مجلة بحوث
كلية الآداب

البحث (٢٠)

مقتضى عقد البيع وتطبيقه المعاصر

"دراسة فقهية مقارنة"

إعداد
الباحث / رمضان عبد العزيز رياض يوسف
للدرجة الماجستير

تحت اشراف
أ.د/ حسن السيد حامد خطاب
أستاذ الدراسات الاسلامية ووكيل الكلية - كلية الآداب - جامعة المنوفية

ابريل ٢٠١٦م | العدد (١٠٥) | السنة ٢٧
http : // Art.menofia . edu. eg *** E- mail: rifa2012@ Gmail.com

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

مقتضى عقد البيع وتطبيقه المعاصر
دراسة فقهية مقارنة

الباحث /رمضان عبد العزيز رياض يوسف
لدرجة الماجستير
إشراف الأستاذ الدكتور
حسن السيد حامد خطاب
أستاذ الدراسات الإسلامية ووكيل الكلية

ملخص البحث

هذا البحث في عدة نقاط

- **النقطة الأولى** : تعريف عقد البيع وبيان مقتضاه ونصوص الفقهاء فيه.
- **النقطة الثانية** : في بيان الآثار المترتبة على مقتضى عقد البيع من انتقال ملك وقبض وضمان وتصرف وغير ذلك من الآثار التي تعتبر مقتضيات لعقد البيع على هيئة آثار مترتبة على المقتضى الأصلي لعقد البيع.
- **النقطة الثالثة**: ذكر تطبيق معاصر لمقتضى عقد البيع ألا وهو عقد المرابحة للأمر بالشراء لبيان ما تتفق فيه هذه الصورة المعاصرة مع مقتضى عقد البيع وما تختلف فيه مع مقتضاه.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمداً عليه وعلى إله وصحبه الأطهار الأخيار إلى يوم الدين وسلم تسليماً كثيرا. وبعد

إن العالم الإسلامي يشهد حركة فكرية واسعة الآفاق ومتجددة المدارك تهدف إلى الاستنباط خاصة بعد ظهور كثير من العقود الحديثة التي تحتاج إلى منفق فيها ووضعها في حيزها الشرعي وذلك لأن الشارع الحكيم أولى هذه العقود اهتماماً بالغاً لما لها من أهمية في حياة الناس إذ هي التي تدير شئون الناس وتقضي مصالحهم لأن الرحى التي تدار عليها العقود هي مقتضياتها لذا استخرت الله في كتابة هذا البحث بعنوان "مقتضى عقد البيع وتطبيقه المعاصر دراسة فقهية مقارنة"

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

خطة البحث

يشتمل هذا البحث على ثلاث مباحث

المبحث الأول: مقتضى عقد البيع وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد البيع

المطلب الثاني: أركان عقد البيع.

المطلب الثالث: معنى مقتضى عقد البيع.

المطلب الرابع: مقتضى عقد البيع عند الفقهاء.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على مقتضى عقد البيع وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الأثر الأول انتقال الملك.

المطلب الثاني: الأثر الثاني لزوم عقد البيع.

المطلب الثالث: الأثر الثالث القبض.

المطلب الرابع: الأثر الرابع الضمان.

المبحث الثاني: التطبيق المعاصر لمقتضى عقد البيع بيع المرابحة للآمر بالشراء وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المرابحة للآمر بالشراء .

المطلب الثاني: صور عقد المرابحة.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي لعقد المرابحة للآمر بالشراء.

المطلب الرابع: مخالفة المرابحة للآمر بالشراء لعقد البيع.

المبحث الأول

مقتضى عقد البيع

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول : تعريفه في اللغة والاصطلاح .

- **أولا: تعريف البيع لغة :**

البيع مشتق من (بيع) الباء ، والياء ، والعين أصل واحد. وهو مصدر باع الشيء يبيعه بيعا ، والبيع من الأضداد مثل : الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين . ويجمع على بيوع[1] .

---

١) المصباح المنير للفيومي مادة (ب ي ع). ط المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

يقول أبو عبيد : "البيع من حروف الأضداد ، وفي كلام العرب يقال . باع فلان إذا اشترى وباع من غيره"[1] .

•واكثر الاستعمال باع الشيء : إذا أخرجه من ملكه بعوض، أو زال الملك فيه بالمعاوضة واشترى : إذا أدخله فيه ، أو تملكه بها.

- **ثانياً: تعريف البيع إصطلاحاً :**

نعرض فيه أهم تعريفات المذاهب.

(أ) **عرفه الحنفية بأنه:** "مبادلة مال بمال بالتراضي"[2] .

(ب) **عرفه المالكية بأنه:** "عقد معاوضة على غير منافع ، ولا متعة لذة"[3].

(ج) **عرفه الشافعية بأنه:** " عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد "[4].

(د) **عرفه الحنابلة بأنه:** "مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً"[5].

•• وبعد عرض تعريفات البيع بمعناه الأعم ، يتضح بأن كل التعريفات تبين حقيقة العقد وماهيته و ما يقتضيه العقد أو الغرض الذي عقد العقد لأجله وهو التمليك لكل من الطرفين البائع والمشتري ودل عليه لفظ "تمليكاً وتملكاً" .

المطلب الثاني : أركان عقد البيع

يمر عقد البيع بمرحلتين أساسيتين ، وهما:-

١) **مرحلة إبرام العقد** : وهي مرحلة تكوينه ونشأته وبنائه.

٢) **مرحلة الآثار** : وهي مرحلة الآثار المترتبة على قيام العقد.

وحتى تتم مرحلة التعاقد الأساسية لابد أن تتوافر أركان لهذا العقد وتتوافر لها شروط انعقادها التي لا ينعقد العقد إلا بها.

أركان عقد البيع عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في تحديد أركان البيع على ما يلي:-

١) **القول الأول** : أن أركان العقد ثلاثة . "صيغة " ، و "عاقد " ، و" معقود عليه ". قال به جمهور الفقهاء من المالكية[6]، والشافعية[7]، والحنابلة[8]

---

١) لسان العرب لابن منظور مادة (بيع) . ط دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ

٢) الباب شرح الكتاب للدمشقي الميداني (٣/٢) ، ط المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون

٣) الشرح الكبير للدردير (٢/٣) ، ط دار الفكر ، بدون ، مواهب الجليل للمغربي (٢٢٥/٤) ، ط دار الفكر ، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م

٤) نهاية المحتاج (١١١/٣) ط دار الفكر بيروت ط اخيرة ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م، حاشيتا قليوب وعميرة (١٩١/٢) ط دار الفكر بيروت ، بدون ١٤١٥هـ-١٩٩٥م

٥) المغني لابن قدامه (٤٨٠/٣) ط مكتبة القاهرة ، بدون ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م ، الإنصاف للمرداوي (٢٦٠/٤) ط دار احياء التراث العربي ط الثانية بدون .

٦) الفواكه الدواني للأزهري (٧٣/٢) ط دار الفكر بدون ١٤١٥هـ ١٩٩٥م، مواهب الجليل شرح مختصر خليل للمغربي (٢٥٨/٤، ٢٤١)

٧) المجموع للنووي(١٤٩/٩) ط دار الفكر بدون ، الوسيط للغزالي (٥/٣) ط دار السلام القاهرة ط الأولى ١٤١٧هـ

٨) شرح منتهى الإيرادات للبهوتي(٥/٢) ط عالم الكتب ط الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣ .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

يقول ابو عبيد : "البيع من حروف الأضداد ، وفي كلام العرب يقال . باع فلان إذا اشترى وباع من غيره"[1] .
•واكثر الاستعمال باع الشيء : إذا أخرجه من ملكه بعوض، أو زال الملك فيه بالمعاوضة واشترى : إذا أدخله فيه ، أو تملكه بها.

• **ثانياً: تعريف البيع إصطلاحاً :**

تعرض فيه أهم تعريفات المذاهب.
(أ) **عرفه الحنفية بأنه:** "مبادلة مال بمال بالتراضي"[2] .
(ب) **عرفه المالكية بأنه:** "عقد معاوضة على غير منافع ، ولا متعة لذة"[3].
(ج) **عرفه الشافعية بأنه:** " عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد"[4].
(د) **عرفه الحنابلة بأنه:** "مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً" [5] .

•• وبعد عرض تعريفات البيع بمعناه الأعم ، يتضح بأن كل التعريفات تبين حقيقة العقد وماهيته و ما يقتضيه العقد أو الغرض الذي عّقد العقد لأجله وهو التمليك لكل من الطرفين البائع والمشتري ودل عليه لفظ "تمليكاً وتملكاً" .

المطلب الثاني : أركان عقد البيع

يمر عقد البيع بمرحلتين أساسيتين ، وهما:-

١) **مرحلة إبرام العقد** : وهي مرحلة تكوينه ونشأته وبنائه.
٢) **مرحلة الآثار** : وهي مرحلة الآثار المترتبة على قيام العقد.

وحتى تتم مرحلة التعاقد الأساسية لابد أن تتوافر أركان لهذا العقد وتتوافر لها شروط انعقادها التي لا ينعقد العقد إلا بها.

أركان عقد البيع عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في تحديد أركان البيع على ما يلي:-

١) **القول الأول** : أن أركان العقد ثلاثة . "صيغة " ، و "عاقد " ، و" معقود عليه ". قال به جمهور الفقهاء من المالكية[6]، والشافعية[7]، والحنابلة[8]

١) لسان العرب لابن منظور مادة (بيع) ط دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ
٢) اللباب شرح الكتاب للدمشقي الميداني (٢/٣) ، ط المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون
٣) الشرح الكبير للدردير (٢/٣) ، ط دار الفكر ، بدون ، مواهب الجليل للمغربي (٢٢٥/٤) ، ط دار الفكر ، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م
٤) نهاية المحتاج (١١١/٣) ط دار الفكر بيروت ، بدون ، حاشيتا قليوب وعميرة (١٩١/٢) ط دار الفكر بيروت ط اخيرة ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م، الإنصاف للمرداوي (٤/٢٦٠) ط دار احياء التراث العربي ط الثانية ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م ، مختصر خليل للمغربي (٢٥٨/٤، ٢٤١) ط دار الفكر بدون
٥) المغني لابن قدامه (٤٨٠/٣) ط مكتبة القاهرة ، بدون ، مواهب الجليل شرح مختصر الفواكه الدواني للأزهري (٧٣/٢) ط دار الفكر بدون
٦) الفواكه الدواني (١٤٩/٩) ط دار الفكر بدون ، الوسيط للغزالي (٥/٣) ط دار السلام القاهرة ط الأولى ١٤١٧هـ .
٧) المجموع للنووي (٥/٢) ط عالم الكتب ط الأولى ١٤١٤هـ- ١٩٩٣ .
٨) شرح منتهى الإيرادات للبهوتي

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وذكر صاحب " إعانة الطالبين "[1] "وفي الحقيقة ستة لأن كل واحد من الأركان الثلاثة تحته قسمان . فالأول: تحته البائع والمشتري ، والثاني: تحته الثمن والمثمن ، والثالث: تحته الإيجاب والقبول".

٢) **القول الثاني** : أن ركن العقد هو الصيغة ، الإيجاب والقبول فقط، وذلك ؛ لأن ماعدا الصيغة ليس جزءًا من حقيقة العقد. قال به الحنفية[2].

القول الراجح

ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن أركان العقد ثلاثة " صيغة " و "عاقدان "، و " محل "

المطلب الثالث

معنى مقتضى عقد البيع :

ومقتضى عقد البيع : هو مجموعة الالتزامات التي يستلزمها العقد ، فيعتبر العاقدُ مكلفًا بها دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة من قبل العاقد الآخر ، حيث نظمها الشارع آثارًا للعقد الذي ينشئها بحسب الحاجة ؛ تحقيقًا للتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والواجبات[4] . وما لا يكون العقد صحيحًا إلا به إما لدلالته عليه ، كأن يقول البائع للمشتري :" بعتك "، فدل اللفظ على المقتضى الذي هو التمليك بالدلالة دون النطق به، وإما بالتصريح ، كأن يقول البائع للمشتري : " ملكتك "، فدل بالنطق على المقتضى إفادة لمعناه.[5]

المطلب الرابع

مقتضى عقد البيع

اتفق الفقهاء على أن مقتضى عقد البيع (التمليك أو التملك) [6] ، وهذا هو الذي يتحقق به انتقال الشيء المباع من ملك البائع إلى ملك المشتري[7] ، وقبضه والتصرف والتصرف فيه وضمانه."وهذا التمليك يكون تملكاً بعوض ؛ حتى لا يدخل معه غيره ".

---

١) شارحة أبو بكر بن محمد بن شطا الدمياطي الشافعي المتوفي سنة ١٣٠٢هـ .
٢) أعانة الطالبين للدمياطي (٦/٣) ط دار الفكر ط الأولى ١٤١٨ه ـ ١٩٩٧م.
٣) بدائع الصنائع للكاساني(١٣٣/٥) ط دار الكتب العلمية ط الثانية ١٤٠٦ه ـ ١٩٨٦م .
٤) المرجع السابق (١٤٤/١) بتصرف .
٥) كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٧٨/٣) ط دار الكتاب الإسلامي ، بدون ، أصول السرخسي (١ / ٢٤٨ ، ٢٤٩) ط دار المعرفة بيروت
٦) الفرق بين التمليك والتملك . التمليك: هو إخراج الشيء من ملكه إلى ملك غيره . أما التملك: هو الصيرورة مالكاً. ينظر .شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني (٢/ ٣٤٧) ط مكتبة صبيح ، مصر .
٧) عقد البيع للدكتور مصطفى الزرقا (ص١٠١) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

عبارات المذاهب الفقهية في تحديد مقتضى عقد البيع

أولاً: المذهب الحنفي:

- جاء في البحر الرائق : "ما لا ينعقد فيه تمليكا فلا يتحقق به بيعاً"[1] .
- وقال أيضاً : "البيع لا يختص بلفظ ، وإنما يثبت الحكم إذا وجد معنى التمليك والتملك"[2] .

ثانياً: المذهب المالكي:

- جاء في مواهب الخليل: "والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما في يد غيرك بعوض"[3] .

ثالثاً: المذهب الشافعي:

- جاء في الحاوي الكبير: "إن التمليك هو حكم البيع وموجبه"[4] .
- جاء في الوسيط : "فكل تملك بعوض فهو بيع"[5] .

رابعاً: المذهب الحنبلي:

- جاء في المغني: "لأن البيع ملك المبيع ومنافعه"[6] .
- وقال أيضاً: "وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين والتصرف"[7] .

** وبعد عرض أقوال أئمة المذاهب يتضح أن مقتضى " عقد البيع ": هو التمليك بعوض ، ومن هذه الألفاظ ما دل على ذلك صراحة ، ومنها ما دل على ذلك بمعناه.

المبحث الثانى
الآثار المترتبة على مقتضى عقد البيع

ويشتمل على أربعة مطالب : -

هناك عدة آثار مترتبة على التمليك الذي يقتضيه عقد البيع :

المطلب الأول

الأثر الأول انتقال الملك [1] :ويشتمل على ثلاث فروع

(١) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق لابن نجيم (٣٨٤/٤) ط دار الكتاب الإسلامي ط الثانية بدون.
(٢) المرجع السابق (٢٩٦/٥)
(٣) مواهب الخليل شرح مختصر خليل (١٣/٦) ط دار الكتب لعلمية ، بيروت ، ط الأولى ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩.
(٤) الحاوي الكبير للماوردي (٤٠/٥) .
(٥) الوسيط للغزالي (١٤٦/٣) .
(٦) المغني (٢٨/٤)
(٧) المرجع السابق (٤٦١/٤)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وانتقال الملك معناه : أن يملك المشتري المبيع ، ويملك البائع الثمن ، وانتقال الملك يترتب على عقد البيع الصحيح ، فينتقل الملك فيه بمجرد الإيجاب والقبول ويرتب البيع كل آثاره[٢] .

ونتعرض لأثر انتقال الملك فى العقد الصحيح والموقوف والفاسد.

الفرع الأول

انتقال الملك بالعقد الصحيح.

وقبل أن أبين انتقال الملك بالعقد الصحيح أبين معناه أولًا :

أولاً: العقد الصحيح لغةً :

الصحة : ضد السقم وذهاب المرض والبراءة من كل عيب ، والصحة يقابلها البطلان ، يقال : صح العقد إذا ترتب عليه أثره ، ويقال : صح القول إذا طابق الواقع ، والصحيح هو السليم من العيوب[٣] .

ثانياً: العقد الصحيح اصطلاحًا :

هو : ما صدر من أهله مضافًا إلى محل صالح لحكمه وسلم من خلل يشتمل في ركنه أو وصفه.[٤]

اتفق الفقهاء على أن انتقال الملك في العقد الصحيح البات بمجرد العقد الصادر بالإيجاب والقبول ، فيملك المشتري المبيع ويملك البائع الثمن قال به الجمهور من الحنفية[٥] ، والمالكية[٦] ، والشافعية[٧] ، والحنابلة[٨]

الفرع الثاني:

انتقال الملك بالعقد الموقوف

والعقد الموقوف هو : العقد الذي يوقف نفاذه على إجازة صاحب الحق فيه بحيث ينفذ إن أجازه ويبطل أن رده[١] .

---

(١) المغني (١٦/٤، ٦٤) ، المحرر في الفقه لابن تيمية (٢٧٨/١، ٢٧٩) دار المعارف الرياض ط الثانية ، ١٤٠٤ه ـ ١٩٨٤، موسوعة الفقه الإسلامي (٣٩٨/٣) ط الأفكار الدولية ط الأولى ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م.

٢) المنثور في القواعد للزركشي (٤٠٨/٢) ط وزارة الأوقاف الكويتية ط الثانية ١٤٠٥ه ـ ١٩٨٥م، الفتاوى الكبرى لابن تيميه (٣٥/٦) ط دار الكتب العلمية ط الأولى ١٤٠٨ه ـ ١٩٨٧م .

٣) تاج العروس للزبيدي(٥٢٨/٦) ط دار الهداية بدون، لسان العرب (٥٠٧/٢)، القاموس المحيط(٢٩١/١) ط مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت ط الثانية ١٤٢٦ ـ ٢٠٠٥م.

٤) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ص (٣٤٩، ٣٥٨) ط دار الفكر بيروت بدون .

٥) الحنفية : ينظر - البحر الرائق (٢٨٤/٥) ، شرح فتح القدير (٦٤/٤) ، بدائع الصنائع (٢٠/٦)

٦) المالكية: ينظر- الذخيرة للقرافي (٣٥٣/١٠) ط دار الغرب لإسلامي ط الأولى ١٩٩٤م ، الثمر الداني رسالة أبي زيد القيراواني(٤٩٥/١) ط دار المكتبة الثقافية بيروت بدون .

٧) الشافعية : ينظر- المجموع شرح المهذب (١٦٢/٩، ١٦٣) ، الحاوي الكبير (٣١/٥)

٨) الحنابلة: ينظر- المقني (٧/٤) ، كشاف القناع للبهوتي (١٤٧/٣) ط دار الكتب العلمية بدون ، شرح منتهى الإيرادات (٣٣/٣) ، المحرر في الفقه (٢٥٢/١)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

• وقبل بيان انتقال الملك بالعقد الموقوف لابد من بيان اختلاف الفقهاء فيه :

• **اختلف الفقهاء في القول بالعقد الموقوف على ما يلي:-**

١) **القول الأول** : أن العقد الموقوف موجود، مشروع ، ويعتبرونه قسم من أقسام لعقد الصحيح ، وبه قال الحنفية[٢] ، والمالكية[٣] ، والشافعية[٤] في القديم ، و روايه عند الإمام أحمد[٥].

٢) **القول الثاني**: أن العقد الموقوف والعقد الفاسد والعقد الباطل سواء لا اعتبار لهم ، وبه قال الشافعية في الجديد[٦] ، والرواية الثانية عند الحنابلة[٧].

• **وبعد عرض الآراء في البيع الموقوف يتبين ما يلي:-**

ان من قال بثبوت العقد الموقوف وانعقاده . قال : إن العقد الموقوف ينعقد غير نافذ ، فلا ينتقل به ملك إلا بالإجازة ؛ لأنه تصرف فيما لا يملكه فقبل أن تصدر الإجازة ممن يملكها لا يظهر العقد الموقوف ويكون ظهور أثره من انتقال ملك وغيره موقوفا على الإجازة[٨].

• فبيع الفضولي لا ينعقد ابتداءً لانعدام الملك والولاية ولكنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك ، فإن أجازه .. نفذ ، وإلا .. بطل[٩]

ومما سبق يتضح أن العقد الموقوف يخالف مقتضى عقد البيع من اتجاهين:-

١) **الاتجاه الأول:** أن المبيع غير مملوك للبائع وقت البيع ولكنه تصرف تصرفاً موقوفاً على إجازة غيره ؛ لأن المبيع يشترط فيه أن يكون مملوكاً للبائع وهذا غير مملوك عند العقد ولا عند بيعه. حتى ولو أجيز له التصرف فيه فإنه لا يملكه بل يكون بمثابة وكيل[١٠].

---

١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي د/ عبد الفتاح محمود إدريس (ص ٣١٦) ط مكتبة وهبة ٢٠١١م.
٢) الحنفية : ينظر- بدائع الصنائع (١٤٨/٥، ١٤٩) ، المبسوط (١٥٤/٣) ، رد لمحتار لابن عابدين ط دار الفكر بيروت ، ط الثانية ١٤١٢هـ-١٩٩٢م
٣) المالكية ينظر-مواهب الجليل (٢٧١/٤)
٤) الشافعية في القديم: ينظر- مغني المحتاج (٣٤١/٢) ، المجموع شرح المهذب (٢٦٦/٩).
٥) رواية الحنابلة: ينظر- المغني مع الشرح الكبير (١٥٤/٥) ، الإنصاف (٢٦٧/٤- ٢٨٣).
٦) الشافعية في الجديد: المراجع السابقة
٧) الرواية الثانية عند الحنابلة. المراجع السابقة ، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٣٧/٩، ٢٣٨ ، ٢٣٩) ط وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت
٨) بدائع الصنائع (١٤٧/٥) ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢٦٩/٤ - ٢٧٠) ؛ روضة الطالبين (٣٥٥/٣، ٣٥٦، ٣٥٧) ت زهير الشاويش ط المكتب الإسلامي بيروت ط الثالثة ١٤١٢ - ١٩٩١ ، الإنصاف (٢٨٣/٤).
٩) تبين الحقائق للزيلعي(١٠٣/٤) ط المطبعة الكبرى الأميرية بالقاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٣١٣هـ ، المجموع شرح المهذب (٢٦٢/٩).
١٠) رد المحتار (٥٠٣/٤) ، شرح مختصر خليل (١٨/٥) ط دار الفكر بيروت بدون ، البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني (٦٦/٥) تحقيق قاسم محمد ط دار المنهاج جدة ، كشاف القناع (١٥٧/٣)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٢) **الاتجاه الثاني** : بعد إجازة صاحب الملك ، فإن الملك لا ينتقل إلى من قام بالعقد ؛ لأنه أمانة في يده بعد الإجازة ، وهذا يخالف مقتضى البيع ، إذ مقتضاه : انتقال ملك المبيع إلى المشتري وانتقال ملك الثمن إلى البائع، وهذا غير موجود في العقد الموقوف ؛ فإن الثمن ينتقل إلى المجيز لا إلى البائع فلا يوافق مقتضاه مقتضاه[١]

الفرع الثالث

انتقال الملك بالعقد الفاسد

قبل بيان انتقال الملك بالعقد الفاسد نبين معناه أولًا.

- **تعريف الفساد في اللغة :**

فسد الشيء يفسد ويفسد فسادًا فهو فاسد، والمفسدة ضد المصلحة ، والفساد نقيض الصلاح ، والاستفساد خلاف الاستصلاح ، ويقال : هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد[٢] .

- **تعريف الفساد اصطلاحا :**

١) عرفه الجمهور بأنه : كل فعل محرم يقصد به التوصل إلى استباحة ما جعل الشرع أصله على التحريم[٣] .

٢) عرفه الحنفية بأنه : ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[٤] .

انتقال الملك بالعقد الفاسد

- **أولاً: محل الوفاق**

اتفق العلماء على تحريم العقد الفاسد [٥] .

- **ثانياً: محل الخلاف**

اختلف الفقهاء في انعقاد العقد الفاسد ونفاذه وثبوت الملك به.[٦] وذلك على اختلافهم في اقتضاء النهي للفساد أم لا.

- **أقوال الفقهاء في انتقال الملك بالعقد الفاسد.**

اختلف الفقهاء في انتقال الملك بالعقد الفاسد على ما يلي:-

---

١) مجمع الأنهر لشيخي زادة(٢/٩٤، ٩٥) ط دار إحياء التراث العربي بدون، التاج والإكليل(٦/٥٧) ط دار الكتب العلمية بدون، القواعد لابن رجب (ص ٤١٧)

٢) المعجم الوسيط إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار (٢/٦٨٨) ط دار الدعوة بدون .

٣) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (٢/٢٦) ط دار الكيني ط الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/٢٩١) ط دار الكتب العلمية بيروت ، ط الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٤م

٥) يفهم من الإجماع لابن المنذر (١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١) تحقيق د أبو حماد حنيف ط مكتبة الفرقان ومكتبة مكة الثقافية ط الثانية ١٩٩٩م .

٦) بدائع الصنائع (٥/٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠٤) ، الاختيار لتعليل المختار للموصلي (٢/٣٢) ط الحلبي القاهرة بدون ١٣٥٦هـ- ١٩٣٧ م

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

١) القول الأول: أن العقد الفاسد يفيد الملك، إذا اتصل به القبض ولكل من المتعاقدين فسخه. وهذا قول الأحناف[١] .

٢) القول الثاني: أن العقد الفاسد لا يفيد الملك ، فلا يصح ولا ينفذ ، وهذا مذهب الشافعية[٢] والحنابلة[٣] وقول فرقة من الحنفية[٤] ومذهب الظاهرية[٥].

٣) القول الثالث: أنه إذا فات الملك في البيع المختلف فيه .. أفاد الملك ووجب رد قيمته والرجوع ، وإن لم يفت .. لم يفد الملك ووجب إعادته ، وهذا مذهب المالكية[٦] .

أدلة الأقوال

١) أدلة القول الأول: الذي يقول بأن العقد يفيد الملك إذا اتصل به القبض من

١- السنة

٢- القياس

٣- المعقول .

- أولاً: أدلتهم من السنة

ما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت – دخلت بريرة فقالت كاتبت أهلي على تسع أواق ، في كل عام أوقية ، فأعينيني ، فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ، ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله . صلى الله عليه وسلم . جالس فقالت : إني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم . فسمع رسول النبي . صلى الله عليه وسلم . فأخبرت عائشة النبي . صلى الله عليه وسلم . فقال : خذيها واشترطي لهم الولاء ؛ فإنما الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة ، فقام رسول الله . صلى الله عليه وسلم . في الناس فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، فقضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق" [٧] .

وجه الدلالة من هذا الحديث

---

١) بدائع الصنائع (٢٩٩/٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٢٢/٢) ، تبين الحقائق (٦٤/٤، ٦٥).
٢) فتح العزيز بشرح الوجيز للقزويني (٢١٢/٨) ط دار الفكر بيروت ، بدون ، الوسيط للغزالي (٧٦/٤) ط الثانية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤.
٣) المغني (١٦/٥) ، الروض المربع للبهوتي(٣٤٦/٥) ، مطالب أولي النهى (٤٥٥/٢) ط المكتب الإسلامي
٤) تبين الحقائق للزحيباني (١٥١/٣)
٥) المحلى لابن حزم (٣٣٢/٧) ط دار الفكر بدون .
٦) الفواكه الدواني (٨٨/٢) ، التاج والإكليل (٢٥٤/٤) ، الشرح الكبير لدردير (٧١/٣) ، بداية المجتهد لابن رشد (١٩٣/٢) ط دار الحديث القاهرة بدون ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٢م.
٧) أخرجه البخاري في الصحيح في عدة مواضع ، منها : كتاب البيوع ، بَابُ إِذَا اشْتَرَطَ شُرُوطًا فِي البَيْعِ لاَ تَحِلُّ (٣/ ح ٢١٦٨) ، كِتَابُ العِتْقِ،بَابُ اسْتِعَانَةِ المُكَاتَبِ وَ سُؤَالِهِ النَّاسَ (١٥٢/٣ ، ح ٢٥٦٣) ، كتاب الشروط ، بَابُ الشُّرُوطِ فِي الوَلاَءِ (١٩٢/٣ ، ح ٢٧٢٩) .ومسلم ، كِتَابُ العِتْقِ ، بَابُ إِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ (١١٤٢/٢ ، ح ٧ - (١٥٠٤)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

يدل الحديث على أن النبي . صلى الله عليه وسلم . أجاز العتق مع فساد البيع بالشرط ، وهذا يفيد أن الملك ينتقل في العقد الفاسد بالقبض[1] .

مناقشة دليلهم من السنة.

نوقش حديث عائشة . رضي الله عنها . : بأنه لا يوجد في الحديث ما يدل على فساد العقد بل فيه دلالة واضحة على عدم فساد العقد بل فساد الشرط ، فهو بذلك يدل على صحة العقد لا على فساده[2] .

لذلك يقول الإمام الماوردي :" إن عقد ابتياعها كان صحيحًا ؛ لأن النبي . صلى الله عليه وسلم . أذن لعائشة . رضي الله عنها. فيه ، ولا يجوز أن يأذن في عقد فاسد فكأن عقد عائشة صادف ملكًا عن عقد صحيح[3] .

- **ثانياً: أدلتهم من القياس.**

قالوا : بنفاذ العقد الفاسد وترتب الأحكام عليه قياسًا على البيع بشرط الخيار فإنه ينعقد مقيداً لحكمه ، ولكنه يتأخر بثبوت الحكم إلى سقوط الخيار فكذلك اشترط القبض هنا[4] .

- **ثالثاً: أدلتهم من المعقول**

استدلوا من المعقول بما يلي:-

١) بأنه : بيع مشروع ، فيقيد في الجملة استدلالًا بسائر البياعات المشروعة[5] .

ونوقش هذا الاستدلال

بأنه لو أراد بالمشروع : المأذون فيه شرعًا .. فهو ممنوع ، وإن أراد به : المشروع بأصله لا مع وصف الفساد .. سلمناه ، لكن الثابت هنا هو المقرون بالوصف ، فهو غير مشروع معه .

فتبين بهذا أن الاستدلال بالنصوص المطلقة استدلال لا يدل على المدعى .

٢) أدلة القول الثاني الذي يقول بأن العقد الفاسد لا يفيد الملك فلا يصح ولا ينفذ من:

١- الكتاب ٢- السنة ٣- المعقول

---

١) الاختيار لتعليل المختار (٢/٢٢، ٥٤) .
٢) المغني (٤/١٧٣) .
٣) الحاوي الكبير (٥/٣١٧) .
٤) المبسوط (٢٤/٥٥)
٥) بدائع الصنائع (٥/٢٩٩) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

- **أولاً: دليلهم من الكتاب**

•قوله تعالى : " الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ .....) [1] .

وجه الدلالة في الآية :

تدل الآية الكريمة على أن المقبوض بالعقد الفاسد لو كان يملك به لما استحق الوعيد بأكله [2] .

- **ثانياً: دليلهم من السنة**

• ما روي عن عائشة . رضي الله عنها . قالت : قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . : " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " [3] .

وجه الدلالة من هذا الدليل :

قال ابن دقيق : يستدل بهذا الحديث على إبطال جميع العقود الممنوعة وعدم وجود ثمرتها [4]

- **ثالثاً: دليلهم من المعقول**

١) أن العقد الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك[5] .

٣) **أدلة القول الثالث : الذي يقول بأنه إذا فات الملك في البيع المختلف فيه أفاد الملك ووجب رد قيمته والرجوع ، وإذ لم يفت لم يفد الملك ووجب إعادته** بما يلي :-

•• بأن لبيوع المختلف فيها محل اجتهاد بين العلماء ، فالقول بإبطال ما فات منها فيه حرج لم تأتي بمثله الشريعة ، مراعاة لآراء المجتهدين فيه[6].

أما البيع المجمع عليه فلا يعذر المرء به ؛ لصراحة مخالفته الدليل المتفق عليه .

نوقش هذا الاستدلال

بأنه : ليس في الشريعة ولا في أصولها ما يبيح العقد الفاسد لضرورة لمن ادعى في ذلك ضرورة[7] .

---

١) البقرة (٢٧٥) .
٢) الحاوي الكبير (٣١٦/٥) ، المجموع (٣٧٨/٩) .
٣) أخرجه البخاري ، كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود (١٨٤/٣ ، ح ٢٦٩٧) ومسلم ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور (١٢٤٣/٣ ، ح ١٧ - ١٧١٨)
٥) إحكام الأحكام لابن دقيق(٢٦٩/٢) ط مطبعة السنة المحمدية بدون
(٥) الهداية شرح البداية (٥١/٣) ، البحر الرائق (٩٩/٦)
(٦) التاج والاكليل (٢٥٤/٦، ٢٥٥) ط دار الكتب العلمية ط الأولى ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م
(٧) الاستذكار لابن عبد البر (٥٥/٧)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ومما سبق يتضح أن أدلة القول الثاني بقيت سالمة من النقاش .

الرأي الراجح

بعد عرض أراء الفقهاء وأدلتهم في انتقال الملك بالعقد الفاسد يتبين رجحان الرأي الثاني القائل بأن البيع الفاسد لا يفيد الملك ؛ وذلك لقوة الأدلة التي استندوا إليها، وضعف أدلة القولين الآخرين بل يمكن أن تقول أنها أدلة لذلك .

المطلب الثاني : الأثر الثاني : لزوم عقد البيع

ويشتمل على فرعين :

اختلف الفقهاء في أثر الخيار في ملك المبيع هذا من جانب ومن جانب آخر اختلف الحكم في ما إذا كان الخيار للمتعاقدين من الحكم فيما إذا كان لأحدهما دون الآخر هذا ما يقتضي بيان كل منهما على حدا

الفرع الأول:

خيار الشرط وأثره على مقتضى عقد البيع .

اختلف الفقهاء في أثر الخيار في ملك المبيع وإن كان مشروطًا لواحد منهما فبيع كل واحد من انتقال الملك في عوضه إلى غيره على النحو التالي:-

١) **القول الأول:** أن ملك المبيع باق للبائع لم يزل عنه ولم ينتقل إلى المشترى به ، قاله الحنفية[١] والمالكية وهو المعتمد عندهم[٢] وهو قول الشافعية[٣] ورواية عند الحنابلة[٤] .

٢) **القول الثاني:** أن ملك المبيع موقوف فإذا تم العقد تبين أن المبيع ملكه المشتري بنفس العقد وإذا فسخ لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع وهو قول للشافعية وهو الأصح والأظهر [٥] .

٣) **القول الثالث:** أن ملكه للمشتري انتقل إليه بالعقد و هذا قول ضعيف للمالكية[٦] وقول للشافعية[٧] وهو الأصح والأظهر عند بعضهم[٨] وهو أظهر الروايتين وأشهرهما

---

١) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٧٦/٢، ٧٧) ط دار الكتب العلمية بيروت ط الأولى ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م، بدائع الصنائع (٢٦٤/٥-٢٦٥) ، فتح القدير (٣٢٣/٦).
٢) بداية المجتهد (٢٢٦/٣) ، شرح مختصر خليل (١٠٩/٥) ، حاشية الصاوي (١٤٦/٣) ط دار المعارف بدون
٣) الحاوي الكبير (٦١/٥) ، المجموع (٢١١/٩)
٤) المغني (٤٨٨/٣) ، الانصاف (٢٣٩/٤) ، القواعد لابن رجب (٣٧٧).
٥) الحاوي الكبير (٦١/٥) ، المجموع (٢١١/٩) ، نهاية المحتاج (٢٢٠/٤) ، مغني المحتاج (٤٨/٢) .
٦) شرح الخرشي (٢١٢٠/٥) ، الشرح الكبير للدردير (١٠٣/٣) .
٧) المراجع السابقة
٨) الحاوي الكبير (٦١/٥) ، شرح الوجيز (٢١٥/٨) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وأصحهما عند الحنابلة وهو المذهب عندهم [1] .

٤) **القول الرابع:** أن ملكه يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري حكاه بعض الحنابلة وهو ضعيف[2] .

أدلة المذاهب

١) **أدلة المذهب الأول** : الذي يقول بأن المبيع باق على ملك البائع ولا يدخل إلى ملك المشتري.

استدلوا على قولهم بالسنة والمعقول

اولا :من السنة:

عن ابن عمر أن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال: "كل بيعين فلا بيع بينهم حتى يفترقا ....."[3] .

وجه الدلالة

استدلوا بهذا الحديث من وجهين:-

الوجه الأول :أن في البيع قبل الافتراق دل على أن الملك يحصل بالافتراق

الوجه الثاني : أن حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه[4]

ثانيا : من المعقول:

" أن جواز هذا البيع مع أنه معدول به عن القياس للحاجة إلى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال، من الجائز أن يكون المشتري قريب المشترى فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال فلا يندفع حاجته[5] .

٢) **أدلة المذهب الثاني:** أن ملك المبيع موقوف فإذا تم العقد تبين أن المبيع ملكه المشتري بنفس العقد وإذا فسخ .. لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع من

المعقول بما يلى:-

أن العقد يثبت الملك والخيار ينفي الملك وأمره متردد بين أن يغلب حكم العقد في اثبات الملك بقطع لخيار عن تراضي وبين أن يغلب حكم الخيار في نفي الملك بالفسخ قبل أن ينقضي الخيار فصار كالقبض الذي يقتضيه العقد ويقف تصحيحه

---

١) المغني (٣/٤٨٨، ٤٨٩) ، كشاف القناع (٣/٢٠٦) ، القواعد لابن رجب (٣٧٧).
٢) الإنصاف (٤/٣٧٩) ، القواعد لابن رجب (٣٧٧).
٣) أخرجه البخاري ، البيوع ، بَابُ إِذَا كَانَ البَائِعُ بِالخِيَارِ هَلْ يَجُوزُ البَيْعُ (٣/٦٤ ، ح٢١٠٩) ،وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع (٣/٦٤ ، ح ٢١١٢) ،وباب البيعان بالخيار مالم يتفرقا،(٣/٦٤ ، ح ٢١١١) . وأخرجه مسلم ، البيوع ، بَابُ ثُبُوتِ خِيَارِ المَجْلِسِ لِلْمُتَبَايِعَيْنِ (٣/١١٦٤ ، ح ٤٦ - (١٥٣١)
٤) الحاوي الكبير (٥/٤٨).
٥) بدائع الصنائع (٥/٢٦٤).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

عليه فإنّ اقبضه بأن صحة العقد وإن تلف بان فساد العقد فكذا يجب أن يكون حال الخيار فإن تقضي عن تراض ، بان صحة العقد وانتقال الملك وإن تقضي عن فسخ بان بطلان العقد وأن الملك لم ينتقل به[1] .

٣)**أدلة القول الثالث** : الذي يقول بأن المبيع يملكه المشتري بنفس العقد من السنة والمعقول بما يلى :-

- **أولا : من السنة**

عن ابن عمر . رضي الله عنهما . قال : قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . :
"المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا ....."[2] .

وجه الدلالة من هذا الحديث

أن النبي . صلى الله عليه وسلم . سماهما متبايعين فدل على حصول البيع وموجب البيع حصول الملك[3] .

- **ثانيا : من المعقول**

أنه بيع قد تم صحيحًا بالإيجاب والقبول فنقل الملك عقيبه كالذي لا خيار له[4] ، فإن ثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك كخيار العيب[5] ؛ إذ أن الخيار نوعان خيار عقد وخيار عيب فلما لم يكن خيار العيب مانعا من حصول الملك لم يكن خيار العقد مانعا من حصول الملك[6] .

مناقشة الأدلة

- **أولا : مناقشة أدلة أصحاب المذهب الأول القائل** : بأن المبيع باق على ملك البائع .

نوقش دليلهم من السنة : وهو حديث ابن عمر: "كل بيعين فلا بيع بينهما حتى يفترقا" بأنه ليس فيه نفي للبيع قبل الافتراف بل فيه نفي اللزوم فقط .وبهذا شرحه الإمام لنووي حيث قال: في معنى قوله . صلى الله عليه وسلم . : "... لا

---

١) الحاوي الكبير (٤٨/٥) .
٢) البخاري ، كتاب البيوع ، بَابٌ: كَمْ يَجُوزُ الخِيَارُ (٦٤/٣ ، ح ٢١٠٧) ،بَابُ إِذَا لَمْ يُوَقِّتْ فِي الخِيَارِ، هَلْ يَجُوزُ البَيْعُ ٦٤/٣ ، ح ٢١٠٩) ، بَابٌ: البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا (٦٤/٣ ، ح ٢١١١) ،بَابٌ: إِذَا خُيِّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ البَيْعِ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ (٦٤/٣ ، ح ٢١١٢) .ومسلم ، كتاب الطلاق ، بَابُ ثُبُوتِ خِيَارِ المَجْلِسِ لِلْمُتَبَايِعَيْنِ (١١٦٣/٣ ، ح ٤ (١٥٣١) .
٣) الحاوي الكبير (٤٧/٥)
٤) المغني (٤٨٨/٣) .
٥) ، المغني (٤٨٨/٣، ٤٨٩)
٦) الحاوي الكبير (٤٧/٥) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

بيع بينهما ..." : أي ليس بينهما بيع لازم وعدم اللزوم ونفيه لا يستلزم عدم الملك ونفيه في المعاوضات كما لو كان معيباً .

ونوقشت دليلهم من المعقول بما يلى:-

نوقش الدليل : من المعقول وهو أن خيار الشرط شرع للحاجة إلى دفع الغبن ولا اندفاع لها إلا بامتناع ثبوت الملك بوجهين :-

١) أن الخيار شرع للحاجة إلى دفع الغبن مسلم به ولكن لذي لا يمكن التسليم به هو لا اندفاع لهذه الحاجة إلا بامتناع ثبوت الملك للحال وذلك لأن دفع الغبن واندفاعه يمكن بعدم لزوم البيع كما في الخيارات ففي هذه الحالة يكون لكل من العاقدين حق في فسخ العقد متى شاء قبل انقضاء الخيار لدفع الغبن و عليه فلا حاجة إلى امتناع ثبوت الملك .

٢) أن العتق له وضع خاص عند الشارع فلا يصح الحاق غيره به ؛ لأن الشارع له إلى العتق تشوف لا يوجد في غيره لذلك أوجب فيه السراية مع ما فيه من إخراج ملك الشريك بغير اختياره و إذا كان مبناه على التغليب والسراية والنفوذ في الملك الغير لم يلحق به غيره"[1]

ثانيا : مناقشة أدلة أصحاب المذهب الثاني القائل : بأن الملك موقوف مراعى **بأن** : سبب زوال الملك مسلم به ولكن القول بأن الخيار يشعر بعدم الرضا بالزوال جزمًا غير مسلم به وذلك لأنه بيع قد تم صحيحًا بالإيجاب والقبول ومقتضاه ترتب الحكم عليه وهو انتقال كل من المبيع والثمن إلى العاقدين كثبوت الخيار فيه لا يمنع تأثير العقد وترتب أحكامه عليه ومنها الملك بل يمنع اللزوم للعقد فحسب[2]

ثالثا : مناقشة أدلة أصحاب القول الثالث القائل أن المبيع يملكه المشتري بنفس العقد

نوقش حديث ابنِ عمر بأن دلالة الحديث على ملك المشتري للمال والثمرة ثبت بطريق مفهوم المخالفة ، وهذا محل خلاف بين الفقهاء ، ولو سلم أن مفهوم المخالف حجة .. فالحديثان محمولان على البيع البات جمعًا بين الأدلة .

١) مجموع الفتاوي لابن تيمية(١٦٩/٢٩) ، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣) .
٢) الملكية ونظرية العقد لأبو زهرة

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ويجاب عليه : بأنه لو سلم ما ذكر .. فالحديث يدل على المدعى من وجه آخر ، وهو أن الرسول . صلى الله عليه وسلم . أخبر عن ملكية المشتري للمال والثمرة بالشرط بأن هناك خيار أو لا والشرط بمنزلة العقد بجامع الإلزام والالتزام في كل[1] .

الفرع الثاني

خيار الرؤية وأثره على مقتضى عقد البيع

القارئ لكتب المذاهب الفقهية يلاحظ أن الفقهاء عامة لم يتعرضوا لبيان أثر خيار الرؤية في ملك المبيع ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر أن الخيار ثبت شرعًا لا شرطًا ، فلا تأثير له في تمام العقد وانعقاده وصحته ، وبالتالي في ترتب الحكم عليه ؛ لأن العقد متى تم بالإيجاب والقبول .. أثر أثره ، أي انتقل ملك المبيع إلى المشتري وملك الثمن إلى البائع.

تحرير محل النزاع

ومما سبق يتضح محل النزاع وهو هل العقد تام أم غير تام؟ فمن رأى أن العقد قبل الرؤية تام لأن الإيجاب والقبول صدرا من المتعاقدين قبل الرؤية وعليه قد تم العقد قال أن مقتضى تمام العقد انتقال الملك

ومن رأى أن العقد قبل الرؤية غير تام لأنه يكون تامًا بالرضا وقبل الرؤية لا يحصل الرضا .. قال : لا ينتقل الملك لأن مقتضى عدم تمام العقد وهو عدم تمام الملك[2] .

أقوال الفقهاء في تأثير خيار الرؤية على مقتضى عقد البيع

١)**المذهب الأول** : أن المبيع في البيع بخيار الرؤية ينتقل ملكه إلى المشتري بمجرد العقد دون توقفه على رؤيته ولزم البيع دون تأثير على ذهب إليه الحنفية[3] والشافعية في وجه[4] والحنابلة[5] .

٢)**القول الثاني**: أن الملك لا ينتقل بخيار الرؤية قبل رؤيته وهذا مذهب المالكية[6] وقول للشافعية[7]

---

١) خيار الشرط في الفقه الإسلامي د. علي مرعي (ص ٥٧) نقلا من كتاب قاعدة الخراج بالضمان في الفقه الإسلامي للدكتور أنهى منظور الحق ص ٤٠٢ ط دار ابن الجوزي ط الأولى ١٤٣٠هـ.

٢) الحاوي الكبير (١٣/٥) .

٣) بدائع الصنائع (٢٩٢/٥) . فتح القدير (١٣٩/٥) . نظرية العقد في الفقه الإسلامي د. عبد الفتاح إدريس ص ٢٩٦

٤) المجموع (٢٩٩/٩) . الحاوي الكبير (٢٢/٥ ، ٢٣) وهذا عندهم بناء على أن العقد مع خيار الرؤية تام بالبذل والقبول فانتقل الملك بع إلى المشتري . قاعدة الخراج بالضمان ص ٤٥٥.

٥) المغني (٤٩٥/٣، ٥٠٠) وهذا عندهم بناء على أن الخيار لا ينافي الملك في المذهب لأن خيار الرؤية مع صحيح فينتقل به الملك كغيره . قاعدة الخراج بالضمان ص٤٥٥ .

٦) المقدمات الممهدات لابن رشد (٧٩/٢) ت د. محمد صبحي ط دار الغرب الإسلامي بيروت ط الأولى ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م يقول ابن رشد ويجوز لمشتري السلعة أن يبيعها قبل القبض وهذا يدل دلالة واضحة على أن حكمها قبل القبض قد انتقل إليه وإلا لم يجز بيعها ، ينظر قاعدة الخراج بالضمان ص ٤٥٥ .

٧) الحاوي للماوردي (٢٢/٥ ، ٢٣) وهذا القول عندهم بناء على أن العقد غير تام قبل الرؤية .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

أدلة المذهبين

أولا: أدلة المذهب الأول القائل : بأن الملك ينتقل قبل الرؤية في خيار الروية .

استدلوا على ذلك بالمعقول والقياس.

أولا: المعقول :

إن ركن البيع صدر مطلقاً من غير شرط [1] ، أي أن الإيجاب والقبول صدر من المتعاقدين من غير تقدير لشرط خيار وعدم شرط المتعاقدين خيارًا يدل على الرضا وعليه فقد تم البذل والقبول وصح عليه حكمه ، إذ تمام العقد وصحة عبارته هو انتقال الملك ، فبهذا يكون حكمه حكم المبيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن [2] .

ثانيا: القياس

إن البيع مع خيار الروية بيع صحيح فانتقل الملك عقيبه كالذي لا خيار فيه بجامع صحة العقد في كل منهما [3] .

ثانيا: أدلة المذهب الثاني: القائل بأن المبيع قبل لرؤية لا ينتقل ملكه.

استدلوا على ذلك من المعقول بما يلي:-

١) أن العقد ليس بتام قبل الرؤية لأن تمام العقد يكون بالرضا به وقبل الرؤية لا يحصل الرضا به فلم يكن العقد تاماً فلم ينتقل الملك [4] .

وأجيب على هذا الاستدلال. بأن الإيجاب والقبول صدرا من المتعاقدين وهو تعبير عن رضاهما بالعقد وعليه فقد حصل البيع قبل الرؤية وإن كان كذلك فقد تم العقد بالإيجاب والقبول قبل الرؤية وترتيباً عليه فقد انتقل الملك [5] .

الرأي الراجح : ما قاله الجمهور من انتقال الملك مع خيار الرؤية وأنه لا يؤثر على مقتضى العقد بل يكون العقد تامًا مرتبًا لكل آثاره ، وذلك ؛ لقوة ما استدلوا به من أدلة صريحة لا تقبل التعليق ولا الاعتراض وأن الأساس في العقد رضا المتعاقدين وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء .

---

١) بدائع الصنائع (٥/٢٩٢) .
٢) المرجع السابق .
٣) المغني (٣/٤٨٨، ٧٧) .
٤) الحاوي الكبير (٥/٢٢) ، المجموع (٩/٢٩٩) .
٥) المرجع السابق .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

المطلب الثالث:

الأثر الثالث : القبض

القبض أثر من الآثار المترتبة على مقتضى عقد البيع والذي بها يتم العقد صحيحًا نافذًا مرتباً كل أثاره.

و يقصد به : قبض البائع للثمن و المشترى للمبيع ، وهو ما يسميه البعض بالتسليم والتسلم.

من المعلوم أن للقبض علاقة وثيقة بالعقد وانعقاده . وله بهذا الاعتبار **حالان** :

الحال الأول : يكون القبض أثرًا من آثار العقد وواحدًا من موجباته . كما هو الحال في البيع اللازم . فإذا تم انعقاد البيع.. وجب على البائع تسليم المبيع إلى المشتري .

ويلاحظ هنا أن العقد تم بإيجاب وقبول تولد عنهما التزام يوجب الإقباض .

الحال الثاني : يكون القبض من تمام العقد كقبض الثمن في السلم ، والتقابض يدًا بيد في الأموال الربوية ، فإذا تفرق العاقدان بدون القبض بطل العقد .

وهنا يلاحظ أن القبض لو تم قبل التفرق فإنه يستند إلى سبب صحيح وهو الإيجاب والقبول[1]

المطلب الرابع : الأثر الرابع : الضمان

وفيه عدة فروع

الفرع الأول : التلف وأثره على مقتضى عقد البيع. وفيه عدة مسائل

المسألة الأولى

التلف بآفة سماوية قبل القبض

فإذا كان التلف بآفة سماوية ، فلا يخلو من حالتين : إما أن يكون في المبيع حق توفية، أو ليس فيه حق توفيه.

- **الحالة الأولى :**

إذا تلف المبيع بآفة سماوية وكان فيه حق توفية قبل القبض.

وإذا تلف المبيع بآفة سماوية وكان فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عد أو زرع .. فهو في ضمان البائع ، وهذا قول عامة أهل العلم من الحنفية[2] والمالكية[3]، والشافعية[4] ، والحنابلة[5].

---

١) القواعد لابن رجب (ص٧١).
٢) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥)، الدر المختار (٥٦١/٤، ٥٦٢، ٥٦٣).
٣) الشرح الكبير للدردير (١٤٧/٣) ، الذخيرة للقرافي (١٢٢/٥، ١٢٣).
٤) مغني المحتاج (٤٦٥/٢، ٤٦٦) ، الحاوي الكبير (٢٠٩/٥).
٥) المغني (٨٣/٤) ، كشاف القناع (٢٤٢/٣).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

مجلة ضمان البائع للمبيع

يضمن البائع المبيع بالثمن :بمعنى أن البائع يرد الثمن على المشتري إن كان قد سلمه، وإن لم يكن قد تسلمه .. فلا حق له في المطالبة به[1] .

المسألة الثانية

إذا تلف المبيع بآفة سماوية مما فيه حق التوفية قبل القبض على مقتضى العقد

إذا تلف المبيع بآفة سماوية قبل القبض وفيه حق التوفية فإنه يؤثر على مقتضى عقد البيع الفسخ والبطلان ، فلا ينتقل ملك المبيع للمشتري ولا ينتقل الثمن إلى البائع ، بل إذا تلف .. فإن البائع يضمن الثمن فيرده إلى المشتري أو يتنازل عن المطالبة به ، وهذا قول عامة أهل العلم من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5]

- **الحالة الثانية:**

إذا تلف المبيع بآفة سماوية قبل القبض ولم يكن فيه حق توفيه ، على من يكون الضمان؟

- **اختلف الفقهاء فيمن يضمن المبيع على قولين:-**

١) **القول الأول:** ضمان المبيع على المشتري.

وهذا مذهب المالكية[6] والحنابلة[7] ،

•واستثنوا من ذلك بعض المبيعات يكون ضمانها على البائع ولا تدخل في ضمان المشتري[8]

---

١) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥) ، الحاوي الكبير (٢٠٩/٥) ، الوسيط (١٤٣/٣) ، الشرح الكبير للشرحاوي (٢٤٧/٣) ، المغني (٨٠/٤) .

٢) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥) .

٣) الذخيرة (١٢٣/٥) ، ط دار المعرفة بيروت بدون ، المجموع شرح المهذب (٢٨٢/١٢) .

٤) الأم للشافعي (٥٤/٣) ، الشرح الكبير(١٤٦/٣) ، كشاف القناع (٢٤٣/٣، ٢٤٤) .

٥) المغني (٨٠/٤) ، الإنصاف (٤٦٢/٤) ، كشاف القناع (٢٤٣/٣، ٢٤٤) .

٦) التاج و الإكليل (٤٨٧/٤) ، الشرح الكبير (١٤٦/٣) .

٧) المغني (٨٠/٤) .

٨) استثنى المالكية ما يأتي:

أولاً: السلعة التي حبسها بثمنها عنده لأجل أن يشهد على تسليم المبيع للمشتري أو على أن الثمن حل في نفسه وقبضه منه أو أنه مؤجل أو السلعة التي حبسها بثمنها حتى يقبض الثمن فإن هذه الحالة يضمنها البائع ضمان الرهن . ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٤٦/٣) .

ثانياً: المبيع الغصب عند المشتري فهي من ضمان البائع إلى أن ترى الدم والمواضعة هي رؤية منضمة

ثالثاً: المواضعة فهي عدل حتى تحيض

إذا بيعت على يدي عدل

رابعاً: المبيع الذي فيه خيار

خامساً: الثمار المتبقية بعد القطع لا تدخل في ضمان المشتري إلا بإذن الجذاذ والمعدة هي تكون المبيع بضمان البائع مدة معينة ينظر الشرح الكبير (١٤٤/٣)

سادساً: ما فيه عهدة الثلاث

الدسوقي (١٤٦/٣، ١٤٤)

*واستثنى الحنابلة ما يأتي:

أولاً: إذا منع البائع المبيع من قبض المبيع

ثانياً: إذا كان المبيع ثمراً على شجر إلى وقت الجذاذ

ثالثاً: إذا كان المبيع معجوناً بصفة أو رؤية متقدمة

ينظر المغني (٨٥/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٢٠/٢)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٢) **القول الثاني:** أن ضمان المبيع عل البائع ، وهذا مذهب الحنفية[١] والشافعية[٢] وهو قول عند الحنابلة[٣] .

أدلة القولين:

١) **استدل أصحاب القول الأول القائل** : بأن الضمان للمشتري على مذهبهم بالسنة ، والأثر ، والمعقول .

- **أولاً: السنة :-**

١) عن عائشة . رضي الله عنها . قالت : قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمان "[٤] .

وجه الدلالة من هذا الحديث

أن النبي . صلى الله عليه وسلم . رتب الخراج على الضمان ، فمن كان الخراج له ... فالضمان عليه فلو كان مضمون على البائع لكان الخراج له وليس كذلك اتفاقا [٥] .

مناقشة هذا الدليل

قد نوقش هذا الدليل من وجهين:-

- **الوجه الأول** : أن (أل) في كلمة " الخراج " للعهد و هو خراج ما رد بعيب والمردود بعيب هو مقبوض للمشترى"[٦] .

وأجيب عن هذا الاستدلال بما يلى:-

أ) أن (أل) غير متعينة للعهد بل قد تكون للجنس أو الحقيقة .

ب) أن الرد بالعيب لا يلزم منه أن يكون المبيع مقبوضا لجواز أن يظهر عيب قبل القبض بإقرار البائع أو بالمشاهدة أو بشهادة الغير[٧] .

- **الوجه الثاني** : أن هذا الخبر لا حجة فيه؛ لأنه لم يقل الضمان بالخراج إنما قال "الخراج بالضمان"[٨]

وأجيب عن هذا الاعتراض بما يلى:-

---

١) بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) ، شرح فتح القدير (٢٩٦/٦) .
٢) الحاوي الكبير (٢٠٩/٥) ، الوسيط (١٤٣/٣).
٣) الأنصاف (٦١/٥) ، كشاف القناع (٢٨٦/٣).
٤) أخرجه أبو داود ، كتاب الإجارة ، بَابٌ فِيمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَغَلَّهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا (٢٨٤/٣ ، ح ٣٥٠٨) ، والترمذي ، كتاب البيوع ، بَابُ مَا جَاءَ فِيمَنْ يَشْتَرِي الْعَبْدَ وَيَسْتَغِلُّهُ ثُمَّ يَجِدُ بِهِ عَيْبًا (٥٧٣/٣ ، ح ١٢٨٥)وقال : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، والنسائي ، كتاب البيوع بَابُ الْخَرَاجِ بِالضَّمَانِ (٢٥٤/٧ ، ح ٤٤٩٠)
٥) المغني (٤٨٩/٤) ، الاستذكار (٢٩٠/٦) ، الفواكه الدواني (٨٣/٢) ، الذخيرة (١٢٢/٥) .
٦) قاعدة الخراج بالضمان لمنظور الحق ص ٤٦٦ .
٧) نفس المرجع السابق.
٨) قاعدة الخراج بالضمان لمنظور الحق ص ٤٦٦.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

• يقول ابن قدامة : " وقول النبي . صلى الله عليه و سلم . : " الخراج بالضمان يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولا نعلم في هذا نصا ولا إجماعا والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصلا[1] .

• **ثالثاً: المعقول**

ان المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري بغير المكيل والموزون[2] .

٢) **استدل أصحاب المذهب الثاني :-** القائل بأن الضمان على البائع على مذهبهم من السنة والمعقول

• **أولاً: السنة**

١) عن ابن عباس . رضي الله عنه . أن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال: "من ابتاع طعام فلا يبعه حتى يستوفيه" وفي رواية "حتى يقبضه"[3] .

•وجه الدلالة

لو دخل الطعام قبل القبض في ضمان المشتري .. جاز له بيعه والتصرف فيه كما هو الحال بعد القبض[4] ، ولكن لم يجز له ذلك فلم يدخل في ضمانه ضمانه فيكون من ضمان البائع والحق بالطعام كل ما فيه حق توفيه[5] .

مناقشة هذا الدليل

قد نوقش هذا الاستدلال بما يلي:-

• أن الاستدلال على كون المبيع قبل قبضه من ضمان البائع مبنى على أن النهى عن بيع الشيء قبل قبضه سببه : أن جواز التصرف وانتقال الضمان متلازمان عكسا وطردا ، بمعنى أنه متى جاز التصرف انتقل الضمان ، ومتى لا يجوز التصرف لا ينتقل الضمان ، وهنا لم يجز بيع الطعام قبل قبضه .. فلم ينتقل ضمانه إلى المشترى بل هو من ضمان البائع ، وهذا مما فيه نزاع مشهور .

---

١) المغنى لابن قدامة (٤/١١٥) .
٢) المغنى (٤/٨٣)
٣) أخرجه مسلم ، كتاب البيوع ، بَابُ بُطْلَانِ بَيْعِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ (٣/١١٦٠ ، ح ٣١ - (١٥٢٥).
٤) المغنى (٤/٨٣) .
٥) فتح الباري لابن حجر (٤/٣٥٠) ط دار المعرفة بيروت بدون ١٣٧٩هـ.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

فهو إذن استدلال بالمختلف فيه على المختلف فيه فلا يصلح[1]

الفرع الثاني:

تلف المبيع بفعل البائع أو المشتري قبل القبض

ويشتمل على عدة مسائل : -

المسألة الأولى: التلف بفعل البائع قبل القبض

وإذا تلف المبيع قبل القبض بفعل البائع فإن الضمان يكون عليه لأنه هو المتلف[2] .

- ورغم ذلك اختلف الفقهاء في ضمان المبيع إذا تلف بفعل البائع على أربعة أقوال:-

١) **القول الأول** : يضمن البائع المبيع بالثمن بمعنى أن يرد الثمن على المشتري إذا كان تسلمه وإن لم يكن تسلمه فلا حق له بالمطالبة فيه ، وهذا مذهب الحنفية[3] وقول عند الشافعية[4] .

دليلهم

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلى:-

** بأن المبيع إذا تلف بفعل البائع قبل القبض انفسخ البيع واذا انفسخ البيع والضمان من البائع .. فإنه يضمنه بالثمن [5] .

٢) **القول الثاني** : يضمن البائع المبيع بالمثل إذا كان مثليا ، وإلا فبالقيمة إذا كان متقوما وهذا مذهب المالكية[6] .

دليلهم

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلى:-

** بأن البائع أتلف مالا مملوكا لغيره بغير إذنه ، إذ المبيع صار مملوكا للمشترى بالعقد قبل القبض ، فيجب عليه الضمان بالمثل إذا كان مثليا وإلا فبالقيمة إذا كان متقوما كما لو أتلفه قبل القبض.

٣) **القول الثالث** : يخير المشترى حين إمضاء البيع قبل الفسخ .

---

١) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٩٨/٢٩) .
٢) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥) ، مغني المحتاج (٤٥٦/٢) ، المغني (٨٣/٤ ، ٨٤) .
٣) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥، ٢٣٩) ، المبسوط (٢٨/٣، ٣١) .
٤) الحاوي الكبير (٢٠٩/٥) ، اعانة الطالبين للدمياطي (٤٥/٣)
٥) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥) .
٦) شرح مختصر خليل (٢٥٤/٣) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

- فإن أمضاه ضمن البائع المبيع بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة إن كان متقوما
- وإن فسخه فإن البائع يضمن المبيع بالثمن ، وهذا هو القول المرجوح عند الشافعية[1] .

دليلهم

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلى:-

•• بأن المبيع مضمون على البائع حتى يقبضه المشترى وإن قد ملكه بمجرد العقد إلا أن ملكه قبل العقد غير مستقر فإذا أتلفه البائع كان ذلك كحدوث عيب عنده فيخير المشتري بين الإمضاء أو الفسخ[2] .

٤) **القول الرابع** : يفرق بين ما فيه حق توفية وما ليس فيه حق توفيه على ما يلي:-

أ) إذا كان في المبيع حق توفية فإن المشتري يخير بين الإمضاء والفسخ

- فإن أمضى المشترى البيع ضمن البائع المبيع بالمثل إذا كان مثليًا وإلا فبالقيمة إذا كان متقومًا .
- وإذا فسخ المشتري البيع .. فإن البائع يضمن المبيع بالثمن.

ب) وإذا لم يكن في المبيع حق توفية فإن المبيع يضمن بالمثل إذا كان مثلياً وإلا فبالقيمة إذا كان متقوماً وهذا مذهب الحنابلة[3] .

دليلهم

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يلى:-

•• بأن المبيع الذي فيه حق توفيه مضمون على البائع حتى يقبضه المشتري فإذا أتلفه البائع فكأنه حدث به عيب قبل القبض فإن المشتري يخير بين الإمضاء والفسخ.

- فإذا اختار المشتري إمضاء العقد ضمن البائع المبيع بالمثل إن كان مثليًا وبالقيمة إذا كان متقومًا .
- وأما إذا اختار المشتري الفسخ فيضمن البائع المبيع بالثمن[4] .

• وأما إن لم يكن فيه حق توفيه فأنه يدخل في ضمان المشتري بالعقد فإذا أتلفه البائع يضمنه إذا كان مثلياً. وإلا فبالقيمة إذا كان متقومًا .

١) مغني المحتاج(٢/٦٥، ٦٦)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب للأنصاري (٢/٨١ ، ٨٢) ط دار الكتاب الإسلامي بدون .
٢) المرجع السابق .
٣) المغني (٤/٨٣، ٨٤، ٨٥) ، كشاف القناع (٣/٢٤٢) ، شرح الزركشي (٢/٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤)
٤) كشاف القناع (٣/٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

المسألة الثانية : التلف بفعل المشتري قبل القبض

من المعلوم أن الدين الإسلامي قد اعتنى بحفظ المال وحث على الالتزام بحفظه من تلف أو ضياع أو عن أي ضرر [١] ، وعلى ذلك إذا تلف المبيع قبل القبض لفعل المشتري .. فالضمان منه ؛ لأنه هو المتلف .

وكيفية هذا الضمان : أن المشتري يضمن المبيع بالثمن بمعنى أن يدفع المشتري الثمن للبائع أن لم يكن قد دفعه فإن كان قد دفعه فلا حق له باسترداده ، وهذا قول الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] .

دليلهم

•• أن المشتري لما أتلف المبيع ..أصبح قابضًا له ، ومن ثم فكأنه أتلفه بعد قبضه وإذا أتلفه بعد قبضه .. فقد استقر ملكه وإذا استقر ملكه فإذا أتلفه أدى ثمنه[٦]

الفرع الثالث:

أثر تلف المبيع على مقتضى العقد بالاستمرار أو بالفسخ قبل القبض.

ويشتمل على عدة مسائل

من المعلوم أن عقد البيع يقتضي تمليك البائع للثمن وتمليك المبيع إلى المشتري وذلك كما سبقت الإشارة إليه ، لكن إذا تلف المبيع أو ظهر به شيء يناقض مقتضاه أو ينازعه بفسخ أو غيره فأنه يؤثر على هذا المقتضى بالاستمرار أو عدمه وتوضيح ذلك فيما يلي:-

المسألة الأولى: التلف بآفة سماوية

- **موضع الوفاق:** اتفق الفقهاء على أن المبيع إذا تلف قبل القبض بآفة سماوية وكان في حق توفية إنفسخ العقد ، وهذا قول عامة أهل العلم من الحنفية[٧] والمالكية[٨] والشافعية[٩] والحنابلة[١٠] .

واستدلوا على ذلك من المعقول بما يلي:

---

١) أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٥ .
٢) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨ ، ٢٣٩) .
٣) الذخيرة (٥/١٢٢، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩) ، الشرح الكبير (٣/١٣١) .
٤) التنبيه للشيرازي (١/٨٧) ط عالم الكتب بدون ، المجموع (٩/٢٢٠) .
٥) المغني (٤/٨٣) .
٦) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨) ، المغني (٤/٨٣) .
٧) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨) ، حاشية ابن عابدين (٤/٥٦٠) .
٨) الذخيرة (٥/١٢٢) ، الشرح الكبير للدردير (٣/١٤٧) .
٩) الحاوي الكبير (٥/٢٠٩) ، المجموع شرح المهذب (١٣/٨٩) .
١٠) شرح الزركشي (٣/٥٤١) ، المحرر في الفقه على مذهب الإمام احمد .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

بأنه لو بقى أوجب مطالبة المشتري بالثمن ، وإذا طالبه بالثمن .. فهو بمطالبه بتسليم المبيع ، وأنه عاجز عن تسليمه فتمتنع المطالبة أصلاً ، فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ[1] .

موضع الخلاف

إذا لم يكن في المبيع حق توفيه ، فهل ينفسخ البيع أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:-

١) **القول الأول:** قول المالكية والحنابلة الذين جعلا الضمان على المشتري[2]

ويمكن أن يعلل هذا القول

بأن البائع قد فعل ما يجب عليه وهو تمكين المشتري من قبض المبيع وإنما فرط المشتري بالتأخر في القبض فإذا تلف لم ينفسخ البيع كما تلف قبل القبض[3] .

٢) **القول الثاني:** قول الحنفية[4] والشافعية[5] والقول الأخر عند الحنابلة بناء على على جعلهم الضمان على البائع كما سبق.[6] .

واستدلوا بما يلي:-

•• **بأن** التسليم واجب على البائع لأنه في يده فإذا تعذر التسليم بتلف المبيع أنفسخ العقد كالذي يوجد فيه حق توفية[7] .

و يناقش هذا الاستدلال : بأن الواجب على البائع تمكين المشتري من قبض المبيع ولا يمنعه منه ، فإذا فعل البائع وفرط المشتري فتأخر في القبض فتلف .. لم ينفسخ البيع كما لو تلف بعد القبض.

و يجاب عليه: بأن العبرة بالقبض حسيًا كان هذا القبض أو حكميًا لا بالتفريط .

الترجيح

إذا كان الأمر كما تقدم من عرض القولين وما استدل به كل قول وما نوقش به فيظهر أن الراجح هو القول بأن البيع ينفسخ وأن مقتضى العقد بتأثر به فلا يستمر ولا يكون مرتبًا أي أثر بعد انفساخه مما يخالف مقتضاه .

---

١) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨) .
٢) سبق أن بينا أن المالكية والحنابلة في المذهب عندهم قد جعلوا الضمان على المشتري وإنما جعل الضمان على المشتري فإن البيع لا ينفسخ .
٣) أثر تلف المعقود عليه للدكتور عبد الحميد بن سعد السعودي رسالة ماجستير ص ٧٥ .
٤) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨) ، حاشية ابن عابدين (٤/٥٦٠) .
٥) الحاوي الكبير (٥/٢٠٩) .
٦) أثر تلف المعقود عليه للدكتور عبد الحميد بن سعد السعودي رسالة ماجستير ص ٧٥ .
٧) المغني (٤/٨٣) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

المسالة الثانية:

تأثر مقتضى العقد بتلف البائع قبل القبض

إذا تلف المبيع بفعل البائع قبل القبض ، فهل يؤثر على مقتضى عقد البيع بالفسخ أم لا؟

- **اختلف الفقهاء في تأثر مقتضى عقد البيع بالفسخ أم لا على ما يلي:-**

١) **القول الأول:** قالوا بأن مقتضى عقد البيع يتأثر بتلف البائع فينفسخ البيع ، قاله الحنفية[١] والشافعية[٢]

- **واستدلوا على هذا المذهب :**

••بأن المبيع مضمون بالثمن بدليل أنه لو تلف في يد البائع سقط الثمن عن المشتري فلا يكون مضمون بضمان اخر إذا المحل الواحد لا يقبل الضمانين [٣] .

٢) **القول الثاني:** يفرق بين تأثر مقتضى عقد البيع البات وبين بيع الخيار ، قاله المالكية على ما يلي:-

١) فإذا كان البيع على البت فلا ينفسخ البيع [٤]

٢) وإذا كان البيع على الخيار فيفرق بين أمرين

أ) إذا كان الخيار للبائع فإن البيع ينفسخ بمجرد الإتلاف

ب) وإذا كان الخيار للمشتري فلا ينفسخ البيع ، لكنه يخير بين الإمضاء أو الفسخ [٥]

٣) **القول الثالث :** أن مقتضى عقد البيع لا يتأثر بمجرد التلف فلا ينفسخ بل يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ ، وهو قول مرجوح عند الشافعية[٦] .

- **و استدلوا على هذا المذهب :**

••بأن المبيع مضمونًا عليه بالثمن ، فإذا أتلفه .. سقط الثمن[٧] .

٤) **القول الرابع:** أن مقتضى عقد البيع لا يتأثر بالتلف فلا ينفسخ لكن إذا كان في المبيع حق توفيه فإن المشتري يخير بين الإمضاء والفسخ ، قاله الحنابلة [٨] .

١) بدائع الصنائع (٢٣٨/٥) ، البحر الرائق (١٥/٦، ١٦) .
٢) المجموع (٨٨/١٣) .
٣) المرجعين السابقين.
٤) حاشية الدسوقي (١٥٠/٣، ١٥١) .
٥) الشرح الكبير للدردير (١٠٥/٣) .
٦) روضة الطالبين (١٥٩/٣) ، مغني المحتاج (٦٥/٢) .
٧) مغني المحتاج (٦٧/٢)
٨) المغني(٨٣/٤)، الأنصاف (١٦/٣) ، كشاف القناع (٢٠٩/٣) ، الإقناع في فقه الإمام أحمد (٩٠/٢) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ويتضح مما سبق أن الفقهاء اختلفوا في تأثر مقتضى عقد البيع بالتلف على ما يلي:-

١) **القول الأول** : أن مقتضى العقد لا يتأثر بالتلف ولا ينفسخ البيع به ، قاله المالكية والحنابلة وقول للشافعية ، ولكن الشافعية يخيرون المشتري بين الإمضاء والفسخ وكذلك الحنابلة فيما فيه حق توفية .

٢) **القول الثاني** : أن مقتضى العقد يتأثر بالتلف وينفسخ البيع به ، قاله الحنفية والشافعية.

القول الراجح :

هو القول بعدم تأثر مقتضى العقد بالتلف وعدم انفساخ البيع به قبل القبض إذا كان التلف بفعل البائع وإذا كان في المبيع حق توفيه فإن المشتري يخير بين الإمضاء والفسخ وذلك لأن المبيع إذا كان معروفًا مميزًا وتأخر المشتري في قبضه .. فلا ينفسخ البيع .

المسألة الثالثة:

تأثر مقتضى العقد بتلف المشتري قبل القبض

وإذا تلف المبيع قبل القبض بفعل المشتري فلا ينفسخ البيع ، وهذا مذهب الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4].

دليلهم

•• أن المشتري بالإتلاف أصبح قابضًا للمبيع لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فيقرر عليه الثمن[5] .

المسألة الرابعة:

تأثير التلف على مقتضى العقد بالإمضاء أو بالفسخ بعد القبض

وضح مما سبق أثر التلف على مقتضى عقد البيع قبل القبض وفي هذا أبين أثر التلف على مقتضى العقد بعد القبض فأقول : بأن التلف بعد القبض لا يؤثر على مقتضى العقد لكنه إذا تلف يكون ضمانه على المشتري ولا تأثير له على مقتضى العقد والعقد مستمر وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء[1] .

---

١) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨) ، حاشية ابن عابدين (٤/٤٢).
٢) جواهر الإكليل (٢/٥٣).
٣) مغني المحتاج (٢/٦٥ ، ٦٦).
٤) المغني (٤/١٢٣)
٥) بدائع الصنائع (٥/٢٣٨).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

المبحث الثالث :

التطبيق المعاصر لمقتضى عقد البيع المرابحة للأمر بالشراء وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول : تعريف المرابحة

تعريف المرابحة لغة واصطلاحا

أولاً / التعريف لغةً

جاء في البيان العرب الرِّبْح والرِّبْح والرِّباح: النماء في التجر، يقال: ربح في تجارته يربح ربحاً ورباحاً، ويقال أعطاه مالاً مرابحة اي على الربح بينهما(٢)

والمرابحة قص البيع برأس المال مع زيادة معلومة أو بيع السلعة بالثمن الذي اشتريت به مع الاتفاق على ربح معلوم(٣)

ثانياً / التعريف اصطلاحا

فقد عرّف البيع المرابحة بعدة تعريفات منها لا على سبيل الحصر :

١) أن يتفق البنك والعميل على أن يقوم البنك بشراء البضاعة المعينة ويلتزم العميل أن يشتريها من البنك بعد ذلك ويلتزم البنك بأن يبيعها له وذلك بسعر عاجل او بسعر آجل تحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً(٤)

المطلب الثاني : صور عقد المرابحة

الصورة الأولى: المواعدة الغير ملزمة .

بأن يذهب العميل الرغب في شراء سلعة إلى المصرف فيطلب منه شراءها بذكر مواصفاتها المعينة وبنسبة من الربح على رأس المال بينهما حال الطلب، على أن يكون العميل بالخيار متى ما اشترى المصرف السلعة، فلا يلزمه إجراء العقد بعد الشراء، ولا يتحمل أي تبعة بذلك(٥)

---

١) ينظر الحنفية : بدائع الصنائع (٢٣٩/٥) ، البحر الرائق لابن نجيم (١٦/٦) .
ينظر المالكية: الفواكه الدواني (١١٧/٣، ١١٨) ، حاشية الدسوقي (١٠٤/٣) .
ينظر الشافعية: الحاوي الكبير (١٧٤/٥) ، روضة الطالبين (١٥١/٣، ١٥٢) .
ينظر الحنابلة: كشاف القناع (٢١٠/٣) .

(٢) لسان العرب لابن منظور (٤٤٢/٢- ٤٤٣) ، المصباح المنير للفيومي (٢١٥/١) ، القاموس المحيط (٢١٨/١)

(٣) معجم اللغة العربية المعاصرة د. أحمد مختار عبد الحميد عمر (٨٤٤/٢) ط عالم الكتاب ط الأولى ٢٠٠٨م.

(٤) بحث بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية/للدكتور محمد سليمان الأشقر/كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة طبعة دار البشائر الاردن/الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ ١٩٩٨م (٧٢/١)، مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان.ص ٢٣٠. رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الامام بالسعودية غير مطبوعة.

(٥) التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام المصرفي الإسلامي لمحمد عمر/ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (١٢٩٨/٢) ، بيع المرابحة للآمر بالشراء للمصري/ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (١١٤١/٢، ١١٤٢)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الصورة الثانية: المواعدة الملزمة(١)

بأن يذهب العميل الراغب في شراء سلعة إلى المصرف فيبرم معه اتفاق يلزم فيه المصرف بشراء السلعة المعينة بالوصف(٢)

ويلتزم فيه العميل بشرائها بعد ذلك (٣) بربح معين على رأس المال(٤)

المطلب الثالث : التكييف الفقهي لصورتي عقد المرابحة للآمر بالشراء وفيه فرعان:

تكيف صور عقد المرابحة المصرفية على أنه عقد مركب من ثلاثة وعود وعقدين(٥)

فالوعود ثلاثة :

- وعد من المصرف لشراء السلعة الموصوفة للعميل.
- وعد من العميل بشراء السلعة بعد ذلك من المصرف.
- وعد من المصرف لعقد بيع المرابحة مع العميل.

وهذه الوعود قد تكون ملزمة أو غير ملزمة .

والعقدان :

- عقد شراء من المصرف مع البائع للسلعة التي طلبها العميل.
- عقد بيع مرابحة بين المصرف والعميل.

وتبعاً لهذا التركيب الحاصل بين المواعدة والمعاقدة يختلف حكم المرابحة المصرفية في الصورتين:

الفرع الأول : التكييف الفقهي للصورة الأولى:

اختلف الفقهاء قديماً وحديثاً في حكم هذه المسألة (٦)على قولين :

---

(١) ويدخل في هذه الصورة مالو كانت المواعدة ملزمة من الطرفين أو لطف دون آخر . مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان.ص ٢٣٠.

(٢) ومعنى التزام المصرف: أنه إذا اشترى السلعة فيلزمه بيعها إلى العميل بالسعر المتفق عليه، فلو زادت قيمتها فليس له أن يزيد، ولو وجد عرضاً أفضل فليس له بيعها لغير الآمر، وأما قبل شرائه السلعة فالوعد غير لازم في جانبه . ينظر مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان رسالة ماجستير بجامعة أمام غير مطبوعة ص ٢٣٠، ٢٣٢.

(٣) ومعنى التزام العميل: أن يلتزم العميل بشراء السلعة إذا أحضرها المصرف، فإن لم يفعل غرم قيمة النفقات التي تكبدها المصرف في هذه المعاملة وتشمل: نفقات الشراء والنقل، وفرق السعر فيما لو باعها البنك بأقل من قيمة شرائها . ينظر مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان رسالة ماجستير بجامعة أمام غير مطبوعة ص ٢٣٠، ٢٣٢.

(٤) اسلوب المرابحة والجوانب الشرعية التطبيقية في المصارف الإسلامية/لأبو غدة /ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي/العدد الخامس (١٢٢٠/٢) ، بيع المرابحة للآمر بالشراء للمصري /ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (١١٤١/٢، ١١٤٢)

(٥) بيع المرابحة للآمر بالشراء/للمصري /ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (٢/ ١١٤٢، ١١٤٢) ، العقود المالية المركبة ص(٢٦٥) ط كنوز اشبيليا

(٦) مع اتفاقهم على جواز المرابحة إذا لم يكن هناك مواعدة من الطرفين، أو كانت مواعدة من غير ذكر الربح على رأس المال، لأنه لا ضمان على الآمر، فالمصرف قد دخل في المعاملة على خطر إينظر: الأم (٣٩/٣) ، المبسوط (٢٣٧/٣٠) ، المقدمات الممهدات (٥٥/٢، ٥٦) ، إعلام الواقعين (٢٣/٤) ، فقه النوازل لبكر أبو زيد (٩٠/٢) ، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية (١٠١/١- ١٠٣)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

القول الأول: جواز هذه الصورة من صور المرابحة المصرفية.

وهو مذهب الحنفية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣] ، وقول عامة المعاصرين [٤] ، وبه وبه صدرت قرارات اللجان الفقهية [٥] ، والهيئات الشرعية [٦] .

القول الثاني: عدم جواز هذه الصورة من صور المرابحة المصرفية.

وهو مذهب المالكية [٧] ، وقول بعض المعاصرين [٨].

الأدلة :

دليل القول الأول: أن التركيب الحاصل في المرابحة المصرفية على هذا الوجه من غير إلزام أو ترتب أثر على العميل بعد شراء المصرف للسلعة لا محذور فيه شرعاً، كما لو اشترى البائع السلعة قبل طلب المشتري له، فيبقى في حيز المخاطرة والضمان على المصرف في حال العدول عن الشراء أو التلف [٩]

دليل القول الثاني: أن هذه المعاملة حيلة لأكل الربا، واستحلال أموال الناس بالباطل، فإن العميل إنما لجأ إلى المصرف لأجل المال، والمصرف إنما اشترى السلعة لأجل بيعها على العميل من غير قصد الشراء، فأشبهت العينة، ولذلك ذكرها المالكية في صور بيع العينة [١٠]

ونوقش هذا الدليل من وجوه أهمها:

الوجه الأول: أن الوعد في هذه المعاملة غير ملزم فلا يترتب عليه ما ذكره المالكية من كونه عينة، فإن العميل قد يدع الشراء [١١]

الوجه الثاني: أن شراء المصرف السلعة لقصد بيعها لا محذور فيه شرعاً، فليس بالضرورة لحل الشراء أ، تكون للانتفاع الشخصي، وإلا لأفسدت معاملات التجار ببيعاتهم فهم لا يقصدون السلعة بالشراء[١٢]

---

(١) المبسوط (٣/٢٣٧)

(٢) الأم (٣/٣٩)

(٣) إعلام الموقعين لابن القيم (٤/٢٣) ت محمد عبد السلام ابراهيم ، ط دار الكتب العلمية بيروت ط الأولى ١٤١١هـ-١٩٩١م

(٤) بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية (١/١٠٧، ١٠٨)

(٥) قرارات مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم (٢، ٣)

(٦) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية/المعيار رقم(٨)/(٨٩)، الصادر عن هيئة المحاسبة والمرجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ١٤٣١هـ-٢٠١٠م

(٧) المقدمات الممهدات (٢/٥٦) ، مواهب الجليل (٤/٤٠٥) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٨٩)

(٨) الخدمات الاستشارية في المصارف للشبيلي (٢/٣٩٤).

(٩) بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية (١/١٠٣).

(١٠) الخدمات الاستشارية في المصارف (٢/٣٩٤) ، وينظر: المقدمات الممهدات (٢/٥٦) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/٨٩)

(١١) الشروط التعويضية في المعاملات المالية للعزي (٢/٥٢٩) ط دار كنوز اشبيليا ٢٠٠٩م.

(١٢) الخدمات الاستشارية في المصارف (٢/٣٩٤)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الترجيح :

الراجح – والله اعلم – القول الأول، لقوة ما استدلوا به وضعف دليل القول الثاني بعد مناقشته، ولأن الأصل في العقود الحل والإباحة إلا ما دل الدليل تحريمه ، ولا دليل يقوى على تحريم هذه المعاملة فيبقى على الأصل وهو الجواز .

الفرع الثاني : التكيف الفقهي للصورة الثانية:

اختلف المعاصرون في حكم الصورة الثانية بناءً على خلافهم في حكم الإلزام بالوعد على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز الإلزام بالوعد قضاء.

وهو ظاهر مذهب الحنفية (١) ، والمالكية (٢) ، والشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) ، وهو وهو قول بعض المعاصرين (٥)

القول الثاني: جواز الإلزام بالوعد قضاء .

وهو عامة المعاصرين (٦) .

القول الثالث: جواز الإلزام بالوعد لأحد الطرفين دون الآخر .

وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة (٧) ، وبه صدر المعيار الشرعي التابع للمؤسسات المالية (٨) .

الأدلة :

أدلة القول الأول:

استدلوا بأن في الإلزام بالوعد إسقاطاً لحق فرضه الله تعالى وهو خيار المجلس لعقد المبيع (٩) .

وقد يناقش هذا الدليل: بالمنع، لأن خيار المجلس حق جعله الشارع للعاقد لمصلحته للنظر والتروي، فإذا رضي إسقاطه سقط .

---

(١) المبسوط (٣٠/٢٣٧، ٢٣٨)

(٢) وذلك لأنهم يرون جواز المواعدة أصلاً فالإلزام بها من باب أولى.

(٣) الأم (٣/٣٤)

(٤) إعلام الموقعين (٤/٢٣)

(٥) بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية (١/١٠٩) ، المرابحة للآمر بالشراء لأبو زيد – ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (٢/٩٨٤) ، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية (١/٧٢) ، المرابحة للآمر بالشراء/الضرير/ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (٢/١٠٠٠) ، مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان. ص ٢٣٠

(٦) الوفاء بالوعد/القرضاوي/ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (٢/٨٤١) ، بيع المرابحة للآمر بالشراء/حمود/ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (٢/١١١٣) ، بحوث في الاقتصاد الإسلامي/ابن منيع ص(١٤١) ، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة/ القرة داغي (٧/٦٥٨).

(٧) قرار رقم: ٤٠ – ٤١ (٢/٥، ٣/٥)

(٨) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية/ المعيار رقم(٨)/ (٨٣)

(٩) المصدر السابق

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

أن الأخذ بلزوم الوعد في بيع المرابحة هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة الآمر والمأمور.

ونوقش: أن المصلحة التي تؤدي إلى محظور ملغاة وغير معتبرة شرعاً، وهذا إن سلمنا أن في الإلزام بالوعد في المرابحة المصرفية مصلحة للطرفين (١).

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول أن الوعد الملزم لكلا الجانبين يكون في القوة كالبيع نفسه بخلاف ما لو كان الإلزام من جانب أحد المتواعدين (٢) .

ونوقش:

بأن هذا تفريق لا دليل عليه بل والمحاذير المتقدمة الناشئة من إلزام الجانبين بالوعد موجودة أيضاً عند إلزام أحدهما به، وإن الوعد في الأول أقوى منه في الثاني، فلا وجه للتفريق إذن (٣) .

الترجيح :

الراجح – والله اعلم – القول الأول: القائل بعدم جواز الإلزام بالوعد، لقوة بعض ما استدلوا به من جهة بنفسها وبرد المناقشات الواردة عليها في مقابل ضعف أدلة القول الثاني والثالث بعد مناقشتها، ولأن المعاملة على هذا الوجه لا تسلم من محاذير شرعية قد اتفق الفقهاء على منعها، كما أن المعاملة بهذه الصورة صارت أداة في يد المصارف أشبه ما تكون بالحيلة على الربا، منزوعة عن المقاصد الشرعية في عقود الإستربـاح الفقهية (٤) .

المطلب الرابع :

مخالفة بيع المرابحة للأمر بالشراء مقتضى عقد البيع وفيه ثلاثة فروع:

يخالف بيع المرابحة للآمر بالشراء لمقتضى عقد البيع :

---

(١) المرابحة للآمر بالشراء/الضرير/ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (١٠٠٢/٢)

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس (١٥٩٩/٢) ، ينظر: المعايير الشرعية للمؤسسات المالية ص(١٠٤)

(٣) الخدمات الإستثمارية في المصارف (٤٠٧/٢)

(٤) المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية/ الخليفي ص(٣٣- ٣٥) بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز م ١٧ ع١ ١٤٢٥هـ -٢٠٠٤م ، مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان. ص ٢٤١

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الفرع الأول : المخالفة الأولى : في أن المصرف يقعد بيع المرابحة مع العميل وذلك قبل إتمام المصرف عملية تمليك السلعة التي يبيعها للعميل هو أولاً [1] وهذا ما يدله في بيع ما ليس عندك أو بيع ما لم يتملكه ، فقد قال نهى ﷺ عن بيع ما ليس عندك

الفرع الثاني: المخالفة الثانية : يخالف المرابحة للأمر بالشراء، فمقتضى عقد البيع في إلزام البنك للعميل بإتمام بيع المرابحة بعد شراء المصرف للسلعة وعدم إثبات الخيار له [2] لأن خيار المجلس ثابت بالشرع فلا يجوز إسقاطه حتى ولو تراض العاقدان على ذلك [3] .

الفرع الثالث: المخالفة الثالثة : تخالف المرابحة للأمر بالشراء مقتضى عقد البيع في جعل الضمان على العميل بمجرد وَعده بالشراء [4] .

هذه أهم أوجه المخالفة التي تخالف فيها المرابحة للأمر بالشراء مقتضى عقد البيع .

الخاتمة

لابد من الوقوف على مقتضيات العقود المالية لمعرفة اغراضها والقصود التي شرعت من أجلها وتطبيق هذه الأغراض والقصود والأحكام المتعلقة بها وتطبيقها على الصور المستحدثة من العقود والمعاملات لكي لا يقع المتعاملين بها في الحيل المحرمة وذلك لم للعقود من أهمية في حياة الناس وفي ترتيب معيشتهم .

مراجع البحث

١) المصباح المنير للفيومي ط المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون
٢) لسان العرب لابن منظور. ط دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ
٣) الباب شرح الكتاب للدمشقي الميداني ، ط المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون
٤) الشرح الكبير للدردير ى ، ط دار الفكر ، بدون ،
٥) مواهب الجليل للمغربي ، ط دار الفكر ، الطابعة الثالثة ١٤١٢ه- ١٩٩٢م.
٦) نهاية المحتاج ط دار الفكر بيروت ط اخيرة ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م،
٧) حاشيتا قليوب وعميرة ط دار الفكر بيروت ، بدون ١٤١٥ه-١٩٩٥م.
٨) المغني لابن قدامة ط مكتبة القاهرة ، بدون ١٣٨٨ه – ١٩٦٨م ،

(١) بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية للدكتور محمد سليمان الأشقر/بحث ضمن كتاب بحوث فقهية في قضايا إقتصادية معاصرة سنة ١٤١٨هـ ١٩٩٨م (٧٢/١) ، مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان. ص ٢٤١

(٢) المرابحة للأمر بالشراء/للدكتور صديق العزيز/بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي/العدد الخامس ص(٧٣٢) نظرة شمولية لطبيعة بيع المرابحة للأمر بالشراء/للدكتور عبد السلام داود العبادي/بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي/العدد الخامس ص (٨٢٦) ، نظرة إلى عقد المرابحة للأمر بالشراء/للشيخ التسخيري /بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي/العدد الخامس ص(٨٧٦) ، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية/للأشقر ص(١٠٥/١)، مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات المالية للجمعان. ص ٢٤٢

(٣) المرابحة للأمر بالشراء/للدكتور بتر بن عبدالله أبو زيد/بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي/العدد الخامس ص(٢٣٧- ٢٤٠)

(٤) مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات للجمعان ص(٧٤٠، ٧٤١)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٩) الإنصاف للمرداوي ط دار احياء التراث العربي ط الثانية بدون .
١٠) الفواكه الدواني للأزهري ط دار الفكر بدون ١٤١٥ه ١٩٩٥م،
١١) المجموع للنووي ط دار الفكر بدون ،
١٢) الوسيط للغزالي . ط دار السلام القاهرة ط الأولى ١٤١٧ه
١٣) شرح منتهى الإيرادات للبهوتي ط عالم الكتب ط الأولى ١٤١٤ه - ١٩٩٣ .
١٤) أعانة الطالبين للدمياطي ط دار الفكر ط الأولى ١٤١٨ه – ١٩٩٧م .
١٥) بدائع الصنائع للكاسانيط دار الكتب العلمية ط الثانية ١٤٠٦ه – ١٩٨٦م .
١٦) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ط دار الكتاب الإسلامي ، بدون ،
١٧) أصول السرخسي ط دار المعرفة بيروت .
١٨) شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ط مكتبة صبيح ، مصر .
١٩) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق لابن نجيم ط دار الكتاب الإسلامي ط الثانية بدون..
٢٠)) الحاوي الكبير للماوردي ط دار الكتب لعلمية ، بيروت ، ط الأولى ، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩.
٢١) المحرر في الفقه لابن تيمة دار المعارف الرياض ط الثانية ، ١٤٠٤ه - ١٩٨٤،
٢٢) موسوعة الفقه الإسلامي ط الأفكار الدولية ط الأولى ١٤٣٠ه- ٢٠٠٩م.
٢٣) المنثور في القواعد للزركشي ط وزارة الأوقاف الكويتية ط الثانية ١٤٠٥ه – ١٩٨٥م،
٢٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ط دار الكتب العلمية ط الأولى ١٤٠٨ه - ١٩٨٧م .
٢٥) تاج العروس للزبيدي ط دار الهداية بدون،
٢٦) القاموس المحيط ط مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت ط الثانية ١٤٢٦ – ٢٠٠٥م
٢٧) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة ط دار الفكر بيروت بدون .
٢٨) الذخيرة للقرافي ط دار الغرب لإسلامي ط الأولى ١٩٩٤م ،
٢٩) الثمر الدوانى رسالة أبى زيد القيراوانى ط دار المكتبة الثقافية بيروت بدون .
٣٠) كشاف القناع للبهوتي ط دار الكتب العلمية
٣١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي د/ عبد الفتاح محمود إدريس ط مكتبة وهبة ٢٠١١م.
٣٢) رد لمحتار لابن عابدين ط دار الفكر بيروت ، ط الثانية ١٤١٢ه-١٩٩٢م
٣٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ط وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .
٣٤) روضة الطالبين ت زهير الشاويش ط المكتب الإسلامي بيروت ط الثالثة ١٤١٢ه - ١٩٩١
٣٥) تبين الحقائق للزيلعي ط المطبعة الكبرى الأميرية بالقاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٣١٣ه
٣٦) شرح مختصر خليل ط دار الفكر بيروت بدون ،
٣٧) البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني ت قاسم محمد ط دار المنهاج جدة
٣٨) مجمع الأنهر لشيخي زادة ط دار إحياء التراث العربي بدون،

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

التاج والإكليل ط دار الكتب العلمية بدون.
٣٩) المعجم الوسيط إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار ، ط دار الدعوة بدون
٤٠) البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ط دار الكيني ط الأولى ١٤١٤ه ـ ١٩٩٤م .
٤١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ط دار الكتب العلمية بيروت ، ط الأولى ١٤١٩ه ـ ١٩٩٤م
٤٢) الإجماع لابن المنذر ت د أبو حماد حنيف ط مكتبة الفرقان ومكتبة مكة الثقافية ط الثانية ١٩٩٩م .
٤٣) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ط لحلبي القاهرة بدون ١٣٥٦ه- ١٩٣٧م
٤٤) فتح العزيز بشرح الوجيز للقزويني ط دار الفكر بيروت ، بدون .
٤٥) مطالب أولي النهى ط المكتب الإسلامي ط الثانية ١٤١٥ه - ١٩٩٤.
٤٦) المحلى لابن حزم ط دار الفكر بدون .
٤٧) بداية المجتهد لابن رشد ط دار الحديث القاهرة بدون ١٤٢٥ه ـ ٢٠٠٢م .
٤٨) إحكام الأحكام لابن دقيق . ط مطبعة السنة المحمدية بدون
٤٩) الاستذكار لابن عبد البر ط دار الكتب العلمية ط الأولى ١٤٢١ه-٢٠٠٠م
٥٠) تحفة الفقهاء للسمرقندي ط دار الكتب العلمية بيروت ط الأولى ١٤١٤ه ـ ١٩٩٤م،
٥١) حاشية الصاوي ط دار المعارف بدون
٥٢) خيار الشرط في الفقه الإسلامي د. على مرعي
٥٣) كتاب قاعدة الخراج بالضمان في الفقه الإسلامي للدكتور أنيس منظور الحق ط دار ابن الجوزي ط الأولى ١٤٣٠ه .
٥٤) المقدمات الممهدات لابن رشد ت د. محمد صبحي ط دار الغرب الإسلامي بيروت ط الأولى ١٤٠٨ه ـ ١٩٨٨م
٥٥) الأم للشافعي ط دار المعرفة بيروت بدون ، المجموع شرح المهذب (٢٨٢/١٢) .
٥٦) فتح الباري لابن حجر ط دار المعرفة بيروت بدون ١٣٧٩ه .
٥٧) أسنى المطالب في شرح روض الطالب للأنصاري ط دار الكتاب الإسلامي بدون .
٥٨) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس
٥٩) أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي
٦٠) التنبيه للشيرازي ط عالم الكتب بدون
٦١) أثر تلف المعقود عليه للدكتور عبد الحميد بن سعد السعودي رسالة ماجستير
٦٢) معجم اللغة العربية المعاصرة د. أحمد مختار عبد الحميد عمر ط عالم الكتاب ط الأولى ٢٠٠٨م .
٦٣) بحث بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية/للدكتور محمد سليمان الأشقر/كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة طبعة دار البشائر الاردن/الطبعة الأولى سنة ١٤١٨هـ ١٩٩٨م
٦٤) التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام المصرفي الإسلامي لمحمد عمر/ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس ،

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٦٦) بيع المرابحة للأمر بالشراء للمصري/ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس
٦٧) فقه النوازل لبكر أبو زيد ط مؤسسة الرسالة بدون ،
٦٨) إعلام الموقعين لابن القيم ت محمد عبد السلام ابراهيم ، ط دار الكتب العلمية بيروت ط الأولى ١٤١١ه ـ١٩٩١م
٦٩) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية ، الصادر عن هيئة المحاسبة والمرجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ١٤٣١ه ـ ٢٠١٠م
٧٠) الخدمات الاستثمارية في المصارف للشبيلي (٣٩٤/٢). رسالة دكتوراة مقدمة للمعهد العالي للقضاء ١٤٢٣ه – ٢٠٠٢م مطبوعة دار ابن الجوزي
٧١) الشروط التعويضية في المعاملات المالية للعنزي ط دار كنوز اشبيليا ٢٠٠٩م.
٧٢) المرابحة للأمر بالشراء لأبو زيد – ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس ،
٧٣) المرابحة للأمر بالشراء/الضرير/ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس
٧٤) الوفاء بالوعد/القرضاوي/ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس ،
٧٥) بيع المرابحة للأمر بالشراء/حمود/ضمن بحوث مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة/العدد الخامس ،
٧٦) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة/ القرة داغي
٧٧) المقاصد الشرعية وأثرها في فقه المعاملات المالية/ الخليفي .بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز م ١٧ ع١ ١٤٢٥ه – ٢٠٠٤م
٧٨) المرابحة للأمر بالشيئ/للدكتور صديق العزيز/بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي/العدد الخامس
٧٩) مخالفة مقتضى العقد في عقود المعاوضات للجمعان رسالة ماجستير مقدمه لجامعة الإمام فرع القصيم ولم تطبع
٨٠) نظرة شمولية لطبيعة بيع المرابحة للأمر بالشراء/للدكتور عبد السلام داود العبادي/بحث منشور بمجلة المجمع الفقهي/العدد الخامس ،
٨١) نظرة إلى عقد المرابحة للأمر بالشراء/للشيخ التسخيري /بحث منشور بمجلة مجمع
٨٢) العقود المالية المركبة ص(٢٦٥) ط كنوز اشبيليا

الفهرس

م	الموضوع	رقم الصفحة
١	المقدمة	١
٢	ملخص البحث	١
٣	خطة البحث	١
٤	المبحث الأول مقتضي عقد البيع	٢
٥	المطلب الأول : تعريف البيع في اللغة والاصطلاح .	٢
٦	المطلب الثاني : أركان عقد البيع	٢
٧	المطلب الثالث : معنى مقتضى عقد البيع :	٣

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

٨	المبحث الثاني : الآثار المترتبة على مقتضى عقد البيع	٤
٩	المطلب الأول : الأثر الأول انتقال الملك	٤
١٠	المطلب الثاني : الأثر الثاني : لزوم عقد البيع	٨
١١	المطلب الثالث: الأثر الثالث : القبض	١١
١٢	المطلب الرابع : الأثر الرابع : الضمان	١٢
١٣	المبحث الثالث : التطبيق المعاصر لمقتضى عقد البيع المرابحة للأمر بالشراء	١٨
١٤	المطلب الأول : تعريف المرابحة	١٨
١٥	المطلب الثاني : صور عقد المرابحة	١٨
١٦	المطلب الثالث : التكييف الفقهي لصورتي عقد المرابحة للآمر بالشراء	١٨
١٧	المطلب الرابع : مخالفة بيع المرابحة للآمر بالشراء مقتضى عقد البيع	٢١
١٨	الخاتمة	٢١
١٩	مراجع البحث	٢٢
٢٠	ملخص البحث باللغة الانجليزية	٢٣
٢١	الفهرس	

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الملخص باللغة الإنجليزية

Research Summary

It boils down to this research at several points

- **The first point:** the definition of the sales contract and go with a statement in which scholars and texts.
- **The second point:** the statement of the appropriate contract of sale of the transmission and the king of catch and to ensure the disposal and other effects that are the requirements of the contract of sale in the form of implications on the original requirement of the contract of sale.
- **The third point:** Male contemporary application of appropriate contract of sale, namely Murabaha contract for the purchase is to indicate when this contemporary image consistent with the appropriate sales contract and vary with go with it.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner