

July 2014

Exchange Contract; A comparative study

Duha Mohamed Al Nuaaman

Faculty of Law, Al Ain University of Science and Technology, UAE., duhaalnuman@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Civil Law Commons](#)

Recommended Citation

Al Nuaaman, Duha Mohamed (2014) "Exchange Contract; A comparative study," *Journal Sharia and Law*.
Vol. 2014 : No. 59 , Article 7.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2014/iss59/7

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in *Journal Sharia and Law* by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Exchange Contract; A comparative study

Cover Page Footnote

Dr. Duha Mohamed Saeed Al Nuaaman Assistant Professor of Jurisprudence, Faculty of Law, Al Ain University of Science and Technology, UAE duhaalnuman@yahoo.com

عقد الصرف دراسة مقارنة*

د. ضحى محمد سعيد النعمان(*)

ملخص البحث:

الصرف أحد أنواع البيوع التي عنيت الشريعة الإسلامية بمعالجة أحكامه من خلال صورته المتمثلة بصرف الذهب والفضة والتي تناولها الفقهاء المسلمون تحت باب بيع النقد بالنقد أو الصرف، فهم وإن اعتبروه نوعاً من أنواع البيوع إلا أنهم افردوا له أحكاماً خاصة تميزه عن البيع المطلق أهمها اعتبارهم القبض شرطاً من شروط صحة انعقاده يترتب على تخلفه بطلان البيع أو فسادة لكون جزاء مخالفته يوقع في شبهة الربا بما ثبت من أدله شرعية من الكتاب والسنة وحيث إننا وجدنا أن أغلب القوانين المدنية العربية لم تنظم أحكام عقد الصرف بنصوص خاصة تميزه من خلالها عن البيع المطلق الأمر الذي يعني أن أحكام هذا الأخير تنطبق على الصرف اليوم في هذه الدول؛ لهذا آثرنا تسليط الضوء عليه بغية دعوة مشرعي الدول العربية التي لم تنظمه إلى المسارعة في تنظيمه لاجتناب الربا أعاذ الله المسلمين منها.

* أجزى للنشر بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٣.

(*) أستاذ القانون المدني المساعد - كلية الحقوق - جامعة الموصل - العراق.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين وعلى من تبع هداه بإحسان إلى يوم الدين وبعد: نعرف بمقدمة بحثنا من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

الصرف أحد أنواع البيوع التي اهتم الفقهاء المسلمون بمعالجة أحكامه وتنظيم جزئياته فألوه كثيراً من الاهتمام وأفردوا له أبواباً خاصة في كتبهم الفقهية تحت عنوان بيع النقد بالنقد أو الصرف لما لمسوه من خصوصية تقتضي تمييزه في الحكم عن أحكام البيع المطلق. ولعل أهم صور تلك الخصوصية هي اعتبارهم القبض شرطاً من شروط صحة انعقاده، يترتب على تخلفه بطلان البيع أو فساد، وهو الأمر الذي يعبر عنه بلغة القانون بعينية العقد، الأمر الذي تبنى عليه نتائج كثيرة لا تخفى عن كل مختص بالقانون، إلا أن هذه المسألة لم تحظ بالأهمية ذاتها من قبل المشرع العراقي، حيث جاءت نصوص القانون المدني العراقي خالية من أحكام قانونية خاصة ببيع الصرف، على الرغم من أن المشرع العراقي عرف الصرف باعتباره نوعاً من أنواع البيوع في المادة ٥٠٧ من القانون المدني والتي جاء فيها (البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهي المقايضة)، وفيما عدا هذا النص القانوني لم يشر المشرع إلى الصرف مرة أخرى ولم ينظم له أحكاماً خاصة، الأمر الذي يعني أن الأحكام الخاصة بعقد البيع المطلق تكون واجبة التطبيق على

الرغم من أن هذه الأحكام لا تستوجب القبض لانعقاد البيع، وبموجبها يعد البيع عقداً رضائياً لا عينياً.

ثانياً: أهمية الموضوع وسبب اختياره:

إن ما لاحظناه من إقبال الناس على التعامل المصرفي من عملات نقدية بالبيع والشراء وتبديل بعضها ببعض، وما لاحظناه من تباين في موقف الفقهاء المسلمين من شروط انعقاد عقد الصرف مع موقف المشرع العراقي الذي جاء خالياً من تنظيم أحكامه دفعنا إلى اختيار هذا النوع من أنواع البيوع محوراً لبحثنا لتسليط الضوء على تلك الخصوصية التي أولأها الفقهاء المسلمون لهذا البيع ومعرفة الحكمة منها ومدى ضرورتها و حاجتنا في القانون المدني العراقي إليها.

ثالثاً: منهجية البحث:

سوف نعتد في بحثنا المنهج التحليلي المقارن وذلك بتحليل الأحكام التي جاء بها الفقهاء المسلمون بخصوص عقد الصرف، وتحديد ما يتعلق منها بالتعامل بالذهب والفضة، على اعتبار أن النقود كانت في ذلك الوقت تضرب من الذهب والفضة غالباً، مع الإشارة لموقف المشرع اليمني باعتباره القانون العربي الوحيد بين أيدينا نظم الموضوع بإيراده نصوصاً قانونية خاصة تعالج أحكام عقد الصرف بصورة منفصلة عن تلك التي أوردها لمعالجة أحكام البيع المطلق.

رابعاً: الدراسات السابقة:

إن الدراسات التي تناولت الصرف من الناحية الشرعية كثيرة جداً سواء منها ما ورد بشأنه في أمهات الكتب أو ما ورد في كتب الفقهاء المعاصرين. وسوف نشير إلى ما وقع تحت أيدينا من هذه المصادر والمراجع في متن البحث، إلا أننا لم نعثر على أية دراسة أو بحث تناول موقف التشريعات القانونية من عقد الصرف. فوجود

النقص التشريعي في تنظيم أحكام الصرف في معظم تشريعات البلدان العربية أدى إلى عزوف شراح وفقهاء القانون عن التطرق إليه والبحث فيه. وبالنظر لخصوصية الصرف، تلك الخصوصية التي تقتضي انفراده بأحكام خاصة لانعقاده تختلف عن تلك التي ينعقد بها البيع المطلق ولكون جزء مخالفتها يوقع في شبهة الربا؛ لهذا أثرنا تسليط الضوء عليه بغية دعوة المشرع العراقي ومشرعي الدول العربية التي لم تنظمه إلى المسارعة في تنظيمه لاجتناب الربا أعاذ الله المسلمين منها.

خامساً: خطة البحث:

مقدمة:

المبحث الأول: التعريف بعقد الصرف

المطلب الأول: تعريف الصرف ودليل مشروعيته

المطلب الثاني: مضمون عقد الصرف

المطلب الثالث: التكييف القانوني لعقد الصرف

المبحث الثاني: أركان عقد الصرف وأحكامه

المطلب الأول: أركان عقد الصرف

المطلب الثاني: أحكام عقد الصرف

الخاتمة

المبحث الأول

التعريف بعقد الصرف

يقتضي التعريف بعقد الصرف الوقوف عند تعريفه وبيان دليل مشروعيته ومن ثم معرفة مضمونه والتكييف القانوني له، عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نخصص أولها للوقوف عند تعريف الصرف ودليل مشروعيته، ونخصص الثاني لمعرفة مضمونه، ونخصص الثالث للبحث في التكييف القانوني له.

المطلب الأول

تعريف الصرف ودليل مشروعيته

الصرف لغة: رد الشيء عن وجهه^(١)، وهو أيضاً: الفضل يقال لهذا صرف على هذا أي فضل^(٢)، فهو فضل الدرهم في القيمة، وجودة الفضة، وبيع الذهب بالفضة. ومنه الصيرفي لتصريفه أحدهما بالآخر^(٣). أما اصطلاحاً فقد عرفه فقهاء الحنفية بأنه (عقد على الأثمان أو بيع الثمن بالثمن أي ما خلق للثمنية ومنه المصوغ جنساً بجنس أو بغير جنس أو ببيع النقد بالنقد)^(٤). وعرفه المالكية بأنه (بيع نقد بنقد مغاير لنوعه وإن اتحدا، فإن كان البيع بالوزن فهو المراطلة وإن

- (١) محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، ط١، ص ١٨٩.
- (٢) أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، ج ١٢، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، تحقيق محمد عوض مرعب، ط١، ٢٠٠١، ص ١١٤.
- (٣) الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، ج٧، دار ومكتبة الهلال، بيروت - لبنان، تحقيق د. مهدي المخزومي و د. إبراهيم السامرائي، بلا سنة طبع، ص ١٠٩.
- (٤) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٥، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٢٥٧؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبولي المدعو بشيخي زاده، مجمع الأثر شرح ملتقى الأبحر، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، ج٣، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٦١.

كان بالعد فهو المبادلة^(٥) كما عرفه الشافعية بأنه (بيع النقد بالنقد من جنسه أو غيره)^(٦) في حين عرفه الحنابلة بأنه (بيع أحد النقدين بالآخر)^(٧). أما في الاصطلاح القانوني فلم يورد المشرع العراقي تعريفاً للصرف، ولم يسمه سوى ما ورد في المادة ٥٠٧ من القانون المدني والتي جاء فيها (البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهي المقايضة)، والتشريع الوحيد بين أيدينا الذي أورد له تعريفاً ونظم أحكامه هو القانون المدني اليمني الذي عرفه في المادة (٦٠٠) بأنه: (الصرف بيع النقود بعضها ببعض وأصله بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو بيع أحدهما بالآخر سواء كانا مضروبين أم لا).

هذا وإن حكم الصرف على ظاهر الأقوال عند الفقهاء المسلمين هو الجواز في حين كره الإمام مالك العمل به إلا لمتقٍ، حيث قيل للإمام مالك رحمه الله (أتكره أن يعمل الرجل بالصرف، قال: نعم إلا أن يكون يتقي الله في ذلك)^(٨) وبهذا الصدد أيضاً قال ابن رشد: (وباب الصرف من أضيقت أبواب الربا، فالتخلص من الربا على من كان عمله الصرف عسير، إلا لمن كان من أهل الورع والمعرفة بما يحل فيه ويحرم منه وقليل ما هم)^(٩) إلا أن ما ذهب إليه الإمام مالك وابن رشد لا يدل على

- (٥) محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٤، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨هـ، ص ٢٢٦.
- (٦) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، دار الفكر، بيروت، ص ٢٥.
- (٧) شمس الدين محمد أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠٠٢، ص ١١.
- (٨) نقلاً عن د. صالح بن زاين المرزوقي، تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها، بحث منشور برنامج في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العربية لتقنية المعلومات، الإصدار ٢٠٠٧، ص ١١٧ وما بعدها.
- (٩) نقلاً عن د. صالح بن زاين المرزوقي، المصدر السابق نفسه.

عدم جواز عقد الصرف أو المنع منه كما يذهب جانب من الفقه (١٠) المعاصر وبحق، وإنما يدل على أن كثيراً ممن يعملون في هذا المجال ينقصهم العلم بأحكامه أو لا يتورعون فيه، مما يؤدي إلى انزلاقهم في الحرام. لكن مثل هذا الأمر لا يعود على حكم الصرف بالحرمة أو الكراهة، وإنما تلحق الحرمة والبطلان العقد إذا لم يستوف شروط الصرف أو اختل شيء من أركانه.

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الصرف من عموم قوله تعالى ((وَأَحَلَّ اللَّهُ النَّبِيْعَ وَحَرَّمَ الرَّيْبَ)) (١١) وبما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والتمر بالتمر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد. فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد)) (١٢) وإنه عليه الصلاة والسلام قال ((بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد)) (١٣) وقوله صلى الله عليه وسلم ((لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، والفضة بالفضة إلا مثلاً بمثل، لا يشف بعضه على بعض ولا تبيعوا منه غائباً بناجز)).

المطلب الثاني

مضمون عقد الصرف

إذا كان الفقهاء المسلمون قد ناقشوا في باب الصرف حكم التعامل بالذهب والفضة فقط على اعتبارهما المعدنين اللذين كانت تضرب منهما النقود، وورد

(١٠) المصدر السابق نفسه.

(١١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(١٢) رواه الإمام مسلم، الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج ٣، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، رقم ١٥٨٧ - ٨١، ص ١٢١١.

(١٣) الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل كراهية التفاضل فيه، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط ١، ٢٠٠٢، رقم ١٢٤٣، ص ٣٨٥.

ذكرهما في أحاديث رسول الله عليه الصلاة والسلام، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو ما حكم بيعهما في الوقت الحاضر بعد أن فقدنا صفة الثمنية، الأمر الذي يقودنا لتساؤل آخر عن حكم بيع ما سوى الذهب والفضة من المعادن من أمثال البلاتين والرصاص والنحاس. ومن جهة أخرى ما حكم بيع الأحجار الكريمة من أمثال الماس والياقوت والزمرد والزبرجد واللؤلؤ والمرجان والألكسندريت، هل يجب أن تخضع لذات الحكم الخاص ببيع الذهب والفضة أو أن ما ورد في أحاديث رسول الله عليه الصلاة والسلام ورد ذكره على سبيل الحصر أو أن العلة التي ورد الذهب من أجلها في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم انصرفت اليوم إلى غيرهما؟

إن الإجابة عن كل التساؤلات السابقة يحتاج إلى الوقوف عند السبب الذي من أجله أفرقت الشريعة الإسلامية حكماً خاصاً لبيع الذهب والفضة ولم تجر عليه أحكام البيع المطلق، هذا السبب الذي يتمثل في تفادي الوقوع في علة الربا، فما هي علة الربا في الذهب والفضة؟

إن الوقوف عند علة الربا يستوجب ابتداءً وقفة عند تعريف الربا وأنواعه، فالربا يعرف بأنه: (عقد على عوض غير معلوم التماثل في معيار الشرع حال العقد، أو مع التأخير في البديلين أو أحدهما)^(١٤)، أو (فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال)^(١٥)، أو (تفاضل في أشياء ونساء في أشياء مختص بأشياء ورد الشرع بتحريمها)^(١٦). والربا نوعان، هما ربا الفضل وربي النسب، أما ربا الفضل فهو (البيع مع زيادة أحد العوضين المتجانسين على الآخر)^(١٧)، كما يعرف بأنه (تبادل

(١٤) محمد الخطيب الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ص ٢١.

(١٥) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي، شرح فتح القدير، ج٧، دار الفكر، بيروت، ط٢، ص ٣.

(١٦) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، ج٣، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢، ص ٢٥١.

(١٧) محمد الخطيب الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ص ٢١.

عوضين مخصوصين من جنس واحد مع تفاضلها في المعيار الشرعي^(١٨)، والمعيار الشرعي هو الكيل أو الوزن. أما ربا النسئئة فهو (بيع أصناف مخصوصة بشرط الأجل في أحد العوضين)^(١٩) كما يعرف بأنه (فضل الحلول على الأجل، وفضل العين على الدين في المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس، أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس)^(٢٠). والإجماع منعقد على تحريم الربا بنوعيه بصريح البيان الإلهي والسنة النبوية الشريفة^(٢١).

وبالعودة إلى علة الربا في الذهب والفضة نجد أن الفقهاء المسلمين قد اختلفت آراؤهم حولها، فذهب الشافعية إلى أن علة الربا في الذهب والفضة الثمنية، وتعني أن كلاً من الذهب والفضة جنس الأثمان غالباً، وهي علة قاصرة عليهما لا تتعداهما إذ لا توجد في غيرهما. ولكنهم قالوا ربما حدث ما يشارك الأصل في العلة فيلحق به واستنتب الشافعية علة الثمنية في الذهب والفضة من قوله صلى الله عليه وسلم (لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين)^(٢٢)، وقوله صلى الله عليه وسلم (الدينار بالدينار لا فضل بينهما، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما)^(٢٣). وقد وردا في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا غائباً منها بناجس)^(٢٤). وبقوله عليه الصلاة والسلام

- (١٨) د. محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق، ص ٩٩.
- (١٩) محمد الخطيب الشربيني، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢١.
- (٢٠) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ١٩٨٢، ص ١٨٣.
- (٢١) وهو ما أشار له د. محمد توفيق رمضان البوطي، مصدر سابق، ص ٩٩.
- (٢٢) رواه الإمام مسلم، مصدر سابق، كتاب المساقاة، باب الربا، رقم ١٥٨٥-٧٨، ص ١٢٠٩.
- (٢٣) رواه الإمام مسلم، مصدر سابق، باب المساقاة، كتاب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم ١٥٨٨-٨٥، ص ١٢١٢.
- (٢٤) رواه الإمام مسلم، مصدر سابق، باب الربا، رقم ١٥٨٤-٧٥، ص ١٢٠٨.

(الذهب بالذهب وزناً مثلاً بمثل والفضة بالفضة وزناً مثلاً بمثل فمن زاد أو استزاد فهو ربا)^(٢٥).

كما احتجوا أيضاً بأنه يجوز بالإجماع إسلام الذهب والفضة في غيرهما من الموزونات كالحديد وغيره. وإنما جاز ذلك لثمنيتهما ولو كان الوزن هو العلة لما جاز^(٢٦).

ويتفق معهم في هذه العلة المالكية، فقد ذهبوا إلى أن علة الربا في الذهب والفضة أنهما رؤوس للأثمان وقيم للمتلفات. قال ابن رشد (وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونها رؤوساً للأثمان وقيماً للمتلفات، وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة؛ لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة)^(٢٧).

فمن الواضح كما يذهب الفقه^(٢٨) وبحق إلى أن المالكية والشافعية متفقون من حيث علة الثمنية، وإن كون علة الثمنية قاصرة عند الشافعية هو أمر يتفق من حيث المبدأ مع ما ذهب إليه المالكية، فكونها قاصرة لا يعني عدم إمكان مشاركة غيرها لها في العلة، وإنما هو وصف للواقع. وربما حدث ما يشارك الأصل في العلة فيلحق به، كما أن وصف الشافعية للذهب والفضة بأنهما جنس الأثمان غالباً يعني غلبة وصف الثمنية عليهما، فمدار الحكم المترتب على هذا التعليل إنما يكمن في غلبة الثمنية لا في كون الذهب ذهباً وكون الفضة فضة.

(٢٥) رواه الإمام مسلم، مصدر سابق، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم ١٥٨٨-٨٤، ص ١٢١٢.

(٢٦) نقلاً عن د. محمد توفيق رمضان البوطي، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٢٧) نقلاً عن د. صالح بن زاین المرزوقي، مصدر سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٢٨) د. محمد توفيق رمضان البوطي، مصدر سابق، ص ١٠٣.

أما عند الحنفية فإن علة الربا هي القدر مع الجنس؛ أي الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس بين العوضين. فإن وجدت العلتان وهما الكيل في المكيلين أو الوزن في الموزونين مع اتحاد الجنس، حرم كل من الفضل؛ أي تفاضل العوضين والنساء أي تأخير قبض أي منهما، وإن وجدت إحدى العلتين أي التجانس وحده بأن يكون العوضان مكيلين أو موزونين مع اختلاف الجنس جاز التفاضل دون التأجيل في أحد العوضين (واستثنوا عقد السلم)، أما إذا لم توجد أي من العلتين أي التجانس أو القدر فإنه يجوز التفاضل بين العوضين ويجوز النساء أي تأجيل أحد العوضين واستدل الحنفية فيما ذهبوا إليه بقوله تعالى (أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ)^(٢٩)، وقوله سبحانه (وَيَا قَوْمِ أَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ ۖ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ)^(٣٠). ومنهما أن الله سبحانه قد جعل حرمة الربا بالمكيل والموزون مطلقاً، فدل على أن العلة هي الكيل والوزن، كما استدلوا بقوله سبحانه (وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ)^(٣١) بأن الله عز وجل ألحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن مطلقاً^(٣٢).

أما عند الحنابلة فذكر ابن قدامة في المغني عن الإمام أحمد في علة الربا ثلاث روايات، أشهرهن كما قال - إن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزوناً وهذه الرواية متفقة مع مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى. والرواية الثانية: أن العلة في الأثمان الثمنية وهذه الرواية متفقة مع ما ذهب إليه الشافعية. أما الرواية

(٢٩) سورة الشعراء، الآية ١٨١.

(٣٠) سورة هود، الآية ٨٥.

(٣١) سورة المطففين، الآية ١ - ٣.

(٣٢) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٨٥ وانظر كذلك د. محمد توفيق رمضان البوطي، مصدر سابق، ص ١٠٧.

الثالثة فخاصة بالمطعمات التي تخرج عن نطاق دراستنا. واستدلوا على ما ذهبوا إليه في القول الأول بقوله صلى الله عليه وسلم (لا تتبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الرماء)، فقام إليه رجل فقال: يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجبية بالإبل؟ فقال صلى الله عليه وسلم (لا بأس إذا كان يداً بيد)^(٣٣). واستدلوا للرواية الثانية بالأدلة التي سبق ذكرها عند بيان مذهب الشافعية^(٣٤).

أما عند شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فإن العلة هي مطلق الثمنية وهو ما يتفق مع مذهب الشافعية والمالكية. قال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع فتاواه ما نصه (والمقصود هنا الكلام في علة الربا في الدينار والدرهم، والأظهر أن العلة في ذلك هو الثمنية لا الوزن، كما قال جمهور العلماء - إلى أن قال - والتعليل بالثمنية تعليل بوصف مناسب، فإن المقصود من الأثمان أن تكون معياراً للأموال يتوصل بها إلى معرفة مقادير الأموال، ولا يقصد الانتفاع بعينها، فمتى بيع بعضها ببعض إلى أجل قصد بها التجارة التي تناقض مقصود الثمنية. واشتراط الحلول والتقابض فيها هو تكميل لمقصودها من التوصل بها إلى تحصيل المطالب، فإن ذلك إنما يحصل بقبضها لا بثبوتها في الذمة، مع أنها ثمن من طرفين، فهى الشارع أن يباع ثمن بثمن إلى أجل، فإذا صارت الفلوس أثماناً صار فيها المعنى فلا يباع ثمن بثمن إلى أجل)^(٣٥). ولابن القيم في تعليقه لعله مطلق الثمنية رأي ذكره في كتابه أعلام الموقعين جاء فيه: (وأما الدرهم والدينار فقالت طائفة: العلة فيهما كونهما

(٣٣) رواه الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج ١٠، أشرف على تحقيقه الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط ٢، ٢٠٠٨، رقم ٥٨٨٥، ص ١٢٤.

(٣٤) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج ٤، دار الفكر، بيروت، ط ٥، ١٤٠٥، ص ٢٩.

(٣٥) نقلا عن عبدالله بن سليمان بن منيع، مصدر سابق، ص ٦٩ وما بعدها.

موزونين.... وطائفة قالت: العلة فيهما الثمنية، وهذا هو الصحيح بل الصواب -إلى أن قال- فإن الدراهم والدنانير أثمان مبيعات والثلث هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا يرتفع ولا ينخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات بل الجميع سلع، 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 _ إلى أن قال _ فالأثمان لا تقصد لأعيانها بل يقصد التوصل بها إلى السلعة. فإذا صارت في نفسها سلعاً تقصد لأعيانها فسد أمر الناس وهذا معنى معقول يختص بالنقود ولا يتعدى إلى سائر الموزونات)^(٣٦) ومما ذكره ابن القيم يتضح كما يذهب جانب من الفقه وبحق^(٣٧) أنه أجاز التفاضل في بيع الذهب بجنسه والفضة بجنسها إذا كان أحد العوضين مما أخرجته الصنعة كالحلي، مع بقاء الحكم بوجود التفاضل في مجلس العقد. ذلك أن للصنعة فيهما قيمة تقابل زيادة الثمن وزناً على وزن الحلية المباعة من ذهب أو فضة.

ومما تقدم يتضح أن علة ربا الفضل في الذهب والفضة هي الوزن مع اتفاق الجنس في مذهب الحنفية وأحمد في رواية عنه. وبموجب هذا الرأي يحرم كل موزون بيع بجنسه إذا كان متفاضلاً فالذهب بالذهب متفاضلاً ربا، ويشترط لصحته التساوي في الوزن. وعلى هذا يجري الربا في كل موزون كالحديد والنحاس والرصاص ونحوها من الموزونات، في حين أن علة الربا في الذهب والفضة هي الثمنية الغالبة أو جوهر الثمنية غالباً في مذهب الشافعي والمشهور عن مالك ويعبر الشافعية عن ذلك بكونهما جنس الأثمان غالباً، وذكروا جنس الأثمان ليشمل التبر

(٣٦) نقلاً عن عبدالله بن سليمان بن منيع، مصدر سابق، ص ٦٩ وما بعدها.

(٣٧) عبدالله بن سليمان بن منيع، مصدر سابق، ص ٦٩ وما بعدها.

والمضروب والحلي والأواني الذهبية والفضية وإن لم تكن ثمنًا، وهذا هو رأي شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم أيضاً مع استثناء ابن القيم للحلي واعتباره إياها من قبيل السلع، وبهذا الرأي جاء قرار مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة الدورة الخامسة القرار رقم ٦ والذي جاء فيه: ((أولاً: إنه بناء على أن الأصل في النقد هو الذهب والفضة، وبناء على أن علة الربا فيهما هي مطلق الثمنية في أصح الأقوال عند فقهاء الشريعة.....))^(٣٨).

ونرى سلامة موقف مجمع الفقه الإسلامي باعتماده معيار مطلق الثمنية، الأمر الذي ينبني عليه أن كل ما يكتسب صفة الثمن بقوة الاعتبار الرسمي يخضع لذات الشروط التي تتطلبها صحة بيع الذهب والفضة التي اقتضاها الفقهاء المسلمون لصحة صرفهما في وقت كانت فيه النقود تضرب من الذهب والفضة، الأمر الذي يبنى عليه أن النقود الورقية التي يتعامل الناس بها اليوم والتي تحوز صفة الثمنية بقوة الاعتبار الرسمي سواء صنعت من المعدن أم الورق أم من غيرهما تخضع للشروط التي اقتضاها الفقهاء المسلمون لصحة صرف الذهب والفضة. وعلى العكس من ذلك فإن الذهب والفضة في عصرنا الحالي فقدت صفة الثمنية فلم تعد النقود تضرب منهما، وبالتالي انتفت العلة التي من أجلها قيدت الشريعة الغراء صحة صرفهما بشروط معينة. وهكذا فإن الذهب والفضة ومن باب أولى بقية المعادن والأحجار الكريمة من بلاتين ونحاس وألماس ولؤلؤ وغيرها تعتبر اليوم مجرد سلع تخضع لأحكام عقد البيع الرضائي المطلق.

(٣٨) قرار مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة الدورة الخامسة القرار رقم ٦ على الموقع: <http://uqu.edu.sa/page/ar/121815> بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠١١

المطلب الثالث

التكييف القانوني لعقد الصرف

عند البحث عن التكييف القانوني للعلاقة العقدية التي تربط طرفي عقد الصرف، ربما يثار التساؤل عن جدوى البحث في التكييف القانوني له ما دنا قد أطلقنا عليه ابتداءً وصف البيع؟ والإجابة عن هذا التساؤل هي محور موضوعنا في هذا المطلب. ذلك أن الفقه الإسلامي نظر لهذا العقد بعين الخصوصية فافرد له أحكاماً تميزه عن تلك الخاصة بالبيع المطلق. فهو وإن اعتبره بيعاً إلا أنه في نظره يعد نوعاً خاصاً من أنواع البيوع عالجها الفقهاء تحت عنوان الصرف ووضعوا له شروطاً خاصة لصحته وأهمها التماثل والتقابض أو ما يعرف بلغة القانون بالعينية الأمر الذي تبناه المشرع العراقي جزئياً بعده الصرف نوعاً من أنواع البيوع^(٣٩) إلا أنه لم يفرد له أحكاماً خاصة مستقلة عن تلك التي تحكم البيع المطلق فأحكام هذا الأخير وخصائصه تنطبق على الصرف وأهمها صفة الرضائية. فالبيع المطلق عقد رضائي في الأصل إلا في الأحوال التي استوجب القانون الشكلية فيه^(٤٠)، وبالتالي فإن الصرف بدوره يعد عقداً رضائياً تكفي الرضائية لانعقاده، الأمر الذي يطرح التساؤل عن حكم العقد الذي يرد على شراء عملة نقدية كالدولار مثلاً بالدينار العراقي بشرط أجل كلاً أو جزءاً. فمثل هذا العقد يعد صحيحاً وفقاً للقانون إلا أنه يعد باطلاً وفقاً للشريعة الإسلامية، فهل يطبق عليه القضاء أحكام البيع المطلق ويعتبره صحيحاً أو يعتبره باطلاً بإعماله نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية

(٣٩) المادة ٥٠٧ من القانون المدني العراقي.

(٤٠) منها ما نصت عليه المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي المتعلقة ببيع العقار.

الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين... وهو تساؤل لم نعثر له على إجابة لعدم عثورنا على قرار قضائي بهذا الصدد، ويلاحظ أن المشرع اليمني قد نظم أحكام عقد الصرف في المواد (٦٠٠) إلى (٦١١) من القانون المدني مقتبساً مضمونها مما أقره الفقهاء المسلمون من شروط لازمة لصحة العقد معتبراً إياه عقداً عينياً لا ينعقد إلا بالقبض. إلا أنه وقع بتناقض ذلك أنه في الوقت الذي ذكره ضمن الكتاب الثالث الذي نظم فيه العقود المسماة وبصورة مستقلة عن عقد البيع وأنواعه الخاصة ولم يعده نوعاً خاصاً من أنواع البيوع^(٤١) إلا أنه ذكره عند تعريفه لعقد البيع في المادة ٤٥٨ من القانون المدني والتي جاء فيها: (البيع تمليك مال بعوض على وجه التراضي بين العاقدين، وينقسم البيع باعتبار المبيع إلى ثلاثة أقسام: ١- البيع المطلق ٢- بيع الصرف ٣- بيع المقايضة)، وهو الأمر الذي ندعو المشرع العراقي إلى أن يتبناه بشكله الصحيح فينظم الصرف ضمن الصور الخاصة التي أفردتها لمعالجة أنواع خاصة من أنواع البيوع^(٤٢).

المبحث الثاني

أركان عقد الصرف وأحكامه

إن الصرف يعد نوعاً من أنواع البيوع تنطبق عليه ما تنطبق على البيع المطلق من أركان وشروط إلا أنه يحتاج لانعقاده فضلاً عن تلك الأركان التي يتطلبها البيع المطلق أركاناً وشروطاً أخرى تختلف تبعاً لما إذا كان الصرف بين نقدين متجانسين عما إذا كان الصرف بين نقدين غير متجانسين، كما أن أحكامه إذا كانت بالأصل

(٤١) حيث نظمه ضمن الباب الثالث من الكتاب الثالث الخاص بالعقود المسماة في حين نظم البيع ضمن الباب الأول ونظم أنواعه في سبعة فروع الأول خاص بالربويات والثاني لبيع المربحة والتولية والمخاسرة والثالث لبيع العربون والرابع لبيع الوفاء والخامس لبيع الدين والسادس لما أطلق عليه الإقالة الشرعية في البيع والسابع للمقايضة.

(٤٢) وهي كل: ١- من بيع الأولياء والوكلاء وشراؤهم لأنفسهم ٢- بيع الحقوق المتنازع فيها ٣- المقايضة.

تتفق مع أحكام البيع المطلق، إلا أن خصوصيته في الانعقاد تقيد أحياناً من بعض أحكام البيع المطلق التي تتعارض مع هذه الخصوصية، عليه وللوقوف عند هذه الأركان وتلك الأحكام سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

أركان عقد الصرف

لابد لانعقاد أي عقد من أركان تتمثل بالتراضي والمحل والسبب في العقود الرضائية، ويضاف إليها ركن رابع هو التسجيل أو الكتابة في العقود الشكلية والقبض في العقود العينية. وعقد الصرف يحتاج من حيث المبدأ لانعقاده إلى كل من التراضي والمحل والسبب فضلاً عن القبض كونه عقداً عينياً كما سبق وبيننا. ولا تختلف هذه الأركان عما هي عليه في بقية العقود سوى في بعض الجزئيات التي نلمسها من خلال ما اشترطه الفقهاء المسلمون لصحة عقد صرف الذهب والفضة من شروط تتمثل بالتماثل والتقابض إذا كان الصرف بين تقدين متجانسين، واكتفوا بالشرط الأخير إذا كان الصرف بين تقدين غير متجانسين. وبالوقوف عند هذين الشرطين نجد أن التماثل هو أحد شروط المحل، فكما هو معلوم أن من شروط المحل في أي عقد أن يكون موجوداً ومعيناً ومشروعاً ويضاف لهذه الشروط الثلاثة شرط رابع في الصرف هو التماثل. عليه سوف نكتفي بالوقوف عند هذا الشرط من شروط المحل فقط؛ لأن بقية الشروط تخضع للقواعد العامة في نظرية العقد كما سنقف عند ركن القبض لخصوصيته في عقد الصرف ونحيل حول ركني التراضي والسبب وبقية شروط المحل إلى القواعد العامة أيضاً^(٤٣). عليه نقسم هذا المطلب إلى فقرتين نخصص أولهما لشرط التماثل في ركن المحل، ونخصص

(٤٣) وهنا قد يقول قائل أن وجود ركن القبض في الصرف وعدم وجوده في البيع المطلق يحول دون عد الأول من أنواع الأخير. إلا أنه يجب أن لا يخفى أن الشكلية هي ركن أيضاً ومتطلبية في بعض البيوع مثل بيوع العقارات ولا يحول اشتراطها دون عدها من البيوع.

الثاني لركن القبض وكالاتي:

أولاً: التماثل:

في البدء لابد من الإشارة إلى أن شرط التماثل لا يكون إلا في النقدين المتجانسين كالدينار العراقي بالدينار العراقي وأن اختلفت الفئة النقدية، مثلاً مليون دينار من فئة الخمسة آلاف دينار بمليون دينار من فئة الخمسة وعشرين ألف دينار، أو كما عبر عنه الفقهاء المسلمون في السابق الذهب بالذهب والفضة بالفضة فلا يشترط في النقدين غير المتجانسين كالدينار العراقي بالدينار الأردني أو بالدرهم الإماراتي أو بالدولار الأمريكي، ولا بين الذهب بالفضة، أي أن هذا الشرط خاص بحالة الصرف بين جنسين متجانسين ولا يشترط فيما عدا هذه الحالة. وبصدد شرط التماثل فقد أجمع الفقهاء على أن الذهب تبره وعينه سواء لا يجوز التفاضل في شي منه. كذلك الفضة بالفضة تبرها وعينها ومصنوع ذلك ومضروبه لا يحل التفاضل في شي منه والحكمة من اشتراط التماثل المنع من الوقوع في ربا الفضل. فلو جاز الفضل في الجنس الواحد لوقع الناس في الربا، وبالتالي فإن هذا يؤدي إلى انقطاع المعروف بين الناس فلا يقرض أحد الآخر إلا بفائدة ربوية^(٤٤).

قال الشريبي (ولا أثر لقيمة الصنعة في ذلك. حتى لو اشترى بدنانير ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير، اعتبرت المماثلة، ولا نظر إلى القيمة)^(٤٥).

وقال ابن عبد البر: (والسنة المجتمع عليها أنه لا يباع في شي من الذهب عيناً كان أو تبراً أو مصوغاً أو نقرة أو رديناً بشيء من الذهب إلا مثلاً بمثل يداً بيد. وكذلك الفضة عينها ومصوغها وتبرها والبيضاء منها والسوداء والجيدة والرديئة

(٤٤) صالح بن زابين المرزوقي، مصدر سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٤٥) محمد الخطيب الشريبي، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٥.

سواء، لا يباع بعضها ببعض إلا مثلاً بمثل يداً بيد، من زاد أو نقص في شيء من ذلك كله أو أدخله نظرة فقد أكل الربا^(٤٦).

وقال المرغنياني: (فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة)^(٤٧).

وقال البهوتي: (وجيد الربوي ورديئه سواء وتبره ومضروبه سواء وصحيحه ومكسوره في جواز البيع متماثلاً يداً بيد وتحريمه متفاضلاً أو مع تأخير القبض سواء فلا تعتبر المساواة في القيمة بل في معياره الشرعي من كيل أو وزن)^(٤٨).

ومما تقدم يتضح أن معيار التماثل في العوضين المتجانسين كذهب بذهب هو الوزن بالاتفاق.

وكما سبق وبيننا فإن الإجماع منعقد على أن الذهب تبره وعينه سواء لا يجوز التفاضل في شيء منه، وكذلك الفضة بالفضة، ومع ذلك فقد روي عن معاوية رضي الله عنه أنه كان لا يرى في بيع العين بالتبر وفي المصنوع بالمصنوع وفي العين بالعين متفاضلين بأساً. فقد روى مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل. فقال له معاوية: ما أرى بهذا بأساً. فقال أبو الدرداء: من يعذرني في معاوية؟ أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه لا أساكنك في أرض أنت بها.

(٤٦) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ، ص٣٠٢ و ص٣٠٣.
(٤٧) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج٦، مصدر سابق، ص ٢٥٩.
(٤٨) منصور بن يونس البهوتي، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

ثم قدم أبو الدرداء إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى معاوية ألا تتبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن.

وقد قيل حول هذه الواقعة إنها اجتهاد صحابي في مقابل نص صريح وفي مقابل نهى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فلا يحتج به لمخالفته لنص ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٤٩).

وقد ثار النقاش بين الفقهاء حول بيع الذهب الذي تمت صياغته بالذهب ومدى إمكانية الزيادة في هذه الحالة مقابل أجرة الصياغة، فذهب ابن قدامة في المغني: (إن قال لصائغ: صغ لي خاتماً وزنه درهم، وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهماً، فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين قال: وقال أصحابنا: للصائغ أخذ الدرهمين أحدهما في مقابلة الخاتم والثاني أجرة له) (٥٠).

وقال ابن القيم (وكذلك ينبغي أن يباح بيع الحلية المصوغة صياغة مباحة بأكثر من وزنها لأن الحاجة تدعو إلى ذلك وتحريم التفاضل إنما كان سداً للذريعة، فهذا محض قياس ومقتضى أصول الشرع ولا تتم المصلحة إلا به، والحيل باطلة في الشرع وغاية ما في ذلك جعل الزيادة في مقابلة الصياغة المباحة المتقومة بالأثمان في الغصوب وغيرها....) (٥١).

في حين عارض البعض الزيادة على العوضين المتجانسين حتى ولو لأجل الأجرة فذهب الدردير إلى القول إنه: (لا يجوز إعطاء صائغ الزينة والأجرة) (٥٢) كما

(٤٩) د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج ٢، دار الفكر، ط ١، ١٩٨٦، ص ٨٥١.

(٥٠) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٥١) أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الدمشقي، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٢، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجليل، بيروت، ١٩٧٣، ص ١٦١، وهو الرأي الذي يؤيده الشيخ سلمان بن فهد العودة في بحثه ببيع الحلي بالتقسيم منشور على الموقع:

<http://www.ahlalhdeth.com/vb/archive/index.php/t-104121.html> بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٠

(٥٢) أحمد بن الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، ج ٣، دار الفكر، بيروت، ص ٣٤.

عارض الشرييني بقوله: (ولا أثر لقيمة الصنعة في ذلك حتى لو اشترى بدنانير ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير اعتبرت المماثلة ولا نظر إلى القيمة)^(٥٣).

كما ذهب بعض الفقهاء^(٥٤) المعاصرين إلى أن التفاضل إنما ثبت بالنص الصحيح الصريح، وهو ما يفهم من حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى وهو بخبير بقلادة فيها خرز وذهب، وهي من الغنائم تباع، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم (الذهب بالذهب وزناً بوزن)^(٥٥). ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأمر محصور اليوم في صورة الاستبدال التي يمارسها البعض مع الصياغ حيث يعطيه قطعة ذهب ليأخذ مقابلها قطعة أخرى يرغب فيها بزيادة وزن فيما يعطيه أو بزيادة يضيفها إذا تماثلت القطعتان وزناً مقابل الصنعة. والمخرج الشرعي الصحيح لهذه الحالة كما يذهب أصحاب هذا الرأي هو أن يتم بيع الحلية بنقد آخر ثم يشتري بالنقد حلياً بالقيمة التي يشاء المتعاقدان بشرط التقابض، لأن الذهب بالذهب إنما يباع مثلاً بمثل وزناً بوزن فالحذر من الوقوع في الربا يحتم سلوك هذا الطريق.

وكما سبق وبيننا فإن النقد الذهبي والفضي لم يعد متداولاً في عصرنا الحالي وإن هذين الأخيرين فقد صفاً الثمنية اليوم، بل وحتى لم يعودا يشكلان غطاءً للنقد تحتفظ به الحكومات في مصارفها^(٥٦)، وبالتالي نعتقد أن شرط التماثل لم يعد يقيد

(٥٣) محمد الخطيب الشرييني، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٥٤) د. محمد توفيق رمضان البوطي، مصدر سابق، ص ٣١٧. وهو ما ذهب إليه الشيخ محمد بن صالح العثيمين، الفتاوى الذهبية في بيع وشراء الذهب، أشرف على تصحيحه وطبعه إبراهيم بن عبد العزيز الشثري، بلا مكان وسنة طبع، ص ٢٥.

(٥٥) رواه الإمام مسلم، مصدر سابق، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، رقم ١٥٩١ - ٨٩، ص ١٢١٣.

(٥٦) انظر المادة ٣٢ من قانون البنك المركزي العراقي النافذ رقم ٥٦ لعام ٢٠٠٤ وانظر السياسة النقدية والاحتياطي على موقع البنك المركزي العراقي على الموقع

<http://www.cbi.iq/arabic/monetarypolicy.html> بتاريخ ٢٠١٢/١/٨

شروط بيعهما. وبالمقابل فقد سبق وأن انتهينا أيضاً إلى أن كل ماله صفة الثمنية يخضع لذات شروط وأحكام صرف الذهب والفضة التي اشترطتها الشريعة الإسلامية الغراء، الأمر الذي ينبني عليه أن شرط التماثل يجب استيفاؤه في صرف العملات النقدية اليوم. ذلك أن العملات النقدية تستخدم استخدام الذهب والفضة أيام تداولهما أثماناً، وبها تقيم جميع أنواع المبيعات مهما بلغت قيمتها، وهو الأمر الذي سبق وأن انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي بجدة وعلى ضوءه أصدر قراره رقم ٩ الصادر عن الدورة الثالثة المنعقدة في عمان - الأردن في الفترة من ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ والذي جاء فيه (العملات الورقية نقود اعتبارية فيها صفة الثمنية كاملة ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث إحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامها)^(٥٧). وهو ما ذهب إليه أيضاً المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في قراره رقم ٦ والذي جاء فيه (أولاً: إنه بناء على أن الأصل في النقد هو الذهب والفضة، وبناء على أن علة الربا فيهما هي مطلق الثمنية في أصح الأقوال عند فقهاء الشريعة، وبما أن الثمنية لا تقتصر عند الفقهاء على الذهب والفضة وإن كان معدنهما هو الأصل، وبما أن العملة الورقية قد أصبحت ثمناً وقامت مقام الذهب والفضة في التعامل بها، وبها تقوم الأشياء في هذا العصر لاختفاء التعامل بالذهب والفضة، وتطمئن النفوس بتمولها وادخارها، ويحصل الوفاء والإبراء العام بها رغم أن قيمتها ليست في ذاتها وإنما في أمر خارج عنها.... لذلك كله فإن المجمع الفقهي يقرر أن العملة الورقية نقد قائم بذاته له حكم النقدين من الذهب والفضة، فتجب الزكاة فيها، ويجري الربا عليها بنوعيه فضلاً ونسيئته، كما يجري ذلك في النقدين من الذهب والفضة تماماً باعتبار الثمنية

(٥٧) قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٩ الصادر عن الدورة الثالثة المنعقدة في عمان على الموقع: <http://www.ikhwan.net/archive/showthread.php?t=63798> بتاريخ ١/٨/٢٠١٢.

في العملة الورقية قياساً عليهما وبذلك تأخذ العملة الورقية أحكام النقود في كل الالتزامات التي تفرضها الشريعة فيها. ثانياً: يعتبر النقد الورقي نقداً قائماً بذاته كقيام النقدية في الذهب والفضة وغيرهما من الأثمان، كما يعتبر الورق النقدي أجناساً مختلفة تتعدد بتعدد جهات الإصدار في البلدان المختلفة^(٥٨). والملاحظ على هذين القرارين أنهما وإن أجريا علة الربا في العملات الورقية إلا أنهما لم يسحباها من الذهب والفضة على الرغم من انتفاء علة الربا فيهما في الوقت الحاضر من وجهة نظرنا، وهو الأمر الذي تنبه له مجمع الفقه الإسلامي في الهند في قراره رقم ٣ الذي وإن نص على أن الذهب والفضة لم يعودا أثماناً في العصر الحاضر إلا أنه مع ذلك لم ينص صراحة على انتفاء علة الربا فيهما، وبالتالي إلى انتفاء العلة التي من أجلها قيدت الشريعة الإسلامية الغراء صحة صرفهما بشروط معينة، فجاء فيه (لم يبق الذهب والفضة وسيطاً للتبادل في العصر الراهن، وحلت مكانهما الأوراق النقدية، وقوانين الدولة كذلك تعتبر الأوراق النقدية ثمناً بصفة كاملة وتقرر للناس قبول هذه الأوراق كئمن. وبالجملة إن الأوراق النقدية أصبحت الآن ثمناً قانونياً في التعامل، ومن ثم ظهرت مشكلات من الناحية الشرعية بصدد هذا التعامل. وإن هذا الملتقى تناول الموضوعات بالبحث والنقاش ثم اتخذ القرارات التالية باتفاق من المشاركين أولاً: الأوراق النقدية ليست وثيقة أو إحالة بل إنها ثمن وهي الآن ثمن في نظر الشرع وئمن مصطلحاً وقانوناً. ثانياً: الأوراق النقدية قد حلت في العصر الراهن محل الثمن الخلفي الذهب والفضة في كونها وسيطاً للتبادل والتعامل لذلك فإنها تعتبر في الأحكام مثل الثمن الحقيقي، فلا يجوز تبادل أوراق بلاد بأوراق أخرى لنفس البلاد بالزيادة أو النقصان لا معجلاً ولا مؤجلاً. ثالثاً: الأوراق النقدية لبلدين مختلفين تعتبر جنسين مختلفين فيجوز تبادلهما بالزيادة

(٥٨) قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة رقم ٦ مشار له سابقاً.

والنقصان بالتراضي^(٥٩).

ومما تقدم يتضح أن شرط التماثل يشترط اليوم في صرف العملات النقدية المتحدة الجنس فقط، وإن الجنس يحدد على أساس جهة الإصدار فالعملة العراقية جنس واحد سواء كانت من فئة الخمسة آلاف دينار أو فئة الخمس وعشرين ألفاً، والعملة الإماراتية جنس آخر بكل فئاتها النقدية، وبالتالي يشترط التماثل لصرف العملة العراقية بعضها ببعض باختلاف الفئات، إلا أنه لا يشترط لصرف العملة العراقية بالعملة الإماراتية لاختلاف الجنس. ويلاحظ أن المشرع اليمني نص في الفقرة الثانية من المادة (٦٠١) من القانون المدني على شرط التماثل بقوله: (يشترط لصحة الصرف ما يأتي: أولاً... ثانياً: التماثل في البديلين عند اتحاد الجنس).

ثانياً: العينية (التقابض):

التقابض أو العينية بلغة القانون هو الشرط الذي أجمع الفقهاء على وجوبه في كل أنواع الصرف سواء كان بين نقدين متجانسين (الذهب بالذهب) و (الفضة بالفضة) أو بين نقدين غير متجانسين (الذهب بالفضة). فقد أجمع الفقهاء على وجوب قبض البديلين جميعاً قبل انفضاض مجلس العقد في جميع هذه الأحوال، فإن انفض مجلس العقد بأن تفرق المتبايعان بأبدانهما قبل القبض بطل العقد، والافتراق المانع من صحة البيع هو افتراق العاقدين بأبدانهما عن مجلسهما فيذهب أحدهما إلى جهة ويذهب الآخر إلى جهة أخرى أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر، أما إذا كانا في مجلسهما لم يبرحاه أو قاما عن مجلسهما فذهبا معاً إلى جهة واحدة ثم حصل القبض في تلك الجهة فإن الشرط يكون قد تحقق، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء

(٥٩) قرار مجمع الفقه الإسلامي في الهند رقم ٣ على الموقع: <http://www.islamifn.com/fatawa/genaral.htm> بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠١١.

من الحنفية والشافعية والحنابلة (٦٠).

قال النووي (ومذهبنا صحة القبض في المجلس وإن تأخر عن العقد يوماً أو أياماً أو أكثر ما لم يفترقا) (٦١).

وقال صاحب فتح القدير: (وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم: ((الذهب بالورق رباً إلا هاء وهاء)) (٦٢) فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل) (٦٣).

وذكر ابن عبد البر في الكافي: (ولا يجوز في شيء من الصرف تأخير ساعة فما فوقها، ولا أن يتوارى أحدهما عن صاحبه قبل التقابض، ولا تجوز فيه حوالة ولا ضمان ولا خيار ولا عدة ولا شيء من النظرة، ولا يجوز إلا هاء وهاء يتقابضان في مجلس واحد ووقت واحد، ولا يجوز عند مالك الصرف على ما ليس عندك ولا على ما ليس حاضراً معك وإن حضره قبل التفريق) (٦٤) إلا أن المعتمد عند الجمهور خلافاً لما ذكره ابن عبد البر عن مالك رحمه الله أنه يصح التقابض وإن تراخى عن الإيجاب والقبول ما دام مجلس العقد قائماً (٦٥) وسبب تباين الآراء كما يذهب جانب

(٦٠) نذكر على سبيل المثال من الفقه الشافعي محمد الخطيب الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ص ٢٢؛ النووي، المجموع، ج٩، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧، ص ١٦٦؛ ومن الفقه الحنفي محمد أمين بن عابدين، ج٥، مصدر سابق، ص ٢٥٧؛ ومن الفقه الحنبلي عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج١، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٦١) النووي، ج٩، مصدر سابق، ص ٣٩٤.

(٦٢) رواه الإمام مسلم، مصدر سابق، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم ١٥٨٦ - ٧٩، ص ١٢٠٩ - ١٢١٠.

(٦٣) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج٦، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

(٦٤) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

(٦٥) محمد الخطيب الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ص ٢٥؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج٦، مصدر سابق، ص ٢٦٣ وانظر كذلك د. محمد توفيق رمضان البوطي، مصدر سابق، ص ٣١٩.

من الفقه المعاصر^(٦٦) هو الاختلاف في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام (إلا هاء وهاء) فمن قال أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس قال: يجوز التأخير في المجلس، ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال: إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف.

وقد نص المشرع اليمني على وجوب التقابض لصحة الصرف في المادة (٦٠١) من القانون المدني والتي جاء فيها: (يشترط لصحة الصرف ما يأتي: - أولاً: تقابض البديلين قبل انتهاء مجلس العقد).

وهنا يثار التساؤل عن المقصود بالقبض فهل يتحقق بمجرد التخلية أم لا بد من القبض باليد؟

أجمع الفقهاء على أن القبض في المجلس من شرط صحة بيع الأثمان بعضها ببعض، وعليه فلا يجوز فيها القبض بالتخلية وذلك لورود النهي عن التفريق قبل قبض العوضين فلا بد من القبض الحقيقي^(٦٧). وذهب بعض الباحثين المعاصرين^(٦٨) إلى أن القبض عند فقهاء الحنفية يتحقق بالتخلية فقط وبأن الحنفية قد ذهبوا إلى اعتبار مجرد التخلية في المنقولات إقباضاً، وإنه يعد قبضاً حكماً وهو الرأي الذي نؤيده و به أخذ مجمع الفقه الإسلامي في قراره الذي سوف نورده بعد قليل.

(٦٦) د. علي محي الدين القره داغي، القبض الصحيح والقبض الفاسد، بحث منشور على الموقع: http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=226:2009-07-04-07-58-53&catid=38:2009-07-04-07-30-22&Itemid=13

بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٥
(٦٧) لمزيد من التفصيل انظر أحمد خضير عباس، القبض في التصرفات الشرعية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية بجامعة بغداد، أيلول ١٩٩٣ ص ٥٢.

(٦٨) د. محمد توفيق رمضان البوطي، مصدر سابق، ص ٣٥١.

في حين ذهب جانب آخر من الباحثين المعاصرين^(٦٩) إلى أن التخلية لا تكفي لتحقيق القبض في الصرف عند الحنفية بل لابد من القبض باليد عندهم أيضاً، واستشهدوا لذلك بنصوص جاءت في بعض كتب المذهب، منها ما ذكره ابن الهمام (ولا بد من قبل العوضين قبل الافتراق بإجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري: المراد بالقبض هنا القبض بالبرامج لا بالتخلية يريد اليد)^(٧٠). ويقول صاحب ابن عابدين (والتقييد بالبرامج للاحتراز عن التخلية، واشترط القبض بالفعل لا خصوص البرامج)^(٧١).

وبالتالي فإن القبض قد يكون حقيقياً ويحصل بالتناول باليد وقد يكون قبضاً حكماً والذي يعتبر بمثابة القبض الحقيقي من حيث الأثر، ويتحقق فضلاً عن التخلية بالصورتين الآتيتين أيضاً:

أولاً: إذا كان المقبوض بيد القابض قبل العقد فيتحقق القبض بمجرد تغيير النية، وبهذا الصدد قال القرافي (ومن الإقباض أن يكون للمديون حق في يد رب الدين فيأمره بقبضه من يده لنفسه فهو إقباض بمجرد الإذن ويصير قبضه له بالنية)^(٧٢).

ثانياً: هناك إجراءات مصرفية معينة تعد من صور القبض الحكمي نص عليها قرار مجمع الفقه الإسلامي ذو الرقم ٦/٤/٥٥ الذي أصدره في المؤتمر السادس له المنعقد بجدة في الفترة من ١٤-٢٠ آذار ١٩٩٠ والذي جاء فيه: (أولاً: قبض

(٦٩) د. صالح بن زاين المرزوقي، مصدر سابق، ص ١١٧ وما بعدها. ؛ أحمد خضير عباس، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(٧٠) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج ٧، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٧١) محمد أمين بن عابدين، مصدر سابق، ص ٢٣٤؛ وانظر كذلك د. صالح بن زاين المرزوقي، مصدر سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٧٢) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، ج ٨، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤، ص ١٠٠.

الأموال كما يكون حسيماً في حالة الأخذ باليد أو الكيل أو الوزن في الطعام أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض يتحقق اعتباراً وحكماً: بالتخلية مع التمكين من التصرف. ولو لم يوجد القبض حساً وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها. ثانياً: إن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً: ١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات الآتية: أ- إذا أودع في حساب العميل مبلغاً من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية ب- إذا عقد العميل عقد صرف ناجزاً بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل. ج- إذا اقتطع المصرف - بأمر العميل- مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى في المصرف نفسه أو غيره لصالح العميل أو لمستفيد آخر وعلى المصارف مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية. ويغفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسليم الفعلي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل. على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف بالعملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسليم الفعلي. ٢- تسليم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه في المصرف^(٧٣).

هذا وإذا حصل التقابض في بعض الثمن دون بعضه وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض باتفاق الفقهاء^(٧٤) واختلفوا فيما تم تقابضه إلى رأيين:

(٧٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي ذو الرقم ٦/٤/٥٥ الذي أصدره في المؤتمر السادس له المنعقد بجدة على الموقع: <http://www.ikhwan.net/archive/showthread.php?t=63798> بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠١١.

(٧٤) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، ج٥، مصدر سابق، ص ٢١٥؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي، ج٦، مصدر سابق، ص ٢٥٩؛ عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج٤، مصدر سابق، ص ٢٩؛ منصور بن يونس البهوتي، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

[د. ضحى محمد سعيد النعمان]

الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وهو المذهب عند الحنابلة وقول عند المالكية حيث ذهبوا إلى صحة العقد فيما قبض وبطلانه فيما لم يقبض^(٧٥).

الثاني: وهو قول عند المالكية ووجه آخر عند الحنابلة حيث ذهبوا إلى بطلان العقد في الكل^(٧٦).

والرأي الأول هو الراجح لدينا وبه أخذ المشرع اليمني في المادة (٦٠٤) من القانون المدني والتي جاء فيها: (إذا بيع النقد مصوغاً بجنسه أو بغير جنسه وقبض بعض الثمن ثم انفض المجلس صح البيع فيما قبض ثمنه وبطل فيما لم يقبض ثمنه ومع الجهالة يبطل العقد).

المطلب الثاني

أحكام عقد الصرف

إن أحكام البيع المطلق وما يليه على عاتق طرفيه من التزامات البائع بنقل الملكية والتسليم وضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق والتزامات المشتري بدفع الثمن والتسلم ودفع المصروفات، تتبع عقد الصرف وتطبق عليه بالشكل الذي لا تتعارض فيه مع خصوصيته المتعلقة بكونه عقداً عينياً وأن القبض ركن من أركانه. وعلى هذا إذا كان بإمكان المشتري في البيع المطلق أن يتصرف في المبيع بعد البيع وقبل القبض^(٧٧) فإن تصرف أحد العاقدين في بدل الصرف قبل القبض

(٧٥) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، مصدر سابق، ص ٣٠٢؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج ٦، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

(٧٦) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج ٤، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٧٧) المادة ٥٤٠ مدني عراقي؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٤ العقود التي تقع على الملكية - البيع، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان، ط ٣، ٢٠٠٠، ص ٤٢٣.

يؤدي إلى بطلان الصرف ككل، وهذا ما نص عليه المشرع اليمني في المادة (٦٠٣) من القانون المدني والتي جاء فيها: (يبطل الصرف إذا تصرف أحد العاقدين في بدل الصرف قبل قبضه والجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما يقابلها من الثمن)

كما أن البيع يمكن أن يكون مقترناً بخيار الشرط وهو أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما أن له أو لشخص أجنبي خيار فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معينة يتفقان عليها^(٧٨)، في حين أن هذا الشرط يتنافى مع طبيعة عقد الصرف لأن الأخذ به يجعل القبض غير لازم وبالتالي يثار التساؤل عن حكم مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد الصرف؟ والإجابة عن هذا التساؤل كانت محل عناية الفقهاء المسلمين فاشتراط جمهور الفقهاء^(٧٩) لصحة الصرف أن يكون خالياً من خيار الشرط فأكدوا أن الصرف لا يصح مع خيار الشرط سواء اشترط الخيار لأحد المتعاقدين أم لكليهما معللين ذلك بأن القبض شرط لصحة الصرف، وخيار الشرط يمنع صحة القبض؛ لأن صاحب الخيار قد يستعمل خياره خلال مدة الخيار فيزول حكم القبض، ولكن إذا أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افتراقا عن تقابض ينقلب إلى جواز عند الحنفية خلافاً لزفر^(٨٠).

وانفرد الحنابلة بالقول إن خيار الشرط في بيع الذهب والفضة يعد من الشروط الفاسدة التي لا تؤثر في صحة العقد فيبطل الشرط ويلغى ويصح العقد ويكون لازماً

(٧٨) المواد من ٥٠٩ - ٥١٣ مدني عراقي؛ انظر كذلك د. جعفر جواد الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، (البيع، الإيجار، المقاوله)، دار ابن الأثير للطباعة والنشر بجامعة الموصل، ط٢، ٢٠٠٥، ص ٥٩ وما بعدها؛ مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٩، ص ٣٨

(٧٩) محمد الخطيب الشربيني، ج٢، مصدر سابق، ج٢، ص ٢٤؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج٧، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٨٠) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، ج٥، مصدر سابق، ص ٢١٩.

بالتفريق^(٨١).

ومن الفقه المعاصر^(٨٢) من يؤيد رأي الجمهور مستمسكاً بالعلة التي جاءوا بها ومبرراً لرأيه بالقول إنه بدون هذا الشرط سوف تنتفي الحكمة من شرط التقابض الذي اجمع الفقهاء على اشتراطه لصحة الصرف، إلا أننا وبدافع الرغبة في استقرار المعاملات عن طريق تضييق نطاق الإبطال في العقود قدر الإمكان نميل لترجيح رأي الحنابلة، فالعقد مستكمل الأركان والقبض فيه قد تم، وبالتالي يمكن عدم الاعتداد بشرط الخيار وعده من قبيل اللغو الذي يهدر ويبقى العقد صحيحاً.

ومما يجوز في البيع أيضاً ولا يجوز في الصرف هو اشتراط الآجل في دفع الثمن^(٨٣) فبالتأكيد يتنافى هذا الشرط مع ما يقتضيه الصرف من وجوب القبض في مجلس العقد، وبالتالي فإن اشتمال الصرف على مثل هذا الشرط يجعله باطلاً فلا يجوز بيع النقد بالدين إلا إذا كان الدين سابقاً فإذا كان شخص مديناً لآخر بمبلغ معين عن عقد قرض مثلاً ثم أبرم الدائن المقرض مع المدين المقترض عقد صرف فيصح عد دين القرض على أنه أحد وجهي النقد في الصرف أو جزء منه، وهذا ما نص عليه المشرع اليمني في المادة (٦٠٨) من القانون المدني والتي جاء فيها: يصح بيع النقد بالدين إذا كان الدين سابقاً فإن اتحداً جنساً وجب اتحادهما قدرأ مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة (٥٨١) في البيع فيما عدا التقابض.

(٨١) منصور بن يونس البهوتي، ج٣، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

(٨٢) د. صالح بن زاین المرزوقي، مصدر سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٨٣) المادة ٥٧٤ مدني عراقي، وانظر كذلك د. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٨٤؛ د. محمود مرشحة و أ. فارس سلطان، القانون المدني (العقود المسماة)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بجامعة حلب، ١٩٩٧، ص ٧٤٦.

ومن جهة أخرى إذا استحق المبيع في عقد البيع فإن للمشتري أن يرجع إلى البائع بالضمان بموجب أحكام القانون المدني العراقي^(٨٤) وهذا الحكم لا يتنافى مع خصوصية عقد الصرف باعتقادنا وبالتالي يمكن إعماله عليه، أما إذا استحق بعض المبيع ففي البيع المطلق يكون المشتري مخيئاً بين فسخ البيع أو قبول الباقي من المبيع مع التعويض^(٨٥) ولا نجد ما يمنع من إعمال هذا الحكم أيضاً على عقد الصرف، إلا أننا نلاحظ أن المشرع اليمني أفرد نصاً خاصاً لاستحقاق بعض بدل الصرف حيث قضت المادة (٦٠٥) من القانون المدني اليمني على: (إذا استحق بعض بدل الصرف بعد قبض الثمن فإن كان التبويض لا يضر المشتري اخذ الباقي بحصته ولا خيار له وإن كان يضره كان بالخيار بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده).

كما جاء في المادة (٦٠٦) من القانون المدني اليمني: (إذا أجاز المستحق الصرف وكان مجلس العقد قائماً صح الصرف). والنص الأخير ليس له من داع باعتقادنا؛ لأن القواعد العامة تكفي بهذا الخصوص. إلا أن هذا النص يقود إلى التساؤل عن الحالة التي لا يكون فيها المستحق حاضراً في مجلس العقد وتصدر عنه الإجازة بعد ذلك؟ ونعتقد أن الصرف يبقى صحيحاً في هذه الحالة أيضاً ما دام القبض قد حصل في مجلس العقد.

وإذا كان جزء ضمان العيب الخفي في البيع المطلق بموجب أحكام القانون

(٨٤) المادة ٥٥٠ مدني عراقي؛ وانظر كذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٦٧٣؛ د. جعفر جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ١٣٦ وما بعدها، مصطفى أحمد الزرقاء، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٨٥) المادة ٥٥٥ مدني عراقي؛ وانظر كذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٦٨٥؛ د. جعفر جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ١٤٩، مصطفى أحمد الزرقاء، مصدر سابق، ص ١٣١.

المدني العراقي هو خيار المشتري بين رد المبيع أو قبوله بالثمن المسمى^(٨٦) فهذا الحكم لا يمكن الأخذ به في صدد الصرف، فلا يوجد في نطاق العملات النقدية عيب خفي يمكن قبوله والارتضاء به، الأمر الذي يستوجب القول إن حكم وجود عيب خفي في بدل الصرف هو رد البديل، أما إذا كان العيب في بعض المبيع فإن أحكام البيع المطلق تقضي بأن للمشتري أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له أن يرد الجميع بدون رضی البائع إذا لم يكن في تفريق المبيع ضرر. أما إذا كان في تفريقه ضرر فلا يكون أمام المشتري إلا أن يرد جميع المبيع أو يقبله بعيبه وبكل الثمن. وهذا الحكم يمكن الأخذ بشطره الأول فقط في نطاق الصرف، ولا يمكن إعمال شطره الثاني لنفس السبب المتعلق بظهور عيب خفي في جميع بدل الصرف. ويلاحظ أن المشرع اليمني قضى ببطلان الصرف إذا ظهر في أحد العوضين عيب موجب للضمان بعد القبض ويكون البطلان في مقابل الجزء الذي ظهر به الضمان وهذا ما جاءت به المادة ٦٠٢ من القانون المدني اليمني والتي جاء فيها (إذا ظهر زيف بعض الثمن فيبطل الصرف في المردود وما يقابله ويصح فيما بقي)^(٨٧).

(٨٦) المادة ٥٥٨ مدني عراقي؛ وانظر كذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٣٨؛ د. جعفر جواد الفضلي، مصدر سابق، ص ١٧٦، مصطفى أحمد الزرقا، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٨٧) هذا وقد جاء المشرع اليمني بنصوص أخرى عند معالجته لأحكام عقد الصرف إلا أننا نجدها خاصة بصرف الذهب والفضة وليس من إمكانية لإعمالها بصدد صرف العملات النقدية ومن ذلك ما قضت به المادة (٦٠٧) من القانون المدني: (إذا اشتملت الصفقة على أجناس مختلفة صرف كل جنس إلى خلاف جنسه تصحيحاً لها ولا تصح الجريمة في الصرف وهي الزيادة المضافة إلى أقل البديلين من غير جنسه إلا إذا تساوت في القيمة مع الناقص منه).

الخاتمة

من خلال بحثنا في موضوع عقد الصرف توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردتها أدناه:

أولاً: النتائج:

إن الصرف عقد جائز مشروع أجازته الشريعة الإسلامية بدليل من الكتاب والسنة وإجماع الفقهاء

عنيت الشريعة الإسلامية بمعالجة أحكام عقد الصرف من خلال صورته المتمثلة بصرف الذهب والفضة وأولتها كثيراً من الاهتمام، فتناولها الفقهاء المسلمون تحت باب بيع النقد بالنقد أو الصرف والذي يعتبرونه نوعاً من أنواع البيوع فبينوا حكم صرفها ببعضها بعضاً، وميزوا في هذه الحالة بين صرف نقدين متجانسين (ذهب بذهب وفضة بفضة)، وصرف نقدين غير متجانسين (ذهب بفضة). وذلك لأن النقود في ذلك الوقت كانت تضرب من هذين المعدنين الأمر الذي قادنا للقول إن كل ما يكتسب صفة الثمن بقوة الاعتبار الرسمي يخضع لذات الشروط التي تتطلبها صحة بيع الذهب والفضة التي اقتضاها الفقهاء المسلمون لصحة صرفهما في وقت كانت فيه النقود تضرب من الذهب والفضة. الأمر الذي يبنى عليه أن النقود الورقية التي يتعامل الناس بها اليوم والتي تحوز صفة الثمنية بقوة الاعتبار الرسمي سواء صنعت من المعدن أم الورق أم من غيرهما تخضع للشروط التي اقتضاها الفقهاء المسلمون لصحة صرف الذهب والفضة، وعلى العكس من ذلك فإن الذهب والفضة في عصرنا الحالي فقدتا صفة الثمنية فلم تعد النقود تضرب منهما وبالتالي انتفت العلة التي من أجلها قيدت الشريعة الغراء صحة صرفهما بشروط معينة.

لم ينظم المشرع العراقي عقد الصرف ولم يفرد له أحكاماً خاصة مستقلة عن تلك التي نظم من خلالها أحكام عقد البيع المطلق على الرغم من أنه أشار للصرف في معرض تعريفه للبيع باعتبار محله في المادة ٥٠٧ من القانون المدني اشترط الفقهاء المسلمون لصحة الصرف بين نقدين متجانسين شروطاً تتمثل بالتماثل والقبض والخلو عن خيار الشرط والخلو عن اشتراط الأجل في حين اكتفوا بالشروط الثلاثة الأخيرة لصحة الصرف بين نقدين غير متجانسين. عند البحث عن التكييف القانوني لعقد الصرف وجدنا أنه وإن كان بيعاً إلا أنه نوع خاص من أنواع البيوع ذلك أنه لا ينعقد بكل الأحوال إلا بالقبض فهو عقد عيني كما أن له أحكامه الخاصة التي تختلف عن أحكام البيع المطلق.

ثانياً: التوصيات

ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم أحكام عقد الصرف في القانون المدني بأن يعده نوعاً خاصاً من أنواع عقد البيع ليوقف جنباً إلى جنب مع الصور الأخرى التي اعتبرها المشرع أنواعاً خاصة من البيع وهي بيع الحقوق المتنازع فيها وبيع الأولياء والوكلاء وشرأؤهم لأنفسهم فضلاً عن المقايضة لما لمسه من خصوصية في كل واحد من هذه الأنواع تجعله مستقلاً في بعض أحكامه عن عقد البيع المطلق وإن كانوا متشابهين معه في أحكام أخرى. وتكمن خصوصية عقد الصرف في انفراده بركن القبض والذي يحوله من الرضائية إلى العينية بكل ما يترتب على ذلك من أحكام وضحناها خلال البحث، لعل أهمها عدم صحة تعليقه على شرط ولا إضافته لأجل فضلاً عن اشتراط التماثل إذا كان الصرف بين نقدين متجانسين. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر

أولاً: كتب الحديث:

- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري صحيح مسلم، ج٣، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، كتاب البيوع، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط١، ٢٠٠٢.
- الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج١٠، أشرف على تحقيقه الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط٢، ٢٠٠٨.
- الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٣.

ثانياً: كتب اللغة:

- الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، ج٧، دار ومكتبة الهلال، بيروت - لبنان، تحقيق د. مهدي المخزومي و د. إبراهيم السامرائي، بلا سنة طبع.
- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، ج١٢، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، تحقيق محمد عوض مرعب، ٢٠٠١.
- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج٩، دار صادر، بيروت، ط١.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي:

- أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الدمشقي، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٢، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣.
- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٧ هـ.
- أحمد بن الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، تحقيق محمد عlish، ج ٣، دار الفكر، بيروت.
- شمس الدين محمد أبو عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠٠٢.
- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، ج ٨، دار الغرب، بيروت، ١٩٩٤.
- الشيخ محمد بن صالح العثيمين، الفتاوى الذهبية في بيع وشراء الذهب، أشرف على تصحيحه وطبعه إبراهيم بن عبد العزيز الشثري، بلا مكان وسنة طبع.
- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، ج ٣، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٩٨.

- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج ١، ج ٤، دار الفكر، بيروت، ط ١٤٠٥، ١.
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ١٩٨٢.
- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج ٦، ج ٧، دار الفكر، بيروت، ط ٢.
- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، دار الفكر، بيروت.
- محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٥، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠.
- محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٤، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨ هـ.
- محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق.
- مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، دار القلم، دمشق، ط ١.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، ج ٣، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢.
- النووي، المجموع، ج ٩، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧.

[د. ضحى محمد سعيد النعمان]

- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، دار الفكر، ط١،
١٩٨٦.

رابعاً: كتب القانون:

- د.أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، دار
النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣.

- د.جعفر جواد الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، (البيع، الإيجار،
المقاوله)، دار ابن الأثير للطباعة والنشر بجامعة الموصل، ط٢،
٢٠٠٥.

- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني
الجديد، ج٤ العقود التي تقع على الملكية - البيع، منشورات الحلبي
الحقوقية بيروت - لبنان، ط٣، ٢٠٠٠.

- د. محمود مرشحة و أ. فارس سلطان، القانون المدني (العقود
المسماة)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بجامعة حلب،
١٩٩٧.

خامساً: الرسائل الجامعية والبحوث:

- أحمد خضير عباس، القبض في التصرفات الشرعية، رسالة ماجستير
مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية بجامعة بغداد، أيلول
١٩٩٣.

- عبد الله بن سليمان بن منيع، الذهب في بعض خصائصه وأحكامه،
بحث منشور برنامج في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن

منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العربية لتقنية المعلومات، الإصدار
٢٠٠٧.

- د. صالح بن زاین المرزوقي، تجارة الذهب في أهم صورها وأحكامها،
بحث منشور برنامج في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن
منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العربية لتقنية المعلومات، الإصدار
٢٠٠٧، ص ١١٧ وما بعدها.

سادسا: مواقع الانترنت

- قرار مجمع الفقه الإسلامي ذو الرقم ٦/٤/٥٥ الذي أصدره في
المؤتمر السادس له المنعقد بجدة على الموقع:

<http://www.ikhwan.net/archive/showthread.php?t=63798>

بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠١١.

- قرار مجمع الفقه الإسلامي في الهند رقم ٣ على الموقع:

<http://www.islamifn.com/fatawa/genaral.htm>

بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠١١

- قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٩ الصادر عن الدورة الثالثة
المنعقدة في عمان على الموقع:

<http://www.ikhwan.net/archive/showthread.php?t=63798>

بتاريخ ٨/١/٢٠١٢.

- قرار مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة
الدورة الخامسة القرار رقم ٦ على الموقع:

<http://uqu.edu.sa/page/ar/121815>

بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠١١

- موقع البنك المركزي العراقي على الموقع:

<http://www.cbi.iq/arabic/monetarypolicy.html>

[د. ضحى محمد سعيد النعمان]

بتاريخ ٢٠١٢/١/٨

- الشيخ سلمان بن فهد العودة في بحثه بيع الحلي بالتقسيط منشور على الموقع:

<http://www.ahlalhdeeth.com/vb/archive/index.php/t-104121.html>

بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٠

- د. علي محي الدين القره داغي، القبض الصحيح والقبض الفاسد، بحث منشور على الموقع:

http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=226:2009-07-04-07-58-53&catid=38:2009-07-04-07-30-22&Itemid=13

بتاريخ ٢٠١٢/١١/١٥

سابعاً: القوانين:

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- القانون المدني اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢.
- قانون البنك المركزي العراقي النافذ رقم ٥٦ لعام ٢٠٠٤.