين في العقد هو تعيين الشيء الذي هو موضوع العقد ، وتعيينه على أساس عادل ، وهو الذي يوجب العقد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ : ٢١٥ - ٢١٦ في الهامش .

المبحث الثالث

جهالة الأجل في الثمن

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

البيع الى حبل الحيلة^(١)

اختلف الفقهاء في تفسير بيع حبل الحيلة تبعاً لاختلاف المحدثين في تفسير بيع حبل الحيلة . فالحنفية فسروا بيع حبل الحيلة ، بأنه كان بيعاً يتباعه أهل الجاهلية ، اذ كان الرجل يتباع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها (٢) . وهذا التفسير موافق لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه :

فقد روي عن عبدالله أخبرني نافع عن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور الى حبل الحيلة ، وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ثم تحمل السبي نتجت فنهاهم

(١) حبل الحيلة بتحركها : أي ما في بطن الناقة أو حل الكرمة قبل أن يبلغ أو ولد الولد الذي في البطن ، وكانت العرب تفعله وتمقصد وأن الحبل ، القاموس المحيط ٣ : ٣٥٤ وقال أبو عبيد حبل الحيلة ولد الجنين في بطن الأمة ولهذا قيل الحيلة بالهاء لأنها انثى فاذا ولدت فولدها جعل بغيرها ، وقال بعضهم الحبل مختص بالآدميات ، وأما غير الآدميات من البهائم والشجر فيقال فيه حل بالميم . المصباح المنير ١ : ٩٨٦ . وحبل الحيلة : نتاج التناج وولد الجنين : مختار الصحاح (١٢١) .

(٢) فتح القدير ٥ : ١٩٢ .

رسول الله ﷺ عن ذلك (١) .

وحبل الحبلية : مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلية سمي به المحمول كما سمي بالحبل
وانما أدخل عليه التاء للأشعار بمعنى الأنوثة ، لأن معناه النهي عن بيع ما سوف يحمله
الجنين ان كان انثى (٢) .

والمالكية : فسروا حبل الحبلية ، هو أن يبيع الشخص ناقة أو بقرة أو حماره أو أمة
بشمن مؤجل الى ولادتها ويبيع ما تلده (٣) ، وقيل انما هو بيع جنين الناقة ، من باب النهي
عن بيع المضامين والملاقيح (٤) .

وهناك من فسر بيع حبل الحبلية بتفسير غريب بأنه بيع الحيوان الصغير وتأجيل ثمنه
ليكون من نتاجه وهو غير مناسب للحديث، وان كان ممنوعاً أيضاً ، ولا مفهوم للناقاة (٥) .

ويرى ابن رشد الجند : بأن بيع حبلية الحبلية هو بيع نتاج التناج ، وقيل : هو البيع
الى نتاج التناج (٦) وفسرها العدوي : بيع الجزور الى أن ينتج نتاج الناقه ، وانما خص

(١) صحيح مسلم ١٠ : ١٥٧ ، ومستند الامام أحمد بن حنبل ٢ : ٧٦ ، ويذكر ابن نجيم أحكاماً
فقهيته جميلة بالنسبة للحمل وهي : لا يجوز بيع الحمل وحده دون الأم ، ولا الأم دونه ، فلو
باع الحمل وولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز ، وكذا لا تجوز هبته وان سلم الى الموهوب له
مع الأم ، ولا يجوز كتابته ولو قبلت الأم عنه ، ولا الكتابة عليه ، وكذا لا تجوز الوصية به
اذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ، ولو خالعاها على ما في بطن جارتها أو ما في
بطن بهيمتها جاز وللزوج الولد ، اذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وان جاءت به لستة أشهر
لا سبيل له عليها ولكن ينظر ان قالت اخلعتني على ما في بطن جارتني من ولد رجع عليها
بالمهر وان لم يقل من ولد فلا شيء عليها . ولو باع شاة على أنها حامله لم يجز ، لأن الحمل
مجهول ولو اشترى جارية على أنها حامله ان قصد به التبري من العيب جاز وان قاله على وجه
الشرط لم يجز ، ومنهم من قال بعدم الجواز في الوجهين اذا شرط انها حامل بجاريه أو بغلام
أو بجدي أو بعتاق وأما اذا لم يفسر الحمل جاز . البحر الرائق ٦ : ٨٠ ، ٨١ .

(٢) ابن عابدين ٥ : ٥٣ .

(٣) السراج السالك ٢ : ١٣٠ وبلغة السالك ٢ : ٣٦ وفتح العلي المالك ٢ : ١١٨ وجواهر

الإكليل ٢ : ٢٢٠ .

(٤) بداية المجتهد ٢ : ١٦٠ .

(٥) الفواكه الدواني ٢ : ١٣٨ .

(٦) المقدمات الممهديات ٢ : ٢٢١ .

الإبل تبركاً بالحديث وإلا فلا خصوصية للإبل (١) وهذا هو تفسير ابن وهب .
والحبل مختص بالآدميات ولا يقال في غيرهن من الحيوان الاحمل . وتفسير المالكية
يوافق تفسير ابن عمر وقد مضى .

حكم البيع عند المالكية :

وحكم البيع باطل للنهي الوارد في الحديث وعلة النهي الجهالة ، وبيع حبل الحبله
غرر (٢) .

والشافعية : فسروا حبل الحبله بثلاث تفسيرات :

الأول : كتفسير الحنفية ، والمالكية ، قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : أخبرنا مالك
عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبله ، وكان بيعاً يبتاعه أهل
الجاهلية ، كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ، ثم تنتج الذي في بطنها (٣) .

الثاني : بما روي عن أبي عبيد وقاله شيخه أبو عبيدة معمر بن المثنى وأحمد ابن حنبل
واسحق بن راهويه وهو أقرب الى اللغة وهو : بيع نتاج النواج فيقول اذا نتجت ناقتي
هذه ونتج نتاجها فقد بعتهك بدينار فنهى عنه رسول الله ﷺ (٤) .

الثالث : قال الشافعي : حبل الحبله المنهني عنه أن يكون الأجل في البيع مقدراً به
ولا يكون هو المبيع نفسه وهو أن يقول بعتهك هذا الشيء بدينار مؤجل الى نتاج نتاج
هذه الناقة .

حكم هذا البيع عند الشافعية :

بالنسبة للتفسير الأول فالبيع باطل للجهل بوقت ذلك ، وقد لا ينتج أبداً ، وليس
بمملوك ولا مقدور على تسليمه .

بالنسبة للتفسير الثاني : البيع باطل ، لما فيه من الجهالة والغرر في النتاج الاول والثاني ،
لأنها قد تنتج وقد لا تنتج ، فإذا نتجت فقد يتقدم نتاجها وقد يتأخر ، ويكون تارة ذكراً
وتارة أنثى فكان يبعه مع هذا الغرر والجهالة ، وهذا التأويل أشبه بظاهر اللفظ .

(١) الخريشي ٥ : ٧١ وكفاية الطالب الرباني ٢ : ١٣٦ وحاشية العدوي عليه .

(٢) السراج السالك ٢ : ١٣٠ والمقدمات الممهدة ٢ : ٢٢١ .

(٣) الحاوي للماوردي ٦ : ٢٨ والتنبيه للشيرازي ٦٣ والمهذب ١ : ٢٧٤ .

(٤) المجموع ٩ : ٣٧٦ والحاوي للماوردي ٦ : ٢٨ .

بالنسبة للتفسير الثالث : يكون البيع باطلا للجهل بمدة الأجل ، وأن تلك الناقصة قد تنتج وقد لا تنتج وقد يقرب نتائجها ويبعد وهذا التأويل أصح لأمرين :

١ - لأن الراوي قد فسره به .

٢ - لأن بيع النتاج قد يضمنه النهي عن بيع الملائقح والمضامين فكان حل هذا على غيره من الفوائد أولى . وعلى التأويلين البيع باطل لأن حكم البيع في التأويلين متفق عليه وأن اختلفت الرواية (١) .

والجناية فسروا البيع الى حبل الخبلة بأنه بيع حمل ما تحمل ناقته ، وهذا لا يختص بحمل الحمل بل لو باعه ما تحمل ناقته أو بقرته أو أمته كان من نوع بيوع الجاهلية التي يعتادونها .

علة البطلان .

١) أن هذا البيع قد يحصل وقد لا يحصل ، فبائع ما ليس عنده من جنس بائع الفرر الذي قد يحصل وقد لا يحصل ، وهو من جنس القمار والميسر والمخاطرة ، والمخاطرة مخاطرتان :

أ - مخاطرة التجارة وهو أن يشتري السلعة بقصد أن يبيعها ويربح ويتوكل على الله في ذلك .

ب - الخطر الثاني : الميسر الذي يتضمن أكل المال بالباطل فهذا الذي حرمه الله تعالى ورسوله مثل بيع الملامسة والمنابذة وحبل الخبلة ، وهذا النوع يكون أحدهما قد قرر الآخر وظلمه ويتظلم أحدهما من الآخر قال الله تعالى :

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمُ بَيْنَكُمُ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (٢) .

والشيعة الإمامية فسروا بيع حبل الخبلة ، هو البيع بثمن مؤجل الى نتاج نتاج الناقصة وهذا أحد تفاسير الشافعية والحنفية والمالكية .

(١) الحاوي للماوردي ٦ : ٢٨ ونهاية المحتاج ٣ : ٤٤٩ وفتح الوهاب ١ : ١٦٤ ، ومعني المحتاج ٢ : ٣٠ .

(٢) زاد المعاد ٤ : ٢٦٣ ، ٣٦٥ ، ٢٦٦ .

وعلة البطلان :

١ - أنه غرر .

٢ - جهالة الاجل بأن يبيعه بضمن مؤجل ينتج فيه الحمل الذي في بطن الناقة (١) .

والشبهة الزائدة فسروا بيع حبل الحبلية : هو بيع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها (٢) وهذا تفسير اللغويين والشافعي والحنفية والمالكية . وهذا بيع فابعد ١٢٠ وهذا

وعلة الفساد :

الجهالة (٣) .

والاباضية تفسر البيع الى حبل الحبلية بعدة تفسيرات منها : هو بيع لشيء من بيع عرضي أو أصول مؤجل الى أن يحمل جنينا ما تلد هذه الناقة .

ومنها : بيع جنينها أي الموجود أو الذي سيوجد .

ومنها : بيع ولد ما في بطن نحو الناقة .

ومنها : بيع شيء مؤجل الى ولادة الناقة أو نحوها .

ومنها : بيع حمل شجرة العنب قبل بدو الضلاح .

وهذا تفسير ابن كيسان وغيره وقد ادعى البيهقي تفرد ابن كيسان بهذا التعريف (٤)

وأرى أن هذا التفسير قد وافق تفسير اللغويين فقد ذكره الفيروز بادني في القاموس

المحيط وابن منظور في لسان العرب ، وبقية التفاسير فقد وافقت آراء الفقهاء .

والنهي في التفسير الأول : لوجود الجهالة ، لأنه لعل هذه الناقة لا تحمل جنينا ،

ولعلها تسقط ، ولا يدري أن نتاجها قريب أو بعيد ، أو لعلها لا تنتج أو تنتج ولا يبلغ

نتاجها أو ان الحمل .

والنهي على التفسير الثاني : الجهالة بالحمل ، ولعله يسقط أو أنه ليس مؤجدا أصلا

(١) مفتاح الكرامة للعالمى ٤ : ١٤٢ : ١٤٣ .

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ٣ : ٢٨٥ .

(٣) البحر الزخار ٣ : ٢٩٤ .

(٤) شرح النيل ٤ : ٥٧ ، ٥٨ .

لا احتمال أن الانتفاخ ربح أو مرض (١) .

الأدلة :

وقد استدل الفقهاء بأحاديث كثيرة منها :

(١) عن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحيلة) (٢) وفي رواية (نهى عن بيع حبل الحيلة وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت) (٣) .

وفي لفظ (كان أهل الجاهلية يتعاون لحوم الجزور الى حيلة الحيلة ، وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي تنتج ، فنهاهم ﷺ عن ذلك) (٤) .

وفي لفظ (كانوا يتعاون الجزور الى حبل الحيلة فنهاهم ﷺ عنه) (٥) .

وفي رواية عنه قال كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور الى حبل الحيلة وحبل الحيلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك (٦) .

(٢) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : السلف في حبل الحيلة ربا (٧) .

(١) المصدر السابق .

(٢) أخرجه أحمد ومسلم والترمذي والبخاري والنسائي ، سبل السلام ٣ : ١٤ ، ومختصر أبي داود ٥ : ٤٦ ، ونيل الأوطار ١٥٦ .

(٣) أبو داود ٢ : ٢٢٩ ، ونيل الأوطار ٥ : ١٥٦ .

(٤) متفق عليه (نيل الأوطار ١٥٦) .

(٥) رواه البخاري : (نيل الأوطار ١٥٦) .

(٦) رواه مسلم (انظر صحيح مسلم ١٠ : ١٥٧) .

(٧) رواه النسائي ومسلم والبخاري انظر سنن النسائي ٧ : ٢٥٧ ، واللؤلؤ والمرجان ٢ : ١٣٣ ، وابن داود ٢ : ٢٢٩ .

المطلب الثاني

البيع الى النيروز ونحوه

الحنفية :

والبيع الى النيروز (١) ، والمهرجان (٢) ، وصوم النصارى ، وفطر اليهود ، ان لم يدر العاقدان ذلك باطل ، لجهالة الأجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع ، لأنه ليس من آجال المسلمين ، ولأنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة . لأنها من أعياد غير المسلمين ، وعدم معرفة خصوص أوقاتها عند المسلمين .

أما ان كان معلوماً عند المتعاقدين فهو جائز وصار ذلك بمنزلة الاهله ، لان الشرط اعلام المتعاقدين الأجل بينهما (٣) .

وقد خص الصوم بالنصارى ، والفطر باليهود ، لأن صوم النصارى غير معلوم ، وفطرهم معلوم واليهود بعكسه (٤) ، وكذلك لا يصح البيع الى الميلاد ، والمراد به وقت نتاج البهائم ، وذلك قد يتقدم وقد يتأخر ، وقبل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم

(١) النيروز : أصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يبتهلون به انظر فتح القدير ٥ : ٢٢٢ والنيروز أول يوم من الصيف وهو أول يوم تحمل فيه الشمس الحمل . انظر البحر الرائق ٦ : ٩٦ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٣ . والنيروز مختلف فيه بين نيروز السلطاني ونيروز الدهاقين ونيروز الخوس . الدرر الحكام ٢ : ١٧٣ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٣ .

(٢) المهرجان : معرب مهر كان وهو اول يوم من الشتاء وهو اول يوم تحمل فيه الشمس الميزان . البحر الرائق ٦ : ٩٦ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٣ .

(٣) المنسوط ١٣ : ٢٨ .

(٤) البحر الرائق ٦ : ٩٦ .

١٢٧) وبهذا يتبين ان البيع في الحصاد والجداذ (٤) وقدم الحاج - وكل
ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد ، فالبيع في مثل هذه الصور باطل (٥) ، لأن الشرط
في البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل ، كما قال ﷺ الى أجل معلوم ، واعلام
الأجل انما يكون بمالا يتقدم ولا يتأخر من الأيام والشهور ، فأما ما يتقدم ويتأخر من
أفعال العباد يكون مجهولا .

١٢٨) وبهذا يتبين ان البيع في الحصاد والجداذ (٤) وقدم الحاج - وكل
ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد ، فالبيع في مثل هذه الصور باطل (٥) ، لأن الشرط
في البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل ، كما قال ﷺ الى أجل معلوم ، واعلام
الأجل انما يكون بمالا يتقدم ولا يتأخر من الأيام والشهور ، فأما ما يتقدم ويتأخر من
أفعال العباد يكون مجهولا .

المطلب الثالث

البيع الى الحصاد ونحوه

والبيع الى الحصاد (١) والدياس (٢) والقطاف (٣) والجداذ (٤) وقدم الحاج - وكل
ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد ، فالبيع في مثل هذه الصور باطل (٥) ، لأن الشرط
في البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل ، كما قال ﷺ الى أجل معلوم ، واعلام
الأجل انما يكون بمالا يتقدم ولا يتأخر من الأيام والشهور ، فأما ما يتقدم ويتأخر من
أفعال العباد يكون مجهولا .

فالحصاد من أفعال العباد ، قد يتقدم أو انه فقد يتعجل الحر وقد يتأخر اذا أبطأ
البرد وكذلك الدياس والجداذ وقدم الحاج (٦) .

أما البيع الى العطاء فقد اختلف الفقهاء فيه ، فقد أبطل هذا البيع ابن عباس رضى
الله تعالى عنه ، وأجازت هذا البيع عائشه رضي الله تعالى عنها ، وأخذ ابن أبي ليلى رحمه
الله بقول عائشة رضي الله تعالى عنها ، وقال : المبيع جائز والمال حال ، لان العقد لما لم يكن
صالحا للأجل الذي ذكره لغى ذكره ، وعائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم
بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادرا فكان هذ بيعاً بأجل معلوم ، والسرخي والكمال
أخذوا بقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، لأن العطاء فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر

(١) الحصاد : بفتح الحاء المهملة وكسرهما وقت قطع الزرع .

(٢) الدياس : ان يوطأ الطعام بقوائم الدواب او نحوها .

(٣) القطاف : بكسر القاف والفتح لفة فيه وقت قطع العنب من الكرم .

(٤) الجداذ : بكسر الجيم وفتحها وقت جد الصوف من ظهر الغنم ، وقيل جداذ النخل . (١)

(٥) فتح القدير ٥ : ٢٢٣ والمبسوط ١٣ : ٢٩ .

(٦) المبسوط ١٣ : ٢٧ .

ينجسبها مما لم يلد ولا هم . والآجال انما تكون بالأوقات دون الأفعال قال الله تعالى (قل هي
بمواقيل للناس لوالحج) (١) ، هذا بناء على أن الجهالة سيرة اذ لو كانت الجهالة قوية لم
يختلفوا في عدم الصحة معها ، وقد قالوا : ان العطاء كسان لا يتقدم ولا يتأخر فجاز
تكونه آجالاً الا ذلك لضيق الخلفاء الراشدين في معادهم في صرفه ، وأما الآن فيتأخر عن
بمواعيدهم كثيراً فلا يصح التأجيل اليه الآن ، والذي يظهر أن العطاء كان يتقدم ويتأخر
قليلاً بنحو يوم أو يومين فاهذرتة عائشة واعتبره ابن عباس (٢) .

والجهالة الفاحشة هي ما يكون التردد في نفس الوجود كهبوب الريح ، واليسيرة ما يكون
الموجب للجهالة التردد في التقدم والتأخر .

وأرى أن العطاء اذا كان يشبه الرواتب فحكمها صحيح ، لان الآجال محددة
ومنتهية فلا غرر ، واذا كان العطاء يشبه ارزاق الشئون الاجتماعية التي تخصصها للأسر
الفقيرة فلها حكم آخر فانه يتقدم ويتأخر وهذا الذي لا يصح البيع الى أجله .

حكم البيع اذا أبطل المشتري الأجل الفاسد ونقد الثمن :

فاذا أبطل المشتري الأجل الفاسد كما مر ونقد الثمن في المجلس أو بعد الافتراق عن
المجلس انما البيع جائز عند علماء الحنفية من باب الاستحسان .

وقال زفر : لا يجوز البيع لأنه انعقد فاسداً ، ومن عقد فاسداً لا يتقلب صحيحاً
كالنكاح بغير شهود لا يتقلب صحيحاً بالأشهاد ، والنكاح الى أجل لا يتقلب صحيحاً
باسقاط الأجل .

والدليل على فساد العقد ، أن المبيع مضمون على المشتري بالقيمة لو هلك في يده ،
هر أن كل واحد من العاقدين يتمكن من فسخ العقد بغير رضا صاحبه ، وأن للبائع أن
يستردده بزيوائله المتصلة والمنفصلة .

والسرخسي يرى ، أن المانع من صحة البيع زال قبل تفرره فيصح البيع ، كما لو
باع فصيلاً في خاتمه ، أو جدعاً في سقف ثم نزع وسلمه الى المشتري كان البيع صحيحاً . ثم
يستردد السرخسي في هذا فيقول : (وتحقيق الكلام أن نفس الأجل غير مفسد للبيع وإنما

(١) البقرة ١٨٩ .

(٢) فتح القدير ٥ : ٢٢٣ والمبسوط ١٣ : ٢٧ والبحر الرائق ٧ : ٩٦ : ٩٧ .

المفسد جهالة وقت الحصاد، وذلك غير موجود في الحال فالشتاء ليس زمان الحصاديين، ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله في الذكر، ولأجله فسد العقد وهذا اتصال يعرض للفصل فإذا أسقطه مجيء أو ان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحاً كما في الجذع، فانه عين مال متقوم ولكن لاتصاله بالسقف وللضرر في نزعها كان لا يصح البيع فاذا نزعها زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاءه زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد. وهذا بخلاف النكاح بغير شهود، لأن المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالشهاد بعد العقد، والنكاح الى أجل متعة والمتعة عقد آخر سوى النكاح.

أما البيع الى هبوب الريح ومجيء المطر فليس كذلك، لأن الهبوب والمجسيء ليسا بأجل، اذ الأجل ما يكون منتظر الوجود، وهبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه، فعرفنا أنه ليس بأجل بل هو شرط فاسد، ولأجله فسد العقد، وكذلك ما اذا باع بألف دينار وزجاجة خمر فان ذلك العقد ينقلب صحيحاً عند الحنفية اذا انفقا على اسقاط الخمر (١). اللهم الا أن يقال هو تبع للألف الثمن في بيع المسلم، بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن اذ لا مستتبع هناك (٢) هذا والحاق زفر بالنكاح الى أجل بطريق الالتزام فانه يجوز النكاح المؤقت (٣).

أما لو باع مطلقاً عن هذه الآجال ثم أجل الثمن الى هذه الأوقات، فان البيع يصح، لأن هذا تأجيل الدين لا الثمن، فالدين هنا في التحمل بمنزلة الكفالة (٤) وهذا رأي الامام محمد، لان التأخير بعد البيع تبرع فيقبل التأجيل الى الوقت المجهول، كما لو كفل بمال الى الحصاد أو الدياس. وعند أبي حنيفة يفسد البيع (٥).

ويذكر ابن قاضي سمانه: الشرط الفاسد لو ألحق بعد العقد، هل يلتحق بأصل العقد فعند أبي حنيفة رحمه الله قبل يشترط أن يكون في المجلس وقيل لا وهو البيع الصحيح، وذكر محمد رحمه الله أنه يلتحق بأصل العقد، وعند أبي حنيفة رحمه الله، شرط في البيع فأبطلاه بعده ولو كان المفسد في صلب العقد صح الحذف في المجلس لا بعده، وكذا بيع الجذع في السقف لو سلمه في المجلس جاز بيعه (٦).

(١) المبسوط ١٣ : ٢٧ ، ٢٨ والبحر الرائق ٦ : ٩٧ وفتح القدير ٥ : ٢٢٤ ومجمع الأنهر ٢ : ٦٤ .

(٢) البحر الرائق ٦ : ٩٧ .

(٣) فتح القدير ٥ : ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٤) مجمع الأنهر ٢ : ٦٤ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٤ : ٥٣٢ .

(٦) جامع الفصولين ٢ : ٢٣٦ .

المالكية :

إذا كان الأجل مقصوداً بالعقد فيجب أن يكون معلوماً والذي يدخل الفساد فيه أمران :
الأول : الجهالة بالأجل : مثل البيع إلى قديم فلان أو نزول المطر وغير ذلك مما
يختلف اختلافاً متبايناً تختلف الأغراض باختلافه .

الثاني : أن يكون الأجل بعيداً يدخله الغرر لبعده .

وإن كان إلى أجل بعيد جداً فقد روى ابن القاسم عن مالك يجوز شراء سلعة إلى
عشرين سنة وقال ابن القاسم في الموازية أنه يجوز ذلك إلى عشر سنين وكرهه إلى عشرين
سنة . قال ولا أفسخه إلى ستين سنة أو تسعين سنة (١) .

أما البيع إلى الحصاد . والدياس ، أو الجذاذ ، أو العصير ، فقد أجازته فقههاء
المالكية لأن وقته معروف والقياس في ذلك بمعظم الحصاد وكثرته في البعد الذي يتبايعانه .
وإذا لم يكن لأهل البلد حصاد فالمتبع حلول زمن الحصاد ، وكذلك يجوز البيع إلى
خروج الحاج ، لأنه أجل معروف كما جاز البيع إلى خروج المصدق ، فقد جاء في المدونة
(عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فقال : عبد الله
ليس عندنا ظهر . فأمره النبي ﷺ أن يتباع ظهراً إلى خروج المصدق فابتاع عبد الله
البعير بالبعيرين وبالأبصرة إلى خروج المصدق بأمر رسول الله ﷺ (٢) .

وكذلك يجوز البيع إلى التبريز والمهرجان والميلاد وصوم النصارى وصومهم إذا
كان وقته معلوماً (٤) .

الشافعية :

اتفقت الشافعية على أنه لا يجوز البيع بثمن إلى أجل مجهول كالبيع إلى العطاء ، لأنه
عوض في بيع فلم يجز إلى أجل مجهول كالمسلم فيه (٥) .

(١) المنتقى للباهي ٥ : ٢١ - ٢٢ .

(٢) المدونة ٩ : ١٥٨ .

(٣) المدونة ٩ : ١٥٩ .

(٤) المدونة ٩ : ١٥٨ .

(٥) المهذب للشيرازي ١ : ٢٧٣ ومسند الامام الشافعي ٣٨٥ .

قال أصحابنا : إذا باع بئوجل الى الحصاد أو الى العطاء لم يصح ، أما إذا كان الى وقت استحقات العطاء وهو معلوم لها صح .

قال الروياني : ولو باع بثمن مؤجل الى ألف سنة بطل العقد . للعلم بأن الانسان لا يعيش ألف سنة ، وكذلك اذا أجل تسليم الثمن المعين بأن قال اشتريت هذه السلعة بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا فالعقد باطل .

وممن قال بعدم صحة البيع الى العطاء أيضاً ابن عباس وأبو حنيفة (١) .

على أن الآجال لا تحل الا أن تكون معلومة ، فان الله عز وجل قال : (إذا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى) وقول الرسول ﷺ (من أسلف فيلسف في كيل معلوم وأجل معلوم) .

والأجل انما يكون بالأهلة لأن الله تعالى حكم أن تكون المواقيت بالأهلة فيما وقت لاهل الاسلام فقال تبارك وتعالى : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلَةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) (٢) وقال (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ) (٣) وقال (الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ) (٤) وقال (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ) (٥) وقال (وَإِذْ كُتِبُوا اللَّهُ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ) (٦) .

قال الشافعي : (فأعلم الله تعالى بالأهلة جعل المواقيت وبالأهلة مواقيت الايام . من الاهلة ولم يجعل علماً لاهل الاسلام الا بها ، فمن أعلم بغيرها فبغير ما أعلم الله أعلم) وعلى ذلك فليس من الجائز أن تكون العلامة بالحصاد ، والجذاذ ، لان الحصاد والجذاذ يتأخران ويتقدمان بقدر عطش الأرض وريها ، ويقدر برد الأرض والسنة وحرهما ، والعطاء الى السلطان يتأخر ويتقدم ، وفصح النصارى يخالف حساب الاسلام فقد يكون عاماً في شهر وعاماً في غيره فلو أجزناه الى صومهم فقد أجزناه على أمر مجهول

(١) اجموع ٩ : ٢٧٣ - ٢٧٤ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

(٣) سورة البقرة ١٨٥ .

(٤) سورة البقرة ١٩٧ .

(٥) سورة البقرة ٢١٧ .

(٦) سورة البقرة ٢٠٣ .

فكره ، ولم يجز فيه الا قول النصارى على حساب يقيسون فيه أياما فكنا انها (أعلمنا في ديننا بشهادة النصارى الذين لا تجيز شهادتهم على شيء وهذا عندنا غير حلال لاحد من المسلمين) .

ولو أراد المشتري ابطال الشرط الفاسد ، وهو تأجيل الثمن الى أحد الأزمنة السابقة وتعجيل الثمن لم يكن ذلك له ، لأن الصفة انعقدت فاسدة فلا يكون له ولا لها اصلاح جملة فاسدة الا بتجديد بيع غيرها (١) .

الا أن فقهاء الشافعية خالفوا امامهم في تحديد الآجال بالاهله كما رأينا وكما استدل على ذلك الشافعي ، والشيرازي من الشافعية يقول : (والاجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب، وشهور الفرس وشهور الروم، وأعياد المسلمين، والنيروز، والمهرجان فان أسلم الى الحصاد ، أو الى العطاء ، أو الى عهد اليهود والنصارى ، لم يصح لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر) (٢) .

وقال شيخ الاسلام أبي يحيى زكريا الانصاري : (وان عيننا شهورا ولو غير عربية كالفرس والروم صح لأنها معلومة مضبوطة ومطلقها هاليله لانها عرف الشرع) (٣) .

وعلى هذا فاني أرى أن التقييد بالأشهر العربية غير ملزم لنا ، لأن المعرع الاسلامي لم يأت لا بطريق النص ولا بطريق الدلالة على الالتزام ، وانما المراد الى العرف والعرف في هذا الزمان : أن الأشهر الميلادية في شهرة الأشهر العربية ، وأن النيروز ، له وقت معروف يعرف فيه فلا جهاله ، واذا انتفت الجهاله انتفى الغرر وعندئذ يصح البيع صحيحا .

الحنابلة :

وترى الحنابلة أنه لا بد من كون الاجل معلوما لقوله تعالى : (اِذَا تَدَآءَيْتُمْ بِمِدَّيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى) (٤) وقول الرسول ﷺ (الى أجل معلوم) ولا خلاف في اشتراط العلم

(١) الام ٣ : ٩٦ .

(٢) المذهب ١ : ٣٠٦ . والمجموع ١٣ : ١٣٦ . والمغني المحتاج ٢ : ١٠٥ ونهاية المحتاج ٤ : ١٩١ .

(٣) شهور العرب واحد وثلاثون ، وواحد تسع وعشرون اذا الحجه فسانه تسع وعشرون وخمس و سس .

فتح الروهاب ١ : ٢٨٧ وقليري وعميره . ولا أعلم كيف هذا الحساب .

(٤) سورة البقرة ٢٨٢ .

في الجملة وأنه يحتاج الى أن يعلم البائع بزمان بيعته لا يختلف ، وعلى ذلك فلا يصح أن يؤجله بالحصاد والجداذ وما أشبهه . ودليلهم ما روي عن ابن عباس أنه قال : (لا تتبايعوا الى الحصاد ، والدياس ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم) وذلك لان هذه الاوقات تختلف وتقرب وتبعد فلا يجوز أن تكون أجلا كقدوم زيد . ولا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى المسيرة لم يصح .

هذا واذا ذكر الشهر انصرف الى الأشهر الهلالية بدليل قوله تعالى :

(انَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ ، مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ) (١) .

وأراد الهلالية . ويكون الاجل معلوما يعلم بالهلل كأول الشهر أو وسطه أو آخره أو يوم معلوم منه ، ويقول الله تعالى : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) (٢) فان باع الى أجل معلوم كعيد الفطر أو النحر أو يوم عرفه أو عاشوراء أو نحوهما جاز البيع . أما اذا جعل الاجل مقدرًا بغير الشهور الهلالية فعلى رأيين :

الاول : ما يعرفه المسلمون وهو بينهم مشهور ككانون ، وشباط ، أو عيد لا يختلف كالنيروز ، والمهرجان ، عند من يعرفها ، فليل انه لا يصح وهو ظاهر كلام المزني ، وابن أبي موسى ، ولأن هذه الأعياد لا يعرفها كثير من المسلمين .

وقيل : يصح وبه قال القاضي وهو قول الأوزاعي والشافعي .

الثاني : مالا يعرفه المسلمون كعيد الشعانين (٣) وعيد الفطير (٤) ونحوهما فهذا لا

(١) سورة التوبة ٣٦ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

(٣) الشعانين : شين ثم عين مهملتين : قاله ابن الاثير وغيره وهو عيد النصرى قبل عيدهم الكبير بأسبوع . بالشين المعجمة وذلك خطأ : كشاف ٣ : ٣٠١ .

فالسنة العربية للثلاثه وأربعة وخمسون وخمس وسدس يوم وشهور الفرس كل واحد ثلاثون الا الاخير خمسة وثلاثون . وأما شهور الروم فالثاني والسابع والتاسع والعاشر عشر ثلاثون والخامس ثمانية وعشرون وربع يوم والسبعة الباقية أحد وثلاثون فتكون سنتهم ثلثمائه وخمسة وستين وربع يوم فسادا صار الربع أكثر من نصف زيد في الخامس فتصير أيام الخامس تسعة وعشرين وأيام السنة ثلثمائه وستة وستين يوما . والسرانية كالرومية الا في التسمية . قليوبي وعميرة ٢ : ٢٤٧ .

(٤) عيد الفطير : هو أحد أعياد اليهود .

يجوز لأن المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليدهم ، لان قولهم غير مقبول ، ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب فهم لا يعرفه المسلمون (١) .

الشبهة الامامية :

وترى الشيعة الامامية أن اشتراط تأخير الثمن الى أجل من غير تعيين أو عينا أجلا مجهولا كقدوم الحاج ، أو ادراك الغلة بأن البيع باطل، وكذلك يبطل لو عين أجلا مشتركا بين أمرين أو أمور حيث لا مخصص لاحدهما كالنفر من منى وشهر ربيع ، وكذلك يبطل البيع اذا أجل الى يوم معين من الأسبوع كالجمعة مثلا وذلك للغرر والجهالة (٢) .

وقيل : يصح لتعليق الأجل على اسم معين ولكن يعتبر عملها بذلك قبل العقد ليوجه قصدهما الى أجل مضبوط ، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلها أو أحدها به ومع القصد لا اشكال في الصحة ، وان لم يكن الاطلاق محمولا عليه (٣) .

أما التأجيل الى النيروز والمهرجان ، وهو أول دخول الشمس برج الميزان والفصح عيد النصارى والفطر عيد اليهود اذا علما ذلك فإن هذا التأجيل جائز عندهم . فقد خالفوا في هذا الحنفية والشافعية والحنابلة . ووافقوا المالكية واحدى روايات الحنابلة ، والذي أراه أن الجهالة اذا كانت فاحشة فانها مفسدة للبيع ، واذا كانت جهالة يسيرة فان البيع جائز ، وأرى أعراف هذا الزمان ، أن أكثر البياعات في الأرياف إنما تكون الى الخصاد ، والدياس وقطف الثمار ، إذ التمكن من تسديد ديونهم إنما تكون في هذه الأوقات . وكذلك العرف الجاري بالنسبة للموظفين أنهم يتعاملون مع التجار على أساس دفع الثمن في نهاية كل شهر رغم أن العطاء قد يتقدم وقد يتأخر - أو يعطي تارة في السابع والعشرين وتارة في التاسع والعشرين ، وفي افساد هذا حرج بين ، بل بالعكس أن معظم التجار حتى الكبار يتعاملون فيما بينهم على أساس أن يدفع المبالغ حتى نهاية كل شهر .

أما في الجهالة الفاحشة أو التي لا يمكن ضبط وقتها حتى على سبيل الاحتمال فاني لا أرى بجوازها كمن يتعامل مع زيد اذا هب الهواء أو نزل المطر أو جاء الغائب ولا تعلم غيبته وربها حياته ، فان التعامل على مثل هذا غرر بين .

(١) المغني ٤ : ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٦٢١ ، وكشاف القناع ٣ : ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) مفتاح الكرامة ٤ : ٢٨ ، والروضة البهيبة : شرح اللمعة الدمشقية : ١ : ٣٣٣ .

(٣) الروضة البهيبة شرح اللمعة الدمشقية : ١ : ٣٣٣ ، والمختصر النافع ١٤٦ .

وترى الشيعة الزيدية أن تأجيل الثمن الى وقت غير معلوم لا يجوز ، وقد استدلوا بحديث سعيد بن جبير : لا تبع الى الحصاد ولا الى الجساذ ولا الى الدياس ولكن شهراً (شهر) (١) . وسئل محمد بن سيرين عن البيع الى العطاء ، قال : لا أدري ما هو ، وعن الحكم أنه كره البيع الى العطاء . وهذا الحديث يدل على تحريم الدخول في البيع اذا كان ثمنه مؤجلاً بأجل لا يعرف ، والوجه فيه هو ما تضمنه من الغرر والجهالة المقتضية الى التشاجر وكل ما كان غرراً فهو منهي عنه للنهي عن بيع الغرر .

وقال زيد عليه السلام : لا يجوز البيع الى النيروز ، ولا الى المهرجان ، ولا الى الدياس ولا الى الجساذ ، ولا الى القطاف ، ولا الى العصور ، أما البيع الى أجل معين عند المسلمين كالبيع الى الفطر والى الأضحى والى الموسم فالبيع الى هذه الآجال جائز (٢) .
وأما وجه المنع الى النيروز . . . هو الاختلاف في تعيين وقتها فيؤدي الى التشاجر ولما فيه من تعظيم شعائر الجاهلية في جعلها عيدين ، ولذا قال علي رضي الله تعالى عنه منكرآ لتخصيص الفاكهة بها نورزونا كل يوم .

أما تعليق البيع بصوم النصارى وافتارهم مع تبديل أهل الكتاب شرائع دينهم فيقع الاختلاف لذلك قال تعالى : (فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ يَكْتُمُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لِيَشْتَرُوا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَوَيْلٌ لَهُمْ مِمَّا كَتَبَتْ أَيْدِيهِمْ) (٣) . وقوله تعالى : (وَإِنْ مِنْهُمْ لَمَصْرِيفًا يَلْبُؤُونَ أَلْسِنَتَهُمْ بِالْكِتَابِ إِلَى قَوْلِهِ وَيَقُولُونَ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَمَا هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ وَيَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ وَهُمْ يَعْلَمُونَ) (٤) .

أما المنع الى العطاء لأنه يجوز تأخيره بل انقطاعه ، إلا أن الزيدية اختلفوا في جوازه ومنعه ، فمن أجازاه فحجته أن ابن عمر كان يشتري الى العطاء وأن دهقاناً بعث الى علي

(١) الروض النضر ٣ : ٢٦٤ .

(٢) الروض النضر ٣ : ٢٦٤ والنوروز : نو : معناه الجديد وروز معناه اليوم أي يسوم جديد والعطاء : وقت تقسيم نفقات الجند وأرزاقهم .

(٣) سورة البقرة : ٧٩ .

(٤) سورة آل عمران : ٧٨ .

بن أبي طالب ثوب ديناج منسوجاً بالذهب فابتاعه منه عمرو بن حريث الى العطاء بأربعة آلاف درهم . وكذلك يروى بأن أمهات المؤمنين كن يتبايعن الى العطاء ، وكذلك روي عن النبي

والرأي المختار عندهم : اذا كان العطاء معلوماً حصوله في وقت معين بحيث لا يظن تأخيراً وانقطاعه فلا جهالة في ذلك بل يصير كالتأجيل برأس الشهر أو نحوه وهو الوجه فيما فعله السلف لما فتح الله عليهم من الأموال وصرف الموانع عن بسدله وان كان يجوز انقطاعه أو عدم ضبطه بوقت معلوم فهو غرر وجهالة .
أما ألبيع الى الحصاد فقد يتأخر أياماً ان كان المطر متواتراً ويتقدم بغيره الهواء وعدم المطر .

أما أعياد المسلمين كالفطر والاضحى ، فعوازمها لأنها محدودة معلومة لا يتطرق اليها اختلاف . وكذلك يجوز البيع اذا كان البيع الى أجل معلوم كالشهور العربية والعجمية وكتطوع الشمس ، أو غروبها ، وطلوع الفجر ، أو طلوع كوكب مسمى ، أو غروبه (١) كما قال تعالى (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) (٢) .
الإباضية :

وترى الإباضية أن كل بيع أجل لغير وقت منضبط فاسد ، أما اذا كان الأجل منضبطاً كالحصاد ، والجداذ ، والدوس ، وقدام الأعراب أو المسافرين ، أو الحاج ، وخروج الى بلد كذا ووصول البيت أو السوق والأخذ والعطاء والرزق فان البيع يجوز عند الأكثر .

وقيل يجوز الى الأجل المجهول على ما استتب عليه البيع وحكم بشيئته وانعقاده على الحلول فيأخذ به البائع متى شاء وهو ضعيف ، لأن للأجل قسطاً من الثمن فكيف يؤخر الثمن ويؤخذ عاجلاً فالتحقيق فساده إلا بتجديد عقد .

وقيل : أنه ان باع الى خروج المشتري لبلد كذا ، أو الى أن يصل البيت أو السوق ونحو ذلك فسد للجهل وعدم العلم أيخرج أم لا ، وهو يصل أم لا ، الا أنه ان لم يطلب أحدهما نقضه ثبت . أما اذا قال ان الأجل الى أن يبيع السلعة لم يثبت البيع .

(١) الروض النضير ٣ : ٢٦٤ - ٢٦٦ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

أما اذا قال : ان البيع الى شهر كذا فالمراد أوله وإن قال الربيع أو جمادى ضعيف لأنها ربيعان وجمادان وللعاقدين النقص .

أما البيع الى النيروز والمهرجان ان عرف لا الى صوم النصارى لأنه يتقدم ويتأخر وان تعين الصوم جاز الأجل .

أما اذا كان الأجل بالسنة الأعجمية وشهورها، فان البيع يجوز على التحقيق وزعم بعض الإباضية أنه لا يجوز، وأن أصح الآجال انما يكون بالأهلة لقوله تعالى (قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ) (١) .

الظاهرية :

وترى الظاهرية أن البيع بضمن مجهول لا يجوز ، ولا الى أجل مجهول كالخصاد والجداذ ، والعطاء ، والزريعة والعصير، لأن هذه الآجال تتقدم وتتأخر . فالخصاد والجداذ يتأخران أياماً وان كان المطر متوتراً ويتقدمان بحر الهواء وعدم المطر ، والزريعة تتأخر شهرين وأكثر لعدم المطر . والعطاء قد ينقطع جملة .

وانما يجوز البيع الى أجل لا يتأخر ساعة ولا يتقدم ساعة كالشهور العربية ، والعجمية أو كطلوع الشمس، أو غروبها، أو طلوع القمر ، أو غروبه ، أو طلوع كوكب ، أو غروبه ، فهذه أوقات محددة عند من يعرفها . قال الله تعالى : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحُجَّ) .

أما الأجل إلى صوم النصارى أو اليهود أو فطرم أو إلى عيد من أعيادهم لأنها من زيتهم ولعلهم يغيرون وقتها فلا يضح التأجيل عندئذ (٢) .

أما البيع الى الميسرة فهو جائز للنص وهو قوله تعالى (وَإِنْ كَسَانَ ذُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِيرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) (عن ابنس بن مالك قال بعثني رسول الله ﷺ الى حليق النصراني ليعث اليه أثواباً الى الميسرة والله ما محمد ثاغية ولا راغية . (٣)) ولأنه حكم الله تعالى في كل من لا يجد اداء دينه .

جهالة أجل الثمن في القانون :

تنص المادة (٢٧٢) من التتمين المدني المصري على ما يأتي :

(١) شرح النيل ٤ : ٧٧ .

(٢) المحل ٨ : ٤٤ - ٤٦ .

(٣) مجمع الزوائد ٤ : ١٢٥ .

(إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل ، مراعيماً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومقتضياً منه عناية الرجل الحرص على الوفاء بالترامه (٣) .

لقد ذكرنا عند الكلام عن جهالة أجل المبيع في القانون أن الأجل يشترط فيه أن لا يكون أمراً ماضياً أو حاضراً بل يجب أن يكون الأجل أمراً مستقبلاً محقق الوقوع .

الترام الوفاء عند الميسره أو عند المقدرة :

إذا ضرب المدين أجلاً للوفاء بدينه على شرط الميسرة أو المقدرة ، فهذا الوفاء إنما هو معلق على شرط واقف وهو أمر غير محقق الوقوع ، إذ أنه إذا أيسر المدين وتحققت مقدرة على الوفاء تحققت الشرط ووجب أن يفني بالدين . وإذا لم يوسر المدين ولم تحقق مقدرة على الوفاء طول حياته ، فقد تخلف الشرط وسقط عنه الالتزام بالوفاء .

وإذا قصد المدين أن يضرب أجلاً للوفاء بدينه هو ميسرته أو مقدرة على الوفاء ففي هذه الحالة فإن المدين قد قصد أن يفني بدينه على كل حال عند الميسرة أو عند المقدرة . أو عند الموت يؤخذ من تركته إذا لم يواته اليسار حال حياته (فالأجل هنا أجل غير معين ، وهو أقرب حادثين غير معينين ، اليسار أو الموت) كما يقول السنهوري .

وعند الاختلاف في قصد المدين ضرب أجل للوفاء أو تعليق الوفاء على شرط ، فالمرغوض أنه قصد الأجل لان العقد يفسر عند الغموض بما يعطيه الأثر الأقوى . وإذا لم يتفق الطرفان على موعد معين فعلى القاضي أن يتلمس من ظروف القضية وملاساتها موعداً يحدد فيه بأن المدين أصبح موسراً أو قادراً على الوفاء بدينه . وقد بينت المادة (٢٧٢) عناصر التقدير للقاضي . وهذه العناصر :

- ١) موارد المدين الحالية : وهي الاموال الموجودة عند المدين فعلا وقت النظر في الدعوى
 - ٢) موارد المدين المستقبلية : وهي الاموال التي يتوقعها القاضي عند المدين في المستقبل ، كإيراد الوظيفة او المهنة . فيقدرها القاضي في المستقبل مسترشداً بالماضي .
 - ٣) عناية الرجل الحرص على الوفاء بالترامه ، فيقتضي القاضي من المدين عناية الرجل الحرص على الوفاء بما عليه من الديون ، وذلك بتقديم الدين على كثير من حاجياته سواء كانت الحاجيات الضرورية ، أو الحاجيات الاخرى ، وإذا عجز القاضي عن هذا التحديد طيلة حياته فإنه يتعين الموت ، فإذا مات المدين حل الأجل وحل دينه حتماً ، وقد مات معسراً فيشارك الدائن سائر الدائنين في استيفاء حقه من التركة مشاركة الغرماء .
- فالواقع أن التأجيل الى الميسرة جائز قانوناً ، سواء قصد به الشرط أو الأجل .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ : ٢٧ .

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions and activities. It emphasizes that this is crucial for ensuring transparency and accountability in the organization's operations.

2. The second part of the document outlines the various methods and tools used to collect and analyze data. It highlights the need for consistent and reliable data collection processes to support effective decision-making.

3. The third part of the document focuses on the role of technology in data management and analysis. It discusses how modern software solutions can streamline data collection, storage, and reporting, thereby improving efficiency and accuracy.

4. The fourth part of the document addresses the challenges associated with data management, such as data quality, security, and privacy. It provides strategies to mitigate these risks and ensure that data is used responsibly and ethically.

5. The fifth part of the document discusses the importance of data governance and the establishment of clear policies and procedures. It emphasizes the need for a strong data governance framework to ensure that data is managed in a consistent and compliant manner.

6. The sixth part of the document explores the role of data in strategic planning and performance management. It highlights how data-driven insights can help organizations identify trends, opportunities, and areas for improvement.

7. The seventh part of the document discusses the importance of data literacy and training for all employees. It emphasizes that having a data-literate workforce is essential for maximizing the value of data and driving organizational success.

8. The eighth part of the document addresses the role of data in innovation and research. It discusses how data can be used to identify new market opportunities, develop new products, and improve existing services.

9. The ninth part of the document discusses the importance of data security and protection. It highlights the need for robust security measures to prevent data breaches and ensure that sensitive information is kept confidential.

10. The tenth part of the document discusses the role of data in sustainability and social responsibility. It highlights how data can be used to track and report on environmental, social, and governance (ESG) metrics, helping organizations to improve their overall impact on society.

11. The eleventh part of the document discusses the future of data and the emerging trends in data management and analysis. It highlights the potential of artificial intelligence, machine learning, and big data to revolutionize the way we collect, analyze, and use data.

الفهرس

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
ج - ط	مقتطفات من تقرير اللجنة
ي - ش	الافتتاحية
١	تهديد : تعريف العقد وتكوينه ومدى حرية الانسان في إنشاء العقود والشروط ومكان الغرر منها
٣	المبحث الاول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً وتكوينه
١٧	المبحث الثاني : مدى حرية الانسان في إنشاء العقود والشروط
٥٠	المبحث الثالث : تعريف العقد في القانون
٦١	المبحث الرابع : مبدأ سلطان الارادة في القانون
٦٩	الباب الأول : في التعريف بالغرر واقسامه
٧٢	الفصل الأول : التعريف بالغرر والآيات والاحاديث الواردة فيه
٧٦	المبحث الاول : تعريف الغرر لغة واصطلاحاً
٧٩	المبحث الثاني : الآيات والأحاديث الواردة في الغرر
٨٩	المبحث الثالث : تعريف الغرر في القانون
٩٥	الفصل الثاني : أقسام الغرر
٩٥	المبحث الأول : الغرر اليسير والمتوسط والكثير
١٠١	المبحث الثاني : الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر
١٢٥	الباب الثاني : أثر الغرر في عقد البيع
١٢٦	الفصل الأول : أثر الغرر في صيغة البيع
١٢٨	المبحث الاول : بيع المتابذة
١٣٤	المبحث الثاني : بيع الملامسة
١٤٥	المبحث الثالث : بيع الحصة

الموضوع

صفحة

١٤٥	المبحث الرابع : بيع العربون
١٥٥	المبحث الخامس : بيعتان في بيعة و صفتان في صفقة
١٥٥	المطلب الاول : بيعتان في بيعة
١٦٤	المطلب الثاني : صفتان في صفقة
١٦٦	الفرع الاول : شرطان في بيع
١٦٧	الفرع الثاني : سلف وبيع
١٧١	الفرع الثالث : بيع و شرط
١٧٦	المبحث السادس : العقد المعلق والعقد المضاف
١٧٦	المطلب الاول : العقد المعلق
١٨٦	المطلب الثاني : العقد المضاف
١٩٠	المطلب الثالث : البيع المعلق والمضاف في القانون
٢٠١	الفصل الثاني : أثر الغرر في المبيع
٢٠٢	المبحث الاول : الجهل بصفة المبيع
٢١٣	المطلب الاول : بيع المضامين والملاقيح
٢١٦	المطلب الثاني : بيع الحجر
٢١٩	المطلب الثالث : بيع الحمل
٢٢١	المطلب الرابع : بيع عيب الفحل
٢٢٧	المطلب الخامس : بيع المغيب في الارض
٢٣٧	المطلب السادس : بيع المغيب في قشره
٢٥١	المطلب السابع : بيع ذراع من الدار وهما لا يعرفان ذراعان الدار
٢٥٥	المبحث الثاني : الجهل بمقدار المبيع
٢٥٧	المطلب الاول : بيع اللبث في الضرع
٢٦٢	المطلب الثاني : بيع النحل في الكندوج
٢٦٦	المطلب الثالث : بيع الصوف على ظهر الغنم
٢٧٠	المطلب الرابع : بيع السمن مع الظرف
٢٧٣	المطلب الخامس : بيع الصبرة
٢٧٧	المطلب السادس : بيع الحاقلة

صفحة	الموضوع	رقم
٢٨٣	المطلب السابع : بيع المزبنة	٤٦٤
٢٩٠	المطلب الثامن : بيع العرايا	٤٦٥
٣٠٢	المطلب التاسع : بيع الجراف	٤٦٦
٣٢٠	المبحث الثالث : جهالة العين	٤٦٧
٣٣٥	المبحث الرابع : جهالة الأجل في البيع	٤٦٨
٣٣٨	المبحث الخامس : عدم رؤية المبيع	٤٦٩
٣٣٩	المطلب الأول : بيع العين الغائبة	٤٧٠
٣٤٧	الفرع الأول : بيع العين الغائبة الموصوفه	٤٧١
٣٥٦	الفرع الثاني : تقدم الرؤية على بيع العين الغائبة	٤٧٢
٣٦١	الفرع الثالث : بيع العين الغائبة بشرط عدم خيار الرؤية	٤٧٣
٣٦٢	الفرع الرابع : بيع الغائب ولو بلا وصف	٤٧٤
٣٦٣	الفرع الخامس : بيع الإنسان ما غاب عنه	٤٧٥
٣٦٨	المطلب الثاني : بيع الأنموذج	٤٧٦
٣٧٣	المطلب الثالث : بيع الأعمى وشراؤه	٤٧٧
٣٨٣	المبحث السادس : بيع المعدوم	٤٧٨
٣٨٤	المطلب الأول : بيع المعدوم عند الفقهاء	٤٧٩
٣٩١	المطلب الثاني : بيع الثمار	٤٨٠
٣٩٢	الفرع الأول : بيع الثمره قبل بدو الصلاح	٤٨١
٤٠٤	الفرع الثاني : بيع الثمار بعد بدو الصلاح	٤٨٢
٤٢١	المطلب الثالث : بيع المعدوم في القانون المصري	٤٨٣
٤٢٥	المبحث السابع : عدم القدرة على التسليم	٤٨٤
٤٢٦	المطلب الأول : بيع الآبق	٤٨٥
٤٣٨	المطلب الثاني : بيع الطير في الهواء	٤٨٦
٤٤٣	المطلب الثالث : بيع السمك في الماء	٤٨٧

الموضوع

صفحة

- ٤٤٨ المطلب الرابع : بيع المغضوب
- ٤٥٢ المطلب الخامس : بيع الدين
- ٤٦٠ المطلب السادس : بيع ما لا يملكه الإنسان
- ٤٦٧ المطلب السابع : بيع ما لم يقبض
- ٤٩١ **الفصل الثالث : أثر الغرر في الثمن**
- ٤٩٣ المبحث الأول : الجهل بصفة الثمن
- ٥٠٠ المبحث الثاني : الجهل في الثمن ومقداره
- ٥٠١ المطلب الأول : البيع بغير ذكر الثمن
- ٥٠٤ المطلب الثاني : البيع بالرقم
- ٥٠٧ المطلب الثالث : بيع الإستحجار
- ٥١٠ المطلب الرابع : البيع بما باع به فلان أو بما يبيع به الناس
- ٥١٢ المطلب الخامس : بيع التولية والمرايحة والوضيعة والمسترسل
- ٥١٤ الفرع الأول : بيع التولية
- ٥١٨ الفرع الثاني : بيع المرايحة
- ٥٢٤ الفرع الثالث : بيع الوضيعة
- ٥٢٦ الفرع الرابع : بيع الاسترسل
- ٥٢٨ المطلب السادس : بيع العدل على أنه عشرة فبان خلافه
- ٥٢٩ المطلب السابع : بعثك هذه الأنواب الثلاثة بدون ذكر الثمن
- ٥٣٠ المطلب الثامن : جهالة جملة الثمن في بيع مضاف إلى جملة
- ٥٣٥ المطلب التاسع : البيع بإتاء لا يعرف مقداره وبوزن أو بحجر لا يعرف مقداره

٥٣٧	المطلب العاشر : الجزاف في الثمن
٥٤٢	المبحث الثالث : جهالة الاجل في الثمن
٥٤٢	المطلب الأول : البيع الى حبل الحبله
٥٤٨	المطلب الثاني : البيع الى النيروز ونحوه
٥٥٠	المطلب الثالث : البيع الى الحصاد ونحوه



انتهى الجزء الأول من الكتاب

وبليه الجزء الثاني من الكتاب

ان شاء الله