

مصَادِرُ الْحَقِّ

فِي الْفُقَّهِ الْإِسْلَامِيِّ

(٣)

عبد الرزاق أحمد السنهوري



عنوان کتاب: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة با لفقه الغربي

پدیدآور[ان]: سنهوري، عبد الرزاق احمد

نام ناشر: خرسندی

جلد[ها]: 3

نام و نام خانوادگی کاربر: پژوهشگاه مطالعات فقه معاصر

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتال نور

تاریخ دانلود: 1404/7/23

تعداد صفحات دانلود شده: 258

مَصَادِرُ الْحَقِّ
فِي
الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ

مَصَادِرُ الْحَقِّ

فِي

الْفَقْهَ الْإِسْلَامِيَّ

دراسة مقارنة بالفقه الفرعي

(٣)

محل العقد

عبد الرزاق بن عبد المحسن

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
رئيس معهد القانون الدولي بجامعة باريس

سرشناسه	سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۸۹۵ - ۱۹۷۱ م. Sanhuri, Abd al-Razzaq Ahmad
عنوان و نام پدیدآور	مصادر الحق فی الفقه الاسلامی دراسة مقارنة بالفقه الغربی / عبدالرزاق احمد السنهوری.
مشخصات نشر	تهران: خرسندی، ۱۳۹۱ -
مشخصات ظاهری	ج.
شابک	ج. ۶: ۹۷۸-۶۰۰-۱۱۴-۱۹۶-۶
وصفیت فهرست نویسی	فہما
یادداشت	عربی.
یادداشت	کتابنامہ.
مدرجات	ج. ۲. محل العقد
موضوع	فہمہ تطبیقی
موضوع	حقوق تطبیقی
ردہ بندی کنگرہ	۱۳۹۱ م ۹۶/س/۷/۱۶۹ BP
ردہ بندی دیویی	۲۹۷/۲۲۲
شماره کتابشناسی ملی	۲۵۶۷۶۲۱



انتشارات خرسندی

تهران - خیابان انقلاب - خیابان ۱۲ فروردین

پائین تراز لبافی نژاد - کوچه مینا - پلاک ۲۰

تلفن: ۵-۶۶۹۷۱۰۳۴ و ۵-۶۶۴۹۰۵۸۴

پست الکترونیک: Khorsandy.pub@gmail.com

سایت اینترنتی: Khorsandypub.com

مصادر الحق فی الفقه الاسلامی (جلد ۳) دراسة مقارنة بالفقه الغربی

تالیف: دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری

چاپ اول: ۱۳۹۱ - شمارگان: ۵۰۰ جلد

قیمت: ۱۱۰۰۰۰ ریال

ISBN : 978-600-114-196-6

شابک، ۹۷۸-۶۰۰-۱۱۴-۱۹۶-۶



تعريف المحل وشروطه

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به . ونرى من ذلك أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى ، فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد :

ويشترط الفقه الغربى في محل الالتزام التعاقدى شروطاً ثلاثة :

(أولاً) أن يكون موجوداً إذا كان شيئاً ، أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل .

(ثانياً) أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

(ثالثاً) أن يكون صالحاً للتعامل فيه .

فنستعرض هذه الشروط الثلاثة ، في الفقه الغربى وفي الفقه الإسلامى :

مركز بحوث الدراسات والبحوث
الدراسات والبحوث
الدراسات والبحوث

الفرع الأول المحل موجود أو ممكن

المبحث الأول وجود المحل أو إمكانه في الفقه الغربي

المطلب الأول المحل موجود

معنى الوجود :

يجب أن يكون محل الالتزام التعاقدى - إذا كان الالتزام التزاماً بنقل حق عيني يتعلق بشيء معين - موجوداً ، أى يجب أن يكون الشيء الذى يتعلق به الحق العيني موجوداً وقت نشوء الالتزام . وهنا يجب التمييز بين فرضين : فلما أن يكون المتعاقدان قد قصدا أن يتعاقدا على شيء موجود حالاً ، وإما أن يكونا قد قصدا التعاقد على شيء إن لم يكن موجوداً حالاً فهو ممكن الوجود في المستقبل .

التعامل في محل موجود حالاً :

ففي الفرض الأول ، إذا قصد المتعاقدان التعامل في محل موجود حالاً ، ولم يكن الشيء موجوداً فعلاً وقت التعاقد ، فإن العقد يكون باطلاً ، حتى لو أمكن وجود الشيء في المستقبل .

فإذا باع شخص من آخر نتاج حيوان على أنه موجود فعلاً ، وتبين بعد ذلك أن النتاج لم يولد ، فالبيع باطل لأن الشيء غير موجود . ولا يصح العقد حتى لو ولد النتاج بعد التعاقد . ويكون العقد باطلاً كذلك لو كان النتاج قد ولد ونفق قبل التعاقد ، إذ أنه لا يكون وقت التعاقد موجوداً . أما إذا كان النتاج قد ولد وبنى حياً إلى وقت التعاقد ، ثم نفق بعد ذلك ، فإن العقد ينعقد صحيحاً على شيء موجود ، ولكنه يفسخ لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع للمشتري .

التعامل في محل مستقبل :

وفي الفرض الثاني ، إذا قصد المتعاقدان التعامل في شيء إن لم يكن موجوداً حالاً فهو ممكن الوجود في المستقبل ، لا يشترط أن يكون الشيء موجوداً فعلاً وقت التعاقد ، بل ينعقد العقد صحيحاً حتى لو لم يكن الشيء موجوداً ما دام أنه ممكن الوجود في المستقبل .

ففي المثل المتقدم إذا لم يقصد المتعاقدان التعامل في نتاج موجود فعلاً ، يصح العقد حتى لو لم يكن النتاج قد ولد وقت التعاقد ، ما دام أنه يولد بعد ذلك . ومن ثم يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تثبت بثمن مقدّر جزافاً أو بسعر الوحدة ، ويجوز أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، وكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدرماً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه ، وأن يبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه بل قبل أن يبدأه ، وأن ينزل مقاول عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد ، فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل وهي صحيحة .

والشيء المستقبل الذي يصلح أن يكون محلاً للتعامل قد يكون محقق الوجود في المستقبل ، كما في بيع المحصولات المستقبلية والمصنوعات التي لم يتم صنعها . وقد يكون محتمل الوجود ، كما في بيع النتاج الذي لم يولد فهو بيع صحيح معلق على شرط واقف هو أن يولد النتاج ، وكما في النزول عن الأجر في مقالة لم ترس على المقاول بعد فهو أيضاً عقد معلق على شرط واقف هو أن ترسو المقالة على المقاول .

بل قد يكون العقد واقعاً على شيء مستقبل محتمل الوجود دون أن يكون معلقاً على شرط وجوده . فيكون العقد احتمالياً أو عقد غرر (contrat aleatoire) كما في بيع النتاج الذي لم يولد بيعاً منجزاً فيصح البيع ولد النتاج أو لم يولد ، وكما في بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت الشبكة سمكاً أو لم تخرج وأياً كان مقدار السمك الذي أخرجته ، ويراعى ذلك طبعاً في تقدير الثمن .

التعامل في تركة مستقبلية :

ويستثنى من جواز التعامل في الشيء المستقبل التعامل في التركة المستقبلية ، فإنه يكون باطلا . وقد نصت المادة ١٣١ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

- ١ - « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . »
- ٢ - « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون »^(١) .

ويصعد تحريم التعامل في تركة مستقبلية إلى القانون الروماني . فقد كان هذا القانون يرد التعامل في التركات المستقبلية أمراً مخالفاً للآداب ، لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته . ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام ، إذ هو خليق أن يغري ذا المصلحة أن يعجل بموت المورث . ونرى من ذلك أن القانون الروماني إنما حرم التعامل في التركة المستقبلية رعاية لحق المورث ، ومن ثم كان هذا التعامل يصح لو اشترك المورث في العقد أو أجازاه . أما القوانين الحديثة فتحرم التعامل في التركة المستقبلية لمصلحة المورث والوارث معاً ، إذ الوارث الذي يتعامل في تركة مستقبلية يغلب أن يكون نزقاً طائشاً ، لا يكتفي بتبديد ما بيده من مال ، بل هو يبدد مقدماً ماعسى أن يصل إلى يده منه في المستقبل ، فحزاء التحريم في القوانين الحديثة هو البطلان المطلق ، ولا يصح التعامل حتى لو رضى به المورث .

والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركة مستقبلية في مجموعها ، أو على جزء من هذا المجموع ، أو على مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة . ويستوى أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية ، فكما لا يجوز

(١) انظر أيضاً المادة ١٣٢ من التقنين المدني السوري والمادة ١٣١ من التقنين المدني الليبي وهما مطابقتان للمادة ١٣١ من التقنين المدني المصري . ونصت المادة ١٣٩ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :
 ١ - « يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل ، وعين تعييناً فائياً للجهالة والغرر . »
 ٢ - « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل » ونصت المادة ١٨٨ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتي : « عدم وجود الموضوع (المحل) يستلزم انتفاء وجود المقد . ومع ذلك لا يجوز أن يكون الموضوع شيئاً مستقبلاً . ولكن لا يجوز التنازل عن إرث غير مستحق ، ولا إنشاء أي عقد على هذا الإرث أو على شيء من أشيائه ولو رضى المورث ، وإلا كان المحل باطلاً أصلاً . »

للوارث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصي له أن يتعامل قبل موت الموصي فيما أوصى له به .

أما الطرف الذي يقع منه التعامل ، فقد يكون هو الوارث يبيع من أجنبي نصيبه في التركة المستقبلية . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه الشرعي ، أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته . فالمورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية ، وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها إلى موت الموصي ، وفي أنها لا تجوز إلا في حدود الثلث . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام ، فإذا أبجنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يجبد عن هذه الأحكام .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً في شركة ، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره ، أو أن يجري عليه أى نوع من أنواع التعامل ، إلا ما أجازاه القانون بنص صريح وذلك كالوصية وقسمة المورث .

المطلب الثاني

المحل ممكن

الإمكان يقابل الوجود :

كما أنه يشترط في الشيء محل الالتزام بنقل حق عيني أن يكون موجوداً على النحو الذي قدمناه ، كذلك يشترط في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أن

يكون محل الالتزام ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك . فإذا كان العمل أو الامتناع عن العمل مستحيلاً ، فإن العقد يكون باطلاً ، لأنه لا التزام بمستحيل . وقد نصت المادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري على أنه « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته ، كان العقد باطلاً »^(١) .

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية :

ويتبين من المادة ١٣٢ سالفة الذكر أن محل الالتزام يجب أن يكون مستحيلاً في ذاته حتى يكون العقد باطلاً . وهذه هي الاستحالة المطلقة . أما إذا كان الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم وحده ، فهذه استحالة نسبية لا تجعل العقد باطلاً ، ولكن تجعله قابلاً للفسخ . فقد يلتزم شخص في مقابل جعل معين أن يقوم بعمل فني لا يستطيع تأديته ، ولكن العمل الفني في ذاته يمكن لفنان آخر أن يقوم به ، فيكون العقد صحيحاً ، ولكن لما كان المدين لا يستطيع القيام بالتزامه ، فإن للدائن الحق في مطالبته بتعويض ، وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد . ومثل الاستحالة النسبية أيضاً أن يلتزم شخص في مقابل جعل معين أن يجتاز المانش سباحة ، أو أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية كأمراض القلب والسل والسرطان ، ويكون الملتزم ممن لا يستطيعون ذلك .

فالذي يجعل العقد باطلاً هو الاستحالة المطلقة ، فيكون الالتزام مستحيلاً في موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . والاستحالة المطلقة هي استحالة موضوعية بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية بالنسبة إلى بعض دون بعض . وهي تجعل العقد باطلاً

(١) انظر أيضاً المادة ١٣٣ من التقنين المدني السوري والمادة ١٣٢ من التقنين المدني الليبي ، وهما مطابقتان للمادة ١٣٢ من التقنين المدني المصري . ونصت المادة ١٢٧ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « ١ - إذا كان محل الالتزام مستحيلاً مطلقاً كان العقد باطلاً ٢ - أما إذا كان مستحيلاً على المدين ، دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتمهده » . ونصت المادة ١٩١ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتي : « باطل كل عقد يوجب شيئاً أو فعلاً مستحيلاً إذا كانت تلك الاستحالة مطلقة لا يمكن تذليلها . أما الاستحالة التي لا تكون إلا من جهة المدين فلا تحول دون صحة العقد . والموجب الذي لم ينفذ يتحول حيثن إلى بدل عطل وضرر » .

إذا كانت قائمة وقت التعاقد ، فإن جدت بعد التعاقد ، فإن العقد ينعقد صحيحاً ثم يكون بعد ذلك قابلاً للفسخ . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص أن يجتاز المحيط سباحة ، أو أن يجد علاجاً يمنع الموت .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلاً ، سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم كانت لاحقة له ، وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ ، أما الاستحالة المطلقة ، فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلاً ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ .

الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية :

وقد ترجع الاستحالة المطلقة ، لا إلى طبائع الأشياء . بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني ، أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض ، فإذا قامت الاستحالة القانونية قبل التعاقد ، كان العقد باطلاً ، أما إذا قامت بعد التعاقد فإن العقد يكون قد انعقد صحيحاً ولكنه يكون قابلاً للفسخ بسبب هذه الاستحالة . وينبني على ذلك أن تعهد المحامي برفع الاستئناف . إذا كان قد صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف ، فإن العقد يكون باطلاً . أما إذا كان قد صدر قبل الميعاد ، ولكن المحامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف ، وأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن العقد ينعقد صحيحاً ، ثم يفسخ ، ويكون المحامي مسئولاً عن التعويض .

المبحث الثاني وجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي

المطلب الأول المحل موجود

يشترط وجود المحل فعلاً وقت التعاقد :

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون المحل موجوداً فعلاً وقت التعاقد . فإن لم يكن موجوداً فالعقد باطل ، حتى لو كان المحل محتمل الوجود ، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل .

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨ - ١٣٩) في هذا الصدد ما يأتي :

« وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع : منها أن يكون موجوداً ، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع نتاج النخيل بأن قال بعث ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل ، لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم وإن باع الحمل فله خطر المعدوم . وكذا بيع اللبن في الضرع ، لأن له خطر المعدوم لاحتمال انتفاخ الضرع . وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم ، وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك ... وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم . وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه . . . ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن . . . وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح إلا أنه بمنزلة الزيت في الزيتون ، وبيع النوى في التمر ، وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد . وكذا بيع الشحم الذي فيها وألبانها وأكارعها ورأسها ، لما قلنا . وكذا بيع البحر في السمسم ، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر . »

السبب في هذا التشدد هو خشية الغرر :

ويبدو أن الفقه الإسلامي يجعل بيع المعلوم باطلاً على هذا النحو البالغ من التشدد ، إمعاناً في الخشية من الغرر . وهناك أمور ثلاثة يعتبرها الفقه الإسلامي غير مشروعة ، ويعمن في تجنبها ، وهي الغرر والربا وتعدد الصفقة في العقد الواحد . وسرى أن كل أمر من هذه الأمور الثلاثة أثر تأثيراً عميقاً في المسائل والأحكام التفصيلية ، بحيث ابتعد الفقه الإسلامي في كثير منها عما تقتضيه ضرورات التعامل . ولو أمكن التبسط في فهم هذه الأمور الثلاثة بما يساير تطور الحضارة ، لزال كثير من الأسباب التي تقف بالفقه الإسلامي عن أن يتمشى مع مقتضيات التطور .

التمييز بين فروض مختلفة :

ونحن هنا - في بيع المعلوم - نواجه أول هذه الأمور الثلاثة ، وهو الغرر . فلننظر كيف كان الفقهاء حذرين من تسرب هذا العنصر إلى التعامل . فهم يشترطون أن يكون المبيع موجوداً وقت البيع ، لأنه إذا لم يكن موجوداً - حتى لو وجد في المستقبل - دخل عنصر الغرر ، وهم يحرصون على تجنبه . ويحسن من هذه الناحية أن نميز بين فروض خمسة : (١) الشيء بأكمله موجود وقت التعاقد (٢) الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده (٣) الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل (٤) الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير محقق الوجود في المستقبل (٥) الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد وهو لن يوجد في المستقبل ، أي أن انعدام الشيء محقق وقت التعاقد وبعده .

من هذه الفروض الخمسة يوجد فرضان - الأول والآخر - ينتن فيهما عنصر الغرر بتاتاً . فالشيء الموجود بأكمله وقت التعاقد يصح التعاقد عليه ، ما في ذلك شك لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي . والشيء غير الموجود أصلاً وقت التعاقد وبعده يكون التعاقد عليه باطلاً ، ما في ذلك شك أيضاً لا في الفقه الغربي ولا في الفقه الإسلامي .

بقيت الفروض الثلاثة الأخرى ، نتناولها الآن فرضاً فرضاً ، لنرى إلى أي مدى يدخل فيها عنصر الفرر .

١٥ - الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

عنصر الفرر يكاد يكون متفياً ومن ثم فالتعامل جائز :

الأمثلة التي يغلب في هذا الفرض ورودها في النصوص هي بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بلو الصلاح ، وبيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان . وهنا عنصر الفرر يكاد يكون متفياً ، فالثمر أو الزرع قد طلع فعلاً وسيبلو صلاحه ، والزرع قد وجد بعضه فعلاً وسيتلو بعض آخر . ومن ثم فإن الرأي المفتى به في المذهب الحنفي يقول بجواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بلو الصلاح على تفصيل سنذكره ، ويذهب مالك إلى جواز بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض .

على أن النصوص الفقهية تشتمل على كثير من الأحكام التفصيلية في هذه المسألة نورد هنا بعضاً منها :

بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بلو الصلاح جائز :

يمكن القول بوجه عام إن الفقه الإسلامي يميز بين الثمر والزرع بعد الطلوع ولو قبل بلو الصلاح ، على تفصيل نورد في شأنه بعض النصوص .

جاء في المبسوط (جزء ١٢ ص ١٩٤ - ص ١٩٧) : « وشراء الثمار قبل أن تصبح منتفعاً بها لا يجوز ، لأنه إذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني آدم أو علف الدواب فهو ليس بمال متقوم . فإن صار منتفعاً به ، ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه^(١) ، فاشتراه بشرط القطع ، يجوز . وإن اشتراه بشرط الترك ، لا يجوز . وإن اشتراه مطلقاً ، يجوز عندنا ،

(١) جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٢) : « لكن بطل الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبلو الحلاوة » .

لأن مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه في الحال ، فهو وشرط القطع سواء . وعند الشافعي لا يجوز ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، أو قال حتى يزهي ، أو قال حتى تؤمن العاهة . وتأويله عندنا في البيع بشرط الترك ، بدليل قوله أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه المسلم . وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها ... فأما إذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لا يزداد ذلك ولكن لم ينضج ، فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقاً يجوز ، وإن اشتراه بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا ، وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحساناً لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير ، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا ، ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ، وبأخذ اللون من القمر بتقدير الله ، والطعم من الكواكب بتقدير الله ، فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والكواكب ، فلهذا قال محمد استحسناً أن أجوزه ، بخلاف ما قبل أن يتناهى عظمه .

ويرى من هذا النص أن هناك تفصيلاً في جواز بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح . فيشترط للجواز أن يكون الثمر أو الزرع مما ينتفع به ، إذ المشتري ملزم بقطعه في الحال كما سنرى ، فوجب أن يكون عند القطع منتفعاً به حتى يصير مالا متقوماً .

ثم إن المشتري بعد أن يصير الثمر أو الزرع منتفعاً به وقبل بدو صلاحه ، يجب أن يشتري بشرط القطع أو أن يشتري مطلقاً ، وفي الحالتين يلتزم بقطع الثمر أو الزرع في الحال فلا يبقى شيء في أرض البائع . أما إذا اشترى بشرط الترك أى بشرط أن يبقى الثمر أو الزرع في أرض البائع حتى يبدو صلاحه ثم يدرك فيقطعه بعد ذلك ، فبالرغم من أن هذا هو الفرض الطبيعي ، فإن العقد يكون مع ذلك فاسداً ، للغرر أولاً ، ولأن المشتري يكون بذلك قد اشترط أن يبقى شاغلاً ملك البائع ، وهذا — كما يقول الزيلعي (جزء ٤ ص ١٢) — « شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير . أو نقول إنه صفقة في صفقة ، لأنه إجارة في بيع إن كان للمنفعة حصّة من الثمن ، أو إعارة في بيع إن لم يكن لها حصّة من

الثمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضففة في ضففة .

على أن المشتري إذا اشترى بشرط الترك فيما تنهى عظمه من الثمر أو الزرع ، صح بيعه عند محمد استحساناً ، لأنه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير ، مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا . أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيبقيان على القياس ، ويذهبان إلى أن البيع فاسد حتى في هذه الحالة .

وقد جاء في الفتاوى الهندية (٣ ص ١٠٦) في هذا المعنى : « فإن تنهى عظمها ، فباعها مطلقاً أو بشرط القطع صح ، وإن باع بشرط الترك ، لم يصح قياساً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وصح استحساناً عند محمد رحمه الله تعالى . وفي الأسرار أن الفتوى على قوله ، كذا في الكافي . وفي التحفة الصحيح قولهما ، كذا في النهر الفائق .

وإذا اشترى مطلقاً ، وجب أن يقطعه في الحال كما قدمنا . ولما كان المفروض أن الثمر أو الزرع لم يبد صلاحه ، فقد بركة المشتري في الأرض حتى يبدو صلاحه ثم يترك ، ولكن لا يكون ذلك بشرط الترك يشترطه المشتري على البائع فإن هذا الشرط يفسد البيع كما رأينا ، ولكن دون شرط ، بإذن من البائع أو بغير إذنه . وهنا يقول صاحب فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٣) : « ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه ، فلما بإذن البائع إذناً مجرداً ، أو بإذن في ضمن الإجارة بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك أو بلا إذن . ففي صورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل : أما في الإذن المجرد فظاهر ، وأما في الإجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار وعدم الحاجة . فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك ، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار ، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها . ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه يستدعى شراء ما لا حاجة له إليه ، أو ما لا يقدر على ثمنه ، وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار ، فالأول أولى . وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان ، إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل في إجارة

الأشجار المجردة ، فلا يجوز ، وكذا لو استأجر أشجاراً ليجفف عليها ثيابه لا يجوز ، ذكره الكرخي . وإذا بطلت بقى الإذن معتبراً ، فيطيب . بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك ، حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الإجارة هناك فاسدة ، لأن الأرض تجوز لإجارتها وإنما فسدت بلهالة الأجل فأورث خبثاً . أما هنا فالإجارة باطلة ، والباطل لا وجود له ، فلم يوجد إلا الإذن فطاب . أما الفاسد فله وجود ، فكان الإذن ثابتاً في ضمنه باعتباره ، فنع . وهنا صار الإذن مستقلاً بنفسه ، وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الإسلام إن كان جاهلاً ببطلان الإجارة . وفي الثالثة لا يطيب له ، ويتصدق بما زاد ، لأنه حصل بجهة محظورة . أما إذا باع ما تنهى عظمه فتركه المشتري بغير إذن البائع ، فإنه لا يتصدق بشيء ، لأنه لم يزد في ذاتها شيء . وهذا قول المصنف : لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة ، أى تغير من وصف إلى آخر بواسطة إنضاج الشمس له . نعم عليه إثم غصب المنفعة ، يتعلق به ، لا بالعين المبيعة بإثبات خبث فيها .

ويخلص مما تقدم أن المشتري لو أبقى الزرع في الأرض أو الثمر على الشجر بإذن معتبر من البائع ، بأن كان إذناً مجرداً أو إذناً ضمن إجارة باطلة لا وجود لها — كإجارة الأشجار لإبقاء الثمر إذ لا تعامل في إجارة الأشجار المجردة — فما الزرع أو الثمر ، طاب له الفضل لقيام الإذن المعتبر . أما لو أبقى الزرع أو الثمر بغير إذن أو بإذن ضمن إجارة فاسدة — كإجارة الأرض لإبقاء الزرع حيث تكون الإجارة فاسدة بلهالة الأجل — لم يطب له الفضل ، ووجب عليه التصديق به ، إلا فيما تنهى عظمه فإنه لا يزيد شيئاً فلا فضل يتصدق به .

كذلك إذا اشترى مطلقاً ، فأثمرت ثمراً آخر ، أى لم يقتصر الأمر على نمو الثمر أو الزرع المبيع بل حدثت زيادة فيه ، فإن كانت الزيادة قبل القبض « فسد البيع لعجزه عن التسليم . ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده » (الزيلعي ٤ ص ١٢) . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٠٧) في هذا المعنى : « ولو اشتراها مطلقاً عن القطع وأثمرت ثمرة ، فإن كان قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع .

وإن كان بعدها لم يفسد ، ويشتركان ، والقول للمشتري في مقدار الزائد مع يمينه .
وجاءنا في فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٥) : « ولو اشتراها مطلقاً ، فأثمرت ثمراً
آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ، فأشبه
هلاكه قبل التسليم . ولو أثمرت بعد القبض : فيشتركان فيه للاختلاط ، والقول
قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده » .

ومذهب مالك يقرب من المذهب الحنفي ، ويلخصه ابن جزى في القوانين
الفقهية (ص ٢٦١) في العبارات الآتية : « ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها
ويستوى في ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه والمقاني والحضراوات وجميع البقول
والزروع ، وبدو الصلاح مختلف : ففي التمر أن يحمر ويصفر ، وفي العنب أن
يسود وتبدو الحلاوة فيه ، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل ، وفي
الزروع أن يبس ويشند ... وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على
شرط القطع إن كانت مما ينتفع به . كالقصيل وغيره . فإن شرط فيها التبقية ، لم
يجز البيع . وإن سكت عن التبقية والقطع ، فقولان . فإن اشتراها قبل بدو
الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها ، انفسخ البيع ، وإن اشترى الأرض بعد ذلك
جاز تبقية الزرع » ونرى من ذلك أن مذهب مالك ، كالمذهب الحنفي ، يميز
بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها إن كانت مما ينتفع به على شرط القطع ، ولا
يجزئه على شرط التبقية أو الترك ، وإن كان البيع مطلقاً عن شرط القطع وعن شرط
الترك ففي المذهب قولان ، قول يميز وقول لا يميز .

ومذهب الشافعي هو أيضاً يميز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح على
أن يكون البيع مقترناً بشرط القطع . جاء في المهذب (جزء أول ص ٢٨١) :
« ولا يجوز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لما روى
ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى
يبدو صلاحها ، وروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع ثمرة النخل حتى تزهي ، والسنبل والزروع حتى يبيض ويأمن العاهة .
ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة . ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله
حتى يصبح ، والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ ، فإذا باعها قبل بدو

الصالح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز . وإن باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذه قبل أن يتلف فإمن الغرر . وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض . ففيه وجهان : أحدهما يصح لأنه يحصل للمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض ، والثاني لا يصح لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فأشبهه إذا باعها من غير مالك الأصل .

ومذهب أحمد كالْمذاهب الأخرى يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح بشرط القطع . جاء في المغنى . (جزء ٤ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٩) : « لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام : (أحدها) أن يشتريها بشرط التبقية ، فلا يصح البيع إجماعاً لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع ، متفق عليه ، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجحمة هذا الحديث (القسم الثاني) أن يبيعها بشرط القطع في الحال ، فيصح بالإجماع ، لأن المنع كان خوفاً من تلف الثمرة ، وحدث العاهة عليها قبل أخذها ، بدليل ما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهر ، قال : رأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه . رواه البخارى . وهذا مأمون فيما يقطع . فصح بيعه كما لو بدا صلاحه . (القسم الثالث) أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية ، فالبيع باطل ، وبه قال مالك والشافعى . وأجازه أبو حنيفة ، لأن إطلاق العقد يقتضى القطع فهو كما لو اشترطه ، قال ومعنى النهى أن يبيعها مبركة قبل إدراكها بدلالة قوله : رأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه ! فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، فبدخل فيه محل النزاع ، واستدلّاهم بسياق الحديث يدل على هلم قاعدتهم التي قررها في أن إطلاق العقد يقتضى القطع ، ويقرر ما قلنا من أن إطلاق العقد يقتضى التبقية فيصير العقد المطلق كالذى شرطت فيه التبقية يتناولهما النهى جميعاً ، ويصبح تعليلهما بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من

منع الثمرة وهلاكها . وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب : (أحدها) أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل ، فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبيننا بطلانه . (الثاني) أن يبيعها مع الأصل . فيجوز بالإجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع ، ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الفرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الأصل ، نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصى لرجل بشرة نخلة فيبيعها لورثة الموصى ، ففيه وجهان : أحدهما يصح البيع ، وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يجتمع الأصل والثمره للمشتري ، فيصح كما لو اشتراها معاً ، ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكا لأصولها وقرارها ، فصح بيعها مع أصلها . والثاني لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن العقد يتناول الثمرة خاصة والفرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي ، ولأنها تدخل في عموم النهي بخلاف ما إذا باعها معاً فإنه مستثنى بالخبر المروى فيه ، ولأن الفرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة فيما إذا باعها معاً تدخل الثمرة تبعاً ويجوز في التابع من الفرر مالا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرها . وإن باعه الثمرة بشرط القطع في الحال صح وجهاً واحداً ، ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له .

وقد لخص ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٢ - ص ١٢٦) المذاهب جميعاً في هذه المسألة . وجاء فيها قوله في ذلك : « وأما بيع الثمار فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهي . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها . وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن يكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق . ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله . ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهي

أو بعد أن تزهى . وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع .

• أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق ، فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ... وأما بيعها بعد الصرام ، فلا خلاف في جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره ، إلا مما روى عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام . فإذا قلنا بقول الجمهور إنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى . وقد قلنا إن ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع ، فلا خلاف في جوازه ، إلا ما روى عن الثورى وابن أبي ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية ، فلا خلاف في أنه لا يجوز ولا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً ، فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار . فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثورى وغيرهم . وقال أبو حنيفة يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع ، لا من جهة ما هو بيع ما لم يره ، بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سيأتى بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري ، فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق والبيع بشرط التبقية . ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : رأيت أن منع الله الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه ، لم يحمل العامة النهى في هذا على الإطلاق أى النهى عن البيع قبل الإزهاء ، بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال . هل يحمل على القطع وهو الجائز . أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه

قال لا يجوز ، ومن حمله على القطع قال يجوز . والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه إنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجبتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهي حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع . قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً ، وحملوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهي على الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم ، قال المبتاع أصاب الثمر الزمان ... وأمراض العاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه . وربما قالوا إن المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : أرايت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ! وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ، ولم يكن يرى رأى أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع ، أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية .

وبخلص مما قدمناه من النصوص في مختلف المذاهب أنه يجوز بيع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه . وأولاً أن الفقهاء اشترطوا القطع فوراً وجعلوا البيع بشرط الترك أو التبقية فاسداً ، لاستقام الأمر . ولا شك في أن قطع الثمر أو الزرع قبل أن يبدو صلاحه يتعارض مع الحاجة إلى استبقائه على الشجر أو في الأرض حتى ينضج ويدرك . وقد أخذ ابن رشد - في النص الأخير الذي نقلناه عنه - على الكوفيين الذين يحملون الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهي على الندب ، أنه كان يجب عليهم أن يجيزوا بيع الثمر قبل بدو صلاحه على شرط التبقية . ولكننا رأينا أن المذهب الحنفي يفسد البيع بشرط الترك أو التبقية ، ولا يجيزه إلا بشرط القطع ، ثم يحمل البيع مطلقاً على البيع بشرط القطع فيجيزه . على أنه ينبغي أن نسجل ما في المذهب الحنفي من تطور ملحوظ في هذه المسألة . فهو يبدأ بتقرير الأحكام التي قررتها معه المذاهب الأخرى ، وهي أحكام

يضيق بها التعامل ، فهو لا يجوز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، ولو طلع وصار منتفعاً به ، إذا اشترط المشتري تركه في الأرض أو على الشجر حتى بدو الصلاح وإنما يجوز بيعه بشرط القطع ، أو مطلقاً ويحمل الإطلاق على القطع كما قدمنا . وإلى هنا ليس في الأحكام المرونة الواجبة ، فبيع الزرع بشرط القطع إنما هو بيع شيء موجود متكامل الوجود ، فكأن تكامل الوجود في الشيء لا يزال شرطاً في التعامل فإذا كان الزرع بحال لم يتم نضجه ، وتقضى الضرورة أن يباع بشرط الترك حتى ينضج ، فهنا محل التسليم ببيع شيء لم يتكامل وجوده ، ولكن المذهب لا يسلم ذلك ، ويذهب إلى فساد البيع إذا اشترط المشتري ترك الزرع .

ولكن - وهنا نرى التطور ملحوظاً - يخفف من حدة هذه الأحكام ما يأتي :
(أولاً) يستحسن محمد - وما أروع الاستحسان هنا فهو مصلر خصب لتطور الفقه الإسلامي - جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، وبشرط الترك ، إذا تنهى عظمه : « لأن مدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير . مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا » .

(ثانياً) وإذا كان أبو حنيفة وأبو يوسف يريان أن البيع فاسد في القرض المتقدم ، فإنهما مع ذلك يجيزان في البيع المطلق أن يترك المشتري الزرع فعلاً في الأرض حتى ينضج ، بإذن معتبر من البائع - سواء كان الإذن مجرداً أو كان إذناً ضمن إجارة باطلة - وتطيب الزيادة في هذه الحالة للمشتري ، فلا يجب عليه التصديق بها .

(ثالثاً) وإذا كانت الأئمة الثلاثة - أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - يرون أن البيع بشرط الترك فاسد فيما لم يتناه عظمه ، فإنهم جميعاً في هذه الحالة يجيزون في البيع المطلق ترك الزرع فعلاً في الأرض حتى ينضج بإذن معتبر من البائع ، وتطيب الزيادة للمشتري على الوجه السالف الذكر .

(رابعاً) أما إذا لم يكن هناك إذن معتبر - بأن لم يوجد الإذن أصلاً أو كان الإذن ضمن إجارة فاسدة - فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الأرض فعلاً ، بل تطيب الزيادة للمشتري فيما تنهى عظمه من الزرع فلا يتصدق بها ، وقد رأينا أن محمداً يذهب إلى أبعد من ذلك ، فيجيز البيع بشرط الترك فيما تنهى عظمه .

(خامساً) وحتى في الزرع الذي لم يتناه عظمه ، إذا بيع مطلقاً ، ولم يكن هناك إذن بمعتبر ، فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الأرض فعلاً حتى ينضج ؛ وإذا كانت الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها ، فإن هذا الحكم لا يتعلق بالقضاء ، بل هو حكم في الدين ، أما في القضاء فإن الزيادة تكون ملكاً للمشتري ، وإلا لما جاز له أن يتصدق بها .

فها نحن في المذهب الحنفي قد وصلنا - بسلسلة محكمة الحلقات من الترخيص المحمود - إلى جواز بيع الزرع قبل بلوغ صلاحه مع تركه في الأرض حتى ينضج .

بيع ما يوجد من الزرع بعينه بعد بعض :

هنا أيضاً الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ، ثم يتكامل بعده ، فعنصر الغرر ليس من الجسامة بحيث ينبغي أن يفسد العقد . ولكن المذاهب مع ذلك تباينت إزاء هذا البيع . فالحنفية والشافعية والحنابلة يميزون بيع ما ظهر من الزرع دون ما لم يظهر ، مع شيء من التردد في المذهب الحنفي في جواز البيع حتى فيما لم يظهر . أما المالكية فيجيزون بيع ما ظهر من الزرع وما لم يظهر على السواء ، ويتزلون في ذلك بحق على مقتضى حاجة التعامل .

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٩) : « وما يوجد من الزرع بعينه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم . وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه ، لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض ، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج . ولنا أن ما لم يظهر منه معلوم فلا يحتمل البيع ، عوى الضرورة والحرج ممنوعة ، فإنه يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر ، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري » . ويسهب صاحب المبسوط (جزء ١٢ ص ١٩٧) في بيان الحكم على الوجه الآتي : « ولم يذكر فصلاً آخر في الكتاب ، وهو ما إذا صار بعض الثمار منتفعاً به ولم يخرج البعض بعد ، كالتين ونحوه ،

فاشترى الكل ، فظاهر المذهب أن هذا العقد لا يجوز عندنا خلافاً لمالك ، فإنه يقول بأن وجود صفة المالية والتقوم في شيء مما هو المقصود يجعل كوجوده في الكل للحاجة إلى ذلك ، كما أن في باب الإجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل في حق جواز العقد ، أو يجعل ما خرج أصلاً وما لم يخرج منه جعل تبعاً له في حق جواز العقد لتعامل الناس ولكننا نقول بجمع في العقد بين المعلوم والموجود ، والمعلوم لا يقبل البيع ، وحصة الموجود من البدل غير معلوم . فلا يجوز العقد . قال رضى الله عنه وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة يفتى بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ، وهكذا حكى عن الشيخ الإمام أبى بكر محمد بن الفضل ، قال أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، قال استحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولم في ذلك عادة ظاهرة . وفي نزعهم عن عادتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية في هذا عن محمد ، وهو في بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع في الكل مطلقاً بهذا الطريق . قال الشيخ الإمام ولكن الأول عندى أصح ، لأن المصير إلى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ ، فإنه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له ، وفي الثمار كذلك فإنه يمكن أن يشتري الموجود المنتفع به ببيع الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقى إلى أن يصير منتفعاً به ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق .

ونرى من ذلك مبلغ ما يبذل من جهد في المذهب الحنفى لإباحة بيع ما لم يظهر من الزرع . وقد وجد في المذهب قول مرجوح لشمس الأئمة الحلوانى ولأبى بكر محمد بن الفضل البخارى يذهب إلى جواز بيع ما لم يظهر من الزرع ، استحساناً لعادة الناس في التعامل على ذلك وللضرورة ، بل حكى عن محمد جواز بيع الورد المتلاحق على الأشجار . وحمل صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٧٤) الجواز على أصل محمد . ويجعل أصحاب هذا القول ما ظهر من الزرع هو الأصل وما لم يظهر منه يكون تبعاً للأصل فيبيع معه .

ولكن السرخسى صاحب المبسوط يقول إن الأصح في المذهب هو عدم

جواز بيع ما لم يظهر من الزرع ، إذ لا ضرورة تقتضي جواز هذا البيع ،
ففي مثل الباذنجان والبطيخ يمكن أن تباع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك
المشتري ، وفي الثمار يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي إلى
أن يصير منتفعاً به ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما
يحدث .

وتردد كتب المذهب الحنفي ما جاء في المبسوط . من ذلك ما جاء في
الزيلعي (جزء ٣ ص ١٢) : « ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض »
فسد البيع لعجزه عن التسليم . ولو أثمر بعد القبض ، يشتركان فيه للاختلاط ،
والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده . وكذا في الباذنجان والبطيخ . والمخلص
أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة في ملكه ، ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته
من البائع إن شاء . وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة . فإنه
جائز عند بعضهم إذا كان الموجود أكثر . فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور :
إحداها إذا خرج الثمر كله ، فإنه يجوز بيعه بالاتفاق ، وحكمه ما مضى .
ثانيها ألا يخرج شيء منه ، فإنه لا يجوز بيعه اتفاقاً . ثالثها أن يخرج بعضها دون
بعض ، فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب . وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر ،
ويجعل المعلوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس والضرورة . وكان شمس
الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به . وقال شمس الأئمة
السرخسي والأصح أنه لا يجوز ، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق
الضرورة ، ولا ضرورة هنا ، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا ، أو يشتري
الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده ، أو يشتري الموجود
بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه : فيحصل مقصودهما بهذا الطريق .
فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعلوم مصادماً للنص : وهو ما روى أنه عليه
السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم . ويلاحظ أن
الزيلعي عندما تكلم في جعل ما ظهر من الثمر أصلاً وما لم يظهر تبعاً فرض أن ما ظهر
هو الأكثر وهو قول محمد بن الفضل البخاري : ولكن السرخسي في المبسوط
لم يورد هذا القيد كما رأينا وهو قول شمس الأئمة الحلواني . وجاء في فتح القدير

(جزء ٥ ص ١٠٥) : « ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لا يمكنه تسليم البيع لتعذر التمييز ، فأشبهه هلاكه قبل التسليم . ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لأنه في يده . وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ ، إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتراكاً كما ذكرنا . وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل ، وزعم أنه مروي عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الإمام الفضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع ، نقله شمس الأئمة عنه ، ولم يقيد به بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر ، بل قال عنه أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، وقد استحسن فيه لتعامل الناس فلأنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولم يمتنع في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عاداتهم حرج . وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله ، وهو بيع الورد على الأشجار ، فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق ، وهو قول مالك رحمه الله ، والمخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطوبة ليكون ما يحدث على ملكه . وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ، ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الإدراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن . وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد ، فإن خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الإذن في ترك الثمر على الشجر ، وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط » .

ومذهب الشافعية والحنابلة كالمذهب الحنفي فيها قدمناه . جاء في المغني (جزء ٤ ص ٢٠٥ - ٢٠٩) : « ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلا لقطة لقطة . وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجوز إلا بيع الموجود منها دون المعلوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه ، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر ، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا . ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجوز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ، ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه

تبعاً لما خلق وإن كان يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا . إذا تقرر هذا فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز إلا بشرط القطع ، فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبعية على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار ، وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه ، قال القاضي ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة ، لأنه أصل تكرر فيه الثمر فأشبهه الشجر .

أما مذهب مالك فقد خطا خطوة كبيرة إلى الأمام ، وأجاز كما قلنا بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر . جاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦١) « وإذا كانت الثمرة تطعم بطناً بعد بطن ، جاز بيع سائر البطون ببدو صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقائى والتين ، خلافاً لهم . فإن كانت منفصلة ، لم يجز بيع الثاني بصلاح الأول اتفاقاً ، كالبكور مع تين العصير » . ويحصل ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٠ و ١٣١) مذهب مالك في هذه المسألة على الوجه الآتي : « أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يشمر بطناً واحداً يطيب بعضه وإن لم تطب جملة معاً . واختلفوا فيما يشمر بطوناً مختلفة . وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل . فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلياً خلقاً ، كشجر التين يوجد فيه البكور والعصير . ثم إن اتصلت ، فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز . فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مدة بعد مدة ، ومثال غير المتميز المباطخ والمقائى والباذنجان والقرع . وفي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان ، إحداهما الجواز والأخرى المنع . وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز . وخالفه انكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعي في هذا كله ، فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره ، فجواز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدأ صلاحه . أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب . لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء ، كأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار ، أعني

ماطاب مع ما لم يطب ، لموضع الضرورة . والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً ، وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة . والفت والجزر والكرب جائز عند مالك يبيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل . ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعاً لأنه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز والاوز والباقلا في قشره ، أجازة مالك ومنعه الشافعي . والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر . وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين . (راجع أيضاً الفروق للقرافي في جزء ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها : الفرق الثالث والتسعون والمائة بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر) .

وغنى عن البيان أن مذهب مالك في هذه المسألة يستجيب ، أكثر من غيره من المذاهب ، لحاجات التعامل . فهو يجيز في صراحة ووضوح بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر منه ، ولا يرى في ذلك إلا غرراً يسيراً تقضى الضرورة بتحملة . وقد بين ابن رشد في عبارة جلية الأصل عند مالك في ذلك ، فقال : « والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة » . ثم قال الغرر قسمان غرر مؤثر في البيوع وغرر غير مؤثر . ثم ختم عبارته بما يفيد اتفاق الفقهاء على هذا الأصل ، فيقول : « وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع بين الأمرين » . هذا أصل جليل في الفقه الإسلامي ينبغي أن نقف عنده . فالغرر إذا كان يسيراً أودعت إليه الضرورة هو غرر غير مؤثر في صحة العقود . وإنما تختلف الأنظار فيما هو اليسير وفيما تدعو إليه الضرورة ، وينبغي أن تختلف في بيته عن بيته وفي عصر عن عصر ، وسنعود إلى ذلك تفصيلاً .

٢٨- الشيء غير موجوداً أصلاً وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل

المبدأ العام والاستثناءات :

هنا نجد الفقه الإسلامي - على الوجه الذي استقر عليه في عصور التقليد - يضيق بمحاجات التعامل . فقد كان الأصل الذي قام عليه عدم جواز بيع المعلوم هو فكرة الغرر . ولكن سرعان ما اختفى هذا الأصل ، وأصبح انعدام الشيء في ذاته هو سبب البطلان ، ولو لم يكن هناك غرر أو كان هناك غرر يسير . لذلك نجد إجماعاً من المذاهب على أن الشيء إذا لم يكن موجوداً أصلاً وقت التعاقد ، كان العقد باطلاً ، حتى لو كان وجوده محققاً في المستقبل . لقد سلم الفقهاء ، كما رأينا ، أن الشيء إذا كان موجوداً في أصله دون أن يوجد كاملاً - كالزراع أو الثمر الذي لم يبد صلاحه وكالزراع الذي يوجد بعضه بعد بعض - فهذا الوجود الأصلي وإن لم يكن وجوداً كاملاً يكفي لجواز التعاقد . أما انعدام الشيء أصلاً ، فقد خلطوا بينه وبين الغرر ، واعتبروا أن التعامل في شيء منعدم وقت التعاقد ينطوي في ذاته على غرر يفسد العقد . ولم يميزوا بين مصير الشيء المعلوم في المستقبل ، هل هو محقق الوجود فتزول الخشية من الغرر وكان ينبغي أن يصح العقد ، أو هو محتمل الوجود وعند ذلك يدخل عنصر الغرر بقدر متفاوت فيعالج بالقدر الذي يقتضيه .

على أن تعامل الناس والحاجة أوجداً ثغرتين في هذا المبدأ الذي جمده عليه الفقهاء ، فأجاز الفقه الإسلامي بيع المعلوم في السلم والاستصناع . فنبسط المبدأ ، ثم نستعرض الاستثناءين .

المبدأ العام - بيع المعلوم باطل :

يقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨ - ص ١٣٩) : « وأما الذي يرجع إلى لمعقود عليه فأنواع . منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعلوم وكذا بيع الثمر والزراع قبل ظهوره لأنهما معلوم . . ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن ،

ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب في سنابلها . لأن بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعلوم ، لأنه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون ، لأن الحنطة اسم للمركب والدقيق اسم للمتفرق ، فلا دقيق في حالة كونه حنطة ولا زيت حال كونه زيتوناً ، فكان هذا بيع المعلوم فلا ينعقد . بخلاف بيع الحنطة في سنابلها ، لأن ما في السنبلة حنطة إذ هي اسم للمركب وهي في سنابلها على تركيبها ، فكان بيع الموجود ، حتى لو باع تبين الحنطة في سنابلها دون الحنطة لا ينعقد ، لأنه لا يصير تبناً إلا بالعلاج وهو الدق ، فلم يكن تبناً قبله ، فكان بيع المعلوم فلا ينعقد . وبخلاف بيع الجذع في السقف والآجر في الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه ينعقد ، حتى لو نزع وقطع وسلم إلى المشتري يجبر على الأخذ ، وههنا لا ينعقد أصلاً حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول ، لأن عدم النفاذ هناك ليس لخلل في الركن ولا في العاقد والمعقود عليه ، بل لمضرة تلحق العاقد بالترع والقطع ، فإذا نزع وقطع فقد زال المانع فنقد . أما ههنا فالمعقود عليه معلوم حالة العقد ، ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلاً ، فلا يحتمل النفاذ ، فهو الفرق . وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون ، وبيع النوى في الثمر وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحماً بالذبح والسلخ فكان بيع المعلوم فلا ينعقد وكذا بيع الشحم الذي فيها وأليتها وأكارعها ورأسها ، لما قلنا وكذا بيع البحر في السمسم ، لأنه إنما يصير بحيراً بعد العصر .

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ١٠٢) : « لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر » وفي الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ١٠٦) : « بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقاً » ، وفي بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٢٤) : « أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق أو من باب بيع السنين والمعاومة ، وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة ، وهي بيع الشجر أعواماً ، إلا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين » .

نرى من هذه النصوص أن الفقه الإسلامي لا يميز بين الثمر والزرع قبل ظهوره لأنه معدوم ، وإن كان سيوجد في المستقبل . وكذلك لا يجوز بيع الدقيق في الحنطة . والزيت في الزيتون ، والدهن في السمسم ، والعصير في العنب ، والسمن في اللبن . لأن هذا بيع المعدوم فلا ينعقد ، حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول . ولا يجوز بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون ، وبيع النوى في التمر ، وبيع اللحم في الشاة الحية ، وبيع الشحم الذي فيها وألبتها وأكارعها ورأسها . كل هذا بيع المعدوم فلا ينعقد . هذا بيع المعدوم ، ما في ذلك شك ، ولكنه معدوم حالا محقق الوجود مآلا ، فأين الغرر الفاحش في ذلك !

هناك أمثلة غير عملية وردت في كتب الفقه : بيع الدقيق في الحنطة ، والزيت في الزيتون ، والدهن في السمسم ، والعصير في العنب ، والسمن في اللبن . فإن الناس إذا رغبت التعامل في ذلك ، فإنما تشتري الحنطة لا الدقيق لتستخرج الدقيق من الحنطة ، وتشتري الزيتون لا الزيت لتستخرج الزيت من الزيتون ، والسمسم لا الدهن ، والعنب لا العصير ، واللبن لا السمن . ولكن الفقهاء أوردوا إلى جانب هذه الأمثلة غير العملية أمثلة عملية ضيقوا فيها مجال التعامل . فبيع النوى في التمر ، وبيع اللحم في الشاة الحية ، وبيع الشحم الذي فيها وألبتها وأكارعها ورأسها ، كل هذه حالات قد تقوم فيها الحاجة إلى التعامل ، هذا إلى أن النوى موجود حالا في التمر واللحم والشحم وسائر الأطراف موجود حالا في الشاة . على أن المثل العملي الذي يزيد في خطره على الأمثلة المتقدمة هو بيع الثمر والزرع قبل ظهوره ، فهذا بيع مألوف في التعامل ما دام مقدار البيع معينا أو ممكن التعيين ، بأن يبيع صاحب الأرض محصول كذا من الفدادين قطناً أو قمحاً أو نحو ذلك بسعر معين للوحدة لا للمجموع ، فمثل هذا البيع لا يدخله الغرر الفاحش فالمتحصل معين محقق الوجود مآلا ومقداره ، ممكن التعيين ، والثمن معلوم وهو معين على أساس سعر الوحدة لا جزافاً حيث يحتمل الغبن ويدخل الغرر ، فما هي العلة في منع جواز هذا البيع !

لقد كانت ضرورات التعامل أقوى من المنطق الجامد ، ومن ثم أجاز الفقهاء

— واستندوا في ذلك إلى الأثر — بيع السلم وبيع الاستصناع والإجارة . فهذه ضروب من التعامل يقع فيها العقد على شيء معدوم حالا ولكنه محقق الوجود مآلا ، فأجازها الفقهاء لجريان التعامل بها ، والضرورة هي التي أجرت هذا التعامل . أما الإجارة فأمرها معروف ، فهي بيع المنافع المستقبلية ، أي بيع غير الموجود حالا على أنه سيوجد استقبالا ، وقد أجزت على سبيل الاستحسان . بقي السلم والاستصناع . فلننظر الآن ماذا أحاط بهما من القيود .

الاستثناء الأول — السلم :

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم . ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ، والثمن رأس المال . ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعلوم ، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعلوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه . على أن للسلم شروطاً وقيوداً تخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعلوم ، وتكسبه وضعاً خاصاً تجعله استثناءً مقيداً في حدود ضيقة .

فيشترط في المبيع — المسلم فيه — أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة ، كحنطة سقية وسط أو تمر فارسي جيد ، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفه بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فإن كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم في المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذرعات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلئ* والجلود والبطيخ والقشء والسفرجل والرمان ونحوها ، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها

جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في السلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعين ، فإن كان مما لا يتعين بالتعين كالدرهم والدنانير لا يجوز السلم فيه . لأن المسلم فيه مبيع لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورنخص في السلم ، سمي السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً ، والمبيع مما يتعين بالتعين . ويجب في السلم فيه أيضاً أن يكون مؤجلاً حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية . وعند الشافعي هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - البائع - تمكيناً له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بقوله عليه السلام من أسلم قليلاً في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، وبأن السلم حالاً يفضي إلى المنازعة لأن السلم بيع المقاليس فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم السلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ ، وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الإفلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قلرة الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . وأما مقدار الأجل فلم يذكر في الأصل ، وذكر الكرخي أن تقدير الأجل إلى العاقلين حتى لو قلرا نصف يوم جاز ، وروى عن محمد أنه قدر بالشهر وهو الصحيح ، لأن الأجل إنما شرط في السلم ترفيهاً وتيسيراً على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب في المدة ، والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه ، فأما ما دونه ففي حد القلة فكان له حكم الحلول . ولو مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين ، وكذلك كل دين مؤجل سواه إذا مات من عليه الدين ، لأن الأجل حق المدين لا حق صاحب الدين ، فتعتبر حياته وموته في الأجل وسقوطه . ويجب أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل . فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيها لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . وجه قوله أن اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم ،

فيعتبر الوجود وقت التسليم وذلك عند محل الأجل ، فأما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة . وينبنى على اشتراط الحنفية وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت الأجل أن رب السلم إذا أسلم في طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى وكاشان جاز ؛ لأنه لا ينفد طعام هذه البلاد إلا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم . ومن الفقهاء من قال لا يجوز إلا في طعام ولاية ، لأن وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت ، والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانه عن غرر الانقطاع ما أمكن . والصحيح أن الموضع المضاف إليه الطعام إن كان مما لا ينفد طعامه غالباً يجوز السلم فيه ، سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة ، لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن ، وإن كان مما يحتمل أن ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم ، كأرض بعينها أو قرية بعينها ، لأنه إذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم . وقد روى أن زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أسلم إليك في تمر نخلة بعينها ، فقال عليه الصلاة والسلام أما في تمر نخلة بعينها فلا . وذكر في الأصل إذا أسلم في حنطة هراة لا يجوز ، وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة . لأنه مما يحتمل انقطاع طعامه .

أما الثمن في السلم - رأس المال - فيجب فيه أيضاً بيان جنسه وزوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برقي وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وأنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أي النسيئة بالنسيئة ، ولأن مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط سلماً فإنه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً ، تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد . ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وأنه جائز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ، ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين ، ولأن مأخذ العقد في الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين .

هذه هي أهم النصوص في الشروط الواجب توافرها في السلم ، نقلناها ملخصة عن البلائع (جزء ٥ ص ٢٠١ - ص ٢١٥) . ويتبين منها أن السلم بما أحاطه من قيود أصبحت له سمة خاصة ، يتميز بها عن سائر العقود . وأهم هذه القيود أربعة : (أولاً) يجب قبض رأس المال في مجلس العقد . وإلا كان السلم فاسداً . (ثانياً) يجب أن يكون المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط الجوهرى يعوض ، في رأينا . انعدام المسلم فيه بالذات وقت العقد ، فكأن السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه مما لا يحتمل انقطاعه ، فلا يجوز السلم في تمر نخلة بعينها ولا في محصول أرض بالذات ، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لإباحة بيع محصول مستقبل أى محصول أرض بالذات . (ثالثاً) لا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآل^١ والبطيخ والقشاة والرمان والسفرجل ونحو ذلك .

(رابعاً) يجب أن يكون هناك أجل معلوم للسلم ، فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعدوم في الحال ، حتى لو ثبت أن المسلم إليه قادر على التسليم . والأجل المجهول ، كوقت الحصاد ، لا يجوز . فطبيعة السلم تقتضى التأجيل إلى أجل معلوم ، لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، إذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل .

فالسلم بهذه القيود ليس مطلق بيع المعدوم كما قدمنا ، بل هو بيع المعدوم في صورة خاصة من صورته . ولا يصلح ، على هذا الوجه ، أن يبيع بيع المعدوم حالاً إذا كان محقق الوجود مآلاً ، في جميع الصور ، بل ولا في أكثرها . ولو أن السلم تحلل من هذه القيود - وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسلم المبيع ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل ليجوز بيع محصول أرض بالذات ، ولم يشترط أن يكون في العدييات المتقاربة ليجوز فيما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً ، ولم يشترط الأجل المعلوم ليجوز بيع المعدوم في الحال أو يبيعه إلى وقت الحصاد - لأمكن القول أن السلم هو الطريق الذى

يؤدى إلى جواز بيع المعدوم في الحال ما دام أنه يحقق الوجود في المال .

وقد سارت المذاهب الأخرى، غير المذهب الحنفى، شوطاً في نحو هذه القيود :

- ١ - فعند مالك لا يشترط ، كما رأينا ، قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً . ولكن لما كان الغالب أن يكون رأس المال ديناً ، فلا يزال هذا القيد قائماً في الكثرة الغالبة من الأحوال حتى في مذهب مالك
- ٢ - ولا يشترط ، عند مالك والشافعى ، عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء ، ولكن يسقط الأجل بموت البائع ، ويشترط تعجيل الثمن إذا كان ديناً كما هو الغالب ٣ - يصح السلم ، عند مالك والشافعى ، في العدييات المتفاوتة ما دام يمكن ضبطها بالوصف . ٤ - ويجوز السلم في الحال عند الشافعى ، كما يجوز إلى أجل غير معلوم كوقت الحصاد عند مالك والشافعى وأحمد . ونرى من ذلك أن القيد الذى لا يزال مستعصياً هو شرط تعجيل الثمن في مجلس العقد إذا كان ديناً ، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت البائع .

الاستثناء الثانى - الاستصناع :

الاستصناع هو أيضاً كالسلم ضرب من ضروب بيع المعدوم . ويختلف عن السلم في أن المبيع في السلم دين تختمله الذمة ، فهو من المكيلات أو الموزونات أو المزروعات أو العدييات المتقاربة كما قدمنا . أما البيع في الاستصناع فهو عين لا دين كما في استصناع أثاث أو حياكة ثوب ، ومع ذلك تكون العين مؤجلة تحتملها الذمة ، ومن ثم كان جواز الاستصناع أبعد عن القياس من السلم . والبائع في الاستصناع هو الصانع ، والمشتري هو المستصنع (بالكسر) ، والمبيع هو المستصنع (بالفتح) . وينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع ، وبهذا يفارق الصانع الأجير المشترك .

ويشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لأنه مبيع ، فلا بد أن يكون معلوماً . ولما كان الاستصناع قد جاز استحساناً على خلاف القياس ، لأن الناس تعاملوه في جميع الأعصار من غير تكير فكان إجماعاً منهم على الجواز ، فهو لا يكون إلا فيما للناس فيه تعامل كالقلنسوة والخف

والآنية ونحوها ، فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما إذا أمر حائكاً أن يحوك ثوباً بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه ، لأن جوازه مع أن القياس يأباه ثبت بتعامل الناس كما قدمنا فيختص بما لهم فيه تعامل ، ويبقى فيما وراء ذلك موكولاً إلى القياس .

وينعقد الاستصناع بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع . ويمر على مرحلتين الأولى من وقت انعقاده إلى وقت رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، والثانية هي التي تلي هذه الرؤية . ففي المرحلة الأولى يكون العقد غير لازم من جهة كل من المتعاقدين ، حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع أو أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع . وكان للمستصنع أن يرجع أيضاً في العقد قبل رؤيته للشيء المصنوع . ذلك أن القياس هو ألا يجوز الاستصناع أصلاً ، إلا أن جوازه ثبت استحساناً بخلاف القياس لحاجة الناس ، وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المصنوع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم ، فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس . وفي المرحلة الثانية ، بعد رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، يكون الخيار للمستصنع لا للصانع . ذلك أن الشيء المصنوع ، وإن كان معدوماً حقيقة ، لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً ، ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه . أما الصانع فقد باع شيئاً لم يره ، فلا خيار له . هذا إلى أن إلزام حكم العقد في جانب المستصنع لإضرار به ، لأن من الحائز ألا يلائمه المصنوع ولا يرضى به ، فلو لزمه وهو مطالب بشئ منه ، احتاج إلى بيعه من غيره ولا يشتري منه بمثل قيمته ، فيتضرر به . وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر ، لأنه إن لم يرض به المستصنع أمكن الصانع أن يبيعه من غيره بمثل قيمته ، وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته . وروى عن أبي يوسف أنه لا خيار لأى منهما في كل من المرحلتين : لا خيار للصانع ، ويجب عليه المضي في العمل وتسليم المصنوع للمستصنع لأنه بائع ، ولا خيار للبائع إذا باع ما لم يره . ولا خيار للمستصنع قبل رؤية الشيء ولا بعد رؤيته إذا ما أتى الصانع بالمطلوب وفق الشروط والأوصاف ، لما يترتب على ثبوت الخيار له من الإضرار بالصانع ، إذ يكون الصانع قد أفسد متاعه وفري جلده وأتى بالمصنوع على الصفة المشروطة ثم لا يمضي المستصنع في الصفقة .

هذا إذا استصنع شيئاً ولم يضرب له أجلاً . فإذا ما ضرب له أجلاً ، فإنه ينقلب سلماً عند أبي حنيفة ، فلا يجوز إلا بشرائط السلم ، فيجب تعجيل الثمن ويصح فيما لا تعامل فيه ولا خيار لواحد منهما كما في السلم . وعند الصاحبين هو على حاله استصناع ، وذكر الأجل للتعجيل . وجه قولهما أن هذا استصناع حقيقة ، فلو صار سلماً إنما يصير بذكره المدة ، وأنه قد يكون للاستعجال كما في الاستصناع ، فلا يخرج عن كونه استصناعاً مع الاحتمال . ولأبي حنيفة أن الأجل في البيع من الخصائص اللازمة للسلم ، فذكره يكون ذكراً للسلم معنى وإن لم يذكره صريحاً ، كالكفالة بشرط براءة الأصل أنها حوالة معنى وإن لم يأت بلفظ الحوالة (انظر في كل ما تقدم البدائع ٥ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

ويبين مما تقدم أن الاستصناع كالسلم صورة خاصة من صور بيع المعلوم ، أجزت استحساناً للحاجة ولتعامل الناس . وهي لا تستغرق كل الصور التي تقتضيها حاجة التعامل ، لأنها مقصورة على استصناع شيء غير موجود جرى التعامل على استصناعه ، فهي من هذا الوجه صورة أخص من السلم ، ثم إن الاستصناع ، حتى في صورته الخاصة هذه ، يشوبه عيبان : (١) هو عقد غير لازم في مرحلته الأولى كما رأينا ، فهو أقرب للعدة منه للبيع ، حتى قال بعض الفقهاء إنه عدة . ولعل السبب في عدم لزومه هو أن الشيء معلوم عند التعاقد ، فلا يلزم الصانع إلا بعد أن يتم صنعه فيوجد على الكمال ، ولا يلزم المستصنع إلا بعد أن يراه كاملاً فيرضاه . على أن أبا يوسف كان شديد الرأي حين قال بلزوم الاستصناع لكل من المتعاقدين منذ البداية . (٢) ثم هو يصبح سلماً ، بما يقتضيه السلم من وجوب تعجيل الثمن ، إذا حدد له أجل معلوم . والأولى هنا الأخذ برأي الصاحبين من أن الاستصناع إذا ضرب له أجل يبقى على حاله استصناعاً .

النهي عن بيع المعلوم إنما هو للفرق لا للعدم :

ولسنا نرى علاج الأمر في بيع المعلوم إلا من ناحية المبدأ ذاته . فقد رأينا أن الاستثناءات التي أقرها الفقهاء لا تكفي في هذا العلاج . والصحيح في رأينا ، أن الشرع الإسلامي لم يحرم بيع المعلوم إلا بقدر ما ينطوي عليه من

الغرر ، فبيع المعلوم باطل للغرر لا لعدم . فالأصل إذن هو الغرر ، فإن كان فاحشاً كان البيع باطلاً وجد المبيع أو انعدم ، وإن كان الغرر يسيراً كان البيع صحيحاً وجد المبيع أو انعدم . فالعبرة ليست بالتعامل في معلوم ، بل هي بانطواء التعامل على غرر فاحش . ومن ثم إذا بيع المعلوم جزافاً ولو كان محقق الوجود في المستقبل ، فإن البيع في هذه الحالة قد ينطوي على غرر فاحش فيكون باطلاً .

أما إذا بيع المعلوم بسعر الوحدة ، وكان محقق الوجود في المستقبل ، فإن الغرر هنا يكون لا شك يسيراً ، وكان ينبغي أن يصح البيع ، وسيجيء بيان ذلك فيما يلي .

ولابن القيم في أعلام الموقعين (جزء أول ص ٣٥٧ - ص ٣٦١) قول سديد قوى في هذا المعنى ، نوره فيما يأتي : « وأما المقدمة الثانية ، وهي أن بيع المعلوم لا يجوز ، فالكلام عليها من وجهين . (أحدهما) منع صحة هذه المقدمة ، إذ ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعلوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام . وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة ، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة . فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود ، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر ، وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معلوماً ، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجوداً . إذ موجب البيع تسليم المبيع ، فإذا كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار ، فإنه لا يباع إلا بوكس ، فإن أمكن المشتري تسليمه كان قد قمر البائع ، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع . وهكذا المعلوم الذي هو غرر ، نهى عنه للغرر لا لعدم ، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة ، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ولا صفته ، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله . ونظير هذا في الإجارة أن يكره دابة لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة أو معدومة . وكذلك في النكاح إذا زوجه أمة لا يملكها أو ابنة لم تولد له ، وكذلك سائر عقود المعاوضات . بخلاف الوصية فإنها تبرع محض ، فلا غرر في تعلقها بالموجود والمعلوم وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر . وطرده الهبة إذ لا محذور في ذلك فيها ، وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم هبة المشاع المجهول في قوله لصاحب كبة الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له فقال : أما ما كان لي ولبنى عبد المطلب فهو

لك . (الوجه الثاني) أن نقول بل الشرع صحيح بيع المعلوم في بعض المواضع ، فإنه أجاز بيع الثمر بعد بلو صلاحه والحب بعد اشتداده . . . والنبي صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بلو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها ، ودخل فيما إذن فيه بيع ما هو معدوم لم يخلق بعد . . . ومن هذا الباب بيع المقائي والمباطخ والباذنجان ، فمن منع بيعه إلا لقطة لقطة قال لأنه معدوم فهو كبيع الثمرة قبل ظهورها ، ومن جوزها كأهل المدينة ، وبعض أصحاب أحمد فقولهم أصح ، فإنه لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه ، ولا تتميز اللقطة المبيعة من غيرها ، ولا تقوم المصلحة ببيعها كذلك ، ولو كلف الناس به لكان أشق شيء عليهم وأعظمه ضرراً ، والشريعة لا تأتي به . وقد تقدم أن مالا يباع إلا على وجه واحد لا ينهى الشارع عن بيعه ، وإنما ينهى الشارع عن بيع الثمار قبل بلو الصلاح لإمكان تأخير بيعها إلى وقت بلو الصلاح . ونظير ما ينهى عنه وأذن فيه بيع المقائي إذا بدا الصلاح فيها ، ودخول الأجزاء والأعيان التي لم تخلق بعد كدخول أجزاء الثمار وما يتلاحق في الشجر منها ، ولا فرق بينهما ألبته .

فالمحظور إذن هو بيع الغرر لا بيع المعلوم . ويبقى أن يحدد ما هو الغرر وما هي أقسامه وما الذي يفسد منها العقد وما الذي لا يؤثر في صحته . وهذا ما نتقل الآن إليه في الكلام في الشيء غير محقق الوجود في المستقبل .

§ ٣ - الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله

وهو غير محقق الوجود في المستقبل .

دخول عنصر الغرر :

إذا كان الشيء محل التعامل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ، أو كان موجوداً في أصله ، ولكنه في الحالتين غير محقق الوجود في المستقبل ، فإن له خطر المعلوم ، ومن ثم يدخل عنصر الغرر . من ذلك بيع اللبن في الضرع ، وبيع حمل الدابة في بطنها ، وبيع المضامين والملاقيح ، وبيع الملامسة والمنابذة والحصاة ، كل هذه بيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش ، فهي كالمقامرة لا تجوز .

والنصوص في هذا المعنى كثيرة . من ذلك ما جاء في المبسوط (جزء ١٢ ص ١٩٤) : « ولا يجوز شراء اللبن في الضرع كيلا ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر . والغرر ما يكون مستورا العاقبة ، ولا يدري أن ما في الضرع ريح أو دم أو لبن . ولأن البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه ، واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان ، ولا يكون مالا متقوماً بنفسه قبل الحلب ، وأوصاف الحيوان لا تقبل البيع كاليد والرجل . ولأن اللبن يزداد ساعة فساعة ، وتلك الزيادة لا يتناولها البيع ، واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع . ثم تتمكن المنازعة بينهما في التسليم ، لأن المشتري يستعصى في الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن . وكذلك بيع أولادها في بطونها لا يجوز لمعنى الغرر وانعدام المالية والتقوم فيه قبل الانفصال وعجز البائع عن تسليمه . واستدل بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبل ، منهم من يروى بالكسر الحبل فيتناول بيع الحمل ، ومنهم من يروى بالنصب الحبل فيكون المراد بيع ما يحمل هذا الحمل بأن ولدت الناقة ثم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها . وقد كانوا في الجاهلية يعتادون ذلك ، فأبطل ذلك كله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهي عن بيع المضامين والملاقيح وعن بيع حبل الحبل . قيل المضامين ما تتضمنه الأصلاب والملاقيح ما تتضمنه الأرحام ، وقيل على عكس هذا المضامين ما تتضمنه الأرحام والملاقيح ما تتضمنه الأصلاب . ومن ذلك أيضاً ما جاء في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١١٢) : « ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيع منطوق بها ، وبيع مسكوت عنها . والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف في شرح أسماؤها ، والمسكوت عنه مختلف فيه . ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ، ليكون كالتقانون في نفس الفقه ، أعني في رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به في الشرع ، فنهى صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبل . ومنها نهى عن بيع ما لم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تزهر ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة . ومنها نهى عن المعاومة ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وشرط ،

وعن بيع وسلف ، وعن بيع السبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ، ونبيه عن المضامين والملاقيح ، أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ، أو يتاعه ليلاً ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة ، وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق. وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشتري أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرى بها فهو لي ، وقيل أيضاً إنهم كانوا يقولون إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع ، وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبله ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت يبيعها يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما في بطنها ، ثم ينتج ما في بطنها ، والغرر من جهة الأجل في هذا بين . وقيل إنما هو بيع جنين جنين الناقة ، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح ، والمضامين هي ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول . فهذه كلها يبيع جاهلية متفق على تحريمها ، وهي محرمة من تلك الأوجه التي ذكرناها (١) .

ما هو الغرر ومتى يفسد العقد :

وقد صرح عندنا أن الشرع الإسلامي إنما يحرم الغرر لا بيع المعلوم ، كما تقدم القول . وفي النصوص السابقة رأينا بيعاً يمكن فيها الغرر ففسدت ، وبعضها المبيع فيه موجود وبعضها المبيع فيه معلوم أو على خطر المعلوم . وننظر الآن ما هو الغرر ومتى يفسد العقد .

جاء في تهذيب الفروق (جزء أول ص ١٧٠ - ص ١٧١) : « قسم مالك رحمه الله تعالى التصرفات ثلاثة أقسام : (أحدها) معاوضة صرفة يقصد بها

(١) وقد جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي (جزء ٣ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣) عن يبيع الملامسة والمنابذة والحصاة ما يأتي : « من رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . عن الملامسة ، رواه الشيخان » ، بأن يلمس - بضم الميم وكسرهما وما اشتهر على الألسنة من الفتح فلا وجه له لأنها في الماضي مفتوحة وليست حرف حلق - ثوباً مطوياً أو في ظلمة ، ثم يشتره على ألا خيار له إذا رآه ، أو هل أن يكتن بلمسه عن رؤيته ، أو يقول إذا لمسته فقد بعتك اكتفاء بلمسه عن الصيغة ، أو هل أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس أو الشرط . وعن المنابذة ، بالمعجمة ، رواه الشيخان ، بأن يجعلا النبذ أي الطرح بيعاً اكتفاء به عن الصيغة ، أو يقول إذا نبذته فقد بعتك أو متى نبذته انقطع الخيار ، أو هل أنك تكتن بنبذه عن رؤيته ، وبطلانه لعدم الرؤية أو الصيغة أو الشرط الفاسد . وعن بيع الحصاة ، رواه مسلم ، بأن يقول بعتك من هذه الأثواب ما تقع هذه الحصاة عليه أو يجعلا الرمي لها بيعاً ولك أول أولنا الخيار إلى رميها .

تنمية المال ، فاقترضت حكمة الشرع أن يحتنب فيها من الغرر والجهالة ما إذا فات المبيع به ضاع المال المبذول في مقابلته إلا ما دعت الضرورة إليه عادة . وذلك أن الغرر والجهالة كما يؤخذ مما مر ثلاثة أقسام : أحدها ما لا يحصل معه المعقود أصلاً ، والثاني ما يحصل معه ذلك دنيا ونزراً ، والثالث ما يحصل معه غالب المعقود عليه ، فيجتنب الأولان ويغتفر الثالث . وقسم أبو الوليد الغرر إلى ثلاثة أقسام ، كثير وقليل ووسط ، وجعل الكثير عبارة عن القسمين الأولين في هذا التقسيم ، فقال في بداية المجتهد الفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز ، وأن القليل يجوز ، ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر (القسم الثاني) ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال ، كالصدقة والهبة والإبراء ، فاقترضت حكمة الشرع وحته على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق ، بالمعلوم والمجهول ، فإن ذلك أبسر لكثرة وقوعه قطعاً ، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله ، مع أنه إذا وهب له عبده الآبق ولم يجده لا ضرر عليه لأنه لم يبذل شيئاً ، وألحق مالك بهذا القسم الخلع نظراً لكون العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد بالمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء كالهبة . (القسم الثالث) ما لم يكن معاوضة صرفاً ولا إحساناً صرفاً كالنكاح ، فهو من جهة أن المال ليس فيه مقصوداً وإنما

= وجاء في تذكرة الفقهاء للعلامة الحل (مطبعة النجف سنة ١٩٥٥ - الجزء السابع القسم الأول ص ٤١ - ص ٤٢) : « بيع الملامسة والمنازمة والحصة باطل بالإجماع ، لأن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن ذلك كله . واللامسة أن يبيع شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، وهو ظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعي . وله تفاسير ثلاثة : (١) أنه يحمل اللبس بيعاً ، بأن يقول صاحب الثوب لراغب : إذا لمست ثوبى فهو مبيع منك بكذا . وهو باطل لما فيه من التعليق ، وقال بعض الشافعية إنه من صور المعاوضة . (٢) وأن يأتي بثوب مطوى له في ظلمة فيلمسه الراغب ، ويقول صاحب الثوب بعتك بكذا بشرط أن يقوم المسك مقام النظر ولا خيار لك إذا رأيت ، فسر الشافعي ، قال بعض الشافعية : إن أبطلنا بيع الغائب بطل ، وإلا صح تخريجهما من تصحيح شرط نفي الخيار . (٣) وأن يبيعه على أنه إذا لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس وغيره ، ويبطل عقده لفساد الشرط ، والوجه عندى صحة إن كان قد نظره . والمنازمة قيل أن يحمل النبز بيعاً ، بأن يقول أنبذ إليك ثوبى بعشرة ثم ينزده ، ويكتفیان به بيعاً . وقيل أن يقول بعتك كذا بكذا على أنه إذا نبذته إليك فقد وجب البيع . قالهما الشافعية . وظاهر كلام أحمد ومالك والأوزاعي أن يقول إذا نبذته إلى فقد اشتريته بكذا . وقيل طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه . والحصة أن يقول : إرم هذه الحصة فعمل أى ثوب وفت فهو لك بكذا . وقيل أن يقول بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصة إذا رميتها بكذا . وقيل أن يقول بعتك هذا بكذا على أنى متى رميت هذه الحصة وجب البيع . ولا نعلم خلافاً في بطلان الجميع » .

المقصود منه المودة والألفة والسكون يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم يقتضى امتناع الجهالة والغرر فيه . فوجود الشبهين فيه توسط مالك ، فجوز الغرر القليل . . . ولم يجز فيه الغرر الكثير . . . وعم الشافعى المنع من الجهالة في جميع التصرفات ولو كانت إحساناً صرفاً كالهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح ، إلا أن الأحاديث الصحيحة في نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول لما لم يرد فيها لما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم من مذهب مالك مخالفة نصوص صاحب الشرع بخلاف مذهب الشافعى ، بل إنما وردت في البيع ونحوه ، كان ما ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى فقهاً جميلاً ، بخلاف ما ذهب إليه الشافعى . قلت والظاهر أن المراد بالغرر القليل المعتذر في النكاح هو ما لا يغتفر في نحو البيع وهو ما يحصل معه المعقود دنيا ونزراً ، وما يغتفر فيه أيضاً وهو ما يحصل معه غالب المعقود عليه .

(انظر أيضاً في نفس المعنى الفروق الجزء الأول ص ١٥٠ - ص ١٥١)
 وجاء في الفروق (جزء ٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٦) في الفرق بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر : « اعلم أن العلماء قد يتوسعون في هاتين العبارتين ، فيستعملون إحداهما موضع الأخرى . وأصل الغرر هو الذى لا يرى هل يحصل أم لا ، كالطير في الهواء والسك في الماء ، وأما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول ، كبيعه ما في كفه ، فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أى شيء هو . فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه . أما وجود الغرر بدون الجهالة فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق لا جهالة فيه ، وهو غرر لأنه لا يدري هل يحصل أم لا . والجهالة بدون الغرر كشراء حجر يراه لا يدري أزجاج هو أم ياقوت ، مشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به . وأما اجتماع الغرر والجهالة فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق . ثم الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء . في الوجود كالأبق بعد الإباق ، والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء ، وفي الجنس كسلعة لم يسمها ، وفي النوع كعبد لم يسمه ، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ

رى الحصاة ، وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين ، وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة ، ثم الغرر والجهالة ثلاثة أقسام : كثير ممتنع إجماعاً كالطير في الهواء ، وقليل جائز إجماعاً كأساس الدار وقطن الجبة ، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثاني . فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير ، ولا نخطأه عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف العلماء في فروع الغرر والجهالة^(١) .

(١) وجاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ، ص ١٢٩ - ص ١٣١) : « ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مكتوت عنها . وأما المسائل المكتوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار ، فكثيرة . لكن نذكر منها أشهرها ، لتكون كالقانون للمجتهد النظار .
(المسألة الأولى) المبيعات على نوعين . مبيع حاضر مرقى ، فهذا لا خلاف في بيعه . ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء . فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الأحوال ، لا ما وصف ولا ما لم يوصف ، وهذا أشهر أقوال الشافعي ، وهو المشهور عند أصحابه ، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز . وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته بما يؤمن أن تنثير فيه قبل القبض صفة . وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة . وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم . وعند الشافعي لا ينقذ البيع أصلاً في الموضعين وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالجنس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه . فالشافعي رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية ، وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المماثلة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنه بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوي في مله حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس . ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهل هو موجود وقت العقد أو معدوم ، ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأموناً كالمقار . ومن هنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقنة ، أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تنثير فيه .

(المسألة الثانية) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المشتري بأثر عقد الصفقة . وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا .
(المسألة الثالثة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يشترط بطناً واحداً يطيب بمضه وإن لم تطب جلته مائة ، واختلفوا فيما يشترط بطوناً مختلفة والأصل عند (مالك) أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة .

(المسألة الرابعة) ألقت والجزر والكرونب جائز عند مالك ببيع إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه =

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٥٦ - ٢٥٧) : « في بيع الفرر وهو ممنوع للنهي ، إلا أن يكون يسيراً جداً فيغتفر »^(١).

= للأكل ، ولم يحزه الشافعي إلا مقلوفاً لأنه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والبقلا في قشره ، أجازته مالك ومنه الشافعي . والسبب في اختلافهم هل هو من الفرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ، وذلك أنهم اختلفوا أن الفرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين .

(المسألة الخامسة) ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة ، اختلفوا فيه أيضاً . فقال أبو حنيفة يجوز ، ومنه مالك ، والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله . ومن ذلك بيع الآبق ، أجازته قوم بإطلاق ، ومنه قوم بإطلاق ومنهم الشافعي ، وقال مالك إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز ، وأخته اشترط أن يكون معلوم الإباق ويتواضعا الثمن أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس . ومن قال بجواز بيع الآبق والبير الشارد عثمان البتي . . . وأجاز مالك بيع لبن الذم أياً ما معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفاً في العادة ، ولم يحز ذلك في الشاة الواحدة . وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده . ومن هذا الباب بيع المريض ، أجازته مالك إلا أن يكون ميتاً منه ، ومنه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه . ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصراغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بمرض ولم يحز بيع تراب الصاغة ، ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعاً ، وأجازته قوم في الأمرين جميعاً وبه قال الحسن البصري .

(١) ويمضي ابن جزي فيما بدأ به فيقول : « والفرر الممنوع على عشرة أنواع : (النوع الأول) تعذر التسليم كالبير الشارد ، ومنه بيع الجنين في البطن دون بيع أمه ، وكذلك استثنائه في بطن أمه ، وكذلك بيع ما لم يخلق كبيع جبل حبله وهو نتاج مانتج الناقة وبيع المضامين وهي ما في ظهور الفحول . (النوع الثاني) الجهل بجنس الثمن أو المشعور ، كقوله بعتك ماني كى . (النوع الثالث) الجهل بصفة أحدهما ، كقوله بعتك ثوباً من منزل أو بيع شيء من غير تقليب ولا وصف - يجوز في المذهب بيع الشيء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، وأجازته أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية ، ومنه الشافعي مطلقاً . ويشترط في المذهب في البيع على الصفة خمسة شروط : الأول ألا يكون بعيداً جداً كالأندلس وأفريقية . الثاني ألا يكون قريباً جداً كالحاضر في البلد . الثالث أن يصفه غير البائع . الرابع أن يحصر بالأوصاف المقصودة كلها . الخامس ألا ينقد ثمنه بشرط ألا يكون في المأمون كالمقار ، ويجوز النقد من غير شرط . ثم إن خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وإن خرج على خلاف ذلك فللمشتري الخيار - يجوز بيع ماني الأعدال من الثياب على وصف البرنامج ، بخلاف الثوب المطوى دون تقليب . (النوع الرابع) الجهل بمقدار أحدهما ، كقوله بعت منك بسر اليوم أو بما يبيع الناس أو بما يقول فلان ، إلا بيع الجزاف وقد تقدم . ولا يجوز بيع القمح في سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله خلافاً للشافعي . وكذلك لا يجوز بيعه في تبنه ، ويجوز بيعه مع تبنه . ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز في القشر الأعلى ، خلافاً للشافعي . (النوع الخامس) الجهل بالأجل كقوله إل قدوم زيد أو إل موت عمرو . ويجوز أن يقول إل الحصاد أو إل معظم الدراس أو إل شهر كذا ، ويحمل على وسطه . (النوع السادس) بيعتان فيبيعة ، وهو أن يبيع مشوناً واحداً بأحد ثمنين مختلفين ، =

ويتبين من النصوص المتقدمة أن هناك فرقاً بين الغرر وبيع المجهول .
فبيع الغرر هو الذي لا يعلم هل يحصل أم لا ، كبيع الطير في الهواء والسماك
في الماء . وأما بيع ما علم حصوله وجهلت صفته فهو بيع المجهول ، كبيعه ما في
كفه . على أن الفقهاء كثيراً ما يخلطون ما بين بيع الغرر وبيع المجهول ، فيستعملون
الواحد موضع الآخر .

والغرر يوجد من جهة الجهل على أوجه : فالجهل بوجود العقود عليه ،
أو بحصوله إن وجد ، أو بجنسه ، أو بنوعه ، أو بصفته ، أو بمقداره ، أو
بتعيينه ، أو ببقائه ، أو بالأجل المضروب له ، كل هذا جهل يوجب الغرر .
ثم إن الغرر ينقسم ، من حيث تأثيره في صحة العقد ، إلى قسمين : غرر
مؤثر و غرر غير مؤثر . فالغرر المؤثر هو ما يفسد العقد ، والغرر غير المؤثر هو
مالا يؤثر في صحة العقد بل يبقى العقد معه صحيحاً .

وفي المعاوضات ، يكون الغرر مؤثراً - أي مفسداً للعقد - إذا كان غرراً
كثيراً لا تدعو له الضرورة . أما إذا كان الغرر يسيراً ، أو كان كثيراً ولكن
تدعو له الضرورة ، فلا تأثير له في صحة العقد . وهناك غرر ما بين الكثير
واليسير ، فلارتفاعه عن اليسير يلحقه بعض الفقهاء بالكثير ، ولا انحطاطه عن
الكثير يلحقه بعض الفقهاء باليسير .

أما في التبرعات ، فلا يكون الغرر ، مهما كان كثيراً ، مؤثراً في صحتها .
وذلك أنه لا ضرر من الغرر ، ولو كان كثيراً ، على من يتلقى التبرع ، لأنه لم
يبدل شيئاً يخشى ضياعه من جراء الغرر .

وعقد الزواج - وهو ليس معاوضة صرفاً أو تبرعاً صرفاً بل بين بين -
يغتفر فيه من الغرر أكثر مما يغتفر في المعاوضات وأيسر مما يغتفر في التبرعات ،
للتوسط بين هذين الطرفين .

على أن معايير الغرر - الغرر الكثير والغرر اليسير والغرر المتوسط والغرر

أو بيع أحد مثنوين بشئ واحد . فالأول أن يقول بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو بعشرين إل أجل ، عل
أن البيع قد لزم في أحدهما . والثاني أن يقول بعتك أحد هذين الثوبين بكذا ، عل أن البيع قد لزم في
أحدهما . (النوع السابع) بيع مالا ترجى سلامته ، كالمریض في السباق . (النوع الثامن) بيع الحصاة ،
وهو أن يكون بيده حصاة فإذا سقطت وجب البيع . (النوع التاسع) بيع المنابذة ، وهو أن يبدأ أحدهما
ثوبه إل الآخر و يبدأ الآخر ثوبه إليه فيجب البيع بذلك . (النوع العاشر) بيع الملاصة ، وهو أن
يلبس الثوب فيلزمه البيع بلمسه وإن لم يتبينه .

الذى تدعو له الضرورة - تختلف في تطبيقاتها في بيئة عن بيئة ، وفي عصر عن عصر^(١) . بل تختلف الأنظار أيضاً في البيئة الواحدة والعصر الواحد . فبيع الغائب على الصفة لا يجوز عند الشافعي ، لأنه يرى أن الغرر فيه كثير . ويجوز عند أبي حنيفة مع خيار الرؤية ، ويجوز عند مالك لازماً من غير خيار إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته . وسبب الخلاف بين أبي حنيفة ومالك على نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر فيكون من الغرر اليسير . فأبو حنيفة يراه غرراً كثيراً مؤثراً فيجيز خيار الرؤية ، ومالك يراه غرراً

(١) من ذلك ما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٣٠) من أن الفقهاء قد أجمروا على عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لما يتعلق به من الغرر ، ويقولون إن موجب العقد التسليم في الحال . ويفند ابن القيم في أعلام الموقعين (جزء أول ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠) هذا الرأي على الوجه الآتي : « وقوله إن موجب العقد التسليم في الحال : جوابه أن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجب المتعاقدان مما يسرع لهما أن يوجبا ، وكلاهما متف في هذه الدعوى ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد ، ولا المتعاقدان التزاماً بذلك ، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه ، وتارة يشترطان التأخير إما في الثمن وإما في التسليم . وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة في تأخير التسليم للمبيع . . وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة ، وإن كانت متفعة البضع للزوج ولم تدخل في البيع . واتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام ، فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة بل قالوا أن هذا مستثنى بالعرف . فيقال وهذا من أقوى الحجج عليكم ، فإن المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف ، كما أنه أوسع من المستثنى بالشرط فإنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع ، كما أن الواجب بالنذر أوسع من الواجب بالشرع . وأيضاً فقولكم إن موجب العقد استحقاق التسليم عقيبه ، أتمنون أن هذا موجب العقد المطلق أو مطلق العقد ؟ فإن أردتم الأول فصحيح . وإن أردتم الثاني فنسحق ، فإن مطلق العقد ينقسم إلى المطلق والمقيد ، وموجب العقد المقيد ما قيد به ، كما أن موجب العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به . وإن كان موجباً عند إطلاقه خلاف ذلك ، فوجب العقد المطلق شيء وموجب العقد المقيد شيء . والقبض في الأعيان . والمنافع كالقبض في الدين . والنبي صلى الله عليه وسلم جوز بيع الثمرة بعد بدو صلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح ، ولم يجعل موجب العقد القبض في الحال ، بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها . »

وفي رأينا ، أن السبب في عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل لا يرجع إلى الغرر ، بل يرجع إلى اعتبارات معروفة في الصياغة الفنية في الفقه الإسلامي . فالتأجيل لا يكون إلا في الديون إذ هي التي تحتلها الذمة ، أما الأعيان ، فلا تحتلها الذمة فلا يجوز في القياس تأجيلها . على أننا سنعود إلى تأصيل قاعدة أن الأعيان لا يجوز تأجيلها في الفقه الإسلامي في موضع آخر .

يسيراً غير مؤثر فيجعل البيع لازماً . وبيع ما يثمر بطوناً مختلفة متلاحقة يختلف في صحته الفقهاء على النحو الذي قلّمناه ، فمالك يذهب إلى صحته ويرى أن الغرر فيه يسير ، والمذاهب الأخرى لا تجيز إلا بيع ما ظهر من البطون أما بيع ما لم يظهر فلا يجوز إذ ترى أن الغرر فيه كثير . وبيع ما يغيب بعضه في الأرض كاللفت والجزر والكرب ، أو ما يختفي في قشره كالجوز واللوز ، على هذا الخلاف ، فهو جائز عند مالك لأن الغرر عنده فيه يسير ، وغير جائز عند الشافعي لأن الغرر عنده فيه كثير . وعلى هذا الخلاف أيضاً بيع السمك في الغدير أو البركة ، وبيع العبد الآبق ، وبيع لبن الغنم ، وبيع المريض غير الميثوس من شفائه ، وبيع تراب المعدن وتراب الصاغة ، وما إلى ذلك مما يقع فيه الغرر ، فتفاوت الأنظار هل هو غرر كثير فلا يجوز البيع ، أو هو غرر يسير فيجوز . ولا شك في أن لتغير البيئة والعصر ولتطور الحضارة تأثيراً كبيراً في تطبيق معايير الغرر . وفي عصرنا هذا ينبغي أن يكون نظرنا إلى الغرر ينطوي على شيء من التسامح ، فما كان غرراً لا يغتفر في العصور الماضية يصبح الآن بعد تطور النظم الاقتصادية من الغرر اليسير الذي يغتفر .

على أن الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى . فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة ، أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات . فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير ، مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر . ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة - دون القواعد الجامدة - إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجارى بها ما يستحدثه التطور ، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة .

تطبيق المعايير المتقدمة على بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل :

بقي أن نطبق معايير الغرر المتقدمة على الحالة التي نحن بصدددها ، وهي حالة بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل .

فاللبن في الضرع ، والحمل في بطن الحيوان ، والسمك في البحر ، والطير

في السماء ، كل هذا له خطر المعلوم ، إذ هو غير محقق الوجود في المستقبل .
 فقد يكون الضرع متفخاً لورم ، وقد يولد الحمل ميتاً ، وقد لا يخرج في
 الشبكة شيء من السمك أو يخرج شيء قليل أو شيء كثير ، وقد لا يقع الطير
 عند الصيد أو يقع منه شيء قليل أو شيء كثير . فإذا اشترى المشتري شيئاً
 من ذلك جزافاً ، على أنه قد يوجد وقد لا يوجد ، وقد اشترى في الحالتين بشئ
 معين ، فهذا عقد احتمالي ينطوي على كثير من الغرر ، إذ يغبن فيه المشتري
 إذا لم يوجد المبيع ، ويكون هو الغابن إذا وجد المبيع على الوجه الذي يرجوه . فهو
 ضرب من المقامرة ، ومن ثم لا يجوز .

أما إذا اشترى المشتري بسعر الوحدة ، أو اشترى الشيء بحسب الكيل أو
 الوزن أو نحو ذلك ، فإنه يكون قد اشترى المبيع معلقاً على شرط الوجود ، ولا
 يدفع من الثمن إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فإذا أجزنا التعليق في هذه الحالة
 وينبغي أن يجوز ، فإن الغرر يكون حينئذ منتفياً أو هو غرر يسير ليس من شأنه
 أن يؤثر في صحة العقد . وما دام المبيع قد وصف على نحو يجعله منضبطاً ، فإن
 وجد على الوصف فلا غبن على المشتري ولا غرر ، وإن لم يوجد أو وجد على غير
 الوصف فالبيع باطل .

من ذلك لا نرى ما يمنع - من ناحية الأصل الذي قام عليه بيع المعلوم
 في الفقه الإسلامي وهو الغرر ، ومن ناحية التطبيق الصحيح لمعايير الغرر التي
 تقدم ذكرها - من التمييز في الفقه الإسلامي بين فروض ثلاثة :

١ - التعامل في التركات المستقبلية ، ويكون باطلاً لما يقع فيه عادة من
 الغبن والغرر .

٢ - التعامل فيما هو غير محقق الوجود في المستقبل غير التركات المستقبلية ،
 إذا كان التعامل احتمالياً جزافاً ، ويكون باطلاً أيضاً لما يقع فيه من الغبن والغرر .

٣ - أما إذا كان التعامل غير جزاف ، بل إن المشتري لا يدفع من الثمن
 إلا بمقدار ما يأخذ من المبيع ، فلا غبن في ذلك ولا غرر ، ومن ثم ينبغي أن
 يكون البيع صحيحاً : ون باب أولى ينبغي أن يكون البيع صحيحاً فيما هو محقق الوجود

في المستقبل إذا كان التعامل فيه غير جزاف على هذا النحو ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(١) .

المطلب الثاني

المحل ممكن

القدرة على التسليم - النصوص :

إمكان المحل في الفقه الإسلامي هو القدرة على تسليمه ، ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد . ونورد نصوص الفقه الإسلامي في ذلك ، نقلاً عن البدائع (جزء ٥ ص ١٤٧ - ص ١٤٨) .

« ومنها (شرائط الانعقاد) أن يكون (المبيع) مقدور التسليم عند العقد . فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينطق وإن كان مملوكاً له كبيع الآبق ، في جواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي . فإن لم يتراضيا ، وامتنع البائع من التسليم ، لا يجبر على التسليم ، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض ، لا يجبر على القبض .. بخلاف ما إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا يفسخ . لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لهذا العاقد فانعقد ، ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين ، والثابت بيقين لا يزول بالشك ، فهو الفرق . بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفاً على التسليم حتى لو سلم ينفذ ، لأن هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين ، إلا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب بصورة ، فإذا سلم زال المانع فينفذ ، بخلاف الآبق

(١) وهذه الحلول المشاعة هي التي وصل إليها التقنين المرفق المراق . فقد نصت المادة ١٢٩ من هذا التقنين على ما يأتي :

١ - يجوز أن يكون محل الالتزام محملاً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تبيعاً نافعاً للجهالة والغرر .

٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل .

لأنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه ، فكان العجز متقراً والقدرة محتملة موهومة ، فلا ينعقد مع الاحتمال ، فأشبه بيع الآبق ببيع الطائر الذي لم يوجد في الهواء ، وبيع السمك الذي لم يوجد في الماء ، وذلك باطل كذا هذا . ولو جاء إنسان إلى مولى العبد ، فقال إن عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه ، فصدق وباعه منه ، لا ينفذ لما فيه من عدم القدرة على القبض ، لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ ، لأن القدرة على القبض ههنا ثابتة في زعم المشتري ، إلا أن احتمال المنع قائم ، فانهقد موقوفاً على قبضه ، فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينعقد . بخلاف الفصل الأول ، لأن العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد . ولو أخذه رجل فجاء إلى مولاه فاشتراه منه ، جاز الشراء ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد في حقه وعلى هذا بيع الطائر الذي كان في يده وطار أنه لا ينعقد في ظاهر الرواية ... وعلى هذا بيع السمكة التي أخذها ثم ألقاها في حظيرة ... إن كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد . وإن كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف ، لأنه مقدور التسليم ... وعلى هذا يخرج بيع اللبن في الضرع لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما ، فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد . وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لأنه ينمو ساعة فساعة ، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما ، فصار معجوز التسليم بالجز والتنف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم . وروى عن أبي يوسف أنه جوز بيعه والصلح عليه لأنه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل في الأرض . ووجه الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية أن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل . ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين إما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع . ولو شرط

التسليم على المديون لا يصح أيضاً ، لأنه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع . ويجوز بيعه ممن عليه ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة إلى التسليم وهنا . ونظيره بيع المغصوب أنه يصح من الغاصب ، ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكراً ولا بينة للمالك . ولا يجوز بيع المسلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض .

الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية :

ويؤخذ من النصوص المتقدمة أن الاستحالة في الفقه الإسلامي ، كما هي في الفقه الغربي ، تجعل العقد باطلاً . فاستحالة تسليم المبيع تبطل البيع . ويبدو أن الفقه الإسلامي يميز ، بمعاييره الخاصة ، بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، فالأولى دون الثانية هي التي تجعل العقد باطلاً . ويبدو كذلك أن الفقه الإسلامي أيسر من الفقه الغربي في تصور الاستحالة المطلقة . فإباق العبد يجعل تسليمه مستحيلاً استحالة مطلقة ، لأنه معجوز التسليم على الإطلاق ، فالبيع باطل . لكن إذا جاء إنسان إلى مولى العبد فقال إن عبدك عند فلان فبعه مني وأنا أقبضه منه ، فهنا الاستحالة نسبية لأن القدرة على القبض ثابتة في زعم المشتري ، ومن ثم ينعقد العقد موقفاً على القبض . ولا يكون التسليم مستحيلاً أصلاً ، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية ، لو أخذ المشتري العبد الآبق ثم اشتراه ، وينعقد العقد نافذاً في الحال لأنه مقدور التسليم . وكذلك تسليم المغصوب من غير الغاصب ، إذا ثبت الغصب ، غير مستحيل أصلاً ، لا استحالة مطلقة ولا استحالة نسبية ، لأن المالك نادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين ، فينعقد العقد ، إلا أنه لا ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة ، فإذا سلم زال المانع فينفذ .

ومثل الاستحالة المطلقة بيع الطير الذي كان في يده وطار ، وبيع السمكة التي أخذها ثم ألقتها في حظيرة إذا كان لا يمكنه أخذها دون الاصطياد ، أما إذا كان يمكنه أخذها من غير اصطياد فيجوز بيعها بلا خلاف لأنه مقدور التسليم . وكذلك بيع اللبن في الضرع - وهو أيضاً باطل للغرر كما قدمنا - وبيع الصوف

على ظهر الغنم لأن الموجود يختلط بالحدث ، ويفارق بيع أغصان الشجرة لأن النمو في أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا يختلط ملك البائع بملك المشتري ، وأما النمو في الصوف فيكون من أصله وذلك يتبين فيما إذا كان حصص الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحسوب يكون على رأسه لا في أصله (أنظر المبسوط ١٢ ص ١٩٤) . وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين ، لأن الدين إما مال حكى في الذمة أو هو فعل تمليك المال وتسليمه ، وكل ذلك غير مقدور التسليم ، فإذا كان التسليم لا حاجة إليه كما في بيع الدين ممن عليه الدين جاز البيع . في كل هذه الفروض وأمثالها يكون البيع باطلا للاستحالة المطلقة . ويميز الفقه الإسلامي - كما يميز الفقه الغربي - بين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قائمة وآت العقد ، وهذا هو الذي يجعل العقد باطلا ، وبين ما إذا كانت الاستحالة المطلقة قد جددت بعد العقد ، فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم . فإذا أبق العبد بعد البيع وقبل القبض / انعقد البيع ، لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العاقد فانهقد . ثم زالت على وجه يحتمل عودها ، فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين ، والثابت بيقين لا يزول بالشك .

ويجب أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر :

ويذهب الفقه الإسلامي إلى مدى أبعد من الفقه الغربي في تحديد معنى الاستحالة إذ هو يتوسع كثيراً في هذا المعنى . فحتى يكون التسليم ممكناً ويصح البيع ، لا يكفي أن يكون المبيع مقدور التسليم ، بل يجب أيضاً أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر . فإن كان هناك ضرر في تسليمه كان البيع فاسداً ، ويصح إذا رضى البائع بالضرر وسلم المبيع . فجرد وجود ضرر في التسليم - ولا يصل هذا إلى حد الاستحالة طبعاً - يكفي لإفساد البيع ، أما الاستحالة المطلقة فتجعل البيع باطلا ولا تقتصر على إفساده كما قدمنا .

وهذا ما يقوله صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٦٨) تفصيلاً لما تقدم : « فإن لم يمكن تسليمه (أى تسليم البيع) إلا بضرر يلزمه (أى يلزم البائع) فالبيع فاسد ، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ، ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم

المعقود عليه ، فأما ما وراءه فلا . وعلى هذا يخرج ما إذا باع جذعاً له في سقف أو آجرأ له في حائط ، أو ذراعاً في ديباج أو كرباس ، أنه لا يجوز لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بالتزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد ، فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعاً فيكون فاسداً . فإن نزع البائع أو قطعه وسلمه إلى المشتري قل أن يفسخ المشتري البيع ، جاز البيع حتى يجبر المشتري على الأخذ ، لأن المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم ، فإذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع . ولزم فرق بين هذا وبين بيع الآلية في الشاة الحية والنوى في التمر والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة والبر في البطيخ ونحوها أنه لا ينعقد أصلاً حتى لو سلم لم يجوز ، وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم . والأصل المحفوظ أن ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال ثابت بأصل الحلقة فيبيعه باطل ، وما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يرجع إلى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد إلا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز . . . وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لهما حتى الترك فيها إلى وقت الإدراك ، فباع أحدهما نصيبه قبل الإدراك لم يجوز ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر صاحبه لأنه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ، ولو باع بعد الإدراك جاز لانعدام الضرر . وكذا إذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك ، فباع بعض الزرع ، لم يجوز ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع الكل وفيه ضرر ، ولو كان بعد الإدراك جاز لانعدام الضرر . وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة ، أو الأشجار القائمة على الأرض دون الأرض ، أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجز ، إنه يجوز ، لأنه يمكنه تسليم هذه الأشياء من غير ضرر ^(١) .

(١) وقد سار التقنين المدني العراقي - وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي في هذه المسائل - على هذا

النهج ، فقرب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي . نصت المادة ١٢٦ من هذا التقنين على ما يأتي :
« لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه . ويصح أن يكون المحل مالا ، عينا كان أو ديناً أو منفعة ، أو أي حق مالي آخر ، كما يصح أن يكون عملاً أراضاعاً عن عمل » .
ونصت المادة ١٢٧ على ما يأتي : « ١ - إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالته مطلقاً كان العقد باطلاً . ٢ - أما إذا كان مستحيلاً على المدين ، دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقاً ، صح العقد ، وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتمهده » .

الفرع الثاني المحل معين أو قابل للتعين

المبحث الأول

تعين المحل أو قابليته للتعين في الفقه الغربي

نصوص التتمينات المدنية العربية :

نصت المادة ١٣٣ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، إلا إذا كان العقد باطلاً . »

« ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط . »

ونصت المادة ١٣٤ من التقنين ذاته على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقليل عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لا ارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر . »

وتطابق المادتان ١٣٤ و ١٣٥ من التقنين المدني السوري نص المادتين ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدني المصري السالفي الذكر ، فيما عدا أن المادة ١٣٥ من التقنين المدني السوري أضيف في آخرها العبارة الآتية :

« ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي . »

وتطابق المادتان ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة نص المادتين ١٣٣ و ١٣٤ من التقنين المدني المصري .

ونصت المادة ١٢٨ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي :

١ - يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد ، أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف .

٢ - على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقلين ولا حاجة لوصفه وتعرفه بوجه آخر .

٣ - فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم ، فالعقد باطل .

ونصت المادة ١٨٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي :

« يجب أن يعين الموضوع (المحل) تعييناً كافياً ، وأن يكون ممكناً ومباحاً .

ونصت المادة ١٩٠ من التقنين ذاته على ما يأتي :

« يجب أن يتناول التقيين ماهية الموضوع (المحل) ومقداره . على أنه يكفي أن يعين نوع الشيء وأن يتضمن العقد ما يمكن معه تعيين المقدار فيما بعد .

ونصوص التقنينات المدنية العربية ، كما نرى . متقاربة أو متطابقة . وهي في مجموعها تسير على نهج الفقه الغربي ، فيما عدا التقنين المدني العراقي فإنه يوفق كعادته ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي .

ويميز الفقه الغربي بين ما إذا كان المحل شيئاً أو نقوداً أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

تعيين محل الالتزام إذا كان شيئاً :

إذا كان محل الالتزام شيئاً ، وجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين إلا بالنوع .

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات ، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة للمتعاقلين إما عن طريق معرفة سابقة ، وإما عن طريق الوصف . فإذا كانت معرفة الشيء عن طريق الوصف ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة . فإذا باع شخص أرضاً ، وجب تحديد موقعها وحدودها ومساحتها . وإذا باع داراً ، وجب تحديد المكان الذي توجد فيه الدار ومساحة

الأرض المقام عليها البناء وحدودها وما يشتمل عليه البناء من طوابق ومرافق . وإذا باع فرساً يملكه ، وجب تعيين نوعه وسنه ولونه وغير ذلك من الأوصاف التي تميزه عن الأفراس الأخرى .

وإذا وقع العقد على شيء غير معين بالدات ، وجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره . فيذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الكرنك ومقداره مائة قنطار . فإذا لم يعين المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيينه ، كأن يتعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو مدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من الأغذية قابل للتعيين وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وإذا اقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار ، دون أن تذكر درجة الجودة ، ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، وجب أن يكون الصنف متوسط الجودة ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن .

وقد يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف ، فيقوم متجر بتوريد سلعة دون أن يبين الثمن ، أو يقوم صانع بعمل دون أن يعين الأجر . كذلك قد يترك تعيين المحل لأجنبي ، فيبيع شخص من آخر داراً بثمن يترك تقديره لحكم . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً لكل من البائع والمشتري ، أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم مقامه في التقدير ويصبح الثمن غير معين فيكون البيع باطلاً . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحض ، فيصبح التعاقد الآخر تحت رحمته ، وهذا ما لم تكن عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً :

وإذا وقع العقد على نقود ، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها ، فيلتزم المدين أن يؤدي للدائن كذا جنياً مصرياً أو كذا ديناراً أو كذا ليرة أو كذا أقرشاً . ويلتزم المدين بأداء هذا المقدار سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت ، فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان

انخفاضها لمصلحة المدين .

ويجوز للمدين أن يؤدي المقدار المتفق عليه بعمله ورقية لها سعر قانوني (cours légal) ، لأن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانوني وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك . والأمر غير ذي خطر إذا كان للعملة الورقية سعر قانوني من غير أن يكون لها سعر إلزامي ، فإن الدائن الذي يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً ، يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق في أي وقت شاء . أما إذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامي (cours forcé) ، فإن قيمتها الاقتصادية تصبح عادة أقل من قيمتها القانونية ، وقد تنزل قيمتها الاقتصادية نزولاً فاحشاً تبعاً لزيادة التضخم (inflation) ، ومن ثم جرت العادة ، توكيلاً لهذا الخطر ، أن يشترط الدائن على المدين أن يوفيه حقه ذهباً ، وهذا ما يسمى «بشرط الذهب» (clause d'or) ، فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب أو بما يعادل قيمة الذهب وهذا الشرط يعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام ، لأن الغرض من تقرير السعر الإلزامي للعملة الورقية هو إعطاء هذه العملة قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب في نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد ، لأن القانون أراد أن ينعدم الفرق بين الورق والذهب لحماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها (١) .

تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل :

وإذا وقع العقد على عمل أو على امتناع عن عمل ، وجب أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين . فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء ، وجب أن يكون هذا البناء معيناً ، ويتعين عادة وفقاً لتصميم يضعه مهندس معماري ، ويبين فيه شكل البناء ومساحته وارتفاعه وعدد طوابقه وما يشتمل عليه كل طابق من غرف ومرافق وأبعاد كل غرفة ومساحتها ووصفها ونحو ذلك مما يتضمنه «التصميم» في العادة . فإذا لم يكن البناء معيناً على هذا النحو ، وجب على الأقل

(١) وبطلان «شرط الذهب» لا يقتصر على الاتفاقات والمعاملات الداخلية ، بل يتناول أيضاً الاتفاقات والمعاملات ذات الصبغة الخارجية أو الدولية . وقد قطع في ذلك قانون صدر في مصر - هو المرسوم بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٣٥ - إذ ينص على أن «تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية . . . ولا يترتب عليها أي أثر» .

أن يكون قابلاً للتعين ، فإذا التزم المفاوض بأن يبنى مستشفى أو مدرسة فإن ظروف التعاقد وانتشار نماذج متعارف عليها للمستشفيات والمدارس يصح أن يستخلص منه العناصر اللازمة لتعین البناء المطلوب . أما إذا اقتصر المفاوض على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أى نوع من البناء هو وما هي « مواصفاته » ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعدوم ، ومن ثم يكون العقد باطلا .

وكذلك إذا تعهد شخص بالامتناع عن منافسة شخص آخر ، وجب تعيين العمل الذي يجب فيه الكف عن المنافسة وإلى أى مدى من زمان ومكان تكون المنافسة غير مشروعة . وقد يكون كل هذا قابلاً للتعين ، مستخلصاً من ظروف التعاقد ، فإذا باع شخص متجراً وتعهد البائع بعدم منافسة المشتري ، كان على البائع ألا ينافس المشتري في السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع ، وإلى الحد الذي يأمن عند المشتري ألا يتحول عملاء المتجر عنه إلى متجر جديد ينشئه البائع .



المبحث الثاني

تعيين المحل أو قابليته للتعين في الفقه الإسلامي

المبدأ : يتعين المحل بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة :

يمكن القول أن المبدأ في الفقه الإسلامي هو أن المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ذلك أن المحل يجب أن يكون معلوماً علماً يمنع من المنازعة ، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد العقد ، وإلا كان العقد صحيحاً .

كيف يحصل العلم :

يجب التمييز بين فرضين : فإما أن يكون الشيء موجوداً في مجلس العقد وإما أن يكون غائباً عن مجلس العقد .

(١) فإن كان موجوداً في مجلس العقد ، يكون العلم به بالإشارة إليه ،

لو كان ذلك في مكان مستر كالحنطة في الكيس والسكر في الصندوق.. هذا عند الحنفية والحنابلة .

وعند المالكية لا يصح بيع الشيء الحاضر في مجلس العقد إلا برؤيته ، ما لم تكن في رؤيته مشقة فيباع على الصفة . جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٨٥ إلى ص ٢٨٦) : « . . . لأن المبيع لا يباع إلا برؤية أو صفة . والصفة لا يباع عليها الشيء الحاضر على الأشهر ، إلا إذا كان في رؤيته مشقة فيباع على الصفة على الأشهر » .

وعند الشافعي لا يحصل العلم بالشيء إلا برؤيته ، وذلك في جميع الأحوال سواء كان الشيء حاضراً في المجلس أو غائباً عنه ، وسنعود إلى تفصيل هذا الرأي (ب) وإن كان الشيء غائباً عن مجلس العقد ، حصل العلم به بوصفه وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة .

فإن كان شيئاً معيماً بالذات ، وصف بما ينشئ عنه الجهالة ويعينه تعييناً واضحاً . كأن يقول بعثك جملي وليس له جمل سواه . أو بعثك داري وليس له دار سواها .

وإن كان شيئاً غير معين بالذات : فعند الحنفية يتعين بالوصف بما يرفع عنه الجهالة الفاحشة ، أي ببيان الجنس والنوع والمقدار . ولا تضر الجهالة اليسيرة ، لأن المشتري له خيار الرؤية فيما لم يره .

وعند المالكية يتعين الشيء كذلك بالوصف ، أي ببيان جنسه ونوعه ومقداره . ويجوز البيع على البرنامج ، أي على الدفتر الذي تكتب فيه صفة ما في الغدل . ولكن البيع على الصفة عند المالكية لا يكون فيه خيار الرؤية ، خلافاً للحنفية فيما قدمناه . ويجوز بيع الغائب عن مجلس العقد دون وصف على أن يشترط المشتري خيار الرؤية . ويخلص من ذلك أن مذهب مالك لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية ، فلما أن يباع الشيء على الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية ، ولما أن يباع بشرط خيار الرؤية فلا يكون في حاجة إلى الوصف . وقد رأينا أن الحنفية يجمعون بين الوصف وخيار الرؤية . فيجب الوصف في الشيء الغائب ثم يثبت فيه مع ذلك خيار الرؤية .

وعند الحنابلة يتعين الشيء بالوصف ، أي بذكر جميع الصفات التي تضبطه

ويصح البيع بالرؤية السابقة فيما لا يطرأ عليه التغير . فيجب إذن أن يكون الشيء معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته . فإن اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، أو رآه ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكتفى ، لم يصح البيع . وعند الشافعي لا يتعين الشيء إلا بالرؤية على قوله الجديدي . وفي قوله القديم يتعين الشيء بذكر جميع صفاته أو بذكر صفاته المقصورة دون رؤية ، وقبل يصح البيع دون وصف وللمشتري خيار الرؤية فيما لم يره .

ونستخلص من استعراض مختلف المذاهب على الوجه الذي قدمناه أن الأئمة - فيما عدا الشافعي في قوله الجديدي - يكتفون في تعيين المحل بالوصف المانع للجهالة الفاحشة ، كما هو الأمر في الفقه الغربي . ولما كان الفقه الإسلامي غنياً بوجه خاص في التطبيقات ، فتورد بعضاً منها كما وردت في النصوص .

تعيين المحل في الأشياء المتفاوتة وفي الأشياء المتقاربة :

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٦ - ص ١٥٨) : « إذا قال بعثك شاة من هذا القطيع أو ثوباً من هذا العدل ، فالبيع فاسد ، لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة ، لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب ، فيوجب فساد البيع . فإن عين البائع شاة أو ثوباً وسلمه إليه ورضى به ، جاز ، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمرأضة . . . وكذا إذا قال بعثك هذه الأثواب الأربعة بكذا وذكر خيار التعيين أو سككت عنه ، أو قال بعثك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسككت عن الخيار ، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول . ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمان كذا وترد الباقي ، فالقياس أن يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد . وجه القياس أن المبيع مجهول ، لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار . وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن ، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، وورود

الشرع هناك يكون وروداً ههنا ، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس ، ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك ، فإن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشتري ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر والنساء ، فيحتاج إلى أن يأمر غيره ، ولا تندفع حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الأمر ، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين مثل ذلك الجنس فيحملهما جميعاً إلى الأمر فيختار أيهما شاء بالتمن المذكور ويزد الباقي ، فجوزنا ذلك لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقى الحكم فيه على أصل القياس . وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعتمد عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة . . . وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى ثوبين أو عباين أو دابتين على أن المشتري أو البائع بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام ولم يعين الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه . . . ولو باع عدداً من جملة المعلومات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمى ، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة ، فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضيا عليه ، فهو جائز لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعااطي .

فهذه طائفة من التطبيقات في تعيين المحل في الأشياء المتفاوتة . يجب في هذه الأشياء تعيين المحل بالذات ، ولا يكفي أن يبيع شاة غير معينة بالذات من قطع غنم لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة فكان المبيع مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة ، وكذلك الأمر في بيع ثوب من العدل ، لتفاحش التفاوت بين ثوب وثوب . ولو باع شيئين متفاوتين ، كثوبين أو عباين أو دابتين ، وأوجب في أحدهما - دون أن يعينه - خيار الشرط ، فقد شاعت الجهالة المفضية إلى المنازعة في كل من الميعين ، إذ لا يعلم أيهما بيع بيعاً باتاً وأيها بيع بخيار الشرط . ولو باع عدداً معلوماً من جملة معلودات متفاوتة ، كالبطيخ والرمان ،

• مصدر الحق - ثالث

وكانت الحملة أكثر من هذا العدد ، فلا يمكن عزل ما زاد عن الحملة للفتاوت ما بين المعدودات ، فكان المبيع مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة .

أما بيع أحد أثواب متفاوتة تزيد على الثلاثة مع إعطاء خيار التعيين للمشتري يختار أيها شاء ، فقد كان ينبغى أن يجوز ، لأن المبيع ، ولو لم يكن مهنياً ، قابل للتعين باختيار المشتري . وصاحب البدائع نفسه يقول في الخيار فيما لا يزيد على الثلاثة : « وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت ، فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة » . وهذه العبارة تصدق تماماً على الخيار فيما يزيد على الثلاثة كما صدقت على الخيار فيما لا يزيد على ذلك .

هذا إذا كانت الأشياء متفاوتة ، أما إذا كانت متقاربة فالأمر يختلف ولا يلزم تعيين أحد الأشياء المتقاربة بالذات حتى يكون المحل معلوماً ، بل يكفي أن يكون واحداً من عدة أشياء ، فأى واحد من هذه الأشياء المتقاربة يعدل الآخر ، فيتعين المحل بذلك وتنتفى الجهالة الفاحشة التى تفضى إلى المنازعة . وقد ورد في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) في هذا المعنى : « ولو قال بعثك قفيزاً من هذه الصبرة صح ، وإن كان قفيزاً من صبرة مجهولا ، لكن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة ، لأن الصبرة الواحدة متماثلة القفران . بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الأربعة ، لأن بين شاة وشاة تفاوتاً فاحشاً وكذا بين ثوب وثوب » . وكان ينبغى أن يصح البيع في الصبرة كلها بثمن معلوم جملة أو على أساس سعر القفيز ، لأن المبيع في هذه الحالة يكون مهنياً وكذلك الثمن يكون مهنياً أو قابلاً للتعين . وهذا هو رأى الصالحين ، أما أبو حنيفة فعنده أن من باع صبرة كل قفيز بدينار صح البيع في قفيزاً واحداً لأن ثمنه معين وهو درهم ، ولا يصح في الباقي لأن ثمنه غير معين ويحتاج في تعيينه إلى كيل الصبرة ، فإن كيلت في المجلس وعين الثمن قبل تقرر الفساد صح البيع . ولا شك في أن رأى الصالحين

هو الذي يتمشى مع الفقه الغربي على النحو الذي أوضحناه . وهو فوق ذلك الرأي الذي يتمشى مع المبدأ القاضى بأن المحل لا يلزم أن يكون معيناً ، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين . ونورد هنا ما جاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٥ - ص ٦) في هذه المسألة : « ومن باع صبرة كل صاع بدرهم ، صح في صاع ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا (أي الصحابة) جاز في الكل ، لأن المبيع معلوم بالإشارة لأن المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره بلحواز البيع . وجهالة الثمن بأيديهما رفعها ، فيجوز . كما لو باع عبداً من عبيدين على أن يأخذ أيهما شاء ، بخلاف ما إذا أجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز إلا في شهر واحد لأن الشهور لا نهاية لها فلا تمكن إزالة الجهالة فيها فينصرف إلى الأقل . ولأبي حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد ، غير أن الأقل معلوم فيصح فيه لانيقن به ، وما عداه مجهول فيفسد ، كما إذا باع الثوب برقمه ، بخلاف ما استشهد به لأن الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفي تلك ملقارن لأن اختياره موجود حالة التباعد . ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده ، يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه . ولو كاله في المجلس ، جاز بالإجماع ، لزوال المانع قبل تقرر الفساد . وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨ - ص ١٥٩) في هذه المسألة أيضاً : « أما المكيلات فإن لم يسم جملتها ، بأن قال بعث منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم لم يجوز البيع إلا في قفيز منها بدرهم ، ويلزم البيع فيه عند أبي حنيفة ^(١) . ولا يجوز في الباقي إلا إذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بأن كاله ، فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز بدرهم وإن شاء ترك . وإن لم يعلم حتى افتراقا عن المجلس ، تقرر الفساد . وعند أبي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، علم أو لم يعلم . . وجه قولهما . . إن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم بها بالكيل . . فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والإزالة ، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع ، كما إذا باع بوزن هذا الحجر ذهباً . ولأبي حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية إلى المنازعة فتوجب

(١) هذا بخلاف ما قلناه عن الزيلعي حيث يقول : « ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده

(أي عند أبي حنيفة) يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه . »

فساد العقد ، كما إذا باع الشيء برقمه . ولا شك أن جملة الثمن حالة العقد مجهولة ، لأنه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة . . . وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم ، لكنها ثابتة للحال إلى أن ترتفع ، وعندنا إذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد إلى الجواز لأن المجلس وإن طال فله حكم ساعة العقد ، والبيع بوزن هذا الحجر ذهباً ممنوع على أصل أبي حنيفة رحمه الله ... ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ، ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمي جملة الثمن ، لم يذكر هذا في الأصل ، وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يجوز ، وهو صحيح لأن المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها ، وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ، ولو سمي جملة المبيع لجاز ... (فلو) قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم ، أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم ، سمي لكل واحد من القفزان ثمناً على حدة أو سمي لكل ثمناً واحداً هما سواء ، فلا شك في جواز البيع ، لأن جملة المبيع معلومة وجملة الثمن معلومة . ثم إن وجدها كما سمي ، فالأمر ماض ولا خيار للمشتري . وإن وجدها أزيد من مائة قفيز ، فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد إلى البائع ، ولا يكون للمشتري إلا قدر ما سمي وهو مائة قفيز ولا خيار له . وإن وجدها أقل من مائة قفيز ، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها . وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبغيضه لا تجرى مجرى الصفة ، بل هي أصل ، فلا بد أن يقابله الثمن ، ولا ثمن للزيادة ، فلا تدخل في البيع ، فكانت ملك البائع ، فترد إليه . والنقصان فيه نقصان الأصل لا نقصان الصفة ، فإذا وجدها أنقص مما سمي ، نقص من الثمن حصة النقصان ، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له ، فأوجب خللاً في الرضا ، فثبت له خيار الترك . وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تبغيضها ضرر ، لأن الزيادة فيها لا تجرى مجرى الصفة ، بل هي أصل بنفسها ، وكذلك المعدودات المتقاربة .

والصورة الجديلة التي أوردناها نقلاً عن البدائع هي ما إذا سمي جملة الثمن

وسعر الوحدة وترك المبيع جزافاً تمكن معرفة مقداره من نسبة جملة الثمن إلى سعر الوحدة ، أو سمى جملة المبيع وسعر الوحدة ، أو سمى جملة المبيع وجملة الثمن :

فباع كل الصبرة بمائة درهم كل قفيز بلرهم ، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بلرهم ، أو باع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم . في جميع هذه الأحوال يتعين كل من المبيع أو الثمن أو في القليل يكون كل منهما قابلاً للتعيين ، فيصح البيع إجماعاً . وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي على النحو الذي بيناه . ولكن الفقه الإسلامي يعمق في التحليل إمعاناً يتخلف عنه فيه الفقه الغربي ، وهو في ذلك يجري على منطق محكم الحلقات ، وإن ضاقت به مقتضيات التعامل ، عندما يميز بين المكيلات والموزونات ، والمعدودات المتقاربة من جهة وبين المذروعات من جهة أخرى . ففي المذروعات تجري الزيادة أو النقص مجرى الصفة لا الأصل ، إلا إذا سمى لكل وحدة من المذروع ثمناً على حدة . وهذا ما يقوله صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٦٠ - ص ١٦١) في ذلك : « وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها ، فإن سمى بلحمة الذرعان ثمناً واحداً ولم يسم لكل ذراع منها ثمناً على حدة . بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم ، فالبيع جائز ، لأن البيع وثمنه معلومان . ثم إن وجدته مثل ما سمى ، لزمه الثوب بعشرة دراهم ، ولا خيار له . وإن وجدته أحد عشر ذراعاً ، فالزيادة سالمة للمشتري . وإن وجدته تسعة أذرع ، لا يطرح من أجل النقصان شيء من الثمن ، وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك . فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تبعضها ضرر والعديدات المتقاربة . ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعات جارية مجرى الصفة ، كصفة الجودة والكتابة والحياطة ونحوها ، والثمن يقابل الأصل لا الصفة . والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة ، فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكماً ، والجودة والرداءة صفة ، والثمن يرد على الأصل دون الصفة ، إلا أن الصفة تملك للموصوف لكونها تابعة قائمة به . فإذا زاد ، صار كأنه اشتراه رديئاً فإذا هو جيد ، كما إذا اشترى عبداً على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده

كاتباً أو خياطاً ، أو اشترى عبداً على أنه أعور فوجده سليم العينين ، أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكرًا ، تسلم له ولا خيار للبائع ، كذا هذا . وإذا نقص ، صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئاً ، كما إذا اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً ، لا يطرح شيئاً من الثمن . لكن يثبت له الخيار ، كذا هذا . بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة ، لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة ، والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن ، إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له ، وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلاً بنفسها حقيقة ، وإن سمي لكل ذراع منها ثمناً على حدة ، بأن قال بعث منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا ، ثم إن وجده مثل ما سمي فالأمر ماض ، ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم . وإن وجده أحد عشر ذراعاً ، فهو بالخيار إن شاء أخذه كله بأحد عشر درهماً وإن شاء ترك . وإن وجده تسعة أذرع ، فهو بالخيار إن شاء طرح حصّة النقصان درهماً وأخذه بتسعة دراهم وإن شاء ترك لتفرق الصفة عليه . وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف ، فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئاً كما في الفصل الأول لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بميزة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا . وحل هذا الإشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة . فأما إذا أفرد به ، فلا يجري مجرى الصفة مطلقاً ، بل يكون أصلاً من وجه وصفة من وجه ، فنحن حيث إن التبعض فيها يوجب تعيب الباقي كانت الزيادة صفة بميزة صفة الجودة ، ومن حيث إنه سمي لكل ذراع ثمناً على حدة كان كل ذراع معقوداً عليه ، فكانت الزيادة أصلاً من وجه صفة من وجه . فنحن حيث إنها صفة كانت للمشتري لأن الثمن يقابل الأصل لا الصفة وإنما يدخل البيع تبعاً كما بينا ،

ومن حيث إنها أصل لا يسلم له إلا بزيادة ثمن ، اعتباراً للجهتين جميعاً بقدر الإمكان فله الخيار في أخذ الزيادة وتركها ، لأنه لو لزمه الأخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهراً عند العقد ، واختل رضاه فوجب الخيار . وفي النقصان إن شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقي اعتباراً بلجهة الأصالة ، وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه ، وأوجب خللاً في الرضا ، وإذا يوجب الخيار ^(١)

هذا هو حكم المذروعات ، وله نظير في العدييات المتفاوتة وغيرها لا يتسع له المقام . ويبدئك فيما قدمناه قوة الصناعة الفقهية ، ولعل هذا المثل من الفقه الإسلامي مثل بارز في دقة التحليل وروعة الصنعة . فقد جعل الفقهاء الزيادة والنقصان فيما لا يضره التبعض أصلاً لا وصفاً ، وفيما يضره التبعض وصفاً لا أصلاً . وبفضل التمييز بين الأصل والوصف ، ثم بفضل جعل الوصف عند تسمية ثمن للوحدة أصلاً من جهة ووصفاً من جهة أخرى ، تراهم يستخلصون حلولاً دقيقة ، يتميز بعضها عن بعض ، في سلسلة قوية الحلجك من منطق منسجم ، يهرك انسجامه ودقته ، ولكنه يبعد بك عما هو مألوف في العمل . تلك آية على أن الفقه الإسلامي ما لبث أن أصبح من عمل الفقهاء ، وليس للقضاء فيه أثر محسوس . وقد خلق الفقهاء به في جو من منطق سديد ، وفكر قوى ، وتميزات دقيقة ، ولكنه صار بذلك أقرب إلى إرضاء الصناعة الفقهية منه إلى مواجهة الحياة العملية .

الاكتفاء بتمايلية المحل للتعين :

ويبدو من بعض النصوص أنه لا يشترط أن يكون المحل معيناً فعلاً ، بل يكفي أن يكون قابلاً للتعين . جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٦ - ص ٨٧) : « ويجوز بإثناء يعينه لا يعرف مقداره ، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره . قد قيد الإثناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كأن يكون من خشب أو

(١) انظر فيما قدمناه من المسائل في المذاهب الأخرى : في مذهب مالك الخطاب ٤ ص ٢٩٦ ص ٣٠٠ - وفي مذهب الشافعي المذهب ١ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٦ - وفي مذهب أحمد الشرح الكبير على متن المغن ٤ ص ٢٩ - ص ٢٩ .

حديد ، أما إذا كان يحتمل كالزنبيل والجوالق فلا يجوز . وعلى هذا بيع ملء
 قرية بعينها أو راوية من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ، لأن الماء ليس عنده
 ولا يعرف قدر القرية . لكن أطلق في المجرد جوازه ، ولا بد من اعتبار القرب
 المتعارفة في البلد مع غالب السقائين وفي جمع التفاريق عن محمد رحمه
 الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر ، وفيه الخيار . وينبغي أن يكون هذا محمل
 الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً كما لا يجوز في السلم . فهنا
 نرى أن المحل لم يعين فعلاً ، ولكن وضعت عناصر تعيينه فكان قابلاً
 للتعيين ، فهو ملء إناء بعينه ، أو ملء قرية من القرب المتعارفة في البلد مع
 غالب السقائين ، أو وزن حجر بعينه .

وقد تكون ظروف الزمان والمكان من العناصر الضرورية في قابلية المحل
 للتعيين . فقد ذكر الفقهاء أنه يجوز بيع الحمام في البرج ولو جزافاً لما في العد
 من مشقة . على أن في المسألة خفاً ، فهناك رأى يذهب إلى عدم جواز البيع
 إلا بالعد لما في البيع جزافاً من غرر . وعند الحنفية لا يجوز بيع الحمام في البرج
 إلا بالليل ، لأن الحمام بالنهار يكون بعضه خارج البرج فلا يكون قابلاً للتعيين .
 فعنصر الزمان هنا ضروري ، لأن الحمام إذا بيع جزافاً لا يمكن أن يحاط به كل
 الإحاطة ، فلا بد من الاكتفاء بقابليته للتعيين ، ولا يكون قابلاً للتعيين إلا ليلاً
 عند ما يأوى إلى برجه . ويقول الخطاب (جزء ٤ ص ٢٨٩) في بيع الحمام
 جزافاً أو بالعد ما يأتي : « من سماع أصبغ من جامع البيوع عن ابن القاسم أنه
 أجاز بيع البرج بما فيه وبيع جميع ما فيه إذا رآه وأحاط به معرفة وحزراً . قال
 ابن رشد لعبد الله بن نافع في المدونة إنه لا يجوز بيع حمام البرج جزافاً للغرر ،
 ولا يباع إلا عدداً . . . وحكى ابن عرفة عن محمد عن ابن القاسم مثل ما روى عنه
 أصبغ ، ونصه محمد عن ابن القاسم لا بأس ببيع ما في البرج من حمام أو يبعه
 بحمامه جزافاً . وحكى في التوضيح القولين من غير ترجيح ، ورجح في الشامل
 الجواز وهو الظاهر » ، ويقول ابن عابدين (جزء ٤ ص ١٦٦) في عدم جواز
 بيع الحمام في البرج إلا بالليل ما يأتي : « في الذخيرة باع برج حمام ، فإن

ليلاً جاز ، ولو نهراً فلا لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتياط ،^(١) .

والفقه الإسلامي كالفقه الغربي لا يجيز ترك تعيين الثمن لمحض إرادة المشتري ولا بيع الشيء بقيمته دون تحديد ثمن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين . ويذهب الفقه الإسلامي في وجوب تعيين المحل إلى مدى أبعد من الفقه الغربي ، فلا يجيز ، كما يجيز الفقه الغربي ، أن يترك تقدير الثمن إلى حكم أجنبي ولا يعتبر الثمن في هذه الحالة قابلاً للتعيين بتقدير الحكم ، بل يعتبره مجهولاً جهالة فاحشة فلا يصح البيع . ويقول صاحب البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) في هذه المسائل ما يأتي : « ولو قال بعث هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد ، لأنه جعل ثمنه قيمته ، وأنها تختلف باختلاف تقويم المقومين ، فكان الثمن مجهولاً ... وكذا إذا باع بحكم المشتري أو بحكم فلان ، لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولاً » .

والظاهر أنه وإن اتفق الفقه الإسلامي والفقه الغربي من حيث المبدأ في وجوب تعيين المحل ، إلا أن الفقه الإسلامي ، من حيث التطبيق ، يتطلب قدراً من التعيين أكبر من القدر الذي يتطلبه الفقه الغربي . ويرجع ذلك إلى فكرة الغرر ، فالفقه الإسلامي يتوق الغرر ما استطاع ويتجنب مظاهره ، فإذا لم يكن المحل معيناً تعييناً واضحاً لا يتطرق إليه أي احتمال ، خيف على الصفقة من الغرر ، وفسد العقد . ونأتي بمثالين من الفقه الإسلامي ، في أحدهما يجب اعتبار المحل قابلاً للتعيين من وجهة نظر الفقه الغربي ومع ذلك يفسد العقد في الفقه الإسلامي بل جهالة المحل ، وفي الثاني يجب اعتبار المحل من وجهة نظر الفقه الغربي لا قابلاً للتعيين فحسب بل معيناً فعلاً ومع ذلك تختلف فيه الأقوال في الفقه الإسلامي فيرى بعض الفقهاء أن المحل مجهول والعقد فاسد .

جاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٦٦) : « ولا يجوز (البيع) إلا بثمن معلوم

(١) ثم يقول ابن عابدين (جزء ١ ص ١٦٦) : « والظاهر أنه مبني على ظاهر الرواية ، تأمل . وفيه ألفاظ بعضهم فقال :

يا إماما في فقه نسمان أضى	حائز السبق مفرداً لا يجارى
أى بيت يجوز بيعك إيا	ليل ولا يجوز نهارة

القدر . فإن باع بضمن مجهول ، كبيع السلعة برقمها وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك ، فالبيع باطل ، لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره . وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) : « ولو باع شيئاً بربح . . ولم يعلم المشتري رأس ماله ، فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع ، هكذا روى ابن رستم عن محمد ، لأنه إذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولاً ، وجهالة الثمن تمنع صحة البيع . فإذا علم ورضى به ، جاز البيع ، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد ، وقد زالت في المجلس وله حكم حالة العقد ، فصار كأنه كان معلوماً عند العقد . وإن لم يعلم به حتى إذا افرقا ، تقرر الفساد ... وكذا إذا باع الشيء برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشتري رقمه ورأس ماله ، فهو كما إذا باع شيئاً بربح . . ولم يعلم ما اشترى به . فهنا بيعت السلعة برقمها أو برأس مالها أو بربح معلوم يضاف إلى رأس مالها أو بما باع به فلان سلعته ، والمشتري يجهل رقم السلعة أو رأس المال أو الثمن الذي باع به فلان سلعته ، ولكن كل ذلك يمكن العلم به . ففي جميع هذه الأحوال يعتبر الفقه الغربي أن الثمن وإن لم يكن معيناً ، قابل للتعيين ، ومن ثم يكون البيع صحيحاً . أما الفقه الإسلامي ، فهذا هو يعتبر البيع فاسداً للجهالة بالثمن ، وكأنه لا يكتفى بأن يكون الثمن قابلاً للتعيين ، بل يشترط أن يكون معلوماً من المشتري حال قيام مجلس العقد .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٥٨) . وكذلك إذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدينار ولم يبين الموضع . فالبيع فاسد ، وكذلك إذا بين الموضع بأن قال زن لي من هذا الجنب رطلاً بكذا أو من هذا الفخذ ، على قياس قول أبي حنيفة في السلم وعلى قياس قولهما يجوز ، وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز . فهنا بيع الشيء ، وقد عين جنسه ، ومقداره ، وثمنه ، والموضع من الشاة الذي يؤخذ منه جنباً كان أو فخذاً . وهذا كاف في الفقه الغربي لاعتبار الشيء معيناً ، فقد رأينا في هذا الفقه أن الشيء غير المعين بالذات يتعين ببيان جنسه ونوعه ومقداره . أما في الفقه الإسلامي ، فهذا نحن نرى الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه وإذا كان الصاحبان يقولان يجوز البيع في هذه الحالة ، فأبو حنيفة يقول بعدم الجواز للجهالة المبيع .

تعيين المحل إذا كان نقوداً :

وفي الفقه الإسلامي ، كما في الفقه الغربي ، إذا وقع العقد على نقود ، وجب أن تكون معينة بنوعها ومقدارها . ويذكرون في الفقه الإسلامي أنه إذا أطلق الثمن عن ذكر الصفة ، انصرف إلى المتعارف من نقد البلد . فإذا تعددت العملات في البلد الواحد ، وتساوت في الرواج مع التفاوت في المالية ، ولم يعين العقد إحداها ، كانت هناك جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد . أما إذا اختلفت في الرواج ، سواء اختلفت في المالية ، فالعقد صحيح أو انحلت وبصرف إلى الأروج . وكذلك إذا تساوت في المالية والرواج معاً ، صح العقد ، ويؤدي من أيها شاء المدين إذ لا فضل لإحداها . وقد جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٨٤ - ٨٥) في هذه المسألة ما يأتي : « ومن أطلق الثمن في البيع ، أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد ، بأن قال عشرة دراهم مثلاً ، انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فيصرف المطلق إليه . . فإن كانت النقود مختلفة المالية ، كالذهب الأشرفي والناصري بمصر ، لكنها في الرواج سواء ، فالبيع فاسد لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر ، لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج ، وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية ، جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة ، لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى ، فيفسد البيع ، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تفرره . وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً ، فالبيع صحيح ، وبصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة . وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج ، يصح البيع ، ويؤدي من أيها شاء ، لأنه لا فضل لأحدها . فلو طلب البائع أحدها بعينه ، كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر ، لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت . وبهذا قلنا الدرهم والدنانير لا تتعين ، حتى لو أراه درهماً اشترى به ، فباعه ، ثم حبسه وأعطاه درهماً آخر ، جاز ، يعني إذا كانا متحدى المالية . »

وجاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٥) : « ومطلقه على النقد الغالب ، أى مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد . ومراده من الإطلاق هنا أن يكون مطلقاً عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمي قلده ، بأن قال عشرة دراهم مثلاً . فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده ، لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص ، لا سيما إذا كان فيه تصحيح تصرفه . قال وإن اختلفت النقود ، فسد إن لم يبين ، وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة ، لأن مثل هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة ، فتفسد إلى أن ترفع بالبيان . فإن كانت في الرواج مختلفة ، ينصرف إلى غالب نقد البلد على ما بينا . وإن كانت في المالية سواء جاز البيع كيفما كان ، غير أنه إن كان أحدهما أروج انصرف إليه لما ذكرنا . وإن كانت في الرواج سواء ، كالأحادي والثنائي والثلاثي ، جاز ، لأن مالية كل واحد سواء ، غير أن الأول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم . ونظيره الكامل والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر . فإذا اشترى بدراهم معلومة ، فأعطى من أيها شاء ، جاز ، لأنه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية » .

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨) : « قال في كتاب الصرف من المدونة : ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه كل عشرين بدينار ، فلما نقده الدنانير قال لا أرضاها ، فله نقد البلد . فإذا كان نقد البلد في الدنانير مختلفاً ، فلا صرف بينهما ، إلا أن يسميا الدنانير انتهى . وقال اللخمي إذا صرف دراهم بدنانير ، أو باعه سلعة بدنانير ، والدنانير التي يتصرف بها في البلد بين الناس مختلفة السكك . كان ذلك فاسداً ، إلا أن يكون الثمن فيما يباع به ذلك أو الغالب فيما يتصرفون به منها وغيره نادر قليل ، فيجوز ، ويحملان على الغالب انتهى . وذكر البرزلي فيما تعددت السكك وكان الغالب أحدهما قولين . قال وظاهر المدونة في كتاب الأكرية الجواز ، ويحمل على الغالب انتهى . ونص ما في أكرية الدور منها : ومن اشترى داراً بدنانير ، ولم يصفها ، والنقد مختلف . فإن عرف لنقد الكراء سكة قضى بها ، وإلا فسخ الكراء ، وعليه فيما سكن كراء مثله . قال أبو الحسن قوله كراء مثله ظاهره من سكة واحدة : قلت وهذا إذا اختلفت السكك

في النفاق ، وأما إذا استوت في النفاق ، فإن ذلك جائز ، ويجبر البائع على أن يقبض ما جاء به المشتري . قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع : البلد الذي تجوز فيه جميع السكك جوازاً واحداً لا فضل لبعضها على بعض ، ليس من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأى سكة يبتاع ، ويجبر البائع على أن يأخذ كل سكة أعطاه . كما أن البلد إذا كانت تخرج فيه سكة واحدة ، فليس عليه أن يبين بأى سكة يبتاع ، ويجبر على أن يقبض السكة الجارية . وكما أن البلد الذي تجرى فيه جميع السكك ولا تجوز فيه بجواز واحد ، لا يجوز البيع فيه حتى يسمى بأى سكة يبتاع ، فإن لم يفعل كان البيع فاسداً .

هذه هي مشكلات النقد والعملة في تلك الأزمنة السالفة . تناولها الفقهاء بالتحليل كما نرى . وغنى عن البيان أنه لم يكن هناك في تلك الأزمنة عملة ورقية ذات سعر قانوني أو ذات سعر إلزامي يثار فيها من المشاكل ما أثير في العصر الحاضر .

تعيين المحل إذا كان عملاً :

وإذا وقع العقد على عمل ، وجب في الفقه الإسلامي كما في الفقه الغربي ، أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً لتعيين . ونكتفي هنا بعقدين يقع كل منهما على العمل : عقد الأجير المشترك وعقد الاستصناع .

ففي عقد الأجير المشترك يجب بيان العمل الذي يستوَجِر فيه الصانع والعمال ، وهذا هو محل الالتزام ، فلا بد أن يكون معلوماً علماً نافعاً للجهالة الفاحشة ، وإلا فسد العقد . جاء في البدائع (جزء ٤ ص ١٨٤) : « ومنها بيان العمل في استئجار الصانع والعمال لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد ، حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصارة والحياطة والرعى ونحو ذلك ، لم يجز العقد . وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك ، إما بالإشارة والتعيين ، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والحياطة ، وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها ، لأن العمل يختلف باختلاف المعمول . وعلى هذا يخرج ما إذا

استأجر حفاراً ليحفر له بئراً ، أنه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها ، لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة ، فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوماً . وهل يشترط فيه بيان المدة ؟ أما في استئجار الراعي المشترك فيشترط ، لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه ، وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط ، حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثواباً معلومة ليخيطها أو ليقصرها ، جاز من غير بيان المدة ، لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه .

أما الاستصناع فيلحقه الفقهاء عادة بالبيع ، ويجعلون المعقود عليه فيه العين دون العمل ، وإن كان هناك من الفقهاء من يقول إن المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل . والواقع أن للاستصناع شهماً بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع ، وشهماً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع . ومن ثم يقع الاستصناع على كل من العين والعمل ، ومحل الاستصناع هو المستصنع وهو يجمع بين العين والعمل ، فلا بد أن يكون المستصنع إذن معلوماً علماً نافياً للجهالة الفاحشة ، وذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره وصفته ، وإلا فسد العقد . جاء في شرح العناية للبابرتي (هامش فتح القدير ٥ ص ٣٥٥ - ص ٣٥٦) : « والمعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذه جاز . وفيه نفي القول أبي سعيد البردعي فإنه يقول المعقود عليه هو العمل ، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل ، وعورض بأنه لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد المتعاقدين ، لكنه يبطل بموت أحدهما ، ذكره في جامع قاضيخان . وأجيب بأن للاستصناع شهماً بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل ، وشهماً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع » .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ٢٠٩) : « وأما شرائط جوازه (أي الاستصناع) فبها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته » . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام في بيع المعلوم .

الفرع الثالث المحل صالح للتعامل فيه

المبحث الأول صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الغربي

متى يعتبر الشيء غير صالح للتعامل فيه في الفقه الغربي :

يكون الشيء ، في الفقه الغربي ، غير صالح للتعامل فيه لأحد أسباب ثلاثة : ١ - إما لأن طبيعته تتعارض مع التعامل فيه ٢ - وإما لأن الغرض الذي خصص له يتنافى مع هذا التعامل ٣ - وإما لأن التعامل فيه يعتبر مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

فهناك أشياء تأتي طبيعتها التعامل فيها . فالإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم أنه إنسان ؛ وذلك بعد تحريم الرق . والشمس والهواء والبحر لا يمكن التعامل فيها بحكم طبيعتها ، وكذلك لاستحالة التعامل . فإذا أمكن التعامل فيها من بعض النواحي جاز ، وذلك كأشعة الشمس يمحصرها المصور الفوتوغرافي ، والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للملك . وقد لا يكون للشيء مالك فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه ، وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه .

وهناك أشياء يتنافى الغرض الذي خصصت له مع التعامل فيها . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف (وقفاً خيرياً بعد إلغاء الوقف الأهلي) مخصص لغرض يقتضي حبسه عن التصرف فيه ما دام وقفاً . وعدم الصلاحية للتعامل بسبب الغرض الذي خصص له الشيء أمر نسبي . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للبيع ، فإنه يصلح محلاً للإيجار ، كما في شغل جزء من الطريق العام ، أو في

منح رخصة لإقامة أكشاك (كابينات) على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه ، فإنه يجوز إيجاره . والضابط في هذه المسألة أن عدم الصلاحية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز . أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز .

وهناك أخيراً أشياء يعتبر التعامل فيها مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، فيحرم التعامل لأنه يكون غير مشروع . وعلم المشروعية إما أن يكون مفهوماً من مقتضى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، وإما أن يكون قد ورد فيه نص صريح . والنص إنما يكشف عن المخالفة ولا ينشئها . ووجوده إنما يكون دليلاً على عناية المشرع بالأمر عناية خاصة ، فأثر أن يورد فيه نصاً ، كما فعل المشرع المصري عند ما نص في المادة ٤٨ من التقنين المدني على أن « ليس لأحد التزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . أو هو تحديد لأمر يتدخل المشرع لتحديده ، كما فعل في تحديد الربا الفاحش . أو هو إيضاح في مقام يكون عدم النص فيه مؤدياً إلى الغموض ، كما في النص الذي يحرم التعامل في التركة المستقبلية . أو هو تحريم لأمر تقضي ظروف البلد الخاصة بتحريمه ، كما حرم المشروع المصري الانجرار في الحشيش والمخدرات ، وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن أن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد . وتضع المادة ١٣٥ من التقنين المدني المصري هذه القاعدة العامة في العبارات الآتية : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً »^(١) فإذا عرفنا ما هو النظام العام والآداب ، أمكن

(١) ويقابل هذا النص في التقنين المدني السوري المادة ١٣٦ وهي مطابقة ، وفي التقنين المدني

الليبي المادة ١٣٥ وهي مطابقة ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٣٠ وتجرى على الوجه الآتي : « يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، وإلا كان العقد باطلاً . وتعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار ، وللتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة ، وقوانين التسمير الجبرى ، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية » . وفي تقنين الموجبات والنقود اللبناني المادة ١٩٢ فقرة أول وتجرى على الوجه الآتي « باطل كل عقد يوجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب » .

أن نقرر ما إذا كان نص معين في القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر ، حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يكون محلاً للتعاقد . فما هو المقصود إذن بالنظام العام والآداب ؟

النظام العام والآداب :

تعتبر القاعدة القانونية من النظام العام إذا قصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، وتعلو على مصلحة الأفراد . وتضيق دائرة النظام العام إذا تغلبت الفكرة الفردية لأن هذه الفكرة تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا ما تغلبت الفكرة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي ، اتسعت دائرة النظام العام وأصبحت الدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف من القوى ، بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد ما هو النظام العام ، تحديدًا مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام أمر نسبي ، وكل ما يستطيع هو وضع معيار مرن ، هو معيار المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى .

والآداب ، في أمة معينة ، وفي جيل معين ، هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة ، والعادات المتأصلة ، وما جرى به العرف ، وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير في تكييفه ، وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلق . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكييف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد ، وإلى جانب ذلك ، بل في الصميم منه ، ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس

الأدبي الذى تخضع الناس له ، ولو لم ينص القانون على ذلك . ومعيار الآداب - أو « الناموس الأدبي » - ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص إلى نفسه وإلى تقديره الذاتى ، بل هو معيار موضوعى اجتماعى يرجع فيه الشخص إلى ما تواضع عليه الناس . وهو فى الوقت ذاته معيار نسبى غير ثابت ، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية فى حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالربا والتأمين على الحياة والوساطة فى الزواج والعري ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك على النقيض من ذلك ، أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالرق وإدخال المهربات فى بلاد أجنبية ، وكانت من قبل غير ذلك وفى العصر الواحد ، يختلف الناموس الأدبي من بلد إلى بلد ، فالحجاب وتعدد الزوجات يختلف النظر إليها فى الشرق عنه فى الغرب .

وترى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الجبل والبيئة ، وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب . ونحن فى العصر الحاضر نشهد تغلب البرعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرب بالعوامل الخلقية حتى صبح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit) على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيهما الحصب والمرونة والقابلية للتطور ، هما :

أولاً : فكرة « المعيار » ، فمعيار النظام العام « هو المصلحة العامة التى تتعلق بنظام المجتمع الأعلى » ، ومعيار الآداب هو « الناموس الأدبي » . وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .

ثانياً : فكرة « النسبية » . فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة وفى جيل معين .

ونحاول أن نحدد دائرة النظام العام والآداب في بيئتنا الحالية وعصرنا الحاضر ،
فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام وأخرى تخالف الآداب^(١) .

المطلب الأول

اتفاقات تخالف النظام العام

روابط القانون العام وروابط القانون الخاص :

لا ينحصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، فالنظام العام يتناول
دون شك روابط القانون العام وروابط القانون الخاص على السواء . وهو في روابط
القانون الخاص ، لا يقتصر على روابط الأحوال الشخصية بل يتناول أيضاً روابط
المعاملات المالية .

§ ١ - روابط القانون العام

أنواع هذه الروابط :

ينظم القانون العام علاقة الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها
ببعض . . ففروع القانون العام هي إذن القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون
المالي والنظام القضائي والقانون الجنائي والروابط التي تنظمها هذه القوانين هي من
النظام العام ، إذ الهدف فيها هو تحقيق « المصلحة العامة التي تتعلق بنظام المجتمع
الأعلى » ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً
لمصالحهم الفردية .

ونستعرض أمثلة على ذلك تتعلق : (١) بالقواعد الدستورية والحريات
العامة (٢) وبالنظم الإدارية والمالية (٣) وبالنظام القضائي
(٤) وبالقوانين الجنائية .

(١) انظر فيما قدمناه وفيما يلي عن النظام العام والآداب وعن صلاحية المحل للتعامل فيه الوسيط الجزئ

القواعد الدستورية والحريات العامة :

تشكيل المجالس النيابية وطرق القيام بأعمالها ، كل هذا يعتبر من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يعارضه . فلا يجوز لمرشح أن يتعهد لمرشح آخر ألا يرشح نفسه ، سواء كان هذا التعهد بمقابل أو بغير مقابل . ولا يجوز لناخب أن يتعهد لمرشح بإعطائه صوته ، ويكون هذا التعهد إذا وقع باطلا لمخالفته للنظام العام . ولا يجوز لناخب في هيئة تشريعية أن يتعهد بالتزول عن عضويته في هذه الهيئة لمصلحة شخص آخر ، ولا أن يقيد نفسه باتفاق على أن يصوت لرأى معين . والحريات العامة ، كالحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرمة النفس والحرمة الأدبية وحرية الدين والاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية العمل والتجارة هي أيضاً من النظام العام .

فلا يجوز لأحد التزول عن حرمة الشخصية . وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من التقنين المدني المصري بأنه لا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخلوم ، « فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » .

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلا كل اتفاق يتعهد بموجبه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة ، كالاتفاق على المصارعة أو الملاكمة أو المصارعة ، وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد فيما يتعلق بالألعاب الرياضية ولو كانت عنيفة ، كالملاكمة والمصارعة ، لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها .

وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل فيما ألفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويبطل كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ،

وكذلك كل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . وأكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بموجبه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضياً إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات .

ولكل شخص الحرية في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة ، ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان . فإذا تعهد شخص بألا يعمل في تجارة معينة أو بألا يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل ، وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العلول عن هذه القواعد الجارمة واستبدال معيار من بها ، فلا يكون المدار في الصحة والبطلان أن يتقيد المتعهد بزمان أو بمكان أو لا يتقيد ، بل المهم أن يكون التعهد معقولاً لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان ، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان . فالعبرة إذن ليست بتقييد التعهد بل بكونه لازماً لحماية المشروعة . وتطبيقاً لهذا المعيار نصت المادة ٦٨٦ من التقنين المدني المصري على ما يأتي :

١ - إذا كان العمل الموكل إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالاطلاع على سر أعماله ، كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل ، ولا أن يشترك في أى مشروع يقوم بمنافسته .

٢ - غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر فيه ما يأتي :

(أ) أن يكون العامل بالغاً رشده وقت إبرام العقد .

(ب) أن يكون القيد مقصوداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة .

٣ - ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك ، كما لا يجوز له التمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد .

وكذلك نصت المادة ٦٨٧ على ما يأتي : « إذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة ، وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء فى صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها ، كان هذا الشرط باطلاً ، وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة فى جملته . »

النظم الإدارية والمالية :

والنظم الإدارية والمالية هى أيضاً تحقق مصلحة عامة ، فهى من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يتعارض مع هذه المصلحة .

فلا يجوز للموظف أن يتزل عن وظيفته لشخص آخر ، ولا أن يتعهد له بأن يستقيل من وظيفته . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شىء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبذل وساطته فى نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم التزاهة فى الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة ، إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقدته باطلاً ، فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذة الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على امتياز من الحكومة يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام .

كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه . بل إن هناك من المهن ، كالطب والمحاماة ، ما ينظم تنظيمًا إداريًا ، ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة . فلا يجوز للطبيب أن يتفق مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلى ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم ، في مقابل جمل . ولا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته ، ولا أن يأخذ في مقابل أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه فإن هذا ضرب من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التى تنظم النقد والعمله تعتبر من النظام العام ، وإن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء .

النظام القضائى :

تحديد اختصاص المحاكم ، فيما عدا الاختصاص المحلى ، يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعى ، فيرفعوا قضية من اختصاص القضاء الإدارى إلى القضاء المدنى ، أو قضية من اختصاص المحاكم الجنائية إلى المحاكم المدنية .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو غير ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضورى ، أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذى يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة .

القوانين الجنائية :

لا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة ، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام ، فيعد باطلاً الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم

ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . وبعد باطلاً أيضاً الاتفاق الذى يلتزم بموجبه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية ، والاتفاق الذى يلتزم بموجبه شخص بأن يدفع الغرامات التى يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بموجب اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة فى القانون ، كأن يتفق البائع والمشتري - فى البيع بالتقسيط - على أن يسميا البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التهديد .

§ ٢ - روابط القانون الخاص

الأحوال الشخصية :

كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص . وأهليته ، وعلاقته بأسرته . فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو النزول عن بنوته أو الصلح على شيء من ذلك . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً ، فإنه يكون مالا فيجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام ، فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدنى المصرى على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

وعلاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات ، كل هذا يعتبر من النظام العام ، إذا لم يكن حقراً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ عن عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته فى الطاعة والأمانة الزوجية ، أو تعديل

مالمزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق ، أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها فليس في ذلك مخالفة للنظام العام ، لكن ينتى الالتزام بهذا التعهد إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أته هي اضطره إلى ذلك ، ومن ثم يكيف التعهد بأنه التزام أصلى معلق على شرط واقف هو وقوع الطلاق بفعل الزوج . كذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فلأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن يكون الأولاد على دين الأم مثلاً . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز نزول الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجملدها .

المعاملات المالية :

من روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة ، فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التى يقوم عليها النظام الاقتصادى فى البلاد ، فهى تارة تفسح المجال للنشاط الفردى ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التى تكفل حماية حسن النية ، والحماية من الغش والخطأ .

فن الأسس التى تفسح المجال للنشاط الفردى وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك فى استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط علم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى مصرى) لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التى تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون فى صدد

عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ مدنى مصرى) ، وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ مدنى مصرى) ، وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق فى حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ مدنى مصرى) ، وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ مدنى مصرى) ، وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون (م ٢٢٧ مدنى مصرى) .

ومن الأحكام التى تحمى حسن النية وتحمى من الغش والخطأ القواعد التى رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فىكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية فى حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذى يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على نزوله مقدماً عن الطعن فى تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البولصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصى أو عدم مسئولته عن الغش الذى يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثانى

اتفاقات تخالف الآداب

العلاقات الجنسية :

كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . فىكون باطلا التعهد الذى يلتزم بموجبه رجل أن يؤجر امرأة فى مقابل استمرار هذه العلاقة ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذى يتعهد الرجل بدفعه إنما هو على سبيل التعويض

لما أصاب المرأة من ضرر من جراء العلاقة الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعي .

بيوت العهارة :

كل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت أعدت للعهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب .
وأو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إداري . فيبيع بيت أعد للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا على خدمته ، وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للإعانة على إدراته . كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب .

وتكون هذه العقود باطلة أيضاً ، حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدور العقد ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ولكن بطلان العقد يكون في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب .

المقامرة والرهان :

تنص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني المصري على أنه : ١ - يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . ٢ - ولن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق ، وتنص المادة ٧٤٠ من التقنين ذاته على أنه ١ - يستثنى من أحكام المادة السابقة : الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه . ٢ - ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب .

ويعد باطلاً أيضاً بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء في ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل في هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً

لما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقاومة ، ويكون المخالف للآداب في هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا في بيوت المهارة .

أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب :

ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف . فن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلا ، كمن يتعهد برد ودیعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك .

ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الأمانة في التعامل . فإذا اتفق مدير مصنع مع أحد المهندسين الذين يعملون في مصنع منافس على أن يبوح له بالأسرار الفنية لهذا المصنع المنافس في مقابل أجر ، كان الاتفاق باطلا لمخالفته للآداب . والاتفاق على الدعاية لسلعة عن طريق غش الجمهور وخديعته اتفاق يخالف الآداب ، فهو باطل . وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون « بالهتافة » (claque) ، يستأجرهم المدير للتصفیق وترويج ما يعرض على المسرح ، لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد تؤدي خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين والفنانين المبتدئين .

المبحث الثاني

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي

عدم الصلاحية يرجع إلى طبيعة الشيء أو إلى الغرض الذي خصص له :

الفقه الإسلامي كالفقه الغربي في ذلك ، بل إن الفقه الإسلامي أوسع بياناً وأكثر تفصيلاً . فالشيء لا يصلح للتعامل فيه ، في الفقه الإسلامي ، إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء .

وهذا يفسر عدم جواز بيع الموقوف وإن صح إجباره ، وعدم جواز بيع المسجد . والشيء لا يصلح للتعامل فيه ، في الفقه الإسلامي ، إذا أبت طبيعة الشيء هذا التعامل . وهنا نرى الفقه الإسلامي يسبب في البيان . فالبيع لا ينقذ إلا إذا كان المبيع مالا متقوماً مملوكاً . فغير المال ، والمال غير المتقوم ، والمال المتقوم غير المملوك ، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه ، وكل عقد يرد عليه يكون باطلاً :

١ - غير المال تأبى طبيعته التعامل فيه ، فيبطل فيه التعامل . وكذلك المال غير المتقوم ، وهو ما كان مالا عند أهل الذمة كالخمر والخنزير ، لا يجوز التعامل فيه . جاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤٤ - ص ٤٥) : « بيع ما ليس بمال عند أحد ، كالخمر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمذبر وأم الولد والمكاتب ، باطل . وإن كان مالا عند البعض ، كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف أنفها مثل الموقوفة فإن هذه الأشياء مال عند أهل الذمة ، فإن بيعت بدين في الذمة فهو باطل ، وإن بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض ، باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض . لأنها غير متقومة ، لما أن الشرع أمر بإهانتها ، وفي تملكها بالعقد مقصوداً إعزاز لها ، فكان باطلاً ، وذلك بأن يشتريها بدين في الذمة لأن الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وإنما هي وسائل ، والمقصود تحصيلها ، فكان باطلاً إهانة لها . وإن لم تكن مقصودة بأن كانت ديناً في الذمة ، كان فاسداً ،

لأن المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه إعزاز له لابلها ، لأن الثمن تبع لما ذكرنا والأصل هو المبيع . وكذا إذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة ، صار فاسداً في حق ما يقابلها ، باطلاً في حقها . وجعل صاحب الهداية وغيره بيع أم الولد والمدير والمكاتب من الباطل ، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد بقوله عليه السلام : « أعتقها ولدها » . وسبب الحرية انعقد في حق المدير المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته ، والمكاتب استحق بدأ على نفسه وخرج من يد المولى . « وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٤٠ - ص ١٤٣) : « لا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال . وكذا بيع أم الولد لأنها حرة من وجه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه أنه قال « أعتقها ولدها » ، وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في أم الولد : « لا تباع ولا توهب وهي حرة من الثلث » ، نفي عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقاً وسماها حرة ، فلا تكون مالا على الإطلاق . ولا يبيع لمدير المطلق عندنا ، وقال الشافعي عليه الرحمة بيع المدير جائز . لأن التدبير تعليق العتق بالموت ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، فلم يكن العتق ثابتاً أصلاً قبل الموت ، فيجوز بيعه . ولنا ... لأنه حر من وجه ، فلا يجوز بيعه كأم الولد ، والدليل على أنه حر من وجه الاستدلال بضرورة الإجماع وهو أنه يعتق بعد الموت بالإجماع ، والحرية لا بد لها من سبب ، وليس ذلك إلا الكلام السابق ، وليس هو بتحرير بعد الموت لأن التحرير فعل اختياري وأنه لا يتحقق من الميت ، فكان تحريراً من حين وجوده ، فكان ينبغي أن تثبت به الحرية من كل وجه للحال ، إلا أنها تأخرت من وجه إلى آخر جزء من أجزاء حياته بالإجماع ، ولا إجماع على التأخير من كل وجه فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال ، فلا يكون مالا مطلقاً ، فلا يجوز بيعه وأما المدير المقيد ، فهنا لا يمكن أن يجعل الكلام السابق إيجاباً من حين وجوده ، لأنه علق عتقه بموت موصوف بصفة ، واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولاً ، فكان الخطر قائماً ، فكان تعليقاً ، فلم يكن إيجاباً ما دام الخطر قائماً ، ومتى اتصل به الموت يظهر أنه كان تحريراً من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم ، ولا يبيع المكاتب ، لأنه حر يداً ، فلا يثبت يد تصرفه الغير عليه .. ولا ينعقد بيع الميتة والدم ، لأنه ليس بمال ...

ولا بيع لحم السبع لأنه لا يباح الانتفاع به شرعاً ، فلم يكن مالا ، وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يجوز بيعه إذا ذبح لأنه صار طاهراً بالذبح ، وأما جلد السبع والحمار والبغل ، فإن كان مدبوغاً أو مذبوحاً يجوز بيعه ، لأنه مباح الانتفاع به شرعاً ، فكان مالا ، وإن لم يكن مدبوغاً ولا مذبوحاً لا ينعقد بيعه ، لأنه إذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه ، فكان حكمه حكم الميتة . ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان ، لأنه نجس العين بجميع أجزائه ، وقيل إن جلده لا يحتمل الدباغ . وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها ونخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بما عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الأشياء طاهرة عندنا وعنده نجسة

... ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلماً كان أو غير معلم بلا خلاف . وأما بيع كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير ، كالكلب والفهد والأسد والثعلب والذئب والهر ونحوها . فجائز عند أصحابنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز . . .

ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لأنه ليس بمال في حق المسلمين ، فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير . . . لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون .

٢ - وقد يكون المال متقوماً لكنه غير مملوك ، كالسمك في البحر ، والطير في الهواء ، وهذا هو المال المباح ، ولا يجوز في الفقه الإسلامي التعامل فيه إلا بعد الاستيلاء عليه ، كما هو الأمر في الفقه الغربي على ما قدمنا . جاء في الزيلعي (جزء ٤ ص ٤٥ - ص ٤٦) : « لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد ، لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر ، رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم . وعن أبي مسعود أنه عليه السلام قال : « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » ، رواه أحمد . ولأنه باع ما لم يملك . فلا يجوز . ثم هو على وجهين ، فلما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فإن باعه قبل الأخذ ، لا يجوز لما بينا . وإن أخذه ثم ألقاه في الحظيرة ، فإن كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز ، لأنه باع مالا يقدر على تسليمه . وإن كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز ، لأنه باع ملكه وهو مقدور التسليم ، ويثبت للمشتري خيار

الرؤية عند التسليم له ، ولا يعتد برؤيته وهو في الماء ، لأن السمك يتفاوت في الماء وخارجه . وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله ، بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج ، على هذا التفصيل ، لأنه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذاً له وملكه ، بمنزلة ما لو ألقاه فيه . وقيل لا يجوز ، لأن هذا القدر ليس بإحراز له ، فصار كطير دخل البيت فأغلق عليه الباب . وهذا الخلاف فيما إذا لم يبيء الحظيرة للاصطياد ، فإن هياها له ملكه بالإجماع ، فيكون على ما ذكرنا من التفصيل . فإن اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل ، لا يجوز بيعه ، سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة أو لا ، لأنه لم يملكه . قال والطير في الهواء ، لأنه غير مملوك له قبل الأخذ ، وبعده غير مقدور التسليم . وهذا إذا كان يطير ولا يرجع ، وإن كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود إليه ، جاز بيعه ، لأنه يمكن أخذه من غير حيلة . وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز ، وبعده يجوز إن كان في يده أو محبوساً في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة ، وإن لم يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ... ولو اجتمع في أرضه الصيد ، فباعه من غير أخذه ، لا يجوز لأنه لم يملكه . وهذا إذا لم يبيء أرضه لذلك ، فإن هياها له بأن حفر فيها بئراً للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به ، ملكه ، لأن التهيئة أحد أسباب الملك ، ألا ترى أنه لو حط طساً ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه ، وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه . وفي النهاية لو دخل الصيد داره . فأغلق عليه الباب ، كان الصيد له ، ولم يحك فيه خلافاً ، وعلى قياس ما ذكرناه في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان ، وإلا فلا فرق بينهما^(١) .

(١) ولا تختلف المذاهب الأخرى بكثير عن المذهب الحق فيما قدمناه . ونورد هنا بعضاً من نصوص هذه المذاهب .

جاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) : « الأعيان على قسمين . الأول مالا منفعة فيه أصلاً . فلا يصح المقد به ولا عليه . . بل لا يصلح ملكه . . ومثله البساطى بالخفاش وبعض »

المصانير التي لو جمع منها مائة لم يتحصل منها أوقية لحم.. الثاني ماله منفعة. وهو كل ثلاثة أقسام. الأول ما كان جميع منافعه محرمة، وهو كالنبي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه، كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير، لأن المعلوم شرعا كالمعلوم حسا. ومثله القراق بالخمر والمطربات المحرمة إلا عند من أجاز تحليل الخمر فإنه سهل في إسائها ليخلها. الثاني ما كان جميع منافعه محلة فيجوز بيعه إجماعا كالثوب والعبد والعقار وشبه ذلك قاله المازري، ويصح ملكه إلا أن يتعلق بتلك المنفعة حق الآدمي كالخمر فإنه أحق بنفسه. أو حق لله كالمساجد والبيوت الحرام، فلا يصح ملك ذلك ولا بيعه، وقد يمنع تعلق حق الآدمي البيع دون الملك كأم الولد والمتق إلى أجل والوقف ونحو ذلك. الثالث ما فيه منافع محلة ومنافع محرمة، قال المازري فهو المشكل على الأنهام ومزلة الأقدام، وفيه ترى العلماء مضطربين، وأنا أكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم. فإن كان جل المنافع والمقصود منها محرما والمحلل منها تبعا. فواضح إلحاقه بالقسم الأول. ويمكن تمثيل ذلك بالزيت النجس فإن جل منافعه كالأكل والادهان وعمله صابونا والإيقاد في كل موضع ممنوع منه على المشهور وإنما فيه إيقاده في غير المساجد وانتفاع غير الآدمي منه وذلك في حكم التبع فاستنع بيعه. وفي أواخر كلام المازري تمثيله لذلك بشحم الميتة قال فالمقصود الذي هو الأكل حرام. وإن كان فيه بعض المنافع محلة عند من يميز استعمال ذلك في بعض المواضع. قال ويلحق بهذا المعنى تباعات النمر لأنه قد لا يحصل البيع فتصير المعاوضة على غير متفنع به ويلحق بالقسم الأول الذي لا منفعة فيه أصلا لكن ذلك عدم المنفعة فيه تحقيقا منه هذا تقديرا ونحويزا والله أعلم. وإن كان جل المنافع والمقصود منها محلا والمحرمة تبعا، فواضح إلحاقه بالثاني، ويمكن تمثيله بالزبيب ونحوه مما يمكن أن يعمل منه الخمر والله أعلم. وإن كانت منافعه المقصودة منها ما هو محلل ومنها ما هو محرم أو فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محلة، قال المازري فهذا هو المشكل وينبغي أن يلحق بالمنوع لأنه كونه هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بأن لها حصة من الثمن وأن العقد اشتمل عليها كما اشتمل على ما سواها وهو عقد واحد لا سبيل إلى تبييضه. والتماوض على المحرم ممنوع فنع الكل لاستحالة التمييز، ولأن الباقي من المنافع يصير ثمنه مجهولا لو قدر جواز انفراده انتهى.

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٢٦١ - ص ٢٦٢): «الأعيان حزبان نجس وطاهر. فأما النجس فكل ضربين. نجس في نفسه ونجس بملاقاة نجاسة. فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات. وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابها نجاسة فينظر فيها، فإن كان جامدا كالثوب وغيره جاز بيعه. لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر وإنما جاورته النجاسة. وإن كان مائما فنظر، فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس لم يجر بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة فلم يجر بيعه كالأعيان النجسة. وإن كان ماء ففيه وجهان أحدهما لا يجوز بيعه لأنه نجس لا يطهر بالنسل فلم يجر بيعه كالخمر، والثاني يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فأشبه بالثوب. وأما الأعيان الطاهرة فضربان. ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة. فأما مالا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالرمة والحدأة ومالا يؤكل من الغراب، فلا يجوز بيعه، لأن مالا منفعة فيه لا قيمة له. فأخذ الموض عنه من أكل المال بالباطل وبذل الموض منه من السفه. وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع المحرم منه. ولا يجوز بيع أم الولد. ويجوز بيع المدير. وفي المكاتب قولان. قال في التقديم يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر مصادر الحق - ثالث

« فلا يمنع من البيع . وقال في الحديد لا يجوز لأنه كالخارج من ملكه ولهذا لا يرجع أرض الحنابة عليه إليه فلم يملك بيعة كما لو باعه . ولا يجوز بيع الوقف . . . ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والمشوم وما يتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدر والنسل والصيد والعرف وما يقتنيه الناس من العبيد والحواري والأراضي والمقار . . . ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب ، لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عن بيع المصاحف فقال : لا بأس يأخذون أجور أيديهم ، ولأنه ظاهر متفع به فهو كسائر الأموال .

وجاء في المفتى (جزء ٤ ص ٣٠٢) : « كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه ، إلا ما استثناء الشرع من الكلب وأم الولد والوقف . وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف . . . لأن الملك سبب لإطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفائها فجاز له أخذ عوضها ، وأبيح لغيره بذل ماله فيها توصلاً إليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيح بيعه . وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والمقار وهيئة الأنعام والخيول والطيور ، أو مختلفاً في نجاسته كالبنل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح لصيد الفهد والصقر والبازي والشاهين والطير المقصود صوته كالحزاز والبلبل والبيغاء وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه . »

وجاء فيه أيضاً (المفتى ٤ ص ٢٧٢) : « إذا باع طائراً في الهواء لم يصح ، مملوكاً أو غير مملوك أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه ، وغير المملوك لا يجوز لعتين : إحداهما العجز عن تسليمه ، والثانية أنه غير مملوك له . والأصل في هذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر ، وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسك في الماء ؛ ولا نفهم في هذا خلافاً ، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه لأنه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر عليه إذا عاد ، فإن قيل فالغائب في مكان لا يقدر على تسليمه في الحال ، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل ماله بده فيكون عاجزاً عن تسليمه . . . ولا السك في الآجام . . . والمغنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط : أحدها أن يكون مملوكاً . والثاني أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته . الثالث أن يمكن اصطياده وإساقه . . . إذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك ، فحصل فيها سمك ملكه ، لأنه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة . واو استأجر البركة أو الشبكة أو استأجرها للاصطياد جاز ، وما حصل فيها ملكه . . . واو أعد سفينة للاصطياد كالتى يحمل فيها الضوء ويضرب صواني الصفر ليشب السمك فيها ، كان حصوله فيها كحصوله في شبكتها . لكونها صارت من الآلات المعدة له . . . ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحاً ليحصل فيها الماء فيصير ملحاً كالأرض التي على ساحل البحر يحمل إليها طريقاً للماء فإذا امتلأت قطعة عنها ، أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء من نوعين أو يجتمع فيها ماء المطر فيصير ملحاً ، ملكه بذلك لأنها معدة له فأشبهت البركة المعدة للصيد . . . ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والثرى والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد ، فتعلق بها صيد ، لم يملكه صاحبها بذلك لأنها غير معدة للصيد في هذه الحالة فأشبهت الأرض التي ليست معدة له . وما حصل من الصيد في كلب إنسان أو صقره أو فهده ، وكان استرسل بإرسال صاحبه فهو له ، لأنه أكد من الشبكة ، لأنه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وإرسال صاحبه . فهو كسهمه ، ولأن الله تعالى قال : (فكلوا مما أسكن علىكم) . وإن استرسل بنفسه ؛ فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض إنسان في أنه لا يملكه وليس لغيره أخذه ، فإن أخذه غيره ملكه كالكلأ . وكذلك ما يحصل في هيئة إنسان من الحشيش في المرعى . »

عدم الصلاحية يرجع إلى النظام العام والآداب :

يمكن أن نجد نظيراً ، في الفقه الإسلامي ، لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي ، فيما يدعى عادة « بحق الله » أو « حق الشرع » . وحق الله أو حق الشرع في الفقه الإسلامي لا يقل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي ، بل لعله يزيد .

وقد رأينا ، عند ما مهدنا للكلام في العمل غير المشروع ، أن الحق نوعان : حق الله وحق العبد . فحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد ، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه . وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة . وحق الله لا يجوز فيه العفو أو الإبراء أو الصلح ، أما حق العبد فيجوز فيه كل ذلك . ونرى من هذا أن حق الله - أو حق الشرع - هو ، في لغة الفقه الغربي ، حق يتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام والآداب ، ومن ثم لا يجوز الصلح عليه ولا الإبراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه .

وكثير من تطبيقات النظام العام والآداب التي استعرضناها في الفقه الغربي ، وإن كانت تترجم عن حضارة العصر الحاضر لما قدمنا من أن كلا من النظام العام والآداب أمر نسبي تنعكس فيه حضارة البيئة والجبل ، يمكن الأخذ بها دون مشقة في الفقه الإسلامي . فلا يجوز مثلاً التزول عن الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي ، وإذا بيع إنسان على أنه عبد وكان حراً ، فإن البيع باطل . وإذا كان الرق مباحاً في الفقه الإسلامي ، فهذه هي حضارة العصور السابقة لم ينج منها عصر واحد ، بل إن أرسطو كان يعتبر الرق قانوناً طبيعياً ، والإسلام لم يبح الرق ابتداءً وإنما اقتصر على إقراره بعد أن هذبه كثيراً . ولا تجوز الرشوة أو الوساطة في الوظائف العامة ، ويعد هذا عملاً غير مشروع في الفقه الإسلامي ، فالاتفاق عليه باطل ، ولا يجوز التزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها كما قدمنا . ولا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص . فلا يصح التزول عن البنوة ولا الصلح على النسب ، بل إن التبنّي غير جائز في الفقه الإسلامي ، ولا يستطيع شخص أن يتزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها

باتفاق خاص ، ولا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها . ولا يجوز للزوج أن ينزل عن حقه في الطلاق ، ولا للزوجة أن تنزل عن حقها في طلب التطلق . وللأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم .

ولا يجوز نزول الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز النزول عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها . ولا يجوز نزول الوارث عن حقه في الميراث قبل موت المورث ، كما لا تجوز الوصية إلا في حدود الثلث ، وقد أصبحت الآن جائزة في هذه الحدود للوارث في مصر والعراق . ولا يجوز كسب المال من طريق غير شريف ، ومن يتقاضى أجراً . جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر . ولا يجوز الاتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة ، ولا استغلال دور أعدت للعمارة أو المقامرة ، وكل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان فهو باطل لأنه غرر .

بل إن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب في الفقه الإسلامي ، فهي أبعد مدى منها في الفقه الغربي ، وقد رأينا في الفقه الإسلامي تطبيقاتها الكثيرة في المحل المعلوم والمحل غير المعين ، وسنرى لها تطبيقاتاً أخرى في الشروط الفاسدة . يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسعتا كثيراً في الفقه الإسلامي من دائرة النظام العام والآداب عما هي عليه في الفقه الغربي : ١ - فكرة الشروط الفاسدة وهي مسألة تتصل بالصناعة الفقهية . ٢ - وفكرة الربا وهي مسألة تتصل بالنظم الاقتصادية والاجتماعية . ونستعرض الآن كلا من هاتين المسألتين ، وهما خاصتان بالفقه الإسلامي كما قدمنا .

المطلب الأول الشروط المقرنة بالعقد

التمييز بين حالات مختلفة :

يجب التمييز هنا بين حالات مختلفة يختلط بعضها ببعض في نصوص الفقه الإسلامي ، لنستبعد الحالات التي تخرج عن نطاق موضوعنا ، ولا نستبقى إلا الحالة التي تعيننا وهي حالة الشروط المقرنة بالعقد . ونبدأ بنص من الفقه الإسلامي اجتمعت فيه كل هذه الحالات .

جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٦٨ - ص ١٧٤) : « ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة ، وهي أنواع . منها شرط في وجوده غرر ، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم . . ولو اشترى جارية على أنها مغتبية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد . . ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس . فالبيع في هذا كله فاسد ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طبائخة أو خبازة . فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع . . . ولا يجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا . ومنها شرط الأجل في المبيع العين والتمن العين . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة . ومنها شرط خيار غير مؤقت أصلا . ومنها شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام . ولو اشترى شيئا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، فالقياس ألا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله ، وفي الاستحسان جائز » . ونرى من هذا النص أن هناك حالات كثيرة للشرط في الفقه الإسلامي يختلط بعضها ببعض ، ويجب التمييز فيما بينها :

١ - فهناك شرط الأجل . ويقول في شأنه صاحب البدائع : « ومنها شرط الأجل في المبيع العين والتمن العين ، وهو أن يضرب لتسليمها أجل ، لأن القياس يأبى جواز التأجيل أصلا ، لأنه تغير مقتضى العقد ، لأنه عقد معاوضة تمليك

بتعليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال ، فكان مغيراً مقتضى العقد . ومنها شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر وقُدوم فلان وموت فلان ونحو ذلك ، أو متقاربة كالحصاد والدياس وقُدوم الحاج ونحوها ، والأجل غير الشرط ، فالأجل أمر يحقق الحصول ، ولو لم يعرف ميعاد حصوله كهبوب الريح وموت فلان وقُدوم الحاج . أما الشرط فأمر غير يحقق الحصول إذا كان شرط تعليق ، أو هو أمر يقترن بالعقد إذا كان شرط اقتران . ومن ثم نستبعد الأجل من دائرة هذا البحث .

٢- وهناك شرط التعليق . وهو أمر غير يحقق الحصول ، كما قدمنا ، يتوقف على حصوله وجود الالتزام أو زواله . مثل ذلك خيار الشرط الوارد في النص . فهو شرط تعليق إرادي ، ولا تتغير طبيعته إذا أقت بثلاثة أيام أو بأكثر أو بوقت غير معين أو لم يؤقت أصلاً ، وإن اختلف حكمه تبغاً لكل حالة . ومثل ذلك أيضاً خيار النقد الوارد في النص ، فهذا هو أيضاً شرط تعليق ، وهو جائز استحساناً . وشرط التعليق هو غير شرط الاقتران فنستبعده أيضاً من دائرة البحث .

٣- وهناك شرط الإسقاط . وذلك كشرط البراءة عن العيب . ويفارق شرط الاقتران في أنه إسقاط من مقتضى العقد ، بينما شرط الاقتران زيادة فيه . ومن ثم نستبعد شرط الإسقاط أيضاً من دائرة البحث .

٤- وهناك شرط هو في حقيقته صفة للمعقود عليه . ويقول في شأنه صاحب البدائع : « ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباحة أو خبازة ، أو غلاماً على أنه كاتب أو خياط ، أو باع عبداً بألف درهم على أنها صحاح أو على أنها جياذ نقد بيت المال ، أو اشترى على أنها مؤجلة . فالبيع جائز ، لأن المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة ، لا يتصور انقلابها أصلاً ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ، ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه من غير تسمية ، وأنها صفة غير مرغوب فيها لا على وجه التلهي » . والفرق واضح بين الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه وبين الشرط المقترن بالعقد . فصفة المعقود عليه لا يتصور انقلابها أصلاً ، وليست له حصة من الثمن ولو كان المشروط موجوداً

وقت العقد للدخل في المبيع من غير تسمية ، ثم إن الصفة المحضة ليست عينا .
وخلاف ذلك الشرط المقترن بالعقد ، فإنه يتصور انقلابه أصلا ، وهو شيء
مستقل عن العين المبيعة . هذا إلى أن الصفة تقرير أمر حال ، والشرط إنشاء أمر
مستقبل (الرملى ٣ ص ٤٤٣) . من أجل ذلك نستبعد من دائرة البحث أيضاً
الشرط الذى هو في حقيقته صفة للمعقود عليه .

٥ - وهناك شرط في وجوده غرر . وهذا شرط مقترن بالعقد ، ولكننا
نستبعده هو أيضاً من دائرة البحث ، لأن السبب في إفساده للعقد إذا اقترن
به هو الغرر ، وقد عرفنا أن الغرر يفسد العقد فليس في حكم هذا الشرط شيء
جديد .

ويقول صاحب البدائع في صدد هذا الشرط : « منها شرط في وجوده غرر ،
نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ،
ولا يمكن الوقوف عليه للحال ، لأن عظم البطن والتحريك يحتمل أن يكون لعارض
داء أو غيره ، فكان في وجوده غرر ، فيوجب فساد البيع ، لما روى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر ، والمنهى عنه فاسد » .

ونرى من ذلك أن شرط الغرر هو الشرط الذى لا يمكن الوقوف عليه والتحقق
من وجوده وقت العقد ، ولو أمكن التحقق بعد ذلك . وهناك فرق بين شرط الحمل
والشرط الذى هو في حقيقته صفة في المعقود عليه وقد تقدم ذكره . فلو اشترى
جارية على أنها طباحة أو خبازة ، فالشرط هنا صفة في الجارية لا ينفصل عنها
ولا يتصور انقلابه أصلا . أما إذا اشترى الجارية على أنها حامل ، فإن الحمل
عين لاصفة ، ينفصل عن الجارية ، ويتصور انقلابه أصلا . قال صاحب
البدائع في هذا الصدد : « ولو اشترى جارية على أنها بكر أو طباحة أو خبازة ...
فالبيع جائز لأن المشروط صفة للمبيع . . . لا يتصور انقلابها أصلا .. بخلاف
ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل أن البيع يفسد في ظاهر الرواية ، لأن الشرط هناك
عين وهو الحمل فلا يصلح شرطاً ، وكون الناقة حاملا وإن كان صفة لها لكن
لا تحقق له إلا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول ، فأوجب ذلك
فساد البيع » .

على أن الغرر قد يتحقق أيضاً من اشتراط صفة لا يتصور انقلابها أصلاً إذا كان لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد ، كما لو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد أو كبشاً على أنه نطاح أو ديكاً على أنه مقاتل ، فهذه الشروط هي أولاً صفات في المبيع لأنه لا يتصور انقلابها أصلاً . ثم هي أيضاً صفات فيها غرر لأنه لا يمكن التحقق من وجودها وقت العقد ، ثم هي أخيراً شروط محرمة كما سنرى لأنها صفات يتلهم بها عادة .

٦- وهناك شرط محرم . وهذا شرط هو أيضاً مقترن بالعقد كالشرط الذي في وجوه غرر ، ولكننا نستبعده معه من دائرة البحث لاتصاله اتصالاً وثيقاً لا بنظرية المحل بل بنظرية السبب التي سنبحثها فيما بعد . ويجمع صاحب البدائع بين الشرط المحرم والشرط الذي في وجوده غرر تحت اسم الشرط المحذور ، ويقول في هذا الصدد : « ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكاً على أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله ، لأنه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لأنه لا يحتمل الجبر عليه . فصار كشرط الحبل ، ولأن هذه صفات يتلهم بها عادة والتلهم محذور . فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد البيع .. ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن التمنية صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها في البيع يوجب فساداً ... ولو اشترى كلباً أو فهداً على أنه معلم ، قال أبو يوسف يجوز البيع وهو إحدى الروايتين عن محمد ، لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه ، وهذا ليس بشرط محذور لأن تعليم الكلب والاصطياد به مباح ، فأشبه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية . وروى عن محمد أن البيع فاسد لأنه شرط فيه غرر ، إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن . ولو اشترى برذونا على أنه هملاج ، فالبيع جائز ، لأنه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسير ، فلم يكن في وجوده غرر ولا حظر أيضاً . وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً على حدة ، وخرجتها عليه فقلت ومنها أن يكون الشرط محظوراً فافهم . »

ويبدو أن الفرق ما بين الشرط الذي هو في حقيقته صفة للمعقود عليه والشرط الذي في وجوده غرر والشرط المحرم هو ما يأتي : ١ - الصفة ليست أصلاً ، ويمكن التحقق وقت العقد من وجودها . ٢ - أما الشرط الذي في وجوده غرر فهو ، سواء كان صفة أو أصلاً ، لا يمكن ، التحقق وقت العقد من وجوده . ٣ - أما الشرط المحرم فيمكن التحقق وقت العقد من وجوده ، أصلاً كان أو صفة ، ولكن يقوم به معنى يجعله حراماً .

٧ - وهناك أخيراً شرط يقترن بالعقد ، وهو شرط يضيف لمقتضى العقد ما هو أصل ، وليس في وجوده غرر ، ولا هو محرم ، أي ليس بالشرط المحظور وهذا هو الشرط الذي يعنينا هنا فنستبقه للبحث بعد أن استبعدنا ما عداه من الشروط .

ويعرض صاحب البدائع للشرط الذي يقترن بالعقد ، ويورد المواطن التي يكون فيها هذا الشرط فاسداً ، فيقول : « ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً ، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً . أو على أن يهب له هبة ، أو يزوج ابنته منه ، أو يبيع منه كذا . ونحو ذلك أو اشترى ثوباً على أن يخطه البائع قميصاً ، أو حنطة على أن يطحنها ، أو ثمرة على أن يجدها ، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجدها ، أو شيئاً له حمل ومثوثة على أن يحمله البائع إلى منزله ونحو ذلك . فالبيع في هذا كله فاسد ، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا . والبيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما تقرره إن شاء الله تعالى » .

ونرى من هذا النص أن الشرط الذي يقترن بالعقد قد يكون صحيحاً وقد يكون فاسداً ، فنستعرض في قسم أول من هذا البحث الشرط الصحيح ، ثم نستعرض في القسم الثاني الشرط الفاسد .

§ ١ - الشرط الصحيح

منى يكون الشرط صحيحاً :

يتبين مما قدمناه أن الشرط المقترن بالعقد يكون صحيحاً ، فيصح معه العقد إذا كان :

- (أ) شرطاً يقتضيه العقد .
- (ب) أو شرطاً يلائم العقد .
- (ج) أو شرطاً جرى به التعامل بين الناس .

(أ) الشرط الذى يقتضيه العقد

النصوص :

جاء فى المبسوط (جزء ١٣ ص ١٤) : « ثم الشرط فى البيع على أوجه : إما أن يشترط شرطاً يقتضيه العقد ، كشرط الملك للمشتري فى البيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع ، فالبيع جائز ، لأن هذا بمطلق العقد يثبت ، فالشرط لا يزيده إلا وكادة » .

وجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٧١) : « وأما الشرط الذى يقتضيه العقد فلا يوجب فساد ، كما إذا اشترى بشرط أن يملك المبيع ، أو باع بشرط أن يملك الثمن ، أو باع بشرط أن يجلس المبيع ، أو اشترى على أن يسلم المبيع ، أو اشترى جارية على أن تخدمه ، أو دابة على أن يركبها ، أو ثوباً على أن يلبسه ، أو حنطة فى سنبها وشرط الحصاد على البائع ، ونحو ذلك ، فالبيع جائز ، لأن البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط ، فكان ذكرها فى معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد ، فلا توجب فساد العقد » .

وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥) : « ثم جملة الأمر فيه ، أى فى الشرط ، أنه إما أن يقتضيه العقد ، كشرط أن يجلس المبيع إلى قبض الثمن

ونحوه ، فيجوز لأنه مؤكد لموجب العقد .

وجاء في الحرثي (جزء ٥ ص ٨٠) : « وبقي شرط يقتضيه العقد ، وهو واضح الصحة ، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع . وهو لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد . »

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٢٦٨) : « إذا شرط في البيع شرطاً نظرت . فإن كان شرطاً يقتضيه البيع ، كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ، لم يبطل العقد ، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد ، فلم يبطله . »

وجاء في الشرح الكبير للمقنع (جزء ٤ ص ٤٨) : « باب الشروط في البيع ، وهي ضربان : صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع ، كالتقايض وطول الثمن ونحوه ، فهذا لا يؤثر فيه ، لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد ، فوجوده كعدمه . »

وجاء في المغني (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام (أحدها) ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقايض في الحال ، فهذا وجوده كعدمه ، لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد . »

صحة الشرط الذي يقتضيه العقد أمر بدیهی :

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الشرط الذي يقتضيه العقد لا خلاف في صحته . بل إن صحته أمر بدیهی ، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد ، ومقتضى العقد لازم دون شرط ، فشرطه تأكيد وبيان .

فمن اشترى بشرط أن يملك المبيع ، أو أن يتسلمه ، أو أن يتقايض في الحال مع المتعاقد معه ، أو أن يكون له خيار المجلس عند من يقول به . أو أن يرد بالعيب ، أو أن يرد العوض عند انتقاض البيع ، ومن اشترى جارية على أن تخدمه ، أو دابة على أن يركبها ، أو ثوباً على أن يلبسه ، أو حنطة في سنبليها ، وشرط الحصاد على البائع ، فكل من البيع والشرط صحيح لأن الشرط يقتضيه العقد .

ومن باع بشرط أن يعبس المبيع حتى يقبض الثمن ، أو أن تملك الثمن ،

أو أن يقبض الثمن فوراً ، أو أن يكون له خيار المجلس ، أو أن يرد العوض عند انتقاض البيع ، فكل هذا شرط صحيح لأن العقد يقتضيه ، وكذلك البيع صحيح ، بل إن الشرط كان لازماً معمولاً به دون ذكره ، فذكره إنما هو بيان لحكم العقد وتأكيده .

(ب) الشرط الذى يلائم العقد

النصوص :

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٧١) : « وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ، لا يوجب فساد العقد أيضاً ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً لىاه على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد . وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلاً ، والرهن معلوم ، والكفيل حاضر فقبل . وجملة الكلام فى البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً . فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً ، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً ، إلا أنا استحسننا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى ، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى ، فأشبهه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد ، فكذا هذا . ولو قبل المشتري المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن ، لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر يجبر عليه . وجه قوله إن الرهن إذا شرط فى البيع فقد صار حقاً من حقوقه ، والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه . ولنا أن الرهن عقد تبرع فى الأصل ، واشتراطه فى البيع لا يخرج عنه أن يكون تبرعاً ، والجبر على التبرع ليس بمشروع ، فلا يجبر عليه ، ولكن يقال له إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع ، لأن البائع لم يرض بزوال المبيع

عن ملكه إلا بوثيقة الرهن أو بقيمته لأن قيمته تقوم مقامه ولأن الدين يستوفى من مالية الرهن وهي قيمته ، وإذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ، ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض . وإن كان الرهن مجهولاً فالبيع فاسد ، لأن جواز هذا الشرط ، مع أن القياس يأباه ، لكونه ملائماً للعقد ، مقررًا لمقتضاه معنى ، لحصول معنى التوثيق والتأكد للثمن ، ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول . ولو اتفقا على تعيين رهن في المجلس جاز البيع ، لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال ، فكأنه كان معلوماً معيناً من الابتداء لأن المجلس له حكم حالة واحدة ، وإن افرقا عن المجلس تقرر الفساد . وكذا إذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشتري نقد الثمن ، جاز البيع أيضاً ، لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة . وكذلك البيع بشرط إعطاء الكفيل ، أن الكفيل إن كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحساناً ، وإن كان غائباً فالبيع فاسد ، وكذا إذا كان حاضراً ولم يقبل ، لأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا ، فإذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل ، لم تصبح الكفالة ، فلم يحصل معنى التوثيق ، فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس . وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد ، لأن كفالة المجهول لا تصح . ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب ، ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس ، جاز البيع ، لأنه جازت الكفالة بالقبول في المجلس ، وإذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد . ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه ، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع ، فالبيع فاسد ، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل إلا إذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده ، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد ، بخلاف الكفالة والرهن .

وجاء في فتح القدير (جزء ... ص ٢١٥) : « وكذا إذا لم يكن كذلك ، ولكن يتضمن التوثيق بالثمن ، كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضراً وقبل الكفالة ،

أو بأن يرهنه به رهناً معلوماً بالإشارة أو التسمية ، فهو جائز أيضاً على الصحيح خلافاً لزفر ، فإن حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه ، فهو مقرر لمقتضى العقد . ولو لم يكن الكفيل حاضراً ، فحضر وقبل قبل أن يتفرقا ، جاز . فلو بعده أو كان حاضراً فلم يقبل ، لم يجوز . ولو لم يكن الرهن مسمى ولا مشاراً إليه لا يجوز بالاتفاق ، لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد . بخلاف الرهن لا يشترط حضرته ، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، فإن سلم مضى العقد على ما عقدا ، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤثر بدفع الثمن ، فإن كان لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ . وشرط الحوالة كالكفالة .

وجاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٩) : « وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة ، لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري ، فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري ، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافي موجب العقد فكان مفسداً للعقد » .

وجاء في الحرشي (جزء ٥ ص ٨٢) : « ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه ، أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته ، بقوله مشبهاً له بالحكم قبله ، وهو الصحة ، كشرط رهن وحميل وأجل ، يعني أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور ، مثل أن يبيعه السلعة على رهن أو كفيل أو إلى أجل معلوم أو على خيار أو نحوه (١) وليس في ذلك فساد ولا كراهية ، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ، ولا معارض له من جهة الشرع . . يصح اشتراط رهن وحميل غائبين . فأما شرط الرهن الغائب ، ففيها أنه جائز كما لو بيعها برهن ، وتوقف السلعة الحاضرة حتى يقبض الرهن الغائب . وأما على شرط حميل غائب ، ففيها أنه جائز إن كان قريب الغيبة ولم ينقد من ثمن السلعة شيئاً ، ابن يونس ، وفرق بين بعد الغيبة في

(١) قدما أن الأجل والخيار يتميزان عن الشرط المقترن بالعقد ، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة أحكامها الخاصة به .

الرهن والحميل ، انتهى . والفرق هو أن الحميل قد يرضى بالحمالة وقد لا يرضى ،
فلذلك اشترط فيه القرب .

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٣٧٥ - ص ٣٧٦) : « قال في البيوع
الفاسدة : منها وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه جاز ، وعليه الثقة
ورهن وحميل . وإن سميتا الرهن أجبر على إن يدفعه إليه إن امتنع ، وليس هذا
من الرهن الذي لم يقبض . وكذلك إن تكفلت به على أن يعطيك عبده رهناً ،
فإن امتنع من دفعه إليك أجبراه . قال اللخمي في كتاب الرهن البيع على رهن
غير معين جائز ، بوعلى الغريم أن يعطيك الصنف المعتاد . والعادة في الخواص
أن ترهن ما يغاب عليه كالثياب والحلى وما لا يغاب عليه كاللور وما أشبهها ،
وليس العادة العبيد والدواب وليس على المرتهن قبول ذلك وإن كان مصداقاً في
تلفه لأن في حفظه مشقة وكلفة : وقال ابن الحاجب في باب الرهن : ويجبر
البائع وشبهه في غير معين في التوضيح ، يعنى من باع سلعة بثمن مؤجل على
شرط أن يأخذ منه رهناً به ، فإن كان الرهن المشرط غير معين ، وأبى المشتري
دفعه ، خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه . وهكذا
قال ابن الجلاب مقتصرأ عليه . والذي نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمي
وابن رشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين : ابن
عبد السلام وهو المذهب .

وجاء في المهذب (جزء أول ص ٢٦٨) : « فإن شرط مالا يقتضيه العقد ولكن
فيه مصلحة كالتجار والأجل والرهن والضمين ، لم يبطل العقد لأن الشرع ورد
بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة ، ولأن الحاجة تدعو إليه
فلم يفسد العقد .

وجاء في شرح المنهاج للرملي (جزء ٣ ص ٤٣٦ - ص ٤٣٨) : « . . .
والرهن للحاجة إليه ، لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله . وشرطه العلم به ،
إما بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم . ثم الكلام هنا في وصف لم يرد على عين
معينة . فهو مساو لما مر من أن الوصف لا يجزى عن الرؤية لأنه في معين
لا موصوف في الذمة خلافاً لمن وهم فيه ، وأن يكون غير البيع فلو شرط يرهنه إياه

ولو بعد قبضه فسد ، لأنه لا يملكه إلا بعد البيع ، فهو بمنزلة استثناء منفعة في البيع ، فلو رهنه بعد قبضه بلا شرط مفسد صح . والكفيل للحاجة إليه أيضاً ، وشرطه العلم به بالمشاهدة . . أو باسمه ونسبه ولا يكفي وصفه بموسر ثقة ، إذ الأحرار لا يمكن التزامهم في الذمة لانتفاء القدرة عليهم ، بخلاف المرهون فإنه يثبت في الذمة . فإن لم يرهن المشتري ما شرط عليه رهنه وإن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه ، أو لم يتكفل المعين بأن امتنع أو مات قبله وإن أقام المشتري ضامناً غيره ثقة ، فللبائع الخيار . ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ . ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره .

وجاء في الشرح الكبير للمقنع (جزء ٤ ص ٤٨) : « الثاني شرط من مصلحة العقد . كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة ، أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتباً أو خطيباً أو صانعاً أو مسلماً أو الأمة بكرّاً أو الدابة هملاجة أو الفهد صبوراً^(١) ، فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به . فإن لم يف به ، فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن . »

وجاء في المغني (جزء ٤ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦) : « الثاني تتعلق به مصلحة العاقدین ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة ، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يازم الوفاء به . »

ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد :

والأمثلة التي وردت في النصوص المتقدمة عن الشرط الذي يلائم العقد هي : ١ - شرط أخذ رهن بالثمن ٢ - شرط أخذ كفيل بالثمن ٣ - شرط الحوالة بالثمن . وكلها شروط تلائم العقد ، فهي وإن كان العقد لا يقتضيها ، إلا أنها لا تتعارض معه ولا تتنافى مع أحكامه ، بل هي من مصلحة العقد ، وتعلق بها مصلحة العاقدین . والمذهب الحنفي يقتصر كما رأينا على القول بأن الشرط يلائم العقد ، أما المذاهب الأخرى فالتعبير فيها أقل تحفظاً . تقول المالكية :

(١) هنا اختلط الأجل والصفة بالشرط المقترون بالعقد ، وقد نبهنا إلى وجوب تمييز بعض

الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وهو من مصلحته . وتقول أيضاً : لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحة ولا معارض له من جهة الشرع . وتقول الشافعية : شرط لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة وتدعو الحاجة إليه . وتقول الحنابلة : شرط من مصلحة العقد وتعلق به مصلحة العاقلين .

على أن هذه المذاهب تختلف عند ما تقرر ما يجب لصحة الشرط الذي يلائم العقد ، فأضييقها في ذلك هو المذهب الحنفي ، وأوسعها هو المذهب المالكي .

ففي المذهب الحنفي إذا كان الرهن الذي يتوثق الثمن به مجهولاً ، أو كان الكفيل مجهولاً أو كان غير حاضر في المجلس أو كان حاضراً ولم يقبل الكفالة فإن الشرط يكون فاسداً ويفسد معه البيع . أما في الرهن فلأن جواز هذا الشرط مع أن القياس يأباه ، لكونه ملائماً للعقد ، مقررًا لمقتضاه معنى ، لحصول معنى التوثيق والتأكد للثمن ، ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول . وأما في الكفيل فلأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد . فإذا كان الكفيل غائباً أو حاضراً ولم يقبل ، لم تصح الكفالة ، فلم يحصل معنى التوثيق ، فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس . وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً فالبيع فاسد لأن كفالة المجهول لا تصح ، فلا بد إذن لصحة الشرط الملائم للعقد أن يكون تاماً نافذاً الأثر وقت العقد ، فيقبل الكفيل الكفالة بالثمن ، ويسلم المشتري الرهن للبائع ، وذلك كله قبل انقضاء مجلس العقد . على أنه يجوز أن يكون الرهن — لا الكفيل — غائباً عن المجلس مادام معلوماً إذا كان عيناً معينة ، أو مادام يمكن ضبطه بالوصف إذا كان شيئاً غير معين إلا بالنوع ، ففي هذه الحالة يصح شرط الرهن ويصح معه العقد . ويجب على المشتري تسليم الرهن أو قيمته إلى البائع بعد العقد ، وإلا كان البائع بالخيار ، إذا لم ينقد الثمن بين فسخ العقد أو إبقائه . ولكن لا يجبر المشتري على تسليم الرهن . خلافاً لقول زفر إذ يذهب إلى أن الرهن إذا شرط في العقد فقد صار حقاً من حقوقه ويجبر المشتري على تنفيذه . والفرق بين الكفالة والرهن في هذا الصدد ، إذ يشترط حضور الكفيل وقبوله الكفالة ولا يشترط حضور الرهن

على ما بينا، يوضحه صاحب فتح القدير إذ يقول : « . . لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف إلى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد ، بخلاف الرهن لا تشترط حضرته ، لكن ما لم يسلم للبائع لا يثبت فيه حكم الرهن وإن انعقد عقد الرهن بذلك الكلام ، فإن سلم مضي العقد على ما عقدا ، وإن امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا ، بل يؤمر بدفع الثمن ، فإن لم يدفع الرهن ولا الثمن خير البائع في الفسخ . »

والظاهر من النصوص أن الشافعية والحنابلة كالحنفية في وجوب تعيين المرهون وتعيين الكفيل بالذات ، فلا يكفي وصف الكفيل بموسر ثقة . ولكن يبدو أن الشافعية والحنابلة لا يتشددون تشدد الحنفية في وجوب أن يكون الكفيل حاضراً في مجلس العقد وأن يقبل الكفالة قبل انفضاض المجلس ، فيكفي أن يكون كل من الرهن والكفيل معيناً معلوماً على الوجه الذي قدمناه ، فإن لم يسلم المشتري الرهن للبائع قبل العقد ، أو لم يقبل الكفيل الكفالة أو مات قبل القبول . خير البائع في الفسخ إذا لم ينقده المشتري الثمن . ويقول الرملي في هذا الصدد : « فإن لم يرهن المشتري ما شرط عليه رهنه وإن أتى برهن غير المعين ولو أعلى قيمة منه . أو لم يتكفل المعين بأن امتنع أو مات قبله وإن أقام المشتري ضامناً غيره ثقة ، فللبائع الخيار .. ولا يجبر من شرط عليه ذلك على القيام بالمشروط لزوال الضرر بالفسخ . ويتخير أيضاً فيما إذا لم يقبضه الرهن لهلاكه أو غيره . »

أما المذهب المالكي فهو كما قدمنا ، أوسع المذاهب في هذه المسألة . فعنده يصح الشرط حتى لو لم يكن الرهن أو الكفيل معيناً . ويقول الخطاب : « وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه ، جاز . » ليس هذا فحسب ، بل أيضاً إذا عين الرهن بعد العقد وامتنع المشتري عن تسليمه ، أجبر على ذلك ، ولا يقتصر الأمر على إعطاء البائع حق الفسخ إذا لم ينقد الثمن . وإذا لم يعين الرهن أجبر المشتري على أن يعطى الصنف المعتاد : ثياباً أو حلياً أو داراً أو نحو ذلك . ولا يجبر البائع على قبول ما في حفظه مشقة وكلفة ، كالعبيد والدواب . ويقول الخطاب أيضاً في ذلك : « وإن سميت الرهن أجبر على أن يدفعه إليك إن امتنع ،

ولیس هذا من الرهن الذی لم یقبض . . . والبیع علی رهن غیر معین جائز ، وعلی الغریم أن یعطیک الصنف المعتاد . والعادة فی الخواص أن ترهن ما یغلب علیه کالثیاب والحلی وما لا یغاب علیه کالدور وما أشبههما ، ولیس العادة العیید والدواب ولیس علی المرتهن قبول ذلك وإن کان مصداقاً فی تلفه لأن فی حفظه مشقة وكلفة . . . والذی نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمی وابن رشد أنه یجبر علی دفع رهن یشک فیہ الثقة باعتبار ذلك الدین ... وهو المذهب .

ونرى من ذلك أن المذهب الحنفی لا یشترط صحة الشرط بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل . بل یجب أن یشترط عقد الرهن أو عقد الكفالة قد انعقد مع انعقاد البیع . ویشترط الشافعیة والحنابلة بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل علی أن یشترط الرهن أو الكفيل معیناً وقت العقد . أما المالکیة فیشترطون هم أيضاً بمجرد التزام المشتري بتقديم رهن أو كفيل ، ویزیدون علی ذلك أنهم لا یشترطون أن یشترط الرهن أو الكفيل معیناً وقت العقد ، ثم لأنهم فی الرهن یجبرون المشتري علی تسليمه إذا کان معیناً ، أو علی تسليم الصنف المعتاد إذا کان غیر معین .

بقى شرط الحوالة ، ونلاحظ أن كتب الحنفية قد تضاربت فی صحة هذا الشرط . فقد جاء فی البدائع كما رأينا : « ولو شرط المشتري علی البائع أن یحمله بالثمن علی غریم من غرمائه . أو علی أن یضمن الثمن لغریم من غرماء البائع ، فالبیع فاسد ، لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا یقتضیه العقد ، والشرط الذی لا یقتضیه العقد مفسد فی الأصل إلا إذا کان فیہ تقرير مرجب العقد وتأكيده ، والحوالة إبراء عن الثمن وإسقاط له فلم یكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن . » والفرض أن یرد الشرط فی عقد البیع قاضياً بحوالة الثمن الذی فی ذمة المشتري حوالة دین إلى ذمة شخص آخر قد یشترط مدیناً للمشتري (غریماً من غرمائه) فیصبح هذا المدین وقد تحمل الدین بالثمن نحو البائع وتبرأ ذمة المشتري من الثمن . هذا الشرط لا یقتضیه العقد . ثم هو لا یلائم العقد ، لأن الحوالة إبراء لذمة المشتري من الثمن كما یقول صاحب البدائع . ولكن إذا كانت الحوالة إبراء عن الثمن وإسقاطاً له من وجه ، فهي من وجه آخر تقرير لوجوب الثمن وتأكيده له ، فإن الإبراء لا یشترط

إلا عن شيء واجب . هذا إلى أن الحوالة ليست لإبراء فحسب ، إذ هي لإبراء لذمة المحيل - إبراء غير كامل - وشغل لذمة المحال عليه ، وفي هذا أيضاً تقرير لوجوب الثمن وتأكيد له . ولا يختلف الأمر إذا ضمن المشتري الثمن لغريم من غرماء البائع أى لدائن من دائنيه ، ولو كان ذلك عن طريق حوالة الدين الذي في ذمة البائع لدائنه إلى ذمة المشتري ، فإن المشتري بقبوله هذه الحوالة إنما يؤكد وجوب الثمن في ذمته وبدلاً من أن يدفعه للبائع يكون واجباً عليه أن يدفعه لدائن البائع ، فالشرط كما نرى ملائم لمقتضى عقد البيع كل الملاءمة ، ويعدل في ذلك شرط الرهن وشرط الكفالة . من أجل ذلك نرجح الأخذ بما جاء في فتح القدير من أن « شرط الحوالة كالكفالة » ، وبما جاء في المبسوط من أن « شرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة ، لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري ، فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري ، بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداء على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافي موجب العقد فكان مفسداً للعقد » .

الشرط الذي يلائم العقد يصح استثناء على سبيل الاستحسان عند الحنفية
ويصح أصلاً في المذاهب الأخرى :

ولم تجز الحنفية الشرط الذي يلائم العقد إلا استثناء على سبيل الاستحسان ، ملحقين إياه في المعنى بالشرط الذي يقتضيه العقد . وإلا فإن الشرط ، ولو لائم العقد ما دام العقد لا يقتضيه ، لا يجوز على مقتضى القياس عند الحنفية ، فإن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً في عقد وهذا لا يجوز . وإنما صح هذا الشرط على سبيل الاستحسان كما قدمنا ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى ، مؤكداً إياه ، فاشتراط الرهن أو الكفالة بالثمن يؤكد وجوب استيفاء الثمن واستيفاء الثمن ملائم للعقد ، ومثل هذا الاشتراط يكون بمثابة اشتراط صفة الجودة في الثمن .

جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٩) : « وإن شرط أن يرهنه المبتاع هذا بعينه ، ففي القياس العقد فاسد لما بينا أنه شرط عقد في عقد . وفي الاستحسان يجوز

هذا العقد ، لأن المقصود بالرهن الاستيفاء ، فإن موجه ثبوت يد الاستيفاء .
 وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد . ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن ، فاشتراط ما يتوثق
 به كاشتراط صفة الجودة في الثمن . وقد رأينا صاحب البدائع يقول في هذا المعنى :
 « وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، لكنه ملائم للعقد ، لا يوجب فساد
 العقد أيضاً ، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً إياه . . . فيلحق بالشرط
 الذي هو من مقتضيات العقد . وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن
 رهناً . . . فإن كان معلوماً فالبيع جائز استحساناً ، والقياس ألا يجوز لأن الشرط
 الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل . وشرط الرهن والكفالة مما يخالف
 مقتضى العقد فكان مفسداً ، إلا أننا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو
 كان مخالفاً لمقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى ، لأن الرهن بالثمن شرع
 توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل
 واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى ، فأشبه اشتراط صفة الجودة في الثمن وأنه
 لا يوجب فساد العقد ، فكذا هذا . »

أما في المذهب الشافعي ، فالظاهر أن الشرط الذي يلائم العقد يصح أصلاً
 لا استثناء ، بخلاف المذهب الحنفي فالشرط فيه لا يصح إلا على سبيل الاستثناء
 كما قدمنا .

وأما المذهب المالكي والحنبلي فيبدو أنهما يميزان الشرط الملائم للعقد على
 اعتبار أن هذا الشرط إذا كان العقد لا يقتضيه فإنه لا ينافي مقتضى العقد وهو
 من مصلحته ، وما لا ينافي مقتضى العقد وإن كان العقد لا يقتضيه فهو جائز
 ما دامت فيه مصلحة للعقد وللمتعاقدين . ويظهر أن الفرق بين المذهب الحنفي
 وهذين المذهبين في هذا الصدد أن الحنفية يوجبون لصحة الشرط في الأصل أن
 يكون العقد يقتضيه ، ثم هم يميزون استثناء - على سبيل الاستحسان لا على سبيل
 القياس - الشرط الذي يلائم العقد ، لأنه يشبه في المعنى الشرط الذي يقتضيه
 العقد ، فيلحق به . أما المذهبان الآخران فعندهما أنه ليس من الضروري لصحة
 الشرط أن يكون العقد يقتضيه . بل يكفي أن يكون الشرط لا ينافي مقتضى العقد ،
 فيصح الشرط الذي يقتضيه العقد ، كما يصح الشرط الذي يلائم العقد لأنه لا ينافي

ما يقتضيه ، والصحة في هذا الشرط وفي ذاك إنما ترد على سبيل الأصل لا على سبيل الاستثناء . وقد رأينا الحرشي في المذهب المالكي يقول في هذا المعنى : « ولما أنهى الكلام على الشرط المناقض ، وترك المؤلف ذكر ما يقتضيه العقد لوضوحه ، أخذ يذكر ما لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته ، بقوله مشبهاً له بالحكم قبله ، وهو الصحة ، كشرط رهن وحميل وأجل ، يعنى أن البيع يصح مع اشتراط هذه الأمور . وليس في ذلك فساد ولا كراهية ، لأن ذلك كله مما يعود على البيع بمصلحته ، ولا معارض له من جهة الشرع » . ثم رأينا ابن قدامة المقدسي في المذهب الحنبلي يقول في الشرح الكبير : « التاني شرط من مصلحة العقد . . فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به » .

(ح) الشرط الذي يجرى به التعامل

النصوص :

جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٤) : « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر ، فذلك جائز أيضاً ، كما لو اشترى نعلاً وشراكاً بشرط أن يحذوه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً » .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٧٢) : « كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً ، لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز . كما إذا اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع ، أو جراباً على أن يخزئه له خفياً ، أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقلين وأنه مفسد ، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ونحو ذلك . ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع » .

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥) : « . . أو لا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوها البائع أو يشركها ، فهو جائز

أيضاً لما سيأتى . ثم يقول (ص ٢٢١ - ٢٢٢) قوله : « ومن اشترى نعلا على أن يحذوها البائع ، المراد اشترى أديماً على أن يجعله البائع نعلا له ، فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله . ويمكن أن يراد حقيقته أى نعل رجل واحدة على أن يحذوها أن يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ، ومنه حذوت النعل بالنعل أى قدرته بمثال قطعته ، وبدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلاً لقوله نعلا ، ولا معنى لأن يشتري أديماً على أن يجعل له شراكاً ، فلا بد أن يراد حقيقة الفعل ، فالبيع فاسد . وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم الشرط للتعامل كذلك . ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه على أن يسمر له سيرا . وصار كصبغ الثوب ، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ، ولكن جواز التعامل . ومثله إجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن ، جاز للتعامل . لكن في الفوائد المستحق بالإجارة فعل الصبغ والحضانة في استئجار الصباغ والظئر ، والصبغ واللبن آلة فعلهما ، وللتعامل جوازنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم ، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع بطانة من عنده ، وهذا نوع آخر من الشرط وهو البيع بشرط أن به كذا ، وما تقدم كان المشروط معدوماً فيشترط أن يفعل من هذا .

فلم تكن بها حاجة للتوسعة عن طريق جريان التعامل بالشروط المقرنة بالعقد^(١) .

على أن المذهب الحنفى لا يبدو أنه ينتفع انتفاعاً كاملاً من قاعدة إباحة الشرط الذى يجرى به التعامل ، فالأمثلة التى ترد في كتب المذهب ذات أهمية عملية محدودة : نعل يحذوه البائع أو يجعل له شراكاً ، جراب يخترزه خفياً ، خف ينعله ، ثوب يصبغه ، قبقاب يسمر له سيرا ، صوف منسوج يجعله قلنسوة .

والظاهر أن الشرط الذى يجرى به التعامل عند الحنفية هو أمر ثانوى يتعلق

(١) وهذا فيما عدا المذهب الشافعى ، فهو قريب من المذهب الحنفى في حظر الشروط المقرنة بالمقد والتضييق في إباحتها كما سئى . ويخلط الفقه الشافعى بين الشرط الذى يلائم المقد والشرط الذى تدعو إليه حاجة التعامل (المهذب ١ ص ٢٦٨ ، شرح المنهاج للرملى ٣ ص ٤٣٦) .

بالمبيع ذاته . فإن كان أمراً غير ثانوي كثوب يخطه قميصاً أو دار يسكنها - وكان غير متعلق بالمبيع ذاته - كقرض في بيع أو بيعتين في صفقة واحدة - فلا يجوز . وإذا كان التعامل في الماضي لم يجر بمثل هذه الشروط ، فإنه يجري بها في العصر الحاضر ، فينبغي عدم الوقوف عند التعامل في الماضي ، وما دام باب التعامل قد فتح ، فإن التعامل يختلف من بيئة إلى بيئة ومن عصر إلى عصر ، ومن المستطاع التوسع في هذا الباب إلى حد كبير .

ولا يزال الشرط الذي يجري به التعامل إنما ثبت له الصحة في المذهب الحنفي على سبيل الاستحسان . أما في القياس فهو لا يجوز . لأن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً في عقد . وقد رأينا صاحب البدائع يقول : « والقياس لا يجوز ، وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقلين وأنه مفسد ، كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخطه البائع له قميصاً ونحو ذلك ، ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس ، كما سقط في الاستصناع » :

§ ٢ - الشرط الفاسد

المذهب الحنفي والمذاهب الثلاثة الأخرى :

ولما كان المذهب الحنفي هو أضيق المذاهب في إباحة الشروط المقررة بالعقد كما قدمنا ، ومن ثم كان الشرط الفاسد في هذا المذهب واسع المدى ، لذلك نبداً ببحث المذهب الحنفي وحده ، ثم نعقب بتأصيل هذا المذهب وتطور الفقه الإسلامي في المذاهب الثلاثة الأخرى وفي المذهب الحنفي نفسه فهناك اتصال وثيق بين هاتين المسألتين .

أولاً : المذهب الحنفي

التمييز بين حالتين :

يجب التمييز في المذهب الحنفي بين حالتين : (أ) حالة فيها الشرط الفاسد يفسد العقد (ب) وحالة فيها الشرط الفاسد يلغو دون أن يفسد العقد ، فيسقط الشرط ويبقى العقد .

(أ) شرط فاسد يفسد العقد

النصوص :

جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٥ ص ١٨) : « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر ، فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد ، لأن الشرط باطل في نفسه ، والمتنفع به غير راض بدونه ، فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط ، فلهذا فسد به البيع . وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه ، وذلك نحو ما بينا أنه إذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ، فإن العبد يعجبه ألا تتناوله الأيدي ، وتتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلاً ، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين . . . قال وإذا اشترى عبداً على أنه يعتقه فالبيع فاسد ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط ، وهو قول الشافعي ، لحديث بريرة رضي الله عنها فإنها جاءت إلى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتب . قالت إن شئت عددتها لأهلك وأعتقك ، فرضيت بذلك ، فاشتريتها وأعتقتها ، وإنما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها . . . ولأن العتق في المبيع قبض . . . والقبض من أحكام العقد فاشتراطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده . وحججتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ،

ولأن في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به العقد كما لو شرط ألا يبيع . يوضحه أنه لو شرط في الجارية أن يستولدها أو في العبد أن يدبره كان العقد فاسداً فإذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشتراط حقيقة العتق أولى ، ودعواه أن هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فإن البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملاءمة ، ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد . وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق ، بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بعقد مطلقاً ، وهو تأويل حديث عائشة رضي الله عنها فإنها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقاً ووعدت لها أن تعتقها لترضى هي بذلك فإن بيع المكاتب لا يجوز بغير رضاها . . .

... وإذا اشتراه على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على أن يبيعه بكذا وكذا من الثمن ، فالبيع في جميع ذلك فاسد ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة . . . وإن اشترى شيئاً وشرط على البائع أن يحمله إلى منزله أو يطحن الحنطة أو ينحيط الثوب فهو فاسد ، لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه ، لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد ، وإن لم يكن بمقابلته شيء ، من البدل فهو إجارة مشروطة في البيع ، وهو مفسد للعقد ، وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً ، فهذه إجارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد ، أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الأجل .

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٦٩ - ص ١٧٣) : « ومنها شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع إن كان من بني آدم كالرقيق ، وليس بملائم للعقد ، ولا مما جرى به التعامل بين الناس ، نحو ما إذا باع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة ، أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو ثوباً على أن يلبسه أسبوعاً أو على أن يقرضه المشتري قرضاً ، أو على أن يهب له هبة ، أو يزوج ابنته منه ، أو يبيع منه بكذا ، ونحو ذلك ، أو اشترى ثوباً على أن ينحيطه البائع قميصاً ، أو حنطة على أن يطحنها ، أو ثمرة على أن يجذها ، أو ربطة قائمة على الأرض على أن يجذها ،

أو شيئاً له حمل ومثونة على أن يحمله البائع إلى منزله ، ونحو ذلك . فالبيع في هذا كله فاسد ، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون رباً ، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا ، والبيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا .. وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري أو على أن يستولدها ، فالبيع فاسد ، لأنه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد . وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها المشتري ، فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أنه جائز^(١) ، وبه أخذ الشافعي رحمه الله ... وكذا لو باع عبداً أو جارية بشرط ألا يبيعه وألا يهبه وألا يخرج من ملكه ، فالبيع فاسد ، لأن هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدي فيكون مفسداً للبيع ... ولو اشترى شيئاً بشرط أن يوفيه في منزله ، فهذا لا يخلو إما أن يكون المشتري والبائع بمنزلهما في المصر وإما أن يكون أحدهما في المصر والآخر خارج المصر . فإن كان كلاهما في المصر ، فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً ، إلا إذا كان في تصحيح الشرط تحقيق الربا كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط

(١) ويقول صاحب البدائع : « ووجه هذه الرواية أن شرط الإعتاق بما يلائم العقد . لأن الإعتاق إنهاء الملك وإنهاء الملك تقرير له ، فكان ملائماً . . . ولظاهر الرواية وجهان ، أحدهما يعم الكل ، والثاني يخص أبا حنيفة عليه الرحمة . أما الأول فهو أن شرط التنق شرط لا يلائمه العقد ، لأن العقد يقتضي الملك ، والملك يقتضي إطلاق التصرف في المملوك تحصيلًا وتركًا ، وشرط الإعتاق يقتضي الاستحقاق واللازم لا محالة ، فلا يلائمه بل يضاده . وأما الثاني فلأن هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه .. ثم إذا باع بهذا الشرط فأعتقه المشتري ، انقلب العقد جائزاً بالإعتاق عند أبي حنيفة استحساناً .. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزاً حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس . ووجههما ظاهر لأن البيع وقع فاسداً من حين وجوده ، وبالإعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر . ولأبي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الإعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه ، لأنه إنهاء من وجه وإزالة من وجه ، فن حيث إنه إنهاء كان يلائمه لأنه تقرير ، لكن من حيث إنه إزالة لا يلائمه لأنه تغيير موجب العقد ، فيجب العمل بالشبهين ، فعملنا بشبه الإزالة فقلنا بفساد العقد في الابتداء ، وعملنا بشبه الإنهاء فقلنا بجوازه في الانتهاء ، عملنا بالشبهين بقدر الإمكان . فإن قيل لم لا يعمل بهما على القلب بما قلتم ، قيل لأنه لا يمكن لأننا لم نجد جائزاً انقلب فاسداً في أصول الشريعة ، ووجدنا فاسداً انقلب جائزاً كما في بيع الرقم ونحوه » (البدائع • ص ١٧٠) .

أحدهما على صاحبه الإيفاء في منزله، وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري فأشبه ما إذا اشترى بشرط الحمل إلى منزله أو بشرط الإيفاء في منزله وأحدهما في المصروالآخر خارج المصرو. ولهما أن الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط إذا كان المشتري في المصرو، فتركنا القياس لتعامل الناس، ولا تعامل فيما إذا لم يكونا في المصرو ولا في شرط الحمل إلى المنزل فعملنا بالقياس فيه... وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الأرض... إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع، فصار بشرط الترك شارطاً بالإعارة، فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي عنه.

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥ - ص ٢٢١) : «ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا، فأما ما فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو المفقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يتركها في داره شهراً أو ثوباً على أن ينخيطه، فالبيع فاسد. وكذا شرط ألا يبيع المبتري العبد لأنه يعجبه ألا تتداوله الأيدي، وكذا على ألا يخرج من مكة مثلاً. وفي الخلاصة اشترى عبداً على أن يبيعه جاز، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز. أي لا يجوز للبائع أن يشترط عليه البيع من فلان لأن للمبيع منفعة ولها مطالب من جهة العباد وهو العبد لأن له طالباً. وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين، ومنه إذا باع صاحبة على أن يبنى بها مسجداً، أو طعاماً على أن يتصدق به، فهو فاسد... ومن مثل الباطل بيع العبد على أن يعتقه المشتري أو يكاتبه أو يدبره»... وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن يسكنها، أو على أن يقرضه المشتري دراهم، أو على أن يهدي له

(١) ويقول صاحب فتح القدير بعد ذلك : «والشافعي يخالفنا في شرط المتق في أحد قوله فيصححه ثم إن اعتقه فذاك، وإلا غير البائع في فسخ العقد ولا يجبر عليه في قول بعض أصحابه، وفي»

هدية أو ثوباً على أن يقطعه المشتري قميصاً أو قباء ، فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف أى قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكن بوجه معنوى ، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن ، بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وإزاء أجره الخدمة والسكنى ، يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إجارة في بيع ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة ... واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن بيعتين في بيعة ، ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول ، وليس كذلك بل هذا أخص منه ، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع ، وفسره الشافعى بأن أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبيعنى غلامك بكذا فإذا وجب لى غلامك وجبت لك دارى ... وذكر الإمام قاضىخان العقود التى تتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة ، قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهى مبادلة المال بالمال كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال ، وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا جهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد ، وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد ... ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد بإجماع الأئمة الأربعة لأنه شرط يقتضيه العقد وفيه منعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقتين على مامر من امتناع الصفقتين في صفقة ، إلا أن هنا على تقرير واحد وهو كون الحيطة

— قول آخرين يجبر . قال المصنف : ويقضى الشافعى على بيع العبد نسمة ، ثم فسره بأن يبيعه من يعلم أنه يمتقه لا أن يشترط فيه ذلك . . . الحجة عليه ما ذكرنا ، يعنى من الحديث والمعنى . وأنت علمت أنه يرجع إلى تخصيص العام بالخاص كيفما وجد وهو مذهبه ولهذا خصه بحديث بريرة . وجوابه أن ليس في حديث بريرة أصلاً أن البيع كان يشترط المتق ، بل كان على وعد المتق منها ، وحيث لم يفسد من تخصيص منع بيع بشرط في شيء . . . ونسبة منصوب على الحال بمعنى معروضا للمتق ، وصبر بالنسبة لكثرة ذكرها فيما إذا اعتقت مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك الرقبة واعتق النسمة ، فصيرت كالاسم لما عرض للمتق ، فعملت معاملة الأسماء المنصبة لمعنى الفعل (فتح القدير ٥ ص ٢١٦ - ص ٢١٧) .

شئ من الثمن فهو شرط إجارة في بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التغيير وعلى تقرير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع .

ونستعرض استخلاصاً من النصوص المتقدمة ، مسائل ثلاثاً : ١ - الصور المختلفة للشرط الفاسد الذي يفسد العقد . ٢ - الأسباب التي دعت المذهب إلى القول بفساد الشرط والعقد في هذه الصور . ٣ - العقود التي يكون فيها الشرط الفاسد مفسداً للعقد .

١ - الصور المختلفة للشرط الفاسد الذي يفسد العقد :

يمكن القول بوجه عام أن الشرط الفاسد الذي يفسد العقد هو الذي فيه منفعة لها صاحب يطالب بها . وهذه المنفعة إما أن تكون للمبيع إذا كان رقيقاً ، أو للبائع ، أو للمشتري ، أو لأجنبي غير المتعاقدين .
فمثل المنفعة التي تكون للمبيع إذا كان رقيقاً : أن يشتري عبداً على ألا يبيعه أو يهبه أو يخرج من ملكه بحال ، أو على أن يبيعه من فلان دون غيره ، أو على ألا يخرج من بلد معين ، أو على أن يدبره أو يكاتبه ، أو على أن يعتقه على خلاف بين المذاهب^(١) ، أو يشتري أمة على أن يستولدها . ففي هذه الأمثلة

(١) رأينا في النصوص المتقدمة أن المذهب الحنفى - فيما عدا رواية عن أبي حنيفة للحن بن زياد - يقول بفساد شرط العتق ، لأن هذا الشرط فيه منفعة للمبيع ، ولا يقتضيه العقد ، ولا يلائم مقتضى العقد إذ المبيع موجب للملك والعتق مبطل له فلا تكون بينهما ملازمة . ولكن أبا حنيفة يصحح البيع إذا أعتق المشتري الرقيق بالفعل ، لأن العتق عنده إنهاء للملك من وجه وإزالة له من وجه آخر ، فمن حيث هو إنهاء للملك كان يلائم العقد لأنه تقرير للملك ، ومن حيث إنه إزالة للملك كان لا يلائم العقد لأنه تغيير لموجبه ، فعلى بالشبهين بقدر الإمكان . عمل بشبه الإزالة فقال بفساد العقد في الابتداء ، وعمل بشبه الإنهاء فقال بجوازها في الإنهاء . ولا يستطيع أن يقلب الوضع فيقول بالفساد بعد الصحة ، لأن العقد لا يفسد بعد الصحة ولكنه قد يصح بعد الفساد .

أما الشافعى فيذهب إلى أن شرط العتق صحيح لحديث بريرة ، ولأن العتق في المبيع قبض وتقرير للملك فاشتراطه يلائم العقد . ولكن لا يجبر المشتري على العتق فإن لم يعتق خير البائع في الفسخ ، وفي قول آخر يجبر المشتري على العتق . هذا ويلاحظ أن حديث بريرة لا يفيد أصلاً أن البائع قد اشترط على عائشة رضى الله عنها أن تعتق بريرة ، بل إن عائشة هي التي وعدت بريرة بالعتق بعد أن تشتريها ، والبيع بهذا الوعد من المشتري يسمى بيع العبد نسمة .

والمذهب المالكي والحنبل يصححان شرط العتق أسوة بكثير من الشروط الأخرى ، لأن هذين المذهبين أوسع المذاهب في تصحيح الشروط .

نرى الرقيق المبيع قد صارت له منفعة بعقد البيع يستوفىها من المشتري : فمن مصلحة هذا الرقيق ألا يباع أو يخرج من ملك المشتري حتى لا تتداوله الأيدي ، أو في القليل ألا يباع إلا إلى شخص بالذات فيحدد بذلك مجال التعامل فيه ، أو أن يبقى في بلد معين له في الاستقرار فيه مصلحة . ومن مصلحته أن يدبر أو يكاتب أو يستولد إذا كان أمة ، فهذا هو طريقه إلى العتق . ومن مصلحته بالأولى أن يشترط البائع عتقه .

والمنفعة التي تكون للبائع إما أن تكون منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع ، فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يبيع عبداً ويشترط على المشتري أن يبقى في خدمته وقتاً من الزمن ، أو يبيع داراً ويشترط أن يسكنها شهراً ، أو يبيع أرضاً ويشترط أن يزرعها سنة ، أو يبيع دابة ويشترط أن يركبها إلى مكان معين ، أو يبيع ثوباً ويشترط أن يلبسه أسبوعاً . ونرى في هذه الأمثلة أن البيع يتضمن إجارة أو إعارة ، فيتضمن إجارة إن كان للشرط مقابل من الثمن ، فإن لم يكن له مقابل فالبيع يتضمن إعارة . ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط البائع على المشتري أن يقرضه قرضاً ، أو أن يهب له هبة ، أو أن يتصدق عليه بصدقة ، أو أن يشتري منه شيئاً آخر ، أو أن يبيع له كما اشتري منه ، أو أن يزوج منه ابنته . ونرى في هذه الأمثلة أن عقد البيع قد تضمن عقداً آخر ؛ قرضاً أو هبة أو صدقة أو بيعاً أو زواجاً .

والمنفعة التي تكون للمشتري تكون هي أيضاً إما منفعة تتعلق بالمبيع ذاته أو منفعة مستقلة عن المبيع . فمثل المنفعة التي تتعلق بالمبيع أن يشتري حنطة ويشترط على البائع أن يطحنها ، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخطه ، أو محصولاً ويشترط على البائع أن يحصده ، أو يشترط أن يتركه في الأرض حتى ينضج ، أو ربطة قائمة على الأرض ويشترط على البائع أن يجدها ، أو يشتري ماله حمل ومثونة ويشترط على البائع أن يحمل المبيع إلى منزله^(١) . وفي هذه

(١) وقد رأينا مما تقدم من النصوص أن شرط حمل المبيع إلى منزل المشتري فاسد بالإجماع إذا لم يكن البائع والمشتري في بلد واحد ، فإن كانا معا في المصر فالشرط جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً بلحيان التعامل عليه ، وهو فاسد عند محمد أخذاً بالقياس لأنه شرط لا يقتضيه المقد ولا يلائم مقتضى المقد وفيه منفعة للمشتري .

الأمثلة نرى البيع قد اقترن بعقد آخر ، هو في أغلبها إجارة عمل البائع ، وهو إعارة الأرض أو إيجارها . شرط ترك المحصول في الأرض حتى ينضج . ومثل المنفعة المستقلة عن المبيع أن يشترط المشتري على البائع أن يقرضه قرضاً ، أو أن يهب له هبة ، أو أن يتصلق عليه بصدقة ، أو أن يبيع له شيئاً آخر ، أو أن يشتري منه كما باع له ، أو أن يتزوج ابنته . وهذه هي نفس الأمثلة التي أوردناها في منفعة البائع المستقلة عن المبيع ، وإنما جعلناها هنا لمصلحة المشتري لا لمصلحة البائع .

وقد تكون المنفعة لأجنبي غير المتعاقدين ، كما إذا باع ساحة على أن يبنى المشتري فيها مسجداً ، أو باع طعاماً على أن يتصدق به المشتري ، أو باع داراً واشترط على المشتري أن يهبها لفلان أو يبيعها منه بكذا من الثمن . ويلاحظ أن هذه الصورة في الفقه الإسلامي تعدل في الفقه الغربي صورة الاشتراط لمصلحة الغير ، ولما كان الشرط فاسداً في هذه الحالة فقد أقفل باب الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الحنفي .

٢ - الأسباب التي دعت المذهب الحنفي إلى القول بفساد الشرط والعقد في هذه الصور :

وقد رأينا النصوص الفقهية المتقدمة تعلق فساد الشرط والعقد في هذه الصور بعلمتين مختلفتين :

(العلة الأولى) أن الشرط ، ويتضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، يكون زيادة منفعة مشروطة في عقد البيع ، وهي زيادة لا يقابلها عوض ، فهي ربا أو فيها شبهة الربا ، والمبيع الذي فيه الربا أو شبهة الربا فاسد .

(العلة الثانية) أن الشرط لا يقتضيه العقد حتى يصح قياساً ، ولا هو ملائم للعقد أو يجري به التعامل حتى يصح استحساناً ، وقد تضمن منفعة تجوز المطالبة بها ، فصار في ذاته عقداً آخر - إجارة أو إعارة أو بيعاً أو قرضاً أو هبة أو غير ذلك - تضمنه عقد البيع . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن

بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيعتين في بيعة واحدة ، وعن صفقتين في صفقة واحدة . . ومهما يكن من شأن صحة بعض هذه الأحاديث ، فقد أخذ بها المذهب الحنفى . وقد رأينا صاحب المبسوط يقول في هذا المعنى إن الشرط « فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه ، لأنه إن كان بعض البذل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد ، وإن لم يكن بمقابلته شيء من البذل فهو إجارة مشروطة في البيع ، وهو مفسد للعقد . . لئى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة » . ورأينا صاحب البدائع يقول : « إن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالإجماع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجرة والأرض وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شارطاً بالإعارة ، فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهى عنه » . ورأينا صاحب فتح القدير يقول : « وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري دراهم ، فهو فاسد ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف أى قرض . ثم خص شرطى الاستخدام والسكنى بوجه معنوى ، فقال ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن . بأن يعتبر المسمى ثمناً بإزاء المبيع وإزاء أجره الخدمة والسكنى يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إجارة في بيع ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة » .

٣ - العقود التى يكون فيها الشرط الفاسد مفسداً للعقد :

والظاهر من نصوص فتح القدير التى قدمناها أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد إلا إذا كان مبادلة مال بمال ، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال . وقد ورد في المادة ٣٢٣ من مرشد الحيوان : « كل ما كان مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح مصادر الحق - ثالث

عن مال ، لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به ، بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به .. ومثل ذلك إجازة هذه العقود فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به .

أما ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال ، أو كان من التبرعات كالهبة والقرض ، أو من التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبي من التجارة ، أو من الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها ، أو من الإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة ، وكذلك الإقالة والرهن والكفالة والحوالة والوكالة والإيصاء والوصية ، ففي هذه التصرفات كلها إذا اقترن العقد بالشرط الفاسد ، صح العقد ولغا الشرط (انظر المواد ٣٢٤ - ٣٢٦ من مرشد الحيران) .

ويتضح مما تقدم أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد هو مبادلة مال بمال تغلغل في صلبه فأفسده معه . والسبب في ذلك أن الشرط لما كان فاسداً فقد سقط ، ولما كان العاقد قد رضى بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا الشرط ، وقد فات عليه ، فيكون غير راض بالمبادلة ، فيفسد العقد . وفي هذا يقول صاحب المبسوط : « لأن الشرط باطل في نفسه ، والمتنفع به غير راض بدونه » . وهذا السبب لا يقوم في التصرفات الأخرى^(١) ومن ثم يسقط الشرط لأنه فاسد ، ولكن يبقى العقد على صحته^(٢) .

(١) لا يقوم هذا السبب في التبرعات والتقييدات والإسقاطات والإطلاقات والتوثيقات والوكالة والإقالة . أما الإيصاء والوصية فلأنها تصرفات بعد الموت فيحترز من إسقاطها ، وأما النكاح والخلع على مال فلأنها تصرفات خطيرة يحسن استبقاؤها ما أمكن ذلك .

(٢) وهذا شبه بما هو مقرر في الفقه الغربي من أن الشرط الباطل يسقط المعاوضات وأما في التبرعات فيسقط هو ويبقى التبرع .

(ب) شرط فاسد يسقط ويبقى العقد

النصوص :

جاء في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٥) : « .. وإن لم يكن فيه منفعة لأحد فالشرط باطل والعقد صحيح ، نحو ما إذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط ألا يبيع ، لأنه لا مطالب بهذا الشرط فإنه لا منفعة فيه لأحد ، وكان لغواً والبيع صحيح . إلا في رواية عن أبي يوسف قال يبطل به البيع ، نص عليه في آخر المزارعة ، لأن في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه ، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين . ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط ، بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر . »

وجاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٧٠) : « إذا باع ثوباً على ألا يبيعه المشتري أو لا يهبه ، أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها ، أو طعاماً على ألا يأكله ولا يبيعها ، ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع ، فإنه قال لو شرط أحد المزارعين في الزراعة على ألا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالزراعة جائزة والشرط باطل . وهكذا روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله . وفي الإملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد . ووجهه أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس ، فيكون مفسداً كما في سائر الشرائط المفسدة . والصحيح ما ذكر في المزارعة ، لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد ، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض . ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد ، إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد ، فالعقد جائز والشرط باطل . ولو باع ثوباً على أن يحرقه المشتري ، أو داراً على أن يخرّبها ، فالبيع جائز والشرط باطل ، لأن شرط المضرة لا يؤثر في البيع على ما ذكرنا . »

وجاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٥ - ص ٢١٦) : « أما لو كان

المبيع ثوباً أو حيواناً غير آدمي ، فقد خرج الجواز مما ذكرنا في المزارعة من أن أحد المزارعين إذا شرط في المزارعة ألا يبيع الآخر نصيبه أو يهبه أن المزارعة جائزة والشرط باطل لأنه ليس لأحد العاملين فيه منفعة . وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف وهو الظاهر من المذهب ، لأنه إذا لم يكن من أهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة ، فلا يؤدي إلى الربا ، وما أبطل الشرط الذي فيه المنفعة للبيع إلا لأنه يؤدي إليه ، لأنه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع وهو معنى الربا .

شرط لا منفعة فيه لأحد وهو شرط فاسد فيسقط :

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك شرطاً لا يقتضيه العقد ولا هو يلائم مقتضى العقد ولم يجربه التعامل ، وهو مع ذلك لا منفعة فيه لأحد . ومن الأمثلة على هذا الشرط التي وردت في النصوص : يبيع ثوباً أو دابة أو حيواناً غير الرقيق ويشترط على المشتري ألا يبيع أو ألا يهب ما اشتراه - يشترط أحد المزارعين على المزارع الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه من المزارعة - يبيع طعاماً ويشترط على المشتري ألا يأكله ولا يبيعه - يبيع ثوباً ويشترط على المشتري أن يحرقه - يبيع داراً ويشترط على المشتري أن يخرّبها .

ففي هذه الأمثلة يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط الاقترن بعقد البيع لا منفعة فيه لأحد^(١) . ولما كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، ولا هو يلائم مقتضى العقد ، ولم يجربه التعامل . فليس ثمة ما يبرر تصحيحه ، ومن ثم كان فاسداً فيسقط .

(١) نقول يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط لا منفعة فيه لأحد لأننا نرى ، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفي ، أن هذه المنفعة قد تتحقق في بعض الأحوال . فقد يشترط البائع على المشتري ألا يبيع أو يهب الشيء الذي اشتراه لمصلحة راعاها للمشتري في ذلك ، كأن يخشى منه السرف ويخاف أن يسرع إلى إضاعة ما اشتراه ، فشرط عليه ما فيه مصلحة له ، فيكون في الشرط منفعة للمشتري . وقد يشترط أحد المزارعين على الآخر ألا يبيع أو ألا يهب نصيبه ، لأنه لا يريد أجنياً يشاركه فيما تنتجه المزارعة ، والمزارعة كما هو معروف تقوم في الغالب على اعتبارات شخصية فيما بين المزارعين . والعادة أن العاقد لا يشترط شرطاً إلا إذا كان له غرض معقول يسمى إلى تحقيقه من نحو ما قلناه ، ولا يتصور أن يشترط شرطاً لا منفعة فيه لأحد إلا في فروض غير مألوفة ، كأن يبيع الثوب ويشترط على المشتري أن يحرقه ، أو يبيع الدار ويشترط على المشتري أن يخرّبها .

ولكن العقد يبقى صحيحاً :

على أن هذا الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد ، لما لم يكن له مطالب لإنعدام منفعته والمطالبة إنما تتوجه بالمنفعة ، فهو شرط لم يتمكن في صلب العقد حتى يسرى فسادُه إلى العقد ، ومن ثم يبقى العقد صحيحاً بالرغم من سقوط الشرط : فالشرط من حيث إنه فاسد يسقط ، ومن حيث إنه لا منفعة فيه لأحد يستبقى العقد صحيحاً . وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي^(١) .

ويذكر المذهب لهذا الحكم علتين : (العلة الأولى) أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ، إذ هو شرط فيه منفعة على النحو الذي بيناه ، فكان في ذلك ربا أو شبهة الربا ، والربا وشبهته يفسدان العقود . أما الشرط الذي نحن بصددده فليس فيه منفعة لأحد ولا مطالب له ، فلم يوجد فيه معنى الزيادة التي لا يقابلها عوض ، فأنعدمت فيه شبهة الربا ، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد ، فبقى العقد صحيحاً ، مع سقوط الشرط لفساده . (والعلة الثانية) أن الشرط الذي يفسد العقد إنما أفسده ، من جهة أخرى ، لأن فيه منفعة لها مطالب ، فكان صفقة في صفقة أو عقداً تضمنه عقد آخر ، وهذا لا يجوز . أما الشرط الذي لا منفعة فيه لأحد وليس له مطالب ، فهو ليس بصفقة أو عقد ، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة في صفقة أو عقداً في عقد ، فارتفع سبب الفساد عن البيع ، فبقى على صحته ، مع سقوط الشرط لفساده .

ومما هو جدير بالذكر أن الشرط الفاسد الذي لا منفعة فيه لأحد ، وإن سقط هو ، لا يفسد أى عقد اقترن به : ولو كان هذا العقد مبادلة مال بمال ، للعتين المتقدمتين . أما الشرط الفاسد الذي فيه منفعة فقد رأينا أنه يفسد العقود التي هي مبادلة مال بمال ، ولكنه لا يفسد التصرفات الأخرى بل يلغو الشرط

(١) ويذهب أبو يوسف ، في رواية عنه كما رأينا في النصوص ، أن اشتراط المزارع على المزارع الآخر ألا يبيع أو يهب نصيبه يفسد المزارعة . ولعله نظر في ذلك إلى أن الشرط فيه منفعة لصاحبه على النحو الذي بيناه ، فيكون الشرط بما لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد ولا جرى به التعامل ، وهو مع ذلك فيه منفعة ، ومن ثم يكون مفسداً للعقد كما في سائر الشرائط المفسدة .

ويبقى التصرف .

... ونرى من ذلك أن الشرط الفاسد ، سواء كانت فيه منفعة لأحد أو انعدمت فيه المنفعة ، لا يفسد التصرفات التي يقترن بها إذا كانت هذه التصرفات ليست مبادلة مال بمال . فإن كانت التصرفات مبادلة مال بمال ، فإنها تفسد باقترانها بشرط فيه منفعة ، ولا تفسد باقترانها بشرط ليست فيه منفعة ، وفي جميع الأحوال سواء فسد العقد أو لم يفسد ، يسقط الشرط الفاسد ذاته ، سواء تضمن منفعة أو لم يتضمن .

ثانياً : تأصيل المذهب الحنفي وتطور الفقه الإسلامي

(١) سبب فساد العقد في المذهب الحنفي

١ - السبب الحقيقي في فساد العقد إذا اقترن بالشرط :

علتان تنهيان إلى علة واحدة - تعدد الصفقة :

رأينا أن الفقه الحنفي يعلل كيف يفسد الشرط الفاسد العقد بعلتين : علة الربا وعلة تعدد الصفقة . وتكاد العلتان تتعادلان في كتب الفقهاء ، بل لعل علة الربا هي التي ترجح كفتها .

ولكن المتأمل فيما يورد الفقهاء عادة من أمثلة للشروط الفاسدة يرى أن فكرة الربا إنما اتخذت كثقة لتعزيز فكرة تعدد الصفقة ، وأن فكرة تعدد الصفقة هي التي يجب أن نقف عندها . ولكن لما كانت هذه الفكرة إنما تمت إلى محض الصناعة الفقهية ، فإن تعليل فساد العقد بها يكاد يكون خفياً ، وهو على كل حال لا يبلغ من الوضوح ما يبلغه التعليل بفكرة الربا ، فإن الربا في الفقه الإسلامي لا يكاد يلقى ظله على شيء إلا ويفسده ، ومن ثم كان الأيسر على الفقهاء أن يلجأوا في تعليل فساد العقد إلى فكرة الربا .

والواقع من الأمر أن فكرة تعدد الصفقة هي الفكرة التي تسيطر على فساد العقد المقترن بالشرط ، بل إن فكرة الربا نفسها - لو سلمنا بها جدلاً - ترد في النهاية إلى فكرة تعدد الصفقة . ذلك أن كل مثل توردته الفقهاء للشرط الفاسد

الذي يفسد العقد يتضمن حتماً صفتين في صفقة واحدة ، ولا يتحتم أن يتضمن فكرة الربا . فالشرط الفاسد هو في ذاته صفقة تضمها عقد البيع ، وقد يكون إجارة أو إعارة أو بيعاً آخر أو هبة أو صدقة أو زواجاً أو غير ذلك ، فإذا ما اقترن البيع بهذا الشرط أصبح صفتين في صفقة واحدة .

والشرط الفاسد قد لا يكون له مقابل من الثمن أو يكون له هذا المقابل . فإن لم يكن له مقابل من الثمن ، فهنا تأتي فكرة الربا . إذ يقول الفقهاء إن الشرط يكون زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ، فيفسد العقد للربا . ولكن إذا صح أن تقوم فكرة الربا هنا ، فإنه مع ذلك يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة ، ويمكن القول بأن العقد الذي تضمن هذه الزيادة المشروطة في المنفعة دون عوض إنما تضمن صفقة أخرى ، فأصبح صفتين في صفقة .

أما إذا كان الشرط له مقابل من الثمن ، فإن فكرة الربا لا تقوم . إذ تصبح زيادة المنفعة المشروطة في العقد يقابلها عوض ، فلا يمكن تعليل فساد العقد عندئذ إلا بفكرة تعدد الصفقة .

ومن هنا نتبين أن فكرة الربا لا تصلح لتعليل جميع الأحوال التي يفسد الشرط الفاسد فيها العقد ، فقد رأيناها لا تصلح إلا لتعليل بعض هذه الأحوال ، وحتى في هذا البعض يمكن الاستغناء عنها بفكرة تعدد الصفقة . أما فكرة تعدد الصفقة فتصلح لتعليل فساد العقد المقترن بالشرط الفاسد في جميع الأحوال دون استثناء .

على أن هناك ما هو أبعد مدى من ذلك ، فإن التعليل بالربا ، حتى في بعض الأحوال دون بعض ، قد لا يستقيم . فالربا لا يكون إلا في الأموال الربوية ، وهي المكيلات والموزونات عند الحنفية . فإذا كان البيع الذي اقترن بشرط فاسد لم يقع على مال ربوي ، لم تقم علة الربا بشطريها وهما القدر والجنس . فلا يصح تعليل فساد العقد في هذه الحالة بفكرة الربا .

ففكرة تعدد الصفقة تجبّ إذن فكرة الربا . وهي وحدها ، في رأينا ، التي ضيقت المذهب الحنفي ، وجعلت العقد يفسد إذا اقترن بالشرط . ففي هذا

المذهب لا يجوز أن يتضمن العقد الواحد أكثر من صفقة واحدة ، فإذا أضيف إلى هذه الصفقة صفقة أخرى ، ولو في صورة شرط ، فإن العقد يضيق بالصفقتين ويفسد ، فتسقط الصفقتان معاً .

السبب في تحريم تعدد الصفقة - وحدة العقد :

ويبقى بعد ذلك أن نسأل : ولماذا لا يجوز تعدد الصفقة في العقد الواحد ؟ هنا نجد نصوص المذهب الحنفي تنذرع بأحاديث كثيرة عن النبي عليه السلام ، فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف .

على أنه فضلاً عن أن بعض هذه الأحاديث موقوفة ، كالنهي عن صفقتين في صفقة وقد أمكن على كل حال تأويله على وجه آخر^(١) ، وكالنهى عن بيع وشرط ، فإن هناك أحاديث أخرى صحت عن النبي عليه السلام تجيز اقتران الشرط بالعقد .

ونطالع هنا صفحة من المبسوط ، ترددت في كتب كثيرة^(٢) . نرى فيها

(١) جاء في فتح القدير (جزء ٥ ص ٢١٨) في هذا الصدد ما يأتي : « وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة . . . رواه أحمد عن أسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة . أما ثبوته فقد رواه البزار في سننه عن أسود بن عامر وأعل بعض طرقه ، ورجح وقفه . وبالوقف رواه أبو نعيم أبو عبيد القاسم بن سلام . وأما معناه ففسره المصنف بما تضمنت . وفسره أبو عبيد القاسم بن سلام بأن يقول الرجل للرجل أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا ، ويفترقان عليه ، انتهى ، ورواية ابن حبان للحديث موقوفة بالصفقتين ربما تؤيد تفسير المصنف ، مع أنه أقرب تبادراً من تفسير أبي عبيد وأكثر فائدة فإن كون الثمن على تقدير النقد ألفاً وعلى تقدير النسيئة ألفين ليس في معنى الربا . بخلاف اشتراط نحو السكنى والخلسة . واعلم أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيعتين في بيعة ، ويظهر من كلام بعض من يتكلم في الحديث ظن أنه معنى الأول ، وليس كذلك بل هذا أخص منه ، فإنه في خصوص من الصفقات وهو البيع ، ونسره الشافعي بأن يقول أبيعك دارى هذه بكذا على أن تبينى غلامك بكذا فإذا وجب لي غلامك وجبت لك دارى . وهذا حديث صحيح رواه الترمذى والنسائى وقال الترمذى حسن صحيح ، ورواه مالك بلاغاً . »

(٢) انظر على سبيل المثال : فتح القدير جزء ٥ ص ٢١٤ - المواق على الخطاب جزء ٤ ص ٢٧٢ -

المحل لابن حزم جزء ٨ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ .

كيف تعددت الأحاديث في هذه المسألة . بعضها يجيز الشرط فيجيز معه العقد ،
وبعضها يسقط الشرط ويجيز العقد ، وبعضها يسقط الشرط والعقد معاً :

قال السرخسي في المبسوط (جزء ١٣ ص ١٤) : « حكى عن عبد الوارث
ابن سعيد قال : حججت فدخلت بمكة على أبي حنيفة سألت عن البيع
بالشرط . فقال باطل . فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى سألت عن
ذلك ، فقال البيع جائز والشرط باطل . فدخلت على ابن شبرمة سألت عن ذلك
فقال البيع جائز والشرط جائز . فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة ، وقد اختلفوا
على في هذه المسألة كل الاختلاف ، فمجزئي أن أسأل كل واحد منهم عن
حجته . فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه ، فأعاد جوابه ، فقلت إن
صاحبك يخالفك ، فقال لا أدري ما قال ، حدثني عمر وابن شعيب عن أبيه
عن جده رضي الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط .
فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك ، فقال لا أدري ما قال ، حدثني
هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشتري
بريرة رضي الله عنها أبي موليها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم ، فذكرت ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال صلوات الله عليه وسلامه (اشترى واشترطى
لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق) ، ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : (ما
بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، كل شرط ليس في كتاب الله
فهو باطل ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق ، والولاء لمن أعتق) . فدخلت على
ابن شبرمة وقلت له مثل ذلك ، فقال لا أدري ما قال ، حدثني محارب بن دثار
عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنهم أن النبي
صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة .
فالأحاديث كما نرى مختلفة متضاربة ، ولا بد من التوفيق بينها . وكان من
الممكن أن يكون هذا التوفيق لمصلحة اقتران الشرط بالعقد ، لا سيما أن أدلة
المانعين الكثير منها متكلف^(١) . فما الذي جعل المذهب الحنفي يؤثر النهي عن

(١) ويكون للاستيثاق بما نقول الرجوع إلى هذه الأدلة كما بسطها ابن حزم في المحل (جزء ٨
ص ٤١٣ وما بعدها) وفي الأحكام (جزء ٥ ص ١٤ وما بعدها) . انظر أيضاً رسالة الأستاذ زكي الدين
شعبان (غير مطبوعة) ص ٥٢ - ص ٥٥ .

الشرط ، ويجعله هو المسيطر في هذه المسألة ، ويدع الأحاديث الأخرى ؟
 الواقع من الأمر أن فكرة النهى عن تعدد الصفقة - فضلاً عن أنها وردت
 في أحاديث عن النبي عليه السلام - هي الفكرة الطبيعية التي تتفق مع تطور
 القانون . فهي الفكرة الأولى التي يقف عندها نظام قانوني ناشئ ، في توحيه الدقة
 في التعاقد يتحرى البساطة في العقد ، وتكون وحدة العقد مبدأ جوهرياً من مبادئه ،
 ومن ثم لا يجوز أن يتضمن العقد أكثر من صفقة واحدة وإلا أخل ذلك بوحدة.
 بل لعل الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها - كفكرة اللفظية وفكرة مجلس
 العقد - عن الشكلية في العقود ، تلك الشكلية التي بدأت في القانون الروماني
 رسوماً وأوضاعاً باذجة ، وجاءت في الفقه الإسلامي ضرباً من الشكلية أكثر
 تهذيباً .

ولعل فكرة وحدة الصفقة في العقد الواحد لم يخلص منها أى نظام قانوني
 مهذب في مراحله الأولى من التطور . فإنها الفكرة التي تلائم العقل القانوني عندما
 يبدأ في تشييد صرح من النظم القانونية ، فهو يتحرى لها الثبات والاستقرار عن
 طريق وحدة العقد ، إذ أن حاجة القانون إلى الثبات والاستقرار تسبق في تاريخ
 تطوره حاجته إلى المرونة والتجدد .

وها هو أهرنج (Ihering) ، أكبر فقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ،
 يحدثنا عن هذه الفكرة في القانون الروماني نفسه وهو يتطور في مراحله الأولى ،
 ثم يحدثنا كيف تركها هذا القانون بعد أن استكمل تطوره . ولو كان الفقه
 الإسلامي نقل عن القانون الروماني ، كما يزعم بعض المستشرقين ، لما رأينا لفكرة
 تعدد الصفقة فيه أثراً ، بل لرأيناه قد أغفلها كما أغفلها القانون الروماني
 عندما وصل إلى المرحلة التي قبل إن الفقه الإسلامي نقل عنه فيها . ولكن على
 النقيض من ذلك نرى الفقه الإسلامي ، لا سيما المذهب الحنفي ، متأثراً بهذه
 الفكرة كل التأثر ، مما يقطع في أنه تطور تطوراً مستقلاً بعيداً عن القانون
 الروماني ، واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به .

٢ - نظرية أهرنج في وحدة الدعوى ووحدة العقد :

رأى أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني :

وننتقل الآن إلى ما يقرره أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني ، متخذاً تطور القانون الروماني مثلاً له في ذلك . يقول أهرنج في كتابه المعروف ، « روح القانون الروماني » (L'Esprit du droit romain) (جزء ٤ ص ١٠ - ص ٢٣٤) ما نلخصه فيما يأتي :

إن الصناعة القانونية المهذبة في نظام قانوني محكم تقتضي في مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل ، وذلك بغية الوصول إلى العناصر الأولى التي تتكون منها أدوات الصناعة القانونية . ومن أهم أدوات هذه الصناعة التصرف القانوني (العقد) وهو الذي ينشئ الحق ، والدعوى التي هي جزء الحق .

وتتوخى الصناعة القانونية ، في الشوط الأول ، التبسيط في هذه الأدوات . وأول مبادئ هذا التبسيط هي الوحدة : الوحدة في الدعوى والوحدة في التصرف القانوني . ذلك أن أول ضرورات الصناعة القانونية هو الاستقرار وثبات التعامل . ثم إن حاجات الحياة تقتضي التجديد والتطور ، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة والتجديد والتطور من جهة أخرى . ومبدأ الوحدة يهيئ الفرصة لهذا التوفيق ، فالوحدة ترسي دعائم الاستقرار والثبات ، ثم هي تصلح أساساً صلباً يقوم عليه بناء شامخ من التجديد والتطور .

ولننظر الآن كيف تكون الوحدة في الدعوى وكيف تكون الوحدة في العقد .

الوحدة في الدعوى - وحدة الطلب :

والدعوى في الصناعة القانونية القديمة هي الحق ذاته متحركاً أمام القضاء . وكان طريق الرومان إلى تكوين قانونهم العتيق هو طريق الدعوى ، ولا يكادون في صناعتهم القانونية القديمة يعرفون الحق إلا عن طريق الدعوى . وفي تاريخ

التطور القانوني تسبق قوانين الإجراءات القوانين الموضوعية ، وتتقدم الدعوى الحق . ثم يتطور القانون ، فيبرز الحق في المكان الأول ، وتتبعه قوانين الإجراءات متأخرة عنه في المكان الثاني .

وتبدأ الدعوى ، ويبدأ العقد ، تسودها البساطة التامة ، بساطة تقوم على التقسيم والتحليل ، وتوق الخلط والمزج ، فلا يجتمع في أى منهما شيان من نوعين مختلفين ، بل ولا شيان من نوع واحد . فالوحدة التي تقوم على التمييز بين العناصر الأولية ، والوقوف عند كل عنصر منهما منفرداً ، هي الأساس الذي شيدت عليه الصناعة القانونية القديمة صرحها الشامخ : وحدة في الدعوى فلا تتضمن إلا طلباً واحداً ، ووحدة في العقد فلا يتضمن إلا صفقة واحدة .

ولما كان أهرنج يدرس الصناعة القانونية القديمة في القانون الروماني ، فقد كان بحثه يتناول الدعاوى في القانون الروماني ذاته ، وهي دراسة قيمة تفيد الباحثين في تطور الصناعة القانونية بوجه عام ، سواء كانت في القانون الروماني أو في الفقه الإسلامي أو في غيرها من النظم القانونية الأصيلة . وننظر الآن ماذا يقول أهرنج عن الصناعة القانونية القديمة في دعاوى القانون الروماني .

أول مبدأ يسود هذه الدعاوى القديمة هو أن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تتضمن إلا طلباً واحداً . فإذا تضمنت الرابطة القانونية عدة طلبات ، وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى ، ورفع دعوى مستقلة بكل طلب على حدة ، بحيث لا تشمل الدعوى الواحدة غير طلب واحد . وفي هذا الطلب الواحد ، العبرة في حالة الشيء المتنازع فيه بوقت انعقاد الخصومة (litis-contestatio) . ففي هذا الوقت تركز الدعوى ، ومهما طرأ على الشيء المتنازع فيه من تغيرات أثناء نظر الدعوى ، زاد أو نقص أو زال أو دخلت فيه تعديلات بسيطة أو جسيمة ، فالعبرة بحالته وقت انعقاد الخصومة ، أما ما طرأ عليه بعد ذلك فلا يلتفت له ، بل يكون موضوعاً لدعاوى أخرى جديدة .

قلنا إن الدعوى الواحدة لا يجوز أن تشمل إلا على طلب واحد ، وإنه إذا تضمنت الرابطة القانونية طلبات عدة وجب فصل كل طلب عن الطلبات الأخرى ورفع دعوى مستقلة به . فإذا غير شخص مثلاً اتجاه المسيل الذي

لجاره على أرضه لإضراراً بهذا الجار ، كان على الجار أن يرفع دعوى أربعاً كل دعوى مستقلة عن الدعوى الأخرى : ١ - دعوى إرجاع الشيء إلى أصله ، أى بإزالة الانحراف الذى استحدث في اتجاه المسيل ٢ - ودعوى للمطالبة بتعويض عما حدث من ضرر بسبب هذا العمل ٣ - ودعوى بتقديم كفيل لما قد يستحدثه المدعى عليه من انحراف في اتجاه المسيل بعد صدور الحكم ٤ - ودعوى عما قد يستحدثه المدعى عليه من انحراف في اتجاه المسيل في أثناء نظر الدعوى الأولى . وإذا أراد شخص أن يسترد أشياء عدة ، وجب عليه أن يرفع دعوى استحقاق مستقلة لكل من هذه الأشياء . وكذلك إذا أراد المقرض استرداد القرض وفوائده ، وجب أن يرفع دعوتين على المقرض : ١ - دعوى باسترداد القرض ومصدرها عقد القرض العيني ٢ - ودعوى للمطالبة بالفوائد ومصدرها عقد آخر (stipulation) اتفق فيه على الفوائد ، مستقل عن عقد القرض .

بقي أن نعرف ما هو المعيار لوحدة الطلب التي تقوم عليها وحدة الدعوى ؟ يكون الطلب واحداً متى كان سببه القانوني ، أى المصدر الذي أنشأه ، سبباً واحداً ، ولو تعددت الأشياء التي يتضمنها الطلب . فإذا كان سبب الملك واحداً ، ولو تعددت الأشياء المطالب بها ، اعتبرت المطالبة بهذه الأشياء جميعاً طلباً واحداً ، كما إذا طالب المشتري بأرض ومواش وآلات زراعية بيعت له جميعاً بعقد بيع واحد في صفقة واحدة ، وكما إذا طالب الوارث بنصيبه في الميراث في تركة واحدة وكانت تتضمن نقوداً ومنقولات وعقارات مختلفة . وإذا كان مصدر الالتزام واحداً ، فإن الطلب يكون واحداً ، ولو تعددت الأشياء المطالب بها ، كما إذا طالب المقرض المقرض برد مقادير من أصناف مختلفة أقرضه إياها بعقد قرض واحد ، وكما إذا طالب المؤجر المتأجر برد أشياء متنوعة أجراها إياه بعقد إيجار واحد ، أما إذا تعدد سبب الملك ، أو تعدد مصدر الالتزام ، فلا بد من تعدد الدعوى .

الوحدة في الدعوى - وحدة الدفع :

وكما أن الدعوى لا يجوز أن تشمل إلا على طلب واحد ، كذلك لا يجوز

للمدعى عليه أن يجيب عن الدعوى إلا بنعم أولاً . فالدعوى لا يجوز دفعها إلا بدفع واحد هو محض الإنكار ، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بطلب جديد مستقل عن طلب المدعى ، كأن يدفع بأن له على المدعى ديناً مقابلاً للدين المدعى به ، فإن هذا الطلب المستقل الذى يدفع به الدعوى يجب أن يكون موضوعاً لدعوى أخرى مستقلة عن الدعوى الأولى .

وقد تقوم صعوبة في مثل هذا النظام فيما إذا غالى المدعى في طلبه ، فادعى مثلاً بمائتين وليس له إلا مائة ، فإن المدعى عليه في هذه الحالة لا يستطيع أن ينكر المديونية إنكاراً مطلقاً فإن عليه مائة ، ولا يستطيع الإقرار بها إقراراً مطلقاً فليس عليه مائتان . لذلك جعل عقاب من يطلب المائتين وليس له إلا مائة أن ترفض دعواه كلها ، وأجيز للمدعى عليه في هذه الحالة أن يدفع الدعوى بالإنكار ، وما دام المدعى لا يستطيع أن يثبت أن له مائتين كان المدعى عليه محقاً في الإنكار ولو ثبت أن في ذمته مائة . ومن ثم كان المدعى يجبر على أن يتقدم بدعواه بحيث يكون الحق الذى يدعيه هو حق ثابت له في ذمة المدعى عليه وقت رفع الدعوى ، وذلك حتى يتيسر للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى بنعم أو لا .

على أن المدعى قد يستشعر حرجاً إذا لم يكن عارفاً وقت رفع الدعوى بمبلغ حقه على وجه الدقة ، كما إذا كان يطالب بتعويض عن عمل غير مشروع . فإذا جاوز في مطالبته مقدار الحق عن حسن نية ، تعرض لإنكار المدعى عليه وخسارة الدعوى . من أجل ذلك أجيز للمدعى في مثل هذه الحالة ألا يحدد مبلغاً معيناً ، وأن يقتصر على أن يطلب تحديد المبلغ بواسطة القاضى .

وقد ترتب على وجوب وحدة الدفع ، في الدعاوى التى قد يستعصى الدفع فيها على هذه الوحدة ، أن اخترعت وسائل تجعل هذه الوحدة ممكنة ، فيستطيع المدعى عليه أن يجيب عن الدعوى بنعم أولاً .

من ذلك مثلاً إذا رفعت الزوجة ، بعد انحلال الزواج ، دعوى باسترداد مهرها ، وكان الزوج قد أنفق مصروفات على المهر من حقه أن يستردها، فإن الزوجة تجبر في هذه الحالة على أن تخصم هذه المصروفات من المهر ، فتكون

الدعوى مقصورة على الباقي بعد خصم المصروفات ، وهنا يتيسر للمدعى عليه أن يجيب على الدعوى بالإقرار أو بالإنكار . كذلك الحال إذا رفع الموصى له دعواه بوصية تزيد على النصاب القانوني ، فيجب عليه أن ينقصها إلى حد هذا النصاب ، ولا يطالب إلا بهذا القدر . وهذا هو أيضاً الحكم في مطالبة الابن أو العبد رب الأسرة بحوزته (pécule) ، إذ يجب عليه أن يخصم ما لرب الأسرة من حق على الحوزة ولا يطالب إلا بالباقي .

ثم انتهى الأمر في تطور الإجراءات إلى أن القاضي ، في بعض الحالات ، كان يتدخل في الدعوى ، فيتحكم في توجيهها لتكييفها تكييفاً يسمح للمدعى عليه أن يجيب عليها بمطلق الإقرار أو الإنكار . ونذكر من هذه الحالات اثنتين :

١ - إذا ادعى المدعى عليه حقاً في ذمة المدعى يقابل الحق الذي يدعيه هذا ، فإن القاضي يناقش هذا الحق حتى يتثبت من وجوده ، فإذا كانت الدعوى بمائة ، وتثبت القاضي من أن للمدعى عليه في ذمة المدعى عشرين ، فإن المدعى عليه ، بعد ثبت القاضي من ذلك ، يجبر على أن يحور دعواه فلا يرفعها إلا بثمانين ، حتى لا يكون هناك طلبان أمام القضاء أحدهما بمائة يطلبها المدعى والآخر بعشرين يطلبها المدعى عليه ، بل لا يكون هناك إلا طلب واحد هو الثمانون التي اقتصر عليها المدعى .

٢ - قد يختار المدعى صورة للدعوى التي يرفعها ، فيحورها القاضي إلى صورة أخرى تتلاءم مع موقف المدعى عليه من الدعوى . مثل ذلك أن يرفع المدعى دعوى يطالب فيها بملكيته عن طريق الميراث لأشياء في يد الحائر . فينظر القاضي إلى موقف الحائر ، هل يدفع الدعوى بأنه هو الوارث دون المدعى ، فعند ذلك يجعل المدعى يرفع دعواه في صورة دعوى ميراث حتى يستطيع المدعى عليه أن يجيب عليها بمطلق الإنكار . أو أن الحائر لا يدفع الدعوى بأنه هو الوارث ولكن يدفعها بأنه هو المالك لهذه الأشياء منذ البداية ، فلكي يتيسر للمدعى عليه أن يدفع الدعوى بمطلق الإنكار يجعل القاضي المدعى يرفع دعواه لا في صورة دعوى ميراث بل في صورة دعوى استحقاق .

الوحدة في العقد - وحدة الموضوع :

الوحدة في العقد كانت تضاهي الوحدة في الدعوى ، والعقد كالدعوى كانت تسوده البساطة التامة ، فكان لا يشمل إلا على صفقة واحدة ، ولا ينشئ إلا حقاً واحداً ، وبقدر تعدد الصفقات والحقوق كان من الواجب أن تتعدد العقود ، كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة مختلفة ، حق عيني وحق شخصي ، في عقد واحد ، بل كان لا يجوز أن يجتمع حقان من طبيعة واحدة في عقد واحد ، سواء كانا حقين عينيين أو حقين شخصيين .

كان لا يجوز أن يجتمع حق عيني وحق شخصي في عقد واحد . ويتجلى أثر ذلك في الرهن ، فقد بدأت فكرة الرهن تدخل النظام القانوني على الوجه الآتي : كان الراهن ينقل ملكية العين المرهونة إلى الدائن المرتهن ، ثم يفرض عليه التزاماً أن يعيد إليه هذه الملكية عند وفاء الدين المضمون بالرهن ، فكانت عملية الرهن على هذا الوجه تتضمن نقل حق عيني وإنشاء التزام شخصي . ولكن لم يكن يجتمع الأمران معاً في عقد واحد ، فينقل الراهن في العقد ملكية العين المرهونة ويشترط في نفس العقد أن تعاد إليه الملكية عند وفاء الدين . بل كانت الملكية تنقل إلى المرتهن في عقد شكلي (mancipation) مستقل ، والالتزام بإعادة نقلها إلى الراهن يفرض في عقد شكلي آخر (convention accessoire de la fiducia) متميز عن العقد الأول .

كذلك إذا أراد المولى أن يعتق عبده وأراد في الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد العتق ، لم يكن المولى يستطيع في عقد واحد أن يجمع بين العتق واشتراط الخدمة . بل كان عليه أن يعتق العبد بتصرف قانوني قائم بذاته غير مقترن بأى شرط ، ثم يشترط عليه الخدمة في عقد آخر متميز عن التصرف الذي تضمن الإعناق .

ولا وكان أيضاً لا يجوز أن يجتمع حقان عينيان في عقد واحد ، كأن يجتمع حق الملكية مع الحق الارتفاق . حتى إن المالك كان إذا أراد أن ينقل ملكية العقار إلى شخص آخر لا على أن ينشئ لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار ،

لم يكن ينقل ملكية العقار كاملة ثم يشترط في العقد ذاته إنشاء حق الارتفاق ، بل كان ينقل حق الملكية منقوصاً منه حق الارتفاق الذي يستبقه لنفسه . فلم يكن العقد يتضمن صفتين ، إحداهما نقل حق الملكية والأخرى إنشاء حق الارتفاق ، بل كان يتضمن صفقة واحدة هي نقل الملكية الناقصة بعد الاحتفاظ بحق الارتفاق ، ولم يكن حق الارتفاق ينشأ بالعقد ، بل يستبق على أصل الملك الأول .

وكان أخيراً لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان في عقد واحد ، كبيع وإيجار أو بيع وقرض . ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضي بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا ينعقد إلا بها ، ولا ينعقد بها غيره من العقود . وكان يراد بذلك تبسيط التعاقد ، فلا تجمع صفقات متعددة في عقد واحد حتى لا ينعقد التعامل . ومن ثم كان المتعاقدان لا يستطيعان استعمال صيغة عقد البيع في الوقت الذي يستعملان فيه صيغة عقد الإيجار أو صيغة عقد القرض ، وكان لا يمكن تبعاً لذلك أن يجمع المتعاقدان صفتين في صفقة واحدة^(١) .

الوحدة في العقد - وحدة الزمان والمكان :

ثم إن العقد ، طبقاً للصناعة القانونية القديمة ، هو أيضاً وحدة زمانية . ففي وقت معين -- هو الوقت الذي يبرم فيه العقد -- يتركز كل شيء يتعلق بهذا العقد من ناحية تمامه والفراغ منه ، ومن ناحية الشروط الواجب توافرها فيه ، ومن ناحية الآثار التي تترتب عليه .

١ - فن ناحية تمام العقد والفراغ منه تتجلى وحدة الزمان في أن المتعاقدين

(١) وقد استثنت الوصية من المبدأ القاضى بوحدة التصرف القانوني ، فكان من الجائز أن تتضمن الوصية تصرفات متعددة . ذلك أن الوصية هي أداة التصرف لما بعد الموت ، فكان من الطبيعي أن تتضمن مجموع التصرفات التي يريد الإنسان نفاذها بعد موته . ولم تكن الوصية في الواقع من الأمر تصرفاً واحداً يقابل تصرفاً فردياً من التصرفات ما بين الأحياء ، بل كانت هي مجموع التصرفات التي تنفذ بعد الموت ، وهذا المجموع هو الذي يقابل مجموع التصرفات التي تنفذ حال الحياة . فكانت الوصية في القانون الروماني تتضمن في العادة طائفة من التبرعات الوصائية وتعيين الأوصياء وإقامة الورثة وعق الأرقاء وغير ذلك من التصرفات التي يراد نفاذها بعد الموت . وساعد على إمكان تعدد التصرفات في الوصية الواحدة أن الوصية في القانون الروماني القديم لم تكن تصرفاً قانونياً فحسب ، بل كان يصدر بها قانون من مجلس الشعب (أهرنج : روح القانون الروماني جزء ٤ ص ١٤٤ - ص ١٤٧) .

يجب أن يحضرا في مكان واحد ، وأن يبرما العقد في وقت واحد . ذلك أن وحدة الزمان تقتضي وحدة المكان ، ففي مكان واحد وفي وقت واحد يبرم العقد الواحد ، وذلك هو مجلس العقد . ويقول أهرنج (روح القانون الروماني ٤ ص ١٤٩) في هذا الصدد : « في جميع التصرفات القانونية التي تستلزم اشتراك أشخاص متعددين ، كانت وحدة التصرف تقتضي حضور هؤلاء الأشخاص في مكان واحد . فالوحدة في العقد ، أي الوحدة في الزمان ، تقتضي الوحدة في المكان » . ومن ثم كان لا يجوز أن يدخل على العقد ، بعد إبرامه ، أي تعديل . وإذا أريد تعديل العقد ، وجب أولا إنهاؤه ، ثم إبرام عقد جديد ينشئ ابتداء الروابط القانونية على الوجه المعدل . ذلك أن جواز تعديل العقد مع بقاءه قائماً يخل بالوحدة الزمانية في إبرامه ، فقد كان ينبغي جمع كل التعديلات المطلوبة وإدماجها في العقد وقت إبرامه حتى تتحقق الوحدة في الزمان^(١) .

٢ - ومن ناحية الشروط الواجب توافرها في العقد ، من حيث أهلية المتعاقدين ومن حيث محل العقد ، فإن هذه يجب أن تتوافر جميعاً وقت إبرام العقد ، فتركز كلها في هذه الوحدة الزمانية ، ولا يجوز أن يتأخر أي شرط منها عن هذا الوقت أو أن يتقدم . فإذا أبرم العقد بنى كما نشأ وقت إبرامه : إذا فقد شرطاً فإنه لا يصح حتى لو توافر هذا الشرط بعد ذلك . أو حتى لو كان هذا الشرط متوافراً قبل ذلك . لا يستمد العقد حياته لا من المستقبل ولا من الماضي ، بل يستمدها من الحاضر ، في الوقت الذي يبرم فيه^(٢) . وفي هذا الوقت بالذات يجب أن

(١) أهرنج في روح القانون الروماني ٤ ص ١٥٢ - على أن اتساع الرقعة الجغرافية وتمتد طرق المواصلات وانتشار الحضارة ، كل أولئك دعا بعد ذلك إلى استعمال وسائل المراسلة من رسول وكتاب ونحو ذلك . فوجد العقد بالتراسل وبالكتابة ، واختلت وحدة الزمان والمكان .

(٢) ويقول أهرنج : « إن التصرفات في القانون الروماني القديم تقوم كاملة منذ الساعات الأولى من وجودها ، تنحلي الماضي والمستقبل . فلا الماضي له أثر فيها ، إذ هي تستبعد كل ما يتعلق به ، وذلك بفضل التمييز بين تصرف استكمل صورته وبين المساومات التي تقدمته . ولا المستقبل يستطيع أن ينال منها ، فهي منذ أن تقوم نصير ثابتة في مشتملاتها وتصبح غير قابلة للتغيير . ولا تختمل إضافة لاحقة ، ولا يعوزها الحسم والتحديد . تنبذ كل مسألة يكون المستقبل وحده كفيلاً بحلها ، وتستعصى على أي سبب يكون من شأنه أن يقف من آثارها ، ومن ثم تقوم مشكلة الذات ، مطلقة الوجود ، على أساس من الحاضر الثابت الأكيد » (أهرنج ٤ ص ١٧٣) .

توجد عناصر حياته جميعاً ، أى أن تتوافر الشروط القانونية الواجبة لقيامه .
 ففي وقت إبرام العقد يجب أن تتوافر الأهلية الواجبة في كل من المتعاقدين .
 فإذا اختلت الأهلية لم يصح العقد ، حتى لو توافرت الأهلية بعد ذلك وأراد
 المتعاقد الذي استكمل أهليته أن يميز العقد ، فإن الإجازة لا تعتبر .
 ويجب أن يكون محل العقد موجوداً معيناً مشروعاً وقت إبرام العقد . فلا
 يجوز لشخص أن ينقل للغير حقاً لا يملكه وقت التعاقد ، ولا يجوز أن ينزل
 عن حق لم يكن له وقت أن نزل . ومن ثم لا تجوز كفالة دين مستقبل ولا التعامل
 في شيء مستقبل ، ما دام الدين لم يكن موجوداً وقت إنشاء الكفالة أو الرهن ،
 وما دام الشيء كان معلوماً وقت التعامل فيه . كذلك لا يجوز التعامل في شيء
 غير معين تعييناً تاماً أو غير مشروع وقت التعاقد .

ويكفي أن تتوافر الشروط القانونية في التصرف وقت إبرامه ، ولا عبرة بعد
 ذلك بتخلف هذه الشروط بعد أن تم إبرام العقد . أما ما انتهت إليه الصناعة
 القانونية الحديثة ، بعد تطور القانون ، من إفساح المجال للتعامل في الأشياء
 المستقبلية وفي الأشياء المدومة وفي الأشياء غير المعينة تعييناً كافياً ، فهذه مرونة
 كان من الخطر التسليم بها في الصناعة القانونية القديمة ، إذ كانت تطلق العنان
 للتحكم والفوضى ، وكانت لا تستطيع أن تمسك بزمام القانون لتجعله قائماً على
 أساس صلب من الثبات والاستقرار . ولم يكن يجوز للصناعة القانونية في مراحلها
 الأولى أن تتخلى عن هذه الصلابة وهذا التشدد ، فبفضلهما تمكنت من السيطرة
 على الأوضاع القانونية والإمساك بزمامها وتوجيهها التوجيه الواجب . وكان لابد
 للصناعة القانونية في بداية أمرها من أن تضحى بالمرونة والتجدد في سبيل المحافظة
 على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها . فإن هذا الثبات والاستقرار هما اللذان
 مكنا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تكوينها ، فتستطيع ، بعد أن تقوم على
 أساس ثابت ، أن تتطور بعد ذلك لمجاراة مقتضيات الحضارة ، وأن تنطوي على
 المرونة الواجبة دون أن يخشى عليها من أعاصير التقلبات إذا ما تعرضت لها
 دون أن تكون قد استكملت مقوماتها الذاتية وكيانها الراسخ^(١) .

(١) أرنج ٤ ص ١٦٢ وانظر أيضاً ص ١٠ - ص ١٣ ثم ص ٨ - ص ٩ حيث يقول : =

على أنه إذا كان التصرف في الصناعة القانونية القديمة يعيش عادة في الحاضر ، فإن ضرورات التعامل لم تلبث أن اقتضت إخضاع المستقبل لسيطرته . فقد يرى شخص أنه سيكون في حاجة إلى مسكن مثلاً بعد ستة أشهر ، فهل ينبغي أن يتربص إلى انقضاء هذه المدة . ثم يبحث بعد ذلك عن منزل صالح يستأجره لسكنائه ؟ ولو أنه عثر على هذا المنزل منذ الآن ، ألا يستطيع أن يستأجره فوراً على أن يبدأ الإيجار بعد ستة أشهر ؟ وإذا كنت أعزم بناء دار ، وقدرت أن هذه الدار لا بد أن يكون لها حق ارتفاق على عقار مجاور ، أليس من المعقول أن أتعاقد منذ الآن ، وقبل بناء المنزل ، مع الجار على حق الارتفاق اللازم معلقاً على شرط بناء المنزل ؟ من هنا كانت الحاجة إلى الأجل والشرط حاجة مبكرة في مراحل تطور القانون ، والأجل والشرط يمثلان كما نرى سيطرة التصرف القانوني على المستقبل . ولكن الصناعة القانونية القديمة لم تكن تسمح أن يختل في التصرف القانوني وحدة الزمان ، ولم تكن لتبيح أن يكون التصرف ذاته هو المضاف إلى الأجل أو المعلق على الشرط ، بل يجب أن يكون التصرف منجزاً حتى تتحقق الوحدة الزمانية في الحاضر ، والدين الذي ينشأ من التصرف القانوني هو الذي يكون مؤجلاً أو معلقاً على شرط . على أن هناك فرقاً واضحاً بين الأجل والشرط . فالدين المؤجل موجود، بل هو كامل الوجود ، منذ صدور التصرف القانوني ، فهو لا يعيش في المستقبل بل يعيش في الحاضر ، ونفاذه هو وحده المرمون بالمستقبل . أما الدين المعلق على شرط ، فهذا هو الذي تبدأ حياته عند صدور التصرف القانوني ، على نحو ما تبدأ حياة الجنين ، ولا يفتأ يتكون في المستقبل ، نطفة ثم علقه إلى أن يولد خلقاً كاملاً سويّاً عند تحقق الشرط . ومن ثم اقتضت الصناعة

يسبق الاستبعاد الحرية .. وكذلك الأمر في الصناعة القانونية. فإن هذه الصناعة قبل أن تبلغ مرحلة الحرية مرت بمرحلة الاستبعاد . وهي إلى أن تصل إلى مرحلة الحرية تراها تحمل آثار المرحلة الأولى ، مرحلة تشم من جهة بالنظام والبساطة اللذين لا مأخذ عليهما وبالبسط والنفقة الحسابة وبالمنطق الذي لا يخطئ . وتشم من جهة أخرى ، كشم لهذه المزايا ، بالصلابة والإسهاب والثقل والتعالم . فالصناعة القانونية القديمة لا تواجه العقبات التي تعترضها ، بل هي لا تحجم عن ألف والدوران حولها ، إلى أن تصل غايتها - . وإن الصلابة في منطق الصناعة القانونية القديمة ليصل إلى حد يبيث على الفطن أنها لم تكن دائماً محلاً لتطبيق العمل ، وأنها إنما اخترعت لأغراض التلميم المدرسي ، بمثابة رياضة حسابية للقانون .

القانونية أن تتوافر الشروط الموضوعية في التصرف الذي ينشئ ديناً معلقاً على شرط لا عند صدور التصرف القانوني فحسب ، بل يجب أيضاً أن تبقى متوافرة إلى أن يتحقق الشرط ، ويخلص من ذلك أن الدين المعلق على شرط يتكون في خلال فترة من الزمن متدرجاً في النشوء إلى أن يستكمل وجوده ، وأن التصرف القانوني ذاته إنما هو تصرف متعاقب الوجود (naissance successive) ، فلا يتحقق فيه من وجه وحدة الزمان (أهرنج ٤ ص ١٦٢ - ص ١٧٠) .

وإذا كان كل من الأجل والشرط لا يلحق إلا الدين فذلك لأن الدين وحده هو الذي يتصور فيه أن يعيش في المستقبل نفاذاً أو وجوداً . أما العين فهي إذا كانت موجودة في الحال ، فلا يتصور أن يرد عليها وصف الأجل فتكون مؤجلة أو وصف الشرط فتكون معلقة ، إذ أن وجودها القائم يتعارض مع التأجيل أو التعليق . وإذا كانت العين معلومة ، فمن الخطر التعامل في أعيان مستقبلية قبل وجودها ، فإن هذا يخل بثبات التعامل واستقراره .

٣ - ومن ناحية الآثار التي تترتب على العقد ، تقوم أيضاً وحدة الزمان ، ففي الوقت ذاته الذي يبرم فيه العقد تتولد جميع آثاره . ويقول أهرنج في هذا الصدد : « لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين صدور التصرف القانوني ونشوء الحق الذي تولد عنه ، كما لا يمكن أن يكون هناك فراغ ما بين السبب والمسبب . وكما لا يمكن أن نتصور في الميلاد أن الحياة لا تدب في المولود إلا بعد فترة من الزمن . ففي جميع التصرفات ما بين الأحياء يكون من المستحيل تأخير نشوء الحق . ولا استثناء لهذه القاعدة حتى في الديون ، فقد رأيناها تولد في الحال ولو تراخى وقت نفاذها إلى أجل . ومن ثم تخضع لمبدأ الوحدة الآثار التي تترتب على العقد ، شأنها في ذلك شأن شروط صحة العقد . فتمام العقد ، وشروط صحته ، والآثار التي تترتب عليه ، وبالحملة جميع العناصر التي يتكون منها العقد ، تركز كلها في وقت واحد . والتصرف القانوني وحدة لا تتجزأ » (أهرنج ص ١٧١) .

وإذا كانت آثار العقد تخضع لمبدأ الوحدة في الزمان ، فإن هذا يؤدي إلى القول بوحدة الشخص الذي باشر العقد والشخص الذي يلحق به أثر العقد فهذان يجب أن يكونا شخصاً واحداً ، ومن باشر العقد يلحق به الأثر ، كما

أن من باشر السبب يلحق به المسبب . ومن هنا كان القانون في القديم لا يعترف بالنيابة في التعاقد ، وكانت آثار العقد لا تلحق شخص الأصيل ، بل تلحق شخص النائب لأنه هو الذي باشر العقد .

. . .

ومن المحقق أن أهرنج لم يتصل بالفقه الإسلامي . ولو كان اتصل به كما اتصل بالقانون الروماني ، اتصال دراسة وتحقيق ، لوجد فيه ميداناً خصباً لصدق نظراته في الصناعة القانونية ، ولما كان الفقه الإسلامي أقل دلالة على صدق هذه النظرات من القانون الروماني . ولعل أهرنج كان يفتبط عندما يرى أن ما استخلصه من نظريات في تطور الصناعة القانونية عن طريق القانون الروماني يستطيع أن يستخلصه عن طريق النظم القانونية الأصلية التي نبتت في بيئات مختلفة بعضها مستقل عن بعض .

فهذه هي وحدة الصفة ، ووحدة العقد ، ومجلس العقد ، وامتناع الأعيان عن أن يلحق بها أجل أو شرط ، كل هذه المبادئ إنما هي مراحل مر بها الفقه الإسلامي كما مر بها القانون الروماني . وهذا قاطع في الدلالة . كما قدمنا ، على أن الفقه الإسلامي لم ينقل عن القانون الروماني ، وإلا لكان قد نقله متطوراً ، ولما اضطر إلى اجتياز مراحل التطور نفسها التي اجتازها القانون الروماني . لقد كان أهرنج ليس فقيه القانون الروماني فحسب ، بل وفقه النظم القانونية الأصلية التي لا تقل في الأصالة وعراقه التطور عن القانون الروماني . لقد كان فقيه القانون العالمي للبشر ، وهذا مجد جديد لأهرنج لم يكن يحسب حسابه .

(ب) تطور الفقه الإسلامي في الشروط المقترنة بالعقد .

تطور الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة :

على أن الفقه الإسلامي لم يلبث جامداً عند المرحلة الأولى للفكر القانوني ، بل خطا خطوات واسعة في طريق التطور . تطور في المذهب الحنفي نفسه وفي المذهب الشافعي ، وتطور تطوراً أسرع في المذهب المالكي والحنبلي .

١ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي

رأينا مما قدمناه من نصوص الفقه الحنفي أن فقهاء هذا المذهب ، بالرغم من أنهم يقررون كبداً عام وجوب وحدة الصفقة ، يحدثون مع ذلك في هذا المبدأ ثغرات هامة ، فيدفعون المذهب إلى طريق من التطور يوطئ أكنافه ، ويوسع ما ضاق منه ، سدًا لحاجات التعامل .

١ - فأول ما يقررونه - لا على سبيل الاستثناء من المبدأ بل مطاوعة لطبائع الأشياء - أن الشرط الذي يقتضيه العقد هو شرط صحيح يصح معه العقد . وبديهي أن ما يقررون من ذلك غني عن أن يذكر ، فإن ما يقتضيه العقد صحيح معمول به ، سواء ذكر في صورة شرط أو لم يذكر أصلاً . ولكنهم لا يوصلون من تقرير هذه القاعدة الحكم في ذاته ، بل يقصدون التمهيد بذلك للاستثناءات الحقيقية من مبدأ وحدة الصفقة ، فينبون على هذه القاعدة الأولى قاعدة أخرى .

٢ - ومن ثم يقررون أن الشرط الذي يلائم العقد ، وإن لم يكن العقد يقتضيه صورة ، هو من مقتضى العقد حقيقة ، فيلحق بالشرط الذي يقتضيه العقد ، ويكون استحساناً شرطاً صحيحاً يصح معه العقد ، وقد سبق بسط هذه المسألة في تفصيلاتها وما ورد فيها من الأمثلة .

٣ - ثم ينتقلون بعد ذلك إلى شرط جرى به التعامل ، وهذا هو الباب الواسع الذي يدخل منه التطور السريع . فيجيزون شرطاً فيه منفعة مطلوبة ، دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد ، إذا كان التعامل قد جرى به . فيصح الشرط في هذه الحالة استحساناً ويصح معه العقد .

٤ - ثم يقررون أن الشرط الذي ليست فيه منفعة مطلوبة لا تتحقق فيه معنى الصفقة ، ولا يجعل العقد ينطوي على صفتين ، ومن ثم يلغو الشرط لعدم إمكان المطالبة به ، ولكن يبقى العقد صحيحاً .

٥ - ثم إنهم في الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد ودون أن يلائم العقد - وهذا هو الشرط الفاسد الذي يجعل العقد متعدد

الصفقة - يميزون بين أنواع العقود المختلفة : فيقصرّون تحريم الصفقتين في الصفقة الواحدة على عقود المعاوضات المالية^(١) دون التبرعات والإسقاطات والإطلاقات والتقييدات على ما قدمنا . ففي المعاوضات المالية يتحقق معنى تعدد الصفقة كاملاً ، أما في غير المعاوضات المالية فالأمر يختلف ، إذ يمكن إلغاء الشرط الفاسد دون أن يمس ذلك كيان العقد الأصلي . فيلغو الشرط ويصح العقد .

هذه هي حلقات متلاصقة في سلسلة من الاستثناءات أوردها المذهب الحنفي على مبدأ ضيق هو مبدأ وحدة الصفقة ، فوسع فيه ، وأنقذ كثيراً من ضروب التعامل ، وخطا خطوات محسوسة في طريق التطور . وكل هذا باسم الاستحسان ، هذا المصلر الحصب الذي كان من أهم أسباب تطور المذهب الحنفي .

٢ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الشافعي

ومذهب الشافعي يقرب كثيراً من المذهب الحنفي في الأصل الذي تمسك به وهو منع تعدد الصفقة ، وفي الاستثناءات التي أوردها على الأصل . فالشرط الذي يقتضيه العقد صحيح بداهة ، لأنه معمول به من غير حاجة إلى أن يذكر .

والشرط الذي يلائم العقد ، ويدعى في الفقه الشافعي بالشرط الذي فيه مصلحة العقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة ، صحيح أيضاً ويصح معه العقد ، وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر في المذهب الحنفي ،

(١) وحتى في عقود المعاوضات المالية بلأ الفقه الحنفي إلى الخيل في إباحة الشرط . فإذا أراد المؤجر أن يشترط على المستأجر مرة الدار المؤجرة وعمارتها أو دفع ما يجب على الأرض من الخراج أو شراء ما تحتاج إليه الدابة من الطعام ، فالخيلة في ذلك أن يزداد الأجر بقدر ما تحتاج إليه الدار من العمارة أو ما يجب على الأرض من الخراج أو ما يلزم الدابة من العلف ، ثم يأذن المؤجر المستأجر في صرف ذلك القدر الزائد في العمارة أو الخراج أو النفقة . وإذا أراد المشتري أن يشترط ترك الثمار المبيعة على الأشجار إلى أن يتم نضجها ، فالخيلة في ذلك أن يأخذ المشتري الأشجار بطريق المساقاة على أن يكون للبائع جزء من ألف جزء مثلاً (من رسالة الأستاذ زكي الدين شعبان المخطوطة ص ٧١ هامش رقم ١) .

بل هو أصل يقوم بذاته ، وقد تقدم بيان ذلك . ومن أمثلة الشرط الذي فيه مصلحة للعقد اشتراط الإشهاد على العقد واشتراط كتابته في صك : واشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن .

ولعل الفقه الشافعي لا يميز بين الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل ، فهما عنده شيء واحد . إذ هو يتحدث عن الشرط الذي يلائم العقد تحت اسم الشرط الذي فيه مصلحة للعقد أو الشرط الذي تدعو إليه الحاجة ، ولا يورد أمثلة خاصة للشرط الذي تدعو إليه حاجة التعامل . ثم إن الفقه الشافعي يذهب إلى أن الشرط الذي لا غرض فيه ولا منفعة منه يلغى ويصح العقد .

وتمسك الفقه الشافعي بعد ذلك بالأصل المعروف ، فيمنع البيع والشرط ، ما دام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد . فلا يجوز أن يشتري زرعاً ويشترط على البائع أن يحصده ، أو ثوباً ويشترط على البائع أن يخطه ، ولا يجوز أن يبيع داراً بألف على أن يقرضه المشتري قرضاً بمائة . ولا يجوز للعاقد أن يشترط ما ينافي بمقتضى العقد ، فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة أصلاً ، أو ألا يبيعها حتى يمضي شهر من وقت حلول الدين ، أو أن يكون المرتهن أسوة الغرماء ، أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين ، ولا يجوز أن يشترط أحد الشركاء أن يكون له نصيب في الربح دون الخسارة ، أو أن يكون له مبلغ معين من الربح فقد لا تربح الشركة أكثر من هذا المبلغ أو قد لا تربح شيئاً ، ولا يجوز أن يشترط رب المال في القراض أن يكون رأس المال في يده ، أو أن يشترك مع العامل في التجارة ، أو أن تكون يد العامل يد ضمان . ويمنع الفقه الشافعي البيعتين في بيعة ، ويتأول الحديث الوارد في النهي عن ذلك على وجهين لا يميز أيّاً منهما ، فلا يصح أن يشتري بألف نقداً أو بألفين نسيئة ، كما لا يصح أن يبيع العبد بألف على أن يبيع منه المشتري أو أجنبي اللار بألفين . ويبدو أن الشرط الذي فيه منفعة مطلوبة ، دون أن يقتضيه العقد أو يلائم

مقتضى العقد يبطل ، في مذهب الشافعي ، المعاوضات والتبرعات على السواء^(١) .
ويتبين مما تقدم أن مذهب الشافعي قد تطور على نحو يكاد يضاهي فيه
المذهب الحنفي ، وإن كان يتسع عنه في جهة ويضيق دونه في جهة أخرى^(٢) .

(١) انظر رسالة الأئمة ذكي الدين شعبان المخطوطة ص ٩٠ .

(٢) ونقل هنا بعض نصوص الفقه الشافعي في المعاني التي قدمناها - جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للردلي (جزء ٣ ص ٤٣٣ - ص ٤٤٤) : « (نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم) .. . عن يمينين في بيعة ، رواه الترمذي وصححه ، بأن يقول بعتك بألف نقداً أو ألفين إلى سنة ، فخذ بأيهما شئت أنت أو أنا أو شاء فلان ، للجهالة .. . أو بعتك هذا العبد مثلاً بألف على أن تبيني أو فلان دارك بكذا أو تشتري مني أو من فلان كذا بكذا للشرط الفاسد - وعن بيع وشرط ، كبيع بشرط كما مر ، أو بيع دار بألف بشرط قرض مائة .. . ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع ، أو ثوباً ويخطه البائع .. . فالأصح بطلانه .. . بل الأوجه البطلان هنا قطعاً كما علم من قوله بيع أو قرض إذ هما مثالان ، فبيع بشرط إجارة أو إعارة باطل لذلك .. . ولو اشترى حطباً مثلاً على دابة بشرط إيصاله منزله لم يصح وإن عرف المنزل لأنه بيع بشرط ، وأطلق صح العقد ولم يكلف إيصاله منزله ولو اعتيد بل يسلمه له في موضعه .. . ويستثنى من النهي عن بيع وشرط .. . الراهن للحاجة إليه لا سيما في معاملة من لا يعرف حاله .. . والكفيل للحاجة إليه أيضاً .. . ولو باع عبداً لى رقيقاً بشرط إعتاقه عن المشتري أو أطلق ، فالمشهور صحة البيع والشرط لخبر بريرة المشهور ولتشوف الشارع للعتق ، على أن فيه منفعة للمشتري في الدنيا بالولاء وفي الآخرة بالثواب وللبائع بالتسبب فيه . والثاني لا يصحان كما لو شرط بيمه أو رهينه ، وقيل يصح البيع دون الشرط كما في النكاح ، أو لو شرط إعتاقه عن البائع أو أجزئ فلا يصح لأنه ليس في المعنى ما ورد به الخبر ، وخرج بإعتاق المبيع شرط إعتاق غيره فلا يصح البيع منه لانتفاء كونه من مصالحه .. . ولو شرط مقتضى العقد كالقبض والرد بعيب صح .. . أو شرط ما لا غرض فيه أي عرفاً .. . كشرط ألا يأكل أو لا يلبس إلا كذا ولو حريراً صح العقد ولنا الشرط .. . ولو باعه إناء بشرط ألا يجعل فيه محرماً ، أو سيفاً بشرط ألا يقطع به الطريق ، أو عبداً بشرط ألا يعاقبه بما لا يجوز ، صح البيع ، ويقاس به ما في معناه . ولو شرط البائع مع . وافقة المشتري حبس المبيع بثمن في الذمة حتى يستوفى الحال لا المؤجل وخاف فوت الثمن بعد التسليم ، صح لأن حبه حيثئذ من مقتضيات العقد ، بخلاف ما لو كان مؤجلاً أو حالاً ولم يخف فوته بعد التسليم لأن البداءة حيثئذ في التسليم بالبائع . وإن شرط وصفا يقصد ، ككون العبد كاتباً أو الدابة أو الأمة .. . حاملاً أو لبونا .. . صح العقد مع الشرط لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي بها الأغراض ، ولأنه ألزم موجوداً عند العقد ولا يتوقف التزامه على إنشاء أمر مستقبل فلا يدخل في النهي عن بيع وشرط وإن سمي شرطاً تجوزاً فإن الشرط لا يكون إلا مستقبلاً ، ويمكن أن يوجد من الوصف المشروط ما ينطلق عليه الاسم ، إلا إن شرط الحسن ، في شيء فإنه لا بد أن يكون حسناً عرفاً وألا تخير . ولو قيد بحلب أو كتابة شيء معين كل يوم بطل ، وإن علم قدرته .. . »

وجاء في المذهب (جزء ١ ص ٢٦٨) : « إذا شرط في البيع شرطاً نظرت . فإن كان شرطاً يقتضيه البيع ، كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ، لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله =

٣ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب المالكي

التطور في المذهب المالكي أبعد مدى من التطور في المذهب الحنفي وفي

مذهب الشافعي :

وقد تطور الفقه الإسلامي في مذهب مالك تطوراً أبعد مدى من تطوره في مذهبي أبي حنيفة والشافعي . فمالك يميز من الشروط ما يميزه المذهبان الآخران ، ثم هو يميز منها كثيراً مما لا يميزانه .

وعنده أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد ، وقد يقع الشرط فاسداً على سبيل الاستثناء .

ونستعرض في مذهبه الشرط الصحيح ثم الشرط الفاسد ، وذلك في شيء من التنسيق والترتيب لا نجده عادة في كتب المذهب ، فهذه تتعدد فيها التقسيمات ويتدخل بعضها في بعض ، وقد نوه بذلك ابن رشد في بداية المجتهد .

الشرط الصحيح في مذهب مالك :

الشرط الصحيح في مذهب مالك أوسع بكثير من الشرط الصحيح في مذهب أبي حنيفة :

(١) فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفي هذا يتفق المذهبان . فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع المشتري الثمن ، أو اشترط المشتري أن يسلم البائع المبيع أو أن يضمن العيب ، أو اشترط الدائن المرتهن أن يكون له

مقايض شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة ، كالتجار والأجل والرهن والفسين ، لم يبطل العقد ، لأن الشرع ورد بذلك . . . ولأن الحاجة تدعو إليه ، فلم يفسد العقد . فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد ، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها ، فأراد أهلها أن يشترطوا ولامها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترها واعتقها فإنما الولاء لمن أعتق . . . فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد ، بأن باع عبداً بشرط ألا يبيعه أو لا يعتقه ، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة ، أو ثوباً بشرط أن يخطه له ، أو قلعة بشرط أن يحذوها له ، بطل البيع ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط ، وروى أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من أمراءه زينب الثقفية وشرط عليه أنك إن بعته فهي لي بالثمن ، فاستفتى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ؛ فقال لا تقر بها وفيها شرط لأحد ، وروى أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها ، فقال عمر رضي الله عنه لا تقر بها وفيها مشنوية ، ولأنه شرط لم يكن على التخليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد ، كما لو شرط ألا يسلم إليه المبيع .

الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوف الدين أو يكون مقدماً على سائر الغرماء ، أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها .

(ب) ولا يصح فحسب ، في مذهب مالك ، كل شرط يقتضيه العقد ، بل يصح أيضاً كل شرط لا يناقض مقتضى العقد . وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة ، إذ يدخل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذي يلائم العقد والشرط الذي جرى به التعامل وهما صحيحان في مذهب أبي حنيفة ، ويدخل أيضاً الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه ما دام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد ، ومثل هذا الشرط يفتح الباب واسعاً للتعامل ، وهو كما رأينا صحيح عند مالك فاسد عند أبي حنيفة .

فيصح في المذهبين أن يشترط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل أو محال عليه بالثمن . وهذا الشرط يلائم مقتضى العقد ولا يقتصر على عدم مناقضته .

وبصح في مذهب مالك دون مذهب أبي حنيفة : ١ - أن يشترط البائع على المشتري أن يعتق العبد المبيع ، أو يقف الأرض المبيعة ، أو يبنى فيها مسجداً ، أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معنى في المبيع هو من معاني البر .

٢ - أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطى الثمن المؤجل ، وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع .

٣ - أن يبيع الدار ويشترط مكنائها مدة معقولة ، أو الدابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب ، أو الثوب ويشترط عليه المشتري أن يخبطه ، أو الخنطة ويشترط عليه المشتري أن يطحنها ، وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين .

الشرط الفاسد في مذهب مالك :

ولا يكون الشرط فاسداً عند مالك إلا في موضعين : ١ - إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ، كما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع ، أو اشترط الزوج على الزوجة ألا ينفق عليها أو ألا ترثه أو اشترط بائع الرقيق على مشريه أنه إذا أعنته كان الولاء للبائع . وسبب فساد الشرط هنا

واضح ، فإن العقد لا يسلم مع وجود الشرط ما دام الشرط يناقض مقتضاه ، أو كما يقول الخطاب هو شرط « لا يتم معه المقصود من العقد » .

٢- إذا كان الشرط يخل بالثمن ، وذلك كبيع وسلف أى بيع يتضمن قرضاً ، وكبيع الثياب وصورته أن يتناع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له (وهذا هو بيع الوفاء في القانون الحديث وهو بيع معلق على شرط لا مقترن بشرط) وكبيع يشترط البائع فيه أنه إذا باع المشتري السلعة فهو أحق بها بالثمن الذي باع به للمشتري . وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشتري وقد روعى فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان لمصلحة البائع كما في بيع الثياب ، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشتري كما في بيع وقرض للمشتري من البائع ، وفي الحالتين تلحق بالجهالة بالثمن أو كما يقول الخرشي إن الشرط « يعود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري ، أو بنقص إن كان من البائع » .

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال ، ولا يعمل به . أما أثره في العقد . (١) فتارة يبطله ؛ (٢) وطوراً يبطل الشرط وحده ويبقى العقد . (٣) وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً إلا إذا نزل المشرط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد .

١- إما أن الشرط الفاسد يبطل العقد فيقع ذلك عادة إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد ، بحيث إذا عمل الشرط كان لابد للعقد حتماً من أن يخل . فيبطل كل من الشرط والعقد إذا اشترط الواهب ألا يقبض الموهوب له الهبة ، أو اشترط المقرض أن يرد له المقرض أحسن مما اقترض ، أو اشترط الراهن أن يستبقى الرهن تحت يده أو أنه يخرج من الرهن بعد مدة معلومة أو أو الرهن لا يباع ، أو اشترط رب المال في القراض أن يستبقى المال تحت يده أو أن يضمه العامل أو أن يجعل مع العامل أميناً ، أو يشترط الزوج ألا يتفق على الزوجة أو ألا ترثه ، أو تشترط الزوجة أنها بالخيار إلى مدة معلومة أو أن الزوج إذا لم يأت بالمهر في مدة معلومة فلا زواج .

٢- وإما أن الشرط الفاسد يبطل هو وحده ويبقى العقد ، فيلزم أن ذلك

يقع إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يخل إذا أعمل الشرط . فما دام العقد لا يخل بالشرط أو بدونه فإنه يبقى . أما الشرط فيسقط ، لأنه شرط فاسد يناقض مقتضى العقد ، فهو أقرب إلى أن يكون مخالفاً للنظام العام في لغة الفقه الغربي . فيبطل الشرط ويبقى العقد إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يطلقها أو ألا ينقلها من بلدها أو من دارها ، أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع ، أو اشترط البائع أن لا حق للمشتري في حط جزء من الثمن إذا أصابت الثمار آفة ، أو اشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها .

٣- وإما أن الشرط الفاسد يبطل هو والعقد معاً إلا إذا نزل عنه المشترط فيسقط ويبقى العقد . فإن ذلك يتحقق في حالة ما إذا كان الشرط يخل بالثمن كما رأينا في البيع والسلف وبيع الثنيا والبيع مع اشتراط البائع أنه أحق بالبيع إذا باعه المشتري . ويتحقق ذلك أيضاً فيما إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى في البيع ليس من معاني البر ، وذلك كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه ، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلاً كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان ، وأما إذا خصص ناساً قليلاً فيجوز الشرط ويصح البيع ^(١) .

(١) ونقل هنا بعض نصوص الفقه المالكي فيما قلناه من الأحكام . جاء في بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ١٣٣ - ١٣٤) : « وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام ، شروط تبطل هي والبيع معاً ، وشروط تجوز هي والبيع معاً ، وشروط تبطل ويثبت البيع . وقد يظن أن عنده قسمان ، وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع . وأعطاه فروق بينه في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة غير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء . وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من صنن الفساد الذي يخل بصحة في البيوع وهما الربا والنور وإل فله وإلى التوسط بين ذلك أي ما يفيد نقصاً في الملك . فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلاً أجاز الشرط ، وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه أن مذهبه هو أول المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح . وللتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، واحد من له ذلك جدي والمأزى والباجي . وتفصيله في ذلك إن قال : إن الشروط في المبيع تقع على ضربين أولين : أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ويشترط أنه إن عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فتل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة . والقسم الثاني أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة =

مالك، وهذا قالوا ينقسم إلى ثلاثة أقسام: إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه، وإما أن يشترط على المشتري منافع من تصرف عام أو خاص، وإما أن يشترط إيقاع معنى في البيع. وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين: أحدهما أن يكون معنى من معاني البر، والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء. فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، مثل أن يبيع الدار واشترط سكانها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة، فذلك جائز على حديث جابر. وإما أن يشترط منافع من تصرف خاص أو عام، فذلك لا يجوز لأنه من الشيا، مثل أن يبيع الأمة على ألا يطأها أو يبيعها. وإما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده، وأن تأخر لم يجر لمعظم الفرقة. . . وإما أن اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل ألا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك، وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط. وأما من قاله له البائع متى جئتكم بالثمن رددت على المبيع، فإنه لا يجوز عند مالك، واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط ألا يبيعه حتى يتتصف من الثمن، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره. . . ومن المسموع في هذا الباب نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف، اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة، إذا ترك الشرط قبل القبض، فمنه أبو حنيفة والثوري وسائر العلماء، وأجازاه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكيم . . .

وجاء في الخطاب (جزء ٤ ص ٣٧٣ - ٣٧٥) : « أن من البيوع المنهى عنها البيع والشرط فقد روى عبد الحق في أحكامه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط. قال ابن عرفة لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق. رحمه أهل المنع هل وجهين، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن. فأما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد فهو الذي لا يتم منه المقصود من البيع، مثل أن يشترط عليه ألا يبيع ولا يهب، وهذا إذا عم أو استثنى قليلا كقوله على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان، وأما إذا خصص ناسا قليلا فيجوز. . . مثل مالك عن رجل باع عبدا أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطى الثمن، قال لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى. ومن أمثلة المناقضة بيع الشيا وهو من البيوع الفاسدة، قال في كتابه بيوع الآجال من المدونة: ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له، لم يجوز ذلك، لأنه بيع وسلف، قال سحنون بل سلف جرم منفعة. . . يستثنى من الشروط المناقضة لمقتضى العقد تنجيز العتق فإنه جائز لحديث بريرة، وقال في المدونة لأن البائع تعجل الشرط بما وضع من الثمن فلم يقع فيه غرر، واحتراز بالتنجيز من التدبير والعتق إلى أجل وأن يتخذ الأمة أم ولد فإن ذلك لا يجوز. . . وصح البيع إن أسقط السلف مشروطه . . .

وجاء في الخرشى (جزء ٥ ص ٨٠ - ٨١) : « قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط، وحمل أهل المنع النهى على شرط يناقض أو يخلل بالثمن. . . كالألا يبيع عموماً أو إلا من نفر قليل، أو لا يهب، أو لا يخرج بها من البلد، أو على أن يتخلفا أم ولد. . . أو على أنه إن باعها من غيره فهو أحق بها بالثمن. . . وبق شرط يقتضيه العقد وهو واضح الصحة، كشرط تسليم المبيع والقيام بالميب ورد العوض عند انتقاض البيع، وهو لا يزم دون شرط فشرطه تأكيد، وشرط لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالبيع بشمن إلى أجل على ألا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطى الثمن لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاه

تقدير مذهب مالك :

ولا شك في أن الفقه الإسلامى ، فيما يتعلق باقتران العقد بالشرط ، قد تطور في مذهب مالك تطوراً ملحوظاً نحو الإباحة ، فالمذهب المالكي - خلافاً للمذهبين الحنفي والشافعي - يجيز الشرط الذى فيه منفعة مطلوبة فيتخطى بهذه الإباحة العقبة التى ترجع في المذهبين الآخرين إلى مبدأ وحدة الصفقة .

ثم إن الشرط الفاسد عند مالك لا يجاوز في أكثر صورة منطقة معقولة ، وهذا واضح في الشرط الفاسد الذى يبطل العقد والشرط الفاسد الذى يبطل وحده ويبقى العقد .

أما الشرط الفاسد الذى يبطل ويبطل العقد معه إلا إذا نزل عنه المشترط ، فهو في إحدى صورتيه ، وهى صورة المنع من التصرف في البيع ، لا يجاوز أيضاً حدوداً معتدلة ، إذ الشرط يصح إذا قيد بقيود معقولة كما إذا نهى البائع المشتري عن التصرف لناس قليلين وترك باب التصرف مفتوحاً لأكثر الناس ، ويصح كذلك إذا كان له مسوغ مشروع كما إذا اشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل وكما إذا كان المنع من التصرف يتضمن إيقاع معنى في البيع هو من معاني البر .

تبقى الصورة الأخرى لهذا الشرط الفاسد ، وهى التى ينحل فيها الشرط بالثمن كما في بيع وسلف ، ففي هذه نرى مذهب مالك قد وقف جامداً ، ولم يتابع التطور إلى غايته . وكأنه اصطدم هنا بمبدأ وحدة الصفقة فلم يستطع أن يتخطاه في البيع والسلف ، فإن العقد الذى يتضمن بيعاً وسلفاً ، لا يتميز في الواقع من الأمر إلا بأنه عقد واحد يتضمن صفتين .

الثمن لأجل مسمى . . . أو ينحل بالثمن كبيع وسلف . . . بمعنى إخلاله بالثمن بأن يدود جهله في الثمن إما بزيادة إن كان الشرط من المشتري أو نقص إذ كان من البائع ، كبيع وسلف من أحدهما ، لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو الثمن أو المثلن وهو مجهول . . . وصح البيع إن حذف شرط السلف مع قيام السلة على المشهور لزوال المانع .

انظر أيضاً الدسوقي على الدردير جزء ٢ ص ٦٥ - ٦٧ .

٤ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنبلي

المذهب الحنبلي أبعد المذاهب تطوراً في تصحيح الشروط :

ولعل أبعد تطور للفقه الإسلامي في مسألة اقتران الشرط بالعقد كان في مذهب أحمد بن حنبل ، لا سيما إذا استكملنا هذا المذهب بما أضافه إليه ابن تيمية وهو من أكبر فقهاءه .

فالمذهب الحنبلي ، كالمذهب المالكي ، تخطى مبدأ وحدة الصفقة ، ولم يتقيد بهذا المبدأ كما تقيد به المذهبان الحنفي والشافعي ، ومن ثم استطاع أن يسير أشواطاً بعيدة في طريق التطور .

والحنابلة ، كالمالكية ، الأصل عندهم في الشرط أن يكون صحيحاً ويصح معه العقد ، بل هم يسبرون في هذا الأصل إلى مدى أبعد من المالكية في تصحيح الشروط . ويقع الشرط عند الحنابلة فاسداً ، على سبيل الاستثناء ، إذا كان يناهى مقتضى العقد ، أو كان قد ورد بالهـى نص خاص .

فنستعرض في المذهب الحنبلي الشرط الصحيح ، ثم الشرط الفاسد ، ثم ننظر ما أضاف ابن تيمية إلى المذهب من مزيد توسعة في تصحيح الشروط .

الشرط الصحيح في مذهب الحنابلة :

الأصل في مذهب الحنابلة ، كما قلنا ، هو أن يكون الشرط صحيحاً . ونسأير صاحب المغنى^(١) في الترتيب الذي جرى عليه في استعراض الشروط :

(١) فكل شرط يقتضيه العقد صحيح ، وفي هذا تتفق المذاهب الأربعة .

(١) جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام : (أحدها) ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال ، فهذا وجوده كدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد . (الثاني) تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة واشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها ، فهذا شرط جائز يلزم الرضاء به . ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً . (الثالث) ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته ولا يناهى مقتضاه ، وهو نوعان : أحدهما اشتراط منفعة البائع في المبيع ، فهذا قد مضى ذكره . الثاني أن يشترط مقدماً في عقد . . . (الرابع) اشتراط ما يناهى مقتضى العقد . . . »

فيصح اشتراط المشتري التسليم على البائع ، والتقابض في الحال ، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار المجلس ، فكل هذه الشروط يقتضيها العقد ، وهي معمول بها حتى لو لم تشترط .

(ب) ويصح أيضاً كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة المتعاقدين ، كالرهن والضمين والشهادة . وفي هذا أيضاً تفق المذاهب الأربعة .

(ج) ويصح أخيراً الشرط الذي ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، ولكنه لا ينافي مقتضى العقد . وهنا نلاحظ المدى البعيد من التطور الذي سار فيه المذهب الحنبلي كما لاحظنا ذلك في مذهب مالك ، وهذا خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي . فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أو لا يقتضيه ، وسواء لاءم مقتضى العقد أو لم يلائمه . والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة ، وفي هذا يتخطى المذهب الحنبلي مبدأ وحدة الصفقة كما تخطاه المذهب المالكي ، بل هو ينكر صحة الحديث الذي نهي عن بيع وشرط ، ثم إنه لاحتاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به ، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحنفي .

ومن ثم نرى المذهب الحنبلي ، خلافاً لمذهبي أبي حنيفة والشافعي ، يصحح أكثر الشروط التي فيها منفعة لأحد المتعاقدين كما يصححها المذهب المالكي . ونورد ما جاء في هذا الصدد في الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٤٩ - ص ٥١) : « والثالث أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم ، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيه أو خياطة الثوب أو تفصيله . ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة ، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكتها سنة ، أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم ، أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة ، نص عليه أحمد ، وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر . وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح ، لأنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم : نهي عن بيع وشرط . . . ولنا ما روى جابر أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملاً واشترط ظهره إلى المدينة ... ولم

يصح نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وإنما نهى عن شرطين في بيع
أنفهومه لإباحة الشرط الواحد ... ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع ،
مثل أن يشتري ثوباً ، يشترط على بائعه خياطته قميصاً ، أو بغلة ويشترط حذوها
نعلاً ، أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم .

ويتوسع المذهب الحنبلي في إباحة الشروط في عقد الزواج بوجه خاص ،
ويفوق في ذلك سائر المذاهب وفيها مذهب مالك نفسه . فيجوز في الزواج
من الشروط ما يكون فيه للزوجين منفعة مقصودة ما دامت لا تعارض الشرع
ولا تنافي المقصود من عقد الزواج . ويقول ابن تيمية (الفتاوى ٣ ص ٣٢٧
وص ٣٣٢ - نظرية العقد ص ١٥٥) ذلك : « ويجوز أحمد أيضاً في النكاح
عامة الشروط التي للمشتري فيها غرض صحيح ، لما في الصحيحين عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال : إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج .
فلا يقتصر مذهب أحمد على أن يكون لكل من الزوجين أن يشترط في الآخر
صفة يصح قصدها ، فيشترط الزوج في زوجته البكارة أو الحمل مثلاً ، وتشترط
الزوجة في زوجها المال أو حرفة معينة أو مورداً معيناً من العيش . ويكون للمشتري
أن يفسخ الزواج إذا فات عليه ما اشترطه ، ولا فرق في هذا أن يكون المشتري
هو الرجل أو المرأة ، وهذا هو أصح روايتي أبي أحمد ، وأصح وجهي أصحاب
الشافعي وظاهر مذهب مالك (ابن تيمية : الفتاوى ٣ ص ٣٤٦ - نظرية
العقد ص ١٥٦ - ١٥٧) . بل يجوز أيضاً في مذهب أحمد أن تشترط الزوجة
على زوجها ألا يخرجها من بلدها ، أو من دارها ، أو ألا ينسرى ، أو ألا
يتزوج عليها ، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج (نظرية العقد
لابن تيمية ص ١٦ وص ٢٤ ص ١٦١ - ص ١٦٢ و الفتاوى ٣ ص ٣٢٧) .
وقد رأينا أن هذه الشروط غير جائزة في مذهب مالك .

الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة :

ولا يكون الشرط فاسداً عند الحنابلة إلا في موضعين :

(١) إذا كان الشرط يناهض مقتضى العقد . مثل ذلك أن يشترط البائع

على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه ، أو يشترط عليه إن أعتقه أن يكون الولاء للبائع . فهذه الشروط كلها تنافي مقتضى العقد ، إذ مقتضى العقد حرية المشتري في التصرف في المبيع بعد أن صار ملكه ، يبيعه أو لا يبيعه ويهبه أو لا يهبه ، وإذا كان رقيقاً فأعتقه فإن الولاء يكون له هو لا للبائع لأنه هو المعتق والولاء لمن أعتق . بقى أن يشترط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه ، فهل يصح الشرط ؟ في المذهب روايتان ، إحداهما الشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد شأنه في ذلك شأن ما قدمناه من الشروط ، والرواية الأخرى الشرط صحيح لحديث بريرة المعروف .

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة أن يشترط المشتري إن غصبه غاصب أن يرجع البائع بالثمن . ومنها أن يشترط البائع أن يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشتري ، لأنه يكون بذلك قد اشترط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه ، فهو كما لو اشترط ألا يبيعه إلا من فلان ، وهذا يقيد حرية المشتري في التصرف فيناfi مقتضى العقد . وقيل أيضاً في مذهب أحمد إن هذا الشرط يتضمن شرطين ، فيكون غير جائز على ما سنرى ، لأن البائع شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول ، فهما شرطان (الشرح الكبير على المقنع ٤ ص ٥٥) .

وقد رأينا أن هذا الشرط غير جائز في المذهب المالكي لأنه يخل بالثمن .

ومن الشروط التي تنافي مقتضى العقد أيضاً ما جاء في الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٥٨) : « وإذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن على خمسمائة فباعه بهذا الشرط ، فالبيع فاسد ، لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح ، لأنه لا يملك المبيع والثمن على غيره . ولا يشبه هذا ما لو قال : اعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلى خمسمائة ، لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز في النكاح . أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك ، فلا يثبت لأن العوض على غيره . وإن كان هذا القول على وجه الضمان ، صح البيع ولزم الضمان » .

ولما كان الشرط الذي ينافي مقتضى العقد فاسداً ، فإنه يبطل ولا يعمل به . أما حكم العقد الذي اقترن به الشرط ففيه روايتان : الأولى أن العقد صحيح ، وهذا هو المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الخرق ، فيسقط الشرط ويبقى العقد ، وللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط ، ولأن البائع إنما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط ، والمشتري إنما سمح له بزيادة الثمن من أجل شرطه ، فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به كما لو وجدته معيباً . ويحتمل أن يثبت الخيار ولا يرجع بشيء ، كمن شرط رهناً أو ضميناً فامتنع الراهن والضمين ، ولأن ما ينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولاً ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم لأرباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع ، (الشرح الكبير على المقنع ٤ ص ٥٥) . والرواية الثانية أن الشرط الفاسد يبطل البيع ، ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً ، ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي .

(الشرح الكبير ٤ المقنع ٤ ص ٥٤) (١) .

(١) ونقل هنا بعض نصوص الفقه الحنبل فيما قلناه . جاء في المنى (جزء ٤ ص ٢٨٦) .
 « الرابع اشتراط ما ينافي مقتضى العقد ، وهو على ضربين : أحدهما اشتراط ما يبنى على التغليب والسراية ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ، فهل يصح ؟ على روايتين : أحدهما يصح ، وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولامها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق . والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتها كذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء . . . الشرط الثاني أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يظلم ، أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو إن أغصب غاصب يرجع عليه بالثمن ، وإن أعتقه فالولاء له ، فهذه وأشباهها شروط فاسدة . وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين : قال القاضي المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرق هنا ، وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور . والثانية البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . »

ونرى مما تقدم أن المذهب الحنبلي والمذهب المالكي لا يختلفان كثيراً في الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ، ففي كلا المذهبين الشرط فاسد . ولكن مذهب مالك يتدرج في ترتيب الجزاء على هذا الشرط الفاسد ، فتارة يبطل الشرط والعقد معاً ، وطوراً يبطل الشرط ويستبقى العقد صحيحاً ، وثالثة يبطل الشرط والعقد معاً إلا إذا نزل المشترط عن شرطه فيسقط الشرط ويبقى العقد ، وقد مر ذكر ذلك .

(ب) ويكون الشرط فاسداً أيضاً إذا ورد في النهى عنه نص خاص . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ، وقال عليه السلام : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا بيع ما ليس عندك . » فهناك إذن نص خاص في النهى عن الجمع بين شرطين في العقد ، وفي النهى عن الجمع بين بيع وسلف .

أما الجمع بين شرطين في العقد فممنوع في مذهب أحمد كما قدمنا . والشرطان المنهى عنهما هما الشرطان اللذان فيهما منفعة لأحد المتعاقدين دون أن يقتضيهما العقد أو يلائمهما ، ولو انفرد أى منهما كان صحيحاً . مثل ذلك من اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته ، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله . فاجتماع الشرطين في العقد يبطل الكل : الشرطان باطلان والعقد باطل . أما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مما يلائم العقد ، مثل أن يبيعه بشرط

— وجاء في الشرح الكبير على المقنع (جزء ٤ ص ٥٤ - ٥٥) . « قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه ، فالقول به يجب . فإن قيل المراد بقوله : اشترط لهم الولاء ، أى عليهم بدليل أنه أمرها به ولا يأمرها بفاسد ، قلنا لا يصح هذا التأويل بوجهين . أحدهما أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه . الثاني أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم أنهم لا يقبلونه منها . وأما أمرها بذلك فليس هو أمراً على الحقيقة ، وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه ، كقوله تعالى : (استغفر لهم أو لا تستغفر لهم) ، وقوله : (اصبروا أو لاتصبروا) ، والتقدير اشترط لهم الولاء أو لا تشرط لهم ، ولهذا قال عقيه فإنما الولاء لمن أعتق ... إلا إذا شرط العتق ، ففي صحته روايتان . أحدهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة اشترت بريرة وشرط عليها أهلها عتقها وولامها ، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق . والثانية الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما لو شرط ألا يبيعه ، ولأنه شرط إزالة ملكه عنه أشبه ما إذا اشترط أن يبيعه ، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، إنما أخبرتهم أنها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولامها . »

الرهن أو الضمين وبشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن ، فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر ^(١) .

وأما الجمع بين بيع وسلف فممنوع أيضاً . ومعناه في مذهب أحمد أن يشترط أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر عقداً ثانياً مستقلاً في مقابل العقد الأول ، وليس معناه مجرد اجتماع صفتين في عقد واحد ، فقد قدمنا أن مجرد اجتماع صفتين في عقد واحد يجوز كما إذا اشترط سكنى الدار أو حمل الحطب أو خياطة الثوب . وقد جاء في المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٥) : « والثاني أن يشترط عقداً في عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشترطه البائع أو المشتري » . ثم جاء في (ص ٢٩٠ - ص ٢٩١) : ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه ، أو شرط المشتري ذلك عليه ، فهو محرم والبيع باطل . وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً ، إلا أن مالكا قال إن ترك مشروط السلف السلف صح البيع . ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما لم يقبض وعن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف . أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ لا يحل بيع وسلف . ولأنه اشترط عقداً في عقد ففسد كبيعتين في بيعة ، ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له وذلك ربا محرم ، ففسد كما لو صرح به ، ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهماً بدرهمين ثم ترك أحدهما . هذا ويحتمل أن يبطل الشرط وحده ، ولكن المشهور في مذهب أحمد أن هذا الشرط الفاسد يبطل العقد .

(١) الشرح الكبير على المقنع جزء ٤ ص ٥٢ - ٥٣ وقد جاء فيه (ص ٥٣) بعد ذلك : « ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين ، وردوا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ، ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر والفساد يؤثر فيه وإن اتحد . والحديث الذي روينا يدل على الفرق ، ولأن الفرار اليسير إذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير ، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مستند ، فلا يعول عليه » .

ويبدو أن المذهب الحنبلي ، في منعه الجمع بين شرطين في العقد والجمع بين بيع وسلف ، إنما يحتفظ ببقايا من مبدأ وحدة الصفقة ، كما فعل المذهب المالكي في منعه الجمع بين بيع وسلف . وإنما تخطى المذهبان الحنبلي والمالكي مبدأ وحدة الصفقة في البيع والشرط الواحد لأن خطب الشرط الواحد يسير ، وهو تابع للعقد ومتمم له ، فلا يخل بوحدة إخلاصاً جسيماً ، أما إذا كان لتعدد الصفقة مظهر أوضح ، بأن اجتمع في العقد شرطان لا شرط واحد عند أحمد أو بأن اجتمعت صفقتان متقابلتان في عقد واحد عند أحمد ومالك ، فهذا تعدد جسيم في الصفقة لا يجوز احتماله . وما احتمل منه اليسير لا يحتمل منه الكثير . فالمذهبان المالكي والحنبلي وقفا جامدين هنا ، ولم يتخطيا مبدأ وحدة الصفقة تخطياً تاماً ولم يميزا تعدد الصفقة في صورته السافرة . وننظر الآن ماذا فعل ابن تيمية .

استكمال المذهب الحنبلي بأقوال ابن تيمية :

يقول ابن تيمية : « إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به ، وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط ، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه » (فتاوى ابن تيمية ٣ ص ٣٢٦ وص ٣٢٩ وما بعدها) .

ويستدل ابن تيمية لصحة ما يقول بالنقل والعقل . أما النقل فلقلوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ، وقلوله عليه السلام « المسلمون على شروطهم » ، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً . وأما العقل فإنه يقول : « إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية — أي ليست من العبادات — والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم . كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم ، وقلوله تعالى : (وقد فصل لكم ما حرم عليكم) عام في الأعيان والأفعال . وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة ، لأن الفساد إنما

ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة . (الفتاوى ٣ ص ٣٣٤) .
فالوفاء بالشرط إذن واجب بالنقل والعقل ، وبخاصة بعد أن رضى المتعاقد مختاراً ،
فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسيهما
بالتعاقد ، لقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض) ، وقال : (فإن طبن لكم عن
شيء منه نفساً فكاوه هنيئاً مريئاً) ، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق
الجزاء بشرطه ، فدل على أنه سبب له . وإذا كان طيب النفس هو المبيع للصدوق .
فكذلك سائر التبرعات ، قياساً بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن . وكذلك
قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) لم يشترط في التجارة إلا التراضي
وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة ، وإذا كان كذلك ، فإذا تراضى
المتعاقدان ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ، ثبت حله بدلالة القرآن ، إلا أن
يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك (الفتاوى ٣ ص ٣٣٦ -
٣٣٧) .

ويستخلص ابن تيمية من هذه المقدمات أن الأصل في الشرط أن يكون
صحيحاً ويصح معه العقد ، سواء كان ذلك في المعاوضات أو في التبرعات . ففي
المعاوضات يجوز للبائع أن يشترط منفعة المبيع كأن يسكن الدار شهراً أو ينتفع
بزراعة الأرض سنة ، ويجوز للمشتري أن يشترط على البائع أن يخطط له الثوب
أو يحمل المبيع إلى داره أو يحصد الزرع ، ويجوز أن يشترط البائع إذا باع الرقيق
أن يعتقه المشتري ، ولكن لا يجوز أن يشترط البائع أن يكون الولاء له عند الإعتاق
لأن هذا شرط يحلل حراماً . وفي التبرعات يجوز لمن أعتق عبداً أن يشترط عليه
أن يخدمه طول حياته ، حياة العبد أو السيد ، وقد ورد أن أم سلمة أعتقت عبداً
سفينة واشترطت عليه أن يخدم الرسول صلى الله عليه وسلم ما عاش (الفتاوى
٣ ص ٣٢٧) . ويجوز للواهب أو الواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يهبه أو يقفه
مدة معينة أو طول حياته (نظرية العقد لابن تيمية ص ١٦ - الفتاوى ٣ ص
٣٨٩ - ٣٩٠) . بل يصح أن تكون المنفعة التي استثنائها المتبرع وأضافها
لنفسه منفعة غير معلومة ، إذ يجوز في التبرعات من الغرر ما لا يجوز في المعاوضات
كما تقدم القول . وفي هذا يقول ابن تيمية : « يجوز لكل من أخرج عبداً عن ملكه

بمعاوضة كالبيع والخلع ، أو تبرع كالوقف والعق ، أن يستثنى بعض منافعها .
فإن كان مما لا يصح فيه الغرر كالبيع . فلا بد أن يكون المستثنى معلوماً لما
روى عن جابر . وإن لم يكن كذلك كالعق والوقف ، فله أن يستثنى خدمة
العبد ما عاش عبده أو عاش فلان ، أو يستثنى غلة الوقف ما عاش الواقف
(الفتاوى ٣ ص ٣٤٢ - ص ٣٤٣) .

ويبنى ابن تيمية على ما تقدم أن الشرط لا يفسد إلا على سبيل الاستثناء ،
وفي موضعين :

(الأول) إذا كان الشرط ينافي المقصود من العقد ، مثل أن يشترط البائع
على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يؤجره . ذلك أن العقد إذا كان له مقصود يراد
في جميع صورته ، ثم شرط العاقد فيه ما ينافي هذا المقصود ، فقد جمع بين
المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فثل هذا الشرط باطل ، ويقول ابن
تيمية في تفسيره للمعنى المراد بالشرط الذي ينافي المقصود في العقد وفي تمييزه بين
هذا الشرط والشرط الذي يناقض الشرع ، ما يأتي : « إن العقد له حالان ،
حال إطلاق وحال تقييد ، ففرق بين العقد المطلق وبين المعنى المطلق من
العقود . فإذا قيل هذا شرط ينافي مقتضى العقد ، فإن أريد به ينافي العقد المطلق
فكذلك كل شرط زائد وهذا لا يضره ، وإن أريد به ينافي مقتضى العقد المطلق
والمقيد احتاج إلى دليل على ذلك . وإنما يصح هذا إذا أتى في مقصود العقد ،
فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صورته وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود ،
فقد جمع بين المتناقضين ، بين إثبات المقصود ونفيه ، فلا يحصل شيء . ومثل
هذا الشرط باطل بالاتفاق ، بل هو مبطل للعقد عندنا . والشروط الفاسدة قد
تبطل لكونها قد تنافي مقصود الشارع ، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق ، فإن
هذا لا ينافي مقتضى العقد ولا مقصوده فإن مقصوده الملك ، والعق قد يكون
مقصوداً للعقد فإن اشتراء العبد لعتقه يقصد كثيراً . فثبت الولاء لا ينافي مقصود
العقد ، وإنما ينافي كتاب الله وشرطه كما بينه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله :
كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق . فإذا كان الشرط منافياً لمقصود العقد كان
العقد لغواً ، وإذا كان منافياً لمقصود الشارع كان مخالفاً لله ورسوله . فأما إذا

لم يشتمل على واحد منهما ، إذا لم يكن لغواً ولا اشتمل على ما حرمه الله ورسوله ، فلا وجه لتحريمه بل الواجب حله ، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه ، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه ، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ، ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج .

(الثاني) الشرط الذي يناقض الشرع فيحل الحرام ، ويبدو أن ابن تيمية يبدأ بالتمييز بين منطقة الحرام ومنطقة المباح . فلا يستطيع الشرط في منطقة الحرام أن يجعل الحرام حلالاً ، بل كل ما كان حراماً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه ، كالزنا وكثبوت الولاء لغير المعتق . وأما ما كان مباحاً بدون الشرط ، كالزيادة في مهر المثل وكالتبرع برهن لتوثيق الثمن ، فيصح أن يوجب الشرط فعله بعد أن كان تركه مباحاً ، بل كان تركه هو الأصل المعمول به ما دام الشرط الموجب لفعله لم يوجد ، وليس في ذلك تحريم للحلال أو تحليل للحرام ، فيكون الشرط الموجب لفعل المباح شرطاً مشروعاً ، ومن ثم يكون صحيحاً . ويقول ابن تيمية في هذا المعنى ما يأتي : فإن المشرط ليس له أن يبيع ما حرمه الله ... وإنما المشرط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه ، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً ... وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً ... وكذلك إذا اشترط صفة في المبيع أو رهناً ، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها ، فإنه يجب ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك . وهذا المعنى هو الذي أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط ، قالوا لأنها إما أن تبيح حراماً أو تحرم حلالاً أو توجب ساقطاً أو تسقط واجباً ، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع ... وليس كذلك ، بل كل ما كان حراماً بدون الشرط فالشرط لا يبيحه ، كالزنا وكالوطء في ملك الغير وكثبوت ولء لغير المعتق ، فإن الله حرم الوطء إلا بملك نكاح أو يمين ، فلو أراد رجل أن يعير أمته للوطء . لم يجوز له ذلك ، بخلاف إعارتها للخدمة فإنه جائز . وكذلك الولاء نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته ، وجعل الله الولاء كالنسب يثبت للمعتق كما يثبت النسب للوالد ... فهذا أمر لا يجوز فعله بغير شرط فلا يبيع الشرط ما كان حراماً . وأما كان مباحاً بدون الشرط فالشرط يوجبه ، كالزيادة في المهر

والثمن والمثمن والرهن . . .

ونرى من ذلك أن ابن تيمية لا يجعل الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً للمقصود من العقد وهذا طبيعي ، وإلا إذا كان مناقضاً للشرع فيحل حراماً وهذا أشبه في الفقه الغربي بالشرط الذي يخالف القانون أو النظام العام . ولم يعرض ابن تيمية لتحريم اجتماع الشرطين ولا لتحريم اجتماع البيعتين في بيعه أو اجتماع البيع والسلف . ومن ثم يكون تطور الفقه الإسلامي في تصحيح الشروط قد وصل على يد ابن تيمية إلى غاية تقرب مما وصل إليه الفقه الغربي الحديث .

٥ - مقارنة ما بين المذاهب الأربعة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد

مقارنة إجمالية :

يتبين مما قدمناه أن المذاهب الأربعة ، من ناحية تصحيح الشروط المقترنة بالعقد ، يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسين :

١ - قسم يضيق في تصحيح الشروط ويلتزم مبدأ وحدة الصفقة ، فلا يبيع إلا شرطاً اقتضاه العقد أو لاءم العقد أو جرى به التعامل ، وهذان هما المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ^(١) .

(١) عل أن المذهب الذي يحتفظ بمبدأ وحدة الصفقة كاملاً ، فلا يبيع الشروط إلا في أضيق الحدود ، ولا يصح منها إلا ما ورد نص بصحته ، هو مذهب الظاهرية . جاء في المحل لابن حزم . (جزء ٨ ص ٤١٢ - ٤١٣) : « فإن ذكر الشرط في حال عقد البيع ، فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل ، أي شرط كان لاتحاش شيئاً ، إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبيع صحيح إن اشترطت في البيع ، وهي : اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى ، واشتراط تأخير الثمن . . . إلى أجل مسمى ، واشتراط أداء الثمن إلى الميرة وإن لم يذكر أجل ، واشتراط صفات المبيع التي يتراضيانها معاً . . . واشتراط ألا خلاصة ، وبيع العبد أو الأمة فيشترط المشتري مالهما أو بعضه . . . وبيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده فيشترط المشتري الثمرة لنفسه . . . فهذه ، ولا مزيد . وسائرهما باطل . كما قلنا ، كمن باع مملوكاً بشرط العتق أو أمة بشرط الإيلاد أو دابة واشترط ركوبها مدة سماء . . . أو داراً واشترط سكنها . . . وأما تصحيحنا الشروط السبعة التي ذكرناها فإنها منصوص على صحتها . . . فأما اشتراط الرهن في البيع إلى أجل غير مسمى ، فلقوله تعالى : (ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة) وأما اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى ، فلقوله تعالى : (إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وأما اشتراطه ألا خلاصة فقد ذكر الخبر في ذلك . . . وأما اشتراط الصفات . . . فلقوله تعالى : =

٢ - وقسم يتوسع في تصحيح الشروط ولا يلتزم مبدأ وحدة الصفقة، فيبيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى العقد أو مناقضة للشرع ، وهذان هما المذهب المالكي والمذهب الحنبلي .

فتطور الفقه الإسلامي نحو تصحيح الشروط ، ونفذ مبدأ وحدة الصفقة الذي كان أساساً من أسس الصناعة القانونية في المراحل الأولى من تطور القانون ، أوضح وأبرز في القسم الثاني منه في القسم الأول . على أنه يبدو لنا أن المذهب الحنفي على ضيقه في تصحيح الشروط وتأخره في التطور من هذه الناحية ، هو أكثر المذاهب تقدماً من ناحية تنسيق الصناعة القانونية ، فنظريته في فساد العقد تفوق في وضوحها وتسلسلها المنطقي نظائرها في المذاهب الأخرى .

مقارنة تفصيلية :

على أن هناك فروقاً تفصيلية ما بين المذهب الحنفي ومذهب الشافعي اللذين ينتظمهما القسم الأول ، وكذلك ما بين المذهب المالكي والمذهب الحنبلي اللذين ينتظمهما القسم الثاني .

فالمذهب الحنفي ومذهب الشافعي يبيحان جميعاً الشرط الذي يقتضيه العقد . ويبيحان كذلك الشرط الذي يلائم العقد، إلا أن المذهب الحنفي يبيحه استثناء على سبيل الاستحسان ، ومذهب الشافعي يبيحه أصلاً لا استثناء . ثم يتميز المذهب الحنفي على مذهب الشافعي بإفصاحه المجال للشرط الذي جرى به التعامل ، ويبيحه استحساناً كذلك ، فيدخل العرف من هذا الباب عنصراً مرناً بطور الفقه الإسلامي . أما مذهب الشافعي فلا تكاد تلمح فيه باب جريان التعامل مفتوحاً ،

(ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) ، فنص تعال على التراضي منهما والتراضي لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة - وأما اشتراط الثمن إلى الميرة ، فلقوله تعال : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) . . . وأما مال العبد والأمة واشتراطه ، واشتراط ثمر النخل المزجر ، فلما روينا . . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «من باع عبداً وله مال فإله البائع إلا أن يشترطه المبتاع . ومن باع نخلاً قد أبرأت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » . ولا يخفى أن من الشروط السبعة المصححة التي ذكرها ابن حزم ما هو أجل وما هو شرط تعليق وما هو صفة في الحل وليست كلها شروطاً مقترنة بالمقد على المعنى الذي سبق أن أوردناه .

وإنما يتحدث المذهب عن شرط تدعو إليه الحاجة فهو شرط لمصلحة العقد ، وبمزج بينه وبين الشرط الذى يلائم العقد . ولكن مذهب الشافعى ، من جهة أخرى ، يصحح شروطاً لا يصححها المذهب الحنبلى ، من ذلك اشتراط بائع الرقيق على مشتريه أن يعتقه ، ومن ذلك ما يشترط الزوج فى زوجته من بكاره أو جمال أو غير ذلك ، وما تشترط الزوجة فى زوجها من مال أو حرفة أو مورد للعيش ^(١) .

أما المذهبان المالكى والحنبلى فيصدران جميعاً عن مبدأ واحد . هو أن الأصل فى الشروط الصحة والفساد هو الاستثناء ، فينبذان بذلك إلى حد كبير مبدأ وحدة الصفقة ^(٢) . وقد يزيد المذهب الحنبلى على المذهب المالكى فى تصحيح الشروط ، كما أشار إلى ذلك ابن تيمية حين قال : « وأصول أحمد رضى الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ، ومالك قريب منه ، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط ، فليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه » . فيجوز فى مذهب أحمد مثلاً أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو من دارها ، أو ألا يتسرى ، أو ألا يتزوج عليها ، فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج . وهذه الشروط غير جائزة فى مذهب مالك .

ولكن التميز الحقيقى للمذهب الحنبلى على المذهب المالكى ليس فى الشروط الصحيحة ، وإنما هو الشروط الفاسدة . على أننا إذا أخذنا المذهب الحنبلى كما

(١) ولعل الأستاذ زكى الدين شعبان قد قسا على مذهب الشافعى عندما قارنه بالمذهب الحنبلى على الوجه الآتى : « الحنفية باعتمادهم العرف فى صحة الشروط التى لا يقتضيها العقد قد فتحوا جزءاً كبيراً من باب الشروط أمام المتعاقدين . . . والشافعية بتمسكهم بمقتضى العقد ، وتشددهم فى ذلك ، وإبطالهم كل شرط لا يوافق ذلك المقتضى - وإن كان لا يخالفه - وإفسادهم الشروط المتعارفة ، قد ضيقوا من باب الشروط أكثر من غيرهم ، حتى إنه يمكننا القول بأن الشافعية يقتربون من الظاهر فى هذه المسألة » (رسالة الأستاذ زكى الدين المخطوطة ص ١٠٥) .

(٢) ويقول الأستاذ زكى الدين شعبان فى رسالته المخطوطة (ص ١٠٥) : « والمالكية والحنابلة بتصحيحهم الشروط التى لا تظهر منافاتها لمقتضى العقد - وإن كانت لاتوافق ذلك المقتضى - قد وسعوا دائرة الشروط الصحيحة » .

كان قبل أن يحدد فيه ابن تيمية ، لما كاد يتميز عن المذهب المالكي في ذلك .
 ففي المذهبين يفسد الشرط إذا كان مناقضاً لمقتضى العقد ، أو كان صفقة أخرى
 تقابل الصفقة الأصلية كبيع وسلف ، فيخل الشرط بالثمن كما يقول المذهب
 المالكي ، أو ينهى عن الشرط نص خاص كما يقول المذهب الحنبلي . وفي هذا
 النوع الثاني من الشرط الفاسد نلمح في المذهبين أثراً لمبدأ وحدة الصفقة ، فهما
 يستبقيان هذا المبدأ في صورة من صورهما ، بل إن المذهب الحنبلي يزيد على المذهب
 المالكي بتحريم اجتماع الشرطين في عقد واحد . أما إذا أخذنا المذهب الحنبلي
 بعد تجديد ابن تيمية ، فإننا نراه يتقدم تقدماً كبيراً في التطور ، فينبذ مبدأ
 وحدة الصفقة ، ويضيق من منطقة الشروط الفاسدة ، فلا يكون الشرط فاسداً
 إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد ، أو إذا كان مناقضاً للشرع أى إلا إذا
 كان مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو للآداب .

فيقترب المذهب الحنبلي على هذا النحو كثيراً من الفقه الغربي ، ففي الفقه
 الغربي كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً أو شرطاً
 يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب فيلغو الشرط ويصح العقد ، ما لم يكن
 الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً . فالفقه الغربي كما نرى قد تحرر
 نهائياً من ربة مبدأ وحدة الصفقة الذي كان يسود الصناعة القانونية في المراحل
 الأولى من تطور القانون . ويكاد يضاهيه في ذلك المذهب الحنبلي ، فقد تطور
 تطوراً كبيراً ، وبخاصة على يد ابن تيمية كما سبق القول .

أما بلوغ التطور إلى غايته القصوى ، وإباحة الشروط المقترنة بالعقد لإباحة
 عامة إلا إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، ونبذ مبدأ وحدة
 الصفقة نبذاً تاماً باعتباره من مخلفات الصناعة القانونية القديمة وقد تخطته النظم
 القانونية الحديثة ، فرى ذلك كله في تعديل سبق أن أدخل على مجلة الأحكام
 العدلية في عهد العثمانيين ^(١) ، ثم نراه في صورة أكثر بروزاً في التقنين المدني
 العراقي الجديد ، حيث تنص المادة ١٣١ منه على ما يأتي :

(١) وكان ذلك بإدخال مادة جديدة على الوجه الآتي : « البيع بشرط يعود نفسه على أحد العاقلين =

١ - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة .

٢ - كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، وإلا لغى الشرط وصح العقد ، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً .

المطلب الثاني

الربا

بدأ بتحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي في شيء من الإيجاز . ثم نستعرض الاتجاهات المختلفة التي عملت على التضييق من هذه المنطقة . ونخلص من ذلك إلى بيان ما ينبغي أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة الخطيرة في العصر الحاضر .

§ ١ - تحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي

- الربا في عرف الشرع نوعان : ربا الفضل وربا النساء أو النسيئة .
- ولتحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي نستعرض أموراً ثلاثة :
- (أولاً) تعيين الأموال التي يدخل فيها الربا ، أي الأموال الربوية .
- (ثانياً) تحديد ربا الفضل .
- (ثالثاً) تحديد ربا النسيئة .

= صحيح ، والشراء معتبر . فإذا باع البائع فرساً على أن يركبها مدة كذا ، أو اشترى المشتري شيئاً مقابل سكتى داره المعلومة ، فذلك البيع صحيح والشرط معتبر . . . وجاء في المذكرة التفسيرية . « أن تقييد البيع بشرط (بعل) ، كما أنه لا يجوز عند الحنفية ، كذلك لم تجزه المالكية (؟) والشافعية . وفي زماننا هذا نرى أن البيوع تعقد خلافاً لهذه المذاهب الثلاثة ، فوجب القول بما نقول به الحنابلة لتقريب أعمال الناس إلى الجواز ما استطعنا إلى ذلك سبيلاً . »

أولا : تعيين الأموال الربوية

الحديث الشريف هو مصدر تعيين الأموال الربوية :

لم يرد تعيين الأموال الربوية في القرآن الكريم ، وإنما ورد تعيينها في حديث عن النبي عليه الصلاة والسلام ، رواه محمد عن أبي حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذهب بالذهب ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضة بالفضة ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . والحنطة بالحنطة ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . والشعير بالشعير ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . والتمر بالتمر ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا . فإذا اختلفت الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد . »

ويقول السرخسى في المبسوط (جزء ١٢ ص ١١٠ - ١١١) في تفسير هذا الحديث : « أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ، أى بيع الذهب بالذهب ، أو بيعوا الذهب بالذهب ... وقوله مثل بمثل ، روى بالرفع والنصب ، فعنى الرواية بالرفع بيع الذهب بالذهب مثل بمثل ، ومعنى الرواية بالنصب بيعوا الذهب بالذهب مثلاً بمثل . والمراد به المماثلة في القدر دون الصفة ... وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء ، فهذا تنصيص على أن المراد المماثلة في الوزن دون الصفة ، لأن التبر لا يساوى العين في الصفة ، وإنما يساويه من حيث المقدار . وقوله يداً بيد ، يجوز أن يكون المراد به عين بعين لأن التعيين يكون بالإشارة باليد ، ويجوز أن يكون المراد قبض بقبض لأن القبض يكون باليد . . . ولكن الأصح أن يكون المراد التعيين . لأنه لو كان المراد به القبض لقال من يد إلى يد لأنه يقبض من يد غيره ، فعرفنا أن المراد التعيين . إلا أن التعيين في النقود لا يتم إلا بالقبض لأنها لا تتعين في العقود بالإشارة ، فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه .. وقوله والفضل ربا ، يحتمل الفضل في القدر ، ويحتمل الفضل في الحال بأن يكون

أحدهما نقداً والآخر نسيئة ، وكل واحد منها مراد باللفظ . وقوله ربا ، أى حرام ، أى فضل خال عن العوض والمقابلة ، إما متيقناً به عند فضل القدر ، أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين النقيدين والنسبة فى المالية — وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة — فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، يحتمل المماثلة فى الكيل ، ويحتمل المماثلة فى الصفة ، ولكنه فى كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلاً بمثل « كيلاً بكيل » . فتبين أن المراد المماثلة من حيث القدر . وفى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء ، فهو بيان أن المراد المماثلة فى القدر . وقوله يداً بيد ، معناه عندنا عين بعين ، ولهذا لا يشترط التقابض فى بيع الحنطة بالحنطة لأن التعيين فيها يتم بالإشارة . وقوله والفضل ربا ، يحتمل الفضل فى القدر ، ويحتمل الفضل فى الحال ، وكل واحد منهما مراد ، وقد فسر ذلك فى حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى — وكذلك الشعير والتمر والملح .

امتداد منطقة الربا إلى غير هذه الأموال الستة :

والظاهرية يقصرون الأموال الربوية على هذه الأموال الستة التى وردت فى الحديث الشريف : الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح . ولكن جمهور الفقهاء لا يقفون عند هذه الأموال الستة ، بل يبحثون عن المعنى الذى يتعدى به الحكم إلى غيرها من الأموال . إذ ليس فى الحديث أن مال الربا ستة أشياء . ولكن ذكر حكم الربا فى الأشياء الستة ، وفائدة تخصيص هذه الأشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها . ثم اختلفوا بعد ذلك فى المعنى الذى يتعدى به إلى سائر الأموال . قال الحنفية — وكذلك الحنابلة فى ظاهر مذهبهم — إن العلة أو الضابط الذى تعرف به الأموال الربوية هو أمران :

١ — أن يكون المال مما يوزن كالذهب والفضة ، أو مما يكال كالحنطة والشعير والتمر والملح . وهذا هو القدر ، أى معرفة القدر عن طريق الوزن أو الكيل .

٢ - أن يتحد الجنس في المالين المتبادلين - فعند الحنفية والحنابلة إذن العلة في الأموال الربوية شطران : القدر والجنسية .
وعند الشافعية العلة في الحنطة والشعير والتمر والملح هي الطعم ، وفي الذهب والفضة هي الثمنية .
وعند المالكية العلة في الذهب والفضة هي الثمنية ، وفي الأشياء الأربعة الأخرى الاقتيات والادخار .

والذى برز من هذه الأقوال هو قول الحنفية بالقدر والجنسية وقول الشافعية بالطعم والثمنية . وتجرى المقابلة عامة ما بين هذين القولين فنقتصر عليهما .
فعند الحنفية يجرى الربا في كل مكبل أو موزون بجنسه ، سواء كان مطعوماً أو غير مطعوم ، وسواء كان ثمناً أو مثمناً . فيجرى الربا في الحنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس ، وهذه مطعومة . ويجرى في الذهب والفضة ، وهذان ثمنان . ويجرى في الحناء والنورة والجص ، وهذه غير مطعومة ولكنها مكيلة . ويجرى في الحديد والرصاص والنحاس والجواهر والآلى* ، وهذه غير أثمان ولكنها موزونة . ويجرى في اللحم والسمن والسكر وبعض الفاكهة ، وهذه وإن كانت مطعومة إلا أنها أيضاً موزونة .

وعند الشافعية يجرى الربا في كل مطعوم ، سواء دخله الكيل والوزن أم لم يدخله . فيجرى الربا في الحنطة والشعير والتمر والملح والأذرة والأرز والعدس ، وهذه يدخلها الكيل . ويجرى في اللحم والسمن والسكر والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة ، وهذه يدخلها الوزن . ويجرى في البطيخ والبيض والجوز والخيار والقثاء والسفرجل والرمان ، وهذه لا يدخلها كيل ولا وزن ولكنها مطعومة . وكل مطعوم يدخل فيه الربا عند الشافعي ، سواء أخذ قوتاً أو أداماً أو فاكهة أو دواء . ويجرى الربا في الذهب والفضة لأنهما أثمان لا لأنهما موزونان ، فلا يجرى الربا في الحديد والرصاص والنحاس والجواهر والآلى* لأنها ليست بأثمان^(١) .

(١) ونذكر هنا ، زيادة في الإيضاح ، أن الحديث الشريف قد ورد فيه أولاً : « الذهب بالذهب . . . والفضة بالفضة » . فاعتدت الحنفية فيهما بالوزن ، وقاسوا عليها كل ما يوزن ولو كان غير ثمن ، مطعوماً كان أو غير مطعوم . واعتدت الشافعية بالثمنية ، فوقفوا عند الذهب والفضة ولم يتعدوها ويتبين ذلك من الجدول الآتي :

ونورد ما يحتاج به الحنفية لمذهبهم وما يحتاج به الشافعية لمذهبهم ، ثم نوازن ما بين حجج الفريقين .

ما يحتاج به الحنفية في أن العلة في الأموال الربوية هي القدر والجنسية :

ويحتاج الحنفية لمذهبهم بأن قول النبي عليه السلام « الحنطة بالحنطة » معناه بيع الحنطة بالحنطة ، والبيع لا يجري باسم الحنطة ، فالاسم يتناول الحبة الواحدة ولا يبيعهما أحد . ولو باعها لم يجوز لأنها ليست بمال متقوم . فعلم ضرورة أن المراد الحنطة التي هي مال متقوم ، ولا يعلم ماليتها إلا بالكيل ، فصارت صفة الكيل ثابتة بمقتضى النص ، فكأنه قال الذهب الموزون بالذهب ، والحنطة المكيلة

(موزون) الذهب والفضة (ثمن)

الشافعية (الثنية)

الحنفية (الوزن)

لا شيء

(موزون غير ثمن وهو مطوم) : اللحم والسك والسن والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة إلخ .

(موزون غير ثمن ولا مطوم) : الحديد والنحاس والرصاص والجواهر واللائي إلخ .

ثم ورد في الحديث الشريف ثانيا : « والحنطة بالحنطة . . والملح بالملح . . والشعير بالشعير . والتمر بالتمر » . فاعتدت الحنفية فيها بالكيل ، وقاسوا عليها كل مكيل ولو كان غير مطوم . واعتدت الشافعية بالطم ، فقاسوا عليها كل مطوم ولو كان غير مكيل ، موزونا كان أو غير موزون . ويتبين ذلك من الجدول الآتي :

(مكيل) الحنطة والملح والشعير والتمر (ويقاس عليها في المذهبين : الأذرة والأرز والتمس (مطوم)

الشافعية (الطم)

الحنفية (الكيل)

(مكيل غير مطوم) : الحناء والنورة (مطوم غير مكيل وهو موزون) : اللحم والسك

والجص إلخ . والسن والخضراوات والسكر وبعض الفاكهة إلخ .

(مطوم غير مكيل ولا موزون) : البطيخ والريمان

والسفرجل والقثاء والخيار والجوز والبيض إلخ .

بالحنطة . والصفة من اسم العلم تجرى مجرى العلة للحكم ، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمخصوص . ولما كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل ، فقد أوجب المماثلة لجواز العقد . وإذا ثبت أن الحكم وجوب المماثلة ، ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله ، عرفنا أن المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مال الربا أصلاً ، والحنطة والتفاحة لا تقبل المماثلة بالاتفاق فلم تكن مال الربا . والدليل أن صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا إلا مقروناً بالغلص ، فكل علة توجب الحكم في محل لا يقبل الغلص أصلاً فهي علة باطلة . وأنظم بهذه الصفة ، فإنه يوجب الحكم في الرمان والسفرجل ولا يتصور فيهما الغلص . ويتبين بما ذكر فساد العلة بالطعم والثنية ، فإنها علة قاصرة لا تنعنى إلى القروع ، ولأنها تثبت الحكم على مخالفة الأصول . ولأن الطعم عبارة عن أعظم وجوه الانتفاع بالمثل ، وكذلك الثنية فإنها تنبئ عن شدة الحاجة إليه ، وتثير الحاجة في الإباحة لا في الحرمة ، كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة . وإذا كانت الثنية وأنظم ينشأن عن شدة الحاجة ، فلا يصلح أن يكون علة لحرمة . وتنسب قول إن صاحب الشرع نص على الأشياء الأربعة ، فتا قد نص على الأشياء الستة وعطف بعضها على بعض ، فينبغي أن تكون العلة في الكل واحدة وذلك اجتناباً وتقدراً ، ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة في القصر كالصاع والقنير ونحوه . فإما إذا كانت العلة في التفرد الثنية وفي سائر الأشياء الأربعة أنظم ، لم يستعمل عطف بعضها على بعض ، إذ لا موافقة بين الثنية وأنظم . (انظر في كل ذلك المبسوط ١٢ ص ١١٦ - ص ١٢٠) .

ما يحتاج به الشافعية في أن العلة في الأموال الربوية هي الطعم والثنية :

ويحتاج الشافعي في إثبات أصله بأن الشرع قد شرط لجواز البيع في هذه الأموال شرطين زائدين : المساواة واليد باليد . فعرفنا أن الموجب لزيادة هذين الشرطين معنى في المحل ينبئ عن زيادة خطر . والمعنى الذي ينبئ عن زيادة الخطر في الذهب والفضة لا يكون إلا الثنية ، لأنها خلقت لذلك ، وبالثنية حياة الأموال . والمعنى الذي ينبئ عن زيادة الخطر في الأشياء الأربعة الأخرى

لا يكون إلا الطعم ، لأن بالطعم حياة النفوس . فعرفنا أن العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والتمنية ، ولهذا جعلنا الجحسية شرطاً لا علة . وبهذا يتبين فساد التعليل بالقدر ، فإنه لا ينبئ عن زيادة خطر في المحل ، فالجص يكال مع أنه شيء هين لا تتعلق به حياة نفس ولا مال وإنما هو معد لتزيين البناء . ولأن الشرع ذكر عند بيان حكم الربا جميع الأثمان وهي الذهب والفضة ، وذكر من المطعومات أنفس كل نوع ، فالحنطة أنفس مطعوم بني آدم ، والشعير أنفس علف الحيوان ، والتمر أنفس الفواكه ، والملح أنفس التوابل . فلما أراد المبالغة في بيان حكم الربا ، ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات ، نص من كل نوع على أعلاه ، ليبين بذلك أن العلة هي الطعم . فأما إذا جعلت العلة هي القدر ، تمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً ، لأن صفة القدر لا تختلف في الأشياء الأربعة ، وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى . فإذا ثبت أن العلة هي الطعم والتمنية ، امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الأثمان على الأثمان . لانعدام العلة فيها . (انظر في كل ذلك المبسوط ١٢ ص ١١٥ - ص ١١٦ وهو ينقل مذهب الشافعي) .

الموازنة بين حجج الحنفية وحجج الشافعية وترجيح مذهب الشافعي :

تتلخص حجج الحنفية - كما رأيناها - فيما يأتي :

١ - أن الأموال الستة المذكورة في الحديث الشريف لا تعرف ماليتها إلا بالكيل أو الوزن ، فصارت صفة الكيل أو الوزن ثابتة بمقتضى النص ، وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمنصوص .

٢ - أن الحكم في الأموال الربوية هو وجوب المماثلة لإمكان المخلص . فالمحل الذي لا يقبل المماثلة ، فلا يتصور فيه المخلص ، كالحفنة والتفاحة والرمان والسفرجل ، لا يكون مال الربا أصلاً . ويتبين من ذلك أن من المطعومات ما لا يكون مالاً ربوياً ، كما أن من الأموال الربوية ما لا يكون مطعوماً . فالطعم علة واسعة تثبت الحكم على مخالفة الأصول ، وهي في الوقت ذاته علة قاصرة لا تتعدى إلى الفروع . ويقول الزيلعي (جزء ٤ ص ٨٧) في شرط التماثل في الأموال الربوية ما يأتي : « والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلاً بمثل ، والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير ، فعلم بذلك أن ما لا يكال

ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية ، وأن الأموال الربوية هي التي تكون من ذوات الأمثال ، وما لا يكون من ذوات الأمثال ليس من الأموال الربوية ، إذ الحكم لا يثبت بدون محله ، ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة .

٣- إن الطعم هو أعظم وجوه الانتفاع بالمال ، وكذلك الثمنية تنبئ عن شدة الحاجة إلى الأثمان . وتأثير الحاجة إنما يكون في الإباحة لا في الحرمة ، فإذا كانت الثمنية والطعم ينبئان عن شدة الحاجة ، فإنهما لذلك لا يصلحان أن يكونا علة للحرمة ، وفي هذا المعنى يقول الزيلعي أيضاً (جزء ٤ ص ٨٦ - ٨٧) : « والطعم والاقتيات والتمنية والادخار من أعظم وجوه المنافع ، والحاجة إليها من أشد الحاجات وأهمها ، فسنة الله في مثله التوسعة والإطلاق دون التضييق . ألا ترى أن الميتة أباحها عند المخصصة للحاجة ، وكذلك أجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة لمظنة الحاجة عادة بخلاف سائر الأموال المشتركة . . . وكل ما اشتدت الحاجة إليه كانت التوسعة فيه أكثر ، فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم فيضاده » .

٤- عطف الأشياء الستة بعضها على بعض في الحديث الشريف ، وذلك يقتضي أن تكون العلة في الكل واحدة ، وهي الجنس والقدر ، أما الكيل والوزن فاختلفا عبارة في القدر كالصاع والقفيز ونحوه . ولو كانت العلة في النقود الثمنية وفي سائر الأشياء الأربعة الطعم ، لم يستقم عطف بعضها على بعض ، إذ لا موافقة بين الثمنية والطعم .

وتتلخص حجج الشافعية - على ما سبق إيراده - في حجتين :

١- إن الموجب لزيادة شرطين في الأموال الربوية حتى يجوز بيعها - والشرطان هما التماثل واليد - معنى في المحل ينبئ عن زيادة خطره . ولا يوجد معنى أكبر خطراً من الثمنية في الذهب والفضة ، إذ بالتمنية حياة الأموال . كما لا يوجد معنى أكبر خطراً من الطعم في الأشياء الأربعة الأخرى ، إذ بالطعم حياة النفوس . أما التعليل بالقدر ، كما تقول الحنفية فإنه لا ينبئ عن زيادة

خطر في المحل ، فالجص يكال مع أنه شيء هين .

٢ - إذا جعلت العلة هي الثمنية والطعم ، ظهر السر في أن الشارع ذكر هذه الأشياء الستة . فهو قد ذكر جميع الأثمان ، وهي الذهب والفضة . ولما كان يشق ذكر جميع المطعومات ، فقد نص من كل نوع على أعلاه ، فذكر الحنطة وهي أنفـس مطعومات بني آدم ، والشعير وهو أنفـس علف الحيوان ، والتمر وهو أنفـس الفواكه ، والملح وهو أنفـس التوابل . أما إذا جعلت العلة هي القدر ، كما تقول الحنفية ، تمحض ذكر الأشياء الأربعة تكراراً ، لأن صفة القدر لا تختلف في شيء منها ، فكلها أشياء مكيلة ، وحمل كلام الشارع على ما يفيد أولى .

والتأمل في حجج كل فريق من الفريقين يرى أن الاعتبار الذي وقف عنده الشافعي اعتبار اجتماعي اقتصادي ، فنفذ بذلك إلى لب الموضوع وتغلغل في الصميم منه . أما الاعتبار الذي وقفت عنده الحنفية فهو اعتبار منطقي أقرب إلى الشكل منه إلى الجوهر . ولذلك لا نتردد في ترجيح مذهب الشافعي . فإنه يقف من الأشياء الستة المذكورة في الحديث الشريف عند المعنى البارز الذي ينبغي الوقوف عنده .

أما الذهب والفضة . فالمعنى البارز فيهما هو الثمنية . وفي هذا يقول ابن القيم في إعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠١) : « وأما الدراهم والدنانير ، فقالت طائفة العلة فيهما كونهما موزونين ، وهذا مذهب أحمد في إحدى الروايتين عنه ومذهب أبي حنيفة . وطائفة قالت العلة فيهما الثمنية ، وهذا قول الشافعي ومالك وأحمد في الرواية الأخرى ، وهذا هو الصحيح ، بل الصواب . . . فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة ، فهو طرد محض . بخلاف التعليل بالثمنية ، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات ، والتمن هو المقياس الذي به يعرف تقويم الأموال ، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض . إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسـلع ، لم يكن لنا ثمن يعتبر به المبيعات ، بل للجميع سماع . وحاجة الناس إلى ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة ضرورية عامة ، وذلك لا يمكن إلا بسعر تعرف به القيمة ، وذلك لا يكون إلا بثمن تقوم به الأشياء ويستمر على حالة

واحدة ، ولا يقوم هو بغيره ، إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض ، فتفسد معاملات الناس ، ويقع الخلف ويشتد الضرر ، كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعم الضرر وحصل الظلم . ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص ، بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها ، لصلح أمر الناس . فلو أبيع ربا الفضل في الدراهم والدنانير ، مثل أن يعطى صحاحاً ويأخذ مكسرة أو خفافاً ويأخذ ثقلاً أكثر منها ، لصارت متجراً ، أو جر ذلك إلى ربا النسيئة فيها ولا بد . فالأثمان لا تقصد لأعيانها ، بل يقصد التوصل بها إلى السلع . فإذا صارت في أنفسها سلعاً تقصد لأعيانها ، فسد أمر الناس . وهذا معنى معقول يختص بالنقود ، ولا يتعدى إلى سائر الموزونات .

وأما الأشياء الأربعة الأخرى - الحنطة والشعير والتمر والملح - فإن المعنى البارز فيها هو الطعم كما جاء في مذهب الشافعي ، أو هو الاقتيات والادخار كما جاء في مذهب مالك . ويقول الخطاب (جزء ٤ ص ٣٤٦) : « ومعنى الاقتيات أن يكون الطعام مقتاتاً أي تقوم به البنية ، ومعنى الادخار ألا يفسد بتأخيره إلا أن يخرج التأخير عن العادة . والقول الثاني أن العلة الاقتيات والادخار وكونه متخذاً للعيش غالباً . . . وعبر عنه صاحب التنبهات بالمقتات المدخر الذي هو أصل للمعاش غالباً . . . وذهب كثير من شيوخنا إلى أنه لا يلزم التعليق بكونه أصلاً للعيش ، وإنما المراد ادخاره غالباً وكونه قوتاً . » ويرجع ابن القيم مذهب مالك في الأخذ بمعنى الاقتيات والادخار ، فيقول في أعلام الموقعين (جزء ٢ ، ص ١٠٠) : « الشارع نص على تحريم ربا الفضل في ستة أعيان ، وهي الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، فاتفق الناس على تحريم التفاضل فيها مع اتحاد الجنس ، وتنازعوا فيما عداها . فطائفة قصرت التحريم عليها ، وأقدم من يروى هذا عنه قتادة ، وهو مذهب أهل الظاهر ، واختيار ابن عقيل في آخر مصنفاته مع قوله بالقياس ، قال لأن علل القياسيين في مسألة الربا علل ضعيفة وإذا لم تظهر فيه علة امتنع القياس . وطائفة حرمت في كل مكيل وموزون يجنسه ، وهذا مذهب عمار وأحمد في ظاهر مذهبه وأبي حنيفة . وطائفة خصته بالطعام إذا كان مكيلاً أو موزوناً ، وهو قول سعيد بن المسيب ورواية

عن أحمد وقول للشافعي . وطائفة خصته بالقوت وما يصلحه ، وهو قول مالك ، وهو أرجح هذه الأقوال .

على أن ما يحتاج به الحنفية من ناحية المنطق في حاجة إلى إمعان من النظر :

١ - فالشارع عندما قال الحنطة بالحنطة ، نظر دون شك إلى معنى في الحنطة . وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الطعم أو الكيل . ومعنى الطعم لخطره أولى من معنى الكيل لتفاهته . ثم إن معنى الطعم لا يجعل تعاقب الأشياء الأربعة محض تكرار ، إذ هي تتفاوت في هذا المعنى ، فالحنطة طعام الإنسان ، والشعير طعام الحيوان ، والتمر فاكهة ، والملح من التوابل . أما معنى الكيل فيتكرر دون تفاوت في الأشياء الأربعة ، فكان يكفي ذكر واحد منها . وكذلك عند ما قال الشارع الذهب بالذهب ، نظر دون شك إلى معنى في الذهب . وهذا المعنى لا يخرج عن أن يكون الثمنية أو الوزن . ومعنى الثمنية أولى بالاعتبار ، فهو أبرز في الذهب والفضة - وهذان هما النقدان ذكرهما الشارع معاً - عنه في كل موزون آخر .

ولما أن هذه الأموال الستة لا تعرف ماليتها إلا بالكيل أو الوزن ، فإن هذا لا يمنع من أن الشارع لم يعتد فيها بهذا المعنى ، وإنما اعتد فيها بمعنى الطعم والثمنية كما بينا . فيكون ما لا ربويًا ما يجتمع مع هذه الأموال ، لا في معنى الكيل أو الوزن وهو معنى لا خطر له ، بل في معنى الطعم أو الثمنية وهو المعنى الأول بالاعتبار .

٢ - وليس من الضروري أن المحل الذي لا يقبل المماثلة لا يكون مالا ربويًا . فالجوز والبيض والبطيخ والرمان والسفرجل ، كل هذه مطعومات لا تقبل المماثلة وليس في طبيعة الأشياء ما يمنع من أن تكون أموالا ربوية ، وكل ما يترتب على اعتبارها كذلك أنه لا يجوز بيعها في جنسها ، فلا يجوز بيع جوزة في جوزة ولا بيضة في بيضة ولا بطيخة في بطيخة ، لأن التماثل في كل ذلك غير مكفول . والمخلص من الوقوع في الربا في هذه الحالة أن يباع أحد البدلين بالنقد ثم يشتري بالنقد البديل الآخر .

٣ - وإذا كان وجه الحاجة واضحاً في الأموال الستة ، وكان تأثير الحاجة في الإباحة لا في الحرمة ، فكذلك قد تكون الحاجة إلى الأشياء داعية إلى وجوب

منع احتكارها أو التلاعب في أسواقها ، ومن ثم يكون تأثير الحاجة في الحرمة لا في الإباحة ، سداً للذرائع .

٤ - وليس من الضروري أن تتوحد العلة في الأشياء الستة لمجرد عطفها بعضها على بعض فمن الجائز أن تنتظمها علتان أو أكثر ، بل من الجائز أن يكون لكل شيء منها علة ، ولا يمنع العطف من تعدد العال . والظاهر في حالتنا أن هناك علتين : علة الثمنية وتنتظم الذهب والفضة ، وعلة الطعم وتنتظم الحنطة والشعير والتمر والملح .

ثانياً - تحديد ربا الفضل

المذهب الحنفي :

يتحقق ربا الفضل عند الحنفية باجتماع شطرى علة الربا : القدر (أى الكيل أو الوزن) واتحاد الجنس . فكل مكيل أو موزون من جنس واحد إذا بيع متفاضلاً تحقق فيه ربا الفضل . ومن ثم إذا بيع مكيل في مكيل من جنس واحد ، مطعوماً كان أو غير مطعوم . كما إذا بيعت الحنطة بالحنطة أو الجص بالجص ، وجب أن يتماثل القدران المبيعان . فإن زاد أحد القدرين على القدر الآخر فسد البيع لدخول ربا الفضل في الصفقة . وإراد المماثلة في القدر لا في الصفة ، وإلا فإن تماثل القدر واتحدت الصفة لم يبق هناك معنى للتبادل ما بين شيئين متساويين جنساً وقدرًا وصفة . كذلك إذا بيع موزون في موزون من جنس واحد ، ثمنًا كان أو غير ثمن . مطعوماً كان أو غير مطعوم ، كبيع الذهب بالذهب أو الحديد بالحديد أو السكر بالسكر ، وجب كذلك أن يتماثل القدران ، فإن زاد أحدهما على الآخر فسد البيع .

مذهب الشافعي :

ويتحقق ربا الفضل عند الشافعية بقيام علة الربا وهى الطعم أو الثمنية مع وجود شرطه وهو اتحاد الجنس . فإذا بيع طعام في طعام من جنس واحد ، مكيلًا كان أو غير مكيل ، موزونًا كان أو غير موزون ، كبيع الحنطة بالحنطة

والسمن بالسمن والبطيخ بالبطيخ ، وجب أن يتماثل القدران ، وإلا فسد البيع . ولا يتحقق التماثل على أية صورة في البطيخ بالبطيخ كما سئرى . وإذا بيع الثمن في الثمن - وهذا هو الصرف - وكان الثمنان من جنس واحد ، كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، وجب أن يتماثل القدران ، وإلا فسد البيع .

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا الفضل (١) :

رأينا أنه إذا اتحد الجنس ، فإن الحنفية يقفون في تحقق ربا الفضل عند الكيل أو الوزن ، أما الشافعية فيقفون عند الطعم أو الثمنية . ومن ثم يختلف المذهبان في تطبيقات ربا الفضل ، ويظهر ذلك في التطبيقات الآتية :

أولا : بيع مكيل بجنسه غير مطعوم متفاضلا ، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن متفاضلا ، وذلك كبيع قفيز حصص بقفيزي حصص أو بيع من حديد بمنوى حديد : عند الحنفية لا يجوز لأنه بيع ربا ، لوجود علة الربا وهي الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس . وعند الشافعية يجوز ، لأن علة الربا وهي الطعم أو الثمنية غير موجودة . وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والأثمان ، كالنورة والزرنيخ والصفير والنحاس ونحوها .

وأما بيع الكيل المطعوم بجنسه متفاضلا أو بيع الموزون المطعوم أو الثمن بجنسه متفاضلا ، كبيع قفيز أرز بقفيز أرز وبيع من سكر بمنوى سكر وبيع درهم بدرهمين ، فلا يجوز بالإجماع : أما عند الحنفية فلوجود الجنس والقدر ، وأما عند الشافعية فلوجود الجنس والطعم . وكذا كل مكيل أو موزون هو مأكول أو مشروب ، كالعدس والأذرة والدهن والزيت والخل ونحوها .

ويجوز بالإجماع بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا ، مطعوماً كان أو غير مطعوم ، بعد أن يكون يداً بيد ، كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير وبيع قفيز حصص بقفيزي نورة ونحو ذلك ، لأن علة ربا الفضل مجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس . وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جائز إجماعاً ثمين

(١) انظر في هذه التطبيقات البدائع جزء ٥ ص ١٨٣ وما بعدها .

كانا أو مثمانين ، مطعومين كانا أو غير مطعومين ، بعد أن يكون بدأ بيد ، كبيع دينار بمائة درهم وبيع من حديد بمنى نحاس أو رصاص وبيع من سمن بمنى سكر .

ويجوز إجماعاً بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحداً باثنين ، بدأ بيد ، كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدتين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك ، بالإجماع : أما عند الحنفية فلانعدام أحد الوصفين وهو الكيل والوزن ، وعند الشافعية لانعدام الطعم والتمنية .

ثانياً : بيع مطعوم يحنسه ليس بمكيل ولا موزون متفاضلاً ، كبيع حفنة حنطة بحفنتين أو بطيخة ببطيختين أو رمانة برمانتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين : يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن وإن اتحد الجنس ، ولا يجوز عند الشافعية لوجود الطعم والجنس .

ولو بيع غير متفاضل ، حفنة بحفنة أو بطيخة ببطيخة أو رمانة برمانة أو بيضة ببيضة أو جوزة بجوزة : يجوز عند الحنفية لانتفاء الكيل والوزن وإن اتحد الجنس . وعند الشافعية لا يجوز لوجود الطعم ، وذلك أن حرمة بيع المطعوم يحنسه هو العزيمة عندهم ، والتساوي في الكيل أو الوزن (لا في العدد) مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ، ولم يوجد المخلص فبقى على أصل الحرمة .

ثالثاً : تحديد ربا النسبة

المذهب الحنفي :

رأينا أن ربا الفضل عند الحنفية يجري باجتماع شطرى علته ، أى باجتماع القدر (الكيل أو الوزن) والجنس ، أما ربا النسبة فيجري بوجود أحد شطرى العلة : القدر أو الجنس .

فيجري ربا النسبة إذن في حالتين : (الحالة الأولى) أن يكون كل من البديلين مكبلاً ، أو أن يكون كل منهما موزوناً ، سواء اتحد الجنس أو لم يتحد . (الحالة الثانية) أن يكون البدلان من جنس واحد ، سواء كانا مكبلين أو

موزونين أو لم يكونا كذلك .

فى الحالة الأولى إذا كان البدلان مكيلين من جنس واحد أو من جنس مختلف ، كالحنطة فى الحنطة أو الحنطة فى الشعير و الجص فى الجص أو الجص فى النورة ، أو كان البدلان موزونين من جنس واحد أو من جنس مختلف ، كالذهب فى الذهب أو الذهب فى الفضة أو الحديد فى الحديد أو الحديد فى النحاس . فلا يجوز البيع نسبة ، ويجوز بدأ بيد . ولكن هذه القاعدة تؤدى إلى أن يبيع الحديد أو النحاس أو السكر أو القطن فى الذهب أو الفضة بيع نسبة لا يجوز ، فيقفل باب السلم من جهة وقد رخص فيه النبى عليه السلام ، ويقفل من جهة أخرى باب بيع الموزونات بنقد مؤجل . من أجل ذلك قسمت الحنفية الموزونات قسمين : النقد أى الذهب والفضة ويوزنان بالمشاقيل ، والموزونات الأخرى من حديد ونحاس وسكر وقطن وسمن ودهن وخل وزيت ونحوها وتوزن بالقبان . وهذان القسمان لا يتحدان فى صفة الوزن ، ومن ثم تجوز مبادلة أحد القسمين بالآخر نسبة ، فيجوز بيع الحديد والسكر والقطن وغير ذلك مما يوزن بالقبان فى الذهب أو الفضة بيع نسبة أو بيع سلم .

وفى الحالة الثانية إذا كان البدلان من جنس واحد ولو لم يكونا مكيلين أو موزونين ، كالحيوان فى الحيوان والرمان فى الرمان والهروى فى الهروى ، لم يجز البيع نسبة ، ويجوز بدأ بيد .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان أحد البدلين مكىلا وكان الآخر غير مكيل موزوناً كان أو غير موزون ، كالقمح فى الفضة أو فى الرمان . أو كان أحد البدلين موزوناً وكان الآخر غير موزون مكىلا كان أو غير مكيل ، كالذهب فى القمح أو فى السفرجل ، جاز البيع نسبة . فتجوز النسبة إذن فى بيع المكيل بالموزون وفى بيع الموزون بالمكيل . ومن ثم يتدرج جريان الربا فى مذهب الحنفية على النحو الآتى : فى الموزون بالموزون من جنس واحد وفى المكيل بالمكيل من جنس واحد ، يجرى كل من ربا الفضل وربا النسبة . وفى الموزون بالموزون من جنسين مختلفين وفى المكيل بالمكيل من جنسين مختلفين ، يجرى ربا النسبة ولا يجرى ربا الفضل . وفى الموزون بالمكيل وفى المكيل بالموزون ،

لا يجري الربا أصلاً ، لا ربا الفضل ولا ربا النسيئة .

ومن باب أولى يجوز البيع نسيئة لو اختلف الجنس في غير المكيل والموزون ، كالرمان في السفرجل والبطيخ في القثاء والهروى في المروى .

والأصل في ربا النسيئة عند الحنفية قوله عليه السلام في آخر الحديث المعروف : « فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » . وروى عن إبراهيم النخعي أنه قال : « أسلم ما يكال فيما يوزن ، وأسلم ما يوزن فيما يكال ، ولا تسلم ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن ، وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن ، فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد ، ولا خير فيه نسيئة » .

مذهب الشافعي :

ويجوز ربا النسيئة عند الشافعية إذا كان البدلان مطعومين أو ثمنين ، اتحد جنسهما أو اختلف .

فلا تجوز النسيئة في التمر بالتمر ولا في التمر بالقمح .

ولا تجوز النسيئة أيضاً في الذهب بالذهب ولا في الذهب بالفضة .

ولا تجوز النسيئة في بيع مطعوم بغير مطعوم ، كالقمح في الحديد ، وفي بيع غير مطعوم بغير مطعوم اتحد الجنس أو اختلف ، كالحص في الحص أو الحص في الرصاص .

وتجوز النسيئة في بيع الثمن بالثمن مطعوماً كان أو غير مطعوم ، كالأرز في الفضة والحديد في الذهب .

المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا النسيئة^(١) :

رأينا أن الحنفية يجرون ربا النسيئة إذا وجد أحد شطري علة ربا الفضل ، القدر أو الجنس . ورأينا أن الشافعية يجرون ربا النسيئة في بيع المطعوم بالمطعوم أو بيع الثمن بالثمن . ومن ثم يختلف المذهبان في تطبيقات ربا النسيئة كما اختلفا

(١) انظر في هذه التطبيقات البدائع جزء ٥ ص ١٨٦ .

في تطبيقات ربا الفضل ، ويظهر ذلك في التطبيقات الآتية :

١ - لا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة مكيل في مكيل ، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالحنطة في الحنطة ، أو من جنسين مختلفين كالحنطة في الشعير ، أو كانا غير مطعومين من جنس واحد كالحصص في الحصص ، أو من جنسين مختلفين كالحصص في النورة . وذلك لأن أحد شرطى علة ربا الفضل ، وهو الكيل ، جمع البدلين . وعند الشافعية إن كانا مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، كالحنطة في الحنطة والحنطة في الشعير ، فكذلك لا يجوز . وإن كانا غير مطعومين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، كالحصص في الحصص والنورة ، جاز البيع نسيئة ، لأن علة ربا النسيئة عندهم هو الطعم وقد انعدم في هذه الصورة .

٢ - ولا يجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة موزون في موزون ، سواء كانا مطعومين من جنس واحد كالسكر في السكر ، أو من جنسين مختلفين كالسكر في الزعفران ، أو كانا غير مطعومين من جنس واحد كالحديد في الحديد ، أو من جنسين مختلفين كالحديد في النحاس ، أو كانا ثمنين من جنس واحد كالذهب في الذهب ، أو من جنسين مختلفين كالذهب في الفضة . وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالسكر في السكر والسكر في الزعفران ، ولا في الثمن كالذهب في الذهب والذهب في الفضة ، ويجوز في غير المطعوم كالحديد في الحديد والحديد في النحاس .

٣ - ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة المكيل في الموزون ، سواء كانا مطعومين كالحنطة في الزيت أو الزعفران ، أو غير مطعومين كالحصص في الحديد ، وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالحنطة في الزيت أو الزعفران ، ويجوز في غير المطعوم كالحصص في الحديد .

٤ - ويجوز عند الحنفية أن يباع نسيئة الموزون في المكيل ، سواء كانا مطعومين كالسكر في الملح ، أو غير مطعومين كالنحاس في الحصص . وعند الشافعية لا يجوز في المطعوم كالسكر في الملح ، ويجوز في غير المطعوم كالنحاس في الحصص .

٥ - وإذا بيع غير المكيل والموزون في جنسه ، فلا تجوز النسبة إجماعاً في المطعومين كالرمان في الرمان والبيض في البيض . ولا تجوز النسبة عند الحنفية وتجوز عند الشافعية في غير المطعومين كالهروى في الهروى والحيوان في الحيوان . فإذا اختلف الجنس جازت النسبة إجماعاً في غير المطعومين كالهروى في المروى والحيوان في الثوب ، وجازت عند الحنفية ولم تجز عند الشافعية في المطعومين كالرمان في البيض والبطيخ في السفرجل .

تفسير بعض حالات غير ظاهرة في ربا النسبة :

ويتبين مما قدمناه أنه قد توجد حالات في ربا النسبة لا تظهر الحكمة في تحريمها بوضوح لأول وهلة . ونورد بعض الأمثلة على ذلك :

١ - فعند الحنفية والشافعية جميعاً لا يصح بيع دينار في خمسة وتسعين درهماً نسبة ويصح ذلك نقداً^(١) . ويبدو أن السبب في ذلك أن من يصرف ديناراً بخمسة وتسعين رهماً في الحال ليس مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده ، بل هو قد قصد صرف الدينار إلى دراهم ونزل عن جزء يسير من الدينار في سبيل أن يحصل على الدراهم ، ومن ثم جاز البيع نقداً . أما من يشتري خمسة وتسعين درهماً معجلة بدينار مؤجل فهو أقرب إلى أن يكون قد اقترض خمسة وتسعين درهماً على أن يردّها ديناراً ، فيكون قد أربى فيما أعطى على ما أخذ ، ودفع مقابلًا لفضل الحلول على الأجل . فهو مظنة لأن تكون الحاجة قد استغلت عنده ، ومن ثم لم يجز البيع نسبة .

٢ - وعند الحنفية والشافعية جميعاً لا يصح بيع أردب من القمح في أردبين من الشعير نسبة ، ويصح ذلك نقداً^(٢) . ويبدو أن السبب في ذلك هو عين السبب الذي استظهرناه في الحالة الأولى . فمن يعطيك أردباً من القمح ليأخذ منك أردبين من الشعير في الحال لم يستغلك ولم تستغله ، فأنت في حاجة

(١) أما عند الحنفية فلأنه بيع موزون في موزون، وأما عند الشافعية فلأنه بيع ثمن في ثمن.

(٢) أما عند الحنفية فلأنه بيع مكيل في مكيل ، وأما عند الشافعية فلأنه بيع مطوم في

إلى القمح وهو في حاجة إلى الشعير ، وقد رتبا أن أردباً من القمح يعادل في قيمته أردبين من الشعير ، فتمت الصفقة على هذا الوجه . أما إذا ابتعت أردباً من القمح في أردبين من الشعير . نسيئة ، فأنت مظنة لأن تكون قد اقترضت القمح وأريت فيما ترده من الشعير ، فاستغل البائع حاجتك .

٣ - وعند الشافعية لا يجوز بيع بيضة في بيضة لا نسيئة ولا نقداً ، أما عند الحنفية فيجوز بيع البيضة في البيضة نقداً ولا يجوز نسيئة^(١) . ويبدو أن تحريم النسيئة في هذه الحالة عند الحنفية والشافعية جميعاً مرده إلى اعتبار أن بيع البيضة في البيضة نسيئة يستر قرضاً اشترط له أجل معلوم ، واشترط الأجل في القرض لا يجوز .

§ ٢ - الاتجاهات المختلفة التي عملت على تضيق منطقة الربا - في جميع العصور
تسع منطقة الربا ثم تضيق تحت ضغط العوامل الاقتصادية :

الربا معروف منذ قديم العصور . كان معروفاً عند قدماء المصريين ، يدل على ذلك القانون الذي وضعه « بوخوريس » من ملوك الأسرة الرابعة والعشرين يحرم أن يتجاوز مجموع الفوائد رأس المال . ويشاء القدر أن ترجع مصر إلى هذه القاعدة بعد نحو من ثلاثة آلاف من الأعوام ، فتنص المادة ٢٣٢ من التقنين المدني المصري على أنه « لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال » . وكان الربا معروفاً في القوانين البابلية والأشورية وعند الإغريق والرومان .

ولكن الشرائع السماوية - اليهودية فالمسيحية فالإسلام - وسعت من منطقة الربا إلى حد كبير ، وحرمته تحريماً قاطعاً .

أما في اليهودية فالربا لم يكن محرماً إلا في تعامل اليهود بعضهم مع بعض ، فلا يجوز ليهودي أن يقرض بالربا يهودياً مثله ، ولكن يجوز له أن يقرض بالربا غير اليهودي .

(١) أما عند الشافعية فلا يبيح مطعم في مطعم من جنس واحد ، وأما عند الحنفية فلا يبيح

شيء غير مكمل ولا موزون في جنسه .

وتحرم المسيحية الربا ، فقد جاء في الإنجيل : « إذا أقرضتم لمن تنتظرون منهم المكافأة ، فأى فضل يعرف لكم ! .. ولكن .. افعلوا الخيرات وأقرضوا ، غير منتظرين عائدتها ، وإذن يكون ثوابكم جزيلا » (الآيتان ٣٤ و ٣٥ من الفصل السادس من إنجيل لوقا) . ويقول سان توما (Saint Thomas) إن تقاضى الفوائد عن النقود أمر غير عادل ، فإن هذا معناه استيفاء دين لا وجود له ... ذلك أن الشيء الذى لا ينتفع به إلا باستهلاكه تختلط فيه منفعة الشيء بالشيء ذاته ، فمن يقرض هذا الشيء لا يجوز له في الوقت الذى يطلب به أن يطلب بأجر على منفعته ، فإنه هو ومنفعته شيء واحد ، وليس من العدل أن يطلب المقرض بالشيء مرتين (المسألة ٧٨ المادة الأولى في الخاتمة) .

ولكن منطقة الربا في المسيحية ما لبثت ، تحت ضغط العوامل الاقتصادية ، أن أخذت تضيق شيئا فشيئا ، فتباح الفائدة في بعض الحالات الاستثنائية . وقد أورد الأستاذ شكرى قرداحى في كتابه « القانون والأخلاق » (باللغة الفرنسية) في الجزء الثانى (ص ١٦٧ - ص ١٧١) هذه الحالات الاستثنائية على الوجه الآتى :

١ - يجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضاً عن خسارة أصابته بسبب القرض (damnum emergens) . فقد أجاز لجمعية القرض الحسن (monts de piété) أن تتقاضى فوائد يسيرة على المال الذى تقرضه ، تعويضاً عما تتجشمه من المصروفات في دفع أجور العمال وفي إدارة العمل .

٢ - ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض تعويضاً عما فاتته من ربح بسبب القرض (lucrum cessans) . ويشترط أن يتفق المقرض مع المقرض على ذلك مقدماً ، وألا يتجاوز التعويض مقدار صافي الربح الذى كان المقرض يجنيه لو استبقى ماله بعد خصم ما كان يتكبده من المصروفات للحصول على هذا الربح ، وأن يتبين أن المقرض لم تكن عنده وسيلة أخرى للحصول على هذا الربح كأن كان يستطيع أن يستثمر مالا آخر عنده غير المال الذى أقرضه . ولم تكن هذه الشروط تتوافر إلا نادراً ، فإن النظام الإقتصادى في العصور الوسطى لم يكن نظاماً رأسمالياً ، ولم تكن الشركات الكبيرة التى تحتاج دائماً إلى رؤوس أموال

للإنتاج منتشرة في تلك العصور .

٣ - ويجوز للمقرض أن يتقاضى من المقرض ربحاً يسيراً لتأمين خطر الضياع الذي يتعرض له المال الذي أقرضه *periculum sortis* . وهذا الاستثناء لم يتم التسليم به إلا في آخر القرن الرابع عشر ، نظراً لخطورته ومخالفته للتعالم الأولى للكنيسة .

٤ - ويجوز للمقرض أن يتفق مع المقرض على شرط جزائي (*poena conventionalis*) يلتزم بموجبه المقرض ، إذا لم يسدد القرض في الميعاد ، بأن يدفع مبلغاً إضافياً جزاء تأخره عن الوفاء . وقد تردد رجال الكنيسة في إباحة هذا الشرط ، ثم انتهوا إلى التمييز بين شرط جزائي مبالغ فيه . وهو لا يجوز إذ يخفى رباً فاحشاً مستتراً ، وشرط تهديدي لا يجاوز الربح اليسير الذي كانت الكنيسة تسمح به في بعض الحالات ، وهو صحيح إذا لم يكن الغرض منه غير حث المقرض على الوفاء بدينه في الميعاد .

٥ - ويجوز للمقرض أخيراً أن يتقاضى من المقرض فائدة حقيقية عن رأس المال إذا كانت القوانين المدنية أو العادات تجيز ذلك ، فتكون الفائدة مرتكزة على سند شرعي (*titre légal*) . وقد روعي في هذا الاستثناء أن القوانين أو العادات التي أجازت الفائدة قد قدرت الظروف الاقتصادية السائدة ، فرأت أن المقرض يحق له تقاضى هذه الفائدة في نظير الخسارة التي لحقته من القرض والربح الذي فاته . ويشترط في هذه الحالة أن تكون الفائدة معتدلة لا مبالغة فيها . وهناك رأى بقى عند التعالم الأولى للكنيسة فلم يجز هذه الفائدة ، ولكن الرأى الذي أجازها هو الذي تغلب ، مع تحفظ يقضى بأن من يتقاضى فائدة غير معتدلة لا حق له فيها يجب عليه ديانة - لا قضاء - أن يردّها ، وإلا ارتكب خطيئة (*péché*) .

وهكذا ضاقت منطقة الربا في المسيحية شيئاً فشيئاً ، طبقاً لقوانين الكنيسة ، فأبيحت الفوائد في حالة بعد أخرى ، وذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية . وتلت القوانين النظريات الفقهية التي تبرر تقاضى الفوائد. فقد قالوا إن النقود من حيث هي معدن لا تنتج شيئاً ، ولكنها من حيث هي وسائل ائتمان

تدخل ضمن عناصر الإنتاج ، فالعمل هو العنصر الأول للإنتاج ، ولكن رأس المال هو عنصر ثان لا يستغنى عنه العمل ، فإذا كان العمل يستحق جزاءه في صورة الأجر ، فإن رأس المال يستحق أيضاً جزاءه في صورة الفائدة . وقالوا كذلك إن صاحب المال شريك لصاحب العمل . فما ينتج من ربح يحق لصاحب المال أن يأخذ بعضه في صورة فائدة لرأس ماله . وتتلاقى هذه النظريات في فكرة واحدة هي أن النقود التي كان أرسطو قد وصفها بأنها مال غير منتج قد أصبحت مالا منتجاً ، بل أصبحت من العناصر الأولى في الإنتاج . وكما يستحق كل مال منتج أجره كذلك تستحق النقود أجرها ، فليست الفوائد إذن بالربا المحرم ، بل هي أجر مشروع للمال منتج .

وإلى جانب النظريات المبررة للفائدة قامت أيضاً الحيل للتعامل بالربا ، ذكر منها الأستاذ شكري قرداحي في كتابه الذي سبقت الإشارة إليه (جزء ٢ ص ١٨١ - ص ١٨٨) حيلتين : (الحيلة الأولى) هي أن ينشئ صاحب المال مع العامل شركة توصية ، يقدم فيها صاحب المال ماله ، والعامل عمله ، فيشتركان في الربح والخسارة . ثم يعقب عقد الشركة عقد تأمين بين الشريكين نفسيهما ، بموجبه ينزل صاحب المال عن جزء من أرباحه المحتملة في مقابل أن يؤمنه العامل من الخسارة ، وبفضل عقد التأمين هذا يصبح صاحب المال ذا حق في ربح محتمل ، ولا يشارك في الخسارة التي أمّن نفسه منها . ثم يتلو عقد التأمين عقد ثالث هو عقد بيع . بموجبه يبيع صاحب المال للعامل ربحه المحتمل في مقابل مبلغ محقق من المال يكون هو الفائدة . فإذا كان صاحب المال بموجب عقد الشركة يساهم في الربح والخسارة ويقدر ربحه المحتمل بمقدار ٣٠٪ ، فهو ينزل في عقد التأمين عن ١٠٪ ليأمن الخسارة ، فيكون ربحه المحتمل دون مشاركة في الخسارة هو ٢٠٪ ، ثم ينزل في عقد البيع عن ١٠٪ لينقلب ربحه المحتمل وهو ٢٠٪ إلى ١٠٪ ربحاً مضموناً ، وهذه هي الفائدة لرأس ماله . (الحيلة الثانية) هي ما يدعى « بعقد المخاطرة » *contracu mohatrae*^(١) وقد استعيرت

(١) ولفظ "mohatrae" كلمة أسبانية يطلب أن تكون مأخوذة من أصل عربي هو كلمة

من الحيل التي لجأ إليها الفقه الإسلامي ، وصورتها أن يبيع رجل من آخر سلعة قيمتها أربعمائة بخمسمائة مؤجلة إلى سنتين ، ثم يبيع المشتري - وقد أصبح مالكا للسلعة التي اشتراها - السلعة نفسها إلى البائع نقداً بقيمتها أى بأربعمائة . فينتهي أمرهما إلى أن المشتري قد حصل من البائع على أربعمائة يؤديها خمسمائة بعد سنتين ، وهذا هو الربا بعينه مستتراً تحت صفتين متتابعتين من البيع . ويتصل بذلك بيع الوفاء ، فإنه قد يخفى رهناً يضمن قرضاً بربا فاحش ، فيشتري المرابي الدار بمبلغ أقل من قيمتها ، ثم يستولى على الربح وهذه هي الفائدة ، فإذا أعاد البائع له الثمن واسترد الدار كان المشتري (المقرض) قد استولى على الفائدة من الربح ، وإن لم يعد له الثمن فقد استولى على الفائدة من الربح وعلى الدار نفسها في مبلغ أقل من قيمتها كما سبق القول .

وهكذا عن طريق الاستثنائات والحيل ضاقت منطقة الربا في أوروبا شيئاً فشيئاً ، ثم أتت الثورة الفرنسية فأباحت تقاضي الفوائد ، وانتقلت الإباحة إلى تقنين نابليون في سنة ١٨٠٤ ، وهو التقنين المدني الفرنسي المعمول به حتى العصر الحاضر ، ثم صدر في فرنسا قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٨ يحدد السعر القانوني للفائدة ٥٪ في المسائل المدنية و ٦٪ في المسائل التجارية . وألغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ حد السعر القانوني للمسائل التجارية . وأوقف قانون ١٦ أبريل سنة ١٩١٨ حد السعر القانوني للمسائل المدنية . وإذا أصبح سعر الفائدة حراً خالياً من القيود التشريعية ، صدر قانون ٥ أغسطس سنة ١٩٣٥ يجعل من يقرض بسعر أعلى بقدر النصف من السعر المعتاد لظروف هذا القرض مرتكباً لجريمة الربا الفاحش ، ويخصم ما قبضه أعلى من السعر المعتاد من الفوائد المستحقة ثم من رأس المال نفسه ، وما زاد على ذلك يسترده المقرض . وجعل التقنين المدني الإيطالي الجديد السعر القانوني للفائدة ٥٪ ، وأجاز الاتفاق دون قيد على سعر أعلى من ذلك . ولكن التقنين الجنائي الإيطالي (م ٦٤٤) يعاقب على الربا الفاحش ، وهو ما جاوز الحدود المعقولة للفائدة بشرط أن يستغل المرابي حاجة المقرض إلى المال .

الربا في الإسلام والتياران المتعارضان فيه :

وفي الإسلام اتسعت منطقة الربا في البداية إلى حد كبير كما شاهدنا ، ثم أخذت تضيق بعد ذلك تحت ضغط العوامل الاقتصادية .

وسبق ذلك الحيل الكثيرة التي كانت تستعمل للوصول إلى تقاضي الأرباح المحرمة . ويندد ابن القيم (أعلام الموقعين جزء ٢ سنة ١٠٦) بهذه الحيل فيقول : « وإذا كان أرباب الحيل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوى فلساً ، ويقولون الخمسة في مقابلة الخرقة . . . والذي يقضى منه العجب مبالغتهم في ربا الفضل أعظم مبالغة . . . وجاءوا إلى ربا النسيئة ففتحوا للتحيل عليه كل باب . فتارة بالعينه ، وتارة بالمحلل ، وتارة بالشرط المتقدم المتواطأ عليه ثم يطلقون العقد من غير اشتراط ، وقد علم الله والكرام الكاتبون والمتعاقدون ومن حضر أنه عقد ربا مقصوده وروحه بيع خمسة عشر مؤجلة بعشرة نقداً ليس إلا ، ودخول السلعة كخروجها حرف جاء لمعنى في غيره » . والعينة هي عقد « المخاطرة » الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، ويصفه ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١٢٢) على الوجه الآتي : « أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها . فيقول له هذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا ، لسلعة يسميها ليست عنده ، بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرضاً ، فيرد عليه ضعفها » . وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢٠٢ و ص ٢٠٣) : « وكذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غال فهو مكروه . . . هذا إذا تقدم القرض على البيع . فأما إذا تقدم البيع على القرض ، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً ، ثم أقرضه ستين ديناراً . حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار ، وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً ، فذكر الخصاص أن هذا جائز . وهذا مذهب محمد بن سلمة لإمام بلخ ، فإنه روى أنه كان له سلع ، وكان إذا

استقرض إنسان منه شيئاً كان يبيعه أولاً سلعة بثمان غال ، ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته . وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك ، وكانوا يقولون هذا قرض جرنفعاً . ومن المشايخ من قال إن كانا في مجلس واحد يكره ، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به . وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف ويقول محمد بن سلمة ، كذا في المحيط . وما زالت الأذهان تنفتق للوصول إلى تحليل الربا عن حيل من مثل ما ذكرناه ، حتى انتهى الأمر إلى صدور أوامر سلطانية بتنظيم الفائدة وتحديد سعرها ^(١) .

وقد ظهر منذ البداية ، في السنين الأولى من الصد الأول من الإسلام ، تياران متعارضان في أمر الربا : المتشددون فيه يوسعون منه حتى يطغى على كثير من ضروب التعامل ، والمضيقون منه يحصرونه في دائرة محدودة لا يجاوزها . والربا كالخمر ، حرمة القرآن الكريم تدرجاً لا طفرة ، وعلى مراحل تضاهي مراحل تحريم الخمر . فأول آية نزلت فيه آية مكية : (وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله ، وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) . ثم نزلت بعد ذلك آية مدنية : (يأيتها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة . واتقوا الله لعلكم تفلحون ، واتقوا النار التي أعدت للكافرين) . وآخر آية نزلت في الربا آية مدنية حرمته تحريماً شديداً : (الذين يأكلون الربا

(١) انظر ابن عابدين ٤ ص ١٩٥ وص ٢٦٦ . وانظر مقال الأستاذ زكي الدين بدوي المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ص ٥٣٦ هامش رقم ١ ، ويقول في نهاية الهامش : « وخلاصة هذا الكلام أن من الفقهاء من أجازوا بيع شيء بأكثر من قيمته بنية الحصول على القرض ، وأنه استملت هذه الفتوى في الحيلة على جواز القرض بفائدة ، وأنه أسى استعمالها بالإكثار من نسبة هذه الفائدة المسترة بما يعد غبناً للمقرضين وإرهاقاً لهم . فصدر أمر سلطاني بتنظيم الفائدة بجعلها نصفاً في العشرة ، أي ٥ ٪ ، ثم صدر أمر آخر بجعلها ١٠ ٪ في العشرة ، أي جعل الفائدة بـ ١٥ ٪ ، وأنه روى ضرورة صدور أمر لتنظيم معاملة مشروعة هي السلم ، أسى استعمالها بما جعلها أكثر ضرراً من القرض بفائدة المتحاييل على مشروعيتها . وانظر ما جاء في المقال المذكور عن فتاوى الأستاذ الإمام محمد عبده في تحليل ربح صندوق التوفير (ص ٥٥١ وص ٥٥٥) وعقود التأمين (ص ٥٦٢) وفتاوى السيد رشيد رضا في بيع الدين بالتقدي ، والأوراق المالية وفي أعمال البورصة (ص ٥٥٥ - ص ٥٦٢) . وانظر في الربا في الفقه الإسلامي الأستاذ شكري قرداحي في كتابه المشار إليه « القانون والأخلاق جزء ٢ ص ٢٠٠ - ص ٢١٠ » وكيف تطور الربا في المسيحية وفي الإسلام (ص ٢١٠ - ص ٢٢١) .

لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يحق الله الربا ويربى الصدقات ، والله لا يحب كل كفار أثيم ، إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ، ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون . يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تعملوا فادنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون . وكانت هذه الآية من آخر ما نزل من القرآن . ويقول عمر : « إن آية الربا من آخر ما نزل من القرآن ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قبض قبل أن يبينه لنا ، فدعوا الربا والريبة » . ويقول : « ثلاث وردت لو أن رسول الله كان عهد إلينا فيهن عهداً ينتهى إليه : الجدة والكلالة وأبواب من الربا » يعنى بذلك بعض المسائل التي فيها شائبة الربا .

فالربا والريبة ! أو الربا وشائبة الربا ! هذا هو ما دعا المتشددين ، وهم في هذه الحيرة من أمر الربا ، أن يوسعوا في أبوابه ، حتى يتقوه ، لا هو بالذات فحسب ، بل هو وريبته ، أي الربا وشائبة الربا . وعمر نفسه هو الذي يقول : « إنا والله ما ندرى لعلنا نأمركم بأمور لا تصلح لكم ، ولعلنا ننهاكم عن أمور تصلح لكم ، وأنه كان من آخر القرآن نزولاً آيات الربا ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبينه لنا ، فدعوا ما يريبكم إلى ما لا يريبكم » . ثم يقول : « لقد خفت أن نكون قد زدنا في الربا عشرة أضعافه بمخافته » ، أو يقول : « تركنا تسعة أعشار الحلال مخافة الربا » .

وبعارض هذا التيار من التشدد في الربا تيار آخر يتلطف فيه ويحصره في دائرة ضيقة ، وعلى رأس من يمثلون هذا التيار الثاني عبد الله بن عباس ومعه طائفة من الصحابة ، يقصرون الربا على الذي كان معروفاً منه في الجاهلية ونزل فيه القرآن . ولكن ما لبث التيار الأول أن جرف التيار المعارض ، وقامت الكثرة الغالبة من الفقهاء بساندونه ويؤيدونه حتى كانت له الغلبة في الفقه الإسلامي .

اتجاهات ثلاثة في التضييق من منطقة الربا :

على أن فريقاً من الفقهاء ، وعلى رأسهم ابن رشد وابن القيم ، حاولوا أن يكسروا من حدة تطرف المتشددين في الربا . فميزوا بين ربا النسبة ، وجعلوه هو الربا الجلى أو الربا القطعى وهو حرام لذاته ، وبين ربا الفضل ، وجعلوه ربا خفياً أو ربا غير قطعى وهو حرام أيضاً لكن لا لذاته بل لأنه ذريعة إلى ربا النسبة فتحريره هو إذن من باب سد الذرائع .

ثم تأكد هذا الاتجاه باتجاه أكثر منه تضييقاً لمنطقة الربا ، فجعل كلا من ربا الفضل وربا النسبة الواردان في الحديث الشريف محرمين لا لذاتهما بل سداً للذرائع ، وربا الجاهلية هو وحده المحرم لذاته .

فنحن إذن نواجه — إذا أضفنا اتجاه ابن عباس — اتجاهات ثلاثة متدرجة في التضييق من منطقة الربا : أقلها تضييقاً لهذه المنطقة هو اتجاه ابن رشد وابن القيم الذى يميز ما بين ربا الفضل وربا النسبة ، فالأول هو ربا خفى والثانى هو الجلى . ثم يتلوه في التضييق الاتجاه الثانى ، وهو الذى يميز ما بين الربا الوارد في الحديث الشريف والربا الوارد في القرآن الكريم ، فالثانى دون الأول هو الربا الجلى . وأشد الاتجاهات تضييقاً لمنطقة الربا هو الاتجاه الثالث الذى كان عبد الله ابن عباس يترسمه ، وهو لا يعتد إلا بالربا الوارد في القرآن الكريم وهو ربا الجاهلية ، فهو وحده الذى يحرمه ، ولا يحرم غيره من ضروب الربا فضلاً كان أو نسبة .

أولاً : الاتجاه الذي يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة

الأول هو ربا خفي والثاني هو الربا الجلي

ربا النسيئة ربا جلي وربا الفضل ربا خفي :

صاحب هذا الاتجاه هو ابن القيم ، فهو يميز في وضوح وإسهاب بين ربا النسيئة وهو ربا جلي أو ربا قطعي ، وبين ربا الفضل وهو ربا خفي أو ربا غير قطعي .

ولعل ابن رشد لا يبعد كثيراً عن ذلك فهو يقول في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٠٦) « واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين : في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه ، ذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون انظرنى أزدك . وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع : ألا وإن ربا الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب . والثاني ضيع وتعجل ، وهو مختلف فيه » .

أما ابن القيم فعنده أن ربا النسيئة محرم لذاته تحريم مقاصد ، وهو الذي نزل فيه القرآن وكانت عليه العرب في الجاهلية ، وهو الربا الذي لا شك فيه كما يقول أحمد بن حنبل . أما ربا الفضل فهو محرم أيضاً ، ولكن تحريم وسائل من باب سد الذرائع لا تحريم مقاصد كما حرم ربا النسيئة . ووجه ذلك أن بيع خمسة دنانير بستة نسيئة غير جائز ، وهذا هو ربا النسيئة . وكذلك هو غير جائز بيعاً حالاً ، وهذا هو ربا الفضل . ذلك أننا لو أجزأناه حالاً وحرمانه نسيئة ، لا اتخذ الناس الحال ذريعة إلى النسيئة . ولبيع رجل من آخر خمسة دنانير في ستة بزعم أن البيع حال ، ويتواضعان على أجل يقبض البائع عند حلوله ستة الدنانير ، فيكون قد باع الخمسة في الستة نسيئة واتخذ ذريعة له في ذلك صورة

البيع الحال ، ويكون ربا الفضل ذريعة إلى ربا النسيئة ، فحرم تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد كما قدمنا^(١) .

وهذا هو ما ورد في أعلام الموقعين لابن القيم (جزء ٢ ص ٩٩ - ص ١٠٠) يوضح ما قدمناه : « الربا نوعان : جلي وخفي . فالجلي حرم لما فيه من الضرر العظيم ، والخفي حرم لأنه ذريعة إلى الجلي . فتحريم الأول قصداً ، وتحريم الثاني وسيلة . فأما الجلي فربا النسيئة ، وهو الذي كان يفعلونه في الجاهلية مثل أن يؤخر دينه ويزيده في الحال ، وكلما أخره زاده في المال ، حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفة . فإذا رأى أن المستحق يؤخر مطالبته ويصبر عليه بزيادة يبنلها له ، تكلف بنلها ليفتدي من أسر المطالبة والحبس ، ويدافع من وقت إلى وقت ، فيشتد ضرره ، وتعظم مصيبته ، ويعلوه الدين حتى يستغرق جميع موجوده ، فيربو المال على المحتاج من غير نفع يحصل له ، ويزيد مال المرابي من غير نفع يحصل منه لأخيه ، فيأكل مال أخيه بالباطل ويحصل أخوه على غاية الضرر . فمن رحمة أرحم الراحمين وحكمته وإحسانه إلى خلقه أن حرم الربا ، ولعن آكله ومؤكله وكتابه وشاهديه وآذن من لم يدعه بحربه وحرب رسوله . ولم يبحى هذا الوعيد في كبيرة غيره ، ولهذا كان من أكبر الكبائر . وسئل الإمام أحمد عن الربا الذي لا شك فيه ، فقال هو أن يكون له دين فيقول له أتقضى أم تربى ، فإن لم يقضه زاده في المال وزاده هذا في الأجل . . وفي الصحيحين من حديث ابن عباس عن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنما الربا

(١) ولذريعة عند ابن القيم معنى آخر غير ما تقدم : إذا أجز بيع خمسة دنانير في ستة ، أو بيع خمسة قفزان من الحنطة في ستة يوماً حالا ، لدغت لذة الكسب في التجارة الحاضرة إلى التماس كسب زيد في التجارة المؤخرة فيتعاقد المتبايعان على الحلول وقصدهما التأجيل في مقابل فضل أكبر : خمسة دنانير في سبعة أو خمسة قفزان في سبعة ، ويزعمان أن البيع حال ليجيزا ربا النسيئة تحت ستار ربا الفضل ، فإن المتعاقدين قد يتعاقدان على الحلول والمادة جارية يصبر أحدهما على الآخر ، كما يفعل أرباب الحيل يطلقون المقد وقد تواطؤوا على أمر آخر كما يطلقون عقد النكاح وقد اتفقوا على التحليل ، ويطلقون بيع السلعة إلى أجل وقد اتفقوا على أنه يبيدها إليه بدون ذلك الثمن . فلو جوز لهم التفرق قبل القبض ، لأطلقوا البيع حالا وأخروا الطلب لأجل الرجوع فيقيموا في نفس المحنور . فنموا من ذلك ، حتى منعوا من التفرق قبل القبض ، إتماما لهذه الحكمة ورعاية لهذه المصلحة (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٣) .

النسيئة ، ومثل هذا يراد به حصر الكمال وأن الربا الكامل إنما هو في النسيئة ، كما قال تعالى : (إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم وإذا تليت عليهم آياته زادتهم إيماناً وعلى ربهم يتوكلون) إلى قوله : (أولئك هم المؤمنون حقاً) ، وكقول ابن مسعود إنما العالم الذي يخشى الله . وأما ربا الفضل فتخريمه من باب سد الذرائع ، كما صرح به في حديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإنى أخاف عليكم الرما . والرما هو الربا ، فمنعهم من ربا الفضل لما يخافه عليهم من ربا النسيئة . وذلك أنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذى بين النوعين إما في الجودة وإما في السكة وإما في الثقل والخفة وغير ذلك . تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر ، وهو عين ربا النسيئة . وهذه ذريعة قريبة جداً فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة ، ومنعهم من بيع درهم بدرهمين نقداً ونسيئة ، فهذه حكمة معقولة مطابقة للعقول ، وهى تسد عليهم باب المفسدة . ويقول ابن القيم بعد ذلك (جزء ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٣) . . . فكان من رحمة الشارع بهم وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها كما منعهم من ربا النساء في الأثمان إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها إما أن تقضى وإما أن تربي ، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزاناً كثيرة ، ففطموا عن النساء . ثم فطموا عن بيعها متفاضلاً بدأ بيد ، إذ تجرم حلاوة الربح وظفر الكسب إلى التجارة فيها نساء وهو عين المفسدة . وهذا بخلاف الجنسين المتباينين ، فإن حقائقهما وصفاتهما ومقاصدهما مختلفة ، ففى إلزامهم المساواة فى بيعها لإضرار بهم ، ولا يفعلونه فى تجويز النساء بينها ذريعة إلى إما أن تقضى وإما أن تربي . فكان من تمام رعاية مصالحهم أن قصرهم على بيعها بدأ بيد كيف شاء ، فحصلت لهم مصلحة المبادلة ، واندفعت عنهم مفسدة إما أن تقضى وإما أن تربي . . . وإذا تأملت ما حرم فيه النساء رأيته إما صنفاً واحداً أو صنفين مقصودهما واحد أو متقارب كالدرهم والدنانير والبر والشعير والتمر والزبيب ، فإذا تباعدت المقاصد لم يحرم النساء كالبر والثياب والحديد والزيت . يوضح ذلك أنه لو مكن من بيع مد حنطة بمدين ، كان ذلك تجارة

حاضرة ، فتطلب النفوس التجارة المؤخرة للذة الكسب وحلاوته فمنعوا من ذلك .
حتى منعوا من التفرق قبل القبض إلخ .

ما يترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل :

ويترتب على التمييز بين ربا النسيئة وربا الفضل نتيجة هامة . ذلك أنه لما كان ربا النسيئة محرماً لذاته تحريم المقاصد ، وكان ربا الفضل محرماً باعتباره وسيلة تحريم الوسائل لا تحريم المقاصد ، فإن درجة التحريم في ربا النسيئة أشد منها في ربا الفضل . ومن ثم لا يجوز ربا النسيئة إلا لضرورة ملجئة ، كالضرورة التي تبيح أكل الميتة والدم . أما ربا الفضل فيجوز للحاجة ، ولا يخفى أن الحاجة أدنى من الضرورة ، فكلما اقتضت الحاجة التعامل بربا الفضل جاز ذلك . ومن ثم تضيق منطقة هذا الربا إذا قامت الحاجة إلى إباحته في بعض صورته بحيث يتبين في هذه الصور أنه لا يمكن اتخاذه ذريعة لربا النسيئة ، فينتفى سبب التحريم .

ثم إن ربا الفضل ، على النقيض مما تقدم ، تتسع منطوقته إذا كان في اتساعها سد للذرائع ، إذ هو ذاته إنما حرم لأنه ذريعة لربا النسيئة .

فربا الفضل إذن تسيطر عليه فكرتان : الشبهة والحاجة . فهو دائرة مرنة ، تتسع عند الشبهة ، وتضيق عند الحاجة .

ربا الفضل تتسع دائرته عند الشبهة :

أما أن ربا الفضل تتسع دائرته عند الشبهة ، فنن الأمثلة على ذلك بيع الجيد بالردىء في الأصناف الربوية ، وبيع صنّف من الربويات بصنّف مثله ومعه عرض أو دراهم .

فبيع الجيد بالردىء في الأصناف الربوية يتصوره بأن يباع منها صنّف واحد وسط في الجودة بصنّفين أحدهما أجود من ذلك الصنّف والآخر أردأ . مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخر أذون منه .

فإن مالكا يرد هذا لأنه يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب ، فجعل من الردى ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك ، (بداية المجتهد ٢ ص ١١٦) .

وبيع صنف من الربويات بصنف مثله ومعه عرض أو دراهم يتحقق إذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من الصنف المفرد ، أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر . « فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوباً بثلاثة أكيال من التمر ودرهم . فقال مالك والشافعي والليث إن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون إن ذلك جائز . فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع . فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة . مثال ذلك أنه إذا باع كيلين من تمر بكيل وثوب ، فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوي الكيل وإلا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بأن يرضى به المتبايعان . ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد متفاضلاً . فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس » (بداية المجتهد ٢ ص ١١٦) .

ويعرض ابن رشد بعد ذلك لبيع الذرائع الربوية (بداية المجتهد ٢ ص ١١٦ - ص ١١٩) ، وهي بيع من قبيل البيوع المتقدمة الذكر ليست صريحة في الربا ، وإنما تنطوي على شبهة الربا أو على شبهة الشبهة .

من ذلك البيوع التي يعرفونها ببيع الآجال ، والذي يعنينا منها صورة بيع العينة (أو المخاطرة) ، وتتحقق بأن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ، ثم يشتريها نقداً بأقل من الثمن . « فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز ، وقال الشافعي وداود وأبو ثور يجوز . فمن منعه ، فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنائير في أكثر منها إلى أجل وهو الربا

المنهى عنه ، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها إلى الحرام ، مثل أن يقول قائل
لآخر اسلفني عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين ديناراً ، فيقول هذا لا
يجوز ، ولكن أبيع منك هذا (الشيء) بعشرين إلى شهر ثم أشتريه منك بعشرة
نقدأ . . ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت
لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين إني بعت من زيد إلى العطاء
بثمانمائة ، فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بثمانمائة . فقالت عائشة
بشما شريت وبشما اشتريت ، أبلغني زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى
الله عليه وسلم إن لم يتب . قالت أرأيت أن تركت وأخذت الثمانمائة ، قالت نعم
فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف . قال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث
عائشة ، وأيضاً فإن زيدا قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس .
وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري
الأول ، فإن الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر أن يشتريه نقدأ
بأقل من ذلك الثمن ، وعند مالك في ذلك روايتان والصور التي يعتبرها مالك في
الدرايع في هذه البيوع هي أن يتذرع منها إلى : أنظرنى أزدك ، أو إلى بيع ما
لا يجوز متفاضلا ، أو إلى بيع ما لا يجوز نساء ، أو إلى بيع وسلف ، أو إلى
ذهب وعرض بذهب ، أو إلى ضع وتعجل ، أو إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى ،
أو إلى بيع وصرف ، فإن هذه هي أصول الربا (بداية المجتهد ، ص ١١٨) .
ومن ذلك أيضاً استعجال الوفاء بالدين بوضيعة يرضاها الدائن وهو الذي يقال
له « ضع وتعجل » ففيه شبهة الربا . ذلك أن الدائن الذي يضع من الدين حتى
يتعجل استيفاءه قد جعل للزمان مقداراً من الدين كما فعل الدائن الذي زاد في
الدين عندما زاد في الأجل . ويقول ابن رشد : « أما ضع وتعجل ، فقد أجازاه
ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعي في
ذلك ، وأجازاه مالك . . وعمدة من لم يجز ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة
المجتمع على تحريمها ، ووجه شبهه أنه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلا منه في
الموضعين جميعاً ، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمناً ، وهنا لما
حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمناً . وعمدة من أجازاه ما روى عن ابن عباس

أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بإخراج بني النضير ، جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا . (بداية المجتهد ٢ ص ١١٩) .

ويتبين مما تقدم أن ربا الفضل تسع دائرته بالشبهة ، فيحرم ما اتسع منها سداً للذرائع . وهو أيضاً تضيق دائرته للحاجة ، فيجوز منه ما كان ليس بمحاذرات متى انتفت الشبهة وقامت الحاجة . وهذا ما ننتقل الآن إليه .

ربا الفضل تضيق دائرته عند الحاجة :

والحاجة هنا ، كما قدمنا ، ليست الضرورة الملحة التي تذهب في الإلحاح إلى حد إباحة الميتة والدم ، ولكن يكفي أن تكون هناك مصلحة راجحة مشروعة تفوت بتحريم التفاضل ما بين البدلين ، فالحاجة هي تحقيق هذه المصلحة الراجحة المشروعة وعدم تفويتها على المتبايعين .

ونذكر لهذا المبدأ الهام تطبيقات أربعة : ١ - بيع العرايا . ٢ - بيع المصوغ ، ٣ - بيع ما دخلته الصنعة بوجه عام ٤٠ - بيع الدراهم المسكوكة .

بيع العرايا :

يقول ابن القيم في أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠٤) : « وأما ربا الفضل فأبيح منه ما تدعو إليه الحاجة كالعرايا ، فإن ما حرم سداً للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد » . ثم يقول (ص ١٠٥) : « وإن تحريم ربا الفضل إنما كان سداً للذريعة كما تقدم بيانه ، وما حرم سداً للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة ، كما أبيع العرايا من ربا الفضل ، وكما أبيع ذوات الأسباب من الصلاة بعد الفجر والعصر ، وكما أبيع النظر للخاطب والشاهد والطبيب والمعامل من جملة النظر المحرم ، وكذلك تحريم الذهب والحريز على الرجال حرم لسد ذريعة التشبه بالنساء الملعون فاعله ، وأبيع منه ما تدعو إليه الحاجة » .

ويقول صاحب الشرح الكبير على متن المقنع (انظر المغنى ٤ ص ١٥١) : « ولا يجوز بيع المزبنة ، وهو بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر إلا في العرايا ،

وهي بيع الرطب في رؤوس النخل خرساً ، بمثلة من التمر كيلاً ، فيما دون خمسة أوسق ، لمن به حاجة إلى أكل الرطب ، ولا ثمن معه ، ولا يجوز بيع المزبنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة ، وهو بيع الرطب بالتمر ، متفق عليه .. فأما العرايا فيجوز في الجملة . وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك في أهل المدينة ، والأوزاعي ، أهل الشام ، والشافعي وإسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة لا يجزئ بيعها لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه بيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما . فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض . ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ، متفق عليه . . قال ابن المنذر الذي نهى عن المزبنة هو الذي أرخص في العرايا . وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، والقياس لا يصر إلى مع النص ، مع أن في الحديث أنه أرخص في العرايا ، والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال .

ونرى مما تقدم أنه يجوز بيع العرايا بشروط خمسة : (أولاً) أن يكون فيما دون خمسة أوسق ، مع خلاف في الرأي في الخمسة ذاتها ، وأما ما زاد فلا يجوز بلا خلاف . (ثانياً) أن يكون مشتريها محتاجاً إلى أكلها رطباً ، فتي كان المشتري غير محتاج إلى أكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر . ولا تعتبر حاجة البائع ، فلو باع رجل عربية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز ، وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز . ولنا أن المذهب في التجويز حاجة المشتري ، بدليل ما روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يتناعوا العرايا بنحوها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع ، فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى ألا يحصل الإرفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة . (ثالثاً) ألا يكون للمشتري نقد يشتري به للخبر المذكور . (رابعاً) أن يشتريها بنحوها من التمر . ويجب أن يكون التمر

الذي يشتري به معلوماً بالكيل ، ولا يجوز جزافاً . . . ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمرّاً يأكلها أهلها رطباً . إذا ثبت ذلك فعني خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الحارص إلى العرية ، فينظر كم يحىء منها تمرّاً ، فيشتريها بمثل الرطب الذي عليها لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال وألا يباع الرطب بالتمر . خولف في الأصل في بيع الرطب بالتمر ، فبقي فيما عداه على قضية الدليل . قال القاضي والأول أصح ، لأنه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح خرصة تمرّاً ، ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرّاً بفضي إلى فوات ذلك . (خامساً) التقابض في المجلس ، وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه بيع تمر بتمر ، فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناه الشرع مما لم يمكن اعتباره في بيع العرايا . والقبض في كل واحد منهما على حبسه ، ففي التمر اكتياله ، وفي النخلية . وليس من شروطه حضور التمر عند النخل ، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ، ثم مضيا جميعاً إلى النخل فسلمه إلى مشتربه ، ثم مضيا إلى التمر فسلمه البائع : أو تسلم التمر أولاً ثم مضيا إلى النخل فسلمه ، جاز ، لأن التفرق لم يحصل قبل القبض . إذا ثبت هذا فإن بيع العرية يقع على وجهين ، أحدهما أن يقول بعثك ثمرة هذه النخلة بكذا ويصفه ، والثاني أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعثك هذا بهذا أو بعثك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا . فإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه ، وإن باعه بموصوف فقبضه بكيه .

ويتبين من ذلك أنه جاز التفاضل بين التمر والتمر في بيع العرايا للحاجة ، فإن المشتري يعطى من التمر مثل ما يؤول إليه ما في النخل من الرطب عند الجفاف . وغنى عن البيان أن التعادل التام بين ما أخذ المشتري من الرطب وما أخذ البائع من التمر غير ممكن ، فإن التقدير إنما يكون بالحرص أي بالتخمين ، فاحتمال التفاضل كبير ، ومع ذلك جاز للحاجة ، وبنص الحديث الشريف .

بيع المصوغ :

وهنا أيضاً تدعو الحاجة إلى إباحة التفاضل ، فيجوز بيع الصياغة المباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء ، بفضة أو ذهب من مثله متفاضلاً . والفضل في

نظير الصياغة ، وإلا فالعقل لا يبيع المصوغ بوزنه من جنسه ، فإن ذلك سفه وإضاعة للصناعة .

ويقول ابن القيم في أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠٤ - ص ١٠٧) في هذه المسألة : « وعلى هذا فالمصوغ والحلية ، إن كانت صياغته كالآنية ، حرم بيعه بجنسه وبغير جنسه ، وبيع هذا هو الذي أنكره عبادة على معاوية^(١) فإنه يتضمن مقابلة الصياغة المحرمة بالأثمان ، وهذا لا يجوز ، كآلات الملاحى . وأما إن كانت الصياغة مباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيع من حلية السلاح وغيرها ، فالعقل لا يبيع هذه بوزنها من جنسها فإنه سفه وإضاعة للصناعة . والشارع أحكم من أن يلزم الأمة بذلك ، فالشريعة لا تأتى به ولا تأتى بالمنع من بيع ذلك وشرائه لحاجة الناس إليه . فلم يبق إلا أن يقال لا يجوز بيعها بجنسها ألبتة ، بل بيعها بجنس آخر ، وفي هذا من الحرج والعسر والمشقة ما تنفيه الشريعة ، فإن أكثر الناس ليس عندهم ذهب يشتررون به ما يحتاجون إليه من ذلك ، والبائع لا يسمح ببيعه ببر وشعر وثياب ، وتكليف الاستصناع لكل من احتاج إليه إما متعذر أو متعسر ، والحيل باطلة في الشرع . وقد جوز الشارع بيع الرطب بالتمر لشهوة الرطب ، وأبن هذا من الحاجة إلى بيع المصوغ الذى تدعو الحاجة إلى بيعه وشرائه ، فلم يبق إلا جواز بيعه كما تباع السلع ، فلو لم يحز بيعه باللراهم فسدت مصالح الناس . يوضحه أن الحلية المباحة صارت بالصناعة المباحة من جنس الثياب والسلع لا من جنس الأثمان ، ولهذا لم تجب فيها الزكاة فلا يجرى الربا بينها وبين الأثمان كما لا يجرى بين الأثمان وبين سائر السلع ... يوضحه أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة أنه نهى أن يباع إلا بغير

(١) جاء في الروض النضير (جزء ٣ ص ٢٢٩) : « من حديث أبي الأشعث قال غزونا غزاة وعمل الناس معاوية ، ففتمنا غنائم كثيرة ، وكان فيما غنمناه آنية من فضة ، فأمر معاوية رجلا أن يبيعها في أعطيات الناس ، فسارع الناس في ذلك . فبلغ عبادة بن الصامت ، فقام فقال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة الجديدة . فبلغ ذلك معاوية ، فقام خطيباً فقال ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث قد كنا نشهده ونصحه ولم نسلمها منه . فقام عبادة ، فأعاد القصة ، ثم قال : لنحدثن بما سمعنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن كره معاوية ، ما أبالي ألا أصعبه في جنده ليلة سوداء . وقيل إن عمر كتب إلى معاوية ألا يبيع ذلك إلا مثلاً بمثل ، وزناً بوزن ، وقال لعبادة ارجع إلى أرضك فقبحت أرض لست فيها ولا أمثالك »

جنسه أو بوزنه ، والمتقول عنهم إنما هو في الصرف^(١) . . . يوضحه أن تحريم ربا الفضل إنما كان سداً للذريعة كما تقدم بيانه ، وما حرم سداً للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة ، كما أبيحت العرايا من ربا الفضل . . . وغاية ما في ذلك جعل الزيادة في مقابلة الصياغة المباحة المتقومة بالأثمان في الغصب وغيرها ، وإذا كان أرباب الحبل يجوزون بيع عشرة بخمسة عشر في خرقة تساوى فلساً ويقولون الخمسة في مقابلة الخرقة ، فكيف ينكرون بيع الحلية بوزنها وزيادة تساوى الصناعة ، وكيف تأتى الشريعة الكاملة الفاضلة التي بهرت العقول حكمة وعدلاً ورحمة وجلالة بإباحة هذا وتحريم ذلك ! وهل هذا إلا عكس للمعقول والنظر والمصلحة ! فإن قيل الصفات لا تقابل بالزيادة ، ولو قبلت بها لحاز بيع الفضة الجيدة بأكثر منها من الرديئة وبيع التمر الجيد بأزيد منه من الرديء ، ولما أبطل الشارع ذلك علم أنه منع من مقابلة الصفات بالزيادة - قيل : الفرق بين الصنعة التي هي أثر فعل الآدمي ، وتقابل بالأثمان ، ويستحق عليها الأجرة ، وبين الصفة التي هي مخلوقة لله لا أثر للعبد فيها ولا هي من صنعة . فالشارع بحكمته وعدله منع من مقابلة هذه الصفة بزيادة ، إذ أن ذلك يفضي إلى نقضه ما شرعه من المنع من التفاضل ، فإن التفاوت في هذه الأجناس ظاهر ، والعامل لا يبيع جنساً يجنسه إلا لما هو بينها من التفاوت ، فإن كانا متساويين من كل وجه لم يفعل ذلك ، فلو جوز لهم مقابلة الصفات بالزيادة لم يحرم عليهم ربا الفضل ، وهذا بخلاف الصياغة التي جوز لهم المعاوضة عليها معه . . . يوضحه أن الشارع لا يقول لصاحب هذه الصياغة بيع هذا الصوغ بوزنه واخسر صياغتك ، ولا يقول له لا تعمل هذه الصياغة واتركها ، ولا يقول له تحبل على بيع المصوغ بأكثر من وزنه بأنواع الحبل ، ولم يقل قط لا تبعه إلا بغير جنسه ، ولم يحرم على أحد أن يبيع شيئاً من الأشياء بجنسه .

(١) ومع ذلك فقد جاء في الروض النضير (جزء ٣ ص ٢٢٩) : أخرج البيهقي في سننه عن مجاهد قال كنت أطوف مع ابن عمر ، فجاءه صائغ فقال يا أبا عبد الرحمن إنني أصوغ الذهب ، ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه ، فاستفضل في ذلك قدر عمل يدي فيه ، فهاء عبد الله بن عمر عن ذلك . فجعل الصائغ يرد المسألة ، وعبد الله ينهأ ، حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابته يريد أن يركبها . ثم قال عبد الله بن عمر : والدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم ، لا فضل بينهما ، هذا عهد نبينا صل الله عليه وآله وسلم إلينا ، وعهدنا إليكم .

بيع ما دخلته الصنعة بوجه عام :

ويقاس على جواز بيع المصوغ يحنسه متفاضلا للحاجة بيع كل شيء دخلته الصنعة يحنسه متفاضلا متى قامت الحاجة إلى ذلك .

فيجوز بيع الخبز بالخبز متماثلا ومتفاضلا في بعض المذاهب . قال ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١١٤ - ص ١١٥) : « واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه ، مثل الخبز بالخبز . فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا . وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغييراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك ، فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلا ، وقد قيل فيه أنه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما العجيني بالعجين فجائز عنده مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أولا تمكن . فقال أبو حنيفة تنقله ، وقال مالك والشافعي لا تنقله . واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يميز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكا يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس ، أعني من أن يكونا جنساً واحداً فيجيز فيها التفاضل ، وفي بعضها ليس يرى ذلك . وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال . فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان . وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك . والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها . وقد رام حصرها الباجي في المتن . وكذلك أيضاً يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء من الأجناس التي يقع بها التعامل وتمييزها من التي لا توجب ذلك ، أعني في الحيوان والعروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة لم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها إلا ما يعطيه بادئ النظر في الحال ، جاب فيها بجوابات مختلفة . فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجرى تلك الأجوبة على قانون واحد ، عسر ذلك عليه ، وأنت تبين

ذلك من كتبهم»^(١) .

ويقول ابن القيم (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٨) : «وأما الأصناف الأربعة ، ففرعها إن خرج عن كونه قوتاً لم يكن من الربويات ، وإن كانت قوتاً كان جنساً قائماً بنفسه ، وحرم بيعه بجنسه الذي هو مثله متفاضلاً كالدقيق بالدقيق والخبز بالخبز ، ولم يحرم بجنس آخر وإن كان جنسهما واحداً ، فلا يحرم السمسم بالشيرج ولا الهريسة بالخبز ، فإن هذه الصناعة لها قيمة فلا تضيع على صاحبها ، ولم يحرم بيعها بأصولها في كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ، ولا حرام إلا ما حرمه الله كما أنه لا عبادة إلا ما شرعها الله ، وتحريم الحلال كتحليل الحرام » .

بيع الدراهم أو الدنانير المسكوكة :

وهنا يذهب ابن القيم إلى أن السكة لا تقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها ، فلا يجوز بيع الدراهم المسكوكة بفضة مع التفاضل ، ولا تقابل السكة بزيادة . وهو يقول في هذا المعنى (أعلام الموقعين ٢ ص ١٠٧) : «إن السكة لا تقوم فيها الصناعة للمصلحة العامة المقصودة منها ، فإن السلطان يضربها لمصلحة الناس العامة وإن كان الضارب يضربها بأجرة ، فإن القصد بها أن تكون معياراً للناس لا يتجرون فيها كما تقدم . والسكة فيها غير مقابلة بالزيادة في العرف ،

(١) ويحق لابن رشد أن يقول ذلك ، فقد تمرد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وهو من أجل المصنفات في الفقه الإسلامي ، الناية بأصل المسائل عناية فائقة ، مع الإيجاز والإجمال . وعنده أن الفقيه ليس هو الذي يكثر من حفظ المسائل ، بل هو الذي يردّها إلى أصولها ، ثم يخرج عليها مسائل جديدة . ونراه يقول في هذا المعنى عن كتابه المشار إليه ما يأتي : «فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليلبغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ، ويكون من ذلك ما هو مساو لحرم هذا الكتاب أو أقل . وهذه الرتبة يسمى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان . كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم شبه ما يعرض لمن شئ أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها ، وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان يقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة ، وهو الذي يصنع لكل قدم خفاً يوافقه . فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت (بداية المجتهد ٢ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

ولو قوبلت بالزيادة فسدت المعاملة ، وانتقضت المصلحة التي ضربت لأجلها ، واتخذها الناس سلعة ، واحتاجت إلى التقويم بغيرها . ولهذا قام الدرهم مقام الدرهم من كل وجه ، وإذا أخذ الرجل الدراهم رد نظيرها .

أما ابن رشد (بداية المجتهد ٢ ص ١٦٣ - ص ١٦٤) فيقول : « وأجمع الجمهور على أن مسكوكة وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يميز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه ، فيعطيه أجره الضرب ويأخذ منهم دنائير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه ، فقال إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو ألا يكون به بأس . وبه قال ابن القاسم من أصحابه . وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء . »

فهذا مالك ، كما يقول ابن رشد ، ومعه صاحبه ابن القاسم يقولان بجواز أن يشتري التاجر الدرهم والدينار المسكوكين بالورق مع التفاضل ، والفضل أجره السكة ، ولا يكلف الانتظار إلى أن يسك له ورقه ، فتفوته الرفقة ، أن يفوته السوق . وهذه حاجة قد قامت تبرر التفاضل في بيع الدراهم المسكوكة ، حتى لا تفوت مصلحة راجحة .

ويفسر القرطبي ذلك في تفسيره « الجامع لأحكام القرآن ٣ ص ٣٥١ » ، فيقول : « لا اعتبار بما قد روى عن كثير من أصحاب مالك ، وبعضهم يرويه عن مالك ، في التاجر يحفزه الخروج وبه حاجة إلى دراهم مضروبة أو دنائير مضروبة ، فيأتي دار الضرب بفضته أو ذهبه ، فيقول للضراب : خذ فضتي هذه أو ذهبي ، وخذ قدر عملك ، وادفع إليّ دنائير مضروبة في ذهبي أو دراهم مضروبة في فضتي ، لأنني محفوز للخروج وأخاف أن يفوتني من أخرج معه ، أن ذلك جائز للضرورة ، وأنه قد عمل به بعض الناس . وحكاها ابن العربي في كتبه عن مالك في غير التاجر ، وأن مالكا خفف في ذلك ، فيكون في الصورة قد باع فضته التي زنتها مائة وخمسة دراهم أجره بمائة ، وهذا محض الربا . والذي أوجب جواز ذلك أنه لو قال له : اضرب لي هذه وقاطعه على

ذلك بأجرة فلما ضربها قبضها منه وأعطاه أجرتها ، جاز ، ، فالذي فعل مالك أولاً هو الذي يكون آخرأ ، ومالك إنما نظر إلى المال فركب عليه حكم الحال . وأباه سائر الفقهاء . قال ابن العربي : والحجة فيه لمالك بينة . قال أبو عمر رحمه الله : وهذا هو عين الربا الذي حرمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله من زاد أو ازداد فقد أربى . وقد رد ابن وهب هذه المسألة على ما لك وأنكرها . وزعم الأبهري أن ذلك من باب الرفق لطلب التجارة ولثلا يفوت السوق .

وها نحن نتبين مما قدمناه من التطبيقات أن منطقة ربا الفضل كما اتسعت للشبهة ، فإنها قد ضاقت في بيع العرايا وفي بيع المصوغ وفي بيع ما تدخله الصنعة وفي بيع الدراهم والدنانير المسكوكة ، ضاقت في كل هذه البيوع ، وغلبت الحاجة ، فأحلت من ربا الفضل صوراً دعت إلى إباحتها مقتضيات التعامل .

ثانياً : الاتجاه الذي يميز ما بين الربا الوارد في القرآن الكريم والربا الوارد في الحديث الشريف

الأول هو الربا الجلي والثاني ربا خفي

أنواع الربا الثلاثة :

يتبين مما قدمناه أن هناك أنواعاً ثلاثة من الربا :

الأول : ربا الجاهلية ، وهو الربا الذي نزل فيه القرآن الكريم ، وخصيسته الأولى هي أن يقول صاحب الدين للمدين عند حلول أجل الدين : إما أن تقضى وإما أن تربي .

الثاني : ربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف ، وهو أوسع كثيراً في مداه من ربا الجاهلية ، بل ويختلف عنه اختلافاً بيناً في كثير من الصور ، فقد رأينا أنه بيع المكيل بالمكيل أو الموزون بالموزون أو الجنس بجنسه نسيئة لا فوراً ، ولو من غير تفاضل . وهذا عند الحنفية . أما عند الشافعية فهو بيع الطعام بالطعام أو الثمن بالثمن نسيئة لا فوراً ، ولو من غير تفاضل .

الثالث : ربا الفضل الوارد في الحديث الشريف ، وهو بيع المكيل أو الموزون بجنسه متفاضلا عند الحنفية ، أو هو بيع الطعام أو الثمن بجنسه متفاضلا عند الشافعية ، وقد تقدم بيان ذلك .

التمييز الذي قال به ابن القيم وأنواع الربا الثلاثة :

وابن القيم ، فيما رأينا ، قد ميز بين الربا الجلى والرba الخفى . فالرba الجلى هو كما يقول في أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ٩٩) : « ربا النسبة وهو الذى كانوا يفعلونه في الجاهلية ، مثل أن يؤخر دينه ويزيده في المال . وكلما أخره زاده في المال ، حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفة » . فواضح إذن أن الرba الجلى عند ابن القيم هو رba النسبة الذى تعودوا عليه في الجاهلية ، وهو الرba الذى يقول فيه الدائن للمدين إما أن تقضى وإما أن تربى . أما الرba الخفى ، فهو ما حرم لأنه ذريعة إلى الجلى ، ولما كان رba الفضل هو الرba الذى « تحريمه من باب سد الذرائع » (ص ١٠٠) ، فالرba الخفى إذن هو رba الفضل وحده .

فإذا كان الرba الجلى عند ابن القيم هو رba الجاهلية وهو النوع الأول ، والرba الخفى هو رba الفضل وهو النوع الثالث ، فأين يضع النوع الثانى من الرba ، وهو رba النسبة الوارد في الحديث الشريف ؟ أهو رba جلى فيلحق برba الجاهلية ؟ أم هو رba خفى فيلحق برba الفضل ؟ الظاهر أن ابن القيم قد ألحقه — دون أن يصرح بذلك — برba الجاهلية وجعله رباً جلياً مثله . فهو عندما يتكلم عن رba النسبة باعتبار أنه هو الرba الجلى ، يقصد كلا من رba الجاهلية ورba النسبة الوارد في الحديث الشريف .

تمييز ابن القيم فيه تحكم :

ولا يسعنا إلا أن نقف عندما ينطوى عليه التمييز الذى يقول به ابن القيم من التحكم . فهو قد ألحق رba النسبة برba الجاهلية ، وجعل للنوعين حكماً واحداً ، مع أن مصدر التحريم مختلف : في رba الجاهلية مصدر التحريم القرآن الكريم ، وفي رba النسبة مصدر التحريم الحديث الشريف ثم هو في الوقت ذاته قد فصل

ما بين ربا النسيئة وربا الفضل ، فجعل الأول جلياً والثاني خفياً ، مع أن مصدر التحريم فيهما واحد وهو الحديث الشريف .

ولا شك في أن هذا تحكيم لا مبرر له . فلما أن يجعل للأنواع الثلاثة من الربا حكماً واحداً ، ويعتبر أن درجة التحريم المستمدة من الحديث الشريف معادلة للدرجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم ، كما فعل فقهاء المذاهب فيما قدمنا . ولما أن يميز بين درجة التحريم المستمدة من القرآن الكريم فيجعل ربا الجاهلية وحده هو الربا الجلي ، وبين درجة التحريم المستمدة ، الحديث الشريف فيجعل كلا من ربا النسيئة وربا الفضل ربا خفياً ، ولا يقصر الربا الخفي على ربا الفضل وحده .

هذا الرأي الثاني ، الذي يقضى بفصل ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم عن كل من ربا النسيئة وربا الفضل الواردين في الحديث الشريف ، هو الرأي الذي يقول به طائفة من الفقهاء المحدثين ، وعلى رأسهم الأستاذ السيد رشيد رضا .

التمييز ما بين الربا الوارد في القرآن الكريم والربا الوارد في الحديث الشريف : ذهب السيد رشيد رضا في رسالته في الربا إلى أن الربا المحرم هو ربا الجاهلية وحده . فهو الربا الوارد في القرآن الكريم ، وهو الربا الذي يؤدي إلى خراب المدين إذا المدين بين أن يقضى أو أن يربي ، ويعجز عن القضاء عادة ، فليس أمامه إلا أن يربي . ولا يزال الدين يتضاعف حتى يؤوده ، ثم يؤدي إلى إفلاسه . فهذا النوع من الربا هو الربا الخبيث ، ويكون معقولا ما ورد في القرآن الكريم في شأنه من وعيد شديد . وهو الربا الجلي الذي حرم تحريم مقاصد لا تحريم وسائل ، فلا يجوز التعامل به إلا للضرورة الملحة ، وهي الضرورة التي تصل في الإلحاح إلى حد إباحة الميتة والدم .

يبقى إذن ربا النسيئة وربا الفضل الواردان في الحديث الشريف ، فما هو حكمهما ؟ يذهب السيد رشيد رضا إلى أن النهي عنهما في الحديث إنما جاء سداً للذريعة إلى الربا المحرم القطعي ، وهو ربا الجاهلية ، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية . فهو يرى أن بيع الأصناف الستة بمثلها مع التفاضل ، نقداً أو نسيئة ،

فضلا عن تسمير الأموال بالشركات التجارية التي لا تلتزم شروط الفقهاء فيها ، كل هذا لا يدخل في الربا المحرم . « وإنما يظهر — كما يقول — من سبب النهي عن هذه البيوع إنه سد لذريعة الربا المحرم القطعي ، وهذه الذريعة مظنونة لا قطعية . . ومن المنهات في الأحاديث ما هو محرم ، وما هو مكروه ، وما هو خلاف الأولى ، وما هو لمحض الإرشاد لا للتشريع الديني . وإنما يكون التمييز بين هذه الأنواع بالأدلة الخاصة ، أو القواعد العامة ، أو التعارض بين النصوص وترجيح الأقوى ، كالنهي عن أكل لحوم سباع الوحش والطير مع حصر نصوص القرآن لمحرمات الطعام في الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به . وقد حققنا أن النهي فيه للكراهة ، وفاقاً لمذهب مالك ، جمعاً بينه وبين نصوص القرآن القطعية الرواية والدلالة بصيغتي الحصر . وبيننا فيه أن في التعبير في بعض الروايات بالتحريم قد يكون رواية بالمعنى لفهم الراوي أن المراد من النهي التحريم . وكذلك يقال في النهي عن بيع التقدين وأصول الأغذية المذكورة في حديث عبادة ، إلا يبدأ بيد مثلاً بمثل إذا اتحد الجنس ، والاكتفاء بالتقابض إذا اختلف ، وما يدل على أن هذا النهي غير مقصود بالذات ما صح في إباحة بيع العرايا ، وفي بيع الكثير من التمر الرديء بقليل من التمر الجيد بأنه يجعل العقد على بيع كل منهما بالثمن^(١) .

وواضح من هذه العبارات الأخيرة أن السيد رشيد رضا ، بعد أن اعتبر ربا الجاهلية هو الربا الجلي ، وهو الربا المحرم لذاته تحريم مقاصد ، فلا يجوز إلا للضرورة الملحة التي تبيح الميتة والدم ، ينزل بعد ذلك بالنوعين الآخرين من الربا — ربا النسيئة وربا الفضل الواردين في الحديث الشريف — إلى منزلة دنيا من الحظر ، إذ أن الظاهر من عباراته أنه يعتبر أن النهي عنهما الوارد في الحديث الشريف إنما هو للكراهة لا للتحريم ، كالنهي عن أكل سباع الوحش والطير . وهذا يقرب كثيراً من مذهب ابن عباس الذي سنبينه فيما يلي .

وغنى عن البيان أن القول بأن ربا النسيئة وربا الفضل إنما نهى عنهما في

(١) رسالة السيد رشيد رضا في الربا ص ٨٠ — ص ٨٤ نقلاً عن مقال الأستاذ زكي الدين بلدي ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ من مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة .

الحديث الشريف نهى كراهة لا نهى تحريم لا يتفق مع ما أجمعت عليه المذاهب الفقهية منذ القديم . وقد اعترض الأستاذ زكي الدين بلوى بحق على هذا الرأي في مقاله المنشور في مجلة القانون والاقتصاد^(١) ، فقال : « فخلاصة رأى السيد رشيد رضا المتقدم حصر الربا المحرم في ربا الجاهلية الذي لا يدخل في مفهومه لا القرض بفائدة تشترط عند العقد ، ولا بيع الأصناف الستة الواردة في السنة ، ولا المعاملات الأخرى التي ألحقها فقهاء المذاهب الأربعة بالأصناف الستة في التحريم . وإنا نلاحظ على هذا الرأي أنه ، مع صحته فيما يتعلق بالقرض بفائدة وغيره من المعاملات التي عدى إليها الفقهاء حكم التحريم في بيع الأصناف الستة بجامع علل اختلافها فيها اختلافاً كبيراً ، مما يؤيد رأيه في أن تحديد الوسائل ودرجة إنضائها إلى المقاصد من أشق الأمور التي تختلف فيها الأفهام ، فلا تضمن النفس إلى أن يكون شيء كهذا منوطاً للقول بالتحريم الديني - أقول مع التسليم بصحة رأيه في هذه الجزئية ، فإنه يتعذر التسليم به في جزئية أخرى ، وهي قوله بعدم دخول بيع الأصناف الستة في الربا المحرم ، لأن بيع هذه الأصناف وإن كان وسائل وذرائع إلى الربا ، إلا أنها وسائل وذرائع منصوصة ، ودلالة الأحاديث عليها لا تختلف فيها الأفهام . أما قوله إن النهى عن بيع هذه الأصناف كان تورعاً لإفادة أن يبيعها خلاف الأولى . أو كان للكراهية فقط لا للتحريم ، فلدعوى تعارض مع ظواهر نصوص الأحاديث والمأثور عن الصحابة . فظاهر الأحاديث يفيد التحريم ، إذ أطلق على هذه البيوع لفظ الربا ، ومعلوم لإثمه وما خص به من شديد الوعيد . فإذا سلمنا أن إطلاق لفظ الربا هنا من قبيل المجاز ، لأن هذه البيوع ذرائع إلى الربا وليست في ذاتها ربا ، فلا أقل من أن تكون للشارع حكمة في إلحاقها بالربا ، وهي أن يكون لها حكمه وهو الحرمة ، وإن كانت حرمتها أخف من حرمة الربا الحقيقي ، بحيث يتجاوز عنها فيما تدعو إليه الحاجة كما هو رأى ابن القيم^(٢) . »

(١) السنة التاسعة ص ٣٨٧ وما بعدها .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ص ٤٢٢ - ص ٤٢٤ . وانظر أيضاً ما ذهب إليه

رئيس الاتحاد الإسلامي بينتونج (جاوة) من أن أحاديث الربا هي من وضع اليهود أدخلوها على المسلمين =

ويبدو أنه يجب الذهاب إلى مدى أبعد مما ذهب إليه الأستاذ زكي الدين ، والقول بأن ربا النسبة وربما الفضل لا يقتصران على الأصناف الستة المذكورة في الحديث الشريف ، بل يجاوزانها إلى ما عداهما إليه المذاهب الفقهية من الأصناف الأخرى . وهذا هو الذي انعقد عليه الإجماع . وإن كل ذلك ربا محرم ، لا مكروه فحسب . ولكنه محرم بتحريم وسائل ، لا بتحريم مقاصد . فربما الفضل وسيلة إلى ربا النسبة ، ما في ذلك من شك ، وقد بيناه فيما تقدم . وربا النسبة وسيلة إلى ربا الجاهلية ، إذ يكفي في ربا النسبة عند حلول أجل الدين أن يزيد الدائن في الأجل مشروطاً أن يزداد في الفائدة ، ليصل من هذا الطريق إلى ربا الجاهلية . فكل من ربا الفضل وربا النسبة إذن وسائل إلى ربا الجاهلية ، وقد حرّمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لا يتذرع بهما إلى هذا الربا الممنوع ، فتحريمهما إذن هو من تحريم الوسائل لا من تحريم المقاصد .

ثالثاً: الاتجاه الذي لا يحرم إلا ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم لا ربا إلا في النسبة :

يستدل أصحاب هذا الاتجاه - وعلى رأسهم ابن عباس - بحديث رواه ابن عباس نفسه عن أسامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا ربا إلا في النسبة » . فهم لا يحرمون ربا الفضل ، ولا يحرمون إلا ربا النسبة .

وقد قيل إن ابن عباس لم يكن بلغه حديث الربا الذي رواه سعيد الخدري ، فلما بلغه هذا الحديث رجع عن رأيه في عدم تحريم ربا الفضل . ولكن هذه الرواية مشكوك فيها ، فسرى ما يرويه السرخسي في المبسوط من أن سعيداً الخدري نفسه ذهب إلى ابن عباس ، وجرى بينهما جدال عنيف في مسألة ربا الفضل ، سعيد يحرمه للحديث الذي رواه ، وابن عباس يحلله لحديث أسامة : « لا ربا إلا في النسبة » ، وينتهي هذا الحوار بأن يقول سعيد والله لا آوأنى وإياك ظل

= بقصد الإضرار بهم عن طريق تحريم التجارة عليهم في الأصناف التي تجرى فيها معظم المعاملات لتكون التجارة في أيدي اليهود ، وتفنيده الأستاذ الجزيري والأستاذ زكي الدين لهذا الرأي الغريب في مقال الأستاذ زكي الدين (مجلة القانون والاقتصاد ٩ ص ٤٣٦ - ص ٤٤٦) .

بيت ما دمت على هذا القول .

والظاهر هو ما نقله السبكي في تكملة المجموع في شرح المذهب عن الشافعي أن رأى ابن عباس في عدم تحريم ربا الفضل هو رأى أهل مكة ، ولعلمهم كانوا يمارسون التجارة على نحو يضيق بربا الفضل ، وأن المكين قد بلغهم دون شك حديث ربا الفضل ، ولكنهم كانوا يؤولونه على الكراهية لا على التحريم (تكملة المجموع لشرح المذهب جزء ١٠ ص ٣٨) .

وربا النسيئة في هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده :

ثم إن ربا النسيئة عند أصحاب هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده ، وهو غير ربا النسيئة الذي يشير إليه الحديث الشريف في آخر عبارته : « وإن اختلفت الأصناف فيعوا كيف شتم إذا كان بدأ بيد » ، أى عند اختلاف الجنس في الأصناف الربوية يجوز الفضل في المبادلة ، ولكن لا تجوز النسيئة بل يجب أن يكون التبادل بدأ بيد .

في مواجهة ربا النسيئة الوارد في الحديث الشريف يقوم الربا الذي كان معروفاً في الجاهلية ، وهو ربا من نوع آخر سبقت الإشارة إليه ، ويقول في بيانه ابن عباس : « كان الرجل منهم إذا حبل دينه على غريمه فطالبه به ، قال المطلوب منه زدنى في الأجل وأزيدك في المال . فإذا قيل لهم هذا ربا . قالوا هما سواء ، يعنون بذلك أن الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل عند محل الدين سواء » (أحكام القرآن للجصاص ١ ص ٤٦٤) . والربا الوارد في القرآن هو ربا الجاهلية هذا دون غيره ، وفي الآية الكريمة إشارة إلى ما ذكره من أن الزيادة في الثمن حال البيع والزيادة فيه بسبب الأجل سواء ، إذ يقول الله تعالى : (ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا) .

فالربا المحرم ، في رأى ابن عباس وجماعة من الصحابة والتابعين منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد وعطاء بن رباح وسعيد وعروة ، مقصور على ربا الجاهلية وحده ، وهو الذي كان معروفاً عند العرب وقد أشار إليه النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع حين قال : ألا أن كل

ربا في الجاهلية. موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون. ثم أشار إليه عليه السلام حين قال في حديث أسامة : إنما الربا في النسيئة ، وتعريف «الربا» باللام في القرآن للعهد ، أي الربا الذي كان معهوداً عند العرب حين نزلت آيات الربا في القرآن الكريم . والذي يقطع عند ابن عباس في أن الربا الذي حرمه القرآن الكريم هو ربا النسيئة الذي كان معروفاً في الجاهلية أن سياق الآية يدل على أن المذكور في كتاب الله ربا النساء لا ربا الفضل ، فإنه قال : فله ما سلف ، وذروا ما بقي من الربا ، وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة . وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم ، فالقرآن لا يتحدث إلا عن ربا النسيئة المعروف في الجاهلية ، أما غيره فيبقى على الحل . ولا يمكن أن يقال إنما يحرم غيره بالحديث ، فإن هذا القول يقتضي تخصيص ظاهر القرآن بخبر الواحد ، وأنه غير جائز (الفخر الرازي في مفاتيح الغيب ، ص ٣٥٢) .



ردود الفقهاء على أدلة ابن عباس :

ويرد الفقهاء على أدلة ابن عباس ردوداً كثيرة متشعبة ، تقتصر منها على ما ذكره ابن رشد في بداية المجتهد ، وما ذكره السبكي في تكملة المجموع لشرح المذهب .

يقول ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٦٣) : « أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والنضة بالنضة لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، بدأ بيد ، إلا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكين ، بأنهم أجازوا بيعه متفاضلاً ، ومنعوه نسيئة فقط . وإنما صار ابن عباس كذلك لما رواه عن أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ربا إلا في النسيئة ، وهو حديث صحيح . فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث ، فلم يجعل الربا إلا في النسيئة ، وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز ، وهو من أصح ما روى في

هذا الباب ، وحديث عبادة ابن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث . إذ كانت نصّاً في ذلك وأما حديث ابن عباس فإنه ليس ينص في ذلك ، لأنه روى فيه لفظان . أحدهما أنه قال إنما الربا في النسيئة ، وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب ، وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر ، وهو لا ربا إلا في النسيئة ، فهو أقوى من هذا اللفظ ، لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس ربياً ، لكن يحتمل أن يريد بقوله لا ربا إلا في النسيئة من جهة أنه الواقع في الأكثر ، وإذا كان هذا محتملاً والأول نص ، وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما .

ويمكن تلخيص ما ذكره السبكي في تكملة المجموع لشرح المذهب (جزء ١٠ ص ٥٠ وما بعدها) فيما يأتي :

(أولاً) أن الحديث الوارد في تحريم ربا الفضل وربا النسيئة قطعي المتن قطعي الدلالة ، وهو على كل حال حديث مشهور ، وهذا يكفي لتخصيص ظاهر القرآن بالحديث . ولا فرق بين ربا الجاهلية وربا النسيئة وربا الفضل فكل ذلك ربا محرم بحكم القرآن ، فإن لفظ « الربا » في الآيات لفظ مجمل تبينه السنة (انظر أيضاً الجصاص في أحكام القرآن ١ ص ٤٦٤ - الفخر الرازي في مفاتيح الغيب ص ٣٥٧) .

(ثانياً) يمكن تأويل حديث أسامة « إنما الربا في النسيئة » بما نقل عن الشافعي من أنه « يحتمل أن يكون الراوى - أسامة - سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الربا في صنفين مختلفين ، ذهب بفضة وتمر بخنطة ، فقال : إنما الربا في النسيئة ، فحفظه ، فأدى قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يؤد مسألة السائل . أو يؤول بما نقل عن الماوردي من أنه محمول على الجنس الواحد ، ويجوز التماثل فيه نقداً ولا يجوز نساء . أو يؤول بأنه محمول على بيع غير الأصناف الربوية ، كبيع الدين بالدين المنهى عنه بحديث « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ » . بل يجوز أن يقال إن حديث أسامة نسخ بحديث أبي سعيد الخدري .

(ثالثاً) أن حديث أسامة « لا ربا إلا في النسبة » . إذا لم يمكن تأويله ، ولم يصح القول بنسخه ، يمكن التوفيق بينه وبين حديث أبي سعيد الخدري على الوجه الذي أشار إليه الحافظ ابن حجر في فتح الباري على صحيح البخاري فيما يأتي : « واتفق العلماء على صحة حديث أسامة ، واختلفوا في الجمع بينه وبين حديث أبي سعيد . فقليل منسوخ ، ولكن النسخ لا يثبت بالاحتمال . وقيل المعنى في قوله " لا ربا " الربا الأغاظ المتوعد عليه بالعقاب الشديد ، كما تقول العرب لا عالم في البلد إلا زيد ، مع أن فيها علماء غيره ، وإنما القصد نفي الأكل لأنني الأصل . وأيضاً فتنى تحريم ربا الفضل من حديث أسامة إنما هو بالمفهوم ، فيقدم عليه حديث أبي سعيد لأن دلالة بالمنطوق ، ويحمل حديث أسامة على الربا الأكبر كما تقدم » .

(رابعاً) من القائلين برأى ابن عباس من الصحابة من يثبت عنه الرجوع عن هذا الرأي بيقين ، وذلك كابن عمر وابن مسعود . ومنهم من اختلف في رجوعه كابن عباس نفسه . ويورد السرخسي في المبسوط (جزء ١٢ ص ١١١ - ص ١١٢) قصة احتمال رجوع ابن عباس عن رأيه على الوجه الآتي : « . . . وحرمة التفاضل ، وهو قول الجمهور من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، إلا التي روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه كان يجوز التفاضل في هذه الأموال . ولا معتبر بهذا القول ، فإن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد ، على ما روى أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه مشى إليه ، فقال يا ابن عباس إلى متى تؤكل الناس الربا ، أصبحت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يصحب ! أسمعت منه ما لم يسمع ! فقال لا ، ولكن حدثني أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا ربا إلا في النسبة . فقال والله لا آواني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول . وقال جابر بن زيد رضي الله تعالى عنه : ما خرج ابن عباس رضي الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة . فإن لم يثبت رجوعه ، فإجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله ، فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول . وتأويل حديث أسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه أن النبي

صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الخنطة بالشعر ، والذهب بالفضة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ربا إلا في النسيئة ، فهذا بناء على ما تقدم من السؤال ، فكأن الراوى سمع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله .

والظاهر أن رجوع ابن عباس عن قوله في عدم تحريم ربا الفضل مشكوك فيه ، فهذا سعيد ابن جبير يروى عن ابن عباس أنه قال : ما كان الربا قط في ما وهات ، وخلف سعيد بن جبير بالله ما رجع عنه حتى مات .

§ ٣ - ما ينبغى أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامى من الربا في العصر الحاضر

أما ما ينبغى أن يكون عليه موقف الفقه الإسلامى من الربا في العصر الحاضر ، فقد تباينت الآراء في ذلك ، وتعارضت الاتجاهات وبحسبنا أن نسجل هنا اتجاهين عصريين متعارضين في الربا ، أحدهما يستبقيه واسعاً كما هو في المذاهب الفقهية ، والآخر يضيق فيه حتى يكاد يغلقه

ثم ننتقل بعد ذلك إلى ما نعتقد أن يكون هو الموقف المعقول للفقه الإسلامى من الربا في العصر الحاضر .

ونختم البحث ببيان الموقف الفعلى الذى وقفه من الربا التقنيات المدنية العربية .

أولاً : اتجاهان متعارضان في مسألة الربا في العصر الحاضر

مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الإسلامى المنعقد بباريس سنة ١٩٥١ :

انعقد مؤتمر للفقه الإسلامى في باريس سنة ١٩٥١ ، وكان الربا من بين المسائل الهامة التى تناولها بحث المؤتمر . وقد ظهر أن هناك اتجاهين متعارضين في مسألة الربا في العصر الحاضر .

الاتجاه الأول يستبقيه كما هو في المذاهب الفقهية ، لا يميز بين رباً ورباً ، فجميع أنواع الربا محرمة تحريماً قطعياً . وقد مثل هذا الاتجاه الأستاذ محمد عبد الله دراز في المحاضرة التي ألقاها في المؤتمر . ومثل الاتجاه الآخر - وهو الاتجاه الذي يذهب إلى أن الظروف الاقتصادية التي حرم فيها الربا قد تحولت عما كانت عليه من قبل تحولا جوهرياً وأن حكم الربا في العصر الحاضر ينبغي أن يختلف عما كان عليه في العصور السابقة - الأستاذ معروف الدواليبي في محاضرة أخرى ألقاها في المؤتمر .

الاتجاه المحتفظ بأحكام المذاهب الفقهية في الربا :

يروى الأستاذ دراز حديث الربا المعروف ، ويشير إلى أن المذاهب الفقهية اعتبرت الأصناف الستة الواردة في الحديث أمثلة من قاعدة عامة تنطبق على سائر المواد التي تقوم عليها الحياة والتي مردها - في الرأي الراجح عند الفقهاء - إلى نوعين : الأثمان والمطعمات .

ثم يقول (ص ١٤ - ص ١٥ من المحاضرة) : « ومهما يكن من أمر في شأن هذا الاختلاف الفرعي ، فإن هذه القاعدة تقضى بتقسيم الأشياء التي يراد تبادلها إلى ثلاثة أضرب : الضرب الأول أن يكون البدلان من نوع واحد . كالذهب بالذهب ، فها هنا يخضع التبادل لشرطين اثنين : التساوي في الكم والفورية في التبادل ، أعني عدم تأجيل شيء من البدلين . الضرب الثاني أن يكونا من نوعين مختلفين من جنس واحد ، كالذهب بالفضة وكالقمح بالشعير ، فهنا يشترط شرط واحد وهو الفورية ، فلا يضر اختلاف الكم . الضرب الثالث أن يكونا من جنسين مختلفين ، كالفضة والطعام ، فلا يشترط في هذا شيء من القيد المذكورين ، بل يكون التقايض فيهما حراً . هكذا كلما كان البدلان من طبيعتين مختلفتين تمام الاختلاف بحيث لا توجد شبهة القصد إلى القرض بفائدة ، فإن الشريعة لا تضع أمام حرية التبادل خدراً من الحدود ، اللهم إلا المبدأ انعام في المعاملة وهو تحرى الصدق والأمانة . فإذا ما أخذت طبيعة البدلين تتقارب ، بدون أن تتحد ، نرى عند المشرع شيئاً من الحذر المعقول المبني على

احتمال أن يكون المتعاملان يقصدان إلى معاملة ربوية . ولذلك نجده ، مع ترخيصه لهما بتفاوت البدلين في الكم ، يحظر عليهما تأجيل أحد الغرضين ، سداً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار البيع . أما إذا اتحدت طبيعة البدلين - مع التفاوت في الأوصاف والقيم طبعاً وإلا لما كان هناك معنى للتبادل - فإنه من السهل أن نفهم الحكمة التي من أجلها منع تأجيل البدل ، وذلك أن من شأن هذا التأجيل أن يحمل في طيه فكرة محظورة ، وأن يكون القصد هو القرض باسم البيع .

ويذهب الأستاذ دراز إلى أن هناك دعائم قوية يقوم عليها تحريم الربا في جميع صوره . فهناك الدعامة الأخلاقية التي إذا جوزت الربح من طريق المعاملة (أى البيع) ، فإنها لاتجوزه من طريق المجاملة (أى القرض) ، وهناك الدعامة الاجتماعية ، وهذه تقضى بأن مجرد تقرير ربح مضمون لرب المال بدون أن يكون في مقابل ذلك ضمان ربح للمقرض ، هذا الوضع فيه محاباة للمال وإثارة له على العمل ، وبهذه الوسيلة نزيد في توسيع المسافة وتعميق الهوة بين طبقات الشعب بتحويل مجرى الثروة وتوجيهها إلى جهة واحدة معينة ، بدلا من أن نشجع المساواة في الفرص بين الجميع ، وأن نقارب بين مستوى الأمة حتى يكون أميل إلى التجانس وأقرب إلى الوحدة . « إن اللوحة البارزة في التشريع القرآني ، وكذلك في كل تشريع اجتماعي جدير بهذا الاسم ، هي الحيلولة دون هذه المحاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح ، والسعى لتحقيق نوع من التجانس والمساواة بين أفراد الأمة . إنها لكلمات قصيرة ولكنها ذات مدى بعيد . تلك التي يرسم فيها القرآن دستور هذه السياسة حيث يقول : (كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم) (ص ٢٠) .

وهناك أخيراً الدعامة الاقتصادية ، فإنه « بمجرد عقد القرض أصبح العمل ورأس المال في يد شخص واحد ، ولم يبق للمقرض علاقة ما بذلك المال ، بل صار المقرض هو الذي يتولى تدبيره تحت مسؤوليته التامة ، لربحه أو لخسره . حتى إن المال إذا هلك أو تلف ، فإنما يهلك أو يتلف على ملكه . فإذا أصررنا على إشراك المقرض في الربح الناشئ ، وجب علينا في الوقت نفسه أن نشركه

في الحسارة النازلة ، إذ كل حق يقابله واجب ، أو كما تقول الحكمة النبوية : الخراج بالضمان . أما أن نجعل الميزان يتحرك من جانب واحد ، فذلك هو معاندة للطبيعة . . . ومتى قبلنا اشتراك رب المال في الربح والخسر معاً ، انتقلت المسألة من موضوع القرض إلى صورة معاملة أخرى ، وهي الشركة التضامنية الحقيقية بين رأس المال والعمل ، وهذه الشركة لم يغفلها القانون الإسلامي ، بل أساغها ونظمها تحت عنوان المضاربة أو القراض . غير أنه لكي يقبل رب العمل الخضوع لهذا النوع من التعامل يجب أن يكون لديه من الشجاعة الأدبية ما يواجه به المستقبل في كل احتمالاته ، وهذه فضيلة لا يملكها المرابون ، لأنهم يريدون ربحاً بغير مخاطرة ، وذلك هو ما يسمى تحريف قواعد الحياة ومحاولة تبديل نظمها . هكذا إذا سرنا وفقاً للأصول والمبادئ الاقتصادية في أدق حدودها ، كانت لنا الحيرة بين نظامين اثنين لا ثالث لهما : إما نظام يتضامن فيه رب المال والعامل في الربح والخسر ، وإما نظام لا يشترك فيه معه في ربح ولا خسر . ولا ثالث لهما إلا أن يكون تلفيقاً من الجور والمحاباة ، (ص ٢١) .

ثم ينتقل الأستاذ دراز إلى المسألة العملية الهامة في محاضراته فيقول : « وأما المسألة الثانية ، وهي حكم الربا في وقتنا هذا ، فإنها ليست قضية مبدأ ، وإنما هي قضية تطبيق . . . وهي فوق ذلك ليست فيما أرى من الشئون التي يقضى فيها فرد أو بضعة أفراد ، بل ينبغي أن يتداعى لها طوائف من الخبراء في القانون والسياسة والاقتصاد من كل جانب وأن يدرسوها دراسة دقيقة مستفيضة من جميع نواحيها الحاضرة والمستقبلية . وكل ما أريد أن أقوله الآن يتلخص في جملتين صغيرتين ، أرجو أن يتخذاً أساساً للبحث في التفاصيل (الأولى) هي أن الإسلام قد وضع إلى جانب كل قانون ، بل فوق كل قانون ، قانوناً أعلى يقوم على الضرورة التي تبيح كل محظور ، (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) (الثانية) هي أنه لأجل أن يكون تطبيق قانون الضرورة على مسألة ما تطبيقاً مشروعاً ، لا يكفي أن يكون المرء عالماً بقواعد الشريعة ، بل يجب أن يكون له من الورع والتقوى ما يحجزه عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها ، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في

الإسلام ، فإنه إن فعل ذلك عسى ألا يجد حاجة للترخيص ولا للاستثناء ، كما هي سنة الله في أهل العزائم من المؤمنين . (ومن يتق الله يجعل له مخرجاً ويرزقه من حيث لا يحتسب) (ص ٢١ - ص ٢٢) .

ويبدو أن الأستاذ دراز يقرر كبدأ عام تحريم الربا في جميع صورته وأشكاله ، دون تدرج في مرتبة التحريم بأن يكون من صور الربا ما هو محرم تحريم المقاصد ومنها ما هو محرم تحريم الوسائل . وإذا تكلم عن الضرورة التي تبيح الربا ، فإنما هي الضرورة الملحة التي يكون من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم ، وذلك في جميع صور الربا دون استثناء ، وليست الضرورة عنده هي مجرد الحاجة . بل إنه ليوصي في آخر عبارته بالهودة والثاني قبل القول بقيام الضرورة ، ويتطلب ممن يقول بذلك ، فوق العلم بقواعد الشريعة الإسلامية ، ورعاً وتقوى يحجزانه « عن التوسع أو عن التسرع في تطبيق الرخصة على غير موضعها ، كما يجب أن يبدأ باستنفاد كل الحلول الممكنة المشروعة في الإسلام ، فإنه إن فعل عسى ألا يجد حاجة للترخيص ولا للاستثناء » .

على أننا نلاحظ أن الأستاذ دراز من جهة أخرى يسلم بأن هناك صوراً من الربا إنما حرمت سداً للذرائع ، فتحريمها تحريم للوسائل لا للمقاصد . فهو يقول (ص ١٥) : « ولذلك نجد (أى المشرع) مع ترخيصه لهما بتفاوت البدلين في الكم يحظر عليها تأجيل أحد العوضين ، سداً للطريق أمام فكرة القرض المحرم تحت ستار البيع » . ثم يقول (ص ١٧) : « وواضح أن تسمية الربح المجتلب من طريق هذا التبادل ، الذي تنقصه الصراحة والأمانة ، باسم الربا ، إنما هي تسمية مجازية ، قصد منها إلى إبراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الإنسانية ، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقي الذي هو مثل من السحت وأكل المال بالباطل » . إذن هناك رباً حقيقى هو مثل في السحت وأكل المال بالباطل ، وهناك رباً مجازى سمي ربا لإبراز ما فيه من مخالفة لقانون الأخلاق ومجافاة لقواعد الرحمة الإنسانية ، وذلك بتشبيهه بالربا الحقيقي . أليس الربا الحقيقي والربا المجازى في لغة الأستاذ دراز هو الربا الجلى والربا الخفى في لغة ابن

القيم ؟ بل إننا نرى الأستاذ دراز يسائر ابن القيم فيما ذهب إليه من جواز بيع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً ، فهو يقول (ص ١٦) : « فإذا صح ما ذهبنا إليه في تفهم مقاصد الشريعة من هذا الحكم ، لم يبق هناك حرج قط — كما أوضحه ابن القيم في أعلام الموقعين — في أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً أو المصوغات الفضية بأكثر من وزنها فضة . ذلك لأن قيمة الصنعة قد قلّت هنا بمعبّارها الواضح المحدد الذي لا يدع مجالاً لتزييف تراضى المتبايعين » . فهل يميز الأستاذ دراز في الحكم بين الربا الحقيقي والربا المجازي ، كما ميز ابن القيم في الحكم بين الربا الجلي والربا الخفي ؟ وهل هو يقر ابن القيم على أن الربا الحقيقي لا يجوز إلا للضرورة الملحة ، أما الربا المجازي فيجوز لمجرد الحاجة ؟ وهل أباح الأستاذ دراز ، كما أباح ابن القيم ، أن تباع المصوغات الذهبية بأكثر من وزنها ذهباً لقيام الحاجة دون أن تقوم الضرورة ؟ لانظن ذلك . فإن الأستاذ دراز يعلل الأمر في المصوغات الذهبية بأن للصنعة قيمة يقابلها شيء من الثمن ، فهو لا يتكلم هنا لا عن الضرورة ولا عن الحاجة . ثم إن تمييزه بين الربا الحقيقي والربا المجازي لا يريد من ورائه تمييزاً في الحكم ، بل مجرد الإيضاح والبيان ، وإلا فهو قد جمع بين صور الربا كلها في حكم واحد وهو التحريم القطعي ولم يجز الربا في أية صورة من صوره إلا للضرورة الملحة ، ثم هو يريد من الناس أن تترفق قبل القول بقيام هذه الضرورة !

ويستند الأستاذ دراز في تبرير رأيه إلى الاعتبار الاقتصادي ، ويشير إلى ضرورة أن يتقاسم رأس المال والعمل الربح والخسارة كما في المضاربة أو القرض . ولكن في نظام اقتصادي يقوم على رأس المال ، أي في نظام رأسمالي كالنظم القائمة في كثير من البلاد ، يصح أن يكون لرأس المال أجرة مكفولة كأجرة الأعيان . والأمر يتعلق بالنظام الاقتصادي القائم . فإن أريد إشار العمل على رأس المال ، وتوحيد طبقات الشعب دون محاباة لرأس المال على حساب الجمهور الكادح — كما يقول الأستاذ دراز في الاعتبار الاجتماعي الذي أخذ به — فإن هذا يقتضي في نظرنا تحويل النظام الاقتصادي القائم من نظام رأسمالي إلى نظام اشتراكي ، وللنظام الاشتراكي مبررات لا تقل عن مبررات النظام الرأسمالي .

الاتجاه المتحرر من أحكام المذاهب الفقهية في الربا :

يذهب الأستاذ معروف الدواليبي في المحاضرة التي ألقاها في مؤتمر الفقه الإسلامي بباريس إلى أن الربا المحرم إنما يكون في القروض التي يقصد بها إلى الاستهلاك لا إلى الإنتاج . ففي هذه المنطقة - منطقة الاستهلاك - يستغل المرابون حاجة المعوزين والفقراء ، ويرهقونهم بما يفرضون عليهم من ربا فاحش أما اليوم ، وقد تطورت النظم الاقتصادية . وانتشرت الشركات وأصبحت القروض أكثرها قروض إنتاج لا قروض استهلاك ، فإن من الواجب النظر فيما يقتضيه هذا التطور في الحضارة من تطور في الأحكام ويتضح ذلك بوجه خاص عندما تقرض الشركات الكبيرة والحكومات من الجواهر وصغار الملتخرين ، فإن الآلة تنعكس ، والوضع ينقلب ، ويصبح المقرض - أي الشركات والحكومات - هو الجانب القوى المستغل ، ويصبح المقرض - أي صغار الملتخرين - هو الجانب الضعيف الذي تجب له الحماية .

فيجب إذن أن يكون لقروض الإنتاج حكمها في الفقه الإسلامي ، ويجب أن يتمشى هذا الحكم مع طبيعة هذه القروض ، وهي طبيعة تغاير مغايرة تامة طبيعة قروض الاستهلاك ، ولا تعدو الحال أحد أمرين : إما أن تقوم الدولة بالإقراض للمتجدين ، وإما أن تباح قروض الإنتاج بقيود وفائدة معقولة . والحل الثاني هو الحل الصحيح . ويرى الأستاذ الدواليبي إمكان تخريجه على فكرة الضرورة وعلى فكرة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما لو تذرع العدو بمسلم ، فلا مناص من قتل المسلم حتى يمكن الوصول إلى العدو .

ويؤخذ على هذا الرأي أمران : ١ - يصعب كثيراً من الناحية العملية التمييز بين قروض الإنتاج وقروض الاستهلاك ، حتى تباح الفائدة المعقولة في الأولى وتحرم إطلاقاً في الثانية . قد يكون واضحاً في بعض الحالات أن القروض قروض إنتاج يصح أن تباح فيها الفائدة المعقولة ، كما هو الأمر في القروض التي تعقدها الحكومات والشركات ، ولكن هناك صوراً أخرى من القروض ، أكثرها وقوعاً القروض التي تعقدها الأفراد مع المصارف والمنظمات المالية ، فهل

هي قروض إنتاج تباح فيها الفائدة المعقولة ، أو هي قروض استهلاك لا تجوز فيها الفائدة أصلاً ؟ وهل نستطيع هذا التمييز في كل حالة على حدة ، فنبيح هنا ونحرم هناك ؟ ظاهر أن هذا التمييز متعذر ، فلا بد إذن من أحد أمرين : إما أن تباح الفائدة المعقولة في جميع القروض وإما أن تحرم في جميعها . وإذا فرضنا جدلاً أنه يمكن تمييز قروض الإنتاج ، فإن تخريج الفائدة المعقولة في هذه القروض على فكرة الضرورة لا يستقيم . فالضرورة بالمعنى الشرعى ليست قائمة ، وإنما هي الحاجة لا الضرورة ، وينبغي التمييز بين الأمرين .

ثانياً : ما ينبغي أن يكون موقف الفقه الإسلامى من الربا في العصر الحاضر
تحريم الربا هو الحكم الذى يتمشى مع كل العصور وجميع الحضارات :

لا نشك في أن الواجب ، في كل العصور وفي جميع الحضارات ، أن يحرم الربا كمبدأ عام . وقد تضافر القرآن الكريم والحديث الشريف على تقرير تحريم الربا كأصل عام من أصول التشريع الإسلامى .

والفقه الإسلامى يحرم الربا ، ويرى من وراء تحريمه إلى تحقيق أغراض سامية جليلة ، تتبين من النصوص الآتية :

يقول ابن القيم في أعلام الموقعين (جزء ٢ ص ١٠١ - ص ١٠٣) : « وأما الأصناف الأربعة المطعومة فحاجة الناس إليها أعظم من حاجتهم إلى غيرها لأنها أقوات العالم وما يصلحها ، فن رعاية مصالح العباد أن منهوا من بيع بعضها ببعض إلى أجل ، سواء اتحد الجنس أو اختلف . ومنعوا من بيع بعضها ببعض حالاً متفاضلاً وإن اختلفت صفاتها ، وجوز لهم التفاضل فيها مع اختلاف أجناسها . وسر ذلك والله أعلم أنه لو جوز بيع بعضها ببعض نساء لم يفعل ذلك أحد إلا إذا ربح ، وحينئذ تسمح نفسه ببيعها حالة لطمعه في الربح ، فيعز الطعام على المحتاج ويشد ضرره . وعامة أهل الأرض ليس عندهم دراهم ولا دنانير ، لا سيما أهل العمود البوادي ، وإنما يتناقلون الطعام بالطعام ، فكان من رحمة الشارع بهم

وحكمته أن منعهم من ربا النساء فيها كما منعهم من ربا النساء في الأثمان ، إذ لو جوز لهم النساء فيها لدخلها إما أن تقضى وإما أن تربي ، فيصير الصاع الواحد لو أخذ قفزاً كثيرة . . . يوضح ذلك أن من عنده صنف من هذه الأصناف وهو محتاج إلى الصنف الآخر ، فإنه يحتاج إلى بيعه بالدرهم ليشتري الصنف الآخر ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم بع الجمع بالدرهم ثم اشتر بالدرهم جنيباً ، أو يبيعه بذلك الصنف نفسه بما يساوي . وعلى كلا التقديرين يحتاج إلى بيعه حالاً ، بخلاف ما إذا مكن من النساء فإنه حينئذ يبيعه بفضله ، ويحتاج أن يشتري الصنف الآخر بفضله لأن صاحب هذا الصنف يربي عليه كما أربي هو على غيره ، فينشأ من النساء تضرر بكل واحد منهما . . . وسر المسألة أنهم منعوا من التجارة في الأثمان بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأثمان ، ومنعوا من التجارة في الأقوات بجنسها لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأقوات .

ويقول ابن رشد ، بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٠٩ . ص ١١٠) : « يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي . ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات ، جعل الدينار والدرهم لتقويمها أي تقديرها . ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات ، أعني غير الموزنة والمكيلة ، العدل فيها إنما في وجود النسبة ، أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشئتين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن ذلك الفرس قيمته خمسون ، فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون . فليكن مثلاً الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب ، فإذا اختلفت هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة ، أعني أن يكون عدل فرس عشرة أثواب في المثل . وأما الأشياء المكيلة أو الموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعها متقاربة ، ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف ، كان العدل في هذه إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن ، إذ كانت لا تتفاوت في

المنافع . وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب ألا يقع فيها تعامل لكون منافعتها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة . فإذن منع التفاضل في هذه الأشياء ، أعنى المكيلة والموزونة ، له علتان : إحداهما وجود العدل فيها ، والثاني منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم ، فعلة المنع فيها أظهر ، إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية . وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً في أقوات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين ، وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتاً .

يتبين مما قدمناه من النصوص أن هناك أغراضاً ثلاثة يقصد إلى تحقيقها من وراء تحريم الربا : (أولاً) منع احتكار أقوات الناس . (ثانياً) منع التلاعب في العملة ، حتى لا تنقلب أسعارها ، وحتى لا تصبح هي ذاتها سلعة من السلع . (ثالثاً) منع الغبن والاستغلال عند التعامل في الجنس الواحد ، لأن التفاضل في الكم لا يمكن حسابه بدقة تواجه التفاضل في الكيف ، فلا بد من وقوع الغبن على أحد المتبايعين . ومن ثم قال النبي عليه السلام لمن باع التمر صاعين بصاع : ذلك هو الربا ، ردوه ثم بيعوا تمرنا ثم اشتروا لنا من هذا . فأضبط معيار للتبادل ما بين مقدارين من جنس واحد هو النقود . يباع أحد المقدارين بنقود ثم يشتري بالنقود المقدار الآخر . فإذا تعادل المقداران كماً وكيفاً ، فإن التبادل فيهما يكون من باب السرف^(١) .

(١) ويقول الأستاذ محمد عبد الله دراز في محاضراته المشار إليها (ص ١٧) في الأغراض المقصود تحقيقها عن طريق تحريم الربا ما يأتي : « ولكي نلخص فكرتنا عن القواعد التي وضعها التشريع النبوي في باب التبادل والتفاضل نقول : إن هذه القواعد تهدف إلى غرض مزدوج . فهي من إحدى الجهتين تريد أن تحمي النقود والأطعمة ، وهما أهم حاجات الجماعة وأعظم مقويات حياتها ، وذلك بمنع وسائل احتكارها ، أو إخفائها من الأسواق ، أو تعريضها لتقلبات الثمينة المفاجئة . وهي من الجهة الأخرى تحرص على حماية الفقراء والأغرار من طرق الغبن والاستغلال التي يتبعها بعض التجار الجشعين » .

استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية الوارد في الكتاب وكل من ربا النسيئة وربا الفضل
الواردين في السنة :

على أننا إذا استبقينا الحرمة كأصل عام للربا في جميع صورته ، فلا بد
لنا مع ذلك من استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية من جهة وكل من ربا النسيئة
وربا الفضل من جهة أخرى . فإن هذا التمييز من الوضوح والخطر بحيث لا وجه
للمنازعة فيه .

فربا الجاهلية محرم لذاته بتحريم المقاصد .
وكل من ربا النسيئة وربا الفضل محرم لا لذاته ، بل باعتباره ذريعة إلى ربا
الجاهلية . فهو محرم بتحريم الوسائل لا بتحريم المقاصد ، وذلك سداً للذرائع .
ولا نزال نستبقى النتيجة الهامة التي تترتب على هذا التمييز : فربا الجاهلية
لا تجيزه إلا ضرورة ملحة من شأنها أن تبيح أكل الميتة والدم . أما كل من
ربا النسيئة وربا الفضل ، فيكفي لإجازته أن تقوم الحاجة إلى ذلك .

القرض الذي يحجر منفعة :

وقد يكون غريباً أننا لم نعالج في صور الربا حتى الآن الصورة المألوفة التي
تتكرر كل يوم ، وهي صورة القرض بفائدة . فإن جميع أنواع الربا التي عرضنا
لها - لا سيما الربا الوارد في الحديث الشريف - إنما هي يبيع لا قروض . فهل
القرض يدخل في العقود الربوية !

يبدو هذا السؤال غريباً ، فإن القرض هو أول عقد ربوي في الشرائع
الحديثة . ولكن الواقع أن القرض في الفقه الإسلامي ليس أصلاً من أصول العقود
الربوية ، إذ البيع هو الأصل كما رأينا ، ويقاس على البيع الربوي القرض الذي
يحجر منفعة .

وهذا بعض ما جاء في كتب الفقه الإسلامي من النصوص في القرض الذي
يحجر منفعة :

جاء في البدائع (جزء ٧ ص ٣٩٥ - ٣٩٦) : « وأما الذي يرجع إلى

نفس القرض فهو ألا يكون فيه جر منفعة ، فإن كان ، لم يحز ، نحو ما إذا أقرض دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحاً أو أقرضه وشرط شرطاً له فيه منفعة ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن قرض جر نفعاً ، ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا لأنها فضل لا يقابله عوض ، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب . هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض . فأما إذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما ، فلا بأس بذلك ، لأن الربا اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم توجد ، بل هذا من باب حسن القضاء وأنه أمر مندوب إليه ، قال النبي عليه السلام خيار الناس أحسنهم قضاء ، وقال النبي عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح . وعلى هذا تخرج مسألة السفاتج التي يتعامل بها التجار أنها مكروهة ، لأن التاجر ينتفع بها بإسقاط خطر الطريق فتشبه قرضاً جر نفعاً . فإن قيل أليس أنه روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض بإسقاط خطر الطريق ، فالجواب أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقاً ثم تكون السفتجة ، وذلك مما لا بأس به على ما بينا والله أعلم^(١) .

وجاء في الفتاوى الهندية (جزء ٣ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣) : « قال محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف إن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يكره كل

(١) وقد ترتب على أنه لا يجوز أن يجر القرض نفعاً أن الأجل غير لازم في القرض ، ذلك أن القرض إذا كان لا يجر نفعاً فهو تبرع ، فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً . جاء في البدائع (جزء ٧ ص ٢٩٦) في هذا الصدد ما يأتي : « والأجل لا يلزم في القرض ، سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون . والفرق من وجهين : أحدهما أن القرض تبرع ، ألا ترى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من يملك التبرع فلو لزم فيه الأجل لم يبق تبرعاً فيتغير المشروط ، بخلاف الديون . والثاني أن القرض يسلك به ملك العارية والأجل لا يلزم في العارية ، والدليل على أنه يسلك به ملك العارية أنه لا يخلو أنه إن يسلك به ملك المبادلة وهي تمليك الشيء بمثله أو يسلك به ملك العارية . لا سبيل إلى الأول لأنه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز ، فتعين أن يكون عارية ، فجعل التقدير كأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وإن كان يرد بدله في الحقيقة ، وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الأجل في القرض بحال ، بأن يقرض من ماله بعد موته فلانا ألف درهم إلى سنة ، فإنه تنفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر ، وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة ، وافته تعالى أعلم . »

قرض جر منفعة . قال الكرخي هذا إذا كانت المنفعة مشروطة بأن أقرض غلة ليرد عليه صحاحاً أو ما أشبه ذلك ، فإن لم تكن المنفعة مشروطة في العقد فأعطاه المستقرض أجود مما عليه فلا بأس به . كذلك إذا أقرض رجل دراهم أو دنانير ليشتري المستقرض من المقرض متاعاً بثمن غال فهو مكروه . . هذا إذا تقدم القرض على البيع فأما إذا تقدم البيع على القرض ، وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوباً قيمته عشرون ديناراً بأربعين ديناراً ، ثم قرض ستين ديناراً ، حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون ديناراً فذكر الحصاف أن هذا جائز . . . وإذا رجح في بذل القرض ولم يكن الرجحان مشروطاً في القرض فلا بأس به ، كذا في المحيط .

وجاء في الشرح الكبير للدردير (حاشية الدسوقي جزء ٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧) : « أو جر منفعة . . كشرط قضاء عفن بسالم أو شرط دفع دقيق أو كعك ببلد غير بلد القرض ولو للحاج ، لما فيه من تخفيف مؤونة حمله ومفهومه الجواز مع عدم الشرط ، وهو كذلك . . ثم شبه في المنع قوله كسفتجة . . الكتاب الذي يرسله المقرض لوكيله ببلد ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده ، ويحتمل أنه مثال لما جر منفعة ، إلا أن يعم الخوف أي يغلب سائر الطرق فلا حرمة ، بل يندب للأمن على النفس أو المال ، بل قد يجب . »

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٣٠٤) : « ولا يجوز قرض جر منفعة ، مثل أن يقرضه على أن يبيعه داره ، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه ، أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق . والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز . وروى عن أبي ابن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة . ولأنه عقد إرفاق ، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه . فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره ، جاز ، لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم من

رجل بكرة ، فجاءته إبل الصدقة ، فأمرني أن أقضي الرجل بكرة ، فقلت لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء . وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كان لي على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق ، فقضاني وزادني . فإن عرف الرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض ، فني إقراضه وجهان ، أحدهما لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجوز فكذلك إذا عرف بالعادة ، والثاني أنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد .

وجاء في المغني (جزء ٤ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١) : « وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بلا خلاف . . . وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجوز ، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر ، وروى عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً . وقال عطاء كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ، ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه ، فسل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً . وروى عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأساً . ومن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي . . . فإن أقرضه مطلقاً من غير شرط ، فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاها جاز » (١) .

ويتبين مما قدمناه من النصوص أن القرض الذي يتضمن فائدة ليس أصيلاً في العقود الربوية ، بل هو يقاس عليها : يجوز أولاً أن يتضمن القرض فائدة غير مشروطة ، فإذا رجح المستقرض في بدل القرض ولم يكن الرجحان مشروطاً فلا بأس به . ويجوز ثانياً أن يستر القرض فائدة ، كمن يبيع الشيء غالياً للمستقرض ثم يقرضه بعد ذلك مبلغاً من المال ، إذ لا شك في أن الفرق بين الثمن الغالي والقيمة الحقيقية إنما هو فائدة القرض وأخيراً إذا تضمن القرض زيادة

(١) انظر أيضاً . المبسوط للرخسى جزء ١٤ ص ٣٥ وما بعدها - ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٧٠

- حاشية الدسوقي على الدردير جزء ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها - الشرح الكبير على المقنع جزء ٤ ص ٣٦٠ -

مشروطة ظاهرة - وهذه هي الفائدة بعينها - فإن هذا لا يجوز ، ولكن لا لأن الزيادة المشروطة ربا ، بل لأنها تشبه الربا ، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب .

فإذا كانت الفائدة في القرض لا تعتبر ربا حقيقيا ، بل يقتصر الأمر على أن فيها شبهة الربا ، فلا مناص من القول بأن ربا القرض يُلحق بربا النسبة و بربا الفضل ، ويجمع بين كل هذه الأنواع من الربا أنها جميعا محرمة ، ولكن التحريم فيها تحريم للوسائل لا تحريم للمقاصد ، ومن ثم يرتفع التحريم إذا قامت الحاجة ^(١) .

الأصل في الربا التحريم ولا يجوز إلا للضرورة أو للحاجة :

وقد آن أن نلخص ما وصلنا إليه من نتائج في هذا البحث :

١ - فالأصل في الربا التحريم ، الربا في جميع صورته ، سواء كان ربا الجاهلية أو ربا النسبة أو ربا الفضل أو ربا القرض . والاعتبارات التي تدعو إلى تحريمه هي التي قلّمناها : وقاية الناس من اختكار أقواتهم ، وحمايتهم من التلاعب في أسعار العملة التي يستخدمونها ، ودفع الغبن والاستغلال عنهم .

٢ - على أن هناك صورة من الربا هي أشنع هذه الصور وأشدّها استغلالا للمعوز والفقير . وهي الصورة التي نزل فيها القرآن منذراً متوعداً صورة الربا الذي تعودته العرب في الجاهلية ، فيأتي الدائن مدينه عند حلول أجل الدين ويقول إما أن تقضى وإما أن تربى ، والإرباء معناه أن يزيد الدين على المستحق في مقابل إطالة الأجل . وهذا أشبه بما نسميه اليوم بالفوائد على الفوائد أو الربح المركب ، وصورته أن يتقاضى الدائن فوائد مستقلة على ما تجمد من الفوائد ،

(١) عل أن الصورة التي يرسمها الفقهاء عادة للقرض في المصور السالفة تجمله أقرب إلى الصلقة ، فتناير ما بين طبيعته في تلك المصور وطبيعته اليوم حيث هو في أكثر صورته وسيلة مألوفة من وسائل تزويد المنتج بعنصر ضروري من عناصر الإنتاج وهو رأس المال - جاء في المفتى (جزء ١ ص ٣٥٣) : « والقرض مندوب إليه في حق القرض مباح للمقرض ، لما روينا من الأحاديث ، ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه . وعن أبي الدرداء أنه قال : لأن أقرض دينارين ، ثم يردان ، ثم أقرضهما ، أحب إل من أنصلق بهما . لأن فيه تفريجا عن أخيه المسلم ، وقضاء لحاجته ، وعونا له ، فكان مندوبا إليه كالصلقة عليه . »

فيقول للمدين إما أن تقضى رأس المال وما تجمد عليه من الفوائد ، وإما أن تربى بأن تضم المتجمد من الفوائد إلى رأس المال فيصبح المجموع رأس مال جديد يزيد بما ينتج من الفوائد عن المدة التي أطيل فيها أجل الدين .

هذه الصورة من الربا في العصر الحاضر هي التي تقابل ربا الجاهلية . وهي محرمة تحريماً قاطعاً لذاتها . تحريم مقاصد لا تحريم وسائل ، فهي التي تجر الويل والحراب على المدين ، وتضاعف رأس المال في سنوات قليلة ، فيأكل الدائن الربا أضعافاً مضاعفة ، وهي الصورة التي محقها الله تعالى في قرآنه الكريم . ومن ثم لا يجوز الربا في هذه الصورة أصلاً . بل إن نظرية الضرورة ذاتها لا تتسع لهذا الجواز ، فإن الضرورة الملحة التي تلجئ كلاً من المدين والدائن على التعامل بالربا على هذا النحو - الضرورة التي يكون من شأنها أن تبيح الميتة والدم - لا يمكن تصورهما . وحتى إذا أمكن تصورهما في حق المدين بأن كان في حاجة إلى المال لحفظ حياته ولم يجد من يقرضه إياه إلا على هذا الشرط ، فإنه لا يمكن تصورهما في حق الدائن ، وإلا فما هي هذه الضرورة الملحة التي تدفع الدائن إلى هذا الاستغلال إن لم يكن الطمع والجشع !

٣- أما الصور الأخرى من الربا - الفائدة البسيطة للقرض وربا النسبة وربا الفضل - فهذه أيضاً محرمة . ولكن التحريم هنا تحريم للوسائل ، لا تحريم للمقاصد . بعض هذه الصور ، وهي الخاصة بالأصناف الستة وبفائدة القرض . وردت بنصوص صريحة في الأحاديث الشريفة . وبعضها ، وهي الخاصة بالأصناف الأخرى التي ألحقها الفقهاء بالأصناف الستة ، كان من عمل الفقهاء ، وهي تقوم على صناعة فقهية لا شك في سلامتها . وكلها وسائل لا مقاصد ، وقد حرمت سداً للذرائع . ومن ثم يكون الأصل فيها التحريم ، وتجوز استثناء إذا قامت الحاجة إليها . والحاجة هنا معناها ، كما يقول ابن القيم ، مصلحة راجحة ، في صورة معينة من صور الربا ، تفوت إذا بقي التحريم على أصله . عند ذلك تجوز هذه الصورة استثناء من أصل التحريم ، وتجوز بقدر الحاجة القائمة ، فإذا ارتفعت الحاجة عاد التحريم .

٤- وتبدأ الحاجة أن تكون حاجة شخصية ذاتية ، تقوم بفرد بالذات .

ففي بيع العرايا تقوم الحاجة بشخص المشتري ، فهو يتتبع بشمره الجفاف ما على رؤوس النخل من الرطب إذا كان هو بالذات في حاجة إلى الرطب . وهذا ما ورد النص الصريح بجوازه ، وأجمعت الفقهاء على صحته . ويقاس عليه بيع الدنانير والدرهم المسكوكة بأكثر من وزنها ذهباً أو فضة ، إذا احتاج التاجر أو غير التاجر خوفاً من فوات السوق أو من فوات الرقعة ، أي أن الحاجة هي هنا أيضاً شخصية ذاتية . وهذا ما قال به مالك على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

ثم تنتهي الحاجة إلى أن تكون عامة شاملة ، لا تقوم بفرد بالذات دون غيره ، بل تكون في طبيعة المعاملة نفسها . فبيع المصوغ بأكثر من وزنه ذهباً أو فضة دعت إليه حاجة عامة ، هي أن تكون لصناعة الصياغة قيمة يقابلها شيء من الثمن ، وإلا اندثرت هذه الصناعة مع قيام الحاجة إليها . فإما دامت هناك صياغة مباحة ، كخاتم الفضة وحلية النساء وما أبيع من حلية السلاح وغيرها ، والناس في حاجة إليها ، فإن الحاجة تقوم عامة شاملة إلى شراء المصوغ بأكثر من وزنه .

وفي نظام اقتصادي رأسمالي - كالنظام القائم في الوقت الحاضر في كثير من البلاد - ويتميز بأن رؤوس الأموال تكون مملوكة للأفراد والهيئات والمصارف وليست مملوكة للدولة ، تدعو الحاجة العامة الشاملة إلى حصول العامل على رأس المال حتى يستغله بعمله . وقد أصبحت شركات المضاربة والقراض ونحوها غير كافية للحصول على رأس المال اللازم . حقاً إن شركات المساهمة وشركات التوصية تسمح في كثير من الأحوال بأن يستثمر صاحب رأس المال ماله في شراء أسهم هذه الشركات فيشارك في الربح والخسارة ، ولكن القروض هي الوسيلة الأولى ، في النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم ، للحصول على رؤوس الأموال . وحتى في الشركات المتقدم ذكرها توجد إلى جانب الأسهم ، وهي حصص الشركاء الذين يساهمون في الربح والخسارة ، السندات ، وهي القروض التي تقدم لهذه الشركات . والمقرض هنا ، كما سبق القول ، هو الجانب القوي ، والمقرض هو الجانب الضعيف الذي يجب له الحماية . فإما دامت الحاجة قائمة للحصول على رؤوس الأموال من طريق القرض أو غيره . وما دام رأس المال ليس ملك الدولة

بل هو ملك الفرد ادخره بعمله وجهده ، فمن حقه أن لا يَظلم فيه ولا يُظلم ، ما دامت الحاجة قائمة إلى كل ذلك ، فإن فائدة رأس المال في الحدود المذكورة تكون جائزة استثناء من أصل التحريم .

نقول : في الحدود المذكورة . ونقصد بذلك : (أولاً) : ألا يجوز بحال ، مهما كانت الحاجة قائمة ، أن يتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، فهذا هو ربا الجاهلية المحقوت . (ثانياً) وحتى بالنسبة إلى الفائدة البسيطة ، يجب أن يرسم لها المشروع حدوداً لا تتعداها ، من حيث سعرها ومن حيث طريقة تقاضيتها ومن حيث مجموع ما يتقاضى منها ومن وجوه أخرى كثيرة ينبغي على المشرع أن يتحراها ، وذلك حتى تقلر الحاجة بقلرها .

٥ - وحتى بعد كل هذا ، فإن الحاجة إلى الفائدة لا تقوم ، كما قدمنا ، إلا في نظام رأسمالي كالنظام القائم . فإذا تغير هذا النظام - ويبدو أنه في سبيله إلى التغير - وأصبح نظاماً اشتراكياً رؤوس الأموال فيه بيد الدولة لا بيد الأفراد ، عند ذلك يعاد النظر في تقدير الحاجة ، فقد لا تقوم الحاجة في ظل النظام الاشتراكي ، فيعود الربا إلى أصله من التحريم .

ثالثاً : الموقف الفعلي الذي وقفته من الربا التقنيات المدنية العربية

موقف التقنين المدني المصري :

ولعل ما ذكرناه يكون مقارباً للموقف الفعلي الذي وقفه التقنين المدني المصري الجديد من الربا . فإن هذا التقنين يبغض كل البغض تقاضى الفوائد على رؤوس الأموال ، وقد سار خطوات واسعة في تضيق حلقة الفوائد ووضع في ذلك أحكاماً تشريعية هامة نجملها فيما يلي :

أولاً : حرم تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد ، فنص في صدر المادة ٢٣٢ على أنه « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد » . فسد بذلك ثغرة واسعة في تحريم الربا ، وعمد إلى الربا المحرم تحريم المقاصد فهي عنه في عبارة حاسمة لا مخلص منها .

وقد كان التقنين المدني السابق يميز تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد بشرطين :

- ١ - أن تكون الفوائد المتجمدة لا تقل عن فوائد سنة .
 - ٢ - وأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين ، بعد تجمد الفوائد ، على تقاضي فوائد عنها ، أو يطالب الدائن المدين بفوائد على متجمد الفوائد مطالبة قضائية .
- ثانياً : ضيق التقنين المدني الجديد كثيراً في إباحة تقاضي الفوائد البسيطة وما فعله في هذا السبيل ما يأتي :

- ١ - وضع حداً أقصى لسعر الفائدة هو ٧٪ ، فلا يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أكثر من ذلك . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪ ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر (م ٢٢٧ / ١ مدني) . وقد كان التقنين المدني السابق يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة ٨٪ ، قبل أن ينزلها التقنين الجديد إلى ٧٪ كما رأينا .
- ٢ - وإذا لم يكن هناك اتفاق بين الدائن والمدين على تقاضي الفوائد ، فلا يجوز للمدين أن يتقاضى فوائد على الدين . وقد طبقت هذه القاعدة في عقد القرض ، فنصت المادة ٥٤٢ مدني على ما يأتي : « على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » . على أنه إذا حل الدين وتأخر المدين في الوفاء ، استحققت فوائد تأخير قدرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدني) .

٣ - ولا تسرى فوائد التأخير عن الوفاء إلا إذا طالب بها الدائن مطالبة قضائية ، فلا تكني المطالبة غير القضائية ولو كانت بإنذار رسمي ، وكذلك لا تكني المطالبة القضائية برأس المال وحده ، بل تجب المطالبة بفوائد التأخير ذاتها . ثم إن هذه الفوائد لا تسرى إلا من يوم هذه المطالبة القضائية (م ٢٢٦ مدني) .

٤ - ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (م ٢٣٢ مدني) . وهذه قاعدة جليلة من قواعد تحريم الربا ، ويقضى تطبيقها ألا يأكل الدائن الربا أضعافاً مضاعفة . على أن

الحاجة ، هنا أيضاً ، قد تقوم ، فتقضى مجاوزة هذا القيد في القروض الإنتاجية طويلة الأجل .

٥- وتقضى المادة ٢٢٩ مدني بأنه « إذا تسبب الدائن بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

٦- وتقضى المادة ٢٣٠ مدني بأنه « عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة ، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء » .

٧- وتقضى المادة ٥٤٤ مدني في عقد القرض بأنه « إذ اتفق على الفوائد ، كان للمدين ، إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يجوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان . وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلاً من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد أو الحد منه » . وهذا إجراء حكيم لإسقاط الفوائد ، حتى بعد الاتفاق عليها بين الدائن والمدين .

وغنى عن البيان أن هذه القيود ينبغي أن يبقَى زمامها في يد المشرع ، في شيء من المرونة ، يوسع فيها أو يضيق منها ، فيزيد القيود أو ينقصها ، بحسب الحاجة . فإن قامت الحاجة للتخفيف من بعض هذه القيود ، ألغى المشرع منها ما تقضى الحاجة بإلغائه . وإن لم تعد الحاجة تقضى بالألا تباح الفوائد إلا بقيود أكثر من هذه ، زاد المشرع في القيود . والأمر الجوهري هو ألا يبيح المشرع الفوائد إلا بالقدر الذي تدعو إليه الحاجة .

موقف التقنيات المدنية العربية الأخرى :

وقد وقفت التقنيات المدنية العربية الأخرى من الربا موقفاً معادلاً لموقف التقنين المدني المصري على الوجه الآتي :

(أولاً) حرمت هذه التقنيات تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد . فعل ذلك التقنين المدني السوري في صدر المادة ٢٣٣ ، والتقنين المدني الليبي في صدر المادة ٢٣٥ ، والتقنين المدني العراقي في صدر المادة ١٧٤ . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فيجيز تقاضى الفوائد على متجمد الفوائد بالشرطين اللذين كان التقنين المدني السابق يجيزه بهما ، فيما عدا أن الفوائد المتجمدة تكون في التقنين اللبناني عن مدة ستة أشهر فقط لا عن سنة كاملة (م ٧٦٨) .

(ثانياً) وضعت هذه التقنيات سلسلة من القيود على الفوائد البسيطة معادلة لتلك التي وضعها التقنين المدني المصري على الوجه الآتي :

١ - وضعت حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، هو ٩ ٪ في التقنين المدني السوري (م ٢٣٨ / ١) ، و ١٠ ٪ في التقنين المدني الليبي (م ٢٣٠ / ١) ، و ٧ ٪ في التقنين المدني العراقي (م ١٧٢ / ١) ، فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إليه ، وتعين رد مادفع زائداً . أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فلم يضع حداً أقصى للسعر الاتفاقي ، ولكنه اشترط أن يعين كتابة سعر الفائدة المتفق عليها وإلا فلا تجب الفائدة إلا بالسعر القانوني وهو ٩ ٪ (٢ / ٧٦٧) ، وإذا دفع المقرض من تلقاء نفسه فوائد غير منصوص عليها أو زائدة عن الفوائد المشترطة ، فلا يحق له استردادها ولا حسمها من رأس المال (م ٢ / ٧٦٦) .

٢ - وإذا لم يكن هناك اتفاق على تقاضى فوائد فلا تتقاضى (٥١٠ سوري م ٥٤١ ليبي ، م ١ / ٦٩٢ عراقي ، م ١ / ٧٦٦ لبناني) . والسعر القانوني للفوائد التأخيرية هو ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية في التقنين المدني السوري (م ٢٢٧) ، ومثلها في التقنين المدني الليبي (م ٢٢٩) ، ومثلها في التقنين المدني العراقي (م ١٧١) . أما في القانون اللبناني فالسعر القانوني هو

٩٪ (قانون المراجعة العثماني في المسائل المدنية والمادة ٢٥٧ من التقنين التجاري في المسائل التجارية) .

٣- ولا تسرى فوائد التأخير إلا من وقت المطالبة القضائية بها (التقنين المدني السوري م ٢٧٧ ، والتقنين المدني الليبي م ٢٢٩ . والتقنين المدني العراقي م ١٧١ ، وأما في لبنان فتسرى فوائد التأخير من وقت الإنذار ولا ضرورة للمطالبة القضائية بهذه الفوائد) .

٤- ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (التقنين المدني السوري م ٢٣٣ ، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٥ ، والتقنين المدني العراقي م ١٧٤ ، وقانون المراجعة العثماني في لبنان) .

٥- وإذا تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع ، جاز تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها إطلاقاً (التقنين المدني السوري م ٢٣٠ ، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٢ ، والتقنين المدني العراقي م ١٧٣/٣ ، وفي لبنان وفقاً للمبدأ العام المقرر في المادة ٣١ من قانون أصول المحاكمات المدنية وهي توجب الحكم بالتعويض على من يقدم عن نية سيئة على إقامة أية دعوى أو على المعارضة في أي طلب ظهرت صحته) .

٦- وعند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يتقاضى الدائنون فوائد تأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد يدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة ، وتقسم قسمة الغرماء (التقنين المدني السوري م ٢٣١ ، والتقنين المدني الليبي م ٢٣٣ ، ولا نص في التقنين المدني العراقي . أما في لبنان فإن العمل في دوائر الإجراء يتمشى مع هذا الحكم ، إذ أن الفوائد ترصد إلى تاريخ الإحالة القطعية أي إلى تاريخ رسو المزاد في إجراءات البيع الجبري) .

٧- وإذا اتفق في عقد القرض على فوائد ، جاز للمدين ، بعد ستة أشهر من القرض ، أن يلغى العقد ويرد ما اقترضه في أجل لا يزيد على ستة أشهر من تاريخ إعلان الإلغاء ، ويلزم بدفع ما استحق من الفوائد عن الستة أشهر

التالية للإعلان (التقنين المدني السوري م ٥١٢ ، والتقنين المدني الليبي م ٥٤٣ ، ولا نص في التقنين المدني العراقي . وانظر المادة ٧٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وتنص على أنه : لا يجوز إجبار المقرض على رد ما يجب عليه قبل حلول الأجل المعين بمقتضى العقد أو العرف ، وإنما يجوز له أن يرده قبل الأجل ، ما لم يكن هذا الرد مضرًا بمصلحة المقرض) .

• • •

هذا هو موقف التقنيات المدنية العربية ، ومعها التقنين المدني المصري ، من الفوائد في العصر الحاضر ، والموقف كما نرى موقف معتدل ، ولم تغال هذه التقنيات في إباحة الفوائد ، بل أحاطتها بقيود كثيرة . وزمام الموقف في يد المشرع على كل حال ، فإذا كان المشرع العربي قد أباح الفوائد في هذه الحدود الضيقة ، مسيرًا في ذلك مقتضيات النظام الاقتصادي الرأسمالي القائم في البلاد العربية ، فهو إنما يخضع للحاجة ، وبقدر ما تقتضيه هذه الحاجة . فإذا ما تغير النظام القائم ، وارتفعت الحاجة في النظام الذي يستجد ، فلا شك في أن الواجب هو أن تعود الفوائد إلى أصلها من التحريم ، وتحريم الربا أصل من أصول الشرائع تحجبه الحاجة ، فإذا ما ارتفعت عاد إلى الظهور .

الفهرس

الفصل الثاني

المحل

الصفحة

٦ تعريف المحل وشروطه

الفرع الأول

المحل موجود أو ممكن

المبحث الأول

وجود المحل أو إمكانه في الفقه الغربي

المطلب الأول

المحل موجود

٧	.	.	.	.	.	.	.	.	معنى الوجود
٧	.	.	.	.	.	.	.	.	التعامل في محل موجود حالا
٨	.	.	.	.	.	.	.	.	التعامل في محل مستقبل
٩	.	.	.	.	.	.	.	.	التعامل في تركة مستقبلية

المطلب الثاني

المحل ممكن

١١	.	.	.	.	.	.	.	.	الإمكان يقابل الوجود
١١	.	.	.	.	.	.	.	.	الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية
١٢	.	.	.	.	.	.	.	.	الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية

المبحث الثاني

وجود المحل أو إمكانه في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

المحل موجود

١٣	.	.	.	.	.	.	.	.	يشترط وجود المحل فعلا وقت التعاقد
----	---	---	---	---	---	---	---	---	-----------------------------------

الصفحة

١٤	السبب في هذا التشدد هو خشية النحر
١٤	التمييز بين فروض مختلفة

§ ١ - الشيء في أصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده

١٥	عنصر النحر يكاد يكون متفياً ومن ثم فالتعامل جائز
١٥	بيع الثمر والزرع بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح جائز
٢٥	بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض

§ ٢ - الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل

٢١	المبدأ العام والاستثناءات
٢١	المبدأ العام - بيع المعلوم باطل
٢٤	الاستثناء الأول - السلم
٢٨	الاستثناء الثاني - الاستصناع
٤٠	النهي عن بيع المعلوم إنما هو للنحر لا لعدم

§ ٣ - الشيء غير موجود أصلاً وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير محقق الوجود

في المستقبل

٤٢	دخوله عنصر النحر
٤٤	ما هو النحر متى يفسد العقد
٥١	تطبيق المعايير المتقدمة على بيع الشيء غير محقق الوجود في المستقبل

المطلب الثاني

المحل ممكن

٥٣	القدرة على التسليم - النصوص
٥٥	الاستحالة المطلقة والاستحالة النبية
٥٦	يجب أن يكون المبيع مقدور التسليم من غير ضرر

الفرع الثاني

المحل معين أو قابل للتعين

المبحث الأول

تعين المحل أو قابليته للتعين في الفقه الغربي

الصفحة

٥٨	نصوص التقنيات المدنية العربية
٥٩	تعين محل الالتزام إذا كان شيئاً
٦٠	تعين محل الالتزام إذا كان نقوداً
٦١	تعين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل

المبحث الثاني

تعين المحل أو قابليته للتعين في الفقه الإسلامي

٦٢	المبدأ - يتعين المحل بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة
٦٢	كيف يحصل العلم
٦٤	تعين المحل في الأشياء المتفاوتة وفي الأشياء المتقاربة
٧١	الاكتفاء بقابلية المحل للتعين
٧٥	تعين المحل إذا كان نقوداً
٧٧	تعين المحل إذا كان عملاً

الفرع الثالث

المحل صالح للتعامل فيه

المبحث الأول

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الغربي

٧٩	مقى يعتبر الشيء غير صالح للتعامل فيه في الفقه الغربي
٨١	النظام العام والآداب

المطلب الأول

اتفاقات تخالف النظام العام

٨٢	روابط القانون العام وروابط القانون الخاص
----	--

§ ١ - روابط القانون العام

الصفحة

٨٣	أنواع هذه الروابط
٨٤	القواعد الدستورية والحريات العامة
٨٦	النظم الإدارية والمالية
٨٧	النظام القضائي
٨٧	القوانين الجنائية

§ ٢ - روابط القانون الخاص

٨٨	الأحوال الشخصية
٨٩	المعاملات المالية

المطلب الثاني

اتفاقات تخالف الآداب

٩٠	العلاقات الجنسية
٩١	بيوت المهارة
٩١	المقامرة والرهان
٩٢	أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب

المبحث الثاني

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الإسلامي

٩٣	عدم الصلاحية يرجع إلى طبيعة الشيء أو إلى الغرض الملى خصص له
٩٩	عدم الصلاحية يرجع إلى النظام العام والآداب

المطلب الأول

الشروط المقترنة بالعقد

١٠١	التمييز بين حالات مختلفة
-----	--------------------------

§ ١ - الشرط الصحيح

١٠٦	متى يكون الشرط صحيحاً
-----	-----------------------

(١) الشرط الذى يقتضيه العقد .

الصفحة

١٠٦	النصوص
١٠٧	صحة الشرط الذى يقتضيه العقد أمر بديهي

(ب) الشرط الذى يلائم العقد

١٠٨	النصوص
١١٢	ما يجب لصحة الشرط الذى يلائم العقد
	الشرط الذى يلائم العقد يصح استثناء على سبيل الاستحسان عند الحنفية ويصح أصلاً في
١١٦	المذاهب الأخرى

(ج) الشرط الذى يجرى به التعامل

١١٨	النصوص
-----	--------

§ ٢ - الشرط الفاسد

١٢٠	المذهب الحنفى والمذاهب الثلاثة الأخرى
-----	---------------------------------------

أولاً - المذهب الحنفى

١٢١	التمييز بين حالتين
-----	--------------------

(١) شرط فاسد يفسد العقد

١٢١	النصوص
١٢٦	١ - الصور المختلفة للشرط الفاسد الذى يفسد العقد
١٢٨	٢ - الأسباب التى دعت المذهب الحنفى إلى القول بفساد الشرط والعقد في هذه الصور
١٣٠	٣ - العقود التى يكون فيها الشرط الفاسد مفسداً للعقد

(ب) شرط فاسد يسقط ويبقى العقد

١٣١	النصوص
١٣٢	شرط لا منفعة فيه لأحد وهو شرط فاسد فيسقط
١٣٣	ولكن العقد يبقى صحيحاً

ثانياً : تأصيل المذهب الحنفي وتطور الفقه الإسلامي

(١) سبب فساد العقد في المذهب الحنفي

الصفحة

١٣٤	١ - السبب الحقيقي في فساد العقد إذا اقترن بالشرط :
١٣٤	علتان تنهيان إلى علة واحدة - تعدد الصفقة
١٣٦	السبب في تحريم تعدد الصفقة - وحدة العقد
١٣٩	٢ - نظرية أهرنج في وحدة الدعوى ووحدة العقد :
١٣٩	رأى أهرنج في فكرة وحدة الصفقة في تطور الفكر القانوني
١٣٩	الوحدة في الدعوى - وحدة الطلب
١٤١	الوحدة في الدعوى - وحدة الدفع
١٤٤	الوحدة في العقد - وحدة الموضوع
١٤٥	الوحدة في العقد - وحدة الزمان والمكان

(ب) تطور الفقه الإسلامي في الشروط المقترنة بالعقد

١٥٠	تطور الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة :
١٥١	١ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنفي :
١٥٢	٢ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الشافعي :
١٥٥	٣ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب المالكي :
١٥٥	التطور في المذهب المالكي أبعد مدى من التطور في المذهب الحنفي وفي المذهب الشافعي
١٥٥	الشرط الصحيح في مذهب مالك
١٥٦	الشرط الفاسد في مذهب مالك
١٦٠	تقدير مذهب مالك
١٦١	٤ - تطور الفقه الإسلامي في المذهب الحنبل :
١٦١	المذهب الحنبل أبعد المذاهب تطوراً في تصحيح الشروط
١٦١	الشرط الصحيح في مذهب الحنابلة
١٦٣	الشرط الفاسد في مذهب الحنابلة
١٦٨	استكمال المذهب الحنبل بأقوال ابن تيمية
١٧٢	٥ - مقارنة ما بين المذاهب الأربعة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد :
١٧٢	مقارنة إجمالية
١٧٣	مقارنة تفصيلية

المطلب الثاني

الربا

§ ١ - تحديد منطقة الربا في الفقه الإسلامي

أولاً - تعيين الأموال الربوية

الصفحة

١٧٧	الحديث الشريف هو مصدر تعيين الأموال الربوية
١٧٨	امتداد منطقة الربا إلى غير هذه الأموال الستة
١٨٠	ما يحتاج به الحنفية في أن الملة في الأموال الربوية هي انقذر والحنفية
١٨١	ما يحتاج به الشافعية في أن الملة في الأموال الربوية هي الطم والثنية
١٨٢	الموازنة بين حجج الحنفية وحجج الشافعية وترجيح مذهب الشافعي

ثانياً - تحديد ربا الفضل

١٨٧	المذهب الحنفي
١٨٧	مذهب الشافعي
١٨٨	المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا الفضل

ثالثاً - تحديد ربا النسيئة

١٨٩	المذهب الحنفي
١٩١	مذهب الشافعي
١٩١	المقابلة ما بين مذهب الحنفية ومذهب الشافعية في تطبيقات ربا النسيئة
١٩٣	تفسير بعض حالات غير ظاهرة في ربا النسيئة

§ ٢ - الاتجاهات المختلفة التي عملت على تضيق منطقة الربا في جميع العصور تتسع

منطقة الربا ثم تضيق تحت ضغط العوامل الاقتصادية

١٩٤	الربا في الشرائع القديمة وفي اليهودية وفي المسيحية
١٩٩	الربا في الإسلام والتياران المتعارضان فيه
٢٠٢	اتجاهات ثلاثة في تضيق منطقة الربا

أولاً - الاتجاه الذي يميز ما بين ربا الفضل وربا النسيئة

الأول هو ربا حنفي والثاني هو الربا الحلبي

٢٠٣	ربا النسيئة ربا حلبي وربا الفضل ربا حنفي - ابن القيم
-----	--

الصفحة

٢٠٦	ما يترتب على التمييز بين ربا النسبة و ربا الفضل
٢٠٦	ربا الفضل تشع دائرته عند الشبهة
٢٠٩	ربا الفضل تضيق دائرته عند الحاجة :
٢٠٩	بيع الربايا
٢١١	بيع الموضوع
٢١٤	بيع مادخله الصنعة بوجه عام
٢١٥	بيع الدرهم أو الدينارين المسكوكة

ثانياً - الاتجاه الذي يميز ما بين الربا الوارد في القرآن الكريم والربا الوارد في الحديث الشريف

الأول هو الربا الجلي والثاني ربا خفي

٢١٧	أنواع الربا الثلاثة
٢١٨	التمييز الذي قال به ابن القيم وأنواع الربا الثلاثة
٢١٨	تمييز ابن القيم فيه تحكم
	التمييز ما بين الربا في القرآن الكريم والربا الوارد في الحديث الشريف - السيد رشيد رضا
٢١٩	والدكتور زكي الدين بدي

ثالثاً - الاتجاه الذي لا يحرم إلا ربا الجاهلية الوارد في القرآن الكريم

٢٢٢	لا ربا إلا في النسبة - ابن عباس
٢٢٣	وربا النسبة في هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده
٢٢٤	ردود الفقهاء على أدلة ابن عباس

§ ٣ - ما ينبغي أن يكون عليه الفقه الإسلامي

من الربا في العصر الحاضر

أولاً - اتجاهان متعارضان في مسألة الربا في العصر الحاضر

٢٢٧	مسألة الربا أمام مؤتمر الفقه الإسلامي المنعقد بباريس سنة ١٩٥١
٢٢٨	الاتجاه المحتفظ بأحكام المذاهب الفقهية في الربا - الأستاذ محمد عبد الله دراز
٢٢٣	الاتجاه المتحرر من أحكام المذاهب الفقهية في الربا - الأستاذ معروف الدواليبي

الصفحة

ثانياً – ما ينبغي أن يكون موقف الفقه الإسلامى من الربا فى العصر الحاضر

٢٣٤		تحريم الربا هو الحكم الذى يتشئ مع كل المصور وجميع المضارات
٢٣٧		استبقاء التمييز بين ربا الجاهلية الوارد فى الكتاب وكل من ربا النسيئة و ربا الفضل الوارد فى السنة
٢٣٧		القرض الذى يجبر منفعة
٢٤١		الأصل فى الربا التحريم ولا يجوز إلا للضرورة أو للحاجة

ثالثاً – الموقف الفعلى الذى وقفته من الربا التقنينات المدنية العربية

٢٤٤		موقف التقنين المدنى المصرى
٢٤٧		موقف التقنينات المدنية العربية الأخرى
٢٤٩		زمام الموقف فى يد المشرع

