

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي الاغواط

كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية والحضارة

قسم العلوم الإسلامية



محاضرات في مقياس الفقه المقارن

المعاملات المالية

مطبوعة موجهة لطلاب السنة الأولى ماستر السداسي الأول

إعداد الدكتور الطيب بوفاتح

tayebboufateh@gmail.com

العام الجامعي: 2021 - 2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرس المحتويات

عنوان الماستر: الفقه المقارن وأصوله

السداسي: الأول

اسم الوحدة: التعليم الأساسية

اسم المادة: الفقه المقارن (معاملات)

الرصيد: 04

المعامل: 02

أهداف التعليم: إدراك قيمة الفقه الإسلامي ومتانة بنائه العلمي وارتباطه بمصادرة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها.

- لفت النظر إلى أهمية دراسة أصول الفقه وما يتعلق به، وكذا مباحث اللغة العربية، وأسباب النزول، والناسخ والمنسوخ، والحديث وعلومه، التي تجتمع في درس الفقه المقارن.
- تقدير المذاهب الأربعة ووجهة الخلاف فيها ودفع الأوهام حولها.
- معرفة سبيل البحث والاستنباط والاجتهاد.

1- رفع رصيد الطلبة من الأحكام الفقهية بأدلتها. 2 - الوقوف على أسباب اختلاف الفقهاء. 3 - التواضع في اكتساب العلم

المعارف المسبقة المطلوبة:

معارفه في الفقه وأصوله وقواعده ونظرياته وعلوم اللغة العربية والقرآن والسنة
يحتاج الطالب لدراسة الفقه المقارن معارف متعددة درسها في مواد أخرى كالقرآن والسنة وعلومهما وأصول الفقه وقواعده

واللغة العربية.

محتوى المادة:

- قبض المبيع
- العينة
- الظفر بالحق
- بيعتان في بيعة
- أحكام المضاربة
- شفعة الشريك غير المقاسم
- بيع المبيع قبل قبضه.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ومعلمنا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم وعلى آله وصحبه أجمعين.

إن من رحمة الله تعالى بهذه الأمة المحمدية المرحومة أن الخلاف بينها لم يكن في أصول دينها ومصادره الأصيلة، وإنما كان الخلاف في أشياء لا تمس وحدة المسلمين الحقيقية وهو أمر لابد أن يكون، تنمية للعقول وتوسعة للمدارك والأنظار وتخفيفاً على الناس في أمور دينهم، وكان الناس في عهده صلوات الله وسلامه عليه يرجعون عند التنازع إليه فيحكم بينهم ويبيّن لهم الحق، وبعد وفاته اختلفت الأمة ولكن في مساحة الاجتهاد كفلها الاسلام لأهل الحق من العلماء المجتهدين فالخلاف الفقهي موجود من لدن الصحابة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها وهو من الخلاف المحمود الذي تحتمله اللغة والأصول والقواعد العامة لهذا الدين الحنيف، فاختلف العلماء لم يكن أبداً بناء على التشهي أو الهوى بل كان على تحرٍ وبحث عن الحق، ومن أبرز أولئك الأعلام الأئمة الأربعة فقد كانوا نجوماً في سماء العلم فاقتدى الناس بهم، فأردنا أن نقتبس من نورهم، إن نقف على مآثرهم الطيبة من خلال مختارات في جانب مهم في حياة الناس وهي المعاملات المالية نطلع من خلال هذه المسائل على أبرز النقاط التي أدت إلى الخلاف كما نكتشف أهم الأصول والقواعد التي اعتمد عليها كل مذهب من المذاهب.

أهداف الدراسة

تصوير المسألة تصوير علمياً للحكم عليها عن الحكم على الشيء فرع عن تصوره
الوقوف على آراء العلماء وخاصة المذاهب الأربعة للوقوف على أهم المصادر والقواعد والأصول المعتمدة عند كل مذهب

استعمال المصادر والمراجع المعتمدة عند كل مذهب من المذاهب

استنباط الأدلة النقلية والعقلية عند العلماء

الوقوف على الجانب المقاصدي الذي تزخر به بعض المذاهب
تمكين الطالب من معرفة طبيعة الخلاف بين العلماء وضرورته.

وأحمد الله عزوجل أن أتاحت لي هذه الفرصة في تدريس هذا المقياس لطلاب سنة أولى ماستر فكان
هذا المجهود ثمرة للمجهود المقدم من طرف الاستاذ والطلبة عن طريق السؤال والجواب والمناقشة وفقا
للبرنامج المسند من قبل وزارة التعليم العالي والعلمي

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

المحاضرة الأولى: القبض

في المبيع.

أولاً: تصوير المسألة

1- تعريف القبض في اللغة:

قال صاحب الصحاح في فصل القاف: "قبضت الشيء قبضاً: أخذته. والقبض: خلاف البسط. ويقال: صار الشيء في قبضتك، أي في ملكك. ودخل مال فلان في القبض، بالتحريك، وهو ما قبض من أموال الناس. والانقباض: خلاف الانبساط. وانقبض الشيء: صار مقبوضاً.⁽¹⁾ ومن خلال التعريف اللغوي الأول نلاحظ أن من معاني القبض الأخذ بالتحريك وهو القبض الحقيقي الذي هو أحد أنواع القبض.

وذكر صاحب لسان العرب معنى آخر للقبض يندرج فيه القبض الحكمي عن طريق فقال في تعريف القبض: "الانقباض: خلاف الانبساط، وقد انقبض وتقبض. وانقبض الشيء: صار مقبوضاً. وتقبضت الجلدة في النار أي انزوت. وفي أسماء الله تعالى: القابض، هو الذي يمسك الرزق وغيره من الأشياء عن العباد بلطفه وحكمته ويقبض الأرواح عند الممات. وفي الحديث:

يقبض الله الأرض ويقبض السماء أي يجمعهما."⁽²⁾ ومن خلال ما سبق من التعريف اللغوي للقبض خلصنا إلى معنيين للقبض معنى حقيقي ومعنى حكمي وهذا ما نجد آثاره في التعريف الاصطلاحي عند فقهاء الاسلام كما سيأتي معنا.

2- التعريف الاصطلاحي للقبض:

القبض عند الفقهاء: خلاف البسط يقال: قبض عليه بيده إذا ضمّ عليه أصابعه، وقبض الشيء: أخذه، وهذا الشيء في قبضة فلان: أي في مكله وتصرّفه.⁽¹⁾

1. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي المتوفى: 393هـ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار: دار العلم للملايين بيروت

الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987 م. مادة قبض فصل القاف، ج 3 ص 1100.1101..

2. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل جمال الدين بن منظور، الانصاري الرويفي الافريقي "ت711هـ" دار صادر، بيروت،

ط 1414، 3، 213/7..

ثانياً: تحرير محل النزاع في مسألة قبض المبيع.

- أجمع العلماء على منع بيع الطعام قبل قبضه حقيقة وذلك لورود النص في ذلك.
- اختلف العلماء في حقيقة القبض في غير الطعام من العقار والمنقولات.
- اختلاف في تحديد مصطلح العقار بين موسع في ذلك ومضيق كما سيأتي معنا
- تعدد أنواع صور القبض وتنوعها ومدى تطابقها مع أنواع المبيعات.

ثالثاً: تحرير منشأ الخلاف في مسألة قبض المبيع.

- الأدلة ظنية يدخلها الاحتمال فيسقط بها الاستدلال.
- الاختلاف في حجية بعض القواعد الأصولية كمفهوم المخالفة مثلاً لا يعتبر حجة عند الحنفية.
- اختلاف العلماء في قول الصحابي "من السنة" فبعضهم يرفعه وبعضهم يوقفه.
- اختلاف العلماء في بعض القياسات الغير مسلمة كما سيأتي معنا.
- اختلاف العلماء في علة النهي عن البيع قبل القبض هل لتوالي الضمانات أو عدم القدرة التسليم.

مفهوم العقار والمنقول عند العلماء.

قبل الولوج في ذكر مذاهب العلماء في تصورهم للقبض في البيع لابد علينا أن نحدد بعض المصطلحات المهمة في هذا الباب لأن المبيع قسماً عقاراً ومنقولاً واختلف الفقهاء في المقصود كل منهما وسنذكر مذاهب العلماء ذلك لأن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره.

(. التعريفات الفقهية، محمد عميم المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، 2003م، ط 1، ص 170. ¹).

واختلف العلماء في مفهوم العقار بين مضيق كالحنفية وموسع كالمالكية وسيأتي تفصيل ذلك كالاتي.

رأي الحنفية - المنقول: هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقى على صورته وهيئته الأولى، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات.

والعقار: هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلا من مكان إلى آخر كالدور والأراضي.⁽¹⁾
فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة. والمنقول يشمل ما عداها.⁽²⁾

وذهب المالكية إلى مفهوم يخالف الحنفية فقد ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار فقالوا: المنقول: هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاءه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها. والعقار عندهم: هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل كالبناء والشجر. فالبناء بعد هدمه يصير أنقاضا، والشجر يصبح أخشابا.⁽³⁾

ويترب على هذا الخلاف مجموعة من الأحكام الفقهية منها ما تعلق بالقبض قبل المبيع أو ما سواه.

رابعا: آراء المذاهب في مفهوم القبض.

1- القبض عند الحنفية:

(-الفقه الاسلامي وأدلته، الزحيلي: 2881/4.¹).

(- رد المختار: 408/3.²).

(- بداية المجتهد: 254/2.³).

التسليم والقبض عندهم هو التخلية، والتخلي: وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلماً للمبيع، والمشتري قابضاً له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع.

وإن كان مما له مثل فإن باعه مجازفة فكذلك؛ لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة، وإن باع مكايلة أو موازنة في المكيل والموزون، وخلى فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع، ويدخل في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يملك على المشتري، قال ابن عابدين: (التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل)⁽¹⁾.

2- القبض عند المالكية:

القبض أو الحوز والحيازة عند المالكية تكون بالتخلية أحياناً وبوضع اليد على الشيء أحياناً، وعليه تكون التخلية حوزاً حقيقياً (حسباً) أو حكماً⁽²⁾. والقبض أنواع عند المالكية فهو يختلف باختلاف المبيع⁽³⁾.

أولاً: القبض العقاري

القبض في العقار بالتخلية (وهو الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر)، أي: يخلي البائع بينه وبين المشتري ويمكنه التصرف فيه بتسليم المفتاح أو بتفريغه من أمتعة البائع. والأكثر على أنه يكفي بالتسليم

(1) - الدرر المختار: 1/400.

(2) في شرح الزرقاني على خليل 145/7.

(3) صورة القبض تحكم فيه العادة، وهو فيها متنوع. بتنوع المبيعات. فأما المكيل والموزون فيعتبر فيهما الكيل والوزن. والمعتبر في المعداد العد. وأما في العقار فتكفي التخلية. وكذلك في ما يبيع على الجزأف. وما سوى ذلك، فعلى حسب العادة فيه. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (725/2).

وإن لم يحصل الإخلاء، إلا في دار السكنى فلا بد من إخلائها من الشواغل. (و في دار السكنى بالإخلاء) لمتاعه منها ولا يكفي مجرد التخلية⁽¹⁾.

ثانيا: القبض في المثلي:

فالقبض في (المثليات): المكيل بالكيل، وفي الموزون بالوزن، وفي المعدود بالعدد، أي باستيفاء ما كيل أو وزن أو عدّ، تسليم المبيع يكون بالإقباض فيما فيه حق توفية (كالمكيل والموزون والمعدود)، وفي غيره (ليس فيه حق التوفية كالحيوان والعقار) يكون بالتخلية بينه وبين المشتري متمكنا منه⁽²⁾.

ثالثا: القبض في غير المثلي:

والقبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العرف قبضا، كاختبار الثوب وإعطائه رسن الدابة⁽³⁾. فقبض المبيعات تكون التخلية فيها قبضا وبعضها لا تكون فيها قبضا كالثمار التي بيعت بعد بدو صلاحها على التبقية⁽⁴⁾.

3- القبض عند الشافعية:

قال النووي الرجوع في القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام⁽⁵⁾:

أحدها: العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية.

⁽¹⁾ بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 199).

⁽²⁾ أسهل المدارك (221/2).

⁽³⁾ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (5/ 502).

⁽⁴⁾ الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب (2/ 547).

⁽⁵⁾ - المجموع شرح المذهب 9/ 275.

والثاني: ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب والحيتان ونحوها فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشتري أو موات أو شارع أو مسجد أو غيره، وفيه قول حكاه الخراسانيون أنه يكفي فيه التخلية وهو مذهب أبي حنيفة.

الثالث: ما يتناول باليد كالدرهم والدنانير والمنديل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول بلا خلاف.

4- القبض عند الحنابلة:

يقول ابن قدامة: وقبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا، فقبضه بكيله ووزنه.

وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى، أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضا له، كالعقار⁽¹⁾.

ويترتب على هذه المسألة مسألة أخرى ألا وهي بيع البيع قبل قبضه لأن القبض شرط لصحة التصرف فرأيت دمجها مع هذه المسألة لأنهما مسألة واحد في الحقيقة في الأدلة والثرمة، فنخلص في الأخير إلى اتجاهين اثنين في اشتراط القبض الحقيقي من عدمه.

الاتجاه الأول: عدم اشتراط القبض.

فيما سوى المكيل والموزون والمعدود وهو مذهب الحنابلة واستدلوا بأدلة كثيرة منها.

أ- أدلتهم في عدم اشتراط القبض مطلقا:

(1) - المغني لابن قدامة: 4/ 85.

- حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان على بكر صعب لعمر، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمر: "بعنيه" فقال: هو لك يا رسول الله فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: "هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت"⁽¹⁾.

وجه الشاهد: قال ابن قدامة: "فجاز التصرف فيه قبل قبضه. كالمنافع في الإجارة، فإنه يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع."⁽²⁾ قال أحمد: لو اشترى من رجل عبدا بعينه، فمات في يد البائع، فهو من مال المشتري، إلا أن يطلبه، فيمنعه البائع، فهو ضامن لقيمته حين عطب. ولو حبسه ببقية الثمن، فهو غاصب، ولا يكون رهنا، إلا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن.⁽³⁾

وأجيب:

- أن الهبة من عقود التبرعات، والتبرعات يتسامح فيها مالا يتسامح في عقود المعاوضات، فيجوز فيها ذلك.

- أن قبض كل شيء بحسبه، والقبض هنا قد حصل بالتخلية والتمكن من القبض، والمبيع أمامه.

- أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من جابر جملة ونقده ثمنه، ثم وهبه إياه قبل قبضه.⁽⁴⁾

ب- تخصيص القبض في المكيلات والموزونات والمعدودات.

واستدلوا بأدلة منها.

- عن عثمان رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «إذا بعت فكل، وإذا ابتعت فاكتل» رواه البخاري.⁽¹⁾ وقبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا، أو موزونا، بيع كيلا، أو وزنا،

1- البخاري في كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئا، فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا، ولم ينكر البائع على المشتري، أو اشترى عبدا فأعتقه 2115..

(- المغني، لابن قدامة: 87/4.⁽²⁾).

(- المصدر نفسه: 85/4.⁽³⁾).

(- تهذيب السنن: 135/5.⁽⁴⁾).

فقبضه بكيله ووزنه. (ويحصل القبض فيما بيع بكيل أو وزن أو عد أو ذرع: بذلك) أي بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع.⁽²⁾

- عن جابر رضي الله عنه أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - « نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع، وصاع المشتري ». رواه ابن ماجه⁽³⁾، وهذا فيما بيع كيلا.

- وأما بيع الجزاف فاشترط الحنابلة نقله⁽⁴⁾ لأن ابن عمر قال: كانوا «يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا طعاما جزافا، أن يبيعه في مكانه حتى يحولوه». وفي لفظ: «كنا نبتاع الطعام جزافا، فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه». وفي لفظ: «كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا، فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله». ⁽⁵⁾.

- عن سعيد بن المسيب، عن عثمان بن عفان، قال: كنت أبيع التمر في السوق، فأقول: كلت في وسقي هذا كذا، فأدفع أوساق التمر بكيله، وأخذ شفي، فدخلني من ذلك شيء، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «إذا سميت الكيل فكله»⁽⁶⁾ ولأن القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف.⁽⁷⁾

ونوقش:

(-صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي، 67/3.¹).

(-كشاف القناع، البهوتي: 246/3.²).

(- سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب النهي عن الطعام قبل ما لم يقبض، رقم الحديث: 2228، 750/2.³).

(- المغني، لابن قدامة: 85/5.⁴).

(- سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب بيع المجازفة، رقم الحديث: 2229، 750/2.⁵).

(- سنن ابن ماجه: رقم الحديث: 2230، 750/2.⁶).

(- المغني: 85/4.⁷).

أ- قالوا بأن الحديث ضعيف لوجود المجاهيل في سنده⁽¹⁾

ب- كما سبق معنا في الأدلة السابقة الصحيحة وردت بدون لفظ الكيل والوزن ، وروايتهما مقدمة على غيرهما.

ج- أن الصحابة فهموا العموم من هذا الحديث وأمثاله ، ولذا قال ابن عباس ، ولا أحسب كل شيء إلا بمنزلة الطعام⁽²⁾.

الاتجاه الثاني : اشتراط القبض في الطعام فقط.

وهم المالكية فقالوا أنّ ما عدا الطعام يجوز بيعه قبل قبضه واستدلوا بما يلي.

- حديث ابن عمر أن صلى الله عليه وسلم قال : "من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه" وفي رواية "يقبضه"⁽³⁾ ووجه الشاهد منه أنه خص الطعام بالنهي ، فدل على جواز ما عداه.
- اتفاق العلماء على أن من اشترى عبداً فأعتقه قبل قبضه أن عتقه جائز ، فالبيع كذلك⁽⁴⁾.
- أنهم ربطوا التصرف بالضمان ، فما كان من ضمان المشتري جاز التصرف فيه عندهم⁽⁵⁾.
- واستثنى المالكية بيع الجزاف من الطعام فيجوز بيعه لأنها ليس فيها حق توفية ، فهو من ضمان المشتري بنفس العقد ، فأصبحت في حكم المتعين بالعقد كالثوب والعبد⁽⁶⁾ قال خليل في التوضيح : "واحترز المصنف بكونه مما فيه حق توفية من الجزاف ، لأنه مقبوض بنفس العقد وليس فيه حق توفية.

(-) والضعيفان هما: المنذر بن عبيد المدني، مجهول الحال، والثاني ابن لهيعة، وضعفه بعضهم. انظر: إرواء الغليل: 176/5. ¹

(-) تهذيب السنن: 133/5، والأثر عن ابن عباس في صحيح البخاري: (349/4)، حديث رقم 2135-².

3- صحيح البخاري: 349/4، كتاب البيوع، باب، حديث رقم 2135..

(-) التوضيح: 124/6. ⁴

(-) التوضيح: 220/5. ⁵

(-) مصدر سابق: 528/5. ⁶

وذكر المصنف في الجزاف قولاً بالمنع ، وهو مروي عن مالك رواه الوقار. فوجه الأصح ما في أبي داود من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - : أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه. ومفهومه يقتضي جواز الجزاف ، لأنه لم يشتر بكيل ⁽¹⁾.

ونوقش: قياس الملكية البيع على الهبة.

بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الشارع يتشوف إلى العتق ولذا رتب عليه من الأحكام الخاصة به ما لا يوجد في غيره ⁽²⁾.

الاتجاه الثالث: اشتراط القبض في البيع مطلقاً.

وهو مذهب الشافعية ⁽³⁾ فقالوا لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه مكيلاً كان ، أو موزوناً أو غيرهما ، وسواء من البائع أو من غيره ، وقال والحنفية ⁽⁴⁾ عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه إلا العقار من دور وأراضٍ فيجوز بيعها قبل قبضها من البائع أو غيره واستدلوا بأدلة نذكر منها. قال الشافعية عموم أحاديث النهي عن بيع المبيع قبل قبضه كحديث ابن عمر ⁽⁵⁾ وحكيم بن حزام ، وزيد بن ثابت ⁽⁶⁾ ، وعتاب بن أسيد ⁽⁷⁾ ، وابن عباس ⁽⁸⁾ وغيرها ، ولذا فهم منه ابن عباس العموم كما سبق ، وفهم الصحابي معتبر.

وناقش الملكية الشافعية في قولهم ، بورود لفظ الطعام في كثير من الروايات فيقصر عليه ⁽¹⁾.

(-) التوضيح: 529/5. ¹.

(-) فتح الباري: 4/349، معالم السنن: 3/116. ².

7- الأم: 3/69 - 70، شرح النووي على مسلم: 10/169.

(-) بدائع الصنائع: 5/181. ⁴.

1. سنن الدارقطني: 3/53، 43 رقم 215..

2- حديث زيد في سنن أبي داود: 3/282، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، رقم 3499.

(-) حديث عتاب في سنن البيهقي: (5/313)، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، وقد ضعفه البيهقي. ⁷.

4- حديث ابن عباس متفق عليه: صحيح البخاري: 4/349، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل قبضه، صحيح مسلم: 3/1159-1160، رقم الحديث 1525..

وأجيب عن هذه المناقشة:

- أ- أن لفظ الطعام خرج مخرج الغالب.
ب- إذا منع في الطعام مع الحاجة الماسة إليه فغيره أولى.
ج- أن كثيراً من الألفاظ عامة وإخراج بعض أفراد العام لا يمنع العموم في بقية الأفراد⁽²⁾. وهذا قول جمهور علماء الأصول⁽³⁾.

وأجيب عن هذه المناقشة:

- أ- وجود الفرق بين الثمن في الذمة والمبيع المتعين من وجوه منها:
- أن الثمن مستقر في الذمة لا يتصور تلفه والمبيع ليس كذلك.
- ومنها كون المبيع عرضة للتلف بخلاف الثمن.
ب- سلمنا بذلك فإن غاية ما فيه أنه مخصوص من عموم النهي بدليل خاص، فيبقى اللفظ فيما عداه على عمومته.
2- قالوا: لئلا يتوالى الضمانان؛ فإن المبيع يكون مضموناً قبل القبض على البائع الأول؛ فإذا بيع قبل أن يضمه المشتري صار مضموناً عليه، فيتوالى عليه الضمانات⁽⁴⁾.
3- حديث عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - مرفوعاً: "ولا ربح ما لم يضمّن"⁽⁵⁾ والمبيع الذي لم يقبض من ضمان البائع، فلا يجوز للمشتري أن يبيعه ليربح فيه قبل قبضه، وقبل دخوله في ضمانه⁽¹⁾.

(-) بداية المجتهد: 2/142 وما بعدها، المنتقى على الموطأ: 4/279، القوانين الفقهية: ص 258-1.

(-) تهذيب السنن لابن القيم: 2/133/5.

(-) البحر المحيط للزركشي: 3/220.

(-) مجموع الفتاوى: 509/29.

(-) سنن الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1234 "526/2".⁵

- 4- أن العلة في النهي هي شبهة الربا ؛ لأنه يؤدي إلى أن يشتري منه ديناراً بدينارين ، ومثاله : أن يشتري منه طعاماً بدينارين إلى أجل ، ثم يبيعه قبل أن يقبضه بدينار ، فصار كبيع دينار بدينارين .
- 5- قياس الأولى لأنه إذا منع من بيع الطعام قبل قبضه مع الحاجة الماسة له فغيره من باب أولى⁽²⁾.
- مذهب الحنفية⁽³⁾ :

وهو عدم جواز بيع المبيع قبل قبضه إلا العقار من دور وأراضٍ فيجوز بيعها .

عموم أدلة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، كحديث ابن عمر وحكيم وغيرها ، فهي عامة في كل مبيع .

وإنما استثنى العقار دون المنقول ؛ لأن النهي تناول أهل مكة ، وهم كانوا يبيعون المنقول والبناء دون الأرض ؛ لأن أراضي مكة محررة عن التمليك ، فينصرف النهي إلى ما اعتادوه ؛ وإنما ذكروا أهل مكة لأنهم حملوا حديث عتاب بن أسيد على ذلك المعنى ، وهو كان أمير مكة وقتها ولفظ الحديث : "أنهم عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمّنوا"⁽⁴⁾.

وأما مناقشة مذهب الحنفية⁽⁵⁾ الذين استثنوا العقار ولم يشترطوا فيه القبض فهي كالآتي :

ونوقش :

(- تهذيب السنن: 133/5¹).

(- مصدر سابق: 133/5²).

(- المغني: 190/6³).

(- حديث عتاب بن سنن البيهقي: (313/5)، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، وقد ضعفه البيهقي⁴).

(- بدائع الصنائع: 181/5⁵).

أ- أن حديث عتاب ضعيف، ضعفه البيهقي، وأصح منه حديث ابن عمر المتفق عليه وكان في المدينة، فالخطاب إذن ليس خاصاً بأهل مكة، وحديث ابن عمر عام وكذا حديث حكيم بن حزام⁽¹⁾ وغيره.

ب- قولهم أراضي مكة محررة عن التملك محل خلاف، ومحل الخلاف لا يحتاج به على المخالف، بل الراجح جواز بيعها عند البعض، وقد توارثوها والوقف لا يورث.

ج- أن العقار مثل المنقول، ويحتاج التفريق بينهما إلى دليل صريح.

ورد الأحناف:

قالوا: إنما خص العقار؛ لأن العقار يبعد فيه احتمال الهلاك قبل القبض فلذا جاز بخلاف غيره فيرد احتمال الهلاك عليه ويكثر بسببه النزاع والشقاق؛ فلذا منع من بيعه قبل قبضه⁽²⁾.

ونوقش:

أ- أن هذا تعليل في مقابل النص، فلا يقبل.

ب- ثم احتمال الهلاك وارد، كما أنه يرد احتمال نقص المبيع فلذا منع منه كالمنقول.

ج- ثم إن الأحاديث عامة والخروج عن اللفظ يحتاج إلى دليل⁽³⁾.

ح- القياس على الشفعة حيث تثبت الشفعة للشفيع قبل قبض المشتري وهذا خاص بالعقار⁽⁴⁾.

ونوقش:

بأنها إنما تثبت لضرورة حفظ حقه، ثم لو صح فهو مخصص بدليل من عموم الأدلة⁽⁵⁾

(- سبق تحريجه في ص 12. 1).

(- المبسوط: 13/8 وما بعدها، البدائع: 5/234، فتح القدير: 5/264، مختصر الطحاوي: ص 84. 2).

(- المغني: 4/110. 3).

(- مغني المحتاج: 2/75، المغني: 4/198. 4).

4- الدر المختار ورد المختار: 3/408 - 411، فتح القدير: 5/48..

وهناك مذهب آخر منع البيع قبل قبضه مطلقاً إلا من بائعه معللين النهي عن بيع البيع قبل قبضه عجز المشتري عن تسليمه، وما دام في يد بائعه، فهذه العلة منتفية، والحكم الشرعي يدور مع علته وجوداً وعدمًا وانتصر لهذا المذهب ابن تيمية⁽¹⁾..

الترجيح:

الحكمة في النهي أصلاً عن بيع ما لم يقبض: هي أن هذا البيع يشبه الربا إذ أن المشتري إذا دفع دراهمه إلى البائع في سلعة، ثم عمد إليها، فباعها قبل أن يقبضها، فكأنما دفع دراهمه واستفاد بها ربحاً بمجرد دفعها إلى البائع دون القيام بعمل ما، وهذا شبيه بالربا، ثم إن في هذا البيع غرراً ناشئاً عن عدم القدرة على التسليم. وبه تكون علة النهي عن بيع الشيء قبل قبضه هو مجموع ما ذكره فقهاء المذاهب⁽²⁾.

(- مجموع الفتاوى: 513/29¹).

(- الفقه الاسلامي وأدلته: 3466/5²).

المحاضرة الثانية: بيع العينة.

تمهيد:

من المعلوم أن الأصل في المعاملات الحل ، ومن هذه المعاملات البيوع فالأصل فيها قول الله تعالى : " وأحل الله البيع وحرم الربا" ولكن هناك حيل اخترعها بعض الناس من أجل التحايل للتوسل بها إلى الربا ، فهناك عقود ظاهرها الصحة وباطنها الفساد خاصة إذا احتفت بها القرائن وقويت الشبهات حولها ، ومن هنا نعرف سبب خلاف العلماء فمن نظر إلى الظاهر أجاز بعض العقود ومن نظر إلى القرائن وقوتها قال بحرماتها ومن تلك العقود بيع العينة.

أولاً : تصوير المسألة : تعريف بيع العينة.

للعينة صور كثيرة ولها وفروع كثيرة مخرّجة عليه عند المذاهب عامة والمذهب المالكي خاصة ، وبناء على كثرة الصور تنوعت تعاريفها الاصطلاحية وقبل الخوض في التعريف الاصطلاحي باعتباره لقباً على هذه المسألة نشرع في تعريف المركبات الإضافية فنبداً بالتعريفات اللغوية ثم الاصطلاحية لكل مصطلح ورد في عنوان هذه المحاضرة.

1-تعريف البيع.

البيع لغة: الباء حرف من حروف المعاني وتدخل على العوض ويكون حاصلًا ومتروكًا فالحاصل في جانب البيع وما في معناه نحو بعت الثوب بدرهم وأبدلت الثوب بدرهم فالدرهم حاصل وعليه قوله تعالى [وشروه بثمن بخس]⁽¹⁾ أي باعوه فالثمن حاصل وأما المتروك ففي جانب الشراء وما في معناه نحو اشتريت الثوب بدرهم واتهبته منه بدرهم فالدرهم متروك وعليه قوله تعالى [أولئك الذين اشتروا الحياة الدنيا بالآخرة]⁽²⁾ فالآخرة متروكة وتسمى الباء هنا بقاء المقابلة والفقهاء يقولون بقاء الثمن وتكون

(-يوسف:20.1).

(-البقرة:86.2).

للإلصاق حقيقة نحو مسحت برأسي ومجازا نحو مررت بزيد وللاستعانة والسببية والظرفية والتبويض وتقدم معنى التبويض وتكون زائدة.⁽¹⁾

- **البيع في الاصطلاح هو:** البيع: في اللغة مطلق المبادلة، وفي الشرع: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم، تملكاً وتملكاً.⁽²⁾

- **العينة في اللغة:** العينة بالكسر السلف واعتان الرجل اشترى الشيء بالشيء نسيئة وبعته عينا بعين أي حاضرا بحاضر وعائنته معاينة وعيانا وعين التاجر تعيينا والاسم العينة بالكسر وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا وقيل لهذا البيع عينة لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أي نقدا حاضرا.⁽³⁾

- **العينة في الاصطلاح:** وهي أن يأتي الرجل رجلاً ليستقرضه فلا يرغب المقرض في الإقراض طمعاً في الفضل الذي لا ينال بالقرض، فيقول: أبيعك هذا الثوب باثني عشر درهماً إلى أجل، وقيمته عشرة، ويسمى: عينة؛ لأن المقرض أعرض عن القرض إلى بيع العين.⁽⁴⁾ وللعينة صور كثيرة في المذاهب الفقهية.⁽⁵⁾

2- الفرق بين بيع العينة والتورق:

يلزم عند البحث في مفهوم العينة بيان العلاقة بين بيع العينة والتورق حتى لا يختلط مفهوم أحدهما بالآخر، وقد تقدم مفهوم العينة: وهي أن يبيع سلعة نسيئة، ثم يشتريها البائع نفسه بثمن حال أقل

1- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، 66/1، 1).

2- كتاب التعريفات، المؤلف: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ) المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م، ص: 48.

(3- المصباح: 440/2، 3).

4- التعريفات: 160.

5- حاشية ابن عابدين 325/5، الكافي في فقه أهل المدينة، لابن عبد البر 672/2، فتح العزيز، للرافعي 231/8، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي 25/2.

منه ، وأما مفهوم التورق : فهو لغة مصدر تورق ، يقال : تورق الحيوان إذا أكل الورق ، والورق بكسر الراء الدراهم المضروبة من الفضة ، وقيل : المضروبة وغير المضروبة واصطلاحا : أن يشتري الرجل السلعة بثمن مؤجل ، ثم يبيعها إلى آخر بثمن أقل مما اشتراها به ، وسميت بمسألة التورق لان المقصود منها الورق (النقد) لا البيع⁽¹⁾. وهذه التسمية وردت عند فقهاء الحنابلة خاصة.

والعينة والتورق يتفقان في تحصيل النقد الحال فيهما ، وإن كان الفرق بينهما يظهر في كون العينة لا بد فيها من رجوع السلعة إلى البائع الأول ، بخلاف التورق ؛ فإنه ليس فيه رجوع العين إلى البائع ، وإنما هو تصرف المشتري فيما ملكه كيفما شاء ، ثم فرق آخر في حكم كل منهما ، فالعينة جمهور الفقهاء على تحريمها ، بينما التورق ففيه خلاف عند الفقهاء فالبعض يذهب إلى إباحته ، والبعض يذهب إلى جوازه مع الكراهة ، والبعض يذهب إلى التحريم⁽²⁾.

ثانيا : تحرير محل النزاع في مسألة بيع العينة.

- أجمع العلماء على حل البيع وحرمة الربا ولكن الخلاف وقع في الحاق مسألة العينة بأحد الأصلين فمن رأى أنها وسيلة للربا حرمها ، ومن رأى أنها بيع تام الأركان جوّزها.
- أجمع العلماء على تحريم بيع العينة ولكن اختلفوا في حقيقتها الشرعية وذلك مما جعل بعض العلماء يقول بأن لها صورا كثيرة.
- واتفق العلماء أن هذه المعاملة تجوز في حالة بيع السلعة بثمن المثل أو أكثر.
- كما اتفقوا أنه يجوز شراؤها بأيّ ثمن شاء في حالة نقصان المبيع.
- اختلاف العلماء في الحديث الموقوف الذي ليس فيه مجال للاجتهاد هل له حكم الرفع أم لا.
- كذلك اختلف العلماء في بيع السعلة بأقل من ثمنها للشخص نفسه.

(1) معجم لغة الفقهاء ج 150/1.

(2) حكم بيع العينة في الفقه الاسلامي المقارن وتطبيقاته المعاصرة محمد خالد منصور.

ثالثاً: تحرير منشأ الخلاف في مسألة بيع العينة:

يرجع سبب الاختلاف في هذه المسألة إلى أسباب عدّة نذكر منها.

- 1- النية في العقود أو المعاملات (مدى تأثير النية غير المشروعة أو الباعث على العقود) للفقهاء اتجهان من نظرية السبب بالمعنى الحديث: اتجه يغلب النظرة الموضوعية أو الإرادة الظاهرة، واتجه آخر يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية أو الإرادة الباطنة.⁽¹⁾
- 2- قول الصحابي ما لا رأي فيه هل له حكم الرفع أم لا.⁽²⁾
- 3- هل يصحُّ الأخذ بمبدأ الذرائع؟
- 4- هل قول الصحابي حجة على انفراده؟
- 5- هل لفظ الحديث في قوله: «بيع التَّمَر» عامٌّ أو مطلقٌ؟
- 6- هل كلُّ مجتهدٍ مصيبٌ؟

ثالثاً: آراء الفقهاء في مسألة بيع العينة

اختلف الفقهاء في حكم بيع العينة بين المانعين وهم جمهور العلماء وبين المجيزين وهم الشافعية ومن وافقهم، قال ابن رسلان في شرح السنن: وسميت هذه المبايعة عينة لحصول النقد لصاحب العينة؛ لأن العين هو المال الحاضر، والمشتري إنما يشتريها لبيعها بعين حاضرة تصل إليه من فوره ليصل به إلى مقصوده⁽³⁾، وقد ذهب إلى عدم جواز بيع العينة مالك وأبو حنيفة وأحمد، وجوز ذلك الشافعي

(1)-الفقه الاسلامي وأدلته، للزحيلي: 1/126.

فتح الباقي بشرح ألفية العراقي، زين الدين أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري السنيكي (ت 926 هـ) 2-المحقق: عبد اللطيف هيم - ماهر الفحل: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1422 هـ / 2002 م. 1/191.

- (شرح سنن أبي داود، لابن رسلان، 14/378).

وأصحابه مستدلين على الجواز بما وقع من ألفاظ البيع التي لا يراد بها حصول مضمونه، وطرحوا الأحاديث المذكورة في الباب.⁽¹⁾

رابعاً: عرض أدلة الفقهاء ومناقشتها:

أ- أدلة الجمهور ومناقشتها.

ذهب الجمهور إلى أن بيع العينة محرم. وهو قول الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ وبعض الشافعية⁽⁵⁾ وهذا القول مروى عن ابن عباس وعائشة وأنس رضي الله عنهم والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي، وهو مذهب الثوري والأوزاعي.⁽⁶⁾

واستدلوا بأدلة كثيرة أهمها

الدليل الأول:

عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: "سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِينَةِ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ، وَرَضِيْتُمْ بِالزَّرْعِ، وَتَرَكْتُمُ الْجِهَادَ، سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ» رواه أبو داود وغيره.⁽¹⁾

(1)- نيل الاوطار: 244/5.⁽¹⁾

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ دار الكتب العلمية الطبعة: (الثانية، 1406هـ - 1986م، ج5 ص198).⁽²⁾

2- متن الرسالة: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: 386هـ دار الفكر، ص180..

3- كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: 1051هـ: دار الكتب العلمية ج3 ص185..

4- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي المتوفى: 676هـ: دار إحياء التراث العربي - بيروت، (ط2، 1392هـ، ج2، 21/11).⁽⁵⁾

(6)- نيل الاوطار: 244/5. واعلام الموقعين: 131/3.⁽⁶⁾

قال ابن العربي في المسالك: "وجرت في ألفاظ الصحابة، ذكرها علماؤنا عن ابن عمر وابن عباس، إلا أن ابن عباس فسرهما بأن يبيع الرجل من الرجل سلعة بدين إلى أجل، ثم يشتريها بأقل مما باعها نقدا، وهي مسألة الذرائع".⁽²⁾

وجه الدلالة من الحديث: أن في الحديث وعيدا وزجرا على من ارتكب هذه الخصال التي وردت في الحديث، ومنها: التبايع بالعينة، ولو لم تكن محرمة لما جاء فيها هذا الوعيد الشديد.⁽³⁾ ووجهه ظاهر في التحريم، ولم ينكر أحد على عائشة رضي الله عنها والصحابة موجودون، ولأنَّ التخليط الشديد لا يصدر منها عن اجتهاد، بل بتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم، لا سيما إن كانت قد قصدت أنَّ العمل يحبط بالردة، وأنَّ استحلال الربا كفر، غير أنَّ زيدا رضي الله عنه معذور لأنه لم يعلم أنَّ هذا محرَّم، ولهذا قالت: «أبلغيه»، كما أنَّ في قولها: «بئسما شريتا وما اشتريت» دليلاً على بطلان العقدین معاً.⁽⁴⁾

نوقش هذا الدليل من جهتين:

1- من جهة السند.

1- رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في النهي عن العينة، برقم 3462، وأحمد، مسند عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، برقم 4825، الحديث (3462 م) عن ابن عمر. والحديث أخرجه أيضا ابن عدي في الكامل في الضعفاء: 5/ 360.
وأبو نعيم في الحلية: 5/ 209، والبيهقي: 5/ 316، كلهم بلفظ "إذا تبايعتم بالعينة."
كما روي بلفظ: "وتبايعوا بالعينة" رواه أحمد: 2/ 42، والطبراني في الكبير (13583) من طريق أبي بكر بن عياش عن الأعمش، عن عطاء، عن ابن عمر، واعتبر ابن حجر في تلخيص الحبير: 3/ 19 هذا الحديث من أصح ما ورد في بيع العينة، وصححه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام: 5/ 295 (2484)..

5- المسالك في شرح موطأ مالك: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ).
قرأه وعلّق عليه: محمد بن الحسين السليمانى وعائشة بنت الحسين السليمانى، قدّم له: يوسف القرضاوي: دار الغرب الإسلامي.
الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م، ج 6 ص 109..

1- فيض القدير شرح الجامع الصغير: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ، الطبعة: الأولى، 1356هـ. ج 1 ص 313). المكتبة التجارية الكبرى - مصر.

2- المغني: لابن قدامة 194/4.

قالوا بأن هذا الحديث لا يصح وله ثلاثة طرق كلها ضعيفة ؛ الطريق الأول : عند أبي داود من رواية إسحاق أبي عبدالرحمن عن عطاء الخرساني ، عن نافع عن ابن عمر ، وعطاء الخرساني لم يسمع من ابن عمر كما ذكر ذلك ابن معين ، وأحمد ، وأبو حاتم . وإسحاق أبو عبدالرحمن ضعيف ؛ قال أبو حاتم : " شيخ ليس بالمشهور لا يشتغل به " ، وعدّ الذهبي في الميزان هذا الحديث من مناكيره . الطريق الثاني : عند أحمد من رواية الأعمش عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر ، وعطاء بن أبي رباح لم يسمع من ابن عمر كما ذكر ذلك الإمام أحمد ، والأعمش مدلس ولم يصرح بالسماع من عطاء ، ويرى ابن حجر في التلخيص ، أن عطاءً هنا هو عطاء الخرساني فرجع الحديث إلى الإسناد الأول . الطريق الثالث : عند أحمد من رواية أبي جناب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر ، وأبو جناب وشهر بن حوشب ضعيفان.¹ فكيف لحديث مهم مثل هذا في قضية مهمة كالربا وطرقه كلها ضعيفة .

وردّ هذا الاعتراض : قال العلامة المحدث أبو الحسن ابن القطان الفاسي المالكي ما نصه : " للحديث طريق أحسن من هذا ، بل هو صحيح ، وهو الذي قصدت إيراده ، وهو ما ذكر أحمد بن حنبل رحمه الله نقلته من كتاب الزهد له ، قال : حدثنا أسود بن عامر ، حدثنا أبو بكر هو ابن عياش عن الأعمش ، عن عطاء بن أبي رباح ، عن ابن عمر قال : أتى علينا زمان وما يرى أحد منا أنه أحق بالدينار والدرهم من أخيه المسلم ، ثم قال : سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : " إذا بغى الناس تبايعوا بالعين ، واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم بلاء ، فلم يرفع فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم " .

كذا في النسخة " بلاء " ، وأراه مصحفاً من " ذلاً " وهذا الإسناد كل رجاله ثقات ، فاعلم ذلك.⁽²⁾ انتهى كلامه وقال الشوكاني نقلاً عن ابن كثير : " وهذه الطرق يشد بعضها بعضاً " .⁽¹⁾

¹ - المراسيل ، لابن أبي حاتم ، ص 154 ، 156 ، تهذيب الكمال ، للمزي 2 / 413 ، ميزان الاعتدال ، للذهبي 4 / 547 ، 371 / 4 ، تقريب

التهذيب ، لابن حجر ، ص 392 ، التلخيص الحبير ، لابن حجر 3 / 48 .

1- إبيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام : علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي ، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى : 628هـ .

المحقق : د . الحسين آيت سعيد : دار طيبة - الرياض ، الطبعة الأولى ، 1418هـ 1997م ، ج 5 ص 296 رقم الحديث 2484 .

2- من جهة الدلالة.

دلالة الحديث على التحريم غير واضحة ؛ لأنه قرن العينة بالأخذ بأذنان البقر والاشتغال بالزرع - وذلك غير محرم - وتوعد عليه بالذل وهو لا يدل على التحريم ولكنه لا يخفى ما في دلالة الاقتران من الضعف.⁽²⁾

قال الإمام الصنعاني: " حديث العينة فيه مقال فلا ينهض دليلا على التحريم. وقوله «وأخذتم أذنان البقر» كناية عن الاشتغال عن الجهاد بالحرث. والرضا بالزرع كناية عن كونه قد صار همهم وهمتهم. وتسليط الله كناية عن جعلهم أذلاء بالتسليط لما في ذلك من الغلبة والقهر، وقوله حتى ترجعوا إلى دينكم أي ترجعوا إلى الاشتغال بأعمال الدين، وفي هذه العبارة زجر بالغ وتقريع شديد حتى جعل ذلك بمنزلة الردة وفيه الحث على الجهاد."⁽³⁾

وردّ هذا الاعتراض: لا نسلم أن التوعد بالذل لا يدل على التحريم ؛ لأن طلب أسباب العزة الدينية وتجنب أسباب الذلة المنافية للدين واجبان على كل مؤمن، وقد توعد على ذلك بإنزال البلاء، وهو لا يكون إلا لذنب شديد، وجعل الفاعل لذلك بمنزلة الخارج من الدين المرتد على عقبه، وصرحت عائشة رضي الله عنها بأنه من المحبطات للجهاد مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كما في الحديث السالف، وذلك إنما هو شأن الكبائر.⁽⁴⁾

- الدليل الثاني:

2- نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1993م، ج5 ص245.

(-نيل الأوطار: 246/5، 2).

3- سبل السلام: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: 1182هـ، دار الحديث، دون طبعة، ودون تاريخ، ج2 ص58).

(-نيل الأوطار: 246/5، 4).

عبد الرزاق⁽¹⁾ قال: أخبرنا معمر، والثوري، عن أبي إسحاق⁽²⁾، عن امرأته، أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها في نسوة فسألتها امرأة فقالت: يا أم المؤمنين، كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمان مائة إلى أجل، ثم اشتريتها منه بست مائة، فنقدته الستمائة، وكتبت عليه ثمان مائة، فقالت عائشة رضي الله عنها: "بئس والله ما اشتريت، وبئس والله ما اشتري، أخبرني زيد بن أرقم: أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب"؛ فقالت المرأة لعائشة رضي الله عنها: رأيته إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟ قالت: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَاتَّبَعَهَا﴾⁽³⁾ الآية، أو قالت: ﴿وَإِنْ تُبْتِغُوا فَالْكُمُ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾⁽⁴⁾ الآية.

وجه الدلالة من الأثر: تصريح عائشة بأن مثل هذا الفعل موجب لبطلان الجهاد مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يدل على أنها قد علمت تحريم ذلك بنص من الشارع، إما على جهة العموم كالأحاديث القاضية بتحريم الربا الشامل لمثل هذه الصورة، أو على جهة الخصوص كحديث العينة الآتي، ولا ينبغي أن يظن بها أنها قالت هذه المقالة من دون أن تعلم بدليل يدل على التحريم؛ لأن مخالفة الصحابي لرأي صحابي آخر لا يكون من الموجبات للإحباط.⁽⁵⁾

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

من جهة السند:

3- مصنف ع الرزاق وهو أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراؤها بنقد، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1403 ج8 ص184-185، رقم الحديث: 14812.

4- رجال هذا السند كلهم أئمة مشهورون ثقات إلا زوجة أبي إسحاق وقع الخلاف فيها كما سيأتي معنا. تهذيب الكمال، للمزي 22/ 102، ميزان الاعتدال، للذهبي 270/3...

(-البقرة 275. 3).

(-البقرة 279. 4).

(- نيل الأوطار: 244/5. 5).

قالوا في سنده مجاهيل فقد جاء في سنن الدارقطني: " أخبرني يونس بن أبي إسحاق الهمداني ، عن أمه العالية بنت أنفع ، قالت : حججت أنا وأم محبة إلى مكة فدخلنا على عائشة فسلمنا عليها . فقالت لنا : «من أنتن؟» ، قلنا : من أهل الكوفة . قالت : فكأنها أعرضت عنا..." الأثر.

قال الشيخ الدارقطني في نهاية هذا الأثر: أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتاج بهما.⁽¹⁾

ورد هذا الاعتراض:

قال ابن التركماني: "العالية معروفة روى عنها زوجها وابنها وهما إمامان وذكرهما ابن حبان في الثقات من التابعين وذهب إلى حديثهما هذا الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة واصحابه ومالك وابن حنبل والحسن بن صالح وروى عن الشعبي".⁽²⁾ وقال ابن القيم: "رواه الإمام أحمد وعمل به ، وهذا حديث فيه شعبة ، وإذا كان شعبة في حديث فاشدد يدك به ، فمن جعل شعبة بينه وبين الله فقد استوثق لدينه".⁽³⁾

- من جهة المتن.

قال ابن حزم الظاهري: " قال الحنفيون ، والمالكيون : بتحريم البيع المذكور تقليدا لعائشة أم المؤمنين رضي الله عنها - ولم يقلدوا زيد بن أرقم في جوازه ، وقالوا: مثل هذا القول عن أم المؤمنين لا يكون إلا عن توقيف من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يقولوا: إن فعل زيد لا يكون إلا عن

2- سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ) حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، كتاب البيوع، ج3 ص477 رقم الحديث: 3002..

3- الجواهر النقي على سنن البيهقي، علاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، أبو الحسن، الشهير بابن التركماني المتوفى: 750هـ: دار الفكر، 330/5..

1- علام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ). تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، 1411 هـ - 1991 م، ج3 ص132. .

توقيف من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لأن ما كان طريقه التوقيف فليست هي أولى بالقول من زيد بن أرقم.⁽¹⁾

-ويجاب عن هذا النقد بالقاعدة المتفق عليها من عرف الشيء وعلمه حجة على من لم يعلمه، ولأن عدم العلم بالشيء لا يكون حجة تدفع به الحجة الثابتة التي علمت.⁽²⁾ وقيل لم يقل زيد قط إن هذا حلال، ولا أفتى بها يوما ما، ومذهب الرجل لا يؤخذ من فعله؛ إذ لعله فعله ناسيا أو ذاهلا أو غير متأمل ولا ناظر أو متأولا أو ذنبا يستغفر الله منه ويتوب أو يصبر عليه وله حسنات تقاومه، فلا يؤثر شيئا، قال بعض السلف: "العلم علم الرواية، يعني أنه يقول: رأيت فلانا يفعل كذا وكذا؛ إذ لعله قد فعله ساهيا" وقال إياس بن معاوية⁽³⁾: "لا تنظر إلى عمل الفقيه، ولكن سله يصدقك"⁽⁴⁾، ولم يذكر عن زيد أنه أقام على هذه المسألة بعد إنكار عائشة، وكثيرا ما يفعل الرجل الكبير الشيء مع ذهوله عما في ضمنه من مفسدة فإذا نبه انتبه، وإذا كان الفعل محتملا لهذه الوجوه وغيرها لم يجز أن يقدم على الحكم، ولم يجز أن يقال: مذهب زيد بن أرقم جواز العينة، لا سيما وأم ولده قد دخلت على عائشة تستفتيها فأفتتها بأخذ رأس مالها، وهذا كله يدل على أنهما لم يكونا جازمين بصحة العقد وجوازه، وأنه مما أباحه الله ورسوله.⁽⁵⁾

2- المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر - بيروت بدون طبعة وبدون تاريخ، ج7 ص368 وقد أطل

ابن حزم النفس في تضعيف هذا الأثر من كل الوجوه في كتابه المحلى....

2- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: د. محمد مصطفى الزحيلي عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة،

دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م، ج1، ص669.

(-هو إياس بن معاوية بن قرة بن إياس المزني، أبو وائلة البصري، توفي سنة 122، انظر ترجمته في "تهذيب التهذيب" (1/390).⁽³⁾

5-أخبار القضاة، أبو بكر محمد بن خلف بن حبان بن صدقة الضبي البغدادي، الملّقب بـ"وكيع" (المتوفى: 306هـ).

المحقق: صححه وعلق عليه وخرّج أحاديثه: عبد العزيز مصطفى المراغي: المكتبة التجارية الكبرى، بشارع محمد علي بمصر لصاحبها: مصطفى محمد الطبعة: الأولى، 1366هـ=1947م، بيروت، ج1 ص350.

(-إعلام الموقعين: 84/5.⁽⁵⁾

الدليل الثالث :

- ما رواه أبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ : «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكُسُهُمَا أَوْ الرِّبَا»⁽¹⁾.

وجه دلالة الحديث : أنَّ بيع العينة مطابقٌ لبيع صفقتين في صفقة ، إذ جمع بين صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة وبيع واحد ، ويكون مقصوده بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها ، ولا يستحق في ذلك إلا رأس ماله وهو أوكس الصفقتين ، والصفقة الثانية بزيادة على الأولى ، وحينئذ يكون قد أربى.⁽²⁾ قال ابن القيم : "قد تقدم الاستدلال على تحريم العينة بقوله - صلى الله عليه وسلم - : "لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع"⁽³⁾ وبقوله : "من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا وأن ذلك لا يمكن وقوعه إلا على العينة."⁽⁴⁾

واعترض : اختلفت أنظار الفقهاء في فهم الحديث فقد ذكر الخطابي تفسيرات كثيرة لا تمت بصلة لبيع العينة.⁽⁵⁾

الدليل الرابع :

2- رواه أبو داود، المحقق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية - صيدا - بيروت، أبواب الاجارة، باب فيمن باع بيعتين في بيعة، ج3 ص274. وهو حديث حسن. الألباني: الإرواء (5/ 149 - 150).

(-) مستخلص من شرح سنن أبي داود لابن رسلان: 374/14، رقم الحديث: 3461.²

4- رواه الطبراني في "الأوسط" (4361) ومن طريقه أبو نعيم الأصبهاني في "مسند أبي حنيفة" (ص 160 - 161) حدثنا عبد الله بن أيوب القري قال: حدثنا محمد بن سليمان الذهلي قال: حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال: قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة، وابن أبي ليلى، وابن شرملة. . . ثم ذكر قصة، فقال أبو حنيفة: حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهي عن بيع وشرط. . .

قال الهيثمي في "المجمع" (4/ 85): في طريق عبد الله بن عمرو مقال. أقول: وهذا إسناد ضعيف جدا، عبد الله بن أيوب، قال الدارقطني: متروك، انظر: "تاريخ بغداد" (9/ 413)، و"لسان الميزان" (3/ 315)، ومحمد بن سليمان الذهلي لم أجد من ترجمة.

وصح من حديث عمرو بن العاص رفعه: "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع" انظر تخريجه في تعليقي على "الموافقات" (1/ 469).

5-: "إغاثة اللهفان" (1/ 340 - 353، 363)، و"تهذيب السنن" (5/ 99 - 109) لبيان صورة العينة، ومناقشة الخلاف وأدلته، وبيان معناها لغة (ص 108)، وانظره -أيضا- (5/ 148 - 149)، و"بدائع الفوائد" (4/ 84)، و"الوايل الصيب" (ص 14) -.

(-) معالم السنن، الخطابي: 122/3.⁵

عن الأوزاعي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع»⁽¹⁾.

وجه دلالة الحديث: أنَّ فيه إخباراً عما تكون عليه الأمة من تحليل الربا المحرَّم بالبيع المباح، ومن بين الوسائل المستعملة للوصول إلى هذه الغاية وسيلةُ بيع العينة، لذلك حُرِّمت سداً لذريعة الربا، قال ابن القيم: يعني العينة، وهذا المرسل صالح للاعتضاد به والاستشهاد، وإن لم يكن عليه وحده الاعتماد.⁽²⁾

الدليل الخامس: آثار الصحابة.

- روى محمد بن عبد الله الحافظ المعروف بمطين⁽³⁾ في كتاب "اليووع" له عن أنس أنه سئل عن العينة، فقال: إن الله لا يخدع، هذا مما حرم الله ورسوله.⁽⁴⁾
- وروى أيضاً في "كتابه" عن ابن عباس قال: اتقوا هذه العينة، لا تبع دراهم بدراهم وبينهما حريرة، وفي رواية أن رجلاً باع من رجل حريرة بمئة ثم اشتراها بخمسين فسئل ابن عباس عن ذلك، فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة، وسئل ابن عباس عن العينة -يعني بيع الحريرة- فقال: إن الله لا يخدع، هذا مما حرم الله ورسوله.⁽⁵⁾

(-تهذيب السنن: 345/9. وذكر ابن القيم مسألة العينة في مواضع كثيرة من كتبه.¹).

(-إعلام الموقعين: 132/3).²

6- هو محمد بن عبد الله بن سليمان، أبو جعفر الحضرمي الكوفي -مطين-، أحد الأئمة والحفاظ، توفي سنة 297 وانظر ترجمته في: "سير إعلام النبلاء" (14/41)، و"الميزان" (3/607)، و"طبقات الحنابلة" (1/300).

(-إعلام الموقعين: 80/5).⁴

"1- المحلى" 550/7. قال: روي عن وكيع عن سفيان الثوري عن سليمان التيمي عن حيان بن عمير القيسي عن ابن عباس في الرجل يبيع الحريرة -هكذا بالجيم- إلى رجل فكره أن يشتريها يعني دون ما باعها، وهذا إسناد صحيح على شرط مسلم وقد ذكره ابن حزم، ولم يتكلم على رواته بشيء إلا أنه روى من طريق عبد الرزاق عن سفيان عن ليث عن مجاهد عن ابن عمر ما يدل على الجواز، فجعله مما اختلف فيه الصحابة...".

وجه دلالة هذه الآثار: يستفاد من هذه الآثار تحريم بيع العينة، وتعتبر هذه الروايات عاضدة ومفسرة لما سبقها من الأحاديث، وهذه الآثار في حكم المرفوع لأن قول الصحابي: «حرم رسول الله كذا، أو أمر بكذا، أو أوجب كذا، أو قضى بكذا» له هذا حكم الرفع، والرجوع إلى فهم الصحابة في معاني الألفاظ متعين⁽¹⁾.

الدليل السادس: الإجماع.

نقل الإجماع ابن القيم رحمه الله حيث قال: "إن الصحابة كعائشة وابن عباس وأنس أفتوا بتحريم مسألة العينة، وغلظوا فيها هذا التغليظ في أوقات ووقائع مختلفة؛ فلم يجيء عن واحد من الصحابة ولا التابعين الرخصة في ذلك، فيكون إجماعاً."⁽²⁾

الدليل السابع: القياس.

ثم إن القياس والميزان في إباحة العينة التي لا غرض للمرايين في السلعة قط، وإنما غرضهما ما يعلمه الله ورسوله وهما والحاضرون من أخذ مئة حالة وبذل مئة وعشرين مؤجلة في ذمته، ثم يبيعها بنقد، ليس لهما غرض وراء ذلك ألبتة، فكيف يقول الشارع الحكيم: إذا أردتم حل هذا فتحيلوا عليه بإحضار سلعة يشتريها آكل الربا بثمن مؤجل في ذمته ثم يبيعها للمراي بنقد حاضر فينصرفان على مئة بمئة وعشرين والسلعة حرف جاء لمعنى في غيره؟ وهل هذا إلا عدول عن محض القياس وتفريق بين متماثلين في الحقيقة والقصد والمفسدة من كل وجه؟ بل مفسدة الحيل الربوية أعظم من مفسدة الربا الخالي عن الحيلة، فلو لم تأت الشريعة بتحريم هذه الحيل لكان محض القياس والميزان العادل يوجب تحريمها؛ ولهذا عاقب الله سبحانه وتعالى من احتال على استباحة ما حرمه بما لم يعاقب به من ارتكب

1- شرح (التبصرة والتذكرة = ألفية العراقي، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي المتوفى: 806هـ، المحقق:

عبد اللطيف الهميم - ماهر ياسين الفحل دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1423، 1هـ-2002م، ج1 ص187.

(-إعلام الموقعين: 83/5²).

ذلك المحرم عاصيا ؛ فهذا من جنس الذنوب التي يتاب منها ، وذاك من جنس البدع التي يظن صاحبها أنه من المحسنين.⁽¹⁾

الدليل الثامن : من المعقول.

قال ابن جزى: " في بيع العينة وهو أن يظهرها فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز فيمنع للتهمة سدا للذرائع".⁽²⁾ وقال ابن رشد الحفيد متكلمنا عن الإمام مالك مانصه: " لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان إليه بما أظهرها من البيع من غير أن تكون له حقيقة".⁽³⁾

ب- المذهب الثاني : مذهب المحيزين لبيع العينة.

ذهب الشافعية⁽⁴⁾ والظاهرية⁽⁵⁾ إلى أن بيع العينة جائز حيث قال الشافعي - رحمه الله تعالى □ : " ومن باع سلعة من السلع إلى أجل من الآجال وقبضها المشتري فلا بأس أن يبيعها الذي اشتراها بأقل من الثمن".⁽⁶⁾

واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

الدليل الأول : من القرآن الكريم.

قول الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾⁽¹⁾.

(-إعلام الموقعين:3/33.¹).

(-القوانين الفقهية:171.²).

2- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد. الحديث - القاهرة: بدون طبعة 1425هـ - 2004 م، ج3ص.160.

(-الأم، الشافعي، دار المعرفة - بيروت، دون طبعة، 1410هـ-1990م، ج3ص38.⁴).

(-المحلى، لابن حزم:549/7-550.⁵).

(-الأم:38/3-39.⁶).

وجه الدلالة من الآية: الظاهر من هذه المعاملة أنها عقد بيع جائز كما دلّت عليه الآية الكريمة والأصل في المعاملات الحل حتى يأتي الدليل على المنع.

نوقش:

بأن الدليل دل على تحريم العينة؛ وهذه الآية من ضمن الأدلة التي تحرم العينة؛ لأن الله حرم الربا، والعينة رباً وليست بيعاً، وإن سماها مستحلها بيعاً؛ فإن الله لم يحرم الربا لمجرد صورته ولفظه، وإنما حرم لحقيقته ومقصوده، وتلك الحقيقة قائمة في العينة، والمتعاقدان يعلمان ذلك من أنفسهما، ويعلمه من شاهد حالهما، فتواطؤهما على الربا، ثم إظهاره بيعاً، يتوسلان به إلى أن يعطيه مائة حالة بمائة وعشرين مؤجلة، فهذا ليس من البيع المأذون فيه، بل من الربا المنهي عنه.⁽²⁾

الدليل الثاني: من السنة الشريفة.

ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خبير، فجاءه بتمرٍ جنيب⁽³⁾، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرٍ هَكَذَا؟»، قال: لا والله يا رسول الله، إنّنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَا تَفْعَلْ، يَعْ الْجَمْعُ⁽⁴⁾ يَالدَّرَاهِمَ تَمَّ ابْتِغَ يَالدَّرَاهِمَ جَنِيْبًا».

(1)-البقرة:275.¹

1- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، لابن القيم 1/ 352، 2/ 105.

2-لسان العرب، المؤلف: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منطور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ).

: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - 1414، ج8 ص59 قال الأصمعي: كل لون من النخل لا يعرف اسمه فهو جمع.

(- نوع من جَدِ التمر،: «القاموس المحيط» للفيروز آبادي 89.⁴)

وقال الشوكاني: "قوله: (جنيب) بفتح الجيم وكسر النون وسكون التحتية وآخره موحدة اختلف في تفسيره ف قيل: هو الطيب، وقيل: الصلب، وقيل: ما أخرج منه حشفه ورديته، وقيل: ما لا يختلط بغيره، وقال في القاموس: إن الجنيب تمر جيد. قوله: (بع الجمع) بفتح الجيم وسكون الميم قال في الفتح: هو التمر المختلط بغيره، وقال في القاموس: هو الدقل أو صنف من التمر".⁽¹⁾

وجه دلالة الحديث: أنه يدل بعمومه في قوله صلى الله عليه وسلم: «فَبِعِ التَّمْرِ» و«بِعِ الْجَمْعِ» على صحة بيع العينة وجوازها، لأنَّ من اشترى منه التمر الرديء هو نفس من باع عليه التمر الطيب، فرجعت دراهمه إليه، ولم يفصل في مقام الاحتمال بين أن يبيعه ممن باعه أو من غيره، ولم يفصل - أيضاً- بين أن يكون القصد التوصل إلى شراء الأكثر أو لا، فدلَّ ذلك على صحة البيع مطلقاً سواء من البائع أو من المشتري، "لأنَّ تَرْكَ الاسْتِفْصَالِ فِي مَقَامِ الاحْتِمَالِ يُنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْعُمُومِ فِي الْمَقَالِ".⁽²⁾

وتعقب هذا الحديث من جهتين.

1- من جهة الراية.

أما سكوت الرواة عن فسخ المذكور فلا يدل على عدم الوقوع إما ذهولاً وإما اكتفاء بأن ذلك معلوم، وقد ورد في بعض طرق الحديث أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «هذا هو الربا» فردّه كما نبه على ذلك في الفتح.⁽³⁾

واعلم أنه لم يذكر في هذه الرواية أنه - صلى الله عليه وسلم - أمره برد البيع بل ظاهرها أنه قرره وإنما أعلمه بالحكم وعذره للجهل به إلا أنه قال ابن عبد البر إن سكوت الراوي عن رواية فسخ العقد

(-نيل الأوطار: 232/5، 1).

1- نشر البنود على مراقي السعود: عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، تقديم: الداوي ولد سيدي بابا - أحمد رمزي، مطبعة فضالة المغرب، دون طبعة، دون تاريخ، ج 1 ص 220.

(-نيل الأوطار: 232/5، 3).

ورده لا يدل على عدم وقوعه ، وقد أخرج من طريق أخرى وكأنه يشير إلى ما أخرجه من طريق أبي بصرة عن سعيد نحو هذه القصة فقال : هذا الربا فردّه قال ويحتمل تعدد القصة وأن التي لم يقع فيها الرد كانت متقدمة.⁽¹⁾

2- من جهة الدلالة :

وتعقب بأن هذا الحديث مطلق والمطلق لا يشمل ، فإذا عمل به في صورة سقط الاحتجاج به في غيرها فلا يصح الاستدلال به على جواز الشراء ممن باع منه تلك السلعة بعينها⁽²⁾.

الدليل الثالث : من الأجماع.

وأيد ما ذهب إليه الشافعي بأنه قد قام الإجماع على جواز البيع من البائع بعد مدة لا لأجل التوصل إلى عوده إليه بالزيادة.⁽³⁾ وقال ابن رشد الحفيد : " وأما الشافعي : فلا يعتبر التهم كما قلنا ، وإنما يراعي فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بألستهما وظهر من فعلهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال : أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها ، وأنظرك بها حولا ، أو شهرا أنه لا يجوز ، ولو قال له : أسلفني دراهم ، وأمهلي بها حولا أو شهرا جاز ، فليس بينهما إلا اختلاف لفظ البيع ، وقصده ، ولفظ القرض وقصده."⁽⁴⁾

ونوقش هذا الدليل :

(-سبل السلام:53/2. ¹).

(-نيل الاوطار:232/5. ²).

(-سبل السلام:58/2. ³).

(-بداية المجتهد:162/3. ⁴).

من المعلوم أن العينة عند من يستعملها إنما يسميها بيعا وقد اتفقا على حقيقة الربا الصريح قبل العقد ثم غير اسمها إلى المعاملة وصورتها إلى التبايع الذي لا قصد لهما فيه ألبتة، وإنما هو حيلة ومكر وخديعة لله تعالى⁽¹⁾.

الدليل الرابع: من القياس.

ولو كان هذا من حديث من يثبت حديثه هل كان أكثر ما في هذا إلا أن زيد بن أرقم وعائشة اختلفا؛ لأنك تعلم أن زيدا لا يبيع إلا ما يراه حلالا له ورأته عائشة حراما وزعمت أن القياس مع قول زيد فكيف لم تذهب إلى قول زيد ومعه القياس وأنت تذهب إلى القياس في بعض الحالات فتترك به السنة الثابتة؟ قال أفليس قول عائشة مخالفا لقول زيد؟ قيل ما تدري لعلها إنما خالفته في أنه باع إلى العطاء ونحن نخالفه في هذا الموضع؛ لأنه أجل غير معلوم⁽²⁾.

الترجيح:

بعد عرض أقوال العلماء في مسألة بيع العينة وسرد أدلتهم فيها ومناقشتها تبين - والله أعلى وأعلم - أن القول القائل بحرمة بيع العينة هو الراجح لأسباب الآتية.

1- العينة حيلة للتوصل للربا، ولو فرض أن البائع لا يقصد الربا، فهي ذريعة للربا، وتمنع سدا للذريعة.

2- الأحاديث التي استدلت بها الجمهور مقبولة في مجملها ولها حكم الرفع لأن الأمور الغيبية كإبطال الأعمال لا يكون إلا عن توقيف.

(1)- نيل الأوطار: 245/5.

(2)- الأم، للشافعي: 93/3.

- 3- مذهب الجمهور أقوى دليلاً وأصح نظراً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى»⁽¹⁾.
- 4- الأدلة التي استدل بها المجيزون أدلة عامة بخلاف أدلة الجمهور فهي أدلة خاصة في هذا الباب
- 5- كذلك أدلة المانعين أدلة رافعة للبراءة الأصلية ناقلة عنها، والدليل الرافع مقدم على المبقي، لأن الأول فائدته التأسيس والثاني فائدته التأكيد، والتأسيس أولى من التأكيد، فيتعين الحكم الشرعي بالأدلة السابقة.
- 6- فساد الأزمان له أثر في تغيير الأحكام، كما جاء في الأثر "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"⁽²⁾.

(-) أخرجه البخاري، كتاب بدء الوحي، كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، رقم: 1 "6/1".¹

2- مسائل ابن رشد الجدل: 680.

3-أصول اختلاف الفقهاء في بيع الذرائع.

يمكن رد اختلاف الفقهاء في تصحيح بيع الذرائع الربوية التي منها بيع العينة إلى أصول خلافية بينهم هي التالية:

الأصل الأول: سد الذرائع

الذريعة كما عرفها الشوكاني: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور.⁽¹⁾

ومبدأ سد الذرائع معمول به من حيث الجملة بين مختلف الفقهاء، فما كان حلالاً في الأصل لكنه يؤدي إلى المحظور قيل بحرمته درءاً للمفاسد، وإعمالاً للقاعدة "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح". لكن الذريعة ليست نوعاً واحداً، بل هي أقسام، فمنها ما يُقطع بتوصلها إلى المحظور، ومنها ما يحتمل ذلك؛ فالأولى يعمل بها عامة الفقهاء، والثانية معمول بها عند المالكية والحنابلة. ولما كان اسم الذرائع علماً على كل ذلك، وكانت أكثر تطبيقات الذرائع في دائرة المحتمل لا المقطوع بتوصله للمحظور، لم يُسلم الشافعية والحنفية بالذرائع أصلاً فقهاً ومصدراً تشريعياً. وبالمقابل، فقد تمسك المالكية والحنابلة بالذرائع كأصل من الأصول ومصدر من مصادر التشريع، لكن المالكية كانوا أكثر إعمالاً لهذا الأصل من الحنابلة، حتى عرفوا به.⁽²⁾

وما يتصل بموضوعنا، وهو بيع العينة من بيع الذرائع الربوية، فإنها في القسم المختلف فيه من الذرائع بين الفقهاء، لا المجمع عليه، يقول القرافي: "الذرائع أقسام، قسم معتبر بالإجماع كحفر بئر في

(1) ارشاد الفحول ج 411/1.

(2) مدى شرعية التطبيقات المعاصرة لبيع العينة في المؤسسات المالية عبد العظيم أبو زيد ص 6.

الطريق العام ، فإنه ذريعة للوقوع في المهلكة ...وقسم ملغى بالإجماع كمنع زراعة العنب خشية صنعه خمرة ، فهذا باطل باتفاق ؛ وقسم ثالث مختلف فيه كبيع الآجال. أي بيع الذرائع الربوية".⁽¹⁾.

ويقول ابن رشد في المقدمات : "أصل ما بني عليه هذا الكتاب - أي كتاب بيع الآجال - الحكم بالذرائع ، ومذهب مالك القضاء بها والمنع منها ، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور ، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة ويتوصل بها إلى استباحة الربا ، وذلك مثل أن يبيع الرجل سلعة من رجل بمائة دينار إلى أجل ، ثم يتاعها بخمسين نقدا ، فيكونان قد توصلا بما أظهره من البيع الصحيح إلى سلف خمسين دينارا في مائة إلى أجل ، وذلك حرام لا يحل ولا يجوز".⁽²⁾.

وتطبيقا لمبدأ الذرائع ، فقد حكم المالكية والحنابلة ، ولا سيما المالكية ، بفساد كل تصرف ما من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في المنهي عنه ، أو ما جرت العادة بإيصاله إليه على وجه الاحتيال وإن كان ذلك الأمر لا يجزم بإيصاله إلى المنهي عنه على وجه التفصيل ، لاختلاف حال عن حال ، وقصد مكلف عن مكلف.

وقد استند المالكية والحنابلة في ذلك إلى الأحاديث الواردة في بيع العينة على أعمال سد الذرائع في قضية ما يسمى ببيع الذرائع الربوية ، ومنها بيع العينة ، لكن الشافعية والحنفية ردوا هذه الأدلة كما سبق.

⁽¹⁾ المرجع السابق ص 7.

⁽²⁾ المقدمات الممهدة بن رشد ص 39.

وبالمقابل ، فإن الإمام الشافعي وأبو حنيفة ينكران الحكم بالذرائع الربوية ، فيصححان العقود التي يمنعها المالكية والحنابلة للذريعة في بيع الآجال والعينة. يقول الإمام الشافعي : "يطل حكم الإزكان من الذرائع في البيوع".⁽¹⁾

الأصل الثاني : تأثير النية على العقود :

لا خلاف في أن النية مدارٌ لكل فعل وحرمة ، والأصل في هذا الحديث المشهور (إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله ، فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه).⁽²⁾

من تطبيقات ذلك أن من نظر إلى الأجنبية بقصد الخطبة والنكاح ، حل نظره ؛ ومن نظر بقصد التشهي ، أثم. ومن تصدق ناويا إعانة الفقير والتقرب إلى الله تعالى ، أثيب ؛ وإن نوى الرياء والمنة ، أثم. ومن عقد على امرأة ناويا التأقيت ومجرد الاستمتاع بها ، أثم ؛ وإن نوى قصد استدامة النكاح وعفاف نفسه وإكثار الذرية ، أثيب.

كل ذلك لا خلاف فيه ، ولكن الخلاف في أثر النية على صحة العقد وفساده ، فهل تؤثر نية السوء على العقد فتفسده إن ظهرت ، أو حُفَّ العقد بما يدل عليها ؛ أم لا أثر لها ، لأنها أمر بين العبد وربّه ، والأحكام إنما تجري على الظاهر؟.

في ذلك اتجاهان عند الفقهاء : اتجاه يعتبر الظاهر في العقود دون النيات ، ويمثله الشافعية والحنفية ؛ واتجاه يعتبر النية في العقود تصحيحا وفسادا ، ويمثل هذا الاتجاه المالكية والحنابلة. وذلك على التفصيل

التالي :

⁽¹⁾ مدى شرعية التطبيقات المعاصرة لبيع العينة في المؤسسات المالية عبد العظيم أبو زيد ص7.

⁽²⁾ رواه البخاري.

مذهب الشافعية والحنفية: ولا يفسد العقد عند الشافعية والحنفية بالقصد الحرام، لأنهم إنما يأخذون بظاهر العقود، إلا إن ص ح بهذا القصد في العقد، إذ يفسد العقد حينئذ لخروجه عما هو له صراحة، ومناقضته لمقتضى العقد وغرضه. أما إن كان ذلك التصريح سابقة للعقد.

مذهب المالكية والحنابلة: يتميز فقه المالكية والحنابلة بأنه فقه يعتبر البواعث والنيات في الحكم على العقود، وهذا العمل إنما هو فرع عن أخذهم بالذرائع، فيحكم هذا الفقه على العقد صحة وفسادا من النية الباعثة عليه. ويكتفي المالكية للحكم على النية بالقرائن التي تدل عليها.

يقول ابن القيم: (قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القُصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في العقود صحة وفسادا).

وهكذا، ففي تصحيح العقود قولان للفقهاء: قول للشافعية والحنفية بعدم اعتبار الذرائع المحتملة إلى الممنوع، وباعتبار ظواهر الألفاظ والعقود وإن كانت المقاصد والنيات بخلافها، ما لم يُنص على ذلك في العقد فتفسد اتفاقا، وقول آخر للمالكية والحنابلة بإعمال الذرائع وتأثير المقاصد والنيات على العقود صحة وفسادا؛ ولكل من الفريقين أدلة لما ذهب إليه.⁽¹⁾

الحكم بصحة العقود لا يستلزم الحكم بجلها:

الخلاف السابق في الذرائع وفي تقرير صحة العقود أو فسادها باعتبار ظاهر العقد أو نية العاقلين وغرضهما من العقد لا يتضمن بشكل من الأشكال قضية الحكم الدياني على العقد؛ بل إن الحديث المشهور الذي هو من أعمدة الدين "إنما الأعمال بالنيات..." لهو الحكم والأساس هنا في الحكم على التصرفات والعقود بالحل أو الحرمة دون خلاف.

(1) مدى شرعية التطبيقات المعاصرة لبيع العينة في المؤسسات المالية عبد العظيم أبو زيد ص7.

وعليه، فإن من الخطأ الفادح أن يفهم القول بجل كل ما قيل بتصحيحه من العقود، أو أن ينسب ذلك إلى من قال بتصحيح العقود اعتباراً بظواهرها من حنفية وشافعية؛ بل معيار جل كل عقد هو نية العاقد فيه وغرضه من العقد.

ويجدر التنبيه إلى أن تصحيح الشافعية لبيع العينة لا يعني حكمهم بجله، بل حل بيع العينة مرتبط بالغرض من هذا العقد؛ فإن كان التحليل به على الربا، فهو ممنوع وحرام، وإن كان غير ذلك بأن جرى توالي العقدین بسعرین مختلفین عرضة دون قصد، فهو مشروع.⁽¹⁾

(1) المرجع نفسه ص 7.

المحاضرة الثالثة: الظفر

بالحق.

تمهيد:

من أحكام الحق آثاره المترتبة عليه بعد ثبوته لصاحبه ، ومن أهم تلك الأحكام استيفاء لصاحبه بكل وسيلة مشروعة ، فحق الله تعالى في العبادة يكون استيفاءه بأداء العبادة على الوجه الذي رسمه الله تعالى للعبادة ، فإن امتنع الشخص عن أداء العبادة فإن كان الحق ماليا كالزكاة أخذه الحاكم جبرا عنه ووزعه في مصارفه الشرعية. وإن كان غير مال حمله الحاكم على فعله بما يملك من وسائل إن ترك الحق ظاهرا ، وإلا عاقبه الله في الدنيا بالمحن والآلام ، وفي الآخرة بالعذاب الأليم ، كذلك أن استيفاء حق الله تعالى في منع الجرائم والمنكرات يكون بامتناع الناس عنها ، فإن لم يكف الناس عنها ، كان حق الله إقامة العقوبة ، ويستوفيهما ولي الأمر أو نائبه بعد إصدار الحكم القضائي بها منعا من التظالم وإثارة الفتن والعداوات ، وشيوع الفوضى وانهيار المجتمع وأما استيفاء حق العبد يكون بأخذه من المكلف به باختياره ورضاه ، فإن امتنع من تسليمه : فإن كان الموجود تحت يده عين الحق كالمغصوب والمسروق والوديعة ، أو جنس الحق كأمثال العين المغصوبة عند هلاكها ، ولكن ترتب على أخذه من قبل صاحب الحق نفسه فتنة أو ضرر في الحالين أو كان الموجود تحت يده من خلاف جنس الحق مطلقا ، فليس لصاحب الحق باتفاق الفقهاء استيفاءه بنفسه ، وإنما بواسطة القضاء ، والسؤال المطروح أما إذا كان الموجود تحت يد الآخذ مالا من جنس الحق ، ولم يترتب على الأخذ بطريق خاص فتنة أو ضرر هل يجوز أن يظفر بحقه أم لا ؟.

تصوير المسألة.

وقبل الولوج في هذه في صلب هذه المسألة وجب أولا التعريف بمفرداتها لأنها مركبة تركيبا اضافيا ثم نعرفها باعتبارها لقبا على هذه المسألة فلنبداً بالتركيب الاضافي.

تعريف الحق لغة واصطلاحاً.

جاء في المصباح الحق خلاف الباطل وهو مصدر حق الشيء من بابي ضرب وقتل إذا وجب وثبت ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها وحقت القيامة تحق من باب قتل⁽¹⁾.

الحق في اللغة العربية له معان مختلفة تدور حول معنى الثبوت والوجوب مثل قوله تعالى: ﴿لقد حق القول على أكثرهم، فهم لا يؤمنون﴾⁽²⁾ أي ثب عليهم.

وقوله تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾⁽³⁾ أي واجبا عليهم

تعريف الحق عند الفقهاء: هو الحكم الثابت شرعاً.

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء جامع مانع: الحق: هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً⁽⁴⁾. وهو تعريف جيد؛ لأنه يشمل أنواع الحقوق الدينية كحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما، والحقوق المدنية كحق التملك، والحقوق الأدبية كحق الطاعة للوالد على ولده، وللزوج على زوجته، والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها، والحقوق المالية كحق النفقة، وغير المالية كحق الولاية على النفس. ويتميز هذا التعريف بأنه أبان ذاتية الحق بأنه علاقة اختصاصية بشخص معين، كحق البائع في الثمن يختص به، فإن لم يكن هناك اختصاص بأحد، وإنما كان هناك إباحة عامة كالاصطياد والاحتطاب والتمتع بالمرافق العامة، فلا يسمى ذلك حقاً، وإنما هو رخصة عامة للناس.

(1) - المصباح المنير: 1/143.

(2) - يس: 36.

(3) - البقرة: 241.

3- المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه: ف 3 ص 10 وما بعدها.

والسلطة: إما أن تكون على شخص كحق الحضانة والولاية على النفس، أو على شيء معين كحق الملكية. والتكليف: التزام على إنسان إما مالي كوفاء الدين، وإما لتحقيق غاية معينة كقيام الأجير بعمله. وأشار التعريف لمنشأ الحق في نظر الشريعة: وهو إرادة الشرع، فالحقوق في الإسلام منح إلهية تستند إلى المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية.⁽¹⁾

وأما تعريف الظفر في اللغة: ظفر ظفرا من باب تعب وأصله بالفوز والفلاح وظفرت بالضالة إذا وجدتها والفاعل ظافر وظفر بعدوه وأظفرته به وأظفرته عليه بمعنى.⁽²⁾

وأما تعريف الظفر بالحق باعتباره لقبا على هذه المسألة. هو "أخذ صاحب الحق المالي حقه من ممتنع بلا قضاء".

شرح التعريف:

أخذ: جنس في التعريف يشمل كل أنواع الأخذ سواء عن طريق الظفر أو بأي طريق آخر.

صاحب الحق: يخرج به من كان ليس له حق في الشيء المظفور به، فيصبح في هذه الحالة سارقاً، أو مغتصباً، أو مختلساً، أو غير ذلك بحسب صورته.

المالي: قيد يخرج به غيره من أنواع الحقوق التي لا يجوز استيفائها بطريق الظفر.

حقه: يخرج به ما إذا أخذ شيئاً ليس من حقه أصالة، أو ليس من حقه أخذه في هذا الوقت، لعدم حلول أجله، أو لإعسار من عليه الحق، أو غيرها من الأعذار.

(-الفقه الاسلامي، وهبة: 2839/4.¹).

(-المصباح المنير: 385/2.²).

من ممتنع: قيد في التعريف يبين مجال الظفر بالحق وهو أن يكون من عليه الحق ممتنعاً عن أدائه بعد وجوب الأداء بلا عذر يبيح الامتناع كإعسار وغيره، وإلا لم يكن ممتنعاً، فيخرج بهذا القيد كل باذل للحق وكل معذور شرعاً في عدم الأداء.

بلا قضاء: يخرج به حصول صاحب الحق على حقه من ممتنع عن طريق القضاء.

ثانياً: تحرير محل النزاع في المسألة.

- 1- لصاحب الحق أن يستوفي حقه بكل الوسائل المشروعة.
- 2- اتفق الفقهاء على عدم استيفاء الحق إذا ترتب عليه فتنه أو ضرر.
- 3- لا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في استيفاء العقوبات من قصاص وحدود وتعزيز أن يكون عن طريق القضاء لأن هذه الأمور عظيمة الخطر.
- 4- ذهب الفقهاء إلى عدم جواز استيفاء الحقوق المتعلقة بالنكاح واللّعان والإيلاء والطلاق بالإعسار والإضرار من غير طريق القضاء، لأن هذه أمور خطيرة، فيجب الاحتياط في إثباتها وتحصيلها، ولأنها تحتاج إلى الاجتهاد والتحرّي في تحقيق أسبابها، وكل ذلك يختص به الحاكم..
- 5- ذهب الفقهاء إلى أنه لا يجوز تحصيل الديون بغير قضاء إذا كان من عليه الحق باذلاً له غير ممتنع عن أدائه.
- 6- ووقع الخلاف بين الفقهاء إذا كان الموجود تحت يد الآخذ مالا من جنس الحق، أو من غير جنسه ولم يترتب على الأخذ بطريق خاص فتنة أو ضرر هل يظفر به أم لا؟.

ثالثاً: تحرير منشأ الخلاف في المسألة:

يرجع الخلاف في هذه المسألة إلى الأسباب الآتية.

المحاضرة الثالثة: الظفر بالحق.

- الظفر بالحق من المسائل المتنازع فيها بين العلماء هل تخلق بالأحكام القضائية أو الأحكام الديانية.
- الاختلاف في مقامات الخطاب النبي صلى الله عليه وسلم يؤدي إلى الاختلاف في أفعاله صلى الله عليه وسلم.
- اختلاف الفقهاء في قاعدة الضرورة وتنزيلاتها على آحاد المسائل.
- أغلب الأدلة الصحيحة الواردة في المسألة أدلة عامة، وما كان منها في الباب فهو دليل ظني يتطرق إليه الاحتمال.

ثالثا: مذاهب الفقهاء في المسألة وأدلتهم ومناقشتها وال ترجيح

1- آراء الفقهاء

اختلف الفقهاء في الظفر بالحق في الزمة: فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من منع ومنهم من ذهب إلى مذهب التفصيل.

فأما المذهب الأول: مذهب المالكية⁽¹⁾ في المشهور عندهم، والحنابلة⁽²⁾ مذهبهم المنع من الظفر بالحق مطلقا إلا بإذن القاضي حسما لمادة التنازع والتخاصم ولانتظام أمور الناس.

1- المذهب الثاني: الجواز مطلقا وهو مذهب الشافعية سواء كان الحق المظفور به هو عين حقه أو من جنسه أو من غير جنسه حفاظا على أموال الناس ورفع الحرج عنهم⁽³⁾.

2- المذهب الثالث: مذهب التفصيل وهو مذهب الحنفية إذ وافقوا الشافعية في جواز الظفر بالحق إذا كان هو عين الحق أو من جنسه لانضباطه وإمكانية استفاء حقه دون زيادة أو نقصان وأما إذا كان الحق المظفور من غير جنسه فمنعوه موافقة لمذهب المالكية والحنابلة لعدم انضباطه فيجب أخذه عن طريق القضاء⁽⁴⁾.

2- أدلتهم.

استدل أصحاب المذهب الأول وهم المالكية والحنابلة بأدلة مثيرة نذكر منها.

(1)- الشرح الكبير للدردير: 4/335، القوانين الفقهية: ص359،¹.

(2)- المغني: 8/254 وما بعدها².

(3) - مغني المحتاج: 4/162، المهذب: 2/282.³

(4)-فتح القدير: 4/236، رد المختار والدر المختار: 3/219 وما بعدها،⁴265.

الدليل الأول: قال سبحانه وتعالى: "فَإِنْ طُبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا" (1)

الدليل الثاني: قال سبحانه وتعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" (2).

الدليل الثالث: حديث ابن عباس: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس في حجة الوداع

□ فذكر الحديث، وفيه: لا يحل لامرئٍ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس، ولا تظلموا ... (3)

الدليل الرابع: وَعَنْ أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَا يَحِلُّ لِمَرِيٍّ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ، قَالَ: وَذَلِكَ لَشِدَّةِ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى الْمُسْلِمِ مِنْ مَالِ الْمُسْلِمِ". لا يحل مال امرئٍ مسلمٍ إلا بطيب نفس ورضا منه، قال ابن قدامة: "فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه، لزمه رده إليه، وإن كان قدر حقه؛ لأنه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله، بغير اختياره، لغير ضرورة، وإن كانت من جنس حقه؛ لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين". (4).

الدليل الخامس: عن أبي هريرة رضي الله عنه: "أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك". (5)

وجه الشاهد من الحديث قال ابن عبد البر: "ولا تخن من خانك، وهذا معناه عند أهل العلم: لا تخن من خانك بعد أن انتصرت منه، وفي خيانتته لك، والنهي إنما وقع على الابتداء أو ما يكون في معنى الابتداء كأنه يقول ليس لك أن تخونه وإن كان قد خانك كما لم يكن له أن يخونك أولاً فروى

(-النساء: 1.04).

(-النساء: 29).

(- رواه الحاكم كما سيأتي بيانه في المناقشة. - 3).

(-المغني، لابن قدامة: 10/287. 4).

-أخرجه أبو داود (3 / 805) والترمذي (3 / 555) من حديث أبي هريرة وقال الترمذي: حديث حسن غريب. - (5).

الرواية الأولى عنه ابن القاسم⁽¹⁾ وقيل كذلك قوله: (ولا تخن من خائك) فيه دليل على أنه لا يجوز مكافأة الخائن بمثل فعله فيكون مخصصا لعموم⁽²⁾ قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾⁽³⁾.

- وأجيب على هذا من وجوه.

أ- من جهة السند.

في إسناده طلق بن غنام عن شريك، واستشهد له الحاكم بحديث أبي التياح عن أنس وفي إسناده أيوب بن سويد مختلف فيه، وقد تفرد به كما قال الطبراني وقد استنكر حديث الباب أبو حاتم الرازي وأخرجه أيضا البيهقي ومالك وفي الباب عن أبي بن كعب عند ابن الجوزي في العلل المتناهية، وفي إسناده من لا يعرف، وأخرجه أيضا الدارقطني وعن أبي أمامة عند البيهقي والطبراني بسند ضعيف وعن أنس عند الدارقطني والطبراني والبيهقي وأبي نعيم وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبي داود والبيهقي وفي إسناده مجهول آخر غير الصحابي؛ لأن يوسف بن ماهك رواه عن فلان عن آخر، وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلا عند البيهقي قال الشافعي: هذا حديث ليس بثابت وقال ابن الجوزي: لا يصح من جميع طرقه وقال أحمد: هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح⁽⁴⁾.

وأجيب عن هذا الاعتراض: أن الإمام الحاكم صححه حدثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا العباس بن محمد الدوري، ثنا طلق بن غنام، ثنا شريك، وقيس، عن أبي حصين، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من

(1)-التمهيد، لابن عبد البر: 160/20. (1).

(2)-نيل الاوطار: 355/5. (2).

(3)-البقرة: 194. (3).

(4)-نيل الاوطار، الشوكاني: 355/5. (4).

خانك» قال العباس: قلت لطلق: اكتب «شريك» وأدع «قيس»؟ قال: أنت أبصر. «حديث شريك، عن أبي حصين صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» وله شاهد عن أنس، من تلخيص الذهبي 2296 - على شرط مسلم وشاهده⁽¹⁾. ولا يخفى أن وروده بهذه الطرق المتعددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعبرين لبعضها وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضا للاحتجاج⁽²⁾.

ب- من جهة المتن.

وقوله «ولا تخن من خانك» دليل على أنه لا يجازي بالإساءة من أساء وحمله الجمهور على أنه مستحب لدلالة قوله تعالى ﴿وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾⁽³⁾ ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾⁽⁴⁾ على الجواز⁽⁵⁾.

وقال ابن حزم: " وليس انتصاف المرء من حقه خيانة، بل هو حق واجب، وإنكار منكر، وإنما الخيانة أن تخون بالظلم والباطل من لا حق لك عنده، ولا من افترض الله تعالى عليه أن يخرج إليك من حقه، أو من مثله إن عدم حقه، وليس رد المظلمة أداء أمانة، بل هو عون على الخيانة." ⁽⁶⁾.

الدليل السادس: ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى لهند زوجة أبي سفيان بأخذ حقها ولو لم يعلم زوجها بقوله: «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف»⁽⁷⁾ فدل على أنه لا بد من القضاء لأخذ عين الحق أو جنسه. قال صاحب المغني: " فأما حديث هند، فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في

2-المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411 - 1990م، رقم: 229، كتاب البيوع: 53/2.

3-نيل الاوطار: 355/5.

(-الشورى: 40. ³)

(-النحل: 126. ⁴)

(-سبل السلام: 97/2. ⁵)

(- المحلى، ابن حزم: 493/6. ⁶)

(-رواه أحمد: 143/40 رقم الحديث: 24117. ⁷)

كل وقت ، وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت ، والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة ، بخلاف الدين ، وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة ، فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه ، وبينهما فرقان آخران ؛ أحدهما ، أن للمرأة من التبسط في ماله ، بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف ، بخلاف الأجنبي. الثاني ، أن النفقة تراد لإحياء النفس ، وإبقاء المهجة ، وهذا مما لا يصبر عنه ، ولا سبيل إلى تركه ، فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة ، بخلاف ، الدين ، حتى نقول : لو صارت النفقة ماضية ، لم يكن لها أخذها.⁽¹⁾

المذهب الثاني : قال الشافعية ⁽²⁾ لصاحب الحق استيفاء حقه بنفسه بأي طريق ، سواء أكان من جنس حقه ، أم من غير جنسه. اشترط الظاهرية ⁽³⁾ أنه يجب عليه أن يأخذ بقدر حقه سواء كان من نوع ما هو له أو من غيره ويبيعه ويستوفي حقه فإن فضل على ما هو له رده له أو لورثته.

واستدلوا بأدلة منها

الدليل الأول : قوله تعالى ﴿ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل﴾⁽⁴⁾

الدليل الثاني : قوله تعالى ﴿والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون﴾⁽⁵⁾

الدليل الثالث : قوله تعالى ﴿والحرمت قصاص﴾⁽⁶⁾ والحاصل أن الأدلة القاضية بتحريم مال الآدمي

ودمه وعرضه عمومها مخصص بهذه آيات.⁽⁷⁾

(- المغني، ابن قدامة: 288/10.¹).

(- مغني المحتاج: 4 / 162 ، المذهب: 2 / 282 .²).

(-المحلى: 6/493.³).

(-الشورى: 41.⁴).

(- الشورى: 39.⁵).

(- البقرة: 194.⁶).

(-نيل الاوطار: 5/356.⁷).

الدليل الرابع: قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾⁽¹⁾. والمثلية ليست من كل وجه، وإنما في المال. ولقوله عليه السلام: «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به»⁽²⁾.

الدليل الخامس: واستدل لكونه إذا لم يفعل يكون عاصيا بقوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾⁽³⁾ قال فمن ظفر بمثل ما ظلم فيه هو أو مسلم أو ذمي فلم يزل عن يد الظالم ويرد إلى المظلوم حقه فهو أحد الظالمين ولم يعن على البر والتقوى بل أعان على الإثم والعدوان.⁽⁴⁾

الدليل السادس: عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((من رأى منكم منكراً، فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان))⁽⁵⁾ أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من رأى منكراً أن يغيره بيده إن استطاع فمن قدر على قطع الظلم وكفه وإعطاء كل ذي حق حقه فلم يفعل فقد قدر على إنكار المنكر ولم يفعل فقد عصى الله ورسوله.

الدليل السابع: حديث «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» فإن الأمر ظاهر في الإيجاب ونصر الظالم بإخراجه عن الظلم، وذلك بأخذ ما في يده لغيره ظلماً.⁽⁶⁾

(1)-البقرة:194.

(2)- رواه أحمد من حديث سمرة بن جندب.

(3)- المائدة:2.

(4)-سبل السلام:98/2.

(5)-رواه مسلم، كتاب الايمان، باب بيان كون النهي... "69/1"، رقم:49.

(6)- سبل السلام:98/2.

الدليل الثامن: قوله - صلى الله عليه وسلم - لهند امرأة أبي سفيان خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» لما ذكرت له أن أبا سفيان رجل شحيح وأنه لا يعطيني ما يكفيني وبني فهل علي من جناح أن آخذ من ماله شيئاً⁽¹⁾ فأباح لها صلى الله عليه وسلم وهذا من باب الفتوى لا القضاء.

وناقش المانعون هذا الدليل:

إن هذا منه عليه الصلاة والسلام تشريع عام يجيز لكل ذي حق أن يأخذ حقه من غريمه بغير إذن الحاكم إذا امتنع من عليه الحق من أدائه، لأنه عليه الصلاة والسلام قال ما قاله لهند على سبيل الفتيا والتشريع، وليس على سبيل القضاء.⁽²⁾

وقيل رخص النبي - صلى الله عليه وسلم - لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه؛ لأنه موضع حاجة، فإن النفقة لا غنى عنها، ولا قوام إلا بها، فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها، أفضى إلى ضياعها وهلاكها، فرخص النبي - صلى الله عليه وسلم - لها في أخذ قدر نفقتها، دفعاً لحاجتها، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً، فتشق المرافعة إلى الحاكم، والمطالبة بها في كل الأوقات؛ فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه. وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقاً آخر، وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم، ما لم يكن الحاكم فرضها لها، فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها، والإضرار بها، بخلاف الدين، فإنه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة، فلا يؤدي ترك الأخذ إلى الإسقاط.⁽³⁾

الدليل التاسع: حديث البخاري «إن نزلتم بقوم فأمرؤا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، وإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف».⁽⁴⁾ قال النووي: "مؤنة الضيافة بعد شرعتها قد صارت لازمة

(1)- المرجع نفسه: 98/2. ¹

(2) - الأحكام للقرافي ص 27. ²

(3)- المغني: 202/8. ³

(4)- أخرجه البخاري، كتاب الظلم والغصب، باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه، رقم: 2461/3 131. من حديث عقبة بن عامر ⁴.

للمضيف لكل نازل عليه ، فللنازل المطالبة بهذا الحق الثابت شرعا كالمطالبة بسائر الحقوق ، فإذا أساء إليه واعتدى عليه بإهمال حقه كان له مكافأته بما أباحه له الشارع⁽¹⁾ في هذا الحديث ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾⁽²⁾.

ورد هذا الدليل: قال ابن بطلال: أما حديث عقبة بن عامر فقال أكثر العلماء أنه كان في أول الإسلام ، حين كانت المواساة واجبة ، وهو منسوخ بقوله عليه السلام: (جائزته يوم وليلة) قالوا: والجائزة تفضل وليست بواجبة.⁽³⁾

المذهب الثالث: مذهب التفصيل وهو مذهب الحنفية الذين وافقوا على رأي الشافعية فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه لا من غيره⁽⁴⁾ ، واستدلوا بنفس أدلة الشافعية التي تجوز الظفر بالحق إذا كان المأخوذ من عين حقه أو من جنسه استدلالا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم «من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به»⁽⁵⁾ ، وفي المقابل نجد أن الأحناف قد وافقوا المالكية والحنابلة في منع الظفر بالحق إذا كان المأخوذ من غير جنسه لعدم انضباطه وخشية التجاوز فيه فيرد للقضاء.

والمفتى به اليوم كما قال ابن عابدين جواز الأخذ من جنس الحق أو من غيره ، لفساد الذمم والمماثلة في وفاء الديون..ومسألة «الظفر بالحق» من أهم أحكام المعاملات التي يفرق فيها بين الأحكام القضائية والأحكام الديانية⁽⁶⁾.

(- شرح النووي على مسلم: 19/2. نيل الاوطار: 179/8.¹).

(-الشورى: 40.²).

(-شرح البخاري، لابن بطلال: 585/6.³).

(- فتح القدير: 4/236، رد المختار والدر المختار: 3/219 ومابعدهما، 265.⁴).

(- سبق تخريجه.⁵).

(-الفقه الاسلامي، 4/2858.⁶).

الترجيح: أن من وجد عين حقه عند آخر مالا أو عروضاً (سلعاً) وكان مماتلاً في رده أو جاحدا الدين، فيباح له باتفاق الفقهاء أخذه ديانة لا قضاء للضرورة، عملاً بالحديث السابق: (من وجد عين ماله فهو أحق به)⁽¹⁾.

(-نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي: ص 188 وما بعدها، ط أولى.¹).

المحاضرة الرابعة: أحكام المضاربة.

أولاً: تصوير المسألة.

أ- تعريف المضاربة لغة: مفاعلة من ضرب الأرض إذا سار فيها.

قال ابن منظور: "يقال ضرب في الأرض إذا سار فيها مسافراً فهو ضارب والضرب يقع على جميع الأعمال إلا قليل ضرب في التجارة وفي الأرض وفي سبيل الله⁽¹⁾.

ومنه المضاربة في المال وهي القراض ومنه قول تعالى: "وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا الصلاة" سورة النساء. آية 101. أي: سافرت في البلاد.⁽²⁾

وقوله تعالى: "وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله".⁽³⁾ سورة الزمر. آية 20.

والقراض والمضاربة بمعنى واحد إلا أن أهل العراق يسمونه مضاربة وأهل الحجاز يسمونه قراضاً.

ب- تعريف المضاربة اصطلاحاً.

تعريف الأحناف:

"المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر"⁽⁴⁾

تعريف الشافعية:

(1) لسان العرب لابن منظور مادة ضرب.

(2) الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 301.

- (الزمر: 20)⁽³⁾

-

(4) تكملة فتح القدير لابن الهمام ج 8.

قال النووي: " أن يدفع إليه مالا يتجر به والربح مشترك " (1).

تعريف الحنابلة:

قال ابن قدامة: المضاربة هي: " أن يدفع إنسان ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما " (2).

تعريف المالكية:

قال خليل في مختصره: " القراض توكيل على التجارة في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما " (3).

وتعريف المالكية أرجح لتضمنه أركان المضاربة وشروطها وجعله الكضاربة بمعنى توكيل الذي لا يكون فيه تضمين إلا بتقصير من الموكل وقد توفرت المضاربة على أركان الوكالة.

ثانيا: حكم وأدلة مشروعية المضاربة

1- حكمها:

المضاربة جائزة لا خلاف بين العلماء في ذلك

2- أدلة مشروعية المضاربة:

أولا: من الكتاب:

(1) المنهاج مع مغني المحتاج ج 2 .

(2) الكافي لابن قدامة ج 2 .

(3) مختصر خليل ص 5/235 .

أ- قال الله تعالى: " وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله " المزمّل، آية: 20.

وجه الاستدلال:

ذكر الله سبحانه وتعالى فضل الضرب في الأرض والسفر طلباً للرزق للنفقة على نفسه وعياله فكان ذلك بمنزلة الجهاد لأنه جمعه مع الجهاد في سبيل الله⁽¹⁾.

ت- وقال تعالى: " فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله " الجمعة . آية: 10.

وجه الاستدلال:

وابتغوا من فضل الله " أي من رزقه . والمضاربة نوع تجارة فدل على جوازها⁽²⁾

ج - قال تعالى: " ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم .. " البقرة، آية 198

وجه الاستدلال:

وهي الأصل في إحلال القراض وإباحته، حيث في القراض ابتغاء فضل الله وطلب نماء⁽³⁾.

ثانياً: من السنة:

أ- ما روي عن ابن عباس أنه قال: كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به ولا يشتري به دابة ذات كبد ورطبة فإن فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه ذلك رسول الله فأجاز شرطه⁽¹⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي . ج 10 . ص 52 .

(2) المصدر السابق ج 9 ص 99.

(3) تكملة المجموع، لمحمد نجيب المطيعي ..

ب - عن صهيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمقارضة وأخلاط البر بالشعير للبت لا للبيع "(2).

ج - وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بالمضاربة فلم ينكر عليهم، وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة.

ثالثاً: من الآثار:

أ □ ما روى زيد بن أسلم عن أبيه " أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب □ رضي الله عنهم □ خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب □ رضي الله عنه □ فرحب بهما وسهل، وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال بلى، هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه في المدينة، وتفران رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما ربحه، فقالا: وددنا، ففعل، فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما، وباعا، وربحا، فقال عمر: أكل الجيش قد أسلف كما أسلفتما؟ فقالا: لا، فقال عمر ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما؛ أديا المال وربحه، فأما عبد الله، فسكت، وأما عبيد الله، فقال: يا أمير المؤمنين، لو هلك المال ضمنناه. فقال: أدياه، فسكت عبد الله، وراجع عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضاً، فأخذ رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال "(3).

وجه الاستدلال:

(1) أخرجه البيهقي في السنن ج 111/6 وقال ضعيف الإسناد

(2) رواه ابن ماجه ج 2 / 678 وفي إسناده نصر ابن القاسم عن عبد الرحمن بن داود وهما مجهولان.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (ج 2 / 687) والشافعي والدارقطني وقال الحافظ: إسناده صحيح .

قول المجلس لو جعلته قراضاً، وإقرار عمر على صحة القراض . ولو علم فساد له لردّه.

ب □ عن حكيم بن حزام انه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله على بحر ولا تنزل به بطن مسيل فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي.

ج □ عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما⁽¹⁾.

د □ ماروي عن علي أنه قال: " في المضاربة الوضعية على المال والربح على ما اصطالحوا عليه "⁽²⁾.

رابعاً: الإجماع:

قال الشوكاني: " إن هذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير فذلك إجماعاً منهم على الجواز⁽³⁾.

وقال ابن المنذر: " أجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة "⁽⁴⁾

وقال الصنعاني: " لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام "⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ نفس المصدر ج 1/1386

⁽²⁾ نيل الأوطار للشوكاني ج 5 . ص 393 ..

⁽³⁾ المصدر السابق ج 5 ص 394.

⁽⁴⁾ تكملة المجموع لمحمد نجيب المطيعي . ج 14 .

⁽⁵⁾ المصدر السابق

خامساً: من القياس:

استدلوا بقياسها على المساقاة والمزارعة بجامع أن كلاً منهما شرع للحاجة حيث أن مالك النخيل أو الزروع قد لا يحسن العمل فيهما أو قد تكون عنده ظروف تمنعه من السقى والزراعة كما أن من يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه وهذه العلة موجودة في القروض.

قال ابن تيمية: " ولقد كان الإمام أحمد يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة لثبوتها بالنص فتجعل أصلاً يقاس عليه ⁽¹⁾.

سادساً: من المعقول:

قال في المقدمات لابن رشد: " القراض مما كان في الجاهلية فأقر في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه . فاضطر فيه إلى استئابة غيره ولعله لا يجد من يعمل له فيه لهذه الضرورة " ⁽²⁾.

ثالثاً: أركان المضاربة.

فيه خلاف بين العلماء :

أ-الحنفية :

ركن المضاربة عندهم الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليها ، كلفظ المضاربة والمقارضة ⁽³⁾.

⁽¹⁾ مجموع الفتاوى ابن تيمية . ج 101/29 .

⁽²⁾ مواهب الجليل على مختصر خليل ج 5

⁽³⁾ البدائع ج 6 .

ب- الملكية:

قالوا: أركان المضاربة أربعة هي: العاقدان، والصيغة والمال والجزء المعلوم للعامل.⁽¹⁾

ج- الشافعية:

أركان المضاربة عندهم: المال، والعمل، والربح، والصيغة والعاقدان⁽²⁾

د- الحنابلة:

أركان المضاربة عند الحنابلة هي: الصيغة، والعاقدان، والمال، والعمل، وتقدير نصيب العامل.⁽³⁾

❖ فنجد أنهم اتفقوا على ركن واحد وهو الصيغة أو الإيجاب والقبول، واتفق المالكية والشافعية والحنابلة على العاقدان والمال، واتفق المالكية والحنابلة على تقدير نصيب العامل، وانفرد الشافعية بالربح.

قال الدكتور محمد عبيد عتيقي: " وهذا الخلاف ليس له أثر من الناحية العملية، والحقيقة أن كل عقد يحتاج إلى إيجاب من طرف وقبول من الطرف الآخر في محل يتفقان عليه،، أما محل العقد والطرفان والعمل فمن مستلزمات عقد المضاربة، وأما الربح فنتيجة العمل المرجوة في المضاربة، هذه الأمور خارجة عن ماهية العقد".

رابعاً: شروط المضاربة.

(1) حاشية العدوى على كفاية الطالب . 164 .

(2) متن المنهاج مع شرحه . ج 2.

(3) المغني ج 5.

1- شروط الصيغة:

واختلف في جواز تأجيلها أو تعليقها أو إضافتها أو توقيتها

الشافعية والمالكية: إذا أضيفت أو علقت أو أقتت فسدت

الحنفية: يصح إضافتها إلى زمن مستقبل ويصح توقيتها ولا يصح تعليقها لما فيه من معنى التملك

(1).

2- شروط العاقدان:

يشترط في المالك والعامل أهلية التوكيل، فلا يصح القراض إذا كان أحدهما محجوراً أو عبداً أذن له

في التجارة أو المالك مفلساً أو العامل أعمى.

ويجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارضا بمالهما (2)

3- شروط المال:

أ- أن يكون نقداً.

ب- أن يكون معلوماً، فلو دفع إليه ثوباً وقال: بعه وقد قارضتك على ثمنه، لم يجز.

ج- أن يكون معيناً. فلو قارض على دراهم غير معينة ثم أحضر في المجلس وعينها فيه خلاف.

(1) الشركات في الفقه الإسلامي . للشيخ / علي الحقيف . ص 72.

(2) المصدر السابق.

د- أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . فلو شرط المالك أن يبقى المال في يده فسد⁽¹⁾.

4-شروط الربح :

أ- أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين ، فلو شرط ثالثاً بطل كأن يقول : ثلثه لك ، وثلثه لي ، وثلثه لزوجتي أو لابني أو لأجنبي ، فإنه لا يصح.

ب - أن يكون مشتركاً بينهما . ولو قال : تصرف فيها والربح كله لي ، فهو إبطاع.

ج- أن يكون معلوماً . ولو قال الربح بيننا لم يصح

وقصده بيننا ليس المناصفة وإنما جهالة الثمن المشاع من نصف أو ثلث أو ربع أو.....

د- وأن يكون العلم به من حيث الجزئية لا من حيث التقدير . فلو قال : لك من الربح ، أو لي منه درهم أو مائة والباقي بيننا نصفين ، فسد القراض وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهماً.

5-شروط العمل :

أ- أن يكون على وجه النماء

ب- ولا بد من بيان وقت العقد

ج- وعلى المضارب ما جرت العادة أن يباشره في نشر المتاع ، وطيه ، وعوضه ، وانتقاد الثمن وقبضه وإحرازه ، ونحو ذلك.

(1) / بدائع الصنائع للكاشاني ج 6 .

- د- إطلاق المضاربة من غير توقيت في إحدى الروايتين عند الحنابلة، والأخرى لا يشترط.
- ه- فإن شرط عليه أن لا يتجر إلا في البر، أو لا يبيع ولا يشتري إلا ببلد كذا، أو من فلان، أو.
- أن لا يسافر بالمال، فجميع ذلك يصح
- و- أن لا يكون مضيقاً عليه بالتعيين . فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر فسد القراض .⁽¹⁾

خامساً: أنواع المضاربة.

أولاً: المضاربة الصحيحة:

هي التي تتوفر فيها أركان المضاربة وشروطها (السابقة) سواء أكانت تلك الشروط تخص صيغة معينة أي صيغة العقد أم شروط أحد المتعاقدين أم العمل أم رأس المال وربح المال.

ثانياً: المضاربة الفاسدة:

وهي الباطلة أو الغير صحيحة أو الفاسدة . وهي التي فقدت ركناً من أركانها أو أحد شروط صحتها.

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام :

- 1) ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة.
- 2) ما يعود بجهالة الربح . مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً.
- 3) اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه.⁽¹⁾

⁽¹⁾ لشركات في الفقه الإسلامي . للشيخ / علي الخفيف . ص 72.

سادسا: أحكام متنوعة متعلقة بعقد المضاربة:

أولا: عقد المضاربة من حيث الالتزام والجواز:

عقد المضاربة من العقود الجائزة غير اللازمة عند جميع الفقهاء ، وعلى ذلك فإنه يجوز لكل رب من المال والمضارب فسخها متى شاء بشرط أن يكون المال عيناً من الدراهم والدنانير.

أما إذا كان المال عروضاً:

مذهب الأحناف والشافعية: عندهم الفسخ يتم ولكن يبقى للمضارب ولاية التصرف في بيع العروض.⁽²⁾

مذهب الحنابلة: يرون صحة الفسخ حال كون المال عروضاً، إلا أنهم أجازوا صحة اتفاق رب المال والمضارب على بيعه أو قسمته⁽³⁾.

مذهب المالكية: يرون بقاء العقد إلى أن ينقضي رأس المال⁽⁴⁾

ثانيا: الربح والخسارة في المضاربة:

⁽¹⁾ المغني لابن قدامة . ج 5 . ص: 70 - 71 .

⁽²⁾ بدائع الصنائع ج 6، مغني المحتاج ج 2 .

⁽³⁾ الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص: 111.

⁽⁴⁾ المصدر السابق.

المحاضرة الرابعة: أحكام المضاربة.

أ- في المضاربة يستحق رب المال الربح بالمال والربح يكون مشتركاً بين المالك والمضارب بحسب الشرط الذي يتفقان فيه على توزيعه.

ب - الخسارة تكون على رب المال في جميع الأحوال فلا يصح أن يشترك العامل في الخسارة، وإذا.

اشترط رب المال ذلك فسدت المضاربة بالإجماع ويعتبر الربح فيما زاد على رأس المال، ولا.

يوزع إلا بعد أن يسلم لرب المال رأس ماله.

ج - لا يفرز الربح حتى يفرز رأس المال لقول النبي صلى الله عليه وسلم " مثل المؤمن مثل التاجر لا.

يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس المال . كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه " .

ولأن الربح فرع ورأس المال أصل ولا يقسم الفرع قبل سداد الأصل.

د - ويجبر من الربح أي تلف يحدث بأفة سماوية أو خسارة بسبب العمل ، أو أي نقص يحدث بتغيير.

الأسعار ، أما إذا تلف أو هلك المال قبل المباشرة في الشركة أو قبل تمام العقد فلا يجبر من الربح وإنما يعتبر الباقي رأس مال المضاربة . ولا يضمن رأس المال إلا بالتعدي وتجاوزه ما حدده له من المضاربة المقيدة . أو شرائه شيئاً نهى عن شرائه ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال " لا ضمان على من شورك في الربح " . فإذا فعل ما نهى عنه أو تعدى ما ليس من عمل المضاربة أو أهمل في صيانة المال ضمن رأس المال ، لتقصيره وظلمه ، ولأنه متصرف في مال غيره بغير إذنه⁽¹⁾.

ثالثاً: حكم زكاة مال المضاربة:

(1) أنظر المغني لابن قدامة ج 5 .

لا خلاف بين العلماء في أن على رب المال دفع زكاة رأس ماله وربحه ، وعلى العامل دفع زكاة نصيبه من الربح بعد القسمة إذا حال عليه الحول وكانا ممن تجب عليهما الزكاة.

- إلا أن العلماء اختلفوا في زكاة الربح إذا ظهر في المال ربح قبل القسمة إذا حال عليه الحول على من تجب ؟ ومتى تجب على ثلاثة أقوال :

(1) أنه إذا ظهر في المال ربح وحال عليه الحول ولم يقسم فالمال وربحه زكاته على رب المال ، لأنه ملكه ، لأن العامل لا يملك نصيبه من الربح إلا بعد القسمة لا بمجرد الظهور . وهذا هو القول الأول عند الشافعية . قال الرملي : " وإذا قلنا عامل القراض ويملك الربح المشروط له بالظهور وهو الأصح بل القسمة ، فعلى المالك عند تمام الحول زكاة الجميع ربحاً ورأس مال لأن الجميع ملكه⁽¹⁾ .

(2) أن العامل يملك نصيبه من ربحه بمجرد الظهور فإذا حال عليه الحول وجبت عليه زكاة نصيبه من الربح وعلى رب المال زكاة رأس ماله وحصته من الربح فقط.

أما بداية حول الربح فقال بعضهم مع بداية حول رأس المال . وقال آخرون يحسب حوله من بداية ظهور الربح.

جاء في المبسوط : " وأما مال المضاربة فعلى رب المال زكاة رأس المال وحصته من الربح .

وعلى المضاربة زكاة حصته من الربح إذا وصلت يده إليه⁽²⁾ .

قال مالك : " في زكاة القراض " أنه لا يخرج العامل زكاة العامل زكاة القراض إلا بحضرة رب.

(1) نهاية المحتاج . ج 3 .

(2) المبسوط للسرخسي . ج 2 .

المال وإن كانت الزكاة قد وجبت منذ قبضها العامل فإن ربح فيها العامل وحال الحول عنده فإنه لا.

يخرج شيئاً من زكاة رأس المال".⁽¹⁾

وقال ابن قدامة: " وإن دفع رجل ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما .. قال ابن الخطاب لأن.

العامل يملك الربح بظهوره فإذا ملكه جرى في حوله الزكاة".⁽²⁾

(3) أن حصة المضارب لا زكاة فيها لأن ملك المضارب غير تام ولا يختص به بدليل أنه لو ضر أو .

نقص قيمة الأصل جبر من الربح . وبهذا قال الشافعية في أحد أقوالهم واختاره ابن قدامة من.

الحنابلة وإن إخراجها منه قبل القسمة لم يجز . لأن الربح وقاية لرأس المال .⁽³⁾

سابعاً : فسخ المضاربة وبطلانها.

أولاً : فسخ المضاربة.

يجوز لكل واحد من رب المال أو المضارب فسخ الشركة ، ويشترط أن يعلم صاحبه بذلك ، وأن يكون رأس المال عيناً دراهم ودنانير ، وإذا كان المال عروضاً أو غير ذلك انتظر طالب الفسخ حتى ينض المال ويظهر الربح والخسارة ولو أنهى صاحب المال المضارب عن التصرف والمال عروض لم ينته حتى ينض المال . وله الفسخ عند الملكية قبل الشراء وبعده .⁽⁴⁾

⁽¹⁾ المدونة ج 4 .

⁽²⁾ المغني لابن قدامة: ج 3 .

⁽³⁾ المغني لابن قدامة: ج 3 .

⁽⁴⁾ الشركات في الفقه الإسلامي . للشيخ / علي الخفيف .

ثانياً: بطلان المضاربة.

تنتهي المضاربة بالطرق التي تنتهي بها غيرها من أنواع الشركة.

كما تنتهي المضاربة بموت العامل أو رب المال

غير أن المالكية يرون أن المضاربة عقد يورث . وعلى هذا فإذا كان المتوفى رب المال فلا يترتب على وفاته بطلان حق ثبت للعامل فيبقى ولا يكون للورثة حق انتزاع المال منه.

وإذا كان المتوفى العامل فقد حدثت وفاته بعد أن ثبت له حق العمل في المال فينتقل هذا الحق بعد وفاته إلى ورثته بشرط أن يكون الوارث أميناً حازقاً في العمل ، فإذا كان كذلك فلا يكون لرب المال أن ينتزع المال منه ، لأن ذلك مبطل لحق انتقل إليه عن مورثه.⁽¹⁾

وخالفهم غيرهم من المذاهب، وأيضاً فإن المضاربة تنتهي بانقضاء وقتها المحدد عند من يقول بتوقيتها، وبجنون العامل أو رب المال، أو العامل أو الإفلاس . وبهلاك المال قبل التصرف فيه. وليس فيه خلاف.

قال الكاساني الحنفي: " وتبطل بموت أحدهما ، لأن المضاربة تشمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل □ إلى آخر كلامه.⁽²⁾

قال النووي الشافعي: " ولو مات أحدهما أو جن انفسخ.⁽³⁾

(1) الموطأ مع المنتقى ج 1 .

(2) بدائع الصنائع للكسائي ج 8.

(3) مغني المحتاج ج 2 .

قال ابن قدامة الحنبلي: " أي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض لأنه عقد جائز فانفسخ بموت أحدهما وجنونه، كالوكيل.⁽¹⁾

(1) المغني لابن قدامة ج 5 .

المحاضرة الخامسة:

الشفعة

أولاً: تصوير المسألة.

1-تعريف الشفعة:

أولاً- في اللغة:

الشَّفْعُ: خلافُ الوَثْرِ، وهو الزَّوْجُ.⁽¹⁾ الشُّفْعَةُ من الشفع بمعنى الضم وهي مُشْتَقَّةٌ مِنَ الزِّيَادَةِ لِأَنَّ الشفيعَ يَضُمُّ الْمَبِيعَ إِلَى مِلْكِهِ فَيَشْفَعُهُ بِهِ كَأَنَّهُ كَانَ وَاحِدًا وَثَرًا فَصَارَ زَوْجًا شَفْعًا. ولعل هذين المعنيين أقرب للمعنى الاصطلاحي لما تضمنه من الضم والزيادة.

والشُّفْعَةُ والشُّفْعَةُ (بضم الفاء)⁽²⁾ فِي الدَّارِ والأَرْضِ: الْقَضَاءُ بِهَا لِصَاحِبِهَا. وَسُئِلَ أَبُو الْعَبَّاسِ عَنْ اسْتِثْقَاكِ الشُّفْعَةِ فِي اللُّغَةِ فَقَالَ: الشُّفْعَةُ الزِّيَادَةُ وَهُوَ أَنْ يُشْفَعَكَ فِيمَا تَطْلُبُ حَتَّى تَضُمَّهُ إِلَى مَا عِنْدَكَ فَتَزِيدَهُ وَتَشْفَعَهُ بِهَا أَيَّ أَنْ تَزِيدَهُ بِهَا أَيَّ أَنَّهُ كَانَ وَثَرًا وَاحِدًا فَضُمَّ إِلَيْهِ مَا زَادَهُ وَشَفَعَهُ بِهِ.

وَقَالَ الْقُتَيْبِيُّ فِي تَفْسِيرِ الشُّفْعَةِ: كَانَ الرَّجُلُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا أَرَادَ بَيْعَ مَنْزِلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَشَفَعَ إِلَيْهِ فِيمَا بَاعَ فَشَفَعَهُ وَجَعَلَهُ أَوْلَى بِالْمَبِيعِ مِمَّنْ بَعْدَ سَبَبِهِ فَسُمِّيَتْ شُفْعَةً وَسُمِّيَ طَالِبُهَا شَفِيعًا.⁽³⁾

وقول الشعبي: الشُّفْعَةُ عَلَى رُؤُوسِ الرِّجَالِ، أي إذا كانت الدارُ بين جماعةٍ مُخْتَلِفِي السَّهَامِ، فَبَاعَ وَاحِدٌ نَصِيبَهُ، فَيَكُونُ مَا بَاعَ لَشُرَكَائِهِ بَيْنَهُمْ سَوَاءً عَلَى رُؤُوسِهِمْ لَا عَلَى سَهَامِهِمْ.⁽⁴⁾

ثانياً- في الاصطلاح:

⁽¹⁾: القاموس المحيط (ج 1/ 733).

⁽²⁾: قال الحافظ بن حجر في الفتح: الشفعة بضم المعجمة وسكون الفاء وغلط من حركها.

⁽³⁾: لسان العرب (ج 8/ 183-184).

⁽⁴⁾: القاموس المحيط (ج 1/ 734).

جاء تعريف الشفعة عند الفقهاء على النحو الآتي :

عرف الحنفية الشفعة بأنها : تَمْلِكُ الْبُقْعَةَ (العَقَارَ) جَبْرًا عَلَى الْمُشْتَرِي بِمَا قَامَ عَلَيْهِ.⁽¹⁾

(بِمَا قَامَ عَلَيْهِ : أي يُمَثِّلُهُ لَوْ مِثْلًا وَإِلَّا فَبِقِيَمَتِهِ)⁽²⁾.

عند المالكية الشفعة هي : أَخْذُ الشَّرِيكَ حِصَّةً جَبْرًا بِشِرَاءٍ.⁽³⁾

عند الشافعية الشفعة هي : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى.⁽⁴⁾

وعرفت أيضا بـ : حَقُّ تَمْلِكٍ قَهْرِيٍّ يَثْبُتُ لِلشَّرِيكَ الْقَدِيمِ عَلَى الْوَاقِعِ فِيمَا مِلْكٌ يَعْوَضُ.⁽⁵⁾

أما الحنابلة فعرفوا الشفعة بأنها : هِيَ اسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكَ انْتِزَاعَ شِقْصٍ⁽⁶⁾ شَرِيكَهِ الْمُتَقَلِّدِ عَنْهُ مِنْ يَدِ مَنْ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ.⁽⁷⁾ يَعْوَضُ مَالِيٍّ⁽⁸⁾.

⁽¹⁾: فتح القدير (شرح الهداية): (ج 9 / 369).

⁽²⁾: رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (ج 6/ 217).

⁽³⁾: جامع الأمهات لابن الحاجب (ج 1/ 416) , شرح مختصر خليل للخرشي (6/ 161) , حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (2/ 250).

⁽⁴⁾: المجموع شرح المذهب للنووي (ج 14/ 302).

⁽⁵⁾: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (ج 3/ 372).

⁽⁶⁾: الشَّقْصُ بِكَسْرِ الشَّيْنِ النَّصِيبُ. شرح منتهى الإرادات (2/ 334).

⁽⁷⁾: المغني لابن قدامة (5/ 229)..

⁽⁸⁾: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات (2/ 334).

ويلاحظ من تعريفات الفقهاء للشفعة اتفاقهم على أنها حق يثبت للشفيع جبراً وبالقوة دون إرادة الطرف الثاني (البائع الأصلي) وله أن ينتزع حصة شريكه التي باعها لشخص أجنبي، حيث سلطه الشارع على انتزاعها بنفس الثمن الذي دفعه الأجنبي للشريك.

ووجه الخلاف بينهم كما سيظهر معنا ينحصر في تحديد من هو الشفيع الذي يحق له الشفعة.

2- أدلة مشروعية الشفعة:

الشفعة ثابتة بالسنة والإجماع وقد ورد في ذلك أحاديث متعددة منها:

روى البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال: «قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»⁽¹⁾.

وفي رواية مسلم عن جابر، قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»⁽²⁾.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه»⁽³⁾ (ومعنى (بسقبه) ما قرب من داره).

عن الشريد بن سويد، قال: قلت: يا رسول الله، أرض ليس فيها لأحد قسم ولا شرك، إلا الجوار، قال: «الجار أحق بسقبه»⁽¹⁾.

⁽¹⁾: رواه البخاري برقم: 2214.

⁽²⁾: رواه مسلم برقم 1608.

⁽³⁾: رواه البخاري برقم: 2258.

وبالإضافة إلى هذه النصوص فقد نقل الإجماع على مشروعيتها.

قال ابن رشد: اتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ الشُّفْعَةَ وَاجِبَةٌ فِي الدُّورِ، وَالْعَقَارِ، وَالْأَرْضَيْنِ كُلِّهِمَا⁽²⁾.

قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِبْطَالِ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ، فِيمَا يَبِيعُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَائِطٍ⁽³⁾.

وقال ابن هبيرة: "واتفقوا على أن الشفعة تجب في الخليط"⁽⁴⁾، أي: الشريك.

وقال ابن قدامة: وَهِيَ ثَابِتَةٌ بِالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ⁽⁵⁾

وقال النووي: أما الاجماع فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن أبي بكر الأصم من إنكارها، وفي ذلك يقول بعضهم: لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم⁽⁶⁾.

3- الحكمة من مشروعية الشفعة:

الشريعة الإسلامية تهدف بتشريعاتها إلى تحقيق العدل وتعميم الرخاء وتحصيل المصالح ودرء المفاسد فهي عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه، ومن حكم مشروعية الشفعة إزالة الضرر بين الشركاء أو الضرر مطلقاً، بسبب الدخيل الأجنبي، لاحتمال سوء المعاشرة والمعاملة في استعمال أو استحداث

⁽¹⁾: رواه أحمد برقم: 19461، وابن ماجه برقم: 2496.

⁽²⁾: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (41/4).

⁽³⁾: المغني: (229/5).

⁽⁴⁾: الإفصاح عن معاني الصحاح (32/2).

⁽⁵⁾: المغني: (229/5).

⁽⁶⁾: المجموع شرح المذهب (302/14).

المرافق المشتركة أو إعلاء الجدار أو منع ضوء النهار ونحو ذلك، وقد تكون الحكمة دفع ضرر مؤنة
القسمه.

فإن الشركات في الغالب تعتبر موطناً للخصومات ومحلاً للتضرر والتعديات قال تعالى: (وَإِنَّ كَثِيرًا
مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ)⁽¹⁾.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - في الشفعة: فَإِنَّهَا شُرِعَتْ لِتَكْمِيلِ الْمَلِكِ لِلشَّفْعِ لِمَا فِي
الشَّرَكَةِ مِنَ الضَّرَرِ.⁽²⁾

وجاء في مجمع الأنهر: أن الحكمة في مشروعيتها لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء
المُعاشرة والمعاملة من حيث إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب
لا سيما إذا كان يضاده كما قيل أَضْيَقُ السُّجُونِ مُعَاشَرَةُ الْأَضْدَادِ.⁽³⁾

وقال ابن القيم: مِنْ مَحَاسِنِ الشَّرِيعَةِ وَعَدْلِهَا وَقِيَامِهَا بِمَصَالِحِ الْعِبَادِ وَرُودُهَا بِالشَّفْعَةِ، وَلَا يَلِيقُ بِهَا
غَيْرُ ذَلِكَ؛ فَإِنَّ حِكْمَةَ الشَّارِعِ اقْتَضَتْ رَفْعَ الضَّرَرِ عَنِ الْمُكَلَّفِينَ مَا أَمَكَنَ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ رَفْعُهُ إِلَّا بِضَرَرٍ
أَعْظَمَ مِنْهُ بَقَاؤُهُ عَلَى حَالِهِ، وَإِنْ أَمَكَنَ رَفْعُهُ بِالتَّزَامِ ضَرَرٍ دُونَهُ رَفْعُهُ بِهِ، وَلَمَّا كَانَتْ الشَّرَكَةُ مَنشَأَ الضَّرَرِ
فِي الْغَالِبِ فَإِنَّ الْخُلَطَاءَ يَكْثُرُ فِيهِمْ بَغْيٌ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ شَرَعَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ رَفْعَ هَذَا الضَّرَرِ: بِالْقِسْمَةِ
تَارَةً وَانْفِرَادٍ كُلٍّ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ بِنَصِيبِهِ، وَبِالشَّفْعَةِ تَارَةً وَانْفِرَادٍ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ بِالْجُمْلَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى
الْآخِرِ ضَرَرٌ فِي ذَلِكَ؛ فَإِذَا أَرَادَ بَيْعَ نَصِيبِهِ وَأَخَذَ عَوْضَهُ كَانَ شَرِيكُهُ أَحَقَّ بِهِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، وَهُوَ يَصِلُ
إِلَى غَرَضِهِ مِنَ الْعَوْضِ مِنْ أَيْهِمَا كَانَ؛ فَكَانَ الشَّرِيكُ أَحَقَّ بِدَفْعِ الْعَوْضِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، وَيَزُولُ عَنْهُ

(1): سورة ص: 24.

(2): مجموع الفتاوى (178/29)

(3): مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (472/2).

ضَرَرُ الشَّرِكَةِ، وَلَا يَتَضَرَّرُ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّهُ يَصِلُ إِلَى حَقِّهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَكَانَ هَذَا مِنْ أَعْظَمِ الْعَدْلِ وَأَحْسَنِ الْأَحْكَامِ الْمُطَابِقَةِ لِلْعُقُولِ وَالْفِطْرِ وَمَصَالِحِ الْعِبَادِ. وَمِنْ هُنَا يُعْلَمُ أَنَّ التَّحِيلَ لِإِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ مُنَاقِضٌ لِهَذَا الْمَعْنَى الَّذِي قَصَدَهُ الشَّارِعُ وَمُضَادٌّ لَهُ⁽¹⁾.

ثانيا: تحرير محل النزاع.

1 □ اتفق الفقهاء على القول بالشفعة على وجه الإجمال.

2 - اتفقهم على ثبوت الشفعة للشريك المسلم بشرطه.

3 - اتفقهم على عدم اعتبار رضا الشريك والمشفوع عليه في انتزاع الشفع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه.

4 - اتفقهم في الجملة على ثبوت الشفعة في العقار.

5- اتفق فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم على ثبوت الشفعة للشريك في المبيع العقار الذي لم يقسم فان باع الشريك نصيبه المشاع من الشركة في العقار أعطى الشارع شريكه حق انتزاع هذا النصيب من الأجنبي الدخيل بنفس العوض المسمى.

وبعد اتفاق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشركاء؛ اختلفوا في ثبوت هذا الحق للجيران والمقصود بالجار الملاصق في المسكن أو نحوه كالبستان والحانوت.

ثالثا: تحرير منشأ الخلاف بين الفقهاء:

(1): إعلام الموقعين عن رب العالمين (92/2).

يرجع سبب اختلاف الفقهاء في ثبوت حق الشفعة للجار بعد اتفاقهم على ثبوتها للشريك، إلى ورود أحاديث ظاهرها التعارض في هذا الباب.

وكذلك لاختلافهم في العلة التي من أجلها شرعت الشفعة،

فمذهب الحنفية أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة، وكان هذا المعنى موجوداً في الجار وجب أن يلحق به.

ومذهب الجمهور أن وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار؛ لذلك لا يصح الإلحاق.⁽¹⁾

ومن أنواع الضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه ضرر مؤنة القسمة وما يلزم فيها من النفقة، وعلى ذلك فهي لا تثبت إلا للشريك المقاسم⁽²⁾، فيشترط في المشفوع فيه ألا يكون مقسوماً بل مشاعاً بين الشريكين فإذا قسم فلا شفعة. وإلى هذا الاتجاه ذهب جمهور الفقهاء.

قال ابن قدامة: ويبان انتفاء المعنى، هو أن الشريك ربماً دخل عليه شريك، فيتأذى به، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم.⁽³⁾

ومن الفقهاء من يرى أن العلة في تشريع الشفعة هو دفع ضرر الدخيل على الشركة وفي الجوار، ولذلك أثبتوها في العقار المشترك وفي الجوار، ولم يحصروه في دفع ضرر القسمة فقط. وهذا ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني.

(1): بداية المجتهد (41/4).

(2): المقصود بالشريك المقاسم حصول المشاركة في عقار يقبل القسمة، وليس المعنى هنا أن القسمة قد تمت.

(3): المغني: (231/5).

جاء في بدائع الصنائع: وَلِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ بِسَبَبِ الشَّرِكَةِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِدَفْعِ أَدَى الدَّخِيلِ، وَضَرَرِهِ وَذَلِكَ مُتَوَقَّعُ الْوُجُودِ عِنْدَ الْمُجَاوِرَةِ فَوُرُودُ الشَّرْعِ هُنَاكَ يَكُونُ وَرُودًا هُنَا دَلَالَةً، وَتَعْلِيلُ النَّصِّ بِضَرَرِ الْقِسْمَةِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَيْسَتْ بِضَرَرٍ بَلْ هِيَ تَكْمِيلُ مَنَافِعِ الْمَلِكِ، وَهِيَ ضَرَرٌ غَيْرٌ وَاجِبُ الدَّفْعِ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مَشْرُوعَةٌ⁽¹⁾.

رابعاً: مذاهب الفقهاء في ثبوت الشفعة للجار

مذاهب الفقهاء في ثبوت الشفعة للجار: اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة للجار على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تثبت الشفعة للجار وهي خاصة بالشريك فقط. وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وبه قال عُمَرُ، وَعُثْمَانُ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ، وَسُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ، وَالزُّهْرِيُّ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ، وَأَبُو الزُّنَادِ، وَرَبِيعَةُ، وَالْمُغِيرَةُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وغيرهم⁽²⁾.

القول الثاني: تثبت الشفعة للجار إذا كان شريكاً مع جاره في حق مشترك من حقوق الأملاك وللجار الملاصق، وهذا قول ابن شُبْرُمَةَ، والنخعي وشريح القاضي والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى، وهو مذهب الحنفية، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُقَدَّمُ الشَّرِيكُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، وَكَانَ الطَّرِيقُ مُشْتَرَكًا، كَدَرْبٍ لَا يَنْفُذُ، تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لِجَمِيعِ أَهْلِ الدَّرْبِ، الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبٍ، فَإِنْ لَمْ يَأْخُذُوا، تَثْبُتُ لِلْمُلَاصِقِ مِنْ دَرْبٍ آخَرَ خَاصَّةً⁽³⁾.

(1): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (5/5).

(2): بداية المجتهد (40/4)، المجموع شرح المذهب: (300/14)، المغني لابن قدامة: (230/5).

(3): فتح القدير لابن الهمام (370/9)، بدائع الصنائع (6/5).

القول الثالث: وهو مذهب التفصيل قال بثبوت حق الشفعة للجار الذي يشترك مع جاره في حق من حقوق الأملاك كالطريق أو الماء. وهذا القول رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽¹⁾.

خامسا: أدلة المذاهب.

أدلة أصحاب القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على عدم ثبوت الشفعة للجار بالسنة والمعقول.

أ- من السنة:

1- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: «قَضَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقَسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»⁽²⁾.

2- وفي رواية مسلم عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكَةٍ لَمْ تُقَسَمْ، رُبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذَنَ شَرِيكُهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُؤْذَنَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»⁽³⁾.

3- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا قُسِّمَتِ الْأَرْضُ وَحُدَّتْ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا»⁽⁴⁾.

4- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: إِنَّ مِنْ قَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ... " وَقَضَى بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْأُورِ " ⁽⁵⁾.

(1)- إعلام الموقعين: 2/100.1.

(2): رواه البخاري برقم: 2214.

(3): رواه مسلم برقم 1608.

(4): رواه أبو داود برقم: 3515.

(5): رواه أحمد برقم: 22778.

وجه الدلالة:

يؤخذ من مجموع الأحاديث السابقة أن الشفعة ثابتة في العقار المشترك الذي لم يقسم. والجزء الثاني من حديث جابر صرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة، وأنه لا شفعة بعد حصول القسمة وعند وقوع الحدود وتصريف الطرق. فالشفعة تكون في المشترك المشاع وهو ما لا يتحقق في حق الجيران حيث الملكية مستقلة والقسمة قائمة فلا مشاع بينهم.

وكذلك لفظ إنما الذي ورد في بعض روايات حديث جابر يفيد الحصر، فهي مثبتة للشيء نافية لما سواه، فهي تثبت أنه لا شفعة في المقسوم⁽¹⁾.

وكذلك أن الألف واللام في الشفعة للجنس وهذا يفيد الاستغراق وهو يقتضي أن جنس الشفعة تنحصر فيما لم يقسم.

ب- من المعقول:

1- إن الحكمة من تشريع الشفعة رفع مؤنة القسمة عن الشريك، حيث إن الشريك عندما يبيع حصته في العقار المشترك لغير شريكه يكون هذا الدخيل قد عرض الشريك الأول لمؤنة القسمة وهذا يدخل عليه الضرر لنقصان قيمة ملكه، ثم أنه قد يحتاج إلى إحداث مرافق جديدة بعد أن كانت واحدة وهذا يسبب له مزيداً من التكلفة ولهذا شرعت الشفعة لدفع هذا الضرر وهذه الحالة خاصة بالشريك دون الجار.

2- وكذلك إذا كانت الشفعة لا تجب للشريك الذي قاسم، وقد أصبح بهذه القسمة جارا فمن باب أولى أنها لا تجب للجار الذي لم يكن شريكا من قبل.

(1) بذل المجهود في حل سنن أبي داود 238/11.

قال ابن رشد: (وَدَلِكَ أَنَّهُ لَمَّا كَانَتِ الشُّفْعَةُ غَيْرَ وَاجِبَةٍ لِلشَّرِيكَ الْمُقَاسِمِ، فَهِيَ أُخْرَى أَنْ لَا تَكُونَ وَاجِبَةً لِلْجَارِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الشَّرِيكَ الْمُقَاسِمَ هُوَ جَارٌ إِذَا قَاسَمَ).⁽¹⁾

3- وكما أن الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فإنه كذلك يعمل على رفع الضرر عن المشتري، فلو أعطينا الجار الحق في الشفعة لأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمشتري، لأن الجار مسلط على إخراجه من الدار التي اشتراها من جاره الآخر وفي هذا ضرر يلحق به، فأى دار يشتريها ولها جار يكون له الحق في إخراجه منها، وأن يجد داراً لا جار لها مستحيل، فلذلك أسقط الشارع الشفعة عند وقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضاً، وهو ما يعني أن الشرع لا يثبت الشفعة للجار⁽²⁾.

أدلة أصحاب القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني على ثبوت الشفعة للجار بالسنة والمعقول.

أ- من السنة:

1- عَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ، قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، فَجَاءَ الْمِسُورُ بْنُ مَخْرَمَةَ، فَوَضَعَ يَدَهُ عَلَى إِحْدَى مَنْكَبَيْ، إِذْ جَاءَ أَبُو رَافِعٍ مَوْلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا سَعْدُ ابْتَغْ مِنِّي بَيْتِي فِي دَارِكَ؟ فَقَالَ سَعْدٌ: وَاللَّهِ مَا أَبْتَاعُهُمَا، فَقَالَ الْمِسُورُ: وَاللَّهِ لَتَبْتَاعَهُمَا، فَقَالَ سَعْدٌ: وَاللَّهِ لَا أَزِيدُكَ عَلَى أَرْبَعَةِ آلَافٍ مُنْجَمَةً، أَوْ مُقَطَّعَةً، قَالَ أَبُو رَافِعٍ: لَقَدْ أُعْطِيتُ بِهَا خَمْسَ مِائَةِ دِينَارٍ، وَلَوْ لَا أَنِّي سَمِعْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ»⁽³⁾، مَا أُعْطِيتُكُمَا بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، وَأَنَا أُعْطِيتُ بِهَا خَمْسَ مِائَةِ دِينَارٍ، فَأَعْطَاهَا إِيَّاهُ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ بداية المجتهد ونهاية المقتصد 40/4.

⁽²⁾ إعلام الموقعين عن رب العالمين 99/2.

⁽³⁾ جاء في المبسوط (91/14): رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ بِالسَّبِينِ، وَالْمُرَادُ الْقُرْبُ، وَبِالصَّادِ، وَالْمُرَادُ الْأَخْذُ، وَالْإِنْتِزَاعُ..

⁽⁴⁾ رواه البخاري برقم: 2258.

2- عن الشَّريدِ بْنِ سُويْدٍ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرْضٌ لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شِرْكٌ وَلَا قَسَمٌ إِلَّا الْجَوَارُ؟ قَالَ: " الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْيِهِ مَا كَانَ " (1).

3- عَنِ الْحَكَمِ، عَمَّنْ سَمِعَ عَلِيًّا، وَابْنَ مَسْعُودٍ يَقُولَانِ: " قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْجَوَارِ " (2).

4- عَنْ سَمُرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ» (3).

وجه الدلالة:

دلت هذه الأحاديث بمجموعها على أن الشفعة ثابتة للجار، ولذلك قال الجصاص بعد ذكر هذه الأحاديث وغيرها: (فَاتَّفَقَ هَؤُلَاءِ الْجَمَاعَةُ عَلَى الرَّوَايَةِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمَا نَعْلَمُ أَحَدًا دَفَعَ هَذِهِ الْأَخْبَارَ مَعَ شُيُوعِهَا وَاسْتِفَاضَتِهَا فِي الْأُمَّةِ فَمَنْ عَدَلَ عَنِ الْقَوْلِ بِهَا كَانَ تَارِكًا لِلْسُّنَّةِ الثَّابِتَةِ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) (4).

وقال السرخسي بعد أن أثبت صحة حديث «الجار أحق بصقبه»: كَانَ شَيْخُنَا الْإِمَامُ يَقُولُ: الْعَجَبُ مِنْهُمْ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ مِنْ أَصْحَابِ الْحَدِيثِ، ثُمَّ يَتْرَكُونَ الْعَمَلَ بِمِثْلِ هَذَا الْحَدِيثِ مَعَ شُهْرَتِهِ، فَلَا يَبْقَى بَعْدَ هَذَا الْحَدِيثِ لِهَذَا اللَّقَبِ مَعْنَى سِوَى أَنَّهُمْ يَتْرَكُونَ الْعَمَلَ بِمِثْلِ هَذَا الْحَدِيثِ فَلِأَجْلِهِ سُمُّوا أَصْحَابَ الْحَدِيثِ لَا لِعِلْمِهِمْ بِالْحَدِيثِ. (5).

ب- من المعقول:

(1): رواه أحمد برقم: 19461.

(2): رواه أحمد برقم: 923، وأخرجه ابن أبي شيبة 164/7 بلفظ: قضى بالشفعة للجوار.

(3): رواه أبو داود برقم: 3517، والترمذي برقم: 1368، ولفظه عند أبي داود: جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ أَوْ الْأَرْضِ.

(4): أحكام القرآن للجصاص (159/3).

(5): المبسوط (92/14).

قال أصحاب هذا الرأي أن المقصد الذي شرعت الشفعة من أجله هو دفع الضرر عن الجار من القادم الجديد لا ضرر مؤنة القسمة ، وأن تعليل حكمة مشروعيتها بدفع ضرر مؤنة القسمة غير سديد. وقالوا إن الجار أسبق وهو الأصيل وحقه أسبق من الدخيل ، وكل معنى اقتضى ثبوت الشفعة للشريك فمثله في حق الجار. وضرر المشتري الجديد متوقع الحصول عند المجاورة والجار يضيق ذرعاً بسوء طباع جاره خاصة إذا كان يخالفه ، وعليه فإن الشفعة تثبت للجار لدفع مثل هذا الضرر.⁽¹⁾

سادساً: المناقشة والردود والقول الراجع في المسألة

أولاً- مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني :

1- إن لفظ الجار الذي ورد في الأحاديث التي استدلت بها أصحاب القول الثاني المشتون لشفعة الجوار يحمل على الشريك ، لأن الشريك يسمى جاراً وكل شيء يقارب شيئاً يقال له جار. وكل جزء من ملك الشريك مجاور لجزء ملك الشريك الآخر وهما جاران حقيقة. ومما يدل على أن لفظ الجار يطلق على الشريك ولا يراد به حقيقة المجاورة قول الأعشى :

أجارتنا بيني فإنك طالقة ... وكذا أمور الناس غاد وطارقة

ويعني بالجار هنا الزوجة لما بينهما من مخالطة وقد روى عن حمل بن مالك أنه قال : كنت بين جارتين فضربت إحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، والمراد بالجارتين الزوجتين⁽²⁾.

2- أبو رافع كان شريكاً لسعد بن أبي وقاص في البيتين فهو شريك وليس جار ، ولذلك دعاه إلى الشراء منه⁽³⁾. يقول ابن العربي : "وقد كان بيت أبي رافع في الدار ، ولم تصرف طرق ولا وقعت حدود

(1): إعلام الموقعين: (2\120، 121).

(2) المغني لابن قدامة 5/231.

(3) نيل الأوطار للشوكاني 5/397.

بل الساحة بينهما والطريق واحدة لهما". وكذلك فإن هذا الحديث ليس صريحاً في إثبات الشفعة لأن السقب بمعنى القرب⁽¹⁾.

3- حديث عمرو بن الشريد فقد قيل عنه أنه أعل بالاضطراب والإرسال وعلى ذلك فهو لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة الخالية من الاضطراب والإرسال والتي تفيد بعدم ثبوت الشفعة للجار وحصرها في الشريك. وقد ورد في المحلى لابن حزم ما يدل على أن راوي الحديث عمرو بن الشريد لا يرى ثبوت الشفعة أنه قال: للجار وقال: "سمعت عمرو بن الشريد يحدث عن الشريد عن النبي الجار أولى بسقبه. قلت: لعمرو ما صقبه قال الشفعة قلت زعم الناس أنها الجوار. قال الناس يقولون ذلك". فهذا راوي الحديث لا يرى الشفعة بالجوار⁽²⁾.

4- ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة فلم يثبت أنه سمع منه إلا حديث العقيقة، فبطل تعلقهم به وأنه أراد به الشفعة. فقد جاء في المجموع: "وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن بسمرة ومن أثبت لقاءه قال إنه لم يرو عنه إلا حديث العقيقة وقد رواه الحسن عن سمرة"⁽³⁾.

5- أما حديث عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر فقد قال عنه الترمذي هذا حديث غريب لا نعلم أحداً رواه غير عبد الملك بن أبي سليمان، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث وقال سها فيه عبد الملك فإن روى حديثاً مثله طرحت حديثه. وكذا فإن هذا الحديث ليس صريحاً في إثبات الشفعة للجار، فإن السقب بالسين أو الصاد هو القرب ويحتمل أنه أراد به الجار أحق بإحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك بسبب قربه. وكذا فإن هذا الحديث يفيد الشفعة للشركة لا

(1) المغني لابن قدامة 231/5.

(2) كتاب بذل المجهود في حل سنن أبي داود 240/11.

(3) المجموع شرح المذهب للنووي 304/14.

الجوار، وذلك لأن الشركة باقية وهي الاشتراك في الطريق الواحد وعدم القسمة كائنة ولم تصرف الطرق⁽¹⁾.

ولمجموع هذه الردود اعتبر جمهور الفقهاء أن أدلة الأحناف ومن معهم ممن قالوا بالشفعة للجوار لا تقوى على معارضة أدلتهم وعليه فإن الشفعة للشريك وليس للجار.

ثانياً: رد الأحناف على أدلة وردود الجمهور:

1- إن حمل كلمة الجار الواردة في الأحاديث على الشريك حمل ليس في موضعه فالأصل في الكلام الحقيقة. وظاهر الأحاديث خاصة حديث عمرو بن الشريد يدفع هذا التوجه بأن الجار مراد به الشريك.

وأما استشهادهم بقول الشاعر:

أجارتنا بيني فانك طالقة ... وكذا أمور الناس غاد وطارقة

فإن الزوجة لم تسم جارة لأن لحمها مخالط للحم زوجها ولا دمها مخالط لدمه، بل لقربها منه وكذا الحال في الجار فقد سمي جاراً لقربه من جاره لا لمخالطته إياه فيما جاوره.

2- حديث جابر "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم..." هذا الحديث

لم ينف إثبات الشفعة للجار وإنما دل على أمرين:

- الأول: نفي الشفعة بعد وقوع الحدود وتصريف الطرق فأفاد بذلك نفي الشفعة عن الجار غير

الملاصق لأن تصريف الطرق يدل على عدم الملاصقة وذلك لوجود طريق بينه وبين جاره.

- الثاني: إذا حملناه على حقيقته التي تفيد بعدم ثبوت الشفعة بعد وقوع الحدود وتصريف الطر

ق. وهذا الأمر هو القسمة بعينها. ولا شفعة بعد القسمة وهذا ما نقول به ونثبت.

(1) المبدع في شرح المقنع 62/5.

- 3- القول بأن حديث أبي رافع من سياق قصته يفيد بأن أبي رافع كان شريكاً لسعد ولم يكن جاراً له غير مسلم به ، بل إن سياق القصة يدل على أنه ورد في الشفعة للجوار.
- حيث قال صاحب الجوهر: "هذا ممنوع بل إن سياقها يدل على أنه ورد في الشفعة وكذا فهم البخاري وأبو داود وغيرهما". وجاء في المبسوط: "في الحديث ما يدل على عرض بيتا على بطلان هذا التأويل □ إن الجار يطلق على الشريك □ وأن سعداً جار له. وروى الحديث فذلك دليل أن جميع البيت كان له ، وأنه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه"⁽¹⁾.
- 4- قولهم في حديث عمرو بن الشريد أنه مضطرب فيجاب عنه: بأن الحديث سنده جيد كما قال صاحب الفتح الرباني وقد أخرجه الإمام أحمد والبيهقي والنسائي وابن ماجة والطحاوي وغيرهم.
- 5- حديث الحسن عن سمرة قال فيه الترمذي: حديث سمرة حديث حسن صحيح ، وروى عيسى بن يونس عن سعيد عن ابن أبي عروة عن قتادة عن النبي مثله ... والصحيح عند أهل العلم حديث الحسن عن سمرة.
- 6- طعنهم في حديث عبد الملك بن سليمان وما قالوه فيه غير مسلم به حيث إنه هناك الكثير ممن نقل عنه واعتبره ثقة مأمون عند أهل الحديث ويأخذ بحديثه. وقد احتج بحديثه مسلم في صحيحه ، وخرج له أحاديث واستشهد به البخاري. وعليه فإن طعن شعبة في عبد الملك بسبب هذا الحديث لا يقدح فيه. ونقل الزيلعي عن ابن الجوزي قوله في التنقيح: "واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح ، ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة وهي الشفعة في كل ما لم يقسم ... فإن في حديث عبد الملك إذا كان طريقهما واحداً وحديث جابر المشهور لم ينف فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط تصريف الطرق. فيقول إذا اشترك الجاران في المنافع فالجار أولى بصقب جاره لحديث عبد الملك ، وإذا لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر ، وطعن شعبة في عبد الملك بسبب هذا الحديث لا يقدح فيه".

(1) المبسوط للرخسي 91/14.

وكذلك قال عنه سفيان: حفاظ الناس إسماعيل بن أبي خالد وعبد الملك بن أبي سليمان وكان الثوري يقول عنه حدثني الميزان، ووثقه يحيى بن معين والترمذي وابن عمار وأحمد بن حنبل وغيرهم وذكره ابن حبان في الثقات وقال ربما أخطأ وكان من خيار أهل الكوفة وحفاظهم وليس من الإنصاف ترك حديث شيخ ثبت صحت عنه السنة بأوهام.

وهكذا بمجموع هذه الردود من الأحناف ومن معهم على أدلة أصحاب القول الأول يرون أن الحجة لا زالت قائمة على ثبوت الشفعة للجار، وحصرها في الشريك لا دليل عليه.

سابعاً: الترجيح

لعل القول الصواب الذي تجتمع فيه كل الأدلة هو القول بثبوت حق الشفعة للجار الذي يشترك مع جاره في حق من حقوق الأملاك كالطريق أو الماء. وهذا القول رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

قال شيخ الإسلام: "وقد تنازع الناس في شفعة الجار على ثلاثة أقوال، أعدلها هذا القول: إنه إن كان شريكاً في حقوق الملك ثبتت له الشفعة وإلا فلا، وأيضاً فمن المعلوم أنه إذا أثبت النبي صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما يقبل القسمة، فما لا يقبل القسمة أولى بثبوت الشفعة فيه؛ فإن الضرر فيما يقبل القسمة يمكن رفعه بالمقاسمة، وما لا يمكن فيه القسمة يكون ضرر المشاركة فيه أشد. وظن من ظن أنها تثبت لرفع المقاسمة؛ لا لضرر المشاركة كلام ظاهر البطلان؛ فإنه قد ثبت بالنص والإجماع أنه إذا طلب أحد الشريكين القسمة فيما يقبلها وجبت إجابته إلى المقاسمة، ولو كان ضرر المشاركة أقوى لم يرفع أدنى الضررين بالتزام أعلاهما، ولم يوجب الله ورسوله الدخول في الشيء الكثير لرفع الشيء القليل؛ فإن شريعة الله منزهة عن مثل هذا"⁽¹⁾.

(1): مجموع الفتاوى (30/383-384).

وقال الإمام ابن القيم: "والصواب القول الوسط الجامع بين الأدلة الذي لا يحتمل سواه، وهو قول البصريين وغيرهم من فقهاء الحديث، أنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء أو نحو ذلك ثبتت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك ألبتة - بل كان كل واحد منهم متميزا ملكه وحقوق ملكه - فلا شفعة، وهذا الذي نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، فإنه سأل عن الشفعة: لمن هي؟ فقال: إذا كان طريقهما واحدا، فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وقول القاضيين سوار بن عبيد الله، وعبيد الله بن الحسن العنبري، وقال أحمد في رواية ابن مشيش: "أهل البصرة يقولون: إذا كان الطريق واحدا كان بينهما الشفعة مثل دارنا هذه، على معنى حديث جابر الذي يحدثه عبد الملك". فأهل الكوفة يثبتون شفعة الجوار مع تميز الطرق والحقوق، وأهل المدينة يسقطونها مع الاشتراك في الطريق والحقوق، وأهل البصرة يوافقون أهل المدينة إذا صرفت الطرق ولم يكن هناك اشتراك في حق من حقوق الأملاك، ويوافقون أهل الكوفة إذا اشترك الجاران في حق من حقوق الأملاك كالطريق وغيرها، وهذا هو الصواب، وهو أعدل الأقوال"⁽¹⁾.

(1): إعلام الموقعين عن رب العالمين: (2/ 100).

المحاضرة السادسة:

الرجوع في الهبة

تمهيد:

من لطف الله تعالى أن وسع لنا في معاملتنا المجال، فجاء التشريع بإطلاق العقود من شرك القيود، تسهيلا وتيسيرا لمصالح العباد إلا ما خصه الدليل، ومن هذه العقود عقد الهبة عقد تبرع على سبيل التقرب والتودد بغير عوض، والهبة والهدية من أعمال البر والإحسان هل يجوز للإنسان أن يرجع في هبته رضاء أو قضاء مبطلا بذلك أثر العقد أم لا.

أولا: تصوير المسألة.

الرجوع لغة: يقال رجع فلانا في أمره مراجعة وإرجاعا، رجع إليه وشاوره، أو أعاد النظر فيه.⁽¹⁾

واصطلاحا: الرجوع بمعنى فسخ العقد بعد تمامه.⁽²⁾

ومن دفع إلى إنسان شيئا، يتقرب به إليه محبة له، فهو هدية، وجميع ذلك مندوب إليه، ومحث عليه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((تهادوا تحابوا))⁽³⁾، إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول جماهير العلماء من الحنفية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾؛ لإجماع الصحابة على ذلك دون مخالف؛ ولأن الهبة عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القول كالوصية،

(- معجم المصطلحات العربية في المصباح المنير، رجب عبد الجواد إبراهيم، ص 1022¹).

(- بدائع الصنائع، الكسائي: 128/6.²).

(- سنن البيهقي: 169/6.³).

(- المبسوط، السرخسي: 47/12.⁴).

(- المجموع، النووي: 370/15.⁵).

(- المغني، ابن قدامة: 329/8.⁶).

وذهب المالكية⁽¹⁾ والظاهرية⁽²⁾ إلى القول بلزوم الهبة بمجرد العقد؛ عملاً بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: ((العائد في هبته كالعائد في قيئه))؛ ولأنه إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد كالوقف والعق؛ ولأنه عقد لازم ينقل الملك كالبيع⁽³⁾.

ثانياً: تحرير محل النزاع في المسألة:

أ - اتفق الفقهاء على عدم جواز رجوع المتصدق في صدقته إذا قبضت لأجنبي كانت أو لغير أجنبي⁽⁴⁾.

ب - اتفق الفقهاء على عدم جواز الرجوع في الهبة، إذا كانت بعوض.

ج - اتفق الفقهاء على سقوط الدين، إذا وهب الدائن الدين للمدين؛ لأن الساقط لا يعود.

د - لا يجوز الرجوع في الهبة، إذا مات أحد طرفي عقد الهبة بعد قبض المال الموهوب؛ لأن المال الموهوب ينتقل بحكم الشرع بالموت إلى الورثة.

هـ - لا يجوز الرجوع في الهبة، إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، أو لذي رحم محرم؛ كالأخت، ما لم يترتب على ذلك مفاضلة بين هؤلاء دون مسوغ شرعي، وهذا أمر متفق عليه⁽⁵⁾.

و - اختلف الفقهاء في جواز رجوع الواهب إذا وهب لأجنبي⁽¹⁾

(1) - منح الجليل في شرح مختصر خليل، محمد عيش: 174/8. ¹

(2) - المحلى، ابن حزم: 12/9. ²

(3) - القوانين الفقهية، ابن جزي: 241. ³

(4) - موطأ الإمام مالك: 754/2. ⁴

- النتف في الفتاوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، تحقيق صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان الأردن، ط2، (1406هـ/1984م، ج1 ص 514. ⁵

ثالثا: تحرير منشأ الخلاف في المسألة.

- الأدلة الواردة في المسألة أدلة ظنية يتطرق إليها الاحتمال، تتسع للرأي والرأي الآخر، وفيها مجال واسع للرأي والاجتهاد.

- تعارض الأدلة الواردة في المسألة من حيث الظاهر، واختلاف الفقهاء في تأويلها، والجمع والتوفيق بينها.

- اختلاف الفقهاء في التكييف الفقهي لعقد الهبة أو الوصف الشرعي، فمن وصفها بأنها عقد لازم كالبيع والعتق والوقف، قال بعدم جواز الرجوع في الهبة، ومن وصفها بأنها عقد تبرع غير لازم كالعارية قال بجواز الرجوع فيها مع الكراهة، وهم الحنفية.

رابعا: آراء الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم ومناقشتها.

اختلف الفقهاء في مسألة الرجوع في الهبة إلى قولين.

القول الأول: ذهب الحنفية⁽²⁾ إلى جواز الرجوع في الهبة إلا لوجود مانع واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا﴾⁽³⁾

(-) المحلى بالآثار، لابن حزم: 71/8.¹

(-) بدائع الصنائع، الكسائي، 128/6.²

(-) النساء: 86.³

وجه الدلالة: لفظ التحية لفظ مشترك يدل على معنيين أولهما تحية السلام ووكذلك تدل هذه اللفظة على معنى آخر للتحية بالهدية بالمال وغيرها والمعنى هو الراجح لقريئة مرجحة في قوله تعالى " أَوْ رُدُّوْهَا " لأنَّ الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض ، لأنه عبارة عن إعادة الشيء والآية تقتضي ردَّ الهدية بعينها.(1).

- وأجيب عن هذا:

الاستدلال بالآية الكريمة ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ...﴾ استدلال غير صحيح ؛ لأن ظاهر الآية يفيد أن المقصود بالتحية السلام ؛ حيث يقول: السلام عليكم ، ورد التحية يكون بقوله : وعليكم السلام ، وقد حددت ذلك السنّة ؛ ولهذا تكون الآية خارج محلّ النزاع ؛ لأنها تتحدث عن أمر من مكارم الأخلاق ، وهو أمر متّفق عليه بين الفقهاء(2).

-من السنّة: عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الواهبُ أحقُّ بهبته ما لم يُثب منها"(3) قال فؤاد عبد الباقي عن كلمة " يُثب " أحق بهبته: أي بما وهبه. أي له الرجوع فيه(4).

ووجه الدلالة: أن الواهب أحق بهبته مالم يصل إليه العوض.(5)

(- بدائع الصنائع، الكسائي: 128/6. 1).

(- تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، تحقيق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ، 325/2. 2).

(- سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها، رقم: 2387 "798/2" فيه ضعيف كما علق فؤاد عبد الباقي. 3).

(- شرح سنن ابن ماجه: 798/2. 4).

(- بدائع الصنائع، الكسائي: 128/6. 5).

وأجيب: بأن الحديث ضعيف كما نص غير واحد من العلماء على ضعفه فلا يصح الاحتجاج به ولا يقوى على معارضة الأدلة الصحيحة الصريحة التي تقضي بالمنع في الرجوع في الهبة.⁽¹⁾

- من الإجماع:

إجماع الصحابة؛ فإنه روي عن سيدنا عمر وعثمان وعلي وأبي الدرداء وعبد الله بن عمر وكثير من الصحابة القول بجواز الرجوع في الهبة، ولم يرد عن غيرهم خلافه، فيكون إجماعاً.⁽²⁾

وأجيب عن هذا الإجماع:

. الاستدلال بالإجماع استدلال غير صحيح؛ لأن الإجماع لا يكون في معارضة الأدلة الصحيحة والثابتة والمعتبرة شرعاً، كما أن الإجماع قد ثبت وجود من خالفه، فقد ثبت في السنة الصحيحة أن عبد الله بن عمر وابن عباس، قالوا بخلافه، والإجماع لا ينعقد مع وجود المخالف، فثبت أن القول بالإجماع قولٌ ينقصه الدليل، فلا يصح الاحتجاج به شرعاً.⁽³⁾

- من المعقول:

عقد الهبة من العقود التي تتعدد فيه المقاصد والأغراض والدوافع، وهذه المقاصد متعلقة بأصحابها، ولا يطلع عليها أحد غيرهم، والواهب خبير نفسه، فقد يهب بقصد الإحسان والإنعام على الموهوب له، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادةً، وقد لا يحصل هذا المقصود من الموهوب له، وفوات المقصود من عقد مُحتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع؛ لأنه يعدم الرضا، والرضا كما هو شرط في الصحة فهو شرط اللزوم، كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً، ولم يلزمه

(- سنن ابن ماجه: 2/798.1).

(-المحلى بالآثار: ابن حزم، 8/71.2).

(- المغني، ابن قدامة: 3).

العقد؛ لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة، وكذلك الهبة إذا لم يتحقق مقصود الواهب من الهبة لم يلزمه عقد الهبة، ويكون له الرجوع فيها⁽¹⁾.

وأجيب عن استدلالهم بالمعقول:

وهو تعدد المقاصد - استدلال غير صحيح؛ لأن المقصد الشرعي من تشريع الهبة محدد ثابت شرعاً ولا يلتفت لمقصد المكلف غير الشرعي، ويجب أن يتفق مقصد المكلف مع مقصد الشارع، حتى تتحقق حكمة التشريع يقول الشاطبي: "قصد الشارع من المكلف، أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع"⁽²⁾.

القول الثاني:

ذهب جمهور العلماء من المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ والظاهرية⁽⁶⁾ إلى أن الأصل في الهبة اللزوم ولا يجوز الرجوع فيها إلا هبة الوالد لولده واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة نذكر منها.

- من الكتاب:

أ - قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾⁽⁷⁾.

(1)- المبسوط، السرخسي: 49/12.

(2)- الموافقات، الشاطبي: 332/2.

(3)- بداية المجتهد: 332/2.

(4)- الأم: 63/4.

(5)- الكافي، ابن قدامة: 469/2.

(6)- المحلى بالآثار، ابن حزم الظاهري: 127/9.

(7)- المائدة الآية 1.

وجه الاستدلال بالآية الكريمة:

الآية الكريمة أصل تشريعي عام، يُفيد بعمومه وجوب الوفاء بالعقود، وهذا يقتضي لزومها؛ لأن الوفاء أثر لذلك، وعقد الهبة يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام.

- وأجاب الحنفية على هذه الجمهور:

إنَّ الاستدلال بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ استدلال غير صحيح؛ لأن الآية الكريمة تتحدّث عن وجوب الوفاء بالعقود الملزمة للجانبين، وهذا أمر متفق عليه، وعقد الهبة عقد غير لازم؛ لأنه من عقود التبرعات المالية، وهو مندوب إليه باتفاق العلماء، وليس واجباً، ولهذا لا تشمل الآية بحكمها عقد الهبة، إلا إذا كان لازماً كالهبة بعوض، وبهذا يظهر أن الآية خارج محلّ النزاع، فلا يصحُّ الاستدلال بها على لزوم عقد الهبة ووجوب تنفيذه وعدم الرجوع فيه.⁽¹⁾

ب - قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾.

وجه الاستدلال بالآية الكريمة:

أنه من تلفظ بالهبة فقد عمل عملاً، وعقد عقداً لزمه الوفاء به، ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص شرعي ولا يوجد نص صريح يفيد إبطال هذا العمل.⁽²⁾

- وأجاب الحنفية على هذه الجمهور:

الاستدلال بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ استدلال غير صحيح؛ لأن الآية الكريمة تُحرّم إبطال الأعمال اللازمة والواجبة، وهذا أمر متفق عليه، وخارج محلّ النزاع، أما الأمور المندوبة

(- بدائع الصنائع، الكسائي: 128/6.¹).

(- المحلى بالآثار، ابن حزم: 71/8.²).

كالهبة، فيَجوز إبطالها والرجوع فيها مع الكراهة، والآية الكريمة لا تشمل بعمومها المندوبات؛ ولهذا تكون خارج محل النزاع، ولا يجوز الاستدلال بها على لزوم الهبة والرجوع فيها؛ لأنَّ عقد الهبة باتفاق العلماء أمر مندوب إليه.⁽¹⁾

- من السنّة:

أ - عن ابن عباس أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: ((مثل الذي يرجع في صدقته كمثِّل الكلب يقيء ثم يعود في قيئه، فيأكله))، وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((العائد في هبته، كالعائد في قيئه))⁽²⁾.

وجه الاستدلال بالحديث:

يفيد الحديث تحريم الرجوع في الهبة؛ لأنَّ الرجوع في القبيح حرام، فالمشبه به وهو الرجوع في الهبة حرام مثله.⁽³⁾

ب - عن عمرو بن شعيب، حدثني طاووس عن ابن عمر وابن عباس، يرفعان الحديث، قال: لا يحلُّ الرجل أن يعطي عطية، ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، مثل الذي يعطي العطية، ثم يرجع فيها، كمثِّل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم عاد إلى قيئه.

قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، قال الشافعي: لا يحلُّ لمن وهب هبة أن يرجع فيها، إلا الوالد، فله أن يرجع فيما أعطى ولده، واحتجَّ بهذا الحديث.⁽¹⁾

3- شرح مختصر الطحاوي: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370 هـ، المحقق: د. عصمت الله عنایت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د محمد عبید الله خان - د زينب محمد حسن فلاتة، أعد الكتاب للطباعة وراجعہ وصححه: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، الطبعة: الأولى 1431 هـ - 2010 م، 148/3..

(- رواه البخاري، كتاب الحيل، باب في الهبة رقم: 1413، 291/9.⁽²⁾

(-فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ: 235/5.⁽³⁾

وجه الاستدلال بالحديث:

الحديث نصٌّ في الموضوع، لأنه ينصُّ صراحةً على حرمة الرجوع في الهبة، إلا فيما يهبُ الوالد لولده لأن الرجوع في القبيح حرام فلمشبهه به مثله⁽²⁾.

- وأجيب على الأحاديث من وجوه:

أما بالنسبة لحديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب، فهي أحاديث يتطرق إليها الاحتمال والتأويل، وفيما يلي بيان ذلك:

- حمل الأحاديث على الرجوع بغير قضاء ولا رضا، وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهب الوالد لولده، فإنه يحلُّ له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي، إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه، كما، أنه محمول على نفي الحل من حيث المروءة لا من حيث الحكم، والتشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة؛ لأن فعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية؛ لكنه يُوصَف بالقبح الطبيعي كما قال الطحاوي رحمة الله عليه⁽³⁾.

- وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة إليه، وخرج بصورة الرجوع مجازاً، وإن لم يكن رجوعاً حقيقة؛ لأن الولد وماله لأبيه.

- المعقول:

المنع من الرجوع في الهبة يؤدي إلى تحقيق العديد من المقاصد نذكر منها.

(- سنن الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة، رقم: 1299، "584/2".¹).

(- نيل الأوطار، الشوكاني: 14/6.²).

(- بدائع الصنائع، الكسائي: 128/6.³).

1- المنع في الرجوع في الهبة يحسم مادة الفساد لأن الرجوع في الهبة تترتب عليه مفسد منها العداوة والبغضاء..

2- الأصل في العقود اللزوم، وإنما لا تلزم بعارض أو خلل، ولم يُوجد عارض يمنع لزوم الهبة؛ لأنَّ المقصود من عقد الهبة، هو صلة الرحم والمحبة والثواب وإظهار الجود والسخاء، وهذه المقاصد لا تتحقق إلا بلزوم الهبة، وتنتفي بالرجوع فيها.⁽¹⁾

3 - الرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق، والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليُتمم محاسن الأخلاق.

4 - قياس الهبة للأجنبي على الهبة لذي رحم محرّم؛ لأنَّ المقصد من الهبة في الأمرين واحد؛ ولا مسوّغ للتفريق بينهما.⁽²⁾

وأجيب:

الاستدلال بالمعقول استدلال صحيح، لكنه لا يُفيد لزوم الهبة وعدم جواز الرجوع فيها، ولكنّه يُفيد القبح والكراهية، وهو ما نقول به.

الترجيح:

الراجح هو مذهب الجمهور الذي يرى لزوم الهبة، وعدم جواز الرجوع فيها.

(-) بداية المجتهد، ابن رشد: 333/2.¹

(-) المغني، ابن قدامة: 277/8.²

1- قوة الأدلة التي أستدل بها الجمهور فأغلبها صحيحة وصريحة بخلاف أدلة الحنفية التي يعترِبها العموم والتأويل والضعف في بعض الأحيان.

2- الاحتمالات التي أوردتها الحنفية ضعيفة من ناحية السند والمتن.

3- القول بعدم الرجوع في الهبة يتناسب مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومن أجل تحقيق المقصد الشرعي من الهبة، والذي يتمثل بالأجر والثواب والمحبة بين الناس، والرجوع يؤدي إلى الخصومة والتنازع والعداوة، وهذه أمور محرمة وباطلة، فما يؤدي إليها وهو الرجوع في الهبة يكون باطلاً بالبداهة.

3 - من أجل الحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات بين الناس، وهو مبدأ أصيل ومهم في التعامل بين الناس، وإناطة أمر الهبة بقصد الإنسان ونيتة المتغيرة، يؤدي إلى عدم استقرار التعامل بين الناس؛ ولهذا يجب ربط الهبة بمقصدها الشرعي الثابت؛ لأنه يمثل حكمة تشريع الهبة.

4 - ولارتباط الهبة بمحاسن الأخلاق وحسن العادات، والأخلاق الحسنة تتسم بالديمومة والثبات والله تعالى أعلى أعلم.

المحاضرة السابعة:

تحويل جهة الموقف

تمهيد:

من فضل الله تعالى على خلقه تشريع الأحكام التي تحقق لهم المنافع في حياتهم وحتى من بعد وفاتهم، وأفضل الأعمال عند الله ما تعدى نفعه إلى غيرك من خلق الله تعالى، ومن تلك الأعمال الخالدة شعيرة الوقف التي كانت ولا زالت مظهرا للتكافل الاجتماعي بين المسلمين وساهمت بشكل كبير في جوانب عديدة في حياة المسلمين لاسيما الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية، ولذا اهتم فقهاؤنا رحمة الله عليهم بموضوع قديما وحديثا وأفردوا له أبوابا وفصلوا في أنواعه وأغراضه وشروطه ومن بين المسائل التي طرحها الفقهاء قديما مسألة استبدال الوقف بعد مر العصور وتتابع الدهور تعطل هذا الوقف أو توقفه أو نقص مردوده الاقتصادي، فاختلفت أنظارهم فيه ومقاصدهم عليه، فمنهم من نهج منهج التضيق والتشدد حافظا خوفا من تساهل الناس في أمره، وبين موسع في استبداله مقصده الأول حفظ هذا الوقف من الضياع والاندثار، فأصبحت الضرورة ملحة في البحث في مثل هذه المسائل المهمة لسائر الأمة والتفكير بشكل جدي في إيجاد طريقة عملية علمية مقاصدية تحفظ التراث وتعيد له مكانته التي كانت عليها من خلال النظر المتفحص في التراث الاسلامي لإعادة بعثه من جديد استجابة للمستجدات التي تعيشها الدول نتيجة للتطورات التي يعيشها العالم اليوم والسؤال الذي يطرح نفسه ما سبب اختلاف الفقهاء في مسألة استبدال الوقف، وما مقاصدهم في ذلك.

أولا: تصوير المسألة.

قبل الولوج في تصوير هذه المسألة المركبة تركيبا إضافيا وجب علينا تعريف مفرداتها ثم تعريفها باعتبارها لقبا لهذه المسألة.

الوقف لغة: الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تمكث في شيء ثم يقاس عليه.¹

– مقاييس اللغة، ابن فارس: 1.135/6.

مصدر قولك وقفتُ الشيء إذا حبسته، ووقفَ الدار للمساكين وقفاً حبسها ووقفت

الدَّابَّةُ والأرض وكلَّ شيء¹، والوقف بمعنى حبست تقول: وقفت الشيء أقفه وقفاً، ولا يقال فيه أوقفت إلا على لغة رديئة. والحبس ما وقف².

وعرّف الوقف اصطلاحاً: هو تحبّيس الأصل وتسييل المنفعة³.

وهذا من التعاريف التي جرت على ألسنة السلف⁴ وقد أصابت حقيقة الوقف دون الخوض في تفاصيله لئلا يخرج التعريف عن غرضه التي وضع له ابتداء.

وأما المصطلح الثاني فهو الاستبدال تعريفه لغة: بَدَلَ الشيء: غَيَّرَهُ وكذلك بَدَّلَهُ⁵ وتَبَدَّلَ الشيء أيضاً تَغْيِيرُهُ وإن لم يَأْتِ بِبَدَلِهِ، واستبدال الشيء بغيره وتَبَدَّلَهُ به، إذا أَخَذَهُ مَكَانَهُ⁶. ولعل هذا المعنى اللغوي أنسب للتعريف الاصطلاحي الذي يشمل أنواع استبدال الوقف كما سيأتي معنا.

وأبدلته يَكْذِبًا إِبْدَالًا نَحَيْتُ الْأَوَّلَ وجعلتُ الثَّانِيَّ مَكَانَهُ وَبَدَّلْتُهُ تَبَدُّلاً بمعنى غَيَّرْتُ صَوْرَتَهُ تَغْيِيرًا.⁷ وَبَدَّلَ الشيء: عَوَّضَهُ⁸. وهذا معنى ثانٍ لاستبدال الوقف سنخرج عنه في التعريف الاصطلاحي ومن

- مختار الصحاح: 740.¹

- مقاييس اللغة، ابن فارس: 2/128.²

- المغني، لابن قدامة: 6/37.³

- سنن الكبرى، البيهقي، كتاب الوقف، باب الوقف المشاع: 6/268.⁴

5- جوهرة اللغة أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: 321 هـ)،، تحق: رمزي منير بعلبكي (ط: 1

بيروت: دار العلم للملايين، 1987 م)، مادة: "بدل"، 1/300

- مختار الصحاح: ص 30.⁶

7- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير أحمد بن محمد بن علي الفيومي (المتوفى: نحو 770 هـ) (لا: ط؛ بيروت المكتبة العلمية، د.ت) مادة: "بدل"، 1/30.

8- العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، نشوان بن سعيد الحميري اليمني (المتوفى: 573 هـ)،، تحق: حسين بن عبد شمس الله العمري وآخرون، (ط: 1؛ بيروت:

دار الفكر المعاصر، 1420 هـ / 1999 م) مادة: "بدل"، 1/451.

خلال ما سبق نلاحظ الفرق بين التبديل والاببدال: التبديل تغيير الشيء عن حاله، والاببدال جعل الشيء مكان الشيء.¹

الاستبدال في الاصطلاح: من خلال ما سبق من التعاريف اللغوية تبين لنا أن هناك فرق بين الإبدال والاستبدال وهذا الفرق انسحب على التعريف الاصطلاحي وفأدى الى الخلاف بين الفقهاء في حكم كل واحد من المصطلحين وإن ذهب بعضهم أن المعنى واحد فهو من المعاني التي إذا اجتمعت تفرقت وإذا تفرقت اجتمعت.

1- أصحاب الاتجاه الأول: القائلون بالفرق بين المصطلحين.

الإبدال: هو إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها بيعها. والاستبدال: شراء عين أخرى تكون وقفاً بدلها.² وقد ذكر العلامة أبو زهرة معنى لطيفاً في هذا الصدد حيث قال: "وعلى هذا يكون الإبدال والاستبدال في الواقع متلازمين، فالاستبدال لازم للإبدال، لأنه إذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن يحل محلها أخرى. وهذا إذا ذكر الشرطان معاً، أي أنهما يفسران تفسيراً يجعل أحدهما مغايراً للآخر، وإن كانا متلازمين، وإذا ذكر أحدهما منفرداً فإنه يفسر بمعنى يجمعهما، فلو ذكر الإبدال وحده يكون المعنى بيع العين الموقوفة، وشراء أخرى لتحل محلها، ويكون معنى الاستبدال ذلك أيضاً. أي؛ أن اللفظين إذا اجتمعا افترقا، وإذا افترقا اجتمعا."³

والاستبدال: بيع العين الموقوفة وشراء عين أخرى تحل محل الأولى، وهذه العين قد تكون من جنس العين المباعة أو قد تكون من غيرها، فكان هذا المصطلح جامعاً لعملية بيع العين الموقوفة وشراء

9- معجم الفروق اللغوية. ، أبو هلال الحسن العسكري (ت نحو: 395 هـ)، تحقق: الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، ط: 1؛ مؤسسة النشر

الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، 1412 هـ)، ص 114

-أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية محمد عبيد الكبيسي، (لا: ط؛ بغداد: مطبعة الإرشاد، 1397 هـ / 1977 م)، 2/9.

-محاضرات في الوقف، محمد أب وزهرة، دون طبعة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1378 هـ، 1959 م: ص 173.

الأخرى التي تحل محلها على حدٍ سواء، ثم خُصَّ فيما بعد على بيع العين الموقوفة بالنقد. وأطلق مصطلح الإبدال على جعل العين الموقوفة مكان الأخرى.¹

2- أصحاب الاتجاه الثاني: القائلون باتحاد المصطلحين.

ذهب جماعة من المعاصرين أن مصطلح الإبدال والاستبدال لها نفس المعنى ولا فرق بينهما فجاء تعريفهم على النحو الآتي:

أ- الاستبدال: هو نقل الوقف من عينٍ إلى أخرى، أو بيع الموقوف وجعل بدلٍ منه، أو هو إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها بأخذ العوض عنها بطريق المعاوضة، أو شراء عين بدل التي بيعت لتكون وقفاً بدلها².

ب- الاستبدال: إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها بتعويضها بأخرى، أو بيعها وشراء عين تكون وقفاً بدلها، والفقهاء يطلقون كلمة إبدال الوقف، أو استبدال الوقف، أو المناقلة في الأوقاف ويريدون تنحية عين الوقف سواء أكان عقاراً أم منقولاً وأخذ عين مكان أخرى لتكون العين الثانية مكان الأولى.³

ثانياً: تحرير محل النزاع في هذه المسألة.

- اتفق الفقهاء أن الأصل في الوقف أنه حبس الأصل وتسييل المنفعة.
- كما اتفق الفقهاء أن الأصل في الوقف أنه مندوب إليه وأنه من أعمال البرِّ
- واتفقوا أن الوقف ينقسم إلى عقار ومنقول وجامدات وكذلك من الأحياء
- واتفق الفقهاء أن استبدال الوقف جائز إذا شرطه الواقف لنفسه أو لغيره.

- استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، إبراهيم عبد اللطيف العبيدي، دبي، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، 1430هـ/2009م، ص 55¹

4- استبدال ممتلكات الأوقاف". تيسير أبو خشريف، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، قسم الفقه الإسلامي وأصوله، كلية الشريعة بجامعة دمشق، ط 2، 2014م، 343/30.

- النوازل في الأوقاف، خالد بن علي المشيقح، دون: طبعة؛ الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1433 هـ / 2012 م، ص 291.³

- ولكن الفقهاء اختلفوا في التصرف في الوقف بعد تعطل منفعته أو نقصانها بإبداله أو استبداله لاستمرار ريعه ومنافعه.

ثالثا: تحرير منشأ الخلاف في هذه المسألة:

يرجع الخلاف في هذه المسألة إلى أسباب عدة نذكر منها:

- التعارض الظاهر بين النصوص الشرعية والاثار.
- اختلاف العلماء في تأويل النصوص وتفسيرها.
- تردد هذه المسألة بين أصليين عظمين فاختلف العلماء بأيهما تحلق.
- اختلافهم في المقصد الشرعي الذي لأجله شرع الوقف.
- اختلاف العلماء في مصدر سد الذرائع بين موسع ومضيق.

رابعا: عرض أقوال العلماء في المسألة وأدلتهم .

لهذه المسألة ثلاث صور اختلف الفقهاء حولها بين موسع كالحنابلة والحنفية ومضيق كالشافعية ومنهم من سلك مسلك الوسط في ذلك وهو مذهب المالكية كما سيأتي معنا.

1-الصورة الأولى: اتحاد الجنس والنوع معاً.

وبيان هذه الصورة في الوقف، أنّ الاستبدال يكون في جنس عين واحدة ومن نوع واحد وهو أنواع أولها الذي يكون في العقار، مثاله كاستبدال مسجد بمسجد ، واستبدال أرض بأرض ، ودارٍ بدارٍ ، والثاني الذي يكون في المنقول، كاستبدال سيارة بسيارة ، أو سلاحٍ بسلاحٍ للمجاهدين من نوع واحدٍ ، أو متاعٍ بمتاعٍ ، فاختلف العلماء في هذه الأنواع كالاتي.

1- استبدال العقار الموقوف من نفس الجنس: وهو استبدال أرضٍ بأرضٍ ، أودارٍ بدارٍ أو مسجدٍ بمسجدٍ ، ومذاهب الناس في استبدال الوقف في العقار إذا تعطل ، أو نقص مردوده أو مصلحته على قولين :

أ- مذهب المانعين: وهو مذهب المالكية¹ والشافعية² وبعض الحنفية³ منعوا استبدال العقار الموقوف مطلقاً وإن تعطلت منافعه وصار خراباً.

واستدلوا بأدلة نذكر منها:

- من السنة:

- عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: أصاب عمر بن الخطاب أرضاً، فأتى النبي

إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ: «أصبحت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء، «أصلها»، وَتَصَدَّقَتْ بِهَا وَالْقَرْبَى وَالرَّقَابَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول فيه.⁴

وجه الاستدلال: اعتبار النهي الوارد في الحديث، ولأن في بيعه والمبادلة به تفويتاً لتعيين الواقف كما منع من مخالفة شرط الواقف.⁵

- شرح مختصر خليل، الخرشي، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، بدون تاريخ،¹

²- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي ت: 926هـ: دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ، 464/2.

- رسائل ابن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية. ص 166³

- أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب الوقف، 1019/3.

- مجموع في المناقلة بالأوقاف، لمجموعة من العلماء، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1422هـ/2001م⁵

- أخرج البخاري في صحيحه قول النبي صلى الله عليه وسلم: "تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره". فتصدق به عمر¹

فهذا صريح أن الشرط من كلام النبي ولا منافاة لأنه يمكن الجمع بأن عمر شرط ذلك الشرط بعد أن أمره النبي صلى الله عليه وسلم ومنهم من وقفه على عمر رضي الله عنه لوقوعه منه، ومن الرواة من رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم والظاهر أنه مرفوع لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه امتثل أمر النبي صلى الله عليه وسلم.²

ونوقش:

أن المراد بالبيع المبطل لأصل الوقف، الذي لا يقام عوض مقامه، أما البيع الذي مصلحة تعود على الوقف فهذا من باب التخصيص للعام بالمصلحة.³

- من القياس:

- قياس الموقوف على العبد المعتق، والعلة الجامعة بينهما التحرير.⁴

ونوقش:

أن الوقف لله فيه شبه من التحرير وشبه من التملك، فإن الوقف من جهة كونه لا يبيعه أحد يملك ثمنه ولا يهبه ولا يورث عنه: يشبه التحرير والإعتاق، ومن جهة أنه يقبل المعاوضة بأن يأخذ عوضه:

- أخرجه مسلم، كتاب الوصايا، باب الوقف، رقم الحديث: 1632، "1255/3".¹

- مجموعة في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، ص 113.²

- المصدر نفسه: ص 116.³

- رد المختار، ابن عابدين: 4/398.⁴

يشبه التملك ؛ فإنه إذا أئلف ضمن بالبدل واشترى بثمنه ما يقوم مقامه عند عامة العلماء بخلاف المعتق ؛ فإنه صار حراً لا يقبل المعاوضة وهذا القياس قياس مع الفارق فهو غير مقبول.¹

ت- مذهب المجيزين.

وعليه أكثر الحنفية²، وأبي يوسف³، وبه قال ابن تيمية، وهو المشهور عند الحنابلة⁴، قالوا: يجوز استبدال العين الوقفية إذا قلّ الناتج، أو من أجل المصلحة والمنفعة.

واستدلوا بأدلة أبرزها:

من السنة :

- ما أخرجه مسلم بسنده حدثني محمد بن حاتم، حدثني ابن مهدي، حدثنا سليم بن حيان، عن سعيد يعني ابن ميناء، قال: سمعت عبد الله بن الزبير، يقول: حدثني خالتي، يعني عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يا عائشة، لولا أن قومك حديثو عهد بشرك، لهدمت الكعبة، فألزقتها بالأرض، وجعلت لها بابين: بابا شرقيا، وبابا غربيا، وزدت فيها ستة أذرع من الحجر، فإن قريشا اقتصرتها حيث بنت الكعبة"⁵

وجه الاستدلال :

يقول شيخ الاسلام ابن تيمية: " ومعلوم أنَّ الكعبة أفضل وقفٍ على وجه الأرض ولو كان تغييرها واجباً لم يتركه، فعلم أنه كان جائزاً وأنه كان أصلح لولا ما ذكره من وإبدالها بما وصفه حدثان عهد

-مجموع الفتاوى: 230/31.¹

-رد المحتار، ابن عابدين، 4/384.²

-رسائل بن نجيم الاقتصادية: ص 167.³

7- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. مصطفى الرحيباني (ت 1243 هـ)، (ط: 2؛ دمشق: المكتب الإسلامي 1415 هـ / 1994 م)، 4/ 367

- أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها، رقم الحديث: 1333 "969/2".⁵

قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر، فعلم أن هذا جائز في الجملة، وتبديل التآلف بتألف آخر هو أحد أنواع الإبدال¹.

فهذا الكلام دليل واضح ذلك على جواز استبدال الوقف لإصابة المقصد الشرعي الذي من أجله شرع الوقف تحقيقاً للمصلحة والمنفعة العائدة عليه، وجواز استبدال عقارٍ موقوفٍ بآخر من جنسه.

-من الأثر:

حدثنا علي بن عبد العزيز، ثنا أبو نعيم، ثنا المسعودي، عن القاسم قال: قدم عبد الله وقد بنى سعد القصر، واتخذ مسجداً في أصحاب التمر، فكان يخرج إليه في الصلوات، فلما ولي عبد الله بيت المال نقب بيت المال، فأخذ الرجل، فكتب عبد الله إلى عمر، فكتب عمر: «أن لا تقطعه، وانقل المسجد، واجعل بيت المال مما يلي القبلة، فإنه لا يزال في المسجد من يصلي»، فنقله عبد الله وخط هذه الخطة، وكان القصر الذي بنى سعد شاذر وإن كان الإمام يقوم عليه «فأمر به عبد الله فنقض حتى استوى مقام الإمام مع الناس»².

وجه الاستدلال:

واقعة نقل مسجد الكوفة، وجعل بيت المال في قبلته، وجعل موضع المسجد سوقاً للتمارين اشتهرت بالحجاز والعراق، والصحابة متوافرون، ولم ينقل إنكارها، فقد كان الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو الأمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه هو المأمور فأمر الخليفة الراشد كأنه أجماع سكوتي للرضا به وعدم الإنكار، فدل هذا على مسامحة القصة والإقرار عليها والرضى بموجبها، وهذه حقيقة الاستبدال والمناقلة، وهذا دليلٌ أيضاً على جواز الاستدلال عند رجحان المبادلة، مع العلم أن المسجد

- فتاوى ابن تيمية: 244/31¹.

- المعجم الكبير، الطبراني: رقم الأثر: 8949، "9/192"².

لم يكن متعطلاً وإنما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد الثاني.¹ فدل هذا الأثر على استبدال عقار موقوف بعقار آخر من جنسه من أجل المصلحة الراجحة.

- من القياس:

- قياس استبدال الوقف على الهدي والأضحية والزكاة بما هو خير منه، والعلة الجامعة بينهما الخيرية.²

- قياس استبدال الوقف بما هو خير منه على النذر الواجب على الانسان بما هو خير منه، والعلة الجامعة بينهما الخيرية.³

- من المعقول:

أ- من أحكام الوقف مؤبد، فإذا لم يمكن تأييده بعينه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، واتصال الإبدال يجري مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض.⁴

ب- إن لم يتم استبدال العقار الموقوف، قد يخرب ويتعطل، فيصرف عليه مؤنة تزيد على قيمتها، فجاء الاستبدال لزيادة نفع الوقف، وتقليل الغلة المصروفة عليه.⁵

خامساً : الترجيح.

-مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى،، مصطفى بن سعد الرحيباني، 4/368.¹

-الماردينية المسائل . ابن تيمية (ت: 728 هـ (لا:ط؛ مصر: دار الفلاح، د.ت، ص 241.²

-مجموع في المناقلة والاستبدال: ص 103،³

4- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي ط1، عالم الكتب، 1414 هـ / 1993 م)، ص 426

- لسان الحكام في معرفة الأحكام، لسان الدين ابن الشحنة النفقي (ت: 882 هـ)، (ط: 2؛ القاهرة: البابي الحلبي، 1393 هـ / 1973 م)، ص 296⁵

الذي يظهر والله أعلم من خلال عرض أقوال المذاهب ومناقشتها أنّ رأي المجيزين أرجح من نواحي عدة نذكر منها.

- 1- سلامة أدلتهم من المناقشة ومن علم حجة على من لم يعلم مثل واقعة الكوفة المعروفة.
- 2- المجيزون لم يخالفوا الهدي النبوي في حبس الأصل وتسهيل المنفعة بل أصابوا مقصده ولّبّه ولبابه من حيث الانتفاع بالوقف وحصول المصلحة بالاستبدال.
- 3- استبدال الأوقاف المعطلة فيها زيادة في عدد ومساحة الأوقاف واستمرار في عطائها وريعتها ونفعها .

2- استبدال الوقف المنقول متحد الجنس والنوع.

بعد اتفاق الفقهاء على جواز وقف المنقولات منعوا كذلك من استبداله من غير سبب، كاستبداله وهو كامل المنفعة، أو لم تخرب عينه أو لم يتعطل، أو كان الاستبدال من غير مصلحة. أمّا إذا خرب الوقف، أو تعطلت مصلحته، بحيث لا تنفع للاستخدام أو قلت منفعته كالفرس التي شرفت الموقوفة للجهاد، أو السجاد البالي والفرش، أو المصاحف الذي تمزقت أوراقه والكتب، أو غيرها من المنقولات الموقوفة، فهذا اختلف العلماء في استبداله على قولين:

القول الأول وأدلتهم: ذهب المالكية في المشهور عندهم¹ والأصح عند الشافعية²، والحنابلة³ والحنفية⁴ قالوا بجواز استبدال الوقف المنقول بآخر من جنسه بسبب أو لمصلحة.

– التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية، 1416هـ/1994م، ص661.

– نهاية المحتاج في شرح المنهاج، شهاب الدين الرملي، بيروت، دار الفكر، 1404هـ/1984م، 5/361.

– المغني، ابن قدامة: 6/29.

4- الإسعاف ف أحكام الأوقاف. إبراهيم بن موسى الطرابلسي (ت: 922 هـ)، ط: 2؛ مصر المحمية: طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية، 1320 هـ/

1902 م)، ص 24.

استدلوا بأدلة من الأثر والقياس والمعقول.

- من الأثر:

أ- عَنْ بِنِ أَبِي نَجِيحٍ ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : " كَسَا الْكَعْبَةَ الْقَبَاطِيَّ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَكَانَ يَكْتُبُ فِيهَا إِلَى مِصْرَ تُحَاكُّ لَهُ هُنَاكَ ، ثُمَّ عُثْمَانُ مِنْ بَعْدِهِ ، فَلَمَّا كَانَ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ كَسَاهَا كِسْوَتَيْنِ : كِسْوَةَ عُمَرَ الْقَبَاطِيَّ وَكِسْوَةَ دِيْبَاجٍ ، فَكَانَتْ تُكْسَى الدِّيْبَاجَ يَوْمَ عَاشُورَاءَ ، وَتُكْسَى الْقَبَاطِيَّ فِي آخِرِ شَهْرِ رَمَضَانَ لِلْفِطْرِ " ¹.

وجه الاستدلال:

مما لا شك فيه أنَّ كسوة الكعبة من الأوقاف المنقولة وهي تسبدل كل عام مرة في عهد خليفتين راشدين سيدنا عمر بن الخطاب وسيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنهما واستمر العمل إلى عهد معاوية رضي الله عنه وصار يكسوها كسوتين في السنة دون أن يعرف لهؤلاء الحكام متعرض أو منكر عبر العصور وتتابع الدهور بل إن هذه السنة مستمرة إلى يوم الناس هذا ، فدلّ على جواز استبدال الوقف المنقول لسبب أو مصلحة راجحة بأخر من جنسه أو نوعه ².

ت- أخبرنا أبو الحسن محمد بن أبي المعروف الفقيه ، أنبأ بشر بن أحمد الإسفراييني ، أنبأ أبو جعفر أحمد بن الحسين بن نصر الحذاء ، ثنا علي بن عبد الله المديني ، حدثني أبي ، أخبرني علقمة بن أبي علقمة ، عن أمه ، قالت : دخل شيبه بن عثمان الحجبي على عائشة رضي الله تعالى عنها ، فقال : يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تجتمع علينا فتكثر فنعمد إلى آبار فنحفرها فنعمقها ثم ندفن ثياب الكعبة فيها كيلا يلبسها الجنب والحائض فقالت له عائشة رضي الله تعالى عنها : ما

-أخبار مكة وما جاء فيها من الأخبار، محمد بن عبد الله الأرزقي، تحقيق علي عمر، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، 200/1. ¹

- استبدال الوقف وبيعها، عبدالقادر الحواجري، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، غزة، 1437هـ/2015م، ص67. ²

أحسننت ولبئس ما صنعت إن ثياب الكعبة إذا نزعتم منها لم يضرها أن يلبسها الجنب والحائض ولكن بعها واجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله قالت: فكان شية بعد ذلك يرسل بها إلى اليمن فتباع هناك ثم يجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله وابن السبيل".¹

وجه الشاهد من الأثر: أن الوقف المنقول إذا تعطلت منفعته يجوز بيعه واستبداله، وعائشة من فقهاء الصحابة ولا يبعد أن يكون هذا الأثر من قبيل الحديث المرفوع لأنه ليس للرأي وللاجتهاد فيه دخل.²

- من القياس:

- قياس استبدال المنقول على استبدال العقار، فما جاء في جواز استبدال العقار الموقوف بآخر من جنسه، يكون من باب أولى جواز استبدال الوقف المنقول بآخر من جنسه³ لأن التلف والبلاء إليه أسرع من العقار.

- قياس استبدال الوقف المنقول بما هو خير منه على النذر والهدي والأضحية بما هو خير منها، والعلة الجامعة بينهما التبرع والخيرية.⁴

القول الثاني وأدلتهم: ذهب الشافعية⁵ في الأصح عندهم وبعض المالكية⁶ إلى عدم جواز استبدال المنقول بآخر من جنسه مطلقاً. واستدلوا على ذلك بما يلي.

- السنن الكبرى، البيهقي، جامع أبواب دخول مكة، باب ما جاء في مال الكعبة وكسوتها، رقم: 9731 " 260/5".¹

2- شرح التبصرة والتذكرة = ألفية العراقي: أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي (المتوفى: 806هـ) المحقق: عبد اللطيف المميم - ماهر ياسين فحل: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002م، 1/194.

- المسائل الماردينية. ابن تيمية: 242.³

- المرجع نفسه: 242.⁴

5- روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ) تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان ط3، 1412هـ / 1991م: 357/5.

6- الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، المحقق: محمد أحمد أحمد ولد ماديك الموريتاني: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية

ط2، 1400هـ/1980م، 2/1020.

من السنة:

- عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: أصاب عمر بنخبر أرضاً، فأتى النبي

إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث.¹

وجه الشاهد: أنّ اللفظ عام في النهي في التصرف في الوقف بعد لزومه سواء كان هذا الوقف عقاراً أو منقولاً والعام يحمل على عمومته حتى يأتي الدليل المعتبر الذي يخصه.

من القياس:

تخرجاً على فروع مالك رحمه حيث قال بعدم استبدال الوقف المنقول قياساً على عدم استبدال الربع الخرب أو إذا خيف عليه الخراب²

اعترض عليه: أن الربع الخرب جائز الاستبدال بربع نحوه يكون حبساً، ومن باب أولى استبدال المنقول بمثله، إذا تعطل، أو إذا رأى الإمام ذلك.³

الترجيح: لعل الترجيح يكون للمصلحة الراجحة التي الشرع تتلائم ومقاصد الشريعة الإسلامية التي جاءت تحافظ على المال كركن أساسي في حياة الأمة وخاصة الأوقاف من المنقولات التي تكون أكثر عرضة للهلاك أو الإتلاف من الأوقاف من جنس العقار، وخاصة أن هذا الترجيح لنا فيه سلف وسند مستمر إلى يوم الناس هذا ألا وهو كسوة كعبة المشرفة كل عام واستبدال ذلك الكساء بآخر من جنسه دون إنكار من علماء الأمة من لدن الصحابة إلى يوم الناس هذا.

- أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب الوقف، 1019/3.

- المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ: دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994م. 418/4.

- ديوان الأحكام الكبرى. تحقق: يحيى مراد، عيسى بن سهل أبو الأصبح (ت: 486هـ)، (لا: ط؛ القاهرة: دار الحديث، 1428هـ / 2007م)، ص 58-3.

خاتمة: للاستبدال ثلاث صور: إما اتحاد الجنس والنوع كاستبدال دارٍ بدارٍ ، أو اتحاد الجنس واختلاف النوع ، كاستبدال دارٍ بحانوت ، أو إختلاف الجنس أصلاً ، كاستبدال عقارٍ بمنقول أو العكس. تباينت آراء الفقهاء في كل صورة من الصور الثلاثة ، بين موسعٍ ومضيقٍ من المذاهب التي توسعت في الجواز الحنابلة والحنفية ، وتوسط المالكية في جواز استبدال المنقول من الوقف دون العقار ، أما الشافعية فكانوا أكثر المذاهب تضيقاً وتشديداً ، وأما بالنسبة لاستبدال المساجد فجمهور العلماء على منعه إلا رواية عند الحنابلة واختارها شيخ الاسلام ابن تيمية إذا تعطلت مصالح المسجد والغاية المرجوة منه ، والرأي الراجح جواز استبدال الوقف مطلقاً في ظل الضوابط الشرعية لأنه يحقق المقصد من تشريع الوقف في سد خلّة المحتاجين ، ويحقق مبدأ استمرارية الوقف.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1. أحكام القرآن, أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي, المحقق: محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف, الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت, تاريخ الطبع: 1405 هـ.
2. إعلام الموقعين عن رب العالمين, المؤلف: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية, تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم, الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت, الطبعة: الأولى, 1411 هـ - 1991 م.
3. بداية المجتهد ونهاية المقتصد, أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد, الناشر: دار الحديث - القاهرة, تاريخ النشر: 1425 هـ - 2004 م.
4. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, المؤلف: علاء الدين, أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي, الناشر: دار الكتب العلمية, الطبعة: الثانية, 1406 هـ - 1986 م.
5. بذل المجهود في حل سنن أبي داود, المؤلف: الشيخ خليل أحمد السهارنفوري (ت ١٣٤٦ هـ), اعني به وعلق عليه: الأستاذ الدكتور تقي الدين الندوي, الناشر: مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية, الهند, الطبعة: الأولى, ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
6. جامع الأمهات, المؤلف: ابن الحاجب الكردي المالكي (المكتبة الشاملة)
7. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني, أبو الحسن, علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي, المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي, الناشر: دار الفكر - بيروت, تاريخ النشر: 1414 هـ - 1994 م.
8. النوازل في الأوقاف, خالد بن علي المشيقيح, لا: ط؛ الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية, 1433 هـ / 2012 م.

9. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1993م.
10. رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.
11. رسالة في المناقلة بالأوقاف، لابن زريق"، تحقيق: محمد سليمان الأشقر، ط: 2؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1422 هـ / 2001 م.
12. رسائل ابن نجيم الاقتصادية والمسماة الرسائل الزينية في مذهب الحنفية، زين الدين ابن نجيم (ت 970 هـ)، تحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد، ط: 2؛ القاهرة: دار السلام 1427 هـ / 2006 م.
13. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
14. سنن أبي داود، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
15. شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي، الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت.
16. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ.
17. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
18. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1379، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعه: محب الدين الخطيب.

19. فتح القدير (شرح الهداية), كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام, الناشر: دار الفكر.
20. القاموس المحيط, لجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي , مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع, بيروت - لبنان, الطبعة: الثامنة, 1426 هـ - 2005 م.
21. لسان العرب, لمحمد بن مكرم بن علي, أبو الفضل, جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي , دار صادر - بيروت, الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.
22. المبدع في شرح المقنع, المؤلف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح, أبو إسحاق, برهان الدين (المتوفى: 884هـ), الناشر: دار الكتب العلمية, بيروت - لبنان, الطبعة: الأولى, 1418 هـ - 1997 م.
23. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر, عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده, يعرف بداماد أفندي, الناشر: دار إحياء التراث العربي.
24. مجموع الفتاوى, تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني, المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم, الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف, المدينة النبوية, عام النشر: 1416هـ/1995م.
25. المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)), أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ), الناشر: دار الفكر, (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي).
26. المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)), أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ), الناشر: دار الفكر, (طبعة كاملة معها تكملة السبكي والمطيعي).
27. المجموع شرح المذهب , أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي, الناشر: دار الفكر
28. مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف فيه ثلاث رسائل: "المناقلة والاستبدال بالأوقاف, لابن قاضي الجبل/ الواضح الجلي في نقض حكم ابن قاضي الجبل, للقاضي يوسف المرداوي/

29. أحكام الوقف في الشريعة الاسلامية، محمد عبيد الكبيسي، لا: ط؛ بغداد: مطبعة الإرشاد، 1397 هـ / 1977 م.

30. مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، المحقق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد، وآخرون، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م.

31. المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي، المحقق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، 1409.

32. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415 هـ - 1994 م.

33. المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، الناشر: مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: 1388 هـ - 1968 م.

34. الموسوعة الفقهية الكويتية، نخبة من العلماء، إشراف ونشر: وزارة الشؤون الإسلامية بدولة الكويت، ط: 1؛ مصر: مطابع دار الصفوة، 1427 هـ.

أ.....	مقدمة
3	المحاضرة الأولى: القبض في المبيع
3	أولا : تصوير المسألة
4.....	1- تعريف القبض في اللغة :
4.....	2- التعريف الاصطلاحي للقبض :
5	ثانيا : تحرير محل النزاع في مسألة قبض المبيع
5	ثالثا : تحرير منشأ الخلاف في مسألة قبض المبيع
5.....	مفهوم العقار والمنقول عند العلماء
6	رابعا : آراء المذاهب في مفهوم القبض
6.....	1- القبض عند الحنفية :
7.....	2- القبض عند المالكية :
7.....	أولا : القبض العقار
8.....	ثانيا : القبض في المثلي :
8.....	ثالثا : القبض في غير المثلي
8.....	3- القبض عند الشافعية :
9.....	4- القبض عند الحنابلة :
9.....	الاتجاه الأول : عدم اشتراط القبض
12.....	الاتجاه الثاني : اشتراط القبض في الطعام فقط
13.....	الاتجاه الثالث : اشتراط القبض في البيع مطلقا
18	المحاضرة الثانية: بيع العينة
18.....	5-تمهيد :

19	أولا : تصوير المسألة : تعريف بيع العينة.
19	1- تعريف البيع.
20	2- الفرق بين بيع العينة والتورق :
21	ثانيا : تحرير محل النزاع في مسألة بيع العينة.
22	ثالثا : تحرير منشأ الخلاف في مسألة بيع العينة :
22	ثالثا : آراء الفقهاء في مسألة بيع العينة
23	رابعا : عرض أدلة الفقهاء ومناقشتها :
23	أ- أدلة الجمهور ومناقشتها.
33	ب- المذهب الثاني : مذهب المجيزين لبيع العينة.
39	3- أصول اختلاف الفقهاء في بيع الذرائع.
39	الأصل الأول : سد الذرائع
41	الأصل الثاني : تأثير النية على العقود :
44	المحاضرة الثالثة: الظفر بالحق.
45	تمهيد :
45	تصوير المسألة.
46	تعريف الحق لغة واصطلاحا.
48	ثانيا : تحرير محل النزاع في المسألة.
48	ثالثا : تحرير منشأ الخلاف في المسألة :
50	ثالثا : مذاهب الفقهاء في المسألة وأدلتهم ومناقشتها والترجيح
59	المحاضرة الرابعة: أحكام المضاربة.
60	أولا : تصوير المسألة.
61	ثانيا : حكم وأدلة مشروعية المضاربة

66	ثالثا: أركان المضاربة.
67	رابعا: شروط المضاربة.
68	1- شروط الصيغة:
68	2- شروط العاقدان:
68	3- شروط المال:
69	4- شروط الربح:
69	5- شروط العمل:
70	خامسا: أنواع المضاربة.
70	أولا: المضاربة الصحيحة:
70	ثانيا: المضاربة الفاسدة:
71	سادسا: أحكام منوعة متعلقة بعقد المضاربة:
71	أولا: عقد المضاربة من حيث اللزوم والجواز:
71	ثانيا: الربح والخسارة في المضاربة:
72	ثالثا: حكم زكاة مال المضاربة:
74	سابعا: فسخ المضاربة وبطلانها.
74	أولا: فسخ المضاربة.
76	ثانيا: بطلان المضاربة.
78	المحاضرة الخامسة: الشفعة
79	أولا: تصوير المسألة.
79	1- تعريف الشفعة:
81	2- أدلة مشروعية الشفعة:
84	ثانيا: تحرير محل النزاع.

84	ثالثا: تحرير منشأ الخلاف بين الفقهاء :
86	رابعا: مذاهب الفقهاء في ثبوت الشفعة للجار.....
87	خامسا: أدلة المذاهب.
91	سادسا: المناقشة والردود والقول الراجع في المسألة
97	المحاضرة السادسة: الرجوع في الهبة.....
98	تمهيد:
98	أولا: تصوير المسألة.....
99	ثانيا: تحرير محل النزاع في المسألة:
100	ثالثا: تحرير منشأ الخلاف في المسألة.....
100	رابعا: آراء الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم ومناقشتها.....
109	المحاضرة السابعة: تحويل جهة الموقف.....
110	تمهيد:
110	أولا: تصوير المسألة.....
110	الوقف لغة.....
112	1- أصحاب الاتجاه الأول: القائلون بالفرق بين المصطلحين.....
113	2- أصحاب الاتجاه الثاني: القائلون باتحاد المصطلحين.....
113	ثانيا: تحرير محل النزاع في هذه المسألة.....
114	ثالثا: تحرير منشأ الخلاف في هذه المسألة:
114	رابعا: عرض أقوال العلماء في المسألة وأدلتهم.....
114	1- الصورة الأولى: اتحاد الجنس والنوع معاً.....
125	قائمة المراجع.....
126	قائمة المراجع.....

130	فهرس المحتويات
-----	----------------------