

• الفرع السادس: الإجارة بأجرة متغيرة:

من الصور التي يكون فيها العوض متغيراً بتغير الأسعار: الإجارة بأجرة غير محددة في العقد وإنما تكون مرتبطة بمعيار معلوم منضبط، لا مجال للنزاع فيه. ومن ذلك استئجار الأجير بطعامه وكسوته. ولأهل العلم في هذه المسألة قولان: أرجحهما الجواز. وهو قول المالكية، ورواية عن أحمد، والمعتمد عند متأخري الحنابلة. وبه أخذ المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وأكثر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية^(١).

واستدل أصحاب هذا القول بدليلين:

الأول: أن الله أباح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها بقوله: ﴿عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فيقاس عليه غيره؛ ولأن الأجرة وإن لم تكن معلومة عند العقد إلا أن لها عرفاً يرجع إليه عند التنازع.

والثاني: ما روى عتبة بن المنذر السلمي أن النبي ﷺ قال: «إن نبي الله موسى آجر نفسه بعفة فرجه وطعمة بطنه».

* ثانياً- مما يتعلق بشرط العلم-: العلم بالمبيع:

يتحقق العلم بالمبيع بأحد أمرين:

الأول: رؤيته وقت العقد أو قبله بزمان لا يتغير فيه المبيع غالباً، وهذه المدة تختلف بحسب نوع المبيع.

الثاني: وصفه صفة تكفي في السلم بأن يذكر ما يختلف به الثمن غالباً. وهذا إذا كان المبيع غائباً عن مجلس العقد.

ويندرج تحت هذا الفرع من شرط العلم مسائل:

• المسألة الأولى: بيع العين الغائبة:

المبيع إذا كان غائباً عن مجلس العقد إما أن يكون معيناً أو موصوفاً في الذمة، ولا خلاف على جواز بيع الموصوف في الذمة إذا وصف وصفاً نافياً للجهالة.

(١) انظر: المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك ص ١٣٨.

واختلفوا في بيع العين الغائبة على الصفة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز بيع العين الغائبة إذا علم المشتري جنسها مطلقاً، مثل أن يقول: بعثك سيارتي بدون أن يصفها للمشتري.

وهذا مذهب الحنفية واختيار ابن تيمية إلا أنه ضعفه في موضع آخر.

وأصحاب هذا القول أثبتوا للمشتري خيار الرؤية مطلقاً، بمعنى أن له الخيار في إمضاء البيع أو فسخه عندما يرى السلعة، سواء وجد المبيع كما وصف له أم لا، وسواء شرط ذلك في العقد أم لا.

القول الثاني: تحريم بيع العين الغائبة ولو عرف جنسها ووصفها. وهذا مذهب الشافعي في الجديد.

القول الثالث: جواز بيع العين الغائبة بشرط أن يصفها وصفاً منضبطاً بحيث يبين جنسها وصفاتها كاملة. وهذا مذهب المالكية والحنابلة واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

وعلى هذا القول فليس للمشتري خيار رؤية إلا إذا جاء المبيع على غير ما وصف له وتسميته خيار رؤية تجوز وإلا فإنه خيار خلف في الصفة وليس خيار رؤية.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

١. نهيه ﷺ عن الغرر، ومن الغرر أن يشتري ما لم يره أو يوصف له، ففي هذا الدليل رد على أصحاب القول الأول.

نوقش: بأننا إذا أثبتنا له خيار الرؤية فلا ضرر عليه في هذه الحالة؛ لأن بإمكانه فسخ العقد متى ما خرجت السلعة على خلاف مراده.

٢. أن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف، ولهذا قال ﷺ: «لا تنعت المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه ينظر إليها» أخرجه البخاري.

والراجع والله أعلم أنه يجوز بيع العين الغائبة إذا وصفت وصفاً منضبطاً، ولا يكون للمشتري في هذه الحالة الخيار إلا إذا تبينت السلعة على خلاف ما وصف له، وكذلك يصح وإن لم توصف له السلعة وصفاً منضبطاً؛ إذا اتفق العاقدان على أن للمشتري الخيار عند رؤية المبيع؛ لأن هذا البيع وإن تضمن غرراً إلا أنه غير مؤثر لأنه لا يضر بأي من العاقلين. وبهذا يعلم أن خيار الرؤية يثبت بالشرط لا بأصل الشرع.

تطبيقات معاصرة على هذه المسألة:

١. بيع البضائع البحرية عن طريق تظهير بوليصة الشحن، حيث اعتاد التجار على بيع البضائع وهي في السفن عن طريق تسجيل بوليصة الشحن باسم المشتري دون أن ينظر المشتري إلى البضاعة، وبوليصة الشحن هي سند الشحن، وهي بمثابة الإيصال المعتمد دولياً باستلام الجهة الشاحنة للبضاعة.

٢. جواز استئجار الإنسان في فندق أو شقق عبر الهاتف مثلاً، وإن لم ير الغرفة أو الشقة بشرط أن توصف وصفا منضبطاً.

• المسألة الثانية: بيع الأنموذج

بيع الأنموذج: أن يريه عينة من السلعة ويبيعه إياها على أنها من جنسها دون أن يصفها. وقد اختلف الفقهاء فيها على قولين، والراجح الجواز؛ لأن ضبط الأنموذج كذكر الصفات، وهو مذهب الأحناف والمالكية.

ومن بيع الأنموذج: عرض صورة للسلعة دون وصفها.

وعلى ذلك فيصح شراء السلع المعروضة عبر الإنترنت أو التلفاز اكتفاء بصورتها دون الحاجة إلى وصفها

• المسألة الثالثة: بيع المغيبات في الأرض قبل قلعها

مثل الفجل والجزر والبصل والثوم ونحوها.

فهذه إن وقع العقد على الأرض بما فيها من هذه الزروع فتجوز إجماعاً؛ لأن الجهالة التي فيها مغتفرة لأن هذه المغيبات تابعة للأرض فهي غير مقصودة، ومن شرط الغرر أن يكون مقصوداً.

أما إذا بيعت مفردة عن الأرض فقد اختلف الفقهاء فيها على قولين، والراجح الجواز، وهذا مذهب المالكية ورواية عن الإمام أحمد.

واستدلوا:

١. بأنها معلومة عادة يعرفها أهل الخبرة.

٢. أنه لو قدر أن فيها غرراً فهو يسير يغتفر في جانب المصلحة العامة التي لا بد للناس منها.

• المسألة الرابعة: بيع ما مأكوله في جوفه

مثل البطيخ والرمان والبيض والبرتقال ونحو ذلك فهذه يجوز بيعها مع أن المقصود منها غير مشاهد؛ لدعاء الحاجة لذلك ولكونه مصلحة لفساده بإزالته، والعمل على ذلك في أسواق المسلمين من غير نكير، ومثل ذلك الباقلا والحمص والجوز واللوز في قشره. أما بيع المسك في فأرته (الفأرة دم ينعد في سرة حيوان يسمى غزال المسك) فذهب جمهور أهل العلم إلى تحريمه؛ لأنه يمكن بيعه بعد إخراجة من الغزال واختار ابن القيم جواز ذلك لأن بقاءه في فأرته من مصلحته والتجار يعرفون عادة مواصفاته ومقداره وهو في فأرته. وقياساً على ذلك فكل ما يكون من مصلحة الناس إبقاؤه على حاله دون فتحه فيجوز بيعه حتى مع عدم رؤيته ولا يعتبر هذا من الغرر المحرم. والجهالة التي فيه معفو عنها.

الشرط الثاني - من شروط المعقود عليه -: القدرة على التسليم:

أي أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه، ودليل ذلك ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر. أخرجه مسلم

ومن الغرر أن يبيع الإنسان ما لا يقدر على تسليمه.

ووجه كونه غرراً أن السلعة التي لا يقدر على تسليمها عادة تباع بأقل من سعرها المعتاد فإذا تمكن المشتري من تحصيلها كان غانماً والبائع غارماً، وإن لم يتمكن المشتري من تحصيلها كان غارماً والبائع غانماً.

وعلى هذا فلا يصح بيع شارد ولا طير في هواء ولا سمك في ماء إلا إذا كان في حوض محوز، ولا يصح بيع مغصوب من غير غاصبه أو قادر على أخذه.

ومن تطبيقات هذا الشرط:

١. تحريم بيع الأموال المحتجزة لدى جهات رسمية لا يدرى متى يرفع الحجز عنها.

٢. تحريم بيع أسهم المساهمات المتعثرة التي لا يدرى متى يمكن تصفيتها.

الشرط الثالث: الإباحة:

أي: أن يكون المعقود عليه مباح النفع من غير حاجة.

فخرج بذلك ما لا نفع فيه، كالحشرات التي لا نفع فيها، وما فيه منفعة محرمة كالخمر، وما فيه منفعة تباح للضرورة كالميته، وما فيه منفعة تباح للحاجة كالكلب.

قاعدة: كل عين طاهرة مباحة المنفعة يجوز بيعها، وما ليس كذلك لا يجوز بيعه.

وعلى هذا:

١. يحرم بيع الكلب والخنزير؛ لنجاستهما، ولو كان الكلب للصيد أو الحرث أو الماشية؛ لما في الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه أن النبي ﷺ (نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن). وخالف الحنفية فأجازوا بيع ما يباح اقتناؤه؛ لما روى الترمذي والنسائي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد. ويرد عليهم بأن الاستثناء الوارد في الحديث لا يصح فقد ضعفه أحمد والترمذي والنسائي والدارقطني والبيهقي.

٢. يجوز بيع الهرة وما فيه منفعة مباحة من الحيوانات، كالبعل والحمار والصقور وغيرها؛ لأنها طاهرة على الصحيح؛ ولما روى أبو قتادة عن النبي ﷺ أنه قال -في الهرة-: «إنها ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم والطوافات» أخرجه الخمسة.

٣. لا يجوز بيع الأغذية أو الأدوية أو المواد المستخلصة من لحم الميتة أو شحمها أو من أجزاء الخنزير أو من النجاسات، إلا إذا كانت قد استحالت إلى عين أخرى طاهرة، أو استهلكت داخل عين أخرى طاهرة. والاستحالة: أن تتحول العين إلى عين أخرى مختلفة في صفاتها عن الأولى. والاستهلاك أن تختفي صفات العين النجسة فلا يظهر لها لون ولا طعم ولا رائحة. فمتى استحالت أو استهلكت جاز بيعها واستعمالها؛ لأن الحكم يدور مع علته.

فمن أمثلة الاستحالة: تحول السماد النجس الذي يغذى به النبات إلى ثمار طاهرة يجوز أكلها، ولو وقع كلب في مملحة فاستحال مملحًا جاز أكله.

ومن أمثلة الاستهلاك: لو وقعت نجاسة في ماء فلم تغير طعمه ولا لونه ولا رائحته فيبقى على طهوريته ويجوز شربه والوضوء منه، ومثل ذلك لو صبت امرأة حليبها في ماء فلم يظهر له لون ولا طعم ولا رائحة فارتضع منه طفل خمس رضعات لم تنتشر المحرمية.

٤. يجوز بيع المصنوعات الجلدية إذا كانت من حيوانات مذكاة، أما جلود الميتات -سواء ما لا تحله الذكاة كالسباع أو ما تحله ولم يذك بطريقة شرعية- فحكم بيعه مبني على الخلاف في طهارته بالدباغ، والأظهر ما ذهب إليه الشافعية أن الدباغ يظهر جلد الحيوان الطاهر في الحياة؛ لما ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «دباغ جلود الميتة طهورها» أخرجه أحمد، فدل على

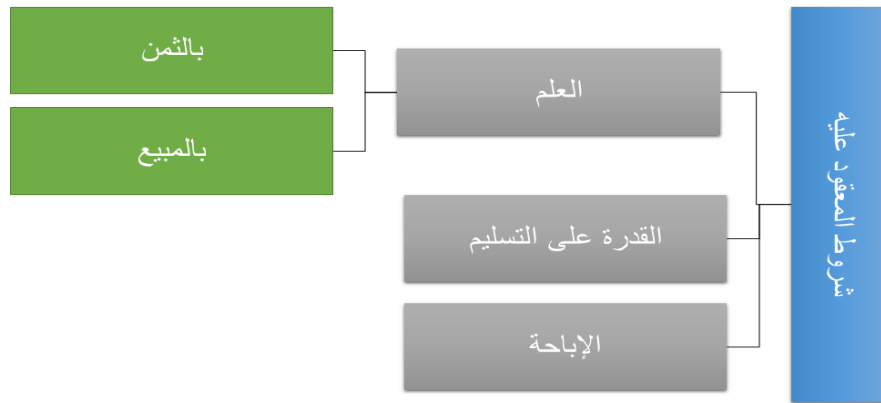
أن الدبغ تطهير للجلد ومعلوم أن العين النجسة لا يمكن تطهيرها فالدبغ يطهر الجلد الذي كان طاهرًا أصلًا ثم طرأت عليه النجاسة بالموت أما ما كان نجسًا خلقة فلا يمكن تطهيره.

وكل الحيوانات -على الصحيح- طاهرة في الحياة ماعدا الكلب والخنزير، وأما نهيه ﷺ عن جلود السباع، كما في حديث المقداد أن النبي ﷺ نهى عن جلود السباع أن تلبس أو تتركب). رواه أحمد وفي رواية: (لا تصحب الملائكة رفقة فيها جلد نمر)، فالنهي لا لأجل نجاستها ولكن لما قد تورثه في قلب لا بسببها من الكبر والأشر، وهو محمول على الكراهة جمعًا بين الأدلة.

٥. يجوز بيع الملابس المصنوعة من الأصواف والشعور والوبر والريش، ولو كانت من ميتات -غير مذكاة- ما عدا شعر الكلب والخنزير؛ لقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثْنَا وَمِئَةً إِلَى حِينٍ﴾ [النحل: ٨٠] وهذه الآية تشمل المذكاة والميتة، ولأن الميتة إنما تنجس باحتقان الرطوبات والفضلات الخبيثة فيها والشعور والأصواف لا يلحقها ذلك، ومثل الأصواف والشعور المصنوعات من عظم الميتة أو قرنها أو ظفرها كالأمشاط والأدوات المصنوعة من العاج ونحوه، فهي طاهرة على الراجح من أقوال أهل العلم؛ لأن سبب تنجيس الميتة منتف في العظام ولا يصح قياسها على اللحم لأن احتقان الرطوبات والفضلات الخبيثة يختص به دون العظم، وبالقياس على ما لا نفس له سائلة فإنه لا ينجس بالموت وهو حيوان كامل لعدم سبب التنجيس فيه فالعظم أولى.

٦. لبن الميتة وإنفتحها نجسان؛ فلا يجوز بيعهما، وأما الأجبان المصنوعة من إنفحة الميتة فهي طاهرة، لأن الصحابة رضي الله عنهم لما فتحوا العراق أكلوا من أجبان المجوس مع أن ذبائحهم تعد ميتة، ولأن نسبة الإنفحة المستخدمة في تصنيع الجبن قليلة جدا فتكون قد استحالت في اللبن.

٧. يجوز بيع العطورات والمعقمات والمستحضرات التجميلية المصنوعة من مواد كحولية؛ لأن هذه المواد وإن كانت مستخلصة من مواد يصنع منها الخمر إلا أنها معدة لغير الأكل والشرب، فهي ليست مسكرة، ولا تتخذ للإسكار؛ فلا تدخل في ضابط المسكر، واستعمالها للإسكار على خلاف الأصل، فهي كالمواد البترولية -مثل البنزين والديزل وغيرهما- المصنوعة من مواد كحولية وقد انعقد الإجماع العملي على جواز بيعها؛ لأنها لا تتخذ للإسكار. واستعمال البعض لها لغرض الإسكار -كالشمة- على خلاف الأصل.



* المطلب الثاني: تقسيمات العقود

تقسم العقود باعتبارات متعددة، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: العقود المالية والعقود غير المالية:

فالعقود المالية يكون موضوعها المال، كالبيع والإجارة، والعقود غير المالية يكون موضوعها غير المال، كالنكاح.

وتنقسم العقود المالية إلى:

١. عقود المعاوضات: مثل البيع والإجارة والسلم والصرف ونحوها.

٢. عقود الإرفاق أو التبرعات: وهي على نوعين:

○ تبرعات محضة: مثل الهبة والوصية والهدية والصدقة والوقف.

○ تبرعات غير محضة: مثل القرض والعارية.

٣. عقود التوثيقات: مثل الضمان والرهن والكفالة.

٤. عقود المشاركات: مثل العنان والمضاربة والمساواة والمزارعة.

ثانياً: العقود اللازمة والعقود غير اللازمة:

العقد اللازم: هو ما لا يكون لأحد العاقلين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر، والعقد الجائز

أو غير اللازم: هو ما يكون لأحد العاقلين فيه حق الفسخ. والعقد بهذا الاعتبار ثلاثة أنواع:

الأول: لازم من الطرفين كالبيع والصرف والسلم وصلاح المعاوضة والحوالة والإجارة.

الثاني: جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والمضاربة والوصية والعارية والوديعة والقرض

الثالث: لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر كالرهن والكفالة.

ثالثاً: عقود المعاوضة وعقود التبرع:

قسم بعض الفقهاء العقد من حيث وجود العوض وعدمه إلى ثلاثة أنواع:

الأول: عقود المعاوضة، مثل البيع بأنواعه من المقايضة والسلم والصرف وعقد الإجارة

والاستصناع والصلح والخلع والمضاربة والمزارعة والمساواة والشركة ونحوها.

الثاني: عقود التبرع، مثل الهبة والوديعة والوكالة والوصية، ونحوها.

الثالث: عقود تعد تبرعاً في الابتداء لكنها معاوضة في الانتهاء كالقرض والعارية والضمان.

ومن آثار هذا التقسيم:

١. يشترط في عقود المعاوضة أن يكون العوض معلومًا للعاقدين، بينما عقود التبرع يغتفر فيها الغرر؛ لأنها مبنية على اليسر والتوسعة.

٢. يجب في عقود المعاوضة الوفاء بالشروط فيها؛ عملاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]؛ لأن في عدم الوفاء بها ضرراً للعاقدين الآخر لضياع ما بذله من العوض في مقابلته، بخلاف عقود التبرع، فلا يجب الوفاء فيها بما تعهد المتبرع؛ لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل والوفاء بها مستحب.

رابعاً: العقود المؤقتة والعقود المطلقة:

تنقسم العقود بالنظر إلى قبولها التأقيت من عدمه إلى ثلاثة أنواع:

١. عقود مطلقة لا تقبل التأقيت، مثل البيع والنكاح والوقف والهبة والرهن.
٢. وعقود مؤقتة لا تقبل الإطلاق، مثل الإجارة.
٣. وعقود مطلقة تقبل التأقيت، مثل الشركة، والمضاربة، والمساقاة، والوكالة، والوصاية والضمان والكفالة على الصحيح.

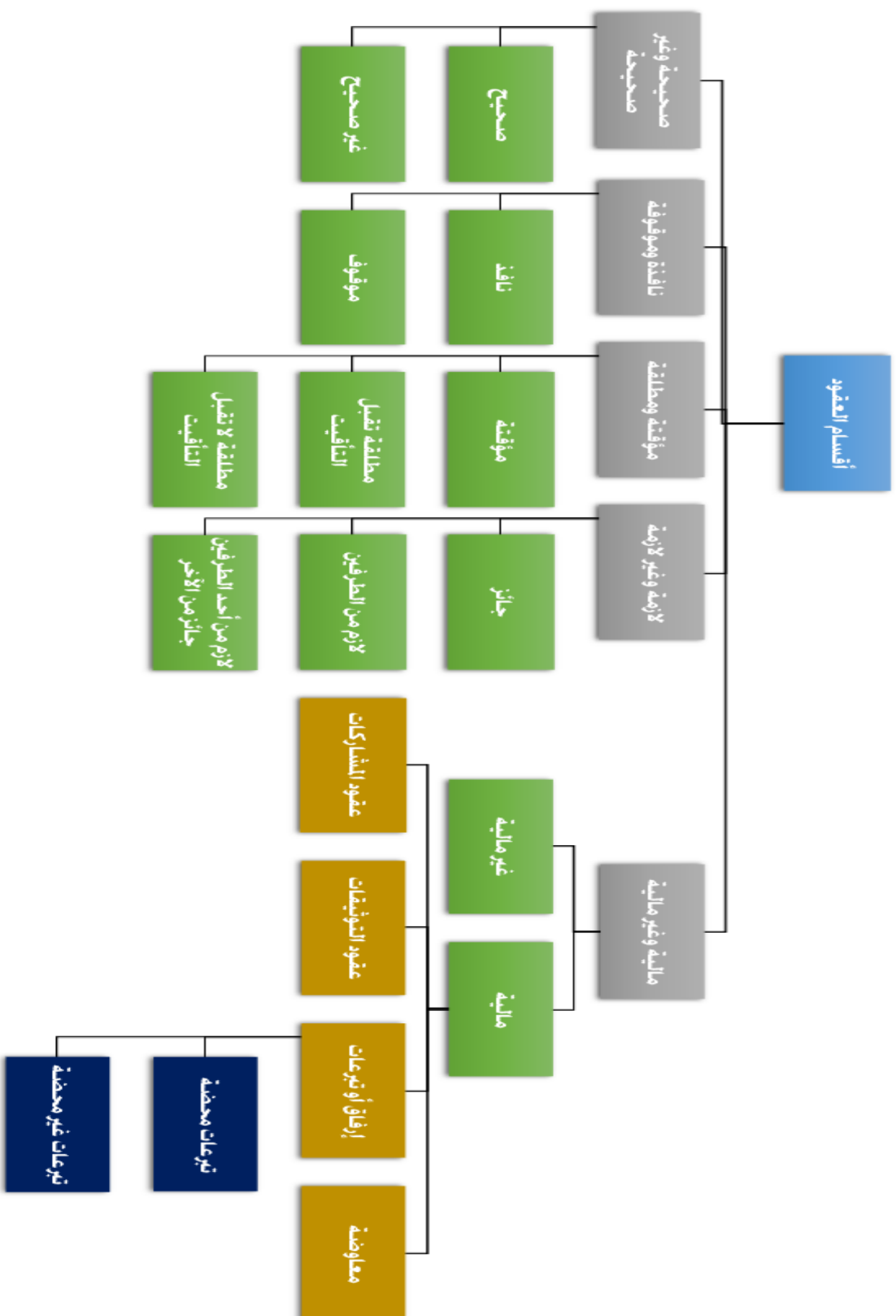
خامساً: العقود النافذة والعقود الموقوفة:

العقد النافذ: هو العقد الصحيح الذي لا يتعلق به حق الغير ويفيد الحكم في الحال أو هو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التصرف والولاية، سواء أكانت الولاية أصلية كمن يعقد العقد لنفسه أم نيابية كعقد الوصي أو الولي لمن تحت ولايتهما أو عقد الوكيل لموكله. فهذا لا يحتاج في ظهور آثاره إلى إجازة الغير.

والعقد الموقوف: هو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التصرف دون الولاية، أو هو عقد يتعلق به حق الغير، كعقد الفضولي والصبي المميز غير المأذون ونحوهما. وحكم العقد الموقوف - عند من يجيزه - هو أنه عقد صحيح، لكنه موقوف على إجازة من له الولاية.

سادساً: العقد الصحيح والباطل والفاسد:

العقد الصحيح: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه معاً بحيث يكون مستجمعاً لأركانه وأوصافه، فيترتب عليه أثره المقصود منه، وضده العقد غير الصحيح، وهو ما لا يعتبره الشرع ولا يترتب عليه مقصوده، لاختلال شرط من شروط صحته. ويسمى عند الفقهاء عقداً فاسداً أو باطلاً.



المبحث الثاني : الشروط في العقد

* تعريفها:

الشروط في اللغة: جمع شرط بسكون الراء: إلزام الشيء والتزامه. وأما الشرط بفتح الراء فهو العلامة ويجمع على أشرط، ومنه أشرط الساعة أي علاماتها.

وفي الاصطلاح: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة، أي غرض صحيح. وتختلف الشروط في العقد عن شروط العقد من وجهين:

الأول: أن واضع شروط العقد هو الشارع، بينما الشروط في العقد يشترطها أحد المتعاقدين على الآخر.

الثاني: إذا اختل شرط العقد فسد العقد، بخلاف ما إذا اختل أحد الشروط فيه فيثبت الخيار للمشتري ولا يفسد العقد.

الأصل في الشروط:

الأصل في الشروط هو الصحة وال لزوم، فلكل من العاقدين أن يضيف على أصل العقد شروطاً يلزم بها الطرف الآخر. والأدلة على ذلك:

١. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ومن الوفاء بالعقد الوفاء بما شرط فيه.

٢. عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» رواه الترمذي وصححه.

ويستثنى من ذلك نوعان من الشروط:

١ - أن يكون الشرط مخالفاً للشرع، مثل اشتراط الضمان على المضارب واشتراط رد القرض بأفضل منه، واشتراط غرامة التأخير في بيوع الآجال، واشتراط ضمان هلاك العين المؤجرة أو الصيانة الأساسية على المستأجر.

٢ - أن يكون الشرط مخالفاً للمقصود من العقد، مثل أن يشترط في البيع عدم انتقال الملكية للمشتري، أو يشترط في الإجارة عدم انتفاع المستأجر، أو تشترط الزوجة على زوجها عدم الاستمتاع بها، ونحو ذلك.

وينبغي أن يفرق بين الآتي:

أ. الشروط التي تخالف بعض مقتضى العقد^(١)، أي بعض ما يقتضيه العقد من حيث الأصل، فهذه جائزة على الصحيح من أقوال العلماء كما سيأتي ومن أمثلتها: بيع السلعة بشرط أنه متى أراد المشتري بيعها فالبائع أحق بها بالثمن، وإجارة الدار بشرط ألا ينزل فيها ضيفاً، واشترط المرأة على زوجها ألا يسافر بها، أو أن تكمل دراستها أو أن تعمل ونحو ذلك.

ب. الشروط التي تخالف المقصود من العقد، وهي التي تناقض العقد برمته؛ شروط فاسدة.

* أنواع الشروط في العقد:

النوع الأول: ما هو من مقتضى العقد:

فهذا شرط صحيح باتفاق أهل العلم، وذكره من باب التوكيد؛ لأنه من لوازم العقد أصلاً، وفائدة ذكره التوكيد، ودرء وقوع النزاع بين العاقلين فيما لو ادعى أحدهما عدم علمه بأن العقد يقتضي ابتداءً هذا الأمر. وتحديد مقتضيات العقد قد يكون من جهة الشرع، أو من العرف الذي لا يتعارض مع الشرع. ومن أمثلته:

١. اشتراط التسليم أو خيار المجلس أو التقابض في الحال أو الرد بالعيب.
٢. اشتراط ضمان العيب المصنعي على البائع في بيع الأجهزة الكهربائية والسيارات ونحوها.
٣. اشتراط ضمان العيوب الهندسية أو المصنعية على المكاول في عقد المكاولة.
٤. اشتراط المضارب أو الوكيل في الاستثمار عدم تحميله الخسارة في حال عدم التعدي أو التفريط.
٥. اشتراط الصيانة الأساسية وضمن الهلاك في العين المؤجرة على المؤجر.

النوع الثاني، ما تتعلق به مصلحة العاقلين في العقد:

وهو شرط زائد على ما يقتضيه العقد، وفيه مصلحة لأحد العاقلين، ولا خلاف بين أهل

(١) يقصد بمقتضى العقد هنا: ما يترتب على العقد من آثار.

العلم على صحة هذا النوع أيضًا. ومن أمثلته:

١. الشروط التوثيقية، كاشتراط الرهن أو الضمين أو الشهادة ونحو ذلك.
٢. الشروط الوصفية، كاشتراط صفة مقصودة في المبيع، أو أن يكون الثمن مؤجلًا، أو شرط الخيار (خيار الشرط) في العقد.
٣. الشروط الاستثنائية، كاستثناء بعض المعقود عليه من الصفقة؛ والأصل في ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه.

النوع الثالث: اشتراط منفعة معلومة في المعقود عليه:

كاشتراط بائع سكنى الدار المبيعة شهرًا، أو ركوب السيارة المبيعة إلى محل معين، وكذا اشتراط المشتري على البائع عملاً في المبيع، كأن يشترط على البائع خياطة ثوب مبيع أو تفصيله، ونحو ذلك.

فهذا النوع من الشروط اختلف فيه أهل العلم، والراجح صحة هذه الشروط ولو تعددت في العقد الواحد؛ لما روى جابر: أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه قال: ولحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه فسار سيرا لم يسر مثله فقال: «بعنيه» فقلت: لا، ثم قال: «بعنيه» فبعته واستثنت حملانه إلى أهلي. متفق عليه، وفي لفظ لأحمد والبخاري: (وشرطت ظهره إلى المدينة).

ولأن الأصل في الشروط الحل، وأما النهي عن الجمع بين شرطين، فهو محمول على ما إذا كان اجتماع الشرطين يؤدي إلى التحايل على المحرم، فيحرم الشرطان وإن كان كل منهما مباحاً على انفراده، وذلك مثل العينة، فالنهي في هذا الحديث كالنهي عن بيعتين في بيعة.

النوع الرابع: اشتراط عقد في عقد:

كأن يشترط في عقد البيع أن يبيعه سلعة أخرى، مثل: بعتك داري بألف على أن تبيعني دارك بألف وخمسمائة، أو على أن تشتري مني داري الأخرى بألف وخمسمائة، أو على أن يؤجره، أو يزوجه، أو يسلفه. فذهب الشافعية والحنابلة إلى فساد هذا الشرط؛ لما روى الخمسة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن البيعتين في بيعة. وفسروا البيعتين في بيعة بذلك.

والأظهر أن الجمع بين أكثر من عقد - باستثناء السلف والمعاوضة - لا حرج فيه من حيث الأصل ما لم يترتب على الجمع بينهما محرم، كالربا (مثل العينة التي تجمع بين عقدين والجمع

بين القرض والبيع)، أو الغرر (كما في بعثك بتسعة نقداً أو بعشرة نسيئة من غير بت)، أو النزاع (كما في الجمع بين عقدين في محل واحد وزمن واحد بما يؤدي إلى تداخل أحكامهما).

وينبغي التفريق بين ما سبق وبين أن يبيع سلعتين مختلفتين بثمن واحد كما لو باع سيارة وأرضاً بمائة ألف، فإن هذا جائز اتفاقاً وليس من البيعتين فيبيعة. وكذا لو باع الأرض بسيارة وعشرة آلاف، ومثله ما لو جمع بين بيع وإجارة، أو بيع وصرف أو إجارة ونكاح بعوض واحد كما لو قال بعثك داري هذه وأجرتك داري الأخرى سنة بمائة ألف، فهذا جائز لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين.

ويستثنى القرض من بين سائر العقود، فلا يجوز أن يكون مشروطاً في عقد المعاوضة، أو أن يشترط عقد معاوضة فيه؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يحل بيع وسلف ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح.

وحكمة النهي: لئلا يتخذ حيلة على الربا فيحاييه في الثمن لأجل القرض.

واجتماع القرض مع عقد المعاوضة لا يخلو من حالين:

الحال الأول: أن يكون القرض مشروطاً في عقد المعاوضة أو عقد المعاوضة مشروطاً في القرض، كأن يقول: أبيعك سيارتي بكذا بشرط أن تقرضني، أو أقرضك بشرط أن تبيعني سيارتك بكذا. فهذا محرم؛ للحديث؛ ولأنه حيلة على الربا.

الحال الثانية: أن يجتمع العقدان وأحدهما غير مقصود، وإنما جاء تبعاً، فالأظهر في هذه الحال هو الجواز إذا كان القرض حسناً وعقد المعاوضة بسعر المثل؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» رواه البخاري، ووجه الدلالة أن الدين المرهون به قد يكون دين قرض وانتفاع المرتهن بالعين المرهونة مقابل الإنفاق عليها معاوضة، فجاز اجتماعهما إذا كان الانتفاع بقدر النفقة.

ومن تطبيقات هذه الحال:

١. جواز أخذ الرسوم إذا كانت بقدر التكلفة على بطاقات الائتمان. والعقد هنا يجمع بين

القرض والإجارة؛ لأن البنك يقرض العميل حامل البطاقة ويأخذ عليه أجرًا مقابل الخدمات الإدارية.

٢. جواز أخذ الرسوم الإدارية إذا كانت بقدر التكلفة لإصدار قروض التنمية (وهي قروض بلا فوائد) مثل قروض صندوق التنمية الصناعي. والعقد هنا يجمع بين القرض والإجارة.
٣. جواز اشتراط تحويل الراتب إلى الحساب الجاري -الذي يكيف شرعاً على أنه قرض- لمن يحصل على تمويل مرابحة ونحو ذلك، فالعقد هنا يجمع بين البيع (المرابحة) والقرض (الحساب الجاري)، إلا أن القرض ليس مقصوداً وإنما اشترط تحويل الراتب لأجل ضمان السداد، ولذا يستطيع العميل سحب المبلغ المودع فوراً بعد اقتطاع البنك القسط المستحق من الراتب.

النوع الخامس: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد

مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع، أو لا يهبه، أو يشترط عليه أن يبيعه، أو يجعله وقفاً، أو بشرط أنه متى أراد المشتري بيعها فالبائع أحق بها بالثمن، أو بشرط أنه متى نفق المبيع وإلا رده، ومنه البيع المعروف بـ (البيع تحت التصريف)؛ فالمشتري يشترط فيه أنه متى نفق المبيع -أي تمكن من بيعه- وإلا رده على البائع، وهذا هو الأغلب في بيع الجرائد والمجلات والألبان والأدوية والأقمشة وغيرها.

ومن الأمثلة المعاصرة: أن تشترط شركة الاستثمار عند بيع الوحدات الاستثمارية على المستثمرين أنهم متى ما أرادوا بيع وحداتهم فليس لهم بيعها إلا على الشركة نفسها.

وقد اختلف العلماء في حكم الشرط المنافي لمقتضى العقد على قولين:

القول الأول: أن الشرط فاسد، وهذا مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والرواية المشهورة عند الحنابلة.

واستدلوا بما روت عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة أن النبي ﷺ قال: «من اشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط» متفق عليه.

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نص على بطلان اشتراط الولاء لغير المعتق فيقاس عليه سائر الشروط، لأنها في معناه.

ويناقش: بأن النبي ﷺ أبطل هذا الشرط لا لأنه ينافي مقتضى العقد بل لأنه يخالف حكم

الشرع بدليل قوله: «ليس في كتاب الله» أي في حكمه، فلا استدلال بهذا الحديث استدلال في غير محل النزاع.

القول الثاني: أن الشرط صحيح، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، وذكر ابن تيمية أن هذا قول الإمام أحمد، وأن أكثر نصوصه تجري على هذا القول.

وقد استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم». رواه الترمذي، ووجه الدلالة منه: أن الحديث عام فيدخل فيه كل الشروط.

الدليل الثاني: قوله ﷺ: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع» متفق عليه. ووجه الدلالة: أن هذا الشرط خلاف مقتضى العقد المطلق، وقد جوزة الشارع.

الدليل الثالث: ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه: إن بعثها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر: لا تقربها ولأحد فيها شرط. أخرجه مالك.

ودلالته من وجهين:

١. أنه قال: (لا تقربها)، ولو كان الشرط فاسداً لم يمنع من قربانها.
٢. أنه علل ذلك بالشرط، فدل على أن المانع من القربان هو الشرط، وأن وطأها يتضمن إبطال ذلك الشرط، لأنها قد تحمل، فيمتنع عودها إليها.

والراجع -والله أعلم- هو القول الثاني لقوة أدلته.

النوع السادس: الشروط التعليقية:

والمقصود تعليق إبرام العقد على شرط في المستقبل، مثل أن يقول: بعثك كذا إذا دخل الشهر، أو إن رضي زيد، أو اشتريت كذا إن جئتني، أو إن رضي زيد بكذا، فجمهور أهل العلم على أن البيع لا ينعقد إذا كان معلقاً؛ لأنه عقد معاوضة وهو يقتضي نقل الملك حال العقد، والشرط يمنعه، وذهب المالكية إلى صحة تعليق العقد، لأن الأصل في العقود والشروط الصحة ما لم يخالف الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف أحكام الشريعة، ولأن الإبراء يصح تعليقه مع

أن فيه معنى التمليك، فكذا البيع، ودليل جواز تعليق الإبراء ما روى مسلم في صحيحه عن أبي اليسر صاحب رسول الله ﷺ أنه قال لغريمه: (إن وجدت قضاءً فاقض، وإلا فأنت في حل).

ويستثنى من جواز تعليق العقد ما يلي:

١. إذا كانت المدة بين تعليق العقد ووقوعه طويلة بحيث تتغير العين المعقود عليها، فلا يصح؛ لما فيه من الغرر، كأن يقول: بعثك بيتي بعد خمس سنوات، أو آجرتك سيارتي بعد سنتين ونحو ذلك، وتختلف المدة باختلاف العين المعقود عليها.

٢. إذا وقع التعليق في حال يمنع فيها العقد المنجز، كأن يبيع سلعة معينة لا يملكها ويعلق البيع على تملكها، أو يبيع السلعة المؤجرة ويكون البيع معلقاً على انتهاء الإجارة، كما في بعض صور الإجارة المنتهية بالتمليك، أو يقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك في يوم كذا وإلا فالرهن لك، فهذا بيع معلق (المرهون مقابل الدين) ولا يصح إلا أن يكون الرهن بقدر الدين أو أقل أما إن زاد فهذا من غلق الرهن على الراهن المنهي عنه بقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

مسألة: بيع العربون:

وهو أن يشتري أو يستأجر الشيء ويدفع للبائع أو للمؤجر مبلغاً من المال على أنه إذا تم البيع أو الإجارة فما دفعه كان جزءاً من الثمن أو الأجرة، وإن لم يتم كان ما دفعه ملكاً للبائع أو للمؤجر.

والعقد هنا منجز وليس معلقاً.

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون، والراجح صحة بيع العربون، وهو مذهب الحنابلة، إلا أنهم اختلفوا هل يشترط تأقيته بمدة معينة أم لا؟ والمشهور في المذهب أنه لا يشترط تأقيته.

استدل أصحاب هذا القول: بما روى أن نافع بن عبد الحارث اشترى داراً للسجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم، فإن رضي عمر فالبيع له، وإن لم يرض فأربعمئة لصفوان. أخرجه ابن أبي شيبة والبيهقي وعلقه البخاري في صحيحه.

ولكن يشترط أن يكون مؤقتاً بأجل معلوم، لأنه لو لم يؤقت لألحق بالخيار المجهول، للجهالة في الأجل، فيكون غرراً، والله أعلم.

النوع السابع: الشروط الجزائية:

الشرط الجزائي هو اتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض الذي يستحقه أحد العاقدين في حال إخلال العاقد الآخر بتنفيذ التزامه أو تأخير.

ويؤخذ بالشروط الجزائية في الغالب في عقود الاستصناع كالمقاولات وعقود التوريد، والبيع الآجلة، والإيجارات. وقد يكون الشرط الجزائي ثابتاً: ألف ريال عن كل يوم تأخير مثلاً، أو ١٪ من قيمة العقد، وقد يكون تصاعدياً كالتالي: ١٪ عن الأسبوع الأول، ٥، ١٪ عن الأسبوع الثاني، ٢٪ عن الأسبوع الثالث، وذلك من قيمة الأعمال المتأخرة أو من القيمة الكلية للعقد وقد تكون مضاعفة التعويض مفتوحة، وقد يكون لها حد أقصى لا تتجاوزه.

ولم يكن الشرط الجزائي معروفاً لدى فقهاءنا المتقدمين؛ لأن المعاملات التجارية لم تصل إلى درجة التعقيد الذي وصلت إليه في العصر الحاضر، والذي أصبح فيه للزمن دور كبير في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرًا بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر من قبل. فلو أن متعهدًا بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل المعمل وعماله، ولو أن متعهدًا ببضاعة تأخر عن تسليمها في إبان سوقها وقت رواجها لتضرر المشتري بخسارة قد تكون فادحة، فلو كان العقد - مثلاً - على تأمين أدوات قرطاسية وتأخر المتعهد في تسليمها إلى ما بعد بدء الدراسة مخالفًا للشرط، أو كان العقد على تأمين ماشية وتأخر في تسليمها إلى ما بعد موسم الحج والأضاحي، أو كان في فاكهة وخضار وتأخر فيها إلى ما بعد مواسم رواجها، لحصل في ذلك ضرر كبير على المشتري.

أنواع الشروط الجزائية:

النوع الأول: ما هو مقرر لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخيرها، مثل التأخير في عقود المقاولات، وتأخير التسليم في عقود التوريد، وتأخير العامل فيما أسند إليه من عمل. ويترتب على الشرط الجزائي في هذا النوع الخصم من العوض المقرر للصانع أو المورد أو العامل.

النوع الثاني: ما هو مقرر للإخلال بالوفاء بالتزامات المالية، مثل تأخير سداد الأقساط في بيع التقسيط، أو الأجرة في عقد الإجارة، أو رسوم الخدمات العامة كالكهرباء والهاتف ونحوها، ويترتب على الشرط الجزائي في هذا النوع، زيادة في الدين في ذمة المدين أو المستأجر.

حكم هذا الشرط:

الأصل في الشروط الجزائية هو الإباحة، وبذا أفتى مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية.

والشرط الجزائي له حالان:

الحال الأولي: أن يكون بقدرٍ مناسب وليس متفاحشًا، فهذا يجب الوفاء به عند الإخلال بالالتزام، ولا يلزم أن يكون التعويض في هذه الحال بقدر الضرر، فقد يقل عنه وقد يزيد، لأنه مشروط سلفًا قبل أن يقع الضرر.

الحال الثانية: أن يكون متفاحشًا وكثيرًا بحيث يعرف أن المراد منه التهديد وليس التعويض، فهذا لا يجب الوفاء به، بل يقدر بقدر الضرر الحاصل، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة. ولكن ينبغي أن يعلم أن الشرط الجزائي المباح ما كان مقررًا لعدم تنفيذ الأعمال أو تأخيرها، أي النوع الأول من الشروط الجزائية، إذ يترتب عليه خصم في العوض المستحق للطرف المخل، ولا محذور شرعي في ذلك، أما الالتزامات التي يكون محلها تسليم مال -أي النوع الثاني- فالشرط الجزائي الذي يترتب عليه فرض غرامة مالية على المدين لا يجوز؛ لأنها زيادة في دين ثابت في الذمة، فهي من ربا النسيئة، كما في صورة: زدني أنظرك.

ومن الأدلة على إباحة الشروط الجزائية التي تكون في الالتزامات غير المالية:

١. قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، فالحديث دل على وجوب رفع الضرر وإزالته، ولا يمكن إزالة الضرر إلا بتعويض العاقد المتضرر تعويضًا ماليًا عما لحقه من ضرر التأخير.
٢. ما ذكره البخاري تعليقًا عن نافع بن عبد الحارث -وكان أميرًا على مكة لعمر بن الخطاب ﷺ- أنه اشترى دارًا للسجن بمكة من صفوان بن أمية لعمر على إن رضي عمر فالبيع بيعه، وإن لم يرض فلصفوان أربعمئة دينار.
٣. ويستأنس أيضًا بما ذكره البخاري تعليقًا عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه.

ففي هذين الأثرين تطبيق لمبدأ التعويض عن الضرر الناشئ عن التأخير، فإن البائع - في الأثر الأول - يتضرر بحبس السلعة عن المشتريين، فاستحق التعويض، وفي الأثر الثاني: يتضرر الجمال بإحضار الإبل، إذا لم يوف المكثري بالتزامه.

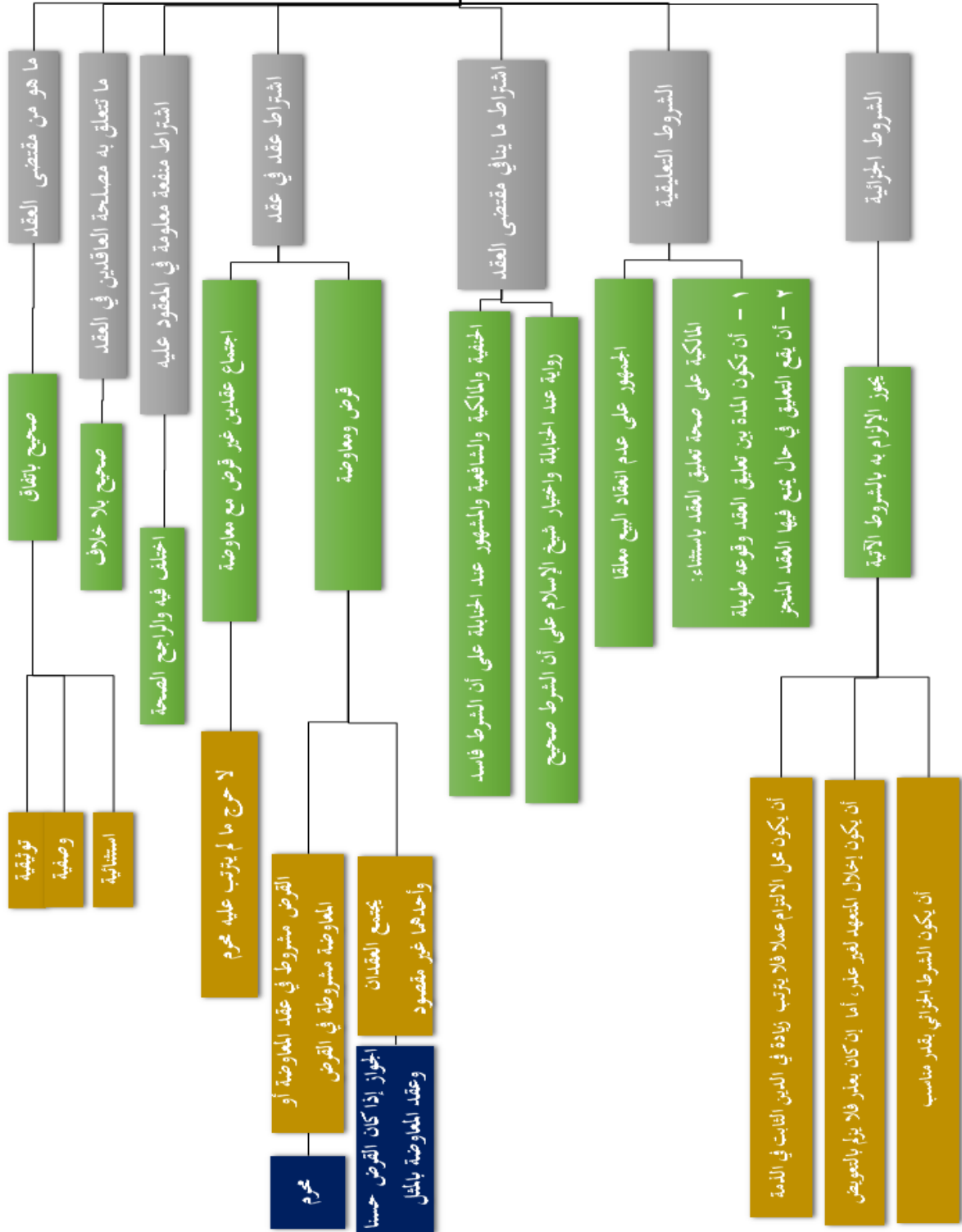
ومما سبق يتبين أن الشرط الجزائي يجوز الإلزام به بالشروط الآتية:

الأول: أن يكون محل الالتزام عملاً، بحيث لا يترتب على الشرط الجزائي زيادة في الدين الثابت في ذمة المدين.

الثاني: أن يكون إخلال المتعهد لغير عذر، أما إن كان لعذر، فلا يلزم بالتعويض، وعليه عبء إثبات ذلك.

الثالث: أن يكون الشرط الجزائي بقدر مناسب.

أنواع الشروط في العقد



مسألة: اقتران العقد بالشرط الفاسد:

للفقهاء في أثر الشرط الفاسد على العقد قولان أحدهما أنه يصح العقد ويفسد الشرط، وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة في الرواية المشهورة. وهو الراجح.

استدل أصحاب هذا القول بما ثبت في الصحيحين في قصة بريدة رضي الله عنه حين شرط أهلها لبيعها على عائشة أن يكون الولاء لهم، فقال النبي ﷺ: «خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق»، ثم خطب ﷺ فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط» متفق عليه.

ووجه الدلالة منه: أن النبي ﷺ أبطل الشرط الفاسد وأمضى العقد، حيث قال: «خذيها واشترطي لهم الولاء»، فهذا الحديث أصل في إبطال الشروط الفاسدة وصحة العقد.

وعليه: يجوز للمسلم أن يدخل في عقد فيه شرط فاسد بشرطين:

١. أن يكون محتاجاً للدخول في ذلك العقد؛ لأن الدخول في العقد مع وجود هذا الشرط لا يخلو من كونه ذريعة إلى الوقوع في المحرم، والقاعدة عند أهل العلم أن ما كان محرماً تحريم وسائل فإنه يباح عند الحاجة.
٢. أن يمكنه التخلص من الشرط الفاسد، بأن يضع الاحتياطات اللازمة بحيث لا يتمكن واضع الشرط الفاسد من إلزامه به.

وهذا ينطبق على الشروط الجزائية الفاسدة التي تضعها الشركات في بعض البلدان، ولا بديل عنها، مثل اشتراط دفع غرامة مالية في حال التأخر عن التسديد، سواء في فواتير الخدمات العامة كالهاتف والكهرباء أو في البيع بالتقسيط أو في غير ذلك.



المبحث الثالث: القبض وأثره في العقود

* حقيقة القبض:

القبض جاء على لسان الشارع مطلقاً من غير تقييد لا في الشرع ولا في اللغة، ولذا نص عامة الفقهاء على أن المرجع في تحديد القبض إلى العرف، فما تعارف الناس على أنه قبض اعتبر قبضاً شرعياً، وما لا فلا، وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

فإذا تقرر هذا الأصل فنقول:

إن الفقهاء اتفقوا على أن قبض العقار يكون بالتخلية، والتمكين من اليد والتصرف، فإن لم يتمكن بأن منعه شخص آخر من وضع يده عليه، فلا تعتبر التخلية قبضاً. وقيد الشافعية ذلك بما إذا كان العقار غير معتبر فيه تقدير، أما إذا كان معتبراً كما لو اشترى أرضاً مزارعة، فلا بد مع التخلية والتمكين من الذرع. وإذا كان العقار له قفل فيكفي في قبضه تسليم المفتاح مع تخليته، بحيث يتمكن من فتحه من غير تكلف.

وأما المنقول فقد اختلف الفقهاء في كيفية قبضه على قولين:

الأول: أن قبضه يكون بالتخلية على وجه التمكن كالعقار، لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع، ففي نحو حنطة في بيت مثلاً، فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض، وفي نحو بقر في المرعى فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض، وفي نحو ثوب، فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه، وهو قول الحنفية.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: ما أخرجه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال رسول الله ﷺ لعمر: «بعنيه»، قال: هو لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «بعنيه»، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد الله تصنع به ما شئت».

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ تصرف في الجمل - وهو منقول - دون سوق أو تحويل له، فدل ذلك على تحقق القبض بمجرد التخلية.

الدليل الثاني: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (كنت أبيع الإبل بالبيع، فأقبض الورق من الدنانير،

والدنانير من الورق، فأتيت النبي ﷺ وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك، إني كنت أبيع الإبل بالبيع فأقبض هذه من هذه وهذه من هذه، فقال: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء).

وجه الدلالة: أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يستبدل الذهب المستقر في ذمة المشتري، والعكس، دون أن يستلم بيده ذلك العوض، الذي كان في الأصل ثمناً للإبل.

القول الثاني: للمالكية والشافعية والحنابلة، وهو أن القبض الحكمي (التخلية) لا يكفي في المنقول، بل لا بد من القبض الحقيقي، وهذا يختلف بحسب المعقود عليه، فما كان يتناول باليد عادة، كالنقود والثياب والجواهر، فقبضه إنما يكون بتناوله باليد، وما لا يمكن تناوله باليد، فلا يخلو من:

- أن يكون مما يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، كمن يشتري صبرة حنطة مكايلة، أو متاعاً موازنة، أو ثوباً مذارعة، أو معدوداً معاددة فقبضه إنما يكون باستيفائه بما يقدر فيه من كيل أو وزن أو ذرع أو عد.

- أو يكون مما لا يعتبر فيه تقدير من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، إما لعدم إمكانه، وإما مع إمكانه لكنه لم يراع فيه، كالأمتعة والعروض والدواب، والصبرة تباع جزأفاً، فهذا يكون قبضه بنقله وتحويله عن مكان البائع.

وقد استدل أصحاب هذا القول على أن قبض المنقول لا يتحقق بالتخلية، بل لابد من أمر زائد عليها بما يلي:

الدليل الأول: عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» وفي رواية: «حتى يقبضه» متفق عليه.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله» وفي رواية: «حتى يقبضه» أخرجه مسلم.

وجه الدلالة من هذين الحديثين: أن قوله: «حتى يكتاله» وقوله: «حتى يستوفيه» تفسير لقوله: «حتى يقبضه»، والاستيفاء لا يكون إلا بالكيل أو الوزن، وذلك فيما يحتاج إلى الكيل أو الوزن.

الدليل الثاني: عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ (نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى

يحوزها التجار إلى رحالهم) رواه الخمسة.

ووجه الدلالة: أن هذا الحديث مبين لكيفية القبض في المنقولات، وأنه لا يتحقق إلا بنقلها من مكانها، ولا تكفي التخلية، وهذا عام في جميع السلع.

الدليل الثالث: عن ابن عمر رضي الله عنه قال: (لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يتاعون جزافاً -يعني الطعام- يضربون أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم) متفق عليه.

ووجه الدلالة: أن التخلية لو كانت كافية لما ضربوا على ذلك، لأن تعزيرهم بذلك دليل على أن فعلهم محرم، وأن قبض الطعام لا يتم إلا بنقله، ويقاس عليه سائر المنقولات.

نوقش الدليلان الثاني والثالث: بأن الإلزام بالنقل والإيواء في هذين الحديثين لأن العرف جارٍ في زمانهم بقبض هذه الأشياء كذلك، وليس فيه دلالة على حصر القبض في ذلك، بدليل حديث ابن عمر رضي الله عنه السابق في اقتضاء الدنانير من الدراهم، والعكس، دون تناول حقيقي، لكون العرف جارياً بذلك.

الترجيح:

المتأمل في أقوال الفقهاء هنا يجد أن ما يذكرونه من تحديدات للقبض إنما هو بحسب أعراف زمانهم، فاختلف فهم منشؤه اختلاف أعرافهم، والجميع يحيل في هذه المسألة على العرف، إذ ليس في النصوص الشرعية المتقدمة ما يلزم باتباع طريقة معينة في القبض، بل الأمر موكول إلى عرف الناس وعاداتهم، وعلى هذا فتعتبر التخلية كافية في تحقق القبض إذا جرى العرف بذلك، وبهذا القول أخذ مجمع الفقه الإسلامي.

إلا أنه ينبغي أن يعلم أن الحد الأدنى لقبض المنقول هو التخلية مع التعيين، فإذا كان المعقود عليه موصوفاً في الذمة فلا يتصور قبضه إلا بتعيينه وتخليته، فضلاً عما يجري به العرف في قبض تلك السلعة إن كان العرف قد جرى بأمر زائد على التعيين والتخلية في قبضها. وعلى هذا فالقبض المعتبر شرعاً نوعان:

١. قبض حقيقي: ويكون بالحياسة للمنقول، والتخلية في العقار.
٢. قبض حكمي: ويكون بالتعيين والتخلية فيما تكون فيه التخلية كافية في تحقق القبض عرفاً من المنقولات. وهو يقوم مقام القبض الحقيقي.

* أنواع العقود بالنظر إلى أثر القبض:

النوع الأول: ما لا يشترط القبض لصحته ولا لزومه ولا استقراره.

وهذا النوع منه عقود لازمة بالقبض وبدونه مثل الحوالة فلو أفلس المحال عليه أو جحد بعد الحوالة فلا رجوع للمحتال، والوصية بعد موت الموصي. ومنه عقود غير لازمة سواء حصل القبض أم لم يحصل، مثل الوكالة والوكالة والقرض والعارية والوصية قبل موت الموصي. واختلف العلماء في الوقف فذهب الجمهور إلى أن الوقف لا يفتقر إلى القبض بل يلزم ويتم بدونه.

النوع الثاني: ما يشترط القبض لصحته، وهو قسمان:

الأول: ما يشترط لصحته تقابض العوضين، وهو:

١. الصرف، بلا خلاف بين أهل العلم.
٢. مبادلة الربوي بجنسه أو بما يتفق معه في العلة الربوية، وخالف الأحناف فاشتروا الحلول والتعيين ولو لم يتم التقابض.

الثاني: ما يشترط لصحته قبض أحد العوضين، وهو بيع الموصوف في الذمة، ويشمل ذلك:

١. السلم، سواء أكان حالاً أم مؤجلاً، بلفظ السلم أم بلفظ البيع، فيشترط في صحته تسليم رأس المال قبل التفرق، ورخص المالكية تأخير القبض مدة يسيرة كاليومين والثلاثة عملاً بالقاعدة الفقهية (ما قارب الشيء يعطى حكمه).
٢. إجارة الموصوف في الذمة؛ لأنها كالسلم في المنافع، كاستئجار سيارة غير معينة لنقل البضائع، واستئجار شركة الخطوط للنقل، ونحو ذلك، فالجمهور يشترطون قبض الأجرة في مجلس العقد؛ لئلا يكون من الدين بالدين، واستثنى المالكية التأخير اليسير - كما سبق -، وكذا إذا شرع المستأجر باستيفاء المنفعة؛ لأن قبض أوائل المنفعة كقبض أواخرها. وأما الأحناف فلا يشترطون قبض الأجرة؛ لأن الأجر عندهم لا يلزم بالعقد فلا يجب تسليمه به لأن العقد وقع على منفعة وهي تحدث شيئاً فشيئاً وشأن البدل أن يكون مقابلاً للمبدل. وهذا القول هو الأظهر. وأما إجارة المعين، كأن يؤجره داراً أو سيارة معينة، فلا خلاف في عدم اشتراط القبض.

فائدة: ذهب الجمهور إلى أن من شرط المضاربة تسليم رأس المال إلى العامل؛ لأن المضاربة

انعقدت على أن يكون رأس المال من أحد الطرفين والعمل من الطرف الآخر ليس المراد بذلك اشتراط تسليم رأس المال إليه حال العقد أو في مجلسه؛ ولذا لم نذكرها ضمن العقود من هذا النوع، وإنما المراد أن يستقل العامل باليد على المال والتصرف فيه بالتخلية بينه وبين رأس المال وعلى ذلك: لو شرط المالك أن يكون المال بيده ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل فسدت المضاربة. وذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط ذلك فتصح وإن كان المال بيد ربه؛ لأن مورد العقد العمل.

النوع الثالث: ما يشترط القبض للزومه، وهي:

١. الهبة، وفيها خلاف بين أهل العلم، والأرجح أنها لا تلزم إلا بالقبض، وللواهب الرجوع قبل القبض مع الكراهة؛ لما روى مالك في الموطأ أن أبا بكر الصديق قال لعائشة لما حضرته الوفاة يا بنية إني كنت نحلكت جذاذ عشرين وسقا ولو كنت جذذتيه وحزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال الوارث فاقتسموه على كتاب الله.

ودليل الكراهة ما روى البخاري عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «ليس لنا مثل السوء العائد في هبته - وفي رواية: في صدقته - كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه». ولا خلاف أن الهبة بعد القبض لازمة في حق الواهب.

٢. الرهن، وقد اختلف الفقهاء في ذلك، والصحيح ما ذهب إليه المالكية من أن الرهن يلزم بالعقد، لكنه لا يتم إلا بالقبض، فالقبض شرط تمام لا شرط لزوم، وفائدة القبض تقديم صاحب الرهن المقبوض على غيره من الغرماء عند تراحم الحقوق. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ومن الوفاء بعقد الرهن أن يكون لازماً في حق الراهن ولو لم يقبضه المرتهن.

ولأن في هذا القول حفظاً لحق المرتهن؛ ولما فيه من تحقيق المصلحة لكلا الطرفين، فالراهن قد يتعذر عليه تسليم العين المرهونة للمرتهن، إما لاحتياجه إليها كما لو كانت سيارة يتكسب عليها أو منزلاً يسكنه، أو لتعذر الإقباض كما في المبادلات التجارية الدولية، والمرتهن قد لا يقبل بها رهنًا إذا علم أن الراهن بمقدوره الرجوع فيها، وقد لا يرغب بقبضها لما في ذلك من الكلفة، فكان في الإلزام مع عدم القبض مصلحة لهما.

وأما القياس على عقود التبرعات فغير مسلم؛ لأن قياس الرهن على البيع - وهو يلزم بالعقد لا بالقبض - أولى من قياسه على التبرع؛ إذ الرهن أقرب إلى المعاوضة منه إلى التبرع.

فائدة: الرهن الحيازي والرهن الرسمي:

الرهن الحيازي هو الرهن الذي يكون فيه المرهون تحت يد المرتهن، والرهن الرسمي هو الذي لا يكون فيه المرهون مقبوضاً بيد المرتهن بل يسجل في الأوراق الرسمية فقط أنها مرهونة، مثل أن يختم على استمارة السيارة، أو صك البيت بأنها مرهونة. وهذا النوع من الرهون لازم حتى على قول الجمهور؛ لأن الختم الرسمي في قوة الحيازة العينية؛ لأن المرجع في القبض إلى العرف -كما سبق-، والعرف جارٍ الآن على أن التوثيق بالختم كالتوثيق بالحيازة لأن البيت المختوم على صكه لا يمكن التصرف فيه بحال بدون إذن المرتهن.

النوع الرابع: ما يشترط القبض لاستقراره:

أي يكون للقبض أثر في بعض ما يترتب على العقد، ويشمل هذا النوع البيع وما في معناه من عقود المعاوضات كالإجارة والصلح في معنى المعاوضة. فمن المعلوم أن البيع يفيد انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، وهي تنتقل بالإيجاب والقبول ويكون العقد لازماً ولو لم يكن ثم قبض للمبيع، إلا أن قبض المبيع يتعلق به أثران:

الأثر الأول: جواز تصرف المشتري بالمبيع قبل قبضه:

اتفق الفقهاء على جواز التصرف في الأعيان المملوكة بعد قبضها لكنهم اختلفوا في حكم التصرف فيها بالبيع قبل القبض، وتعد هذه المسألة من أمهات المسائل ويترتب عليها الكثير من التطبيقات في عقود التمويل المعاصرة، حيث تعتمد بعض شركات التمويل من بنوك وغيرها إلى شراء السلع ثم بيعها على العملاء من دون قبض حقيقي أو حكومي. ولأهل العلم في هذه المسألة خمسة أقوال:

القول الأول: تحريم بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً، عقاراً كان أو منقولاً. وهذا قول الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم. ومن أدلتهم:

١. ما روى حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله إني أشتري بيوغاً فما يحل لي منها، وما يحرم علي؟ فقال: «يا ابن أخي اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه»^(١).

ووجه الاستدلال من هذا الحديث: أن النهي فيه عام في كل مبيع.

(١) أخرجه أحمد وابن حبان في صحيحه والدارقطني والبيهقي والحديث صححه ابن حبان، وقال عنه البيهقي: (إسناده حسن متصل)، وقال ابن القيم: (وهذا إسناد على شرطهما، سوى عبد الله بن عصمه، وقد وثقه ابن حبان، واحتج به النسائي، وحسنه النووي).