

المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي على مذهب الإمام أبي حنيفة



د. عبد الحسيب سند عطية

هذا الكتاب منشور في



المعاوضات المالية

في الفقه الاسلامي

على مذهب الإمام أبي حنيفة

دكتور

عبد الحسيب سند عطية

أستاذ الفقه المساعد

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

المعاوضات المالية

في الفقه الإسلامي

على مذهب الإمام أبي حنيفة

دكتور

عبد الحسيب سند عطية

أستاذ الفقه المساعد

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

١٤٢٥هـ — ٢٠٠٤م



- ٣ -

الباب الأول : الربا

الفصل الاول : ماهية الربا

المبحث الاول : التعريف بالربا :

الربا في اللغة : الزيادة والنماء ، قال تعالى : (يحق
الله الربا ويرى الصدقات)^(١) ، وقال أيضا : (وما أتيتم من ربا
ليبرو في أحوال الناس فلا يبرو عند الله)^(٢)
والربو : ما ارتفع عن الأرض ، قال تعالى : (ربو ذات قرار
ومعين .)^(٣)

والربا في اصطلاح الفقهاء : زيادة أحد البدلين المتجانسين
من غير أن يقابل هذه الزيادة عوض^(٤)

المبحث الثاني : الأصل في تحريم الربا :

الأدلة على تحريم الربا كثيرة سواء من الكتاب أو السنة أو الاجماع
أ - فمن الكتاب ، قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا

- (١) سورة البقرة الآية ٢٧٦ (٢) سورة اليوم الآية رقم (٣٩) .
- (٣) سورة المؤمنون الآية ٥٠ (٤) قه المعاملات على ذهب مالك .
- (٥) الأصل في اللغة : أسفل كل شيء وأماه ، وفي اصطلاح
الاصوليين : ماله فرع ، وهو يطلق على أربعة أشياء (أ) على
الدليل غالباً ، (ب) على الرجحان (ج) وعلى القاعدة المستمرة
(د) وعلى الغيب عليه . راجع لعلمان العرب ٨٩/١ ، تيسير
التحرير ٩١/١ شرح الكوكب المنير ص ١٠ .

الربا أضعافاً مضاعفة) (١) وقال سبحانه : (الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) (٢) ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم

(١) سورة آل عمران الآية رقم (١٣٠) ، وقد حظر الله تعالى ذلك لما فيه من الفساد ، ثم أكد الزجر عليه بقوله : (وأتقوا النار التي أعدت للكافرين) فأخبر أن نار آكل الربا ك نار الكافر . راجع الربا والصرف للماوردي بتحقيق المؤلف ص ١٢١ .

(٢) والمس : يعنى الجنون ، من قولهم من الرجل فهو مسوس إذا جن ، وأصله اللبس باليد ، وسمى به لأن الشيطان قد يمس الرجل وأخلاقه مستعدة للفساد فتفسد ويحدث الجنون ، وما تشير إليه الآية سبب بعيد ليس يطرده ولا منعكس ، فقد يحصل مس ولا يحصل جنون ، وقد يحصل جنون ولا يحصل مس ، وهذا المعنى محكى عن ابن عباس وسعيد بن جبير والحسن ، فيكون معنى الآية على ذلك : لا يقومون يوم القيامة من قبورهم إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان في الدنيا من الجنون .

وتقيل إن هذا ليس على الحقيقة بل على وجه التشبيه ، لأن الشيطان لا يصعق الإنسان على الحقيقة لقوله تعالى حكاية عنه : (وما كان لى عليكم من سلطان) فيكون المعنى أنهم يكونون كالسكران من الخمر يقطع ظهر البطن ، ونسبه إلى الشيطان لأنه مطيع له في سكره . راجع : روح المعاني ٤٩/٣ ، تفسير الماوردي مخطوط بدار الكتب ص ٥٦ ، باب الربا والصرف للماوردي .

مرجع سابق ص ١٢١ .

الربا) (١) ، وقال تعالى أيضا : يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين) (٢) ، ثم توعده على ذلك لتوكيد الزجر فقال : (فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وان تبتم فلكن رؤوساًموالكم لا تظلمون ولا تظلمون) ثم حث الله تعالى المؤمنين القادرين على إهمال إخوانهم الفقراء فيما عليهم من ديون ، أو التصديق بها عليهم فقال سبحانه : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ، وهذه آخر آية نزلت من القرآن على ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : آخر ما نزل من القرآن آية الربا فان نبى الله - صلى الله عليه وسلم - قبض قبل أن يفسرها ، فدعوا الربا والريبة . (٣)

(١) سورة البقرة الآية رقم (٢٧٥) ، وهذه الآية نزلت في ثقيف كما يقول بعض المفسرين ، وذلك أنهم كانوا أكثر العرب ربا فلما نزل تحريم الربا قالوا : كيف يحرم الربا ، وإنما البيع مثل الربا ، ويرى جمهور المفسرين أنها نزلت في المشركين عامة حيث قالوا : إن الزيادة على رأس المال بعد مصيره على جهة الدين كالزيادة عليه في ابتداء البيع ، وهذا خطأ ، لأن أحدهما محرم والآخر مباح ، تفسير الماوردي ٥٦/١ ، روح المعاني ٥٠/٣ ، باب الربا والصرف للماوردي ص ١٢٢ .

(٢) سورة البقرة الآية رقم (٢٧٨) .

(٣) رواه أحمد وابن ماجه .

-٦-

ب- ومن السنة : ما روى عن جابر بن عبد الله أنه قال : (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموئله وشاهديه وكاتبه) وقال : هم سواء (١)

وروى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فسي خطبة الوداع : ... ألا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ، ودماء الجاهلية موضوعة ، وإن أول دم أضعه من دماءنا دم ابن ربيعة بن الحارث ، كان مسترضعا في بني سعد فقتلته هذيل ، وربا الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضعه ربانا ، ربا عباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله (٢)

ج- وأما الاجماع : فان المسلمين قد أجمعوا على تحريم الربا من غير تكبير في ذلك (٣)

البحث الثالث : أقسام الربا :

ينقسم الربا إلى قسمين أساسيين ، هما :
القسم الأول : ربا الفضل (٤) وهو بيع الدرهم بالدرهمين يدا بيد .

(١) رواه مسلم

(٢) هذا جزء من حديث طويل رواه مسلم .

(٣) وقد روى أن الربا لم يبيح في شريعة قط ، ولذلك قال الله تعالى في ذمه لليهود : " وأخذهم الربا وقد نهوا عنه " وهى وإن كانت نزلت في اليهود ، لكن يستفاد منها أن الربا قد حرم أيضا بالنسبة للنصارى ، لكون التوراة سابقة على الانجيل .

(٤) ويسميه البعض بربا النقد ، راجع الحاوى للماوردى ص ١٣١ .

-٧-

القسم الثانى : ربا النساء ، وهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل وهذا هو المعهود من ربا الجاهلية .

وأضاف البعض قسما ثالثا ساء ربا اليد وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما (١)

وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة ، فحكى عن ابن عباس ، وعبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد ، وزيد بن أرقم والبراء بن عازب ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن مسعود : القول بأباحته ، ويحتمل أن يكون هذا القول عن معاوية ، وقد صح ذلك أيضا عن بعض التابعين كعطاء بن أبى رباح وسعيد بن عروة .
وذ هب جمهور الصحابة وأهل العلم من بعدهم إلى يومنا هذا إلى تحريمه كحرمة النساء (٢)

تحرير محل النزاع

أجمعت الأمة على تحريم ربا النساء وهو المعهود من ربا الجاهلية ، كذلك أجمعوا على تحريم التفاضل إذا اجتمع مع النساء .

(١) مغنى المحتاج ٢١/٢ ، الحاوى للماوردى ص ١٣١ .

(٢) المغنى ٣/٤ ، تكملة المجموع ٢٢/١٠ ، سهل السبيل ٨٤٤/٣ ، نيل الاوطار ٢١٦/٥ .

— ٨ —

وأما محل الخلاف فهو ربا الفضل إذا كان منفردا غير هتترن بنسيئة (١)

سبب اختلاف الصحابة والتابعين :

وسبب الخلاف يرجع الى وجود حديثين صحيحين عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يدلان على حل التعامل بربا النقص ويقصران الحرمة على ربا النساء ، فمن تمسك بظاهر الحديثين قال لا ربا إلا في النسيئة ، ومن لم يتمسك بهما وهم جمهور الصحابة ومن بعدهم أولئك أوقال بنسخهما ، وتمسك بأحاديث أخرى كثيرة تدل على عموم التحريم في كليهما .

أدلة كل فريق

أولا : أدلة المبيحين لربا الفضل :

تعلق القائلون باباحة ربا الفضل بدليلين من السنة وهما :
الدليل الأول : عن أسامة بن زيد أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " إنما الربا في النسيئة " (٢)
وجه الدلالة : أنه - صلى الله عليه وسلم - لما أثبت الربا في النسيئة دل على انتفاء الربا في الحال . (٣)

(١) تكملة المجموع ٢٢/١٠ .

(٢) رواه مسلم والنسائي وابن ماجه بلفظه ، والبخاري بمعناه . ١٣٢

(٣) المغني ٣/٤ ، تكملة المجموع ٤٧/١٠ ، الحاوي للماوردي ص

— ٩ —

الدليل الثاني : ما رواه عبد الله بن الزبير الحميدي عن سفيان بن عيينه عن عمرو بن دينار عن أبي النضال قال : باع شريك لسي دراهم بدراهم بالكوفة ، وبينهما فضل ، فقلت : ما أراه يصلح هذا ، فقال : لقد بعتهما بالسوق فما عاب علي ذلك أحد فأتيت البراء بن عازب فسأله فقال : قدم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المدينة وتجارنا كذا ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " ما كان يدا بيداً فلا بأس به ، وما كان نسيئة فلا خير فيه " وأتيت زيد بن أرقم فأنه أعظم تجارة منا ، فأتيته فسأله فقال لي مثل ذلك . (١)

ثانيا : أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على تحريم ربا الفضل بالأحاديث التالية :
١ - فمن أبي سعيد الخدري قال : جاء بلال إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - بتمر بزني ، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - له : من أين هذا يا بلال ؟ قال : كان عندنا تمر ردئ فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : " آه ، عين الربا لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتريه " (٢)

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي (٢) رواه مسلم بلفظه .

٢ - ما روى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفعوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفعوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا منها غائها بنا جز " (١)

٣ - ما روى عن عباد بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا تتبعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح إلا سواءً بسواء ، عينا بعين ، يدا بيد ، ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر ، يدا بيد ، كيف شئتم " قال : ونقص أحدهما التمر والملح وزاد الآخر ، فمن زاد أو أزداد فقد أرس " (٢)

٤ - ما روى عن أبي هريرة ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم لأفضل بينهما " (٣)

٥ - ما روى عن عثمان بن عفان قال : قال رسول الله صلى الله عليه

(١) متفق عليه ، وتشفعوا بضم التاء ، أى لا تجعلوا بعضها زائداً على بعض .

(٢) رواه الشافعي في مسنده بلفظه ، ورواه مسلم بمعناه ، وأراد بقوله : زاد أى أعطى الزيادة ، وقوله : ازداد أى أخذ الزيادة أو طلبها . (٣) رواه مسلم والنسائي .

وسلم : " لا تتبعوا الدينار بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين (١) ووجه الدلالة من هذه الأحاديث كلها أنها صريحة في حرمة ربا الفضل والنسيئة على السواء بغير تفرق بينهما .

تحقيق ما نسب إلى كل واحد من القائلين بإباحة ربا الفضل :

قبل أن نناقش أدلة البيهقي ، رأيت من المناسب أن أتحقق من حقيقة قول كل واحد من الصحابة والتابعين الذين نسب إليهم القول بالإباحة متى يقف القارئ على حقيقة رأى كل منهم ، ولقد وجدنا الإمام السبكي رحمه الله تعقب ما نسب إلى كل منهم بتفصيل أجمله فيما يأتي : (٢)

أ - فأما ابن عباس فقد روى عنه صراحة في أكثر من رواية أنه كان يفتى بإحلاله وإباحته محتجاً بحديث أسامة السابق ، وقد روى القول بذلك عن ابن عباس جماعة من أصحابه منهم : أبو الجوزاء وعبد الرحمن بن أبي نعيم وغيرهما ، ولكن حكى عنه فيما بعد أنه رجع عن قوله على ما انفصله أثناء المناقشة .

ب - وأما ابن عمر فقد روى عن أبي نضرة أنه قال : سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأساً ، إلى آخر حديثه وفيه : فأتيت ابن عمر بعد فنهاني ، ولم آت ابن عباس .

(١) رواه مسلم ومالك .

(٢) تكملة المجموع ٢٢/١٠ : ٢٨ .

-١٢-

وقد حمل العلماء ذلك على أنه ممن كان يقول باباحته ثم رجع .
جـ - وأما ابن مسعود فروى الإمام الشافعي في كتاب أحكام على وابن
مسعود عنه قال : " لأبأس بالدرهم بالدرهمين " وقد قيل إنه
رجع عن قوله هذا ، ويدل عليه ما رواه البيهقي بإسناد كله ثقات
مشهورون ، وقد قال في نهاية الحديث : " يا معشر
الصيارفة ، إن الذي كتبت أبايعكم لا يحل ، لاتحل الفضة
إلا وزن " .

د - وأما معاوية فلم يحقق ذلك عنه ، ولكن روى عنه شيء محتمل
لذلك ولغيره ، وجرت له في ذلك قصة مع عبادة بن الصامت
رضي الله عنهما مشهورة .

هـ - وأما أسامة ، فقد قال السبكي : لأعلم عنه شيئا في ذلك
إلا روايته عن النبي صلى الله عليه وسلم " إنما الربا فحس
النسيئة " ولا يكتفى ذلك في نسبة القول إليه .

و - وأما البراء وزيد بن أرقم فقد قال السبكي : لأعلم النقل عنهما
صريحا في ذلك إلا ما روى عن أبي المنهال مما استدل به
المخالفون .

ل - وأما ابن الزبير فقد قال السبكي عنه : لم أقف على إسناد إليه
بذلك ، وإنما الشيخ أبو حامد والماوردي وأبو محمد المقدسي
حكوه عنه .

-١٣-

ي - وأما التابعون فقد قال الشافعي في كتاب اختلاف الحديث
" وكان ابن عباس لا يرى في دينار بدینارین ولا في درهم
بدرهمین یدایبید بأسا ، ویراه فی النسيئة " وكذلك عامة
الصحابه .

مناقشة أدلة البيهقيين

١ - فأما حديث أسامة فقد أجيب عنه من ثمانية أوجه ، من هذه
الأوجه وجهان تضمنهما كلام الشافعي رحمه الله ، فانه قال
في كتاب اختلاف الحديث بعد أن ذكر خير أسامة ، وأخبار
عبادة وأبي هريرة وأبي سعيد وعثمان الدالة على التحريم
" فأخذنا بهذا ، الأحاديث التي توافق حديث عبادة ، وكانت
حجتنا في أخذنا بها وتركنا حديث أسامة بن زيد - إن كان
ظاهرة يخالفها - قول من قال إن النفس على حديث الأكر
أطيب ، لانهم أشبه أن يحفظوا من الأقل ، وكان عثمان وعبادة
أسن وأشد تقدم صحة من أسامة ، فان قال قائل : فهل
يخالف حديث أسامة أحاديثهم ؟ قيل : إن كان يخالفها
فالحجة فيها دونه لما وضعنا ، فان قيل فأنى ترى هذا ؟
قيل والله أعلم ، قد يحتمل أن يكون سمع رسول الله صلى
الله عليه وسلم يسأل عن الربا في صنفين مختلفين ذهب
بفضه أو تمر بخنطة ، فقال : " إنما الربا في النسيئة " .

-١٤-

فحفظه فأدى قول النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم يؤد مسألة السائل ، فكان ما أدى منه عند من سمعه ألا ربا إلا في النسبة (١) هذا جواب الشافعي رضي الله عنه وهو مشتمل على الترجيح والتأويل ، فهما جوابان ، يعنى إن كان حديث أسامة جوابا لمن سأل عن صنفين فهو موافق لبقية الأحاديث لا يخالفهما ، فيكون حديث أسامة مجمل ، وحديث عبادة وأبى سعيد وغيرهما مبين فوجب العمل بالمبين وتنزيل المجمل عليه ، وإن لم يكن كذلك وكان مخالفا لهما ، فالعمل بالراجح متعين ، ورواية جماعة أرجح من رواية واحدة . (٢)

الجواب الثالث : أنه محمول على الجنس الواحد ، يجوز التماثل فيه نقدا ولا يجوز نسبة . (٣)

الجواب الرابع : أن الحديث محمول على غير الرويات كبيع الدين بالدين مؤجلا ، بأن يكون له عند نقد موصوف فيبيعه بعبد موصوف مؤجلا ، فإن باعه به حالا جاز . (٤)

الجواب الخامس : النسخ بالأحاديث الدالة على التحريم ، وقد أجمع المسلمون على ترك العمل بظاهره ، وهذا يدل على نسخه (٥)

(١) مختصر المزني ص ١٥٣١ (٢) تكملة المجموع ٤٨ / ١٠

(٣) الحاوي للماوردي ص ١٣٥

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ٢٥ / ١١

(٥) المرجع السابق

-١٥-

على أن ابن عباس المستدل بحديث أسامة رجع في مذهبه حين لقيه أبو سعيد الخدري ، وقال له : يا ابن عباس : إني سمعتك تأكل الربا وتطعمه الناس ، وروى له حديثه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن عباس : " يا أيها الناس إن هذا ربا كان مني وإنني أستغفر الله وأتوب إليه " (١)

الجواب السادس : أن المعنى في قوله " إنما الربا " أي الربا الأغلظ الشديد التحريم المتوعد عليه بالمقاب الشديد ، كما تقول العرب : لا عالم في البلد إلا زيد ، مع أن فيها علما غيره ، وإنما القصد نفى الأكمل لا نفى الأصل . (٢)

الجواب السابع : أن نفى تحريم ربا الفضل من حديث أسامة إنما هو بالمفهوم ، فيقدم عليه حديث أبي سعيد ، لأن دلالة المنطوق ، ويحمل حديث أسامة على الربا الأكبر . (٣)

الجواب الثامن : أن مفهوم حديث أسامة عام ، لأنه يدل على نفى ربا الفضل عن كل شيء ، سواء كان من الأجناس المذكورة في أحاديث الباب أم لا ، فهو أعم منها مطلقا ، فيخص هذا المفهوم بمنطوقها . (٤)

(١) تكملة المجموع ٢٨ / ١٠ سبل السلام ٨٤٤ / ٣

(٢) نيل الاوطار ٢١٦ / ٥

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق

-١٦-

٢- وأما حديث البراء وزيد بن أرقم فمنسوخ ، لأنه مروى عن أول الهجرة ، وتحريم الربا متأخر ، وأيضا فإن الحيدى وهو روى الحديث قد أشار إلى ذلك ،

قال السبكي : لكن الصحيح عند الأصوليين أن قول الراوى هذا منسوخ لا يرجع إليه ، لجواز أن يكون قال ذلك من طريق الاجتهاد . (١)

فإن لم يثبت النسخ فإن أحاديث التحريم ترجع على أحاديث الإباحة وهو حاصل بأمر : - (٢)

منها : أن رواية أحاديث التحريم أكثر كما سبق النقل عن الشافعى ، فإنه قال : ورواية خمسة أولى من رواية واحد .

ومنها : أنهم أسن ، فإن فيهم عثمان ، وعبادة وغيرهما من هم أسن من البراء وزيد .

ومنها : الترجيح بالحفظ ، فإن فيهم أبا هريرة وأبا سعيد وغيرهما ممن اشتهروا بالحفظ أكثر من البراء وزيد بن أرقم .

ومن المرجحات أيضا : أن حديث البراء وزيد مبيح ، وأحاديث عبادة وأصحابه محرمة ، وإذا تعارض المقرر والناقل ، فالمرجح الناقل عن حكم الأصل عند الجمهور .

(١) الحاوى للماوردى ص ١٣٥ ، تكملة المجموع ١٠ / ٥٠ .

(٢) تكملة المجموع ١٠ / ٥٢ .

-١٧-

الرأى المختار

بعد أن استعرضنا أدلة الجمهور وأدلة المخالفين ، فقد تبين لنا أن الرأى الراجح فى ذلك هو رأى الجمهور ، لقوة أدلتهم ورجاحتها على ما استدل به ابن عباس ومن وانقه ، هذا إضافة إلى أن هذا الرأى هو الذى يتفق مع روح التشريع فى التشديد فى منع التعامل الربوى أيا كان نوعه .

وما يؤيد ما ذهبنا إليه أن ابن عباس ، وهو أكثر من ينسب إليه القول بإباحة ربا الفضل قد نقل عنه أنه رجى عن رأيه كما ذكرنا آنفا ، وكذلك نقل عن غيره من الصحابة والتابعين ممن قالوا بإباحة ربا الفضل القول بالرجوع ، وقد ذكرنا فى ذلك ما يغنى والله أعلم .

البحث الرابع : عللة الربا :

اتفق الفقهاء قاطبة على تحريم الربا بنوعيه فى الاصناف الستة التى ورد بها الخبر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وهى التى ذكرت فى حديث عبادة بن الصامت الذى سبق ذكره ، وفى غيره من الأحاديث التى رواها غيره ، ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك من الأجناس ، أيتعدى الحكم إليها أم لا ؟

١- قد ذهب نفاة القياس وهم الظاهرية ومن معهم إلى أن الربا

لا يقع في غير هذه الأصناف الستة ، تمسكا بالنص ونفيا للقياس (١) وعلى ذلك فقد قالوا إن ما عدا الأصناف الستة ييقن على أصله وهو الإباحة ، بقوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) وهو "هو" لا يرد عليهم بإثبات أن القياس حجة ، وهذا موضعه أصول الفقه كما يرد عليهم بظاهرا لأدلة التالية (٢)

قول الله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) والربا اسم للزيادة والفضل من طريق اللغة والشرع . أما اللغة : فقولهم قدرنا السوق (٣) إذا زاد ، وقد أرسى على في الكلام إذا زاد في السب ، وهذه رتبة من الأرض إذا زادت على ما جاورها .

أما الشرع : فقولته تعالى (يمحى الله الربا ويرى الصدقات) (٤) أي يضاعفها ويزيد فيها . ، وكقوله : (فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) (٥) أي زادت ونمت ، وإذا كان الربا على ما ذكرنا اسم للزيادة لغة وشرعا فقد دل عموم الآية التي استدلسوا بها على تحريم الفضل والزيادة إلا ما خص بدليل .

٢ - وأيضا قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع

(١) المحلى ٥٠٣/٩

(٢) الحاوي للماوردى ص ١٤٧ ، ٥/٤

(٣) قيل بالصاد أيضا ، والجمع أسوقة ، وهو ما يتخذ من الخنطة ،

والشعير ، تاج العروس ٣٨٨/٦ ، لسان العرب ٣٦/١٢ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٧٦ (٥) سورة الحج آية ٥ .

الطعام بالطعام إلا مثلا بثل (١) والطعام اسم لكل مطعم من بر وغيره في اللغة والشرع .

أما اللغة : فقولهم طعمت الشيء أطيته ، وأطعمت فلانا كذا ، إذا كان الشيء مطعوما ، وإن لم يكن برا .

وأما الشرع فقولته تعالى : (كل الطعام كان حلا لبني إسرائيل) (٢) يعني كل مطعم ، فأطلق عليه اسم الطعام .

وقوله : (فمن شرب منه فليس مني ، من لم يطعمه فإنه مني) (٣) فسمى الماء مطعوما لأنه مما يطعم .

وقالت عائشة رضي الله عنها : " عشنا دهرنا وما لنا طعام إلا الأسودان ، التمر والماء " (٤) وإذا كان اسم الطعام بما وصفنا من شواهد اللغة والشرع ، يتناول كل مطعم من بر وغيره ، كان نهيه صلى الله عليه وسلم ، عن بيع الطعام بالطعام محولا على عمومته في كل مطعم إلا ما خص بدليل .

فإن قيل : فهذا وإن كان عاما فمخصوص ببیان النبي صلى الله عليه وسلم الربا في الأجناس الستة ، أجيب بأن بيان بعض ما يتناوله العموم لا يكون تخصيصا لأنه لا ينافيه . (٥)

(١) رواه مسلم والبيهقي .

(٢) سورة آل عمران الآية ٩٣ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٤٩ .

(٤) رواه مسلم .

(٥) التبصرة للشيرازي ص ١٨٨ ، الحاوي ص ١٤٩ .

٣ - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نص على البر وهو أعلى المطعمومات ، وعلى الملح وهو أدنى المطعمومات ، فكان ذلك منه تنبيها على أن ما بينهما لاحق بأحدهما ، لأنه ينص تارة على الأعلى لينبه به على الأدنى كما قال تعالى : (ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك) (١) فنه به على الأدنى ، وينص تارة على الأدنى لينبه به على الأعلى كما قال في بقية الآية السابقة (ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك) فنه به على الأعلى ، فإذا ورد النص على الأعلى ، والأدنى كان أؤكد تنبيها على ما بينهما ، وأقوى شاهدا على لحوقه بأحدهما .

وذهب جمهور العلماء إلى أن الربا لا يختص بهذه الستة ، بل يتعداها إلى ما في معناها ، وهو كل ما يشترك معها في العلة ولكنهم اختلفوا في هذه العلة على حسب اختلاف أنظارهم بمعد اتفاقهم على اعتبار الجنس ، واليك آراؤهم في ذلك .

(١) سورة آل عمران ، الآية ٧٥ .

أولا : آراء العلماء في العلة في غير الذهب والفضة :

أختلف العلماء في ذلك على مذاهب شتى تبرز أشهرها فيما يأتي :-

الرأي الاول :

ويرى أصحابه أن العلة في غير الذهب والفضة هي الجنس والقدر " الكيل والوزن " وهذا هو مذهب الحنفية وأحمد في أشهر الروايات عنه . (١)

وعلى ذلك فيثبت الربا في كل ما كان مكيلا وان لم يكن مأكولا كالجس (٢) والنورة (٣) ، وينتفى عما كان غير مكيل ولا موزون وان كان مأكولا كالبيض . ويستدل هؤلاء بما يأتي :

١ - ما روى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا ربا إلا في ذهب أو فضة ، أو ما يكال "

(١) تبين الحقائق ٨٥/٤ ، الهداية ٦١/٣ ، المغنى ٥/٤ .
(٢) الجس هو الذي يطل به ، ورجل جصاص أي صانع للجصاص لسان العرب ٢٢٥/٨ ، تاج العروس ٣٧٧/٤ .
(٢) النورة عند أهل مصر : الجير ، وتطلق اذا مزج بالزرنينخ لازالة الشعر ، تذكرة أولى الباب ٢٧/١ .

- ٢٢ -

أو يوزن ويؤكل ويشرب " (١) فنص على ، على القدر ، فاقترضى ذلك أن يكون علة للحكم ، ولكن قال الدارقطني : إنما همس من قول ابن المسيب مرسل .

٢ - ولأن التساوى فى بيع البهر بالبر مباح ، والتفاضل فيه محظور وليس يعلم التساوى المباح من التفاضل المحظور إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علة للحكم ، لأنه به يمتاز المباح من المحظور .

الرأى الثانى :

ويرى أصحابه أن العلة فيما عدا الذهب والفضة هى الاقتيات والادخار ، وهذا هو مذهب المالكية ، وقد فسر الاقتيات بالأكل لقيام البنية به ، وأما الادخار فمعناه ، : تأخير الوقت الاحتياج إليه ، وقيل : أن حد الادخار ستة أشهر ، ولا بد من كون هذا الادخار معتادا ، فلا يعتبر الجوز والمان لندرتيه ، وقد الحق المالكية بالاقتيات لإصلاح الفتات (٢)

وبناء على ذلك يثبت الربا عند أصحاب هذا الرأى فى كل مطعوم إذا كان هتاتا مدخرا ، وينتفى عما لم يكن هتاتا كالفواكه

(١) رواه الدارقطني وابن حزم منقطعا .

(٢) شرح منح الجليل على مختصر خليل ٥٣٢/٢ ، أسهل المدارك ٢٣٤/٢ ، وأما الحق المالكية بالاقتيات ما يصلحه ليدخل الملح فى الربويات ، لأنه ليس يقتيات .

- ٢٣ -

وعما كان هتاتا ولم يكن مدخرا كاللحم .

استدل المالكية على مذهبهم بأنه لو كان القصد الطعم وحده فى الاصناف الأربعة ، لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد منها ، فلما ذكر منها عددا علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه ، وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار (١)

الرأى الثالث :

وهو مذهب الشافعى أنه مطعوم جنس ، وهذا هو مذهب الامام أحمد فى رواية عنه . (٢)

والدليل على أن الطعم علة عند هؤلاء ما يأتى :-

١ - ما رواه معمر بن عبد الله قال : كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " الطعام بالطعام مثلاً يشل (٣) فكان عموم هذا الخبر إشارة إلى أن علة الربا الطعم ، لأن الحكم إذا علق باسم مشتق من معنى كان ذلك المعنى علة لذلك الحكم ، كحد الزانى لأن اسمه مشتق من الزنا ، وقطع

(١) بداية المجتهد ١٣١/٢ .

(٢) يرى بعض الشافعية أن العلة فى الأربعة كونها مأكولة جنس ومن المعلوم أن الطعم أعم من الأكل ، لأن الأكل فى اللغة هو ما أكل ، تقول : أكلت أكلة ، أى مرة واحدة حتى تشبع أما الطعم ، فهو أعم من الأكل أو الذوق ، يقال : طعم =

-٢٤-

السارق لان اسمه مشتق من السرقة •

٢- ولان الأكل صفة لازمة لذات المعلول ، والكيل صفة زائدة
عن المعلول ، والصفة اللازمة أولى أن تكون علة من الصفة
الزائدة •

٣- ولان الأكل علة يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها
والكيل علة يوجد الحكم مع عدمها ، ويعدم مع وجودها
وذلك أن الزرع إذا كان حشيشا أو قصيلا لا ربا فيه لعدم
الأكل عند الشافعية ولعدم الكيل عند الحنفية ، فإذا صار
سنبلا ثبت فيه الربا عند الشافعية لكونه مأكولا ، ولذلك يثبت
فيه الربا عند الحنفية مع أنه غير مكيل ، فان قيل يصير مكيلا
قيل وكذلك إذا كان حشيشا ، فإذا صار السنبل خبزا ثبت
فيه الربا على هذا الرأي ، لأنه مأكول ، وثبت فيه أيضا على
الرأي الآخر مع أنه غير مكيل ، فان قيل يحصل فيه الربا لانه
موزون ، قيل : ما ثبت فيه الربا لا تختلف علته باختلاف أوصافه
فإذا صار الخبز رمادا فلا ربا فيه عند الشافعية ولا غيرهم
لكونه غير مأكول ولا مكيل ، فثبت بذلك أن التعليل بالطعم كما

يطعم طعما فهو طاعم إذا أكل أو ذاق ، فكل مطعم مأكول
والعكس غير صحيح ، وبناء على ذلك اختلف الشافعية فليس
الماء العذب هل يدخله الربا أم لا على فريقين ، فعلى الرأي
القائل بالطعم يثبت فيه الربا دون العكس ، فغنى المحتاج
٢٢٢/٢ المجموع ٤٤٨/٩ ، لسان العرب ١٩/٣ ، مختار
الصالح ١٦٢٤/٤ ، الفنى ٦/٤ (٣) رواه مسلم •

-٢٥-

يراه أصحاب هذا المذهب ، يؤدى إلى أن يوجد الحكم مع
وجود العلة ، ويعدم بعدمها ، وأما علة الحنفية فيوجد الحكم
مع عدمها كما فى السنبل ، ويعدم الحكم مع وجودها كما فى الرماد
هذا عن اثبات قول من قال ان العلة هى الطعم ، ونفى قول

من قال انها الكيل والوزن •
وأما المالكية فيرد عليهم بأن الرطب قد أثبت فيه الربا مع أنه ليس
بمذخر ، فان قالوا إن الرطب يؤمّل إلى حال الادخار فى ثانى
حاله ، أجيب بأن الرطب الذى لا يصير تمرا لا يؤمّل إلى حال
الادخار وفيه الربا •

وأما قولهم بالاعتقالات فيرد عليه بأن الملح ليس كذلك ، فان
قالوا انه ما يصلح القوت ، أجيب : بأن التمر والزبيب قوتان
ولا يصلحان بالملح وكذلك فان القول بذلك سيدخل النار والحطب
فى الربويات لانه يصلح بهما بعض الاقوات • (١)

وعلى ذلك يترجح لدينا قول من قال إن العلة فى الاصناف
الأربعة هى الطعم •

(١) راجع فى بيان رأى الشافعية والرد على مخالفيهم الحاوى
للمواردى بتحقيق المؤلف ص ١٥٨ •

-٢٦-

ثانيا : آراء العلماء في علة الربا في الذهب والفضة

أنقسم الفقهاء في تعليلهم للربا في الذهب والفضة إلى فرقتين :-

١- الفريق الاول : ويرى أصحابه أن العلة في الذهب والفضة الوزن مع الجنس ، وهذا هو مذهب الحنفية ، وأحمد في رواية عنه . (١) فكان العلة عندهم متحدة فـ في الأصناف الستة وهي القدر مع الجنس .

٢ - الفريق الثاني : ويرى أصحابه وهم عامة العلماء من الشافعية والمالكية ، وأحمد في رواية ، أن العلة في الذهب والفضة كونهما جنس الاثمان غالبا . (٢)

أدلة الحنفية ومن وافقهم :

استدل الحنفية بالاضافة للأدلة العامة السابقة بأدلة خاصة نجملها فيما يأتي :- (٣)

أ - أن ثبوت الربا في الذهب والفضة مستفاد بالنص ، ولا فائدة في استنباط علة يستفاد منها حكم أصلها حتى لا يتعدى إلى

(١) البناية شرح الهداية ٥٢٥/٦ ، المبسوط ١١٣/١٢ ، المغنى ٦/٤

(٢) مغنى المحتاج ٢٥/٢ ، المجموع ٤٤٧/٩ ، الحاوى ص ١٢١

(٣) المرجع السابق ص ١٢٢ .

-٢٧-

غيرها ، والتعليل بالوزن متعدد ، وبالأثمان غير متعدد .
ب - أنه لو جاز تعليل الذهب والفضة بكونهما ثمنا وذلك غير متعدد لجاز تعليلهما بكونهما فضة وذهبا ، فلما لم يجز أن يعلل الذهب بكونه ذهبا ولا الفضة بكونها فضة لعدم التعدى لم يجز أن يعلل بكونهما ثمنا لعدم التعدى .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على صحة مذهبهم بالأدلة التالية :-

أ - أن التعليل بالوزن يثبت الربا في الموزون من الصغر (١) والنحاس والقطن والكتان ، ولو ثبت فيه الربا بعلة الوزن كما ثبت في الذهب والفضة بهذه العلة ، لوجب أن يستوى حكم معموله ومكسوره في تحريم التفاضل فيه ، كما استوى حكم معمول الذهب والفضة ومكسورة في تحريم التفاضل فيه ، فلما جوزوا التفاضل في معمول الصغر والنحاس دون مكسوره وتبره (٢) حتى أباحوا بيع طشت بطشتين ، وسيف بسيفين ، ولم يجوزوا التفاضل في معمول الفضة والذهب ، ومنعوا بيع خاتم بخاتمين وسوار بسوارين ، فقد دل ذلك على افتراقهما في

(١) الحاوى ص ١٢٣ ، فتح العزيز ١٦٤/٨ ، المهذب ٢٢٠/١

(٢) الصغر : بضم الصاد أو بكسرهما ، هو الذي تعمل منه الاواني وقيل ضرب من النحاس لسان العرب ١٣١/٦ ، مختار الصحاح ٢١٤/٢

(٣) التبر : هو الذي يهيكله ، ولا يقال تبراء الا للذهب ، وقال بعضهم الفضة أيضا : لسان العرب ١٥٥/٥ .

في العلة ، واختلافهما في الحكم ، ولو اتفقا في العلة
 لاستويا في الحكم ، فبطل أن يكون الوزن علة الحكم .
 بـ أنه لو كان الوزن في الذهب والفضة علة يثبت بها الربا فسي
 موزون الصفر والنحاس لوجب أن يمنع من إسلام الذهب والفضة
 في الصفر والنحاس لاتفاقهما في علة الربا ، كما منع من إسلام
 الفضة في الذهب ، لاتفاقهما في علة الربا ، فلما جاز إسلام
 الذهب والفضة في الصفر والنحاس ، ولم يجز إسلام الفضة في
 الذهب دل على افتراق الحكم بين الفضة والذهب وبين الصفر
 والنحاس في علة الربا ، فبطل الوزن علة الربا .

مناقشة أدلة الخفية :

انصب اعتراض الحنفية على تعليل الجمهور ، بأن غلة الثنية
التي قالوا بها غير متعددة إلى غيرها ، فلا فائدة إذ أن من
استنباطها ، ولكن يمكن الرد على ذلك بأنه وما حدث ما يشاركها
في المعنى في زمن من الأزمان ، وهو ما حصل في أيامنا هذه
فيتعدى الحكم اليه . (١)

(١) الحاوی ص ١٧٥ •

١ - النقود في الاسلام :

لقد ظلت النقود في بداية الدولة الإسلامية على ما كانت عليه في الجاهلية من ضرب كسرى وقيصر ، فقد أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعمل بذلك أبو بكر أيام خلافته ولم يغير ، ولما استخلف عمر أقر النقود على حالها ولم يعرض لها بشيء حتى سنة ١٨ هـ حيث قام بضرب الدراهم على نقش الكسروية (نسبة إلى كسرى) فلما بويح عثمان ضرب دراهم ونقشها (الله أكبر) وقد استمرت الدول الإسلامية تتعامل بالنقود الذهبية والفضية هذه إلى وقت قريب ، وبالتحديد في أوائل القرن العشرين ولا يعنى كل هذا أن العصر الإسلامي الأول وما تلاه من عصور كانت تعتمد على النقود في نياتها ، بل ربما جرت هذه المبادلات بصورة

- ٣٠ -

مباشرة دون توسط النقود في بعض الأحيان ، ولعل أحاديث
ربا الفضل خير دليل على ذلك .^(١)

٢ - ظهور النقود الورقية :

ظهرت النقود الورقية في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي
في إنجلترا ، ثم في غضون القرن الماضي في عدد آخر من البلدان
الغربية إلى أن انتشر استخدامها بعد هذا في بلدان العالم
خلال القرن العشرين .^(٢)

فالتعامل بالنقود الورقية وجعلها أثمانا للأشياء مكان الذهب
والفضة بدعة حديثة العهد ، وأغلب الظن أن الذي دفع الناس
إلى استحداثها هو يسر حملها وتداولها ، إذا قورنت بالنقدين
ومادامت الورقة النقدية ضمانة القيمة من جهة الدولة فما حاجة
الناس إلى حمل الشاقل من الذهب والفضة ؟

من هنا نشأت الثقة بالنقود الورقية وشاع التعامل بها في
جميع البلاد ، ولكن ... هل يقوى هذا الصرف والضمان من

(١) أنظر : النقود والمصارف في النظام الإسلامي للدكتور / عوف
محمود الكفراوي أستاذ الاقتصاد الإسلامي المساعد بكلية
الشريعة بالرياض ص ١٨ .
(٢) أنظر : النقود والمصارف في النظام الإسلامي للدكتور / عوف
محمود الكفراوي ص ١٩ .

- ٣١ -

الدولة ، والمجتمع على أن يبلغ بالنقود الورقية مرتبة الذهب والفضة
في كونهما جنس الأثمان وقيم الأشياء في كل الأزمان ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تستلزم منا التعرض للاختلاف
بين الفقهاء في مسألة الفلوس ، باعتبار أن الورق النقدي لم يظهر
في عهود ازدهار الفقه ، لافي مرحلة الاجتهاد ، ولا حتى في
مرحلة التخريج ، والاستنباط ، وبالتالي لم يتعرض له الفقهاء
القدامى ، وإنما الذي تعرض له الفقهاء قديما هو الفلوس^(١) ، إذا
راجت رواج النقود ، ولما كان الخلاف بين الفقهاء المحدثين في
مسألة النقد الورقي مبنيا على اختلاف الفقهاء قديما في مسألة
الفلوس ، فإن الأمر يستلزم منا أن نلقى الضوء على اختلاف الفقهاء
في مسألة الفلوس بشيء من التفصيل على النحو التالي :-

١ - فذهب الشافعية إلى عدم ثبوت الريا في الفلوس ولو راجت .
قال صاحب نهاية المحتاج : " والنقد بالنقد ... وعليه
الريا فيه جوهرية الثمن فلا ريا في الفلوس ولو راجت " .^(٢)

٢ - أما الإمام مالك فيرى أن الريا يجري في الفلوس جريانه في

(١) الفلوس : كل ما ضرب من المعادن غير الذهب والفضة الكيكل
والبرونز والنحاس والالمنيوم ، واصطلاح الناس على هذه الثمن
للأشياء ، وراج بينهم وجرى به تعاملهم (العقود الربوية
والمعاملات المصرفية في الفقه الإسلامي ، بحث للدكتور / نصر
فريد واصل في مجلة الشريعة والقانون جامعة صنعاء ص ٥٥
أحكام النقود لمجد سلامة جبر ص ٢٥
(٢) نهاية المحتاج ٢/٣٢٣ .

الذهب والفضة ، جاء في المدونة الكبرى : " ... قلت : فان أسلم دراهم في فلوس ، قال مالك : لا يصلح ذلك " (١)

٣ - وأما الحنفية : فقد وجدنا بينهم اختلافا في مسألة الفلوس على النحو التالي : -

أ - فيرى الامام أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا كببيع الفلوس بفلوسين بأعيانها ، احتجاجا بأن عدة ربا الفضل هي القدر مع الجنس ، والمجانسة ان وجدت هنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا . (٢)

ب - ويرى الامام محمد أن ذلك لا يجوز احتجاجا بأن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم والدنانير ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الاعيان ، ومالية الاعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثمانا ، ولهذا كانت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها ، وعند مقابلتها بجنسها حال المساواة ، فاذا كانت ثمننا فالثمن لا يتعين وإن عين كالدراهم والدنانير فالتحق التعيين بالعدم ، فكان بيع الفلوس بفلوسين بغير أعيانها وهذا لا يجوز ، لأنها إذا كانت أثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقى الآخر فضل مال لا يقابله

(١) المدونة الكبرى ٢٠ / ٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٧ / ٣١١٠ ، الهداية ٣ / ٦٣ .

عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (١)

هذا كله في بيع الفلوس بفلوسين بأعيانها ، أما اذا كانا بغير أعيانها فلا يجوز اتفاقا . (٢)

والسؤال الذي يثور عند الحنفية بعد ذلك بشأن الفلوس هو : هل يمكن اعتبار الفلوس ثمننا وبالتالي يتعمم وجوب التقابض فيها في المجلس ، أم أنها مجرد سلعة وبالتالي لا يشترط فيها التقابض في المجلس ؟

إن المتتبع لفقهاء الحنفية يجد أنهم يفرقون بين ثلاث حالات : الحالة الاولى : أن تكون الفلوس رائجة ، وفي هذه الحالة تعتبر الفلوس ثمننا عند الحنفية ويشترط فيها ما يشترط في النقدين من وجوب التقابض قبل التفريق .

الحالة الثانية : أن تكون غير رائجة ، وفي هذه الحالة تعتبر سلعة عند الحنفية ، والسلع عندهم تتعين بالعقد فلا يشترط فيها القبض .

الحالة الثالثة : أن يتقبلها بعض الناس دون بعضهم ، وفي هذه الحالة لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً ، إن كان البائع يعلم بحالها ، وجنسها من الجاهل إن كان

(١) المرجعان السابقان .

(٢) الهداية ٣ / ٦٣ .

- ٣٤ -

لا يعلم بحالها . (١)

٤ - أما الامام أحمد فعنه روايتان في الفلوس :

الرواية الاولى وهى : الأظهر : الجواز .

الرواية الثانية : التحريم . (٢)

من كل ما سبق يتضح موقف علمائنا القدامى من الفلوس ، وقد ترتب على اختلافهم هذا اختلاف بين الفقهاء المحدثين فى مسألة النقود الورقية ونبرزه فيما يلى :-

الفريق الاول :

ويرى أن النقود الورقية تنزل منزلة الفلوس ، وكما أن الفلوس لا يثبت فيها الربا عند الشافعية وبعض الفقهاء ، فكذلك أوراق البنكوت ينطبق عليها نفس الحكم لعدم تحقق العلة فيها . (٣)

الفريق الثانى :

ويرى أن النقد الورقى يعتبر نقدا قائما بذاته ، قيام النقدية فى الذهب والفضة وغيرها من الأثمان ، وأنه أجناس تعدد

(١) البناية ٦/ ٢١٢ . (٢) المغنى ٤/ ٥٧ .

(٣) العقود الربوية والمعاملات المصرفية فى الفقه الاسلامى

للدكتور نصر فريد واصل ص ٥٧ ، محمد سلامة جبر ص ٤٦

الفوائد المصرفية والربا من مطبوعات الاتحاد الدولى للبنوك

الاسلامية ص ١٥ .

- ٣٥ -

بتعدد جهات الاصدار . (١)

وفى ما يلى بيان لحجج الفريقين ومناقشتها وبيان رأى الراجح منها .

حجج الفريق الأول :

١ - أن الاوراق النقدية تعتبر فى حكم عروض التجارة كما هو الحال بالنسبة للفلوس ، فقد نص المالكية على اعتبار الفلوس من عروض التجارة ، وهذا المعنى أوضح فى الاوراق النقدية أكثر منه فى الفلوس ، ولا خلاف بين الفقهاء فى أن عروض التجارة لا ربا فيها لانه يجوز فيها التفاضل ، سواء كان ذلك فى الحال أو مع التأخير . (٢)

ومما يدل على أنها أصبحت فعلا من ضمن عروض التجارة أن لها نشرة عالمية منتظمة ما بين وقت وآخر من حيث البيع والشراء بالنسبة للعمليات بعضها ببعض ، وقد نرى زيادة ونقصانا فى سعر العملة الواحدة من وقت لآخر . (٣)

وإذا اتضح الأمر بالنسبة لنا - يستطرد صاحب هذا

(١) النقود والمصارف فى النظام الاسلامى للدكتور / عوف محمد

الكفراوى ص ٢٢ ، الفوائد المصرفية والربا ص ١٥ .

(٢) العقود الربوية والمعاملات المصرفية فى الفقه الاسلامى للدكتور

نصر فريد واصل ص ٥٨ .

(٣) المرجع السابق .

الرأى - وكانت الأوراق النقدية من ضمن عروض التجارة أو فنى حكمها ، وأن علة الربا غير متوفرة فيها ، جاز بيع بعضها ببعض مع التفاضل ، اختلفت العملة أو اتفقت ، فيجوز بيع الدولار الأمريكى بالدولارين الكندى أو العكس وهكذا كما يجوز بيع الجنس الواحد ببعضه ببعض متفاضلا .

والعملة فى ذلك أن الأمر بالنسبة لعروض التجارة يختلف عن الأمر بالنسبة للأموال الربوية لقوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) والبيع باتفاق الجمهور لا يشترط فيه التساوى بين الثمن والثمن حيث يجوز التفاضل بينهما بدون تحديد لهذه الزيادة ، ويحل البيع لأجل بحيث لا يشترط التقابض فى المجلس بالنسبة لطرفى المعقود عليه إذا لم يكن أحدهما ربوا . (١)

٢ - أن مفهوم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : - " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . . . مثلاً بمثل ، سواء بسواء " ، يدا بيد " أن هذا الحكم قاصراً عليهما ولا يتعداهما إلى غيرهما مما تعارف أو سيتعارف الناس على جملة ثمنه ، قياساً على رأى جمهور العلماء فى مسألة الفلوس . (٢)

٣ - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو المبين عن الله تعالى لو كان يريد أن يلحق بالذهب والفضة كل ما يمكن أن

(١) المرجع السابق .

(٢) محمد سلامة جبر ص ٤٦ .

يجعله الناس شئنا لقالها بعبارة صريحة واضحة ولما ترك علماء أمته فضلاً عن عامتهم يتحيرون فى وديان الظن ييخون عن علم الحكم ليعبروا منه إلى أشباهه ويقيسوا به نظائر . (١)

حجج الفريق الثانى :

احتج أصحاب هذا الرأى بالقياس ، وبناءً عليه قالوا بحرمة الربا فى النقود الورقية قياساً على النقدين : " جاء فى كشاف الفوائد المصرفية " :
" إننا إذا قسنا الأوراق النقدية على الذهب والفضة ، وألحقناها بهما فى الحكم ، فأننا نكون قد أجرينا قياساً صحيحاً وتوصلنا بذلك إلى حكم ، ذلك أن حكم الذهب والفضة ثابت بالنص . . . وعلة الربا فيهما هى الثمنية ، وهو وصف متوفر توافراً كاملاً فى الأوراق النقدية بكمية مساوية لما كان فى الذهب والفضة عندما كان التعامل بين الناس قاصراً عليهما فى شكل دراهم ودنانير وإذا كان وصف الثمنية موجوداً فى الأوراق النقدية بكمية مساوية لما كان موجوداً فى الذهب والفضة . . . فانه بناءً على ذلك تكون الأوراق النقدية أموالاً يجرى فيها الربا كما يجرى فى الذهب والفضة سواء بسواء . (٢)

(١) محمد سلامة جبر ص ٤٦ .

(٢) الفوائد المصرفية والربا ص ٢٨ .

-٣٨-

ومما يؤيد هذا الرأي أن هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية قررت بأكبريتها برئاسة إدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد ، وبعد استعراضها للقول الفقهي في حقيقة الأوراق النقدية ، والاستماع لأراء بعض الخبراء المتخصصين في النقد الورقي والعلوم الاقتصادية ما يأتي :-

" أن الورق النقدي يعتبر نقدا قائما بذاته كقيام النقدية في الذهب والفضة وغيرها من الأثمان ، وأنه أجناس تعدد بتعدد جهات الإصدار ، بمعنى أن الورق النقدي السعودي جنس وأن الورق النقدي الأمريكي جنس ، وهكذا كل عملة ورقية جنس مستقل بذاته ، وأنه يترتب على ذلك الأحكام الشرعية التالية :

أولا جريان الربا بنوعيه فيها كما يجري بنوعيه في النقدين الذهب والفضة وفي غيرها من الأثمان كالفلوس ، وهذا يقتضي ما يلي :-

أ - لا يجوز بيع بعضه ببعض أو بغيره من الأجناس النقدية الأخرى من ذهب أو فضة أو غيرها نسيئة مطلقا ، فلا يجوز مثلا بيع الدولار الأمريكي بخمسة أريال سعودي ، أو أقل أو أكثر نسيئة .

ب - لا يجوز بيع الجنس الواحد منه بعضه ببعض متفاضلا ، سواء كان ذلك نسيئة أو يدا بيد ، فلا يجوز مثلا بيع عشرة أريال سعودية ورقيا بأحد عشرة ريال سعودي ورقيا .

-٣٩-

ج - يجوز بيع بعضه ببعض من غير جنسه إذا كان يدا بيد ، فيجوز بيع الليرة السورية أو اللبنانية بريالين سعوديين ورقا كان أو فضة أو أقل من ذلك أو أكثر ، وبيع الدولار الأمريكي بثلاثة أريال سعودية أو أقل أو أكثر إذا كان يدا بيد ، ومثل ذلك في جواز بيع الريال السعودي الفضة بثلاثة ريال سعودية ورق أو أقل أو أكثر يدا بيد ، فإن ذلك يعتبر جنس يغير جنسه ولا أثر لمجرد الاشتراك في الاسم مع الاختلاف في الحقيقة . (١)

المناقشة

بعد استعراض أدلة كلا الفريقين في النقد الورقي نأتى الآن لمناقشتها وبيان الرأي الراجح منها :-

أولا : مناقشة حجج الفريق الأول :

١ - أما قياسهم على الفلوس ، وقولهم ان الثمنية لا تتحقق في الورق النقدي كما لم تتحقق عند الجمهور العلماء في مسألة الفلوس ، فالجواب أن هذا قياس غير صحيح لأمرين :-

(١) النقود والمصارف للدكتور / عوف محمود الكفراوي ص ٢٢ .

الأمر الأول :

أنه قياس يفقد شرطين رئيسيين للركن الأول من أركان القياس ، وذلك أن أصل القياس ، وهو القيس عليه يشترط فيه :
أولا : أن يكون حكمه ثابتا في نفسه ، فان لم يوجد للأصل حكم لم يصح القياس لققدان ركن من أركانه .

جاء في المستصفي في بيانه لشروط الأصل : "
الشرط الأول : أن يكون حكم الأصل ثابتا فان أمكن توجيه المنع عليه لم ينتفع به الناظر ولا المناظر قبل إقامة الدليل على ثبوته " (١) والفلوس ليس لها حكم ثابت بدليل اختلاف المالكية في حكمها مع المذاهب الأخرى ، ولما كانت الفلوس هي القيس عليه ، والأوراق هي الفرع القيس ، وكان الأصل القيس عليه لا حكم ثابت له فيصبح القياس منهارا من أساسه .
ويشترط ثانيا في القيس عليه : أن يكون حكمه ثابتا بخير القياس كأن يكون ثابتا بنص من كتاب أو سنة ، أو ثابتا بالاجماع ولا يصح أن يكون الحكم ثابتا بالقياس لأن ذلك يوجب وجود قياسين :-

أحدهما : لاثبات حكم الأصل

وثانيهما : لاثبات حكم الفرع ، فان كان القياسان متحدين

(١) المستصفي للفرزالي ٣٢٥/٢ ، الفوائد المصرفية ص ٢٥ .

في العدة لم يكن هنالك فائدة في القياس الثاني ، وان كان القياسان مختلفين في العدة كان القياس باطلا لعدم وجود الجامع بين الأصل والفرع .

جاء في المستصفي في بيان شروط الأصل : "
الرابع : ألا يكون الأصل فرعاً لأصل آخر بل يكون ثبوت الحكم فيه بنص أو أجماع " (١)

وحكم الفلوس ثابت عند المالكية بالقياس على النقدين بجامع الثمنية في كل ، وعلى مذهب الشافعية ومن معهم يصبح قياس الفلوس على النقدين ثابتا بقياس المكس ، فعلى كلا القولين فان حكم الفلوس ثابت بالقياس ، فلا يجوز قياس حكم آخر عليه . (٢)

الأمر الثاني :

أنه يشترط في الفرع القيس أن تكون العدة الموجودة فيه مساوية للكمية الموجودة في الأصل على معنى أنها لا تكون أنقص ، ولا تزيد من علة الأصل زيادة توجب عدم ثبوت حكم الأصل في الفرع . (٣)

فما هي العدة المشتركة بين الفلوس والنقود الورقية انها الثمنية قطعاً ، لان الخلاف حول الفلوس وروبويتها إنما كان بين المالكية

(١) المستصفي ٣٢٥/٢ ، الفوائد المصرفية ص ٢٥ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المستصفي ٣٣٠/٢ .

وبين الشافعية ومن معهم عن غلبة الثمنية أو قلتها فيها •

ولا أحد يقول الآن إن الأوراق النقدية ليست أثمانا للسلع والخدمات ، وإذا كان الأمر كذلك فهل هذه الثمنية التي هي علة الحكم في الفلوس والأوراق النقدية متوفرة كميتها في الفلوس بنفس مقدار توافرها في الأوراق النقدية اليوم ؟

إن قياس الأوراق النقدية على الفلوس قياس مع الفارق ، لأنه لانسبة بين الثمنية الضعيفة في الفلوس ، وبين الثمنية القوية في الأوراق النقدية التي تمثل أثمان السلع من الدبوس إلى الصاروخ وأثمان الخدمات التي يؤدها الإنسان من أدنى الحرف إلى أعلاها ، وبناءً عليه يصبح شرط المساواة في العدة بين الفرع والأصل مقوداً لزيادة العدة في الأوراق عنها في الفلوس ، فيكون الحاقها بها في الحكم فاسداً • (١)

٢ - أما قول صاحب هذا الرأي إن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو المبين عن الله ، لو كان يريد أن يلحق بالذهب والفضة كل ما يمكن جعله ثمناً لقالها بعبارة صريحة •

فالجواب عنه : إن هذا القول فيه نفى للقياس ، وإطراح للمعاني ، وتأيد لمن قال بعدم ثبوت الربا في غير الأشياء الستة ، وهذا مبحث طويل تكلم فيه العلماء بأسهاب ، وهو

(١) الفوائد المصرفية والربا ص ٢٦ •

نرجع على إثبات القياس ، وإذا ثبت كونه حجة ثبت أن الربا يتجاوز المنصوص عليه ، وهذا رأى جمهور الفقهاء وقد مر آنفاً •

والذي يعيننا ملاحظته هنا هو أن الشرع واللغة لا يخدمان صاحب هذا الرأي ويتبين ذلك فيما يأتي :-
قال الله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا) (١)

والربا اسم للزيادة والفضل من طريق اللغة والشرع •
أما اللغة : فقولهم : قد ربا السوق إذا زاد ، وقد أربى على في الكلام إذا زاد في السب ، وهذه ربوة من الأرض إذا زادت على ما جاورها •

وأما الشرع : فلقوله تعالى : (يحق الله الربا ويرى الصدقات) (٢)
أي يضاعفها ويزيد فيها •
وقوله : (فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) (٣) أي زادت ونمت •

وإذا كان الربا ما ذكرنا ، اسم للزيادة لغة وشرعاً دل عموم الآية على تحريم الفضل إلا ما خص بدليل • (٤)

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ •

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٧٦ •

(٣) سورة الحج ، الآية ٥ •

(٤) انظر الماوردي في القسم التحقيقي ص ١٤٧ •

- ٤٤ -

الرأى المختار

بعد استعراض ما كتبه الفقهاء فى حكم الاوراق النقدية ، فان الواضح أن الحق مع القائلين بدخول النقد الورقى ضمن الأجناس الربوية ، وبالتالي يحرم فيه التفاضل والنسيئة ، وأن الفريق الآخر قد جابه الصواب فى اجتهاد باخراجه الورق من الاجناس الربوية نظرا لقوة أدلة القائلين بالحرمة وعدم استطاعة أدلة البيحيين التصدى لما ورد عليها .

هذا بالاضافة الى أن البنكوت قد أصبح فى وقتنا الحاضر هو الثمن الرئيسى للسلع والخدمات ، بل أصبح الذهب والفضة سلعة تباع وتشترى ، والثمن الذى يدفع فيها غالبا هو البنكوت ، كما أن العملة الورقية أصبحت تكسب قوتها كمن من قوة القانون للدولة التى تحمل اسمها .

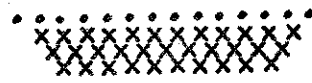
لكل ما سبق لا يمكن عد الاوراق النقدية فى جملة ما تكلم فيه الفقهاء عن الفلوس ، فقد كانت الفلوس فى عهد كان الذهب والفضة فيه متربعين على عرش الاثمان دون منازع ، فكان ان اختلف العلماء فى شئبة الفلوس ، وهل يمكن عدّها من باب الاثمان أم لا ؟ أما اليوم فقد تبدل الحال وانقلب رأسا على عقب ، وما كان بالامس متربعا على عرش الاثمان أصبح سلعة تباع وتشترى .

واذا أضفنا إلى ذلك أن باب الربا باب خطير ، فيجب أن

- ٤٥ -

نغلق كل ما يمكن أن يؤدى اليه ، حتى لانكون كالراعى الذى يرمى حول الحمى يوشك أن يواقعه .

لكل ذلك وغيره ، فاننا نرى أن القائلين بجواز التفاضل والنسيئة فى النقد الورقى قد جانبهم الصواب فيما انتهوا اليه فهدانا الله واياهم الى سواء السبيل ووفقنا وفقهم الى ما فيه نفع الاسلام والمسلمين .
والله أعلم بالصواب .



-٤٧-

المبحث الأول

الربا في دار الحرب

تمهيد :

تشمل دار الاسلام البلاد التي تظهر فيها أحكام المسلمين .
أما دار الحرب فتشمل كل البلاد غير الاسلامية التي لا تدخل تحت
سلطان المسلمين . (١)

وقد اتفق الفقهاء على أن الحرب إذا دخل دار الاسلام
بأمان فلا يجوز للمسلم أن يتعامل معه بالربا ، وكذلك لا خلاف في
أن المسلمين المهاجرين إلى دار الحرب لا يجوز بينهما إلا ما
يجوز في دار الاسلام .

تحرير محل الخلاف :

وأما محل الخلاف بين العلماء فهو التعامل بالربا بين
المسلمين المهاجرين إلى دار الحرب وبين الحريين ، وكذلك
الذي إذا دخل دار الحرب فباع حرياً درهما بدرهمين أو غير
ذلك من البيوع الفاسدة فهو على الخلاف المذكور ، سواء دخل

(١) انظر : حاشية رد المحتار لابن عابدين ١٢٥ / ٤

-٤٦-

الفصل الثاني

بحث تطبيقي حول بعض المسائل
الخلافية في الربا

ويشتمل على :

المبحث الأول : الربا في دار الحرب

المبحث الثاني : تفرق المتعاقدين قبل القبض

المبحث الثالث : تحريم النساء عند انتقاء علة الربا

المبحث الرابع : بيع البر بالشعيير

المبحث الخامس : قاعدة مد عوجة ودرهم

المسلم أو الذم إليهم بأمان أو بخير أمان مواعلي هذا الخلاف القمار أيضا لأن الربا والقمار حرام ، وكذا إذا باع خمر أو خنزيرا أو ميتة فهو على هذا الخلاف ، هذا وقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين على النحو التالي .

١ - فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الربا في دار الحرب حرام كتحريمه في دار الاسلام ، وبه قال مالك ، وأحمد ، والشافعي وإسحاق ، وأبو يوسف . (١) .

٢ - وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا ربا بين المسلم والحري في دار الحرب ، وبه قال سفيان الثوري وإبراهيم النخعي (٢) وقد انفرد أبو حنيفة بجواز الربا في دار الحرب بين المسلم المهاجر وغير المهاجر ، هذا عن دار الحرب ، أما دار الاسلام فقد أجاز أبو حنيفة ومحمد الربا بين المسلم والحري الذي لا أمان له ، فأما الذميان إذا تعاقدتا عند الربا في دار الاسلام فسخ عليهما عند أبي حنيفة دون الجمهور ، فالاعتبار عنده بالدار وعند الجمهور بالعقد . (٣) .

- (١) المغني ٤/ ٤٥ ، تكملة المجموع ١١/ ١٥٨ ، مجمع الانهر ٢/ ٩٠ ، المبسوط ١٤/ ٥٦ ، الام ٣/ ٣٠ ، فتح العزيز على هامش المجموع ٨/ ١٨٩ .
(٢) المبسوط ١٤/ ٥٧ ، مشكل الآثار للطحاوي ٤/ ٣٤٥ ، الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٤٣ .
(٣) تكملة المجموع ١١/ ١٥٨ ، بدائع الصنائع ٧/ ٣١٢٨ .

الأدلة

١ - أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على مذنبهم بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : قوله تعالى : (وحرّم الربا) (١)

وقوله : (الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) (٢)

وقوله : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذكروا ما بقى من الربا) (٣) .

ووجه الدلالة من هذه الآيات : أن عموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل . (٤)

وأما السنة فقد استدلو بما يأتي :

أ - قوله صلى الله عليه وسلم : " ومن زاد وازداد فقد أربى " (٥)

ووجه الدلالة أن هذا الحديث وغيره يدل بعومه على جريان الربا في دار الحرب كجريانه في دار الاسلام . (٦)

- (١) سورة البقرة الآية ٢٢٥ .
(٢) هذا هو الشطر الاول من الآية السابقة .
(٣) سورة البقرة الآية ٢٢٨ .
(٤) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٦ .
(٥) الحديث رواه الشافعي ومسلم والترمذي والنسائي عن عبادة بن الصامت .
(٦) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٦ .

- ٥٠ -

ب - ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما : أنه وقع للمشركين جيفة في الخندق فأعطوا بذلك للمسلمين ما لا فنيهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك . (١)

ووجه الدلالة : أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام حيث كان (٢)

وأما المعقول : فقد استدلو بعده أدلة تبرزها فيما يأتي :
أولا : أن كل ما كان حراما في دار الاسلام كان حراما في دار الشرك كسائر الفواحيش . (٣)

ثانيا : أنه عقد فاسد فلا يستباح به المعقود عليه كالنكاح . (٤)

(١) المبسوط : ٥٦/١٤ والحديث رواه الترمذي ، والبيهقي عن ابن أبي ليلى عن الحكم ، عن قسم ، عن ابن عباس " أن المشركين أرادوا أن يشتروا جسد رجل من المشركين ، فأبى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعهم إياه ، واللفظ للترمذي قال الترمذي : " هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث الحكم ، وقال أحمد بن حنبل : " ابن أبي ليلى لا يحتج بحديثه .

انظر : سنن الترمذي : كتاب الجهاد ٢١٤/٤ ، السنن الكبرى كتاب السير ١٣٣/٩

(٢) المبسوط : ٥٧/١٤

(٣) تكملة المجموع ١٥٨/١١

(٤) تكملة المجموع ٤٤٣/٩ ، ١٥٨/١١

- ٥١ -

ثالثا : ولأن كل عقد حرم بين المسلم والذي حرم بين المسلم والحري كدار الاسلام . (١)

رابعا : قالوا أيضا : أن المسلم التزم بالامان ألا يملك أموالهم إلا بالعقد ، وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد المالك الحلال فصار كما إذا وقع مع المستأمن منهم في دارنا . (٢)

٢ - أدلة أبي حنيفة ومن وافقه :

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بأدلة من السنة ومن المعقول نجملها فيما يأتي : -

أما السنة فقد استدلو بعده أحاديث هي :-

١ - ما روى عن مكحول أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا ربا بين المسلم والحري في دار الحرب " . (٣)

فهذا نص في جواز التعامل بالربا في دار الحرب .

٢ - أن العباسيين عبد المطلب كان مسلما قبل فتح مكة ، فان الحجاج ابن غلاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به فسي

(١) الماوردي في القسم التحقيق ص ١٢٩

(٢) تبين الحقائق ٩٧/٤

(٣) المبسوط ٥٦/١٤ ، تبين الحقائق ٩٧/٤ ، مجمع الانهر

٩٠/٢ ، البناءة ٥٢٠/٦ ، وهذا الحديث مرسل لم يسنده أحد

القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ
ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال يوم الفتح :
"وأول ربا أضعه ربا العباسين عهد المطلب" (١) فدخل
في ذلك الربا الذي من بعد إسلامه إلى فتح مكة ، فلو كان
الربا بين المسلم والخرس موضوعا لكان ربا العباس موضوعا
يوم أسلم . (٢)

٣ - لقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركانة بأعلى مكة ، فقال
له ركانة هل لك أن تصارعني على ثلث غنم فقال : صلوات
الله عليه وسلم " نعم " وصارعه فصربه " الحديث " إلى أن
أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكرما . (٣)

- (١) الحديث أخرجه مسلم عن جابر .
(٢) مشكل الآثار ٢٤٢/٤ . تكملة المجموع ١٥٩/١١ .
(٣) الحديث رواه ، والترمذي عن أبي الحسن العسقلاني عن
أبي جعفر بن محمد بن ركانة عن أبيه أن ركانة صارع النبي
صلى الله عليه وسلم ، فصربه النبي صلى الله عليه وسلم
قال ركانة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن
فرق ما بيننا وبين المشركين العمام على القلائس ،
قال الترمذي : هذا حديث حسن غريب ، وإسناده ليس
بالقائم ولا يهرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابن ركانة .
انظر : سنن أبي داود ، كتاب اللباس ٥٥/٤ ، سنن
الترمذي ، كتاب اللباس ٢٤٧/٤ .

وجه الدلالة : أن هذا دليل على جواز مثله في دار
الحرب بين المسلم والخرس : (١)

٤ - جاء في البسوط : قال محمد : وبلغنا أن أبا بكر الصديق
رضي الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى : " ألم
غلبت الروم " (٢) قال له مشركوا قريش : يرون أن الروم
تغلب فارس فقال نعم ، فقالوا هل لك أن تخاطبنا على أن
نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا ، وان
غلبت فارس أخذنا خطرك فخاطبهم أبو بكر رضي الله عنه على
ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال : اذهب
إليهم فزد في الخطر وأبعد الاجل ، ففعل أبو بكر رضي
الله عنه ، وظهرت الروم على فارس ، فبعث إلى أبي بكر رضي
الله عنه أن تعال فخذ خطرك ، فذهب وأخذه ، فأتى
النبي صلى الله عليه وسلم به فأمره بأكله .

وجه الدلالة : أن هذا القمار لا يحل بين أهل الإسلام
وقد أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أبي بكر رضي
الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لانه كان بمكة في دار
الشرك ، حيث لا يجرى الأحكام المسلمين . (٣)

- (١) البسوط ٥٧/١٤ . (٢) سورة الروم الآية ١ .
(٣) البسوط ٥٧/١٤ . والحديث رواه الترمذي ، وأحمد عن
سفيان الثوري عن حبيب بن أبي عمرة عن سعيد بن جبير عن
ابن عباس قال : كان المشركون يحبون أن يظهر أهل فارس =

وأما المعقول فقد قالوا :

١ - ان مالهم مباح في دارهم ، ويعقد الأمان لم يصير معصوما
الا أنه التزم ألا يغيرهم ولا يتعرض لما في أيديهم يسدون
رضاهم ، فاذا أخذهم برضاهم فقد أخذ مالا مباحا بلا غدر
فيملكه بحكم الاباحة السابقة ، إذ تأثير الأمان في تحصيل

على الروم ، لأنهم وإياهم أهل أوثان ، وكان المسلمون
يجبون أن يظهر الروم على فارس ، لأنهم أهل كتاب ، فذكروا
لأبي بكر رضي الله عنه أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أما
أنهم سيغلبون ، فذكره أبو بكر لهم ، فقالوا : اجعل بيننا
وسيطا ، فجعل أجزالا ، فان ظهرنا كان لنا كذا وكذا ، وان ظهرتم كان لكم
كذا وكذا ، فجعل أجل خمس سنين فلم يظهروا ، فذكر ذلك
للنبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا جعلته إلى دون قال :
أراه العشر ، قال أبو سعيد : والبضع مائة العشر ، قال :
ثم ظهرت الروم بعد ، قال : فذلك قوله تعالى : ألم غلبت الروم
إلى قوله : (يفرح المؤمنون بنصر الله ، ينصر من يشاء) .

قال سفيان : سمعت أنهم ظهروا عليهم يوم بدر .
قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح غريب ، إنما نعرفه
من حديث سفيان الثوري عن جبيب بن أبي
عسرة .

انظر سنن الترمذي ، كتاب تفسير القرآن ٣٤٤/٥ ، مسند
أحمد ٣٠٤/١ .

التراضى دون التملك ، فكان الملك في حق الحرى زائلا
بالتجارة كما رضى به ، وفي حق المسلم ثابتا لاستيلائه على
مال مباح . (١)

٢ - ولان أموال الحرب مباحة للمسلم بخير عقد فكان أولى أن
يستباحها بعقد . (٢)

مناقشة الأدلة :

أولا : مناقشة أدلة الجمهور :

١ - أما استدلالهم بعمومات الكتاب والسنة فقد أجيب عنها بأن
إطلاق النصوص في مال محظور ، وإنما يحرم على المسلم اذا
كان بطريق الغدر ، فاذا لم يأخذ غدرا ، فبأى طريق
يأخذ يكون حلالا بعد كونه برضا . (٣)

٢ - وأما حديث ابن عباس فقد اعترض عليه بأن موضع الخندق كان
في الاسلام وقد أجيب عن هذا الافتراض بأنه لا معنى لهذا
القول ، لأننا نقول هذا يجوز عندكم بين المسلم والحرى
الذى لا أمان له سواء كان في دار الاسلام أو في دار الحرب (٤)

- (١) انظر : تبیین الحقائق ٩٢/٤ ، مجمع الأنهر ١٠/٢ .
- (٢) انظر : الماوردی فی القسم التحقیق ص ١٢٨ .
- (٣) شرح فتح القدير ٣٠٠/٥ .
- (٤) المبسوط ٥٧/١٤ .

٣ - وأما قولهم إن كل ما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الشرك فقد أجيب بأن هذا غلط لأن المشرك يستباح دمه وماله كما سبق وبيننا في مناقشة صوم الأندلس .

٤ - وأما قياسهم على النكاح فقد أجيب عنه بأن هذا قياس مع الفارق لأن البضع لا يستباح بالاباحه بل بالطريق الخاص ، أما المال فيباح بطهيب النفس به وإباحته . (١)

٥ - وأما قياسهم على المستأمن منهم في دارنا فقد أجيب بأن هذا قياس مع الفارق أيضاً لأن المستأمن منهم عندنا صار ماله محظوراً بالأمان فإذا أخذ به بغير الطريق المشروعة يكون غدرًا . (٢)

ثانياً : مناقشة أدلة أبي حنيفة ومن معه :

١ - نقض استدلالهم بحديث مكحول بأنه مرسل لا يعرف صحته هذا لأن صح الاسناد عن مكحول ، فقد قال أبو يوسف رحمه الله : أنا قال أبو حنيفة هذا لأن بعض النسخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ربا . . إلى آخر الحديث ، وقال الشافعي رضي الله عنه هذا ليس بثابت ولا حجة فيه . ثم هذا الحديث محتمل لأن يكون

(١) شرح فتح القدير ٣٠٠/٥ .

(٢) فتح القدير ٣٠٠/٥ .

نهياً فيكون المراد بقوله : " لا ربا " النهي عن الربا قولاً تعالى : (فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) . (١)

ولا يجوز ترك ما ورد بتحريم القرآن وتظاهرت به السنة واعتقد الإجماع على تحريمه بخير مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثق به ، وهو مع ذلك مرسل محتمل ، ولو سلم حجته فالزيادة بخبر الواحد لا تجوز ، وإثبات قيد زائد على المطلق هو الزيادة فلا يجوز . (٢)

وأجيب بأن هذا الحديث وإن كان مرسلًا فمكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول ، جاء في البناية : قال الأكل : ولا بأس بحيفة ومحمد ما روى مكحول . . . إلى آخره ، ثم قال : ذكره محمد بن الحسن ، وذكره الأثراني ، ثم قال : كذا في شرح أبي نصر ، وفي البناية أيضاً : قال العيني : " لانسلم عدم ثبوته لأن جلالة قدر الإمام لا تقتضي أن يجعل لنفسه مذهما من غير دليل واضح " ، وأما قول الشافعي ولا حجة فيه فبالنسبة إليه ، لأن مذهب عدم العمل بالمرسلات إلا مرسل سعيد ابن المسيب ، والمرسل عندنا حجة ، وأما قولهم : إنه زيادة على النص فإنه يدفع بأن المطلقات مراد بطلها المال المحظور بحق

(١) سورة البقرة ، الآية ١٩٢ .

(٢) تكملة المجموع ١٥٩/١١ ، البناية على الهداية ٥٧١/٦ ،

المغني لابن قدامة ٤٦/٤ ، نصب الرأية ٤٤/٤ ، شرح

فتح القدير ٣٠٠/٥ .

لمالكه ، ومال الحرس ليس محظورا الا لتوقى الغدر (١)
 ٢- وأما قول أبي حنيفة ومن معه أن العباس كان يتعامل بالربا
 بعد اسلامه في مكة ، فقد أجيب بأن العباس كان له رسا
 في الجاهلية من قبل اسلامه فيكفى حمل اللفظ عليه ، وليس
 ثم دليل على أنه بعد اسلامه استمر على الربا ، ولو سلم
 استمراره عليه لانه قد لا يكون عالما بتحريمه فأراه النبي صلى
 الله عليه وسلم لإنشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ (٢)
 وأجيب بأن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر بما قد دل على
 أنه كان قائما حتى وضعه إياه ، وهذا يدل على أنه قبل
 الوضع إنما كان الربا فيه خلاف الربا في دار الهجرة (٣)
 ٣- وأما ما ذكره من استحابة أموالهم فنستقص بالحري إذا
 دخل دار الاسلام فإن ماله مباح إلا فيما حظره الأمان (٤)
 وأجيب بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن مال المستأمن صار
 محظورا أي ممنوعا أخذ به بعقد الأمان ، ولهذا لا يحل
 تناوله بعد انقضاء المدة (٥)

(١) البناية ٥٧١/٦ ، شرح فتح القدير ٣٠١/٥

(٢) تكملة المجموع ١٥٩/١١

(٣) مشكل الآثار للطحاوي ٢٤٥/٤

(٤) المغني ٤٦/٤

(٥) البناية ٧١/٦

وقد اعترض الامام الماوردي على هذا الاستدلال من وجهه
 آخر حيث قال : لانسلم باستحابة أموالهم بالعقد الفاسد إذا
 كان قد دخل إليهم بأمان ، لأن أموالهم لاتستباح بغير
 عقد ، فكذا لا يستبيحها بعقد فاسد .

ولو فرضت المسألة مع ارتفاع الأمان لما صح الاستدلال من
 وجه آخر ، وهو أن الحري إذا دخل الاسلام جاز استحابة
 ماله بغير عقد ولا يجوز استحابة بعقد فاسد (١) ٣

ويمكن أن يجاب على هذا الاعتراض بأن هذا صحيح على
 مذهبيكم ، وأما على مذهب أبي حنيفة ومحمد فالربا جائز أيضا
 في دار الاسلام بين المسلم والحري الذي لا أمان له .
 وأما إذا كان مستأمنا فقد سبق الكلام فيه .

(١) تكملة المجموع ١٥٩/١١ ، القسم التحقيقي ص ١٣٠

-٦٠-

الرأي المختار

بعد استعراض أدلة الحنفية والجمهور فان القلب يعيل السى

المتفرق بين حالتين :-

الحالة الاولى : إذا كانت الزيادة الربوية تعود على المسلم .

الحالة الثانية : إذا كانت الزيادة تعود على الحرص .

وأرى إباحته في الحالة الأولى دون الثانية ، وهذا ما يتفق

وروح النصوص التي جاءت في هذا الباب والتي تمسك بهـ

القاتلون بالإباحة .

وأما ما تمسك به الجمهور من عموم للأدلة فقد وجدنا أن

الحنفية قد بينوا أن هذا إنما يكون في مال محظور ، والسدى

يحظر على المسلم في دار الحرب هو أخذه المال منهم بطريق

القدر ، أما وأن هذا العقد جائز عندهم فإنه يملك هذا

المال بحكم الإباحة السابقة ولا تأثير للامان إلا في حصول

التراضى دون التملك .

وأما حديث مكحول فعلى فرض عدم وروده فان هذا التقرير

يجيزه النظر المذكور أعنى كونه مالا مباحا إلا لعارض ^(١) القدر

ولكننا قد وجدنا أن هذا الحديث قد عضدته أحاديث أخرى

(١) شرح فتح القدير ٣٠١/٥ .

-٦١-

دلت على حل الربا والقمار في دار الحرب ، هذا إضافة إلى
أن منزلة الامام أبى حنيفة لا تقتضى أن ينسب إلى مكحول ما لم
يتأكد ويستوثق من قوله إياه .

وما انتهينا إليه من التفرق بين الحالتين السابقتين هو
ما التزم به أصحاب أبى حنيفة في مجالسهم نظرا إلى علوة
الإباحة . (١)

قال الطحاوى في كتابه مشكل الآثار .

وما يدل على أن حكم الربا بين المسلمين وبين أهل الحرب
في دار الحرب بخلاف حكم الربا بينهم في دار الاسلام ، أنه
لا يخلو ربا المباس الذي أدركه وضع النبي صلى الله عليه وسلم
وربا الجاهلية من أحد وجهين :-

إما أن يكون أصله كان قبل تحريم الربا ثم طرأ عليه تحريم
الربا أو كان في حال تحريم الربا ، فان عني بذلك التحريم ففى
هذين الوجهين فى دار الهجرة وفى دار الحرب فإنه يجب أن
يبطل فى أى الاماكن كان من دار الحرب ومن دار الاسلام
وان كان بعد تحريم الربا فهو أبطل ، فلما أخبر النبي صلى الله
عليه وسلم فى خطبته بما قد دل أنه كان قائما حتى وضعه ، دل
ذلك أنه قبل وضعه إياه إنما كان الربا فيه خلاف الربا فى دار

(١) شرح فتح القدير ٣٠٥/٥ .

-٦٢-

الهجرة ، لانه لو كان فى دار الهجرة ما كان قائما فى حال من الاحوال بعد تحريم الربا ، لانه إن كان أصله فى حال تحريمه كان غير ثابت ، وان كان قبل تحريمه طرأ عليه تحريمه ووضعه .

فان شبه على أحد بما كان من أمر العباس من أسر المسلمين إياه ، ومن أخذ الفداء منه محققا بذلك أنه لم يكن بمكة مسلما حين جرى عليه ما جرى من السر .

قلنا : إنما فدى فى غزوة بدر ، ورجع هو ومن سواه من الأسر إلى مكة عن رسمهم الذى أسروا عليه ، وكانت بدر فى سنة أربع من الهجرة ، وقد حكى محمد بن اسحاق فى مناقبه : أن العباس قد كان اعتذر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أمره أن يفدى نفسه بأنه كان مسلما ، وأنه إنما خرج إلى قتاله كرهلا ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : أما ظاهرا أمرك فقد كان علينا فاقد نفسك ، حدثنا بذلك فهد بن سليمان قال : أنا يوسف بن بهلول قال : حدثنا عبد الله بن ادريس عن محمد بن اسحاق ولم يتجاوز به ، ويقى العباس بعد ذلك بمكة ، فان يكن ما ذكره ابن اسحاق كما ذكره فقد تقدم اسلامه بدرا ، وان يكن بخلاف ذلك كان ما ذكره أنس ابن مالك فى حديث الحجاج بن غلاط يوجب له الاسلام وذلك عند فتح خيبر ، وكلا القولين يوجب اقامته بمكة مسلما وهى دار الحرب وفى ذلك ما يوجب أنه كان بمكة مسلما وله فيها ربا قائم ، والربا يحرم بسين المسلمين فى دار الهجرة . (١)

(١) مشكل الآثار للطحاوى ٤ / ٢٤٥ : ٢٤٦ .

-٦٣-

البحث الثانى

تفريق المتعاقدين قبل القبض :

إذا ثبت الربا فى البيعين بعملة واحدة فهل يصح الافتراق قبل تقابضها ؟

اختلف العلماء فى ذلك على النحو التالى :-

١- فذهب أبو حنيفة وأحمد فى رواية عنه إلى أنه لا يشترط التقابض إلا فى الصرف ، وإنما يكفى فيه التمين ، وبه قال ابن عليه عند اختلاف الجنس .

٢- وذهب الشافعى ، وأحمد على أصح الروايات عنه ، ومالك وجمهور العلماء إلى أنه يحرم على كل من المتبايعين التفرق قبل التقابض فى الصرف وغيره ، ويمتوى فى ذلك الجنس الواحد والجنسان .

واشترط الامام مالك فى الصرف ، القبض عند الإيجاب بالكلام ، ولا يجوز التراضى ، ولو كان فى المجلس . (١)

(١) انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ١١ / ١٤ ، تبين الحقائق ٨٩ / ٤ ، حاشية رد المحتار ٥ / ١٧٨ ، فتح العزيز على هامش المجموع ٨ / ١٦٥ ، المغنى ٤ / ١٣ ، تكملة المجموع ١٠ / ٦٥ ، نيل الاوطار ٥ / ٢١٩ .

.....

كذلك أجمع العلماء على أن اختلاف لغة الربا في البيهقيين
لا يوجب اعتبار التقابض قبل التفريق كبيع المطسوم بالنقد (٢)

قال نصر القدسي رحمه الله : فتحصل في القبر ثلاث مسائل :

ساختار و کاربرد

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

جاء في كلمة المجوع : " وفي الحقيقة ليس التقايف عند أبي

١٠/٦٥ ، المفضي ١٣/٤ ، نيل الاوطار ١١٩/٥ .

(٢) تكملة المجموع ١٠ / ٦٩ •

حنيفة من قاعدة الربا في شيء ، لا في الصرف ولا في الطعام
وانما اشترطه في الصرف لأجل التعيين ، فان من أصله أن
الدرهم والدنانير لا تتمين بالتعيين ، وانما تتمين بالقبض
فلو تفوقا قبل القبض لصار ديناً ، ولكان في ذلك بيع الكالشيء
بالكالي ، وذلك منهى عنه على الإطلاق في الرويات وغيرها
ويجعلون قوله " يدا بيد " لمنع النساء ، وقوله " عينا بعين "
تأكيدا بخلاف ما يفصل أصحابنا وزعموا أن هذا احتمال يترك به
الظاهر إذا تأيد بدليل . (١)

الأملة :

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

أولا : أدلة أبي حنيفة ومن وافقه :

استدل الخفية على مذهبهم بالكتاب والمقول .

١- فأما الكتاب : فهو أن المحرم في الآية هو الربا ، والربا

هو الزيادة ، وذلك إما في القدار ، وإما في المبدأ

للاستحقاق وهو النساء ، أو الجودة .

أما في الجودة فقد أسقطها الشرع حيث قال : " جيدها

ورديتها سواء " ولسقوط قيمتها تحقت الماثلة • والتفاضل

في القدار أو في البعاد في الاستحقاق هو الرياء ، فليس

(1) انظر : تكملة المجموع ٦٦/١٠ •

-٦٦-

التقايض من الريا في شيء ، إذا قيمة القبوض يعد كونه نقدا قيمة غير القبوض في المجلس ، بخلاف قيمة الموءجل فإنه يخالف قيمة الحال ، فلو حرم ترك التقايض بحكم الريا لكان زيادة على كسب الله . (١)

٢ - وأما المعقول فقد استدلوا بما يأتي :-

إن ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الريا مبيع متعين ، وكل ما هو متعين ، قد تعين بالتعيين ، فلا يشترط فيه القبض كالثوب ، والعبد ، والدابة ، وغيرها .

وهذا لأن الغائبة المطلوبة بالعقد إنما هي التمكن من التصرف ، ويترتب ذلك على التعيين فلا يحتاج إلى القبض بخلاف الصرف ، فإن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض ، فإن الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض . (٢)

ثانيا : أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على مذاهبهم بالنسبة والمعقول :

أ - فأما السنة فقد استدلوا بما يأتي :-

(١) انظر تكملة المجموع ٦٦/١٠ .

(٢) انظر : البناية ٤٥/٦ ، تبين الحقائق ٨٩/٤ ، حاشية

رد المحتار ١٢٨/٥ ، الاختيار لتعميل المختار ٤٠/٢ .

شرح فتح القدير ٢٨٥/٥ .

-٦٧-

١ - قول النبي صلى الله عليه وسلم : " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد ، فـ إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يد بيد . (١) وجه الدلالة : أنه أباح التفاضل بقوله : كيف شئتم ، واعتبر التقايض بقوله : يدا بيد . (٢)

٢ - ما رواه مالك بن أوس بن الحدثان أنه التمس صرفا بمائة دينار قال : فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراضنا حتى اصطرف مني فأخذ يقلبها في يديه ثم قال : حتى يأتي خازني من الغابة ، وعمر يسمع ذلك ، قال : لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ورقك ، أو يرد عليك ذهبك ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء " . (٣)

وجه الدلالة : أن عمرا قد نهى مالكا عن مفارقة طلحة حتى يقبض منه ، واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : " إلا هاء وهاء " فدل على أنه فهم منه التقايض لا مجرد

(١) الحديث رواه مسلم عن عباد بن الصامت بلفظه : مسلم ، كتاب البياقاة ١٢١١/٣ .

(٢) انظر : فتح العزيز ١٦٥ / ٨ .

(٣) الحديث رواه الشافعي ومسلم والبخاري والترمذي عن مالك بن أوس ،

-٦٨-

الطول . (١)

ب : وأما المعقول فقد استدلوا بما يأتي :-

١ - أن كلا البيعين مال من أموال الربا ، والعلة فيها متحدة فحرم التفريق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة ، فلا يجوز أن يكون المراد بقوله " يدا بيد " القبض في حق النقد - والتعيين في حق غيرهما ، لانه إما حقيقة فيهما ، أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر ، وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما ، لما عرف أن المشترك لا عموم له ، وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز . (٢)

٢ - أن ترك التقايض ربا ، لان الربا عبارة عن الفضل المطلق والفضل من وجوه كثيرة .

يكون قدرا في الصاع بالصاعين ، ونقدا في العامين بالنساء ، وقبضاً في القبض وغير القبض ، بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية ، لأن الاعيان إنما تطلب ليتوصل إليها بالأيدي ، ولأن اليد تقصد بنفسها في كثير من العقود والعينية لا تقصد بنفسها . (٣)

(١) تكملة المجموع ٦٨/١٠ .

(٢) المغنى ١٣/٤ ، تبين الحقائق ٨٩/٤ .

(٣) انظر : تكملة المجموع ٦٨/١٠ ، البناية ٤٥/٦ ، شرح فتح

القدر ٢٨٥/٥ .

-٦٩-

٣ - أنه قد معاوضة يمنع من ثبوت الأجل فوجب أن يمنع من التفريق قبل القبض كالصرف . (١)

٤ - ولأن كل ما كان شرطاً معتبراً في عقد الصرف كان شرطاً معتبراً فيما دخله الربا من غير الصرف كالأجل . (٢)

ثالثاً : توضيح رأى الامام مالك في الصرف :

سبق أن ذكرنا عند استعراض آراء العلماء أن الامام مالك وان كان يوافق الجمهور في اشتراط التقايض قبل الافتراق في الصرف وغيره قد انفرد باشتراط التقايض في الصرف عند الإيجاب والقبول ، فان تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا ، حتى كره المواعدة فيه .

ويرأى الجمهور في اشتراط التقايض في المجلس قبل التفريق قال الامام أبو حنيفة .

وسبب الخلاف هو تردد هم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام " إلا هاء وهاء " وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر .

فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس قال يجوز التأخير في المجلس .

(١) انظر : الماوردي في القسم التحقيق ص ١٣٩ .

(٢) انظر المرجع السابق ص ١٤٠ .

-٧٠-

ومن رأى أن اللفظ لا يصلح إلا إذا وقع القبض من المتصاريح
على الفور قال : إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف

ثالثا : مناقشة ما انفرد به مالك في الصرف :

نقش الامام مالك فيما ذهب إليه من أن المراد من قوله
صلى الله عليه وسلم "ها" و"ها" * القبض عند الإيجاب في الصرف
بأن الظاهر هو المعنى الأول ، يؤيد ذلك ما رواه ابن عمر أنه
سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " اشتر الذئب بالفضة
فاذا أخذت واحدا منهما فلا تفارق صاحبك وبينكما لباس " (١)
فيمكن أن يقال : إن هذه الرواية تدل على اعتبار
المجلس . (٢)

(١) انظر : بداية المجتهد ١٩٧/٢ ، نيل الاوطار ٢١٩/٥ .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، أنظر : سنن ابن ماجه ٢٦٠/٢ .

(٣) نيل الاوطار ٢١٩/٥ .

-٧١-

البحث الثالث

تحريم النساء عند انتفاء علة الرأى

اختلف العلماء في تحريم النساء في غير المكيل والموزون
على النحو التالي :-

- ١ - ذهب الشافعي وأحمد في أصح الروايات عنه إلى أنه
لا يحرم النساء في شيء من ذلك ، سواءً بيع بجنسه أو بغيره
متساويا أو متفاضلا ، إلا على القول بأن العلة الطعم فيحرم
النساء في المطعوم ولا يحرم في غيره .
- ٢ - ذهب أبو حنيفة وأصحابه ، وإبراهيم النخعي إلى أن
الجنس يانفراد به يحرم النساء وهو رواية ثانية عن أحمد .

ومن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء : ابن الحنفية
وعبد الله بن عمر ، وعطاء ، وعكرمة بن خالد ، وابن سيرين
والثوري ، وروى ذلك عن عمار ، وابن عمر .

- ٣ - وقال مالك : لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا
فأما مع التماثل فلا ، وهذه رواية ثالثة عن أحمد .

٤ - والمذهب الرابع : أنه يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر
سواءً كان من جنسه أو من غير جنسه ، وهذه رواية رابعة
عن أحمد ، فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم

- ٧٢ -

العروض نقدا والدراهم نسيئة جاز •

وان كانت الدراهم نقدا والعروض نسيئة لم يجز ، لانه يفضى
إلى النسيئة فى العروض • (١)

الأدلة

أولا : أدلة الشافعى ، ومن واقعته :

استدل الشافعية ومن وافقهم بالكتاب ، والمعدة ، وفعل
الصحابة ، والمعقول •

فأما الكتاب فقد احتجوا بما يأتى :-

- ١ - قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٢)
- ٢ - وقوله : (وأحل الله البيع) (٣)

(١) انظر فى بيان آراء العلماء فى هذه المسألة :

المفنى ١٤/٤ ، فتح البارى ٤/١٩٩ ، صحيح مسلم بشرح
النووى ٣٩/١١ ، نيل الأوطار ٥/٢٣٢ ، سنن الترمذى
٥٣٩/٣ ، تكملة المجموع ٩/٤٥٣ ، الغرة النفيسة ص ٧٨
البسيط ١٢/١٢٢ ، شرح معانى الآثار ٤/٦١١ ، كتاب
الآثار لأبى يوسف ص ١٨٧ ، البناية ٦/٥٣٦ ، موطأ
مالك ٢/٦٥٣ ، بداية المجتهد ٢/١٣٣ •

(٢) سورة النساء ، الآية ٢٩ •

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ •

- ٧٣ -

ووجه الدلالة : أن هاتان الآيتان فيهما عموم يقتضى حل
البيع للتجارة مطلقا ، والقرآن أولى من خير الواحد • (١)
وأما السنة فقد احتجوا بما يأتى :-

١ - ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم ، أمره أن يجهز جيشا فنفت الابل ، فأمره
أن يأخذ فى قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعير إلى
إبل الصدقة • (٢)

وأما ما ورد عن الصحابة فقد استدلوا بما يأتى :-

- ١ - روى عن على بن أبى طالب أنه باع جملا يدعى عصفيرا
بعشرين بعيرا إلى أجل •
 - ٢ - وعن ابن عمر أنه باع بعيرا بأربعة أبعرة مضمونة بالريذة •
- ووجه الدلالة : أن هذا الفعل منها ليس له مخالف من
الصحابة فكان إجماعا • (٣)

وأما المعقول فقد قالوا :

١ - ان النقدية فى جانب ، وعدمها فى جانب آخر لا يثبت

(١) الغرة النفيسة ص ٧٩ •

(٢) الحديث رواه أبو داود ، والبيهقى بلغظه عن عبد الله بن

عمرو بن العاص •

(٣) انظر تكملة المجموع ٩/٤٥٤ الماورد فى القسم التحقيى ص ١٥٦

—٧٤—

إلا شبهة الفضل ، لأن النسيئة عبارة عن تأخير المطالبة ، وهي ليست حقيقة الفضل ، لأن فيها تفاوت المالية حكماً ، والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيراً من التفاوت في المالية حكماً ، ولا أثر له في منع جواز العقد حتى يجوز بيع ثوب بثوبين ، فالتفاوت حكماً أولى .

أى أن حقيقة الفضل غير مانع في الجنس ، حتى جاز بيع الهوى بالهويين ، والعبد بالعبيدين ، والشبهة أولى .

وهذا لأن حكم الربا في خاص من الأموال ، وجعل الجنسية علة تؤدى إلى تعميم حكم الربا في كل مال ، فما من مال إلا وله جنس ، فما كانت الجنسية إلا نظير المالية ، ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا فكذلك الجنسية . (١)

٢ - أن النساء أحد نوعي الربا ، فلم يجز في الأموال كلها كالنوع الآخر . (٢)

٣ - أنهما لا يجرى فيهما ربا الفضل ، فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار . (٣)

(١) انظر : البناية ٥٣٧/٦ ، المبسوط ١٢٣/٢ ، البحر

الرائى ١٣٩/٦ ، شرح فتح القدير ٢٨٠/٥ .

(٢) أنظر : المغنى ١٤/٤ .

(٣) المرجع السابق .

—٧٥—

ثانياً : أدلة الخفية ومن واقفهم :

استدل الخفية على تحريم النساء عند اتحاد الجنس بالسنة وفعل الصحابة والمعقول :
فأما السنة فقد استدلو بها يأتى :-

١ - ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . (١)

٢ - ما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا بأس بالحيوان واحد باثنين يدا بيد ، وكرهه نسيئة . (٢)

٣ - ما رواه أسامة ابن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما الربا في النسيئة " .

وجه الدلالة : أن هذا نسيئة فيكون فيه الربا فيحرم لقوله تعالى : (وحرّم الربا) (٣) ولأنه قال : (الربا) من وجه ينظر إلى القدر أو الجنس ، والنقدية أوجبت فضلاً في المالية ، إن النقد خير من النسيئة ، فيتحقق شبهة الربا ، وهي ملحقة بالحقيقة احتياطاً فيحرم .

(١) الحديث رواه الترمذى ، وأبو داود ، وابن ماجه بسنده ويلفظه .

(٢) الحديث رواه ابن ماجه وسنده ، ورواه الترمذى عن جابر بنحوه .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥ .

وهذا لأن كل واحد من القدر أو الجنس جزء العلية
فيكون لكل واحد منهما شبهة العلية فتحرم به شبهة الربا وهى
النسبية ، إعمالا للدليل بقدر الامكان (١) .

٤ - أن النبى صلى الله عليه وسلم قد سوى بين الجنسية والقدر
فى أول حديث عبادة ثم قال : " وإذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد " .

فقد أبقي ربا النساء لبقاء ما هو قريبه وهو الجنس ، فكان
ذلك تنصيضا على ثبوت ربا النساء عند وجود الجنسية ، لأنه
متى ثبتت المساواة بين الشئيين بالنص ثم خص جنس أحدهما بحكم
كان ذلك تنصيضا على ذلك الحكم الآخر ، كالرجل يقول : اجعل
زيدا وعمرا فى العطية سواء ، ثم يقول : اعط زيدا درهما
فيكون ذلك تنصيضا على أن يعطى عمرا أيضا درهما (٢) .

وأما فعل الصحابة فقد استدلوا بما يأتى :-

١ - ما رواه محمد بن الحسن عن ابراهيم النخعى قال : دفع
عبد الله بن مسعود رضى الله عنه إلى زيد بن خليفة البكرى
مالا خضارية ، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيبانى ففى
قلائص ، فلما حلت أخذ بعضها وبقي بعض فأعير عتريس وبلغه

(١) انظر : الغرة المنيعة ص ٧٩ ، البناية ٥٣٧/٦ .

(٢) انظر : المبسوط ١٢٣/١٢ .

أن المال لعبد الله بن مسعود ، فأتاه ليترقه ، قال له
عبد الله : أفعل زيد ذلك ؟ قال نعم ، فأرسل إليه
فسأله ، فقال له عبد الله : أردد ما أخذت ، وخذ رأس
مالك ، ولا تسلم ما لطفى شئ من الحيوان (١) .

٢ - ما رواه محمد بن الحسن عن عبد الرحمن بن عبد الله بن
عتبة عن القاسم ابن عبد الرحمن قال : قال عمر بن الخطاب
- رضى الله عنه - : إنكم تزعمون أنا نعلم أبواب الربا ، ولأن
أكون أعلمها أحب إلى من أن يكون لى مثل ضر وكورهما
ولكن منها أبواب لا يكذب يخفيان على أحد ، أن يبتاع الثمرة
وهى معصفة (٢) لما تطب (٣) ، أو يسلم فى شئ من السن
أو يبتاع الذهب بالورق ، والورق بالذهب نساء (٤) .

٣ - ما رواه محمد بن الحسن عن طاوس أنه سمع ابن عمر - رضى
الله عنهما - وسأله رجل عن البعير بالبعيرين نسيئة ، قال
لا آمرك (٥) .

(١) انظر : الحجة على أهل المدينة ٤٨٢/٢ .

(٢) المعصفة : من العصف وهو بقل الزرع ، انظر الصحاح
١٤٠٤/٤ .

(٣) المراد : ما طابت وما أستاذلت للاستعمال والاكل ، انظر
الحجة على أهل المدينة ٤٨٧/٢ .

(٤) المرجع السابق ٤٨٤/٢ .

(٥) المرجع السابق ٤٨٨/٢ .

-٧٨-

٤ - ما رواه محمد بن الحسن عن أبي الحسن البراد عن بعض أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه ينهى عن بيع الشاة بالشاتين ، والبعير بالبعيرين إلى أجل . (١)

٥ - ما رواه محمد بن الحسن عن يحيى بن أبي كثير اليمامي قال : حدثني رجل قال : قال رجل لابن عباس - رضي الله عنهما - وسأله عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ؟ قال : لا يصلح تلك الروءوس بالروءوس نسيئة . (٢)

٦ - ما رواه محمد بن الحسن عن إبراهيم النخعي قال : أسلم شريح في وصيفتين صبيحتين من لغتهما ، واشترط أن يوافق بهما دون النهر بخراسان ، فأثنى بالوصيفتين فكره ذلك فردهما وأخذ رأس ماله . (٣)

٧ - ما رواه محمد بن الحسن عن أبي حرة عن محمد بن سيرين أن عتريس ابن عرقوب أسلف في قلائص ، فلما قدم الرجل وحل ماله أتاه ابن حيان فقال : لاتعطه شيئا حتى تأتى ابن مسعود - رضي الله عنه - فسأله عنه ، فأثنى ابن مسعود - رضي الله عنه - فقال : ردوا عليه رأس ماله وكرهه . (٤)

(١) المرجع السابق ٤٨٩/٢

(٢) المرجع السابق ٤٩٣/٢

(٣) انظر الحجة على أهل المدينة ٤٩٥/٢

(٤) انظر الحجة على أهل المدينة ٤٩٨/٢

-٧٩-

٨ - ما رواه محمد بن الحسن عن سعيد بن المسيب عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه كان يكره بيع البعير بالبعيرين إلى أجل . (١)

وأما المعقول فقد قالوا :-

١ - ان الجنس أحد وصفى علة الربا ، فيعتبر في تحريم النساء كالوصف الآخر ، ولهذا لا يجوز بيع الخنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق . (٢)

٢ - ولأن الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة ، فإذا وجدت علة حقيقة بوجود وصفى العلة ، ثبت حرمة الربا ، وإذا وجدت شبهة العلة بوجود أحد وصفى العلة ثبتت شبهة الربا ، والاحتراز عن شبهة الربا واجب كالاختراز عن حقيقة الربا ، لأن الشبهة في باب الحرمان ملحة بالحقيقة لكنها أدوم من الحقيقة فلا بد من اعتبار الطرفين ، ففي النسيئة أحد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز ، فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل ، وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لما قلنا أن الشبهة أدوم من الحقيقة . (٣)

(١) المرجع السابق ٤٩٨/٢

(٢) انظر حاشية الشيخ الشلبي بهامش تبين الحقائق ٨٢/٤

المفنى ١٥/٤

(٣) انظر حاشية الشيخ شلبي بهامش تبين الحقائق ٨٢/٤

مجمع الانهر ٨٥/٢

- ٨٠ -

ثالثا : أدلة الامام مالك :

استدل الامام مالك بما يأتي :-

- ١ - ما روى جابر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نساء ، ولا بأس به يد بيد . (١)
- ٢ - ما رواه ابن عمر أن رجلا قال : يا رسول الله ، أرايت الرجل يبيع الفرس بالأفراس ، والنجيمة بالابل ؟ قال : لا بأس إذا كان يدا بيد . (٢)
- وهذا يدل بمفهومه على اباحة النساء مع التماثل . (٣)

رابعاً أدلة من ذهب الى حرمة النساء في كل مال يبيع بمال آخر

استدل هذا الرأي بالمعقول فقال : انه يبيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا . (٤)

(١) انظر : المغني لابن قدامة ١٥/٤ .

(٢) الحديث رواه أحمد في مسنده عن ابن عمر قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : " لا تبيعوا الدينار بالدينارين ، ولا

الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين ، فاني أخاف عليكم

الربا ، والربا هو الربا ، فقام إليه رجل فقال : يا رسول الله

أرايت الرجل يبيع الفرس بالأفراس ، والنجيمة بالابل ، فقال

" لا بأس إذا كان يدا بيد " (مسند أحمد ١٥٩/٢) .

(٣) المغني ١٥/٤ .

(٤) المغني ١٥/٤ .

- ٨١ -

المنافسةأولا : مناقشة أدلة الامام الشافعي :

١ - فأما استدلال الشافعية بعمومات الكتاب القنضية لحمل البيع للتجارة مطلقا ، فقد أجيب عنه بأنه قد خص من العمومات المذكورة حرمة الربا لقوله تعالى (وحرم الربا) والعام إذا خص منه البعض ينص يجوز تخصيص بعض أفراده بخبر الواحد والقياس فيخص المتنازع بما ذكرنا من الأدلة (١)

٢ - مناقشة ما استدلوا به من المنة :

نوقش استدلالهم بحديث ابن عمر بما يأتي :-

أ - أنه منسوخ لانه كان قبل نزول آية الربا .

وأجيب بأنه لا يخفى أن النسخ لا يثبت إلا بعد تحرر تأخير الناسخ ، ولم ينقل ذلك .

ب - أن ما ذكره ابن عمر كان في دار الحرب ، وعندنا لا بين المسلم والحرب في دار الحرب ، فتجهيز الجيوش كان

في دار الاسلام قبل الآلات كما لو كان في دار الحسب لمزتها في دار الاسلام يومئذ .

(١) انظر الغرة المنيقة ص ٢٩ .

ج - أنه محمول على أنه أمره أن يستسلف الزكاة من أربابها فيأخذ بعيرها يصلح للحمل والقتال ببعيرين من أسنان الصدقات .
د - أن هذا الحديث بطريق ابن اسحاق ، بطريق معتمة وهو مدلس فلا يحتج به . (١)

٣ - مناقشة ما استدلوا به من فعل الصحابة :

أ - فأما ما استدل به الشافعية من أن علياً بن أبي طالب باع جملاً بعشرين بعيراً إلى أجل ،

فقد أجيب بأن ابن الأثير ذكر في شرح مسند الشافعي أن هذا الحديث مرسل ، لأن الحسن وهو راوى الحديث لم يلق جده علياً ، وقد جاء عن علي خلاف هذا .

قال عبد الرزاق في حنفته : أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن ابن أبي قسيظ عن ابن المسيب عن علي أنه كره بعير ببعيرين نسيئة .

فإن صح الأول يحمل على أنه فعله في زمن النبي صلى الله عليه وسلم قبل التحريم . (٢)

ب - وأما ما روى عن ابن عمر ، أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيهما صاحبها بالزينة .

(١) انظر المبسوط ١٢/١٢٣ ، البناية ٦/٥٣٨ ، نيل الاوطار ٢٣٢/٥ .

(٢) انظر الجواهر النقى مع السنن الكبرى ٥/٢٨٨ ، المصنف للحافظ عبد الرزاق ٨/٢٢٢ .

فقد أجيب بأنه قد جاء عن ابن عمر خلاف هذا : قال عبد الرزاق : أخبرنا معمر عن ابن طاوس عن أبيه : أخبرني أنه سأل ابن عمر عن بعير ببعير نظرة ، فقال : لا ، وكرهه . فيحمل الأول على أن الأبعرة كانت بالزينة فهذا بيع غائب وليس بنسيئة .

وأنا شرط الضمان لأن من ذهب ابن عمر أن البيع لا يكون مضموناً على البائع إلا بالشرط ، كذا ذكره القدوري في التجريد (١) .
٤ - وأما استدلالهم بالمعقول فقد أجاب الحنفية عنه بما يأتي : قالوا : إن اعتبار ربا النساء بربا الفضل لا يستقيم لاتفاقنا على أن ربا النساء أعم حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير ، وإن كان لا يثبت ربا الفضل ، وليس الجنس كالمالية ، لأن جعل المالية علة تؤول إلى تعميم الربا في البيوع كلها ، لأن البيع لا يجوز إلا في مال مقوم ، والشرع فصل بين البيع والربا ، فعرضنا أن المالية ليست بعلة فيه ، وليس في جعل الجنسية علة تعميم الربا في العقود كلها . (٢)

(١) الجواهر النقى ٥/٢٨٨ ، المصنف ٨/٢١١ .
(٢) انظر : المبسوط ١٢/١٢٣ .

ثانيا : مناقشة مذهب الحنفية ، ومن واقفهم :

١ - مناقشة ما استدلوا به من السنة :

أ - نقوش استدلالهم بما رواه الحسن عن سمرة بما يأتي :

١ - أن أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن البصري من سمرة

في غير حديث المقيمة .

قال الشافعي : هو غير ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم . (١)

وأجيب عن ذلك بأن الترمذي حسن هذا الحديث وصححه وقال : العمل عليه عند أكثر أهل العلم من الصحابة وغيرهم ، وهو قول الثوري ، وأهل الكوفة وأحمد ، وسماع الحسن من سمرة صحيح هكذا قال علي بن المديني ، وفي الاستذكار : قال الترمذي : قلت للبخاري في قولهم لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث العقبة قال : سمع منه أحاديث كثيرة ، وجعل روايته عنه سماعا وصحها .

وقد أخرج البزار هذا الحديث وقال : ليس في هذا الباب حديث أجل إسنادا منه .

(١) انظر السنن الكبرى ٢٨٨/٥ ، نيل الاوطار ٢٣١/٥ .

وقد ورد في هذا الباب حديثان آخران جيدان وحديث ثالث مرسل ، فالأول أخرجه الطحاوي من حديث ابن عمر والثاني عن أبي الزبير عن جابر ، أخرجه ابن ماجة والترمذي وقال حسن ، والثالث : أخرجه الشافعي في مسنده عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عبد الكريم الجزري أن زياد بن أبي مريم مولى عثمان أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم ، بعث صدقا له فجاء بظهر سنك فلما نظره النبي صلى الله عليه وسلم قال : " هلكت وأهلك " فقال : يا رسول الله : إني كنت أبيع البكرين والثلاثة بالبيعير المسن يدا بيد ، وعلمت من حاجة رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الظهر ، فقال عليه السلام : " فذاك إذا " .

قال ابن الاثير في شرحه : يدل على صحة قول من منع النسبة في الحيوان بالحيوان ، لانه لما قال : " يدا بيد " أقره على فعله فظهر بهذه الأحاديث المختلفة الطرق التي أيد بعضها بعضها أن هذا الحديث ثابت خلافا للشافعي رحمه الله . (١)

٢ - ونوقش هذا الحديث أيضا بأن بعض الفقهاء حمله على بيع أحد هما بالآخر نسيئة من الجانبين فيكون ديننا بدينين فلا يجوز . (٢)

(١) انظر الجوهر النقي ٢٨٨/٥ ، سنن الترمذي ٥٣٨/٣ .

(٢) انظر نيل الاوطار ٢٣٢/٥ ، سبل السلام ٨٥١/٣ .

وأجيب بمنع ذلك لأنه إذا قيل : باع فلان عبده بالحيوان
نسيئة ، فأنما يفهم منه النسيئة في البدل خاصة ، ومطلق الكلام
محمول على ما يتفاهمه الناس . (١)

ب- وأما استدلالهم بحديث جابر فقد نوقش بما يأتي :-
جاء في المغني : قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه
نساء ، وليث ابن سعد سعه من أبي الزبير ولا يذكر فيه نساء
وحجاج هذا هو حجاج ابن أرقطاة ، قال يعقوب بن شيبة : هو
واهي الحديث وهو صدوق . (٢)

وأجيب عن ذلك بأن الترمذي صححه ، بالإضافة إلى أن هذا
الحديث يعضده أحاديث أخرى جيدة واردة في هذا الباب ، وكثره
الأحاديث يعضد بعضها بعضا ويقوى الدليل . (٣)

ج- وأما حديث أسامة وقولهم في استدلالهم به أن النقيصة
أوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربا وهي ملحقة بالحقيقة
أحتياطاً ، فقد اعترض عليه من وجهين :

الوجه الأول : أن كونه من مال الربا من وجه شبهة ، وكون
الشبهة أوجبت فضلا شبهة ، فصارت شبهة الشبهة
فالشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها .

(١) انظر : المبسوط : ١٢ / ١٢٣ .

(٢) المغني ١٦ / ٤ .

(٣) سنن الترمذي ٣ / ٥٣٩ .

والوجه الثاني : أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون
مطلقاً ، أو في محل الحقيقة ، والأول ممنوع والثاني مسلم
لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك (١)

وقد أجاب الحنفية على هذا الاعتراض بما يأتي :-

١- أما الوجه الأول : فالجواب عنه أن الشبهة الأولى في المحل
والثانية في الحكم ، وشبهة أخرى وهي التي في
العدة ، ولشبهة العدة والمحل ثبت شبهة الحكم لا شبهة
الشبهة .

٢- وأما الوجه الثاني : فالجواب عنه أن القسمة غير حاصرة ، بل
الشبهة مانعة في محل الشبهة إذا وجدت العلة
بكمالها . (٢)

ثالثاً : مناقشة مذهب الإمام مالك :

أما الحديث الأول فقد سبقت مناقشته مع أبي خنيفة ، وأما
الحديث الثاني فقد قال الإمام أحمد إنه مرسل ، وعلى فسر
صحتها فليس فيها ما يدل على التفرقة بين حالتى التفاضل والتماثل
ولذلك وجدنا أن الأحناف قد استدلوا بهما على حرمة النساء عند

(١) انظر : البحر الرائق ١٣٩ / ٦ ، البناية ٥٣٨ / ٦ ، شرح
العناية على الهداية ٢٨٠ / ٥ .

(٢) انظر البحر الرائق ١٣٩ / ٦ ، البناية ٥٣٨ / ٦ ، شرح
العناية ٢٨٠ / ٥ .

— ٨٨ —

اتحاد الجنس، وسواء في ذلك التفاضل أو التماثل .

وأما قول المالكية إنهما يدلان بمفهومهما على إباحة النساء مع التماثل ، فيرد عليه أن الحنفية لا يقولون بحجة مفهوم المخالفة في النصوص الشرعية . (١)

هذا بالإضافة إلى ورود أحاديث أخرى صريحة في هذا الباب تحرم النساء عند اتحاد الجنس دون تفرقة بين متفاضل أو متماثل .

قال الإمام محمد بن الحسن في رده على أهل المدينة :
" لو جاز بيع الحيوان نسيئة حتى يكون العبد والأمة ديناً كما يكون في الخنطة والشعير ، لجاز للرجل أن يقتض من الرجل العبد فيكون عليه عبد مثله ديناً فيستخذه شهراً ثم إن شاء رده بعينه فقضاء إياه ، وإن شاء أعطاه مثله .

ويستقرض أيضاً الجارية وهي ثيب فيطأها زمناً ثم يردّها بغير صداق ، فما أعظم هذا القول ، أن يقول قائل : إن العروض تستقرض قرصاً فتوطأ ثم ترد . (٢)

(١) انظر : الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان

ص ٣٢٦ ، المغني ١٦/٤ .

(٢) انظر : الحجة على أهل المدينة ٤٨١/٢ .

— ٨٩ —

رابعاً : مناقشة المذهب الرابع :

ناقش ابن قدامة هذه الرواية عن الإمام أحمد فقال :
" وهذه الرواية ضعيفة جداً ، لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح " .

فإن في المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافاً لها أثر في تحريك التفاضل ، فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار .
وما هذا سبيله لا يجوز إثبات الحكم فيه وإن لم يخالف أصلاً فكيف يثبت مع مخالفة الأصل في حل البيع ؟ (١)

الرأي المختار

بعد استعراض آراء العلماء في بيع غير المكيل والموزون والمطعموم فإنني أنرى ترجيح الرأي القائل بحرمة النساء عند اتحاد الجنس لافرق في ذلك بين التفاضل والتماثل ، وهذا ما ذهب إليه الإمام أبي حنيفة مع بعض العلماء ، لقوة أدلتهم ، ولأننا قد وجدنا أن الأحاديث الواردة في هذا الباب لم يخل أي منهما من قتال سواء في ذلك أحاديث النهي ، أو أحاديث الإباحة ، فوجب

(١) انظر : المغني ١٥/٤ .

الصير الى الترجيح ، ولا شك أن أحاديث النهس قد ثبتت من طريق ثلاثة من الصحابة : " سرة ، وجابر ، وابن عباس " وبعضها يقوى بعضها ، فهى أرجح من حديث واحد غير خال من القال ، وهو حديث عبد الله بن عمرو ، ولا سيما وقد صحح الترمذى وابن الجارود حديث سرة ، فان ذلك مرجح آخر .

وأىضا قد تقرّر فى الاصول أن دليل التحريم أرجح من دليل الاباحة ، وهذا مرجح ثالث .

وأما الآثار الواردة عن الصحابة فلا حجة فيها ، وعلى فرض أنها حجة فقد عارضها آثار أخرى مروية عن نفس الصحابة وعن غيرهم تفيد نقيض ما ذهبوا اليه . (١)

وأما تفريق الامام مالك بين حالتى التفاضل والتماثل عند اتحاد الجنس فيرد عليه أنه تحكم لا دليل عليه إلا مفهوم المخالفة وحجته محل خلاف بين العلماء .

وأما الرواية الرابعة عن أحمد فان القول بها يؤدى الى اغلاق باب البيع ، لأنه يؤدى الى تعميم الرىا فى البيوع كلها ، وحل البيع ثابت بنص القرآن ، فلا يجوز مخالفة النص بقول لم يرد فى كتاب ولا سنة ولا اجماع ، هذا فضلا عن الحرج الواقع على الناس فى التعامل ، وهذا مخالف لقصد الشارع فلا يجوز الاخذ به

والله أعلم

(١) انظر نيل الاوطار ٢٣٢/٥ ، حاشية سعدى حلى على شرح

المعناية مع فتح القدير ٢٨٠/٥ .

البحث الرابع

بيع البر بالشعير

اختلف العلماء فى البر والشعير هل هما جنس واحد أو جنسان على النحو التالى :-

١ - فذهب الشافعى ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، والثورى ، واسحاق وداود ، وأبو ثور ، وعطاء ، والنوى ، واسماعيل بن عيسى والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، والحسن البصرى وأكثر أهل الكوفة ، وأهل البصرة ، إلى أن البر والشعير جنسان ، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا .

وبه قال ابن عمر ، وعباد بن الصامت ، وأبو هريرة ، وجابر بن عبد الله ، وأنس بن مالك .

٢ - وخالف الامام مالك - رحمه الله - والأوزاعى ، والليث بن سعد فقالوا : إنهما جنس واحد ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا مثلا بمثل .

وبه قال ربيعة ، وأبو الزناد ، والحكم ، وحامد ، وأبو عبد الرحمن السلمى ، وسليمان بن بلال ، وسعد بن أبى وقاص ، وعبد الرحمن بن الاسود ، وابن معيقيب الدوسى ، وهو رواية عن أنس .

-٩٢-

قال ابن عبد البر : وهو قول أكثر أهل المدينة والشام (١)

الأدلة

أولا : أدلة الرأي الاول :

استدل الشافعي ، وأبو حنيفة ، وجمهور العلماء بالنسبة والمعقول : فمن النسبة :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة الثابت في مسلم " التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير والملح بالملح ، مثا بثل ، يدا بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلف ألوانه " (٢)

٢ - قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة من رواية مسلم " فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد " (٣)

وفي حديث عبادة الذي في سنن أبي داود : " ولا بأس

(١) انظر : تكملة المجموع ٧٠/١٠ ، المغني ٢٢/٤ ، الحجة على أهل المدينة ٥٩٨/٢ ، موطأ مالك ٦٤٦/٢ ، نيل الاوطار ٢١٩/٥ ، بداية المجتهد ١٣٥/٢ .

(٢) الحديث رواه مسلم بلغظه عن أبي هريرة ، أنظر : مسلم ك المساقاة ١٢١١/٣ .

(٣) الحديث في مسلم بلغظه عن عبادة بن الصامت ، أنظر : مسلم ك المساقاة ١٢١١/٣ .

-٩٣-

بييع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدا بيد ، وأما نسيئة فلا (١) وفي الترمذي من حديث عبادة : " بيعوا البر بالشعير كيف شئتم " (٢)

ومن رواية النسائي : " وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، يدا بيد كيف شئنا " (٣)

قالوا : وهذا صريح صحيح لا يجوز تركه بخير معارض مثله . وأيضا : فإنه نص على الأشياء الستة ، وأورد كل واحد منها باسم وإنما قصد الأجناس ، فدل على أن البر جنس ، والشعير جنس .

وأیضا : فإنهما لم يشتركا في الاسم الخاص ، فلم يكونا جنسا واحدا كالتمر بالحنطة . (٤)

وأما المعقول فقد قالوا :

١ - إنهما شيان اختلف أسماؤهما ومانعتهما فوجب أن يكونا صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة في الاسم والمنفعة . (٥)

(١) الحديث في سنن أبي داود بلغظه ، انظر : سنن أبي داود ك البيوع ٢٤٨/٣ .

(٢) انظر : سنن الترمذي ، كتاب البيوع ، باب ٢٣ ، ٥٤١/٣ .

(٣) الحديث رواه النسائي عن عبادة بلغظه انظر سنن النسائي ٢٤٢/٧ .

(٤) انظر المغني ٢٨/٤ ، التكملة ٧١/١٠ .

(٥) انظر بداية المجتهد ١١٧/٢ الماورد في القسم التحقيق ص ٢٣٤

- ٩٤ -

٢ - قال الامام محمد بن الحسن في احتجاجة على أهل المدينة
" أرايتم صدقة الفطر من الصدقات ، أليس قد قيل فيها
نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ؟ فلو كان الشعير
نصف صاع ، وفي الشعير صاع ، ويجعل ذلك شيئا واحدا
كما جعل ذلك في التمر شيئا واحدا وأصنافه مختلفة ، فهذا
يدلكم على أن الشعير صنف غير البر . (١)

ثانيا : أدلة الامام مالك ومن واقعه :

استدل الامام مالك ومن واقعه بالسنة والمعقول .
فمن السنة :

١ - ما روى عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال
بعه ثم اشتر به شعيرا ، فذهب الغلام فأخذ الصاع وزيادة
بعض صاع ، فلما جاء معمر أخبره بذلك ، فقال له معمر :
لم فعلت ذلك ؟ انطلق فردّه ولا تأخذن إلا مثلاً بشئ
فان النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الطعام
بالطعام إلا مثل بمثل ، وكان طعامنا يومئذ الشعير .
قيل : فانه ليس بمثل ، قال إني أخاف أن يضارح . (٢)

(١) انظر : الحجة على أهل المدينة ٢ / ٥٩٨ .

(٢) الحديث رواه مسلم عن معمر بلفظه ، انظر : مسلم كتاب
المساقاة ٣ / ١٢١٤ .

- ٩٥ -

وجه الدلالة : أن اسم الطعام يتناول البر والشعير . (١)
٢ - ما رواه زيد أبو عياش أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضا
بالسكّ . (٢)

فقال له سعد : أيهما أفضل قال البيضا فنهاء عن ذلك (٣)
٣ - ما رواه مالك في الموطأ أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال :
" فني علف حمار سعد بن أبي وقاص فقال لغلامه : " خذ
من خنطة أهلك فابتع بها شعيرا ، ولا تأخذ إلا مثله " (٤)
٤ - وعن مالك أيضا في الموطأ عن نافع : أن سليمان بن يسار
أخبره أنه فني علف دابة عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث
فقال لغلامه : خذ خنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا
ولا تأخذ إلا مثله .

قال مالك : بلغني عن القاسم بن محمد عن ابن معيقب مثل
ذلك . (٥)

٥ - روى عن عمر بن الخطاب أنه رأى معيقبا ومعه صاع من شعير
قد استبدله بمد من خنطة فقال له عمر - رضي الله عنه - :

(١) انظر : تكملة المجموع ١٠ / ٢٣ ، المغني ٤ / ٢٢٧ .
(٢) البيضا : قال ابن عبد البر هو الشعير ، والسكّ : نوع
من الشعير لا تشر له . انظر تكملة المجموع ١٠ / ٢٣ ، ٢٥ .
(٣) الحديث رواه أبو داود بلفظه عن زيد أبي عياش ، قال صاحب
بلوغ المرام : صححه ابن المديني ، والترمذي ، وأبو حسان
والحاكم ، انظر سنن أبي داود كتاب البيوع ٣ / ٢٥١ ، سبل
السلام ٨٥٢ .

(٤) انظر : موطأ مالك كتاب البيوع ٢ / ٦٤٥ .
(٥) انظر : موطأ مالك كتاب البيوع ٢ / ٦٤٥ .

- ٩٦ -

لا يحل لك ، إنما الحب مد بمد ، وأمره أن يردّه إلى صاحبه .
قال ابن عبد البر : فاحتمل أن يكون عمر رأى الجيوب كلها صنفا
واحدا ، واحتمل أن يكون البر والشعير عنده فقط صنفا واحدا .
فهؤلاء أربعة من الصحابة " عمر ، وسعد بن أبي وقاص
ومعمر ، ومعيقيب الدوسي ، وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد
يغوث وهو من كبار التابعين منعوا التفاضل بينهما مع ظاهر قوله
صلى الله عليه وسلم : " الطعام بالطعام مثلا يثقل " (١)
وأما المعقول فقد احتجوا بما يأتي :

١ - أن أحدهما يغش الآخر فكان كوعى الجنس . (٢)

٢ - قالوا أيضا : إن تقارب الأغراض والمنافع في الشيء يصير
كالجنس الواحد ، بدليل اتفاقهم في الخنطة والعلس ، وإن
اختلفت أسماؤها وأجناسها ، وهابيين الخنطة والشعير من
التقارب أشد مما بينهما وبين العلس ، وأن أحدهما لا يكاد
ينفك عن الآخر ، فلو لا أنهما جنس واحد لم يجز بيع البر
بالبر وفيه شيء من الشعير ، لأنه لا بد من تفاوتيهما ، فهما
نوعان لجنس واحد كالخنطة الحمراء مع السوداء . (٣)

(١) انظر : تكملة المجموع ١٠ / ٢٤ .

(٢) انظر : المغني ٤ / ٢٨ .

(٣) انظر : تكملة المجموع ١٠ / ٢٤ .

- ٩٧ -

البحث الخامس

قاعدة مد عجوّة ودرهم :

يقصد بهذه القاعدة : أن يشتمل العقد على روى من
الجانبيين ومعهما أو مع أحدهما عوض من غير جنسه ، كمد ودرهم
مد ودرهم أو بمدين أو بدرهمين ، أو باع شيئا محلي بجنس
حليته فهذه المسألة تسمى مسألة مد عجوّة . (١)

فإذا بيع ذهب مع غيره بذهب ، أو فضة مع غيرها بفضة أو خنطة
مع غيرها بخنطة ، أو ملح مع غيره بملح ، وكذا سائر الرويات ، فقد
اختلف العلماء في جواز ذلك على النحو التالي :-

١ - ذهب الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، ومحمد بن الحكم
المالكي ، وزفر إلى عدم جواز ذلك ، وروى هذا عن شريح
وابن سيرين ، وبه قال أبو ثور .

وقد أطبق الشافعي وأصحابه على بطلان البيع في ذلك إلا
أن ينص في بيعه فيقول : المد في مقابلة المد ، والدرهم
في مقابلة الدرهم .

(١) انظر : المغني ٤ / ٣٩ ، روضة الطالبين ٣ / ٣٨٤ ، فتح
العزیز ٨ / ١٢٢ .

٢ - وذهب أبو حنيفة ، والثوري ، والحسن بن صالح ، والمسنزة إلى أنه يجوز بيع هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره ، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه .
وهو رواية ثانية عن أحمد .

٣ - وقال مالك وأصحابه وآخرون : يجوز بيع السيف المحلى بذهب وغيره ما هو في معناه ما فيه ذهب بذهب إذا كان الذهب في المبيع تابعا لغيره ،
وقدره بأن يكون الثلث فما دونه .

٤ - وقال حماد بن أبي سليمان : يجوز بيع السيف المحلى بذهب بالذهب ، سواء باعه بمثله من الذهب أو أقل أو أكثر . (١)

الأدلة

أولا : أدلة الشافعية ومن وافقهم :

استدل الشافعية بأدلة من السنة والمعقول :

فمن السنة :

(١) انظر : نيل الأوطار ٢٢٣/٥ ، المغنى ٣٩/٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/١١ ، الغرة المنيقة ص ٨٠ ، موطأ مالك ١٣٦/٢ ، شرح معاني الآثار ٧٢/٤ ، تكملة المجموع ١٠/١٠ ، البناية ٧٠٠/٦ ، مجمع الأنهر ١١٩/٢ تبين الحقائق ١٣٨/٤ ، البسوط ١١/١٤ ، الجواهر النقى ٢٩٢/٥

١ - ما روى عن فضالة بن عبيد قال : أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها خرز وذهب ، وهي من المغانم تباع ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة ففزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الذهب بالذهب ووزنا بوزن " (١)

٢ - ما روى عن حنبل أنه كان مع فضالة بن عبيد في غزاة ، قال فصارت لي ولأصحابي قلادة فيها ذهب وورق وجوهر ، فأردت أن أشتريها ، فسألت فضالة فقال : انزع ذهبها فأجعله في كفة ، واجعل ذهبك في كفة ، لا تأخذ إلا مثلا بمثل فانسى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من كان يومئذ من بالله واليوم الآخر لا يأخذ إلا مثلا بمثل " (٢)

٣ - أمر النبي صلى الله عليه وسلم ألا يباع الذهب والفضة بشيء من نوعهما ، إلا عينا بعين ووزنا بوزن ، وألا يباع شيء من الأصناف الأربعة بشيء من نوعه إلا كيلا بكيل عينا بعين ، فإذا كان في أحد الأنواع المذكورة خلط أو شيء مضاف إليه فلا سبيل إلى بيعه بشيء من نوعه عينا بعين ، ولا كيلا بكيل

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ٤١/٤ ، والحديث رواه مسلم عن فضالة بلفظه ، انظر : مسلم ١٢١٣/٣ .
(٢) انظر : الغرة المنيقة ص ٨٠ ، والحديث رواه الطحاوي وسيأتي بيانه في المناقشة ، انظر : شرح معاني الآثار ٧٤/٤ .

ولا وزنا بوزن ، لانه لا يقدر على ذلك أصلا . (١)

٤ - روى أن معاوية باع سقاءية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا إلا مثل بمثل . فقال له معاوية : ما أرى بمثل هذا بأسا ، فقال أبو الدرداء : من يعذرني من معاوية ؟ أنا أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرني عن رأيه ، لا أسألك بأرض أنت بها . (٢)

وأما المعقول فقد قالوا :

١ - ان الصفة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة ، انقسم الثمن عليهما ، والدليل عليه : أنه إذا باع سيفا وشقصا بالآلف قسم السيف والشقص ، وقسم الآلف عليهما على قدر قيمتهما ، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته ، وأمسك المشتري السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته ، وإذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا .

لأنه إذا باع دينارا صحيحا قيمته عشرون درهما ، ودينارا

(١) انظر : المحلى لابن حزم ٥٥٠/٩ ، والحديث لم يرد صريحا وهو بالمعنى من حديث عبادة .

(٢) انظر : الماوردى فى القسم التحقيق ص ٢٤٢ ، والحديث رواه مالك .

فراضة قيمته عشرة دينارين ، وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، صارت القراضة مبيدة بثلاث الدينارين ، والصحيح بالثلثين وذلك ربا . (١)

٢ - أن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة ، ويشهد له النهى عن بيع الصبرة بالصبرة لا يعلمان كيلها ، ومنع بيع التمر بالرتبب خروفا في غير المرايا .

قال ابن السمعاني : وهى تخرج المسألة على الأصل الذى عرف لنا فى مسائل الربا ، وهو أن الأصل فى بيع هذه الأموال بعضها ببعض الحظر ، إلا أنه يتخلص عن الحظر بالبيع على وجه مخصوص ، فإذا لم يوجد ذلك الوجه يبقى محظورا تنسكا بالأصل .

ووجه الجهل بالمماثلة فيه : أنه يحتمل أنه باع المد بالمد والمد الثانى بالدرهم ، ويحتمل غيره ، بأن يجعل بأكثر من المد أو بأقل منه ، فدل على أنه لو جهل لما باع المثل بالمثل ولن يكون كذلك إلا إذا نص على وجه لا يحتمل غيره . (٢)

٣ - قالوا : إن فى الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرف البائع لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضية التقابل الانقسام على

(١) انظر : المهذب ٢٢٤/١ ، المغنى ٤١/٤ .

(٢) انظر : تكملة المجموع ٢٤١/١٠ ، المغنى ٤١/٤ .

الشيوع لا التعيين ، ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر ، والتغيير لا يجوز وأن كان فيـه تصحيح التصرف ، لأنه يعتبر القابلة غير الأولى ، ويكون التصرف تصرفاً آخر ، والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي يـأشـره وقصده لأعلى خلاف ذلك ، والعاقد قد قصد القابلة المطلقة لا قابلة الجنس إلى خلاف الجنس ، وهي انشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الاول . (١)

ثانياً : أدلة أبي حنيفة ومن وافقه :

استدل الامام أبي حنيفة يقول الصحابة والمعتقل :

فمن الاول :

ما رواه الطحاوى عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس - رضى الله عنهما - قال : " اشترى السيف المظى بالفضة " . قالوا : فهذا ابن عباس - رضى الله عنهما - قد أجاز بيع السيف الذي حليته فضة بفضة . (٢)

(١) انظر : البناية ٢٠٢/٦ .

(٢) انظر : شرح معاني الآثار ٢٦/٤ ، الغرة المنقبة ص ٨٠ وقد فيها الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكرته هو الثابت بشرح معاني الآثار .

ومن الثانى :

١ - أن تصرف العاقل بحمل على الصحة ، وقد أمكن هنا الحمل على الصحة بأن تكون الفضة والذهب بشملها ، والباقي بقابلة الباقي ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : " إذا وجدتم لمسلم مخرطاً فأخرجوه " فلما كان متبايعاً المـد والدرهم بالمدين لو شرطاً فى العقد أن يكون مد بمـد ودرهم بمد صح العقد ، وجب أن يحمل عليه أيضاً مع عدم الشرط ، ليكون العقد محملاً على الصحة دون الفساد . (١)

٢ - أن المخالفين لنا من الفقهاء لا يختلفون فى جواز بيع دينارين ، أحدهما أفضل من الآخر فى الجودة صفقة واحدة بدينارين متساويين فى الجودة أو بذهب غير ضروب جيد ، فلو كان ذلك مردوداً إلى حكم القيمة كما ترد العروض من غير الذهب والفضة إذا بيعت بشمن واحد ، إذا لفسد البيع ، لأن الدينار الردى يصيبه أقل من وزنه إذا كانت قيمته أقل من قيمة الدينار الآخر ، فلما أجمع على صحة ذلك البيع ، وكانت السنة قد ثبتت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن الذهب تبرة وعينة سواء ، ثبت بذلك أن حكم الذهب فى البيع إذا كان

(١) انظر : الغرة المنقبة ص ٨٠ ، البناية ٢٠٢/٦ ، ما ورد فى القسم التحقيق ص ٢٤٠ .

بذهب على غير القسمة على القيم ، وأنه مخصوص في ذلك بحكم
دون حكم سائر العروض البيعة صفقة واحدة ، وإنما يصيبه من
الثلث وزنه ، لا ما يصيب قيمته . (١)

٣- قالوا : ولأن العقد يقتضي مطلق القابلة من غير أن يتعرض
للقيد ، لا لقابلة الكل بالكل بطريق الشيوخ ، ولا لقابلة الفرد
من جنسه ولا من خلاف جنسه ، لما عرف أن المطلق غير معترض
للقيد ، ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الإمقيد لتعذر
وجود ذات بدون صفة ، وإن كان اللفظ غير متمرض للصفة بل
للذات فقط ، فيحمل على القيد الصحيح عند تعذر العمل
بالاطلاق .

ألا ترى أنه لو قال عند القابلة : على أن يكون الجنس بخلاف
الجنس صح ، ولو كان منافيا لما صح ، فكان حمله على القيد
الصحيح أولى من حمله على القيد المفسد ، وهو قابلة الكل
بالكل شائعا طلبا للصحة .

ألا ترى أن الكلام أصله أن يكون مستعملا في حقيقته ثم إذا
تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن إذا كان لا يصح إلا
بالحمل عليه .

ولو اشترى لحما من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ، ولكن واجب

(١) انظر : شرح معاني الآثار ٢٣/٤ .

حمله على أنه مذكي تصحيحا للعقد .

ولو اشترى من انسان شيئا جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا
أذن له في بيعه تصحيحا للعقد أيضا . (١)

٤- ولأن الماثلة فيما يدخله الربا معتبرة بالكيل إن كان مكيلا
أو بالوزن إن كان موزونا ، فأما القيمة فلا اعتبار بها فسي
الماثلة لا في المكيل ، ولا في الموزون .

ألا تراه لو باع كرا من خنطة يساوي عشرة دنانير بكر من خنطة
يساوي عشرين دينارا صح العقد لوجود التماثل في الكيل
وإن حصل التفاضل في القيمة .

وإذا بطل اعتبار القيمة في الماثلة صار العقد مقسطا على
الأجزاء دون القيم ، فيصير مد بازا مد ، ودرهم بازا مد

ثالثا : أدلة الامام مالك :

استدل الامام مالك بأدلة من المعقول نجملها فيما يأتي :-

١- أنه إذا كان الجنس القابل بجنسه الثلث فما دونه فهو مغلوب
ومكور للجنس المخالف ، والاكثر ينزل في غالب الاحكام منزلة
الكل ، فكانه لم يبيع ذلك الجنس بجنسه . (٢)

(١) انظر : تبیین الحقائق ١٣٨/٤ ، المغني ٤٠/٤ .

(٢) انظر : سبل السلام ٨٥٠/٣ .

٢ - أنه إذا كانت الفضة التي في الحلية أو السيف قليلة لم تكن

مقصودة في البيع ، وصارت كأنها هبة . (١)

٣ - أن ما ذكرناه مباح اتخاذ فيجوز بيعه مع غيره . (٢)

رابعاً : أدلة من قال بالجواز مطلقاً وهو حماد بن أبي سليمان :

وبالبحث والتحصيل لم أعثر لهذا الرأي على دليل .

الباب الثاني السلم

تمهيد وتعريف :

السلم في اللغة : عبارة عن نوع من البيع يعجل فيه الثمن ، وهو يسمى سلماً وسلفاً وإسلاماً وإسلافاً ، سمي بذلك لأن فيه تسليم رأس المال للحال .

وفي الشرع : بيع أجل بعاجل .

ركن السلم : هو ركن البيع وهو الإيجاب والقبول ، بأن يقول رجل لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كـ حنطة ، ويقول الآخر قبلت .

ويسمى صاحب الدراهم رب السلم أو المسلم ، ويسمى الآخر المسلم إليه ويسمى المبيع بالمسلم فيه ، ويسمى الثمن رأس المال .

حكمه : ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلاً بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال معجلاً .

التفريق بين السلم وبين ما يشبهه :

١ - التفرقة بينه وبين الدين :

الدين هو ما يثبت في الذمة من غير أن يكون معيناً شخصاً سواء كان نقداً أو غيره وأما السلم فلا بد أن يكون في مقابلة ثمن معجل ولا يجوز أن يكون نقداً ، وبذلك يكون الدين أعم من السلم .

٢ - بيع العين الغائبة الموصوفة في الذمة :

وهو يفترق عن السلم في أن بيع الموصوف في الذمة قد يكون حالاً ، وأما السلم فيشترط فيه تأجيل تسليم المبيع .
وفرق الشافعية الذين أجازوا أن يكون المبيع في السلم حالاً ومؤجلاً ، بينه وبين بيع الموصوف بأن الثاني يشترط فيه استعمال لفظ البيع ، وحينئذ لا يشترط فيه تسليم رأس المال في الحال ، وأما عقد السلم فلا بد وأن يكون بلفظ السلم ، وحينئذ يشترط تسليم الثمن قبل التفريق .

وإذا تم بيع الموصوف في الذمة بلفظ البيع وجب تعيين أحد العوضين كيلاً يصير بيع كالي بكالي وهذا باطل ، على أنه لا يشترط في هذه الصورة أن يتم قبض أحد العوضين في المجلس ، لأن التعيين بمنزلة القبض ، لصيرورة المعين حالاً لا يدخله أجل أبداً (١) .

٣ - عقد الإجارة :

وهذه يكون العقد فيها على المنافع لمدة معلومة ، وأما السلم فهو بيع العين لا المنفعة .

٤ - عقد الاستصناع :

وهي عقد مقالة مع صانع السلعة على أن يعمل شيئاً معلوماً . بخلاف السلم الذي لا يكون على الصنعة بل على سلعة محددة بالوصف يستطيع البائع الحصول عليها دون أن يتدخل فيها بالتصنيع .

(١) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية ١٩٢/٢٥ ، المغنى ٥٨٣/٣ .

أدلة مشروعية السلم

السلم مشروع ، ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع :
أ - فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ (١) قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في كتابه وأذن فيه ، ثم تلا هذه الآية (٢) .

وجه الدلالة في هذه الآية : أنها أباحت الدين ، والسلم نوع من الديون . قال ابن العربي المالكي : " الدين هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً ، والآخر في الذمة نسيئة ، فإن العين عند العرب ما كان حاضراً ، والدين ما كان غائباً " (٣) .

فدلت الآية على حل المداينات بعمومها وشملت السلم باعتباره من أفرادها ، إذ المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه إلى أجله (٤) .

ب - ومن السنة :

١ - أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم قال صاحب البناية : الظاهر أن هذا الحديث مركب من حديثين . الأول : حديث " لا تبع ما ليس عندك " (٥) ، وأما الثاني الذي فيه الرخصة فهو ما رواه ابن عباس رضي

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(٢) مسند الشافعي - كتاب البيوع ص ١٣٨ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٢٤٧/١ .

(٤) الموسوعة ١٩٣/٢٥ .

(٥) رواه الترمذي وصححه .

الفصل الأول

أركان السلم وشروط صحته

ركن السلم عند الحنفية هو ركن البيع المتمثل في الإيجاب والقبول ، وزاد الجمهور العاقدان وهما للسلم أو رب السلم والمسلم إليه ، والمعقود عليه وهو رأس المال وهو الثمن ، والمسلم فيه وهو المبيع .

وينعقد السلم باتفاق الفقهاء بلفظ السلم أو السلف وكل ما اشتق منهما ، كأن يقول : أسلمتك أو أسلفتك أو أعطيتك كذا درهما في أردب من قمح ويقول الآخر قبلت أو رضيت ونحو ذلك مما يدل على الرضا .

وهل ينعقد السلم بلفظ البيع ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على فريقين :

١ - فمذهب الحنفية ما عدا زفر والمالكية والشافعية في أحد القولين والحنابلة ، أن السلم ينعقد بلفظ البيع إذا بين فيه إرادة السلم وتحققت شروطه كأن يقول المسلم إليه بعت منك كذا وذكر شروط السلم ويقول رب السلم قبلت .

٢ - ومذهب زفر أن السلم لا ينعقد بلفظ البيع ، لأن القياس أن لا ينعقد أصلا ، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان وهو منهي عنه ، إلا أن الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله "ورخص في السلم" وهذا هو قول الشافعي في الصحيح عندهم .

احتج أصحاب المذهب الأول بأن السلم بيع فينعقد بلفظ البيع . ودليلنا على أنه بيع ما روى أن رسول الله ﷺ نهى عن

الله عنهما أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين وربما قال والثلاث فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم^(١) .

٢ - وعن عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبي أوفى قالا : " كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا من أنباط الشام فنسلفهم في الحنطة والشعير والزيت إلى أجل مسمى فقلت : أكان لهم زرع أو لم يكن لهم زرع ؟ فقال : ما كنا نسألهم عن ذلك " (٢) .

ج - وأما الإجماع : فذكره ابن المنذر حيث قال : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز^(٣) .
حكمة مشروعية السلم :

السلم مشروع على خلاف القياس لحاجة الناس إليه . أما كونه على خلاف القياس فلأنه بيع لمعدوم ، إذ المبيع هو المسلم فيه وهو معدوم ، غير المملوك ، أو لمملوك غير المقدور على تسليمه لا يصح فبيع المعدوم غير صحيح من باب أولى .

وأما كون الناس محتاجة إليه ، فلأن الفقير والغنى محتاج إليه . إذ ربما لا يكون عند الفقير عين مال يبيعها وينفق على نفسه فيحتاج إلى أخذ السلم . والغنى يحتاج إلى أن ينفق على نفسه وعياله فيحتاج إلى الاسترباح ، وهو يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء الأعيان ، لأن الأعيان تشتري بالمثل ، والدين بأقل فجوز باعتبار الحاجة بالنص الوارد سابقا .

(١) رواه الشافعي في مسنده ١/١٣٩ .

(٢) رواه البخاري .

(٣) المغنى ٤/٣٠٤ .

بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، فدل على أن السلم بيع لما ليس عند الإنسان ، ليستقيم تخصيصه عن عموم النهي بالترخص فيه (١).

شروط صحة السلم : وهي على نوعين :

أ - ما يرجع إلى نفس العقد • ب - ما يرجع إلى البذل •
أ - ما يرجع إلى نفس العقد : وهو واحد حيث اشترط الحنفية وجمهور الفقهاء في صيغة السلم أن تكون بائنة لا خيار فيها لأى من العاقلين ، لأن جواز البيع مع شرط الخيار في الأصل ثبت معدولا به عن القياس ، لأنه شرط يحالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال ، وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الأصل إلا أنا عرفنا جوازه بالنص ، والنص ورد في بيع العين فبقى ما وراءه على أصل القياس خصوصا إذا لم يكن في معناه ، والسلم ليس فى معنى بيع العين فيما شرع له الخيار ، لأنه شرع لدفع الغبن ، والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن ، لأنه بيع المفاليس فلم يكن فى معنى مورد النص فبقى الحكم فيه للقياس • وأيضا فإن قبض رأس المال من شرائط الصحة ، ولا صحة للقبض إلا فى الملك ، وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك (٢).

وخالف المالكية فى ذلك وقالوا يجوز خيار الشرط فى السلم للعاقلين أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دون ذلك (٣).

(١) راجع : بدائع الصنائع ٢٠١/٥ ، الموسوعة الفقهية ١٩٦/٢٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٠١/٥ .

(٣) وهذا مبنى عندهم على جواز تأخير قبض رأس المال فى السلم ثلاثة أيام فما دونها ، لأن هذا التأخير اليسير فى حكم التعجيل فيكون معفوا عنه ، إذ القاعدة أن ما قارب الشئ يعطى حكمه • الموسوعة نقلا عن منح الجليل للشيخ عليش ١٩٨/٢٥ .

ب - وأما النوع الذى يرجع إلى البذل فهو على ثلاثة أقسام :

قسم يرجع إلى رأس المال • وقسم يرجع إلى المسلم فيه •
وقسم يرجع إليهما جميعا •

القسم الأول : الشروط التى ترجع إلى رأس المال :
أولا : أن يكون معلوماً :

وهذا الشرط لا خلاف عليه بين الفقهاء فى الجملة • ولكنهم اختلفوا فى تفاصيله • وذلك أن رأس المال إما أن يكون موصوفا فى الذمة عند العقد ثم يعين فى مجلس العقد ، وإما أن يكون معينا عند العقد بأن يكون حاضرا مشاهدا •

فإن كان موصوفا فى الذمة فيجب بيان جنسه بذكر ما إذا كان دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر ونحو ذلك ، كما يجب بيان نوعه إذا كان فى البلد نقود مختلفة كقولنا جنيهاً مصرية أو انجليزية ، أو تمر برنى • كما يجب بيان صفته كقولنا جيد أو ووسط أو ردى • وهذا لأن جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة وهى تمنع صحة البيع • فإن قبل الطرف الآخر بالثمن المبين على النحو المتقدم ، وجب تعيين رأس المال فى مجلس العقد وتسليمه إليه وفاء بالعقد •

هذا عن رأس المال الموصوف فى الذمة •

وهل يجب بيان قدره أم يكفى الإشارة إليه ؟

بيان قدر الثمن الموصوف فى الذمة لازم فى السلم الموصوف • فإن كان رأس المال معينا وجب بيان قدره إذا كان العقد مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات

والمعدودات المتقاربة ، ولا يكتفى بالإشارة إليه . وهذا قول
أبي حنيفة وسفيان الثوري وأحد قولي الشافعي .

وقال أبو يوسف ومحمد بيان القدر ليس بشرط ، والتعيين
بالإشارة كاف ، وهذا أحد قولي الشافعي . وهذا قول أبي
حنيفة في المعدودات المتفاوتة وفيما لا يتعلق العقد بقدره من
الذريات والمعدودات المتفاوتة .

وصورة المسألة المختلف عليها إذا قال أسلمت إليك هذه
الدرهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها ، أو هذه الصبرة ولم
يعرف كيلها . فهذا لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز .
وصورة المسألة المتفق عليها إذا قال أسلمت إليك هذا
الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف
عدده حيث يجوز بالإجماع .

استدل صاحبان على الجواز في الصورة الأولى بأن
الحاجة تدعو إلى تعيين رأس المال ، وهذا يحصل بالإشارة
إليه ، فلا حاجة إلى إعلام قدره ، ولهذا لم يشترط إعلام قدر
الثلث في بيع العين ولا في السلم إذا كان رأس المال مما لا
يتعلق العقد بقدره .

ولأبي حنيفة أن جهالة قدر رأس المال تؤدي إلى جهالة
قدر المسلم فيه وأنها مفسدة للعقد فيلزم إعلام قدره صيانة للعقد
عن الفساد ما أمكن ، وبيان ذلك أن المسلم إليه ينفق رأس المال
شيئاً فشيئاً ، وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ولا يستبدل له في
مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده ، فإذا لم يكن مقدار رأس
المال معلوماً لا يعلم مقدار المردود ومقدار الباقي ، فيصير
المسلم فيه مجهول القدر ، ولهذا لم يصح السلم في المكيلات
بقفيز بعينه لأنه يحتمل هلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول
القدر فلم يصح ، فكذا هذا .

ثانياً : تسليم رأس المال في مجلس العقد :

وهذا لأن المسلم فيه دين ، والافتراق بدون قبض رأس
المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وهو منهي عنه لما روى أن
رسول الله ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ .

وأيضاً فإن اسم هذا العقد دليل على هذا الشرط فإنه يسمى
سلفاً وسلفاً لغة وشرعاً ، والسلم ينبئ عن التسليم ، والسلف
ينبئ عن التقدم ، فيقتضي لزوم تسليم رأس المال وتقدم قبضه
على قبض المسلم فيه ^(١) ولا فرق في هذا الشرط بين أن يكون
رأس المال عيناً أو ديناً عند عامة العلماء . والقياس أن لا
يشترط قبضه في المجلس إذا كان عيناً وهو قول مالك رحمه
الله .

وجه القياس : أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق
عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وهو جائز .

وجه الاستحسان : أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ،
ولا تجعل العين رأس مال للسلم إلا نادراً ، والنادر حكمه حكم
الغالب فيلحق بالدين . ولأن مسمى العقد الدال على هذا الشرط
لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا .

إذا تقرر ما سبق من اشتراط قبض رأس المال في مجلس
العقد ، فإنه لا فرق في القبض بين أن يكون في أوله أو آخره
إلى أن يفترقا بأبدانهما ، حتى لو لم يقبض المسلم إليه رأس
المال حتى قاما يمشيان فقبض قبل الافتراق بأبدانهما جاز .

وهل يجوز استبدال رأس المال في مجلس العقد ؟

لا يجوز استبدال رأس المال في مجلس العقد ، وصورته
أن يأخذ المسلم إليه من رب السلم شيئاً من غير جنس رأس

(١) بدائع الصنائع ٢٠٢/٥ .



المال . وهذا لأن قبض رأس المال لما كان شرطاً فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة ، لأن المقبوض بدله ، وبديل الشيء غيره .
ولا يدخل في الاستبدال الممنوع سالفاً ما لو أعطاه من جنس رأس المال أجود أو أرد أو رضى بالأردأ حيث يجوز السلم في هذه الصورة ، لأنه قبض جنس حقه ، وإنما اختلف الوصف . فإن كان أجود فقد قضى حقه وأحسن في القضاء ، وإن كان أردأ فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه النقصان ، فلا يكون أخذ الأجود والأردأ استبدالاً كما في الصورة الممنوعة ، إلا أنه لا يجبر على أخذ الأردأ لأن فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلا بد من رضاه ، ويجبر على أخذ الأجود عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر .

وجه قوله : أن رب السلم في إعطاء الزيادة على حقه متبرع ، والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من الزام المنة ، فلا يلزمه من غير التزامه .

ولعلمائنا الثلاثة : أن إعطاء الأجود مكان الجيد في قضاء الديون لا يعد فضلاً وزيادة في العادة ، بل يعد من باب الإحسان في القضاء ، فإن أعطاه الأحسن فقد قضاه حقه وأحسن في القضاء ، فيجبر على الأخذ ^(١) .

القسم الثاني : الشروط التي ترجع إلى المسلم فيه

الشرط الأول : أن يكون معلوماً :

وذلك يكون بمعرفة جنسه ونوعه وصفته وقدره .

(١) بدائع الصنائع ٢٠٣/٥ .

فالجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر . والنوع كقولنا : تمر عراقي أو فارسي أو مصري .

وأما الصفة فكقولنا جيد أو وسط أو ردي . والقدر يكون بالكيل أو بالوزن أو العد أو الذرع .

وإنما اشترطنا ذلك ، لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر . جهالة مفضية للمنازعة ، وهي مفسدة للعقد . وقد قال النبي ﷺ : من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ^(١) .

ويشترط في العلم بالقدر أن يكون بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن من فقده عن أيدي الناس فإن كان لا يؤمن فالسلم فاسد ، كأن يعلم المقدار بمكيال لا يعرف عياره بأن قال : بهذا الإناء ولا يعلم كم يسع ، أو قال بهذا الحجر ولا يعرف عياره ، أو قال بهذه الخشبة ولا يعرف قدرها .

حكم بيع المكيلات بالوزن وبيع الموزونات بالكيل :

لو كان المسلم فيه مكيلاً فاعلم قدره بالوزن المعلوم ، أو كان موزوناً فاعلم قدره بالكيل المعلوم جاز ، لأن الشرط أن يكون معلوماً القدر بمعيار يؤمن فقده ، وقد وجد .

الشرط الثاني :

أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف بحيث لا يبقى بعده من التفاوت إلا اليسير :

فإن كان مما لا يمكن ضبطه وبقي بعد الوصف تفاوت فاحش لم يجز فيه السلم ، لأن الجهالة الفاحشة تفضي إلى المنازعة ، وهي مفسدة للعقد .

(١) متفق عليه .

عمرو بن العاص أن يشتري بغيرا ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل " (١) .

واستقرض رسول الله ﷺ بكرا وقضاه رباعيا ، والسلم أقرب إلى الجواز من الإستقراض .

واحتج أبو حنيفة على عدم الجواز بأن المبيع بعد ما ذكر من جنسه ونوعه وصفته يبقى مجهولا جهالة فاحشة مفضية إلى النزاع باعتبار المعاني الباطنة في الحيوان كسهولة انقياده ، وقدرته على الشد في العتاد وغير ذلك (٢) بخلاف الثياب فإنه من صنع العباد ، ولما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد .

وأما الجواب عن الحديث الأول أنه كان قبل نزول آية الربا ، أو أنه كان في دار الحرب ولا ربا في دار الحرب . وأما الجواب عن الحديث الثاني فهو أن القرض لم يكن ثابتا في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاه من إيل الصدقة ، والصدقة حرام عليه فكيف يجوز أن يفعل ذلك (٣) ، وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان " (٤) .

ويدخل في منع السلم في الحيوان جميع أجناسه حتى في العصافير ولا عبرة لعدم التفاوت بينها لورود النص بالنهي مطلقا .

كما يدخل في منع السلم في الحيوان جميع أطرافه كالرؤوس والأكارع وهذا قول الشافعي أيضا ، لأنه عددي

(١) رواه

(٢) البناءة ٦/٦١٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک والدار قطنی في سننه .

وبناء على ذلك يجوز السلم في المكيلات والموزونات التي تحتمل التعيين والعديدات المتقاربة لأن الجهالة المتبقية فيها بعد الوصف تكون يسيرة لا تفضي إلى المنازعة .

ولا فرق في المعدودات المتقاربة كالجوز والبيض بين صغيرها وكبيرها ، لأنه لا يجرى التنازع في هذا التفاوت بين الناس في العادة فكان التفاوت ملحقا بالعدم ، وبناء على ذلك يجوز السلم فيها عددا وكيفا . وهذا عند علمائنا الثلاثة .

وقال زفر : لا يجوز . ووجهه : أن الجوز والبيض مما يختلف ويتفاوت في الصغر والكبر حتى يشتري الكبير منها بأكثر مما يشتري الصغير فأشبهه البطيخ والرمان .

وأما أبو حنيفة وصاحبا فحجتهم أن التفاوت في هذه الحالة يسير يعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط الاعتبار ، ولهذا كان مضمونا بالمثل عند الإلتاف بخلاف الرمان والبطيخ فإن التفاوت بين أحاده تفاوت فاحش ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة (١) .

حكم السلم في الحيوان :

لا يجوز السلم في الحيوان عندنا . وقال مالك والشافعي وأحمد يجوز وحجة الأئمة الثلاثة في ذلك أن الحيوان يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة فأمكن ضبط مالتيه بهذه الأربعة ، والموصوف بمنزلة المرئي والتفاوت بعد ذلك يسير لقلته فأشبهه الثياب في الجواز ، وقد ثبت أن النبي ﷺ أمر

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٠٨ .

المال وإن شاء انتظر وجوده ، لأن السلم قد صح ولكنه عجز
عن التسليم ، والعجز طارئ على شرف الزوال فيخير
العاقبة^(١) .

الشرط الرابع :

أن يكون مما يتعين بالتعيين :

فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير لا يجوز
السلم فيه ، لأن السلم فيه مبيع وهو مما يتعين بالتعيين ،
والدرهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات فلم تكن
مبيعة فلا يجوز السلم فيها .

الشرط الخامس :

أن يكون مؤجلا : حتى لا يجوز السلم الحال عندنا خلافا
للشافعي ، وصورة ذلك أن يقول : أسلمت عشرة جنيهاً في
كيله من قمح ولم يذكر أجلا ، حجة الشافعي أن الحديث في
قوله " ورخص في السلم " ورد مطلقا ، فاشتراط التأجيل زيادة
على النص .

وأیضا فإن في الأجل ضربا من الغرر ، إذ ربما يقدر
المسلم إليه على التسليم في الحال ويعجز عند حلول الأجل ،
فإذا جاز السلم مؤجلا فهو حال أخرى بالجواز ، لأنه أبعد عن
الغرر^(٢) .

(١) البناية ٦/٦١٨ .

(٢) الموسوعة ٢٥/٢١٣ .

متفاوت لا مقدر له ، لاختلافها في الصغر والكبر والسمين
والهزال . ويدخل في ذلك الجلود لما تقدم .

الشرط الثالث :

أن يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين
المحل :

فإذا كان موجودا عند العقد منقطعاً عند المحل أو العكس ،
أو منقطعاً فيما بينهما لم يجز .

وقال الشافعي إن الشرط هو كونه مقدورا عليه عند وجوب
التسليم ، فإن كان منقطعاً عند العقد موجودا عند المحل ، أو
كان مما لا يؤمن انقطاعه كثمرة نخلة بعينها لم يجز ، ويقول
الشافعي قال الإمامان مالك وأحمد رضي الله عنهما واحتجوا
بان اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على
التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم ، وذلك عند حلول الأجل
فأما قبل ذلك فالوجود والعدم فيه بمنزلة واحدة^(١) .

ولنا : أن القدرة على التسليم ثابتة للحال وفي وجودها عند
المحل شك لاحتمال هلاك المسلم إليه ، فإن بقي حيا إلى وقت
المحل ثبتت القدرة ، وإن هلك قبل ذلك لا تثبت . وأيضا فإن
القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار وجود المسلم
فيه في مدة الأجل ليتمكن من ذلك ، إذ لا يقدر المسلم إليه على
اكتساب المنقطع .

ولو كان المسلم فيه موجودا إلى حين حلول الأجل ثم انقطع
بعد ذلك فرب السلم بالخيار ، إن شاء فسخ السلم ويأخذ رأس

(١) بدائع الصنائع ٥/٢١١ .

وأما المالكية فقدروه بمدة تختلف فيها الأسواق كالخمس عشرة يوما • وقيل إنه يجوز يومين أو ثلاثة ، وقيل لا بأس باليوم الواحد •

وعند الحنابلة أنه يشترط في الأجل أن يكون مدة لها وقع في الثمن عادة كالشهر ونحوه ^(١) .

فإذا مات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين ، وهكذا الحكم في كل دين مؤجل إذا مات من عليه الدين بخلاف موت رب السلم •

والأصل في هذا أن موت من عليه الدين يبطل الأجل ، وموت من له الدين لا يبطل ، لأن الأجل حق المدين لا حق الدائن •

الشرط السابع :

معرفة مكان الإيفاء إذا كان حمل ومؤنة : وهذا عند أبي حنيفة ، وأما الصحابان فليس ذلك بشرط عندهم ، ويوفيه المسلم إليه في مكان عقده ، لأن التسليم وجب بالعقد فتعين مكانه له ، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر في ذلك ، فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر ، فإنه يتعين للسببية •

ولأبي حنيفة أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد ، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة فتكون مفسدة للعقد • وهذا لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة ^(٢) .

(١) الموسوعة ٢١٣/٢٥ •

(٢) مجمع الأنهر ١٠٢/٢ •

ولأبي حنيفة أن اشتراط الأجل قد ورد بالنص بقوله ﷺ : "من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم" •

ولأن السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر المسلم إليه على تحصيل المسلم غيه ، فلو كان قادرا على التسليم في الحال لم يوجد المرخص فيه وهو عجز المسلم إليه ، فبقى على النهي وهو قوله ﷺ : " لا تبع ما ليس عندك " •

الشرط السادس :

أن يكون الأجل معلوما : فإن كان مجهولا فالسلم فاسد ، سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة ، لأن كل ذلك يفضي إلى المنازعة ، وقد ورد اشتراط كون الأجل معلوما بنص الحديث مما يجعله شرطا في صحة السلم •

أقل مدة للأجل :

مذهب جمهور الفقهاء عد الشافعية أن السلم يجب أن يكون مؤجلا ، ومع ذلك فقد اختلفوا في مقدار الأجل • فأما الحنفية فقد ذكر الكرخي أن تقدير الأجل إلى العاقدين ، حتى جاز عنده أن يكون الأجل نصف يوم • وقال بعضهم أقله ثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط • وروى عن محمد أنه قدره بشهر • قال الكاساني : وهو الصحيح • لأن الأجل إنما شرط في السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم إليه ليتمكن من الاكتساب في المدة ، والشهر مدة معتبرة يتمكن فيها من الاكتساب ، فأما ما دون ذلك فله حكم الحلول ^(١) .

(١) بدائع الصنائع ٢١٣/٥ •

سلم في غير المكان المشروط فلرب السلم أن يأبى لقوله ﷺ
"المسلمون على شروطهم" (١).

القسم الثالث : ما يرجع إلى المسلم فيه ورأس المال جميعا:

وهي تنحصر في شرط واحد عند الحنفية ، وهو ألا
يجمعهما أحد وصفى علة ربا الفضل ، وذلك إما بالكيل وإما
بالوزن ، وإما الجنس ، لأن أحد وصفى علة ربا الفضل هو
علة ربا النساء ، فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين في البديلين
يتحقق ربا النسيئة ، والعقد الذي فيه ربا فاسد . وعلى هذا
يخرج إسلام المكيل في المكيل ، أو الموزون في الموزون ،
والموزون في المكيل ، وغير المكيل والموزون بجنسهما من
الثياب والعدييات المتقاربة (٢).

وعلى هذا الخلاف بيان مكان الأجرة في الإجازات إذا كان
لها حمل ومؤنة (١) ، وأيضا الثمن المؤجل في بيع العين إذا
كان له حمل ومؤنة ، كما إذا باع ثوبا بإردب من قمح مؤجلا
فإنه يشترط بيان مكان إيفاء الحنطة عنده ، وعندهما يتعين
مكان العقد للإيفاء .

وعلى هذا الخلاف أيضا القسمة ، بأن اقتسما دارا وجعلا
مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة ، فعنده يشترط بيان
مكان الإيفاء ، وعندهما يتعين مكان العقد (٢).

ما ليس له حمل ومؤنة :

لا خلاف بين الفقهاء على أن ما ليس له حمل ومؤنة
كالمسك والعنبر وصغار اللؤلؤ ونحو ذلك أنه لا يشترط بيان
مكان الإيفاء فيها ، لأن الأماكن كلها سواء ، والقيمة المالية لا
تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة ويوفى
المسلم إليه المسلم فيه في أي مكان شاء على المعتمد من
المذهب ، وقيل يوفيه في مكان الانعقاد .

ولو عينا مكانا فيما لا حمل له ولا مؤنة فهل يتعين ؟ قيل
لا يتعين لأن التعيين لا يفيد ، حيث لا يلزم بنقله مؤنة . وقيل
يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق لرب السلم (٣).

ولو شرط رب السلم التسليم في بلد أو قرية فحيث سلم إليه
في ذلك الموضع فهو جائز ، وليس لرب السلم أن يتخير مكانا ،
لأن المشروط هو التسليم في مكان منه مطلقا وقد وجد . وإن

(١) كما لو استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في النمة .

المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

(٣) البناية ٦/٢٣٥ .

(١) رواه الترمذي وصححه .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٤ .

الفصل الثاني

وفيه مبحثان :

المبحث الأول أحكام السلم

١ - انتقال الملك في العوضين :

أما رأس المال فانتقال الملك فيه للمسلم إليه ثابت بحكم اشتراط تعجيله . وبالتالي له أن يتصرف فيه بكل التصرفات السائغة شرعا ، لأنه ملكه وتحت يده .

وأما بدله وهو المسلم فيه فملكه لرب السلم غير مستقرة . قال السيوطي في الأشباه والنظائر : " جميع الديون التي في الذمة بعد لزومها وقبل قبض المقابل لها مستقرة إلا ديناً واحداً هو دين السلم ، فإنه وإن كان لازماً فهو غير مستقر . وإنما كان غير مستقر لأنه يصدد أن يطرأ انقطاع المسلم فيه فيفسخ العقد ^(١) .

٢ - التصرف في دين السلم قبل قبضه :

لا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه وذلك كأن يبيعه أو يستبدله من غير جنسه ، وكذلك لا تجوز الشركة أو التولية فيه . وهذا مذهب الشافعية والحنابلة أيضا . وهذا لأن المسلم فيه وإن كان ديناً فهو مبيع ، ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض . ويجوز لرب السلم الإبراء عنه ، لأن قبضه ليس بمستحق عليه ، فكان هو بالإبراء متصرفاً في

(١) الموسوعة نقلاً عن الأشباه والنظائر ٢١٨/٢٥ .

خالص حقه بالإسقاط فله ذلك ، بخلاف الإبراء عن رأس المال فإنه غير جائز ، لأنه مستحق القبض حقا للشرع ، فلا يملك إسقاطه بنفسه بالإبراء ^(١) .

وخالف في ذلك ابن تيمية وابن القيم ، حيث أجازا بيع المسلم فيه قبل قبضه لمن هو في ذمته بثمن المثل أو دونه لا أكثر منه حالا . وهذا قول ابن عباس رضي الله عنهما . وحجتهم في ذلك عدم المانع الشرعي ، حيث لا نص في التحريم عندهم ولا قياس ولا إجماع .

وأجاز المالكية بيع المسلم فيه لغير المسلم إليه إذا لم يكن طعاماً ، وأما استبداله أو بيعه من المسلم إليه فجوزوه بشروط مذكورة في كتبهم ^(٢) .

٣ - الكفالة والحوالة في المسلم فيه :

الكفالة والحوالة في المسلم فيه جائزة على خلاف البيع والاستبدال . غير أنه بالحوالة يبرأ المسلم إليه وفي الكفالة لا يبرأ ، ورب السلم بالخيار ، إن شاء طالب المسلم إليه وإن شاء طالب الكفيل ، لأن الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة إلا إذا كانت بشرط براءة المكفول عنه ^(٣) .

٤ - الإقالة في المسلم فيه :

الإقالة جائزة في المسلم فيه لقوله ﷺ : " من أقال مسلماً أقال الله عثرته " ^(٤) . من غير فصل بين بيع العين وبيع الدين .

(١) بدائع الصنائع ٢١٤/٥ ، البناية ٦٤١/٦ .

(٢) الموسوعة ٢١٨/٢٥ .

(٣) بدائع الصنائع ٢١٤/٥ .

(٤) رواه أبو داود والحاكم وابن ماجه .

المبحث الثاني

عقد الاستصناع

عقد الاستصناع يشترك مع السلم في أنه بيع لمعدوم ، غير أن المبيع في السلم هو دين موصوف في الذمة ، وأما في الاستصناع فهو بيع لعين يصنعها الصانع في المستقبل . وسوف نتكلم هنا عن بيان جواز الاستصناع ، وعن بيان شروط الجواز ، وكيفية الجواز ، وبيان حكمه .

بيان جواز عقد الاستصناع :

الاستصناع جائز استحسانا فيما يجرى فيه السلم . والقياس أنه لا يجوز لأنه بيع المعدوم ، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه . وبه قال زفر والشافعي . ومع أن السلم قد رخص فيه فهذا ليس بسلم ، لأنه لا يشترط فيه الأجل ، وأيضا فهو أبعد جوازا من السلم لكون المسلم فيه مما تحتمله الذمة ، لأنه دين حقيقة ، والمستصنع عين توجد ، والأعيان لا تحتملها الذم فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم . وجه الاستحسان أن الناس يتعاملون به في سائر العصور فكان إجماعا منهم على الجواز . وهل هو بيع أو وعد بالبيع ؟

الصحيح أنه بيع ، لأن محمدا ذكره في كتاب البيوع وأثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع وهو من خصائص عقد البيع . وأيضا فإن من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل ، والعداء لا يتقيد جوازا بهذا الشرط .

فإن قيل : كيف يكون بيعا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا ؟ فالجواب أن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما ، كالناسي

ولأن الإقالة في بيع العين إنما شرعت نظراً للعاقدين دفعاً لحاجة الندم ، والندم في بيع السلم أكثر منه في بيع العين ، لأنه بيع بأبخس الأثمان ، فكان أدعى إلى شرع الإقالة فيه . فإن تقابلا السلم لم يكن لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا آخر حتى يقبضه كله وهذا هو مذهب أبي حنيفة وصاحبيه . ومذهب زفر والشافعي أن له ذلك ، لأنهما لما تقابلا بطل السلم وبقي رأس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ، لأنه لا يجب قبضه في المجلس في بيع العين .

ودليل أبي حنيفة ما روى عن النبي ﷺ مرسلا أنه قال : " من أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله " (١) فقد جعل حق رب السلم ينحصر في واحد من أمرين : أخذ المسلم فيه ، أو أخذ رأس المال . غير أن رأس المال لا يجب قبضه في مجلس الإقالة ، لأنها ليست في حكم ابتداء عقد السلم (٢) .

(١) رواه الدار قطنى في سننه .

(٢) البناءة ٦/٦٤٤ .

حكم الاستصناع :

إذا أتى الصانع بالشئ المستصنع على الصفة المشروطة فالحكم في هذه الحالة ثبوت ملك الشئ للمستصنع على نحو غير لازم ، حتى يثبت له خيار الرؤية ، فإذا رآه فله الخيار بين الأخذ والترك ، هذا في حق المستصنع ، وأما حكمه في حق الصانع فهو ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار له .

وروى عن أبي حنيفة أنه غير لازم في حق الصانع أيضا حتى يثبت له الخيار ، لأن في لزوم العقد اضرار بحق الصانع والمستصنع ، أما الصانع فلأنه قد أفسد متاعه وأتى بالمستصنع، على الصفة المشروطة ، وأما المستصنع فلأن الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه ، فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فاستويا في الضرر فوجب أن يستويا في الخيار .

وجه ظاهر الرواية أن المستصنع قد اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، وأما الصانع فقد باع ما لم يره فلا خيار له .
حكم ضرب الأجل في عقد الاستصناع :

الأصل في عقد الاستصناع أن يكون بغير أجل يضربه المستصنع للصانع ، لأنه لو ضربه الأجل فيما جرى فيه الاستصناع كان سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ، فإنه عندهما استصناع ، وجه قولهما أن هذا استصناع حقيقة ، فلو صار سلما فإنما يصير بضرب المدة وهي قد تكون على سبيل الاستعجال لا الاستمهال .

ألا ترى أنه لو قال له إن تفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما بالإجماع ، لأنه ذكر الأجل هنا على سبيل الاستعجال لكي

للتسمية عند الذبح ، فإن التسمية جعلت موجودة حكما لعذر النسيان ، والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر الصلاة ، فكذا المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما لتعامل الناس . وقد يكون الشئ موجودا حقيقة ويجعل معدوما حكما كالماء المستحق للعطش حتى يجوز التيمم مع وجوده (١) .

شروط وجوب الاستصناع :

١ - بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره ووصفه : لأنه مبيع فلا بد وأن يكون معلوما .

٢ - أن يكون مما للناس فيه تعامل كالخف والآنية ، ولا يجوز فيما لا تعامل للناس فيه بالاستصناع كالثياب . فلو أمر حائكا أن يخيظ ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لم يجز ، لأن جواز الاستصناع بالاستحسان، إذ القياس يأباه . والاستحسان يستند إلى إجماع الناس بالتعامل فيه وفي هذه الصورة لم يوجد فلم يجز .

كيفية جواز الاستصناع :

الاستصناع عقد غير لازم في حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به ، فلا يتعين المستصنع إلا باختيار المستصنع بعد الرؤية . وبناء عليه فلو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ، ولو تعين لما جاز بيعه . وللصانع أيضا أن يمتنع عن الصنع ، كما أن للمستصنع أن يرجع أيضا ، بناء على عدم اللزوم (٢) .

(١) البناءة ٦/٦٦٤ ، بدائع الصنائع ٥/٢٠٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢١٠ .

الباب الثالث عقد الصرف

تمهيد وتعريف :

الصرف لغة : له معان متعددة • فقد يكون بمعنى الرد •
يقال : صرفت الرجل عنى فأنصرف • أى رددته • ومنها :
الإنفاق • يقال : صرفت المال • ومنها : الفضل والزيادة •
ومنه سميت صلاة النافلة صرفا •

وأما تعريف الصرف فى اصطلاح الفقهاء : فهو بيع ثمن
بثمن • فيدخل فيه بيع النقد بالنقد ، وبيع المصوغات بعضها
ببعض •

مشروعية الصرف ودليل إباحته :

الصرف من العقود المشروعة لكونه من أنواع البيوع •
والله تعالى يقول : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ يدل على مشروعيته
أيضا من السنة حديث عبادة بن الصامت المشهور أن رسول
الله ﷺ قال : " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ،
والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل
سواء بسواء يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف
شئتم إذا كان يد بيد " والمراد المماثلة فى القدر لا فى الصورة
لقوله ﷺ " جديدها ورديئها سواء " •

ومن الأدلة على مشروعية الصرف أيضا قوله ﷺ : " لا
تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ، ولا البر بالبر ، ولا
الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح إلا سواء
بسواء عينا بعين يدا بيد ، ولكن بيعوا الذهب بالورق ، والورق
بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ،
والملح بالتمر يدا بيد كيف شئتم " (١) •

(١) رواه الشافعى فى مسنده •

يفرغ منه لا لتأخير المطالبة بالتسليم • ولو كان هذا الشرط من
الصانع كان سلما لأنه يذكره على سبيل الاستمهال ، فلا يصير
العقد سلما فى مسألتنا مع الاحتمال •

وجه قول أبى حنيفة أن المبيع دين ، والمبيع إذا كان ديناً
يحتمل السلم ، وجواز السلم ثابت بالإجماع وبآية المداينة
والسنة الصحيحة ، وأما تجويز الاستصناع ففيه شبهة لثبوته
على خلاف القياس ، وفيه خلاف زفر والشافعى ، فكان
الحمل على السلم أولى لكونه أقرب إلى الجواز وأحق
بالرخصة (١) •

وينبنى على القول بأنه سلم أنه لا يجوز إلا بشرائط السلم
من تعجيل رأس المال ، وذكر الوصف وعدم جواز خيار
الرؤية •

وأما قولهما إن الأجل هنا للاستعجال فمردود ، لأنه لو
حمل على الاستعجال لم يكن مفيدا ، لأن التعجيل غير لازم ،
ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيدا فكان الحمل عليه
أولى •

(١) المرجع السابق ، البناية ٦/٦٦٧ •

الفصل الأول

شروط الصرف

الشرط الأول : قبض البدلين قبل الافتراق :

يدل على هذا الشرط الحديث السابق في قوله ﷺ : " يدا بيد " وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : " الذهب بالذهب مثلاً بمثل والورق بالورق مثلاً بمثل ، لا تفضلوا بعضها على بعض ، لا يباع منها غائب بناجز فإنني أخاف عليكم الربا وإن استتظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره " (١) يعني إن سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله .

فدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق . وهو أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن مجلسهما فيأخذ هذا في جهة وهذا في جهة ، أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر ، حتى لو كانا في مجلسيهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين وإن طال مجلسهما ، لعدم التفريق بأبدانهما . وكذا إذا ناما في المجلس أو أغمى عليهما .

وإن قاما عن مجلسهما فذهبا معا في جهة واحدة وطريق واحد ومشيا مسافة طويلة فليسا بمفترقين .

ولابد فيه من القبض الحقيقي ، فلا تكفي الحوالة وإن حصل القبض في المجلس . وكذا يشترط التقابض فيه بلاأيدي فلا تكفي التولية .

(١) انظر : البناية ٦/٦٨٩ .

ثم إن هذا الشرط معتبر في بيع الجنس بالجنس أو بخلافه ، وإنما يختلف الأمر في التفاضل في القدر ، حيث يجوز التفاضل في بيع الجنس بخلافه ، ولا يجوز في بيع الجنس بالجنس للأحاديث المتقدمة .

التوكيل بالقبض :

الوكالة بالقبض في عقد الصرف صحيحة ، لأن قبض الوكيل كقبض الموكل ، فلو وكل أحدهما أو كلاهما من قبض له بدل الصرف بحضرة المتعاقدين أو أحدهما قبل تفرقهما بالأبدان جاز . فإن افترق الموكلان ، أو الموكل والعاقد الثاني قبل القبض بطل الصرف ، ولا عبرة بافتراق الوكيلين أو عدم افتراقهما . فالمعتبر في الافتراق وعدمه ، افتراق المتعاقدين لا الوكيلين .

ولو كان لرجل على آخر سبعون درهما فأرسل إليه رسولا فقال : بعتك الدراهم التي عليك بالدنانير التي لك على ، وقال الآخر قبلت فعقد الصرف باطل ، لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل ، وهما مفترقان بأبدانهما . وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو ناداه من بعيد لم يجز لما ذكرنا .

قبض بعض البدل في الصرف :

إذا حصل التقابض في بعض البدل دون بعض وافترق المتعاقدان بطل الصرف فيما لم يقبض باتفاق الفقهاء . وأما ما حصل فيه التقابض ففيه خلاف العلماء :

١ - فمذهب الحنفية والجمهور أن العقد صحيح فيما قبض ، باطل فيما لم يقبض (١) .

(١) البناية ٦/٦٩٩ ، مجمع الأنهر ٢/١١٨ .

٢ - ومذهب المالكية في أحد القولين والحنابلة في رواية

أن العقد باطل في الكل .

الشرط الثاني : أن يكون خاليا عن شرط الخيار :

فإن شرطا الخيار فيه لهما أو لأحدهما فسد الصرف ، لأن القبض في هذا العقد شرط بقاءه على الصحة ، وخيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض ، وذلك لأنه يمنع ثبوت الملك أو تمامه ، وذلك يخل بالقبض المشروط ، وهو القبض الذي يحصل به التعيين (١) .

لكنهم قالوا إن المتعاقدين إذا أسقطا الخيار بعد ذلك عاد العقد إلى الجواز لارتفاع المفسد قبل تأكده بالافتراق . وهذا عند علماء الحنفية الثلاثة خلافا لزفر ، حيث ذهب إلى أن العقد إذا فسد لم يعد بعد إلى الجواز وإن زال سبب الفساد (٢) .

الشرط الثالث : أن يكون خاليا عن الأجل :

فإن شرطاه لهما أو لأحدهما فسد الصرف ، بناء على ما قدمناه من اشتراط التقابض في المجلس قبل الافتراق . فإن أبطلا الأجل قبل التفرق فدفعت كل منهما ما عليه حالا قبل الافتراق صح العقد بعد فساده عند أئمتنا الثلاثة خلافا لزفر .

الشرط الرابع : التماثل :

وهذا إذا كان جنس البديل واحدا ، لقوله ﷺ بعد ذكر أجناس الربا المتماثلة " مثلا بمثل " فإذا بيع الذهب بالذهب ، أو الورق بالورق وجب التماثل في الوزن لا في الجودة أو الصياغة ونحو ذلك . وهذا الشرط محل اتفاق بين العلماء . ولا عبرة

(١) بدائع الصنائع ٢١٩/٥ ، فتح القدير ٢٥٨/٦ .

(٢) البنائة ٦٩٣/٦ .

بالغش إذا كان الغالب هو الذهب أو الفضة حيث يجب التساوى وزنا في هذه الحالة أيضا كما لا يجوز استقراضه إلا متساويا وزنا . وما غلب عليه الغش منهما فهو في حكم العروض لا في حكم الدراهم والدنانير ، إذ الحكم للغالب في الشرع ، فيجوز بيعه متفاضلا بشرط التقابض في المجلس .

حكم التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه :

التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه غير جائز ، حتى لا يجوز لأحدهما أن يبرئ صاحبه مما عليه قبل القبض ، ولا أن يهبه إياه أو يتصدق به عليه . فإن حصل واحدا من ذلك وقبل من عليه الدين انتقض الصرف وبطل الدين ، وإن لم يقبل لم يبطل الدين أيضا .

وبناء على ما تقدم فلو باع شخص دينارا لرجل بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد ، لأن القبض واجب حقا لله تعالى فلا يسقط بإسقاطهما ، وفي تجويز بيع الثوب فوات حق الله تعالى فلم يصح البيع . ونقل عن زفر أن العقد في الثوب صحيح ، لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين فينصرف العقد إلى مطلقها .

ولنا أن الثمن في باب الصرف مبيع ، لأن عقد الصرف بيع ، حيث هو مبادلة المال بالمال ، ولهذا لو حلف ألا يبيع فصارف يحنث ، والبيع يشتمل على مبيع وثمان ، وليس كل واحد من بدلي الصرف أولى من الآخر في جعله مبيعا ، فيجعل كل منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز ، وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في السلم ، إذ هو مبيع واجب في الذمة وليس معينا (١) .

(١) البنائة ٦٩٤/٦ .

الفصل الثاني أنواع الصرف

الصرف على نوعين : لأنه إما أن يكون بجنسه ، وإما أن يكون بخلاف جنسه .

النوع الأول : بيع أحد النقدين بجنسه : كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، وقد سبق لنا القول إن عقد الصرف عند اتحاد الجنس لا يجوز إلا متماثلا ، ولا اعتبار للجودة والرداءة ، ولا بالصياغة ، والصحيح منهما والمكسور كلها سواء في اشتراط التماثل في المقدار ، فلو باع آنية ذهب بذهب ، أو آنية فضة بفضة وإحدهما أثقل من الأخرى لم يجز ^(١) .

ويشترط في الجنس الواحد أن يكون المتعاقدان على علم بوزن كل منهما ، فإذا لم يعرف العاقدان وزنهما أو وزن أحدهما لم يجز . وبناء على ذلك فلا يجوز بيع الذهب بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . فإذا وزنا في المجلس فوجدا متماثلين جاز العقد ، وإن تم ذلك بعد التفرق لم يجز ، وعند زفر أن العقد ينقلب صحيحا في الوجهين ^(٢) .

النوع الثاني : بيع النقد بخلاف جنسه : كبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب ، وفي هذه الحالة يجوز البيع متماثلا ومتفاضلا ، كما يجوز مجازفة وإن كان أحدهما أقل من الآخر وزنا أو عددا ، لأن المساواة ليست مشروطة عند اختلاف الجنس كما سبق وذكرنا ، والشرط هنا هو التقابض في

(١) الموسوعة الفقهية ٣٥٦/٢٦ .

(٢) الموسوعة الفقهية ٣٥٦/٢٦ .

المجلس قبل التفرق بالأبدان لحديث : " الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء " ومعنى هاء " خذ " كقوله تعالى : ﴿ هاؤم اقراؤا كتابيه ﴾ .

حكم ظهور العيب في بدل الصرف :

لو وجد أحد المتعاقدين ببذل الصرف عيبا فله الرد بالعيب سواء كان ذلك في بيع العين كالمصوغ ونحوه ، أو كان في بيع الدين كالدرهم والدنانير ، لأنها لا تتعين وإن تعينت . لأن خيار العيب لا يمنع ثبوت الملك بخلاف خيار الشرط .

وهذا لأن السلامة عن العيب مطلوبة في العادة ففواتها يوجب الخيار كما في البياعات .

وللحنفية تفصيل في هذه المسألة حيث فرقوا بين بيع العين وبيع الدين :

١ - ففي بيع العين إذا وجد ببذل الصرف عيب فإن الرد به يفسخ العقد سواء كان الرد في المجلس أو بعد الافتراق ويرجع المشتري على البائع بما نقد .

٢ - وفي بيع الدين إن وجد بالدرهم المقبوضة زيوفا أو كاسدة ، أو رائجة في بعض التجارات دون بعض فردها في المجلس يفسخ العقد بالرد ، حتى إذا استبدل مكانه مضى الصرف ، وإن ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر ، لحصول الافتراق دون قبض . وعند أبي يوسف ومحمد لا يبطل إذا استبدل في مجلس الرد ^(١) .

وإذا ظهر العيب في بعض المبيع ، فرد المعيب ، انتقض الصرف في المردود وبقي في غيره لارتفاع القبض فيه فقط ^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٢٢٠/٥ .

(٢) الموسوعة نقلا عن ابن عابدين ٢٣٦/٤ .

تعين النقود بالتعيين في الصرف :

قسم الحنفية النقود إلى قسمين :

الأول : ما كان ثمنًا كالدرهم والدنانير ، فهذا مما لا يتعين بالتعيين ، حتى لو عينا بدل الصرف دراهم معينة جاز اعطاء المتعاقد الثاني دراهم أخرى بدلها قبل الافتراق . وإن هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها . ويلحق بالدرهم والدنانير في هذا الحكم ، الفلوس الرائجة وأوراق البنكنوت لكونهما من جنس الأثمان .

الثاني : ما ليس بثمن كالدرهم والدنانير المغشوشة إذا كانت غير رائجة ، وكذلك الفلوس المصنوعة من النحاس أو البرونز أو الفضة المغشوشة إذا كانت غير رائجة فهذه كلها لا تعتبر ثمنًا وإنما هي سلعة والسلع والعروض مما يتعين بالتعيين .

وأما ما راج منها فيلحق بالدرهم والدنانير في كونه ثمنًا ، ويصح التباعد والاستقراض به وزنا إن كان يروج وزنا ، وعددا إن كان يروج عددا ، أو بكل منهما إن كان يروج بهما . ولو اشترى بالذي غلب عليه الغش وهو رائج فكسد قبل القبض بطل الصرف عند الإمام . لأن الثمنية فيها عارضة ، فإذا كسدت رجعت إلى أصلها ولم تبق ثمنًا فبطل البيع لبقائه بلا ثمن ، ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قائما ، ومثله أو قيمته إن كان هالكا .

وقال صاحبان لا يبطل الصرف ، لأن الثمن تعلق بالذمة ، والكساد عرض على الأعيان دون الذمة ، فلما لم يتمكن من تسليم الثمن لكساده تجب عليه قيمته .

وهل تجب قيمته يوم البيع أو آخر يوم للتعامل به ؟ .

مذهب أبي يوسف أن القيمة تجب يوم البيع ، ومذهب محمد أنه آخر ما تعومل به (١) .

المقاصة في عقد الصرف :

والمقاصة تعنى أن يكون على الشخص دين مثل ماله عند صاحبه فيجعل الدين في مقابلة الدين . وهي في عقد الصرف على ثلاث صور :

الصورة الأولى :

أن يكون له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارًا بالعشرة التي عليه وقبض صاحب الدراهم الدينار ، فالبيع في هذه الحالة جائز بلا خلاف وتقع المقاصة بنفس العقد ، لأن الدين لم يجب بعقد وإنما كان ثابتًا قبله وسقط بإضافة العقد إليه ، ولا ربا في دين سقط (٢) .

الصورة الثانية :

وهي المسألة الأولى بحالها ، غير أن العقد أضيف فيها إلى عشرة مطلقة وليس إلى العشرة الثابتة في الذمة . والمذهب أن ذلك جائز استحسانا ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والأئمة الثلاثة .

وجه القياس : أن هذا استدلال ببطل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببطل الصرف عرضا أو دينارًا .

وجه الاستحسان : أنهما لما تقاضا انفسخ العقد الأول وانعقد صرف جديد مضافا إلى ما في الذمة ، فصار كأنه قال اشتريت هذا الدينار منك بالعشرة التي لي عليك وقبل الآخر لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ، ولا طريق له سوى هذا ، ولهذا اشترطنا تراضيهما على المقاصة هاهنا وإن كان في

(١) مجمع الأنهر ١٢٠/٢ ، ١٢١ .

(٢) المرجع السابق ١١٩/٢ ، البناية ٧٠٦/٦ .

الباب الرابع**الكفالة****الفصل الأول****في التعريف بالكفالة وبيان أنواعها وشروطها****المبحث الأول****في التعريف بها وبيان ركنها**

أولا : التعريف بالكفالة :

الكفالة في اللغة : الضم . قال تعالى : ﴿ وكفلها زكريا ﴾^(١) أى ضمها إلى نفسه .

وشرعا : ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين .

ثانيا : ركن الكفالة :

ركنها الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب . هذا مذهبنا . وفي قول أبي يوسف الأول أن الركن هو الإيجاب فقط فأما القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لما روى أن النبي ﷺ أتى بجنائزة رجل من الأنصار فقال : " هل على صاحبكم دين ؟ فقيل نعم درهمان أو ديناران ، فامتنع من الصلاة عليها ، فقال سيدنا علي وأبو قتادة : هما على يا رسول الله ، فصلى عليها ، ولم ينقل قبول الطالب .

ولأن الكفالة ضم في اللغة ، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعا وليست من قبيل التملكيات ، ألا يرى أنه

(١) سورة آل عمران من الآية ٣٧ .

سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضي . ولولا تحويل العقد إلى صرف آخر لكان استبدالا ببديل الصرف قبل القبض وهو لا يجوز .

الصورة الثالثة :

أن تكون المسألة السابقة بحالها ولكنها تختلف عن صورتين السابقتين في كون الدين لاحقا للصرف بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ، ثم إن مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا . وفي هذه الحالة تقع المقاصة في أصح الروايتين عن أبي حنيفة . وفي رواية أخرى اختارها شمس الأئمة لا تقع .

ووجه الرواية الثانية أن الدين هنا لاحق والنبي ﷺ جوز المقاصة في دين سابق .

وجه رواية الأصح أنهما لما تقاصا كأنهما جددا عقدا آخر جديدا فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة فكفى ذلك للجواز^(١) .

فائدة :

الأموال ثلاثة : مال بكل حال وهو النقدان . ومبيع بكل حال ، كالثياب والدواب . وثمر من وجه مبيع من وجه كالمثليات .

ومن حكم الثمن عدم اشتراط وجوده في ملك العاقد عند العقد ، وعدم بطلانه بهلاك الثمن ، ويصح التصرف فيه قبل قبضه في غير الصرف والسلم . وحكم المبيع خلاف الثمن في الكل^(٢) .

(١) البناية ٧٠٧/٦ .

(٢) فتح الوهاب ٣٧/٢ .

يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط ، والتمليكات لا تحتمل ذلك ، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر .
والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته اضمنوا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غائبون فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم .

واستدل أبو حنيفة ومحمد على أن القبول ركن ، بأن الكفالة ليست بالتزام محض ، بل فيها معنى التملك ، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع .

ثالثا : أقسام الركن :

ذكر صاحب البدائع أن ركن الكفالة ينقسم إلى أربعة أقسام :
لأنه إما أن يكون مطلقا ، أو مقيدا بوصف ، أو معلقا بشرط ، أو مضافا إلى وقت ، ولكل حكمه .

فأما المطلق فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز على ما نذكره فيما بعد ، غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالا كانت الكفالة حالة ، وإن كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة ، لأن الكفالة بما على الأصيل فتتقيد بوصفه .

وأما المقيد فلا يخلو أن يكون التقيد بوصف التأجيل أو بوصف الحلول :

فإن كانت مقيدة بوصف التأجيل ، فإن كان التأجيل إلى وقت معلوم بأن كفيل إلى شهر أو سنة جاز ، فإن كان الدين على الأصيل مقيدا بأجل مثله يتأجل إليه في حق الكفيل أيضا ، وإن سمي الكفيل أجلا أزيد منه أو أنقص جاز ، لأن المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل منهما بتأخير حقه .

وإن كان الدين على الأصيل حالا جاز التأجيل إلى الأجل المذكور ، ويكون ذلك تأجيلا في حقهما جميعا في ظاهر الرواية . وعن محمد أنه يكون تأجيلا في حق الكفيل خاصة ، وهذا إذا كانت الكفالة مقيدة بوصف .

وأما إذا كانت معلقة على شرط ، فإن كان المذكور شرطا سببا لظهور الحق أو لوجوبه أو وسيلة إلى الأداء في الجملة جاز ، مثل أن يقول : إن استحق المبيع فأنا كفيل ، لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق ، وكذا إذا قال : إذا قدم زيد فأنا كفيل ، لأنه قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه . وأما إذا لم يكن الشرط واحدا من هذه الأمور الثلاثة لم تجز الكفالة ، كأن يقول : إن جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيدا الدار فأنا كفيل . ويرجع عدم الجواز إلى أن الكفالة فيها معنى التملك ، فكان الأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط كما في سائر التمليكات إلا أنا جوزناها في الأحوال الثلاثة لملاءمتها للعقد .

ولأن جواز الكفالة بالعرف ، والعرف يجري في النوع الأول دون غيره (١) .

وأما القسم الرابع : وهو المضاف إلى وقت . مثل أن يضمن ما دأين فلانا ، أو ما قضى عليه به ، أو ما أقرضه ، أو ما استهلك من ماله ، أو ما غصبه ، أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة ، لأنها أضيفت إلى سبب الضمان وإن لم يكن الضمان ثابتا في الحال . والكفالة وإن كان فيها معنى التملك إلا أنها ليست بتمليك محض فجاز أن تحتل الإضافة .

(١) بدائع الصنائع ٣/٦ وما بعدها .

المبحث الثاني أنواع الكفالة

الكفالة على ضربين : كفالة بالمال ، وكفالة بالنفس ، فأما الأولى فلا خلاف فيها . وأما الثانية ففيها خلاف الشافعي - رحمه الله - ، حيث إن مذهبه أن الكفالة بالنفس غير جائزة ، لأن الكفيل غير قادر على تسليم المكفول له ، فكانت الكفالة مضافة إلى غير محلها فلم تجز ، لأن التصرف المضاف إلى غير محله باطل (١) .

ولنا قول الله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ (٢) وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يوجد ما يغيره . وأيضا فقد أجمعت الأمة على جواز الكفالة بالنفس من لدن الصدر الأول إلى زمن الشافعي ولم يعرف له خلاف فكان إجماعا . والخروج عن الإجماع باطل (٣) .

وإذا جازت الكفالة بالنفس عندنا فالمكفول بها احضار المكفول به . فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت معين لزمه احضاره إذا طالبه الطالب به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه ، فإن لم يحضره حبسه الحاكم ، لامتناعه عن الوفاء بحق مستحق عليه فيصير ظالما والحبس جزاؤه ، ولكن يمهل في أول مرة لأن ظلمه لا يعرف لأول وهلة ، فلعله ما درى سبب استدعائه . ولو كان المكفول بنفسه غائبا وعلم مكانه أمهل القاضي الكفيل مدة ذهابه ومجيئه . فإن لم يعلم

(١) المرجع السابق ٨/٦ ، مجمع الأنهر ١٢٤/٢ .

(٢) سورة يوسف من الآية ٧٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٨/٦ .

رابعاً : الألفاظ التي تتعقد بها الكفالة :

بعد أن عرفنا أن ركن الكفالة الإيجاب والقبول ، وأن الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب فإن ألفاظ الإيجاب هي أن يقول : أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غارم أو قبيل أو حميل أو لك قبلي أو لك عندي .

أما لفظ الكفيل والضمين فهما صريحان ، وكذلك لفظ الزعيم والغريم لقوله ﷺ : " الزعيم غارم " أي ضامن . والقبالة تعني الكفالة أيضا لقوله تعالى : ﴿ أو يأتى بالله والملائكة قبيلا ﴾ (١) أي كفيلاً يكفلوه . والحميل بمعنى المحمول وأنه ينبئ عن تحمل الضمان .

وكذلك إذا قال على لأنها كلمة التزام . أو قال إلى لأنها في معنى على . قال ﷺ : " من ترك مالا ورثته ، ومن توك كلاً فإلينا " (٢) وقوله : عندى عند الإطلاق تحمل على اليد ، فيراد بها الوديعة ، وعند قرينة الدين تحمل على الذمة أي في ذمتي .

وأما ألفاظ القبول فهي أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت ، أو ما يدل على هذا المعنى (٣) .

(١) سورة الإسراء من الآية ٩٢ .

(٢) كلاً : أي يتما . والحديث متفق عليه .

(٣) بدائع الصنائع ٢/٦ .

مكانه سقطت المطالبة لعجزه ، وكذلك تسقط المطالبة بموت المكفول به ويبرأ الكفيل بالنفس عن الكفالة لعجزه عن احضاره . وأيضا فإنه بالموت سقط الحضور عن الأصيل فكذلك عن الكفيل . وتسقط الكفالة بالنفس أيضا بموت الكفيل ، لأن براءة المكفول بنفسه ، ومال الكفيل لا يصلح لإيفاء هذا الواجب وهو الاحضار وتسليم المكفول به . وبناء على ذلك فلا يؤدي ما على المكفول به من تركة الكفيل إن كان عليه مال ، لأنه لم يلتزم بإيفاء المال ، وإنما بتسليم النفس ، والمال لا يصلح وفاء لذلك . وهذا بخلاف الكفيل بالمال إذا مات حيث يؤدي ما على المكفول به من تركته لأن المال والكفيل صالح لأداء هذا الواجب ، فإذا مات الكفيل بقي ماله . ويرجع ورثة الكفيل في هذه الحالة على المكفول عنه إذا كانت بأمره في حال الحياة . ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالا ، وليس من حق ورثته الرجوع على الأصيل إلا بعد حلول الأجل . وعن زفر أن للورثة مطالبة المكفول عنه حالا ، لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته ، والجواب عليه أنه دين مؤجل فلا يجوز قبل الأجل .

ولو مات المكفول له فلولوصى أن يطالب الكفيل لقيامه مقلم المكفول له ، وكذا لو ارثه أن يطالب بذلك لأنه يشترك مع الأصيل في قيامه مقام الميت (١) .

وتتعد الكفالة بالنفس بقوله : تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه أو ببدنه أو بوجهه . لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن حقيقة أو عرفا وكذا قوله بوجهه أو برقبته أو برأسه . وأيضا تتعد الكفالة إذا قال : بنصفه أو

(١) البناية ٧٣٢/٦ .

بنثلثه أو بجزء منه ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعا كذكر الكل . بخلاف ما إذا قال بيده أو برجله حيث لا تصح الكفالة لأنه لا يعبر بهما عن البدن ، حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما بان قال يدك طالق أو رجلك أو دبرك حيث لا يقع الطلاق .

وصحح الشافعي الكفالة في الجزء الذي لا يمكن فصله عن الجسد كالقلب والكبد إضافة إلى ما صححناه نحن . وقال مالك تصح الكفالة بالنفس بذكر أى عضو من بدنه كوجهه أو عينه .

المبحث الثالث

شروط الكفالة

يشترط لصحة الكفالة عدة شروط ، بعضها يرجع إلى الكفيل ، وبعضها يرجع إلى الأصيل ، وبعضها يرجع إلى المكفول له ، وبعضها يرجع إلى المكفول به .
أولا : الشروط التي ترجع إلى الكفيل :

١ - البلوغ والعقل : وهما من شروط الانعقاد للكفالة ، فلا تتعقد كفالة الصبي والمجنون لكونها من عقود التبرعات تبرع ، وهما ليسا من أهل التبرع . ويستثنى من ذلك ما لو استدان الأب أو الوصي دينا في نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه . فهو جائز ، لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط ، فالشرط لم يزد إلا تأكيدا فلم يكن متبرعا .

٢ - الحرية : وهي شرط لنفاذ التصرف ، فلا تجوز كفالة العبد ، سواء كان محجورا أو مأذونا له في التجارة ، لأنها تبرع ، والعبد لا يملكه إلا بإذن مولاه ، ومع ذلك فإن الكفالة تتعقد به حتى يؤاخذ بها بعد الإعتاق ، لأن المنع لم يكن لفقد أهليته وإنما لحق مولاه ، وقد زال .

وهل يشترط أن يكون الكفيل صحيحا ؟

الكفالة جائزة من المريض والصحيح على السواء ، لكنها من المريض تخرج من الثلث لكونها تبرع .

ثانيا : الشروط التي ترجع إلى الأصيل :

١ - أن يكون قادرا على تسليم المكفول به ، إما بنفسه ، وإما بنائبه ، وهذا عند أبي حنيفة ، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده . وتصح عند أبي يوسف ومحمد .

وجه قولهما : إن الموت لا ينافي بقاء الدين لأنه مال حكمي ، فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة ، ولهذا يبقى إذا مات موسرا حتى تصح الكفالة به .

وجه قول أبي حنيفة : أن الدين عبارة عن الفعل ، والميت عاجز عن الفعل ، فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح ، كما لو كفل على إنسان بدين ولا دين عليه . بخلاف ما لو مات موسرا لأنه قادر بنائبه .

٢ - أن يكون المكفول عنه معلوما ، بأن يكفل ما على شخص معين ، فأما إذا قال ما على أحد من الناس ، أو بعين ، أو بنفس ، أو بفعل فلا يجوز ، لأن المضمون عليه مجهول ، ولأن جواز الكفالة راجع إلى العرف ، والكفالة على هذا الوجه غير معروفة (١) .

وهل تشترط فيه الحرية أو البلوغ أو العقل ؟

الحرية في الأصيل ليست بشرط وكذا البلوغ والعقل ، لأن الكفالة بمضمون ما على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد .

وهل تشترط حضرة الأصيل ؟

لا يشترط حضرة الأصيل ، فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس ، لأن الحاجة إلى الكفالة تكون أكثر في مثل هذه الأحوال ، فكانت الكفالة فيها أجوز من غيرها .

ثالثا : الشروط التي ترجع إلى المكفول له :

١ - أن يكون معلوما : فلا تجوز الكفالة لأحد من الناس ، لأن المقصود من الكفالة وهو التوثق لا يحصل في هذه الحالة .

(١) بدائع الصنائع ٥/٦ وما بعدها .

٢ - أن يكون في مجلس العقد : وهذا شرط لانعقاد الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد ، فإذا لم يقبل هو أو من يقوم مقامه في المجلس لم تنعقد الكفالة . وعلى ذلك فمن كفل الغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم تجز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر .

وعن أبي يوسف أنها جائزة ، لأن المجلس ليس بشرط عنده أصلاً ، لا للنفاذ ، ولا للإنعقاد وهذا الخلاف مبني على خلاف أبي يوسف في اشتراط القبول كركن في العقد .

٣ - العقل : وهذا على مذهب أبي حنيفة ومحمد في أن القبول ركن في الكفالة فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لأنهما ليسا من أهل القبول . ولا عبرة بقبول وليهما عنهما لأن الإيجاب لم يقع لهما ، والقبول إنما يعتبر ممن وقع له الإيجاب .

رابعاً : الشروط التي ترجع إلى المكفول به :

١ - أن يكون المكفول به مضموناً على الأصل :

فلا تصح الكفالة بالأعيان التي هي من قبيل الأمانات ، لأنه أضاف الكفالة إلى عينها ، وعينها ليست بمضمونة .

وأما العين المضمونة فهي على نوعين : مضمون بنفسه كالمغصوب ، والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء . ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن . فتصح الكفالة في النوع الأول ، لأنه كفالة بمضمون بنفسه . ولذلك يجب رد عينه حال قيامه ، ورد مثله أو قيمته حال هلاكه .

ولا تصح الكفالة بالنوع الثاني ، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ، ولذلك لو هلك في يد البائع لم يجب عليه شيء ولكن يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن ليس مضموناً بنفسه بل بالدين ، ولذلك لو هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره .

٢ - أن يكون المكفول به مقدوراً على استيفائه من الكفيل : وذلك حتى يكون العقد مفيداً ، وبناء على ذلك لا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل ، ولكن تجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها ، وبعد القذف إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلاً ، لتوافر الشرطين السابقين ، إذ أن في ذلك كفالة بمضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين .

واختلف أصحابنا فيما لو لم يبذل المطلوب الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص . هل يجبر عليها ؟

مذهب أبي حنيفة أنه لا يجبر على ذلك ، وقال أبو يوسف ومحمد يجبر عليها في حد القذف والقصاص ، وجه قول أبي يوسف ومحمد : أن القصاص خالص حق العبد فيجوز الجبر في أخذ الكفيل فيه كما في سائر الحقوق . وحد القذف وإن كان حق لله فيه غالب إلا أن فيه حق العبد ، ولهذا يشترط فيه إقامة الدعوى من المقذوف . والدعوى تحتاج إلى الجمع بين الشهود وبين القاذف ، وقد يخفى نفسه فيحتاج الطالب إلى أخذ كفيل منه بإحضاره . وما يجري على حد القذف يجري على حد السرقة لتعلق حق العبد به .

وأما بقية الحدود كالزنا وشرب الخمر فهي حدود خالصة
لله تعالى ، ولهذا لا تجوز الكفالة فيها بالاتفاق .

ووجه قول أبي حنيفة قوله ﷺ : " لا كفالة في حد " (١) ،
ولأن مبنى الحدود والقصاص على الدرء ، فلا يجب
الاستيثاق فيه بالتكفل .

وإذا لم يجبر المطلوب في حد القذف والقصاص على دفع
الكفيل عند الإمام فماذا يصنع به ؟

قيل : يلزمه إلى وقت قيام القاضي من المجلس ، فإن
أحضر البيئة حكم بها وإلا خلى سبيله . وأما التعزيرات وسائر
الحقوق الأخرى فيجب فيها الاستيثاق بأخذ الكفيل ، لأنها
خالص حق العبد وتثبت مع الشبهة (٢) .

٣ - أن يكون الحق المكفول به لازماً : فلا تصح الكفالة
عن المكاتب لمولاه ببذل الكتابة لأنه ليس بدين لازم ، لأن
المكاتب يملك إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب .

وهل يشترط في المكفول به أن يكون معلوم الذات أو القدر ؟

لا يشترط ذلك ، حتى لو كفل واحداً من شيئين غير معين ،
بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز ، وعليه واحد
منهما أيهما شاء ، لأن هذه الكفالة يمكن رفعها بالبيان فلم تمنع
جواز الكفالة ، وكذا إذا كفل بنفس رجل أو بما عليه ، أو بنفس
رجل آخر أو بما عليه جاز ، ويبرأ بدفع واحد منهما إلى
الطالب . هذا عن جهالة الذات ، وأما جهالة القدر فمن أمثلتها

(١) رواه البيهقي في سننه .

(٢) البناءة ٧٣٩/٦ ، بدائع الصنائع ٨/٦ .

أن يكفل عن رجل بما لفلان عليه ، أو بما يدركه في هذا البيع
فهذا جائز ، لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ،
قال الله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾
ووجه الدلالة أن الله تعالى أجاز الكفالة بحمل البعير مع أن
الحمل يحتمل الزيادة والنقصان .

ولو ضمن رجل بالعهد فضمنه باطل عند أبي حنيفة ،
جائز عند الصحابين . وجه قولهما : أن ضمان العهدة في
عرف الناس هو ضمان الدرك ، وهو ضمان الثمن عند
استحقاق المبيع ، وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن لفظ العهدة يحتمل واحداً من
أمرين : الدرك ، أو الصك ، والأول مضمون ، والثاني ليس
بمضمون على الأصل ، فدارت الكفالة بالعهد بين أن تكون
بمضمون وبغير مضمون ، فلا تصح مع الشك . فلم يكن عدم
الصحة عنده لجهالة المكفول به ، بل لوقوع الشك في شرط
الجواز ، وهو كونه مضموناً على الأصل (١) .

حكم تعدد الكفلاء :

إذا جاز أن يكون الكفيل واحداً جاز أن يكون اثنين أو أكثر
وسواء كفلا بنفس المطلوب معا أو على التعاقب ، ثم إذا أسلم
أحدهما نفس الأصل في الكفالة بالنفس برئ هو دون الآخر ،
بخلاف الكفالة بالدين حيث يبرأ الكفلاء جميعاً بقضاء أحدهم
لدين واحد .

وعلة الجواز في حال التعدد ، أن المقصود من الكفالة
التوثيق ، وبالكفالة الثانية يزداد التوثيق فلا تتنافى الكفالتان (٢) .

(١) بدائع الصنائع ٩/٦ .

(٢) البناءة ٧٤٣/٦ ، مجمع الأنهر ١٢٥/٢ .

الفصل الثاني

آثار الكفالة ومسقطانها

المبحث الأول

في آثار الكفالة

يترتب على الكفالة حكمان : أحدهما : ثبوت مطالبة الكفيل بما على الأصيل . والثاني : ثبوت ولاية مطالبة الكفيل للأصيل .

أولا : ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل : وهذا الحكم عام في سائر أنواع الكفالات . ولا يختلف الأمر إلا في محل الحكم من العين ، أو الدين ، أو الفعل .

أ - ففي حالة الكفالة بالدين يطالب الكفيل بدين وجب على الأصيل ، فالدين واحد ، والمطالب به اثنان . غير أن الكفيل إن كان واحدا يطالب بكل الدين ، وإن كانا اثنين يطالب كل منهما بنصفه ، فإن كان ألفا يطالب كل منهما بخمسائة ، إذا لم يضمن كل منهما صاحبه ، لأنهما استويا في الكفالة ، والمكفول به يقبل الانقسام فينقسم عليهما .

ب - وفي حالة الكفالة بالنفس يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبا ، وإن كان غائبا يؤخذ الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها ، فإن لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له . فإذا علم القاضي بعجزه بشهادة الشهود أو بغيرها أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على إحضاره ، وللطالب أن يلزمه بعد إطلاقه ،

ولكن لا يحول بينه وبين أشغاله ، ولا يمنعه من الكسب وغيره .

ج - وفي حالة الكفالة بالعين يطالب بتسليم عينها إن كانت قائمة ، ومثلها أو قيمتها إن كانت هالكة .
د - وفي حالة الكفالة بتسليم العين وبالفعل معا ، يطالب الكفيل بهما .

وليس من حكم الكفالة عند عامة العلماء براءة الأصيل ، بل الطالب بالخيار ، إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، اللهم إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل فحينئذ تتعقد الكفالة حوالة اعتبارا للمعنى ، حيث إن براءة الأصيل من خصائص الحوالة ، ولذلك فإن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة .

ونقل عن أبي ليلي أن الكفالة توجب براءة الأصيل ، والصحيح الأول . لأن الكفالة عبارة عن ضم ذمة إلى أخرى ، إذ أن معناها في اللغة الضم ، والبراءة تنافيه .

ولو طالب المكفول له أحدهما كان له أن يطالب الثاني ، لأن مقتضى عقد الكفالة ضم ذمة إلى أخرى ، بخلاف المالك الذي غصب منه غاصب ، وغصب من الغاصب غاصب آخر ، فإنه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين فليس له أن يطالب الآخر ، لأن اختيار المالك تضمين أحدهما يقتضى تملك المغصوب منه ، وإذا ملك الأول لم يكن له أن يملك الثاني ، لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة لاثنتين في زمن واحد . وأما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن معنى التملك ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة ، فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الثاني .

والحكم الثاني : وهو ثبوت ولاية مطالبة الكفيل للأصيل في الأنواع كلها إذا كانت الكفالة بأمر الطالب . ففي الكفالة

المبحث الثاني

فى رجوع الكفيل

وفيه مطلبان :

- الأول : فى شروط ولاية الرجوع .
- والثانى : فى بيان ما يرجع به .

المطلب الأول

شروط ولاية الرجوع

الشرط الأول : أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ، فلو كفل بغير أمره فليس له الرجوع عليه عند عامة العلماء . وقال مالك : يرجع ، والصحيح الأول ، لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع .

الشرط الثانى : أن يكون بإذن صحيح ، وذلك لا يكون إلا ممن يصح إقراره على نفسه بالدين ، وعلى ذلك فلا تصح الكفالة عن الصبى المحجور بإذنه ، لأن طلب الكفالة استقراض من المكفول عنه كما بينا ، واستقراض الصبى لا يتعلق به الضمان .

الشرط الثالث : أداء المال إلى الطالب ، أو ما هو فى معنى الأداء إليه : فلا يملك الرجوع قبل الأداء ، لأن معنى الإقراض والتمليك لا يتحقق إلا بالأداء ، فلا يملك الرجوع قبله .

الشرط الرابع : أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله : فإن كان كذلك فليس له حق الرجوع ، لأنه بأدائه لدين الأصيل التقى الدينان قصاصا فتساقطا .

بالنفس يطالب الكفيل الأصيل بتسليم نفسه إلى الطالب إذا طالب الكفيل .

وفى الكفالة بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها إن كانت قائمة ، وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة إذا طوّل الكفيل به ، وإن كانت الكفالة بفعل التسليم والحمل يطالب بهما ، وإن كان بدين يطالبه بالخلاص إذا طوّل ، فكما يطالب من المكفول له يطالب هو المكفول عنه ، فإن حبس فله أن يحبسه ، لأنه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها .

هذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، فإن كانت بغير أمره ، فليس للكفيل حبسه إذا حبس ، ولا ملازمة الأصيل إذا لوزم (١) .

وإذا كانت الكفالة بالدين فليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدى هو وإن كانت الكفالة بأمر المطلوب ، لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتمليك ، وكل ذلك يتوقف على الأداء ولم يوجد ، وإذا أدى كان له أن يرجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره ، لأن الكفالة فى حق المطلوب استقراض ، والكفيل بأداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه فى الأداء إلى الطالب ، وفى حق الطالب تمليك ما فى ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه (٢) ويقودنا هذا إلى الكلام عن رجوع الكفيل على المكفول عنه فى المبحث التالى .

(١) بدائع الصنائع ١١/٦ .

(٢) المرجع السابق .

حكم هبة صاحب الدين المال للكفيل أو للأصيل :

لو وهب صاحب الدين المال للكفيل ، فله أن يرجع على الأصيل ، لأن الهبة في معنى الأداء ، وبها يعتبر كأنه ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع عليه ، كما إذا ملكه بالأداء (١) .

ولو وهبه من الأصيل برئ الكفيل ، إذ يعتبر كأن الأصيل قد أدى ما عليه من دين بهذه الهبة ، وأداء الأصيل يسقط المطالبة عن الكفيل ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل .

حكم موت الطالب إذا كان الكفيل أو الأصيل وارثه :

ففي الحالة الأولى يكون للكفيل أن يرجع على الأصيل ، لأن الإرث من أسباب الملك ، فكأنه قد ملك ما في ذمة الأصيل كما في الأداء ، فله أن يطالبه به .

وفي الحالة الثانية وهي أن يكون الأصيل هو وارث الطالب ، يبرأ الأصيل والكفيل معا لأنه قد ملكه بالميراث ، ومتى ملكه برئ ، وإذا برئ هو برئ معه الكفيل كما إذا أدى ، ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الأصيل ، لأن الإبراء إسقاط ، وهو في حق الكفيل إسقاط المطالبة لا إسقاط الدين ، فلم يكن فيه معنى التملك أصلا فلا يرجع .

المطلب الثاني

في بيان ما يرجع به الكفيل

يرجع الكفيل على الأصيل بما كفل لا بما أداه ، حتى لو كفله بدراهم صحاحا فأداها مكسرة رجع عليه بالصاح ، لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل وهو الصاح فيرجع عليه بها . وهذا بخلاف المأمور بأداء الدين ، حيث له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين ، لأنه بالأداء ما ملك الدين ، بل أقرض الأمر بما أداه فيرجع عليه بما أقرضه .

ولو صالح الكفيل من الألف التي على الأصيل بخمسمائة فإنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف ، لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الأصيل وهو الألف ، لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تمليكا هنا لأنه يؤدي إلى الربا ، فيكون إسقاطا لبعض الحق ، والساقط لا يحتل الرجوع به (١) .

(١) المرجع السابق ١٣/٦ .

(١) المرجع السابق ١٥/٦ .

المبحث الثالث مسقطات الكفالة

الكفالة كما بينا سابقا إما أن تكون بالدين ، وإما أن تكون بالنفس ، وإما أن تكون بعين مضمونة بنفسها ، ولكل نوع منها أمور تخرج الكفيل عن الكفالة ، وتسقطها عنه .

أ - فأما الكفيل بالمال فإنما تسقط عنه الكفالة بواحد من أمرين :

أحدها : أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء كالهبة أو الصدقة على ما بيناه سابقا ، وسواء كان الأداء من الكفيل أو الأصيل ، لأن الكفالة شرعت للتوثق فإذا وجد الأداء فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد .

والثاني : مما تسقط به الكفالة ، الإبراء وما هو في معناه . فإذا أبرأ الطالب أى الطرفين سقطت الكفالة ، غير أن إبراء الأصيل يسقط عن الكفيل ، وإذا أبرأ الكفيل لا تسقط المطالبة عن الأصيل على ما بيناه سابقا .

غير أن للأصيل أن يرد الهبة أو الصدقة أو الإبراء ، وليس ذلك للكفيل ، وإذا ارتدت هذه التصرفات برد الأصيل عاد الدين إلى ذمته ، ولكن هل تعود المطالبة للكفيل ، اختلف مشايخ الحنفية في ذلك . ويبقى الحق في الرد لورثة الأصيل بعد وفاته عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، ويعود الدين إلى تركة الأصيل ، وعند محمد أنه لا يرتد برد الورثة . وجه قول محمد : أن هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد حيث لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ، ولهما أن

إبراءه بعد وفاته إبراء لورثته لأنهم يطالبون بدينه من تركته بعد وفاته ، وإبراء الورثة يرتد بردهم ، بخلاف حال الحياة لأنهم لا يطالبون بدينه فاقتصر حكم الإبراء عليه ، فلا يرتد برد الورثة (١) .

وتسقط الكفالة أيضا في حالة ما إذا أحال الكفيل أو المطلوب الطالب على رجل بالدين وقبله الطالب . وهذا عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وهذا لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعا عند عامة مشايخنا ، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة فقط ، وأما الذى يخرج عن الكفالة فهو إبراء الكفيل والأصيل من الطالب . ومذهب زفر أن الحوالة لا تخرج الكفيل عن الكفالة ، لأن الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا .

ويخرج الكفيل عن الكفالة أيضا بالصلح ، بأن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى ، لأن الصلح على جنس المدعى فيه إسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الإبراء ، وإن كان على خلاف الجنس فهو معاوضة فكان في معنى الإبراء ، وكل ذلك يخرج عن الكفالة (٢) .

ب - وأما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بواحد من ثلاثة أشياء :

الأول : تسليم النفس إلى الطالب ، وذلك بالتخليّة بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره إلى مجلس القاضى ، لأن المقصود وهو إستيفاء الحق برفع الأمر إلى القاضى يحصل بذلك فيخرج عن الكفالة . ولو سلمه في صحراء أو برية لم يخرج عن الكفالة لعدم حصول المقصود .

والثاني : الإبراء : فإذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لأن الكفالة بالنفس تستلزم حق مطالبة

(١) بدائع الصنائع ١١/٦ .

(٢) المرجع السابق ١٢/٦ .

الباب الخامس

الحوالة

الفصل الأول

التعريف بالحوالة وبيان ركنها وحكمها

تعريف الحوالة :

الحوالة في اللغة : النقل والزوال ، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل .

واصطلاحاً : نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثيق به ^(١) .

وأطرافها أربعة : محيل وهو الذي عليه الدين ، ومحتال وهو الدائن ، ومحتال عليه وهو من يقبل الحوالة ، ومحتال به وهو المال .

الأصل في مشروعية الحوالة :

تصح الحوالة في الدين لا في العين ، والدليل على ذلك من السنة والإجماع :

فأما السنة : فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " مطل الغنى ظم ، وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبّع " أي إذا أحيل أحدكم على ملئ فليحتل ، والأمر بالاتباع دليل الجواز .

(١) البناية ٨٠٧/٦ ، فتح الوهاب ٤٢/٢ .



الكفيل بتسليم نفس المطلوب ، وقد اسقط الطالب المطالبة عنه بالابراء فينتهي الحق ضرورة ، ولا يكون هذا إبراء للأصيل ، لأنه اسقط المطالبة عن الكفيل دون الأصيل . غير أنه إن أبرأ الأصيل برئاً جميعاً ، لأن الضمان قد بطل بالإبراء فينتهي حكم الكفالة ، وهو المطالبة بتسليم النفس .

والثالث : موت المكفول بنفسه ، لأن الضمان قد سقط عن الأصيل فيسقط عن الكفيل .

جـ - وأما الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها ، وبالأفعال المضمونة ، فيخرج الكفيل عن الكفالة فيها بواحد من أمرين : الأول : تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة ، وتسليم مثله أو قيمتها إن كانت هالكة .

والثاني : الإبراء فلا يخرج عن الكفالة بموت الغاصب والبائع والمؤجر ، لأن نفس هؤلاء غير مكفول بها ، فلا تسقط بموتهم .

أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على جواز الحوالة بالدين

من غير نكير .

سبب صحة الحوالة في الدين دون العين :

اختصت الحوالة بالدين دون العين لكونها تنبئ في معناها عن النقل وهو في الدين لا في العين . إذ أن العين شئ حسي كالثوب فلا يقبل النقل الحكمي كما في الحوالة ، بل يحتاج إلى النقل الحسي (١) .

رابعاً : ركن الحوالة :

ركن الحوالة هو الإيجاب والقبول . الإيجاب من المحيل ، والقبول من المحال والمحال عليه جميعاً ، وهذا هو المعبر عنه بالرضا .

الألفاظ التي تنعقد بها الحوالة :

تنعقد الحوالة بكل لفظ يدل على الرضا من الموجب والقابل .

فالإيجاب أن يقول المحيل للطالب : أحلتك على فلان . والقبول من المحال والمحال عليه أن يقول كل منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا .

واشتراط القبول من المحال عليه هو مذهبننا ، وعند الأئمة الثلاثة أن قبول المحال عليه ليس بشرط ، لأنه لا حاجة إلى رضاه إذا كان المحال به دين المحيل ، لأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره . ولنا أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا بد فيه من رضاه (٢) .

(١) مجمع الأنهر ١٤٦/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ١٥/٦ .

واشتراط الرضا من المحال والمحال عليه يفيد أن الحوالة لا تصح مع إكراه أحدهما . وهل يشترط رضا المحيل ؟

الظاهر من كلام القدوري أنه يشترط ذلك ، ونقل عن محمد بن الحسن خلاف ذلك . ذكر ذلك صاحب مجمع الأنهر ، وصاحب كتاب الهداية . وعدم اشتراط رضاه على هذه الرواية يعود إلى أن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه ، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه ، لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره . وحمل من قال بذلك رواية القدوري على كون المحيل له على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة ، حيث إنها تكون حينئذ إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه (١) .

حكم الحوالة :

الحوالة لها أحكام ذكرها الإمام الكاساني وهي (٢) :

١ - براءة المحيل ، وهذا عند علمائنا الثلاثة ، خلافاً لزفر ، حيث من مذهبه أن الحوالة لا توجب براءة المحيل ، والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليها قبلها كال كفالة ، لأن كل منهما عقد توثق .

ولنا : أن الحوالة هي النقل ، والكفالة هي الضم ، والدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها وأما ضم الشئ إلى الشئ فلا يوجب فراغ الأول ، إلا أن تكون الكفالة بشرط براءة الأصيل فتصير حوالة (٣) .

(١) مجمع الأنهر ١٤٧/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ١٦/٦ .

(٣) البناية ٨١٠/٦ .

الفصل الثاني في شروط الحوالة وأنواعها

المبحث الأول شروط الحوالة

تتنوع شروط الحوالة ، فمنها ما يرجع إلى المحيل ، ومنها ما يرجع إلى المحال ، ومنها ما يرجع إلى المحال عليه ، ومنها ما يرجع إلى المحال به .

أ - فأما ما يرجع إلى المحيل فهو :

١ - أن يكون عاقلا ، فلا تصح حوالة الصبي الذي لا يعقل ، ولا المجنون ، لأن العقل من شرائط الأهلية في كافة التصرفات .

٢ - أن يكون بالغاً : وهذا شرط لنفاذ الحوالة لا انعقادها . وبناء عليه تتعقد حوالة الصبي المميز ولكن نفاذها يتوقف على إجازة الولي ، لأن الحوالة بالنسبة للمحيل إبراء وفيها معنى المعاوضة ، وما كان على هذا النحو ينعقد من الصبي العاقل موقوفاً على إجازة الولي ، إن أجازه نفذ وإلا لم ينفذ ، كما هو الحال في البيع .

ولا تشترط الحرية في المحيل ، حتى تصح الحوالة من العبد وإن لم يكن مأذوناً في التجارة ، غير أنه إن كان محجوراً يرجع عليه المحتال عليه بعد العتق .

ولا تشترط صحة المحيل أيضاً ، حتى تجوز من المريض ، لأنها ليست بتبرع ، فصحت منه .

٣ - رضا المحيل ، فلا تصح من المكره ، لأنها إبراء فيها معنى التملك ، فتفسد بالإكراه كسائر التملكيات .

٢ - ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب اختلاف متأخرى الحنفية في ذلك . حيث ذهب بعضهم إلى أن الدين والمطالبة تنتقل إلى المحال عليه . وذهب الآخرون إلى أن أصل الدين باق في ذمة المحيل ، والذي ينتقل إلى المحال عليه إنما هو المطالبة لا غير .

٣ - ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال ، فكلما لازمه المحال فله أن يلزم المحيل ليتخلص من ملازمة المحال . وإذا حبسه المحال فله أن يحبس المحيل إذا كانت الحوالة بأمره ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل ، لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها .

ب - وأما ما يرجع إلى المحال فهو :

١ - العقل ، لأن القبول ركن في الحوالة كما ذكرنا ،
وغير العاقل لا يعتد برضاه ، فلم يكن من أهل القبول .

٢ - البلوغ وهو شرط نفاذ الحوالة لا انعقادها كما في
المحيل ، ولكن يشترط أن يكون المحال عليه أملاً من المحيل
وإلا لم تصح ، لأنه لا يملك التصرفات الضارة ضرراً محضاً ،
وإذا احتال الوصى بمال اليتيم لم تصح الحوالة إلا بشرط ملاءة
الثاني ، لأنه منهى عن قربان ماله إلا على الوجه الأحسن .
قال تعالى : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾^(١) .

٣ - الرضا ، حتى لو احتال مكرها لم تصح .

٤ - أن يقع منه الرضا في مجلس الحوالة ، وهذا شرط
لانعقاد الحوالة ، حتى لو كان المحال غائبا عن المجلس قبله
الخبر فأجازها لا تنفذ عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي
يوسف ينفذ . والصحيح قولهما ، لأن قبوله ركن في العقد كما
بيننا ، فكان كلام المحيل والمحال عليه مفتقدا لركن العقد فلا
يصح .

ج - وأما ما يرجع إلى المحال عليه فهو :

١ - العقل : فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا

يعقل .

٢ - البلوغ : وهو من شروط الانعقاد ، حتى لا تصح من

الصبي وإن كان عاقلاً .

٣ - الرضا حتى أنه لو أكره على قبول الحوالة لا يصح .

(١) سورة الإسراء من الآية ٣٤ .

٤ - المجلس : وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد
خلافاً لأبي يوسف ، كما ذكرنا في جانب المحال .

د - وأما ما يرجع إلى المحال به فهو اثنان :

الأول : أن يكون ديناً ، فلا تصح الحوالة بالأعيان كما
ذكرنا آنفاً .

والثاني : أن يكون لازماً ، فلا تصح الحوالة بدين غير
لازم كبذل الكتابة .

وليس من شرط الحوالة وجوب الدين على المحال عليه قبل
الحوالة ، حتى إنها تصح سواء كان للمحيل دين على المحال
عليه أم لم يكن .

المبحث الثاني أنواع الحوالة

تتنوع الحوالة إلى نوعين : مطلقة ، ومقيدة .

فالمطلقة هي التي لا يقيد بها المحيل بالدين الذي على المحتال عليه ، ولا بالعين التي في يده ، أو يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين .

والمقيدة هي التي تنقيد بدين على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو ودیعة أو غير ذلك^(١) .

والحوالة بكلا النوعين جائزة لقوله ﷺ : " من أحيل على ملئ فليتبّع " من غير فصل .

ما تتميز به الحوالة المطلقة عن المقيدة :

الحوالة المطلقة تخالف المقيدة في الأحكام التالية :

١ - إذا أطلق الحوالة ولم يكن على المحال عليه دين ، فإن المحال يطالب المحال عليه بدين الحوالة لا غير ، وإن كان عليه دين فإن المحال عليه يطالب بدينين : الأول : دين الحوالة ، والثاني : دين المحيل . فيطالب المحال بالأول ، ويطالب المحيل بالثاني ، ولا ينقطع حق المحيل في المطالبة بدينه بسبب الحوالة ، لأنها لم تنقيد بالدين الذي على المحال عليه^(٢) وإذا قيدها بالدين الذي على المحال عليه ، ينقطع حق مطالبة المحيل له ، لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فينقيد به ،

(١) البناءة ٨١٥/٦ .

(٢)

ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وإن لم يكن رهنا على الحقيقة .

ب - لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة ، بأن كان ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ، ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا تبطل . وكذا لو قيد الحوالة بألف ودیعة عند رجل فهلك الألف عند المودع بطلت الحوالة ، ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها .

٣ - إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال ، وكان على المحيل ديون سوى دين المحال ، وليس له مال سوى هذا الدين ، لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عد علمائنا الثلاثة . وعند زفر يكون المحال أحق بالدين من بين سائر الغرماء قياسا على الرهن .

ولنا : أن القياس على الرهن قياس مع الفارق ، لأن المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ، ولذلك لو هلك يسقط دينه خاصة دون بقية الغرماء ، فلما اختص بغرمه اختص بغنمه ، لأن الخراج بالضمان . فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ، ولذلك لو هلك لا يسقط دينه ، فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا ، بل يكون هو وسائر غرماء المحيل أسوة في ذلك .

ولو كانت المسألة بحالها وكانت الحوالة مطلقة يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين سائر غرماء المحيل ، ولا يدخل المحال معهم في هذه القسمة ، وإنما يأخذ حقه من المحال عليه . لأن حقه ثبت عليه فلا يعود إلى المحيل^(١) .

(١) بدائع الصنائع ١٧/٦ .

٥ - أن يتصدق عليه ويقبله ، لأن الهبة والصدقة فى معنى الإبراء .

٦ - موت المحال إذا كان المحال عليه هو وارثه .

٧ - أن يبرئ المحال للمحال عليه من المال .

وانتهاء حكم الحوالة بالتوى هو مذهبنا ، ومذهب الشافعى خلافه فلا ينتهى عنده حكم الحوالة بالتوى ، ولا تعود المطالبة إلى المحيل .

احتج الشافعى بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال : " من أحيل على ملئ فليتبّع " ولم يفصل .

ولنا ما روى عن سيدنا عثمان ؓ أنه قال فى المحال عليه إذا مات مقلّسا عاد الدين إلى نمة المحيل وقال : " لا توى على مال امرئ مسلم " وعن شريح مثل ذلك ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه فكان إجماعا .

ولأن الدين كان ثابتا فى نمة المحيل قبل الحوالة ، والأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء . قال النبی ﷺ : " الدين مقضى " إلا أنه الحق الإبراء بالقضاء فى السقوط ، والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء ، فبقى الدين فى نمته على ما كان قبل الحوالة . إلا أنه بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى ، لأن حياة الدين بالمطالبة ، فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الإحياء فعادت إلى محلها الأصلي (١) .

(١) بدائع الصنائع ١٨/٦ .

الفصل الثالث

فيما يخرج به المحال عليه عن الحوالة

ورجوع المحال على المحيل

المبحث الأول

ما يخرج المحال عليه عن الحوالة

يخرج المحال عليه عن الحوالة بانتهاء حكمها ، وهو ينتهى بأمر منها :

١ - فسخ الحوالة إذا كانت باقية : لأن فيها معنى المعاوضة بالمال فكانت محتملة للفسخ ، ومتى فسخت تعود المطالبة للمحيل .

٢ - التوى : وهو عند أبى حنيفة بواحد من أمرين لا ثالث لهما :

الأمر الأول : موت المحال عليه مقلّسا (١) ، والأمر الثانى : إنكار المحتال عليه للحوالة وحلفه وليس للمحال ولا المحيل بينة عليها . وعند صاحبين أن التوى يتحقق بأمر ثالث : هو إفلاس المحال عليه حال حياته بناء على حكم القاضى . وعند أبى حنيفة لا يقضى بذلك (٢) .

٣ - أداء المحال عليه المال إلى المحال ، فإذا أدى خرج عن الحوالة ، إذ لا فائدة فى بقائها بعد انتهاء حكمها .

٤ - أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله .

(١) بأن لم يترك مالا ولا عينا ولا ديناً .
(٢) بدائع الصنائع ١٨/٦ ، مجمع الأنهر ١٤٨/٢ .

المبحث الثاني

(١) الرجوع على المحيل

الكلام في الرجوع ينقسم إلى قسمين : القسم الأول : في شروط الرجوع ، والقسم الثاني : فيما يرجع به .
أولا : شروط الرجوع : لكي يرجع المحال أو المحال عليه على المحيل بالدين المحال يستلزم توافر الشروط التالية :
الشرط الأول : أن تكون الحوالة بأمر المحيل ، فإن كانت بغير أمره لا يرجع ، بأن قال رجل " وهو المحال عليه " للطالب " وهو المحال " إن لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على ، فرضى بذلك الطالب دون أمر من المحيل ، جازت الحوالة ، إلا أن المحال عليه إذا أدى لا يرجع على المحيل ، لأنها إذا كانت بأمر المحيل يكون مملكا للدين من المحال عليه فكان له أن يرجع بذلك على المحيل . وأما لو كانت بغير أمره لم يوجد معنى التملك فلا تثبت للمحال عليه ولاية الرجوع .

الشرط الثاني : أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه . ويندرج في ذلك ما لو ورث المحال عليه الدين ، لأن الإرث من أسباب الملك فإذا ورثه فقد ملكه . ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل ، لأن الإبراء إسقاط حقه . فلم يملك المحال عليه شيئا فلم يرجع .

الشرط الثالث : أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله ، فإن كان لا يرجع ، لأن الدينين إذا التقيا حصلت المقاصة بينهما . لأنه لو رجع على المحيل لرجع عليه المحيل أيضا ولا فائدة في ذلك لأى منهما ، فبطل حق الرجوع .

(١) المرجع السابق ١٩/٦ .

ثانيا : ما يرجع به المحال عليه على المحيل :

يرجع المحال عليه على المحيل بالمحال به لا بما أدى . حتى لو كان المحال به جنيهاً فدفعت المحال عليه دنائير بدلا منها أو العكس باعتبارهما متصارفان جاز . ويراعى فيه شرائط الصرف ، حتى لا يجوز لهما الافتراق قبل القبض ، ولا اشتراط الأجل ، ولا اشتراط الخيار . فإذا حدث ذلك بطل عقد الصرف وعاد الدين على ما كان .

وأما إذا صح الصرف بشروطه فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى ، لأن الرجوع بحكم الملك ، وهو يملك الدين لا المؤدى .

صلح المحال للمحال عليه :

لو صالح المحال المحال عليه فيما أن يصالحه على جنس حقه ، وإما أن يصالحه على خلاف جنس حقه : فإن صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لا بما دفعه ، لأنه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به . وإن صالحه على خلاف جنس حقه بأن صالحه من الجنيهاً على ريالاً أو نحو ذلك ، كان له أن يرجع بالدين لا بالمؤدى . لأن المصالحة على خلاف الجنس معاوضة معنى ، والمؤدى يصلح أن يكون عوضاً عن كل الدين .

اختلاف المحال والمحيل :

لو اختلف المحال والمحيل فقال المحال : لم يكن لك على شيء وإنما أنت وكيل في القبض ، والمقبوض لى ، وقال المحال لا بل أحتلتى بدين لى عليك ، فالقول قول المحيل مع يمينه ، لأن المحال يدعى عليه ديناً وهو ينكر ، والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه (١) .

(١) بدائع الصنائع ١٩/٦ .

الباب السادس

الشركة

الفصل الأول

التعريف بالشركة وشروطها

تعريف الشركة:

الشركة لغة : الاختلاط على الشيوخ ، ومنه قول الله تعالى: ﴿ أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله ﴾ (١).

واصطلاحاً : عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح .

حكم الشركة والأصل في مشروعيتها :

الشركة جائزة لأنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فأقرهم على ذلك ولو لم تكن جائزة لأنكرها ﷺ ، وأيضاً فإن الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا يتعاملون بها ولم ينكرها أحد فكان إجماعاً .

المبحث الأول

أنواع الشركة

الشركة نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود .
فشركة الأملاك ، كالعين يرثها الرجلان ، أو يشتريانها ، أو توهب لهما ، أو يوصى لهما ، أو يتصدق بها عليهما فيقبلا ذلك ، فتصير العين مشتركة بينهما . ومن ذلك أن يختلط المالان دون اتفاق ومن غير تدخل منهما .

(١) سورة الشورى من الآية ٢١ .

وفي هذا النوع من الشركات يكون لكل من الشريكين الحق في بيع نصيبه من شريكه ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط .

ولا يكون لأحد الشريكين أن يتصرف في حق شريكه إلا بإذنه ، لكونه أجنبياً عنه .

وشركة العقود : هي التي تتم بعقد شركة بين المتشاركين .
وركنها : الإيجاب والقبول بلفظ الشركة وما في معناه .
كأن يقول أحدهما للآخر شاركك في كذا وكذا ، أو في عموم التجارات ويقول الآخر قبلت .

والشرط في شركة العقد : أن يكون عقد الشركة قابلاً للوكالة ، فيخرج الاحتطاب والاصطياد . وعقد الشركة في هذه الحالة يتضمن الوكالة وإن لم ينصا عليها ، لأن المقصود من الشركة هو حصول الربح بالتجارة ، والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة ولم توجد الولاية فبقيت الوكالة حكماً ضرورة تحقق الغاية من الشركة وهي حصول الربح .

أنواع شركة العقد

تنقسم شركة العقود إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : شركة الأموال :

وهي أن يشترك اثنان في رأس المال فيقولان : اشتركتنا فيه على أن نشترى ونبيع معا . أو أطلقا على أن ما رزق الله ﷻ من ربح فهو بيننا على شرط كذا .

النوع الثاني : شركة الأعمال :

وتسمى أيضاً بشركة الأبدان أو الصنائع أو التقبل ، وهي أن يشتركا على عمل من الخياطة أو الصباغة أو غيرهما

المبحث الثاني شركة الأموال

أولاً : شروط شركة الأموال :

الشروط اللازمة لصحة عقد شركة الأموال على نوعين :

النوع الأول : شروط عامة في شركة العقد .

وهي قابلية المحل للوكالة ، وأهلية الشريكين ، وتحديد ما يخص كلا منهما من الربح مشاعاً دون تحديد مبلغ معين .
فأما الشرط الأول فقد سبق ذكره ، وإليك بيان الشرطين الآخرين .

الشرط الأول : أهلية التوكيل والتوكل : لأن الوكالة وهي تفويض التصرف للشريك الثاني لازمة في كل الشركات ، لأن كل قسم منها يستلزم التوكيل بحيث يكون للشريك الثاني التصرف في نصيب الأول من بيع وشراء ، وتقبل للعمل والأجر ونحو ذلك .

وعلى ذلك فيشترط في كل منهما العقل كما هو مشترط في باب الوكالة .

الشرط الثاني : معلومية الربح : فإن كان مجهولاً تفسد الشركة ، لأن المعقود عليه هو الربح ، فإذا جهل أوجبت هذه الجهالة فساد العقد .

ويجب أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة وليس معيناً ، فإن عيناً مبلغاً ثابتاً فسدت ، لأن مقتضى العقد الشركة في الربح ، والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المتفق عليه لأحدهما فلا تتحقق الشركة في الربح .

فيقولان : اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله من أجره فهي بيننا على شرط كذا .

النوع الثالث : شركة الوجوه :

وهي أن يشتركا وليس لهما مال ، لكن لهما وجاهة عند الناس ، فيقولان : اشتركنا على أن تشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على شرط كذا . وسمى هذا النوع بشركة الوجوه ، لأن الناس لا تباع في العادة نسيئة إلا للوجيه من الناس عادة . وتسمى هذه الشركة أيضاً بشركة المفاليس .

وكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة إما شركة مفاوضة ، وإما شركة عنان . فصارت الأنواع ستة .
وإليك تعريف شركة العنان وشركة المفاوضة .

شركة العنان : هي أن يشترك اثنان في نوع من أنواع الطعام ، وفي عموم التجارات ولا يذكرون الكفالة في العقد ، والعقد هنا ينعقد على الوكالة لما بينا سابقاً ، ولكنه لا ينعقد على الكفالة ، لأن معنى العنان الإعتراض والظهور ، يقال عن له كذا أي عرض وظهر ، وهذا لا ينبئ عن الكفالة .

شركة المفاوضة : وهي في اللغة المساواة . سمي هذا النوع بذلك لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك . وقيل : هي من التفويض ، لأن كلا منهما يفوض صاحبه في التصرف على كل حال .

وفي الاصطلاح : أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما ، وتصرفهما ، ودينهما ، يفوض كل منهما أمر الشركة إلى صاحبه دون تقييد بشئ .



وقد ذكر الكاساني حيلة في جواز الشركة بالعروض ليس مجال ذكرها هنا (١).

الشرط الثاني : أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرة :
فلا تجوز بالدين أو المال الغائب ، عانا كانت أو مفاوضة
لأن المقصود من الشركة الربح ، وذلك يكون بالتصرف ،
ولا يمكن ذلك في الدين ولا المال الغائب . والمعتبر في
حضور المال وقت الشراء لا وقت العقد ، لأن المقصود
يحصل بذلك .

وهل يشترط خلط المالين ؟

اشتراط الشافعية ذلك وقالوا باشتراط خلط المالين بحيث لا
يتميزان ، ولا بد عندهم أن يكون الخلط عند العقد ، وهذا مذهب
زفر .

ومذهب علمائنا الثلاثة أن ذلك ليس بشرط . وينبنى على
ذلك أنه إذا كان المالان من جنسين بأن كان لأحدهما دراهم
ولآخر دنانير فالشركة جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعي ،
وكذلك إذا كانا من جنس واحد ولكن بصفتين مختلفتين ، كما لو
كان أحدهما ذهبا والآخر فضة (٢) ولا يشترط العلم برأس المال
عندنا وقت العقد ، وعند الشافعي أن ذلك شرط الجواز . لنا :
أن الجهالة لا تمنع الجواز لعينها ، بل لإفضائها إلى المنازعة ،
وهذا لا يحدث هنا ، لأنه يعلم مقداره وقت الشراء فلا يؤدي
إلى جهالة مقدار الربح وقت القسمة .

(١) بدائع الصنائع ٥٩/٦ .

(٢) وعن زفر أن هذا الشرط مختص بشركة المفاوضة دون العنان . ولكن

الطحاوي ذكر أن ذلك شرط فيهما عند زفر . بدائع الصنائع ٦٠/٦ .

النوع الثاني : شروط خاصة بشركة الأموال :

الشرط الأول : أن يكون رأس مال الشركة من الأثمان
المطلقة التي لا تتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير ، سواء كانت
هذه الشركة عانا أو مفاوضة ، فلا تصح الشركة في العروض
عند عامة العلماء . ومذهب مالك أن هذا ليس بشرط ، حتى
تجوز الشركة عندهم في العروض مطلقاً ، سواء كانت من
ذوات الأمثال أو من ذوات القيم ، ويجعلون قيمتها رأس المال
وقت العقد .

والصحيح مذهب العامة ، لأن معنى الوكالة من لوازم
الشركة ، والوكالة التي تتضمنها الشركة لا تصح في العروض
وتصح في الدراهم والدنانير ، لأن من قال لغيره بع عرضك
على أن ثمنه بيننا لا يجوز ، وإذا لم تجز الوكالة التي هي من
لوازم الشركة لم تصح الشركة (١).

ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند
القسمة ، لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها ،
والقيمة معروفة بالحزر والتخمين فتصير مجهولة ويصير
الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة ، وهذا المعنى
غير موجود في الأثمان المطلقة .

ولأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن ، والعروض
غير مضمونة بالهلاك ، لأنها تتعين بالتعيين ، وإذا كانت كذلك
فالشركة فيها تؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه .

(١) بدائع الصنائع ٥٩/٦ ، عقود الشركات د . عتيقي ص ٤٦ .

٣ - شمول رأس مال الشركة لجميع أموال الشركاء التي تصلح للشركة :

ومعنى ذلك : أنه يجب أن يتفق الطرفان على أن تدخل كل أموالهما التي تصلح للشركة في رأس المال وإلا صارت الشركة عنانا ، ولكن لا يشترط المساواة في الأموال غير الداخلة في الشركة ، فيجوز التفاضل في الأموال التي لا تدخل تحت العقد ، كالعروض والعقارات ، والديون ، أو الأموال الغائبة . وتكون حينئذ بمنزلة التفاضل في الأزواج والأولاد .

٤ - المساواة في الربح : فإن شرط التفاضل فيه لم تكن مفاوضة ، بل تصير عنانا .

٥ - أن يكون التفويض عاما في جميع أنواع التجارات ، فلا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة . وبناء على ذلك فلا تجوز شركة المفاوضة بين المسلم والذمي ، لأن الذمي يختص بتجارة لا تجوز للمسلم ، وهي تجارة الخمر والخنزير فلم تتحقق المساواة التي هي معنى المفاوضة . وهذا قول أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف أنه تجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة ، فلا عبرة بزيادة تصرف يملكه أحدهما^(١) .

(١) كالمفاوضة بين الحنفي المذهب والشافعي المذهب جائزة ، مع أنهما يتفانان في التصرف في متروك التسمية عمدا ، حيث يجوز ذلك عند الشافعية دون الحنفي . البناية ٨٤/٦ .

الشرط الثالث : أن يكون العمل في رأس المال على جميع الشركاء :

ولا يشترط أن ينص على ذلك في العقد ، لأن ذلك من مقتضاه إذ أن الوكالة متضمنة في العقد فيجعل لكل منهم ولاية العمل في رأس المال ، وبناء على ذلك فلو اشترط فيها منع أحدهما من العمل لم يجز ، لأن ذلك مناف لمقتضى عقد الشركة .

النوع الثالث : شروط خاصة بشركة المفاوضة :

يضاف إلى الشروط العامة المتقدمة في شركة الأموال شروط خاصة بشركة المفاوضة من هذا النوع ، وهذه الشروط هي :

١ - أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة ، بأن يكونا حرين عاقلين بالغين . لأن مقتضى عقد المفاوضة أن يكفل كل منهما صاحبه ، إضافة إلى كونه وكيلًا عنه ، فما يجب على واحد منهما يكفله صاحبه عنه ، على اعتبار أنهما متساويان في موجبات التجارة ، بسبب استوائهما في الربح والتصرف ورأس المال .

٢ - المساواة في رأس المال قدرا وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف ، حتى لو كان المالان متفاضلان قدرا لم تكن مفاوضة . ولا بد مع اشتراط المساواة في القدر من اشتراط المساواة في القيمة ، حتى لو كان مال أحدهما صاحبا والآخر مكسرة ، وبينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في المشهور من مذهبنا^(١) .

(١) بدائع الصنائع ٦١/٦ .

لفظ يدل على المفاوضة ، لأن العبرة في المعقود لمعانيها لا عين ألفاظها .

هذه هي الشروط الخاصة بالمفاوضة ، فإن توافرت كان العقد مفاوضة ، وإن اختلف شرط منها كانت الشركة عنانا ، لأن الشركة تضمنت العنان وزيادة ، فبطان العنان لا يوجب بطان المفاوضة (١) .

وأما مفاوضة المسلم للمرتد فلا تجوز عندهما كما لا تجوز بين المسلم والذمي . وأما أبو يوسف فقياس قوله في الذمي أنه يجوز ، لكنه فرق بينهما من حيث أن ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ، بدليل أنه لو قضى قاض بزوال ملكه وبطلان تصرفه نفذ قضاؤه ، فلم يستويا في التصرف ، فلا تجوز المفاوضة بينهما عنده ، خلافا للذمي . ولو فافوض مرتده فلا يجوز . وهذا على قولهما واضح لأنهما لا يجيزان المفاوضة بين المسلم والكافر . وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن تجوز ، لأن الكفر غير مانع من المفاوضة عنده ، وإنما المانع نقصان الملك والتصرف ، وهذا لا يوجد في المرأة . وأما مفاوضة المرتدين بعضهم لبعض ، أو مشاركتهم لبعضهما في شركة العنان ، فذلك موقوف عند أبي حنيفة لحين ظهور أحدهما . فإن أسلما جاز عقدهما ، وإن قتل على ردتها ، أو ماتا ، أو لحقا بدار الحرب بطل العقد . وعند صاحبين أن شركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة . وأما مفاوضتهما فلا تصح . وهذا على أصل أبي يوسف واضح ، لأن نقصان الملك يمنع المفاوضة عنده . وأما عند محمد فلأن المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت ، وكفالة المريض لا تصح إلا من الثلث ، والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق .

٦ - أن يكون العقد بلفظ المفاوضة . لأن لها شروط خاصة لا تندرج إلا لفظ المفاوضة . وليس من اللازم أن يستخدم لفظ المفاوضة حرفيا ، بل كل ما يدل عليه تقوم به شركة المفاوضة . لأن العوام من الناس قلما يقفون على ألفاظ اللغة الصحيحة ، وهذه العقود تجرى بينهم ، فصحت بكل

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٢٠ .



الفصل الثاني

المفاوضة والعنان في شركات الأموال

وما يتعلق بها من أحكام

المبحث الأول

مشروعية شركة الأموال بنوعيهما

أما شركة العنان فهي جائزة بالإجماع . وقد سبق لنا بيلن أدلة المشروعية عند الكلام عن عقد الشركة اجمالاً . ويضلف إلى ذلك دليل من المعقول وهو أن العقود إنما شرعت لمصلحة العباد ، وحاجتهم إلى استئناء المال متحققة . وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً . ولأنه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة بالإجماع .

وأما شركة المفاوضة ، فقد حصل اختلاف بين الفقهاء في مشروعيتها :

فقد نقل عن الإمام مالك أنه قال : لا أعرف ما المفاوضة . وأبطل الشافعية هذا النوع من الشركات .^(١) ، لأن الكفالة في المفاوضة بمجهول ، والكفالة بالمجهول غير جائزة حال الانفراد فكذا في حال اجتماعها مع الشركة .

والرد على الإمام مالك في قوله السابق يكون بواحد من أمرين :

الأمر الأول : أنه إن أراد بعدم المعرفة المعنى اللغوي ، فقد بينا معناها سابقاً وأنها تنبئ عن المساواة .

(١) عمدة السالك ص ٢٥٤ .

والأمر الثاني : أنه إن عني بعدم المعرفة . الجواز من عدمه ، فقد عرفنا رسول الله ﷺ الجواز بقوله ﷺ : " تفاوضوا فإنه أعظم للبركة " .^(١)

وقوله : " إذا فاضتم فأحسنوا المفاوضة " .^(٢) وروى ابن ماجة في سننه في كتاب التجارات أن رسول الله ﷺ قال : " ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمفاوضة ، واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ، وأيضاً عرفنا الجواز بالعقل ، لأنها مشتملة على أمرين جائزين " وأيضاً عرفنا الجواز بالعقل ، لأنها مشتملة على أمرين جائزين ، وهما الوكالة والكفالة ، فلما جاز كل منهما بانفراده جاز في حالة الاجتماع . وأما الشافعية فيرد عليه ، بأنه وإن كان المكفول له مجهولاً في عقد الشركة ، لكن هذا النوع من الجهالة معفو عنه هنا وإن لم يعف عنه منفرداً . كما في شركة العنان ، فإنها تشتمل على الوكالة العامة وإن كان هذا التوكيل لا يصح حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وهي صحيحة وإن كانت لا تصح من غير بيان في حال الانفراد . والكفالة بمجهول تثبت ضمن عقد الشركة وقد يثبت الشيء ضمناً وإن لم يثبت قصداً كعزل الوكيل يصح في عقد الوكالة المنفردة ولا يصح في عقد الشركة .

(١) هذا الحديث مروي في كتب فقه الحنفية وأنكره خصومهم .

(٢) قال صاحب البناية : " غريب " البناية ٨١/٦ .

المبحث الثاني أحكام شركة العنان

لا يراعى فى شركة العنان شروط شركة المفاوضة كما أسلفنا . ولذلك تصح ممن له أهلية التصرف وإن لم يكن أهلا للكفالة فتصح من الصبى المأذون له فى التجارة ولا يشترط فيه البلوغ ، كذلك لا يشترط التساوى بين رأس المال فيجوز مع تفاضل الشريكين ، ولا يشترط دخول أموالهما التى تصلح للشركة جميعها إلى الشركة كما هو الحال فى المفاوضة بينهما ، كما يجوز أن يشتركا فى عموم التجارة ، أو فى نوع خاص منها ، ولا يشترط لفظة العنان فيها ، لأن اشتراط اللفظ فى المفاوضة ، كان لوجود شروط خاصة لها ، فأما العنان فلا يشترط فيها شئ خاص بها .

كيفية اقتسام الربح فى شركة العنان .

ذكر الكاسانى من الحنفية أن الربح إنما يستحق بواحد من ثلاثة :

أولا : المال . ثانيا : العمل . ثالثا : بالضمان .

أما ثبوته بالمال فظاهر ، لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ، ولهذا استحق رب المال الربح فى المضاربة . وأما ثبوته بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك . وأما ثبوته بالضمان فعلا بقوله ﷺ : " الخراج بالضمان " وأيضا فلو أن صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن أعطاه لغيره ليعمل فيه بأقل مما أُنفق عليه الأول طاب له

الفضل ، ولا سبب لاستحقاق الفضل للأول فى هذه الصورة إلا الضمان فثبت أن كل واحد من هذه الثلاثة سبب صالح لاستحقاق الربح .

إذا تقرر ذلك فمتى اتفق المتعاقدان على أن يكون الربح بينهما بقدر المالين متساويا أو متفاضلا جاز عندنا ويكون الربح بينهما على ما شرطا ، سواء اشترطا العمل عليهما أو على أحدهما عملا بقوله ﷺ : " المسلمون على شروطهم " والوضعية عليهما بقدر المالين ، لأنها اسم لجزء هالك من المال ، فيقدر بالمال .

وإن كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلا من الربح عن الثانى ينظر : فإن شرط العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط عند أبى حنيفة وصاحبيه ، وعند زفر لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله ، وهو مذهب الشافعى ^(١) .

وسبب الجواز عندنا يعود إلى ما قدمناه من أن الربح تارة يكون بالمال ، وتارة يكون بالعمل ، وتارة يكون بالضمان وسواء عملا جميعا أو عمل أحدهما فالربح بينهما على ما شرطا ، لأن استحقاق الربح بشرط العمل لا بوجوده بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح وإن لم يوجد منه العمل ، لوجود شرط العمل فى المضاربة عليه . والوضعية فى هذه الصورة أيضا .

(١) اشتراط الفضل فى الربح لا يجوز فى شركة الأملاك بالاتفاق ، حتى لو اتفق الشريكان فى شركة الملك للماشية ، أن يكون لأحدهما فضل من أولادهما أو ألبانها لم تجز بالإجماع . بدائع الصنائع ٦٢/٦ .

الفصل الثالث

شركة الأعمال

شركة الأعمال كغيرها تتنوع إلى نوعين : مفاوضة ،
وعنان .

المبحث الأول

المفاوضة في شركة الأعمال

المفاوضة في شركة الأعمال تستلزم شروطا خاصة إضافة
إلى الشروط العامة في الشركات والتي سبق بيانها . فمن
شروطها :

- ١ - أهلية الكفالة ، وذلك بالبلوغ والعقل .
- ٢ - التساوى في الأجر ، لأن المفاوضة مبنية على
المساواة .
- ٣ - مراعاة لفظة المفاوضة . وقد سبق بيان هذه الشروط
في شركة الأموال .

ثانيا : العنان في شركة الأموال :

لا يشترط لشركة العنان أيا من الشروط المتقدمة في
المفاوضة ، وإنما تشترط أهلية التوكيل والتوكل ، وذلك بالعقل ،
فتجوز من الصبي المأذون له في التجارة .

ولا يشترط في شركة الأعمال اتحاد الصنعة فتجوز إن
اتفقت أعمالها أو اختلفت . فتجوز الشركة إن كان أطرافها من

وإن شرطنا العمل على أحدهما والمسألة بحالها ، فإن
شرطناه للذى شرطنا له الفضل جاز ، والربح بينهما على ما
اشترطنا . فيستحق ربح رأس ماله ، والفضل مقابل عمله .
وإن شرطناه على أقلهما ربح لم يجز . لأن شرط الزيادة لم
يقابله مال ولا عمل ولا ضمان ، وقد بينا أن الربح لا يستحق
إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة . هذا إذا كان المالان متساويين .

فإن كانا متفاضلين وشرطنا التساوى في الربح فهو على هذا
الخلاف . بين زفر والشافعي من جهة وعلمانا الثلاثة من جهة
أخرى ، بمعنى أنه إذا شرطنا العمل عليهما وكانت زيادة الربح
لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله فهو جائز . وعند زفر لا
يجوز إلا أن يكون الربح بقدر رأس المال . فمن له زيادة فيه
وجب أن يكون له زيادة في الربح بقدره .

وإن اشترطنا العمل على أحدهما ، فإن شرطناه على الذى
رأس ماله أقل جاز ، ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل
مقابل عمله . وإن شرطناه على صاحب الأكثر لم يجز ، لأن
زيادة الربح في حق صاحب الأقل لم يقابله مال ولا عمل ولا
ضمان .

المبحث الثاني

أحكام شركة الأعمال

أ - عقد المفاوضة في شركات الأعمال :

من أحكام هذا العقد أن ما يلزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالبه به من ثمن صابون أو أجرة أجير أو إيجار حانوت ونحو ذلك . كما يجوز إقرار أحد الشريكين على نفسه وعلى شريكه بالدين ، وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه في عقد المفاوضة . ولو أقر أحدهما بشئ في أيديهما أنه للغير وأنكر الآخر قبل إقرار المقر ونفذ في حق صاحبه .

ب - عقد العنان في شركة الأعمال :

يترتب على عقد العنان في شركة الأعمال ما يأتي :

١ - أن لكل من الشريكين أن يتقبل العمل ، ومتى تقبله لزمه هو وشريكه . لأن مقتضى عقد الشركة أن كلا منهما قد أذن له صاحبه في تقبل العمل عليه فصار وكيله فيه .

٢ - لكل من الشريكين أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة ، لأنه قد لزمه كل العمل فله المطالبة بكل الأجرة ، وأيها أخذ الأجر من طالب العمل برئ ، لأنه دفع الأجر لمن له حق أخذه منه . وإذا أخذ أي منهما الأجر وجب عليه وعلى صاحبه ضمان العمل .

٣ - لا يشترط التساوى في العمل بينهما ، بل الأجر يكون على ما شرطاً ، ولو لم يعمل أحدهما بأن مرض أو سافر ،

الأطباء فقط ، أو المهندسين فقط ، كما تجوز بين المهندسين والبناء أو النجار ، أو بين الخياط والصباغ ونحو ذلك . ومذهب زفر عدم الجواز إن اختلفت الصنعة ، لأن الشركة لا تجوز بالمالين عنده ، فكذا بالعملين . وعندنا يجوز بالمالين فيجوز بالعملين . ولأن استحقاق الأجر في هذه الشركة بضمان العمل ، والعمل مضمون عليهما سواء اتفق العملان أو اختلفا .

كما لا يشترط في شركة الأعمال أن يكون العمل عليهما متساوياً بل تجوز ولو كان العمل من أحدهما والحانوت من الآخر . قال الكاساني " لو أن رجلاً أجلس في دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس أن لا تجوز هذه الشركة ، لأنها شركة العروض ، لأن الحانوته من العروض ، وشركة العروض غير جائزة ، وفي الاستحسان جائزة لأن شركة الأعمال هي شركة التقبل ، وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل ، وشركة الأعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا ، لأن مبناها على الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه جائزة (١) .

(١) بدائع الصنائع ٦/٦٤ .

الفصل الرابع

شركة الوجوه وذكر الكلام في صفة الشركة

المبحث الأول

في بيان أحكام شركة الوجوه

ويشترط لشركة المفاوضة فيها أن يكونا من أهل الكفالة ، وأن يكون المبيع بينهما نصفين ، وأن يكون الربح بينهما كذلك ، كما هو الحال في شركة المفاوضة في كل الأنواع التي ذكرناها .

وأما العنان منها فلا يشترط فيها أهلية الكفالة ولا المساواة في ملك المبيع . حتى لو اشترطا بوجوههما على أن يكون المبيع بينهما نصفين أو ثلاثا أو أرباعا جاز كيفما اشتركا . ويكون ضمان الثمن بينهما على قدر ما اشترطا من الربح . فإن شرطا لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما لثمن المبيع . لأنه إذا زاد يكون ربح ما لم يضمن وقد نهى النبي ﷺ عنه .

فإن اعترض على ذلك بأن الربح كما يكون بالضمان يكون بالعمل فجاز أن يستحق أحدهما زيادة الربح بزيادة العمل ، فالجواب أن هذا مسلم لكم إذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة والعنان في شركات الأموال ، ولم يوجد ذلك هنا فلا يستحق الزيادة .

لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل ، لأن العمل قد يكون منه أو من غيره ، وإنما يستحق الأجر لوجود ضمان العمل منه ، وههنا شرط العمل عليهما ، فإذا عمل أحدهما دون الآخر يصير عاملا لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الثاني .

٤ - يجوز اشتراط التفاضل في الأجر إذا اشترطا التفاضل في ضمان العمل ، بأن شرطا لأحدهما ثلثي الكسب وللآخر الثلث ، وشرط أن يكون العمل عليهما بنفس النسبة . وسواء عمل الذي له الفضل أو لم يعمل طالما اشترطا العمل عليهما لما قدمنا .

ولو شرطا الكسب أثلاثا ولم يقسما العمل بينهما نصفين جاز ، لأنهما لما شرطا التفاضل في الكسب ، وهو لا يصح إلا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل في العمل وإن لم يذكره تصحيحا لتصرفهما عند إمكان التصحيح . ولو شرطا الكسب أثلاثا والعمل نصفين لم يجز ، لأن فضل الأجرة لم يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء .

٥ - الوضعية بين الشريكين تكون على قدر الضمان ، فلو اشترطا أن تكون الوضعية نصفين ، والعمل عليهما أثلاثا كانت الوضعية المشترطة باطلة ، لأنهما لو اشترطا في هذه الصورة أن يكون الربح نصفين لم يجز ، فأولى أن لا تكون الوضعية فيه إلا على قدر الضمان (١) .

(١) المرجع السابق ٧٦/٦ .

التصرف ، فيملك كل منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضاً ، وأما مال المضاربة ففي يد المضارب ، وله وحده ولاية التصرف دون رب المال ، فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار عروضاً (١) .

المبحث الثاني في صفة عقد الشركة

ونعنى به قابلية الشركة للفسخ باعتبارها من العقود الجائزة، والفسخ هنا لا يشترط فيه رضا الطرفين ، بل يجوز أن يقوم بذلك أحد الأطراف منفرد ولو لم يرض الطرف الآخر بشرط أن يكون بحضرته أى بعلمه ، ولو كان أحدهما غائباً وعلم بالفسخ فينفسخ العقد .

وأما لو لم يعلم بأن كان غائباً ولم يبلغه الفسخ لا يفسخ العقد ، لأن الفسخ من غير علم صاحبه اضرار به ، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه ، ولما كانت الوكالة متضمنة في الشركة اشترط فيها علم الوكيل وهو الطرف الثانى فى الشركة .

وهل يشترط أن يكون رأس المال عينا حتى يمكن الفسخ ؟ إذا لم يكن رأس المال عينا كالدراهم والدنانير ، وكان من العروض وقت الفسخ لم يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة قياساً على المضاربة ، فإن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف وكان المال دراهم ودنانير صح النهى ، ولم يكن له أن يشتري بالدراهم عروضاً . وإن كان المال وقت النهى عروضاً فلا يصح نهيه ، لأنه يحتاج إلى بيعها ليظهر الربح ، فكان الفسخ ابطالا لحقه فى التصرف .

وبعض مشايخ الحنفية يفرقون بين الشركة والمضاربة ، لأن مال الشركة فى يد الشريكين جميعاً ، ولهما جميعاً ولاية

(١) بدائع الصنائع ٧٧/٦ .

المبحث الثاني المبطلات الخاصة

١ - هلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء في شركة الأموال ، سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط ، لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات ، فإذا هلكت فقد هلك ما تعين العقد بعينه قبل إبرام العقد وحصول المعقود عليه فيبطل العقد . بخلاف ما إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل العقد حيث لا يبطل البيع ، لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات ، ثم إذا هلك أحد المالكين قبل الشراء هلك من مال صاحبه ، لأن الهالك مال يملكه أحدهما بيقين وهو أمانة في يد صاحبه ، فيهلك على صاحبه خاصة ، بخلاف ما إذا كان المالك من جنس واحد وخطأ ثم هلك فإنه يهلك مشتركاً ، لأننا لا نتيقن أن الهالك ملك أحدهما . ثم إذا تلف في يد أحدهما فالقول قوله في مقدار الربح والوضيعة مع يمينه عند عدم البينة ، وكذا إذا تجاحدا في تلف رأس المال كله أو بعضه أو نحو ذلك (١) .

٢ - فوات المساواة بين رأس مال الشريكين في شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها : لأن المساواة من شروط انعقاد شركة المفاوضة بالأموال كما سبق وبيننا ، وأيضاً فهذه المساواة من شروط بقاء تلك الشركة منعقدة ، لأنها مفاوضة في الحالين . وعلى هذا تبطل الشركة إذا تفاوضا والمال مستو ثم

(١) تبين الحقائق للزليعي ٦٤/٥ .

الفصل الخامس

مبطلات عقد الشركة ومفاسداتها

المبحث الأول مبطلات الشركة

هناك مبطلات للشركة عموماً ، وأخرى للبعض دون البعض .

المبحث الأول المبطلات العامة

- ١ - الفسخ من أحد الشريكين ، لأنه عقد جائز كما سبق وأسلفنا .
- ٢ - موت أحد الشريكين ، فأيهما مات انفسخت الشركة ، لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت ، سواء علم الثاني بموت الأول أو لم يعلم ، لأن كلا منهما وكيل عن صاحبه ، وموت الموكل يعزل الوكيل سواء علم أو لم يعلم ، حيث إن العزل هنا حكمي فلا يتوقف على العلم .
- ٣ - ردة أحدهما إذا لحق بدار الحرب ، وحكم القاضي بردته لحوقه ، لأن هذا بمنزلة الموت .
- ٤ - جنون أحدهما جنونا مطبقاً ، لأن الوكيل يخرج عن الوكالة به ، وجميع ما يخرج به الوكيل يبطل به عقد الشركة ، لتضمنها للوكالة كما سبق وبيننا .

المبحث الثاني الشركة الفاسدة

الشركة الفاسدة هي التي فاقها شرط من شروط الصحة فلا تفيد شيئاً مما ذكرنا من أحكام الشركة . وإنما يكون الربح فيها على قدر ما لكل منهما في رأس المال ، ولا أجر لأحدهما على صاحبه عند أبي حنيفة . وقال الشافعي له أجره فيما عمل لصاحبه . والراجح مذهبنا ، لأنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الأجر .

ومما ذكره فقهاؤنا من أنواع الشركات الفاسدة . الشركة في المباحات ، كالاصطياد والاحتطاب ، وقد ذكرنا سابقاً إن من شروط شركة العقد أن يكون العقد قابلاً للوكالة وهذا النوع من الشركات لا يقبل الوكالة ، وهو شرط مفتقد في هذا النوع ، لأن التوكيل في أخذ المباح باطل ، والقول بفساد هذا النوع من الشركات هو مذهب الإمام الشافعي ومذهب مالك وأحمد على خلافه من حيث يريان جواز هذا النوع من الشركات ، لأنها شركة أبدان فتجوز كما في شركة الصباغين .

وعلى ذلك فما جمعه من هذه المباحات يقسمانه بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وهو الأخذ والحيازة ، لأن هذه المباحات مما يملك بالاستيلاء والحيازة وما جمعه أحدهما أو أخذه منفرداً فه وله ، لوجود السبب منه وهو الأخذ والحيازة . وإن أعانه الآخر في الحمل بعد قلعه وجمعه من أحدهما فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ . لأنه استوفى منافعه

ورث أحدهما مالا مما تصح به الشركة كالدرهم والدنانير . لعدم المساواة بين المالين التي هي من معاني العقد . (١) ولو ورث عروضاً لا تبطل ، لأنها لا تصلح أن تكون رأس مال للشركة .

وكذا لو ورث ديوناً ما لم يقتضى تلك الديون ، لأنها قبل القبض لا تصلح أن تكون رأس مال للشركة ، وتبطل المفاوضة أيضاً لو ازدادت قيمة أحد المالين عن الآخر قبل الشراء كما لو كان لأحدهما درهم وللآخر دنانير ، وزادت قيمة أحدهما قبل الشراء تبطل المفاوضة .

(١) بدائع الصنائع ٧٨/٦ .



بمعقد فاسد فلزمه أجر مثله على الكمال عند محمد من أصحابنا،
وعند أبي يوسف له أجر مثله ، لا يجاوز به نصف ثمن الشيء
المحاز .

ومن صور ذلك أيضا : ما لو اشتركا في السقاية بأجر ،
وكان لأحدهما بغل ، وللآخر راوية من جلد أو غيره ، على أن
يكون الكسب بينهما لا تصح الشركة ، والكسب كله للذي استقى
وللآخر أجر مثل راويته إن كان العامل هو صاحب البغل ،
وإن كان هو صاحب الراوية فله الكسب وعليه مثل أجر البغل،
وسبب فساد الشركة هنا هو انعقادها على إحراز المباح وهو
الماء ، وقد بينا أن هذا النوع من الشركات فاسد .

وعلى قياس قول مالك وأحمد المتقدم ، ينبغي أن تجوز
على ما اتفقا عليه (١) .

ومن صور الفساد في شركة الأبدان ما ذكره الكاساني في
بدائعه حيث قال : إذا اشترك رجلان ولأحدهما بغل وللآخر
بعير على أن يؤجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو
بينهما فأجرهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم أن
هذه الشركة فاسدة ، ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل
ومثل أجر البعير ، أما فساد الشركة فلأن الوكالة على هذا
الوجه لا تصح . ألا ترى أن من قال لآخر : أجر بعيرك على
أن تكون الأجرة بيننا لا تصح الوكالة ، وكذا الشركة ، ولأن
الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها ، وأما

(١) البناية ١٣١/٦ .

قسمة الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلأن
الشركة إذا فسدت فالإجارة صحيحة ، لأنها وقعت على منافع
معلومة ببذل معلوم ، ومن حكم الأجرة أن تقسم على قيمة
المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين . وإن لم
يؤاجر البغل والبعير ولكنها تقبلا حمولة معلومة ببذل معلوم
فحملا الحمولة على ذلك فالأجر بينهما نصفين ، لأن هذه شركة
العمل ، لأن الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة عمل
الخيطة والقسارة ، فكان البذل بينهما على قدر الضمان ، وقد
اساويا فيه فيتساويان في الأجرة ، ولا عبرة بزيادة حمل البعير
على حمل البغل (١) .

حكم زكاة أحد الشريكين عن مال الآخر :

ليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه ،
لأن دفع زكاة صاحبه ليس من جنس التجارة .
فإن أذن كل منهما لصاحبه في أداء الزكاة عنه ، فأدى كل
منهما عن الآخر فإما أن يؤدي معا أو على التعاقب : فإن أديا
على التعاقب ضمن الثاني منهما سواء علم بأداء الأول أو لم
يعلم . وعندهما : لا يضمن إذا لم يعلم ، وإن علم ضمن .
وإن أديا معا ضمن كل منهما لصاحبه نصيبه الذي دفعه
عنه . وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق
على الفقير بعد ما أدى الأمر بنفسه .

دليل الصاحبين : أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى بما
أمر به ، لأن في وسعه التملك من الفقير لا وقوع المال على

(١) بدائع الصنائع ٦٤/٦ .

الباب السابع**كتاب القسمة****الفصل الأول****التعريف بالقسمة وبيان ماهيتها**

التعريف بالقسمة :

القسمة لغة : نصيب الإنسان من الشيء ، يقال : قسمت الشيء بين الشركاء أى أعطيت كل واحد نصيبه .

وشرعا : جمع نصيب شائع فى مكان معين .

وسبب القسمة : طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص حتى لو لم يوجد منهم طلب لا تصح القسمة . وإذا طلبها أحدهم وجب على القاضى إجابته على ذلك .

وركن القسمة : ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالمكيل فى المكيلات والموزون فى الموزونات ، والزرع فى المزروعات ، والعدد فى المعدودات .

وشرطها : عدم فوات المنفعة بالقسمة ، فإن فاتت المنفعة بالقسمة لم تقسم كالحائط والحمام والبئر والرحى ، لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة ، فإذا أدت إلى فواتها لم يجبر .
وحكمها : تعيين نصيب كل من الشركاء على حده .

جهة الزكاة ، لتعلق ذلك بنية الموكل ، والمرء لا بكلف إلا بما فى وسعه ، فلم يضمن الثانى للأول وإن لم يقع ما أداه زكاة .
ولأبى حنيفة أنه مأمور بأداء الزكاة ، والمؤدى فى هذه الحالة لم يقع زكاة ، فصار المأمور مخالفا ، فلما لم يحصل المقصود من الأمر وهو اخراج الأمر من العهدة صار المأمور معزولا حكما علم أو لم يعلم ، لن العزل الحكمى لا يشترط فيه العزل .



مشروعية القسمة

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع .

١ - فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وَبَيْنَهُمْ أَنْ الْمَاءَ قَسَمَةً بَيْنَهُمْ كُلٌّ شَرْبٌ مَحْتَضَرٌ ﴾ ^(١) وقوله تعالى : ﴿ لَهَا شَرْبٌ وَلَكُمْ شَرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ ﴾ ^(٢) وذلك في قصة ناقة صالح عليه السلام وشرعية من قبلنا شريعة لنا إذا لم ينكرها أحد .

وقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِذَا حَصَرَ الْقَسَمَةَ أُولَى الْقَرْبَى ﴾ ^(٣) .

٢ - وأما السنة : فإن النبي ﷺ بأشهرها في الغنائم والمواريث .

٣ - وأما الإجماع فإن التوارث قد جرى بها من غير نكير من أحد من الأئمة فكان إجماعا .

ماهية القسمة :

تشتمل القسمة مطلقا سواء كانت في المثليات أو القيميات على معنى الإفرار ، وهو أخذ عين حقه ، والمبادلة وهي أخذ عوض عن حقه .

وبيان ذلك أن كل جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة لا يخلوان من أن أحدهما ملك أحد الشريكين والآخر

(١) سورة القمر الآية ٢٨ .

(٢) سورة الشعراء الآية ١٥٥ .

(٣) سورة النساء الآية ٨ .

ملك صاحبه دون تعيين ، فكان نصف العين مملوكا لهذا والنصف مملوكا لذاك على الشيوع ، فإذا قسمت بينهما نصفين والأجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة ، فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد وأن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له ، وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع ، فلو لم تقه القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه ، بل يكون بعضه ملك صاحبه ، فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبهما من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض هو نصف نصيب صاحبه ، وهذا هو معنى المبادلة ، وأما معنى الإفرار فواضح في حق الأجزاء المملوكة له بعد تجنيبها في ملكه بالقسمة . وعلى ذلك تكون القسمة إفرارا لبعض الأنصباء ومعوضة للبعض الآخر للضرورة .

ثم إن معنى المبادلة قد يظهر في بعض الأعيان المشتركة أكثر من معنى الإفرار ، والعكس صحيح .

وبيان ذلك : أن القسمة قد تقع في أموال متغايرة ومتجانسة . أما المتغايرة فمثل الدور والأراضي المختلفة والثياب والدواب ونحو ذلك . ففي مثل هذه الأموال تقع القسمة معاوضة فيها معنى الإفرار للتفاوت بين أبعاضها ، فلم يمكنه أخذ عين حقه ولا مثله . وبناء على غلبة معنى المعاوضة في هذا النوع فإن الشريك لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، ولا يبيع حصته مرابحة بعد الشراء والقسمة ، لأنه ليس عين حقه ،



وليس من حق أحدهما أن يجبر الآخر على القسمة فى هذا النوع لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت ولو تراضوا على القسمة جاز ، لأن الحق لهم (١) .

أما الأموال المتجانسة فإما أن تكون فى غير المكيل والموزون كالثياب والدواب وفى هذه الحالة يكون معنى المعاوضة أظهر كما بينا . وللقاضى بناء على طلب أحد الشركاء أن يقسم الأعيان المشتركة هذه إذا كانت متماثلة كخيل مع خيل ، أو بقر مع بقر ، ونحو ذلك بعكس الخيل مع الغنم ونحوه (٢) وهذا لأن فى قسمة هذه الأنواع معنى الإفراز فى الجملة لتقارب المقاصد باتحاد الجنس أن الخيل يقصد بها الركوب ، والبقر يقصد منها اللحم وهكذا ، وإما أن تكون القسمة فى الأموال المتجانسة مما يجرى فيها الربا كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب ، ومعنى الإفراز فى هذه الحالة هو الأرجح لعدم التفاوض بين أبعاضها ، ويكون المقسوم مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يحصل عين حقه ، ولهذا جعل عين حقه فى القرض وقضاء الدين ، وبناء على ذلك فلأحدهما يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ، لأنه يأخذ عين حقه فلا يتوقف على رضا الآخر . ولأحدهما أن يبيع نصيبه من القسمة

(١) وهذا إذا أمكنه الوصول إلى حقه ، وأما إذا لم يمكن الوصول إلى حقه بدون المبادلة يجب كما فى قضاء الديون .

(٢) فإن قيل إن معنى المبادلة ينافى الإيجاب على القسمة ، فالجواب أن المبادلة مما يجرى فيه الجبر ، كما فى قضاء الدين ؛ فإنه يجبر عليه مع أنه يؤدى بدل ما فى ذمته . البناءة ٦١٠/٨ .

مراوحة بنصف الثمن ، لأن نصيبه عين ما كان مملوكا له قبل القسمة (١) وعدم اشتراط الرضا من الشريك فى قسمة الأموال المتجانسة سببه أن الأبى متعنت ، لأن المنفعة بعد القسمة تبقى فلا يتضرر بها ، وأما إن كانت المنفعة لا تبقى بل يتضرر كل منهما بها لم يقسمه القاضى عليهما بغير تراض منهما ، كما فى الحمام المشترك والبيت الصغير والحائط ، ونحو ذلك مما يحتاج إلى الشق والقطع :

حكم القسمة مجازفة فيما يجرى فيه الربا :

من المعلوم أن الربا يجرى عند الحنفية فى المكيلات والموزونات وبناء عليه فلا تجوز القسمة فيه إلا بالكيل إن كان مكيلا أو بالوزن إن كان موزونا ، ولا تجوز القسمة فى هذه الأموال مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة اعتبارا لمعنى المبادلة . وعلى ذلك فلو كان زرع مشترك بين رجلين فى أرض مملوكة لهما ، فأراد قسمة الزرع دون الأرض وقد سنبل الزرع لا تجوز القسمة ، لأن المجازفة فى بيع الأموال الربوية لا يجوز ، ولو أوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين ، أو أوصى باللبن فى الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب ، لأن الصوف واللبن من الأموال الربوية ، فلا يحتملان البيع مجازفة . ولأجل معنى المبادلة فى القسمة يدخل فيها خيار العيب كما يدخل فى البيع ، كما يدخل فيها خيار الرؤية وخيار الشرط فى الرواية المفتى بها فى المذهب (٢) .

(١) المرجع السابق ، مجمع الأنهر ٤٨٨/٢ .

(٢) البناءة ٦٠٩/٨ .

الفصل الثاني

شروط القسمة (١)

وهي على أنواع : بعضها يرجع إلى القاسم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم ، وبعضها يرجع إلى المقسوم له .

أ - الشروط التي ترجع إلى القاسم : وهي على نوعين : الأول شرط جواز ، والثاني شرط استحباب .

فأما شروط النوع الأول فهي :

١ - **العقل** : فلا تجوز قسمة الصبي والمجنون ، لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية .

فأما البلوغ : فليس بشرط لجواز القسمة ، حتى جازت القسمة من الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه . وأيضا فالإسلام ليس بشرط ، وكذا الذكورة ، والحرية ، وبناء عليه تجوز القسمة من الذمي والمرأة والمأنون ، لأن هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة .

٢ - **الولاية** : فلا تجوز القسمة بدونهما . والولاية على نوعين ، ولاية قضاء ، وولاية قرابة . والشرط في ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي الشيء المشترك عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم . ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة : فيقسم الأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد .

(١) بدائع الصنائع ١٨/٧ .

والأصل فيه أن كل من كان له ولاية البيع فله ولاية القسمة ، ومن لا فلا . ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة . وأما شروط النوع الثاني الذي هو من شروط الاستحباب فمن شرائطه ما يأتي :

١ - أن يكون القاسم عدلا أمينا عالما بالقسمة ، لأنه لو كان خائفا غير عدل ، أو جاهلا بأمور القسمة لا يجوز . لأن الأول يخاف منه الجور في القسمة . والجاهل يخاف منه ذلك أيضا ، لأن القدرة تعتمد على العلم بها .

٢ - أن يكون منصوبا من جهة القاضي ؛ لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير وعلى الغائب ، والأفضل أن يزرقه من بيت المال ليقسم بين الناس من غير أجر عليهم لأن ذلك أرفق بالمسلمين . ولأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبهه رزق القاضي من جهة أن منفعة نصب القاسم تعم العامة ، فتكون كفايته من مالهم ، أي في بيت مال المسلمين ، من أجل أن الغرم بمقابل الغنم ، فإن لم ينصب القاضي قاسما يزرقه من بيت المال نصب قاسما بأجر على المتقاسمين ، لن النفع لهم على الخصوص فكان الأجر عليهم . وفي هذه الحالة يقدر له القاضي أجر مثله كيلا يحكم بزيادة الأجر على قدر العمل . ولئلا يطمع في أموالهم ويتحكم في الزيادة .

وليس من حق الحاكم أن يجبر الناس على استئجار قاسم معين ، لأنه لا جبر على العقود (١) لأن الحق لهم ، فإذا رضوا

(١) ويقسم أجر المثل على عدد الرؤوس للمتقاسمين عند الإمام ، لأن تمييز الأقل من الأكثر لتمييز الأكثر من الأقل في المشقة . وعندهما على قدر السهام ، لأنه مؤنة الملك فيقدر بقدره . وبه قال الشافعي وأحمد وأصبغ من المالكية . مجمع الأنهر ٤٨٩/٢ .

ب - الشروط التي ترجع إلى المقسوم له : ومنها :

١ - أن لا يلحقه ضرر في نوعي القسمة ، وهي قسمة الجبر بواسطة القاضي ، وقسمة الرضا وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي ، وبيان ذلك :

أن كلا من نوعي القسمة إما أن يكون قسمة تفريق وإما أن يكون قسمة جمع .

أما قسمة التفريق فإما أن يكون المقسوم مما لا ضرر في تبعيضه بين الشريكين بل لهما فيه مصلحة ، وإما أن يكون في تبعيضه مضره .

فإن كان مما لا ضرر في تبعيضه أصلا بل فيه منفعة الشريكين كالملك والموزون والعددي المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيه قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا . لتحقيق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك . وإن كان في تبعيضه ضرر . فإما أن يكون الضرر واقعا على الشريكين وإما أن يكون الضرر واقعا على أحدهما وفيه مصلحة للآخر . فإن كان الضرر عليهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه نحو اللؤلؤة الواحدة ، والياقوتة ، والثوب الواحد والسرير والمصحف والجبة والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير ولا رحي والفرس والجمال والبقرة والشاة ، لأن القسمة في هذه الأشياء قسمة إضرار بالشريكين جميعا ، والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار ، وكذلك البئر والنهر والقناة والعين ، فإن كان مع أي من ذلك أرض قسمت وتركت البئر والقناة وما شاكلها على الشركة ^(١) .

(١) بدائع الصنائع ١٩/٧ .

بمن يتولى حقهم جاز كما في سائر الحقوق ، وعلى الحاكم أن يعين جماعة من القسام حتى لا يتحكم الواحد في الزيادة ، ولكنهم لا يشتركون جميعا في القسمة حتى لا تصير الأجرة غالبية بتواكلهم . وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خوف الفوت ، فيرخص الأجر بسبب ذلك .

ويصح للشركاء أن يصطلحوا فيقتسموا المال المشترك دون الرجوع إلى القاضي ، لأن كلا منهم له ولاته على نفسه ، وفي القسمة معنى المعاوضة فتتم بالتراضي ^(١) .

وإن كان في الشركاء صبي قسم عليه وليه أو وصيه كالبيع وسائر التصرفات ، فإن لم يوجد أحدهما فلا بد من أمر القاضي ، لأن القاضي ولي من لا ولي له . وكذا الأمر في المجنون والغائب ^(٢) .

٤ - المبالغة في تعديل الأنصباء والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان ، لئلا يدخل قصور في سهم ، وينبغي ألا يدع حقا بين الشريكين إلا ويقسمه إلا إذا لم يمكن ، وألا يضم نصيب أحد الشريكين إلى الآخر إلا إذا رضوا بذلك ، لاحتياجهما إلى القسمة ثانية .

٥ - أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ، ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ، ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه ، وهكذا ثم يقرع بينهم ، لأن القرعة لا يتعلق بها حكم بل لتطبيب القلوب ولورود السنة بها ، ولأنها أنفى للتهمة فكانت من السنة .

(١) المرجع السابق ، البنائة ٦١٣/٨ .

(٢) البنائة ٦١٤/٨ .

وإذا كان القاضى لا يملك قسمة الإيجار فى هذه الأشياء ، فإنها تجوز بتراضى الشركاء كما سبق وأسلفنا ، لأنهما يملكان الإضرار بأنفسهما . هذا إذا وقع الضرر عليهما . فإن كان المقسوم مما فى تبعية ضرر بأحدهما دون الآخر ، كالدار المشتركة بين رجلين ولأحدهما فيها نصيب قليل . فإن طلب صاحب الكثير القسمة قسمت اجماعا . لأن القسمة فى حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك ، وفى حق صاحب القليل نفع منعه له من الانتفاع بملك الغير ، إذ لا يقدر هو على الانتفاع بنصيبه القليل إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير فجازت ، وإن طلب صاحب القليل القسمة ففيه روايتان عندنا ^(١) . هذا عن أوجه قسمة التفريق .

وأما قسمة الجمع فهي أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حده ، وهي جائزة فى الجنس الواحد ، ولا تجوز فى الأجناس المختلفة ، لأنها عند اتحاد الجنس تقع تكميلا لمنافع الملك فكانت وسيلة لما شرعت له . وعند اختلاف الجنس تقع تقويتا لمنافع الملك لا تكميلا لها .

إذا تقرر ما سبق فلا خلاف على أن المثليات المتساوية من المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع ، وكذا الثياب والحيوان إذا كانت كلها من جنس واحد لأن التفاوت بقسمة الجمع فى هذه قليل ، وما هو كذلك فهو ملحق بالعدم . أو يمكن جبره بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه . ولا خلاف فى أنه لا يقسم ^(٢) فى جنسين من المكيل والموزون والعدي والمزروع قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز ، وكذا الخيل والبقر والغنم .

(١) بدائع الصنائع ٢٠/٧ .

(٢) المعنى أنه لا يجبر على القسمة بخلاف التراضى .

لأنها هذه الأشياء إذا قسمت بالجمع فإما أن تقسم باعتبار عينها ، وإما أن تقسم باعتبار قيمتها بأن يضم إلى بعضها دراهم أو دنائير ، ولا سبيل إلى الأول ، لأن فيه إضرارا بأحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس ، والقاضى لا يملك الجبر على الضرر ، ولا سبيل إلى الثانى ، لأن ذلك قسمة فى غير محلها ، لأن محلها الملك المشترك ولم يوجد فى الدراهم . ولو اقتسما بأنفسهما أو تراضيا على القسمة فى هذا النوع جازت القسمة .

٢ - وجود الرضا من الشركاء إن كانوا من أهل الرضا ، وإلا فالمعتبر رضا من يقوم مقامهم من الأب والوصى ، فإن لم يكن لهم ولى ولا وصى فاققسموا كانت القسمة باطلة .

٣ - حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم فى نوعى القسمة . حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلا ، وليس القاضى أن يقسم على الغائب إلا إذا وجد عنه خصم حاضر . ولكنه لو قسم لا تنتقض قسمته ، لأنه صادف محل اجتهد فلا ينقص .

٤ - البينة فى قسمة القضاء فى حالة الإقرار بميراث عند أبى حنيفة ، وعندهما ليست بشرط ويقسم بإقرارهم .

جملة الكلام فى هذا الشرط أن جماعة إذا جاءوا إلى قاض وهم عقلاء بالغون أصحاء فى أيديهم مال فأقروا أنه ملكهم وطلبوا القسمة فهذا لا يخلو من وجهين : إما أن يقولوا بالملك مطلقا ، وإما أن يقولوا بالملك بسبب . فإن أقروا بالملك المطلق عن السبب قسم القاضى عليهم المال بإقرارهم ، متقولا كلن أو عقارا إذا لم يكن فيهم كبير غائب ، لما ذكرنا سابقا من اشتراط حضرة الشركاء جميعا أو من يقوم مقامهم ، ولم يوجد ذلك هنا لأن الخصوم لا يصلحون للقيام مقام الغائب .

عبارة عن افراز ومبادلة ولا يصح ذلك إلا فى المملوك ،
وعلى ذلك فلو استحق العين المقسومة تبطل القسمة .

موجبات نقض القسمة

الذى يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها :

١ - ظهور دين على الميت بعد مطالبة الغرماء بديونهم :
وهذا إذا لم يقضى الورثة الدين من مال أنفسهم ولم يكن للميت
مال سواه .

٢ - ظهور الوصية : حتى إذا اقتسموا ثم ظهر موصى له
بالثالث نقضت قسمتهم ، لأن الموصى له شريك الورثة ، حتى
إنه لو هلك شئ من التركة قبل القسمة هلك على الموصى له
وعلى الورثة جميعا ، ويقسم الباقي بينهم على الشراكة .

٣ - ظهور الوارث بعد القسمة ، حتى لو اقتسموا ثم ظهر
أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم .

وإن أقروا بالملك بسبب فإما أن يذكرروا أن السبب هو
الميراث أو الشراء . فإن أقروا بالميراث وكان المال منقولا
قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق ، ولا تطلب منهم بينة . لأن
قسمة نظرا لحاجته للحفظ ، إذ إن العروض يخاف عليها من
التوى والتلف ، وفى القسمة تحصين وحفظ لها . ولأن المنقول
مضمون على من وقع فى يده بعد القسمة ، وفى ذلك نظرا
للميت (١) .

وإن كان المال عقارا فلا يقسم عند أبى حنيفة حتى يقيموا
البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة ، وعند الصحابين
يقسم بينهم بإقرارهم ويذكر فى صك القسمة . أنه قسمها بقولهم
ليقتصر الحكم بالقسمة عليهم ولا يتعدى إلى شريك آخر لهم ،
وبهذا قال الشافعى .

وجه قول أبى حنيفة : أن القسمة قضاء على الميت ،
والإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى غير المقر ، فلا بد من
البينة ، والعقار محصن بنفسه فلا يحتاج إلى القسمة بخلاف
المنقول لأنه غير محفوظ بنفسه ، هذا إذا أقروا بالملك بسبب
الميراث ، فإن أقروا بسبب الشراء من فلان الغائب وكان المال
منقولا قسم بينهم بإقرارهم بلا خلاف ، وإن كان عقارا يقسم
بإقرارهم بالاتفاق فى ظاهر الرواية (٢) .

ج - الشروط التى ترجع إلى المقسوم : وهى مجتمعة
فى شرط واحد هو أن يكون المقسوم مملوكا للمقسوم له وقت
القسمة ، فإن لم يكن مملوكا له لم تجز القسمة . لأن القسمة

(١) البناية ٦١٩/٨ .

(٢) وروى عن أبى حنيفة أنه لا يقسم إلا بالبينة كالميراث .

الفصل الثالث

قسمة المهايآت

وهي قسمة المنافع . فبعد أن ذكرنا أحكام قسمة الأعيان ننتقل إلى بيان قسمة المنافع والفرق بين قسمة الأعيان وبين التهايو أن الأول يجمع المنافع في زمان واحد ، والثاني يجمعها على التعاقب .

والمهايأة جائزة استحسانا ، وفي القياس لا تجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها ، وهي واجبة إذا طلبها أحد الشركاء ، وجه الاستحسان هو الكتاب والسنة والمعقول (١) .

١ - فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ (٢) .

٢ - ومن السنة : ما روى أن رسول الله ﷺ خرج إلى غزوة بدر مع أصحابه على نواضح المدينة ليس لهم ظهر غيرها ، فكان يخرج منهم الثلاثة على البعير الواحد بالتناوب ليس فيهم فارس غير مصعب بن عمير والمقداد بن الأسود . وروى عن عقبة بن عامر الجهني قال : كنا نتناوب في إيل الصدقة على عهد رسول الله ﷺ .

٣ - ومن المعقول : أن الأعيان خلقت للانتفاع ، فإذا كان الملك مشتركا كان الانتفاع مشتركا ، والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج إليها تكميلا للانتفاع .

(١) البناية ٦٨٣/٨ .

(٢) سورة الشعراء من الآية : ١٥٥ .

واعلم أن التهايو قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحدهما في ناحية ، والآخر في ناحية أخرى ، وقد يكون من حيث الزمان كالداية الواحدة يأخذها أحدهما يوما والآخر يوما ثانيا وهكذا .

ولا يشترط في التهايو من حيث المكان أن يوقتا وقتا معلوماً ، لأن المهايأة في هذه الحالة قسمة فتعتبر بقسمة العين ، لأن التهايو في هذا النوع افراز بجميع الأنصباء لا مبادلة (١) ، ولهذا فلكل واحد منهما أن يستقل بما أصابه بالمهايأة .

وأما التهايو الزماني في الدواب ونحوها ، أو في بيت صغير يسكنه هذا شهر والآخر مثله ، فيترتب على جواره أن يكون لكل واحد منهما أخذ الغلة في نوبته ، وأن يستغله بما شاء من الاستغلال كالتأجير والانتفاع ونحو ذلك .

ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان أو المكان والمحل يحتملها يأمرهما القاضي أن يتفقا ، فإن ظلا على اختلافهما يقرع القاضي بينهما .

وتجوز المهايأة في كل مختلفي المنفعة كسكني الدار وزرع الأرض ، وكذا الحمام والدار ، لأن كل واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة . بخلاف الثمر واللبن والنتاج ، لأنها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة إلى التهايو ، إذ المهايأة على المنافع لا على الأعيان .

(١) وسبب ذلك أن مبادلة المنفعة بجنسها غير جائزة عندنا .



فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	الباب الأول : الربا
٣	الفصل الأول : ماهية الربا
٤٦	الفصل الثاني : بحث تطبيقي حول بعض المسائل الخلافيه في الربا
١٠٧	الباب الثاني : السلم
١١١	الفصل الأول : أركان السلم وشروط صحته
١٢٦	الفصل الثاني : أحكام السلم ، وعقد الاستصناع
١٣٣	الباب الثالث : عقد الصرف
١٣٤	الفصل الأول : شروط الصرف
١٣٨	الفصل الثاني : أنواع الصرف
١٤٣	الباب الرابع : الكفالة
١٤٣	الفصل الأول : في التعريف بالكفالة وبيان أنواعها وشروطها
١٥٦	الفصل الثاني : آثار الكفالة ومسقطاتها
١٦٥	الباب الخامس : الحوالة
١٦٥	الفصل الأول : التعريف بالحوالة وبيان ركنها وحكمها
١٦٩	الفصل الثاني : في شروط الحوالة وأنواعها
١٧٤	الفصل الثالث : فيما يخرج به المحال عليه عن الحوالة ورجوع المحال على المحيل
١٧٨	الباب السادس : الشركة

صفة المهايأة :

المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة ، حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم القاضى بينهما ، وفسخ المهايأة ، لأنها خلق عن قسمة العين ، وقسمة العين أصل . ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة قبل المهايأة أجبره القاضى على القسمة ، فكان عقدا جائزا فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة (١) .

ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشريكين ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم بناء على طلب الحى ، فلا فائدة إذا من النقض ثم الاستئناف .

(١) مجمع الأنهر ٤٩٨/٢ .

الصفحة	الموضوع
١٧٨	الفصل الأول : التعريف بالشركة وشروطها
١٨٨	الفصل الثاني : المفاوضة والعنان فى شركات الأموال وما يتعلق بها من أحكام
١٩٣	الفصل الثالث : شركات الأعمال
١٩٧	الفصل الرابع : شركة الوجوه وذكر الكلام فى صفة الشركة
٢٠٠	الفصل الخامس : مبطلات عقد الشركة ومفسداتها
٢٠٧	الباب السابع : كتاب القسمة
٢٠٧	الفصل الأول : التعريف بالقسمة وبيان ماهيتها
٢١٢	الفصل الثانى : شروط القسمة
٢٢٠	الفصل الثالث : قسمة المهايآت
٢٢٣	فهرس الموضوعات