أثر غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد - دراسة فقهية

إعداد
د. ربيع محمد محمد عبد الرحمن
محاضر الشريعة الإسلامية
بالكلية الجامعية الإسلامية ببهانج السلطان أحمد شاه ماليزيا

موجز عن البحث

تناولت الدراسة أثر غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد، وركزت على التطبيقات الفقهية للموضوع

من خلال بيان حقيقة المعقود عليه ومجلس العقد وأركان العقد وشروطه عند الفقهاء وبيان حقيقة الصحيح والفاسد والباطل ثم دراسة الفروع الفقهية التي اختلفت فيها أقوال الفقهاء بسبب غيبة المعقود عليه مع عرض استدلال لأقوال الفقهاء ومناقشتها ما أمكن والترجيح بينها، وعزو الآيات وتخريج الأحاديث من مصادرها والحكم عليها ما أمكنني ذلك.

وقد انتهت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، منها:

١. إمكانية تصحيح العقد الفاسد الذي تخلف فيه شرط من شروط الصحة؛ لتصحيح تصرفات الناس وحماية أموالهم.
٢. التجارة الإلكترونية مخرّجة على البيع بالأنموذج.
٣. بيع الغائب مشروط بالقدرة على تسليمه.
٤. جواز العقود مع غيبة المعقود عليه بشرط العلم بصفاته علما منافيًا للجهالة المفضية إلى المنازعة.

الكلمات المفتاحية: أثر، غيبة، المعقود عليه، مجلس، فقهية.

The Effect Of The Absence Of The Thing That We Contracted On (Fiqh Study).

RABIE MOHAMAD MOHAMAD ABD ALRAHMAN
Department of Shariah and Law , College University Islam Pahang Sultan Ahmad Shah (KUIPSAS)
E-mail : rabie@kuipsas.edu.my

Abstract :

There is no doubt that the effect of the absence of the thing that we contracted on is very important in our daily live. Based on that I chose this research to write on the effect of the absence of the thing that we contracted on and i focused on the jurisprudential (fiqh) applications of the topic by showing the truth of the thing that we contracted on, the contract council, the pillars and conditions of the contract to the jurists (fuqahaa). And then, I have explained the meaning of the validity and invalidity of the contract with the presence of the thing that we contracted on or its absence, and also I have explained the jurisprudential (fiqh) applications that which the jurists differed because of the absence of the thing that we contracted on. Then, I presented an inference of the sayings of the jurists and discussed them as possible and weighting between them, I wrote the numbers of the Qur'anic verses and the names of the surah and I wrote the hadith from the hadith books.

The study ended with a set of results, including :

1. The possibility of correcting the corrupt contract in which one of its conditions was broken; to correct people's behavior and protect their money.
2. E-commerce is based on selling by model.
3. One of the conditions of the contract for the absence of the thing that we contracted on is the ability to deliver it.
4. It is required to know the characteristics of the thing that we contracted on, in order to prevent the ignorance that causes the dispute.

Key words: impact , Absence , the thing that we contracted on , session , fiqh.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ... وبعد :

فهذا بحث (**أثر غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد دراسة فقهية**) أعددته مستعينًا بالله لبيان الأحكام المترتبة على غياب المعقود عليه عن مجلس العقد.

إشكالية البحث:

تعلّق الفتاوى في صحة العقد وفساده وبطلانه بوجود المعقود عليه وغيبته أوعدمه.

منهج البحث:

منهج الاستقراء .

الدراسات السابقة:

لم أتوقف على بحث أو كتاب اختص ببيان أحكام غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد.

خطة البحث :

التمهيد ويشتمل على حقيقة العقد والمعقود عليه ومجلس العقد ثمّ

المبحث الأول: أركان العقد وشروطه

المبحث الثاني: أثر غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد في عقد البيع

المبحث الثالث: أثر غيبة المعقود عليه في العقود الأخرى(ما عدا البيع)

ثم أهم التوصيات والنتائج وأهم المراجع.

التمهيد
حقيقة العقد والمعقود عليه ومجلس العقد

أولًا: حقيقة العقد

العقد لغة: العقد مثل العهد، عاقدته عقدًا مثل عاهدته عهدًا، وعقدة كل شيء إبرامه.[1]

العقد اصطلاحًا: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرًا، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول.[2]

العاقد : هو الذي يباشر الإيجاب أو القبول في العقد عن نفسه أم نيابة عن غيره. [3]

ثانيًا: حقيقة المعقود عليه وأنواعه

١ – **المعقود عليه اصطلاحًا**: هو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه وما يقع عليه التعاقد، وما كان العوض في مقابلته ويجوز التصرف فيه، وهو ما يُستحق بالعقد، والمعقود عليه ركن من أركان العقود في عقود المعاوضات.

ومن مسميات المعقود عليه محل العقد، وهو ما يتصور فيه حكم العقد كمحل البيع، وما يكون قابلًا لمقصوده الأصلي[4].

والمعقود عليه هو المقصود من العقد وغيره من الأركان إنما هو وسيلة له.

---

(١) لسان العرب (٣/ ٢٩٦) والعين (١/ ١٤١) والصحاح (٢/ ٥١٠) والعين (١/ ١٤١)

(٢) مجلة الأحكام العدلية (ص: ٢٩) والمعاملات الشرعية المالية ص٧٥ أحمد بك إبراهيم المطبعة الفنية بالقاهرة

(٣) المعاملات الشرعية المالية ص٧٦ : الإيجاب ما صدر أولًا من كلام أحد المتعاقدين، والقبول: ما صدر ثانيًا من كلام الآخر.(الفقه الإسلامي في المعاملات والعقود المدنية ص ٢٣ لجنة من علماء كلية الشريعة ١٩٩٦.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٤/ ٢١٣) و تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق(٣/ ١٨٠)

٢- أنواع المعقود عليه :

المعقود عليه يختلف حسب العقد فمن الممكن أن يكون عينًا مالية أو منفعة أو عملًا من الأعمال...

فإن وقع العقد على عين مالية بعوض سمي بيعًا وإن كان بغير عوض لتمليكه في الحال سمي هبة وإن كان لتمليكه بعد الموت سمي وصية وإن كان لحفظه سمي وديعة وإن كان لاستهلاكه سمي قرضًا وإن كان للتوثق من استيفاء دين سمي رهنًا وإن كان لآدائه عن آخر سمي كفالة أو حوالة وإن كان ورد العقد على منفعة بعوض سمي إجارة وإن ورد على منفعة بغير عوض سمي إعارة وإن كان على ما تثمره الأرض سمي مزارعة أو مساقاة.[١]

ومن الأسُس التي توقفت عليها صحة العقود حضور المعقود عليه وغيبته؛ لأنّ محل العقد في حكم الشروط [٢]، فتنوعت أحكام العقود بسبب غيبة المعقود عليه، فكانت بعض العقود صحيحة وبعضها فاسد وبعضها باطل.

ثالثًا: مجلس العقد

مجلس العقد لغة: موضعه، المجلس الواحد الذي تحدث فيه تصرفات متفرقة[٣].

---

(١) الفقه الإسلامي في المعاملات ص٢٧ وما بعدها.

تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ص٤١٨ وما بعدها ، والمعاملات الشرعية المالية ص٧٥ والفقه الإسلامي في المعاملات ص٢٩ والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١/ ٣٢٩) ونهاية المحتاج (٣/ ٣٨٥) وروضة الطالبين (٥/ ٢٠٧) وحاشية الجمل (٥/ ٤٧٣) والمغني ٥ / ٣٢٣.)

والمعقود عليه في عقد البيع يشمل الثمن والمراد بالثمن ما ثبت في الذمة، والمبيع في الأصل ما يتعين بالتعيين في البيع. (فتح القدير ٩/ ١١٥ والبحر الرائق ٨/ ٤ وبدائع الصنائع ٥/ ٢٧)

(٢) المبسوط للسرخسي ٥ / ٣٧

(٣) القاموس المحيط ص٥٣٦ ومعجم لغة الفقهاء (ص: ٤١)

المبحث الأول
أركان العقد وشروطه
المطلب الأول
أركان العقد

الركن لغة: ركن الشيء جزؤه وجانبه الأقوى وما يتم به، وهو داخل فيه[1].

الركن اصطلاحًا: ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، ركن الشيء هو جزؤه الداخل في حقيقته، كركن البيت ونحوه[2].

ركن العقد: يعني ماهيته عبارة عن مبادلة مال بمال ويطلق على الإيجاب والقبول أيضًا لدلالتهما على المبادلة[3].

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على أنّ الصيغة[4] ركن من أركان العقود، واختلفوا فيما عدا الصيغة من الأركان على النحو الآتي:

١- يرى الحنفية أنّ الصيغة ركن العقد ليس غير[5].

٢- يرى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أنّ أركان البيع الصيغة والعاقدين والمعقود عليه.[6]

---

(١) التعريفات (ص: ١١٢) والكليات ص٤٨١ واصطلاحات الفنون ١/ ١٠٢ .

(٢) أصول السرخسي (٢/ ١٧٤) وشرح مختصر الروضة (٣/ ٢٢٦)

(٣) مجلة الأحكام العدلية (ص: ٣٣) وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ١٣٣)

(٤) صيغة العقد: هي ما يصدر من المتعاقدين دالًا على إرادتهما في إنشاء العقد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل. (الفقه الإسلامي في المعاملات والعقود المدنية والتجارية وأحكامها الشرعية ص ٢٥ والمعاملات الشرعية المالية ص٩٦

(٥) البدائع ٥/ ١٣٣ والبحر الرائق ٥/ ٢٧٨

(٦) القوانين الفقهية ص١٦٣ وحاشية العدوي ٢/ ١٣٧ وتحفة المحتاج ٤/ ٢١٦ ونهاية المحتاج ٣/ ٣٧٥ و البدائع ٥/ ١٣٣ والبحر الرائق ٥/ ٢٧٨ وشرح منتهى الإرادات ٢ / ٥ وأصول البيوع المحرمة د/ عبد السميع أحمد إمام ص ٣٧ وما بعدها.الناشر مجلة الوعي الإسلامي الإصدار الثامن والعشرون ٢٠١٢

الأركان بالتفصيل خمسة ذكرها ابن جزي: البائع والمشتري والثمن والمثمون واللفظ وما في معناه من قول أو فعل يقتضي الإيجاب والقبول[١].

حجة الرأي الأول: الصيغة هي الركن للعقود؛ لأنّ وجودها يستلزم وجود العاقدن والمعقود عليه، والعقد نسبة بين طرفين، فطرفاها وما يمكن أن تتعلق به مما يخرج عن ذاتها وركن الشيئ هو ما كان داخلا في ماهيته[٢].

المطلب الثاني
شروط العقد

الشرط لغة: العلامة، ومنه أشراط الساعة، والشرطية: ما تتركب من قضيتين، والشرط هو الذي يتوقف عليه الشيء ولم يدخل في ماهية الشيء ولم يؤثر فيه، والشرط: إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه[٣].

الشرط اصطلاحًا: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[٤].

آراء الفقهاء في شروط البيع:

أولًا: اتفق الفقهاء على أنّه يشترط في المعقود عليه أن يكون مالًا متقومًا [٥]ومعلومًا وغير منهي عنه[٦].

---

(١) القوانين ص١٦٣

(٢) البدائع ٥/ ١٣٣ والبحر الرائق ٥/ ٢٧٨ والمغني٣/ ٤٨١

(٣) التعريفات (ص: ١٢٥) والقاموس المحيط (ص: ٦٧٣)

(٤) الفروق للقرافي١/ ٦٠ وشرح تنقيح الفصول ص ٨٢

(٥) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٠)

(٦) البدائع (٥/ ١٤٠) ونظرات في أصول البيوع الممنوعة ص ٦١ والفقه الإسلامي(٥/ ٣٣٦٧) والقوانين الفقهية (ص: ١٦٣)

وتفصيل شروط المعقود عليه عند فقهاء المذاهب الأربعة:

أولًا: شروط المعقود عليه عند الحنفية: أن يكون مالًا موجودًا مملوكًا مقدورًا على تسليمه.

وعلى هذه الشروط فلا يصح بيع الحمل ونتاج النتاج ولا بيع الحر ولا الكلأ والكالئ.[1]

ثانيًا: شروط المعقود عليه عند المالكية: يشترط في المعقود عليه أربعة شروط وهي

وذكر العلامة الزحيلي اتفاق الفقهاء واختلافهم فقال: اتفق الفقهاء على كون المعقود عليه مالاً متقومًا يباح الانتفاع به شرعًا أو طاهراً غير نجس، موجوداً، مقدور التسليم، معلومًا غير مجهول، كلها شروط متفق عليها؛ إلا أنّ الجهالة تفسد البيع عند الحنفية، وتبطله عند الجمهور، أما كون المبيع مملوكًا للبائع فهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية، وشرط انعقاد عند الشافعية والحنابلة، فبيع الفضولي وشراؤه موقوف عند الأولين، باطل عند الآخرين.

وأما شرط ألا يتعلق بالمبيع حق لغير البائع كبيع المرهون والمأجور، فهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية. وشرط انعقاد عند الحنابلة والشافعية، وعليه فبيع المرهون والمأجور موقوف على الرأي الأول، باطل على الرأي الثاني.

وذكر أحمد بك إبراهيم شروط المعقود عليه فقال: يشترط كون المعقود عليه موجودًا ومالًا ومتقومًا ومملوكًا في نفسه ويشترط الملك للبائع فيما يبيعه على أنّه ملك نفسه وكونه مقدور التسليم فلا ينعقد بيع المعدوم إلا في السلم خاصة وما له خطر العدم كالحمل في بطن الأم واللبن في الضرع والثمر قبل ظهوره، ولا يجوز للإنسان بيع ما لبيس مملوكًا له وقت البيع وإن ملكه بعد ذلك إلا في السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمنه بقيمته وكذلك ما يبيعه الفضولي فإنه موقوف على إجازته والوكيل والولي والوصي بيعهم نافذ وإن كانوا غير مالكين لما يبيعونه وذلك لما لكل منهم من الولاية الشرعية المستفادة من المالك أو الشارع ولا ينفذ بيع معجوز التسليم كالبعير الشارد والطير في الهواء والسمك في الماء بعد أن كان ذلك في يد البائع وملكه. (المعاملات الشرعية المالية ص ١١٥) .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٥/ ١٣٨ وما بعدها)

أن يكون طاهرًا منتفعًا به معلومًا مقدورًا على تسليمه[١]

ثالثًا: شروط المعقود عليه عند الشافعية: أن يكون طاهرًا منتفعًا به والولاية بالملك أو الوكالة والقدرة على التسليم ومعلومًا.[٢]

رابعًا: شروط المعقود عليه عند الحنابلة: يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع مملوكًا لبائعه أو مأذونًا له فيه أو ولاية عليه، منتفعًا به منفعة مشروعة وموجودًا ومقدورًا على تسليمه ومعلومًا.[٣]

المطلب الثالث
الفرق بين الصحيح والفاسد والباطل

اتفق الفقهاء على أنّ الصحيح هو ما شرع بأصله ووصفه[٤] ولا فرق بين الباطل والفاسد في العبادات[٥]

واختلفوا في حقيقة الفاسد والباطل في المعاملات على النحو الآتي:

اختلفت نظرة الفقهاء في بيان الفرق بين الفاسد والباطل على النحو الآتي:

الرأي الأول: فرق الحنفية بين الفاسد والباطل في المعاملات.[٦]

---

(١) القوانين الفقهية (ص: ١٦٣)

(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٣ / ٣٥٠ وما بعدها.

(٣) العدة شرح العمدة (ص: ٢٣٩ وما بعدها)

(٤) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب (١/ ٤١٠)

الصحة في العبادات تعني الإجزاء وإسقاط القضاء. والصحة في المعاملات تعني ترتب أحكامها المقصودة بها عليها. (شرح الورقات ص٧٧ علّق عليه د/ موسى عفانة، (تلخيص الأصول ص ٣٣)

(٥) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٢٤٦) وفتح القدير ٦/ ٤٠٣ والأشباه والنظائر ص٢٩١ -٢٨٦

(٦) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٢٤٦) وفتح القدير ٦/ ٤٠٣

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء أنّ الفاسد والباطل مترادفان، فهما في العبادات عبارة عن عدم الاعتداد بها، وفي المعاملات عبارة عن عدم النفوذ[1].

أولًا: الباطل والفاسد عند الحنفية

الفاسد ما يكون مشروعًا بأصله دون وصفه، وما كان مشروعًا في نفسه فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة.

والباطل ما لا يكون مشروعًا بأصله ولا بوصفه، وما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون، وقد يطلق الفاسد على الباطل.[2]

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء أنّ الفاسد والباطل في الأحكام ولا يفيد شيء منهما الملك.[3]

الرأي الثالث: يرى المالكية التوسُّط بين رأيَيّ الحنفية من جهة والشافعية والحنابلة من جهة.[4]

حجة المالكية: توسط المالكية بين القولين، ولم يفرقوا بين الباطل والفاسد في التسمية، ولكنهم قالوا: البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد

---

(١) تلخيص الأصول (ص: ٣٠)

(٢) شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٢٤٦) وفتح القدير ٦/ ٤٠٣ والأشباه والنظائر ص٢٩١ -٢٨٦

(٣) الإبهاج في شرح المنهاج (١/ ٦٩) والأشباه والنظائر للسبكي ٢/ ٩٨ والبحر المحيط في أصول الفقه (٢/ ٢٥) والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩١

قال الإمام الزركشي: عندنا لا فرق بين الباطل والفاسد بل هو سواء في المعنى والحكم، وبه قال أحمد وأصحابه.

(٤) البحر المحيط في أصول الفقه (٢/ ٢٦) والأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٢٨٦)

أربعة أشياء يقدر الملك بالقيمة وهي حوالة الأسواق، وتلف العين ونقصانها، وتعلق حق الغير بها على تفصيل لهم في ذلك.[١]

حجة الحنفية: التعبُّد المقصود من العبادات لا يكون إلا بالامتثال والطاعة، والمخالفة فيها تكون مفوتة للمقصود، فلا يظهر وجه للتفرقة بين باطل وفاسد فيها، فذمة المكلف لا تبرأ بصلاة فاسدة، كما لا تبرأ بصلاة باطلة.

المصالح الدنيوية هي من مقاصد المعاملات وتحقق المصالح مع وجود خلل في وصفها، ولا تنعدم المصلحة فيها إلا إذا ما كان الخلل في الماهية والحقيقة فلا تبطل إلا إذا كان الخلل راجعًا إلى أركان العقد، أو إلى العاقدين، أو إلى محل العقد، كما في بيع الملاقيح – وهي ما في بطون الحوامل من الأجنة – وكما في بيع المضامين – وهي ما في أصلاب الفحول من الماء، فإن بيع الحمل وحده، أو الماء وهو في صلب الفحل غير مشروع ألبتة، وليس امتناعه لأمر عارض، فكان باطلاً لذلك.[٢]

مناقشة: ما تثبت حقيقته بوجه ما فاسد بدليل قوله تعالى: ﴿**لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللهِ لَفَسَدَتَا**﴾[٣] فلقد سمّى الله السماوات والأرض فاسدة عند تقدير الشريك ووجوده،

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه (٢/ ٢٦)

الباطل والفاسد عند الشافعية مترادفان إلا في الكتابة والخلع، والعارية، والوكالة، والشركة، والقراض، وفي العبادات: في الحج، فإنه يبطل بالردة، ويفسد بالجماع ولا يبطل. قال الإمام في الخلع: كل ما أوجب البينونة وأثبت المسمى، فهو الخلع الصحيح. وكل ما أسقط الطلاق بالكلية، أو أسقط البينونة، فهو الخلع الباطل، وكل ما أوجب البينونة من حيث كونه خلعًا، وأفسد المسمى، فهو الخلع الفاسد. (الأشباه والنظائر للسيوطي ص: ٢٨٦)

(٢) التقرير والتحبير على التحرير ٢/ ١٥٥ والمهذب في علم أصول الفقه المقارن (١/ ٤١٥)

(٣) الأنبياء: ٢٢

ودليل التمانع يقتضي أنّ العالم على تقدير الشريك، ووجوده، يستحيل وجوده، لحصول التمانع لا أنه يكون موجودا على نوع من الخلل.[1]

المناسبة بين الاسم والمسمى:

المناسبة بين الفاسد ووصفه، والصحيح ووصفه، والباطل ووصفه فقال:

المناسبة بين الصحيح ومسماه هو أنّه موصل إلى تمام المقصود من دفع الحاجة الدنيوية مع سلامة الدين.

والمناسبة بين الفاسد ومسماه، فلأنه يقال لؤلؤة فاسدة إذا بقي أصلها وذهب لمعانها وبياضها.

والمناسبة بين الباطل ومسماه فيقال لحم باطل إذا صار بحيث لا يبقى له صلاحية الغذاء.[2]

(١) البحر المحيط في أصول الفقه ٢ / ٢٥

(٢) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام (٢/ ١٥٥)

المبحث الثاني
أثر غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد في عقد البيع[١]

لغيبة المعقود عليه عن مجلس العقد سبب إما لكونه معدومًا أو موجودًا لكن لم يحضره مالكه لسبب ما .

والمسائل الآتية نستعرض فيها آراء الفقهاء فيما يتعلق بغيبة المعقود عليه أو عدمه.

المسألة الأولى: آراء الفقهاء في اشتراط حضور المعقود عليه مجلس العقد في عقد البيع .

اتفق الفقهاء على صحة عقد البيع عند وجود المعقود عليه في مجلس العقد لانتفاء الجهالة واختلفوا في شرط وجود المعقود عليه على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى الحنفية والحنابلة اشتراط أن يكون المعقود عليه موجودًا.[٢]

الرأي الثاني: يرى المالكية والشافعية أنّه لا يشترط وجود المعقود عليه وقت انعقاد مجلس العقد ويكفي العلم بصفاته.[٣]

---

(١) البيع لغة: مطلق المبادلة. (التعريفات ص٤٨)

البيع اصطلاحًا: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكًا. (الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣)

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨) والعدة شرح العمدة (ص: ٢٣٩ وما بعدها) وتاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ص٤١٨ ، والمعاملات الشرعية المالية ص٧٥ والفقه الإسلامي في المعاملات والعقود المدنية والتجارية وأحكامها الشرعية ص٢٩

عقد الاستصناع عقد مستثنى من اشتراط وجود المعقود عليه حيث إنّ المعقود عليه معدوم الذات معلوم الصفة. (النتف٢/ ٥٧٧ والبدائع٥/ ٢)

(٣) القوانين الفقهية (ص: ١٦٣) ومنهاج الطالبين ص٩٥

ذكر دك عبد السميع إمام رأي العلماء في شروط المعقود عليه فقال: اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون المعقود

حجة الرأي الأول: يُشترط وجود المعقود عليه في مجلس العقد منعًا للغرر والجهالة المفضيان إلى المنازعة؛ لما ورد من النهي عن بيع المعدوم.[1]

حجة الرأي الثاني: العلم بالصفات يرفع الغرر والجهالة.[2]

الرأي الراجح: هو أن نجمع بين الرأيين فيصح العقد مع غيبة المعقود عليه في غير الأموال الربوية بشرط استيفاء الشروط والصفات التي ترفع الجهالة.

المسألة الثانية: حكم العقد على المعدوم

الرأي الأول: يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أنّه لا يصح العقد على المعدوم.[3]

الرأي الثاني: يرى المالكية أنّ العقد على المعدوم جائز.[4]

حجة الرأي الأول – الجمهور : العقد على المعدوم لا ينعقد أصلًا، وإنما يملك

عليه مالًا متقومًا ومعلومًا وغير منهي عنه، واختلفوا في اشتراط وجوده فيراه الحنفية دون غيرهم، واشترط الجمهور القدرة على التسليم دون الظاهرية.

ويرى الحنفية والمالكية أنّ ملك المعقود عليه في المعاملات شرطًا ليس ضروريًا بل كماليًا، ويرى الحنفية أنّ الشروط تنقسم إلى شروط انعقاد وشروط صحة واعتبر الجمهور جميع الشروط شروط صحة. (أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الإسلامية ص ٦١ .)

(١) بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨) والعدة (ص: ٢٣٩ وما بعدها) وتاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود ص٤١٨ وما بعدها، والمعاملات الشرعية المالية ص٧٥ والفقه الإسلامي في المعاملات ص٢٩

(٢) القوانين الفقهية (ص: ١٦٣) ومنهاج الطالبين ص٩٥

(٣) المبسوط للسرخسي ١١ / ١٤٣ وبدائع الصنائع٥ / ١٣٨ والمهذب ٢/ ١٢ والبيان ٥/ ٦٥ والمغني ٤/ ٧٠ وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان. (المبسوط ١٢ / ١٢٤) والمحيط البرهاني ٦/ ٤٠٧)

(٤) الذخيرة ٥/ ٣٠٧)

بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد[١]، وكذا كل ماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل؛ فإن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن في الضرع؛ فله خطر لاحتمال انتفاخ الضرع، ولا يجوز بيع الثمر، والزرع قبل ظهوره؛ بسبب العدم، والتأويل لقوله – عليه الصلاة والسلام – في رواية أنس: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه؟»[٢]

ولفظة المنع تقتضي أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجودًا؛ لأنّ المنع منع الوجود ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع، ودعوى الضرورة، والحرج ممنوعة فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري[٣].

حجة الرأي الثاني (المالكية): المعدوم في العقود في حكم الموجود عملًا بقاعدة التقدير، ففي العبادات صحة العبادات لمن غفل عن النية، ويُقدر وجود النية، وفي المعاملات يُقدر وجود المعدوم في عقود كالبيع في مسألة بيع الدرهم بالدرهم مع اشتراط القبض في المجلس والإجارة والوديعة وغير ذلك من العقود، ومن يعتقد أنّ المعاوضة على المعدوم على خلاف الأصل مع أنه عماد الشريعة ومعظمها والأوامر

(١) حكم البيع الفاسد: لا يملك المشتري المبيع إلا بالقبض برضا البائع وللمشتري الرد ما لم يتعذر بتغير المبيع.
حكم البيع الباطل: لا ينعقد ولا يُملك المعقود عليه ويُضمن بالهلاك في يد المشتري على الصحيح كالمقبوض على سوم الشراء ولأنّ المشتري قبضه لنفسه لا ليكون امانة، ومقابل الصحيح لا ضمان لأنه كالأمانة. (المعاملات الشرعية المالية ص ١٤٥)

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٧٨ كتاب البيوع باب: بيع المخاضرة، وسنن النسائي ٧/ ٢٦٤ شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها على أن يقطعها، ولا يتركها إلى، أوان إدراكها.

(٣) المبسوط١١ / ١٤٣ والبدائع ٥ / ١٣٨

والنواهي والمباحات والوعد والوعيد والبشارة والنذرة والشروط وأجوبتها ولا تتعلق جميع هذه إلا بمعدوم.[1]

الرأي الراجح: صحة العقد على المعدوم إذا ضُبطت صفاته بما يمنع الجهالة المفضية إلى النزاع؛ لأنّه من معطيات الحضارات الصناعية استُحدثت عقود على سلع لم تُصنع بصفات معلومة وبثمن معلوم وموعد تسليم معلوم، وأصبحت هذه العقود محمية بالحكومات والمنظمات المتخصصة، وما منعت الشريعة العقد على المعدوم بسببه ليس موجودًا إذا ما ضُبطت العقود بالشروط القانونية الموجودة.

المسألة الثالثة: مسألة بيع الغائب

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على صحة بيع المعلوم المقدور على تسليمه وجواز بيع المعلوم بالصفة عند الجمهور وقول للحنابلة[2] واختلفوا في بيع الغائب.

سبب الخلاف: هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر، وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه؟[3]

---

(١) الذخيرة ٥/ ٣٠٧

بيع الغائب على الصفة وهذه المسألة الخلفة مجهولة وغرر تدعو الضرورة إليه لتعدد التمييز في المقائي وحفظ المالية في الجميع فإن اشترى الخلفة قبل أن تخلق بعقد منفرد امتنع للجهالة وعدم التبعية التي يغتفر فيها ما لا يغتفر في الاستقلال أو بعد العقد على أصلها وحدها فقولان نظرا إلى إلحاق هذا العقد بما تقدم أو هو منفرد فيمتنع. (الذخيرة ٥/ ١٩١)

(٢) البناية (٨/ ٨١) ومناهج التحصيل(٦/ ٣٦٦) وشرح التلقين (٢/ ٨٨٧) والحاوي الكبير (٥/ ١٤) والمغني (٤/ ١٥١)

(٣) بداية المجتهد (٣/ ١٧٤)

واختلاف الفقهاء على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى الحنفية والماليكة والشافعية والحنابلة في قول والظاهرية صحة بيع الغائب بالصفة.[١]

الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنابلة في رواية عدم صحة بيع الغائب بالصفة.[٢]

حجة الرأي الأول: استدل الجمهور على جواز بيع العين الغائبة: بعموم قوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا**﴾[٣] .

ومن السنة: عن أبي هريرة عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: " من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه" [٤] .

الإجماع: إجماع الصحابة: روي أنّ عثمان بن عفان وطلحة بن عبيد الله – رضي الله عنهما – تناقلا دارين: إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة، فقيل لعثمان: غبنت فقال:

---

(١) البناية ٨ / ٨١ ومناهج التحصيل (٦/ ٣٦٦) وشرح التلقين (٢/ ٨٨٧ والحاوي (٥/ ١٤) والمغني (٤/ ١٥١) والمحلى ٧/ ٢٢٠

(٢) الكافي٢/ ١٠ والمغني ٤/ ٧٠

ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض، كالجزر، والفجل، والبصل، والثوم حتى يقلع، ويشاهد، وكل مبيع مجهول لم يره، ولم يوصف له، فأشبه بيع الحمل؛ ولأنّ النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن بيع الغرر.» وهذا غرر. (المغني لابن قدامة ٤/ ٧٠)

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٥

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ٢٦٨ كتاب البيوع والأقضية، وسنن البيهقي ٢/ ٢٤٠ باب بيع خيار الرؤية، من طريقين طريق مكحول وهو منقطع وابن أبي مريم هذا ضعيف ورواه عمر بن إبراهيم الكردي بأسانيد له مرفوعا وكان متهما بوضع الحديث وإنما روي عن الحسن، وابن سيرين من قولهما وروي عن عثمان، وطلحة، وجبير بن مطعم: «ما دل على جواز بيع خيار الرؤية» وفي إسناد حديثهم إرسال، (نصب الراية ٤/ ٩ باب خيار الرؤية.)

لا أبالي لي الخيار إذا رأيتها، فترافعا إلى جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة.[1]

المعقول: يترتب على فقد رؤية المبيع الجهل بصفات المبيع والجهل بصفات المبيع، لا يمنع من صحة العقد عليه، ويثبت الخيار فيه كالمبيع إذا ظهر على عيبه والمفقود للرؤية بقشره.

الرؤية ليست شرطًا في بيوع الأعيان؛ ولأنّ الرؤية لو كانت شرطًا في صحة العقد؛ لكان وجودها شرطًا في حال العقد، ولم يستغن برؤية تقدمت العقد، كالصفات في السلم، وذكر الثمن، فلما صح العقد بالرؤية المتقدمة على العقد ثبت أنها ليست بشرط في صحة العقد .

والرؤية لو كانت شرطًا في بيوع الأعيان كالصفة في بيوع الصفات لوجب أن يكون رؤية جميع المبيع شرطًا في صحة العقد، فلما كان مشتري الصبرة إذا رأى بعضها جاز له أن يبتاع جميعها، علم أنّ.[2]

فإذا جاء على الصفة فهو لازم، ورآه الإمام مالك من الغرر اليسير، والصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع، أو لمكان المشقة التي في نشره، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه، وبيع الغائب على الصفة إنما جوز للضرورة؛ وهي تعذر الوقوف على عين المبيع.[3]

---

(١) شرح معاني الآثار٤/ ٣٦١ باب شراء الشيء الغائب، ونصب الراية ٤/ ٩ باب خيار الشرط، قال البيهقي في السنن الصغرى: في إسناده إرسال ٢/ ٢٤٠ باب بيع خيار الرؤية.

(٢) البناية ٨ / ٨١) ومناهج التحصيل (٦/ ٣٦٦) و شرح التلقين (٢/ ٨٨٧) والحاوي (٥/ ١٤) والمغني لابن قدامة (٤/ ١٥١)

(٣) البناية شرح الهداية (٨/ ٨٣) والقواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (١/ ٣٢٩) وبداية المجتهد

مناقشة: اعترض على جواز بيع الغائب ببطلان بيع الآبق.

الجواب: لم يمتنع بيع الآبق لغيبته، بل لتعذر تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء.

حجة الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنابلة أنّه لا يجوز البيع بالصفة لأنّه لا يمكن استقصاؤها.[١]

وبدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر"[٢]

ودليل المعقول: البائع باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر، ولأنه بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة.

مناقشة: حديث عثمان وطلحة تعاقد على بيع الغائب.[٣]

ونهاية المقتصد (٣/ ١٧٤) ومناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها (٦/ ٣٦٦).

غائبة عن المتعاقدين فيجوز بيعها بالصفة ويجب أن تحصر بالصفات المقصودة التي تختلف الأثمان باختلافها وثقل الرغبة وتكثر لأجلها ولا يكتفي بذكر الجنس والنوع فقط ولا يجوز بيعها بغير صفة إلا أن يكون على رؤية متقدمة من وقت لا تتغير في مثله إلى وقت العقد ولا خيار للمبتاع إذا جاءت على الصفة أو على ما يعرف من الرؤية إلا أن يشترطه وله الخيار إن جاءت على دون الصفة وضمانها من البائع إلا أن يشترطه على المشتري في ظاهر المذهب ويجوز النقد فيه بغير شرط فإن كان بشرط فسد البيع إلا في المأمون كالعقار ونحو ذلك كبيع الأعدال على البرنامج فإنه جائز إذا تبين ما تضمنه برنامجه فإن وافق الصفة لزم. (التلقين في الفقة المالكي (٢/ ١٤٢)

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٠)

(٢) صحيح مسلم ٣/ ١١٥٣ كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، وسنن أبي داود ٥/ ٢٥٩ باب في بيع الغرر

(٣) سبق تخريجه.

جواب المناقشة: احتمالية أنّ بيع عثمان وطلحة تم بالصفة ومع ذلك فهو قول صحابي وقد اختلف في كونه حجة ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شئ من الخيارات، وفي اشتراط الرؤية مشقة على ذوات الخدور وإضرار بهن ولأنّ الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع.[1]

مناقشة حديث" " من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه "[2]

جواب المناقشة: مع ضعف الحديث يحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه فعلى هذا يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما، فلو باع ثوبًا مطويًا أو عينًا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب. .[3]

الرأي الراجح: هو جواز بيع الغائب المضبوط بالصفة ضبطًا ينافي الجهالة.

المسألة الرابعة: اشتراط القدرة على تسليم المعقود عليه في عقد البيع

اختلف الفقهاء في اشتراط القدرة على تسليم المعقود عليه لصحة العقد على النحو الآتي :

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أنّ البيع لا يصح إلا إذا كان المعقود عليه مقدورًا على تسليمه سواء كان ثمنًا أو مبيعًا فلا يجوز بيع ما لم يقدر على تسليمه كما لو كان مالًا ضائعًا أو مغصوبًا لا يقدر على تسليمه[4].

---

(١) الشرح الكبير ٤/ ٢٦ والعدة ص ٢٤٠

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الشرح الكبير ٤/ ٢٦ والعدة ص ٢٤٠

(٤) نظرات في أصول البيوع المحرمة ص ٢٠٦ وبدائع الصنائع (٥/ ١٣٨ وما بعدها) والقوانين الفقهية ص: ١٦٣) وروضة الطالبين ٣/ ٣٥٠ وما بعدها، والعدة شرح العمدة (ص: ٢٣٩ وما بعدها)

الرأي الثاني: يرى الظاهرية أنّ لا يشترط لصحة البيع القدرة على التسليم وإنما الواجب ألا يحول البائع بين المشتري وما اشتراه[١].

حجة الرأي الأول- الجمهور : حديث نهى النبي عن بيع الغرر"[٢].

وهو البيع الذي يتضمن خطرًا يلحق أحد المتعاقدين فيؤدي إلى ضياع ماله، وذلك يشمل بيع ما لم يقدر على تسليمه؛ لأنّ محل العقد لم يكن مقدورًا عليه، وكان العاقد مترددًا في الحصول عليه وعدمه فهو لا يُعرف أيتم أم لا؟ وهذا هو الغرر الذي يؤدي إلى ضياع مال المشتري هباءً إذا لم يحصل على المبيع، وبذلك يكون أكل البائع له من الظلم المحرم بنص الشريعة[٣].

حجة الرأي الثاني – الظاهرية : العموم في قوله تعالى:﴿ **وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا**﴾[٤] يشمل كل بيع يتداوله الناس مقدوراً على تسليمه أم لا، وغير المقدور عليه مال كسائر الأموال، إذا صح الملك عليه قبل ذلك، وإلا فلا يحل بيعه[٥].

الرأي الراجح: رأي الجمهور القائل باشتراط القدرة على تسليم المعقود عليه لصحة العقد، حفظاً لحقوق المتعاقدين.

---

(١) نظرات في أصول البيوع المحرمة ص ٢٠٦ .

(٢) سبق تخريجه

(٣) نظرات في أصول البيوع المحرمة ص ٢٠٦ .

(٤) سورة البقرة

(٥) المحلى ٧ / ٢٨٥ ونظرات في أصول البيوع الممنوعة ص ٢٠٨

المسألة الخامسة: حكم المعقود عليه في التجارة الإلكترونية[1]

(١) التجاره الإلكترونية (E-COMMERCE) تعتمد أساسا على الربط بين تكنولوجيا الاتصالات المتطورة وشبكات المعلومات الدولية (الإنترنت) وبين نظم الدفع الإلكترونية الدولية الحديثة بغرض تسهيل المعاملات الاقتصادية التجارية على مستوى الأفراد والشركات، والخروج بالعمليات التجارية من النظام التقليدي الذي يعتمد على وجود أطراف في مكان إتمام الصفقة إلى آفاق رحبة تسمح لهم بإتمام تلك الصفقات عن بعد بما يحقق لكل طرف أهدافه التي يسعى إليها، فالنقود الإلكترونية إذاً هي إفراز للتقنية اليوم. (أنظمة الدفع الإلكتروني المعاصر غير الائتماني في الفقه الإسلامي (ص: ٢٥)

١- في عُرف الاتصالات تطلق التجارة الإلكترونية على أنها وسيلة من أجل إيصال المعلومات أو الخدمات أو المنتجات، عبر خطوط الهاتف أو عبر شبكات كمبيوترية، أو عبر أي وسيلة تقنية)

٢- من وجهة نظر الأعمال التجارية فهى عملية تطبيق التقنية من أجل جعل المعاملات التجارية تجرى بصورة تلقائية وسريعة

٣ـ في نظر الخدمات تطلق على أنها أداة من أجل تلبية رغبات الشركات والمستهلكين والمديرين في خفض كلفة الخدمة والرفع من كفاءتها والعمل على تسريع إيصال الخدمة.

لقد حمت الشريعة الإسلامية المعاملات التجارية من كل أنواع التدليس والكذب والغش، وحرمت كافة أنواع غسيل الأموال التجارية، وأوجبت وسائل السلامة في التعامل التجارى؛ حتى يكسب المال حلالاً وهي أسس شرعية ينبغي أن يتحلى بها التاجر، وأوجبت طلب الإذن من صاحب العمل التجارى، والالتزام بالأمانة، والابتعاد عن الغش؛ للحديث " من غشنا فليس منا" (صحيح مسلم ١/ ٩٩ كتاب الإيمان باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من غشنا فليس منا»

وضرورة التحلي بالأخلاق الحميدة المنبثقة من العقيدة الإسلامية، وضرورة ارتباط النية في البيع، والنزاهة والصدق والوفاء بالعقود التجارية،والابتعاد عن اليمين المنفقة للسلعة،والالتزام بالشروط العقدية، ولا شك أن نظرية العرض والطلب، وعدم احتكار السلع ، أو الغش فيها، أو غصبها أو سرقتها، وتحري الجلب الصحيح والإنتاجية المباحة – تحقيقاً للمصلحة وإنعاشاً للسوق – من أولويات الأخلاق الفاضلة للتاجر المسلم، كما أنّ سد الذرائع لمنع الأضرار والمفاسد التجارية مطلب مهم في العملية التجارية، وهي قواعد معدومة في الشرع الحنيف، وقد ورد النهي عن الضرر بشتى صوره وتحريم استعماله ـ استعمالاً مباشراً أو نسبياً ـ ومن صور الضرر: الاحتكار، أو الدخول إلى مواقع إلكترونية والنسخ منها بغير إذن، أو البيع من دون موجب شرعي ويجب التحلي بالخلق النبيل، والالتزام بالعلامة التجارية الواضحة والاحتفاظ بملكيتها وتميزها عن المحل التجاري واستغلاله بوجه مشروع في التجارة الإلكترونية والبعد عن أساليب الحيل والخداع؛ وذلك حفاظاً على حقوق الآخرين من السرقات وإضاعة أموالهم بطرق غير مشروعة.

التجارة الإلكترونية ينطبق عليها ما ينطبق على التجارة غير الإلكترونية فلا تحرم إلا إذا اشتملت على بيع ما لا يملك، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال :لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"[١]

التكييف الفقهي للتجارة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية تُستخرج على بيع العين الغائبة الموصوفة أو بيع الأنموذج[٢] وهو ما يمسى ببيع على البرنامج.

المسألة السادسة: حكم البيع بالأنموذج[٣]

الرأي الأول:يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية جواز البيع بالأنموذج واشترط الشافعية دخول النموذج في الصفقة.[٤]

ومن واجبات التجارة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية: ترك الشبهات، والإعلانات الكاذبة، والصدق، والتبكير في التجارة، بالإضافة إلى السماحة في المعاملة، والتحلي بمعالي الأخلاق، وترك المشاحنة والتضييق على الناس، ووجوب دفع الزكاة المشروعة في سائر الأعمال التجارية وعروضها .
https://jalo.ahlamontada.net/t34-topic

(١) سنن الترمذي ٣/ ٥٢٧ أبواب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك وهذا حديث حسن صحيح، والسنن الكبرى للنسائي ٦/ ٥٩ بيع ما ليس عند البائع

(٢) لا بد من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة قطعًا للمنازعة، فإن كان حاضرًا فيكتفي بالمباشرة، لأنها موجبة للتعريف قاطعة للمنازعة. وإن كان غائبًا، فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيلي والوزني والعددي المتقارب فرؤية الأنموذج كرؤية الجميع، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب، فإن كان ما لا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعا للمنازعة ويكون له خيار الرؤية. (الاختيار لتعليل المختار ٢ / ٥)

(٣) الأنموذج بضم الهمزة ما يدل على صفة الشيء. (البحر الرائق ٦ / ٣٢)

(٤) الاختيار٢ / ٥ ومناهج التحصيل ٦/ ٣٦٦ والمجموع ٩/ ٢٩٥ وروضة الطالبين ٣/ ٣٧٣ والإنصاف ٤/ ٢٩٥ والمبدع ٤/ ٢٥)

الرأي الثاني: يرى الحنابلة في رواية عدم جواز بيع الأنموذج[1].

حجة الرأي الأول – الجمهور : غياب الجهالة المانعة لصحة البيع برؤية النموذج، وللمشتري خيار الرؤية وخيار العيب[2].

واشترط الشافعية دخول النموذج في السلعة فإذا رأى أنموذجًا من المبيع منفصلًا عنه، وبنى أمر المبيع عليه نظر إن قال بعتك من هذا النوع كذا وكذا فالبيع باطل؛ لأنه لم يعين مالًا ولم يراع شروط السلم ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم على الصحيح من الوجهين؛ لأنّ الوصف يرجع إليه عند النزاع بخلاف هذا، وإن قال بعتك الحنطة التي في هذا البيت وهذا الأنموذج منها فإن لم يدخل الأنموذج في البيع فوجهان(أصحهما) لا يصح البيع؛ لأنّ المبيع غير مرئي وإن أدخله صح على أصح الوجهين كما لو رآه متصلا بالباقي، وأصح الوجهين إن أدخل الأنموذج في البيع صح وإلا فلا، وصورة المسألة مفروضة في المتماثلات[3].

وبيع الغائب على الصفة إنما جوز للضرورة؛ وهي تعذر الوقوف على عين المبيع وتأمله، وهذه العلة موجودة في بيع البرنامج؛ إذ لا فرق بين أن يتعذر الوقوف على عين الشيء وحقيقته لبعد الشقة وطول المسافة، وبين أن يتعذر لأجل ما يخشى من نقصان المالية وإن كان بين أيديهم ونصب أعينهم؛ مثل أحكام البر؛ لأن فتحها وسير ما فيها من المتاع يؤدى إلى الإضرار بالبائع في الحل، والشد، والطي مع ما يلحق المبتاع من

(١) المبدع ٤/ ٢٥ والإنصاف ٤/ ٢٩٥

(٢) البناية شرح الهداية (٨/ ٨٩)

(٣) المجموع شرح المهذب (٩/ ٢٩٨)

التمرين والامتهان بملامسة أيدي السوام والمباع الرفيع بكونه أدنى الأشياء.

فبهذا الاعتبار جوّز الإمام مالك –رحمه الله– البيع على البرنامج[١].

حجة الرأي الثاني: لا يتحقق شرط العلم بالمبيع إلا برؤيته كاملًا، أو برؤية البعض الدال على البقية ، كرؤية أحد وجهي الثوب تكفي فيه إذا كان غير منقوش. وكذا رؤية وجه الرقيق، وظاهر الصبرة المتساوية الأجزاء، من حب وتمر ونحوهما، وما في الأعدال من جنس واحد ونحو ذلك. ولا يصح بيع الأنموذج، بأن يريه صاعا ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه، على الصحيح من المذهب.[٢]

الرأي الراجح: صحة البيع بالأنموذج خاصة إذا ما توفرت الضمانات التي تحفظ حقوق المتعاقدين.

المسألة السابعة: بيْع ما يصعب رؤيته

بعض السلع لا يمكن مشاهدتها إلا بمشقة أو ضرر فكانت بمثابة الغائب، ومنها الأدوية والأشربة التي تُحفظ في أوانٍ خاصة لا تُفتح إلا عند الاستعمال

أراء العلماء في بيع الحاضر الذي تصعب رؤيته :

الرأي الأول: يرى الحنفية والمالكية جواز البيع مع ثبوت خيار الرؤية عند الحنفية دون المالكية.[٣]

الرأي الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة في رواية إلى أنّه لا يجوز بيع ما تصعب رؤيته

---

(١) مناهج التحصيل (٦/ ٣٦٦)

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٤/ ٢٩٥)

(٣) البناية ٨ / ٨١) ومناهج التحصيل (٦/ ٣٦٦) وشرح التلقين (٢/ ٨٨٧) والحاوي الكبير (٥/ ١٤) والمغني (٤/ ١٥١) والمحلى ٧/ ٢٢٠

للجهالة.[1]

حجة الرأي الأول: الغرر اليسير يغتفر إجماعًا لكن حيث لم يقصد كأساس الدار المبيعة وإجارتها مشاهرة مع احتمال نقصان الشهور وكالجبة المحشوة واللحاف والحشو مغيب والشرب من السقاء ودخول الحمام مع اختلاف الاستعمال.[2]

حجة الرأي الثاني: لا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض، كالجزر، والفجل، والبصل، والثوم حتى يقلع، ويشاهد؛ لأنّ المبيع مجهول، لوم يره، ولم يوصف له، فأشبه بيع الحمل. ولأنّ النبي – صلى الله عليه وسلم –نهى عن بيع الغرر، وهذا غرر.[3]

الرأي الراجح: رأي المالكية؛ لأنّ المعقود عليه معلوم بالعادة ويعرفه أهل الخبرة به والغرر فيه يسير لا يمكن الاحتراز عنه فيغتفر في جنب المصلحة العامة التي لابد للناس منها، وينطبق هذا على جواز بيع المزارع الكبيرة التي لا يمكن بيع ما فيها من الزروع المغيبة في الأرض إلا على حالها ولو شرط لبيعها إخراج المبيع دفعة واحدة لكان في ذلك مشقة على أربابها ولو اشتُرط في بيعها إخراجها شيئًا فشيئًا لكان فيه حرج وعسر ربما أدى إلى فساد الأموال وقد جاء الشرع باعتبار المصالح ورفع الحرج [4].

المسألة الثامنة: بيع الآبق

اتفق العلماء على جواز بيع العبد الموجود واختلفوا في حكم بيع الآبق على النحو الآتي:

---

(١) الكافي٢/ ١٠

(٢) شرح مختصر خليل ٥ / ٧٥ والفواكه الدواني٢/ ٨٠

(٣) المغني لابن قدامة (٤/ ٧٠)

(٤) – نظرات في أصول البيوع الممنوعة ص ١١٠ وما بعدها.

الرأي الأول: يرى الحنفية ومالك جواز بيع الآبق معلوم الصفة معلوم المكان ممن هو عنده، وعند الظاهرية الجواز إذا ما أمكن عليه الملك.[١]

الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنابلة أنّ بيع العبد الآبق باطل.[٢]

حجة الرأي الأول: بيع الآبق المنهي عنه ما كان آبقا في حق المتعاقدين معًا وهذا غير آبق في حق المشتري؛ ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع، ثم لا يصير قابضًا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عنده أخذه؛ لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد إذا لم يفسخ؛ لأنّ العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم، كما إذا أبق بعد البيع، وهكذا يروى عن محمد رحمه الله.[٣]

حجة الرأي الثاني: بيع الآبق من أعظم الغرر وهو منهي عن بيعه؛ ولأنّ ما تعذر تسليمه لم يجز بيعه، والآبق متعذر التسليم، ويُقاس عليه الجمل الشارد وكل شيء ضال أو ضائع، فلو باع آبقًا، ثم وجده لم يلزمه تسليمه إلى المشتري لفساد بيعه حتى يستأنفا بيعه بعد وجوده، وبيع الآبق والضال باطل، عرف موضعه أم لا؛ لأنه غير مقدور على تسليمه في الحال، كالطير في الهواء، فإن حصل في يد إنسان، جاز بيعه؛ لإمكان تسليمه.[٤]

الرأي الراجح: فساد بيع الآبق والضال؛ لما في ذلك من فتح باب للسرقات وإضاعة

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ٤٥) والمحيط البرهاني٥/ ٤٥١ وبداية المجتهد٣/ ١٧٦ والمحلى ٧/ ٢٨٥

(٢) الحاوي٥/ ٣٢٦ والبيان٥/ ٧٨ والمغني لابن قدامة (٤/ ١٥١)

(٣) الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ٤٥) والمحيط البرهاني٥/ ٤٥١

(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٢٦ وروضة الطالبين (٣/ ٣٥٨) والمغني لابن قدامة (٤/ ١٥١)

المال وبخس الأثمان.

المسألة التاسعة: حكم العقد على محتمل الوجود

أولًا: بيع الأشياء المستقبلة كالعقد على نتاج ماشية.[1]

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء على صحة بيع الموجود واتفقوا على بطلان بيع المعدوم لجهالته ومن هذه البيوع العقد على نتاج ماشية (حبل الحبلة)[2] وهو باطل للغرر والنهي عنه.

أ- لا يجوز لغرر وانعدام المالية، والتقوّم فيه مقصودًا قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه بدليل نهي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن بيع حبل الحبلة»[3] .

وجه الدلالة: المراد بيع حمل الحمل، وقد كانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبلة [4].

---

(١) بيع حبل الحبلة هو البيع إلى نتاج ما تنتج الناقة كالأجل المجهول. روي هذا عن مالك وابن القاسم.
وقال ابن وهب وغيره: هو نتاج ما تنتج الناقة.(التاج والإكليل ٦/ ٢٢٦

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٩٥) وتبيين الحقائق (٤/ ٤٦) والفواكه الدواني (٢/ ٩٤) والمقدمات الممهدات ٢ / ٧٢ واللباب ٢١٤ والحاوي الكبير (٥/ ٣٣٦) ونهاية المطلب(٥/ ٤٣١) والمغني٤/ ١٥٧.
قال إمام الحرمين: ولبيع حبل الحبلة تأولان: ١- أن يبيع الناقة بثمن مؤجل إلى نتاج نتاجها، وهذا عقد فاسد، وسببه جهالة الأجلِ.
٢-أن يبيع نتاجَ النتاج قبل أن يخلق. وهذا ممنوع، وهو المعتاد في العرب. (نهاية المطلب٥/ ٤٣١)

(٣) صحيح البخاري ٣ / ٧٠ كتاب البيوع باب بيع الغرر وحبل الحبلة

(٤) المعجم الكبير للطبراني ١١/ ٢٣٠ عكرمة عن ابن عباس، ذكر الزيلعي أنّ البزار رواه مرفوعًا برواية أبي هريرة. (نصب الراية ٤/ ١٠ باب البيع الفاسد) .

والمضامين ما تتضمنه الأصلاب والملاقيح ما تتضمنه الأرحام، وقيل على عكس هذا المضامين ما تضمه الأرحام والملاقيح ما تضمه الأصلاب، وقياسًا على منع بيع الجنين[١].

المسألة العاشرة: حكم بيع ما لم يُخلق

يرى جمهور الفقهاء عدم جواز بيع ما لم يُخلق[٢].

ذكر ابن رشد أنّ جميع العلماء مطبقون على منع ذلك؛ لأنّه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق، ومن باب بيع السنين والمعاومة.[٣]

وما لم يُخلق ممنوع لأنّه من بيع المعدوم وبيع ما أصله غائب أي ما ينبت في باطن الأرض، وهذا إذا كان لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع.

ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم" نهى عن بيع الغرر"[٤] .

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٩٥) وتبيين الحقائق (٤/ ٤٦) والفواكه الدواني (٢/ ٩٤) والمقدمات الممهدات ٢ / ٧٢ واللباب ٢١٤ والحاوي الكبير (٥/ ٣٣٦) ونهاية المطلب (٥/ ٤٣١) والمغني٤/ ١٥٧
قال إمام الحرمين: ولبيع حبل الحبلة تأولان: ١- أن يبيع الناقة بثمن مؤجل إلى نتاج نتاجها، وهذا عقد فاسد، وسببه جهالة الأجلِ.
٢-أن يبيع نتاجَ النتاج قبل أن يخلق. وهذا ممنوع، وهو المعتاد في العرب. (نهاية المطلب٥/ ٤٣١)

(٢) البدائع (٥/ ١٣٨) ورد المحتار (٥/ ٥٢) والذخيرة (٥/ ٢٦٢) والمهذب ٢ / ١٢ والبيان ٥ / ٦٥ والروض المربع ٤ / ٥٤٩
قال ابن رشد: البيوع المنطوق بها أكثرها متفق عليها، وإنما يختلف في شرح أسمائها. (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) ٣ / ١٦٧)

(٣) التنف في الفتاوى ١/ ٤٦٩ واللباب ٢/ ٤٨٥ وبداية المجتهد(٣/ ١٦٨) والبيان ٥/ ٦٥ والمهذب ٢/ ١٢ والمغني ٤/ ٧٠

(٤) سبق تخريجه.

والغرر ما انطوى عليه أمره وخفيت عليه عاقبته.[1]

المسألة الحادية عشر: البيوع التي ترد على غير معروف الكمية والوصف

١- بيع شيئ موجود موثوق بحصوله غير معلوم الذات أو الصفة كما في البيع بالرقم تكون هناك سلع متعددة ومتفاوتة الجناس والقيم وكل سلعة لها رقم خاص فيدفع المشتري قدرًا من المال ويأخذ ورقة تحمل رقمًا خاصًا، فما وافق رقمه من السلع أخذه.

وهي عقود ترد على شيئ لا يستطيع المتعاقدان أو أحدهما تحديده وقت التعاقد لا صفة ولا قدرًا وتحديده موكول إلى المستقبل الذي تختلف أحواله فتختلف تبعًا لها صفة المعقود عليه وكميته

حكم العقد: نهى الإسلام عن مثل هذه العقود لما فيها من الغرر وما فيها من منافع موهومة لا يكفي أن يكون سببًا في جوازها وإثمها أكبر من نفعها فهي من أسباب ضياع الثروات وإفلاس الكثيرين وتغرس بذور الطمع والخداع والدعة والسكون اتكالًا على الحظ، وما سبق نهى عنه الإسلام حين نهى عن بيع الحصاة والغرر وفيه وسيلة لنهب الأموال وهو قمار مخل بالأنظمة الاقتصادية كان موجودًا في الجاهلية ويكفي من مساوئه عدم اطمئنان النفس حيث لا يدري المتعاقد أيربح أم يخسر؟[2]

---

(١) البدائع (٥/ ١٣٨) ورد المحتار (٥/ ٥٢) والذخيرة (٥/ ٢٦٢) والمهذب ٢ / ١٢ والبيان ٥ / ٦٥ والروض المربع ٤ / ٥٤٩

قال ابن رشد: البيوع المنطوق بها أكثرها متفق عليها، وإنما يختلف في شرح أسمائها. (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) ٣ / ١٦٧)

(٢) أصول البيوع الممنوعة ص ١١٦ وما بعدها

المسألة الثانية عشر: غيبة المعقود عليه في تعاقدات المؤسسات المالية

أولًا: تجوز المضاربة بالأسهم باعتبارها عروضًا تجارية ولا يشترط أن يكون رأس المال من النقد .

وبيع الأسهم من قبيل بيع الشريك في التجارة حصته التي يمتلكها وقد أجازت الشريعة للشركاء أو لأحدهم بيع حصته متى كان معلوم المقدار معروف النوع ولا غرر في بيعه أو جهالة مع مراعاة سائر شروط الصحة[1].

يجوز شرعًا بيع الأسهم بسعر بات، أما إذا كان السعر مؤجلاً لوقت التصفية فلا يجوز البيع لجهالة الثمن؛ لأنّ العلم بالثمن شرط لصحة البيع عند جماهير العلماء. وأجاز الإمام أحمد وابن تيمية وابن القيم البيع بما ينقطع عليه السعر، قياسًا على القول بمهر المثل في الزواج، وأجر المثل في الإجارة، وثمن المثل في البيع، وعملاً بالمتعارف، وبما يحقق مصالح الناس.

أما بيع الأسهم على المكشوف، أي إذا كان البائع لا يملكها في أثناء التعاقد، فلا يجوز، للنهي الثابت شرعًا عن بيع ما لا يملك الإنسان.[2]

---

(١) نظرات في أصول البيوع الممنوعة ص١٩٧

(٢) الأسهم والسندات ص ٣١ والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٧ / ٥٠٣٦ ومجلة مجمع الفقه الإسلامي ٦/ ٩٦٠

السهم: جزء من رأس مال الشركة المساهمة، ويمثل حق المساهم مقدراً بالنقود، لتحديد مسؤوليته ونصيبه في ربح الشركة أو خسارتها. فإذا ارتفعت أرباح الشركة ارتفع ثمن السهم إذا أراد صاحبه بيعه، وإذا خسرت انخفض سعره إذا أراد صاحبه بيعه.

والسندات: أوراق مالية لضمانا دين على الدولة، أو شركة، ويقدر لها فائدة أو ربح ثابت، ويكون هناك خصم في إصدار السندات بمعنى أن يدفع المكتتب أقل من القيمة الاسمية على أن يسترد القيمة. (الأسهم والسندات ص ٣١ والفقه الإسلامي (٧/ ٥٠٣٦)

يرى جمهور الفقهاء أنّ بيع الإنسان ما لا يملكه باطل-ولا ولاية له على المعقود عليه[1] .

قال السرخسي:تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان بيع ما ليس في ملكه [2]بدليل

حكم التعامل بالسندات:

السندات سلع ربوية محرمة، لا يجوز بيعها ولا التعامل بها؛ لأنّ كل قرض جر نفعًا فهو ربا .

والسندات بيعها من قبيل بيع الدين وذلك لاشتمالها على عقد ربوي محرم جر نفعاً وهو الفائدة، ما دامت سنداً يلتزم المُصدر له بموجبه أن يدفع لحامله القيمة الإسمية كاملة، مع فائدة ربوية متفق عليها، قال الله تعالى: {يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ وَأَطِيعُوا اللهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ " (آل عمران:١٣٠ – ١٣٢) (قضايا فقهية معاصرة ص١٠٩ ونظرات في أصول البيوع الممنوعة ص١٩٨)

يرى د/ أحمد الخليل أنّ السندات من المعاملات الربوية مرجِحًا فتوى المؤتمر الإسلامي الثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة ١٣٨٥ هـ وفتوى لجنة الفتوى بالأزهر ٢٨/ ٢/ ١٩٨٨ م، وفتوى ندوة الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية المنعقدة بالرباط ١٤١٠هـ، وفتوى مجمع الفقه الإسلامي ١٤١٠ هـ)

والمضاربة بالسندات باعتبارها عروض تجارية لا تجوز ويكون ربا والمضاربة بها ما هي إلا بيع وشراء من العامل في محل التجارة، وإذا كانت السلعة مما لا يجوز بيعه فلا تجوز المضاربة بها.

ثانيا حكم المضاربة بالسندات باعتبار ما تمثله السندات وهو القرض أيضًا لا تجوز المضاربة بها لعدم التسليم ولاشتراط أن يكون رأس المال في المضاربة عينًا وليس دينًا، وأيضًا لأنها تكون قرضًا جر نفعًا. (الأسهم والسندات ص٣٢٠ د/ أحمد بن محمد الخليل دار ابن الجوزي وقضايا فقهية معاصرة ص ٢٥ والفقه الإسلامي (٧/ ٥٠٣٦)

(١) المبسوط للسرخسي١٣ / ٧٠ والفواكه الدواني ٢/ ١٠٢ والحاوي ٥/ ٣٢٥ والعدة ص٢٩٣

قال الإمام الزيلعي: أجمعنا على أنه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز، وإن ملكها فيما بعد. (تبيين الحقائق ٤ / ٢٥)

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣ / ٧٠

قصة الحديث فإن «حكيم بن حزام – رضي الله عنه – قال يا رسول الله إنّ الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستحدثها فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه فقال – صلى الله عليه وسلم – لا تبع ما ليس عندك»[١].

قال الماوردي: من بيوع الغرر بيع ما ليس عندك وقد فسره بعض الشافعية أن يبيع الرجل سلعة لا يملكها بيعًا عن نفسه لا عن مالكها ثم يمضي فيبتاعها ويدفعها إلى مشتريها وهذا بيع باطل لا أعلم فيه خلافا لورود النهي نصا فيه وهو ما روي أنّ النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لحكيم بن حزام بعد قدومه إلى المدينة مسلمًا لم يبلغني يا حكيم أنك تبيع ما ليس عندك لا تبع ما ليس عندك[٢].

–بورصة العقود أو بورصة (الكونتراتات): وهي التي يتم البيع فيها لسلع غائبة غير حاضرة بسعر بات أو بسعر معلق على سعر البورصة في تصفية محددة، ويكون البيع فيها على المكشوف، أي بيع مقدور التسليم في المستقبل لا في الحال[٣].

المسألة الثالثة عشر: التعامل الآجل في البورصة الأسواق المالية (البورصة)

هي سوق منظمة للتعامل في الأوراق المالية من أسهم وسندات الحكومات والشركات القابلة للتداول في البورصة، وفق ضوابط محددة، وتعقد في مكان معين .. في

(١) سنن الترمذي ٣/ ٥٢٦ أبواب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، وسنن أبي داود ٣/ ٢٨٣ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده صحيح لغيره، وهذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع، فإن يوسف بن ماهك لم يسمع من حكيم بن حزام.

(٢) الحاوي ٥/ ٣٢٥

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٧/ ٥٠٣٤) وقضايا فقهية معاصرة ص ١٠٤ .

أوقات دورية .. للتعامل بيعاً وشراءً بمختلف الأوراق المالية.[1]

مقصود التعامل الآجل: هو أن يتفق المتعاقدان على تأجيل تسليم البدلين إلى يوم معين وهو ما يُسمى بيوم التصفية ويغلب في هذا النوع أن يقصد منه المضاربة قصدًا إلى الربح من ورائها ولذلك ترى أغلب ما يقع فيه أن يكون البائع لا يملك ساعة العقد ما باعه بل يرتجي الحصول عليه في فترة الأجل المتفق عليه ويسمى هذا التعامل على المكشوف.[2]

وحكم البيع في العمليات الآجلة يدخل تحت حكم بيع الدين بالدين، لأنّ البائع للأسهم لا يسلمها للمشتري، والمشتري لا يدفع له الثمن، فقد تأجل الثمن والمثمن، وهم غالباً لا يريدون البيع والشراء حقيقة، فالمراد المضاربة على ارتفاع الأسعار وانخفاضها فقط، وذلك من الميسر المحرم[3]

قال الله تعالى: ﴿**يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾[4]

والناظر في هذه العقود يُدرك وهميتها حيث تتم على كميات خالية من السلع المؤجلة بأسعار وأثمان مؤجلة ولا يقصد بها إنتاج ولا تسليم بل هي مجرد مضاربة بالأسعار ثم المحاسبة في التاريخ المتفق عليه على فرق السعر الذي يربحه أحدهما حالة ارتفاع السعر أو هبوطه، وهذا يعني أنها تشبه المقامرة بالاقتصاد، وهي من باب بيع الكالئ

(١) موسوعة الفقه الإسلامي ٣ / ٥٧٣

(٢) نظرات في أصول البيوع الممنوعة ص١٩٨ .

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي ٣ / ٥٧٥

(٤) المائدة:٩٠

بالكالئ المنهي عنه، كما أنّ السلعة المتفق عليها تُباع قبل قبضها بأكثر من قيمتها وهذا ربح مالم يضمن[١].

المسألة الرابعة عشر: الكمبيالات

الكمبيالة: صك محرر وفقًا لشكل قانوني معين يتضمن أمرًا من الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه حيث يدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لأمر المستفيد أولحامله في تاريخ محدد أو قابل للتحديد أو بمجرد الاطلاع[٢].

والبائع حامل الكمبيالة ربما يريد استعجال الحصول على مبلغها، فلا ينتظر إلى تاريخ نضج الكمبيالة، بل يبيعها إلى طرف ثالث بأقل من قيمتها الاسمية ويسمى (حسم الكمبيالة) أو (خصم الكمبيالة) والعادة في سوق الأوراق أنّ مقدار هذا الحسم نسبة من مبلغ الكمبيالة تحدد على أساس مدة نضجها، فكلما كانت مدة نضجها أكثر كانت نسبة الحسم أكثر، وكلما كانت المدة أقل، كانت نسبة الحسم أقل، ومعظم العلماء المعاصرين خرجوا حكم الكمبيالة على أساس أنه بيع دين بنقد أقل منه، وحرموه من هذه الجهة، وقد ذكر الفقهاء ورقًا يشابه ورق الكمبيالة اسمه (الجامكية) .

آراء الفقهاء في الجامكية

لغيبة المعقود عليه في الكمبيالة كان لابد من التعرض لآراء الفقهاء في حكمها

الرأي الأول: يرى الحنفية وقياس قول الشافعية والحنابلة أنّ الجامكية –الكمبيالة– غير جائزة البيع وأنها من بيع الدين لغير من عليه [٣].

---

(١) قضايا فقهية معاصرة ص ١٥ إعداد مجموعة من أساتذة كلية الشريعة بجامعة الإنسانية ماليزيا.

(٢) الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي ص ٣٠

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٤/ ٥١٧) والبيان ٦ /٣٤ والإنصاف ٤/٣٠٣ والإقناع٢/ ٦٧ .

الرأي الثاني: يرى المالكية جواز بيع الجامكية ويتخرج عليها الكمبيالة.[1]

حجة الحنفية: بيع الجامكية بيع الدين لغير من هو عليه وبيع الدين لا يجوز.[2]

الملك في الجامكية الموقوفة مُحصل لمن حصل له شرط الواقف، فيصح أخذ العوض بها وعنها

وجواز هذا البيع مشروط بأن يكون بيعه بخلاف جنسه، وإن كان بجنسه، فلا بد من التساوي.[3]

الرأي الراجح: الجامكية من الأوراق المالية فلا يصح بيعها إلا إذا توافرت فيها شروط صحة بيع الأموال الربوية.

المسألة الخامسة عشر: بيع الدين بالدين

مما لاشك فيه غياب المعقود عليه في صور بيع الدين بالدين لذلك لابد من تحرير أقوال الفقهاء في صور بيع الدين.

تحرير محل النزاع: ١-يرى ابن حزم الظاهري إلى تحريم بيع الدين في جميع صوره وحالاته [4]، خلافًا لجمهور الفقهاء [5] الذين أجازوا بعض صوره، وحظروا بعضها، ولهم

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٤/ ٢٢٤)

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٤/ ٥١٧) والإنصاف ٤/ ٣٠٣ والإقناع٢/ ٦٧
لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه. لأنه غرر ومجهول، ولا بيع رقعة به. وعنه يبيعها بعوض مقبوض.

(٣) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٤/ ٢٢٤)

(٤) المحلى: ٨/ ٥٠٣، ٩/ ٦.

(٥) منحة الخالق ٥ /٢٨١ وبداية المجتهد ٢/١٥٦ والمجموع: ١٠ / ١٠٧ والمبدع ٤ / ١٥٠ والمغني ٤/ ١٨٦ .
من كان له دين على آخر فلا يجوز أن يبيعه إلا بشرطين: ١- أن يقبض ما يبيعه به من غير تأخير لئلا يكون بيع دين بدين.

في أحكامه تفصيلات وتقييدات، وخلاف وتعدد مقولات، وفرقوا فيها بين ما إذا كان البيع من المدين نفسه أو من غيره، وبين ما إذا كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وبين ما إذا كان الثمن حالاً أو مؤجلاً.

وقد يتفق المتعاقدان على تأجيل أحد البدلين من مبيع أو ثمن وهذا ما يسمى بيع الدين.

أ- بيع الدين بالنقد

إذا قبض البائع الثمن وأجل تسليم المبيع أصبح البائع مدينًا والمشتري دائنًا، ولو تسلم المشتري السلعة وأجل الثمن أصبح المشتري مدينًا والبائع دائنًا، ولبيع الدين صور على النحو الآتي:.

الصورة الأولى: بيع الدين المؤجل للمدين بثمن مؤجل:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة في المذهب وابن حزم، إلى عدم جواز بيع الدين المؤجل من المدين بثمن مؤجل.[1]

الرأي الثاني: ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جوازه [2]

٢-أن يكون ما يأخذ في الدين مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال الذي أسلمه إلى المديان فصل يتصور الربا في غير النقدين والطعام من العروض والحيوان وسائر التمليكات وذلك باجتماع ثلاثة أوصاف وهي التفاضل والنسيئة واتفاق الأغراض والمنافع كبيع ثوب بثوبين إلى أجل وبيع فرس للركوب بفرسين للركوب إلى أجل فإن كان أحدهما للركوب دون الآخر جاز لاختلاف المنافع.

(القوانين الفقهية (ص: ١٦٩)

(١) منحة الخالق ٥ / ٢٨١ وبداية المجتهد ٢/١٥٦ والمجموع: ١٠ / ١٠٧ والمبدع ٤ / ١٥٠ والمغني ٤/ ١٨٦ .

(٢) إعلام الموقعين: ١ / ٣٨٩.

حجة الجمهور: في بيع الدين المؤجل من المدين بثمن مؤجل نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عنه في نهيه عن بيع الكالئ بالكالئ[1]، ولقد وقع الإجماع على فساده.[2]

حجة الرأي الثاني: ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جوازه، وذلك لأنّ لكل واحد من المتعاقدين غرضًا صحيحًا ومنفعة مطلوبة، إذ تبرأ ذمة المدين عن دينه الأول، وتنشغل بدين آخر، قد يكون وفاؤه أسهل عليه وأنفع للدائن، وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يكون جائزًا شرعًا، لأنّ التعامل إنما شرع لجلب منافع الناس وتحصيل

---

(١) سنن الدارقطني ٤/ ٤٠ كتاب البيوع، والسنن الصغير للبيهقي ٢/ ٢٤٧ باب ما لا ربا فيه وكل ما عدا الذهب والورق والمطعوم. والمستدرك للحاكم ٢/ ٦٥ وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، قال ابن حجر: وهم فإن راويه موسى بن عبيدة الربذي لا موسى بن عقبة (التلخيص الحبير٣/ ٧٠ باب القبض وأحكامه)

قال أحمد بن حنبل: لا تحل عندي الرواية عنه، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال أيضا: ليس في هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، وقد جزم الدارقطني في العلل بأن موسى بن عبيدة تفرد به، فهذا يدل على أن الوهم في قوله: موسى بن عقبة من غيره.(التلخيص الحبير ط قرطبة (٣/ ٦٢)

وتفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه: وهو أن يكون للرجل على الرجل دين، فيجعله عليه في دين آخر مخالف له في الصفة أو القدر، فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه.

وجاء في (منحة الخالق) لابن عابدين نقلاً عن جواهر الفتاوى: " رجل له على آخر حنطة غير السلم، فباعها منه بثمن معلوم إلى شهر لا يجوز ، لأن هذا بيع الكالئ بالكالئ، وقد نهى النبي عنه. (تكملة المجموع: ١٠/ ١٠٧) و منحة الخالق ٥ / ٢٨١)

(٢) اتفقت المذاهب الأربعة على الأخذ بمضمونه والاحتجاج به (الاختيار ٢/ ٣١ وتبيين الحقائق ٤/ ١١٨ والمدونة ٣/ ٢٦٢ والبيان والتحصيل ١١/ ٢٩٦ وفتح العزيز ٨/ ١٩٠ والمجموع ١٠/ ٦٩ والهداية على مذهب الإمام أحمد ص٢٣٢)

الكالئ بالكالئ: أن يبيع الرجل دينا له على رجل، بدين على رجل آخر. (موطأ مالك ت الأعظمي) ٤/ ٩٥٤)

مصالحهم.[١]

الرأي الراجح: لا يجوز بيع الدين المؤجل للمدين بثمن مؤجل لشبهة الربا وبيع الكالئ بالكالئ.

الصورة الثانية: بيع الدين الحال –المستقر–[٢] للمدين بثمن حال:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وابن تيميه وابن القيم إلى أنّه يجوزبيع الدين من المدين بثمن حال بشرط أن يكون بسعر يومه.[٣]

الرأي الثاني: يرى الظاهرية وقول للحنابلة عدم جواز بيع الدين مطلقًا.[٤]

دليل الجمهور: أ- عن ابن عمر قال أتيت النبي(صلى الله عليه وسلم) فقلت: إني أبيع الإبل بالنقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم وأبيع بالدراهم، وآخذ مكانها الدنانير، فقال: "لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء" [٥] .

وجه الدلالة: إقرار النبي صلى الله عليه وسلم) لابن عمر يدل على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر خاصة إذا كان المشتري هو المدين، وكان الثمن حالاً،

---

(١) إعلام الموقعين: ١ / ٣٨٩.

(٢) الدين المستقر كغرامة المتلف وبدل القرض وقيمة المغصوب وبدل الخلع وثمن المبيع والأجرة بعد استيفاء المنفعة.....

(٣) رد المحتار: ٤ / ١٦٦ وشرح منتهى الإرادات: ٢ / ٢٢٢ وكشاف القناع: ٣/ ٢٩٣ والمهذب: ١ / ٢٦٩ ونهاية المحتاج: ٤ / ٨٨ والمجموع شرح المذهب: ٩ / ٢٧٤ والمبدع: ٤ / ١٩٨ والمغني: ٤ / ١٣٤

(٤) المحلى ٩/ ٦ وقضايا فقهية معاصرة ص ٧٠

(٥) سبق تخريجه.

وإذا جاز بيع أحد النقدين بالآخر جاز بيع غيرهما مما يثبت في الذمة من باب أولى.

ب- ما في ذمة المدين فهو مقبوض له، وبدفع ثمنه للدائن بيع مقبوض بمقبوض، وهو جائز شرعًا.[1]

ولأنّ المانع هو العجز عن التسليم، ولا حاجة إلى التسليم ههنا، ونظير بيع المغصوب أنه يصح من الغاصب، ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكرًا، ولا بينة للمالك.

وبيْع الدائن للمدين دين له في ذمته بدين آخر من غير جنسه، فيسقط الدين المبيع، ويجب عوضه في معنى الصلح، وهو جائز، وبيع الدين من المديون تتوفر فيه جميع الشروط العامة التي تشترط لجواز البيوع كلها، ولأنّ ملكه مستقر عليه فجاز بيعه كالمبيع.[2]

واستثنى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة من قولهم بجواز بيع الدين من المدين بثمن حال بدل الصرف ورأس مال السلم، فلم يجيزوا بيع أي منهما للمدين قبل قبضه؛ لأنّ في ذلك تفويتا لشرط الصحة، وهو القبض في بدلي الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق[3]

واشتراط ابن تيمية وابن القيم – وهو قول الإمام أحمد – أن يكون بسعر يومه؛ لقوله

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٩ / ٥١٩؛ شرح ابن القيم على مختصر سنن أبي داود: ٥ / ١٣٤، ١٥٤، ١١٦.

(٢) بدائع الصنائع ٥ /١٤٨ والمهذب ٢/ ١٣ و والشرح الكبير٤/ ٣٤٢ والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي٥ / ٣٤٠٥

(٣) رد المحتار: ٤ / ١٦٦، ٢٤٤، ٢٠٩ والبدائع ٧ / ٣١٠٢ وما بعدها وأسنى المطالب: ٢ / ٨٥؛ القواعد لابن رجب، ص ٨٢

صلى الله عليه وسلم في بعض روايات حديث ابن عمر: "لا بأس إذا كان بسعر يومه إذا افترقتما وليس بينكما شيء" [١] ؛ حيث شرط النبي، عليه الصلاة والسلام، لصحة الاعتياض عن الدين أن يكون بسعر يومه، أي بثمن المثل أو دونه، لا أكثر منه، لئلا يربح الدائن فيما لم يضمن، حيث صح عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عن ربح ما لم يضمن. [٢]

وفي بيع الدين تحقيق غرض صحيح ومنفعة مطلوبة ففيه تبرأ ذمة المدين عن دينه، والتعامل شرع لجلب منافع الناس وتحصيل مصالحهم.[٣]

حجة الظاهرية والرواية الثانية للحنابلة:

بيع الدين من باب بيع المجهول وأكل أموال الناس بالباطل والذي نهى الله عنه بقوله﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ** ..﴾[٤] وبيع الدين بيع ما لا يدرى عينه، وهذا هو أكل مال بالباطل، وبيع دين قبل قبضه فلم يصح كما لو باعه من غير من هو عليه.[٥]

الصورة الثالثة: بيع الدين الحال لغير المدين بثمن حال

اختلف الفقهاء في حكم بيع الدين لغير من عليه، وتعددت آراؤهم إلى أربعة أقوال:

---

(١) سبق تخريجه

(٢) سنن ابن ماجه ٣/ ٣٠٩ باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، وسنن الترمذي٢/ ٥٢٦ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، قال: حسن صحيح.

(٣) قضايا فقهية ص ٧٢

(٤) سورة النساء آية ٢٩ والمحلى ٩/ ٦ وقضايا فقهية معاصرة ص ٧٠

(٥) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١ / ٣٥٧ والمحلى ٧/ ٤٨٧ والفقه الإسلامي ٥/ ٣٤٠٥

الرأي الأول: للحنفية والحنابلة والشافعية في الأظهر: وهو أنه لا يصح تمليك الدين لغير من هو عليه، سواء أكان بعوض أم بغير عوض.[1]

الرأي الثاني: رواية عن أحمد ووجه عند الشافعية: وهو أنه يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض وبغير عوض [2]

الرأي الثالث: الشافعية في رواية صححها النووي والشيرازي يجوز بيع سائر الديون عدا دين السلم لغير من عليه الدين[3]

الرأي الرابع: يرى المالكية والمشهور عند الشافعية أنّه يجوز بيع الدين لغير المدين[4]

حجة الرأي الأول:

١- الدين متعلق بالذمة وقد يعجز الدائن عن التسليم لجحد المدين أو مماطلته فلا يجوز قياسا على بيع الآبق والطير في الهواء، ولأنّ الدين عبارة عن مال حكمي في الذمة، أو عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم من البائع. ويفسد البيع إذا ما شرط التسليم على المدين فلا يصح البيع؛ لعدم القدرة على تسليم المبيع.[5]

---

(١) رد المحتار ٤/ ١٦٦، وتبيين الحقائق ٤/ ٨٣، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٧، ٣٥٨، وأسنى المطالب ٢ / ٨٥، ونهاية المحتاج ٤ / ٨٩، والمجموع ٩ / ٢٧٥، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١، ومنتهى الإرادات ٢ / ٢٢٢، والمبدع ٤ / ١٩٩

(٢) المبدع بشرح المقنع ٤ / ١٩٩، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٥٠٦، والمنثور في القواعد للزركشي ٢/ ١٦١.

(٣) المهذب ١ / ٢٧٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١، والمجموع شرح المهذب ٩ / ٢٧٥

(٤) القوانين الفقهية ص ١٩١ ومنح الجليل ٢ / ٥٦٤ وما بعدها، والزرقاني٥ / ٨٣ والبيان في مذهب الشافعي (٦/ ٣٤)

(٥) البدائع ٥/ ١٤٨

٢- الدين مجهول العين عند العقد مجهول الوجود والذات وبيع المجهول غرر يؤدي إلى الخصومة والمنازعة.

٣- لايصح بيع الدين لغير المدين، كما لاتصح هبة الدين لغير من هو في ذمته؛ لأنّ الهبة تقتضي وجود معين، وهو منتفٍ هنا. كما لايصح بيع الدين غير المستقر كأجرة عقار قبل مضي مدة الإيجار، ومهر قبل دخول بالمرأة، ومسلم فيه قبل القبض.[١]

حجة الرأي الثاني: الظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود، ومثال الدين المستقر: قيمة المتلفات، والمال الموجود عند المقترض.

ومثال الدين غير المستقر: المسلَم فيه، لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، لعموم النهي عن بيع مالم يقبض، ولأنّ الملك في المسلم فيه غير مستقر؛ لأنه ربما تعذر تسليمه لفقدانه، فانفسخ البيع فيه.

وإن كان الدين ثمناً في بيع، ففي قول للشافعي: يجوز التصرف فيه قبل قبضه لخبر ابن عمر في هذا الشأن عن الرسول صلّى الله عليه وسلم: «لابأس مالم تتفرقا، وبينكما شيء»[٢] .

ولأنه لايخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك، فصار ذلك مثل المبيع بعد القبض.[٣]

---

(١) البدائع ٥ /١٤٨ والبيان ٦/ ٣٤ والمسائل الفقهية ١ /٣٥٧ والمحلى ٧ /٤٨٧ والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥ /٣٤٠٧

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المبدع٤/ ١٩٩، وفتاوى ابن تيمية ٢٩ / ٥٠٦، وتهذيب سنن أبي داود لابن القيم ٥ / ١١٤، والمنثور في القواعد ٢ / ١٦١.

والذمم تجري مجرى الأعيان، لذا يصح أن يشتري بثمن في ذمته ويبيع فيها، كما يجوز أن يشتري الأعيان ويبيعها، إلا أنّ البيع لا يفتقر لزومه إلى القبض، وفي الهبة والرهن لا يلزمان من غير قبض، كما في الأعيان، والظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود، ومثال الدين المستقر: قيمة المتلفات، والمال الموجود عند المقترض[1].

حجة الرأي الثالث: يجوز بيع سائر الديون – عدا دين السلم – لغير من عليه الدين، كما يجوز بيعها للمدين ولا فرق، وذلك إذا كان الدين حالا والمدين مقرا مليئا أو عليه بينة لا كلفة في إقامتها. وذلك لانتفاء الغرر الناشئ عن عدم قدرة الدائن على تسليم الدين إليه. [2]

حجة الرأي الرابع(المالكية):

حديث" من ابتاع دينًا على رجل فصاحب الدين أولى إذا أدى مثل الذي أدى صاحبه"[3] .

ووضع المالكية شروطًا تمنع المحظورات الشرعية والغرر:

١- أن يعجل المشتري الثمن؛ لأنه إذا لم يعجل في الحين فإنه يكون من بيع الدين بالدين.

---

(١) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٦ / ٣٤ والمجموع ١٣/ ٢٠٥ والفقه الإسلامي ٥ / ٣٤٠٦

(٢) المهذب ١ / ٢٧٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٣١، والمجموع شرح المهذب ٩ / ٢٧٥، وفتح العزيز ٨ / ٤٣٩، ونهاية المحتاج ٤ / ٩٠، وروضة الطالبين للنووي ٣ / ٥١٤، وأسنى المطالب شرح روض الطالب ٢ / ٨٥

(٣) مصنف عبد الرزاق ٨/ ٤٢٧ باب: المكاتب يباع ما عليه، وإعطاء المكاتب، وإن عجز، وتفريق بين المكاتب وامرأته، والحديث مرسل. (كنز العمال ٦/ ٢٤٠ فصل في لواحق كتاب الدين) قال صاحب كتاب الهداية: هذا باطل لأنه عمن لم يسم عن عمر بن عبد العزيز عن النبي – صلى الله عليه وسلم –، هكذا ذكره بغير عزو ولا إسناد، ولم أقف عليه. (الهداية في تخريج أحاديث البداية ٧/ ٥٥٣ كتاب الشفعة)

٢- أن يكون المدين حاضرًا في البلد؛ ليعلم من فقر أو غنى؛ لأنّ عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولاً.

٣- أن يكون المدين مقرًا بالدين، فإن كان منكرًا له فلا يجوز بيع دينه ولو كان ثابتا بالبينة حسمًا للمنازعات.

٤- أن يباع بغير جنسه، أو بجنسه بشرط أن يكون مساويا له.

٥- ألا يكون ذهبا بفضة ولا عكسه، لاشتراط التقابض في صحة بيعها.

٦- ألا يكون بين المشتري والمدين عداوة.

٧- أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه، احترازا مما لو كان طعاما، إذ لا يجوز بيعه قبل قبضه.

٨- ألا يقصد المشتري إعنات المدين والإضرار به.[1]

مناقشة حجة الجمهور:

١- المدين المليئ المقر بما عليه الظاهر من حاله عدم المماطلة فيكون ما عليه مقدورًا على تسليمه ولا مخاطرة في بيعه.

٢- الجهالة المذكورة ليست المفضية إلى المنازعة؛ لأنّ صفة الدين معلومة فما يؤديه المدين مما تنطبق عليه أوصاف ما في ذمته كان مجزئًا له مبرئًا لذمته.

مناقشة حجة المالكية والشافعية:

الحديث لم يصح في إسناده راوي مجهول رواع معمر عن رجل من قريش لم يسمه عن عمر بن عبد العزيز فهو مرسل.

---

(١) منح الجليل ٢ / ٥٦٤ وما بعدها، والزرقاني على خليل ٥ / ٨٣

حديث جابر قال عنه ابن حزم ليس فيه دلالة لما ذهبوا إليه فليس فيه ما يفيد شروطهم[1] .

الصورة الرابعة: بيع الدين الحال لغير المدين بثمن مؤجل:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة إلى عدم جواز بيع الدين الحال لغير المدين بثمن مؤجل، لأنه بيع ما ليس في يد البائع، ولا له من السلطة شرعًا ما يمكنه من قبضه، فكان بيعًا لشيء لا يقدر على تسليمه، إذ ربما منعه المدين أو جحده، وذلك غرر، فلا يجوز[2] .

(١) أصول البيوع الممنوعة ص١٧١ وما بعدها.

(٢) رد المحتار: ٤ / ١٦٦ وتبيين الحقائق: ٤ / ٨٣ وأسنى المطالب: ٢ / ٨٥ ونهاية المحتاج: ٤ / ٨٩ والمجموع: ٩ / ٢٧٥ وشرح منتهى الإرادات: ٢ / ٢٢٢ وكشاف القناع: ٣ / ٢٩٤ والقوانين الفقهية ص ٢٧٥ ومنح الجليل ٢ / ٥٦٤ والخرشي: ٥ / ٧٧ والبهجة شرح التحفة: ٢ / ٤٧

المبحث الثالث
أثر غيبة المعقود عليه في العقود الأخرى (عدا عقد البيع)
المطلب الأول
أثر غيبة المعقود عليه على عقد الإجارة [١]

لا تؤثر غيبة المعقود عليه على عقد الإجارة لاتفاق الفقهاء [٢]على مشروعية عقد الإجارة مع غيبته

والقياس عدم صحة الإجارة؛ لأنّ الإجارة موضوعة للمنافع وهي معدومة والعقد على المعدوم غرر والحاجة الماسة داعية إلى ذلك بل الضرورة المحققة داعية إلى الإجارة فإنه ليس لكل أحد مسكن ولا مركوب ولا خادم ولا آلة يحتاج إليها فجوزت لذلك كما جوز السلم وغيره من عقود الغرر وقد أجمعت الصحابة والتابعون على جوازها وقبل الإجماع[٣] جاء بها القرآن والسنة المطهرة قال الله تعالى ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾ [٤]

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: " قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل

---

(١) الإجارة لغة: العقد على المنافع بعوض هو مال. وتمليك المنافع بعوض إجارة، وبغير عوض إعارة. (التعريفات (ص: ١٠)

الإجارة اصطلاحًا: بيع منفعة معلومة بأجر معلوم. (الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٥٠) وتبيين الحقائق (٥/ ١٠٥) عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم. (مغني المحتاج(٣/ ٤٣٨)

(٢) البدائع ٤/ ١٧٣ وبداية المجتهد٤/ ٥ والحاوي ٩/ ٤٠٥ والمغني ٥/ ٣٢١.

(٣) صحيح البخاري٣/ ٨٢ باب إثم من باع حرًا.

(٤) سورة الطلاق آية ٦

استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يعط أجره "[1] .

المطلب الثاني
اشتراط وجود المعقود عليه لتصح الإقالة[2]

تصح الإقالة إن تقايل المتعاقدان والعين قائمة في يد المشتري، سواء كان الثمن قائما في يده أو هالكا لقيام حكم البيع بقيام المعقود عليه، وإن تقايلا بعد هلاك العين لم تصح، وكذا إن كانت قائمة وقت الإقالة ثم هلكت قبل الرد على البائع بطلت الإقالة سواء كان الثمن قائمًا أو هالكًا؛ لأنّ الإقالة فيها معنى البيع، وبعد الإقالة وجب على كل واحد منهما رد ما في يده على صاحبه فكان هلاك البيع بعد الإقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض، فإنّه يوجب بطلان البيع كذا هذا سواء بقي الثمن أو هلك؛ لأنه إذا لم يتعين، فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة[3].

المطلب الثالث
أثر غيبة المعقود عليه في عقد السلم[4]

اتفق الفقهاء على بطلان السلم وامتناعه فيما لا يثبت في الذمة، وهي الدور والعقار[5]. وغيبة المعقود عليه في عقد السلم شرط صحة العقد؛ لكن يُشترط أن يكون موجودًا

---

(١) البناية ١٠/ ٢٢١ ومجمع الأنهر٢/ ٣٦٨ والقوانين الفقهية ص١٨١ وكفاية الأخيار (ص: ٢٩٤) والمغني ٤/ ٣٢٢

(٢) الإقالة اصطلاحًا: فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث. (الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١١)

(٣) بدائع الصنائع ٥ / ٣٠٩ والاختيار ٢/ ١٢ وتبيين الحقائق٤/ ٧٠ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي٣/ ١٥٥

(٤) السلم لغة: التقديم والتسليم. (التعريفات ص: ١٢٠)

السلم اصطلاحًا: بيع آجل بعاجل أو بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة. (تبيين الحقائق (٤/ ١١٠) والبناية (٨/ ٣٢٧)

وعند الحنابلة: السلم أن يُسلم عوضا حاضرا، في عوض موصوف في الذمة إلى أجل. (المغني لابن قدامة (٤/ ٢٠٧)

(٥) بداية المجتهد ٣ / ٢١٧

عند حلول الأجل، واختلف الفقهاء في اشتراط وجود جنس المسلم فيه عند العقد على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى الحنفية أنّه يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما.[١]

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء يجوز السلم في غير وقت إبانه.[٢]

حجة الرأي الأول: عن ابن عمر: أنّ رجلًا أسلف رجلًا في نخل، فلم تخرج تلك السنة شيئًا، فاختصما إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: بم تستحل ماله؟ اردد عليه ماله" ثم قال: "لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه" [٣]

وجه الدلالة: دلّ الحديث على أنّه يشترط وجود المسلم فيه وقت العقد وحلول الأجل.

مناقشة : رواية رجل من أهل نجران مجهول لا يعول على حديثه ثم لو صح لحمل على بيوع الأعيان. وأما نهي حكيم عن بيع ما ليس عنده فمحمول على بيع ما لم يملكه من الأعيان[٤].

---

(١) البناية شرح الهداية ٨ / ٣٣٧ ومجمع الأنهر٢/ ١٠٣ والبدائع٥/ ٢٠٨

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣ / ٢١٧ والقوانين الفقهية ص ١٧٨

(٣) سنن أبي داود ٥ / ٣٣٩ أول كتاب البيوع، باب في السلم في ثمرة بعينها، والسنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٤٠ باب لا يجوز السلف حتى يكون بصفة معلومة لا تتعلق بعين، قال الإمام الزيلعي: غفل المنذري في مختصره عن ابن ماجه، فلم يعزه إليه، وإنما قال: في إسناده رجل مجهول، انتهى. وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود، وقال: إسناده منقطع. (نصب الراية ٤/ ٤٩ باب السلم.

(٤) الحاوي ٥/ ٣٩٢ .

والقدرة على تسليم المسلم فيه تكون بتحصيل المسلم فيه فلا بد من استمرار الوجود أي وجود المسلم فيه في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل ولا يقدر المسلم إليه على اكتساب المنقطع.[١]

مناقشة: القدرة على التسليم عند المحل موجودة.[٢]

الجواب: القدرة على التسليم تكون موجودة إذا بقي العاقد حيًا إلى ذلك الوقت، وفي بقائه حيًا شك فلا تثبت القدرة بأمر مشكوك.[٣]

مناقشة: الأصل هو الحياة وما يثبت يبقى إلى أن يوجد دليل الزوال.[٤]

الجواب: الأصل يعتبر لإبقاء ما كان على ما كان، والقدرة على الحال معدومة فلا يعتبر الأصل لإثبات شيء يوجد في المستقبل.[٥]

حجة الرأي الثاني: عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال: قدم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) المدينة، والناس يسلفون في الثمر العام والعامين، أو قال: عامين أو ثلاثة، شك إسماعيل، فقال: «من سلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم»[٦]

وجه الدلالة: دل الحديث على اشتراط وجود السلم في الوقت المتفق على التسليم فيه ولم يشترط الحديث استمرار تواجده من وقت التعاقد إلى التسليم.

---

(١) البناية ٨/ ٣٣٨ ومجمع الأنهر٢/ ١٠٣ والبدائع٥/ ٢٠٨

(٢) الحاوي ٥/ ٣٩٢

(٣) البناية ٨/ ٣٣٨ ومجمع الأنهر٢/ ١٠٣ والبدائع٥/ ٢٠٨

(٤) الحاوي ٥/ ٣٩٢

(٥) البناية ٨/ ٣٣٨ ومجمع الأنهر٢/ ١٠٣ والبدائع٥/ ٢٠٨

(٦) صحيح البخاري ٣/ ٨٥ كتاب السلم باب السلم في كيل معلوم

واشتراط وجود المسلم فيه والقدرة على تحصيله وقت حلول الأجل؛ لئلا يكون الثمن تارة سلفًا وتارة بيعًا ولا يشترط وجوده في جميع الأجل أي بل الشرط وجوده أي القدرة على تحصيله عند حلول الأجل ولو انقطع في أثناء الأجل بل ولو انقطع في الأجل بتمامه ما عدا وقت القبض.[١]

ونص الحديث على جواز السنتين والثلاث؛ لأنّ هذه مدة يعدم الرطب في أكثرها، فدل على جوازه وإن عدم قبل أجله؛ ولأنّ كل زمان لم يكن محلًا للسلم عقدًا لم يكن وجوده فيه شرطًا قياسًا على ما بعد الأجل، ولأنّ كل ما لم يكن وجوده في ملك العاقد معتبرًا لم يكن وجوده في ملك غيره معتبرًا كالوصية، ولأنّ قبض السلم يفتقر إلى زمان ومكان فلما لم يكن وجوده في غير مكان القبض معتبرًا وجب ألا يكون وجوده في غير زمان القبض معتبرًا.[٢]

الرأي الراجح: ما ذهب إليه الجمهور من أنّه لا يشترط وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت التسليم لقوة أدلتهم.

المطلب الرابع

أثرغيبة المعقود عليه في عقد الاستصناع[٣]

الأصل عدم جواز الاستصناع؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، لا على وجه السلم،

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي ٣ / ٢١١

(٢) الحاوي الكبير ٥ / ٣٩٢ والمغني٤/ ٢٢١ والإنصاف ٥/ ١٠٢

قال ابن قدامة: كون المسلم فيه عام الوجود في محله، ولا نعلم فيه خلافًا.

(٣) الاستصناع لغة: ملكة نفسانية تصدر عنها الأفعال الاختيارية من غير روية. (التعريفات (ص: ١٣٤)

الاستصناع اصطلاحًا: عقد على مبيع في الذمة، وقيل: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل. (بدائع الصنائع (٥/ ٢).

وقد نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ويجوز استحسانًا؛ لإجماع الناس على ذلك؛ لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نكر وقال – عليه الصلاة والسلام –: «ما رآه المسلمون حسنا؛ فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحا؛ فهو عند الله قبيح»[1] والقياس يترك بالإجماع.

صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع – من خفاف أو صفار أو غيرهما –: اعمل لي خفًا، أو آنية من أديم أو نحاس، من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم.

وعقد الاستصناع عقد مستثنى من اشتراط وجود المعقود عليه حيث إنّ المعقود عليه معدوم الذات معلوم الصفة.[2]

رأي المالكية: يرى المالكية أنّ تعيين الصانع أو المعقود عليه يفسد السلم (إن لم يعين العامل أو المعمول منه) : فإن عينه فسد نحو: حاشية الصاوي على الشرح الصغير = أنت الذي تصطنعه بنفسك أو يصنعه زيد بنفسه، أو تصنعه من هذا الحديد بعينه، أو من هذا الغزل؛ لأنّه حينئذ صار معينا لا في الذمة وشرط صحة السلم كون المسلم فيه دينًا في الذمة[3].

رأي الشافعية: للشافعية في حكم الاستصناع وجهان

الوجه الأول: ألحقها بعض الشافعية بآلات الملاهي في إسقاط الحرمة، ومنع الاستصناع.

---

(١) مسند أبي داود ١/ ١٩٩ ما أسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، والمسند ٦/ ٨٤

(٢) النتف٢/ ٥٧٧ والبدائع٥/ ٢

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك (٣/ ٢٨٨)

الوجه الثاني : من الشافعية من أثبت للصنعة فيها قيمة وحرمة.

وفي جواز تزيين البيوت والمجالس بها – من غير أن تستعمل في جهة – وجهان مأخوذان من جواز الاستصناع، فإن منعنا ذلك، لم يبق للصنعة حرمة، ولا لجواز الاستصناع وجه.

والوجه تحريم التزيين بها للسرف، مع الخلاف في حرمة الصنعة.

ويرى الشافعية أنّه إذا انطبقت عليه شروط عقد السلم من ضبطه بالوصف، وضبط ما يدخل فيه من مواد، ومن تحديد الأجل لتسليمه، وتسليم ثمنه في مجلس العقد، إلى غير ذلك من شروط، يحكم بصحته على أنه عقد سلم، وإن جرى بلفظ البيع؛ لأنّ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. ولا مانع من الأخذ برأي الحنفية، والحكم بصحة هذا التعامل، تيسيرًا على الناس، إذ أنّ الحاجة ماسة إليه، والناس يتعاملونه في أكثر صناعاتهم، وكل من الأئمة والفقهاء يسعى وراء الحق، ويلتمس المصلحة للناس على ما يرضي الله عز وجل، ويوافق سنة المصطفى – صلى الله عليه وسلم[1]

المطلب الخامس
غيبة المحال به في عقد الحوالة[2]

نظرًا لما اختص به عقد الحوالة من كونه عقد إرفاق منفرد بنفسه، ليس بمحمول على

---

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب ١ / ٤٠ والفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٥٩ وما بعدها.)

(٢) الحوالة لغة: مشتقة من التحول بمعنى: الانتقال. (التعريفات (ص: ٩٣)

الحوالة اصطلاحًا: تحول الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به. (المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦١)

غيره؛ لأنها لو كانت بيعا لما جازت، لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع مال الربا بجنسه. ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين، كالبيع كله.[1]

فكان لزامًا بيان آراء العلماء في اشتراط حضور أو غيبة المعقود عليه (المحال به)

واختلفت آراء الفقهاء على النحو الآتي:

اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون المحال به دينًا مستقرًا[2] واختلفوا في اشتراط حلول الدين على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يشترط أن يكون المحال به حالًا فتصح الحوالة بالدين الحال والمؤجل.[3]

الرأي الثاني: يرى المالكية أنّه يُشترط في الدين المحال به أان يكون حالًا.[4]

حجة الرأي الأول- الجمهور: يشترط أن يكون المحال به دينًا حالًا أو مؤجلًا، ولا تصح الحوالة بالأعيان القائمة؛ لأنها نقل ما في الذمة، ولم يوجد، والثاني: أن يكون

---

(١) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠)

(٢) البدائع ٦/ ١٦ ومواهب الجليل ٥/ ٩٢ والحاوي ٦/ ٤١٩ والكافي٢/ ١٣٢

(٣) البدائع ٦/ ١٦ والبحر الرائق٦/ ٢٧٠ والحاوي ٦/ ٤١٩ والبيان ٦/ ٢٨٣ وروضة الطالبين ٤/ ٢٢٩ والكافي٢/ ١٣٢

وإن أحاله بدين حال على رجل له عليه دين حال، أو بدين مؤجل على دين مؤجل، وهما متساويان في الأجل.. صح، وإن أحاله بدين حال عليه على دين مؤجل له.. لم يصح؛ لأن الحال لا يتأجل عندنا، ولأن المحتال قد نقص من حقه، وهو أن دينه كان معجلا، فجعله مؤجلا، لينقل حقه من ذمة إلى ذمة، فلم يصح، كما لو كان له دين مؤجل، فقال: من عليه الدين لمن له الدين: انقص من دينك، لأقدم لك دينك قبل حلوله.. فإن هذا لا يصح.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٨٣) والذخيرة للقرافي (٩/ ٢٤٤)

لازمًا؛ فلا تصح الحوالة بدين غير لازم، – كبدل الكتابة وما يجري مجراه؛ لأنّ ذلك دين تسمية لا حقيقة؛ إذ المولى لا يجب له على عبده دين، والأصل: أنّ كل دين لا تصح الكفالة به، لا تصح الحوالة به[١].

حجة الرأي الثاني: اشترط المالكية في حوالة الدين حلول الأجل حتى لا يكون فيها بيع الدين بالدين وربا النسيئة في النقدين إلا أن يقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف فيجوز[٢].

رأي الشافعية: اشترط الشافعية في المحال به أن يكون الحق لازمًا مستقرًا كأروش الجنايات وقيم المتلفات وأثمان المقبوض بعقود المعاوضات فالحوالة به إذا كانت على مثل صفته جائزة فلو كان الحق دراهم لم يجز أن تكون الحوالة بدنانير ولو كان بصحاح لم يجز أن تكون الحوالة بمكسرة[٣].

المطلب السادس
غيبة المرهون[٤]

اتفق العلماء على مشروعية الرهن وأنّ قبض المرهون شرط، واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة؟[٥] فترتيب على ذلك الاختلاف في حكم الرهن حال غيبة الرهن

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٦ / ١٦)

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٨٣) والذخيرة للقرافي (٩/ ٢٤٤)

(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٤١٩) وروضة الطالبين ٤/ ٢٢٩

(٤) الرهن لغة: مطلق الحبس. (التعريفات ص١١٣)

الرهن اصطلاحًا: جعل عين مال، وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر، وفائه. (أسنى المطالب (٢/ ١٤٤)

(٥) بداية المجتهد ٤/ ٥٧

على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى الحنفية والشافعية والحنابلة في قول عدم جواز الرهن إذا ما كان المرهون غائبًا.[1]

الرأي الثاني: يرى المالكية وقول للشافعية جواز الرهن حال غيبة المرهون.[2]

حجة الرأي الأول: قوله تعالى:﴿**فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ**﴾[3]

وجه الدلالة: وصف الله الرهن بكونه مقبوضًا.

الرهن: عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض، كالقرض، ولأنه رهن لم يقبض، فلا يلزم إقباضه، كما لو مات الراهن، ولا يشبه البيع، فإنه معاوضة، وليس بإرفاق.

ويشترط في المرهون أن يكون محلّا قابلا للبيع، وهو أن يكون موجودًا وقت العقد مالًا مطلقًا متقومًا مملوكًا معلومًا مقدور التسليم، ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم، كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية، ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم؛ لانعدام ماليتهما.[4]

حجة الرأي الثاني: قبض الرهن من شروط التمام وليس من شروط الصحة، وما جاز

---

(١) البدائع (٦/ ١٣٥) وقليوبي وعميرة٢/ ٢٠٦ وحاشية الجمل (٣/ ٧٦) والمجموع ٩/ ٢٩٠ والمغني ٤/ ٢٤٧

(٢) مواهب الجليل (٥/ ٢) وحاشيتا قليوبي وعميرة٢/ ٢٠٦ وحاشية الجمل (٣/ ٧٦) والمجموع ٩/ ٢٩٠

(٣) البقرة: ٢٨٣

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ١٣٥) والمغني ٤/ ٢٤٧

بيعه جاز رهنه يشترط في المرهون ما يشترطه في الشيء المبيع إلا أنه يغتفر فيه الغرر.[١]

قال الحطاب رحمه الله: سئلت عن رهن الدار الغائبة، والشيء الغائب فأجبت أنه يصح.[٢]

مناقشة حجية الرأي الثاني: ليس كل غرر يغتفر فالغرر هنا ينافي التوثيق المقصود بالرهن.

الرأي الراجح: عدم جواز رهن الغائب لعدم تحقق التوثيق والذي هو مقصود الرهن.

المطلب السابع

أثر غيبة المعقود عليه في عقد الهبة[٣]

أولًا: هبة المعدوم

اتفق الفقهاء على جواز هبة الموجود واختلفوا في هبة المعدوم على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أنّ هبة المعدوم باطلة[٤].

الرأي الثاني: يرى المالكية أنّ الهبة جائزة مع الغرر[٥].

حجة الرأي الأول: لا تصح هبة المعدوم، كالذي تثمر شجرته، أو تحمل أمته؛ لأن الهبة عقد تمليك في الحياة، فلم تصح في هذا كله، كالبيع.

---

(١) بداية المجتهد ٤/ ٥٧

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٥/ ٢)

(٣) الهبة لغة: التبرع. (التعريفات (ص: ٢٥٦)

الهبة اصطلاحًا: تمليك في الحياة بغير عوض. (المغني لابن قدامة (٦/ ٤١)

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق (٧/ ٢٨٧) والمغني لابن قدامة (٦/ ٤٧)

(٥) مواهب الجليل ٦ / ٥١.

الموهوب كل شيء صح بيعه جازت هبته، وذلك ما اجتمعت عليه أربعة أوصاف أن يكون مملوكا وإن كان غير مملوكا من وقف أو طلق لم يجز وأن يكون معلوما عليه أربعة أوصاف أن يكون مملوكا وإن كان غير مملوك من وقف أو طلق لم يجز وأن يكون معلوما فإن كان مجهولا لم يجز، وأن يكون حاضرا، فإن كان غائبا لم يجز لا يمنع من نقل ملكه مانع، فإن منع منه مانع كالمرهون وأم الولد لم يجز فهذا حكم الموهوب، ولا فرق بين المحوز والمشاع سواء كان مما ينقسم ولا ينقسم[1].

حجة الرأي الثاني: الغرر في الهبة لغير الثواب يجوز إلا في البيع ومن وهب لرجل موروثه من فلان وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز، وذكر ابن رشد أنه لا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود[2].

ثانيًا: هبة الدين لمن عليه الدين

الرأي الأول: يرى الحنفية والمالكية والشافعية جواز هبة الدين بشرط عدم رد الموهوب له للهبة[3].

---

(١) البحر الرائق (٧/ ٢٨٧) والمغني لابن قدامة (٦/ ٤٧) والحاوي الكبير (٧/ ٥٣٤) وأسنى المطالب (٢/ ٤٨١)

ما جاز بيعه من الأعيان جازت هبته وأولى؛ لأنّ بابها أوسع وما لا يجوز بيعه كمجهول وضال فلا يجوز هبته بجامع أنها تمليك في الحياة وهذا (في الغالب، وقد يختلفان) كما لو اختلطت ثمرة البائع بثمرة المشتري لا يجوز بيعها ويجوز هبتها للآخر وكالأضحية لا يجوز بيع شيء من لحمها ويجوز هبته وكالموصوف في الذمة يجوز بيعه ولا تجوز هبته.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٥١ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ١١٤)

(٣) النتف ١/ ٥١٨ والشامل ٢/ ٨٢٠ والذخيرة ٢/ ٢٢٦

الرأي الثاني: يرى الشافعية في وجه عدم جواز هبة الدين.[١]

الرأي الثالث: يرى بعض الحنفية أنّ هبة الدين لمن عليه كالإبراء يتم بدون قبول.[٢]

هبة الدين لغير من هو عليه لا يجوز، ولمن هو عليه يجوز، لأن هبته لمن هو عليه إبراء ولغيره تمليك[٣]

ذكر إمام الحرمين في حكم هبة الدين وجهين لعلماء الشافعية.

في صحة هبة الدين وجهان ذكرهما صاحب التقريب: أحدهما – أنه يصح هبة الدين، فإن ما يصح بيعه، يصح هبته.

والثاني – لا يصح هبته؛ فالهبة تفتقر إلى القبض، والدين لا يتصور قبضه وهو دين.

فإن قلنا: لا تصح الهبة، فلا كلام.[٤]

حجة الرأي الأول: هبة الدين ممن عليه يكون إسقاطًا فإنه ليس بعين قابل للتمليك مقصود، ولكنه محتمل للإسقاط فتصير الهبة فيه عبارة عن الإسقاط مجازًا كهبة المرأة من نفسها يكون طلاقًا وهبة العبد من نفسه يكون اعتاقًا وهبة القصاص ممن هو عليه يكون عفوًا، فإن كان فلان حاضرًا فلم يقبل الهبة أو كان غائبًا فبلغه، فقال لا أقبل فالمال عليه.[٥]

ثالثًا: هبة الدين لغير من عليه الدين

الرأي الأول: يرى الحنفية في الاستحسان والمالكية والشافعية في وجه جواز هبة

---

(١) نهاية المطلب ٨/ ٤١٣

(٢) المبسوط ١٢/ ٨٤

(٣) الحاوي الكبير (٧/ ٥٥٢) والوسيط ٤/ ٢٦٨

(٤) نهاية المطلب (٨/ ٤١٣) والوسيط ٤/ ٢٦٨

(٥) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٦٦)

الدين لغير من عليه الدين، وبه قال من الزيدية أبو طالب ويحيى. ولا تجوز إلا إن أمره بالقبض فقبض أو أشهد عليه.[1]

الرأي الثاني: يرى الشافعية في وجه والحنابلة أنّ هبة الدين لغير من عليه لا تجوز وبه قال من الزيدية الناصر والمؤيد.[2]

حجة الرأي الأول: هبة الدين من غير من عليه الدين جائزة. فإذا سلطه عليه فهو مسلط عليه في الجملة أو يجعل ذلك نقلا للدين منه بمقتضى الهبة منه فيصير هبة الدين ممن عليه الدين – لو أمكن – ذلك؛ لأنّ له ولاية نقل الدين إليه قصدا بإحالة الدين عليه فيثبت ذلك بمقتضى تصرفهما تصحيحا له وإذا استقام تحقيق الهبة كما في حقه وجب الجري على مقتضى الهبة كما في حق الأصيل.[3]

هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضًا إذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانًا والقياس أن لا يجوز وإن أذن له بالقبض.

وجه القياس : أنّ القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة.

وجه الاستحسان: إنّ ما في الذمة مقدور التسليم والقبض بدليل أنّ المديون يجبر على تسليمه إلا أن قبضه بقبض العين، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة

---

(١) النتف ١/ ٥١٨ ومواهب الجليل ٦/ ٥٢ والخرشي ٧/ ١٠٣ ومغني المحتاج٣/ ٥٦٥ والمعاني البديعة (٢/ ١٢٠)

(٢) الحاوي ٥/ ٢٥٥ ومنار السبيل ٢/ ٢٧ والمعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة (٢/ ١٢٠)

(٣) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٩٢)

إلا أنه لا بد من الإذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب.[١]

حجة الرأي الثاني – الشافعية : لا يجوز هبة الدين لغير من عليه؛ لأنّ القبض في الدين غير ممكن؛ لأنّه غير مقدور على تسليمه وإنما يقبض من الديون عين لا دين، والقبض في الهبة إنما يكون فيما ورد العقد عليه.[٢]

الراجح: صحة هبة الدين لمن هو عليه فتحًا لباب التخفيف عن المدينين.

رابعًا: هبة المجهول

الرأي الأول: يرى الحنفية والمالكية وقول للحنابلة أنّ هبة المجهول جائزة.[٣]

ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر[٤]

الرأي الثاني: يرى الشافعية والصحيح عند الحنابلة أنّ هبة المجهول غير جائزة.[٥]

حجة الرأي الثاني: لا تصح هبة المجهول والحرام وما لا يجوز بيعه كمجهول ومغصوب لمن لا يقدر على انتزاعه، وضال وآبق فلا يجوز هبته والجامع بينهما أنّ كلا منهما تمليك في الحياة.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ١١٩) والمحيط البرهاني ٦/ ٢٤٤

(٢) الوسيط في المذهب (٤/ ٢٦٨) ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (٣/ ٥٦٥)

(٣) البناية شرح الهداية (١٠/ ١٦٩) والبيان والتحصيل ١٣/ ٤٢٣ والإنصاف ٧/ ١٣٢

قال الشيخ تقي الدين – رحمه الله –: وتصح هبة المجهول. كقوله " ما أخذت من مالي فهو لك " أو " من وجد شيئا من مالي: فهو له ". واختار الحارثي: صحة هبة المجهول.

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ١١٤)

(٥) الإقناع للماوردي (ص: ١٢٠) والإنصاف ٧/ ١٣٢

والجهالة في حديث "زن وأرجح"[1] تابعة للمعلوم[2].

الرأي الراجح:

كما يجوز رهنه، لجواز رهن الغرر، والمعقود عليه لا معاوضة فيه وهو في غاية البعد عن قصد التنمية فلا يناقضه الغرر والجهالة[3].

المطلب الثامن

أثر غيبة المعقود عليه في عقد المضاربة[4]

ذهب الفقهاء إلى أنه يشترط لصحة المضاربة أن يكون رأس مالها عينا، فلا تجوز على ما في الذمة، بمعنى أن لا يكون رأس المال دينا، فإن كان دينا لم تصح[5].

والمضاربة بالدين لا تخلو إما أن تكون بالدين على العامل، وإما بالدين على غير العامل.

---

(١) سنن ابن ماجه ٣/ ٣٣٥ باب الرجحان في الوزن، وسنن الترمذي ٣/ ٥٩٠ باب ما جاء في الرجحان في الوزن، وقال حسن صحيح، قال النسائي: إنه أشبه بالصواب من حديث شعبة، ورواه شعبة عن أبي صفوان مالك بن عميرة قال: بعت من رسول الله –صلى الله عليه وسلم– سراويل قبل الهجرة فوزن لي فأرجح. (كشف الخفاء ١/ ١١٥ الهمزة مع الذال المعجمة)

(٢) المجموع شرح المهذب (١٥/ ٣٧٦)

(٣) الذخيرة للقرافي (٦/ ٢٤٤)

(٤) المضاربة لغة: مفاعلة من الضرب، وهو السير في الأرض. (التعريفات (ص: ٢١٨)

المضاربة اصطلاحًا: دفع المال إلى الغير ليتجر به على أن يكون الربح الحاصل فيه بينهما على ما شرطا. (تبيين الحقائق (٥/ ٥٢)

(٥) البدائع (٦/ ٨٣) ومواهب الجليل ٥/ ٣٥٨ والذخيرة ٦/ ٣٦ وأسنى المطالب ٢/ ٣٨١ ونهاية المحتاج ٥/ ٢٢٢ والمغني ٥/ ١٤

قال ابن قدامة: ولا يجوز بمال غائب، ولا دين؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال، وهو مقصود الشركة.

المضاربة بالدين على العامل .

الرأي الأول: الحنفية والمالكية والشافعية وهو المذهب عند الحنابلة إلى أن المضاربة بدين لرب المال على العامل لا تصح.[١]

الرأي الثاني: يرى بعض الحنابلة صحة المضاربة بدين على العامل.[٢]

حجة الجمهور: المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه أمينًا فيما عليه من الدين، وكونه مسلما إلى المضارب) ليمكنه التصرف. [٣]

ولابد أن يكون رأس المال عينًا لا دينًا، فإن كان دينا فالمضاربة فاسد.

المضاربة بدين على غير العامل

الرأي الأول: ذهب الشافعية والحنابلة وجمهور المالكية – إلى أن المضاربة بدين على غير العامل لا تصح، كما لو قال للعامل: قارضتك على ديني على فلان فاقبضه واتجر فيه أو نحو ذلك[٤]

الرأي الثاني: يرى الحنفية واللخمي المالكي وبعض الحنابلة جواز المضاربة بدين على غير العامل.[٥]

---

(١) البدائع (٦/ ٨٣) ومواهب الجليل ٥/ ٣٥٨ والذخيرة ٦/ ٣٦ وأسنى المطالب ٢/ ٣٨١ ونهاية المحتاج ٥/ ٢٢٢ والمغني ٥/ ١٤

قال ابن قدامة: ولا يجوز بمال غائب، ولا دين؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال، وهو مقصود الشركة.

(٢) الإنصاف ٥/ ٤٣١

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٣١١) والدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (٥/ ٦٤٨)

(٤) جواهر الإكليل ٢ / ١٧١ وروضة الطالبين ٥ / ١١٧ – ١١٨، والإنصاف ٥ / ٤٣١.

(٥) بدائع الصنائع ٦ / ٨٣، والذخيرة للقرافي (٦/ ٣٤) وجواهر الإكليل ٢ / ١٧١، والإنصاف ٥ / ٤٣١.

حجة الرأي الأول: لابد أن يكون رأس المال عينًا لا دينّا، فإن كان دينا فالمضاربة فاسد.

حجة الرأي الثاني: قال الكاساني: لو قال لرجل اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز، لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض، فكان رأس المال عينا لا دينا.[1]

الرأي الراجح: الرأي الثاني بشرط تحقق قبض الدين كما اشترطه الإمام الكاساني.

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٨٣، وجواهر الإكليل ٢ / ١٧١، والإنصاف ٥ / ٤٣١.

الخاتمة

وتشتمل على التوصيات وأهم النتائج ومراجع البحث

أولًا: التوصيات

١. يوصي الباحث طلاب العلم بتكريس جهودهم في استخراج الكنوز العلمية من كتب التراث الفقهي.

٢. يوصي الباحث الجامعات الإسلامية بفتح باب المشاركة لطلاب العلم في المؤتمرات العلمية ودعم الطلاب.

٣. يوصي الباحث البلاد العربية والإسلامية بتطبيق القواعد العامة للمعاملات الإسلامية لمواجهة مشاكل التضخم والحد من المشكلات المالية بين الإفراد.

ثانيًا أهم النتائج:

إنّ نتائج البحث في كتب التراث الفقهي لا يمكن حصرها ولكن هذا غيض من فيض فكل مسألة في البحث إنما هي نتيجة قد توصل إليها فقهاء الأمة من قبل وما عملي إلا كشف عن مجهود السادة العلماء رحمهم الله ونفعنا بعلمهم، وأهم هذه النتائج ما يأتي:

١. إمكانية تصحيح العقد الفاسد لتصحيح تصرفات الناس وحماية أموالهم.

٢. التجارة الإلكترونية مخرّجة على البيع بالأنموذج.

٣. بيع الغائب مشروط بالقدرة على تسليمه.

المراجع

أولًا: القرآن الكريم

ثانيًا: كتب السنة

١ – سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (ت: ٢٧٥هـ (سنن أبي داوود) المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميدالناشر: المكتبة العصرية، – بيروت.

٢– مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري (ت 261هـ) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم –الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.

٣– محمد بن إسماعيل البخاري(الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري)المحقق: محمد زهير بن ناصر الناشر: دار طوق النجاة.

٤– محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: 273هـ (سنن ابن ماجه) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي.

ثالثاً : كتب اللغة والمعاجم

١–إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ)(الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية) تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار الناشر: دار العلم للملايين – بيروت.

٢–الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ) (العين) المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي الناشر: دار ومكتبة الهلال.

٣- علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ) (التعريفات)، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت –لبنان.

٤-محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور(لسان العرب) (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر – بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ.

رابعاً : كتب الفقه

أولًا : الفقه الحنفي

١-أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)(بدائع الصنائع)الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.

٢-محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ) (المبسوط) دار المعرفة – بيروت.

٣- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) (رد المحتار) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.

٤- محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى: ٧٨٦هـ)(العناية شرح الهداية) الناشر: دار الفكر

٥-محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: ٨٥٥هـ)(البناية) الناشر دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة:الأولى، ١٤٢٠ هـ- ٢٠٠٠ م

ثانيًا: الفقه المالكي

١- شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي

(المتوفى:٦٨٤هـ)الذخيرة) الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت.

٢- علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي) (المتوفى: 1189هـ) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني) المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي.

٣-محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ) (بداية المجتهد) الناشر: دار الحديث – القاهرة.

٤- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: ١٢٩٩هـ) (منح الجليل ش مختصر خليل) الناشر: دار الفكر – بيروت تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م

ثالثًا: الفقه الشافعي

١- علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ) (الحاوي في الفقه الشافعي) دار الكتب العلمية.

٢- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م

٣-محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ (المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي) الناشر: دار الفكر.

رابعًا: الفقه الحنبلي

١- عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدين (المتوفى: 682هـ) الشرح الكبير على متن المقنع) الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع

٢-عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) (المغني) الناشر: مكتبة القاهرة.

خامساً : كتب عامة

١-أحمد بك إبراهيم (المعاملات الشرعية المالية) المطبعة الفنية بالقاهرة.

٢- بدران أبو العينين(تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود) إعداد/ دار النهضة العربية بيروت

٣- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية(مجلة الأحكام العدلية) المحقق: نجيب هواويني الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

٤-لجنة من علماء كلية الشريعة ١٩٩٦ (، الفقه الإسلامي في المعاملات والعقود المدنية والتجارية وأحكامها الشرعية)كتاب جامعي كلية الشريعة والقانون ج الأزهر١٩٩٦ م.

وأخيرًا أشكره الله على نعمائه وأستزيده من فضله، ثم الشكر موصول لإدارة الكلية الجامعية الإسلامية ببهانج السلطان أحمد شاه (KUIPSAS) متمثلة في الأستاذ الدكتور رئيس الكلية الجامعية وسائر أعضاء هيئة التدريس، ثم الشكر موصول لإدارة المجلة متمثلة في الأساتذة القائمة على الإدارة والنشر.

وبالله التوفيق والهداية ،،،

فهرس الموضوعات

موجز عن البحث ١٤٠٠
المقدمة ١٤٠٢
التمهيد : حقيقة العقد والمعقود عليه ومجلس العقد ١٤٠٣
المبحث الأول : أركان العقد وشروطه ١٤٠٥
المطلب الأول : أركان العقد..... ١٤٠٥
المطلب الثاني : شروط العقد..... ١٤٠٦
المطلب الثالث : الفرق بين الصحيح والفاسد والباطل..... ١٤٠٨
المبحث الثاني : أثر غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد في عقد البيع ١٤١٢
المبحث الثالث : أثر غيبة المعقود عليه في العقود الأخرى (عدا عقد البيع) ١٤٤٦
المطلب الأول : أثر غيبة المعقود عليه على عقد الإجارة ١٤٤٦
المطلب الثاني : اشتراط وجود المعقود عليه لتصح الإقالة ١٤٤٧
المطلب الثالث : أثر غيبة المعقود عليه في عقد السلم ١٤٤٧
المطلب الرابع : أثرغيبة المعقود عليه في عقد الاستصناع ١٤٥١
المطلب الخامس : غيبة المحال به في عقد الحوالة ١٤٥٣
المطلب السادس : غيبة المرهون ١٤٥٥
المطلب السابع : أثر غيبة المعقود عليه في عقد الهبة..... ١٤٥٦
المطلب الثامن : أثر غيبة المعقود عليه في عقد المضاربة ١٤٦٢
الخاتمة ١٤٦٤
المراجع ١٤٦٥
فهرس الموضوعات ١٤٦٩