

معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الوادي

محاضرات في مقياس:

الفقه المقارن

السداسي الأول

الأستاذ:

د. ميلود ليفة

السنة: أولى ماستر

تخصص: فقه مقارن وأصوله

الرجوع في الهبة

الهبة عبادة من العبادات، وهي مستحبة؛ لما فيها من تأليف القلوب، وتحصيل الأجر والثواب، فعن عائشة رضي عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها. [أخرجه البخاري]، وعن أبي هريرة رضي عنه عن النبي ﷺ قال: «يا نساء المسلمين، لا تحقرن جارة لجاتها، ولو فرسن شاة». [متفق عليه].

ولكن قد يحدث أن يندم الإنسان فيتراجع عن هبته التي أعطاها، فهل له الحق في ذلك شرعاً؟

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على حرمة الرجوع في الهبة التي يراد بها الصدقة أي: وجه الله سبحانه، من صلة الرحم والهبة للفقير واليتيم؛ لأن الصدقة إنما يراد بها وجه الله تعالى وما أريد به وجه الله لم يجز الاعتصار والرجوع فيه. واتفقوا أيضاً على أن من قصد بهبته الثواب عليها، جاز له الرجوع إذا لم يعوض عنها؛ لأنها صارت في معنى المعاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال: بعثك.

وأما إن كان يراد من الهبة التودد ونفع الموهوب من غير إرادة الثواب عليها، فقد اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال إجمالاً، وتفصيلها بالأدلة فيما يأتي:

القول الأول: أن الأصل جواز الرجوع إلا لذي رحم محرم، وإن كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة،

وهذا مذهب الحنفية، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن أبي هريرة رضي عنه أن النبي ﷺ قال: «الرجل أحقُّ بهبته ما لم يثب منها» [أخرجه: ابن أبي شيبة وابن ماجة والدارقطني]. ووجه الدلالة من الحديث أنه ﷺ أثبت حق الرجوع في الهبة بعد التسليم؛ لأنها لا تكون هبة حقيقية قبل التسليم، وإضافتها إلى الواهب على معنى أنها كانت له كالرجل يقول: أكلنا خبز فلان الخباز، وإن كان قد اشتراه منه.

ونوقش: بأن هذا الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع وهو ضعيف.

2- حديث ابن عمر رضي عنهما أن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها» [أخرجه: الحاكم

والدارقطني والبيهقي].

ويناقش: من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الحديث لا يثبت مرفوعاً، والصواب أنه من رواية عبد الله بن عمر عن أبيه عمر بن

الخطاب رضي عنه موقوفاً، والموقوف لا يعارض الأحاديث الصريحة في حرمة الرجوع في الهبة كما سيأتي.

الوجه الثاني: أن يحمل هذا الأثر على من أعطى بنية هبة الثواب، وهي خارجة عن محل النزاع؛ لأن

الفقهاء متفقون على جواز الرجوع في هبة الثواب إذا لم يثب عليها أو لم يرض الواهب بثوابها، ويدل على ذلك ما رواه

مالك في الموطأ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها».

3- أن المقصود بالهبة للأجانب هو التعويض والمكافأة ولهذا يقال الأيادي قروض، وقد دل على ذلك العرف، والمعروف كالمشروط، وتأيد ذلك بالشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «تهادوا تحابُّوا» [أخرجه مالك في الموطأ]، والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين، وفوات المقصود من عقد يعدم الرضا ويمنع لزومه، فيثبت عند ذلك جواز الرجوع في الهبة، كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود. وناقش: بأن مقاصد الهبات مختلفة، فقد يكون مكافأة الموهوب على إحسانه، وقد يكون مجرد المحبة، أو النفع بالبدن أو الجاه فليس القصد منحصرًا في التعويض بالمال، ومع وجود الاحتمال يسقط الاستدلال.

دليل استثناء ذي الرحم المحرم:

استثنى الحنفية ذا الرحم في منع الرجوع في الهبة استنادا إلى الأدلة الآتية:

1- الأثر السابق عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها...».

ويناقش: بأن هذا استدلال بمفهوم المخالفة وهم لا يقولون به، وعلى القول به فهو غير معتد به في هذه الحالة؛ لأنه يعارض الأحاديث الصريحة بجواز رجوع الوالد فيما يهب ولده، والمنطوق راجح على المفهوم عند التعارض.

2- أن الهبة لذي الرحم صدقة؛ لأن المقصود بها ثواب الله -عز وجل- فكما أنه لا يجوز الرجوع في الصدقة فكذلك الهبة لذي الرحم.

ويناقش: بأن إثبات حرمة الرجوع في هبة ذي الرحم لا ينفي حرمة في حق الأجنبي؛ لأن الهبة لذي الرحم فيها أجران: أجر على الهبة وأجر على صلة الرحم، وأما الأجنبي فيبقى له أجر الهبة على معنى التودد والمحبة، وهذا الثواب مقصود شرعا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ندب إليها، فتكون في معنى الصدقة فلا يجوز الرجوع فيها أيضا.

3- أنه لو وهب بشرط الثواب فأثيب لم يرجع وهذا قد أثيب من الله تعالى فلم يجوز أن يرجع.

ويناقش: بأن الواهب للأجنبي على معنى التودد والمحبة مثاب من الله تعالى، فلم يجوز الرجوع في الهبة في حقه أيضا.

القول الثاني: لا يجوز الرجوع في الهبة قبل القبض وبعده إلا فيما يهب الوالد ولده، وهو مشهور مذهب المالكية، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1 - أن الأصل في العقود اللزوم لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: 1]، والهبة عقد من العقود يتم بالإيجاب والقبول، والواهب إذا أوجب وقبل الموهوب فقد صار العقد لازما، وليس للواهب الرجوع

فيه، ويلزمه إقباضه للموهوب له، ويجبر على ذلك إن امتنع منه، ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض، ويؤكد هذا المعنى الحديث الآتي، حيث لم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض أو بعده.

2 - ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» [متفق عليه]، ووجه الدلالة من الحديث أن فيه تنفير المؤمنين من الاتصاف بصفة ذميمة يشابهون فيها أخس الحيوانات في أخس أحوالها، ويؤكد معنى التحريم ما جاء في لفظ للبخاري: «ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»، حيث فيه أبلغ الزجر عن ذلك، وأدل على التحريم مما لو قال مثلاً: (لا تعودوا في الهبة).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

• **الوجه الأول:** أن تشبيه النبي ﷺ العائد بهبته بالكلب لاستقباحه واستقذاره لا في حرمة الرجوع، ويؤيد ذلك: أن فعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول إنه يستقبح؛ لأن الكلب غير متعبد فالقيء ليس حراماً عليه، فيكون المراد التنزيه عن فعل يشبه فعل الكلب.

وأجيب عنه: بأن سياق الحديث ينفي هذا التأويل، حيث جاء فيه «ليس لنا مثل السوء...»، وهذا لا يحتمل إلا التحريم كما في قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ مَثَلُ السَّوِّءِ وَلِلَّهِ الْمَثَلُ الْأَعْلَىٰ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ [النحل:60].

• **الوجه الثاني:** أن الحديث محمول على الرجوع بغير قضاء القاضي ولا رضا الموهوب إلا فيما وهب الوالد لولده إذا احتاج إليه للإفناق على نفسه.

ويجاب عنه: بأن الحديث جاء مطلقاً ولم يتقيد بذلك، والموهوب بفطرته لا يرضى بانتزاع شيء منه بعد تملكه إياه.

دليل استثناء الوالد:

وأما استثناء الوالد عن حرمة الرجوع في الهبة فيدل عليه ما رواه عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ» [أخرجه: أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه]، فللوالد الرجوع فيما وهب لابنه على جهة الصلة لا على جهة الصدقة، والحكمة في جعل ذلك بين الوالد والولد لما له عليه من سلطنة الإيجاد وحق الكفالة والتربية، وذمام الذب عنه، والنصرة وسيلة رجوع ماله إليه كله آخر الأمر.

ولكن استثناء الأب بمشروعية رجوعه فيما وهبه لولده ليس على إطلاقه، بل يمنع من الرجوع إن كان في ذلك إلحاق ضرر بالولد، حيث قال الإمام مالك في "الموطأ": «الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نُحْلاً، أو أعطاه عطاءً ليس بصدقة أن له أن يعتصر ذلك، ما لم يستحدث الولد ديناً يدينه الناس به، ويأمنونه عليه، من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه أبوه، فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً، بعد أن تكون عليه الديون...».

وتقييد الإمام مالك للحديث مبني على أصل دفع الضرر وهو من كليات الشريعة؛ وبيان ذلك أن الأصل في العقود الالتزام، عملاً بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وهذا يشمل الديون لا محالة، ورجوع الأب فيما وهبه لابنه يؤدي إلى بطلانها وعدم استقرارها، وإيقاع الابن في الحرج من معاملة الناس فنذهب بذلك هيئته، ويأنف الناس من معاملته؛ لأنه أخلف مواعيده والتزاماته، وهذا ضرر ظاهر ومفسدة محققة.

وفي مشهور المذهب إحقاق الأم بالأب في جواز الرجوع ما دام الأب حياً، ووجه ذلك أن الصغير بعد موت الأب يكون يتيماً، وظاهر الهبة له الإشفاق عليه وهذا معنى القرية فلذلك كان حكمها حكم الصدقة، فلا يجوز الرجوع فيها.

القول الثالث: لا يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض إلا فيما يهب الوالد ولده، وهو مذهب الشافعية
 والمشهور عند الحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:
دليل تقييد حرمة الرجوع بما بعد القبض:

حديث ابن عباس رضي الله عنهما السابق: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»، ووجه الدلالة من الحديث ظاهرة في حرمة الرجوع في الهبة ولكنهم قيدوها بما بعد القبض؛ لأن الهبة قبل القبض رجوع في قول فلا يدخل في هذا الحديث؛ لأن عقد الهبة لم يتم، واستدلوا على صحة هذا التأويل بحديث عائشة > أن أباهما أبو بكر الصديق رضي الله عنه لما حضرته الوفاة قال لها: «وَاللَّهِ يَا بِنْتِ مَا مِنْ نَّاسٍ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نُحَلْتُكَ جَادًّا عَشْرِينَ وَسَقًا، فَلَوْ كُنْتُ جَدِّدْتِي وَاحْتَزَيْتِي كَانَتْ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكَ، وَأُخْتَاكَ، فَاقْتَسِمُوهُ عَلَيَّ كِتَابَ اللَّهِ» [أخرجه البخاري]، ووجه الدلالة منه أنه رجع في هبته لها قبل القبض، ولو كان العقد لازماً لما أمكنه الرجوع إلا برضاها، حيث أنه وهبها في صحته ولم تقبضها حتى مرض، والإقباض في مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح.

ويناقش: هذا الاستدلال: بأن الأثر خارج عن محل النزاع؛ لأن فيه رجوع الوالد فيما يهب ولده، والأصل فيها أنها جائزة ولو بعد القبض، ولكن امتنع أبي بكر الصديق رضي الله عنه عن إنفاذها بالقبض لا يرجع إلى معنى عدم اللزوم ولكن لمعنى آخر، وهو أن عائشة رضي الله عنها لم تقبض هبتها حتى أدركته الوفاة وفي إقباضها إياها في مرض الموت فيه شبهة إثارة بعض الورثة، وصارت بمقام العطية للوارث، فامتنع أبو بكر الصديق رضي الله عنه عن إنفاذ الهبة سدا للذريعة.

أدلة استثناء الوالد في حرمة الرجوع:

1- عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال على المنبر: «أَعْطَانِي أَبِي عَطِيَّةً، فَقَالَتْ عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ: «لَا أَرْضَى حَتَّى تَشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ» فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: «إِنِّي أَعْطَيْتُ ابْنِي مِنْ عَمْرَةَ بِنْتُ رَوَاحَةَ عَطِيَّةً، فَأَمَرْتَنِي أَنْ أُشْهِدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ»، قَالَ: «أَعْطَيْتَ سَائِرَ وَلَدِكَ مِثْلَ هَذَا؟»، قَالَ: «لَا»، قَالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» قَالَ: فَرَجَعَ فَرَدَّ عَطِيَّتَهُ [أخرجه البخاري].

وفي لفظ "مسلم": أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: «إني نَحَلْتُ ابني هذا غلاما»، فقال: «أَكُلُّ وَلَدَكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟» قال: «لا»، قال: «فَأَرْجِعْهُ» [أخرجه مسلم].

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي ﷺ أمر الوالد بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز، وقد امتثل ذلك فرجع في هبته لولده، ولذلك قال النعمان: «فَرَجَعَ فَرْدٌ عَطِيَّتُهُ».

ويناقش: بأن الحديث فيه دلالة على وجوب الرجوع في الهبة وليس الجواز؛ لأن هبته بنيت على الظلم المنافي للعدل، ولأجل هذا جاء في بعض روايات الحديث قول النبي ﷺ: «فَلَا تُشْهَدُنِي إِذَا، فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ» [أخرجه مسلم]، والظلم منفي في جميع الأحوال سواء أكانت الهبة للأولاد أم غيرهم، فعند ذلك لا يصح الاستدلال بها على جواز الرجوع مطلقا أو جواز الرجوع فيما يهب الوالد ولده.

وإذا ثبت بطلان الاستدلال بهذا الحديث على جواز الرجوع، فإن الحنفية أبطلوا الاستدلال به بدعوى أن النعمان بن بشير كان كبيرا ولم يكن قبض الموهوب فكان له الرجوع.

وأجاب عنه الشافعية من وجهين:

• **الوجه الأول:** أن الذي تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيرا وكان أبوه قابضا له لصغره، فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت في حكم المقبوض.

• **الوجه الثاني:** أن هذا الحمل يخالف ظاهر الحديث؛ لأنه ورد فيه: «فَرَجَعَ فَرْدٌ عَطِيَّتُهُ»، وهذا يدل على أنه قبض الهبة.

2- عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَ الْعَطِيَّةَ فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ» [أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه].
ونوقش: الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

• **الوجه الأول:** بأن الحديث ليس على ظاهره، فالمراد بقوله: «إلا الوالد» أي: ولا الوالد، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾ [العنكبوت:46] وكقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾ [النساء:92]، فالمنعني: ولا الذين ظلموا منهم، وكذلك في الآية الثانية.

• **الوجه الثاني:** المراد من الحديث أن من حق الوالد أن يملك من مال ابنه، ويأخذ ما تدعوه حاجته، وإنما سمي ذلك رجوعا باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعا حقيقة أو حكما.

ويجاب عن هذين الوجهين: بأنها احتمالات تخالف الظاهر وتأويلات تحتاج إلى قرينة، ولا يصح صرف الكلام عن ظاهره من غير قرينة ظاهرة.

3- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «إِنْ أَطِيبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ، وَإِنْ أَوْلَادِكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ» [أخرجه الترمذي وابن ماجه]، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابيا أتى النبي ﷺ فقال: إن أبي يريد أن

يجتاح مالي، فقال: «أنت ومالك لأبيك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم» [أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه].

ووجه الدلالة من الحديثين أن النبي ﷺ ميز الولد عن غيره، وجعله كسبا لوالده، فكان ما كسبه الولد منه أولى أن يكون من كسبه، فيحق له الرجوع فيه.

4- أن ما بيد الولد في حكم ما بيد الوالد، لجواز تصرفه فيه إذا كان صغيرا وأخذ النفقة منه إذا كان كبيرا فصارت هبة الوالد لولده وإن خرجت عن يده في حكم ما وهبه وهو باق في يده.

5- أن الأب لفضل حنوه تباين أحكامه أحكام غيره: فلا تقبل شهادته لولده، ويجوز أن يتصرف في يديه بالتزويج وفي ماله بالعقود لفضل الحنو وانتفاء التهم؛ فجاز أن يخالف غيره في جواز الرجوع في الهبة؛ لأن انتفاء التهمة تدل على أن رجوعه فيها لشدة الحاجة منه إليها أو لمصلحة.

من يلحق بالأب في استثناء حرمة الرجوع:

ومع اتفاقهم على أن الأب مستثنى بجواز الرجوع في الهبة، فإنهم اختلفوا في إلحاق غيره به على أربعة أوجه: **الوجه الأول:** أنه يختص بالأب، وهو قول عند الشافعية ومشهور مذهب الحنابلة، ودليلهم في ذلك ظاهر الأحاديث التي استثنت الوالد دون غيره؛ لأن الأصل تحريم الرجوع في الهبة، وثبوتها للوالد جاء على خلاف الأصل، فينبغي أن يقتصر فيه على أقل ما يقتضيه اللفظ.

الوجه الثاني: أنه شامل لكل أصل فيلحق به الأم والجد والجدة، وهو الأصح عند الشافعية، ودليلهم في ذلك: أن الأصول يتساوون في استحقاق النفقة والعق وسقوط القصاص فجاز لهم الرجوع كأب.

الوجه الثالث: أنه خاص بالأبوين، فتلحق الأم بالأب في جواز الرجوع، وهو قول عند كل من الشافعية والحنابلة، ودليلهم في ذلك أمران:

1- أن الأم تشرك الأب في الرجوع إذا وهبت؛ فإنها في معناه، والولد ولدتهما، وانتسابه إلى الأب ظاهر، واتصاله بالأم من جهة الولادة مستيقن.

2- أن الأم مأمورة بالتسوية والعدل، فهي مساوية للأب في تحريم التفضيل، وكلهم والد فيه البعضية وفضل الحنو؛ فينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع تخليصا لها من الإثم، وإزالتها للتفضيل المحرم.

ويناقش: بأن هذا التعليل أخص من الدعوى؛ لأن الرجوع في الهبة قد يكون لأجل إقامة العدل أو غيره من المقاصد، كما أن هذا القول يخالف ظاهر الأحاديث التي خصت الوالد بالاستثناء، والوالد عند الإطلاق إنما يتناول الأب دون الأم، والفرق بينهما: أن للأب ولاية على ولده، ويجوز جميع المال في الميراث والأم بخلافه.

الوجه الرابع: أن حق الرجوع يثبت للأب، ولكل أصل يتصور أن يكون له ولاية على الذي وهب منه بالقرابة، فهذا إذن يختص بالوالد، والأجداد المتصلين به إذا كانوا ورثة، وهو قول عند الشافعية.

القول الرابع: لا يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض مطلقاً، سواء أكانت الهبة من الأب لابنه أم لغيره من القرابة، وهو قول عند الحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عموم الأحاديث الناهية عن الرجوع في الهبة، حيث لم يرد فيها استثناء الأب أو غيره. ويناقدش: بأنه قد وردت أحاديث فيها تخصيص الأب من هذا العموم في قول النبي: «إلا الوالد فيما يعطي ولده».

2- ما ورد في الأثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: «من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها» [أخرجه مالك في الموطأ]. ووجه الدلالة من الأثر أن صلة الرحم هي المقصودة بهبة الوالد ولده، وفي الرجوع قطيعة رحم، والولادة أقوى من القرابة المتأبدة بالمحرمة.

ويناقدش: بأن الأثر استثنى الهبة التي تكون لصلة الرحم، وهي غير شاملة للأب الذي ثبت إباحة رجوعه في الهبة تنصيماً في أحاديث مرفوعة.

3- أنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى، فلم يجوز الرجوع فيها كصدقة التطوع. ويناقدش: بأنه قياس صحيح في أصله ولكنه معارض بأصل آخر وهو أن الولد من كسب أبيه، وقد ثبت بصحيح السنة ترجيح هذا الأصل بجواز رجوع الأب فيما يهب ابنه، وهو معنى معقول؛ لأن الوالد لا يرجع إلا لسبب قوي يحقق به معنى أقوى بما قصده بالهبة.

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى التعارض الظاهري بين الأحاديث والآثار، حيث نجد عموم الأحاديث مع ما ورد فيها من الاستثناء، فإن النهي عن العود في الهبة ورد عاماً في مثل حديث ابن عباس: «العائد في هبته كالعائد في قبته» وورد التخصيص في أحاديث أخرى كحديث ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم «إلا الوالد فيما يعطي ولده» فمن العلماء من أخذ بالعموم لصراحته وقوته حيث إنه وارد في الصحيحين ولم يعتبروا الاستثناء، ومنهم من خصص العموم بالاستثناء الوارد [انظر: بداية المجتهد لابن رشد].

الترجيح:

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الثاني القاضي بلزوم الهبة وحرمة الرجوع فيها ولو قبل القبض إلا فيما يهب الوالد ولده، وذلك للاعتبارات الآتية:

- 1- سلامة أدلتهم من المعارض الراجح.**
- 2- أن هذا القول أضبط في تنظيم العقود، وأثبت لتأصيلها، وأبعد عن النزاع فيها.**
- 3- أن الرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق، والنبي صلى الله عليه وسلم إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق**

الظفر بالحوت

صورة المسألة: إذا كان لشخص على آخر دين أو استودعه وديعة ولم يستطع استيفاءها منه بأن كان جاحدا لها أو ممتنعا عن أدائها أو مماطلا، فهل لصاحب الحق أن يستوفي حقه بغير قضاء إذا أمكنه ذلك بوسيلة أخرى، اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال كثيرة، يمكن إجمالها في قولين على ما يأتي:

القول الأول: المنع من استيفاء حقه، وهو رواية عند المالكية ومشهور مذهب الحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]، ووجه الدلالة من الآية أن فيها أمر بأداء الأمانة من غير قيد، فتكون عامة تشمل من يأخذ بغير إذن فيكون غير مؤد للأمانة (الإشراف للقاضي عبد الوهاب).

2- قول الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: 65]، ووجه الدلالة من الآية أنها أمرت بالتحاكم إلى القاضي في جميع أحوال التنازع سواء ظفر الإنسان بحقه أم لا، فلو ترك لصاحب الحق أخذ حقه بغير قضاء كان مخالفا للآية.

3- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ أَيْمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» [أخرجه: أحمد وأبو داود والترمذي]. ووجه الدلالة ظاهر من الحديث، فإن من أخذ مال غيره بغير إذنه فقد خانه.

ونوقش: هذا الاستدلال من وجهين:

• **الوجه الأول:** أن الحديث غير ثابت، فهو من طريق قيس بن الربيع وشريك القاضي عن أبي الحصين الأسدي عن أبي صالح عن أبي هريرة. قال الإمام أحمد: «شريك وقيس كانا كثير الخطأ في الحديث». وأجيب عنه: بأن شريكا القاضي قد أخرج له الإمام مسلم في "صحيحه" في المتابعات، فيكون حديثه صالحا للاعتراض، وحديثه هنا مقرون برواية قيس بن الربيع وهو نحو شريك في الضعف لسوء الحفظ، فأحدهما يقوي الآخر، فيرتقي الحديث إلى مرتبة الحسن ويكون مقبولا للاحتجاج.

• **الوجه الثاني:** أن المقصود بقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»؛ أي: لا تتعدى فتأخذ أكثر من الواجب لك، فتكون قد خنته أخرى كما خانك أولا؛ لأن من أخذ حقه الواجب له فليس بخائن، بل فعل المعروف الذي أباحه رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة.

وأجيب عنه: بأن هذا التأويل يبطل فائدة الحديث فلا يكون فرق بين من خانه ومن لم يخنه؛ لأن الخيانة المبتدأة محرمة في الجميع وتحريمها ظاهر، فعلم أن المراد لا تقابله على خيانتته فتفعل به مثل ما فعل بك، فيكون كل واحد منهما مسيئا إلى الآخر طالما له.

4- عن بشير بن الخصاصية رضي الله عنه قال: «قلنا: إن أهل الصدقة يعتدون علينا أفنكتم من أموالنا بقدر ما يعتدون علينا»، فقال رضي الله عنه: «لا» [أخرجه: أحمد وأبو داود]. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم منعهم من استيفاء حقهم من خلال مقابلة الإساءة بالمثل.

ونوقش: بأن الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده ديسم السلوسي، وهو رجل مجهول.

5- أن صاحب الحق لا ولاية له على من عليه الحق، والتصرف في مال الغير لا يملك إلا بولاية.

القول الثاني: جواز استيفاء حقه في الجملة، وهو مذهب الحنفية ورواية عند المالكية، ومذهب الشافعية،

وقول عند الحنابلة واختيار ابن حزم من الظاهرية، ومجمل أدلتهم في ذلك

1- قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل:126]، ووجه الدلالة من الآية أن الله

تعالى شرع المعاقبة بالمثل، واستيفاء الحق بغير قضاء من المعاقبة بالمثل.

2- قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:194]، ووجه

الدلالة من الآية أن من كان عليه حق فأنكره وامتنع من بذله فقد اعتدى، فيجوز أخذ الحق من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضي؛ لأن الشارع قد أذن فيه.

3- قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [الشورى:41]، ووجه الدلالة

من الآية أن امتناع من عليه الحق من أدائه يعتبر ظلماً، واستيفاء الحق منه من غير قضاء من الانتصار المأذون فيه.

4- عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت: «يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما

يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك، بالمعروف» [متفق عليه]. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن له أن يأخذ من مال زوجها بغير إذنه، فمثلاً الرجل يكون له على الرجل الحق بأي وجه ما كان فيمنعه إياه، فله أن يأخذ من ماله حيث وجدته سرا أو علانية.

ونوقش: من وجهين:

• **الوجه الأول:** بأنه قياس مع الفارق؛ لأن للمرأة من حق التبسط في مال زوجها بحكم العادة مما يؤثر في

إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبي.

• **الوجه الثاني:** أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل إلى تركه، فجاز

أخذ ما تندفع به الحاجة بخلاف الدين.

5- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الرهن يركب بنفقته، إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب

بنفقته، إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من الحديث أنه أجاز

للدائن - وهو المرتهن - استيفاء حقه من النفقة بما يقابله من منفعة، فمثله مثل من يكون له حق على آخر فله أن

يستوفيه من ماله.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن استيفاء المرتهن حقه من النفقة فيه رفع للحرج والمشقة وعمل بالأصلح، وبيان ذلك أن النفقة على الحيوان أمر لا بد منه، وأخذها من مالك الرهن قد يضر به أو يتعذر أخذها، ولو ترك المرتهن منفعة الركوب لذهبت مجاناً، أو ترك اللبن لفسد، وكل ما سبق غير متحقق في استيفاء الدائن حقه من مال المدين بغير قضاء

6- عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: **قُلْنَا لِلنَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّكَ تَبِعْنَا، فَنَنْزِلُ بِقَوْمٍ لَا يَقْرُونَا، فَمَا تَرَى فِيهِ؟»** فقال لنا: **«إِنْ نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ، فَأَمْرٌ لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَاقْبَلُوا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا، فَخَذُوا مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ»** [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من الحديث إجازة استيفاء حق الضيافة بغير قضاء، فيقاس عليه غيره من الحقوق.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الضيافة حق آني لا يقبل التأخير، وهذا يتنافى مع رفعها إلى القضاء **7-** القياس على استيفاء الحق العيني، فإن من كان له عين عند أحد وامتنع من أدائها جاز له استيفاؤها بغير قضاء عند الجميع كالمغصوب ونحوه.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن صاحب الدين حقه لم يتعين في تلك العين التي يريد أن يستوفي منها، وتجده مكتماً ومستخفياً بصورة خائن وسارق بخلاف صاحب الحق العيني فإنه يغالب صاحب اليد العادية ويستعين عليه بالناس فلا ينسب إلى الخيانة.

8- أن في المنع تضييعاً للحقوق التي ليس لها بينة فيستحيل أخذها عن طريق القضاء. **ونوقش:** بأن هذا تفريط من صاحبها حيث لم يحتط بتوثيق حقه عن طريق: الكتابة أو الإشهاد أو الرهن. **سبب الخلاف:**

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى التعارض الظاهري بين عموم الآيات والأحاديث، حيث نجد كل فريق سعى إلى الجمع ونفي التعارض بينها، ولكنهم اختلفوا في طريقة الجمع وتأويل النصوص. **الترجيح:**

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول القاضي بمنع الظفر بالحق من غير قضاء وذلك للاعتبارات الآتية: **1-** أن النفوس مجبولة على اعتقاد أن الحق في جانبها، والقول بالإباحة يفتح باب التأويل فرمما يظن أن الحق له في قضية فيسيء التقدير ويعتدي على حقوق غيره.

2- أن في الأخذ تعريض النفس للشبهات، وقد جاء في الحديث: **«فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرْضِهِ»** [متفق عليه]، فالبراءة لدينه بترك ما هو مشكوك في جواز فعله، والاستبراء لعرضه بأن لا يتهمه الناس بأخذ مال غيره أو الاعتداء عليه، وإن كان في الواقع أنه يقتص لنفسه ولكنه في نظرهم يعتبر مرتكباً لخيانة، حيث إنهم يعلمون أن ما أخذه ليس له وحقه عندهم ليس بثابت.

بيع العينة

صورة المسألة:

بيع العينة في اصطلاح الفقهاء، هو: أن يبيع سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها نفسها ممن باعها عليه نقداً بثمن أقل من جنس الثمن الذي باعها به قبل حلول الأجل، وسميت بالعينة؛ لأن عين السلعة التي باعها رجعت إليه مرة أخرى، وقيل: اشتقت من العين وهو النقد الحاضر الذي أخذه صاحبها، والمشتري إنما يشتريها لبيعها بعين حاضرة تصل إليه معجلة، وقيل: اشتقت من عين الميزان، وهي زيادته؛ لأن العينة لا بد أن تجر زيادةً. وهذه الصورة هي أشهر صور العينة، وهي التي تتبادر إلى الذهن عند الإطلاق، وهي التي نص عليها جماهير أهل العلم، ورتب عليها الحكم.

تحرير محل النزاع:

- اتفق الفقهاء على أن البائع الأول إن اشترى السلعة فعادت إليه بمثل الثمن الذي باعها به كان جائزاً؛ لأنه لا ربا مع التماثل، وكذا من باب أولى إن اشتراها بأكثر مما باعها به، فالزيادة عند ذلك تكون من باب الإحسان.
- اتفقوا على المنع من بيع العينة إذا كان البيع الثاني مشروطاً في العقد الأول نصاً.
- وأما إذا لم ينص على اشتراط البيع الثاني في صلب العقد فقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك على قولين مشهورين:

القول الأول: تحريم بيع العينة، وهو المعتمد عند الحنفية ومذهب المالكية والحنابلة، ومجمل أدلتهم في

ذلك

1- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد؛ سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم» [أخرجه أحمد وأبو داود]. ووجه الدلالة ظاهر من الحديث في ذم بيع العينة؛ «لأن طلب أسباب العزة الدينية، وتجنب أسباب الذلة المنافية للدين واجبان على كل مؤمن، وقد توعد على ذلك بإنزال البلاء، وهو لا يكون إلا لذنب شديد، وجعل الفاعل لذلك بمنزلة الخارج من الدين المرتد على عقبه»، فدل هذا الوعيد على التحريم.

ونوقش: الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

• الوجه الأول: أن الحديث قد انفرد به الضعفاء، وهذه علة توجب ضعفه.

وأجيب عنه: بأن أن كثرة طرقه تدل على أن لهذا الحديث أصلاً، فالطرق الضعيفة إذا كثرت شد بعضها بعضاً، والحديث قد صححه ابن القطان الفاسي، وابن عبد الهادي، وقوى إسناد ابن تيمية، وابن القيم، والشوكاني، وغيرهم.

• **الوجه الثاني:** أن دلالة الحديث على التحريم غير واضحة؛ لأن العينة قرنت بالأخذ بأذنان البقر، والاشتغال بالزرع، وهذه غير محرمة.

وأجيب عنه: بأن الأخذ بأذنان البقر كناية عن ظلم الراعي لرعيته وهذا محرم، وأما الاشتغال بالزرع فهو كناية عن الركون إلى الدنيا ونسيان الآخرة، وهذا لا شك في تحريمه.

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة» [أخرجه أحمد والنسائي]، وفي رواية: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا» [أخرجها أبو داود والحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم]. ووجه الاستدلال من هذين الحديثين أن معنى النهي عن بيعتين في بيعة هو «أن يقول أبيعكها بمئة إلى سنة، على أن أشتريها منك بثمانين حالة، وهذا معنى الحديث الذي لا معنى له غيره، وهو مطابق لقوله: فله أوكسهما أو الربا، فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أوكسهما، وهو مطابق لصفقتين في صفقة فإنه قد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة، ومبيع واحد، وهو قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها؛ ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الصفقتين، فإن أبي إلا الأكثر كان قد أخذ الربا».

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

• **الوجه الأول:** أن قوله: «فله أوكسهما أو الربا» زيادة شاذة غير محفوظة، فهي من رواية محمد بن عمرو بن علقمة، وقد تكلم فيه غير واحد، كما لا يعلم أن أحدا قال بظاهر هذا الحديث، وصحح البيع بأوكس الثمنين، بل هو عقد فاسد؛ لما فيه من الغرر والجهالة.

وأجيب عنه: بأنه حديث محفوظ؛ لأن محمد بن عمرو بن علقمة بن وقاص الليثي المدني شيخ مشهور حسن الحديث أكثر، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قد أخرج له الشيخان متابعة، قال عنه أبو حاتم: الرازي، صالح الحديث، وقال النسائي: لا بأس به.

وأما القول بظاهر الحديث فقد ثبت عن شريح القاضي، قوله: من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا، وأما فساد العقد فهو من جهة كونه ذريعة إلى الربا لا لمعنى الجهالة والغرر، فإذا انتفى المحذور بأن باع بأوكس الثمنين رجع العقد إلى أصل الإباحة فكان جائزا.

• **الوجه الثاني:** أن المراد ببيعتين في بيعة: أن يبيع الرجل السلعة بعشرة نقداً، أو بعشرين نسيئة، فيفترق المتبايعان دون تعيين أحد الثمنين.

وأجيب عنه: بأنه تفسير ضعيف؛ لأنه لا يدخل الربا في هذه الصورة، ولا صفقتين هنا، وإنما هي صفقة واحدة بأحد الثمنين.

• **الوجه الثالث:** أن المراد ببيعتين في بيعة: أن يبيعه الشيء ويشترط عليه عقداً آخر من بيع أو سلف، أو قرض، أو صرف، أو إجارة، أو شركة، وكذا كل ما كان في معنى ذلك، مثل أن يقول: بعتك داري على أن تقرضني، أو تزوجني سيارتك، أو تزوجني ابنتك.

ويجاب عنه: بأن فساد العقود معلق بما يلابسها من محاذير شرعية تتعلق بالغرر والظلم والربا، فيكون المقصود ببيعتين في بيعة كل عقدين جمعا في عقد واحد وترتب على جمعهما محذور شرعي، كما لو باع عليه سلعة بشرط أن يقرضه، فإن مآله إلى قرض جر منفعة فيكون ربا، ولا يدخل في ذلك العقدان الذين لم يترتب على جمعهما محذور شرعي، كما لو باعه سيارته بشرط أن يبيعه داره؛ لأنه لا مفسدة ولا محذور في جمع العقدين في عقد واحد، وعند ذلك تكون العينة صورة من صور النهي عن بيعتين في بيعة.

3- عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك» [أخرجه أحمد وأبو داود]. ووجه الدلالة من الحديث أن بيع العينة إنما يقع غالبا من مضطر إليها، وإلا فالمستغني عنها لا يشغل ذمته بألف وخمسمائة في مقابلة ألف بلا ضرورة وحاجة تدعوا إلى ذلك؛ فسميت عينة؛ لإعازة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحليل بدفع قليل في كثير.

ونوقش: بأن الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده رجل مجهول، وهو الشيخ من بني تميم.

4- سألت امرأة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها فقالت: «يا أم المؤمنين، كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانئة إلى أجل، ثم اشتريتها منه بستمئة، فنقدته الستمئة، وكتبت عليه ثمان مئة»، فقالت عائشة رضي الله عنها: «بئس والله ما اشتريت، وبئس والله ما اشتري، أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب»، فقالت المرأة لعائشة رضي الله عنها: «أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟» قالت: «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى» الآية [البقرة: 275]، أو قالت: «وإن تبتم فلکم رؤوس أموالکم» الآية [البقرة: 279]» [أخرجه عبد الرزاق في المصنف]. ووجه الدلالة من الحديث ظاهرة في تحريم بيع العينة؛ لأن فيه تغليظا شديدا لفعل زيد بن أرقم.

ونوقش الاستدلال بهذا الأثر من وجهين:

• **الوجه الأول:** أن في متن الأثر نكارة؛ ووجه ذلك أن الأعمال الصالحة لا يحبطها الاجتهاد، وإنما يحبطها الارتداد، ومحال أن تلزم عائشة زيد بن أرقم برأيها واجتهادها.

وأجيب عنه: بأن تصريح عائشة بأن مثل هذا الفعل موجب لبطلان الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على أنها قد علمت تحريم ذلك بنص من الشارع، إما على جهة العموم كالأحاديث القاضية بتحريم الربا الشامل لمثل هذه الصورة، أو على جهة الخصوص؛ لأن كون العمل يبطل الجهاد لا يمكن إدراكه بالاجتهاد.

• **الوجه الثاني:** ما ذكرته عائشة قد خالفها فيه صحابي آخر، وهو زيد بن أرقم في هذا الأثر وعبد الله بن عمر كما سيأتي، وإذا اختلف الصحابة في مسألة فلا حجة في قول أحدهم على الآخر.

وأجيب عنه: بأن زيدا لم يقل: هذا حلال، بل فعله، وفعل المجتهد لا يدل على قوله على الصحيح؛ لاحتمال سهو، أو غفلة، أو تأويل، أو رجوع ونحوه، وكثيرا ما يفعل الرجل الشيء، ولا يعلم مفسدته فإذا نبه له انتبه، ولم ينقل عن زيد أنه أصر على ذلك.

5- أن العقود بمقاصدها، وليست بألفاظها، والربا لم يحرم لمجرد صورته ولفظه، وإنما حرم لحقيقته ومعناه، فإن أحدا لا يبيع العين نسيئة بثمن، ثم يشتري العين نفسها بأقل نقداً إلا وهو يريد التوصل إلى مبادلة الدراهم بالدراهم؛ لأن يبيعه العين ثم استرجاعها دل على أن يبيع العين لم يكن مقصودا، وإنما المقصود الربا. وناقش: بأن الحكم مناط بمعرفة القصد، والقصد هنا مجهول، فلا نحتكم إلى المقاصد الخفية، بل يجب الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية.

وأجيب عنه: بأن تحريم العينة مع جهالة القصد من باب سد الذرائع وإن لم يقصد البائع الربا؛ لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا؛ لشدة الحاجة إلى شراء المبيع نسيئة لعدم الأثمان عند مشتره، فيقوى الباعث على التحيل على الحرام ويصير ذريعة فيسد هذا الباب، وإذا ظهر القصد إلى الربا المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع. **6-** المتعامل بالعينة قد توصل إلى أخذ دراهم بدراهم إلى أجل مع التفاضل، والسلعة كانت واسطة للتوصل إلى المعاملة المحرمة، والوسيلة إلى الحرام حرام.

قال ابن القيم: «إذا حرمَّ الربُّ تعالى شيئا وله طرق ووسائل تُفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقاً لتحريمه، وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه تأتي ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأتي ذلك؛ فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعدو متناقضا، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء» [أعلام الموقعين: 4/553].

القول الثاني: جواز بيع العينة، وهو قول أبي يوسف من الحنفية ومذهب الشافعية وابن حزم من الظاهرية، ومجمل أدلتهم في ذلك

1- قول الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: 275]. ووجه الدلالة أن الآية عامة في مشروعية كل بيع، ومن ذلك بيع العينة.

ويناقش: بأن بيع العينة قد خص من هذا العموم بالنصوص الواردة بالنهي عنه.

2- عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خيبر، فجاءهم بتمر جنيب، فقال: «أَكُلُّ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا»، قال: قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال: «لا تفعل، بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيبا» [متفق عليه]. ووجه الاستدلال من الحديث أن فيه مشروعية البيع الثاني مطلقا حيث ولم يفرق بين أن يشتري من المشتري، أو من غيره، وكذلك الأمر في بيع العينة، فمن باع نسيئة جاز له أن يشتري نقدا سواء من المشتري أو من غيره.

ونوقش: بأن قوله ﷺ: «بع الجمع بالدرهم، ثم ابتع بالدرهم جنيبا»، يقتضي بيعا ينشؤه ويتبدئه بعد انقضاء البيع الأول، لم يقل النبي ﷺ: «وابتاع ممن اشترى الجمع»، بل خرج الكلام غير متعرض لعين البائع، فمتى واطأه من أول الأمر على أن أبيعك وأبتاع منك فقد اتفقا على العقدين معا فلا يكون داخلا في حديث الأمر بل في حديث النهي عن بيعتين في بيعة؛ لأن مآله إلى الربا.

3- سئل عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رجل باع سرجا بنقد، ثم أراد أن يبتاعه بدون ما باعه، قبل أن ينتقد، قال: «لعله لو باعه من غيره باعه بدون ذلك» [أخرجه عبد الرزاق في المصنف]، فلم ير به بأسا، وفي رواية أخرى: أن رجلا باع من رجل سرجا ولم ينتقد ثمنه، فأراد صاحب السرج الذي اشتراه أن يبيعه، فأراد الذي باعه أن يأخذه بدون ما باعه منه، فسأل عن ذلك ابن عمر فلم ير به بأسا وقال ابن عمر: «فلعله لو باعه من غيره باعه بذلك الثمن أو أنقص» [أخرجها البيهقي في السنن الكبرى]. ووجه الدلالة ظاهر في إباحة بيع العينة؛ وعلل ابن عمر ذلك بأن صاحب السلعة يمكنه أن يبيعه بأقل ثمن من غير البائع الأول.

ونوقش: بأنه أثر ضعيف؛ لأن في إسناده ليث بن أبي سليم، قال الحافظ في "التقريب": «صدوق اختلط جدا ولم يتميز حديثه فترك»، وعلى التسليم بصحته فهو اجتهاد من ابن عمر رضي الله عنهما وقد خالفه غيره من الصحابة كعائشة وابن عباس رضي الله عنهما فلا يكون قوله حجة بالإجماع.

4- اتفقوا على أن من باع السلعة التي اشتراها ممن اشتراها منه بعد مدة، فالبيع صحيح، فلا فرق بين التعجيل في ذلك والتأجيل، فدل على أن المعتبر في ذلك وجود الشرط في أصل العقد وعدمه، فإن تشارطا على ذلك في نفس العقد فهو باطل وإن لم يتشارطا لم يبطل.

ونوقش: بأن شراءه إياها بعد مدة يبعد التهمة، بخلاف التعجيل فأن المقصود به مبادلة دراهم بمثلها مع التفاضل، والسلعة حيلة.

سبب الخلاف:

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى الاعتداد بأصل سد الذرائع في العقود، فمن عمل به حرم بيع العينة؛ لأنه ذريعة إلى الربا وإن لم يظهر القصد إلى ذلك حسما لباب الفساد والاحتتيال على الشرع، وأما من لم يأخذ بهذا الأصل فقد جوز بيع العينة؛ جريا على ظاهر عقود المسلمين، وسلامتها من المكر والخداع

الترجيح:

الذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأول القاضي بتحريم بيع العينة، وذلك للاعتبارات الآتية:

1- سلامة أدلتهم من المعارض الراجع.

2- أن القول بالتحريم هو الأوفق مع مقاصد الشريعة وحرصها على تحصيل المصالح ودرء المفاسد، وانسجامه مع اتجاه التشريع بتحريم الربا ووسائله وسد الباب أمام المحتالين والمفسدين الذين يحاولون التحلل من قيود الشريعة وأحكامها.

3- أن بيع العينة فيه استغلال لحاجة المشتري، فالبيع المؤجل بأكثر من سعر السوق دافعه في الغالب اضطرار المشتري وحاجته، فليس بيعاً عن تراض بالمعنى الحقيقي، لما يشوبه من الإكراه بسبب الاضطرار، فيكون من أكل المال بالباطل لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء: 29].

شفعة الشريك غير المقاسم

صورة المسألة:

الشُّفْعَةُ لغة: من الشفع وهو الزوج والضم، وأما اصطلاحاً، فهي: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريك ممن انتقلت إليه بعوض، فهي حق تمكك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض. وسميت شفعة؛ لأن الشفيع يضم ما يمتلكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه.

وقد اتفق الفقهاء في الجملة على مشروعية الشفعة، لحديث جابر رضي الله عنه: «قَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يَقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصَرَفَتِ الطَّرِيقَ فَلَا شَفْعَةَ» [متفق عليه]، وفي رواية أخرى: «مَنْ كَانَ لَهُ شَرِيكٌ فِي رِبْعَةٍ أَوْ نَحْلٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُوْذَنَ شَرِيكِهِ، فَإِنْ رَضِيَ أَخَذَ وَإِنْ كَرِهَ تَرَكَ» [أخرجه مسلم].
قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط.»

وما حكي من إجماع على مشروعية الشفعة في العقارات إنما ينصرف إلى العقارات التي تقسم قسمة إجبار، كالدار الكبار، والبستان والأرض الواسعة، فهذه تجب قسمتها إذا طلب أحد الشريكين، فهي قابلة للقسمة؛ لأنه لا ضرر في قسمتها، وهذه القسمة تعتبر إفرازا لا بيعا.

وأما العقارات التي لا تقبل القسمة: كحمام، ودكان ضيق، فإنها لو قسمت لم يعد كل قسم صالحا للانتفاع والبيع، وإذا قسمت فإن القسمة لا تكون إلا برضا الشريكين؛ لأنها تكلف الشريك النفقة الزائدة في إعادة تهيتها، فمثل هذه العقارات اختلف الفقهاء في مشروعيتها فيها على قولين مشهورين:

القول الأول: أن الشفعة مشروعة فيما لا يقبل القسمة، وهو مذهب الحنفية، وقول عند كل من المالكية والشافعية، ورواية عند الحنابلة والظاهرية. ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَرِكٍ فِي أَرْضٍ، أَوْ رِبْعٍ، أَوْ حَائِطٍ، لَا يَصْلُحُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَعْضَرَ عَلَى شَرِيكِهِ، فَيَأْخُذُ أَوْ يَدْعُ، فَإِنْ أَبِي فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُوْذَنَ» [أخرجه مسلم].
ووجه الدلالة من الحديث في قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَرِكٍ»، فهو عام يشمل ما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

2- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشَّرِيكُ شَفِيعٌ، وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ» [أخرجه الترمذي في جامعه]. ووجه الدلالة في عموم قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ»، وهو في معنى الحديث السابق.

ونوقش: الاستدلال بهذا الحديث بأنه حديث مرسل، فقد قال الترمذي بعد رواية الحديث: «هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السُّكْرِيِّ، وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلًا وهذا أصح». وإذا كان الحديث مرسلًا، فهو ليس بحجة.

3- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء» [أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار].

ونوقش: بأن الحديث ضعيف؛ ففي إسناده ابن جريج وهو مشهور بالتدليس وقد روى الحديث بالنعنة عن عطاء عن جابر.

4- أن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة أو المجاورة، وضرر ذلك فيما لا يقبل القسمة أشد، فإذا شرعت فيما يقبل القسمة لرفع ضرر المجاورة مع إمكان رفع ذلك بالمقاسمة فتشريعها فيما لا يقبل القسمة لرفع الضرر الأعلى من باب أولى، إذ لا يقدر أحد من الشركاء أن يتصرف في المال المشترك بشيء من وجوه التصرف دون إذن شريكه.

ونوقش: بأن هذا الدليل يصلح لمن قال: إن العلة في الشفعة لدفع ضرر الشركة، وأما من قال: إن الشفعة شرعت لدفع ضرر القسمة فلا يسلم لهذا الدليل.

ويجاب عنه: بأن ضرر القسمة فيما لا يقبل القسمة أشد مما يقبل القسمة، بما يتحملة الشريك من النفقة الزائدة في إعادة التهيئة.

القول الثاني: أن الشفعة لا تشرع فيما لا يقبل القسمة، وهو قول عند المالكية والمذهب عند الشافعية والمشهور عند الحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم؛ فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» [متفق عليه]، ومحل الشاهد من الحديث في قوله: «كل مال لم يقسم»، ففيه دلالة على ثبوت الشفعة فيما يقبل القسمة خاصة، أما ما لا يصح فيه القسمة فإنه لا يقال فيه: ما لم يقسم، ويشهد له سياق الحديث: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، حيث أثبت الشفعة فيما يقبل إيقاع الحدود، وذلك خاص بالأشياء التي يمكن قسمتها.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

• الوجه الأول: بأن العقار كله يقبل القسمة، ولكن المانع من قسمة العقار الصغير يعود إلى أمر خارج عن العقار، وهو الضرر الناتج من القسمة، فقوله: «فإذا وقعت الحدود» يشمل كل ما يمكن قسمته، سواء أكانت قسمته قسمة إجبار أم اختيار، حتى الذي يمكن قسمته قسمة تراض يمكن أن تقع فيه الحدود، وتصرف فيه الطرق.

• الوجه الثاني: أن قول جابر بن عبد الله رضي الله عنه هو حكاية قضية من النبي صلى الله عليه وسلم قضى بها، وليس بعموم لفظ يستفاد من قول النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأن العموم يستفاد من الألفاظ وليس من الأفعال.

2- عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، قال: «خطب عمر الناس، فقال: «لا شفعة في بئر، ولا فحل» [أخرجه سعيد بن منصور في سننه]، وروي عن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم عن عثمان بن عفان: «إذا

وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها، ولا شفعة في بئر، ولا فحل النخل» [أخرجه مالك في الموطأ]. ووجه الدلالة من الأثر "فحل النخل": هو الذكر الذي يلحقون منه الإناث، فلم تثبت فيه الشفعة؛ لأن القوم كانت تكون لهم نخيل في حائط، فيتوارثونها ويقتسمونها، ولهم فحل يلحقون منه نخيلهم، فإذا باع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط بحقوقه من الفحل وغيره، فلا شفعة للشركاء في الفحل في حقه منه؛ لأنه لا ينقسم، وكذلك البئر تكون لجماعة يسقون منها نخيلهم، فإذا باع أحدهم سهمه من النخيل، فلا شفعة للشركاء في سهمه من البئر؛ لأنها لا تنقسم.

ونوقش: بأن الأثر على كلا التقديرين ضعيف، لوجود الانقطاع في الإسناد.

3- أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر مقاسمة الشريك، وهذا الضرر يتحقق بوجوه منها: أن العقار قد تنقص قيمته إذا قسم، وقد يحتاج كل واحد من المتقاسمين إلى استحداث مرافق في نصيبه فيلزمه في ذلك مؤونة، ومنها ما يلزم فيها من المؤن والأجر التي تختص بقسمة الأصول، إذ ليس كل واحد يحسن قسمتها، فلا بد في الأغلب من الحال أن يستأجر على قسمتها من يختص بمعرفة ذلك.

ويناقش: بأن ضرر المقاسمة لا يؤثر في الحكم؛ لأنه متوقع في حالة قيام الشركة مع الشريك الأصيل، ومع ذلك لم يؤثر في وجود الشركة أو في حرمان أحد الشركين من حق المطالبة بالقسمة، فدل ذلك على أن مشروعية الشفعة لدفع ضرر المشاركة وليس ضرر القسمة؛ لأن الشركة أساسها الرضا المبني على التوافق بين الشريكين، فمن رضي بشريك معين ابتداء لا يلزم بأن يرضى بشريك أجنبي، فلذلك أعطي حق الشفعة، وهذا المعنى موجود فيما يقبل القسمة وهو أشد تحققاً فيما لا يقبل القسمة، والله أعلم.

4- القياس على ما لا ينقسم من العروض كالثياب والحيوان، حيث لا شفعة فيها.

ويناقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الضرر في العروض يرتفع ببيعها وقسم الثمن، إذ لا يتشاح الناس فيها ولا يرغبون في إمساكها كرجبتهم في الأصول وتشاحهم في إمساكها.

سبب الخلاف:

الذي يظهر أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمرين:

1- الاختلاف في تأويل الأحاديث القاضية بمشروعية الشفعة.

2- الاختلاف في تحديد المقصد التي شرع من أجله الشفعة، هل هو لدفع ضرر القسمة، أو لدفع ضرر

الشركة؟ فمن قال: إن المقصد من مشروعية الشفعة هو دفع ضرر الشركة رأى أن الشفعة تجري فيما ينقسم، وفيما لا ينقسم، وهم أصحاب القول الأول، ومن قال: إن المقصد من مشروعية الشفعة هو دفع ضرر القسمة، رأى أن الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم.

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - أن الراجح في هذه المسألة هو القول القاضي بثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة؛ لسلامة أدلتهم من المعارض الراجح، ولأن الضرر منفي مطلقاً في الشريعة، ورفع أو دفعه يتحقق بإعطاء حق الشفعة للشريك فيما لا يقبل القسمة؛ فالعادة في شراكة العقارات أنها تطول ويصعب التخلص منها بالقسمة، وتستوجب أعمالاً وتغييرات، ولها مرافق وحقوق، وكل هذا مدعاة إلى جلب الخصام والشجار، فثبتت الشفعة لإزالة هذه الأضرار.

قبض المبيع

صورة المسألة:

مقصد المتعاقدين من معاملاتهم قبض الأموال والتمكن من التصرف فيها، ولا معنى للتملك إلا ذلك؛ إذ هو ثمرته وفائدته، وقد دلّ على مشروعية قبض المبيع أحاديث كثيرة، فمن ذلك ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» [متفق عليه]، وهو بلفظه من رواية عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وقال فيها: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام» [أخرجه مسلم]، وقال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة، يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم» [متفق عليه].

فدلت هذه الأحاديث وغيرها على أن الملك يحصل للمشتري قبل القبض وذلك بالإيجاب والقبول، فأثبت صحة البيع الأول قبل القبض في قوله: «من ابتاع طعاماً»، ولكن منعه من التصرف فيه بالبيع مرة أخرى قبل قبضه بقوله: «فلا يبعه حتى يقبضه»، فأثر القبض له تعلق في صحة التصرف في المبيع لا في انعقاده ابتداءً.

وإذا كان القبض ليس شرطاً في انعقاد البيع، فإنه من تمامه ولوازمه بحيث إذا تم العقد بالإيجاب والقبول واستوفى أركانه وشروطه فإنه يلزم المشتري أن يسلم الثمن ويلزم البائع تسليم المبيع، غير أن هذا التسليم قد يكون حاضراً وقد يكون مؤجلاً، والتأجيل المعتبر شرعاً هو الذي لا يلزم منه الوقوع في محذور شرعي فيحرم تأخيره لذلك، ففي بيع السلم يوقع تأخير رأس مال السلم في بيع الدين بالدين، وفي بيع الأموال الربوية يوقع التأخير في ربا النسئة. وتسليم المبيع يشمل: التسليم الحسي، وهو: القبض باليد ويسمى "القبض الحقيقي"، ويشمل أيضاً التسليم الحكمي، وهو: التمكين من القبض والتخلية بين المعقود عليه وبين من انتقل ملكه إليه بالعقد ويسمى "القبض المعنوي".

وتظهر أهمية القبض بما له من علاقة قوية بانتقال ضمان المعقود عليه من أحد الطرفين إلى الآخر، ثم جواز التصرف فيه، وإذا كان هذا شأن القبض في المعاملات المالية عموماً، فما هي الطريقة التي يحصل بها القبض؟ وهل القبض بمنزلة واحدة في جميع الأموال؟

فجواباً على ذلك نقول: إن الفقهاء اتفقوا إجمالاً على أن المرجع في تحديد كيفية القبض هو العرف؛ لأن لفظ القبض جاء مطلقاً، ولم يرد تحديده في الشرع ولا في اللغة، فيكون المرجع في ذلك العرف، وسأورد جملة من نصوص الفقهاء الدالة على تعليل كيفية القبض بالعرف والعادة، فمن ذلك:

1- يقول الكاساني من الحنفية: «ولا يشترط القبض بالبراجم؛ لأن معنى القبض: هو التمكين والتخلي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادة حقيقة» [بدائع الصنائع للكاساني (5/148)]

2- ويقول ابن شاس من المالكية: «وأما صورة القبض فتحكم فيه العادة، وهو فيها متنوع بتنوع المبيعات»
[«عقد الجواهر الثمينة» لابن شاس (2/726)].

3- ويقول الماوردي الشافعي: «وما أطلقه الشرع ولم يكن محدودا في اللغة كان الرجوع في حده إلى
العرف كالقبض في المبيعات» [«الحاوي الكبير» للماوردي (5/44)].

4- ويقول ابن قدامة الحنبلي: «...القبض مطلق في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف» [«المغني»
لابن قدامة (4/85)].

ومع هذا الاتفاق فقد جرى الخلاف في كيفية القبض بناء على الاختلاف هل العرف كذلك أو لا، وهذا
الاختلاف كان حسب طبيعة المبيع من عقار أو منقول، أو طريقة البيع بالجزاف أو بالكيل والوزن، وتفصيل ذلك
وبيان مواطن اتفاق الفقهاء واختلافهم فيما يأتي:

أولا: قبض العقار:

العقار: كل ما له أصل ثابت، لا يمكن نقله، ولا تحويله كالدور والأراضي، وأما البناء والشجر فلا يعتبران
من العقار إلا على وجه التبعية، فهي عقار باعتبار اتصاله بالأرض، أما إذا لم يتصل بالأرض فهو منقول.
وقد اتفق الفقهاء في الجملة على أن قبض العقار يكون بالتخلية، وحقيقتها: أن يسلم البائع العقار للمشتري
ويرفع ملكه عنه، بحيث يتمكن المشتري من القبض بلا حائل ولا مانع.

فمتى وجدت التخلية على الوجه المذكور صار المشتري قابضا وإن لم يقبضه حسا؛ أن تمكنه من القبض
بإذن البائع مع عدم المانع والحائل قائم مقام القبض الحقيقي (الحسي)، فلو هلك المبيع هلك على المشتري
لدخوله في ضمانه.

ويشهد لذلك أن التسليم مأخوذ من قول العرب: قد سلم الشيء لفلان: إذا خلص له، ومنه قوله تعالى:
﴿ورجلا سلما لرجل﴾ [الزمر: 29]، أي: خالصا لا يشركه فيه أحد، فيكون تسليم المبيع يجعله خالصا للمشتري
بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية.

ولكن هل يشترط إخلاء العقار من أمتعة البائع؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الإخلاء شرط في حصول القبض، وهو مذهب الحنفية والشافعية، ووجه قولهم إن التسليم
في العرف موقوف على ذلك.

القول الثاني: أن الإخلاء شرط في دار السكنى، وهو مذهب المالكية، فلو باع دارا وسلمها إلى المشتري
وله فيها متاع قليل كان أو كثيرا فلا يعتبر تسليمها حتى تكون فارغة.

القول الثالث: أن خلو المبيع من متاع البائع ليس شرطا للتخلية مطلقا، وهو مذهب الحنابلة.

ثانيا: قبض الثمار على الشجر:

اختلف الفقهاء في الكيفية التي يتحقق بها قبض الثمار على الشجر على قولين مشهورين:

القول الأول: أن قبض الثمار يتحقق بالتخلية، وهو مذهب الحنفية والشافعية والمشهور عند الحنابلة.

القول الثاني: أن قبض الثمار يكون بتمام الاستيفاء، والتخلية بينه وبينها ليست بقبض لها، وهو مذهب

المالكية وقول عند الحنابلة، فمن اشترى ثمارا على الشجر بعد بدو صلاحها جاز لمشتريها إبقاؤها إلى الجذاذ،

فقبل جذاذها لا يعتبر قد تمكن من استيفائها، والقبض التام لا يكون إلا بتمام الاستيفاء، ودليل هذا القول:

1- أن النبي قضى بوضع الجوائح فقال: «لو بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحلُّ لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» [أخرجه مسلم]، ووجه الدلالة من الحديث أن الجائحة ثبتت في الثمرة بعد تخلي البائع عنها إلى المبتاع، وهي في أصل شجره، ويجب على البائع سقيها، فلو كان ذلك قبضا لكانت من ضمان المشتري.

2- أن قبض الثمرة التي لم يكمل صلاحها من جنس قبض المنافع؛ فإن المقصود إنما هو جذاذها بعد

كمال الصلاح.

ثالثا: قبض ما فيه حق توفية:

المقصود بالمبيع الذي فيه حق توفية هو ما يبيع على قدر محدد من الكيل أو الوزن أو الطول أو غير ذلك

من التقديرات، أو يبيع على رؤية سابقة، وقد اختلف الفقهاء في طريقة تحقق القبض فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن قبض ما فيه حق توفية تكفي فيه التخلية، وهذا مذهب الحنفية وقول عند الحنابلة

والظاهرية.

القول الثاني: أن قبض ما فيه حق توفية لا تكفي فيه التخلية بل لا بد من استيفاء قدره مطلقا سواء

أكان مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا، وهذا مذهب المالكية والمعتمد عند الحنابلة، ودليلهم في ذلك ما

رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه» [متفق عليه]، وجاء تفسير

القبض مفسرا في رواية أخرى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه» [متفق

عليه]، فتكون «حتى يستوفيه» تفسيرا ل: «حتى يقبضه»؛ ووجه ذلك أن الاستيفاء فيما يكال أو يوزن لا يكون إلا

بالكيل أو الوزن وهو المعروف من كلام العرب في معنى الاستيفاء، بدليل قوله عز وجل: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ﴾

[الإسراء: 35].

القول الثالث: أن ما فيه حق توفية لا يتحقق قبضه إلا بنقله بعد استيفاء قدره، وهو مذهب الشافعية،

ووجه قولهم إن ما رواه لفظ: «حتى يقبضه» فيه زيادة في المعنى على لفظ «حتى يستوفيه»؛ لأنه قد يستوفيه بالكيل

بأن يكيله البائع ولا يقبضه للمشتري بل يجسه عنده لينقله الثمن مثلا، فيكون الواجب مجموع اللفظين: الاستيفاء

والقبض، أما استيفاء المبيع المنقول من البائع، وتبقيته في منزل البائع، لا يكون قبضا شرعيا، حتى ينقله المشتري إلى مكان لا اختصاص للبائع به.

رابعا: قبض ما ليس فيه حق توفية:

ما ليس فيه حق توفية هو كل منقول بيع جزافا أو كان من الجواهر والمتاع والدواب وغيرها من العروض، فإن الفقهاء قد اختلفوا في كيفية تحقق القبض فيه على قولين:

القول الأول: أن قبضه يكون بالتخلية مع التمييز، ولو لم يحصل تقدير، أو نقل، وهذا مذهب الحنفية والمالكية وقول عند كل من الشافعية والحنابلة. ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- أن ما اشتري جزافا استيفاؤه بتمام العقد فيه؛ لأنه ليس فيه توفية أكثر من ذلك، والني ﷺ قال: «حتى يستوفيه»، والاستيفاء يحصل بالتخلية.

2- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغليني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم، فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه»، قال: «هو لك يا رسول الله»، قال: «بعنيه»، فباعه من رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت» [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ لم يقبض البعير بنقله، ولا بوضع يده عليه، وإنما حصل القبض بالتخلية بينه وبينه مع تميزه وتعيينه، وهذا كاف في القبض، ولذلك تصرف فيه الرسول ﷺ في البعير بالهبة، وهي نوع من التصرف.

ونوقش: بأن الحديث دليل على جواز هبة الشيء قبل قبضه، وليس فيه دليل على أن القبض قد حصل في هذه القصة بالتخلية، وإنما صح هبة المبيع قبل قبضه؛ لأن الهبة ليست من عقود المعاوضات، وإنما هي من عقود الإحسان، فلا يكون التصرف فيها عرضة لربح ما لم يضمن، فيجوز فيها ما لا يجوز في البيع، ألا ترى أن بيع المجهول لا يجوز، ويجوز هبته على الصحيح.

3- عن عبد الله بن 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» [أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي]، ووجه الدلالة من الحديث أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان يشتري من بائعه الذهب المستقر في ذمته بالفضة، مع أن بائعه لم يستلم بعد ذهبه الذي كان ثمنا لإبله، فهذا دليل على أن القبض هو التخلية والتمكن، وليس النقل الفعلي، ولكن العملية الثانية لما كانت من الرويات اشترط الرسول ﷺ القبض الفوري في المجلس.

4- أن ما ليس فيه حق توفية يجبر فيه البائع على إقباضه للمشتري ولا يستطيع فسخ البيع، ولو امتنع لعد غاصبا، فدل ذلك على وقوع القبض بمجرد تمكين البائع المشتري من تسلّم المبيع وإن لم يحدث القبض باليد، فإن

هلك المبيع قبل قبضه باليد لكان من ضمان المشتري؛ لأنه فرط في تسلمه والبائع لم يكن منه تفريط فيما يجب عليه.

القول الثاني: أن قبض الجزاف يكون بنقله وتحويله من مكانه، وهذا مذهب الشافعية وقول عند الحنابلة، ودليلهم ما تشهد له ظاهر الأحاديث والآثار الآتية، فمن ذلك: قول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة، يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعه حتى يؤروه إلى رحالهم» [متفق عليه]، وفي رواية أخرى: «كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى نقله من مكانه» [أخرجه مسلم]، وفي قصة أخرى قال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: «ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبتة لنفسي، لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسياً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت، فإذا زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته، حتى تحوزه إلى رحلك؛ فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» [أخرجه أبو داود].

ونوقش: بأن الأمر بتحويل السلع من مكانها ليس من أجل تحقق القبض الذي يلزم منه الضمان، ولكن لمعنى آخر وهو ظهورها في أعين الناس فتطمئن نفوسهم إلى توفرها في السوق ولا تبقى محتكرة عند التجار مما يؤدي إلى غلاء أسعارها، وقد جعل البخاري هذا الحديث تحت باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، وهذا استنباط عجيب!

بيع المبيع قبل قبضه

صورة المسألة:

اتفق الفقهاء على أن من اشترى شيئاً ما وصار مالكا له ملكاً بائناً فإنه يجوز له بيعه بعد قبضه، ولكنهم اختلفوا في جواز بيعه قبل قبضه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول، وهو المذهب عند الحنفية.

دليل الحنفية: أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض، فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «قلت: يا رسول الله، إني أبتاع هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يجرم علي؟ قال: «يا ابن أخي لا تبعن شيئاً حتى تقبضه» [أخرجه: عبد الرزاق والدارقطني والبيهقي وحسنه النووي]، غير أنهم استثنوا العقار من الحديث اعتباراً بأن علة النهي هي غرر الانفساخ بهلاك المبيع قبل قبضه، وهذه العلة منتفية في العقار؛ لأن هلاكه نادر.

ونوقش: بأن حديث النهي جاء عاماً في العقار والمنقول، والعقار قبل قبضه هو في ضمان البائع، فإذا باعه المشتري فقد ربح فيما ليس في ضمانه، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن.

القول الثاني: لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه، وما عدا ذلك فهو على أصل الجواز، وهو مذهب المالكية والمشهور عند الحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه» [متفق عليه]، ووجه الدلالة من الحديث:

أولاً: أن تخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له.

ثانياً: أن النهي محمول على ما اشترى كيلاً أو وزناً؛ لأنه لا يدخل في ضمانه حتى يستوفيه بالكيل أو الوزن، فإذا باعه قبل أن يستوفيه، كان قد ربح فيما لم يضمن.

2- قول عبد الله بن عمر رضي الله عنه: «ما أدركته الصفة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع» [أخرجه البخاري تعليقا والدارقطني]، أي: ما كان عند العقد موجوداً فهلك بعد ذلك فهو من ضمان المشتري، فإذا صح أنه مضمون على المشتري صح له التصرف فيه، لما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «الخراج بالضمان» [أخرجه أحمد وأصحاب السنن]، ووجه الدلالة من الحديث أن المبيع قبل القبض في ضمان المشتري، فيكون خراجه له، ومشروعية الربح يلزم منها جواز البيع قبل القبض.

3- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني، فيتقدم أمام القوم، فيزجره عمر ويرده ثم يتقدم، فيزجره عمر ويرده، فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه»، قال: «هو لك يا رسول الله»، قال: «بعنيه»، فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما

شئت» [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ لم يقبض البعير بنقله، ولا بوضع يده عليه، وإنما حصل القبض بالتخلية بينه وبينه مع تميزه وتعيينه، وهذا كاف في القبض، ولذلك تصرف الرسول ﷺ في البعير بالهبة، وهي نوع من التصرف.

ونوقش: بأن الحديث دليل على جواز هبة الشيء قبل قبضه، وليس فيه دليل على أن القبض قد حصل في هذه القصة بالتخلية، وإنما صح هبة المبيع قبل قبضه؛ لأن الهبة ليست من عقود المعاوضات، وإنما هي من عقود الإحسان، فلا يكون التصرف فيها عرضة لربح ما لم يضمن، فيجوز فيها ما لا يجوز في البيع، ألا ترى أن بيع المجهول لا يجوز، ويجوز هبته على الصحيح.

ويجاب عنه: أن الهبة في معنى البيع من جهة لزوم العقد وإن لم يحصل القبض على مذهب المالكية، فإذا كان الغرر مانعا من صحة تصرف المشتري فيما اشتراه قبل قبضه لاحتمال عدم تسليمه للمشتري الثاني، فإن هذا الغرر موجود أيضا في عقد الهبة، ومع ذلك لم يعتبره الشارع فأجاز هبة ما لم يقبض، وإذا جاز في الهبة كان جائزا في البيع.

القول الثالث: حرمة بيع المبيع قبل قبضه مطلقا، عقارا كان أو منقولا، مطعوما كان أو غير مطعوم،

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية ومذهب الشافعية، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «يا رسول الله، الرجل يسألني البيع وليس عندي، أفأبيعه؟ قال: «لا تبع ما ليس عندك» [أخرجه أحمد وأصحاب السنن]. ووجه الدلالة من الحديث أن من باع ما لم يقبضه، فقد باع ما ليس عنده.

ونوقش: بأنه قد ورد في روايات أخرى أن حكيم بن حزام قال: «فيسألني البيع ليس عندي، أبيع منه، ثم أبتاعه له من السوق...»، فدل على أن المراد بـ «ما ليس عندك»، أي: ما ليس في ملكك؛ لأنه غرر، إذ قد يجوز ألا يقدر على تلك السلعة، أو لا يسلمها إليه مالكةا، ودل الحديث بمفهوم المخالفة أنه لو اشترى بالعقد الذي هو إيجاب وقبول، فصار ملكا له، فله الحق أن يبيع قبل القبض.

2- نهي النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن [أخرجه أحمد وأصحاب السنن]، ووجه الدلالة من الحديث أن

المبيع قبل قبضه غير مضمون على المشتري، فلو حدث به عيب قبل القبض كان من ضمان البائع واستحق به المشتري الفسخ، وبناء على ذلك لا يستحق المشتري أن يطلب الربح ببيع ما في ضمان غيره.

ونوقش: بأن الضمان عند المالكية ينتقل إلى المشتري بنفس العقد قبل القبض الحسي، إلا ما استثني. وبناء

على ذلك فالمشتري عندهم يربح مما قد ضمنه، وأما ما يفتقر إلى القبض الحسي كالطعام الذي يحتاج إلى حق التوفية، أو بيع الثمار على الشجر بعد بدو صلاحه أو امتنع البائع من تسليم المبيع، فإن الضمان عند ذلك يكون على البائع، وهم لا يجيزون بيعه في هذه الحالة.

3- عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «قلت: يا رسول الله، إني أبتاع هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: «يا ابن أخي لا تبعن شيئاً حتى تقبضه» [أخرجه عبد الرزاق والدارقطني والبيهقي وحسنه النووي]، ووجه الدلالة من الحديث أنه عام في النهي عن كل مبيع لم يقبض.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف، فقد ضعفه ابن القطان الفاسي في بيان الوهم والإيهام.

الوجه الثاني: أن المراد بالنهي في الحديث هو خصوص الطعام بدليل رواية الحفاظ لحديث حكيم بن حزام

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تقبضه». [ابن عبد البر في الاستذكار]

4- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: ابتعت زيتاً في السوق، فلما استوجبتته لنفسي، لقيني رجل فأعطاني به رجلاً حسناً، فأردت أن أضرب علي يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت، فإذا زيد بن ثابت، فقال: «لا تبعه حيث ابتعته، حتى تحوزه إلى رحلك؛ فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تباع، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» [أخرجه أحمد وأبو داود]. ووجه الدلالة من الحديث أن زيد بن ثابت عمم القول في السلع سواء أكانت طعاماً أم غيره.

ونوقش: بأن المراد بالسلع في قول زيد بن ثابت هو الطعام خاصة، سواء كانت مأكولة أو مؤتمداً بها،

وقول عبد الله بن عمر: «فلما استوجبتته لنفسي» يدل على أنه اشتراه جزافاً بظرفه فحازه إلى نفسه، لإجماع العلماء على أنه لو استوفاه بالكيل أو الوزن إلى آخره لجاز له بيعه في موضعه، وقد صح عن ابن عمر رضي الله عنهما قوله: «قد رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ابتاعوا الطعام جزافاً، يضربون في أن يبيعوه في مكانهم، وذلك حتى يؤروه إلى رحالهم» [متفق عليه].

قال ابن عبد البر: «ولما أجمعوا على أنه لو قبضه وقد ابتاعه جزافاً، وحازه إلى رحله وبان به وهما جميعاً في

مكان واحد، إنه جائز له حينئذ بيعه، علم أن العلة في انتقاله من مكان إلى مكان سواء قبضه على ما يعرف الناس من ذلك، وأن الغرض منه القبض، وقلما يمكن قبضه إلا بانتقاله والأمر في ذلك بين لمن فهم ولم يعاند».

5- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه»، قلت لابن

عباس: كيف ذلك؟ قال: «ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ» [متفق عليه]. وزاد مسلم في روايته: «وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام». ووجه الدلالة من الحديث أن ابن عباس أظهر علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وهي الربا، ووجه ذلك أنه إذا اشترى طعاماً بمائة دينار مثلاً، ودفعها للبائع ولم يقبض منه الطعام، ثم باع الطعام لآخر بمائة وعشرين ديناراً، وقبضها والطعام في يد البائع فكأنه باع مائة دينار بمائة وعشرين ديناراً، وهذا المعنى لا يختص بالطعام، فيكون النهي عاماً.

ونوقش من وجهين:

• **الوجه الأول:** أن هذا التعليل فيه نظر، فالقبض ليس له أثر في المعاملة؛ لأن تباع الدنانير موجود في حالة قبض السلعة، إذ المشتري الأول سوف يشتري بمائة ويقبض السلعة ثم يبيعه بمائة وعشرين، وبيع المشتري سلعته التي لم يقبضها لمشتري آخر ليس فيه تباعا للدینار، والمشتري الثالث الذي سوف يشتري بمائة وعشرين لا يشتري دراهم وإنما يشتري عرضا من العروض.

• **الوجه الثاني:** أن كلام ابن عباس محمول على بيع العينة، فقد أخرج الإمام مالك الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه في باب العينة وما يشبهها، فتكون المعاملة ذريعة إلى دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، فكأنه قال له: أبيع منك في الدراهم التي سألتني سلعة كذا وكذا ليست عندي أبتاعها لك، ثم تشتريها مني فيوافقك على الثمن الذي يبيعها به منه، ثم يوفي تلك السلعة ممن هي عنده نقدا ثم يسلمها إلى الذي سأله العينة بما قد كان اتفق معه عليه من ثمنها فهذه العينة المجتمع عليها؛ لأنه يبيع ما ليس عندك وبيع ما لم يقبضه ولم يستوفه ولم يصره عندك طعاما كان أو غيره وبيع ما لم يضمن لأنه ربح أصابه عند غيره قبل أن يبتاعه وهذا كله قد نهي رسول الله ﷺ عنه.

6- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر [أخرجه مسلم]. ووجه الدلالة من الحديث أن المبيع قبل القبض قد يسلمه البائع وقد لا يسلمه، فيكون من الغرر المنهي عنه لا سيما إذا رأى البائع المشتري قد ربح فيه فيختار أن يكون الربح له، فيسعى في رد المبيع؛ إما بجحده وإما باحتيال في الفسخ بأن يطلب فيه عيبا أو يدعيه عيبا أو غرورا، ثم يحصل الضرر للمشتري الثاني، بأن يشتري ما يظن أنه يتمكن من قبضه، فيحال بينه وبينه، ومثل هذا لم يكن ليحدث لو كان بيد المشتري الأول ودفعه البائع له، فإنه لا يطمع أن يكون الربح له.

ونوقش: بأن هذا التعليل مؤثر في الطعام خاصة دون غيره، ووجه ذلك أن بائع الطعام يغدو عليه في اليوم الواحد العدد الكبير من الناس، فرب طعام باعه لزيد من الناس عقدا، ولم يقبضه إياه إذا وجد مشتريا آخر يدفع فيه سعرا أكبر جحد البيع الأول وباع للثاني، بخلاف غير الطعام فإن السوق فيه ليست كثيرة الحركة، ولذا فإن البائع لا يفرط في المشتري؛ لأنه يخشى ألا يأتيه المشتري الثاني، ولذا فإن داعي الغرر وعدم توفية المشتري بضاعته فيه قليلة ويغلب عليه التوفية، ولذا فالغرر فيه يسير معتفر.

سبب الخلاف:

الذي يظهر - والله أعلم - أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى أمور ثلاثة:

- 1- الاختلاف في علة النهي عن بيع ما لم يقبض، هل هي ذريعة الربا أم الغرر أم الظلم الناتج عن الاحتكار؟
- 2- الاختلاف الظاهري بين الأحاديث والآثار.

3- تفسير معنى القبض الوارد في الأحاديث: هل هو القبض المعنوي من خلال التمكن من القبض أو حصول القبض الحسي باليد؟

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - أن القول الراجح في هذه المسألة الشائكة هو القول الثاني، القاضي بتخصيص النهي ببيع الطعام قبل قبضه قبضا حسيا دون غيره من المبيعات، وذلك للاعتبارات الآتية:

1- أن هذا القول هو الذي تنتظم معه الأدلة المتعارضة من جهة والقواعد الكلية للمعاملات المالية من جهة أخرى.

2- أن الأصل في المعاملات الإباحة، ولا ينتقل عن هذا الأصل الكلي إلا بدليل لا شبهة فيه.

3- أن اشتراط القبض الحسي في كل الأشياء يؤدي إلى ضعف النشاط التجاري، ويوقع الناس في الضيق والحرَج.

4- أن التقابض في الطعام يجعل الطعام ظاهرا بين أعين الناس، وينتقل من مكان إلى مكان، وتجري فيه المكايل، ويطمئن الناس إلى وجوده، فإذا وقعت فيه المضاربات وبيع بدون أن ينظر الناس إليه، تلهف الناس على وجود الطعام وأدى إلى ارتفاع الأسعار بما يثقل كاهل الفقراء، وهذا فيه مضرة شديدة، لتعلقه بأقوات الناس التي بها قيام نفوسهم.

تحويل جهة الموقوف

صورة المسألة:

المقصود بتحويل جهة الموقوف هو استبداله من خلال بيع العين الموقوفة وشراء عين أخرى وجعلها وقفا بدلا منها، أو نقل الوقف من عين إلى أخرى، وهذا التحويل له حالتان:

الحالة الأولى: تعطل منافع الوقف:

إذا تعطلت منافع الوقف، كأنهدام الدار، والمسجد إذا انتقل أهل البلد عنه وصار في موضع لا يصلح فيه، فهل يجوز استبداله بوقف آخر يحقق منافع الوقف؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز استبداله بوقف آخر، حيث يبقى العقار الموقوف على حاله وإن خرب، وهو

المذهب عند المالكية والمعتمد عند الشافعية، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله ﷺ وكان يقال له ثمغ وكان نخلا، فقال عمر: «يا رسول الله إني استفدت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به»، فقال النبي ﷺ: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره» [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من الحديث أنه منع التصرف في الوقف وهو حكم عام في كل وقف، سواء كان خرابا أم قائما.

ونوقش: بأن الحديث مخصوص بحالة تأهل الموقوف للانتفاع المخصوص.

2- لو كان بيع الوقف خرابا لما أغفله من مضي، فبقاؤه خرابا بدون استبدال دليل على أنه لا يجوز التصرف فيه؛ لأنه لو صح الصرف فيه لما أخطأ من مضي من صدر هذه الأمة وما جهله من لم يعمل به حتى تركه خرابا.

القول الثاني: لا يجوز استبداله بوقف آخر إذا خرب، ولكن يرجع إلى واقفه الأصلي أو ورثته، وهو قول

محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، ووجه قوله إن الوقف خرج عن الانتفاع المقصود؛ لأنه تعين لنوع قرينة وقد انقطعت فيرجع إلى أصله.

ونوقش: بأن ما كان من الأعمال على وجه القرينة فلا يعود إلى مالكة باختلاله وذهاب منفعته، حيث أسقط

الواقف حق تصرفه فيه، فلم يجز له التصرف فيه بعد خرابه كما في الإعتاق.

القول الثالث: يجوز استبداله بوقف آخر إذا خرب بيعه وصرفه في وقف مثله، وهو مذهب الحنفية

والحنابلة ورواية عند المالكية، وقول عند الشافعية، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- أن الوقف مؤبد، فإذا لم يمكن تأييده بعينه فلا بد من السعي في تأييد مقصوده والغرض منه وهو منفعته،

وذلك لا يتحقق إلا باستبداله بعين أخرى، والوسائل لها أحكام المقاصد.

2- القياس على جواز ذبح الهدي إذا عطب في موضعه مع اختصاصه بموضع آخر، فإذا تعذر تحصيل الغرض كلية استوفي منه ما أمكن.

3- أن في بقاء الوقف خرباً إضاعة للمال، فوجب الحفاظ عليه بالبيع والشراء.

سبب الخلاف:

الذي يظهر - والله أعلم - أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى التعارض بين مراعاة الإرادة الظاهرة للواقف أو اعتبار مقصوده من الوقف وهو ما يحققه من منفعة.

الترجيح:

والذي يترجح - والله أعلم - هو القول الأخير القاضي بجواز استبدال الوقف الخرب بوقف آخر؛ لأن المعهود في نفس الشرع أن الأصل إذا لم يحصل به المقصود قام بدله مقامه، وفي الاستبدال بقاء للوقف بمعناه حين تعذر الإبقاء بصورته ولفظه، والعبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

الحالة الثانية: عدم تعطل منافع الوقف:

إذا لم تعطل منافع الوقف، فهل يجوز استبداله بوقف آخر يكون أنفع للجهة الموقوفة عليها؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين مشهورين:

القول الأول: لا يجوز تحويل جهة الموقوف إذا لم تعطل منفعه، ولو ظهرت المصلحة في الاستبدال،

وهو الصحيح عند الحنفية ومذهب المالكية والشافعية والمعتمد عند الحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن عمر تصدق بمال له على عهد رسول الله ﷺ وكان يقال له ثمغ وكان نخلاً، فقال عمر: «يا رسول الله إني استفدت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به»، فقال النبي ﷺ: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره» [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من الحديث أن في بيع الوقف استبدال له، وما دام أن الوقف نفعه قائم فلا يجوز استبداله؛ لأنه لا يطلب به التجارة، ولا تطلب به الأرباح، وإنما سميت وقفاً؛ لأنها لا تباع.

ونوقش: بأن الشارع منع من بيع الوقف؛ لأن ذلك يؤدي إلى إبطاله، وهو مخالف لمقصود الواقف، ولكن

إذا استبدل بخير منه ففيه جلب مصلحة خالصة عن المعارض، وهو أحظ للواقف والموقوف عليه، فإذا وجد المقتضى وهو جلب المصلحة بظهور الأرجحية وانتفاء المانع وهو وجود المفسدة فلا يبق شك في حسن الاستبدال.

2- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: «أهدى عمر بن الخطاب نجيباً فأعطى بها ثلاث مئة دينار، فأتى النبي ﷺ

فقال: يا رسول الله، إني أهديت نجيباً فأعطيت بها ثلاث مئة دينار، أفأبيعه وأشتري بثمنها بدناً، قال: «لا، أنحرها إياها» [أخرجه أبو داود]. ووجه الدلالة من الحديث إذا منع المسلم من إبدال الهدي بخير منه فالوقف مقيس عليه.

ونوقش: هذا الاستدلال من وجهين:

• **الوجه الأول:** أن الحديث ضعيف؛ لأن في إسناده جهم بن الجارود، وهو مجهول.

• **الوجه الثاني:** أن عمر أراد إبدال الأعلى بالأكثر لحما، فلم يتحقق الإبدال إلى الأفضل، فقد سئل النبي ﷺ عن أي الرقاب أفضل؟ فقال: «أَعْلَاهَا ثَمَنًا، وَأَنْفَسَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»، فكان إهداؤها إلى الله أفضل من إبدالها بالأكثر لحما.

3- القياس على المعتق، فإذا كان العتيق لا يقبل الرق بعد إعتاقه فكذا العين الموقوفة لا تقبل الملك بعد ثبوت الوقف.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، فالعبد إذا أعتق خرج عن المالية بخلاف الوقف.

4- أن استبدال الأوقاف في كثير من الأزمنة ذريعة الحكام الظلمة إلى التعدي على أملاك الوقف وأكلها بغير وجه حق، متذرعين بالاستبدال، ويعينهم على ذلك قضاة ظلمة، وشهود زور، ولا يمكن الوقوف عليها لسريتها، أو لإلباسها لباس الحق والشرع.

ونوقش: بأنه يمكن تجنب تلك المفاسد بأن يشترط استبدال العقار الموقوف بعقار آخر، ويمنع استبداله بالدنانير والدراهم.

القول الثاني: يجوز تحويل جهة الموقوف إذا كان أكثر نفعاً للموقوف عليه، وهو قول أبي يوسف من

الحنفية ورواية عند الحنابلة، ومجمل أدلتهم في ذلك:

1- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها: «يَا عَائِشَةُ، لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكَ حَدِيثَ عَهْدِ بَجَاهِلِيَّةٍ لَأَمَرْتُ بِالْبَيْتِ، فَهَدَمْتُ، فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أُخْرِجُ مِنْهُ، وَأَلَزَقْتُهُ بِالْأَرْضِ، وَجَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ، بَابًا شَرْقِيًّا، وَبَابًا غَرْبِيًّا، فَبَلَغْتَ بِهِ أَسَاسَ إِبْرَاهِيمَ» [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من الحديث أن الكعبة وقف ومع ذلك فقد أجاز النبي ﷺ تغييرها إلى صورة أخرى لأجل المصلحة الراجحة، ولكنه ترك ذلك من أجل معارض راجح، وهو كون أهل مكة حديثي عهد بجاهلية.

2- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن المسجد كان على عهد رسول الله ﷺ مبنيًا باللبن، وسقفه الجريد، وعمده خشب النخل، فلم يزد فيه أبو بكر شيئًا، وزاد فيه عمر، وبناه على بنيانه في عهد رسول الله ﷺ باللبن والجريد وأعاد عمده خشبًا، ثم غيره عثمان فزاد فيه زيادة كثيرة وبنى جداره بالحجارة المنقوشة، والقصة وجعل عمده من حجارة منقوشة وسقفه بالساج [أخرجه البخاري]. ووجه الدلالة من هذا الأثر أن ما فعله عمر وعثمان من هدم المسجد وإعادة بنائه على وجه أصلح من البناء الأول دليل على جواز إبدال الوقف بخير منه، حيث لا فرق بين إبدال البناء ببناء، وإبدال العرصة بعرصة إذا اقتضت المصلحة ذلك.

3- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً قال يوم الفتح: «يا رسول الله، إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس»، فقال: «صل هاهنا»، فسأله، فقال: «صل هاهنا»، فسأله، فقال: «شأنك إذا» [أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم]. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز إبدال النذر الذي تعين في بيت المقدس بإقامته في الحرم المكي، فصح فيه إبدال الفاضل بالأفضل، ويدخل في ذلك الوقف.

سبب الخلاف:

الذي يظهر - والله أعلم - أن سبب الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى الاختلاف في تحقيق المنط، حيث نجد كل فريق يقرُّ باعتبار مقاصد الوقف، ولكنهم اختلفوا في تقديرها أيكون باعتبار قصد الواقف أم اعتبار ما هو الأصلح للموقوف عليه؟

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - أن القول بجواز تحويل جهة الموقوف لما هو أصلح هو الراجح من جهة الأصل، وأما إن أدى ذلك إلى تعطيل الوقف أو نقصان مردوده بسبب فساد الزمان أو سوء التقدير فالقول بالمنع هو المتعين.