

علاقة القبض بالعقود وصوره قديماً وحديثاً

إعداد

د / لياء محمد متولي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا
وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا
إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله . **أما بعد** :

فإن قبض العقود من الموضوعات الهامة والمؤثرة لما له من علاقة وثيقة بالعقود
فبعضها لا تصح بدونها لكونه شرطاً في صحتها مثل عقد الصرف والسلم والمضاربة
، وبعضها لا تلزم بدونها لكونه شرطاً في لزومها مثل عقد الهبة ، الرهن ، الوقف
وبعضها لا تنقل ملكيتها إلا به لأنه شرط لنقل الملكية مثل : القرض ، والإعارة .
لذا فقد اهتم الفقهاء قديماً وحديثاً بموضوع القبض وشمروا عن ساعد الجد وألفوا
العديد من المؤلفات التي تناولت علاقته بالعقود وكيفيته وصور تحققه ، والذي دعى
الفقهاء المعاصرون - خاصة - إلى الاهتمام بموضوع القبض هو ظهور بعض الصور
الحديثة للقبض كالحالات المصرفية ، الشيكات ... الخ فتناولوا هذه الصور الحديثة
بالبحث والتمحيص ووضعها في ميزان الفقه الإسلامي فمن أهم ما يميز الفقه
الإسلامي : قدرته على استيعاب ما يستجد من مشكلات في الحياة خاصة الحياة
الاقتصادية ، وهذا من أهم الأسباب التي دعيت إلى الكتابة في هذا الموضوع لما له
من بالغ الأثر على النواحي المالية . لكنني آثرت أولاً الرجوع إلى ما كتبه الفقهاء
القدامى عن موضوع القبض واستقيت من مصادرهم المعتمدة بعض ما كتبه عن
القبض وقلت البعض نظراً لسعة هذا الموضوع وشموله فأثرت الكتابة عن القبض من
حيث صلته وعلاقته بالعقود ومن حيث كيفيته وصور تحققه لأن بعض صور القبض
لم تتغير عما كانت من ذي قبل ، لذا كان منهجي في البحث هو : إعطاء نبذة

موجزة عن ماهية القبض وشروط صحته ثم إظهار مدى تأثير القبض على العقود ثم بيان صور القبض القديمة والصور المستحدثة وبيان آراء الفقهاء فيها .

لذا كانت خطة البحث على النحو التالي :

فقد قسمت البحث إلى : تمهيد وفصلين .

تمهيد ويتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف القبض لغة واصطلاحاً .

المبحث الثاني : الألفاظ ذات الصلة بكلمة القبض .

المبحث الثالث : القبض من حيث الإذن وعدمه .

المبحث الرابع : شروط صحة القبض .

الفصل الأول : علاقة القبض بالعقود :

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول : العقود التي لا يشترط فيها القبض لا في صحتها ولا لزومها .

المبحث الثاني : العقود التي يشترط القبض في صحتها .

ويندرج تحته ستة مطالب :

المطلب الأول : الصرف .

المطلب الثاني : بيع الأموال الربوية ببعضها .

المطلب الثالث : السلم .

المطلب الرابع : المضاربة .

المطلب الخامس : المزارعة .

المطلب السادس : المساقاة .

المبحث الثالث : العقود التي يشترط القبض في لزومها .

المطلب الأول : الهبة .

المطلب الثاني : الرهن .

المطلب الثالث : الوقف .

المبحث الرابع : العقود التي يشترط القبض فيها لنقل الملكية .

المطلب الأول : القرض .

المطلب الثاني : الإعارة .

الفصل الثاني : صور القبض قديما وحديثا (كيفية القبض قديما وحديثا)

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : صور القبض قديما .

ويندرج تحته مطلبان :

المطلب الأول : صور قبض المنقول .

المطلب الثاني : صور قبض غير المنقول .

المبحث الثاني : القبض الحكمي .

المبحث الثالث : صور القبض الحديثة .

ويندرج تحته مطلبان :

المطلب الأول : القبض عن طريق القيد المصرفي .

المطلب الثاني : القبض عن طريق الشيك .

التمهيد المبحث الأول تعريف القبض لغة واصطلاحاً

أولاً : القبض لغة :

القاف والباء والضاد أصل واحد يدل على شئ مأخوذ . تقول : قبضت الشئ من المال وغيره قبضاً . فالقبض : الأخذ . قبض الشئ أي أخذه . وصار الشئ في قبضتك أي : صار في ملكك . وقبضه المال : أعطاه إياه .

ومن معاني القبض لغة : تناول الشئ بجميع الكف ، منه قبض السيف وغيره ، وقبض اليد على الشئ ، أي جمعها بعد تناوله . ومن معانيه : الإمساك عن الشئ ، يقال : قبض يده عن الشئ أي جمعها قبل تناوله ، وذلك إمساك عنه ، منه قيل لإمساك اليد عن البذل والعطاء : قبض ، فالقبض خلاف البسط ، وفي أسماء الله تعالى : "القابض" أي هو الذي يمسك الرزق وغيره من الأشياء عن العباد بلطفه وحكمته . ويستعار القبض لتحصيل الشئ وإن لم يكن فيه مراعاة الكف ، نحو : قبضت الدار والأرض من فلان : أي حزقتها ، ويقال : هذا الشئ في قبضة فلان ، أي في ملكه وتصرفه .

وقد يكتنى بالقبض عن الموت . فيقال : قبض فلان ، أي مات فهو مقبوض . فمن معاني "القابض" أنه سبحانه وتعالى : يقبض الأرواح عند الممات ويقال قبض المريض إذا توفي وإذا أشرف على الموت^(١) .

(١) معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن بكر ، مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي ، لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين الإفريقي المصري (ابن منظور) ، ، المصباح المنير لأبي العباس أحمد بن محمد الفيومي ، مادة "قبض" ، بصائر ذوي التمييز للفيروزآبادي ، ج ٤ ص ٢٨٨ .

وقد ورد لفظ "قبض" ومشتقاته في القرآن الكريم تسع مرات منها قوله تعالى :
﴿ثُمَّ قَبَضْنَاہُ إِلینَا قَبْضًا یَسِیرًا﴾^(١) أي : أخذنا الظل بطلوع الشمس قبضاً يسيراً أي
 سريعاً ، أو سهلاً ، أو خفياً^(٢) .

ومن قوله تعالى : ﴿وَاللّٰهُ یَقْبِضُ وَیَبْسُطُ﴾^(٣) والمراد من القبض هنا : خلاف
 البسط بدليل المقابلة أي يضيق على قوم ويوسع على آخرين^(٤) .

وقد أشار العز بن عبد السلام إلى الآيتين السابقتين بقوله : إنه تعالى تجوز
 بالقبض عن الإعدام ، لأن المقبوض من مكان يخلو منه محله كما يخلو الخمل عن الشيء
 إذا عدم^(٥) .

كما ورد لفظ "قبض" ومشتقاته في السنة في أكثر من موضع وفي مجملها
 لا تخرج عن المعاني المشار إليها سابقا .

منها قوله ﷺ : "قبض الله عز وجل أرواحنا وقد ردها إلینا"^(٦) أي أخذها .
 وروى البخاري تعليقا بصيغة الجزم أن ابن عمر إذا حج أو اعتمر قبض على
 لحيته فما فضل أخذه^(٧) أي وضع كفه عليها .

(١) سورة الفرقان : آية ٤٦ .

(٢) تفسير الماوردي ج ٣ ص ١٥٨ ، ط/وزارة الأوقاف الكويتية .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٤٥ .

(٤) تفسير الماوردي ج ١ ص ٢٦٢ .

(٥) الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع انجاز للعز بن عبد السلام ص ١٠٦ .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده عن ذي نمصر الحيشي ج ٤ ص ٩١ .

(٧) صحيح البخاري مع فتح الباري ، كتاب اللباس ج ١٠ ص ٣٤٩ .

ثانياً : القبض اصطلاحاً :

كثير من الفقهاء عند معرض حديثهم عن القبض تحدثوا عن كيفية القبض أو عن صور القبض ولم يضعوا له تعريفاً محدداً ولكن بعضهم قد وضع له تعريفاً ومن هؤلاء :

١- الكاساني : عرفه بقوله : القبض هو : التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة^(١) .

٢- العز بن عبد السلام : عرفه بقوله : قولهم قبضت الدار والأرض والعبء والبعر يريدون بذلك الاستيلاء والتمكين من التصرف^(٢) .

٣- عرفه مجموعة من الفقهاء بقولهم : القبض هو : حيازة الشيء والتمكين منه ، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن^(٣) .

وبالنظر إلى التعريفات الاصطلاحية السابقة : نجد أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن القبض : هو حيازة الشيء والاستيلاء عليه والتمكين من التصرف فيه .

وأوسع هذه التعريفات لمفهوم القبض - والله أعلم - هو تعريف الكاساني لاشتماله على صور أكثر للقبض وذلك من خلال قوله : وارتفاع الموانع عرفاً وعادة .

وبالمقارنة بين التعريف اللغوي والاصطلاحى للقبض يتبين لنا : أن القبض بالمعنى اللغوي أعم حيث يشمل القبض بمعنى الاستيلاء بالكف وغيره ، ويأتي أيضاً

^(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر مسعود الكاساني ج ٦ ص ٥٧١ ، ط/دار الكتب العلمية .

^(٢) الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز ص ١٠٦ .

^(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٢٨ ، ط/الدار العربية للكتاب ، البهجة في شرح التحفة التحفة لأبي الحسن النسوي ج ١ ص ١٦٨ ، حدود ابن عرفة وشرحه للرصاع ص ٤١٥ ، ط/دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، شرح مرشد الحيران للأبياني وسلامة ج ١ ص ٥٨ .

بمعان أخرى - كما أوضحت سابقا - أي أن كل قبض بالمعنى الاصطلاحي قبض بالمعنى اللغوي وليس كل قبض بالمعنى اللغوي قبضا بالمعنى الاصطلاحي ، فالمعنى الاصطلاحي أخص من المعنى اللغوي .

المبحث الثاني الألفاظ ذات الصلة بكلمة القبض

أولاً : النقد :

يطلق الفقهاء كلمة (النقد) بمعنى الإقباض والتسليم إذا كان الشيء المعطى نقوداً ، ففي المصباح المنير : "نقدت الرجل الدراهم ، بمعنى أعطيته ... فانتقدتها ، أي قبضها"^(١) وقال : القاضي عياض : "النقد : خلاف الدين والقرض"^(٢) وقال الفيروزآبادي : "النقد : خلاف النسيئة"^(٣) وإنما سمي إقباض الدراهم ، لتضمنه - في الأصل - تمييزها وكشف حالها من حيث الجودة وإخراج الزيف منها من قبل المعطي والآخذ^(٤) .

أما مصطلح "بيع النقد" فهو - كما قال : ابن جزري : أن يعجل الثمن والمثمن^(٥) فكل نقد قبض وليس كل قبض نقد .

ثانياً : المناجزة :

وهذه الكلمة من المصطلحات الفقهية التي يستعملها فقهاء المالكية ، ويقصدون بها قبض العوضين عقب العقد^(٦) .

ويقول غيرهم : بعته ناجزاً بناجزاً أي بدأ بيد . وشئ ناجز أي : حاضر^(٧) ، وبعته غائباً بناجزاً أي : نسيئة بنقد^(٨) .

(١) المصباح المنير ، مادة نقد .

(٢) مشارق الأنوار للقاضي عياض ج ٢ ص ٢٣ .

(٣) القاموس المحيظ ، لسان العرب ، مادة نقد .

(٤) معجم مقاييس اللغة ، لسان العرب ، مادة نقد .

(٥) القوانين الفقهية ص ٢٥٤ .

(٦) شرح الأبي المالكي على صحيح مسلم ج ٤ ص ٢٦٦ .

ثالثاً : الحيازة :

يقول أهل اللغة كل من ضم إلى نفسه شيئاً - فقد حازه حوزاً وحيازة^(١) .
أما في الاصطلاح : فأكثر المذهب استعمالاً لهذه الكلمة هو المذهب المالكي ،
ويستعملونها في كتبهم بمعنيين أحدهما أعم من الآخر :

أ- الحيازة بالمعنى الأعم : هي : إثبات اليد على الشيء والتمكن منه ، وهو
نفس معنى القبض عند سائر الفقهاء . دل على ذلك قول ابن أبي زيد القيرواني في
الرسالة : لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة^(٢) . أي إلا بالقبض .
وفي كثير من المواضع يعبرون عن كلمة الحيازة - بهذا المفهوم - بكلمة
"حوز" ، ففي شرح التسولي على تحفة ابن عاصم : الحوز : وضع اليد على الشيء
المحوز^(٣) .

* وقال الحسن بن رجال المعداني : والحاصل : الحوز والقبض شيء واحد^(٤) .
ب- الحيازة بالمعنى الأخص : عرفها أبو الحسن المالكي بقوله : الحيازة هي
وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم
وغيره من وجوه التصرف^(٥) .

وقال الخطاب : الحيازة تكون بثلاثة أشياء ، أضعفها : السكن والازدراع ،
ويليها : الهدم والبناء والغرس والاستغلال ، يليها : التفويت بالبيع والهبة والصدقة

(١) المصباح المنير ، مادة حوز .

(٢) المغرب للمطري ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٣) الصحاح للجوهري ج ٣ ص ٨٧٥ ، الكليات للكفوي ج ٢ ص ١٨٧ ط/دمشق .

(٤) الرسالة ، تحقيق محمد أبو الأجنان ص ٢٢٨ ، الناودي على تحفة ابن عاصم ج ١ ص ١٦٨ .

(٥) البهجة شرح التحفة للتسولي ج ١ ص ١٦٨ .

(٦) حاشية الحسن بن رجال على شرح تحفة ابن عاصم ج ١ ص ١٠٩ ، القوانين الفقهية ص ٣٢٨ .

(٧) كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ج ٢ ص ٣٤٠ .

والنحلة والعق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله^(١).

فالحياسة بهذا المفهوم الخاص هي : سلطة الشخص الفعلية على الشيء والتصرف فيه بشئى أنواع التصرف سواء كان مالكا أم غير مالك .
ويتبين لنا بعد تعريف الحياسة بمعنيها الأعم والأخص أن القبض مرادف للحياسة بالمعنى الأعم .

رابعاً : اليد :

كلمة يد عند الفقهاء تأتي بمعنى حوز الشيء والمكنة من استعماله والانتفاع به ، فيقولون : بينة ذي اليد في التناج مقدمة بينة الخارج^(٢) ، ويريدون بذي اليد الحائز المنتفع ، وجاء في المدونة : قلت : أرأيت لو أن سلعة في يدي ادعى رجل أنها له ، وأقام البينة ، وادعيت أنها لي ، وهي في يدي ، وأقمت البينة؟ قال لي مالك : هي للذي في يديه إذا تكافأت البيتان^(٣) .

وقال العز بن عبد السلام : اليد عبارة عن القرب والاتصال ، وللقرب والاتصال مراتب بعضها أقوى من بعض في الدلالة ، أعلاها : ما اشتد اتصاله بالإنسان ، كشيابه التي هو لابسها وعمامته ومنطقته وخاتمه وسراويله ونعله الذي في رجله ودراهمه التي هي في كفه أو جيبه أو يده ، فهذا الاتصال أقوى الأيدي لاحتوائه عليها ودنوه منها .

الرتبة الثانية : البساط الذي هو جالس عليه أو البغل الذي هو راكب عليه ، فهذا في الرتبة الثانية .

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٦ ص ٢٢٢ .

(٢) جامع الفصولين ج ١ ص ١٠٧ ، (١٧٥٩م) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) المدونة للإمام مالك بن أنس ج ١٣ ص ٣٧ ، ط/دار الكتب العلمية .

الرتبة الثالثة : الدابة التي هو سائقها أو قائدها ، فإن يده في ذلك أضعف من يد راجبها .

الرتبة الرابعة : الدار التي هو ساكنها . ودلالاتها دون دلالة الراكب والسائق والقائد لأنه غير مستول على جميعها . وتقدم أقوى اليدين على أضعفهما ، فلو كان اثنان في دار فتنازعا في الدار وفي ما هما لابسانه ، جعلت الدار بينهما بأيامهما لاستوائهما في الاتصال ، وجعل القول قول كل واحد منهما في ما هو لابساه المختص به ، لقوة القرب والاتصال^(١) .

نخلص مما سبق أن الصلة بين اليد والقبض أن اليد تدل على القبض .

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ٢ ص ١٢٠ ط/دار الكتب العلمية :

المبحث الثالث

القبض من حيث الإذن وعدمه

ينقسم القبض من حيث الإذن وعدمه أو من حيث الصحة وعدمها إلى قبض مأذون فيه وقبض غير مأذون فيه ، أي أن القابض لمال غيره إما أن يكون بإذن أو بغير إذن ، والإذن إما أن يكون شرعياً أو عرفياً أو لفظياً .

مثال الإذن الشرعي : اللفظة فإن المال حصل في يده بغير إذن له وبغير إذن عرفي ، ولم يبق إلا الإذن الشرعي .

الإذن العرفي هو ما حصل عند الإنسان لإتقائه كمن وجد إنساناً يريد أن يأخذ ماشية رجل ، فاستنقذها منه واستولى عليها ، فهذا إذن عرفي .
ومن العلماء الذين تناولوا القبض من حيث الإذن وعدمه :

١- الإمام العز بن عبد السلام : فبعد أن تحدث عن أنواع الإقباض قسم القبض من حيث الإذن وعدمه إلى ثلاثة أضرب :

أحدها : قبض بمجرد إذن الشرع دون إذن المستحق وهو أنواع : منها اللفظة ومال اللقيط وقبض المفصوب من الغاصب للولادة والحكام .

ومنها : قبض الحاكم أحوال الغيب التي لا حفظ لها ، ومن ذلك قبض أموال المجانين والمجور عليهم بسفه أو صغر ، وحفظ أموال الغيب والمحوسن الذين لا يتمكنون من حفظ أموالهم .

ومنها : من طيرت الريح ثوباً إلى حجره أو داره .

ومنها : قبض المضطر من طعام الأجانب ما تدفع به ضرورته وكذلك سرقة أموال أهل الحرب ، وكذلك قبض الإنسان حقه إذا ظفر به ، بجنسه أو بغير جنسه

الضرب الثاني : ما يتوقف جواز قبض على إذن مستحقه كقبض المبيع وقبض المتسارم عليه ، والقبض بالبيع الفاسد ، وقبض الرهون ، والهبات ، والصدقات ، والعواري ، وقبض جميع الأمانات .

الضرب الثالث : قبض بغير إذن من الشرع ولا من المستحق ، فإن كان القابض عالماً بتحريمه فهو قبض المغصوب وهو مضمن الأعيان والمنافع والصفات ، وإن كان جاهلاً مثل أن يقبض مالاً يعتقدده لنفسه فإذا هو لغيره فلا إثم عليه ولا إباحة ، وتضمن به العين والمنافع والصفات^(١) .

مما سبق يتضح لنا أن العز بن عبد السلام قد قسم القبض إلى قبض مأذون فيه من الشارع أو من المستحق وقبض غير مأذون فيه من أي منهما باعتباره تصرف من تصرفات المكلفين .

٢- الإمام ابن رجب الحنبلي : ففي القاعدة الثالثة والأربعون : (فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد) بين القبض المأذون فيه وغير المأذون فيه وبين أيضاً متى يضمن القابض ومتى لا يضمن حيث جاء فيها : القابض لمال غيره لا يخلو ، إما أن يقبض بإذنه أو بغير إذنه ، فإن قبضه بغير إذنه ، فإن استند إلى إذن شرعي كاللقطة لم يضمن ، وكذا إن استند إلى إذن عرفي كالنقل لمال غيره من التلف ونحوه ... هذا إذا كان أصل القبض غير مستند إلى إذن ، أما إن وجد استدامة قبض من غير إذن في الاستدامة فهنا ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون عقد على ملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد فإن كان ممتعاً من تسليمه بدون مسوغ يجوز هذا الامتناع فهو غاصب وعليه الضمان وإن وجد مسوغ للامتناع عن التسليم لكونه رهناً عنده ، أو لاستثنائه

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ٧١ .

منفعة مدة فلا ضمان إذن وإن لم يكن ممتعا من التسليم بل باذلاً له ، فلا ضمان عليه .

الثاني : أن يعقد عليه عقداً وينقله إلى يد المعقود له ، ثم ينتهي العقد أو يفسخ وما زال المال المعقود عليه تحت يد من وجب عليه رده إلى مستحقه . وهو نوعان : أحدهما : أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار وما زال المبيع تحت يد المشتري ، كالعين المستأجرة إذا انتهت مدة الإجارة وما زالت العين المستأجرة تحت يد المستأجر ، كالعين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول فعليها رد نصف الصداق .

الثاني : أن يكون غير معاوضة ، كعقد الرهن إذا وفى الدين ، وكعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم .

أما عن حكم الضمان :

النوع الأول : عقود الضمانات فقال ابن رجب يتوجه فيه للأصحاب وجوه : أحدها : أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم ، فإن كان مضمونا عليه ، كان بعد انتهاء العقد مضمونا له ، وإلا فلا ، فعلى هذا إن كان عوضا في بيع أو نكاح ، وكان متميزا ، لم يضمن على الصحيح ، وإن كان غير متميز ، ضمن ، وإن كان في إجارة ، ضمن بكل حال .

الوجه الثاني : إن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده ، كفسخ المشتري ، أو يشارك فيه الآخر ، كالفسخ منهما ، فهو ضامن له لأنه تسبب إلى جعل ملك غيره في يده ، وإن استقل به الآخر ، كفسخ البائع وطلاق الزوج ، فلا ضمان لأنه حصل في يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان ، فهو كمن ألقى ثوبه في داره بغير أمره .

الوجه الثالث : حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله ، فإن كان مضموناً ، فهو مضمون ، وإلا فلا ، فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً ، لأنه كان مضموناً على المشتري بحكم العقد ، فلا يزول الضمان بالفسخ ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة ، وأنه لا ضمان في الإجارة ، لأن العين لم تكن مضمونة من قبل .

الوجه الرابع : أنه لا ضمان في الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان ، فلم يضمه كما لو أطارت الريح إليه ثوباً .

الوجه الخامس : التفريق بين أن ينتهي العقد أو يطلق الزوج ، وبين أن يفسخ العقد ، ففي الأول يكون أمانة محضة ، لأن حكم الملك ارتفع وعاد ملكاً للأول . وفي الفسخ يكون مضموناً ، لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية ، فيصير مقبوضاً بغير عقد أو على وجه السوم في صورة البيع .

النوع الثاني : عقود الأمانات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن ، إذا انتهت أو انفسخت ، ففيها وخجها :

أحدهما : أنها غير مضمونة والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات : أن المعاوضات تضمن بالعقد والقبض ، فإذا كان عقدها مضمناً كان فسخها كذلك ، وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد ، فكذلك بالفسخ .

والوجه الثاني : أنه يصير مضموناً إن لم يادر إلى الدفع إلى المالك ، كمن طارت الريح إلى داره ثوباً .

القسم الثالث : أن تحصل في يده بغير فعله ، كمن مات موروثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت إلى يده ، فلا يجوز له الإمساك بدون إعلام المالك لأن المالك لم يأتمنه فإن تلفت تحت يده قبل التمكن من الأداء ، فلا ضمان لعدم التفريط وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك ويتخرج وجه آخر بالضمان وإن تلفت بعده ، فالمشهور الضمان ، لتعديه بترك الرد مع إمكانه وهو غير مؤتمن^(١) .

(١) يراجع تفصيل ماسبق في تقرير القواعد وتحرير الفوائد للإمام أحمد بن رجب الحنبلي ج ١ ص ٢٩٤-٣٠٥ ، ط/دار ابن القيم .

المبحث الرابع

شروط صحة القبض

للقبض شروط لا بد من توافرها حتى يكون قبضاً صحيحاً . وسأذكر أهمها بإيجاز

وهي :

الشرط الأول : أهلية القبض : فالمتقاضيين بمثابة المتعاقدين فيشترط فيهما ما يشترط في المتعاقدين من ثبوت الأهلية لهما ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط الأهلية لكنهم اختلفوا فيمن يكون أهلاً إلى ثلاثة أقوال :

* القول الأول : للحنفية^(١) ذهبوا إلى أن أهلية القبض هي : العقل ، فلا يصح قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل ، وأما البلوغ فيشترط لصحة القبض في بعض التصرفات دون بعض ، وتصرفات الصبي المميز غير البالغ ثلاثة أنواع :

النوع الأول : التصرفات النافعة نفعاً محضاً : كالهبة والصدقة والوصية فإذا وهب الصبي ، أو تصدق أحد عليه ، أو أوصى له ، فليس البلوغ بشرط لصحة القبض استحساناً ، فيجوز قبض الصبي العاقل ، وهب له : والقياس أن يكون شرطاً ، ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً .

وجه القياس : أن القبض من باب الولاية ، ولا ولاية له على نفسه ، فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع .

وجه الاستحسان : أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة ، فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله ، وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا^(٢) .

(١) البدائع ج ٨ ص ١١٠ .

(٢) المرجع السابق .

النوع الثاني : التصرفات الضارة ضرراً محضاً كثيراً وكفائته بالنفس أو بالمال ، وفي هذه الحالة لا تصح تصرفاته ، وما ينشأ عنها من قبوض لا اشتراط البلوغ في صحتها .

النوع الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كبيعته وشرائه وإجارته واستنجاره ونكاحه وما شاكل ذلك ، وهذه التصرفات وما ينشأ عنها من قبوض يتوقف نفاذها على إجازة ولي الصغير ، فإن أجازها نفذت ، وإن ردها بطلت^(١) .

* القول الثاني : للمالكية وذهبوا إلى أنه لا يشترط لصحة القبض صدوره ممن يتمتع بأهلية المعاملة ، بل تكفي الصفة الإنسانية مناطاً لاعتباره أهلاً للقبض ، فيصح قبض الصغير والمجور ، ويكون قبضاً تاماً^(٢) .

* القول الثالث : للشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) وذهبوا إلى أنه يشترط في صحة القبض صدوره من جائر التصرف ، وهو البالغ العاقل غير المجور عليه .

الشرط الثاني : أن يكون القبض بإذن المالك وهذا الشرط ليس محل اتفاق بين الفقهاء فلهم في ذلك ثلاثة آراء :

الرأي الأول : للحنفية^(١) والشافعية^(٢) وذهبوا إلى التفريق بين العقود التي يكون للمقبوض منه الحق في حبسه وبين التي لا يكون له الحق في حبسه ، فالعقود

(١) أصول البزدري مع كشف الأسرار ج ٤ ص ٣٧٥ وما بعدها ، مادة ٩٦٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) البهجة شرح التحفة ج ١ ص ٢٠١ .

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ج ٢ ص ١٢٨ ، ط/دار الفكر ، المجموع شرح المذهب ، يحيى بن شرف النووي ج ٩ ص ١٥٧ ، ط/مكتبة الإرشاد ، جدة ، المملكة العربية السعودية .

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي ، ط/دار الفكر ج ٤ ص ٢٥٤ ، المغني ج ٤ ص ٣٢٩ .

التي يكون للمقبوض منه الحق في حبسه كالمرهون في يد الراهن ، والموهوب في يد الواهب ، والمبيع في يد البائع بضمن حال قبل النقد يشترط في صحة القبض أن يكون بإذن من له الحق في حبسه .

أما العقود التي لا يكون للمقبوض منه الحق في حبسه كالمبيع في يد البائع بعد نقد المشتري ثمنه أو قبله مؤجلا فلا يشترط في صحة القبض أن يكون بإذنه .

الرأي الثاني : للمالكية^(٣) وقالوا : يشترط الإذن لصحة القبض في الرهن ، ولا يشترط في سائر العطايا كالهبة والصدقة الوقف ، لبقاء ملك الراهن في الرهن دونها .

الرأي الثالث : للحنابلة^(٤) وقالوا : يشترط الإذن لصحة القبض في الرهن وفي العطايا كالهبة والصدقة وعليه فإن تعدي المرهن أو الموهوب أو المتصدق عليه فقبضه بغير إذن الراهن أو الواهب أو المتصدق ، فسد القبض ولم ترتب عليه أحكامه .

الشرط الثالث : الولاية في أحد نوعي القبض وذلك لأن القبض نوعان :

أ- قبض بطريق الأصالة : وهو أن يقبض الشخص بنفسه لنفسه وقد اتفق الفقهاء على أن ولاية هذا القبض تكون لمن ثبتت له أهلية القبض^(١) - كل على حسب رأيه في ذلك كما ذكرت آنفا - .

(١) بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٠٦ وما بعدها ، رد المختار على الدر المختار ، ابن عابدين ج ٤ ص ٥٦٢ ، ط/دار إحياء التراث العربي .

(٢) روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ج ٣ ص ٥١٧ ، ج ٥ ص ٣٧٦ ، ط/دار الكتب العلمية ، معنى المحتاج ، ج ٢ ص ٧٣ ، ٤٠٠ .

(٣) المنتقى شرح موطأ مالك للبايجي ج ٦ ص ١٠٠ ، ط/دار الفكر ، الشرح الكبير للدردير ، مطبوع مع حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٠١ ، ط/دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة .

(٤) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٧٢ ، ج ٤ ص ٢٥٣ ، المغني مع الشرح الكبير ، ابن قدامة المقدسي ج ٤ ص ٣٣٢ .

ب- قبض بطريق النيابة : فولايته تثبت إما بتولية المالك ، وإما بتولية الشارع .
 ١- أما تولية المالك : فلا خلاف بين الفقهاء على أن القبض مما يحتمل النيابة
 فقبض الوكيل بمثابة قبض الموكل أي أن الولاية تثبت للوكيل بالقبض شريطة أن
 يكون كل من الوكيل والموكل أهلا للقبض^(١) .

٢- أما تولية الشارع : فالمقصود بها ولاية من يلي مال المحجور في قبض ما
 يستحقه المحجور ، وهذه الولاية ليست بتولية المستحق ، لانتهاء أهليته ، وإنما هي
 بتولية الشارع باتفاق الفقهاء^(٢) . دل على ذلك مارواه الشافعي ، البيهقي عن
 عثمان بن عفان رضي الله عنه : أنه يرى أن الوالد يجوز لولده إذا كانوا صغارا^(٣) .

^(١) بدائع الصنائع ج ٨ ص ١١١ ، القوانين الفقهية ص ٣٩٩ ، الأم ج ٣ ص ١٢٤ ، ٤٨٢ ، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ١٥٩ ط/المكتبة التجارية الكبرى .

^(٢) البدائع ج ٥ ص ١٥٢ ، ج ٦ ص ١٢٦ ، ١٤١ ، الشرح الكبير للسردير ج ٣ ص ٣٧٧ ، شرح تفتح الفصول للقراقي ص ٥٥ .

^(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٥٢ ، ج ٦ ص ١٢٦ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ج ٤ ص ١٠٧ ، الأم ج ٣ ص ١٢٤ ، ٣٨٤ ، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج ٢ ص ٨٠ ، المنعي ج ٥ ص ٦٠١ .

^(٤) الأم ج ٣ ص ٣٨٤ ، السنن الكبرى للبيهقي ج ٦ ص ١٧٠ .

الفصل الأول

علاقة القبض بالعقود

إذا تبعنا العقود من حيث علاقة القبض بها لمعرفة مدى تأثير القبض واشترائه فيها وجدناها على النحو التالي : عقود لا يشترط القبض لا في صحتها ولا في لزومها ولا في استقرارها ، وعقود يشترط القبض في صحتها وعقود يشترط القبض في لزومها وعقود يشترط القبض فيها لنقل الملكية . وتفصيل ذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول

العقود التي لا يشترط فيها القبض

هناك عقود لا يشترط القبض في صحتها ولا في لزومها ولا في استقرارها وذلك مثل : عقد النكاح ، الحوالة ، الوكالة ، الوصية ، الجمالة . فمثلا النكاح يترتب عليه آثاره بمجرد العقد ولا يحتاج إلى قبض الصداق حين العقد ، وكذلك باقي العقود المذكورة لا تحتاج في انعقادها إلى قبض العقود عليه .

المبحث الثاني

العقود التي يشترط القبض في صحتها

هناك العديد من العقود يشترط القبض في صحتها. وسأذكر أهمها في المطالب

الآتية:

المطلب الأول : عقد الصرف

تمهيد : تعريف الصرف :

الصرف لغة : يأتي بعدة معان منها : البيع كقولك : صرفت الذهب بالدرهم ، أي بعته . واسم الفاعل في هذا صرفي ، وصرف مصراف للمبالغة . ومنها : الفضل والنقل وإنما سمي بيع الأثمان صرفاً : إما لأن الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة ، أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البديلين من يد إلى يد في مجلس العقد^(١) .

والصرف اصطلاحاً : عند جمهور الفقهاء : الحنيفة^(٢) ، الشافعية^(٣) ، الحنابلة^(٤) هو : بيع الثمن بالثمن ، جنساً بجنس ، أو بغير جنس فيشمل بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، كما يشمل بيع الذهب بالفضة .

وعند المالكية^(١) : الصرف هو : بيع النقد بنقد مغاير لنوعه كبيع الذهب بالفضة أما بيع النقد بنقد من نوعه ، كبيع الذهب بالذهب ، بيع الفضة بالفضة فإن كان البيع بالوزن فيسمى : المراطلة وإن كان البيع بالعدد يسمى : المبادلة .

(١) المصباح المنير ، لسان العرب مادة (ص ر ف) ، البدائع ج ٧ ص ١٦٢ ، تبين الحقائق شرح كسر الدقائق ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ج ٤ ص ٥٥٠ ، ط/دار الكتب العلمية .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٧ ص ١٦٢ .

(٣) مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٥ .

(٤) المغني ، الشرح الكبير ج ٦ ص ١١٢ .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط الصرف تقابض البديلين من الجانبين في المجلس قبل افتراقهما .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المتصارفين إذا افترفا قبل أن يتقابضا ، أن الصرف فاسد^(١) .

وسند هذا الاجتماع :

١- قوله ﷺ : "الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد ، والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد"^(٢) .

٢- قوله ﷺ : "بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد"^(٣) .

٣- في النبي ﷺ عن بيع الذهب بالورق دينا^(٤) ، ونهى أن يباع غائب بناجز^(٥) .

٤- قوله ﷺ : "الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء"^(٦) .

فدللت هذه النصوص على اشتراط قبض البديلين قبل الافتراق .

(١) حاشية الدسوقي مطبوعة مع الشرح الكبير ج ٣ ص ٢ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٢٦ ،

حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٣ ص ٦٣ .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ١١٢ ، المنتقى للباي ج ٦ ص ٢٥٦ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب الربا .

(٤) جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق

نقدا ، أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في الصرف ، أخرجه الترمذي في سننه ،

كتاب البيوع ، باب ماجاء أن الخنطة بالخنطة مثلا بمثل - واللفظ له - كراهية التعامل بينهما .

(٥) أخرجه أحمد ج ٦ ص ٢٦٨ ط/المينية من حديث البراء بن عازب وإسناده صحيح .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بيع الفضة بالفضة .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بيع الفضة بالفضة .

تفسير الافتراق : هو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن مجلسهما ، فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر ، حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه .

واتفق كل من : الحنفية^(١) ، الشافعية^(٢) ، الحنابلة^(٣) على أن العاقدين إن طال مجلسهما أو تماشيا مصطحبين إلى منزل أحدهما ، أو إلى الصراف فتقابضا عنده لا يعد هذا تفرقا لانعدام التفرق بالأبدان قبل التقابض ، فأشبه ما لو كانا في سفينة تسير بهما ، أو راكبين على دابة واحدة تمشي بهما أما إن تفرقا قبل التقابض بطرف الصرف لغوات شرطه .

وزاد الحنفية : إذا نام المتعاقدان في المجلس أو أغمى عليهما فلا يعد هذا تفرقا لأن العبرة لتفرق الأبدان^(٤) .

أما المالكية : فقالوا : لا خير في ذلك ومنعوا التأخير في الصرف مطلقا ، وقالوا : يحرم صرف مؤخر إن كان التأخير طويلاً ، كما يحرم إن كان قريباً من كلا العاقدين أو من أحدهما مع فرقة بدن . ومنع التأخير عندهم ولو كان غلبة ، كأن يحول بينهما عدو أو سيل أو نحو ذلك .

(١) البدائع ج ٧ ص ١١٣ .

(٢) مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٤ .

(٣) المغني مع الشرح الكبير ج ٦ ص ١١٣ .

(٤) سبب هذه الصور الزائدة عند الحنفية أنهم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقبل هو شرط صحة فعلى هذا ينبغي أن يشترط القبض مقرونا بالعقد إلا أن حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تسيراً فإذا وجد القبض فيه يجعل كأنه وجد حال العقد فيصح وقيل : هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج إلى هذا التقدير ، والشرط أن يقبضا قبل الافتراق بالأبدان حتى لو ناما أو أغمى عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح . تبين الحقائق للإمام فخر الدين الزيلعي الحنفي ج ٤ ص ٥٥٢ .

وقال ابن جزري : إن تفرقا قبل التقابض غلبة فقولان : الإبطال أو التصحيح^(١) ، أما التأخير اليسير بدون فرقة بدن ففيه قولان : مذهب المدونة كراهته ، ومذهب الموازية والعتية جوازه^(٢) .

قال الدردير : وأما دخول الصيرفي حانوته لتقليب الدراهم فقليل : بالكراهة ، وقيل : بالجواز . وكذلك دخوله الحانوت ليخرج منه الدراهم^(٣) .

وقال الخطاب : سئل مالك عن الرجل يصرف من الصراف دنائير بسدراهم ، ويقول له : اذهب بما فزمتها عند هذا الصراف ، وأره وجوهها وهو قريب منه فقال : أما الشيء القريب فأرجو أن لا يكون به بأس ، وهو يشبه عندي ما لو قاما إليه جميعاً .

وما قاله الخطاب ذكره الباجي بقوله : إن استأذن الصراف بعد العقد في أن يذهب بها إلى صراف قريب منه يريد إياها ويزنمها عنده أو عقد معه الصرف على ذلك ففي العتية من رواية أشهب عن مالك : أن ذلك جائز فيما قرب . وعقب الباجي على ذلك بقوله : ومعنى ذلك أن يكون لقرنهما في حكم المتجالسين وأما إن تباعد ذلك حتى يرى أنه افتراق من المتصارفين فلا يجوز ذلك وهو يفسد العقد .

ونقل عن ابن رشد : استخف ذلك للضرورة الداعية ، إذ غالب الناس لا يميزون النقود ، ولأن التقابض قد حصل بينهما قبل ذلك^(٤) .

(١) جواهر الإكليل ج ٢ ص ١٠ ، الشرح الصغير ج ٣ ص ٤٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٥٠ .

(٢) جواهر الإكليل ج ٢ ص ١٠ .

(٣) الشرح الصغير ج ٣ ص ٤٩ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٠٣ ، المنتقى شرح موطأ مالك ، القاضي أبو الوليد سليمان بن سعد بن

أيوب الباجي ، ج ٦ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ط/الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

وعليه : فلم يكونا بفعلهما هذا مخالفين لقول النبي ﷺ : "الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء"^(١) ولو كان هذا المقدار لا يسمع فيه في الصرف لوقع الناس بذلك في حرج شديد ، والله تعالى يقول : ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢) .
نخلص مما سبق : أنه لا خلاف بين الفقهاء - كما ذكرت آنفاً - على أن القبض شرط لصحة عقد الصرف بيد أن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة لم يشترطوا فورية القبض في الصرف مادام المجلس باقياً بدليل قولهم : وإن طال مجلسهما أو تماشيا مصطحبين .. الخ . أما المالكية فقد اشترطوا فورية القبض في الصرف بدليل قولهم : يحرم صرف مؤخر إن كان التأخير طويلاً ... الخ .

وسبب اختلافهم : بينه ابن رشد بقوله : ترددهم في مفهوم قوله ﷺ : "إلا هاء وهاء"^(٣) وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ، فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس - أعني أنه يطلق عليه أنه باع "هاء وهاء" - قال : يجوز التأخير في المجلس ، ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال : "إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف"^(٤) .

الراجح : هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم اشتراط فورية القبض وذلك :
 أولاً : لما روى البخاري ومسلم بسندهما عن مالك بن أوس أنه التمس صرفاً بمائة دينار ، فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضا ، حتى اصطرف مني ، فأخذ الذهب يقبلها في يده ، ثم قال : حتى يأتي خازني من الغابة ، وعمر يسمع ذلك ،

(١) سبق تخريجه .

(٢) سورة الحج : آية ٧٨ .

(٣) سبق تخريجه كاملاً .

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد الحفيد ج ٢ ص ١٩٧ .

فقال : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ، قال رسول الله ﷺ : "الذهب بالذهب إلا هاء وهاء ..."^(١) .

وجه الاستدلال : أن عمر فسر حديث النبي ﷺ "إلا هاء وهاء" بأن لا يتفرقا في المجلس ، قال ابن الأثير : "هاء وهاء" هو أن يقول كل واحد من المتبايعين : هاء فيعطيه ما في يده كالحديث الآخر : "يدا يدا" يعني مقابضة في المجلس^(٢) .

وقد أيد هذا الاستدلال - أعني دلالة الحديث على اشتراط القبض في المجلس دون الفورية - المزني حيث قال : إن حديث عمر هذا وإن كان يمتثل القبض الفوري والقبض في المجلس ، لكن تفسيره من خلال قوله لمالك بن أوس : "لا تفارق حتى تعطيه ورقه أو ترد إليه ذهبه" يدل على أن المراد به التقابض في المجلس^(٣) .

وأيدته أيضاً الخطابي حيث قال عند شرحه لهذا الحديث - ما في معناه - في الحديث بيان أن التقابض شرط في صحة البيع في كل ما يجري فيه الربا من ذهب وفضة وغيرهما من المطعوم وإن اختلف الجنس^(٤) .

فهذه المعاني أقوى في القبول من التي ذكرها الباجي : حيث فسر "حتى يأتي خازني من الغابة" بأنه : يريد أن يؤخر ذلك إلى أن يأتيه خازنه من الغابة ويحتمل أن يريد به تأخير الدراهم خاصة ، ويقبض هو الدنانير ، ويحتمل أنه يريد به إقرار الدنانير بيد مالكها حتى يأتيه خازنه من الغابة فيتقابض يدا بيد .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بيع الشعر بالشعر ، مسلم في صحيحه ،

كتاب المساقاة ، باب الربا ، أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب البيوع ، باب ماجاء في الصرف .

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، ج ٤ ص ٣٨٠ .

(٣) مختصر المزني بمأمش الأم للشافعي ج ٢ ص ١٣٨ .

(٤) عون المعبود شرح سنن أبي داود ج ٩ ص ١٩٩ .

وفسر قول عمر "والله لا تفارقه..." بقوله : يريد لا تفارقه وبينكما عقد حتى ينتجز ما بينكما من التقابض ، وأشار الباجي إلى أن سيدنا عمر احتج لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : "الذهب بالورق إلا هاء وهاء" ومحل ذلك على أن التقابض فيه يجب أن يكون مع الإيجاب والقبول لا يتأخر عنهما بل يقترن بهما لأن عقد كل واحد منهما يقتضي الإشارة إلى ما بيده من العوض بقوله "هاء" ولذلك فهم منه عمر وهو من أهل اللسان تعجيل التقابض^(١) .

فكل هذه الاحتمالات التي ذكرها الباجي لا دليل واضح عليها ، لذلك فالأولى - والله أعلم - الأخذ بالمعاني التي ذهب إليها أغلب الشراح .

وكذلك الحال بالنسبة لما ذكره الزرقاني أثناء شرحه لهذا الحديث حيث قال : ليس حديث عمر بقاصر عن حديث غيره فوجب المناجزة في الصرف ، ولا يجوز التأخير ولو كانا بائعاً لم يتفرقا عند مالك ، ومحمل قول عمر عنده لا تفارقه حتى تأخذ منه أن ذلك على الفور لا على التراخي وهو المعقول من لفظه والله "هاء" ، هاء^(٢) .

فقوله هذا غير مسلم به لأن اللفظ يحتمل الفور ويحتمل التراخي والأولى بالقبول التراخي .

ثانياً : أن من المالكية أنفسهم من أجاز الصرف إن تفرق المتعاقدان غلبة ومنهم من تسامح في التأخير اليسير لعدم وقوع الناس في الحرج - على نحو ما بينت سابقاً - فمن منطلق التيسر على الناس وعدم المشقة عليهم يترجح رأي جمهور الفقهاء بأن العبرة القبض في المجلس دون الفورية في القبض . والله أعلم .

(١) المتفق ج ٦ ص ٢٥٥ .

(٢) شرح الزرقاني على موطأ مالك للإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ج ٣ ص ٣٥١ ، ط/المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت

المطلب الثاني

بيع الأموال الربوية ببعضها

الأموال الربوية المجمع عليها عند الفقهاء ستة هي : الذهب ، الفضة ، السبر ، الشعير ، التمر ، الملح .

وسند هذا الإجماع : كثير من الأحاديث النبوية الشريفة ، ومن أشهرها :

ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال : "الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والسبر بالسبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد" (١) .

فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت فيها الربا بالنص والإجماع (٢) .

واختلف أهل العلم فيما سوى هذه الأصناف الستة إلى قولين :

القول الأول : إن تحريم الربا مقصور في هذه الأشياء الستة وعليه فلا يتجاوزها إلى غيرها ، ويروى هذا القول عن قتادة وهو قول أهل الظاهر وقال به أيضا طاووس وعثمان البتي وأبو سليمان (٣) .

القول الثاني : لجمهور الفقهاء وذهبوا إلى أن الربا يتجاوز هذه الأصناف الستة

إلى غيرها مما شاركها في العلة .

وبالرغم من اتفاق جمهور الفقهاء على عدم حصر الربا في هذه الأصناف

الستة وتعيديها إلى غيرها فقد اختلفوا في العلة .

ففي النقيدين : ذهب أبو حنيفة ، ورواية عن أحمد أن العلة هي الوزن فتعدي

إلى كل موزون ، وذهب مالك والشافعي وأحمد في الرواية الثانية إلى أن العلة فيهما

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٤ .

(٣) المرجع السابق ، المحلى لابن حزم ، ج ٨ ص ٤٨١ ط/مكتبة الجمهورية العربية .

الشمية لأنها أثمان المبيعات وقيم المتلفات فلا يقاس عليهما شئ من الموزون لعدم العلة في شئ منها . والقياس إنما هو على العلة لا على الأسماء .

وفي بقية الأصناف :

١- ذهب الحنفية إلى أن العلة في الأربعة المذكورة : الجنس مع الكيل في المكيل، أو مع الوزن في الموزون فيحرم الفضل والنساء بوجودهما معا، والنساء فقط بوجود أحدهما.

٢- وذهب المالكية إلى أن علة ربا الفضل فيها الاقتيات والادخار ، الإصلاح وأما علة ربا النسيئة فمطلق الطعم ولو فاكهة .

٣- وذهب الشافعية في الجديد : إلى علة هذه الأصناف الأربعة أنها مطبومة فقط وهو الأظهر ، وفي القديم : علة هذه الأصناف أنها مطبومة مكيلة أو موزونة . والمراد بالمطبوم عند الشافعية ما يقصد لطعم الآدميين اقتياتا ، أو تفكها ، أو تداوبا ، ولو لم يكن مدخرا ولا مكिला ، وإن لم يؤكل إلا في حالة الضرورة .

٤- وأما الحنابلة فظاهر مذهب أحمد - موافق لما ذهب إليه أبو حنيفة - أن العلة في الأربعة المذكورة كونها مكيلة جنس فيتعدى الحكم فيها إلى كل مكيل ، ولو كان غير طعام ، وفي رواية عن أحمد موافقة للشافعية في القديم واختارها شيخ الإسلام ابن تيمية أن العلة فيها هي : الطعمية مع الكيل أو الوزن ، وفي رواية ثالثة - موافقة للشافعية على الأظهر - أن العلة في هذه الأربعة هي كونها مطبومة .

وما ذكرته من آراء على وجه الإيجاز الشديد فلكل مذهب تفصيل وأدلة لا يسع المقام لها الآن^(١) .

(١) تراجع تفصيل هذه الآراء وأدلتها في : بدائع الصنائع ج٧ ص٥٥ وما بعدها ، تبين الخفائق ج٤ ص٤٤٧ وما بعدها ، الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي ج٣ ص٤٢ ، ٧٣ ، المجموع

أما ما يتعلق بموضوع البحث فهو : أن هذه الأموال الربوية أي الأصناف الستة وما يقاس عليها - على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - يشترط في صحة بيعها بجنسها الحلول وانتفاء النسبة ، وكذا إذا بيعت بغير جنسها ، وكان المالان الربويان تجمعهما علة واحدة إلا أن يكون أحد العوضين ثمنًا والآخر مثنًا ، كيبيع الموزونات بالدراهم والدنانير .

وهذا - أي اشتراط الحلول وانتفاء النسبة - محل اتفاق بين الفقهاء ، واستدلوا على ذلك بعدة أدلة منها :

قوله ﷺ في الحديث السابق : "الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر، والشعير بالشعير ... إذا كان يدا بيد"^(١) .

* أما اشتراط القبض قبل التفريق من المجلس ، بمعنى آخر هل يجوز التفريق قبل القبض في بيع الأموال الربوية أم لا؟ خلاف بين الفقهاء إلى رأيين :

الرأي الأول : لجمهور الفقهاء من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) ، وقالوا : يشترط لصحة بيع الأموال الربوية بيعها التقابض قبل التفريق من المجلس ويجرم التفريق قبل القبض ، وعليه فإن تفرقا قبل القبض بطل العقد .

واعتبر الشافعية التخيير في المجلس قبل القبض تفرق يبطل العقد .

شرح المهذب ج ٩ ص ٥٠١ وما بعدها ، مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٢ ، المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٥٢ وما بعدها ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٩٢ ، المبدع ج ٤ ص ١٢٩ ، أعلام الموقعين لأبي عبد الله محمد بن القيم ج ٢ ص ١٣٦ ، ١٣٧ ، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٢٩ ص ٤٧٠ ، شرح الزرقاني على موطأ مالك للإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ج ٣ ص ٣٥١ .

(١) سبق تخرجه .

(٢) الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٢ .

(٣) المجموع ج ٩ ص ٥٠٥-٥٠٧ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٧٨ .

(٤) المغني ج ٦ ص ٦٣ .

ففي المجموع : إن تبايعا وتخابرا في المجلس قبل التقابض بطل البيع لأن التخابير كالتمفرق ، ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، فكذلك إذا تخابرا .
واستدل جمهور الفقهاء على وجوب اشتراط القبض بالمنقول من السنة النبوية
 وبالمعقول .

المنقول : جميع أحاديث النبي ﷺ التي تشتمل على قوله "يدا بيد" ، "هء وهاء" فكل هذه الألفاظ يفهم منها اشتراط القبض في جميع الأموال الربوية وليس فقط النقدين .

أي أنه يفهم من هذه الأحاديث : أن هذه البياعات لا تجوز إلا إذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أي خذ والمراد به ، وبقوله : "يدا بيد" القبض ، ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالإجماع وإن كان لما يتعين بالإشارة كالمصوغ منهما ، ولأن قوله عليه الصلاة والسلام : "يدا بيد" لفظ واحد لا يجوز أن يراد به القبض في حق النقدين والتعيين في حق غيرهما لأنه إما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا عموم له ، وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولأنه يؤدي إلى تعاقب القبض بأن يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه التأجيل ، وهذا لأن للمقبوض مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط .

كما أن النهي عن النسينة ثبت في الصرف وغيره من بيع الربويات ببعضها ، وتحريم النساء ووجوب التقابض متلازمان ، إذ من المحال أن يشترط الشارع انقضاء الأجل في بيع جميع الأموال الربوية ، ويكون تأجيل التقابض في بعضها جائزا^(١) .

^(١) يراجع : فتح العزيز ج ٨ ص ١٦٥ وما بعدها ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٧٨ وما بعدها ، المنقى للبايجي ج ٤ ص ٢٦٠ ، المغني ج ٦ ص ٦٣ وما بعدها .

الرأي الثاني : للحنفية^(١) وقالوا : يشترط القبض قبل التفرق في الصرف فقط . أما في غيره من باقي الأصناف - كبيع حنطة بشعير أو تمر أو حنطة - فلا يشترط القبض قبل التفرق والمعتبر - أو الذي يشترط - هو التعيين في المجلس .

واستدلوا على ذلك بقولهم : إن هذه الأصناف - ماعدا النقدين - مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه إذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لأنه لا يتعين إلا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً في المتعين بخلاف الحال والمزجل .

وردوا على أدلة جمهور الفقهاء بقولهم : المراد بما روي من أحاديث دالة على اشتراط القبض قبل التفرق : التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعيان بالقبض ، وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولا بين الحقيقة والجاز ، وإنما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته ، وهو الثمنية لأن الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بأنصنة لبقاء شبهة عدم التعيين باعتبار الأصل إذ الشبهة في الحرمان ملحقة بالحقيقة .

الراجع : هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك :

لقوة أدلتهم :

١- فأحاديث النبي ﷺ السابق ذكرها واضحة الدلالة على اشتراط القبض قبل التفرق من المجلس في جميع الأصناف الستة - وما يقاس عليها - دون التفرقة بين النقدين وغيرهما .

٢- قوة حجتهن وخاصة قولهم وجود التلازم بين تحريم النساء - وهو محل

اتفاق الجميع - ووجوب التقابض .

(١) تبين الحقائق ج ٤ ص ٤٥٦ ، ٤٥٧ .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى إن قول الحنفية : إن المقصود من قوله ﷺ
 "يدا بيد" ، "هاء وهاء" - في غير النقيدين - التعمين بعيد وتخصيص للمعنى بدون
 محصص واضح الدلالة ، فالأولى الأخذ بالمعنى الظاهر الذي اتفق عليه أكثر العلماء
 وهو أن المقصود من أقواله ﷺ القبض قبل التفريق من المجلس .

والله أعلم .

المطلب الثالث السلم

تمهيد : تعريف السلم :

السلم لغة : قال الأزهري : السلم والسلف واحد في قول أهل اللغة إلا أن السلف يكون قرصاً لكن السلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق^(١) .
وسمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس وسلفاً لتقدمه .
السلم اصطلاحاً : عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد^(٢) .

حكمه :

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز .
ولم يشد عن هذا الإجماع إلا سعيد بن المسيب في رواية عنه^(٣) .

وسند هذا الإجماع : كثير من الأدلة منها علي سبيل المثال :

١- قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِذَيْنِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾^(٤) .

وروى سعيد يسانده عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية^(٥) .

(١) لسان العرب ، المصباح المنير ، مادة (س ل م) .

(٢) كشاف القناع للشيخ منصور يونس البهوتي ج ٣ ص ٣٣٦ ، ط/دار الكتب العلمية .

(٣) تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٢ ص ١٧٥ ، ط/مكتبة الإرشاد ، جدة ، المملكة العربية

السعودية ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٧٦ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٥) المغني ج ٦ ص ٣٨٤ .

٢- ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما من طرق شتى أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث فقال ﷺ: "ومن أسلف فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم"^(١) .
أما عن اشتراط قبض رأس المال قبل التفرق من المجلس فقد اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين :

المذهب الأول : ويمثله جمهور الفقهاء : الحنفية^(٢) ، الشافعية^(٣) ، الحنابلة^(٤) وقالوا: إن من شروط صحة السلم أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فإن تفرق قبل ذلك بطل العقد .

المذهب الثاني : ويمثله المالكية^(٥) وقالوا : قبض رأس المال في المجلس أفضل وليس بشرط في صحة السلم ، فيجوز تأخير رأس المال بعد العقد ثلاثة أيام سواء كان التأخير بشرط أم بغير شرط ، وإذا أخر رأس المال عن ثلاثة أيام فإن كان التأخير بشرط فسد السلم اتفاقا سواء كان التأخير كثيرا جدا بأن حل أجل المسلم فيه أو لم يكثر جدا بأن لم يحل أجله وإن كان التأخير بلا شرط ففسولان في المدونة لمالك بفساد السلم وعدم فساده سواء كثر التأخير جدا أو لا . وأشار ابن القاسم بالتردد لتردد سحنون في النقل عنه وأيد أشهب القول بعدم الفساد .

وقال ابن عبد السلام : لا أعلم خلافا في كون تعجيل رأس المال عزيمته وأن الأصل التعجيل وإنما الخلاف هل يرخص في تأخيره أم لا .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب السلم ، باب السلم في وزن معلوم ، باب السلم إلى أجل معلوم ، أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب السلم .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١١٣ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ٥١٤ .

(٣) تكملة المجموع ج ١٢ ص ٢٣٥ ، الأم للشافعي ج ٩ ص ٣٥ .

(٤) المغني ج ٦ ص ٤٠٨ ، كشف القناع ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٥) الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٩٦ ، مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٤٧٦ ، ٤٧٧ ،

النتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ٣١٠ .

الأدلة

أولاً : استدل جمهور الفقهاء على اشتراط قبض رأس المال قبل التفريق من المجلس بعدد من الأدلة منها :

١- إن المسلم فيه دين ، والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين وهو منهى عنه لما ورد عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما : " أن النبي ﷺ فمى عن بيع الكالئ بالكالئ"^(١) أي النسئة بالنسئة أو الدين بالدين . فوجب تعجيل النقد في المضمون^(٢) .

فيهم مما مر : أن عدم قبض رأس المال قبل الافتراق يؤدي إلى محرم شرعاً ، وهو الافتراق عن دين بدين وما يؤدي إلى المحرم شرعاً يتمتع شرعاً وعليه فيجب القبض في المجلس . والسر في هذا أن مطلوب صاحب الشرع حسم مادة الفساد والفتن وتقليلها بقدر الإمكان وإذا اشتملت المعاملة على شغل الذمتين توجهت المطالبة من الجهتين فكان ذلك سبباً في كثرة الخصومات والعداوات فمنع الشرع ما يفضي إلى ذلك وهو بيع الدين بالدين^(٣) .

٢- إن السلم ينبي عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصراف فمأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط ، فإنه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً . تقول العرب : أسلمت وأسلفت بمعنى واحد وفي الحديث : "من أسلم فليسلم في كيل معلوم" ،

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب البيوع ، حديث ٢٦٩ ، وأخرجه الحاكم في المستدرک ، كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع الدين بالدين .

(٢) البدائع ج٧ ص١١٣ ، ١١٤ ، مواهب الجليل ج٦ ص٤٧٦ .

(٣) هامش البدائع ج٧ ص١١٣ للمحققين الشيخ علي محمد عوض ، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود .

وروي : "من أسلف فليسلف في كيل معلوم"^(١) أي : فليعط لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارق من أسلفه ، فالإسلاف هو التقديم أي أن السلم ينبي عن التسليم والسلف ينبي عن التقدم ، فيقتضي لزوم تسليم رأس المال ، ويقدم قبضه على قبض المسلم فيه ، ولأنه إنما سمي سلما لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلما فلم يصح^(٢) .

وأورد الحنفية اعتراضا وردوا عليه بقولهم : فإن قيل : شرط الشيء يسبقه أو يقارنه ، والقبض يعقب العقد ، فكيف يكون شرطا؟ فالجواب أن القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة ، فإن العقد يتعقد صحيحا بدون قبض ، ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض ، وبقاء العقد صحيحا يعقب العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطا له^(٣) .

* ثانياً :

أ- استدلال المالكية على جواز تأخير قبض رأس المال بعد العقد بيومين أو ثلاثة بالأدلة الآتية :

- ١- بالقاعدة الفقهية "ما قارب الشيء يعطى حكمه" ولحظة الأمر^(٤) .
- ٢- إن التأخير فيه ليس بمنوع لمعنى في العوض ، وإنما هو ممنوع لمعنى في العقد ، لئلا يكون من الكالئ بالكالئ ، والمسلم فيه من شرطه التأجيل ، والذمن من

(١) سبق تخريجه .

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص ٥١٤ ، البدائع ج ٧ ص ١١٤ ، ١١٥ ، تكملة المجموع ج ١٢ ص ٢٣٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٥٥ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٤) الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٩٥ ، الفروق لشهاب السدين القسراي ج ٢ ص ١٣٣ .

شرطه التعجيل ، فكما لا يصح السلم بتأخير القبض عن المجلس ، ولا بتأخيره اليوم واليومين ، ولا يكون له بذلك حكم الكالئ ، فكذلك الثمن الذي من شرطه التعجيل لا يفسده التأخير عن مجلس القبض ، ولا بتأخره اليوم واليومين ولا يدخل بذلك في حكم الكالئ . بخلاف إن تأخر الثمن المتعلق بالذمة بمدة طويلة ، وكان المسلم فيه مؤجلا إلى أجل بعيد لم يجز ذلك ، لأنه من الكالئ بالكالئ^(١) .

ب- أما إن كان التأخير أكثر من ثلاثة أيام بلا شرط فاستدل القائلون بالفساد بأن ذلك التأخير ذريعة إلى التعاقد على الدين بالدين ، لأن عملها إليه .

واستدل من قال بالجواز : بأن عقدهما سلم من الدين بالدين ، وهذا مما لا يفسده التفريق قبل القبض^(٢) .

الراجع : هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن قبض الثمن قبل التفريق من المجلس من شروط صحة السلم وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : لقوة أدلة الجمهور :

١- فالنبي ﷺ لما نهي عن بيع الكالئ بالكالئ نهي بشكل مطلق فاستثناء اليوم واليومين والثلاثة عن هذا النهي تحميل للحديث ما لم يهتمله وتخصيص بدون محصص فالأسلم والأولى العمل بالحديث وفق مقتضى ظاهر النص أي بدون استثناء .

٢- إن هذا العقد يسمى سلما ، وسلفا وقد وردت روايات عن النبي ﷺ توضح ذلك والسلم يعني التسليم ، السلف يعني التقديم فإن تأخر تسليم الثمن عن مجلس العقد انتفى معنى التسليف لأنه لا يقع اسم التسليف حتى يعطيه ما سلف قبل

(١) المتقى شرح الموطأ ج ٦ ص ٣١٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٣١٠ ، ٣١١ .

أن يفارق من سلف ، وفي هذا دلالة واضحة على اشتراط القبض قبل التفريق من المجلس .

ثانياً : لضعف أدلة المالكية والرد عليها :

١- فقولهم : إن التأخير ليس بممتنع لمعنى في العوض ... رده ابن قدامة بقوله : إنه عقد معاوضة ، لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض ، كالصرف ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف^(١) .

٢- قولهم : المسلم فيه من شرطه التأجيل والتمن من شرطه التعجيل ، فكما لا يصح السلم ... مردود أيضاً لأنه قياس مع الفارق إذ العرف يقضي بأن المقبوض في المجلس يسمى معجلاً ولا يقضي بذلك فيما أخر إلى نحو الثلاثة أيام وبذلك نستطيع القول بعدم صحة هذا القياس .

نخلص من كل ما سبق : أن قبض رأس المال قبل التفريق من المجلس من شروط صحة عقد السلم . والله أعلم .

(١) المغني ج ٦ ص ٤٠٩ .

المطلب الرابع

المضاربة

تمهيد :

تعريف المضاربة :

المضاربة في اللغة : هي مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها ، وهو بمعنى السفر وذلك لأنه لا يخلو عنه غالبا لطلب الربح ، وهذا المعنى من لغة أهل العراق . أما في لغة أهل الحجاز فيطلقون عليها اسم : القراض وهي كالمقارضة بمعنى القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح^(١) .

المضاربة في الاصطلاح :

١- هي أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطان^(٢) .

٢- أن يدفع مالا إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما^(٣) .

حكمها :

عقد جائز دل على جوازه المنقول من الكتاب والسنة والأثر والإجماع والمعقول .

أولا : المنقول :

١- الكتاب : قوله تعالى : ﴿وَأَخْرُوهُم مِّنْهُ فِي الْأَرْضِ يَتَسَوَّوْنَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٤) .

(١) المصباح المنير ، القاموس المحيط ، لسان العرب ، مادة (ض ر ب) .

(٢) المغني ج ٧ ص ١٣٢ ، ١٣٣ .

(٣) روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ج ٤ ص ١٩٧ ، ط/دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

(٤) سورة المزمل : آية ٢٠ .

ولا يشترط في القبض أن يكون حال العقد أو في مجلسه .
وعليه : لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة .
وفي هذا يقول النووي : لو شرط المالك أن يكون الكيس في يده ، ويوفى منه
الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أن يراجعه في التصرفات ، أو مشرفاً نصبه
فسد القراض^(٤) .

ويقول الباجي : ولو شرط بقاء المال بيد صاحبه ، وإذا اشترى العامل سلعة
وزن وإذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك^(٥) .
الفريق الثاني : الحنابلة على الراجح عندهم^(٦) وقالوا : لا يشترط لصحة عقد
المضاربة قبض العامل لرأس المال .

الأدلة

أولاً : استدل جمهور الفقهاء على أنه يشترط لصحة عقد المضاربة قبض العامل
لرأس المال بالمتقول من الأثر وبالمتقول .
أ- المتقول من الأثر : ما رواه مالك عن العلاء بن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن
جده أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما^(٧) .

(١) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٥١٧ ، المنتقى ج ٧ ص ٦٩ .

(٢) روضة الطالبين ج ٤ ص ١٩٩ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٤) روضة الطالبين ج ٤ ص ١٩٩ .

(٥) المنتقى ج ٧ ص ٦٩ .

(٦) شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٧) سبق تخريجه .

وجه الدلالة : لفظة الإعطاء تقتضي تسليمه إليه وانتمائه عليه ، وهذه سنة القراض^(١) .

ب- المعقول استدلوا بقولهم :

- ١- إن المضاربة عقد أمانة ، فلا يصح إلا بالتسليم وهو التولية كالوديعة ، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء اليد .
- ٢- إن المضاربة انعقدت على رأس المال من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل إلا بعد خروج رأس المال من يد رب المال وتسليمه إلى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه ، فاشتراط القبض يوافق مقتضى العقد وانعدامه يناقض^(٢) .

٣- إن عدم قبض العامل لرأس المال يخرج القراض عن صورته لأنه يجعله بمثابة إجارة مجهولة العوض وذلك يمنع من صحته^(٣) .

والجدير بالذكر : أن جمهور الفقهاء : الحنفية ، المالكية ، الشافعية على الصحيح - تأكيداً لرأيهم باشتراط القبض - قالوا : لو شرط في المضاربة عمل رب المال مع العامل في البيع والشراء والأخذ والعطاء فسدت المضاربة ، سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل ، سواء كان المالك عاقداً أم غير عاقداً كالصغير والمعتوه لأن شرط عمله شرط بقاء يده على المال ويمنع من تمام التسليم وهذا إن كان المالك عاقداً وكذا إن كان غير عاقداً لأن يدهما على مالهما بجهة الملك كالكبير فبقاء يدهما

(١) المنتقى ج ٧ ص ٦٩ .

(٢) البدائع ج ٨ ص ٢٢ ، تبين الحقائق ج ٥ ص ٥٢٢ .

(٣) المنتقى ج ٧ ص ٦٩ .

يمنع كونه مسلماً إلى المضارب . وكما فيه من التحجير عليه ، فاشتراط هذا الشرط يفسد العقد^(١) .

أما إن عمل معه بدون شرط : فقال الحنفية والشافعية : لو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ، ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة ، جاز لأنه الاستعانة به لا توجب خروج المال عن يده . مثال ذلك : إذا دفع الرجل إلى الرجل مالا مضاربة بالنصف فرده المضارب على رب المال وأمره أن يبيع ويشترى على المضاربة ففعل وربح فهو جاز على المضاربة والربح على ما اشترطه . لأنه لم يوجد صريح النقص ولا دلالة لأنه صار مستعينا به على العمل ومضى وقع العمل من رب المال إعانة لا يجعل هذا استرداداً فلا تنقض به اليد الثابتة للمضارب بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال في حال العقد لأن يده مانعة من تمام التسليم ، والتسليم شرط صحة المضاربة^(٢) .

أما المالكية فقد فرقوا بين العمل الكثير واليسير حيث قالوا : إن عمل رب المال مع العامل بغير شرط ، فهو ممنوع في الكثير دون اليسير ، لأن الكثير مقصود في نفسه، ومن أجله أنفق القراض على ما أنفق فيه ، فلذلك أثر في المعاملة . وأما اليسير مثل أن يعينه في شراء سلعة أو يتوب عنه في قبض دراهم يسيرة مما يفعله الإنسان لصديقه ، أو يعين به من يعرفه فهذا لا يؤثر في صحة القراض^(٣) .

(١) البدائع ج ٨ ص ٢٢ ، تبين الحقائق ج ٥ ص ٥٢٢ ، الشرح الكبير مطبوع مع حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٥٢٠ ، روضة الطالبين ج ٤ ص ١٩٩ .

(٢) البدائع ج ٨ ص ٢٢ ، حاشية الشيخ الشلبي على تبين الحقائق ج ٥ ص ٥٢٢ ، روضة الطالبين ج ٤ ص ١٩٩ .

(٣) المنتقى ج ٧ ص ٦٩ .

ثانياً : استدلال الحنابلة - على الراجح - على عدم اشتراط قبض رأس المال في صحة المضاربة بقولهم : تصح المضاربة وإن كان رأس المال بيد ربه ، لأن مورد العقد العمل^(١) .

ولذلك قالوا : إن شرط في المضاربة عمل المالك مع العامل صح العقد والشرط ولا يضر عمل المالك بلا شرط^(٢) .

الراجح : هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه يشترط لصحة عقد المضاربة قبض العامل لرأس مال المضاربة وذلك لقوة حججهم فطبيعة عقد المضاربة هو المال من جانب رب المال والعمل من جانب العامل فلكي تتحقق صورة المضاربة ولكي تتم الهدف المنشود منها ولكي نسد باب التزاع والشقاق بين الطرفين لابد من تسليم مال المضاربة إلى المضارب . والله أعلم .

(١) شرح منتهى الإرادات ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٦٠٠ .

المطلب الخامس المزراعة

تمهيد

تعريف الزراعة :

المزراعة في اللغة : مفاعلة من الزرع ، وهو الإنبات ، والإنبات المضاف إلى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وإيجاده^(١) .

المزراعة في الاصطلاح :

- ١- عبارة عن : العقد على الزراعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعه له شرعا^(٢) .
- ٢- هي عقد على الزرع ببعض الخارج^(٣) .
- ٣- دفع الأرض إلى من يزرعها ويعمل عليها ، والزرع بينهما^(٤) .

حكم الزراعة :

- قال ابن قدامة : جائزة في قول كثير من أهل العلم^(٥) .
فقد أجازها : أبو يوسف ومحمد من الحنفية^(٦) ، المالكية^(٧) ، الحنابلة^(٨) .
ولم يجزها : أبو حنيفة ، زفر^(٩) ، جمهور الشافعية^(١٠) .

(١) لسان العرب ، مادة (زرع) ، البدائع ج ٨ ص ٢٦٢ .

(٢) البدائع ج ٨ ص ٢٦٢ .

(٣) تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٢٩ .

(٤) المغني ج ٧ ص ٥٥٥ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) البدائع ج ٨ ص ٢٦٣ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٢٩ .

(٧) الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٧٢ .

(٨) المغني ج ٧ ص ٥٥٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٦٣١ .

الأدلة

أولاً : استدلال المجوزون لعقد المزارعة :

١- بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر^(١) .

وجه الدلالة : الحديث يدل صراحة على فعله عليه الصلاة والسلام وأدى درجات فعله - عليه الصلاة والسلام - الجواز^(٢) .

٢- المزارعة شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف بذلك من غير إنكار^(٣) ، فالمزارعة أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ، ثم أهلهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل له أزواج رسول الله ﷺ من بعده^(٤) .

ومثل هذا لا ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة النبي ﷺ فهذا شيء عمل به ﷺ إلى أن مات ، ثم عمل به خلفاؤه بعده ، وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه ، وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد ، فكيف يجوز نسخه ، ومتى كان نسخه؟

(١) البدائع ج ٨ ص ٢٦٣ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٢٩ .

(٢) الأم ج ٣ ص ٣٧ .

(٣) متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الحث ، المزارعة ، باب المزارعة بالشرط ونحوه ، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة ، أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع .

(٤) البدائع ج ٨ ص ٢٦٣ .

(٥) المرجع السابق .

(٦) يراجع صحيح البخاري ج ٣ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، صحيح مسلم ج ٣ ص ١١٨٦ .

فإن كان نسخ في حياة النبي ﷺ ، فكيف عمل به بعد نسخه ، وكيف خفي نسخه ، فلم يبلغ خفاءه ، مع اشتها قصة خبير ، وعملهم فيها؟ فأين كان راوي النسخ ، حتى لم يذكره ، ولم يخبرهم به؟^(١)

ثانياً : استدل المانعون لعقد المزارعة بما رواه أبو داود بإسناده عن زيد قال :
 هي رسول الله ﷺ عن المخابرة ، قلت : وما المخابرة؟ قال : "أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع"^(٢) .

فحديث زيد بن ثابت مفسراً لحديث جابر عندما قال : هي رسول الله ﷺ عن المخابرة^(٣) . فالمخابرة : المزارعة واشتقاقها من الحبار ، وهي : الأرض اللينة .
 وقد رد على هذا الدليل بكثير من الردود لا يتسع المقام لسردها جميعاً ومنها :
 أن الخبر ورد في الكراء بثلث أو ربع ، والتزاع في المزارعة ، ولم يدل الحديث عليها أصلاً^(٤) .

الراجح : هو ما ذهب إليه أكثر العلماء من جواز عقد المزارعة لقوة أدلتهم ووضوحها بجلاء على جواز هذا العقد ولضعف أدلة المخالفين وإمكان تأويلها إلى غير محل الاستدلال . والله أعلم .

(١) المغني ج ٧ ص ٥٥٧ ، ٥٥٨ .

(٢) رواه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في المخابرة .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ، أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب النهي عن الحاقلة والمزابنة وعن المخابرة ، باب كراء الأرض .

(٤) تراجع مزيد من الأدلة والردود في : البدائع ج ٨ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، المغني ج ٧ ص ٥٥٦ وما بعدها ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٢٧ وما بعدها .

حكم قبض العامل للأرض

إن المجيزين للمزارعة من الحنفية قالوا : إنه يشترط لصحة المزارعة أن تكون الأرض مسلمة إلى العامل مخلاة ، وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل لأنه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال إليه .

وعليه : لو شرط العمل على رب الأرض لا تصح المزارعة ، لانعدام التخلية ، وكذا إذا اشترط فيه عملهما فيمتنع التخلية جميعا .

ونظيره ما ذكر سابقا : لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة ، لأنه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية فكذا هذا^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٢٧٠ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٣٢ .

الأدلة

أولاً : استدلال أصحاب الرأي الأول - القائلون بجواز المساقاة في جميع الشجر المثمر - بالمنقول من :

١- السنة : فقد روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها ، من ثمر أو زرع" ^(١) .

٢- الآثار : الواردة عن الخلفاء الراشدين في مدة خلافتهم التي تفيد أنهم قد عملوا بها واشتهر ذلك ولم ينكروه أحد ^(٢) .

ثانياً : استدلال الشافعية على عدم جواز المساقاة من النخل والكرم بقولهم : لأن الزكاة تجب في ثمرتها .

واستدلوا على عدم الجواز - على أحد القولين - في سائر الشجر بقولهم : لأن الزكاة لا تجب في ثمنه ، فأشبهه مالا ثمرة له .

ثالثاً : استدلال أبو حنيفة ، زفر على عدم جواز المساقاة بقولهما : إن هذا استنجار ببعض الخارج وهو منهي عنه فهي إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة فالأجر مجهول أو معدوم ^(٣) .

الراجح : ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بجواز المساقاة في جميع الشجر المثمر :

١- لقوة أدلتهم خاصة من السنة ومن الآثار الواردة عن الصحابة رضي الله عنهم أجمعين .

(١) سبق تخريجه .

(٢) المغني ج ٧ ص ٥٢٧ .

(٣) البدائع ج ٨ ص ٢٨٥ ، بين الخفائق ج ٦ ص ٤٢٩ ، ٤٣٠ .

٢- ولضعف أدلة المخالفين وذلك لأن تخصيص الشافعية بالنخيل أو به
وبالكرم يخالف عموم ما ثبت عن النبي ﷺ في معاملته لأهل خيبر بشرط ما يخرج
منها من زرع أو ثمر . وهذا عام في كل ثمر ، ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو مسن
شجر غير النخيل .

وأما ما استدل به أبو حنيفة وزفر فمردود بالمضاربة ، فإن العامل يعمل في المال
بنمائه ، وهو معدوم مجهول والمضاربة جائزة بالإجماع^(١)

(١) يرد هنا أيضا أدلة أبي حنيفة - ومن وافقه - في المزارعة والرد عليها وتراجع باقي الأدلة والرد
عليها في : المغني ج ٧ ص ٥٣٠ وما بعدها ، مراجع الحنفية السابقة .

حكم قبض العامل للأشجار

ذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) : إلى أنه يشترط لصحة المساقاة : تسليم الأشجار إلى العامل ، أي التخلية وعلى حد تعبير النووي هي أن يستبد العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل ، وعليه : لو شرط كون الأشجار في يد المالك أو شرط مشاركته للعامل لم يصح العقد ولو سلم المفتاح إليه لعدم حصول التخلية بين الشجر والعامل^(٣) ، على نحو ما ذكر في المزارعة .

(١) البدائع ج ٨ ص ٢٨٦ .

(٢) فتح العزيز ج ١٢ ص ١٣١ ، روضة الطالبين ج ٤ ص ٢٣١ .

(٣) البدائع ج ٨ ص ٢٨٦ .

المبحث الثالث

العقود التي يشترط

القبض في لزومها

هناك بعض العقود التي يعد القبض - عند بعض الفقهاء - شرط في لزومها .
وسأذكر أهمها في المطالب الآتية :

المطلب الأول

عقد الهبة

تمهيد :

تعريف الهبة :

الهبة لغة : مأخوذة من وهب يقال : وهب يهب ووهبا وهبة . مأخوذ من هبوب الريح ، ويجوز أن تكون من هب من نومه إذا استيقظ ، وهبت له هبة وموهبة ووهبا إذا أعطته ، فهي التبرع والفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا .

قال تعالى : ﴿ قَهَبَ لِي مِنْ دُونِكَ وَكَيْتَا ﴾^(١)

الهبة اصطلاحا :

١- تملك العين بلا عوض^(٢) .

٢- تملك في الحياة بغير عوض^(٣) .

حكمها :

هي مشروعة مندوب إليها بالإجماع^(٤) .

(١) سورة مريم : آية ٥ .

(٢) لسان العرب ، مادة (و ه ب) ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٨ .

(٣) تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٨ ، حاشية الدسوقي ج ٥ ص ٤٩٠ ، ط/ دار الكتب العلمية .

(٤) المغني ج ٨ ص ٢٣٩ .

علاقة القبض بالهبة :

هل يشترط القبض للزوم عقد الهبة؟

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم عقد الهبة .

بمعنى آخر : اختلف الفقهاء في مدى تأثير القبض على عقد الهبة هل يشترط

القبض لكي تكون الهبة لازمة أم لا يشترط؟

ويمكن تقسيم آراء الفقهاء إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : للحنفية^(١) وللمالكية - على غير المشهور^(٢) - والشافعية في

الجديد^(٣) وقالوا : إن القبض شرط لزوم الهبة ، فلا يحصل الملك في الموهوب إلا

بقبضه أي أن القبض لابد منه لثبوت الملك فلا يلزم عقد الهبة بمجرد الإيجاب

والقبول .

وعليه : فيكون الموهوب قبل القبض على ملك الواهب ، يتصرف فيه كيفما

شاء ، وقال الشافعية : لا يصح قبض الهبة إلا بإذنه ، فلو قبضها الموهوب له بدون

الإذن لم يصح القبض .

وفي هذا يقول النووي : القبض اخصل للملك ، هو الواقع بإذن الواهب ،

فلو وقع بلا إذنه ، لم يملكه ، ودخل في ضمانه سواء قبض في مجلس العقد أو بعده .

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٠٤ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٩ .

(٣) المنتقى ج ٧ ص ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي ج ٥ ص ٤٩٦ ، الاستذكار لابن

عبدالمير ج ٧ ص ٢٣١ .

(٤) روضة الطالبين ج ٤ ص ٤٣٨ ،

الرأي الثاني : للمالكية^(١) على المشهور ، الشافعية في القدم^(٢) وقالوا : إن الهبة تلزم بالقول من الواهب والقبول من الموهوب له ولا يشترط التحويز أي تسليم الواهب للموهوب ، وعليه : يصح قبض الهبة بلا إذن من الواهب وللموهوب له طلبها من الواهب إذا امتنع ولو عند حاكم ليجبره على تمكين الموهوب له .

الرأي الثالث : للحنابلة^(٣) وقد فرقوا بين المكيل والموزون وغيرهما فقالوا : إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الهبة إلا بالقبض ، أما غيرهما فتلزم الهبة بمجرد العقد .
وعليه : فالواهب - إن كان الموهوب مكيل أو موزون - بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها . ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ، لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة تمت .

(١) المتقى ج ٧ ص ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي ج ٥ ص ٤٩٦ ، الاستذكار لابن عبدالبر ج ٧ ص ٢٣١ .

(٢) روضة الطالبين ج ٤ ص ٤٣٨ ،

(٣) المعنى ج ٨ ص ٢٤٠ ، ٢٤٢ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٧٥ .

وبالرغم من اتفاق الحنابلة في المكيل والموزون مع أصحاب الرأي الأول إلا أنهم اختلفوا في حكم العقد إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل قبضها فقال الشافعية : إن مات الواهب أو الموهوب لا يفسخ العقد لأنه يؤول إلى اللزوم ، ويقوم الوارث مقام مورثه .

وقال الحنابلة : إذا مات الموهوب له قبل القبض بطل العقد ، أما إذا مات الواهب فلا تبطل الهبة ويقوم وارثه مقامه في الإقباض أو الرجوع في الهبة .

أما المالكية - أصحاب الرأي الثاني - فقالوا : إذا مات الواهب قبل القبض بطلت الهبة . كان ميراثا ، أما إذا مات الموهوب له قبل القبض فلا تبطل ، ويكون لورثته مطالبة الواهب بها ، لأنها صارت حقا لمورثهم قبل موته . يراجع تفصيل هذا في المراجع السابقة .

الأدلة

أولاً : أدلة أصحاب الرأي الأول : الحنفية ، الشافعية في الجديد ، القائلين بأن عقد الهبة لا يلزم بمجرد الإيجاب والقبول قبل القبض .
استدلوا بإجماع الصحابة والآثار الواردة عنهم رضي الله عنهم أجمعين ، وبالمعقول .

أ- إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فلزوم الهبة بالقبض مروى عن أبي بكر ، عمر رضي الله عنهما ، فقد اعتبرا القسمة والقبض لجواز التخلي بحضرة الصحابة . ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر ، فيكون إجماعاً^(١) .

ب- أما الآثار الواردة عنهم فهي كثيرة جداً منها على سبيل المثال :

١- ما رواه مالك ، عن ابن شهاب ، عن عروة بن الزبير ، عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت : إن أبا بكر الصديق كان لمخلها جاداً^(٢) عشرين وسقا من ماله بالغابة ، فلما حضرته الوفاة ، قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليّ مني بعدي منك ، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك ، وإني كنت لمخلتك جاداً عشرين وسقا ، فلو كنت جدديته واحتزتيه ، كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هما أخواك وأختاك ، فاقسموا على كتاب الله ، قالت عائشة : فقلت : يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر : ذو بطن بنت خارجة أراها جارية^(٣) .

(١) ادعى هذا الإجماع ابن قدامة في المغني ج ٨ ص ٢٤١ ، الكاساني في البدائع ج ٨ ص ١٠٥ .

(٢) الجداد : قال ابن الأثير : في الجيم مع الدال المهملة الجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع

ثمرتها . يقال : جد الثمرة يجدها جداً . حاشية الشيخ الشلبي على تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٩ .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب مالا يجوز من النحل .

وجه الدلالة : قوله رضوان الله تعالى عليه : "فلو كنت جدديته واحتزتيه لكان لك" يقتضي أن الحيازة والقبض شرط في تمام الهبة وأنها لما لم تجز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة^(١) . ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك^(٢) .

٢- ما رواه مالك عن شهاب ، عن عروة بن الزبير ، عن عبد الرحمن بن عبد القاري ، أن عمر بن الخطاب قال : ما بال رجال : يلون أبناءهم نحلا . ثم يمسكونها . فإن مات ابن أحدهم ، قال : مالي بيدي ، لم أعطه أحدا . وإن مات هو قال : هو لابني قد كنت أعطيته إياه . من نحل نحلة ، فلم يجزها الذي نحلها ، حتى يكون إن مات لورثته ، فهي باطل^(٣) .

٣- وروي ذلك أيضا عن عثمان . قال أبو عمر : صح القضاء من الخليفين : أبي بكر وعمر ، وروي ذلك عن عثمان ، علي أن الهبة لا تصح إلا بأن يجوزها الموهوب له في حياة الواهب ، وينفرد بما دونه^(٤) .

قال أبو عبد الله المروزي - رحمه الله تعالى - اتفق أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي رضي الله عنهم أن الهبة لا تصح إلا مقبوضة^(٥) .

٤- وروى عبد الرزاق عن شريح ، وعطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شبرمة ، وعثمان البتي ، أنهم كانوا لا يجيزون الهدية ، ولا يجعلونها لازمة إلا بعد القبض .
٥- وكذلك روى عبد الرزاق عن معاذ ، والزهرري ، وهناد ، وابن شبرمة ، قالوا : "لا تجوز الصدقة حتى تقبض" وروي مثله عن شريح ، مسروق ، والشعبي : أنهم كانوا لا يجيزون الصدقة حتى تقبض - أي لا تلزم إلا بالقبض^(٦) .

(١) المنظي ج ٧ ص ٥٠٤ ، الاستذكار لابن عبد البر ج ٧ ص ٢٢٧ .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٩ .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب الأفضية ، باب ما لا يجوز من النحل .

(٤) الاستذكار لأبي عمر بن عبد البر ج ٧ ص ٢٣١ .

(٥) المرجع السابق ، المغني ج ٨ ص ٢٤١ .

(٦) أخرج كل هذه الآثار عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب الصدقة ، باب لا تجوز الصدقة إلا بالقبض .

ج- المعقول : استدلووا بقولهم : إن الهبة عقد تبرع ، فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولآية مطالبة الواهب بالتسليم ، فتصير عقد ضمان ، وهذا تغير المشروع ، بخلاف الوصية ، لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها ، إذ لا مطالبة قبل المتبرع، وهو الموصى ، لأنه ميت^(١) .

ثانياً : أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي القائلون بأن الهبة تلزم بالإيجاب والقبول بالمنقول من القرآن الكريم والسنة والآثار وبالقياس .

أ- المنقول :

١- القرآن الكريم : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(٢) .

وجه الدلالة : إن الآية عامة في وجوب الوفاء بجميع العقود أي بمجرد العقد يجب الوفاء به أي وإن لم يحدث قبض .

٢- السنة النبوية المطهرة : ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما النبي ﷺ

أنه قال : "العائد في هبته كالعائد في قبته" ، قوله عليه الصلاة والسلام : "ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قبته"^(٣) .

وجه الدلالة : إن هذا الحديث - وما في معناه من الأحاديث الدالة على حرمة الرجوع في الهبة - تدل دلالة واضحة على أن الهبة ملزمة بمجرد العقد دون الحاجة

(١) البدائع ج ٨ ص ١٠٥ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٤٩ .

(٢) سورة المائدة : آية ١ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في عدة مواضع منها : كتاب الهبة ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدفته - واللفظ له ، أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الهبات ، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به .

إلى القبض حيث شبه النبي صلوات الله وسلامه عليه الراجع في هبته بالكلب العائد في قيئه فكما أن القي محرم ولا يجوز أكله فكذلك الهبة .

والجدير بالذكر : أن البخاري عقد بابا سماه : "باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته"^(١) .

وعلق عليه الحافظ بقوله : كذا بت الحكم في هذه المسألة لقوة الدليل عنده فيها^(٢) .

٣- الآثار : ورد عدد من الآثار عن بعض الصحابة والتابعين التي تدل على إجازتهم للهبة وإن لم تقبض منها : ما روى عبد الرزاق بسنده عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما حيث كانا يجيزان الصدقة وإن لم تقبض ، وكذلك روي مثله عن إبراهيم وسفيان^(٣) .

ب- القياس : قاسوا عقد الهبة على غيره من العقود حيث قالوا : إن هذا عقد ، فلم يفتقر لزومه إلى قبض العقود عليه كسائر العقود^(٤) .

بمعنى آخر : إن الهبة عقد تبرع بتملك العين فهو إزالة ملك بغير عوض فلمزم بمجرد العقد ولا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف^(٥) .

ثالثاً : أدلة أصحاب الرأي الثالث : استدل الحنابلة القائلون بأن القبض شرط لزوم الهبة في المكيل والموزون بنفس أدلة أصحاب الرأي الأول إلا أنهم حللوا على المكيل والموزون دون غيرهما . فلا داعي لذكرها مرة ثانية .

(١) صحيح البخاري مطبوع مع فتح الباري ج ٥ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٢) فتح الباري ج ٥ ص ٢٣٥ .

(٣) مصنف عبد الرزاق ، كتاب الصدقة ، باب لا تجوز الصدقة إلا بالقبض .

(٤) المنتقى ج ٧ ص ٥٠٤ ، ج ٨ ص ٣ .

(٥) بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٠٥ ، المغني ج ٨ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

المناقشة

أولاً : مناقشة أدلة أصحاب الرأي الأول :

أ- إن دليلكم الأول قائم على إجماع الصحابة ودعوى الإجماع منقوضة بمخالفة بعض الصحابة ، وكذلك بمخالفة بعض التابعين والفقهاء لرأيكم ، فقد ثبت عن سيدنا عبدالله بن مسعود ، إبراهيم النخعي ، سفيان الثوري خلاف ما قلتم وخالفكم الإمام مالك والشافعي في القديم وأبو ثور والحسن البصري .

ب- وبنفس هذه الآثار المخالفة لرأيكم يرد دليلكم الثاني فأقوال الصحابة والتابعين لا يكون بعضها حجة على الآخر .

ويمكن أن يرد على هذين الاعتراضين : بأن أصحاب الرأي الأول ادعوا إجماع الصحابة ولم يدعوا إجماع الصحابة والتابعين والفقهاء وعلى فرض مخالفة بعض الصحابة لرأيهم فهذا لا ينفي أن الغالبية العظمى من الصحابة صح عنهم القول بعدم لزوم الهبة إلا بالقبض أي أن الصحابة المؤيدين لهذا أكثر بكثير من المخالفين .

ثانياً : مناقشة أدلة أصحاب الرأي الثاني :

أ- يمكن أن يناقش الدليل الأول : بأن استدلالكم بالآية الكريمة على ما ذهبتم إليه لا يستقيم وذلك لأن دلالة الآية أعم من محل النزاع فمفاد الآية الكريمة هو وجوب الوفاء بجميع العقود - وهذا محل اتفاق الجميع - دون الإشارة من قريب أو بعيد على أن وجوب الوفاء مقترن بالقبض أو غير مقترن . وعليه : فاستدلالكم بهذه الآية الكريمة في غير محله . والله أعلم .

ب- ويمكن أن يناقش الدليل الثاني : بأن قوله عليه الصلاة والسلام السابق في غير محل النزاع أيضاً وذلك لأن الحديث دال على حرمة الرجوع في الهبة وأن هذا الفعل يعتبر مثله مثل رجوع الكلب في قيئه ، ولم يدل الحديث أن هذا قبل القبض

بل على عكس ما ذهب إليه ، فهذا التشبيه الشنيع إن دل على شئ فإنما يدل على حرمة الرجوع في الهبة بعد القبض لا قبله فالرجوع قبل القبض لا يستحق - والله أعلم - هذا التشبيه الشديد المنفر مما يؤيد أن حرمة الرجوع بعد القبض لا قبله ، وعليه : فهذا الحديث يؤيد الرأي الأول القائل بأن القبض شرط لزوم الهبة والله أعلم .

ج- ويمكن مناقشة الدليل الثالث بأن قياس عقد الهبة على عقود التبرع كالوصية قياس مع الفارق وذلك لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها ، إذ لا مطالبة قبل المتبرع ، وهو الموصي ، لأنه ميت^(١) .
ثالثا : مناقشة الرأي الثالث وأدلته :

ذكرت آنفا أن أدلة الحنابلة هي نفس أدلة أصحاب الرأي الأول لكن يعترض عليهم بأن تقييد اشتراط القبض للزوم عقد الهبة بالمكيل والموزون فقط تقييد بلا مقيد وتخصيص بلا مخصص ، فالأدلة التي استدلوا بها جميعها لا يفهم منها التقييد بالمكيل والموزون فقط وهذا ما قال به الأحناف والشافعية في الجديد . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى لم يدل الحنابلة بأي أدلة أخرى تفيد عدم اشتراط القبض في غير المكيل والموزون فالأولى - والله أعلم - أخذ الأدلة المتبعة لاشتراط القبض على عمومها في أي شئ موهوب .

الراجع : بعد عرض الأدلة والمناقشات الواردة عليها أرى - والله أعلم - أن
الراجع هو الرأي الأول القائل بأن القبض شرط للزوم عقد الهبة ذلك :

(١) كما هو واضح أن ما ذكرته هو الدليل الثالث لأصحاب الرأي الأول . البدائع ج ٨ ص ١٠٥ .

١- لقوة أدلته خاصة الآثار الصحيحة الواردة عن عدد كثير من الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ، ووضوح دلالتها على محل النزاع دون التقييد بنوع معين من الهبة كما ذهب إلى ذلك الحنابلة .

٢- ضعف أدلة المخالفين ليس من جهة الشبوت وإنما من جهة دلالتها على محل النزاع كما أوضحت في المناقشة فهي أعم من محل النزاع .

المطلب الثاني

عقد الرهن

تمهيد

تعريف الرهن :

الرهن لغة : بفتح الراء وسكون الهاء : الثبوت والدوام ، يقال : رهن الشيء إذا دام وثبت ، ماء راهن أي راكد ونعمه راهنة أي دائمة ومنه الحال الراهنة أي الثابتة ويطلق أيضا على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر والرهن بضمين فالجمع ويجمع أيضا على رهان بكسر الراء ككتب وكتاب وقيل هو الحبس ، لقوله تعالى : ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾^(١) وقوله تعالى : ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٢) وهو قريب من الأول لأن المحبوس ثابت في مكانه^(٣) .

الرهن اصطلاحا : هو :

- ١- جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون^(٤) .
- ٢- ما قبض توثقا به في دين^(٥) .
- ٣- جعل عين مال وثيقة بدين يستولى منها عند تعذر وفائه^(٦) .
- ٤- توثقه دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيرها^(٧) .

(١) سورة الطور : آية ٢١ .

(٢) سورة المدثر : آية ٣٨ .

(٣) لسان العرب ، المصباح المنير ، مادة (ر ه ن) .

(٤) تكملة فتح القدير ج ١٠ ص ١٥٣ .

(٥) الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٣١ .

(٦) مغني المحتاج ج ٢ ص ١٢١ .

حكم الرهن :

جائز . دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أ- الكتاب : قوله تعالى : ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١) .

ب- السنة :

١- ما روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاما ، ورهنه درعه^(٢) .

٢- قال رسول الله ﷺ : "الظهر يركب بنفقته ، إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته ، إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة"^(٣) .

ج- الإجماع : أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة^(٤) .

(١) كشف القناع ج ٣ ص ٣٧٤ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الرهن ، باب من رهن درعه ، باب الرهن عند اليهود ، أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر .

(٤) إن قيل : هلا اقترض رسول الله صلى الله عليه وسلم من المسلمين؟
أجيب : بأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك بيانا لجواز معاملة أهل الكتاب ، وقيل لأنه لم يكن عند أحد من مياسر أهل المدينة من المسلمين طعام لاضل عن حاجته . معنى المحتاج ج ٢ ص ١٢١ والأقرب والأقوى قبولاً : الجواب الأول . والله أعلم .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الرهن ، باب الرهن مركوب ومحلوب ، وأخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في الرهن .

(٦) نقل الإجماع العديد من الفقهاء منهم : الخطيب الشربيني في معنى المحتاج ج ٢ ص ١٢١ ، البيهقي في كشف القناع ج ٣ ص ٣٧٤ ، ابن قدامة في المغني ج ٦ ص ٤٤٤ وقولنا : في الجملة : لأن الرهن مجمع على جوازه في السفر أما الحضر فقال ابن المنذر : لا نعلم أحدا خالف في الرهن في الحضر إلا مجاهد . أ.هـ . ووافق مجاهد الضحاك وبه قال داود وأهل الظاهر واستندوا في ذلك على قوله تعالى

د- المعقول : إن الرهن وثيقة في جانب الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة في جانب الوجود وهي الكفالة والحوالة ، والجامع أن الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين فإن المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن والمدين يأمن بالرهن من جحود أو إسراف المدين^(١) .

علاقة القبض بعقد الرهن

هل يعد القبض شرط للزوم عقد الرهن؟

للفقهاء في اشتراط القبض للزوم عقد الرهن وعدم اشتراطه أربعة آراء :

الرأي الأول : جمهور الفقهاء : الحنفية^(٢) خلا زفر ، الشافعية^(٣) ، الحنابلة

على الراجح^(٤) وقالوا : إن الرهن لا يلزم إلا بالقبض أي أن القبض شرط في لزوم

الرهن فعقد الرهن يتعقد بالإيجاب والقبول ويتم ويلزم بالقبض . وعليه : قالوا :

١- إن كان المرهون في يد الراهن لم يجز للمرهن قبضه إلا بإذن الراهن لأن

للاهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرهن إسقاط حقه من غير إذنه .

{ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة } حيث إن ظاهر الآية يحصر جواز السرهن

على السفر فقط . ورد عليهم : بأن تقييد الآية بالسفر خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في

السفر غالباً فلا مفهوم للتقييد بالسفر لدلالة الأحاديث على مشروعيته في الحضر ومنها الحديث

السابق فالنبي عليه الصلاة والسلام عندما رهن درعه عند اليهودي كان ذلك في الحضر . يراجع

تفصيل هذا في : كشاف القناع ج ٣ ص ٣٧٤ ، تكملة المجموع ج ١٢ ص ٣٠٠ .

(١) تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٤٥ ، ١٥٠ ، تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

(٣) المغني المحتاج ج ٢ ص ١٢٥ ، الحاروي الكبير للمارودي ج ٧ ص ٩٧ ، تكملة المجموع ج ١٢ ،

ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ ، ٣١٠ ، ٣١٧ .

(٤) المغني ج ٦ ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٤٧ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٣٧٦ .

٢- إن الراهن لو مات قبل أن يقبض المرهن لم تجبر ورثته على القبض لأنهم يقومون مقام الراهن ، ولم يلزمه ذلك .

الرأي الثاني : للمالكية^(١) وقالوا : إن الرهن يلزم بمجرد العقد لكنه لا يتم إلا بالقبض أي أن القبض ليس شرطاً في صحة ولا لزوم الرهن ولكنه شرط تمام فقط وللمرهن حق المطالبة بالإقباض ، ويجبر الراهن عليه .

وفي هذا يقول الشيخ الدسوقي : لاخلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن ولا شرطاً في صحته ولا لزومه بل يتعقد ويصح ويلزم بمجرد القول ثم يطلب المرهن الإقباض .

الرأي الثالث : لزفر من الحنفية^(٢) وقال : إن القبض ركن في عقد الرهن كالتبطل وعليه قال : إن من حلف لا يرهن فلاناً شيئاً فرهنه ولم يقبضه ، لا يحنث عنده ، ولكنه يحنث عند جهور الحنفية .

الرأي الرابع : لبعض الحنابلة^(٣) وقالوا : ما كان مكيلاً أو موزوناً ، لا يلزم رهنه إلا بالقبض ، وفيما عداهما روايتان : إحداهما : لا يلزم إلا بالقبض . والأخرى يلزم بمجرد العقد ، كاليق .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٣١ ، المنتقى ج ٧ ص ٢٥٨ .

(٢) البدائع ج ٨ ص ١٤٥ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٤٤٦ . وجاء فيه : حمل القاضي كلام الحرفي على المكيل والموزون خاصة . واعترض على ذلك ابن قدامة بقوله : ليس بصحيح ، فإن كلام الحرفي مع عمومته ، قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم . أهـ أي أن ابن قدامة قد نفى عن الحرفي اشتراط القبض للزوم الرهن في المكيل والموزون خاصة وأثبت عموم كلامه للمكيل والموزون وغيرهما . يراجع تفصيل هذا في المرجع السابق .

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب الرأي بالمنقول من الكتاب الكريم والمعقول .

أ- الكتاب الكريم : قوله تعالى : ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١) .

وجه الدلالة : قال الماوردي^(٢) الدلالة فيها من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : أنه وصف الرهن بالقبض ، فوجب أن يكون شرطاً في صحته ، كوصف الرقبة بالإيمان ، والاعتكاف بالمسجد ، الشهادة بالعدالة ، ثم كانت هذه الأوصاف شروطاً فكذا القبض .

ووافق في هذا ابن قدامة^(٣) ، الكاساني^(٤) ، الطيبي^(٥) حيث قالوا جميعاً في دلالة الآية الكريمة : وصف الله تعالى الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يلزم إلا به . وهذا ما أكده الزيلعي^(٦) بقوله : المصدر المقرون بحرف الفاء (فرهان) في جواب الشرط يراد به الأمر والأمر بالشئ الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى : ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾^(٧) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٢) الخاوي الكبير ج ٧ ص ٩٧ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٤٤٦ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٤٥ .

(٥) تكملة المجموع ج ١٢ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

(٦) تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

(٧) سورة النساء : آية ٩٢ .

وقال الشيخ شلبي في حاشيته : وصف الله تعالى الرهان بأنها مقبوضة والنكرة إذا وصفت عمت كقوله : والله لا أكلم إلا رجلاً كوفياً فيقتضي أن يكون كل الرهن مشروعاً بهذه الصفة^(١) .

الوجه الثاني : أنه ذكر غير الرهن من العقود ولم يصفها بالقبض ، وذكر الرهن ووصفه بالقبض ، فلا يخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض : إما لاختصاصه به ، أو ليكون تبيهاً على غيره . وأيهما كان فهو دليل على لزومه فيه .

الوجه الثالث : أن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية لاستيفاد بحذف ذكره ، ولا فائدة في ذكره إن لم يجعل القبض شرطاً في صحته^(٢) .

ب- أما دليلهم من المعقول فقد استدلوا بقولهم :

١- إن الرهن عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرهن شيئاً ، ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من الإمضاء بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة والإمضاء يكون بالقبض^(٣) . أي لأن الرهن عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات^(٤) .

٢- إن الرهن عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة^(٥) .

ثانياً : استدل أصحاب الرأي الثاني بالمنقول من الكتاب وبالقياس .

(١) حاشية الشيخ شلبي على تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٨ .

(٢) يلاحظ من كلام الماوردي أنه اعتبر القبض شرط صحة مع أن رأيه وباقى الشافعية أنه شرط لزوم .

(٣) تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٩ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٤٥ .

(٥) تكملة المجموع ج ١٢ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ ، المغني ج ٦ ص ٤٤٦ .

أ- المنقول :

قوله تعالى : ﴿فَرَهَا زُمَّبُؤْضَةً﴾^(١) .

وجه الدلالة : قَالَ المالكية لنا من الآية دليلان :

أحدهما : أنه قال عز من قائل : ﴿فَرَهَا زُمَّبُؤْضَةً﴾^(٢) . فأنبتها رهنا قبل

القبض . أي أن الرهن تسمى رهنا ويثبت الرهن بمجرد القول وإن لم يحدث قبض .

الآخر : أن قوله : "فرهان مقبوضة" أمر لأنه لو كان خيراً لم يصح أن يوجد

رهن غير مقبوض ، ومن قولهم : أن الراهن لو جن أو أغمي عليه ، ثم أفاق ، فسلم

، فصح ، فيثبت أنه أمر .

وأما إلزام الراهن بالإقباض ، فلأن قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) دليل

على إلزام الراهن بتسليم المهون للمقرن وفاء بالعقد^(٤) .

ب- القياس : استدلوا بقولهم :

١- إنه عقد وثيقة فأشبهه الكفالة فيلزم بالقبول^(٥) .

٢- يلتزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لأنه عقد يلزم بالقبض ، فلزم قبله

كالبيع والجامع أن كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين^(٦) . بمعنى آخر : أنه

عقد لازم بعد القبض ، فوجب أن يكون لازماً قبل القبض كالبيع^(٧) .

(١) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٣) سورة المائدة : آية ١ .

(٤) المنتقى ج ٧ ص ٢٥٨ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ص ١٢١٨ ، ط/دار الشعب .

(٥) المنتقى ج ٧ ص ٢٥٨ .

(٦) المغني ج ٦ ص ٤٤٦ ، تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٨ .

(٧) الحاروي ج ٧ ص ٩٧ .

٣- إنه عقد يصح مؤجلاً ، فوجب أن يكون بمجرد القول لازماً كالإجارة^(١) .
 ثالثاً : استدلل الرأي الثالث : بالمنقول وهي نفس الآية السابقة وهي قوله تعالى : ﴿فَرَهَا مَقْبُوضَةً﴾^(٢) .
 وجه الدلالة : دلت الآية الكريمة على أن القبض لا يصح إلا مقبوضاً ، وهذا ما ذهب إليه الجصاص^(٣) حيث قال : قوله تعالى "فرهان مقبوضة" يسدل على أن الرهن لا يصح إلا مقبوضاً من وجهين :

أحدهما : أنه عطف على ما تقدم من قوله : ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدِينَ﴾^(٤) فلما كان استيفاء المذكور والصفة المشروطة للشهود واجباً وجب أن يكون كذلك حكم الرهن فيما شرط له من الصفة ، فلا يصح إلا عليها كما لا تصح شهادة الشهود إلا على الأوصاف المذكورة ، إذ كان ابتداء الخطاب توجه إليهم بصيغة الأمر المقتضي للإيجاب .

الوجه الثاني : أن حكم الرهن مأخوذ من الآية ، والآية إثلاً أجازته بهذه الصفة فغير جائز إجازته على غيرها ، إذ ليس ههنا أصل آخر يوجب جواز الرهن غير الآية ويدل على أنه لا يصح إلا مقبوضاً أنه معلوم أنه وثيقة للمرهن بدينه ، ولو صح غير مقبوض لبطل معنى الوثيقة ، وكان بمنزلة سائر أموال الراهن التي لا وثيقة للمرهن فيها وإنما جعل وثيقة له ليكون محبوساً في يده بدينه فيكون عند الموت والإفلاس أحق به من سائر الغرماء ، ومتى لم يكن في يده كان لغوا لا معنى فيه ، وهو وسائر الغرماء فيه سواء .

(١) المرجع السابق .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥٢٣ ، ط/دار الفكر ، بيروت .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

رابعاً : دليل أصحاب الرأي الرابع :

دليلهم قائم على التفرقة بين المنقول وغيره وذلك لأن تحقق التوثيق في المنقول لا يتأتى إلا بالقبض أما غير المنقول كالرهن والأرضين فيكفي فيه تحلية الراهن بينه وبينه^(١).

الناقشة

أولاً : الاعتراضات الواردة على أدلة أصحاب الرأي الثاني - المالكية -
القائلين بثبوت عقد الرهن ولزومه بدون قبض :

١- يمكن الاعتراض على استدلالهم بالآية الكريمة بالآتي :

أ- يمكن الاعتراض على الوجه الأول من الاستدلال بأن قولكم أن مقصود الآية : إنما رهن قبل القبض محل اتفاق بيننا ونحن نقول بموجبه ولم تزل على الجواز ولكن من أين يكون اللزوم؟

ب- ويمكن الاعتراض على الوجه الثاني بأنه قائم على أن الرهن ثابت ولازم بدون قبض ، فإذا كان الأمر كذلك فما فائدة ذكر كلمة "مقبوضة" بمعنى آخر ، ما فائدة وصف الرهن بالقبض مادام أن القبض غير مؤثر ومن المسلم به أن كلامه تعالى مزره عن ذكر ما لا فائدة منه ، فهذه الآية الكريمة حجة عليكم لا لكم . والله أعلم .

٢- أما استدلالهم بالقياس فقد اعترض عليه بالآتي :

أ- إن قياس الرهن على البيع قياس مع الفارق وذلك لأن الرهن عقد إرفاق فلا يشبه البيع ، فالبيع عقد معاوضة وليس بإرفاق^(١) .

(١) المغني ج ٦ ص ٤٤٦ .

(٢) المغني ج ٦ ص ٤٤٦ ، تكملة المجموع ج ١٢ ص ٣٠٨ .

ب- إن قياسه على الأجل قياس أيضاً مع الفارق فالمعنى في الأجل : أنه صفة من صفات العقد ، بدليل أنه لا ينفرد بنفسه ، ولا يحكم له إن شرط بعد تمام العقد وانبرامه ، ولزم الوفاء به كسائر صفات العقد . وليس كذلك الرهن ، لأنه ليس بصفة من صفات البيع ، بدليل أنه ينفرد عن العقد فيثبت حكمه بنفسه بعد تمام ثبوته ، لو شرط في العقد .

وأما قياسه على الإجارة فالمعنى فيه كالمعنى في البيع^(١) .

ثانياً : الاعتراضات الواردة على ما استدل به أصحاب الرأي الثالث القائلين

بأن القبض ركن :

يمكن أن يعترض عليهم : بأن ما ذهبتم إليه من استدلالكم بالآية الكريمة نحن

نقول بموجبه لكن أين ما يدل على ركنية القبض .

بل إن الآية المستدل بها تدل على خلاف ما ذهبتم إليه لأنه لو كان القبض

ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن ، ولم يكن لقوله تعالى ، عز شأنه "مقبوضة" معنى ،

فدل ذكر القبض مقروناً بذكر الرهن على أنه شرط وليس بركن^(٢) .

بمعنى آخر : معلوم أن الركن هو ما كان جزءاً من ماهية الشيء وعليه فلا

حاجة إلى ذكره ، فمثلاً في البيع فالإيجاب والقبول من أركانه فإن ذكر البيع لا

نذكرهما فلو كان القبض ركناً في عقد الرهن لما ذكر الرهن مقروناً به في الآية

الكريمة . والله أعلم .

ثالثاً : اعترض على ما ذهب إليه أصحاب الرأي الرابع القائلين بالتمفرقة بين

المنقول وغيره . بأن ما ذهبتم إليه ليس له دليل واضح ومحدد عليه ، فالآية الكريمة

(١) الخاوي ج ٧ ص ٩٨ .

(٢) البدائع ج ٨ ص ١٤٥ .

المشترطة للقبض عامة لم تخصص المنقول دون غيره وعليه فرأيكم لا يستقيم لأنه تخصيص بلا مخصص . والله أعلم .

الراجع : من خلال عرض أدلة الآراء السابقة والمناقشات التي وردت على البعض منها نستطيع القول بأن الرأي الأول رأي جمهور الفقهاء القائل بأن القبض شرط للزوم عقد الرهن هو الراجع وذلك للأسباب الآتية :

- ١- لقوة حججهم وسلامتها من الاعتراضات .
- ٢- لضعف حجج المخالفين وردها فهي في مجملها تحميل للنصوص ما لا

تحتمل.

والله أعلم .

المطلب الثالث عقد الوقف

تمهيد

تعريف الوقف :

الوقف لغة : الحبس يقال وقف كذا أي حبسته ، ولا يقال أوقفته إلا على لغة تميمية وهي رديئة وعليها العامة وهو عكس حبس ، فإن الفصح أحبس ، وأما حبس فلغة رديئة . ومنه وقف عقاره على كذا أي حبسه عليه وسمي به المفعول مبالغة كقولهم : نسج اليمن وضرب الأمير للمنسوج والمضروب^(١) .

الوقف اصطلاحاً :

- ١- حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة^(٢) .
- ٢- إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطية ولو تقديراً^(٣) .
- ٣- حبس عين لمن يستوفي منافعتها على التأييد^(٤) .

حكمه :

الوقف مستحب^(٥) .

والأصل فيه :

١- قوله تعالى : ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(٦)

(١) لسان العرب ، مادة (وق ف) .

(٢) كز الدقائق ج ٤ ص ٢٥٩ .

(٣) مواهب الجليل ج ٧ ص ٦٢٦ .

(٤) مواهب الجليل ج ٧ ص ٦٢٦ .

(٥) المغني ج ٨ ص ١٨٤ .

(٦) سورة آل عمران : آية ٩٢ .

٢- ما روى عبد الله بن عمر قال : أصاب عمر أرضاً بحجير فاتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : " يا رسول الله ، إني أصبت أرضاً بحجير ، لم أصب قط مالاً أنفس عندي منه ، فما تأمرني فيها؟ فقال : إن شئت حبست أصلها ، وتصدق بما ، غير أنه لا يباع أصلها ، ولا يبتاع ، ولا يوهب ، ولا يورث" . قال : فتصدق بما هصر في الفقراء وذوي القربى ، والرقاب ، وابن السبيل ، والضيف ، لاجتاح على من وليها أن يأكل منها، أو يطعم صديقاً بالمعروف ، غير متائل فيه ، أو غير متمول فيه^(١) .

٣- ولأن الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا قد تعاملوه فكان إجماعاً^(٢) .

علاقة القبض بالوقف

هل القبض شرط للزوم الوقف أم أنه يلزم بدونه؟

اختلف الفقهاء في اشتراط القبض للزوم أو لتمام عقد الوقف وعدم اشتراطه على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : لأبي يوسف من الحنفية ، وهو المفقى به في المذهب^(١) ، والشافعية^(٢) ، والحنابلة - في الصحيح من المذهب^(٣) - وقالوا : إن القبض ليس بشرط للزوم الوقف فإن الوقف يلزم ويزيل الملك بمجرد القول .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الوقف ، كتاب الوصايا ، بسبب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ، باب الوقف ، أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الوصية ، باب الوقف .

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٦١ .

الرأي الثاني : محمد من الحنفية^(٤) ، أحمد في رواية^(٥) قالوا : إن القبض شرط
 للزوم الوقف فلا يزول الملك إلا بإخراج الواقف له عن يده وتسليمه إلى المتولي .
 الرأي الثالث : للمالكية^(٦) وقالوا : إن القبض شرط لتمام الوقف ، فإن مات
 الواقف أو مرض أو أفلس قبل قبض الموقوف بطل الوقف .
والجدير بالذكر : أن أبا حنيفة قال : لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن
 يحكم به حاكم ، أي يخرج عن ملكه أو يعلق الوقف بموته فيقول : إذا مت فقد
 وقفت داري على كذا . أي أن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف حقيقة ، ولا
 يزول ملكه عنه إلا بحكم حاكم أو يعلقه بموته . ولذا قالوا : إن الوقف عند أبي
 حنيفة لا يجوز وهذا صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن ، وإذا
 لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم ، والجواز والنفاد والصحة فسرغ
 اعتبار الوجود . أي أن المراد من أن أبا حنيفة لا يميز الوقف أي لا يثبت الأحكام
 التي ذكرت له إلا بحكم حاكم^(٧) .

(١) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٩٦ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) الأم ج ٣ ص ٢٨١ ط/بولاق .

(٣) المغني ج ٨ ص ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٤) مراجع الحنفية السابقة .

(٥) مراجع الحنابلة السابقة .

(٦) كفاية الطالب الرباني ، حاشية العدوي عليه ج ٢ ص ٢٠٣ ، ٢١٢ .

(٧) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٦٠ .

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب الرأي الأول على عدم اشتراط القبض للزوم الوقف بالسنة والقياس .

أ- السنة : حديث عبد الله بن عمر السابق^(١) أن رسول الله ﷺ "أمر عمر بن الخطاب أن يسبل ثمره أرضه ويحبس أصلها" .

وجه الدلالة : دل الحديث على أن الوقف يتم بحبس الأصل وتسييل الثمرة دون اشتراط أن يقبضه ، ولو كان القبض شرطاً لأمره به ولكنه عليه الصلاة والسلام لم يأمره أن يخرجها من يده إلى يد أحد يجوزها دونه^(٢) .

وقد ثبت أن سيدنا عمر رضي الله عنه كان يتولى أمر وقفه بنفسه ، وكان في يده . وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه كان يفعل كذلك^(٣) . وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين دل على ذلك ما قاله الشافعي : أخبرني غير واحد من آل عمر وعلي رضي الله عنهم أن عمر رضي الله عنه ولي صدقته حتى مات ، وجعلها بعده إلى حفصة رضي الله عنها وولي علي رضي الله عنه صدقته حتى مات ، ووليها بعده الحسن بن علي رضي الله عنهما ، وأن فاطمة بنت رسول الله ﷺ وليت صدقتها حتى ماتت ، وبلغني غير واحد من الأنصار أنه ولي صدقته حتى مات^(٤) .

(١) يراجع نص الحديث ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) الأم ج ٣ ص ٢٨١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٩٦ .

(٤) الأم ج ٣ ص ٢٨١ ، السنن الكبرى للبيهقي ، كتاب الوقف ، باب جواز الصدقة المحرمة وإن لم تقبض ج ٦ ص ١٦١ .

ب- القياس : قاسوا الوقف على العتق حيث قالوا : إن الوقف تبرع يمنع البيع والهبة والميراث ، فلزم بمجرد ، كالعتق ، ويفارق الهبة فإنها تمليك مطلق ، والوقف تحبب الأصل وتسهيل المنفعة ، فهو بالعتق أشبه ، فالحاقه به أولى^(١) .
وقالوا أيضاً : إن الوقف إزالة الملك لا إلى أحد ، فلا يشترط فيه التسليم كالإعتاق^(٢) .

أي أن الرجل إذا وقف أرضه أو داره ، فإنما يملك الموقوف عليه منافعتها ، ولا يملك من رقبته شيئاً ، لأن الواقف أخرجها من ملكه إلى الله عز وجل ، فكان ذلك شبيهاً بما أخرجته عن ملكه بالعتق لله عز وجل ، فكما أن العتق يلزم بالقول ولا يحتاج فيه إلى القبض مع القول ، فكذلك الوقف لا يحتاج فيه إلى القبض مع القول^(٣) .

ثانياً : استدل أصحاب الرأي الثاني على اشتراط القبض للزوم الوقف بالمعقول حيث قالوا :

١- إن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة ، فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات^(٤) .

٢- إن التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصداً لأنه مالك الأشياء ، ولكنه يثبت في ضمن التسليم إلى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة^(٥) .

(١) المغني ج ٨ ص ١٨٧ .

(٢) البدائع ج ٨ ص ٣٩٦ .

(٣) شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٤ ص ٩٨ .

(٤) البدائع ج ٨ ص ٣٩٦ .

(٥) تبين الحقائق ج ٤ ص ٢٦١ .

وردوا على ما استدل به أصحاب الرأي الأول من أن سيدنا عمر وعلي لم يخرجوا الوقف عن أيديهما بقولهم : وأما وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسلماهما إلى المتولي بعد ذلك ، فصح ، كمن وهب من آخر شيئا أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ، ثم سلم ، صح التسليم ، كذا هذا^(١) .

ويمكن الرد عليهم بالآتي : أن الثابت عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما لم يخرجوا الوقف عن أيديهما فكيف نأخذ بالاحتمال - وهو إخراج الوقف عن أيديهما فيما بعد - ونترك ما هو ثابت . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد ثبت أيضا - كما نقله الشافعي - عن غيرهما من الصحابة أن الوقف كان بأيديهم فهل نترك أيضا الثابت ونأخذ بالمحتمل؟

الراجح : هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بأن القبض ليس

شرطا للزوم الوقف وذلك :

- ١- لقوة أدلتهم ووضوحها بجلاء على ما ذهبوا إليه .
- ٢- لضعف أدلة مخالفهم ذلك لأن الوقف يختلف عن غيره من عقود التبرعات كالصدقة والهبة فإنما تملك مطلق ، أما الوقف فهو تملك المنفعة فقط . وعليه فلا يصح قياس الوقف على الصدقة أو الهبة .

والله تعالى أعلم وأملئ .

(١) البدائع ج ٨ ص ٣٩٦ .

المبحث الرابع

العقود التي يشترط القبض

فيها لنقل الملكية

هناك بعض العقود يشترط القبض فيها لنقل ملكيتها وبيان أهمها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

القرض

تمهيد :

تعريف القرض :

القرض لغة : مصدر قرض الشيء يقرضه : إذا قطعه . والقرض اسم مصدر بمعنى الاقتراض وسمي قرضاً لأنه قطعة من مال المقرض^(١) .

القرض اصطلاحاً : دفع مال إرفاقاً لمن يتتفع به ويرد بدله^(٢) .

حكم القرض :

القرض جائز^(٣) وهذا ثابت بالكتاب والسنة والإجماع .

أ- الكتاب : هناك الكثير من الآيات التي تحث وتوجب في الإقراض منها :

قوله تعالى : ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقرضُ اللهُ قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً

كثيرة﴾^(٤)

(١) لسان العرب لابن منظور ، معجم مقاييس اللغة لأبي حسين أحمد بن فارس بن زكريا ، مادة (ق ر ض) .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٤ ص ١٧١ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣١٢ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٤٢٩ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٤٥ .

وجه الدلالة : إن المولى سبحانه شبه الأعمال الصالحة والإنفاق في سبيل الله بالمال المقرض ، وشبه الجزاء المضاعف على ذلك ببديل القرض ، وسمى أعمال البر قرضا ، لأن المحسن بذها ليأخذ عوضها ، فأشبهه من أقرض شيئا ليأخذ عوضه^(١) .
ب- السنة :

١- روى أبو رافع رضي الله عنه "أن رسول الله صلوات الله عليه استسلف من رجل بكرا ، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة ، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره ، فرجع إليه أبو رافع فقال : لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا ، فقال : أعطه إيساه ، إن خيار الناس أحسنهم قضاء"^(٢) .

٢- روى ابن مسعود أن رسول الله صلوات الله عليه قال : "ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين إلا كان كصدقتها مرة"^(٣) .

ج- الإجماع : أجمع المسلمون على جواز القرض^(٤) .

والقرض في ذاته مندوب إليه في حق المقرض ، مباح للمقترض^(٥) .
ومندوب إليه في حق المقرض لأنه قربة من القرب ، لما فيه من إيصال النفع للمقترض ، وقضاء حاجته ، وتفريج كربته لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلوات الله عليه أنه قال : "من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا ، نفس الله عنه كربة من كرب

(١) الإشارة إلى الإيجاز للفرز بن عبد السلام ص ١٢٠ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في حسن القضاء ، وسكت عنه ، أخرجه الترمذي في سننه ، باب ماجاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن ، قال أبو عيسى : حديث حسن صحيح .

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الصدقات ، باب القرض ، وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة ج ٢ ص ٢٠٧٤ .

(٤) المغني ج ٦ ص ٤٢٩ ، كشف القناع ج ٣ ص ٣١٢ .

(٥) المرجعين السابقين .

يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ، ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه^(١) .

علاقة القبض بالقرض

هل يعد القبض شرطا لنقل ملكية القرض من المقرض إلى المقترض أم لا يعد؟
للفقهاء في هذا أربعة آراء :

الرأي الأول : لجمهور الفقهاء : أبي حنيفة - وهو القول المعتمد عندهم^(٢) - ، الشافعية - على الأظهر^(٣) - ، الحنابلة^(٤) وقالوا : إن المقترض يملك المال المقرض بالقبض وعليه قالوا : لو أراد المقرض الرجوع في عين ماله بعد القبض لم يملك ذلك وخالف في هذا الشافعية ، حيث قالوا : للمقرض أن يرجع فيها بكل حال (أي سواء ملكها المستقرض بالقبض أم بالتصرف على ما سيأتي) . وهو المنصوص عليه في الأم ، ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعا من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف .

الرأي الثاني : للمالكية^(٥) وقالوا : يملك المقترض القرض بالعقد ويصير مالا من أموال المعطي (بافتتاح) بمجرد القول ويقضي له به لأن القرض يتم ملكه بالعقد وإن

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب الذكر ، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ، أخرجه الترمذي في سننه ، أبواب الحدود ، باب ما جاء في الستر على المسلم ، أبواب البر ، باب ما جاء في السرة على المسلم .

(٢) بدائع الصنائع ج ١٠ ص ٥٩٦ ، ٦٠٠ .

(٣) تكملة المجموع ج ١٢ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، الأم .

(٤) المغني ج ٦ ص ٤٣١ ، منتهى الإرادات ج ١ ص ٣٩٧ ، الروض المربع شرح زاد المستقنع للعلامة منصور بن يونس البهوتي ج ٢ ص ٢٥٠ ، ط/الأرقم بن أبي الأرقم .

(٥) الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٢٦ ، التاج والإكليل لمختصر خليل على مواهب الجليل ج ٦ ص ٥٣٣ .

وإن لم يقبض . وفي هذا يقول ابن شاس : حكم القرض التملك وإن لم يتصرف فيه . في المدونة : من استعار عينا أو فلوسا فهو سلف مضمون لا عارية .

الرأي الثالث : لأبي يوسف من الحنفية^(١) وقال : لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلك .

الرأي الرابع : للشافعية - على خلاف الأظهر^(٢) - وقالوا : يملك المستقرض العين التي استقرضها بالتصرف فإذا تصرف فيه تبين ثبوت ملكه قبله . والمراد بالتصرف : كل عمل يزيل الملك ، كالبيع والهبة والإعتاق والإتلاف ونحو ذلك .
وعليه قالوا : إن للمقرض أن يرجع في العين المقرضة وهي في يد المستقرض لأنه لا يملكها إلا بالتصرف .

قصر بعض الشافعية جواز رجوع المقرض في حال الأخذ بالقول : إن المستقرض يملك القرض بالتصرف وتكن النصوص عليه في الأم كما ذكرت آنفاً أن للمقرض أن يرجع في كل الأحوال .

ثمرة الخلاف :

أولاً : تظهر ثمرة الخلاف بين ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وبين ما ذهب إليه المالكية في حال هلاك العين المقرضة بعد العقد وقبل القبض ففي هذه الحالة يكون ضمناً عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة على المقرض ، ويكون هلاكها في عهده ، لأنها لم تنزل في ملكه ، ولم يملكها المقرض بعد ، فلا تنشغل ذمته بعوضها أصلاً ، أما عند المالكية فيكون ضمناً على المقرض ، وهو الذي يتحمل تبعه هلاكها وعليه رد بدلها لأنها هلكت في ملكه .

(١) بدائع الصنائع ج ١٠ ص ٦٠٠ .

(٢) تكملة المجموع ج ١٢ ص ٢٥٧ ، معنى المحتاج ج ٢ ص ١٢٠ .

ثانياً : تظهر ثمره الخلاف بين ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وما ذهب إليه أبو يوسف ، الشافعية - على خلاف الأظهر - في كثير من المسائل منها : إذا استقرض شخص من رجل كراً من طعام وقبضه ، ثم اشترى ذلك الكر بعينه من المقرض ، فإنه لا يجوز ذلك على قول الجمهور ، لأن المقرض ملكه بنفس القبض ، أما على قول أبي يوسف ومن وافقه فيجوز لأن الكر باق على ملك المقرض ، ويصير المقرض مشترياً ملك غيره^(١) .

الأدلة

أولاً : أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدلوا على أن القرض تنتقل ملكيته بالقبض بقولهم :

١- القرض هو القطع في اللغة ، سمي هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله ، وذلك بالتسليم إلى المقرض فكان مأخذ الاسم دليلاً على اعتبار شرط القبض^(٢) .

٢- إن المقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض ، يباع وهبة وصدقة وسائر التصرفات ، وإذا تصرف ينفذ تصرفه ، ولا يتوقف على إجازة المقرض ، وهذه أمارات الملك^(٣) .

٣- إن القرض عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة وجانب التبرع ، أما المعاوضة : فلأن المقرض يجب عليه رد بدل مماثل عوضاً عما استقرضه ، وأما التبرع :

(١) رد المحتار ج ٥ ص ١٦٤ ، ط/الجلبي ، بدائع الصنائع ج ١٠ ص ٦٠٠ .

(٢) البدائع ج ١٠ ص ٥٩٦ .

(٣) نفس المصدر ص ٦٠١ .

فلأنه ينطوي على تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالمال المقرض بسائر التصرفات ، غير أن جانب التبرع في هذا العقد أرجح ، لأن غايته وثمرته إنما هي بذل منافع المال المقرض للمقرض مجانا ، لأنه لا يقابله عوض في الحال ، ولا يملكه من لا يملك التبرع ، ولهذا كان حكمه كباقي التبرعات من هبات وصدقات ، فتنقل الملكية فيه بالقبض لا بمجرد العقد ، ولا بالتصرف ، ولا بالاستهلاك^(١) .

واستدل الشافعية على أن للمقرض الرجوع في عين ماله بعد القبض بقولهم :
لو أراد المقرض الرجوع في عين ماله له ذلك لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إن كان موجودا ، كالمغصوب والعارية .

واستدلوا على قولهم : إن جواز رجوع المقرض فيها لا يكون مانعا من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف بقولهم : ألا ترى أن الأب إذا وهب لابنه هبة وأقبضه إياها فإن الابن قد ملكها ، وللأب أن يرجع فيها ، وكذلك إذا اشترى سلعة بسلعة ثم وجد كل واحد منهما بما صار إليه عيبا ، فإن لكل واحد منهما أن يرجع في سلعته وإن كانت ملكا للآخر^(٢) .

واستدل الخنفية والحنابلة على أن المقرض لا يملك ذلك بقولهم : إن المقرض أزال ملكه بعوض من غير خيار ، فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع ، ويفارق المغصوب والعارية ، فإنه لم يزل ملكه عنهما ولأنه لا يملك المطالبة بمثلها مع وجودهما ، وفي مسائلنا بخلافه^(٣) .

(١) رد المحتار ج ٥ ص ١٦٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم وحاشية الحموي عليه ج ٢ ص ٢٠٤ ، لفتح

العزیز ج ٩ ص ٣٩٦ ، مغني المحتاج ج ٢ ص ١٢٠ .

(٢) المغني ج ٦ ص ٤٣١ ، تكملة المجموع ج ١٢ ص ٢٥٧ .

(٣) المغني ج ٦ ص ٤٣١ .

ثانياً : استدل أصحاب الرأي الثاني على أن المقرض يملك القرض ملكاً تاماً بالعقد وإن لم يقبض بالقياس : فقد قاسوا القرض في لزومه بالقول بدون قبض على الهبة والصدقة وما شابهها من المعروف^(١) .

ثالثاً : استدل أبو يوسف على أن القرض لا يملك بالقبض ما لم يستهلك بقوله : إن الإقراض إعارة ، بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل ، ولو كان معاوضة للزم كما في سائر المعاوضات ، وكذا لا يملكه الأب ، والوصي ، والعبد المأذون ، والمكاتب ، وهؤلاء لا يملكون المعاوضات ، وكذا إقراض الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين، وإن كان مبادلة لبطل ، لأنه صرف ، والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين ، وكذا إقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ، ولو كان مبادلة لبطل ، لأن بيع المكيل بمكيل مثله في الذمة لا يجوز ، فثبت بهذه الدلائل أن الإقراض إعارة ، فبقي العين على حكم المقرض^(٢) .

رابعاً : استدل الشافعية - في مقابل الأظهر - على أن المقرض إنما يملك المال المقرض بالتصرف بقولهم : إن القرض ليس بتبرع محض إذ يجب فيه البدل ، وليس على حقائق المعاوضات ، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله^(٣) .

(١) بالرغم من قياس المالكية القرض على عقود التبرعات إلا أن البعض منهم لم يقسه من كل الوجوه حيث قال : إن القرض يتم ملكه بالعقد وإن لم يقبض مثله مثل غيره من المعروف إلا في حساب إذا حصل للمقرض مانع قبل الحوز فإن القرض لا يبطل بخلاف غيره من المعروف فإنه لا يتم ملكه للمعطي (بالفتح) إلا إذا حازه فإن حصل مانع للدافع قبل الحوز بطل ، وخالف في هذا البعض الآخر حيث قال : إن القرض كغيره لا يتم ملكه إلا بالحوز فإن حصل مانع قبل حوزة بطل .

حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٢٦ .

(٢) البدائع ج ١٠ ص ٦٠١ .

(٣) فتح العزيز للراعي ج ٩ ص ٣٩٢ .

المناقشة والترحيح

الراجح : هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن القبض ينقل ملكية المال المقرض من المقرض إلى المستقرض وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : لقوة أدلتهم فهي أقرب الأدلة موافقة لمقتضى العقل وأما ما حدث بينهم من خلاف حول أحقية المقرض في الرجوع بالمال المقرض بعد القبض وعدم أحقيته فالراجح هو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة وفي دليلهم الرد الشافي على ما ذهب إليه الشافعية ، فلا داعي لتكراره .

ثانياً : لضعف أدلة المخالفين وبيانه كآلآتي :

- ١- إن دليل المالكية قائم على القياس على عقود التبرعات ويمكن رده بأن المقيس عليه - أي عقود التبرعات - ليس محل اتفاق أنه يملك بمجرد العقد وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في عقد الهبة مثلاً ، وتبين أن الراجح أن هذه العقود تملك بالقبض وليس بمجرد العقد هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن القرض - وإن كان الغالب فيه التبرع - لكنه لا يعد عقدا تبرعا محضاً لما فيه من جانب المعاوضة كما هو واضح من الدليل الثالث للجمهور وعليه فإن قياسهم لا يستقيم .
- ٢- إن دليل أبي يوسف قائم على أن القرض إعارة وقد رد عليه الحنفية أنفسهم بقولهم : وأما قوله - أي أبي يوسف - القرض إعارة ، والإعارة تملك المنفعة لا تملك العين فنعم ، لكن مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه لقيام عينه مقام المنفعة ، صار قبض العين قائماً مقام قبض المنفعة ، والمنفعة في باب الإعارة تملك بالقبض ، لأنها تبرع بتملك المنفعة ، فكذا هو ملحق بها ، وهو العين^(١) .

(١) البدائع ج ١٠ ص ٦٠١ .

٣- إن ما استدل به الشافعية - مقابل الأظهر - من أن القرض ليس بتسرع محض ... وليس على حقائق المعاملات ، فوجب أن تملكه بعد استقرار بدله ، فإن جمهور الفقهاء يقولون بموجبه في الجملة لكن من أين قصرتم استقرار العقد على التصرف فقط فإن دليلكم لا يدل على ذلك ، هذا من ناحية ومن ناحية أليس في القبض استقرار للعقد؟

من هنا يتبين لنا رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء . والله أعلم بالصواب .

المطلب الثاني الإعارة

تمهيد : تعريف الإعارة :

الإعارة لغة : من التعاور وهو التداول والتناوب مع الرد . والإعارة مصدر أعار ، والاسم منه العارية ، وتطلق على الفعل ، وعلى الشيء المعار ، والاستعارة طلب الإعارة^(١) .

الإعارة اصطلاحاً :

- ١- تمليك المنافع بغير عوض^(٢) .
- ٢- تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض^(٣) .
- ٣- اسم لإباحة منفعة عين مع بقائها^(٤) .
- ٤- إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال^(٥) .

حكمها :

العارية جائزة^(٦) والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

١- الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾^(٧) .

(١) تاج العروس مادة (عور) .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ٣٢ .

(٣) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٩٧ .

(٤) المحلى على المنهاج ج ٣ ص ١٧ .

(٥) المغني ج ٧ ص ٣٤٠ .

(٦) المصدر السابق .

(٧) سورة الماعون : آية ٧ .

فقد روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالوا : الماعون العواري ، وفسر ابن مسعود العواري بأنها القدر والميزان والدلو^(١) .

ب- السنة : ما روي عن النبي ﷺ في خطبة حجة الوداع : "العارية مؤداة ، والدين مقضي ، والمنحة مردودة ، والزعيم غارم"^(٢) .

ج- الإجماع : أجمع المسلمون على جواز العارية وهي مندوب إليها وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم^(٣) .

علاقة القبض بالعارية

هل يعد القبض شرطا لنقل منفعة العين المعارة إلى ملك المستعير أم لا يعد؟
اختلف الفقهاء في اشتراط قبض المعار لنقل منفعتها إلى ملك المستعير وعدم اشتراطه إلى ثلاثة أقوال .

القول الأول : للحنفية - عدا الكرخي^(٤) - ذهبوا إلى أنه يشترط القبض لانتقال منافع العين المعارة إلى ملك المستعير لأنها تفيد تمليك المنفعة للمستعير من غير عوض أو ما هو يلحق بالمنفعة عرفا وعادة فلا تملك إلا بالقبض كالهبة .
القول الثاني : للمالكية^(٥) ذهبوا إلى أن الإعارة تفيد تمليك المنفعة لكن لا يشترط القبض لتملك منفعة المعار بل بمجرد العقد .

(١) المغني ج ٧ ص ٣٤٠ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، أخرجه الترمذي في سننه ، أبواب البيوع ، باب ماجاء في أن العارية مؤداة وقال : حديث حسن غريب .

(٣) المغني ج ٧ ص ٣٤٠ .

(٤) البدائع ج ٨ ص ٣٧٣ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٣٢ .

(٥) الشرح الكبير ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤٣٣ ، مواهب الجليل ج ٧ ص ٧٩٦ .

القول الثالث : للكرخي من الحنفية^(١) ، الشافعية^(٢) ، الحنابلة^(٣) وذهبوا إلى أن العارية تفيد إباحة الانتفاع لا تملكه وعليه فإن منافع العين المعارة لا تنتقل إلى ملك المستعير أصلا لا بالقبض ولا بغيره .

نفهم مما سبق : أن سبب الخلاف بين الفقهاء هو : هل العارية تملك منفعة أو إباحة منفعة؟

فذهب الشافعية ، الحنابلة ، الكرخي من الحنفية أن العارية إباحة منفعة وعليه فلا تنتقل إلى ملك المستعير أصلا لا بالقبض ولا بغيره وذهب الحنفية - عدا الكرخي - والمالكية إلى أن العارية تملك منفعة إلا أن الحنفية قالوا : إن القبض شرط لانتقال المنفعة إلى المستعير ، وقال المالكية : إن القبض ليس بشرط بل ينتقل الحكم بمجرد العقد .

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف بين القائلين بأن العارية تملك منفعة وبين القائلين بأنها إباحة منفعة : فيما لو أعار المستعير الشيء المستعار إلى من يستعمله كاستعماله ، فهل تصح إعارته أو لا تصح؟ فمن قال إنها تملك منفعة قال بصحتها ومن قال إنها إباحة منفعة قال بعدم صحتها .

(١) مراجع الحنفية السابقة .

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٣٢٨ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ١١٩ .

(٣) المغني ج ٧ ص ٣٤٠ ، ٣٤٧ .

الأدلة

أولاً : استدل أصحاب القول الأول على أن العارية تفيد تملك المنفعة وعليه فيشترط القبض لانتقالها بالمعقول حيث قالوا :

١- إن المعير سلط المستعير على تحصيل المنافع و صرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها ، والتسليط على هذا الوجه يكون تملكاً لا إباحة كما في الأعيان^(١)

٢- إن الإعارة تنبئ عن التملك لأنها مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة ذلك فاقتضت تملكاً ولأن تملك المنافع مشروع بعوض كالإجارة فوجب أن يكون مشروعاً بغير عوض أيضاً كالإعارة ، أي أن ما جاز فيه التملك ببدل جاز فيه التملك بغير بدل إلا النكاح^(٢).

ثانياً : أصحاب القول الثاني - المالكية - ليس لهم دليل في محل النزاع - فيما توفر لدي من مراجع - إلا أنه مما سبق عرضه من عقود التبرعات كالهبة ونحوها يتبين لنا بجلاء أن الإمام مالك في مشهور مذهبه وهو ما سار عليه فقهاء مذهبه أن عقود التبرعات تلزم بالإيجاب والقبول وعلى المتبرع إقباض ما تبرع له إلى المتبرع له وذلك عملاً بقاعدة مالك الشهيرة : (من ألزم نفسه معروفًا لزمه إلا من موت أو فلس) .
ثالثاً : استدل أصحاب القول الثالث على أن منافع العين المعارة لا تنتقل إلى ملك المستعير أصلاً لا بالقبض ولا بغيره بالمعقول حيث قالوا :

١- إن عقد العارية جائز من غير أجل ، ولو كان تملك المنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة لما فيه من الجهالة ، وهي تفضي إلى المنازعة ، وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ، ولو ثبت للملك له في المنفعة للملك كالمستأجر.

(١) البدائع ج ٨ ص ٣٧١ .

(٢) تبين الحقائق ج ٦ ص ٣٢ .

ورد الحنفية على هذا الدليل بقولهم : الجهالة في عقد العارية لا تفضي إلى المنازعة وكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لأنها غير لازمة فله أن يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فإنها لازمة والجهالة فيها تفضي إلى المنازعة حتى إذا كانت لا تفضي إلى المنازعة كالحياطة جازت من غير ضرب المدة .

٢- إن القياس يأبي تمليك المنفعة ، لأنها بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد ، والمعدوم لا يحتمل البيع ، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان ، وقد فهمى رسول الله ﷺ^(١) عنه ، إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب الإجارة حكما للضرورة ، ولا ضرورة إلى الإعارة ، فبقيت المنافع فيها على أصل العدم .

ورد الحنفية على هذا أيضا بقولهم : إن قولكم : المنافع منعدمة عند العقد : نحن معكم فيه ، لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة ، وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة ، فلا يتعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئا فشيئا على حسب حدوثها ، فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان^(٢) .

الراجع : هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن العارية تمليك للمنفعة ويشترط القبض لانتقال ملكيتها للمستعير وذلك :

١- لقوة حاجتهم وخلوها من المعارضة .

٢- لرد أدلة المخالفين .

والله أعلم .

(١) ورد في ذلك العديد من الأحاديث منها : عن ابن عباس رضي الله عنهما يقول : "أما الذي فهمى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام أن يباع حتى يقبضه" . قال ابن عباس : "ولا أحسب كل شيء إلا مثله" أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بيع الطعام قبل أن يقبض .

(٢) البدائع ج ٨ ص ٣٧٣ ، تبين الحقائق ج ٦ ص ٣٢ ، ٣٣ .

الفصل الثاني

صور القبض قديما وحديثا

تمهيد :

لقبض المعقود عليه صور متعددة بعضها ظهر قديما وما زال مستمرا إلى وقتنا الحاضر سواء كان قبضا حسيا أم قبضا حكما ، وبعضها ظهر حديثا نظرا للتطور المستمر والمتلاحق خاصة فيما يتعلق بالمعاملات المالية . وسأبين ذلك بالتفصيل في المباحث القادمة .

المبحث الأول

صور القبض قديما^(١)

تمهيد :

تختلف صور تحقيق القبض للأشياء تبعا لطبيعة الأشياء نفسها من حيث أحوالها وصفاتها وإذا نظرنا إلى طبيعة الأشياء قديما وحديثا في الجملة نجد أنها نوعان :

- ١- نوع منقول : وهو ما يمكن نقله وتحويله فيشمل النقود والعروض والحيوانات والسيارات والسفن والطائرات والمكيلات والموزونات وما أشبه ذلك .
- ٢- نوع غير منقول : أي العقار من الدور والأرض والشجر الثابت والثمرة على الشجرة قبل أوان الجداد وما أشبه ذلك .

وسأعرض - إن شاء الله تعالى - في المطلبين القادمين صور قبض كل نوع على حدة

المطلب الأول : صور قبض المنقول .

المطلب الثاني : صور قبض غير المنقول .

(١) لا أقصد بكلمة - قديما - أنها كانت موجودة قديما وانتهت الآن لكن المقصد أنها كانت قديمة وما زالت مستمرة في مجملها إلى الآن .

المطلب الأول

كيفية قبض المنقول

تعددت آراء الفقهاء حول كيفية (صور) قبض المنقول إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : رأي الحنفية^(١) ، رواية عن أحمد^(٢) وقالوا : قبض المنقول يكون بالتخلية أي إذا خلى البائع بينه وبين المبيع للمشتري صار هذا قبضا ولا يشترط القبض بالبراجم^(٣) . فمعنى القبض هو التمكين والتخلية وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة .

وفي هذا يقول ابن عابدين في حاشيته : "إن التخلية قبض حكماً لو مع القدرة عليه بلا كلفة ، لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ، ففي نحو حنطة في بيت مثلا ، فدفعه المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض ... وفي نحو بقر في مرعى ، فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض ، وفي نحو ثوب ، فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه قبض ، وفي نحو فرس أو طير في بيت ، فإمكان أخذه منه بلا معين قبض"^(٤) .

وجاء في الفتاوى الهندية : رجل باع قليلاً في بيت مكايلة أو موزونا موازنة وقا: خليت بينك وبينه ، ودفع إليه المفتاح ، ولم يكله ولم يزنه ، صار المشتري قابضا .

وجاء فيها : وتسليم المبيع : هو أن يخلى بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل ، وكذا التسليم في جانب الثمن^(٥) .

(١) تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٩ ، بدائع الصانع ج ٦ ص ٥٧١ .

(٢) المغني ج ٦ ص ١٨٦ .

(٣) البراجم : المفصل الظاهر أو الباطن من الأصابع واحده برجمة . المصباح النير ، الفيومي "برجم" .

(٤) رد اغتار ج ٤ ص ٥٦١ .

(٥) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٦ .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه من اعتبار التخلية مع التمكين في المنقولات قبضا بالمعقول حيث قالوا :

١- إن التسليم في اللغة عبارة عن جعله سالما خالصا ، يقال : سلم فلان لفلان ، أي خلص له . قال تعالى : ﴿وَرَجُلًا سَلَمًا لِّرَجُلٍ﴾^(١) أي سالما : خالصا بحيث لا ينازعه فيه غيره ، وهذا يحصل بالتخلية ، فكانت التخلية تسليما من البائع ، التخلي قبضا من المشتري^(٢) .
أي أن الحنفية استدلوا بالمعنى اللغوي للتسليم لإثبات أن القبض يكفي فيه التخلية .

٢- إن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المستلم والقبض فعل المستلم ويكفي بالتخلية لأنه هو في غاية ما يقدره عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به^(٣) .

بمعنى آخر : إن من وجب عليه التسليم لا بد وأن يكون له سبيل للخروج من عهدة ما وجب عليه ، والذي في وسعه ، هو التخلية ورفع الموانع ، أما الإقباض فليس في وسعه ، لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض ، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب ، وهذا لا يجوز^(٤) .

٣- إن التخلية تسليم وإن كانت فمن ضرورته الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أم لا^(٥) .

(١) سورة الزمر : آية ٢٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٥٧٣

(٣) تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٩ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٤ .

(٥) حاشية الشيخ الشلبي على تبين الحقائق ج ٧ ص ١٣٩ .

٤- إن القبض في كل شئ بالتخلية مع التمييز لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل^(١).

الرأي الثاني : رأي المالكية^(٢) : قالوا : إن كان المنقول :

١- مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا فقبضه بالكيل أو الوزن أو العد أو الدرع وشرطوا في قبض المثلي تسليمه للمشتري وتفرغه في أوعيته .

٢- أما إن كان المنقول : عروض وأنعام ودواب فقبضه بالعرف الجاري بين الناس كاحتياز الثوب وتسلم مقود الدابة .

الرأي الثالث : رأي الشافعية^(٣) وأكثر الحنابلة^(٤) وقالوا : إذا كان المبيع من المنقولات فقبض كل شئ بحسبه فلا يكفي التخلية بل يشترط النقل والتحويل .

١- فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا وإن بيع جزافا ، فقبضه نقله .
٢- وإن كان مما ينقل في العادة كالأخشاب والحطب والحيتان ونحوها فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشتري أو موات أو شارع أو مسجد أو غيره - خلافا لبعض الشافعية فقالوا : يكفي التخلية - كما ذهب الحنفية - وكذا إن كان حيوانا فقبضه قمشته من مكانه ، وإن كان مما لا ينقل ويحول ، فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه .

٣- إن كان مما يتناول باليد كالدرهم والدنانير والمنديل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها فقبضه باليد .

(١) المغني ج ٦ ص ١٨٦ ، ١٨٧ .

(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

(٣) المجموع ج ٩ ص ٣٣٣ ، فتح العزيز شرح الوجيز بذيل المجموع للراعي ج ٨ ص ٤٤٢ ، ٤٤٥ .

(٤) المغني ج ٦ ص ١٨٦ ، ١٨٧ .

جاء في روضة الطالبين : "إن كان المبيع من المنقولات فالمذهب المشهور أنه لا يكفي فيه التخلية بل يشترط النقل والتحويل"^(١).

جاء في الإنصاف : "وفي الصبرة وما ينقل بالنقل وفيما يتناول بالتناول هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب"^(٢).

واستدلوا : على أن المكيل أو الموزون قبضه بالكيل أو الوزن بالسنة النبوية المطهرة :

١- ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : "إذا بعث فكل ، وإذا ابتعت فاكتل"^(٣).

٢- ما روي عن النبي ﷺ أنه "نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري"^(٤).

٣- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : "من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتبه"^(٥).

واستدلوا على أنه إن بيع جزافا ، فقبضه نقله بعدة أحاديث منها : ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : "من اشترى طعاما فلا يبعه حتى

(١) روضة الطالبين للنووي ج ٣ ص ٥١٥ .

(٢) الإنصاف للمرداوي ج ٤ ص ٤٧٠ .

(٣) أخرجه البخاري - تعليقا - عن عثمان رضي الله عنه في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب الكيل على البائع والمعطي ، وقد وصله الدارقطني ، وله طرق أخرى أخرجهما أحمد وابن ماجه والبخاري .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه من حديث جابر ، كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، وأشار ابن حجر في التلخيص ج ٣ ص ٢٧ إلى تضعيف إسناده ، ثم أخرجه عمن صحابه آخرين ، ونقل عن البيهقي أنه قواه بطرقه حيث أخرجه في السنن الكبرى من كتاب البيوع ، باب الرجل يبتاع طعاما كيلا .

(٥) جزء من حديث أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض .

يستوفيه"، قال وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه" (١).

واستدلوا على أن القبض في غير ذلك يكون بالنقل بالقياس والمعقول :

حيث قالوا - بعد سرد الأحاديث السابقة - وقيس على الطعام غيره ولأن القبض مطلق في الشرع ، فيجب الرجوع إلى العرف كالإحراز ، والفرق ، والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا (٢).

تعقيب : إذا أمعنا النظر في رأي المالكية من ناحية والشافعية والحنابلة من ناحية أخرى نجد أنهم في الجملة لا خلاف حقيقي بينهم وذلك :

١- لأنهم جميعا متفقون على أن المنقول إن كان مما يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد فإن قبضه يكون بالكيل أو الوزن أو الذرع أو العد ، أي أنهم متفقون في كيفية قبض المنقول المعتبر فيه التقدير .

٢- أن المنقول إن كان مما لا يعتبر فيه تقدير كالأمتعة والعروض والدواب وإن اختلفت عبارات كل منهم في كيفية قبضه إلا أنها في مجملها مردها إلى العرف الجاري بين الناس . دل على ذلك :

* قول الشيخ الدردير : وقبض غير العقار من عروض وأنعام ودواب بالعرف الجاري بين الناس كاحتياز الثوب (٣)

* وقول النووي : قال أصحابنا الرجوع في القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام... (٤)

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب بطلان المبيع قبل القبض .

(٢) المغني ج ٦ ص ١٨٨ .

(٣) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٤٥ .

(٤) المجموع ج ٩ ص ٣٣٣ .

الراجح : بعد ما ذكرته في التعقيب يتبين لنا أن الترجيح قائم بين الحنفية من جهة وبين جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من جهة ثانية وبعد ذكر أدلة كلا الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذلك :

١- لأن في الأخذ برأي الجمهور إعمالاً للأحاديث الصحيحة المصرحة بالأمر بالكيل فيما يعد كيلاً ، إعمالاً أيضاً للأحاديث المصرحة بالنهي عن بيع الجزاف حتى ينقل وإعمالاً للعرف فيما لم يرد فيه نص ، أما الأخذ برأي الحنفية ففيه إهمال لهذه النصوص الصحيحة الصريحة الواضحة الدلالة ، ولاشك أن إعمال النصوص أولى من إهمالها ، وبذلك يترجح رأي الجمهور .

٢- إن في عدم الاكتفاء بالتخلية واشتراط الكيل والوزن أو النقل والتحويل تأكيداً لمعنى القبض وسداً لأي نزاع أو خلاف يقوم بين المتعاقدين فيما بعد .

والله أعلم .

المطلب الثاني

كيفية قبض غير المنقول

تمهيد في معنى العقار :

ذكرت سابقا أن غير المنقول يعني العقار من دور وأراضي ...^(١) ولكن ما ذكرته من شمولية العقار لهذه الأشياء كان على سبيل الإجمال ولكننا إذا دققنا النظر في المراد من العقار أو ما يشمله العقار عند الفقهاء نجد أنهم اختلفوا في المراد من العقار على رأيين :

الرأي الأول : للحنفية وقالوا : إن العقار هو ما لا يمكن نقله من مكان لآخر ، أي ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله كالأراضي والدور^(٢) . أما البناء والشجر فيعتبران من المنقولات ، إلا إذا كانا تابعين للأرض ، فيسري عليهما حينئذ حكم العقار بالتبعية^(٣) .

الرأي الثاني : لجمهور الفقهاء : المالكية^(٤) ، الشافعية^(٥) ، الحنابلة^(٦) . وقالوا : إن العقار هو الأرض والبناء والشجر ، فالبناء والشجر عندهم من العقار أي من غير المنقولات سواء كانا تابعين للأرض أم لا .
كيفية قبض غير المنقول (العقار) :

(١) المدخل للفقهاء الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٤٧٣ ط/الأولى .

(٢) رد المختار ج ٤ ص ٣٦١ ، ج ٦ ص ٢١٧ ، المادة ١٠١٩٨ ، ١٠٢٠ م مجلة الأحكام العدلية .

(٣) رد المختار ج ٤ ص ٣٦١ ط/مصطفى الحلبي سنة ١٩٦٦ م ، المادة ١٢٩ من مجلة الأحكام العدلية

ص ٣١ .

(٤) الخرشي على خليل ج ٦ ص ١٦٤ ، الشرح الكبير ج ٣ ص ١٤٥ .

(٥) معنى المختار ج ٢ ص ٧١ .

(٦) كشف القناع ج ٣ ص ٢٠٢ ط/أنصار السنة المحمدية .

اتفق الفقهاء : الحنفية^(١) ، المالكية^(٢) ، الشافعية^(٣) ، الحنابلة^(٤) على أن قبض العقار يكون بالتخلية بينه وبين المشتري ، وتمكينه من اليد والتصرف ، فإن لم يتمكن منه بأن منعه شخص آخر من وضع يده عليه فلا تعتبر التخلية قبضاً .

وقد تعددت نصوص الفقهاء التي توضح ذلك ومنها .

١- ما جاء في الفتاوى الحنانية : "ولو باع الدار وسلم المفتاح قبض المفتاح ولم يذهب إلى الدار يكون قابضاً قبل هذا دفع مفتاح هذا العلق ، أما إذا لم يكن ذلك لم يكن تسليمًا لأنه لا يقدر على الدخول بهذا المفتاح فلا يمكن قبض المفتاح كقبض الدار"^(٥) .

٢- ما جاء في الشرح الكبير : "وقبض العقار ... بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكنه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح إن وجدت وإن لم يحل البائع منعه منها إن لم تكن دار سكنى وأما هي فإن قبضها بالإخلاء ولا يكفي التخلية"^(٦) .

٣- ما جاء في روضة الطالبين : "وتفصيله أن المبيع نوعان ، النوع الأول : ما لا يعتبر فيه تقدير إما لعدم إمكانه ، وإما مع إمكانه فينظر إن كان مما لا ينقل كالأرض والدور قبضه بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه"^(٧) .

(١) رد المختار ج ٤ ص ٥٦١ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٧٧ .

(٣) المجموع ج ٩ ص ٣٣٣ .

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٠٢ .

(٥) الحنانية - قاضي خان - ج ٢ ص ٢٥٧ .

(٦) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٤٥ .

(٧) روضة الطالبين ج ٣ ص ٥١٥ .

٤- ما جاء في كشاف القناع : "ويحصل القبض فيما عدا ذلك ... من عقار وهو الضيعة والأرض والبناء والغراس ونحوه كالتمر على الشجر بتخليته مع عدم مانع أي حائل ، بأن يفتح له باب الدار ويسلمه مفتاحها ونحوه وإن كان فيه متاع للبايع"^(١) .

وجاء في الإنصاف : "وفيما عدا ذلك بالتخلية كالذي لا ينقل ولا يحول وهذا بلا نزاع"^(٢) .

وبالرغم من اتفاق الفقهاء على أن قبض غير المنقول يكون بالتخلية إلا أن بعضاً منهم وضع قيوداً وشروطاً لذلك :

أ- فقد اشترط أبو يوسف ومحمد من الحنفية : أن يكون العقار قريباً ، فإن كان بعيداً فلا تعتبر التخلية قبضاً وما ذهب إليه صاحبان هو ظاهر الرواية والمعتمد في المذهب ، واستظهر ابن عابدين أن المراد بالقرب في الدار بأن تكون في البلد ، ثم إنهم نصوا على أن العقار إذا كان له قفل ، فيكفي في قبضه تسليم المفتاح مع تخليته ، بحيث يتهيأ له فتحة من غير تكلف^(٣) .

ب- قيد الشافعية العقار الذي يكفي في قبضه التخلية بالعقار الغير معتبر فيه تقدير ، أما إذا كان معتبراً فيه - كما إذا اشترى أرضاً مزارعة - فقالوا : لا تكفي التخلية والتمكين ، بل لابد مع ذلك من الذرع .

كما أنهم : اشترطوا في الدور أن تكون فارغة من أمتعة البائع ، فلو باع داراً فيها أمتعة البائع توقف التسليم على تفرغها ، وكذا لو باع سفينة مشحونة

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٤٧-٢٤٨ .

(٢) الإنصاف - المرادوي ج ٤ ص ٤٧١ .

(٣) رد المختار ج ٤ ص ٥٦١ وما بعدها ، ط/الخلي ، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٦ وما بعدها .

بالقماش ولو جمع البائع متاعه في غرفة من المنزل ، وخلقى بينه وبين المشتري فقد تم القبض فيما عدا تلك الغرفة^(١) .

وإخلاء الدار من أمتعة البائع وعدم الاكتفاء بالتخلية هو ما ذهب إليه المالكية أيضا في الدار المعدة للسكنى^(٢) .

أما الحنابلة فلم يشترطوا إخلاء البائع الدار من الأمتعة^(٣) .

والجدير بالذكر : أن الحنفية والشافعية والحنابلة قد أحقوا الثمرة المبيعة على الشجر بالعقار في اعتبار التخلية مع ارتفاع الموانع قبضا له لحاجة الناس إلى ذلك وتعارفهم عليه^(٤) .

(١) معنى المحتاج ج ٢ ص ٧٣ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٥١٧ .

(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٤٥ .

(٣) كشف القناع ج ٣ ص ٢٤٨ .

(٤) شرح معاني الآثار ج ٤ ص ٣٦ ، المجموع ج ٩ ص ٣٣٣ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٠٢ .

الخلاصة

بعد عرض أقوال الفقهاء في كيفية القبض أو في صور تحقق القبض نخلص

بالآتي:

أولاً : إن الحنفية اعتبروا التخلية قبض في المنقولات من كيل أو وزن أو عد أو ذرع وغيرها وفي غيرها (العقار) من أرض ودور وشجر ... الخ .

ثانياً : إن جمهور الفقهاء : المالكية ، الشافعية ، الحنابلة قد فرقوا بين ما هو منقول وما هو عقار .

فالمنقول : إن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا فقبضه بالكيل والوزن... وهذا محل اتفاق بينهم .

أما غير المكيلات والموزونات ... فمرده إلى العرف كنقلها من مكانها وتحريكها .. أما غير المنقول أو العقار فهم متفقون مع الحنفية في أن التخلية كافية لتحقيق القبض مع وجود بعض القيود عند بعضهم على نحو ما ذكرت آنفا .

أي أن صور تحقق القبض عند الفقهاء في الجملة هي : التخلية فقط في العقار ، الكيل أو الوزن أو العد أو الذرع أو التخلية أو التناول ... في غيره .

والجدير بالذكر : أن منشأ اختلاف الفقهاء في صور تحقق القبض هو اختلاف أعراف الناس وعاداتهم فيما يكون قبضا للأشياء وما لا يكون نضف إلى ذلك اختلاف طبيعة الأشياء نفسها ، وقد ذهب إلى ذلك كثير من العلماء منهم : الإمام الخطابي فقد قال في إشارة منه إلى سبب اختلاف الفقهاء : "القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في نفسها ، وحسب اختلاف عادات الناس فيها" ^(١).

(١) معالم السنن للخطابي ج ٣ ص ١٣٦ ط/الطباخ مجلب .

أما السبب في اعتبار العرف فيما يكون قبضا وما لا يكون قد أشار إليه كثير من العلماء منهم ابن تيمية حيث قال : "وما لم يكن له حد في اللغة ، ولا في الشرع ، فالمرجع فيه إلى عرف الناس كالقبض المذكور في قوله ﷺ : "من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه"^(١) .

أي أنه نظرا لأن الشارع أطلق القبض وأناط به الأحكام ولم يبينه ولم يكن له حد في اللغة رجع فيه إلى العرف^(٢) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٧٢ ط/كردستان العلمية بالقاهرة سنة ١٣٢٨ هـ .

(٣) المجموع للنووي ج ٩ ص ٢٥٧ ، (٣٣٣م) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد .

المبحث الثاني القبض الحكمي

إذا تتبعنا صور تحقق القبض السابقة نجد أن أغلب صور القبض المعتد بها عند الفقهاء صوراً للقبض المادي والحسي من الكيل أو الوزن أو التناول باليد أو النقل والتحويل ... فهل يعني هذا أن القبض المعتد به عند الفقهاء مقصور على القبض الحقيقي أي ما كان حسياً فقط دون الحكمي .

وللإجابة عن هذا التساؤل أقول : إن القبض وإن كان في أغلبه حقيقياً إلا أن هذا لا يعني أن القبض الحكمي غير معتد به عند الفقهاء بل إنه في كثير من الحالات معتد به ومعتبر وأنزلوه منزلة القبض الحقيقي وذلك لوجوده ضرورات ومسوغات اقتضت قيامه مقام القبض الحقيقي وترتيب جميع أحكامه عليه .

وسأذكر بعضاً من هذه الحالات :

الحالة الأولى : حالة إقباض المنقولات بالتخليفة^(١) مع التمكين على مذهب الحنفية - على نحو ما ذكرت آنفاً - ولو لم يقبضها الطرف الآخر حقيقة والتخلفي ليست قبضاً حقيقياً وإنما قبضاً حكماً لكنهم أنزلوه منزلة القبض الحقيقي ورتبوا عليه أحكام القبض الحقيقي كما هو واضح من أقوال فقهاء الحنفية السابقة ومنها أيضاً : ما جاء في شرح المجلة للأتاسي : "إن التخليفة بين المشتري والمبيع تقوم مقام القبض الحقيقي إذا كانت على وجه يتمكن فيه المشتري من القبض بعد أن أذن له البائع بقبضه"^(٢) .

(١) تراجع ص ٨٥ .

(٢) شرح المجلة للأتاسي ج ٢ ص ١٩٢ .

والجدير بالذكر : أنه تفرع على هذا الأصل عند الحنفية كثير من التطبيقات
الفقهية منها على سبيل المثال :

١- لو أعطى المشتري البائع كيساً ليضع فيه البيع ، اعتبر ذلك قبضاً من
المشتري^(١) .

٢- لو اشترى شخص من آخر قمحاً وطلب إليه أن يطحن القمح ، فطحنه
البائع ، يكون المشتري قابضاً القمح تبعاً لطلبه من البائع أن يطحنه^(٢) .

٣- إذا أتلّف أجنبي المبيع قبل قبض المشتري له فقام المشتري بتضمين المتلف ،
يكون قابضاً^(٣) .

الحالة الثانية : اعتبار الدائن قابضاً حكماً وتقديراً للمدين إذا كانت ذمته
مشغولة بمثله - في الجنس والصفة ووقت الأداء - للمدين ، وذلك لأن المال
الثابت في الذمة إذا استحق المدين قبض مثله من دائنه بعقد جديد أو بأحد موجبات
الدين ، فإنه يعتبر مقبوضاً حكماً من قبل ذلك المدين ، ويتضح ذلك في كثير من
نصوص الفقهاء منها على سبيل المثال :

أ- اقتضاء أحد النقدين من الآخر : ذهب الحنفية ، الشافعية - في الجديد -
والحنابلة إلى أنه يجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ، ويكون صرفاً بعين وذمة كأن
كان لك على آخر دراهم فتأخذ منه دنانير ، أو كانت عليه دنانير فتأخذ منه دراهم
بسعر يومها^(٤) .

(١) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام العدلية للعلامة علي حيدر ج ١ ص ٥٠ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٥٠ .

(٣) المرجع السابق ج ١ ص ٢٢٢ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٤ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٥١٥ ، مفاتيح المحتاج ج ٢ ص ٧٠ ،

المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٥٤ ، ٥٥ ، ط/الرياض الحديثة .

وعلل لذلك الأبي المالكى بقوله : لأن المطلوب في الصرف المناجرة ، وصرف ما في الذمة أسرع مناجرة من صرف المعينات ، لأن صرف ما في الذمة ينقضي بنفس الإيجاب والقبول والقبض من جهة واحدة ، وصرف المعينات لا ينقضي إلا بقبضهما معا ، فهو معرض للعدول ، فصرف ما في الذمة أولى بالجواز^(١) .

أي أن الفقهاء اعتبروا ثبوت الدين في ذمة المدين قبل المصارفة قبضاً حكماً واقتضاء تقديرياً له من دائنه ، فكان الدائن بعد المصارفة قبضه منه ثم سلمه ثانية إليه^(٢) .

واستدلوا على ذلك بحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : "كنت أبيع الإبل بالبيع ، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، أخذ هذه من هذه ، وأعطي هذه من هذه ، فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت يا رسول الله : رويدك أسألك إني أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، أخذ هذه وأعطي هذه ، فقال : لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء"^(٣) .

وجه الدلالة : فيه دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره وظاهره أنهما غير حاضرين جميعاً ، بل الحاضر أحدهما وهو غير لازم ، فدل على أن ما في الذمة كالحاضر^(٤) .

ب- المقاصة : إذا انشغلت ذمة الدائن بمثل ماله على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء ، برئت ذمة المدين مقابلة بالمثل من غير حاجة إلى تقابض بينهما ،

(١) شرح الأبي المالكى على صحيح مسلم ج ٤ ص ٢٦٤ .

(٢) شرح السنة للبخاري ج ٨ ص ١١١ ، ١١٣ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب اقتضاء الذهب من الورق واللفظ له ، ونقل ابن

حجر في التلخيص ج ٣ ص ٢٥ إعلاله بالوقف عن جماعة من العلماء .

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٥٧ .

ويسقط الدينان إذا كانا متساويين في المقدار ، لأن ما في الذمة يعتبر مقبوضا حكما ، فإن تفاوتتا في القدر ، سقط من الأكثر بقدر الأقل ، وبقيت الزيادة ، فتقع المقاصة في القدر المشترك ، ويبقى أحدهما مدينا للآخر بما زاد^(١) .

الحالة الثالثة : تزويل إتلاف العين منزلة قبضها ، كما إذا أتلّف المشتري المبيع وهو في يد البائع . فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) إلى أن ذلك الإتلاف يعتبر قبضاً ، لأن القبض يتحقق بإثبات اليد والتمكن من التصرف ، والإتلاف تصرف فيه حقيقة ، فكان قبضا من باب أولى ، إذ التمكن من التصرف دون حقيقة التصرف نضف إلى ذلك أن صور الإتلاف من المشتري يدل على إثبات اليد فعلا ، فلا يتصور وقوعه مع انتفاء هذا المعنى ، لذا كان الإتسلاف بمنزلة القبض ضرورة .

وقد تفرع من هذا الأصل بعض من الفروع الفقهية منها :

- ١- ما ذهب إليه الشافعية من أن إتلاف الزوجة للصدّاق ، وهو بيد الزوج يعد قبضا ويرى الزوج بذلك^(٥) .
- ٢- ما ذهب إليه الحنفية : من أن المشتري إذا أعار المبيع أو أودعه أجنبيا صار بذلك قابضا ، لأنه بالإعارة والإيداع أثبت يد النيابة لغيره فيه ، فصار قابضا ، وكذا لو وهبه أجنبيا ، فقبضه الموهوب^(٦) .

(١) مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، لقدري باشا م ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، المطبعة الأميرية ، ط ١ ، ١٤٠٧/٥١٩٨٧ م .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٦ وما بعدها ، رد المحتار ج ٤ ص ٥٦١ ط/الخلي .

(٣) مغني المحتاج ج ٢ ص ٦٦ وما بعدها ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٤٩٩ .

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٣١ .

(٥) روضة الطالبين ج ٧ ص ٢٥١ .

(٦) شرح المجلة للأناسي ج ٢ ص ٢٠٦ وما بعدها .

المبحث الثالث

صور القبض حديثاً

ذكرت سابقاً أن الأشياء المقبوضة أما أن تكون منقولة أو غير منقولة .
فالأشياء غير المنقولة (العقار) كالدار ، والأرض ، وجميع المنشآت من مصانع وأبنية
فلم تتغير صورة القبض فيها في الجملة عما كانت سابقاً فقبضها عن طريق التخلية
وتمكن المنقول إليه من وضع يده عليها كما ذهب إلى ذلك الفقهاء .

أما المنقولات : فنظراً لاختلافها تبعاً لاختلاف العصور والأماكن ونظراً
لتطورها المستمر فمن الطبيعي جداً أن تتغير صور قبضها أو على أقل تقدير تستجد
صور كثيرة للقبض لم تكن موجودة من قبل نظراً لتطور الحياة المستمر خاصة في
الجانب الاقتصادي وظهور كثير من المعاملات الحديثة ومن أبرز هذه المعاملات
وأكثرها تطوراً بصفة مستمرة المعاملات النقدية ، وقد ظهرت حديثاً صور كثيرة
لقبض العملات أجاز بعضها كثير من العلماء المعاصرين .

ومن أبرز الصور وبالأدق الطرق التي أجازها الفقهاء المعاصرون طريقتين :

• الطريقة الأولى : القبض عن طريق القيد المصرفي .

• الطريقة الثانية : القبض عن طريق الشيك .

وفي المطلبين القادمين بيان وتفصيل لكل طريقة من الطريقتين .

المطلب الأول

القبض عن طريق القيد المصرفي

تعريف القيد المصرفي :

يمكن تعريف القيد المصرفي بأنه : إجراء كتابي يقوم به البنك في سجلاته يثبت به استحقاق شخص معين لمبلغ محدد من المال في ذمة البنك .

الأثر الناتج عن هذا التقييد :

لا يتم هذا التقييد نقل حسي للقرود ، ولكن يترتب عليه ثبوت ملكية الشخص المستفيد - حكما - للمبلغ المقيد في سجلات البنك ، ويحصل هذا الأثر الحكمي من تاريخ قيد المبلغ المعين في حساب المستفيد ، وقد أصبح هذا عرفاً بنكياً معمولاً به في العديد من البلدان ، وبموجب هذا الإجراء المصرفي فإن الشخص المستفيد يستطيع أن يتصرف بالمبلغ المقيد له في سجلات البنك تصرفاً كاملاً ، فله أن يسحب كل المبلغ من البنك أو بعضه أو يحيل عليه ، أو يصارف به في أي وقت يختاره ما لم يكن عليه قيود خاصة .

ويعد المبلغ المقيد في سجلات البنك وديعة مصرفية للمستفيد ، وعرف الناس في ودائعهم لدى المصارف أنهم يعدونها في متناول أيديهم حكماً ، وهي طريقة يفضلها كثير من الناس في هذا العصر إذا اطمأنوا إلى ملاءة البنك .

حالات القيد المصرفي :

للقيد المصرفي حالات كثيرة منها على سبيل المثال :

الحالة الأولى : إيداع مبلغ في حساب العميل مباشرة أو بحوالة مصرفية^(١) .

بيان ذلك : يعتبر القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل إذا أودعه في

حسابه شخص آخر أو جعله فيه بحوالة مصرفية قبضا حكماً من المستفيد صاحب

الحساب وتبرأ ذمة الدافع بذلك إذا كان مدينا له به .

(١) المعاملات المالية المعاصرة ، أ.د. وهبة الزحيلي ص ٤٢ ط/دار الفكر المعاصر .

وفي هذا الصدد (التحويل المصرفي) ورد في بحث أعد من قبل إدارة البحوث العلمية نقلاً عن الدكتور علي البارودي ما نصه : "عملية التحويل المصرفي تتم بواسطة قيود يجريها البنك ، مضمونها أنه يجعل حساب عميل معين مدين بمبلغ معين لكي يجعل حساب عميل آخر دائناً بذلك المبلغ أو هي نقل من حساب لحساب آخر بمجرد قيود في الحسابين ، وتبدأ هذه العملية عندما تنشأ علاقة مديونية بين شخصين لكل منهما حساب في البنك فبدلاً من أن يقوم المدين منهما بسحب مبلغ من حسابه فيوفي به للآخر الذي يلجأ إلى البنك مرة أخرى ليودعه ، يصدر العميل المدين أمراً إلى البنك بأن ينقل من حسابه إلى حساب دائنه مبلغاً يعادل قيمة الدين فيجري البنك القيود اللازمة ثم يحظر العميل الدائن بأنه أضاف إلى حسابه هذا المبلغ نقلاً من حساب مدينه ، وتقام العملية على هذا الوجه يعني عن استعمال النقود مادياً من العميل الأمر إلى دائنه العميل المستفيد عن طريق مناولة يدوية من جانب البنك المتوسط ... فالعميل المستفيد قد تسلم نقوداً بالفعل من العميل الأمر كل ما هناك أن طريقة التسليم طريقة مصرفية حديثة"^(١) .

وقد استدلت العلماء على جواز هذه الصور بقولهم :

١- إن القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض ذلك لأن التحويل عملية مجردة فهو أشبه بعملية تسليم النقود مادياً من العميل الأمر إلى دائنه العميل المستفيد عن طريق مناولة يدوية من جانب البنك المتوسط"^(٢) .

٢- إن عملية التحويل المصرفي بمثابة السُفْتجة المعروفة لدى فقهاء الشريعة وهي بالسين المهملة والتاء وإسكان الفاء بينهما وبالجميم ، لفظة أعجمية تعني : كتاب يكتبه المستقرض للمقرض إلى نائبه ببلد آخر ليعطيه ما أقرضه . بمعنى آخر :

(١) العقود وعمليات البنوك التجارية ، د. علي البارودي ص ٢٨٤ ، انظر بحث إدارات البحوث

العلمية، المعاملات المصرفية ص ٩ ، ١٠ .

(٢) المرجعين السابقين .

هي ورقة تكتب للمقرض في بلد ليستوفي نظير قرضه في بلد آخر اتقاء لخطر الطريق^(١) وهي باللوصة، فهي حوالة من نوع خاص^(٢)، لأن الحوالة نقل الدين من ذمة الخيل إلى ذمة المحال عليه^(٣).

فالسفتجة بهذا المفهوم قد أجازها بعض الفقهاء ومنهم الخنابلة^(٤).

واستدلوا على ذلك بقولهم: إن الأصل الإباحة ولأنها مصلحة لهما من غير أن يؤدي إلى ضرر أحدهما فهي ليست من قبيل القرض الذي يجبر نفعا لأن المنفعة لا تخص المقرض، بل ينتفعان بها جميعا.

والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها، بل بمشروعيتها ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص.

وقال الشيخ تقي الدين: إذا أقرضه دراهم ليستوفيها منه في بلد آخر، مثل أن يكون المقرض غرضه حمل الدراهم إلى بلد آخر والمقرض له دراهم في ذلك البلد، وهو محتاج إلى دراهم في بلد المقرض، فيقرض منه ويكتب له (سفتجة): أي ورقة إلى بلد المقرض، فهذا يصح في أحد قولي العلماء. وقيل: فمي عنه لأنه قرض جر منفعة. والقرض إذا جر منفعة كان ربا - والصحيح الجواز - لأن المقرض رأى النفع يأمن خطر الطريق في نقل دراهمه إلى ذلك البلد وقد انتفع

(١) تكملة المجموع شرح المهذب ج ١٢ ص ٢٦١، قذيب الأسماء واللغات ج ٢ ص ١٤٩، مواهب الجليل ج ٦ ص ٥٣٢، ٥٣٣.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة د. وهبة الزحيلي ص ٤٧٩.

(٣) مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدرى باشا ص ٢٢٦.

(٤) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣٥٤، اعتبرها بعض الحنفية حوالة، وهي مكروهة عندهم ومنعها المالكية، الشافعية لأنها قرض جر نفعا لأن السفتجة يربح فيها خطر الطريق. يراجع تفصيل هذا في تكملة المجموع ج ١٢ ص ٢٦١.

المقترض أيضا بالوفاء في ذلك البلد، وأمن خطر الطريق فكلاهما منتفع بهذا الاقتراض والشارع لا ينهى عما ينفعهم ويصلحهم وإنما ينهى عما يضرهم^(١).

٣- إن هذه الحوالات الداخلية التي تتم بعملة واحدة كعملة البلد، فإنها لا تخرج عن كونها وكالة بأجرة، حيث إن المصرف ما هو إلا منفذ لطلب العميل والأجرة تحتسب على أساس التكلفة التقديرية على ضوء المصروفات الفعلية التي يقوم بها البنك من عمل المختصين ومصروفات البريد أو الهاتف أو الفاكس أو التلكس والطابع وذلك إذا تم التحويل عن طريق إرسال إشعار من البنك إلى البنك المخول عليه بإحدى هذه الطرق.

وبناءً على ذلك فإن حكمها الشرعي جائز لأن الوكالة جائزة شرعا بأجرة وبدون أجرة^(٢).

الحالة الثانية: إبرام عقد صرف ناجز بين العميل والبنك ولهذا العقد صور متعددة منها:

الصورة الأولى: أن يدفع العميل للمصرف مبلغاً من النقود جنيهاً مصرية مثلاً على أن يسجله لحسابه الخاص بالدولار، فيتسلمه المصرف من العميل مباشرة أو من وديعة مصرفية لديه لطالب الصرف ويجري عملية التحويل مباشرة ثم يدخل في حسابه الخاص ما يقابله من الدولارات، ويعطيه إيصالاً بذلك.

فكما هو واضح أن المصرف لم يسلم الدولارات للعميل وإنما قيدها في حسابه المصرفي عنده فهل يكفي هذا التقييد ويقوم مقام القبض الحقيقي أم لا؟

(١) مجموع الفتاوى ج ٢٩ ص ٥٣٠، ٥٣١.

(٢) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د/محمد عثمان شبير ص ٢٧٨ ط/دار النفائس،

ذهب أكثر العلماء إلى اعتبار القيد المصرفي المعجل بالعملة المشتراه قبضا حكما من قبل العميل الآخر ، ويعتبر الاقتراع الناجز من قبل المصرف للبدل من حساب العميل قبضا حكما له من المصرف ، ويعد مجموع ذلك بمثابة التقابض بين البديلين في الصرف وإن اتحدت يد القابض والمقبض حسا^(١) .

واستدلوا على جواز هذه الصورة بقولهم : إنها جائزة لأنها من قبيل المصارفة في الذمة التي أجازها جماعة من الفقهاء^(٢) ، ويدل على جوازه حديث ابن عمر الثابت

(١) بحث القبض الحقيقي والحكمي : قواعد وتطبيقاته من الفقه الإسلامي للدكتور نزيه كمال حاد .

منشور في مجلة المجمع الفقهي العدد ٦ ، ج ١ ص ٧٣٣ .

(٢) من أنواع الصرف الصرف في الذمة أو على الذمة ولهذا النوع صور متعددة منها :

١- أن يشتري من رجل دراهم بدينار في مجلس ثم يستقرض دينارا من رجل آخر إلى جانبه ، ويستقرض الرجل الدراهم من رجل إلى جانبه فيدفع إليه الدينار ويقبض الدراهم . فعند الحنفية ، الشافعية والحنابلة : الصرف صحيح إذا تقابضا في المجلس لأن القبض في المجلس يجري مجرى القبض عند انعقد ويصح الصرف عندهم أيضاً إذا كان نقد أحدهما حاضرا واستقرض الآخر . أما المالكية : فقالوا : إن تسلفا فالعقد فاسد ، لأن تسلفهما مظنة الطول المخل بالتقابض ، وإن تسلف أحدهما وطال فكذلك ، وإن لم يطل جاز عند ابن القاسم ولم يجره أشهب ، قال الخطاب : ولقبت المسألة بالصرف على الذمة . يراجع تفصيل هذا في : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣٥ ، معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٣-٢٥ ، المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٥١ ، ٥٢ ، مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٠٩ والمواق عليه ج ٤ ص ٣٢١٠ .

٢- أن يكون لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرفا بما في ذمتيهما ولقبت هذه المسألة بالصرف في الذمة لذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم الجواز لأنه من قبيل بيع الدين بالدين وقال الحنفية : صح بيع من عليه عشرة دراهم دين بدينار ممن له عليه أي من داتنه أما المالكية فقالوا : إن وقع صرف دين بدين فإن تأجل الدينان عليهما وتصارفا قبل حلولهما بأن أسقط كل واحد منهما ما له على الآخر في نظر إسقاط الآخر ما له عليه فإنه لا يجوز لأنه يكون ممن يبيع الدين كذلك لا يجوز إن تأجل من أحدهما وحل الآخر . يراجع تفصيل هذا في : معنى المحتاج ج ٢

حيث كان على ذمته دراهم ويدفع دنانير وبالعكس فأقره النبي ﷺ بشرط أن يتم ذلك قبل التفرقة^(١).

الصورة الثانية : أن يدفع العميل مبلغا من النقود ليحولها المصرف بعملة البلد المحول إليه فيدخله في حساب المحول إليه كمن يطلب تحويل مبلغ من العملة السعودية إلى العملة الأمريكية إلى من يرغب التحويل عليه . فهذه العملية تشتمل على صرف وإجارة فإن كان لدى البنك وقت طلب التحويل - العملة الأجنبية سواء كانت في صندوقه أو في صندوق من يحول عليه من البنوك الأجنبية بحيث يكون للبنك المحول حساب بالعملة المذكورة لدى البنك المحول عليه .

فكما هو واضح أن هذه الصورة من قبيل الحوالات النقدية الخارجية التي تتضمن أكثر من معاملة - فكما ذكرت آنفا - فهي بالإضافة إلى الوكالة بأجرة فإنها تشتمل على بيع وشراء العملات الأجنبية ، فيستفيد البنك في هذه الحالة بالإضافة إلى الأجرة فرق السعر بين العملتين على أساس أن سعر الصرف في اليوم نفسه الذي خطر فيه البنك المحلي البنك الخارجي المحول إليه . ومن المعروف أن سعر الصرف للعملات الأجنبية يتحدد يوميا تبعا لظروف العرض والطلب لكل عملة ، كذلك فإن لكل عملة سعر بيع يرتفع قليلا عن سعر الشراء لها ، ومن هنا يربح البنك الفرق بين السعرين فهذه المعاملة من قبيل الصرف ومن شروط الصرف التقابض في مجلس العقد باتفاق الفقهاء^(٢) وهذا الشرط غير متحقق بحسب الظاهر .

ص ٢٥ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٧٠ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣٩ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٤٠ ، جواهر الإكليل ج ٢ ص ١٠ ، ١١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧٤ .

(١) سبق ذكر نص الحديث وتخرجه ص ٩٧ .

(٢) بداية المجتهد ، للإمام أبي الوليد بن رشد القرطبي ج ٢ ص ١٩٧ ط/١ ، مطبعة مصطفى الباي

فهذه الصورة أو هذا النوع من الحوالات جائز ويعد من قبل القبس الحكمي .

ذهب أكثر العلماء إلى جوازها بشرط : إذا أجرى الصرف بسعر الوقت وتعين مقدار المبلغ المراد تحويله بالعملة الأجنبية ففي هذه الحالة يعتبر تحويل المبلغ بالعملة المحلية إلى العملة الأجنبية في قوة المصارفة يدا بيد لأن عملية المصارفة تمت وليس بينهما بعد ذلك شئ أي أن أخذ العميل ورقة التحويل وتثبيت المقدار المحول بمثابة القبض أي أن البنك بمجرد الاتفاق مع العميل طالب التحويل واستلام المبلغ يقسم حالا بإجراء القيود المحاسبية المتعلقة بعملية التحويل ويسلم العميل في مجلس العقد إشعارا بذلك يقوم مقام القبض فقد جرى العرف التجاري على اعتباره ملزما لمن أصدره .

ثم تأتي بعد ذلك عملية التحويل من قبل المصرف إلى الآخر فهي بمثابة السفتجة - وكما ذكرت سابقا - هي جائزة عند بعض الفقهاء .

وبذلك تكون هذه الصورة أو الحوالات الخارجية جائزة شرعا ويتحقق القبض الحكمي^(١) .

(١) البنوك الإسلامية ، المنهج والتطبيق ، مصطفى كمال طابيل ص ١٣٠ ، مطابع شياشي ، القاهرة ١٩٨٧ ، المعاملات المالية المعاصرة ، د. محمد عثمان شبر ص ٢٧٩ .

المطلب الثاني

القبض عن طريق الشيك

الشيك هو : مأخوذ من الصك وهو وثيقة بمال أو نحوه^(١) . والشيك محرر يتضمن أمراً مكتوباً يطلب به الساحب من المسحوب عليه (المصرف) أن يدفع بمجرد الاطلاع عليه مبلغاً معيناً من النقود لشخص معين أو لإذنه أو لحامله^(٢) .
بمعنى آخر هو : أمر مكتوب وفقاً لأوضاع معينة حددها الأنظمة المختصة يطلب به شخص يسمى الساحب من شخص آخر يسمى المسحوب عليه أن يدفع بمقتضاه أو بمجرد الاطلاع عليه مبلغاً معيناً من النقود للساحب أو لشخص معين أو لحامله^(٣) .

وقد كثر استعمال الشيك في المعاملات المعاصرة فهل قبض الشيك قبض محتواه أم لا؟ بمعنى آخر هل تسلم الشيك بمثابة تسليم قيمته؟
ذهب كثير من الباحثين المعاصرين إلى القول بأنه يكفي قبض الشيك عن قبض محتواه فتسليم المصرف الوسيط شيكاً بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف في المجلس - أي أن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه - فيكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية في القبض^(٤) .

(١) المعجم الوسيط ، لإبراهيم مصطفى وآخرين ج ١ ص ٥٢١ ، المكتبة القلمية ، طهران .

(٢) الموسوعة الاقتصادية لراشد البراوي ص ٣٢٨ .

(٣) حكم قبض الشيك وهل هو قبض محتواه ، الشيخ عبد الله سليمان منيع ، بحث منشور ، مجلة المجمع

الفقهية الإسلامي الدولي ، العدد ٦ ، ج ١ ص ٦٧٢ .

(٤) العقود الشرعية الحاكمة ، د/ عيسى عبده ص ٢٤٨ ، ط/ دار الاعتصام ، الطبعة الأولى

واستندوا في رأيهم هذا على كثير من الاعتبارات منها :

١- أن الشيكات تعتبر في نظر الناس وعرفهم وثقتهم بمثابة النقود الورقية ، وأنها يجري تداولها بينهم كالنقود تظهيرا وتحويلا ، وأنها محمية في قوانين جميع الدول من حيث إن سحب الشيك على بنك ليس للساحب فيه رصيد يفى بقيمة الشيك المسحوب يعتبر جريمة شديدة تعاقب عليها قوانين العقوبات في الدول جميعا^(١) .

وتأكيدا لما سبق قالوا : إن الأوراق التجارية^(٢) تقوم مقام النقد فهي قابلة للتداول وتنتقل بالتظهير من شخص إلى آخر أو تكون حاملها فيكتفى فيها بالمناولة لتصبح في ملكية الحائز لها وتيسر لحاملها الحصول على النقود فوراً بحصنها لدى المصارف أو باستعمالها في تسوية الديون فهي أداة ائتمان ووفاء ونقد ولها من ذاتها ما يساعد على حمايتها من العبث ، لأن المشرع عندما قرر وضعها قيد التداول حرص على أن تكون مقيدة بشروط شكلية ملزمة تصبغ عليها الصفة التجارية وأيدها بمزيدات جزائية تحميها من العبث والاستهانة بقوتها المادية والإبرائية والحقوقية ... وهي ورقة نقدية عند الحاجة إليها فيضمن حاملها الحصول على النقد مهما كان قدره بمجرد حصوله على هذه الورقة وعرضها على المصرف أو على عملاء هذا المصرف في أماكن مختلفة^(٣) .

^(١) المرجع السابق ، استبدال النقود ، السالوس ص ٩٦ ، ط/مكتبة الفلاح ، الكويت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ .

^(٢) الأوراق التجارية هي صكوك ثابتة قابلة للتداول بطريقة التظهير تمثل حقا نقديا وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليها ، أو بعد أجل قصير ، ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء بدلا من النقود . الأوراق التجارية ، مصطفى كمال طه ص ١٢٠ ، معجم المصطلحات التجارية لجليل قسطو ص ٤٢ ، مطبعة الرسالة ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩١ .

^(٣) الأوراق التجارية ، محمود بالمللي ص ١٥ ط/المؤسسة العلمية للوسائل التعليمية ، حلب .

٢- إن الشيك يقوم بما قامت به السفتجة فعندما كان المسلم يذهب إلى عبد الله بن الزبير في مكة ، ويعطيه نقودا ، ويأخذ سفتجة يسلم بها ما يقابل هذه النقود من أخيه مصعب في العراق فهذا يعني بجلاء أن السفتجة قد قامت مقام القبض والشيك يعني نقل الملكية في الحال ، فالشيك إذن يقوم بدور السفتجة أو أكثر لأنه لا يمكن أن يكون أقل منها في أداء وظيفة القبض^(١) .

وبعضد هذا كثير من أقوال الفقهاء ، منها على سبيل المثال :

أ- ما قال ابن قدامة : الحوالة بمزلة القبض ، وكأن الخيل أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من الخال عليه وسواء تعذر القبض من الخال عليه أو لم يتعذر .

ب- وقال أيضا : الحوالة كالتسليم^(٢) .

٣- إن القبض في محمله مرده العرف ، وهذا واضح في أقوال العديد من الفقهاء - وقد ذكرت بعضا منها سلفا - ومن ذلك أيضا ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية : "الأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصلاة والزكاة والصيام والحج ، وتارة باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر وتارة بالعرف كالقبض والتفريق"^(٣) .

فإذا كان القبض مرده إلى العرف فإن الشيك هو الأداة الرئيسية التي تنتقل بها ملكية النقود المودعة في الحسابات الجارية بالمصارفة ، وإذا تعارف الناس على نقل هذه الملكية بالتلكس مثلا صار هذا قبضا في عرفهم ويمكن أن يتوصل الناس إلى وسائل أخرى تنتقل بها ملكية النقود فتقوم هذه الوسائل مقام قبض النقود ذاتها^(٤) .

(١) حكم قبض الشيك ، الشيخ عبد الله منيع ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، العدد ٦ ، ج ١ ص ٦٩٠ .

(٢) المعنى ج ٥ ص ٥٦ ، ٦٩ .

(٣) مجموع الفتاوى ج ٢٩ ص ٤٤٨ .

(٤) حكم قبض الشيك ، مجلة المجمع الفقهي عدد (٦) ج ١ ص ٦٩٠ .

وبالرغم من حدد الاعتبارات وغيرها فقد وردت عدة اعتراضات على أن قبض الشيك قبض محتواه منها .

١- قد يسحب الشيك على بنك لا رصيد للمالك فيه ، أو يكون الرصيد غير كاف بقيمة الشيك ، فلا يتم القبض أو يتأخر ، ومعلوم اشتراط التقابض في الصرف .

٢- قد يلغى الشيك بعد كتابته أو يسترد مقابله .

٣- قد يعلق صرف الشيك على أمر مكتوب يخطر من صاحب الرصيد فيتأخر القبض أو يمتنع المسحوب عليه من الوفاء^(١) .

٤- إن قابض الشيك قد يتأخر عن تقديمه للمصرف الوكيل . وقد يزيد السعر أو ينقص في هذه الفترة فيتضرر أحدهما فلا يتحقق الوصف الذي ذكره .

وأجيب عن هذه الاعتراضات بالآتي :

إن هذه المخاطر لا تؤثر في اعتبار قبض الشيك قبض محتواه لأن قبض المحتوى نفسه ليس هائيا إذا نظرنا من جهة أخرى وهو كون النقد مزورا أو معيبا ونحو ذلك من العيوب ، بل إن النقد المزور لا يمكن معرفة من زوره لأنه يتداول بالمناولة ، كما أن القانون لا يحمي حامل النقود المزيفة ، بينما الشيكات تتداول بطريق يمكن معرفة من انتقلت إليه وبالتالي يسهل ضبط العيب إذا ظهر قريبا ، فحامل الشيك يحميه القانون إذ يعتبر سحب الشيك بدون رصيد من الجرائم التي تعاقب عليها الدول أشد العقوبات ، وهذا من أهم الضوابط التي تحد من التزوير في الشيكات ، وبذلك يمكن القول بأن مسئولية مصدر الشيك عن صدق محتواه مع ما يحيط به من ضوابط

(١) جرائم الشيك ، حسن صادق المرصفاوي ص ١٠٠ ، ١٢٦ ، ط/المؤسسة العلمية للوسائل التعليمية ، حلب .

أخرى تعزز الثقة في الشيك فتشبه ضمان الدولة عن الأوراق النقدية التي تصدرها ،
غاية ما هناك أن الأوراق النقدية شيكات لحاملها والأوراق التجارية - الشيك -
اسمية وما بينهما من فروق لا يؤثر في كون قبض الشيك قبض محتواه .

أما عن احتمال تأخر القبض عن طريق الشيك وما يترتب على ذلك من مضار
خاصة تغير سعر الصرف فيمكن الجواب عليه بالآتي : إن الأجير وموكله أو فرعه
مستعدان للوفاء الفعلي للشيك في أي وقت يتقدم به حامله ، فإذا تأخر فهو خطؤه
ويتحمل نتيجته لو نقص السعر فضلا عن أن هذا المتأخر لا يتأخر إلا لمصلحة أو
عذر وهو ممكن من نقل هذا الشيك والتصرف به في أنواع التصرفات وهذا يجعل
من النادر أن يتأخر أحد بشيكة يترصد زيادة السعر أو نقصه^(١) .

ومما يعضد القول بأن قبض الشيك قبض محتواه : أحكام بعض المسائل الفقهية
التي أقرها الفقهاء قديما منها :

ما جاء في الزكاة تحديدا زكاة الدين فقد اعتبر العلماء أن الدين على ملى في
حكم المقبوض وعليه فقد أوجبوا زكاة الدين على ملى دل على ذلك العديد من
أقوال الفقهاء منهم :

١- الزيلعي حيث قال : "ولو كان الدين على مقر تجب - أي الزكاة - لأنه
لا يمكن الوصول إليه ابتداء أو بواسطة التحصيل"^(٢) .

٢- المرادوي حيث قال : "الحوالة به والإبراء منه كالقبض على الصحيح من
المذهب وقيل إن جعل وفاء كالقبض وإلا فلا"^(٣) .

(١) بتصرف : استبدال النقود والعملات ، د/ علي السالوس ص ٩٦ ، ١٦٨ ، الأوراق التجارية
والنقدية ، رسالة ماجستير للشيخ ستر الجميد ، جامعة أم القرى ص ٣٣٢ .

(٢) تبين الحقائق ج ١ ص ٢٥٦ .

(٣) الإنصاف ج ٣ ص ١٨ .

٣- أبو عبيد حيث أورد قول ابن عمر رضي الله عنهما : "وما كان من ديسن على ثقة فركه"^(١).

مخلص من كل ما سبق أن كثيرا من علماء الشريعة الإسلامية وعلماء الاقتصاد الإسلامي أقروا بأن قبض الشيك قبض محتواه للحاجة الماسة إليه خاصة وأن النقود الورقية تستخدم في الصفقات ذات القيم الصغيرة ، أما الصفقات والمعاملات الأساسية في هذه الاقتصاديات فإنها تتم بواسطة النقود الائتمانية أو المصرفية والتي ليس لها أداء غير الشيك .

وأخيراً ننهي هذه المسألة بما قاله الشيخ عبد الله منيع : يكاد الإجماع يتعقد بين جميع من تحدث عن الشيك وخصائصه وأحكامه على أن قبضه قبض محتواه في ذمة المسحوب عليه حيث إن الضمانات المتاحة لحماية حق المستفيد من الشيك أبلغ من الضمانات المتاحة لحماية ثنية الأوراق النقدية المجمع على اعتبارها نقدا موجبا للإبراء العام والقابلية المطلقة^(٢).

(١) الأموال لأبي عبيد ص ٣٨٨ .

(٢) حكم قبض الشيك ، مجلة المجمع الفقهي ، عدد ٦ ، ج ١ ص ٧٠١ .

تتمة

خلصنا مما سبق أن الحوالات المصرفية ، الشيكات من صور القبض المعتد هما شرعا ، ولاحظنا أن من أهم الأدلة على اعتبارها قبضا مشروعاً هو اعتبار الحوالات المصرفية بجميع أنواعها والشيكات بمثابة السفتجة قديماً ، لذا أحب أن أذكر أن بعض العلماء المعاصرين قالوا بوجود فوارق بين الحوالات المصرفية وبين السفتجة ، فمن باب تتمه هذا المبحث سأذكر بعض هذه الفروق وأوضح هل هي مؤثرة على اعتبار الحوالات المصرفية قبضا أم غير مؤثرة حتى تتضح لنا الصورة بجلاء؟

وللإجابة عن هذا التساؤل أقول : أشار بعض العلماء بإيجاز إلى وجود فوارق بين الحوالات المصرفية وبين السفتجة ومنهم : الدكتور وهبة الزحيلي حيث قال : الحوالة المصرفية تختلف في إجراءاتها عن السفتجة ، لأن التحويل المصرفي يتم بطريق القيد المصرفي بين المصرفين المتوسطين في العملية ، وتم المقاصة بين المصرفين في الحوالات المقيدة لحساب كل مصرف أمر ومأمور^(١) .

وفصل البعض الآخر الفوارق بين الحوالات المصرفية وبين السفتجة فقد أشارت الموسوعة الفقهية الكويتية إلى هذه الفوارق بإسهاب فجاء فيها : إن الناظر إلى هذه التحويلات الحديثة وإلى السفتجة القديمة يجد بينهما فرقاً من جهات أربع :
الجهة الأولى : أن السفتجة القديمة لا بد أن تكون بين بلدين والتحويل المصرفي تارة يكون كذلك وتارة يكون بين مصرفين في بلد واحد .

الجهة الثانية : أن السفتجة القديمة قد يكون المقرض فيها مسافراً أو عازماً على السفر فيوفي هو نفسه أو نائبه إلى المقرض أو إلى مأذونه والتحويل المصرفي

(١) المعاملات المالية المعاصرة ص ٤٧٩ .

ليس فيه ذلك . فالمصرف الأول وهو المقرض لا يوفي بنفسه إلا إذا كان المصرف الثاني الدافع فرعاً للأول .

الجهة الثالثة : أن المفروض في السفتجة القديمة اتحاد جنس النقد المدفوع عند العقد والمؤدي عند الوفاء فالأخذ في السفتجة إذا أخذ دنانير من نوع مخصوص وفاها كذلك ، وهكذا ذلك لأنهم عرفوا السفتجة بأنها قرض (وقد تتوافر معه فيها عناصر الحوالة) فلو كانت التأدية بنوع آخر لما كانت قرضاً ، لأن القرض لا بد فيه من رد المثل .

والتحويل المصرفي لا يقتصر على هذه الحالة - كما سأوضح في الحالات القادمة - فإن المصرف في أغلب الأحيان يأخذ نقوداً من نوع ويكتب للمصرف الآخر أن يوفي من نوع آخر ، وهذه المعاملة ليست قرضاً محضاً بل تشتمل على صرف أو شبهة .

الجهة الرابعة : أن الآخذ في السفتجة القديمة لا يتقاضى أجراً اكتفاءً بأنه سينتفع بالمال في سفره أو إقامته فيربح ما يغنيه عن اشتراط أجر لعمله أما المصرف في التحويل المصرفي فيتقاضى أجراً يسمى عمولة .

وبعد ذكر هذه الفروق : خلصت الموسوعة إلى القول بأن التحويلات المصرفية عملية مركبة من معاملتين أو أكثر وهو عقد حديث لأنه لم يجر العمل به على هذا الوجه في العهود السابقة ولم يدل دليل على منعه فهو صحيح جائز شرعاً من حيث أصله^(١) .

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ، مصطلح الحوالة ص ٢٣٢ .

وقد عقب على هذه الفروق الأربع وتناولها بالبحث والتمحيص فضيلة الشيخ
عبدالله بن سليمان بن منيع^(١) ليرى مقتضاها في الأحكام بالنظر الفقهي الإسلامي .
وفيما يلي - بإيجاز - ما جاء في بحثه حيث قال :

الفرق الأول : كون السفتجة لا تتم إلا بين بلدين والتحويل المصري ...
هذا الفرق لا تأثير له في الحكم الشرعي بالجواز فإن الذين أجازوا السفتجة
بين بلدين يجب أن يميزوا ما يشبهها بين مكانين في بلد واحد بل هذا أقرب إلى
الجواز ، لأن اشتراط الوفاء في بلد آخر كان هو العلة التي جعلت بعض الفقهاء
يكرهون السفتجة أو يجرمونها فإذا أجازها المحققون مع وجود هذه الشبهة فإجازتها
مع قرب المكانين أولى لأن المقترض حينئذ لا يستفيد سقوط الطريق ، فلا يتوهم أنه
قرض جر نفعاً .

الفرق الثاني : كون السفتجة القديمة تشمل صوراً مغايرة للتحويل المصري .
هذا الفرق أيضاً لا تأثير له لأن الذين أجازوا السفتجة لم يخصوا الجواز بهذه الصور
المغايرة ، فيكفي أن يكون التحويل موافقاً للصور الأخرى من السفتجة ، فالقائلون
بجواز هذه الصور ينبغي أن يقولوا بجواز التحويل الموافق لها .

الفرق الثالث : كون السفتجة تجري بنقد واحد أما التحويل المصري فقد
يجري بنقد واحد وقد يكون بين جنسين من النقود .

أجاب الشيخ عن هذا الفرق باستفاضة شديدة لقوله إن هذا الفرق جدير
بعناية الباحث لأن له تأثير ويحتاج إلى التفصيل ولكفي سأذكر ما قاله بإيجاز .

أشار فضيلته إلى أن التحويل بين مصرفين في دولة واحدة إنما يكون بنقد
الدولة غالباً فيكون كالسفتجة القديمة بعد اعتبار المصرف شخصية اعتبارية فما قيل

(١) تناول فضيلة الشيخ هذا في بحثه : حكم قبض الشيك وهل هو قبض فتاواه؟ منشور في مجلة المجتمع
الفاقي الإسلامي بمجلة العدد (٦) ج ١ ص ٦٨٢ وما بعدها .

في تطبيق السفتجة على المعاملات الشرعية المعروفة يقال في تطبيق هذا النوع من التحويل فهو قرض وتوكيل . أو قرض وحوالة . أما إن كان التحويل بين مصرفين في دولتين فلا يمكن أن يكون بنوع واحد من النقد غالبا ، فمثلا الذي يريد تحويل دنانير عن طريق مصرف في الكويت إلى مصرف في مصر لابد أن يطلب التحويل إلى جيهاة مصرية بسعر الصرف وقت التحويل ، إذا فالمقصود التوفية بنقد من جنس آخر على اعتبار أن الأوراق النقدية نقودا وضية وليست سندات^(١) ، أي أنه صرف ومن شرائط صحة الصرف التقابض وهذا يقتضي أن يدفع طالب التحويل إلى المصرف الأوراق النقدية التي يحملها وأن يصرفها بالأوراق النقدية من الجنس الآخر المطلوب ويقبضها بالفعل من المصرف ، ثم يسلمها إليه قرضا ليوفيه في البلد الآخر من هذا الجنس الثاني أي يجب فك عملية التحويل بين جنسين مختلفين من هذه الأوراق إلى عمليتين : مصارفة أولا يقع فيها التقابض ، وسفتجة ثانياً يدفع فيها مبلغ من جنس ويستوفي نظيره من الجنس نفسه في البلد الآخر ، ولكن هذه التجزئة العملية لا تقع فعلا وإنما يدفع طالب التحويل إلى المصرف المبلغ المطلوب تحويله من نقود البلد الذي هو فيه فيقوم المصرف بتسليمه إيصالا به مع صك وشيك ، يتضمن حوالة على المصرف في البلد الآخر وبما أن هذه الشيكات في عرف الناس بمثابة النقود الورقية وأنها محمية في قوانين جميع الدول ، فيمكن القول بأن تسليم المصرف الوسيط شيكا بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف في المجلس أي أن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه فيكون الصرف قد استوفي شريطته الشرعية في التقابض .

(١) أفاض الدكتور منيع في هذه الجزئية لإثبات أن الأوراق النقدية نقودا وضية وليست سندات ، وبناء عليه فالصرف تم بين جنسين مختلفين وعليه فالتحويل المصرفي بين جنسين مختلفين ليس من قبيل بيع الدين بالدين . تراجع ص ٦٨٣ ، ٦٨٤ .

الفرق الرابع والأخير : بين السفتجة القديمة والتحويل المصرفي اليوم : أن المصرف يأخذ عمولة من طالب التحويل مع المبلغ المطلوب تحويله ولا يوجد هذا في عملية السفتجة قديماً .

ورد فضيلته على هذا الفرق بقوله : إن في هذه العمولة إشكالا من حيث الظاهر فقط لأنها من قبيل القرض وقد نص الفقهاء على أنه لا يجوز في القرض اشتراط يجبر نفع للمقترض كما لا يجوز اشتراط يجبر نفعاً للمقرض لكن شرط جر النفع للمقرض يعتبر رضا وشرط جر نفع للمقترض يعتبر زيادة إرفاق من المقرض للمقترض فيكون وعدا حسنا وليس للإرفاق حد يقف عنده ولاسيما أن هذا الشرط مصاد للربا ففي التزامه تأكيد التبري من الربا وقد أجاز بعض الخنابلة في القرض اشتراط دفع المقرض أقل مما أخذ فهذا القول جيد جدا ويسعف في تحريج العمولة عليه .

نصف إلى ذلك : أن بين المعاملات التي يقوم بها الأفراد والمعاملات التي تقوم بها المصارف فرقا شاسعا فالمقترض في السفتجة القديمة لا يقوم بعمل للمقرض ولا يتحمل متونة لأنه إن كان مسافرا فهو مسافر لحاجة نفسه وما صنع شيئا للمقرض سوى كتابته الصك ثم توفية الدين له أو لصديقه مثلا أما المصرف الذي اعتبر مقترضا في عملية التحويل فيختلف عن المقرض في السفتجة فهو شخصية اعتبارية تجمع موظفين وعمالا يتقاضون رواتب شهرية غير مرتبطة بالعمل قلة وكثرة ويتخذ مقرا مجهزة باثاث وأدوات ... ثم إن العملية ليست كتابة ورقة فحسب وإنما هي إجراءات كثيرة ذات كلفة مالية ، فلو لم يأخذ عمولة لما استطاع تغطية النفقات الطائلة التي ينفقها ، فاشتراط العمولة محقق للعدالة ومتفق مع أصل التشريع الإسلامي وليس هناك نص أو إجماع على منع مثل ذلك^(١) .

(١) حكم قبض الشيك وهل هو قبض هتراه؟ للشيخ عبد الله بن سليمان المنيع ، منشور في مجلة المجمع الفقهي بجدة العدد ٦ ، ج ١ ص ٦٨٠-٦٨٩ .

فبعد هذه الردود القوية على هذه الفوارق يتبين لنا بجلاء عدم تأثير هذه الفوارق على اعتبار الحوالات المصرفية الحديثة بمثابة السفتجة قديما ، وأن الحوالات المصرفية بجميع صورها السابقة من صور القبض المعتد بها شرعا .

وأخيرا أحب أن أختتم هذا البحث المتواضع بأمرين

الأمر الأول : عرض قراري المجمع الفقهي الإسلامي الدولي ، والمجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي .

أ- فقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠ ما يلي :

أولاً : قبض الأموال كما يكون حسياً في حالة الأخذ باليد ، أو الكيل أو الوزن في الطعام ، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض ، يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً . وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضا لها .

ثانياً : إن من صورة القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً :

١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية :

أ- إذا أودع في حساب العميل مبلغ من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية .

ب- إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة

بعملة أخرى لحساب العميل .

ج- إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر

بعملة أخرى ، في المصرف نفسه أو غيره ، لصالح العميل أو لمستفيد آخر ، وعلى

المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية .

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي ، للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل ، على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسلم الفعلي .

٢- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه المصرف .

ب- وقرر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المعقودة بمكة المكرمة في الفترة من يوم الأحد ١٣ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩ إلى يوم الأحد ٢٠ رجب ١٤٠٩ هـ الموافق ٢٦ فبراير ١٩٨٩ ما يلي :

أولاً : يقوم استلام الشيك مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود بالتحويل في المصارف .

ثانياً : يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً ، والحمد لله رب العالمين .

الأمر الثاني : إن من خلال عرض بعض صور القبض الحديثة وإجازة العلماء لها أستطيع القول بأن سند إجازتهم يتلخص فيما يلي :

١- أن القبض الحكمي أجازته واعتد به الفقهاء قديماً في كثير من المسائل على نحو ما ذكرت سابقاً .

٢- أن معنى القبض وأساسه قائم على العرف ما لم يتعارض مع نص شرعي فما يقره العرف على أنه قبض كان قبضاً وبما أن العرف يستغنى حسب الأزمان

والأماكن ، فالقبض يتغير تبعاً لذلك فما يكون قبضاً في زمن ما لا يكون قبضاً في الزمن الذي يليه وما يكون قبضاً في مكان لا يكون قبضاً في مكان آخر أي أننا من الصعوبة بمكان أن نقول إن للقبض صوراً محدودة مجازة وما عداها فلا . ولا يخفى علينا أن العادة محكمة في كثير من الفروع الفقهية وأقرها الفقهاء قديماً في أكثر من موضع ، وفي ذلك يقول ابن عابدين : "اعلم أن اعتبار العرف والعادة رجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً، فقالوا تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة. إلى أن قال ليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص ، بل فيه اتباع النص" (١).

وقد ذكرت سابقاً كثيراً من أقوال الفقهاء التي تؤيد أن القبض مرده إلى العرف والعادة .

٣- وهو ما ذكره د/ وهبة الزحيلي : العبرة في الشريعة الإسلامية للمقاصد والمعاني فإذا تحقق الغرض من القبض وارتفع احتمال الاستفادة من تفويت القبض ، والوقوع في شبهة الربا ، فإن القبض يكون صحيحاً مجزئاً شرعاً (٢).

والله تعالى أعلى وأعلم
 وصلى الله وسلم على خاتم الأنبياء والمرسلين
 والحمد لله رب العالمين

(١) رسالة : نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف ضمن رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١١٥ -

١١٨ ط/استانة .

(٢) المعاملات المالية المعاصرة ص ٤٢ .

أبرز المصادر

- ١- الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار ، تصنيف الإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٢- الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز ، العز بن عبد السلام .
- ٣- الأم ، محمد بن إدريس الشافعي ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .
- ٤- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل ، علاء الدين بن سليمان المرادوي .
- ٥- الأوراق التجارية ، محمود البابلي ، ط/المؤسسة العلمية للوسائل التعليمية، حلب .
- ٦- أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، ابن دقيق العيد ، ط/دار الكتب .
- ٧- أحكام القرآن ، أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص .
- ٨- أحكام القرآن ، محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، ط/دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٧هـ .
- ٩- استبدال النقود والعملات ، أ.د/ علي أحمد السالوس ، ط/مكتبة الفلاح ، الكويت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ .
- ١٠- أسنى المطالب شرح روض الطالب ، زكريا الأنصاري .
- ١١- أعلام الموقعين عن رب العالمين ، لأبي عبد الله محمد بن القيم الجوزية .
- ١٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لأبي بكر مسعود الكاساني ، ط/دار الكتب العلمية .

- ١٣ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ابن رشد الحفيد ، ط/بيروت
١٩٩٢ م .
- ١٤ - بصائر ذوي التمييز ، الفيروزآبادي .
- ١٥ - البنوك الإسلامية - المنهج والتطبيق ، مصطفى كمال طايبل ،
ط/غياشي ، القاهرة ١٩٨٧ م .
- ١٦ - البهجة في شرح التحفة ، لأبي الحسن التسولي ، ط/دار الرشاد
الحديثة ، الدار البيضاء .
- ١٧ - تبين الحقائق ، للإمام فخر الدين الزيلعي الحنفي شرح كثر الدقائق
للإمام أبي البركات النسفي .
- ١٨ - تفسير الماوردي ، ط/وزارة الأوقاف الكويتية .
- ١٩ - تقرير القواعد وتحرير الفوائد ، للإمام أحمد بن رجب العيني الحنبلي
، ط/دار ابن القيم .
- ٢٠ - الجامع في أصول الربا ، رفيق يونس المصري ، ط/دار القلم .
- ٢١ - الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد القرطبي ، ط/دار
الشعب .
- ٢٢ - جرائم الشيك ، حسن صادق المرصفاوي ، ط/المؤسسة العلمية
للوائل التعليمية ، حلب .
- ٢٣ - جواهر الإكليل على مختصر خليل ، الشيخ صالح عبد السميع الآبي .
- ٢٤ - حاشية الحسن بن رحال على شرح تحفة ابن عاصم .
- ٢٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، شمس الدين محمد بن عرفة
الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة ، ط/دار الكتب العلمية .

- ٢٦- حاشية الشيخ علي العدوي على الخرشني ، ط/دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي ، القاهرة ، مصر .
- ٢٧- حاشية القليوبي ، عميرة على شرح الخلي للمنهاج ، لشهاب الدين القليوبي ، والشيخ عميرة ، ط/دار إحياء الكتب العربية ، مصر .
- ٢٨- الحاوي الكبير ، لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، ط/دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٢٩- الحاوي للفتاوي ، الشيخ عبد الرحمن السيوطي ، ط/دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٣٠- حدود ابن عرفة وشرحه ، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق محمد أبو الأجنان الطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان .
- ٣١- رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي .
- ٣٢- الرسالة ، أبو زيد القيرواني ، تحقيق أبو الأجنان .
- ٣٣- روضة الطالبين وعمدة المفتين ، الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، ط/دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٣٤- الروض المربع شرح زاد المستقنع ، الشيخ منصور يونس البهوتي ، الأرقم بن أبي الأرقم ، بيروت ، لبنان .
- ٣٥- شرح الزرقاني على موطأ مالك ، محمد الزرقاني ، ط/المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت .
- ٣٦- شرح فتح القدير ، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي ، ط/بولاق .

- ٣٧- شرح منتهى الإرادات ، الشيخ منصور بن يونس البهوتي ،
ط/المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة .
- ٣٨- العقود الشرعية الحاكمة ، د. عيسى عبده ، ط/ار الاعتصام ،
الطبعة الأولى ١٣٩٧هـ .
- ٣٩- العقود وعمليات البنوك التجارية ، د/ علي البارودي .
- ٤٠- الفروق ، شهاب الدين القرافي ، ط/دار المعرفة ، بيروت ،
ط/بولاق .
- ٤١- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، العز بن عبد السلام ، ط/دار
الكتب العلمية ، ط/المكتبة التجارية الكبرى .
- ٤٢- القوانين الفقهية ، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي ،
ط/دار العربية للكتاب .
- ٤٣- كشاف القناع عن من الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي ، دار
الكتب العلمية .
- ٤٤- الكليات ، لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي ، ط/دمشق .
- ٤٥- لسان العرب ، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي
المصري (ابن منظور) .
- ٤٦- المبسوط ، لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، دار المعرفة ،
بيروت ، ١٤٠٦هـ .
- ٤٧- مجلة الأحكام الشرعية ، على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، دراسة
وتحقيق د/ عبدالوهاب أبو سليمان ، د/ محمد إبراهيم أحمد ، الطبعة الأولى ،
مطبوعات تامة ١٤٠١هـ/١٩٨١م ، المملكة العربية السعودية.

- ٤٨- المجموع شرح المهذب يحيى بن شرف بن مري الحوراني النسوي ،
ط/مكتبة الإرشاد ، جدة ، المملكة العربية السعودية .
- ٤٩- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ، ابن تيمية ، مطابع الرياض .
- ٥٠- لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ،
ط/مكتبة الجمهورية العربية .
- ٥١- مختار الصحاح ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، دار
مكتبة الهلال ، بيروت ، لبنان .
- ٥٢- المدونة الكبرى ، الإمام مالك بن أنس ، دار الكتب العلمية ،
بيروت .
- ٥٣- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، محمد قدرى باشا ،
المطبعة الأميرية ، ط ١ ، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .
- ٥٤- الصباح المنير ، لأبي العباس أحمد بن محمد الفيومي .
- ٥٥- معالم السنن ، لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي ، ط/الطباخ بحلب .
- ٥٦- المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي ، د/علي أحمد
السالوس ، ط/دار الاعتصام .
- ٥٧- المعاملات المالية المعاصرة ، أ.د. وهبة الزحيلي ، ط/دار الفكر
المعاصر .
- ٥٨- المعاملات المالية المعاصرة ، أ.د. محمد عثمان شير ، دار النفائس ، الأردن .
- ٥٩- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، د/نزيه حماد ،
ط/المعهد العالمي الإسلامي ، الطبعة الثالثة ١٤١٥هـ .
- ٦٠- معجم مقاييس اللغة ، لأبي حسين أحمد بن فارس بن زكريا .

- ٦١- المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد
عبدالقادر، محمد علي النجار ، ط/المكتبة العلمية .
- ٦٢- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، الخطيب الشربيني ،
ط/دار الفكر .
- ٦٣- المغني مع الشرح الكبير ، موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد
بن محمد بن قدامة المقدسي ، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م ، المملكة العربية السعودية.
- ٦٤- المنتقى شرح موطأ مالك ، للقاضي أبي وليد سليمان الباجي ،
ط/الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٦٥- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، محمد بن محمد المغربي
المعروف بالخطاب الرعيني ، ط/دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .
- ٦٦- الموسوعة الاقتصادية ، راشد البراوي .
- ٦٧- نصب الراية ، لأبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي .
- ٦٨- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، لشمس الدين بن حمزة الرملي ،
مطبعة الباي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٣٨م .