

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم الفقه المقارن

أحكام النقل في المعاملات المالية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير

تقديم الطالب
محمد بن ناصر السلمي

المشرف العلمي
الدكتور / خالد بن زيد الوديناني
الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن
1424هـ

المقدمه

إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ، ونستهديه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .
﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ﴾ (1) .

﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً ﴾ (2) .
﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً ﴾ (3) .

أما بعد ...

فإن شريعتنا الإسلامية شريعة الكمال والشمول ، فقد جاءت وافيةً بحاجات الناس في شتى أمورهم، ومحققةً السعادة لهم في الدنيا والآخرة

علياً كامل الوجوه، ومواكبةً لحاجات البشر في كل زمان ومكان، فهي منهاج كامل للحياة البشرية بكل مقوماتها؛ قال الله تعالى : ﴿ ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين ﴾ (4) .

(1) سورة آل عمران : الآية 102 .

(2) سورة النساء : الآية 1 .

(3) سورة الأحزاب : الآية 70 ، 71 .

(4) سورة النحل : الآية 89 .

فكما أنها جاءت بأحكام خاصة بالعبادات لتنظيم علاقة الإنسان بربه - سبحانه وتعالى - ليعبده على الوجه الصحيح فقد جاءت أيضاً بأحكام خاصة بالمعاملات ، لتنظيم تعامل الناس فيما بينهم في شئون حياتهم لكي لا يتعدى أحد على مال غيره فيأخذه أو يتلفه ، أو يلحق الضرر به ، فشرعت العقود على اختلافها ، ووضعت لكل عقد ما يناسبه من الأحكام .

ولما كان الإنسان يحتاج في بعض هذه العقود من نقل للمبيع ، أو للرهن ، أو للضمان ، أو للوكالة وغيرها ؛ شرع الإسلام ذلك تيسيراً على الناس ، ووضع حدوداً للتصرف في هذا المنقول ، ولما كان هذا النقل دقيق ومهماً يستحق بذل الجهد والوقت في سبيل جمع شتاتة من ثنايا الكتب وتنظيمه ، ووضعها في بحثٍ مستقل بعد الدراسة والتمحيص عقدت العزم متوكلاً على الله - سبحانه وتعالى -

بعد استشارة مشايخي على أن أتقدم بهذا الموضوع :
((أحكام النقل في المعاملات المالية)) إلى قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء . ليكون عنواناً للبحث التكميلي لنيل درجة الماجستير .

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية الموضوع من خلال ما يأتي :

1- تعلقه بجانب المعاملات من مبيع ، وشركة ، وإجارة ، ووكالة ، ورهن ... ، لأن أمور المعاملات تخفى على كثير من الناس مع شدة حاجتهم إلى معرفتها ، لأن التعامل بينهم أمر ضروري لقيام حياتهم العملية ، وخاصة أحكام

النقل في المعاملات المالية التي هي محل البحث ..

2- شموله لأغلب أبواب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي .

3- اشتماله على مسائل جديدة تتعلق بها حاجة الناس اليوم .

أسباب اختبار الموضوع :

1- الرغبة الأكيدة في جمع شتات هذا الموضوع من ثنايا الكتب وتنظيمها في كتاب واحد ليسهل الإطلاع عليها ومعرفتها ، حيث لم أطلع - حسب علمي - على كتاب يجمعها بهذا الأسلوب .

2- ما سلكه كثير من الباحثين المعاصرين من جمع الأشباه والنظائر ، وضم بعضها إلى بعض في موضوع واحد حسب تناسق مؤتلف .

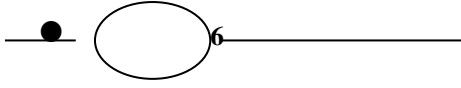
3- الحاجة إلى جمع مثل هذه المسائل وحصرها في كتاب واحد ليسهل على القراء الرجوع إليها والاستفادة منها .

الدراسات السابقة :

لم أطلع على دراسة شاملة لكل أجزاء الموضوع ، وإنما وجدت دراسات جزئية لموضوع النقل لا تعلق لها بموضوع البحث ، وإليك بيانها :

1- نقل الدم وزراعة الأعضاء دراسة فقهية طبية . ماجستير من كلية التربية للبنات بمكة المكرمة عام 1410هـ للباحثة : ليلي سراج بن صدقة أبو العلاء .

- 2- أحكام التشريع ونقل الأعضاء في الشريعة الإسلامية . ماجستير من جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - معهد الشريعة - للباحث : عبد الوهاب حميد أوجان .
- 3- جراحة التجميل ونقل الأعضاء وزراعتها دراسة فقهية مقارنة . ماجستير من كلية الآداب للبنات بالدمام - الدراسات الإسلامية - للباحثة : سوسن أحمد محمد المعلمي .
- 4- إجارة وسائل النقل الحديثة وأحكامها في الفقه الإسلامي . ماجستير من جامعة أم القرى للباحث : عبد الرحمن أحمد عبد الولي سيف .
- 5- عقد نقل المسافرين بحرا وأمتعتهم . دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون البحري . ماجستير من كلية الشريعة والقانون في الأزهر عام 1983 م . للباحث : أحمد زكي أحمد عويس .
- 6- التزام الشاحن بدفع الأجرة في عقد النقل البحري بين الشريعة والقانون . ماجستير من كلية الشريعة والقانون في الأزهر عام 1984 م علي أحمد مرسي عثمان .
- 7 - النقل البحري للبضائع على ضوء التشريع المغربي . ماجستير من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - جامعة الحسن الثاني - عام 1983 م . للباحث : فريد الحاتمي .



النقل في المعاملات المالية

00000

منهج البحث :

ويتبين في الأمور التالية :

- 1- أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها ، ليتضح المقصود من دراستها .
- 2- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة .
- 3- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع ما يلي :
 - أ - تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف ، وبعضها محل اتفاق .
 - ب - ذكر الأقوال في المسألة مع بيان من قال بها من أهل العلم ، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية .
 - ج - الإقتصار على المذاهب الفقهية المعتمدة ، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح ، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك بها مسلك التخريج :
 - د - توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه .
 - هـ- استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة ، وذكر ما يرد عليها من مناقشات وما يجاب به عنها إن كانت .
 - و - الترجيح مع بيان سببه ، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت .

5 - أعتد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع .

6- أركز على موضوع البحث وأتجنب الاستطراد .

- 7- أتجنب ذكر الأقوال الشاذة .
 - 8- أرقم الآيات مع بيان سورها .
 - 9- أخرج الأحاديث ، مع بيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها . إن لم تكن الصحيحين أو أحدهما . فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها .
 - 10- أخرج الآثار من مصادرها الأصلية ، وأبين الحكم عليها .
 - 11- أعرف بالمصطلحات وأشرح الغريب .
 - 12- أعتني بقواعد اللغة العربية والإملاء ، وعلامات الترقيم .
 - 13- تكون الخاتمة عبارة عن ملخص للرسالة أعطي فيها فكرة واضحة عما تضمنته الرسالة ، مع إبراز أهم النتائج .
 - 14- أترجم للأعلام غير المشهورين .
 - 15- أتبع الرسالة بالفهارس الفنية المتعارف عليها ، وهي :
 - فهرس الآيات القرآنية .
 - فهرس الأحاديث والآثار .
 - فهرس الأعلام .
 - فهرس المراجع والمصادر .
 - فهرس الموضوعات .
- مفردات البحث :
- تشمل هذه المفردات على مقدمة ، وتمهيد ، وثلاثة فصول وخاتمة .
- المقدمة :**
- وتشتمل على أهمية الموضوع ، وأسباب اختياره ، والدراسات السابقة فيه ومنهج البحث ومفرداته .
- التمهيد :**

ويشتمل على التعريف بمفردات

الموضوع، وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح .

المبحث الثاني : تعريف النقل في اللغة والاصطلاح .

المبحث الثالث : أقسام النقل .

المبحث الرابع : تعريف المعاملات المالية .

الفصل الأول : النقل في عقود المعاوضات المالية :

وفيه تمهيد وخمسة مباحث :

تمهيد : في تعريف المعاوضات في اللغة والاصطلاح .

المبحث الأول : النقل في البيع ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل الملك في المبيع ، وفيه ثلاثة

فروع :

الفرع الأول : المراد به وأقسامه .

الفرع الثاني : ما يشترط فيه القبض لنقل ملكية

المبيع .

الفرع الثالث : تصرف أحد المتبايعين بنقل الملك في

زمن الخيار .

المطلب الثاني : قبض المنقول ، وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول : صفة القبض .

الفرع الثاني : مؤونة النقل .

الفرع الثالث : التصرف فيه قبل النقل .

الفرع الرابع : اشتراط النقل على البائع .

الفرع الخامس : الإقامة في المبيع بعد نقله .

المطلب الثالث : ضمان المنقول إذا تلف .

المبحث الثاني : النقل في الإجارة ، وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : الإجارة على نقل المحرم .
- المطلب الثاني : الإجارة على نقل النجاسة .
- المطلب الثالث : ركوب الدابة المستأجرة لنقل المتاع .

المبحث الثالث : النقل في الشركة ، وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : نقل الملك في الشركة .
- المطلب الثاني : نقل المال في المضاربة ، وأجرته .

المبحث الرابع : النقل في السلم ، وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : نقل السلم من شيء إلى آخر .
- المطلب الثاني : بيان محل التسليم لما لنقله مؤونة .
- المطلب الثالث : أجرة نقل السلم .

المبحث الخامس : النقل في الصلح ، وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : نقل الطريق عن محلها .
- المطلب الثاني : نقل الباب في الدرب المشترك .
- المطلب الثالث : نقل البئر لضرار الجار .

الفصل الثاني : النقل في عقود التوثيق :

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

تمهيد : في تعريف التوثيق في اللغة والاصطلاح .

المبحث الأول : النقل في الرهن ، وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : نقل الرهن عن من هو بيده .
- المطلب الثاني : نقل الغرس من الأرض المرهونة .
- المطلب الثالث : استعمال الدابة المرهونة في النقل .

المبحث الثاني : نقل الضمان من شخص إلى آخر .

المبحث الثالث : النقل في الحوالة ، وفيه مطلبان :
المطلب الأول : الحوالة نقل للدين أو نقل للمطالبة به

المطلب الثاني : الحوالة نقل أو تقبيض .

الفصل الثالث : النقل في عقود الإرفاق :

وفيه تمهيد وستة مباحث :

تمهيد : تعريف الإرفاق لغة واصطلاحاً :

المبحث الأول : النقل في الوكالة ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نقل الوكالة من اختصاص إلى آخر .

المطلب الثاني : نقل الوكالة من شخص إلى آخر .

المبحث الثاني : النقل في الوديعة ، وفيه ثلاثة مباحث :

المطلب الأول : نقل الوديعة من حرز إلى آخر .

المطلب الثاني : تلف الوديعة عند نقلها .

المطلب الثالث : مؤونة النقل إذا كان التسليم في غير

بلد المودع.

المبحث الثالث : النقل في القروض والهبة ، وفيه مطلبان

:

المطلب الأول : اشتراط القبض لنقل الملك في

القرض .

المطلب الثاني : اشتراط القبض لنقل الملك في الهبة

.

المبحث الرابع : النقل في اللقيط ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نقل اللقيط من مكان إلى آخر ، وفيه

فرعان :

الفرع الأول : نقله إلى الحاضرة .

الفرع الثاني : نقله إلى البادية .

المطلب الثاني : نقل حضانة اللقيط .

المبحث الخامس : النقل في الوقف ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نقل الوقف للحاجة والمصلحة .

المطلب الثاني : نقل الوقف لتعطل منافعه .

المبحث السادس : النقل في الوصية ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نقل الوصية من شخص إلى آخر .

المطلب الثاني : نقل الموصي به من شيء إلى آخر .

الخاتمة :

وتتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث ، وتكون على هيئة عناصر مرقمة ، يراعى فيها دقة الصياغة والإيجاز بحيث تعطى صورة واضحة عن البحث .

الفهارس :

- فهارس الآيات القرآنية .

- فهرس الأحاديث والآثار .

- فهرس الأعلام .

- فهرس المراجع والمصادر .

- فهرس الموضوعات .

التمهيد

التعريف بمفردات الموضوع

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح

المبحث الثاني : تعريف النقل في اللغة

والاصطلاح .

المبحث الثالث : أقسام النقل .

المبحث الرابع : تعريف المعاملات المالية .

المبحث الأول

تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح

المبحث الأول

تعريف الحكم في اللغة والإصطلاح

الحكم في اللغة :

المنع والقضاء . يقال : حكمت عليه بكذا : إذا منعته من خلافه ، فلم يقدر على الخروج من ذلك . ومنه الحكمة ؛ لأنها تمنع صاحبها عن أخلاق الأراذل والفساد ، وقيل للقضاء حكم ؛ لأنه يمنع من غير المقضى به (1) .

قال الشاعر :

أبي حنيفة أحكموا سفهاءكم

إني أخاف عليكم أن اغضبوا (2) .

ويظهر من هذا المعنى اللغوي لكلمة (حكم) أننا إذا قلنا : حكم الله في المسألة : الوجوب ، فإن معناه : أنه سبحانه وتعالى قضى فيها بالوجوب ، ومنع المكلف من مخالفته (3) .

الحكم في الاصطلاح :

لحقيقة الحكم الشرعي اصطلاحان شهيران : أحدهما : عند الأصوليين .

والثاني : عند الفقهاء .

فمعناه عند الفقهاء : هو مقتضى خطاب الشارع المتعلق بأعمال العباد ، بالاقتضاء ، أو التخيير ، أو الوضع (4) .

(1) الصحاح (1902/5) ، المصباح المنير / 45 .

(2) ديوان جرير / 47 .

(3) تيسير الوصول إلى قواعد الأصول 28/1 .

(4) شرح مختصر الروضة 255/1 ، شرح الكوكب 333/1 .

وعند الأصوليين : هو خطاب الشارع المتعلق بأعمال العباد ، بالاقتضاء ، أو التخيير ، أو الوضع (1) .
وصحح شيخ الإسلام - رحمه الله - اطلاقه على الجميع فقال : قد يقال : الحكم هو خطاب الشارع ، وهو الإيجاب والتحرير منه ، وقد يقال : هو مقتضى الخطاب وموجبه وهو الوجوب والحرمة - مثلاً - .
وقد يقال : المتعلق الذي بين الخطاب والفعل .
والصحيح : أن اسم الحكم الشرعي ينطبق على هذه الثلاثة (2) "

(1) شرح العضد على ابن الحاجب 220/1 ، ارشاد الفحول (6) .
(2) الفتاوى 311/19 .

المبحث الثاني

تعريف النقل في اللغة والاصطلاح

المبحث الثاني تعريف النقل في اللغة والإصطلاح

النقل في اللغة :

تحويل الشيء من موضع إلى آخر .
قال ابن فارس : النون ، والقاف ، واللام : أصل صحيح يدل على تحويل شيء من مكان إلى مكان (1).
والتَّنَقُّلُ : التحرُّك (2).

وأما في الاصطلاح :

فإنه لا يخرج عن معناه اللغوي الذي يراد به تحويل الشيء من موضع إلى آخر .

00000

(1) معجم مقاييس اللغة / مادة (نقل) 463/5 .

(2) لسان العرب / مادة (نقل) 269/14 .

المبحث الثالث

أقسام النقل

المبحث الثالث أقسام النقل

ينقسم النقل باعتبار ما يراد به ، إلى قسمين :
أحدهما :

باعتبار حقيقته وهو على نوعين :
النوع الأول : النقل الحسي .
ومنه نقل المبيع من محمل إلى آخر .
النوع الثاني : النقل المعنوي .
ومنه نقل النية من فرض إلى نقل .

والثاني :

باعتبار بقاء العين وهو على نوعين :
النوع الأول : النقل مع بقاء أصل عينه .
كنقل الوقف للحاجة والمصلحة .
النوع الثاني : النقل مع تغيير أصل عينه .
كنقل الوقف عند تعطل منافعه .

المبحث الرابع تعريف المعاملات المالية

المبحث الرابع تعريف المعاملات المالية

المعاملات : جمع معاملة ، مصدر عَامَلَ عَلَى وزن فَاعَلَ (1).

وصيغة فَاعَلَ تدل على المشاركة كثيراً .

مثل : ضَارَبَ وَقَاتَلَ وَخَاصَمَ .

ومثل المعاملة في المعنى : التعامل .

وعاملته في كلام أهل الأمصار يراد به : التصرف من البيع ونحوه (2).

والمراد بها عند الفقهاء : ما كان المقصود منها في الأصل قضاء مصالح العباد ، كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها " (3)

ولفظ (المالية) الوارد بالعنوان : وصف كاشف بحكم الأغلب الأكثر ، وإلا فالمعاملات هنا تشمل : ما كان العرض فيها عيناً أو منفعة .

(1) لسان العرب 400/9 مادة (عمل) .

(2) المصباح المنير / 430 .

(3) حاشية ابن عابدين 6/7 .

الفصل الأول

النقل في عقود المعاوضات المالية

وفيه تمهيد وخمسة مباحث :

تمهيد : في تعريف المعاوضات في اللغة والاصطلاح .

المبحث الأول : النقل في البيع .

المبحث الثاني : النقل في الإجارة .

المبحث الثالث : النقل في الشركة .

المبحث الرابع : النقل في السلم .

المبحث الخامس : النقل في الصلح .

((تمهيد))**في تعريف المعاوضات في اللغة والاصطلاح**

المعاوضات في اللغة : جمع معاوضة ، وهي مصدر
مِمْي لِي

" عاوض " ، والتاء للدلالة على المرة ، يقال : عاوض فلان بعوض ، في البيع والأخذ والإعطاء ، كأعاض وعوّض منه . والعوض : هو البديل والخلف ، والجمع أعواض (1) .

وصيغة " معاوضة " تدل على المشاركة ؛ لأنها على وزن مفاعلة ، وهي تعني المشاركة غالباً ، فهناك إذاً تبادل عوض بآخر (2) .

والمالية : مصدر صناعي للمال ، والمال هو : كل ما يُملك من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان ، والجمع أموال (3) .

واصطلاح " المعاوضات المالية " اصطلاح معاصر ، وذلك أن العقود قد قسمت - في بعض تقاسيمها - إلى خمس مجموعات : التمليكات ، والإطلاقات (كالوكالة) ، والشركات ، وعقود الاسـتِثاق (كالكفالة والرهن) ، وعقود الاستحفاظ (كالوديعة) .

ومجموعة التمليكات تشتمل على نوعين من العقود : المعاوضات ، والتبرعات .

(1) انظر : القاموس المحيط ص 836 ، المعجم الوسيط 637/2 .

(2) انظر : بحوث في المعاملات ، للدكتور عبد الستار أبو غدة ص 50 .

(3) انظر : المصباح المنير 438/2 ، القاموس المحيط ص 1368 .

- وعقود المعاوضات تشتمل على خمسة أشياء :
- 1- مبادلة المال بالمال : كالبيع الذي هو مبادلة سلعة بثمن ، وكل منهما مال .
 - 2- مبادلة المال بالمنفعة : كالإجارة التي فيها أجره وهي مال ، ويقابلها منفعة
 - 3- مبادلة المنفعة بالمنفعة .
 - 4- مبادلة المال بغير مال ولا منفعة : كالمهر في الزواج ؛ فإنه عوض ، وهو مال لكنه ليس في مقابل مال ولا منفعة .
 - 5- مبادلة المنفعة بغير مال ولا منفعة (1) .
- والمراد بالمعاوضات المالية : الثلاثة الأشياء الأولى ؛ حيث إن القصد من المعاوضة فيها هو المال (2) .

(1) انظر: بحوث في المعاملات، للدكتور عبد الستار أبو غدة ص 50 – 52 و151، 152

(2) والمنفعة تعتبر من المال عند جمهور الفقهاء ، وأما عند الحنفية – فعلى التحقيق

المنفعة ملك لا مال ؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يُدخر للانتفاع وقت الحاجة . فعلى هذا ، فإن المنفعة متقوم بذاتها عن

الجمهور ، وعند الحنفية لا تتقوم إلا من خلال العقد فقط الذي يحدد الانتفاع به .

انظر: حاشية ابن عابدين 3/4، بحوث في المعاملات للدكتور عبد الستار أبو غدة ص 51.

ولهذا ، اختلف الفقهاء في ضمان منافع الغصب ، فقال الشافعي وأحمد : هي مضمونة ، وقال أبو حنيفة : هي غير مضمونة ، وعن مالك أربع روايات ، اثنتان منها قولين .

انظر : " الإفصاح " لابن هبيرة 30/2 ، 31 .

وعلى هذا ، تنحصر عقود المعاوضات المالية في
خمسة عقود :

- 1- عقد البيع.
- 2- عقد الاستصناع.
- 3- عقد السلم.
- 4- عقد الصرف.
- 5- عقد الإجارة.

00000

المبحث الأول

النقل في البيع

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل الملك في المبيع ، وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : المراد به وأقسامه .

الفرع الثاني : ما يشترط فيه القبض لنقل ملكيته .

الفرع الثالث : تصرف أحد المتابعين بنقل الملك في

زمن الخيار .

المطلب الثاني : قبض المنقول ، وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول : صفة القبض .

الفرع الثاني : مؤونة النقل .

الفرع الثالث : التصرف فيه قبل النقل .

الفرع الرابع : اشتراط النقل على البائع .

الفرع الخامس : الإقالة في المبيع بعد نقله .

المطلب الثالث : ضمان المنقول إذا تلف .

المطلب الأول نقل الملك في المبيع

الفرع الأول :

المراد به وأقسامه

الملك في اللغة :

هو احتواء الشيء والقدرة على الإستبداد به .
وهو مثلث الميم . ولكن يغلب استعمال المكسورة
والمفتوحة في ملك الأشياء . والمضمومة بمعنى السلطة .
فيقال : ملكت الشيء ملكاً (بالكسر) و (الفتح) .
وملكت على الناس أمرهم ملكاً ، إذا غلبتهم – (بضم الميم)
قال في تاج العروس :

الملك هو التصرف بالأمر والنهي (1) .

في الشرع :

عرف الفقهاء الملك باعتبارين :

1- باعتبار منشئه

2-باعتبار وصفه .

فمن الأول ما عرفه به الحاوي بقوله : الملك هو
الاختصاص الحاجز .

يريد بذلك أن ملك الشيء هو الاختصاص به اختصاصاً
يمنع مالكة من الانتفاع به إلا عن طريق مالكة (2) .

(1) تاج العروس 181/7 ن لسان العرب مادة (الملك) 182/13 - 186 .

(2) نظرية التملك في الإسلام للجنيديل ص 13-14 .

وأما بالاعتبار الثاني وهو باعتبار الوصف فقد عرفه الفقهاء ايضاً بتعاريف متقاربة نذكر منها تعريف القرافي (1) في- الفروق - (2) .

حيث قال :الملك حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه .

ويقول ابن الشاط : والصحيح في حد الملك انه تمكن الانسان شرعاً بنفسه أو بنيابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ، وممن أخذ العوض عنهما (3) .

(1) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله ، الصنهاجي ، البهنسي ، شهاب الدين أبو العباس ، القرافي ، المصري ، الفقيه المالكي ، الأصولي ، انتهت إليه

رياسة المالكية في عصره .
ولد بالبهنسا في مصر ونشأ في القاهرة ، ومات بدير الطين بمصر القديمة بالقاهرة .

انظر : الديباج المذهب ص 62 ، حسن المحاضرة 316/1 .

(2) الفروق للقرافي 190/3

(3) حاشية ابن الشاط على الفروق 190/3

أقسامه :

قسم الحافظ ابن رجب (1) الملك إلى أربع أقسام :

(1) ملك عين ومنفعة ، كعامية الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من بيع وهبة وإرث ونحوه .

(2) ملك عين بلا منفعة ، مثل : الوصية بالمنافع لو احد وبالرقبة لآخر .

(3) ملك منفعة بلا عين وهو ثابت بالاتفاق ، وهو على ضربين :

(الأول) ملك مؤبد ويندرج تحته صور :
منها: الوصية بالمنافع إلا منفعة البضع .
ومنها: الوقف ، فإن منفعة مملوكة للموقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان .

(الثاني) ملك غير مؤبد :
مثل : الإجارة ، ومنافع البيع المستثناة في العقد مدة معلومة .
(4) ملك الانتفاع المجرد ، دون المنفعة وله صور :
(منها) : ملك المستعير فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة .

(1) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن ، السلامي ، البغدادي ، ثم الدمشقي ، أبو الفرج ، زين الدين ، المشهور بابن رجب ، الحافظ ، الفقيه ، ولد بـ _____
وقدم مع أبيه إلى دمشق ، فنشأ بها ، ثم رحل إلى مصر وسمع فيها الحـ _____ ديث ثـ _____ م عـ _____ داد

إلى دمشق حتى توفي فيها سنة 795 هـ .
انظر : ذيل تذكرة الحفاظ 367 ، شذرات الذهب 336/6 .

- (ومنها):المنتفع بملك جاره من وضع خشب ، وممر...
(ومنها):إقطاع الأرفاق ؛ كمقاعد الأسواق ونحوها (1).

00000

(1) قواعد بن رجب القاعدة السادسة والثمانون 283/2-289 .

الفرع الثاني :**ما يشترط فيه القبض لنقل ملكيته**

اتفق جمهور فقهاء هذه الأمة على اشتراط القبض في الطعام - في الجملة - ، لنقل ملكيته.

قال ابن المنذر (1) : وأجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً ، فليس له أن يبيعه حتى يقبضه (2) .

وقال الخطابي (3) : أجمع أهل العلم على أن الطعام لا يجوز بيعه قبل القبض (4) .

قلت : خالف في ذلك عثمان البتي ، فأجاز بيع الطعام قبل قبضه.

قال ابن القيم : وأما ما حكى عن عثمان البتي من جوازها ، فإن صح فلا يعتد به (5)

(1) محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، أبو بكر ، الفقيه الشافعي الحافظ ، كـ _____ ان عارف _____

بالفقه وخلاف الأئمة، من أهل نيسابور، نزل مكة وتوفي بها سنة 318 هـ .
انظر : طبقات الشافعية 102/3 ، تذكرة الحفاظ 4 / 3 .

(2) الإجماع لابن المنذر ص 132 .

(3) حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب ، أبو سليمان ، الخطابي، البستي ، الإمام فـ _____ في الفقه _____ ،

والحديث ، واللغة ، من نسل زيد بن الخطاب ، اخي عمر بن الخطاب ،

رحـ _____ ل فـ _____

الحديث إلى نيسابور ، وبغداد والبصرة ، كان من أوعية العلم ، وكان يُشبهه

بعلمه _____ به _____ أبي

عبيد القاسم بن سلام ، توفي في بست سنة 388 هـ .

انظر : طبقات الشافعية 282/3 ، طبقات الحفاظ ص 403 .

(4) معالم السنن 130/5 .

(5) تهذيب السنن 131/5 .

وقال ابن عبد البر (1) : وهذا قول مردود بالسنة الصحيحة ، والحجة المجمعـة على الطعام ، وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ومثل هذا لا يلتفت إليه (2) .
وقال النووي (3) : أما مذهب عثمان البتي (4) فحكاه المازري (5) والقاضي ولم يحكه الأكثرون ، بل نقلوا

(1) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، النمري القرطبي ، أبو عمـر ، الفقيه ، من أئمة حفاظ الحديث يقال له : حافظ المغرب. ولد بقرطبة ، وجـال فـغرب الأندلس مدة ثم تحول إلى شرقها ، تولى قضاء الأشبونه وشنترين ، توفي سنة 463 هـ بشاطية .

انظر : تذكرة الحفاظ 1128/3 ، طبقات الحفاظ ص 432 .

(2) فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر 155/12 .

(3) يحيى بن شرف بن مري بن حسن الفزاعي ، العوراني ، محيي الدين النووي ، أبو زكريا ، الفقيه الشافعي ، ولد بنوى من قرى حوران بسوريه ، وتعلم فيه والعلم ، ولي مشيخة دار الحديث وصار إمام الشافعية في وقته - رحمه الله -

انظر : طبقات الشافعية 395/8 ، تذكرة الحفاظ 1470/4 .

(4) عثمان بن مسلم البتي ، أبو عمرو البصري ، يقال أسد أبيه سليمان ، حـدوق عـابوا

عليه الافتاء بالرأي ، مات سنة 143 هـ . (التقريب ص 450) .

(5) محمد بن علثي بن عمر بن محمد ، التميمي ، أبو عبد الله المازري ، الفقيه ، ولد بمازر ، بلدة في جزيرة صقلية ، وإليها ينسب ، كان واسع العلم ، حـاد

الذهن ، اطلع على علوم كثيرة ، توفي سنة 1141 هـ .

انظر : الديباج المذهب ص 280 ، وفيات الأعيان 413/3 .

الإجماع على بطلان المبيع قبل قبضه ، قالوا : " وإنما الخلاف فيما سواه فهو شاذ متروك " (1) .

وقال ابن قدامة (2) : " ولم أعلم بين أهل العلم خلافاً إلا ما حكى عن عثمان البتي أنه قال : " لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه " (3)

وأما ما عدا الطعام ، فقد اختلف الفقهاء في اشتراط القبض لنقل ملكيته على أقوال :

القول الأول:

أنه يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته ، ما عدا العقار خاصة .

وهذا مذهب الحنفية (4) ، ورواية عند الحنابلة (5) .
واستدلوا على ذلك بما يلي :

(1) شرح مسلم 170/4 .

(2) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، أبو محمد ، موفق الدين
الدمشقي ، الصـ
، الفقيه الحنبلي ، ولد في جماعيل من قرى نابلس بفلسطين ثم هاجر
إلى دمشق
وعمره 10 سنين ، رحل إلى بغداد وتعلم فيها ثم رجع إلى دمشق
حتى توفي فيها
عام 620 هـ ، وكان إماماً في العلم والخلاف ، متفنناً في العلوم كبيراً
في القـ
خدم المذهب الحنبلي ، جلى في مصنفاًته .

انظر : ذيل طبقات الحنابلة 133/2 ، البداية والنهاية 99/13 .

(3) المغني 188/6 .

(4) بدائع الصنائع 181-180/5 .

(5) الإنصاف 507- 506/11 .

1- حديث جابر - رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه " (1)

وفي رواية: " إذا بعتم طعاماً فلا تتبعوه حتى تقبضوه " (2)

2- حديث حكيم بن حزام - رضي الله عنه - قال: " قلت يا رسول الله إني اشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال صلى الله عليه وسلم: " إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه " (3)

3- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: " ابتعت زيتاً من السوق ، فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربها حسناً ، 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 صلى

(1) رواه مسلم في البيوع / باب بطلان المبيع قبل القبض رقم (1529) .

(2) رواه أحمد 327/3 .

(3) أخرجه عبد الرزاق 39/8 رقم (14214) ، وأحمد 3 / 402 ،

وابن حبان رقم 4983) والبيهقي في السنن 313/5 ، والحديث صححه ابن حبان

وقال عنه

البيهقي : هذا إسناد حسن متصل ، وحسنه النووي ، وابن الهمام .

المجموع

اللّٰه عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى
يحوزها التجار إلى رحالهم " (1).

(1) أخرجه أحمد 191/5 ، و ابو داود في البيوع / باب بيع الطعام قبل أن
يسد
رقم (3499) وصححه ابن حبان رقم (4984) ، وابن الهمام . فتح
القر

264/5 ، والنووي في المجموع 271/9 .

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث :

أن هذه الأحاديث دلت على منع بيع السلع قبل قبضها.
والنهي يقتضي الفساد (1).

وأما دليل جواز بيع العقار قبل قبضه .

فلأن المعنى الذي كان من أجله النهي عن بيع المبيع قبل قبضه هو :

(الغرر الناشيء من احتمال انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل قبضه ، مما يعود بالانفساخ على العقد الثاني وذلك مورث للغرر وقد نهى - صلى الله عليه - عن بيع الغرر .

وهذا المعنى غير موجود في العقار؛ لأنه لا يتصور هلاكه غالبا (2).

ونوقش :

بأنه لو سلم انحصار المعنى الذي كان لأجله النهي بغرر الانفساخ ، فلا يسلم انحصار ما لا يخشى هلاكه بالعقار، إذ قد يوجد من المنقولات ما لا يتصور فيه الهلاك ، كالحديد الكثير ، وقد يوجد من العقار ما يمكن أن يتصور فيه الهلاك ، فصار تقييده بالعقار غير مطرد ولا منعكس فلا يصح تعليق الحكم به لما ذكر (3).

(1) بدائع الصنائع 180/5 .

(2) بدائع الصنائع 180/5-181.

(3) المجموع 328/4 وانظر بيع التقسيط وأحكامه ص 132.

القول الثاني :

أنه لا يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته، إلا في الطعام المكيل أو الموزون .

وهذا مذهب المالكية (1) ، ورواية عند الحنابلة (2) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، وقد تقدم شيئاً منها .

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث :

أن الأحاديث الواردة بالنهي عن التصرف في المبيع قبل قبضه ، جاءت بالتخصيص على الطعام دون سواه ، وهذا يدل بمفهومه : أن ما عدا الطعام بخلافه في الحكم (3) .

ونوقش بما يلي :

1- أن هذا المفهوم معارض بما هو أقوى منه في الدلالة وهو مفهوم الموافقة المأخوذ من هذه الأحاديث ووجه ذلك :

أنه إذا نهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع كثرة الحاجة إليه ، فغير الطعام – مما هو أقل حاجة منه أولى بالمنع منه وأحرى (4) .

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 246/4، الكافي في فقه أهل المدينة ص319.

(2) الانصاف 507-504/11.

(3) المغني 190/6.

(4) المجموع 328/9 ، تهذيب السنن 133/5.

2- أن هذا المفهوم معارض بمنطوق الأحاديث التي عمت بالنهي جميع السلع ، كحديث حكيم بن حزام ، وحديث زيد بن ثابت – رضي الله عنهما - (1).

3- أن تخصيص الطعام بالذكر لا يدل على أن غيره بخلافه ، لأن التخصيص على الطعام خرج مخرج الغالب ، إذا الطعام أكثر ما يتعامل به الناس في ذلك الزمن ، ومما يلغي دلالة المفهوم أن يخرج اللفظ مخرج الغالب (2).

القول الثالث :

أنه يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته سواء كان المعقود عقارا أو منقولا ، طعاما أو غيره ، فلا بد من القبض لنقل ملكيته .

وهذا مذهب الشافعية (3) ، ورواية عن الامام أحمد (4) .
واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- عموم الأحاديث الواردة في النهي عن بيع المبيع قبل قبضه – وقد تقدم شيئا منها - (5).

2- حديث عبد الله بن عمرو بن العاص – رضي الله عنهما – قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل سلف

(1) المجموع 328/9.

(2) تهذيب السنن 133/5، وانظر القبض للضرير ص 474 من مجلة المجمع 4(6).

(3) الأم للشافعي 87/3، المجموع 319، 326/9.

(4) المغني 189/6، الانصاف 506/11-507.

(5) انظر أدلة أصحاب القول الأول (ص) .

وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك" (1).

وجه الاستدلال :

أن المبيع قبل قبضه من ضمان البائع ، فإذا باع المشتري السلعة قبل قبضها فقد ربح في شيء ليس من ضمانه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

ونوقش :

بأن الاستدلال بهذا الحديث إنما يصح ، لو كان الضمان لا ينتقل إلى المشتري إلا بمجرد القبض . أما وأن الضمان ينتقل إلى المشتري بمجرد العقد فلا يصح الاستدلال به ، لأنه باع وربح فيما هو من ضمانه (2) .

3- أن علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، سواء كانت الربا أو الغرر ، موجودة في بيع غير الطعام قبل قبضه ، فوجب أن يسوى بينهما في الحكم (3) .

4- قول ابن عباس - رضي الله عنهما - : "ولا أحسب كل شيء إلا مثله" (1) . يعني أن غير الطعام ينبغي أن يقاس على

(1) أخرجه أحمد 179/2 ، وأبو داود في المجموع / باب في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم (3504) والترمذي في البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عند الإنسان رقم (1234) وقال هذا حديث حسن صحيح والنسائي في البيوع / باب يبيع ما ليس عند البائع رقم (4316) وابن ماجه في التجارات / باب الضمان ببيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن رقم (2188) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(2) الفروق 233/3 ، بيع التفسير وأحكامه للتركي ص 125 .

(3) القبض . للضرير - من مجلة المجتمع ، ص 473 .

الطعام ، الثابت فيه النهي عن بيعه قبل قبضه بالسنة، وهذا من تفقه ابن عباس كما يقوله ابن حجر (2)، وابن عباس هو راوي الحديث فهو حينئذ أعرف بمرماه (3).

القول الرابع :

إنه لا يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته ، إلا في المكيل ، والموزون ، والمعدود ، والمذروع ، سواء كان المكيل والموزون مطعوماً أو غير مطعوم إذا بيع بالكيل أو الوزن .

وهذا هو المذهب عند الحنابلة (4) .
واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- عموم الأحاديث الواردة في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، قالوا: قبض الطعام إنما يتحقق بكيله أو وزنه . فدل

(1) أخرجه مسلم في كتاب البيوع/ باب بطلان بيع البيع قبل القبض رقم (1525).

(2) أحمد بن علي بن محمد بن محمد ، الكنانى العسقلانى ، أبو الفضل ، شهاب الدين

، المعروف بابن حدر ، وهو لقب لبعض آبائه ، كان حافظاً للحديث ، أصله من

عسقلان بفلسطين ، وكان مولده ووفاته بالقاهرة ، كان له ولع بالحديث حتى

رحل إلى اليمن والشام والحجاز ، حتى تصدى لنشره ، مات رحمه الله سنة 852هـ .

انظر : البدر الطالع 1/ 87 ، الرسالة المستطرفة ص 162 .

(3) فتح الباري 4/ 278 ، القبض للضرير – من مجلة المجمع ص 473 .

(4) الأنصاف 11/ 495 – 497 ، كشاف القناع 3/ 241 .

على أن كل ما كان قبضه بكيله أو وزنه لا يجوز بيعه قبل قبضه .

2- اتفاق أهل العلم على أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري ، إلا بالكيل أو الوزن ، وقد نهى النبي صلى الله عليه السلام عن بيع ما لم يضمن (1) (2) .

الترجيح:

لا شك أن هذه المسألة من المسائل العويصة ، كما أشار إلى ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - بقوله : "ولغموض مأخذ هذه المسألة ، كثر تنازع الفقهاء فيها ، ولم يطرد إلى التوهم فيها قياس" (3)

لذا فالذي يظهر لي رجحانه - والعلم عند الله - هو ما ذهب إليه الشافعية (4) ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (5) - رحمه الله - وابن القيم (6) وذلك لأمر :

1- عموم الأحاديث الواردة في النهي عن بيع السلع قبل قبضها .

2- أن العلة التي علل فيها النهي عن بيع الطعام قبل قبضه موجودة في غير الطعام .

3- أنه قول ابن عباس - رضي الله عنه - .

(1) تقدم تخريجه ص () .

(2) بداية المجتهد 3/279 .

(3) مجموع الفتاوي 29 / 403 .

(4) انظر : ص () .

(5) الاختبارات العملية ص 187 .

(6) تهذيب السنن 5 / 132 .

00000

الفرع الثالث :

تصرف أحد المتابعين بنقل الملك في زمن الخيار

لا يخلوا التصرف في زمن الخيار من حالين :

الحالة الأولى :

أن يكون من البائع .

الحالة الثانية :

أن يكون من المشتري .

فإن كان من البائع ، فقد اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في حكم تصرف البائع في المبيع زمن الخيار على أربعة أقوال :

القول الأول :

وهو أن الخيار لا يخلوا إما أن يكون لهما معاً أو للبائع وحده أو للمشتري وحده ، فإن كان الخيار لهما معاً جاز للبائع التصرف في المبيع واعتبر تصرفه فسخاً للعقد .
ووجه جواز تصرفه في المبيع : أن المبيع لم يخرج عن ملك البائع فتصرفه صادق ملكه ويكون ذلك فسخاً للعقد دلالة .

وإن كان الخيار للبائع وحده ، صح تصرفه في المبيع ويكون تصرفه في المبيع فسخاً للعقد .

لأن المبيع – كما تقدم – لم يخرج عن ملك البائع فتصرفه صادق ملكه ويكون ذلك فسخاً للعقد دلالة .

وإن كان الخيار للمشتري وحده ، لم يصح تصرفه في المبيع .

ووجه ذلك : أن المبيع خرج عن ملكه والبيع بات في حقه ليس له فسخه . فلم يصح تصرفه في المبيع (1) . وبهذا قال الحنفية (2) وهو قول عند الحنابلة (3) .

القول الثاني:

وهو أن الخيار إن كان للبائع صح تصرفه في المبيع . وإن كان الخيار للمشتري وباع البائع ، فللمشتري رده مع قيام المبيع وله الأكثر من فضل القيمة والتمن الثاني مع الفراق .

وهو ما ذهب إليه المالكية (4) . ووجه صحة التصرف والخيار له: أنه تصرف في ملكه فصح تصرفه فيه.

القول الثالث :

وهو إن كان الخيار لهما معاً أو للبائع وحده صح تصرفه بالبيع والهبة والوقف والإجارة والعتق وغير ذلك ، وتكون تصرفاته هذه فسخاً للعقد .

وإن كان الخيار للمشتري فأعتق البائع العبد المبيع فعلى القول بأن الملك للمشتري لا ينفذ عتقه سواء تم البيع أو فسخ .

(1) بدائع الصنائع 265/5 .

(2) بدائع الصنائع 272/5 حاشية ابن عابدين 94/7 .

(3) الإنصاف 312/11 .

(4) حاشية عليش 163/4 ، الكافي ص 343 ، شرح الزرقاتي على

مختصر خليل

وعلى القول بأن الملك موقوف لا ينفذ العتق ، إن تم البيع وإلا نفذ ،
وعلى القول بأن الملك للبائع ، فإن فسخ العقد بطل العتق وإلا فقد عتق .

وهو ما ذهب إليه الشافعية في الأصح (1).
ووجه صحة التصرف إن كان الخيار للبائع أو لهما معاً :
أن تصرفه حينئذ يعتبر فسخاً للعقد دلالة فيقدر وجود الفسخ قبل التصرف ليلافي تصرفه محلاً مملوكاً (2) .

القول الرابع :

وهو أنه يحرم على البائع التصرف في المبيع زمن الخيار فإن فعل لم يصح تصرفه ولم ينفذ إلا العتق ، وهو ما ذهب إليه الحنابلة (3) .

(1) المجموع 257/9 نهاية المحتاج 4 / 22-23 .
لم أجد للشافعية نصاً في سائر التصرفات ، لكن لما لم يصحوا العتق مع مال من القوة والسراية فغيره من باب أولى ، لا سيما وأن الشافعية يقولون إن المالك في زمن الخيار للمشتري . وحينئذ يمكن القول بأن مذهب الشافعية عدم اعتبار تصرفات البائع في زمن الخيار إذا كان الخيار للمشتري وحده . إلا في العتق - كما تقدم .

(2) المرجع السابق .

(3) المغني 24/6 ، كشف الفناع 208/3 .

ووجه المنع من تصرفه : أن المبيع خرج بالعقد عن ملكه ، فإذا تصرف تصرف في ملك غيره بغير إذن من صاحبه (1) .

الترجيح :

من خلال ما سبق يظهر أن الجمهور من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، وقول عند الحنابلة ، يرون جواز تصرف البائع في المبيع إذا كان الخيار له وحده أو لهما معاً ويعتبرون تصرفه فسخاً للعقد .
وعند الحنابلة في القول المعتمد في المذهب أن تصرفه حرام ولا ينفذ .

والراجح- والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور إن كان الخيار لهما جميعاً أو للبائع وحده ، لأننا وإن قلنا أن المبيع يخرج بالعقد عن ملك البائع إلا أن ملك المشتري غير لازم ، وللبائع الحق في فسخ البيع ، والفسخ يكون صريحاً ويكون دلالة فتصرفه هذا يعتبر فسخاً بالدلالة ، وفقهاء الحنابلة يسلمون باعتباره فسخاً ؛ ولذا قال ابن قدامه : " وكل موضع قلنا: إن تصرف البائع لا ينفذ ، ولكن يفسخ به البيع . فإنه متى أعاد ذلك التصرف ، أو تصرف تصرفاً سواه ، صح ... " .

أما إن كان الخيار للمشتري حده ، فإن تصرف البائع لا يصح ، خلافاً للمالكية ، وذلك لأن البيع لازم في حق البائع ليس له نقضه ، فتصرفه في المبيع تصرف فيما لا يملك .

الحال الثانية :

(1) المراجع السابقة .

أن يكون التصرف من قبل المشتري .
وهنا اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في حكم تصرف
المشتري في المبيع زمن الخيار على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

وهو أن تصرف المشتري في المبيع زمن الخيار ، لا يخلو
من أن يكون الخيار لهما جميعاً ، أو له وحده ، أو للبائع ،
فإن كان الخيار لهما جميعاً أو للمشتري جاز التصرف فيه
ويعتبر إجازة للبيع ، وإن كان الخيار للبائع وحده فليس
للمشتري التصرف في المبيع وإن قبضه بإذن البائع .
وهذا ما ذهب إليه الحنفية (1) .

ووجه جوازه إن كان الخيار لهما جميعاً : أن التصرف في
المبيع يعتمد على الملك فالإقدام على التصرف يكون دليلاً
على قصد التملك أو تقرر الملك وهذا دليل الإجازة (2) .
وأما وجه جوازه إن كان الخيار له وحده : فلأن تصرفه
يعتبر فسخاً وإجازة للعقد وذلك له .

وأما وجه عدم جوازه إن كان الخيار للبائع وحده : فلأن
ملك البائع باق بلا اختلال ، والبيع بات في حقه (3) .

القول الثاني :

وهو إن كان الخيار للمشتري وتصرف في السلعة تصرفاً
يدل على رضاه بالبيع ، كما لو أعتق ، أو دبّر ، أو رهن ،
أو أجر صح تصرفه واعتبر امضاء للبيع .

(1) بدائع الصنائع 269/5 .

(2) المرجع السابق .

(3) المرجع السابق .

أما إن تصرف فيه بالبيع فيمنع منه قبل أن يختار ، فإن فعل وباع ولم يخبر البائع باختياره ولم يشهد به ، وادعى أنه اختار قبل البيع وخالفه البائع ، صدق المشتري بيمينه . وقيل للبائع نقض البيع وله إجازته وأخذ الثمن . أما إن كان الخيار للبائع وتصرف المشتري في المبيع وكان في يده فتصرفه فيه كتصرف الفضولي ، فلو باع كان للبائع رده ، فإن فات بيد المشتري الثاني فعلى المشتري الأول الأكثر من الثمن والقيمة . وهذا ما ذهب إليه المالكية (1) .

القول الثالث :

وهو أنه إذا تصرف المشتري في المبيع وكان الخيار له وحده صح تصرفه ونفذ . وإن كان الخيار لهما معا ، أو للبائع وحده لم ينفذ تصرفه إلا مع الأذن .

وهذا مذهب الشافعية (2) . والحنابلة (3) واستثنوا العتق فقالوا : ينفذ مطلقاً .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- أن تصرف المشتري في المبيع والخيار للبائع أو لهما معاً يسقط حق البائع في الفسخ واسترجاع المبيع ، وذلك ممتنع (1) .

(1) حاشية الدسوقي 160/4-162 ، التاج والإكليل 319/6 - 320 مواهب

الجليل 320-319/6 .

(2) المجموع 257/9 ، مغتني المحتاج 49/2 .

(3) المغتني 24/6 ، كشف الفناع 208/3 ، الأنصاف .

- 2- القياس على الرهن بجامع تعلق حق الغير بالعقود عليه على وجه يمنع جواز التصرف .
- 3- أن الحق للعاقدين لا يعدوهما إلى غيرهما ، فإذا تصرف أحدهما مع الآخر أو بإذنه اعتبر ذلك رضاً من كل منهما بإسقاط حقه وذلك جائز (2) .

الترجيح:

من خلال ما سبق عرضه يتبين أن تصرف المشتري في المبيع يصح إن كان الخيار له وهذا مذهب الحنفية والمالكية باستثناء البيع وبه قال الشافعية والحنابلة .

وأما إن كان الخيار للبائع أو لهما معاً فليس للمشتري التصرف في المبيع وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة باستثناء العتق عندهم .

لذا فالراجح - والله أعلم - صحة تصرف المشتري في المبيع إن كان الخيار له وحده ، أو كان لهما معاً وامضاه البائع .

لأن الحق في المبيع للعاقدين لا يعدوهما فإذا تصرف أحدهما ورضي به الآخر أو أذن اعتبر ذلك رضاً من كل منهما بإسقاط حقه في الخيار وكان البيع باتاً .

(1) نهاية المحتاج 22/4-33 .
 (2) المغني 24/6 ، وانظر : التصرف في الملك أحكامه وقيوده - رسالة دكت

وأما إن كان الخيار للبائع وحده ، فإن تصرف المشتري في المبيع لغر لا ينفذ ، لأن البيع في حقه بات فكيف يصح تصرفه وهو لا يملكه .

00000

المطلب الثاني قبض المنقول

الفرع الأول : صفة القبض

يتفاوت ما يتحقق به القبض تبعاً لتفاوت المعقود عليه المراد قبضه ، وذلك أن المعقود عليه إما أن يكون عقاراً أو منقولاً .

فإن كان عقاراً وهو: ما لا يمكن نقله من مكان لآخر كالدور والأراضي (1).

فإن قبضه يتحقق بالتخلية بينه وبين من انتقل الملك إليه بحيث يتمكن من الانتفاع به (2).

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء : من الحنفية (3) ، والمالكية (4) ، والشافعية (5) ، والحنابلة (6) ، والظاهرية (7).

لأنه لا يمكن في العقار إلا أن يكون قبضه بالتخلية إذ لا يمكن قبضه باليد والتناول (8).

وإن كان منقولاً وهو : الشيء الذي يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر ، فيشمل : النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات ونحوها (9).

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة (128) ، درر الحكام 101/1 .

(2) بدائع الصنائع 244/5 .

(3) بدائع الصنائع 244/5 .

(4) منح الجليل 689/2 .

(5) روضة الطالبين 175/3 - المجموع 333/9 .

(6) المغني 187/6 .

(7) المحلي 518/8 .

(8) المصادر السابقة .

(9) مجلة الأحكام العدلية المادة (128) درر الحكام 101/1 .

فهذا قد اختلف العلماء - رحمهم الله - في صفة قبضه على قولين :

القول الأول :

أن قبض المنقول يتحقق بالتخلية بينه وبين المشتري على وجه يتمكن معه من الانتفاع فيه والتصرف في المبيع . وهذا القول هو مذهب الحنفية (1) ، وقول للشافعية (2) وراوية عن الإمام أحمد (3) . واستدلوا على ذلك بأدلة منها :

1- حديث ابن عمر - رضي الله عنه - قال : " كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر ، فكنت على بكر صعب لعمر ، فكان يغلبني فيتقدم امام القوم ، فيزجره عمر ويرده ، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر : بعنيه . قال : هو

لك يا رسول الله ، فاشتراه ثم قال : هو لك يا عبد الله ، فاصنع به ما شئت " (4) .

وجه الاستدلال :

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - تصرف في المبيع دون سوق أو تحويل للجمل - وهو من المنقولات - فلو كان

(1) بدائع الصنائع 244/5 .

(2) المجموع 333/6 روضة الطالبين 176/3 .

(3) المغني 187-186/6 .

(4) رواه البخاري كتاب / الهبة ، باب / من أهدي له شيء وعنده جلساؤه

فهو وأحـ

به ، رقم (2610) .

النقل والتحويل شرطاً لأخذه النبي صلى الله عليه وسلم أولاً، ثم وهبة بعد ذلك ، فدل ذلك على أن تحقق القبض يحصل بمجرد التخلية (1) .

ونوقش :

بأن الحديث يحتمل غير ما ذكر في وجه الاستدلال ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال .
ومما يحتمله الحديث :

1- أن النبي صلى الله عليه وسلم قد ساق الجمل بما يتحقق به القبض ، ولكن ذلك لم ينقل ، وعدم النقل ليس نقلاً للعدم (2)

2- أن ابن عمر - رضي الله عنه - كان وكيلاً في القبض للنبي صلى الله عليه وسلم مما يغني عن مباشرته صلى الله عليه وسلم للقبض .
وأجيب عن ذلك :

بأن ما ذكر مجرد احتمال بعيد، لا ينبغي أن يلغى ظاهر دلالة الحديث ، والعبرة إنما هي بالاحتمال الناشئ عن دليل .

2- حديث عائشة - رضي الله عنها - في قصة الهجرة وفيه : " أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إن عندي ناقتين أعددتهما للخروج ، فخذ إحداهما قال : قد أخذتهما بالثمن (3) "

(1) فتح الباري 4 / 421 .

(2) المرجع السابق .

(3) أخرجه البخاري في كتاب / البيوع ، باب / إذا اشترى متاعاً أو دابة

فوضه عنده

البائع أو مات قبل أن يقبض ، رقم (2138) .

وجه الاستدلال :

أن قوله صلى الله عليه وسلم : " قد أخذتها بالثمن " لم يكن أخذاً باليد ، وإنما كان التزاماً منه لابتئاعها وأخرجها عن ملك أبي بكر - رضي الله عنه - إذ من المعلوم أنه صلى الله عليه وسلم لم يسقها بل أبقاها عند أبي بكر (1) .

ونوقش : بأن القصة ما سيقّت لبيان ذلك ، فلذلك اختصر فيها قدر الثمن وصفة العقد ، وصفة القبض ، لأن الراوي ليس من غرضه بيان ذلك ، وحينئذ لا يكون فيه حجة في عدم اشتراط القبض (2) .

3- أن التسليم في اللغة عبارة عن جعل الشيء سالماً خالصاً ، كما قال تعالى : { **ورجلاً سَلماً لرجل** } (3) أي سالماً لا يشاركه فيه أحد . فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعله سالماً له ، أي خالصاً لا ينازعه فيه غيره ، وهذا يحصل بالتخلية (4) .

4- أن من وجب عليه التسليم لا بد أن يكون له سبيل إلى تحقيق ما وجب عليه ، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع ، أما الإقباض فليس في وسعه ؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض . فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر الوفاء بالواجب ، وهو لا يجوز (5) .

(1) فتح الباري 4/442 .

(2) المصدر السابق .

(3) الزمر آية رقم (29) .

(4) بدائع الصنائع 5/244 .

(5) بدائع الصنائع 35/244 .

القول الثاني :

أن قبض المنقول لا يتحقق بالتخلية ، بل لا بد من أمر زائد عليها ، وهذا يختلف باختلاف المنقولات. فإن المنقول لا يخلو من ثلاثة أنواع :

النوع الأول :

أن يكون المنقول مما يتناول باليد عادة ، كالنقود والجواهر ، فتحقق القبض في هذا النوع إنما يكون بتناوله باليد عند جمهـور الفقهاء :
عـ

من المالكة (1) ، والشافعية (2) ، والحنابلة (3) .

والدليل على ذلك :

أن المرجع في تحديد ما يتحقق به القبض هو العرف ، والعرف جار في قبض ما يتناول بتناوله .

ونوقش :

(1) حاشية الدسوقي 145/3 .

مما تجدر الإشارة إليه أن المالكية يرون أن المبيع إما أن يكون عقاراً أو غير ره . فإن كان عقاراً فقبضه يكون بالتخلية ، وإن لم يكن عقاراً فقبضه يكون بـ العرف ، وعند الأمثلة يتضح موافقتهم للجمهور في هذا القسم ، ثم إن الإحالة على العـ لا تخالف ما ذكر إذ هو تحديد وبيان للعرف .

(2) المجموع 276/9 .

(3) المغني 187 /6 .

بعدم التسليم بالعرف ، لوجود الخلاف الكبير بين العلماء في ذلك . والجميع يحيل على العرف، فلو وجد عرف عام متفق عليه لما اختلفوا (1) .

النوع الثاني :

أن يكون المنقول مما لا يعتبر فيه تقدير . وذلك بأن يكون المبيع غير مكيل ولا موزون ولا معدود كالأمتعة والعروض والدواب والصبرة تباع جزافاً فتحقق قبض هذا النوع من المبيع بنقله وتحويله ، عند جمهور العلماء : من المالكية (2) ، والشافعية (3) ، والحنابلة (4) .
والدليل على ذلك :

1- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : " كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً ، فنهانا رسول الله أن نبيعه حتى ننقله " (5) .

وجه الاستدلال :

أن الحديث قد بين أن النقل والتحويل هو الطريق الذي يتم بها قبض ما يبيع بطريق الجزاف ، ويقاس على الطعام غيره من المنقولات (6) .

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين :

- (1) القبض ، للقره داغي ص 569 .
- (2) حاشية الدسوقي 145/3 .
- (3) المجموع 277/9 .
- (4) المغني 187/6 .
- (5) أخرجه أبو داود في البيوع باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى رقم (3494) وأصله عند البخاري (288/4) ومسلم (1526) .
- (6) المغني 187/6 .

الوجه الأول : أن مما ذكر في الحديث من النقل والإيواء لا يعدو أن يكون صورة من صور القبض – التي تعتبر التخلية أحدها – وليس فيه دلالة على حصر القبض في ذلك ، وإنما ذكر النقل والإيواء لأنه هو الغالب في قبض هذه الأشياء في زمانهم (1) .

الوجه الثاني : أن الحديث إنما يدل على النهي عن التصرف في المبيع بالبيع قبل قبضه ، وليس فيه بيان ما يتحقق به القبض (2) .

2- أن العرف جار على أن قبض مثل هذه الأشياء يكون بنقلها وتحويلها ، لأن أهل العرف لا يعدون حيازتها من غير تحويل ، وقد سبق أن المرجع في تحديد القبض هو : العرف ، والعرف ما ذكر (3) .

ونوقش:

بما نوقش به دليل النوع الأول (4) .

النوع الثالث :

أن يكون المنقول مما يعتبر فيه تقدير وذلك بأن يكون المبيع مقدر بكيل ، أو وزن ، أو ذرع ، أو عد ، فتحقق قبض هذا النوع ، باستيفاء ما يقدر به من كيل ، أو وزن ،

(1) القبض للثبتي ص 650 .

(2) القبض ، للقره داغي ص 569 .

(3) المجموع 282/9 ، المغني 188/6 .

(4) انظر : صفحة () .

أو ذرع ، أو عد . عند جمهور العلماء من المالكية (1) ،
والشافعية (2) ، والحنابلة (3) .

-
- (1) حاشية الدسوقي 144/3 .
(2) المجموع 278/9 .
(3) المغني 186/6 .

والدليل على ذلك :

1- حديث ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله " (1)

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالكيل فيما يقدر بالكيل ، فدل على أن قبض المكيل إنما يتحقق بالكيل ، ويقاس على المكيل غيره من المقدرات (2) .

ونوقش هذا الاستدلال :

بأن الأمر بالكيل لا يدل على تقييد قبض الطعام المكيل بالكيل ، بل المراد بالاكتيال : القبض والاستيفاء ، كما في بعض الروايات ، ولكن لما كان الغالب في الطعام الكيل صرح به ، وإذا لم يفسر الحديث بهذا فإن ظاهره يدل على وجوب الكيل في كل بيع وهذا لم يقل به أحد ، لجواز البيع جزافاً ، وبالعد ، والوزن (3) .

(1) أخرجه مسلم في كتاب البيوع ، باب بطلان المبيع قبل قبضه رقم (1525) .

(2) المغني 6/187 .

(3) القبض ، للقر داغي ص 567 .

الترجيح :

مما تقدم عرضه - يترجح - والله أعلم - أن قبض المنقولات راجع إلى عرف الناس في الزمن المعين ، فإذا تعارفوا على أن القبض يتحقق بالتخلية فإنه يتم بها ، وإن كان في عرفهم أنه لا يتحقق إلا بالحيازة والنقل لم يتم إلا بذلك .

أما تحديد ما هو العرف فإنه يختلف باختلاف السلع . وهذا ما اختاره الإمام ابن تيمية - رحمه الله - حيث قال : " القبض يرجع في تحديده إلى عرف الناس ، فما عده الناس قبضاً فهو قبض ، وما لم يعده قبضاً فليس كذلك (1) . وهو مما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي . حيث جاء في قرار المجمع ما نصه " ... وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها " (2) .

00000

(1) مجموع الفتاوى (16/29 ، 275/30) .

(2) مجلة المجمع العدد (6) ص 771 .

الفرع الثاني :

مؤونة النقل

تختلف مؤونة النقل على من تكون باختلاف المنقول .
فإن كان المنقول مما يتعلق به حق توفيه كالمكيل ،
والموزون ، والمعدود ، والمذروع وغيرها ، فمؤونة نقله
على بائعه .

لأن عليه تقبيل المبيع للمشتري والقبض لا يحصل إلا
بذلك فكان على البائع .

وأما إن كان المنقول مما لا يتعلق به حق توفيه ، فمؤونة
نقله على المشتري ، لأنه مما لا يتعلق به حق توفيه فكان
على المشتري (1) .

وهذا كله فيما لم يكن تمت شرط أو عرف .
فإن كان هناك شرط فالمسلمون على شروطهم (2) .
وإن كان هناك عرف فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
(3) .

00000

(1) المغني 6/188 ، المجموع 9/337 .

(2) تقدم تخريجه .

(3) مجموع الفتاوى 32/278 ، 29/354 ، بيان الدليل 531 ، زاد المعاد

،

109/5

الأشباه والنظائر للسيوطي 192 .

الفرع الثالث :**التصرف فيه قبل النقل :****المسألة الأولى :**

التصرف فيه قبل النقل على وجه المعاوضة ، وفيه أمران :

الأمر الأول : التصرف فيه قبل النقل بالبيع .

وقد سبق بيان حكم التصرف في المبيع قبل نقله بالبيع في المطلب السابق.

الأمر الثاني : التصرف فيه قبل النقل بالإجارة، والشركة ، والتولية، والحوالة .

اختلف الفقهاء في حكم التصرف في المبيع قبل نقله ، بالإجارة والشركة ، والتولية ، والحوالة على قولين :

القول الأول :

انه لا يجوز التصرف في المبيع قبل نقله ، بالإجارة ، والشركة والتولية ، والحوالة ، وأن حكم هذه الأشياء مساوٍ للتصرف في المبيع قبل نقله على وجه البيع .

وبهذا قال الحنفية (1) ، وهو الصحيح من مذهب الشافعية (2) ،

(1) بدائع الصنائع 180/5 ، تبیین الحقائق للزيلعي 81/4 .

(2) نهاية المحتاج للرملي 85/4 ، البيان للعمراني 67/5 .

وهو المذهب عند الحنابلة (1) .
واستدلوا على ذلك :
 بأن التصرف في المبيع بالإجارة ، والشركة والتولية ،
 والحوالة قبل نقله من أنواع البيع فتدخل في عموم النهي (2) .

القول الثاني :

انه يجوز التصرف في المبيع قبل نقله بالإجارة ، والشركة ،
 والتولية ، والحوالة .
 وبهذا قال المالكية (3) ، وهو قول مرجوح عند الشافعية (4)
 ، وبه قال بعض الحنابلة (5) ، واختاره شيخ الإسلام ابن
 تيمية (6) .

واستدلوا على ذلك :

1- بالقياس على أخذ الشريك نصيب شريكه بالشفعة بمثل
 الثمن الذي باعه به (7) .

(1) كشف القناع 241/3 ، الإنصاف 499/11 .

(2) المغني 194/6 .

(3) الكافي لابن عبد البر 319-320 عقد الجواهر الثمينة 722/2 ، إلا

أنه لم يعدم

هذه التصرفات من البيع والعقود ، وإنما جعلوا ذلك من باب

المعروف والإحسان

(4) نهاية المحتاج للرملي 86/5 .

(5) الإنصاف للمرداوي 499/11 .

(6) تفسير آيات اشكلت لشيخ الإسلام 649/2 ، 656 .

(7) المصدر السابق .

2- ان المحذور إنما يقع إذا كان هناك ربح ، ولا ربح في التولية ، والشركة وقد جوز النبي صلى الله عليه وسلم الاعتياض عن الدين بسعر يومه ، ولا فرق بينه وبين الثمن وكلاهما عوض في الذمة ، ثم إن المقصود من التولية والشركة هو فعل الجميل والرفق بمن فعل ذلك معه (1) .

الترجيح :

مما سبق ذكره من قولي العلماء يظهر لنا – والعلم عند الله – هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من جواز التصرف في المبيع قبل نقله ، بالإجارة ، والشركة ، والتولية ، والحوالة لأن المعنى الذي ورد من أجله النهي غير متحقق في مثل هذه التصرفات . لاسيما إذا قلنا إنها من باب المعروف والإحسان لا من باب البيع والمكايسة .

المسألة الثانية :

التصرف في البيع قبل نقله على غير وجه المعاوضة

تنقسم هذه التصرفات إلى قسمين :

- 1- ا لوقف والعتق .
- 2- باقي التصرفات الأخرى من هبة ، وقرض ، ورهن وغير ذلك .

(1) المصدر السابق .

فأما القسم الأول : وهو الوقف والعتق فقد ذهب إلى جوازه الشافعية في أصح الأوجه عندهم (1) ، واختاره شيخ الإسلام (2) ابن تيمية ، وحكى الإجماع على جواز العتق (3) .

وأما القسم الثاني : وهو باقي التصرفات الأخرى فهي على نوعين :

النوع الأول : التصرف في المبيع قبل نقله على وجه التبرع كالهبة ، والقرض ، والصدقة .

النوع الثاني : التصرف في المبيع قبل نقله بجعله رهناً بدين .

فأما النوع الأول ، وهو التصرف في المبيع قبل نقله على وجه التبرع فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

القول الأول :

جواز هذه التصرفات .

وبهذا قال الحنفية(4)، والمالكية (5)، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية(6) ، وبه قال الحنابلة في المبيع المعين الذي لا يحتاج إلى توفيقه ومما

بيع جزافاً من المكيلات والموزونات ونحوها (7) .

-
- (1) نهاية المحتاج للرملي 85/4 - 86 .
 - (2) تفسير آيات أشكلت 652/2 ، الاختبارات 188 .
 - (3) الإنصاف 499/11 .
 - (4) بدائع الصنائع 180/5 .
 - (5) الكافي لابن عبد البر 319 - 320 ، جواهر العقد الثمين 1022/2 .
 - (6) تفسير آيات أشكلت 652/2 ، الاختبارات 188 .
 - (7) الإنصاف 498/11 - 499 .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : " كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فكنت على بكرٍ صعبٍ لعمر فكان يغلبني فيتقدم امام القوم ، فيزجره عمر ويرده ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : بعنيه ، فقال : هو لك يا رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعنيه ، فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد الله بن عمر ، تصنع به ما شئت (1) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم وهب المبيع - وهو البعير - قبل أن يقبضه وينقله مما يفيد جواز التصرف فيه قبل نقله على وجه التبرع .

2- أن الأحاديث إنما وردت بمنع التصرف بالمبيع بالبيع ونحوه ولم يرد فيها ما يعم غيره من التصرفات حتى يقال انه يلزم من القول بجوازه مخالفة نصوص الشارع (2) .

3- أن الموهوب له ، أو المتصدق عليه ، أو المقترض ، يصلح أن يكون نائباً عن المشتري في القبض فيكون قبض هؤلاء هو بحكم النيابة أولاً ثم يصير الواحد منهم قابضاً لنفسه بالتمليك .

(1) أخرجه البخاري في كتاب البيوع / باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبلاً

يتفرقا .

(2) الفروق للقرافي 233/3 .

والمانعون من هذه التصرفات يقولون بأنها لا تلزم إلا بالقبض فما المانع من القول بجوازها وقد تحقق شرط لزومها (1) .

القول الثاني :

انه هذه التصرفات لا تصح قبل نقل المبيع وقبضه . وبهذا قال الشافعية في الأصح (2) ، وهو قول الحنابلة فيما يحتاج إلى توفيه بكيل أو وزن ... إذا بيع على ذلك (3) . واستدل على ذلك بما يلي :

1- أن هذه العقود يقصد بها تمليك المال في الحال ، فأشبهت البيع فتلحق به في المنع منها قبل القبض أو النقل (4) .

ونوقش :

بأن هذه التصرفات وإن قصد بها التمليك إلا أنها بدون عوض بخلاف البيع . فلا يصح قياسها عليه .

2- أن جواز هذه العقود مبنى على الملك المطلق ، وهو ملك الرقبة واليد جميعاً ؛ لأن به يقع الأمن من غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، وغرر الانفساخ هنا ثابت فلم يكن الملك مطلقاً فلم يجز (5) .

ونوقش :

(1) بدائع الصنائع 180/5 ، وانظر : القبض في الفقه الإسلامي 301/1

(2) نهاية المحتاج للرملي 85/4 – 86 .

(3) كشف القناع 241/3 .

(4) نهاية المحتاج للرملي 86/4 .

(5) بدائع الصنائع 180/5 .

بأن هذه التصرفات من باب التبرع والإحسان فلا يلحقها الغرر المنهي عنه ، لأن النهي إنما ورد في البيع وما الحق به على وجه المعاوضة .

الترجيح :

مما سبق ذكره في المسألة يتبين لنا - والعلم عند الله - رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جواز هبة البيع ، واقراضه والتصدق به قبل نقله ، وذلك لقوة ما استدلوا به ، ولأن مثل هذه التصرفات لا يقصد بها المعاوضة ، لأن الغرر انما نهى عنه لما فيه من الغرر بطرفي العقد ، أو احدهما وهو منتفٍ في مثل هذه التصرفات(1).

وأما النوع الثاني : وهو التصرف في المبيع قبل نقله بجعله رهناً بدين .

فهذا مما اختلف الفقهاء فيه على قولين :

القول الأول :

انه لا يصح التصرف في المبيع قبل نقله بجعله رهناً بدين . وهذا مذهب الشافعية في الأصح (2) ، والحنابلة (3) .
واستدلوا على ذلك :

بما تقدم ذكره في القول الثاني في المسألة الماضية (4) .

(1) انظر : اعلام الموقعين 26/2 .

(2) نهاية المحتاج للرملي 85/4 .

(3) كشف القناع 241/3 .

(4) انظر ص .

1- ولأن الرهن يراد به توثيق الدين، ويمكن استيفائه منه - في بعض الأحوال - فلو حصل هذا قبل قبض المشتري له لأدى إلى المعاوضة بالمبيع - الذي جعل رهناً - من قبل المشتري قبل أن يقبضه ، وهذا ممنوع منه شرعاً بخلاف الهبة والصدقة ونحوهما فإنها تبرع محض

2- ولأن حصول المحذور الذي سبق التعليل به في ترجيح عموم المنع من بيع أي مبيع قبل قبضه هو عدم تمام استيلاء المشتري عليه ، وعدم انقطاع علاقة البائع ، فإذا كان كذلك فهو عرضة للفسخ ، فجعل رهناً بدين نوع من المخاطرة بضياع الحق ، لأن البائع قد يرفض تسليمه (1).

القول الثاني :

جواز التصرف في المبيع قبل نقله بجعله رهناً بدين .

وبه قال بعض الحنفية (2) ، وهو قول المالكية (3) ، وأحد القولين عند الحنابلة (4) ، واختاره شيخ الإسلام (3) .

واستدلوا على ذلك :

بما تقدم ذكره في القول الأول . والله أعلم .

00000

-
- (1) انظر : القبض في الفقه الإسلامي للرباعي (307/1) .
 (2) بدائع الصنائع 180/5 .
 (3) الكافي لابن عبد البر / 319 - 320 ، جواهر العقد الثمينة 1022/2 .
 (4) الإنصاف 500/11 ، الاختبارات 188 .

الفرع الرابع : اشتراط النقل على البائع

اشتراط النقل على البائع ، هو ما يسمى عند الفقهاء بحكم اشتراط أحد المتعاقدين نفعاً معلوماً في مبيع . كاشتراط المشتري مثلاً نقل المبيع على البائع ، أو اشتراط البائع على المشتري سكنى الدار مثلاً مدة محددة - وغير ذلك من الشروط .

وقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في ذلك على أقوال :

القول الأول :

انه لا يصح شرط المنفعة في المبيع والبيع باطل . وهذا مذهب الحنفية (1) ، والشافعية (2) ، إلا أن الحنفية قالوا : إن جرى بهذا الشرط تعامل الناس صح ؛ وإلا فلا . واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم " نهى عن بيع وشرط " (3) .

(1) بدائع الصنائع 171/5 ، المبسوط 14/13 .

(2) المهذب 452/9 ، المجموع 453/9 ، 454 .

(3) أخرجه ابن حزم في المحلى 324/7 ، والحاكم في علوم الحديث 168 ، والخطابي في معالم السنن 154/5 كلهم من طريق محمد بن سليمان الذهلي عن عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن محمد بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم ... الحديث .

والحديث أنكره الإمام أحمد وقال: لا يعرف مروياً في مسند، واستغربه النووي وابن أبي الفوارس.

وقال ابن تيمية : قد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ، ولا يوجد شيء من دواوين الحديث وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء . انظر : الفتاوى 132/29 ، تلخيص الحبير 12/3 .

ونوقش :

بأن الحديث ضعيف ، وقد ضعفه أحمد وغيره (1) .
 2-ولأن الشرط شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، فأفسد العقد كما لو شرط أن لا يسـمى المبيع (2) .

ونوقش :

بأن هذا منتقض ، باشتراط الخيار في البيع ، فإنه ليس من مقتضى العقد ولا هو من مصلحته ومع ذلك هو شرط صحيح عند الجميع (3) .

واستدل الحنفية على أن الشرط إن جرى به تعامل الناس صح .

لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي .
 ولأن في النزوع عن العادة جرحاً بيناً (4) .

القول الثاني :

صحة الشرط إذا كان النفع والمدة يسيرين .
 فإن طالت المدة كره ذلك .
 وهذا مذهب المالكية .

(1) المغني 5/168 .

(2) المهذب 9/452 .

(3) المغني 5/168 .

(4) بدائع الصنائع 5/171-172 .

قال مالك : لا أرى بأساً أن يشتري الرجل الدابة ،
ويشترط عليه البائع ركوبها يوماً أو يومين ، فإن اشترط
عليه ركوبها شهراً فلا خير فيه (1) .
واستدلوا على ذلك :

- 1- حديث جابر : أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملاً
واشترط ظهره إلى المدينة (2) .
 - 2- ولأن صهيياً باع داراً على عثمان – رضي الله عنهما-
واشترط عليه سكنها (3) .
- وكان هذا في محضر من الصحابة فلم ينكر فكان كالإجماع .

القول الثالث :

انه يصح إذا كان شرطاً واحداً فإن كان أكثر من ذلك فلا
يصح والبيع باطل .
وهذا مذهب الحنابلة (4) .
واستدلوا على ذلك :

- 1- قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ (5)

(1) الاستذكار 74/19 .

(2) أخرجه البخاري في الشروط / باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة
(229/5) ،

ومسلم في المساقات / باب بيع البعير واتفقا ركوبه رقم (715) .

(3) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف 248/7 من طريق وكيع عن
سفيان ع

إسحاق السبعي عن مرة بن شراحيل قال : باع صهيياً

(4) المغني 166/5 – 321 – 322 .

(5) سورة المائدة رقم الآية (1) .

وجه الاستدلال :

أن الله عز وجل أمر بالوفاء بالعقود ، ووفاء العقد يشمل الوفاء بأصله ووصفه . والشرط من وصفه فوجب الوفاء به .

2-قوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون على شروطهم " (1)

3-حديث جابر أنه باع على النبي صلى الله عليه وسلم جملاً واشترط ظهره إلى المدينة (2) .

4-ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم (3) .

وجه الاستدلال :

أن الاستثناء في هذا الشرط معلوم (4) .

واستدلوا على فساد البيع بأكثر من شرط :

1-بقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن " .

(1)

(2) تقدم تخريجه .

(3) أخرجه مسلم في كتاب البيوع/باب النهي عن المحاقلة والمزابنة

والمخابرة رقم 1536

(4) المغني 5/168 .

ونوقش :

بأن العلماء قد اختلفوا في تفسير النهي عن الشرطين في الحديث اختلافاً كبيراً (1) .

وأقرب الأقوال في ذلك ، أن المراد به بيع العينة . قال ابن القيم – رحمه الله - : " وإذا تبين ضعف هذه الأقوال فالأولى تفسير كلام النبي صلى الله عليه وسلم بعضه ببعض ، فنفسر كلامه بكلامه فنقول : هذا نظير نهيه صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة ، وعن بيعتين في بيعة " (2) .

القول الرابع :

انه يصح اشتراط المنفعة في المبيع مطلقاً ، وسواء كان شرطاً واحداً أو أكثر من ذلك . وإلى هذا ذهب أحمد في رواية (3) ، واختاره شيخ الإسلام (4) ، وابن القيم (5) .

واستدلوا على ذلك :

1- بالأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهود والمواثيق ، وتحريم الغرر ، والشروط عهود ومواثيق ، والوفاء بالعهود واجب ، وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فقد غرر

(1) ينظر في ذلك : المغني 322/5 ، معالم السنن للخطابي 144/5 – 146 ، تهذيب

السنن 149-144/5 ، نظرية الشروط للشاذلي 531 .

(2) تهذيب السنن 148/5 .

(3) الإنصاف 226/11 .

(4) المصدر السابق ، والاختيارات 183 .

(5) تهذيب السنن 149-144/5 .

فتكون الشروط لازمة يجب الوفاء بها ويحرم الإخلال والتخلي عنها (1) .

2- حديث عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
" إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به من الفروج "
(2) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل شروط النكاح أحق الشروط بالوفاء بها ، وذلك يقتضي وجوب الوفاء بالشروط مطلقاً ، لكن بعضها أهم وأحق من بعض (3) .
ومن وجه آخر يقال : إن النبي صلى الله عليه وسلم صحح أن يجعل في النكاح شروط فإذا صح ذلك في النكاح فلأن يصح في غيره من باب أولى .

3- أن الشروط من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم ، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم (4) .

4- أن اجتماع الشروط في العقد إذا لم يكن كل واحد منهما منافياً لمقصود الشرع ، ولم تكن تلك الشروط منافية

(1) مجموع الفتاوي 154/29 ، اعلام الموقعين 402/3 .
(2) أخرجه البخاري في النكاح / باب الشروط في النكاح رقم (5151) ،
ومس

النكاح / باب الوفاء بالشروط في النكاح رقم (1418) .

(3) مجموع الفتاوي 160/32-164 ، قاعدة العقود (155) .

(4) مجموع الفتاوي 150/29 .

لمقصود العقد فإنه لا وجه لتحريمه ، بل الواجب حله ؛
لأنه عمل مقصود للناس ، يحتاجون إليه ، إذ لو لا حاجتهم
إليه لما فعلوه فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة ، ولم
يثبت تحريمه ، فيباح ، لما في الكتاب والسنة مما يرفع
الخرج (1) .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول يتبين لنا قوة
ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وذلك لقوة ما استدل به
وسلامتها من المعارض الراجح . والله أعلم .

00000

الفرع الخامس :**الإقالة في المبيع بعد نقلة**

لا تخلوا الإقالة في المبيع بعد نقله من حالين :

الحال الأولى :

كون المبيع موجوداً

وفي هذه الحالة يجب على المشتري رد عين المبيع إلى البائع إذا كان موجوداً ، ولا يحق له حبسه إلا إذا امتنع البائع من رد الثمن (1) .

لأن مقتضى الإقالة رد العاقدين إلى ما كان عليه قبلها (2) . ولا يتحقق ذلك إلا برد عين المقبوض إذا كان موجوداً في يد المشتري سواء كانت الاستقالة منهما أو من أحدهما .

فإن حدثت في المبيع زيادة ، فلا تخلوا هذه الزيادة من أمرين :

الأمر الأول :

أن تكون الزيادة متصلة .

فالمذهب عند الحنفية (3) ، والشافعية (4) ، والحنابلة (5) .

أن هذه الزيادة تكون للبائع تبعاً للمبيع .

الأمر الثاني :

أن تكون الزيادة منفصلة .

(1) أسنى الطالب للأنصاري 75/2 ، روضة الطالبين 154/3 .

(2) حاشية ابن قاسم على الروض 489/4 .

(3) بدائع الصنائع 306/5 – 310 .

(4) روضة الطالبين 1556 /3 .

(5) الاقناع 243/2 .

فإن كانت الزيادة منفصلة، فالمذهب عند الشافعية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾، أن الزيادة تكون للمشتري، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمان"⁽³⁾. وذلك أن المبيع كان من ضمان المشتري فيكون له خراجه في مقابل ذلك الضمان.

وفي هذه الحال - أي كون المبيع موجوداً - تستحب الإقالة لقوله صلى الله عليه وسلم: من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته فيه يوم القيامة ⁽⁴⁾.

الحال الثانية:

كون المبيع مفقوداً
وفي هذه الحالة، اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في صحة الإقالة بعد تلف أو هلاك المبيع على أقوال:

(1) المصادر السابقة.

(2) المصادر السابقة.

(3) تقدم تخريجه ص.

(4) أخرجه أبو داود في البيوع / باب في فضل الإقالة رقم (3460) وابن ماجه في التجارات / باب الإقالة رقم (2199)، وابن حبان في صحيحه رقم (5030).

القول الأول :

عدم صحة الإقالة بعد تلف المبيع أو هلاكه .
وهذا مذهب الحنفية (1) ، والحنابلة (2) ، ووجه عند الشافعية (3) .

واستدلوا على ذلك :

1- بأن الإقالة رفع للعقد ، وتلف المبيع أو هلاكه مانع لهذا الرفع لأن شرط صحة الإقالة قيام العقد وقد فات (4) .
2- ولأن هلاك المبيع أو تلفه يتعذر فيه الرد (5) - أي رد المبيع - .

القول الثاني :

صحة الإقالة بعد تلف المبيع أو هلاكه .
وهذا مذهب المالكية (6) ، والشافعية (7) في الأصح ،
ووجهه عنده
الحنابلة (8) .

-
- (1) بدائع الصنائع 309/5 ، تبیین الحقائق 73-72/4 .
(2) كشف القناع 315/3 ، الإقناع 243/2 .
(3) روضة الطالبين 154/3 .
(4) تبیین الحقائق 72/4 .
(5) كشف القناع 315/3 .
(6) مواهب الجليل ومعه التاج والإكليل 485-484/4 .
ويشترط المالكية شروطاً : 1- وهو كون المبيع مثلياً 2- أن يعلم البائع بتلفه أو هلاكه 3- وأن يكون المثل حاضراً 4- وأن يدفع في موضع قبضه 5- وأن يرد المستقيل مثل التالف .
(7) روضة الطالبين 154/3 .
(8) قواعد ابن رجب 496/1 .

وحيئنذ يجب رد المثل ان كان مثلياً أو رد قيمته إن كان متقوماً .

الترجيح :

الراجح – والعلم عند الله – ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وذلك لقوة ما استدلوا به .

00000

المطلب الثالث

ضمان المنقول إذا تلف

لا يخلوا ضمان المنقول إذا تلف من حالين

الحال الأولى :

أن يكون تلف المنقول بعد قبض المشتري .
فهذا لا خلاف بين أهل العلم على أن ضمانه على مشتريه
(1) ، لقوله صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمان " (2)

(1) بداية المجتهد 356/3 ، روضة الطالبين 159/3 ، بدائع الصنائع 239/5 الروض المربع 189/6 .

(2) أخرجه أحمد في مسنده 49/6 ، وأبو داود في البيوع / باب فيمن اشترى عبداً واستعمله ثم وجد به عيباً رقم (3508،3509) ، والترمذي في البيوع / باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً رقم (1285-1286) ، والنسائي في البيوع باب الخراج بالضمان رقم (4490) ، وابن ماجه في النجارات باب الخراج بالضمان رقم (2243) ، وابن حبان في صحيحه رقم (4927) ، الحاكم 015/2 والحديث صححه الترمذي وقال : " هذا حديث حسن صحيح " وابن خزيمة وابن حبان ، وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي ، وحسنه الألباني في الإرواء رقم (1315) .

وأعله البخاري فيما حكاه الترمذي في العلل الكبير (191) قال الترمذي : سألت محمداً عن حديث ابن أبي ذئب ، عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم : " قضى أن الخرج بالضمان " .

فقال : مخلد بن خفاف لا أعرف له غير هذا الحديث ، وهذا حديث منكر . قال : فقلت له : فحديث هشام بن عروة ، عن أبيه عن عائشة ؟

===

=== فقلت له : قد رواه عمر بن علي عن هشام بن عروة ؟ فلم يعرفه من حديث عمر بن علي قال : فقلت له : ترى أن عمر بن علي دلس فيه ؟ فقال : لا أعرف أن عمر بن علي يدلس . فقلت : رواه جرير عن هشام بن عروة ؟

إلا أن يكون التلف بفعل أجنبي فضمانه عليه (1) .

الحال الثانية :

أن يكون تلف المنقول قبل قبض المشتري فهذا على ضربين :

الضرب الأول :

أن يكون المنقول موصوفاً في الذمة .
فهذا لا خلاف بين أهل العلم على أن ضمانه على بائعه (2)

الضرب الثاني :

أن يكون المنقول معيناً ، وهذا الضرب قد اختلف العلماء فيه ، على من يكون ضمانه على أقوال :

القول الأول :

أنه من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .

هذا الضرب : 1 - الضربة (3) . 2 - الضربة (4)

واستدلوا على ذلك بما يلي :

فقال : قال محمد بن حميد : إن جريراً روى هذا في المناظرة ولا يدرون له فيه سماعاً . وضعف محمد . حديث هشام بن عروة في هذا الباب . وقال ابن أبي حاتم وسئل أبي عن هذا الحديث فقال : " وليس هذا اسناد تقوم به الحجة . غير أنني أقول به لأنه أصلح من آراء الرجال ، الجرح والتعديل . (347/8) .

وضعه أبو داود والعقيلي في الضعفاء (230-231/4) .

- (1) المصادر السابقة .
- (2) المغني 6/186 .
- (3) بدائع الصنائع 5/238 ، فتح القدير 6/137 .
- (4) نهاية المحتاج 4/76 ، مغني المحتاج 2/456 .

1- حديث عبد الله بن عمر بن العاص - رضي الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم : "نهى عن ربح ما لم يضمن" الحديث" (1).

وجه الاستدلال :

أن المراد به ربح ما يبيع قبل قبضه ، فدل على أنه من ضمان البائع (2) .

2- ولأن سلطة البائع باقية على المبيع فهو من ضمانه (3) .

القول الثاني :

انه من ضمان المشتري .

وهذا مذهب الظاهرية (4) .

واستدلوا على ذلك :

1- بقوله - صلى الله عليه وسلم - " الخراج بالضمنان " (5) .

(1) تقدم تخريجه ص () .

(2) الحاوي الكبير 267/6 ، نيل الأوطار 202/5 .

(3) تحفة المحتاج 393/4 .

(4) المحلى 379/8 .

(5) تقدم تخريجه ص () .

وجه الاستدلال :

أن المبيع بعد العقد وقبل القبض ريعه للمشتري فزمانه عليه حينئذ⁽¹⁾.

ونوقش :

بأن الخراج محلل قبل القبض بالملك ، وبعده به ، وبالضمان معاً واقتصر في الحديث على التحليل بالضمان وحده لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه ، واستبعاده أن الخراج للمشتري " (2) .

القول الثالث :

انه من ضمان البائع إذا كان المبيع مما يحتاج إلى حق توفيه كالمكيل ، والموزون ونحوها ، إذا بيعت هذه الأشياء على التقدير بالكيل أو الوزن ، فإن كان المبيع لا يحتاج إلى حق توفيه كالمبيع جزافاً من المكيلات والموزونات ، والعروض والدواب والسيارات ونحو ذلك فإنه يكون من ضمان المشتري ما لم يمنعه البائع من قبضه . وهذا مذهب المالكية (3) ، والحنابلة (4) ، والحقوا بالمبيع الذي يتعلق به حق توفيه : المبيع بصفة أو رؤية متقدمة (5) .

(1) شرح منتهى الإرادات 59/2.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 194 .

(3) حاشية الدسوقي 144/3 ، بداية المجتهد 354/3 – 355 .

(4) المغني 182/6 ، كشف القناع 147/4 .

(5) الشرح الكبير على المقنع 498/11 .

واستدلوا على ذلك :

بما تقدم في أدلة القول الأول : على أن المبيع إذا تعلق به حق توفيه فإن ضمانه على البائع .

وبأدلة القول الثاني : على أنه إذا لم يتعلق به حق توفيه فإنه من ضمان المشتري (1) .

فجمعوا بين أدلة الفريقين على هذا الوجه ، ووجه الجمع ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : " مضت السنة على أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع " (2) .

وجه الاستدلال :

أن قول الصحابي : " مضت السنة ، يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم وهو يدل بمفهومه على أن المبيع من مال البائع " .

الترجيح :

الراجح – والعلم عند الله – أن ضمان المبيع قبل قبضه على البائع ما لم يتمكن المشتري من القبض ، فإذا تمكن من القبض فلم يقبض فالضمان عليه ، وحينئذ يكون السبب الموجب لانتقال الضمان هو التمكن من القبض ، وليس القبض نفسه .

وهذا اختيار أبي العباس ابن تيمية – رحمه الله - .
حيث يقول :

(1) شرح منتهى الإرادات 59/2 – 60 .

(2) ذكره البخاري تعليقاً بصيغة الجزم في كتاب البيوع / باب إذا اشتري متاعاً

دابة فوضعه عند البائع ، أو مات قبل أن يقبض .

" وتعليق الضمان بالتمكين من القبض أحسن من تعليقه بنفس القبض ، وبهذا جاءت السنة " .
والسنة فرقت بين القادر على القبض، وغير القادر في الضمان والقبض⁽¹⁾ .
ويقول أيضاً : " ظاهر مذهب أحمد في باب الضمان – ضمان العقد – الفرق بين ما يتمكن من قبضه ، وما لم يتمكن وليس هو الفرق بين المقبوض وغيره⁽²⁾ .

(1) مجموع الفتاوى (343-345/20) ، تفسير آيات أشكلت (664/2) .
(2) مجموع الفتاوى (400/29) ، والفروع (104/4) .

المبحث الثاني

النقل في الإجارة

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : الإجارة على نقل المحرم .
- المطلب الثاني : الإجارة على نقل النجاسة .
- المطلب الثالث : ركوب الدابة المستأجرة لنقل المتاع .

المطلب الأول الإجارة على نقل المحرم

اتفق الفقهاء ، على أن كل ما لا يباح فعله لا يصح تأجيريه ، ولا استئجاره ، ولا أخذ العوض عليه ، لأن فعله محرم ، وكل عمل محرم شرعاً لا يجوز الاستئجار على فعله لأن الأجرة لا تباح في مقابلته ، ولأن المحرم لا قيمة له شرعاً

ولأن في فعله تعاوناً على الإثم والعدوان ، والله نهى عن ذلك حيث قال : { وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا

على الإثم والعدوان } (1).

وفرعوا على ذلك صور :

فقالوا : كل ما منفعته محرمة ، كالزنى ، والزمر ، والنوح ، والغناء ،

فلا يجوز الاستئجار لفعله (2) .

قال ابن المنذر : وأجمعوا على إبطال أجرة النائحة والمغنية ومن ذلك : الإجارة على نقل الخمر لمن يشربها عنه عامة أهل العلم (3) .

(1) سورة المائدة رقم (2) .

(2) المغني 131/8 .

(3) انظر : المغني 131/8 ، ونهاية المحتاج 274/5 ، بدائع الصنائع الكافي 190/4 ، الكافي

في مذهب أهل المدينة ص (375) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

- 1- أن نقل الخمر لمن يشربها معصية ، والمعصية لا يصح أخذ العوض عليها ، ولا استئجار من يفعلها .
- 2- ولأن نقل الخمر لمن يشربها فيه تعاوناً على الإثم والعدوان وقد نهى الشارع عن ذلك بقوله : " وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان " وكل ما نهى الشارع عنه لا يصح وقوع الإجارة عليه .
- 3- ولأن نقل الخمر لمن يشربها انتفاع بمحرم ، فأشبهه الإجارة على الزنى والزمر والنوح والغناء (1) .
وخالف في ذلك أبو حنيفة (2) ، وأحمد في رواية (3) .
فأجازوا وقوع الإجارة على نقل الخمر .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

- 1- أن العمل بنقلها ليس بمعصية بدليل أن حملها للإراقة والتقليل مباح فكذلك هنا (4) .

(1) المصادر السابقة .

(2) بدائع الصنائع 4/190 .

(3) المغني 8/131 ، الإنصاف 14/313 .

(4) بدائع الصنائع 4/190 .

ونوقش :

بالفرق بين الصورتين ، وذلك أن جعلها للإِراقة قرينة وطاعة ، بخلاف حملها لمن يشربها فإنه إثم ومعصية ، والمعصية لا تقاس بالطاعة .
2- ولأن العمل بنقلها لا يتعين عليه ، بدليل أنه لو حمله مثله جاز (1) .

ونوقش :

بأن قوله : " لا يتعين " .
يبطل باستئجار أرض ليتخذها مسجداً .

الترجيح :

والراجح – والعلم عند الله – ما ذهب إليه الجمهور ، لقوة ما استدلوا به ، ولضعف أدلة القول الآخر .

00000

المطلب الثاني

الإجارة على نقل النجاسة

الإجارة على نقل النجاسة جائزة .

عند جمهور الفقهاء من الحنفية (1) ، والمالكية (2) ،
والشافعية (3) ، والحنابلة (4) ، والظاهرية (5) ، إلا أن
الحنابلة كرهوا أكل الأجرة منها.

واستدلوا على ذلك بما يلي :

- 1- عموم الأدلة الواردة في الإجارة (6) .
- 2- ولأن الأصل في المعاملات الصحة والجواز (7) .
- 3- ولأن العمل بنقل النجاسة عمل مباح فجاز وقوع الإجارة
عليه (8)
- 4- ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استأجر أبا طيبة
للحجامة ، فحجمه ، ولا بد في الحجامة من استعمال النجاسة
وهو الدم . فدل ذلك على الجواز (9) .
- 5- ولأن في الاجارة على نقل النجاسة رفع لأذيتها عن
الناس ، فلو لم تجز لوقع الناس في الحرج والضيق (10) .

- (1) بدائع الصنائع 189/4 ، المبسوط 159/15 .
- (2) المدونة 514/3 .
- (3) روضة الطالبين 269/4 .
- (4) المغني 130/8 ، الشرح الكبير 316/14 .
- (5) المحلي 24/7 - 25 .
- (6) المحلي لابن حزم 24/7 .
- (7) مجموعة الفتاوى (132/29) .
- (8) الشرح الكبير 315/14 .
- (9) الشرح الكبير 315/14 .
- (10) بدائع الصنائع 189/4 .

وأما دليل الحنابلة على كراهة أكل أجرتها :
فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " كسب الحجام خبيث

(1)

وقد روى عن ابن عباس أن رجلا قال له : أني كنت رجلا
كناسا أكسح هذه الحشوش فأصبت مالا فتزوجت منه ،
وولد لي فيه وحجمت فيه ؟ فقال ابن عباس: أنت ومالك
خبيث وولدك خبيث" (2).

وروى مثل ذلك عن ابن عمر (3) .

00000

(1) أخرجه مسلم في المساقات / باب تحريم ثمن الكلب و حلوان الكاهن .

(2) أخرجه سعيد بن منصور وقد ذكر ابن حزم اسناده في المحلي 7 /

.25

(3) المحلي 25/7.

المطلب الثالث

ركوب الدابة المستأجرة لنقل المتاع

إذا استأجر شخص دابة، أو سيارة ليحمل عليها شيئاً معيناً كقمح مثلاً فحمل ما هو أضر منه وإن كان أخف في الوزن كالتبن فإن ذلك يعد تعدياً وحينئذ يكون ضامناً له .

لأن مبني العقد على الرضا وهو هنا منعدم . إذ كل أحد لا يرضى بإضرار دابته أو سيارته فإن فعل المستأجر هذه المخالفة وتعيبت منه كان متعدياً وعليه ضمان العيب وأجرة المثل .

وإن كان المحمول أخف ضرراً أو مساوياً لما اتفقا عليه جاز ذلك . لورود العقد عليه حكماً .

لأن الرضا بالشيء رضا بما يساويه، وبما هو أقل بطريق الأولى .

هذه هي القاعدة عند الجماهير من أهل العلم (1) . وحينئذ ينظر في ركوب الدابة المستأجرة لنقل المتاع فإن كان الركوب أشد ضرراً من نقل المتاع وإن كان هو أخف في الوزن ، عد ذلك تعدياً ووجب عليه ضمانه . وإن كان الركوب أخف ضرراً أو مساوياً لنقل المتاع جاز ذلك - لما تقدم - والله أعلم - .

(1) انظر : الكافي لابن عبد البر ص 372 ، روضة الطالبين 303/4-304

كشاف القناع 15/4 ، المغني 99/8 ، وانظر : عقد الاجارة في

الشريعة

الاسلامية للدعجان ص 75.

المبحث الثالث النقل في الشركة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : النقل في الشركة .

المطلب الثاني : نقل المال في المضاربة

وأجرته .

المطلب الأول نقل الملك في الشركة

نقل الملك في الشركة لا يخلوا من حالين :

الحال الأولي : أن يكون بيعا .

وقد ذكر شيخ الاسلام ابن تيمية أن هذا البيع صحيح باتفاق المسلمين .

جاء في مجموع الفتاوي (1) : يجوز بيع المشاع باتفاق المسلمين كما مضت بذلك سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله الذي في صحيح مسلم " أيما رجل كان له شرك في أرض أو ريعه أو حائط فلا يحل أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باع قبل أن يؤذنه فهو أحق به بالثمن " (2) .

وحيث لا خلاف بين العلماء المثبتين للشفعة في أن للشريك أن يشفع في نصيب شريكه إذا كانت الشركة بينهما في عقار يمكن قسمته .

قال ابن المنذر : ولا اختلاف بين أهل العلم في اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يباع من أرض أو دار أو حائط" (3) .

(1) الفتاوي 234-233/29.

(2) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة / باب الشفعة رقم (35).

(3) الاقناع لابن منذر 267/1، وممن حكى الاجماع الأمير الصنعاني

فـ يـ سـ بل السـ لام

الحال الثانية: أن يكون هبة :

وهو أن يهب أحد الشريكين في عقار أو دابة نصيبه منها لشخص آخر .

وقد اختلف الفقهاء — رحمهم الله في صحة هذه الهبة على قولين:

القول الأول :

صحة هبة المشاع .

وبه قال المالكية (1) ، والشافعية (2) ، والحنابلة (3) ، والظاهرية (4) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون } (5)

وجه الاستدلال:

أن الله سبحانه أوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الحظ من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فدل على جواز هبة المشاع في الجملة (6) .

(1) النوادر والزيادات 137/2، تهذيب المدونة 343/4.

(2) روضة الطالبين 435/4.

(3) الانصاف 38/17، الشرح الكبير 38/17.

(4) المحلى 106/8.

(5) سورة البقرة آية رقم (237).

(6) بدائع الصنائع 6/119.

ونوقش:

بأن الآية لا حجة فيها ، لأن المراد من المفروض الدين لا العين ، ألا ترى أنه قال إلا أن يعفون ، والعفو اسقاط ، واسقاط الاعيان لا يعقل (1) .

وأجيب عن ذلك :

بالمنع إذ معنى قوله " الا أن يعفون " أي :إلا أن يترك أو يدعن شطر ما جعل للمرأة من المهر (2) .
ومن المعلوم أن المهر لا يلزم أن يكون ديناً بل يصح أن يكون عيناً .

2-حديث أبي موسى الأشعري قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم في رهط من الأشعريين نستعمله فقال : والله لا أحملك وما عندي ما أحملك عليه قال: فلبثنا ما شاء الله ثم أتى بابل فأمر لنا بثلاث ذود غر الذرى " (3).

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم وهب الأشعريين ثلاثاً من الأبي ل مشاعة بينهم (4) .

3-حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كنا عند رسول الله إذ أتته وفد هوازن فقالوا : يا محمد إنا أصل

(1) المصدر السابق 120/6.

(2) تفسير ابن جرير الطبري 311/4-312.

(3) أخرجه البخاري في المغازي / باب قدوم الأشعريين وأهل اليمن ، ومس

الإيمان / باب ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيراً منها رقم (1649).

(4) المحلى 106/8.

وعشيرة وقد نزل بنا من البلاء ما لا يخفى عليك فامنن علينا من الله عليك .

فقال : اختاروا من أموالكم أو من نسائكم فقالوا : قد خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا ، بل نختار نساءنا وأبنائنا : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم (1) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم وهب سهمه وسهم بني عبد المطلب من الغنيمة وهو مشاع فيها لم يقسم .

ونوقش :

بأن هذا ليس فيه هبة شرعية وإنما هو رد سهمهم إليهم على وجه المن عليهم ورد الشيء على صاحبه لا يسمى هبة (2) .

وأجيب :

بأن هذا غير مسلم ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ملك الغنيمة وأصحابه بدليل قوله " ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم " ولو لم يملكها ما قال ذلك .

4- أن ما جاز بيعه جازت هبته ، والمشاع الذي ينقسم يجوز بيعه فتجوز هبته قياساً (3) .

(1) أخرجه أحمد في مسنده 148/2، والنسائي في الهبة / باب هبة المشاع رقم 3688) واللفظ له ، وأصله في البخاري من حديث مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة رقم (2608)

(2) عمدة القاري للعيني 164/13.

(3) الشرح الكبير 39/17 .

5- أن الله تعالى حض على الصدقة وفعل الخير والإحسان .

والهبة من فعل الخير ، وقد علم الله أن في أموال المحضوضين على الهبة والصدقة مشاعاً وغير مشاع ، فلو كان الله تعالى لم يبح لهم الصدقة والهبة في المشاع لبينه لهم ولما كتمه عنهم فصح يقيناً أن هبة المشاع والصدقة به جائزة (1) .

القول الثاني :

لا تصح هبة المشاع الذي يحتمل القسمة وتصح إن كان لا يحتملها .

وبه قال الحنفية (2) .

واستدلوا على ذلك :

1- بأن الهبة لا تصح إلا بالقبض ، وقبض المشاع لا يمكن تصوره (3) .

ونوقش :

بأن قبض الهبة حيازتها ، والمشاع يمكن حيازته ، ولأن قبض كل شيء بحسبه .

2- أن الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان ؛ لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع

(1) المحلى لابن حزم 108/8 .

(2) بدائع الصنائع 119/6 .

(3) المصدر السابق 120/6 .

لأن عقد التبذير لا يوجب الضمان (1) .

ونوقش :

بأنه لو صح هذا ، فهو كما إذا أُلزم البائع إذا باع حصة ما يملكه ، فكما أن ذلك لا يمنع من صحة البيع وإن كان فيه إلزام بما لم يلتزمه ، فكذلك لا يمنع من صحة الهبة (2) .

الترجيح :

الراجح – والعلم عند الله – هو ما ذهب إليه الجمهور وذلك لقوة أدلتهم وضعف ما أورد عليه من مناقشات في مقابل ضعف أدلة القول الثاني بما ورد عليها من مناقشات . والله أعلم .

00000

(1) بدائع الصنائع 6/120 .
 (2) المغني 8/248 .

المطلب الثاني نقل المال في المضاربة ، وأجرته

المقصود بنقل المال في المضاربة ، هو الخروج بمال المضاربة من المكان الذي عقدت المضاربة فيه إلى بلد آخر غيره ، وهو ما يُعبر عنه الفقهاء بحكم السفر بمال المضاربة .

وقد اختلف الفقهاء في حكم السفر بمال المضاربة على قولين :

وقبل ذكر الخلاف في المسألة لا بد من تحرير محل النزاع فأقول :

أولاً :

لا خلاف بين أهل العلم على جواز السفر بمال المضاربة بإذن صريح من رب المال (1) .
لأن المقصود هو الربح ، وطلب الربح مطلوب في أي مكان .

سواء كان في بلد المضاربة أو في غيره .
ولأن المتضرر بخروج المال من بلد المضاربة والسفر به هو رب المال . وقد رضي بذلك .

(1) مراتب الإجماع لابن حزم ص 164 .

ثانياً:

لا نزاع بين أهل العلم ، فيما إذا شرط رب المال على العامل عدم السفر بالمال أن ذلك شرط صحيح ، يجب على العامل التزامه ، وإن خالفه وسافر به ضمن (1) . وأجرة نقله عليه لأن ذلك لا ينافي مقتضى العقد ، وفيه فائدة لرب المال ، والأصل في الشرط متى كان فيه فائدة وأمكن اعتباره كان صحيحاً ووجب الالتزام به . وقد ثبت أن العباس رضي الله عنه : كان إذا دفع ماله مضاربة اشترط على المضارب أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة فإن فعل فهو ضامن فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فأجازه (2) .

أما في حكم السفر بمال المضاربة في غير ما ذكر فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول:

انه يجوز للمضارب أن يسافر بمال المضاربة بمطلق العقد دون الحاجة إلى إذن صريح من رب المال .

وبهذا قال جمهور الفقهاء : من الحنفية (3) ، والمالكية (1) ، والحنابلة (2) .

(1) المصدر السابق ص 163 .

(2) أخرجه البيهقي في السنن 111/6 ، والدارقطني 87/3 ، وفي إسناده أبو الجوارود

الأعمى وهو رافضي هالك كذبه ابن معين رحمه الله .

(3) بدائع الصنائع 88/6 .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- أن المقصود بعقد المضاربة تحصيل الربح ، واستثناء المال ، وهذا المقصود يحصل بالسفر أكثر ، فيملكه بمطلق عقد المضاربة (3) .

2- أن العقد صدر مطلقاً ، والإذن المطلق يتصرف إلى ما جرت العادة به ، والعادة جارية بالتجارة حضراً وسفراً (4) .

3- أن اسم المضاربة دليل على جواز السفر بمال المضاربة لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، وهو السير فيها للتجارة ، قال الله تعالى : { و آخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله } (5)(6) .

4- القياس على الوديعة ، فالمودع له أن يسافر بمال الوديعة فالـمضـارب أولى (7) .

(1) المنتقى للباقي 112/7 .

(2) المغني 148/7 – 150 ، الإنصاف 36/14 .

(3) بدائع الصنائع 88/6 .

(4) بدائع الصنائع 88/6 ، المغني 148/7 .

(5) سورة المزمل آية رقم (10) .

(6) المغني 149/7 .

(7) المصدر السابق .

القول الثاني :

أنه لا يجوز للمضارب أن يسافر بمال المضاربة من غير إذن رب المال .

وبهذا قال الشافعية (1) ، وهو وجه عند الحنابلة (2) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- أن المسافرة بالمال فيها مخاطرة ، وحينئذ لا تجوز إلا بإذن من رب المال نصاً أو دلالة كما لو دفع مال المضاربة في غير بلدهما (3) .

ونوقش :

بأن هذا صحيح لو كان الطريق مخوفاً ، أما الطريق آمن فلا خطر فيه (4) .

2- ولأن السفر بمال المضاربة يحتمل المال أعباء ونفقات تضر بصاحبه فلم يجز .

ونوقش :

بأن الأعباء التي يتحملها المال ، يأتي مقابلها أرباح أكثر مما يأتي في الحضر غالباً (5) .

الترجيح :

- (1) روضة الطالبين 212/4 .
- (2) المغني 148/7 ، الانصاف 36/14 .
- (3) المغني 148/7 .
- (4) انظر : المضاربة في الشريعة الإسلامية للخوبطر ص 55 ، بدائع الصنائع 88/6
- (5) المصدر السابق .

الذي يظهر لي في هذه المسألة - والعلم عند الله - أن العرف له دخل في هذا فإذا كان المضارب معروفاً عنه المتاجرة بالأموال داخل البلد وخارجه ، أو كان العرف جار بأن مطلق العقد كافٍ في إباحة المسافرة بالمال جاز ذلك مع أمن الطريق ، وإلا فلا بد من الإذن في ذلك - والله أعلم - .

وإذا سافر المضارب بمال المضاربة بإذن صاحب المال عند من يشترط الإذن أو بمطلق العقد عند من لا يشترط ذلك فإن أجره نقله تكون من مال المضاربة ، وهذا مما لا خلاف فيه بين العلماء (1) -والله أعلم - .

(1) مراتب الإجماع لأبن حزم ص 164 .

المبحث الرابع النقل في السلم

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل السلم من شيء إلى آخر .

المطلب الثاني : بيان محل التسليم لما نقله مؤونة

المطلب الثالث : أجره نقل السلم .

المطلب الأول نقل السلم من شيء إلى آخر

اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في حكم استبدال المسلم فيه قبل قبضه بشيء آخر على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

أنه لا يجوز استبدال المسلم فيه بغيره سواء أكان المسلم فيه موجوداً أم معدوماً .

وبهذا قال جمهور الفقهاء ،من الحنفية (1)،والشافعية (2)،والحنابلة (3) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1-حديث ابن سعيد الخدري – رضي الله عنه – قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره" (4) .

(1) بدائع الصنائع 214/5 .

(2) نهاية المحتاج 214/4 .

(3) كشف القناع 307/3 ، المغني 416/6 .

(4) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع والإجازات / باب السلف يحول رقم (3462)

وابن ماجه في كتاب التجارات / باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره رقم

(2283) والبيهقي في الكيري (30/6) والترمذي في العلل رقم

(346) كلهم من طريق عطيبة بن بن سعد العوفي عن ابن سعيد الخدري به .

والحديث معلول بعنتين :

1- ضعف عطيبة بن سعيد العوفي وبذلك قال جمهور النقاد انظر:

تهذيب التهم ذيب

(114/2)

ونوقش بما يلي :

أ - أن الحديث ضعيف ، وقد ضعفه أبو حاتم ، والبيهقي وعبد الحق ، وابن القطان وابن حجر وغيرهم .

ب- أنه لو صح فإنه محمول على أن لا يجعل دين السلم سلفاً في شيء آخر ولهذا قال : " فلا يصرفه إلى شيء آخر "أي: لا يصرفه إلى سلف آخر .

وهذا لا يجوز لأنه يتضمن الربح فيما لا يضمن (1) .
2- ما ورد من الأحاديث الدالة على النهي من بيع السلع قبل قبضها (2) .

وجه الدلالة منها :

أن استبدال المسلم فيه قبل قبضه بغيره هو في حكم البيع ، وقد ورد النهي عن بيع السلع قبل قبضها .

== 2- ما ذكره ابن أبي حاتم في العلل لأبنه (387/1) قال : سألت أبي عن حديث رواه

أبو بدر شجاع بن الوليد عن زياد بن خيثمة عن سعد الطائي عن عطية بن أبي سعيد

عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره "مقال أبي

: إنما هو سعد الطائي عن عطية عن ابن عباس قوله : وحينئذ يكون الراوي أخطأ

تسمية الصحابي وفي وضع الحديث . والحديث ضعفه البيهقي وعبد الق

القطان ، وابن حجر انظر التلخيص (35/3) .

(1) تهذيب السنن (113/5) ، وانظر : مجموع الفتاوي (17-29) .

(2) انظر : ص () .

بأن الأحاديث الواردة في النهي عن بيع السلع قبل قبضها ، إنما هو في الأعيان لا في الديون (1) .
قال ابن القيم - رحمه الله - : "وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه : فهذا إنما هو في المعين ، أو المتعلق به حق توفية من كيل أو وزن ؛ فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه .

وأما ما في الذمة فالأعتياض عنه من جنس الاستيفاء .
وفائدته : سقوط ما في ذمته عنه ، لا حدوث ملك له .
فلا يقاس بالبيع الذي يتضمن شغل الذمة . فإنه إذا أخذ منه عن دين السلم عرضاً أو غيره أسقط ما في ذمته .
فكان كالمستوفي دينه لأن يدعه يقوم مقامه ، ولا يدخل هذا في بيع الكالئ بالكالئ بحال (2) .

3- أن المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه وداخل في ضمانه ، ولا يدخل في ضمان المسلم إلا بعد استيفائه ، فلا يجوز له بيعه قبل الاستيفاء لنهي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن (3) .

(1) مجموع الفتاوي (519/29).

(2) تهذيب السنن (114/5) .

(3) المغني 415/6 .

ونوقش :

بما ذكره ابن القيم رحمه الله تعالى حيث قال : " وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن : فنحن نقول بموجبه ، وأنه لا يربح فيه " ، كما قال ابن عباس - رضي الله عنه - : " خذ عرضاً بأنقص منه ، ولا تربح مرتين " .

فنحن إنما نجوز له أن يعاوض عنه بسعر يومه ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمر في بيع النقود في الذمة " لا بأس إذا أخذتها بسعر يومها ، فالنبي صلى الله عليه وسلم إنما جوز الاعتياض عن الثمن بسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن ... " (1) .

4-الإجماع حيث ذكر ذلك أبو محمد ابن قدامه في مغنيه قال رحمه الله : " وأما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافاً " (2) .

ونوقش :

بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيميه - رحمه الله - يقوله : " وأما ما ذكره الشيخ أبو محمد في (مغنيه) قال : " بيع المسلم فيه قبل قبضه لا نعلم في تحريمه خلافاً " .

فقال رحمه الله بحسب ما علمه ، وإلا فمذهب مالك أنه يجوز بيعه من غير المستسلف ، كما يجوز عنده بيع سائر الديون من غير من هو

(1) تهذيب السنن (115-116/5) .

(2) المغني 415/6 .

عليه ، وهذا أيضاً إحدى الروايتين عن أحمد نص عليه في مواضع بيع الدين من غير من هو عليه ، كما نص علي بيع دين السلم ممن هو عليه ، وكلاهما منصوص عن أحمد في أجوبة كثيرة من أجوبته ، وإن كان ذلك ليس في كتب كثير من أصحابه ، وهذا القول أصح ، وهو قياس أصول أحمد " (1) .

القول الثاني :

أنه يجوز استبدال المسلم فيه بغيره ما لم يكن طعاماً ، بشروط ثلاثة :

الأول :

أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه . كما لو أسلم ثوباً في حيوان ، فأخذ عن ذلك الحيوان دراهم ، أذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه .

(1) مجموع الفتاوي (506/29) وقد سرد ابن القيم في تهذيب السنن 112/5 مجموعاً
من أجوبة أحمد وأصحابه منها : ما نقله أحمد بن اصرم : سئل أحمد
عن رجل أسلم
في طعام إلى أجل ، فإذا حل الأجل يشتري منه عقاراً أو داراً ؟ فقال :
نعم يشترى
منه ما لا يكال ولا يوزن ، وقال حرب : سألت أحمد ، فقلت : رجل
أسلم إلى
رجل دراهم في بر ؛ فلما حل الأجل لم يكن عنده بر ؟ فقال : قوم
الشعير
بالدراهم فخذ من الشعير ، فقال : لا يأخذ منه الشعير إلا مثل كيل البر
أو أنق
فقلت : إذا كان البر عشرة أجره يأخذ من الشعير عشرة أجره ؟ قال
: نعم .

الثاني :

أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يداً بيد .

كما لو أسلم دراهم في ثوب مثلاً ، فأخذ عنه طشت نحاس ، إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يداً بيد .

الثالث :

أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال . كما لو أسلم دراهم في حيوان ، فأخذ عن ذلك الحيوان ثوباً ، فإن ذلك جائز ، إذ يجوز أن يسلم الدراهم في الثوب . وهذا مذهب المالكية (1) .

واستدلوا على ذلك :

بأنه إذا كان المسلم فيه طعاماً . فيكون من باب بيع الطعام قبل قبضه ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك (2) .

وأما إذا كان المسلم فيه غير الطعام ، فدليل جوازه ما سيأتي في أدلة القول الثالث .

القول الثالث :

جواز استبدال المسلم فيه بغيره في الجملة ، إذا كان بسعر الوقت أو أقل من ذلك .

(1) شرح الخرشي على مختصر خليل 227/5 ، وبداية المجتهد 393/3

،
394
بعضهم شرطاً وهو : أن يعجل البدل ويقبض في مجلس الاستبدال
ليس لم فس

الدين بالدين . انظر المصدر السابق .

(2) تقدمت الأحاديث الواردة في هذا الباب انظر ص () .

وهذا مذهب ابن عباس - رضي الله عنه - وأحمد في إحدى الروايتين عنه ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمه (1) وتلميذه ابن القيم (2) قال ابن المنذر : " ثبت عن ابن عباس أنه قال : " إذا أسلفت في شيء إلى أجل ، فإن أخذت ما أسلفت فيه ، وإلا فخذ عوضاً أنقص منه ، ولا ترباح مرتين " (3).

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث ابن عمر رضي الله عنه قال : " كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه . فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة فقلت : يا رسول الله ! رويدك أسألك إنني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء " (4) .

(1) انظر مجموع الفتاوي 503/29 ، 504 ، 518 ، 519 .

(2) تهذيب السنن 117-111/5 .

(3) المغني 416/6 .

(4) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع / باب اقتضاء الذهب من الورق رقم (3347) والترمذي في كتاب البيوع/باب ما جاء في العرف(1242)، والنسائي في البيوع باب === بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، وباب أخذ الورق من الذهب . وابن ماجه في التجارات / باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب (2262) ، وأحمد 83/2 . كلهم من طريق سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر مرفوعاً ورواه داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جَوَّز " أن يعتاضوا عن الدين الذي هو الثمن بغيره من أن الثمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع ، فكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه وإن كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري ، والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يجوز الاعتياض عنه إذا كان يسعر يومه لئلا يربح فيما لم يضمن " (1) .

وثبت ذلك عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا أسلفت في الطعام فحل الاجل فلم تجد طعاماً فخذ منه عرضاً بأنقص ، ولا تربح مرتين (2) .

ابن عمر موقوفاً وكذا هشام عن سعيد عن ابن عمر موقوفاً ، قال الترمذي : لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك ، وروى داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر موقوفاً ، وقال البيهقي في السنن 284/5 : الحديث يتفرد برفعه سماك بن حرب عن سعيد بن جبير من بين أصحاب ابن عمر ، وقال ابن حجر : وروى البيهقي من طريق إبي داود الطيالسي قال : سئل شعبة عن حديث سماك هذا ؟ فقال : سمعت أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه وأخبرنا قتادة عن سعيد بن مسير عن ابن عمر ولم يرفعه . وأخبرنا يحيى بن أبي إسحاق عن سالم عن ابن عمر ولم يرفعه ورفعه لنا سماك بن حرب ، وأنا أخرجه . اهـ التلخيص 26/3 . وقد رجح الوقف أيضاً الدار قطني في العلل (4/ ورقة 72/أ) والبيهقي في السنن 284/5 .

(1) مجموع الفتاوي 510/29 .

(2) أخرجه عبد الرزاق (16/8) من طريق ابن عيينه عن عمرو بن دينار عن عمار بن موسى عن ابن عباس به، وهذا إسناد صحيح وقد صححه ابن المنذر كما تقدم .

قال شيخ الإسلام : وقول ابن عباس في جواز ذلك لا يعرف له في الصحابة مخالف (1) .

3- ولأن السلم دين ثابت فجاز الاعتياض عنه كبديل القرض ، وكالثمن في المبيع .

4- ولأن المسلم فيه أحد العوضيين في البيع فجاز الاعتياض عنه كالعوض الآخر ما دام بسعر يوم الاعتياض (2) .

وأما الدليل على عدم جواز الاعتياض عنه ببديل يساوي أكثر من قيمته .

فلأن دين السلم مضمون على البائع ، ولم ينتقل إلى ضمان المشتري ، فلو باعه المشتري من المسلم إليه بزيادة ، فقد ربح رب السلم فيما لم يضمن وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه " نهى عن ربح ما لم يضمن " (3) .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة ، وأدلة كل قول وما أورد عليها من اعتراض . فالذي يظهر لي رجحانه – والعلم عند الله – هو ما ذهب إليه حبر هذه الأمة ، من جواز استبدال المسلم فيه بغيره قبل قبضه ، لقوة ما استدل به ، وضعف أدلة الآخرين بل قال ابن القيم – رحمه الله - : " فثبت أنه

(1) مجموع الفتاوي 519/29 .

(2) المصدر السابق .

(3) مجموع الفتاوي 510/9-519 ، تهذيب السنن 115/5-116 .

لا نص في التحريم ولا إجماع ولا قياس، وأن النص والقياس يقتضيان الإباحة " (1).

00000

(1) تهذيب السنن 117/5 .

المطلب الثاني

بيان محل التسليم لما لنقله مؤونة

كثيرا ما يكون المسلم فيه (المبيع) من الأشياء التي تحتاج الى مؤونة في النقل، ولهذا بينت الشريعة الإسلامية في أحكام معاملاتها ما لكل من المتبايعين من حقوق، وما عليه من واجبات دفعا للمنازعة والشقاق⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في مدى اشتراط تعيين مكان ايفاء المسلم فيه لصحة السلم على أقوال :

القول الأول :

التفريق بين حالتين :

(الأولى) : إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم كالبحر والصحراء ، أو كان لعمله مؤونة فإنه يشترط ذكر مكان تسليم المسلم فيه .

(الثانية) : أما إذا كان موضع العقد بمكان يصلح للتسليم أو لم يكن لعمل المسلم فيه مؤونة فلا يشترط ذلك .
وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء : من الحنفية⁽²⁾ ، والمالكية⁽³⁾ . والشافعية في الأصح⁽⁴⁾ ، والحنابلة⁽⁵⁾ .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- أن الثمن يختلف باختلاف المكان فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ، فإن لم يكن لعمله مؤونة لم

(1) انظر : عقد السلم وأثره في التنمية والاقتصاد للصالح ص 124 .

(2) بدائع الصنائع 213/5 ، البحر الرائق 176/6 .

(3) بداية المجتهد 391/3 ، قال ابن جزري : الأحسن اختلاط مكان

الـ دفع... فإن لـ
يعينا في العقد مكانا فمكان العقد وإن عيناه تعين . القوانين الفقهية ص

178 .

(4) روضة الطالبين 253/3 .

(5) المغني 414/6 ، كشف القناع 306/3 .

يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها (1) .

2- أن وفاء المسلم فيه ، في موضع لا يمكن الوفاء به كصحراء وبحر وجبل ونحو ذلك ، يؤدي إلى أن يكون محل التسليم مجهولا ، فاشترط تعيينه بالقول كالأجل (2) .

واستدلوا على أنه لا يشترط ذكر محل التسليم اذا كان العقد في موضع يصلح له بما يلي :

1- أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يذكره (3) . فدل على أنه لا يشترط فيه

2- ولأن السلم عقد معاوضة ، فلم يشترط فيه ذكر مكان الايفاء ، كبيع الأعيان (4) .

القول الثاني :

أنه يجب ذكر مكان الايفاء مطلقا ، وهذا قول عند الشافعية (5)

واستدلوا على ذلك :

1- بأن عدم ذكر مكان محل التسليم يفضي الى الجهالة فاشترط تعيينه كالأجل .

ونوقش :

- (1) المهذب 232/12 مع المجموع .
- (2) كشاف القناع 306/3، المغني 414/6.
- (3) في حديثه "من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم" .
- (4) المغني 415-414/6.
- (5) روضة الطالبين 353/3.

بأن هذا ظاهر فيما إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم ، أما إذا كان صالحاً فلا يفضي ذلك الى الجهالة ، لتعين مكان العقد للتسليم بدلالة العرف (1) .

القول الثالث :

أنه لا يشترط ذكر مكان للإيفاء حتى لو كان لعمل المسلم فيه مؤونة وهذا قول أبي يوسف (2) ومحمد بن الحسن (3) من الحنفية (4)

واستدلوا على ذلك :

بأن سبب وجوب الإيفاء هو العقد ، والعقد وجد في هذا المكان ، فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه كما في بيع العين إذا كان المسلم فيه شيئاً له حمل وؤونة فإنه يتعين

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية 217/15.

(2) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي ، البغدادي ، الإمام أبو يوسف القاضي ، صاحب أبي حنيفة وتلميذه ، ولد بالكوفة وبها أخذ الحديث ، ثم لزم أبي حنيفة فغلبا عليه الرأي ، تولى القضاء ببغداد لثلاثة من الخلفاء ، وسار بالقضاء سيرة مرضيه ، وكان واسع العلم ، صنف في المذهب الحنفي ، وأخذ عنه كثيرون من العلماء منهم محمد بن الحسن ، وبقي على القضاء إلى أن توفي ببغداد سنة 182 هـ . انظر : طبقات الفقهاء ص 134 ، وفيات الأعيان 421/5 .

(3) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، أبو عبد الله ، صاحب أبي حنيفة ، كان فقيهاً مجتهداً ، ولد بواسط ، ونشأ بالكوفة ، وطلب الحديث والفقه ، صحب أبي حنيفة سنين ، وتفقه على أبي يوسف ومالك ، انتقل إلى بغداد ، وعينه الرشيد قاضياً بالرقه ، ثم عزله عنها ، وقد توفي هو والكسائي في يوم واحد عام 189 هـ فرحم الله الجميع .

انظر : طبقات الفقهاء ص 135 ، وفيات الأعيان 324/3 .

(4) بدائع الصنائع 213/5 .

مكان العقد لوجوب الايفاء
فيه (1).

ونوقش:

بأن العقد وجد مطلقا عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للايفاء ، والدليل على إطلاق العقد عن تعيين المكان .
لحقيقة والحكم .

أما الحقيقة: فلأنه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصا ، فالقول بتعيين مكان العقد شرعا من غير تعيين العاقدين تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل

وأما الحكم: فإن العاقدين لو عينا مكانا آخر جاز ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا لكان تعيين مكان آخر تغيير لمقتضى العقد فينبغي أن لا يجوز .

ثم إن قولهما إن سبب وجوب التسليم هو العقد في هذا المكان ليس بسديد ، لأن العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان ، فلم يوجد العقد في هذا المكان وإنما هذا مكان المتعاقدين على أن العقد ليس بسبب لوجوب التسليم للحال (2) .

القول الرابع:

أن ذكر مكان للايفاء مفسد للعقد سواء شرطا مكان العقد أو غيره .

وهذا مذهب الظاهرية (3) . ورواية عند الحنابلة (4) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

(1) بدائع الصنائع 213/5.

(2) المصدر السابق .

(3) المحلى 47/8.

(4) المغني 415-414/6.

1- حديث عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط" (1).

وجه الاستدلال :

أن ذكر مكان للإيفاء شرط ليس في كتاب الله فيكون باطلا ، فمتى اقترن العقد بشرط باطل فهو باطل (2) .

ونوقش :

بأن المراد بكتاب الله في قوله " ليس في كتاب الله " أي : ليس عليه حكم الله ، وليس المراد أنه موجود في كتاب الله ، لأن أكثر الشروط أخذت من السنة لا من القرآن (3) .

2- أنه شرط لا يقتضيه العقد ، لأن العقد يقتضي الإيفاء في مكانه ، والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فيفسد به العقد.

3- أن اشتراط مكان خاص للإيفاء يوجب غررا لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فيكون باطلا (4) .

الترجيح :

بالنظر إلى الأقوال السالفة الذكر وأدلة كل قول منها ومناقشة ما أمكن مناقشته يتبين لنا أن الراجح – والله أعلم

(1) المحلى 47/8.

(2) أخرجه البخاري في المكاتب / باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس، ومس

العتق / باب انما الولاء لمن اعتق .

(3) مجموع الفتاوي 160/29.

(4) انظر عقد السلم للصالح ص 129 ، المغني 415/6.

– أن تعيين مكان الإيفاء ليس شرطاً يتوقف عليه صحة السلم ، إذا كان موضع العقد يصلح للتسليم أو لم يكن لحمل المسلم فيه مؤونة ، أما إذا كان موضع العقد لا يصلح للتسليم أو كان لحمله مؤونة فإنه يشترط ذكر مكان تسليم المسلم فيه ، لأن عدم اشتراطه مما يقضى إلى الشقاق والمنازعة والشريعة جاءت بالنهي عن ذلك .

00000

المطلب الثالث أجرة نقل السلم

سبق لنا في المطلب الماضي أن جمهور الفقهاء :
من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة (1) .
يشترطون تعيين مكان المسلم فيه فيما إذا كان لحمله مؤونة ،
وعلى ذلك فالأصل أن أجرة نقل السلم على المسلم اليه ،
إلا إذا اتفق المتعاقدان على كون أجرة نقل السلم على
المسلم ، أو جرى بذلك عرف ظاهر فحينئذ يجب العمل به
لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " (2) .
وقوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم " (3)

ولأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والله أعلم .

-
- (1) انظر : المصادر السابقة ص () .
(2) سورة المائدة : الآية رقم 1 .
(3) روى هذا الحديث عن جماعة من الصحابة فرواه عن أبي هريرة أبو داود في الأفضية باب في الصلح رقم (3594) وابن الجارود رقم (637) والبيهقي 79/6 .
وعن عمرو بن عوف رواه الترمذي في الأحكام / باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس رقم (1335) وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والبيهقي 79/9 ، كما روي عن عائشة وأنس ورافع بن خديج وعبد الله بن عمر - رضي الله عنهم أجمعين - وقد توسع في تخريجه والحكم على أسانيده الألباني في الارواء 146-142/5 وخلص الى القول : الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي الى درجة الصحيح لغيره ، وهي وإن كان في بعضها ضعف شديد ، فسائرهما مما يصلح الاستشهاد به " .

المبحث الخامس

النقل في الصلح

وفيه ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : نقل الطريق عن محلها .
- المطلب الثاني : نقل الباب في الدرب المشترك .
- المطلب الثالث : نقل البئر لضرر الجار .

المطلب الأول نقل الطريق عن محلها

اختلف أهل العلم في حكم نقل الطريق عن محلها على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

أنه يجوز نقل الطريق عن محلها شيئاً يسيراً . إذا كان لا مضرة في ذلك .
وبهذا قال الإمام مالك (1) .
لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " واليسير لا ضرر فيه .

القول الثاني :

أنه لا يجوز نقل الطريق عن محلها ، وإن أذن في ذلك من يجاورها إذا كانت طريقاً لعامة المسلمين ، وإن كان المكان الآخر مثل الأول ، أو أسهل .

(1) المنتقى للباجي 147/7.

وبهذا قال ابن القاسم (1) من المالكية (2). وابن حجر الهيثمي من الشافعية (3).
لقوله صلى الله عليه وسلم " ملعون من غير منار الأرض " (4)

ونقل الطريق عن محلها تغيير لمنار الأرض .

القول الثالث :

أن نقل الطريق عن محلها راجع الى رأي الامام ، فإن رأى تحويلها وكان في ذلك مصلحة ومنفعة جاز ذلك وإن لم يكن فيه مصلحة أو منفعة لم يجز ذلك له . وبهذا قال ابن الماجشون (5) من المالكية (1).

(1) عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة ، العتقي المصري ، أبو عبد الله يعرف
بابن الفاسي ، الفقيه المالكي ، الحافظ ، صاحب الإمام مالك ، صاحب مال
عشرين عاماً ، جمع بين الفقه والزهد والعلم ، ولد بمصر وانتهت إليه
رياسة المالكية
فيها ، قال عنه مالك : مثله كمثل جراب مملوء مسكاً ، كتب المدونة
من مال
توفي بمصر عام 191 هـ .

انظر : طبقات الفقهاء ص 150 ، وفيات الأعيان 311/2 .

(2) المنتقى للباقي 417/7 .

(3) الفتاوي الكبرى لابن حجر الهيثمي 16/3 .

(4) أخرجه مسلم في كتابه الأضاحي / باب تحريم الذبح لغير الله رقم (1978).

(5) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلعة ، أبو مروان ،
المعروف
بابن الماجشون ، الفقيه المالكي ، تفقه على الإمام مالك على أبيه عبد
العزيز
فقيهاً أدبياً فصيحاً ، وكان بحراً لا تكدره الولاء ، تفقه على يديه كثير
من المالكية
في المدينة ، توفي بالمدينة عتامة 212 هـ .

الترجيح:

بالنظر الى أقوال أهل العلم في المسألة يظهر لنا - والعلم عند الله - أن الراجح جواز نقل الطريق عن محلها إلى محل آخر أنفع للناس بإذن الامام لأنه نائب عنهم ، فإذا حولها فكأنهم اتفقوا على ذلك - وإذا أتفق أهل الحق على شيء فله ذلك ، لأن فيه جلب منفعة ومصالحة لهم ودفع مضرة عنهم .

والواقع شاهد بذلك فكم من طريق حولت عن مكانها فكان في ذلك راحة للناس ، وسلامة لأرواحهم وأموالهم ، وهما مقصدان ضروريان يجب المحافظة عليهما .
وليس في تحويل الطريق على هذا الوجه مخالفة للحديث ، فإن التهديد والوعيد فيه لما يحصل على الناس من تغيير معالم الطريق واضلالهم وهلاكهم ، وهذا التحويل اصلاح للطريق لا تغيير له (2) . والله أعلم .

00000

-
- انظر : طبقات الفقهاء ص 148 ، وفيات الأعيان 240/2 .
(1) المنتقى للباقي 417/7 .
(2) انظر : أحكام الطريق في الفقه الإسلامي للدخيل ص 188 .

المطلب الثاني نقل الباب في الدرب المشترك

نقل الباب في الدرب المشترك له صورتان :

الصورة الأولى:

أن يكون الباب المراد نقله أقرب إلى أول الطريق .
وفي هذه الصورة خلاف بين الفقهاء على قولين :

القول الأول:

انه يجوز نقل الباب في الدرب المشترك إلى أقرب منه في
القديم ، بشرط عدم الإضرار بأهل الطريق .
وبهذا قال الحنفية (1) ، والحنابلة (2) ، وبه قال بعض
الشافعية (3) .

وعلل أصحاب هذا القول الجواز :

بأن له حق الاستطراق إلى آخر الدرب ، فجاز له نقل
الباب لأنه يملك الاستطراق .

القول الثاني:

انه لا يجوز نقل الباب في الدرب المشترك إلى أقرب منه
في القديم مع بقاء تطرقه من الباب الأول إلا بإذن الشركاء
، فإن سد الباب القديم ثم أراد نقله إلى أقرب منه جاز له
ذلك بلا إذن .

وبهذا قال الشافعية (4) ، وهو قول للمالكية (5) .

وعلل أصحاب هذا القول المنع .

(1) فتاوى قاضي خان 117/3 .

(2) الإنصاف 192/13 .

(3) نهاية المحتاج للرملي 402/4 .

(4) نهاية المحتاج للرملي 402/4 .

(5) مواهب الجليل 167/5 .

لأن انضمام الباب الثاني إلى الأول فيه ضرر على أهل الطريق بسبب الزحام ووقوف الدواب عند البابين (1) .

ونوقش :

بما ذكره الأذرعى من الشافعية .

بأن تعليلهم المنع بالزحام مع تحريمهم بأن له جعل داره حَمَاماً أو حانوتاً ، مع أن الزحمة ووقوف الدواب في السكة وطرح الأثقال تكثر أضعاف ما كان قد يقع نادراً في فتح باب آخر للدار (2) .

الترجيح :

مما سبق ذكره يظهر لنا أن القول الراجح – والعلم عند الله – هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهو جواز نقل الباب في الدرب المشترك إلى أقرب منه في القديم لقوة ما علل به أهل هذا القول .
ولأنه لا يلزم من نقل الباب وجود الضرر فيه . والله أعلم .

(1) نهاية المحتاج للرملي 402/4.

(2) المصدر السابق .

الصورة الثانية :

أن يكون الباب المراد نقله أقرب إلى آخر الطريق .
وقد اختلف العلماء في جواز نقل ذلك الباب على قولين :

القول الأول :

انه لا يجوز للإنسان نقل الباب إلى أقرب منه في القديم – ولو سد الباب الأول – إلا بإذن الشركاء المستحقين للمرور في ذلك الموضع .

وعلل أصحاب هذا القول المنع .

لأنه بتقديمه الباب يجعل لنفسه حق المرور والاستطراق في موضع ليس له حق فيه .

وبهذا قال جمهور أهل العلم : من الحنفية (1) ، والمالكية (2) ، والشافعية (3) ، والحنابلة (4) .

القول الثاني :

الجواز ، بشرط عدم الضرر على الشركاء المستحقين للمرور فيه .

وبهذا قال بعض الحنفية (5) ، والحنابلة (6) .

وعلل أصحاب هذا القول الجواز .

لأن ما يلي حائطه فناء له فملك نقل الباب إليه كحالته ابتداء البناء ؛ فإن له في ابتداء البناء جعل بابه حيث شاء ، فتركه له لا يسقط حقه منه (1) .

(1) فتاوي قاضي خان 117/3 .

(2) مواهب الجليل 167/5 .

(3) نهاية المحتاج للرملي 402/4 .

(4) الكافي لابن قدامة 282/3 .

(5) فتاوي قاضي خان 117/3 .

(6) الكافي لابن قدامة 282/3 .

الترجيح :

مما سبق ذكره من قولي العلماء يتبين لنا – والعلم عند الله – رجحان ما ذهب أصحاب القول الثاني لقوة ما عللوا به ، ولأن ما يلي جداره فناء له ، وهو أحق بالانتفاع به ، ومن الانتفاع به المرور فيه .

00000

المطلب الثالث

نقل البئر لضرار الجار

اختلف أهل العلم في حكم نقل البئر لضرار الجار على قولين :

القول الأول :

انه لا يجب نقل البئر لضرار الجار ، وأن الإنسان لا يمنع من التصرف في ملكه وإن أدى ذلك إلى حقوق الضرر بجاره .

وبهذا قال متقدمي الحنفية (1) ، وهو مذهب الشافعية (2) ، ورواية عن أحمد (3) ، وبه قال ابن حزم (4) .
واستدلوا على ذلك :

1- بأن تصرفه في ملكه المختص به ، ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه (5) ، وتصرف الإنسان في ملكه صحيح .

ونوقش :

بالمنع لورود النص كما في حديث أبي سعيد الآتي .
2- ولأن الجار إذا منع من التصرف في ملكه لتضرر الجيران فهو من أعظم الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر (6) .

ونوقش :

- (1) بدائع الصنائع 264/6 .
- (2) نهاية المحتاج 337/5 .
- (3) الإنصاف 196/13 .
- (4) المحلى 241/8 .
- (5) المغني 52/7 .
- (6) بدائع الصنائع 264/6 .

بأن تصرفه لم يبق في دائرة ملكه ، بل تعداه إلى جاره
(1)

القول الثاني :

انه يجب نقل البئر لضرار الجار ، فإن لم يفعل أمر بسدها ،
لأن الإنسان لا يملك التصرف في ملكه بما يضر بجاره .
وبهذا قال المالكية (2) ، والحنابلة (3) .

واستدلوا على ذلك :

- 1- بحديث أبي سعيد رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " (4) .
- 2- الأحاديث الواردة في النهي عن إيذاء الجار كمثل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره " .

(1) حاشية الروض ، ت مجموعة من المشايخ 497/6 .

(2) حاشية الدسوقي 370/3 .

(3) المغني 52/7 ، الإنصاف 195/13 .

(4) تقدم تخريجه .

الترجيح :

مما سبق ذكره يتبين لنا – والعلم عند الله – أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني ، وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامتها من المعارضة والمناقشة .

الفصل الثاني

النقل في عقود التوثيق

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

تمهيد : في تعريف التوثيق في اللغة والاصطلاح .

المبحث الأول : النقل في الرهن .

المبحث الثاني : نقل الضمان من شخص إلى آخر

المبحث الثالث : النقل في الحوالة .

((تمهيد)) في تعريف التوثيق في اللغة والاصطلاح

يأتي التوثيق في اللغة على معان عدة منها :

1- العهد . 2- الائتمان 3- الإحكام والشد .
يقال : واثق الرجل الرجل بمعنى عاهده . ومنه قوله تعالى :
{ واذكروا نعمة الله عليكم وميثاقه الذي واثقكم به إذ قلتم سمعنا
وأطعنا الآية } (1).
فالميثاق بمعنى العهد ، والمواثقة بمعنى المعاهدة ، وتواثقنا
على كذا أي تعاهدنا .
ويقال : أيضاً : وثق به يثق بمعنائه .
ويقال : وثقتُ الشيء أي أحكمته .
ويقال : وثقت الشيء توثيقاً فهو مَوْثِقٌ .
وأوثقه في الوثائق أي شده في الرباط ومنه قوله تعالى :
فشدوا
الوثاق " (2) (3) .

(1) سورة المائدة رقم (7) .

(2) سورة محمد رقم (4) .

(3) انظر : معجم مقاييس اللغة 85/6 ، لسان العرب 371/10 ، 372 .

وفي الاصطلاح :

فهو عبارة عن مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين ، أو اثباته في ذمته عند الإنكار (1) .

00000

(1) انظر : مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي – الصادرة من كلية الشريعة

والدراسات الإسلامية التابعة لجامعة أم القرى – العدد السادس 41-

المبحث الأول

النقل في الرهن

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل الرهن عن من هو بيده .

المطلب الثاني : نقل الغرس من الأرض المرهونة

المطلب الثالث : استعمال الدابة المرهونة في النقل .

المطلب الأول نقل الرهن عن هو بيده

قد يتفق الراهن والمرتهن على نقل الرهن عن هو بيده (المرتهن) إلى وضعه عند عدل يرتضيانه فما حكم ذلك ؟
اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول :

انه يجوز للمتراهنين أن يتفقا على وضع الرهن عند عدل يرتضيانه .

وإلى هذا ذهب الحنفية (1) ، والمالكية (2) ، والشافعية (3) ،
والحنابلة (4) ، وبه قال طائفة من التابعين (5) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- قوله تعالى : " فرهان مقبوضة " .

-
- (1) حاشية ابن عابدين 94/10 .
 - (2) تهذيب المدونة 54-53/4 .
 - (3) روضة الطالبين 327/3 .
 - (4) المغني 470/6 .
 - (5) المصدر السابق

وجه الاستدلال :

أن الله تعالى اشترط في الرهان أن تكون مقبوضة والرهن إذا صار في يد العدل كان مقبوضاً لغةً وحقيقةً .
 إذ لا فرق بين قبض العدل وقبض المرتهن ، وعموم النص يقتضـي جـواز القبضين (1) .

2- أن القبض في الرهن قبض في عقد ، فجاز التوكيل فيه كما يجوز في كل عقد (2) .
 3- أن العدل نائب عن صاحب الحق الذي هو المرتهن ، وبمنزلة الوكيل فلما جاز قبض الوكيل جاز في العدل أيضاً .

ونوقش :

بأن العدل في الرهن كالعدل في البيع ، والعدل في البيع ليس وكيلاً للمشتري ، فلا يكون العدل في الرهن وكيلاً للمرتهن .

وأجيب :

بأن هناك فرقاً بين العدل في البيع ، والعدل في الرهن ، إذ العدل في البيع لو صار وكيلاً للمشتري لخرج المبيع عند ضمان البائع وبذلك يسقط حقه .

(1) أحكام القرآن للجصاص 716/1 ، الجامع لأحكام القرآن 365/3 .

(2) المغني 471/6 .

ألا ترى أنه لو أجاز قبضه بطل حقه ولم يكن له استرجاعه ، لأن المبيع قد قبض وليس له إلا قبض واحد . ولو قبضه العدل على أنه وكيل للمشتري لتم البيع فيه . أما العدل في الرهن فليس كذلك ، لأن كون العدل وكيلاً للمرتهن لا يوجب ابطال حق الراهن ، فكما أن حقه باق بعد قبض المرتهن ، فهو كذلك باق بعد قبض العدل ، إذ لا فرق بين قبضهما (1) .

4- أن الحاجة تدعوا إلى وضع الرهن عند عدل ، لأن الراهن قد لا يريد حيازة المرتهن مخافة جرده أو أن يدعي تلفه ، كما أن المرتهن قد يكره وضع الرهن عنده لعدم تمكنه من حفظه أو غير ذلك .

القول الثاني :

أنه لا يجوز للمتراهنيين أن يتفقا على وضع الرهن عند عدل ، ولا يصح قبضه عند ذلك . وإلى هذا ذهب الظاهرية (2) ، وبه قال بعض التابعين (3) .
واستدلوا على ذلك بما يلي :
1- قوله تعالى : " فرهان مقبوضة " .

(1) أحكام القرآن للجصاص 716/1 - 717 .

(2) المحلى 363/6 .

(3) المغني 470/6 ، الجامع لأحكام القرآن 265/3 .

وجه الاستدلال :

أن الله تعالى ذكر القبض في الرهن مع ذكر المتداينين في السفر فلزم أن يكون القبض والإقباض منهما (1) .

ونوقش :

بأن قوله " مقبوضة " مطلق وليس بمقيد ، وعلى فرض التقييد ، فإن قبض العدل في معنى قبض المرتهن فليس بمخالف كتاب الله تعالى وقد حصل المقصود من القبض وهو لزوم الرهن ، وتعلق حق المرتهن بالمرهون دون سائر الغرماء ، لأن قبض الوكيل أو الولي أو الوصي أو العدل يقوم مقام الأصيل في سائر العقود فلماذا يخرج قبض العدل في الرهن .

2- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبض درعه للمرتهن

مما يدل على أن هذا القبض هو القبض الصحيح ، أما قبض غير صاحب الدين فلم يأت به نص ولا إجماع ، واشتراط أن يقبضه عدل لا صاحب الدين شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل (2) .

ونوقش :

بأنه ليس فيه دليل على منع تسليم غير المرتهن إذا رضيه المتراهنان ، ومما يدل على أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم ليس فيه منع من غيره

(1) المحلى 363/6 .

(2) المحلى 364/6 .

أنه أعطى الدرع للدائن اليهودي ، فكما أن اليهودية ليست بقيد ، فكذلك كون القابض نفس الدائن ليس بقيد (1) .
3- أن القبض من تمام العقد فيتعلق بأحد المتعاقدين كالقبول (2) .

ونوقش :

بأن هذا قياس مع الفارق ، لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه ، على أن المرتهن لو وكل في القبول قبل أن يوجب له الرهن صح هذا التوكيل (3) .

الترجيح :

بعد ما تقدم من عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول وما أورد عليها من مناقشات واعتراضات يتبين لنا أن الراجح – والعلم عند الله – هو ما ذهب إليه الجمهور وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض والمناقشة .

00000

-
- (1) الرهن في الفقه الإسلامي ص (413) .
(2) المغني 471/6 .
(3) الرهن في الفقه الإسلامي ص 413 .

المطلب الثاني نقل الغرس من الأرض المرهونة

إذا ارتهن أرضاً ، أو داراً ، أو غيرهما ، تبعه في الرهن ما يتبع في البيع ، فإن كان في الأرض شجر أو غرس فقال : رهنتك هذه الأرض بحقوقها . أو ذكر ما يدل على أن الشجر أو الغرس من جملة الرهن . كأن يقول : رهنتك هذه المزرعة ، دخل الشجر أو الغرس في ذلك الرهن .
وحيث لا يملك الراهن نقل الغرس أو الشجر من الأرض المرهونة إلا بإذن المرتهن .
لأن المنع كان لحقه وقد أذن في نقله فجاز للراهن نقله .
وإن قال : رهنتك هذه الأرض وسكت ، أو لم يذكر ما يدل على أن الشجر أو الغرس من جملة الرهن .
فهل يدخل الشجر أو الغرس فيه ؟ على وجهين :

الوجه الأول :

أن الشجر والغرس داخلان فيه .

الوجه الثاني :

أن الشجر والغرس لا يدخلان فيه لأنهما ليس من حقوق الأرض فلا يدخلان فيها كالثمرة المؤبرة ، وعلى هذا الوجه يجوز للراهن أن ينقل الشجر والغرس من الأرض المرهونة .

لأنهما ليسا من حقوق الأرض فلا يدخلان فيها (1) .

00000

(1) نهاية المحتاج للرملي 137/4 ، المغني 514/6 – 515 ، 142-

المطلب الثالث استعمال الدابة المرهونة في النقل

اتفق العلماء على أن منافع الرهن للراهن ، ومن ثمّ فليس للمرتهن الانتفاع بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن وكان الرهن غير مركوب ولا محلوب ولا صالحاً للخدمة .
قال ابن رشد (1) : " وأجمع أهل العلم على أن المرتهن ليس له الانتفاع بشيء من الرهن فيما سوى الحيوان لقوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (2) (3) .
وإنما وقع الخلاف في حالتين :
الأولى : إذا لم يأذن الراهن بالانتفاع وكان الرهن مركوباً أو محلوباً أو صالحاً للخدمة .

الثانية : إذا أذن الراهن بالانتفاع بدون عوض أو بعوض فيه محاباة .

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ، أبو الوليد ، الشهير بابن رشد الحفزي
المالكي ، الطبيب ، الفيلسوف ، ولد بقرطبة واستطهر الموطأ على أبيه حفظاً ،
درس الفقه والطب والأصول وعلم الكلام وكان له عقل راجح وفهم ثاقب ،
تولى قضاء الجماعة بقرطبه ، كان دمث الأخلاق متواضعاً ، توفي بمراكش عام 595هـ .

انظر : الديباج المذهب ص 284 ، شذرات الذهب 320/4 .

(2) سورة النساء رقم (29) .

(3) المقدمات 370/2 .

وسيكون حديثنا عن الحالتين في فرعين :

الفرع الأول :

إذا لم يأذن الراهن بالانتفاع وكان الرهن مركوباً أو مطلوباً أو صالحاً للخدمة :

إذا كان الرهن مما يركب ، أو يحلب ، أو يصلح للخدمة ، ولم يأذن الراهن بالانتفاع فهل للمرتهن أن يركبه ، أو يحلبه ، أو يستخدمه ؟

اختلف في ذلك على أقوال :

القول الأول :

أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالمركوب ، أو المطلوب ، أو الصالح للخدمة إذا لم يأذن له الراهن ، سواء أنفق عليه أم لم ينفق ، وسواء كان الانتفاع بقدر النفقة أم لا .

وإلى هذا ذهب الحنفية (1) ، والمالكية (2) ، والشافعية (3) ،

وقول عن

الحنابلة (4) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يغلق الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه " (5) .

(1) تكملة فتح القدير 203/10 ، المبسوط للسرخسي 106/21 .

(2) الشرح الكبير للدردير 246/3 .

(3) نهاية المحتاج للرملي 35/4 .

(4) المغنى 511/6 .

(5) أخرجه مالك في الموطأ رقم (13) ، وعبد الرزاق في مصنفه رقم

(5033) ، وابن حبان رقم (5904) ، والطحاوي في مشكل الآثار (5887)

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الغنم للراهن ، ولا شك أن منافع الرهن من غنمه ، والحديث لم يفرق بين مركوب أو محل أو غيرهما (1) .

ونوقش بما يلي :

أ- بأن الحديث مختلف فيه وأن المحفوظ عند الأئمة هو المرسل .

ب- انه لو صح فإننا نقول بموجبه ، ولكن للمرتهن ولاية صرفها أي غنمه إلى نفقته ؛ لثبوت يده عليه فهو كالنائب عن المالك في ذلك (2) .

ج- انه عام خص منه المركوب والمحلوب (3) .

، والدارقطني (52/3) ، والبيهقي في السنن (39/6) . وقد اختلف في وصله وارساله . حيث إن مداره على الزهري واختلف عليه .

فرواه زياد بن سعد ، واسحاق بن راشد وغيرهما عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً

وخالفهم مالك والأوزاعي ويونس بن يزيد وابن أبي ذئب فرووه عن الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلأ . وقد رجح المرسل : أبو داود ، والبزار ، والدارقطني ، وابن القطان ، والبيهقي ، وابن عبد الهادي وغيرهم .

قال ابن عبد البر في التمهيد (340/6) بعد ذكر طرق الحديث : " وهذا الحديث عند أهل العلم مرسل ، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة ، فإنهم يعللونها ، وهو مع هذا حديث لا يعرفه أحد منهم " .

انظر : نصب الراية 320/3 ، السنن الكبرى 39/6 ، بيان الوهم والإيهام 90/5 ، التلخيص الحبير 84/3 - 85 ، الارواء 1406 .

(1) نيل الأوطار 266/5 .

(2) المبدع لأبن قدامه 239/4 .

(3) حاشية على الروض للشيخ خالد المشيقح 416/6 .

2-حديث ابن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا يحلبن أحداً ماشية امرئ بغير إذنه ، ... الحديث " (1) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يأخذ المسلم شيئاً من حق أخيه إلا بأذنه .فدل على عدم جواز الانتفاع بالرهن من غير إذن المرتهن(2) .

ونوقش :

بأن هذا الحديث عام خص منه حديث أبي هريرة الآتي .
3-أن الرهن لم يُخرج المرهون من ملك الراهن ، والراهن لم يأذن للمرتهن بالانتفاع فالمرتهن كالأجنبي والرهن كالوديعة (3) .

(1) أخرجه البخاري في اللقطة /باب لا تحلب ماشية أحد بغير إذنه رقم (2435) .

(2) فتح الباري 113/5 .

(3) المغني 511/6 ، الرهن في الفقه الإسلامي ص (559) .

القول الثاني :

انه للمرتهن أن ينتفع بالمرهون بقدر نفقته متحرياً العدل ، إذا أنفق عليها ، سواء أنفق عند تعذر النفقة من الراهن أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه . وهذا مذهب الحنابلة وبه قال إسحاق (1) .

واستدلوا على ذلك :

1- بحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يشرب ويركب النفقة (2) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل المنفعة بدلاً و عوضاً عن النفقة ومعلوم أن الراهن يستحق المنافع بملك الرقبة ، لا بالنفقة مما يدل على أن المراد به هو المرتهن (3) .

(1) المغني 511/6 ، الكافي لأبن قدامه 201/3 .

(2) أخرجه البخاري في الرهن / باب الرهن مركوب ومطلوب رقم (2512) .

(3) المغني 511/6 .

ونوقش بما يلي :

أ- أن هذا الحديث ورد على خلاف القياس لما فيه من التجويز لغير المالك أن يشرب ويركب بغير إذن المالك ، ولما فيه من التضمن بالنفقة لا بالقيمة .

قال ابن عبد البر : " هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها " (1)

وأجيب :

بأنه ليس مخالفاً للقياس بل هو موافق له ، لأن مقتضى العدل والقياس ومصالحة الراهن والمرتهن والحيوان أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب ويُعوض عنهما بالنفقة؛ لأن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه ، والمرتهن إذا انفق عليه أدى عنه واجباً فله أن يرجح ببذله ... إلخ (2) .

ب- انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنه قال : " قال رسول الله عليه وسلم : لا تحلب ماشية أحد بغير إذنه " (3)

وأجيب :

ورد بأن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، ومعرفة التاريخ في هذا متعذرة ، ولأن النسخ لا يصار إليه إلا مع تعذر الجمع ، والجمع هنا ممكن ،

(1) فتح الباري 180/5 .

(2) اعلام الموقعين 38/2 ، فتح الباري 180/5 .

(3) تقدم تخريجه ص () .

(4) فتح الباري 180/5 .

فحديث ابن عمر عام ، وحديث أبي هريرة خاص ،
فيحمل الخاص على العام (1) .

ج-انه مجمل ؛ لأن فاعل الركوب والحلب لم يتعين .

وأجيب :

بعدم التسليم بالاجمال في الحديث ، لوجود القرينة الدالة على أن المراد به هو المرتهن ، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الركوب والشرب في مقابل النفقة وقد روى في بعض ألفاظ الحديث : " إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب ، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته ، فعلم أن المراد به المرتهن (2) .

2- أن نفقة الحيوان واجبة على المالك باتفاق ، وللمرتهن حق الحبس للعين المرهونة وللزوائد ، فلو انتفع المالك فات موجب الرهن الذي هو الحبس ولو لم ينتفع بها أحد لكان ذلك تسيباً ، وهو منهي عنه ، فقلنا إن المرتهن ينتفع بما أنفق وهو في هذا نائب عن الراهن ، كالزوجة لها أن تأخذ قوتها وتنوب عن زوجها في الانفاق على نفسها (3) .

(1) المصدر السابق ، وأنظر : حاشية الروضات المشيخ .

(2) المغني لأبن قدامه 511/6-512 .

(3) المغني 512/6 ، الرهن في الفقه الإسلامي ص (562) .

القول الثالث :

للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إذا كان مركوباً أو مطلوباً أو صالحاً الخدمة بقدر نفقته إذا أنفق عليه عند تعذر الإنفاق من الراهن لامتناعه .

وبهذا قال الأوزاعي ، والليث وأبو ثور (1) .

واستدلوا على ذلك :

بحديث أبي هريرة " لا يعلق الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه " (2) ، مع الحديث السابق : " الظهر يركب بنفقته ... " (3) .

ووجه الدلالة منهما .

أن الحديث الأول جعل منافع الرهن للراهن لا يشاركه فيها المرتهن ، والحديث الثاني جعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع فيجمع بين الحديثين على ما إذا أنفق الراهن على ملكه ، وقام بحقوق المرهون ، والثاني على ما إذا امتنع عن الإنفاق فينفق المرتهن على الرهن ليحتفظ به وثيقة ، ويبقى على حياة حيوان محترم، ويحفظ المال من الضياع (4) .

القول الرابع :

للمرتهن الركوب والحلب فقط بالنفقة قلَّت أم كثرت ، إذا امتنع الراهن من الإنفاق .

وإلى هذا ذهب ابن حزم (5) .

(1) فتح الباري 180/5- 181 .

(2) تقدم تخريجه ص () .

(3) تقدم تخريجه ص () .

(4) فتح الباري 181/5 ، الرهن في الفقه الإسلامي ص 562 .

(5) المحلى لأبن حزم 364/6 .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

- 1- قوله تعالى : " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (1) .
- 2- حديث أبي بكره رضي الله عنه قال : قال رسول الله عليه وسلم : " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا ... " (2) .

قال ابن حزم - رحمه الله - : وحكى عليه السلام بأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، وملك الشيء المرتهن باق لمرأهنة بيقين ، واجماع لا خلاف فيه ، فإذا هو كذلك فحق الرهن الذي حدث فيه للمرتهن ولم ينقل ملك الراهن عن الشيء المرهون لا يوجب حدوث حكم في منعه ما للمرء أن ينتفع به من ماله بغير نص بذلك ، فله الوطاء والاستخدام والمؤاجرة

وسائر ما للمرء في ملكه ، إلا كون الرهن في يد المرتهن فقط بحق القبض الذي جاء به القرآن ولا مزيد أما الركوب والإحتلاب خاصة لمن ينفق على المركوب و المحلوب فلماروينامن طريق البخاري

..... عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم : " الظهر يركب إلخ (3) .

- (1) سورة النساء آية رقم () .
- (2) أخرجه البخاري في العلم/باب قول النبي صلى الله عليه وسلم رب مبلغ أو عــــى مــــن
- سامع،ومسلم في القسامة/ باب تغليظ الدماء والأعراض والأموال رقم(1679).
- (3) المحلي 6/365 - 366 .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول يظهر لنا أن
الراجح – والعلم عند الله – هو ما ذهب إليه أصحاب القول
الثاني وذلك لقوة ما استدلوا به وسلامتها من الاعتراض
والمناقشة ، وهذا القول هو الذي رجحه ابن القيم (1) –
رحمه الله – .

00000

(1) إعلام الموقعين 38/2 .

الفرع الثاني :

إذا أذن الراهن بالانتفاع بدون عوض أو بعوض فيه محاباة :

إذا أذن الرهن للمرتهن بالانتفاع بالرهن - سواء كان الرهن محلوباً أو مركوباً أو صالحاً للخدمة أو غير ذلك من غير عوض أو بعوض فيه محاباة فهل يملك الانتفاع ؟
اختلف في ذلك على أقوال :

القول الأول :

انه يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن مطلقاً ما دام الراهن قد أذن له في ذلك سواء كان الانتفاع مشروطاً في العقد أو لا ، وسواء كان الدين دين قرض أو بيع أو إجارة .
وإلى هذا ذهب بعض الحنفية (1) .

واستدلوا على ذلك :

بما تقدم من أن الإجماع منعقد بين الفقهاء على أن الراهن يملك العين المرهونه ومنافعه ، وإذا كان الراهن يملك ذلك ، فإنه يملك تملكه للغير فإذا أباح الراهن المنفعة للمرتهن صح ذلك منه وقلّ للمرتهن الانتفاع بالمرهون ويكون ذلك من قبيل الهبة ، وهي جائزة بلا خلاف .

(1) حاشية ابن عابدين 70/10 .

ونوقش :

بأن الهبة إذا كان سببها القرض حرمت لأن كل قرض جر نفعاً فهو ربا (1).

القول الثاني :

أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالشيء المرهون مطلقاً سواء كان الانتفاع مشروطاً في العقد أو لا ، وسواء كان دين الرهن قرضاً أو غيره .
وإلى هذا ذهب بعض الحنفية (2) ، وبعض الشافعية (3) .

واستدلوا على ذلك :

بحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا يخلق الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه " .
ولأنه إذا كان الإذن مشروطاً في العقد فإنه يكون ربا أو في حكمه لأن الدائن - وهو المرتهن - يستوفي حقه كاملاً ؛ فتبقى المنفعة فضلاً دون مقابل وهذا معنى الربا (4) .

(1) انظر : حاشية الروضات المشيخ 415/6 .

(2) حاشية ابن عابدين 70/10 .

(3) الإشراف لابن المنذر 28/2 .

(4) عقد الرهن في الشريعة الإسلامية للدعجان ص 43 .

القول الثالث :

انه يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا كان ذلك مشروطاً في العقد وأن تكون المنفعة معينه ما لم يكن الرهن سببه القرض .

وهذا مذهب المالكية (1) . ولم أجد دليلاً لما ذهبوا إليه

القول الرابع :

انه يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا أذن له الراهن مطلقاً ما لم يكن سبب الرهن قرض .
وإلى هذا ذهب الحنابلة (2) .

واستدلوا على ذلك :

بما تقدم ذكره في أدلة أصحاب القول الأول ، وأما وجه قولهم : " ما لم يكن سبب الرهن قرض " فلئلا يكون هذا من باب القرض الذي جر نفعاً (3) .

الترجيح :

والراجح – والعلم عند الله – هو ما ذهب إليه الحنابلة لقوة ما استدلوا به من الجمع بين النصوص .

(1) تهذيب المدونه 63/4 .

(2) المغني 511/6 – 512 ، كشف القناع 355/34 - 356 .

(3) انظر : المصادر السابقة .

المبحث الثاني

نقل الضمان من شخص إلى آخر

المبحث الثاني نقل الضمان من شخص إلى آخر

قد تدعوا الحاجة أحياناً إلى نقل الضمان من شخص إلى آخر ، كأن يكون الضامن زيداً فتعوزه الحاجة فينقله إلى شخص آخر .

وبعد البحث والنظر في كلام أهل العلم نجد أنهم بحثوا نظير هذه المسألة .

فقالوا : لو ضمن الضامن ضامن آخر صح وجاز ذلك . إلا أن الحق يتوجه على كل واحد منهم ، لأن ذلك إنما هو نقل للضمان وليس نقلاً للمطالبة به .

إذا تقرر هذا ، فأيهم قضى الدين برئ الجميع لأن الحق واحد ، فإذا قضى مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى .

وحينئذ لو أبرأ الغريم المضمون عنه ، برئ الضامنان لأنهما فرع له .

ولو أبرأ الغريم الضامن الأول برئ الثاني كذلك ولم يبرأ المضمون عنه .

لأن الضمان وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منهما فلم تبرأ ذمة الأصيل (1) .

(1) انظر : بلغة السالك للصاوي 160/2-161 ، تكملة المجموع للمطيع

، المغني لأبن قدامه 87/7 .

المبحث الثالث

النقل في الحوالة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الحوالة نقل للدين أو نقل للمطالبة به

المطلب الثاني : الحوالة نقل أو تقبيض .

المطلب الأول الحوالة نقل للدين أو نقل للمطالبة به

اختلف أهل العلم في حكم الحوالة هل هي نقل للدين أم نقل للمطالبة به ؟ اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول :

أن الحوالة نقل للدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . وبهذا قال جمهور الفقهاء : من الحنفية (1) ، والمالكية (2) ، والشافعية (3) ، والحنابلة (4) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مملئ فليتبع " .

وجه الاستدلال :

أن الحديث دل على أن الحوالة نقل حق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه مما يفيد إنها نقل للدين والمطالبة معاً .

2- ما روي أن حزناً جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه - دين فأحاله به ، فمات المحال عليه ، فأخبره ، فقال : اخترت علينا أبعدك الله (1) .

(1) بدائع الصنائع 17/6 ، حاشية ابن عابدين 6-5/8 .

(2) عقد الجواهر الثمنية لأبن شاس 811-810/2 ، المنتقى للباجي 68/5 .

(3) البيان للعمراني 288/6 ، فتح العزيز 345 /10 .

(4) مسائل الإمام أحمد : للكوسج 357/1 ، الانصاف 91/11 .

وهذا يدل على أن دين حزن جد ابن المسيب انتقل إلى ذمة المحال عليه

3- أن من المجمع عليه أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب له الدين صح ذلك .

مما يفيد أن ذمة المحال عليه مشغولة بدين المحيل ، ولو لم تكن مشغولة به لم يصح الإبراء ولم تصح الهبة (2) .

4- أن الحوالة مشتقة من التحول وهو النقل فيقتضي نقل ما أضيف إليه ، وقد أضيف إلى الدين لا المطالبة .

لأنه إذا قال : أحلت بالدين ، أو أحلت فلاناً بدينه فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه لأنه إذا انتقل أصل الدين إليه تنتقل المطالبة لأنها تابعة " (3) .

القول الثاني :

أن الحوالة نقل للمطالبة من ذمة المحيل إلى المحال عليه

لا أنه نقل لـ

للدين .

وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية (4) .

واستدل على ذلك بما يلي :

1- أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة، وليس من الوثيقة إبراء الأول .

بل الوثيقة في المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل

(5) .

(1) أخرجه ابن حزم في المحلى 109/8 .

(2) بدائع الصنائع 18-17/6 .

(3) بدائع الصنائع 18/6 .

(4) حاشية ابن عابدين 6/8 .

(5) بدائع الصنائع 18/6 .

ونوقش :

بأن قياس الحوالة على الكفالة قياس مع الفارق وذلك أن الحوالة مشتقة من التحول فيقتضي بموجبها تحول الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

وأما الكفالة : فهي ضمان وهو مشتق من الضم وهو يقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق ، فلذلك كان من الضرورة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (1)

2- دلالة الإجماع على أن المحيل إذا قضى دين الطالب قبل أن يؤدي المحتال ما عليه لم يكن بذلك متطوعاً مما يدل على أن ذمته ما زالت باقية مشغولة (2) .

(1) المغني 60/7 .

(2) حاشية ابن عابدين 6/8 .

ونوقش :

بأنه لا يستبعد أن يكون المحيل متبرعاً بالاداء تبرعاً محضاً على رأي من يقول بلزوم الحوالة بمجرد العقد متى كان المحال عليه مليئاً ، ورضي المحتال بالحوالة . لأن المحيل في هذه الحالة أصبح كالأجنبي عن العقد .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول يتبين لنا – والعلم عند الله – رجحان ما ذهب إليه الجمهور من أن الحوالة انما هي نقل للدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

ولكن هذا لا يعني عدم رجوع المحتال إلى المحيل عند تعذر الاستيفاء من المحال عليه .

والقول برجوع المحتال على المحيل إذا تعذر عليه الاستيفاء بغير تفريطه أولى وأصح سواء رضي بالحوالة أو كان المحال عليه مليئاً أو لا كما هو المذهب عند الحنفية (1) . والله أعلم

00000

(1) بدائع الصنائع 18/6 ، حاشية ابن عابدين 6/8 ، وانظر : المختارات الجارية

المطلب الثاني الحوالة نقل أو تقبيض

اختلف أهل العلم في الحوالة هل نقل أو تقبيض على قولين :

القول الأول :

أن الحوالة نقل .

وهذا هو المذهب عند الحنابلة (1) ، وبه قال الظاهرية (2) .

واستدلوا على ذلك :

بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "مطل الغني ظلم وإذا أحييل أحدكم على ملىء فليحتل " (3) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر المحتال إلى اتباع المحال عليه إذا كان مليئاً علم أن الحق انتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه تحولاً بمنع المحتال من الرجوع إلى المحيل (4) .

(1) المغني 60/7، الشرح الكبير 90/13 .

(2) المحلى 392/6 .

(3) تقدم تخريجه .

(4) البيان للعمراني 289/6 .

القول الثاني :

ان الحوالة تقبيض .

وهذا قول في مذهب الحنابلة (1) .

واستدلوا على ذلك :

بأن المحيل أقام المحتال في القبض مقام نفسه كالوكالة مما

يفيد أنها وكالة في القبض (2) .

الترجيح :

الراجح – والعلم عند الله – هو ما ذهب أصحاب القول

الأول وذلك لقوة ما استدلوا به .

(1) انظر : قواعد ابن رجب 1/193 ، الإنصاف 13/90 ، اغاثة اللهفان

-36/2

. 37

(2) المغني 7/63 .

الفصل الثالث

النقل في عقود الإرفاق

وفيه تمهيد وستة مباحث :

تمهيد : في تعريف الإرفاق لغة واصطلاحاً .

المبحث الأول : النقل في الوكالة .

المبحث الثاني : النقل في الوديعة .

المبحث الثالث : النقل في القرض والهبة .

المبحث الرابع : النقل في اللقيط .

المبحث الخامس : النقل في الوقف .

المبحث السادس : النقل في الوصية .

تمهيد

في تعريف الإرفاق لغة وإصطلاحاً

الإرفاق لغة :

مأخوذ من الرفق وهو ضد العنف .
ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : " ما كان الرفق في شيء إلا

زانه ... (1) . أي : اللطف .

يقال : ارفاق وارتفاق .

والارتفاق في اللغة له معان ، ومن معانيه الاتكاء . ومنه قول

﴿ نعم الثواب وحسنت مرتفقاً ﴾ (2) أي متكأ .

وارتفق بالشيء انتفع به .

ومرافق الدار : مصاب الماء ونحوها ، كالمطبخ والكنيف .

وفي الاصطلاح :

عرف الارتفاق بأنه : تحصيل منافع تتعلق بالعقار (3) .

(1) أخرجه مسلم في كتاب البر والصلة ، باب فضل الرفق رقم (2594)

(2) سورة الكهف : الآية رقم 31 .

(3) انظر : لسان العرب مادة رفق 273/5 - 274 ، غريب الحديث

لابن الأثير

544/2 - 545 ، والمصباح المنير 277/1 ، والبهجة شرح التحفة

251/2 ،

والأحكام السلطانية للماوردي ص 197 .

غير أن عقود الإرفاق عند القانونيين غير المعنى الذي سبق ذكره .
وذلك أن عقود الإرفاق عند القانونيين هي مرادفة لعقود التبرعات عند الفقهاء .
وهي التي يكون التمليك فيها بدون مقابل ، وذلك مثل القرض والهبة بغير الثواب الخ (1) .

00000

(1) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ص/346 ، معجم المصطلحات الاقتصادية في الفقه الإسلامي ص/48 .

المبحث الأول

النقل في الوكالة

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : نقل الوكالة من اختصاص إلى آخر .
- المطلب الثاني : نقل الوكالة من شخص إلى آخر .

المطلب الأول نقل الوكالة من اختصاص إلى آخر

إذا وكل شخص شخصاً في عمل شيء ، كأن وكله في بيع داره مثلاً فهل للموكل نقل تلك الوكالة من بيع الدار إلى شراء سيارة ، بحيث نقل اختصاص الوكيل من بيع إلى شراء .

أقول :

لما كان عقد الوكالة عقد جائز غير لازم (1) . جاز للموكل نقل اختصاص الوكيل في الوكالة من اختصاص إلى آخر .
وحيث يكون تصرف الوكيل في الاختصاص الأول باطلاً ، وهذا مما لا خلاف فيه بين العلماء .
وقد نقل هذا الاتفاق ابن هبيرة (2) حيث قال : " واتفقوا على أنه إذا عزل الموكل الوكيل وعلم بذلك انعزل (3) .

(1) بدائع الصنائع 37/6 ، بداية المجتهد 106/4 ، روضة الطالبين 558/3 ، المغنبي 234/7 .

(2) يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعد الشيباني ، أبو المظفر ، الفقيه الحنابلة ، من كبار الوزراء في الدولة العباسية ، ولد بقرية من أعمال الدجيل بالعراق ثم دخل بغداد واشتغل بالعلم ، وكان يعرف بالوزير العادل العالم ، توفي ببغداد عام 560هـ .

انظر : ذيل طبقات الحنابلة 251/1 ، المنهج الأحمد 286/2 .

(3) الإفصاح 10/2 .

كما نقل هذا الاتفاق ابن قدامه حيث قال : " وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم بذلك " (1)

وقال ابن مفلح (2) : " لا خلاف أن الوكيل إذا علم بموت الموكل أو عزله أن تصرفه باطل " (3) .

00000

(1) المغني 234/7 .

(2) محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج ، المقدسي ، الصالحي ، الحقبلي ، الفقيه

الأصولي ، شمس الدين أبو عبد الله ، ولد بببيت المقدس ، كان عالماً فاضلاً بارِعاً فـــــــي

علوم كثيرة ، كان ابن تيمية يقول له : " ما أنت ابن مفلح ، بل أنت مفلح " ،

وقال ابن القيم : ما تمت قبله الفلك أعلم بمذهب أحمد من ابن مفلح .

كــــــــــــــــــــان شــــــــــــــــــــيخ

الحنابلة في وقته ، وكان على جانب من الزهد والورع ، له مصنفات

نافعة ، تــــــــــــــــــــولى

القضاء ، توفي بدمشق عام 763 هـ .

انظر : المدخل إلى مذهب أحمد ص 223 .

(3) المبدع 365/4 .

المطلب الثاني نقل الوكالة من شخص إلى آخر

إذا وكل زيدُ بكَراً في عمل شيء ، كأن وكله في بيع داره ، أو شراء أرض له أو نحو ذلك .
فهل لزيد (الموكل) نقل تلك الوكالة من بكرٍ إلى عمرو .
أقول :

للموكل أن يعزل وكيله عما وكله فيه متى شاء ، ولو لم يرض بذلك الوكيل ، لأن الوكالة عقد جائز (1) .
فكان له حلها متى شاء .

وحيثُ يكون تصرف بكر في الوكالة بعد عزله تصرفاً باطلاً إذا علم بذلك ، كما تقدم (2) .
أما إذا لم يعلم الوكيل بانعزاله ، فهذا مما اختلف العلماء في حكم تصرفه على قولين :

القول الأول :

ان تصرفه صحيح والوكالة لا تنعزل حتى يعلم بالعزل .
وهذا مذهب الحنفية (3) ، وقول عند المالكية (4) ، والشافعية (5) ، وإحدى الروايتين عن أحمد (6) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

- (1) انظر : المصادر السابقة في المسألة الماضية .
- (2) انظر : الاجماع السابقة في المسألة الماضية .
- (3) بدائع الصنائع 37/6 .
- (4) الكافي لابن عبد البر (ص 395) .
- (5) روضة الطالبين 558/3 .
- (6) المغني 234/7 .

1- قال الله تعالى : " فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى
فله ما سلف وأمره إلى الله " .

وجه الاستدلال :

أن الوكيل يتصرف في ملك الموكل بأمر منه فلا يسقط هذا الأمر إلا بالعلم بالنهي عنه ، كأمر صاحب الشرع ، إذ لا يثبت الفسخ في حق المكلف إلا بعد بلوغ الخبر (1) .

2- أن في انعزال الوكيل بغير علمه اضرار به ؛ لأنه ربما يتصرف على أنه وكيل فتقع تصرفاته باطللة ، فلربما باع الجارية فيطؤها المشتري ، أو الطعام فيأكله ، أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ، ويجب ضمانه ، ويتضرر بذلك المشتري والوكيل (2) .

3- أن الوكيل يتصرف بأمر الموكل ، ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه ، كالفسخ (3) .

4- أن الوكالة معاملة تمت بالموكل والوكيل ، فلم تنفسخ بأحدهما ، كالبيع لا يفسخ بإقالة أحدهما للآخر بغير علمه (4) .

5- أن عزل الوكيل دون علمه فيه نوع من الغرر والخذعة والقصد إلى الغش ، فلا يلتفت إلى هذا العزل (5) .

القول الثاني :

- (1) بدائع الصنائع 37/6 .
- (2) المراجع السابقة .
- (3) بدائع الصنائع 37/6 .
- (4) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين 395/1 .
- (5) البحر الرائق 187/7 .

أن تصرفه بعد العزل باطلاً سواء كان قبل علمه أو بعده .

وهذا أحد القولين عند المالكية (1) ، وهو المذهب عند الشافعية (2) ، والحنابلة (3) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- أن عزل الوكيل رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلم يفتقر إلى علمه قياساً على الطلاق ، والعتاق (4) .

ونوقش :

بأنه قياس مع الفارق ؛ وذلك لأنه لا يترتب على الزوجه في الطلاق ، وعلى الرقيق من العتاق ضرر كما يترتب على الوكيل في الوكالة ، فإنه يترتب عليه ضرر كثير (5) .

2- أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل له وإن لم يعلم قياساً على ما لو جُن والموكل غائب (6) .

ونوقش :

بأن المجنون فاقد لعقله فلا يحسن التصرف بالكلية ، بخلاف المعزول من قبل الموكل فهو عاقل محسن للتصرف ، فلا يصح القياس (7) .

الترجيح :

- (1) الكافي لابن عبد البر ص 395 .
- (2) روضة الطالبين 558/3 .
- (3) المغني 234/7 ، الإنصاف 477/13 .
- (4) المغني 234/7 .
- (5) تبیین الحقائق 287/4 .
- (6) أسنى المطالب 278/2 .
- (7) تصرفات الأمين في العقود المالية 512/1 .

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول يتبين لي
– والعلم عند الله – أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول
الأول وذلك لقوة ما استدلوا به .
ولأن القول بانعزاله مع عدم العلم ومن ثم لا يصح تصرفه
يؤدي إلى عدم ثقة الناس بالعقد مع الوكيل . لاحتمال عزله
من قبل الموكل وهو لا يشعر .

المبحث الثاني

النقل في الوديعة

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل الوديعة من حرز إلى آخر .

المطلب الثاني : تلف الوديعة عند نقلها .

المطلب الثالث : مؤونة النقل إذا كان التسليم في غير

بلد المودع.

المطلب الأول نقل الوديعة من حرز إلى آخر

نقل الوديعة من حرز إلى آخر لا يخلوا من حالين :

الحال الأولى :

أن يعين المودع مكان حرزها .

وفي هذه الحال يجب على المستودع حفظها فيه إلا أن يكون فيما حد له يقين هلاكها (1) .

فإن نقلها إلى ما دونه ضمن باتفاق الفقهاء (2) .

وإن نقلها إلى مثله أو أعلى منه لم يضمن بذلك عند الجمهور (3) .

لأن تعيين الحرز يقتضي الإذن في مثله ، وفيما هو أعلى وأحفظ منه بطريق الأولى .

(1) المحلي لأبن حزم 137/7 ، بدائع الصنائع 210/6 .

(2) بدائع الصنائع 210-209/6 ، درر الحكام 246/2 مادة (784) ،

مواهب

الجايل 277/7 ، التاج والإكليل 277/7-278 ، روضة الطالبين

301/6 ،

61/4 ، المغني 259/9 .

(3) المصادر السابقة إلا أن الشافعية يقولون إذا تلفت نظرنا فإن كان

تلفه

الحرز ضمن وإلا فلا .

هذا إذا لم ينهه المودع عن نقلها من الموضع الذي عينه له ، أما إذا نهاه المودع عن نقلها من الموضع الذي عينه له ، فنقلها من غير ضرورة ضمن حتى لو كان المنقول إليه ، أحرز منه ، وذلك لصريح المخالفة من غير حاجة .

فإن كان النقل لضرورة ، كخوف حريق أو غرق أو غلبة لصوص لم يضمن ، لتعين حفظها بنقلها .

بل يجب عليه نقلها إلى حرز مثلها إن وجد ، أو أعلى منه فإن تعذر عليه مثل حرزها الأول أو فوقه ، وأحرزها بما هو دونه ، فتلفت لم يضمن .

لأن ذلك أحفظ لها من تركها بمكانها . ولأنه ليس في وسعه سواه .

وإن ترك النقل في ذلك الحال فتلفت ضمن .

لأنه فرط في حفظها ، حيث أن حفظها في نقلها وتركها تضييع لها .

ولأن الظاهر أن رب الوديعة قصد بالنهاي عن النقل الاحتياط في حفظها ، والاحتياط في هذه الحال أن تنقل ، فلذلك لزمه .

وإن نهاه المودع عن نقلها ولو مع حال الضرر والخوف عليها .

فحصل الخوف والضرر لم يضمن ، سواء تركها أو نقلها عن موضعها .

لأنه إن تركها فهو ممثّل أمر صاحبها ، فكان مأذوناً في تركها في تلك الحال والإذن والضمان لا يجتمعان ، وإن أخرجها فقد زاده خيراً وحفظاً ، إذ مقصوده به المبالغة في حفظها له ، فلم يضمن به .
ولأن نهيّه عنه مع خوف الهلاك أبرأ الوديع من الضمان ، إذ الضمان إنما يجب لحق صاحبها فسقط بقوله (1) .

00000

(1) انظر : المراجع السابقة .

الحال الثانية :

أن لا يعين المودع مكاناً لحرزها فيه .

وفي هذه الحال يجب على المودع حفظها في حرز مثلها ، فإن نقلها عنه إلى حرز مثلها فتلفت لم يضمن سواء نقلها إلى مثل الأول أو هو دونه .

لأن ربها رد حفظها إلى رأيه واجتهاده ، وأذن له في إحرازها بما شاء من إحراز مثلها ، ولم يقع منه تفريط . وهذا هو المذهب عند الحنابلة (1) ، وهو مقتضى مذهب الحنفية (2) ، إذا الأصل عندهم أن الأمر بحفظ الوديعة إذا صدر من صاحبها مطلقاً عن تعيين المكان ، فلا يجوز تقييد المطلق من غير دليل .

ومذهب الشافعية (3) قريب من هذا ، إلا أنهم قالوا : إذا نقلها من - غير ضرورة - إلى حرز مثلها من أحرز منها فتلفت ضمن على المعتمد (4) لأنه عرضها للتلف بذلك ، وسواء تلفت بسبب النقل أم لا .

(1) المغني 265/9 ، كشف القناع 169/44-170 .

(2) بدائع الصنائع 209/6 ، وانظر : عقد الوديعة لنزيه حماد ص 146 .

(3) اسنى المطالب 78/3 ، تحفة المحتاج وحاشية العبادي عليه 111/7 .

(4) غير أن الشهاب الرملي نقل في حاشيته على اسنى المطالب 78/3 عن

جمه

العراقيين أنه لا ضمان على الوديع لو نقلها إلى محلة أو دار هي حرز

مثلها

أحرز منها ، ثم قال : ونقل ابن الرفعة فيه الاتفاق . وقال الأذرعي : إنه

الصحيح .

ونسب للشيخين الجزم بخلافه .

المطلب الثاني تلف الوديعة عند نقلها

تلف الوديعة عند نقلها لا يخلوا من ثلاثة أحوال :

الحال الأولى :

أن يكون الوديع مأذوناً له في نقلها وحينئذ لا يجب عليه عند التلف ضمان إلا بالتعدي والتفريط .
لأن الوديع أمين ، والأمين لا يضمن إلا ما تعدى فيه أو فرط (1) .

الحال الثانية :

أن لا يكون الوديع مأذون له في النقل ولا منهياً عنه .
وهذا فيه تفصيل .
فإن نقلها إلى ما دونه في الحرز ضمن باتفاق الفقهاء كما تقدم (2) .
وإن نقلها إلى مثله أو أعلى منه في الحرز فتلفت عند ذلك لم يلزمه ضمان عند الجمهور (3) .

الحال الثالثة :

أن يكون الوديع منهياً عن نقلها .
وفي هذه الحال لا يخلوا النقل من حالين :

-
- (1) المغني 257/9 .
(2) انظر ص () .
(3) بدائع الصنائع 210-209/6 ، مواهب الجليل 277/7 ، روضة الطالبين 301/6 المغني 259/9 وانظر : ص () .

الحال الأولى:

أن يكون النقل من غير ضروره وحينئذ يجب عليه الضمان عند التلف حتى لو كان المكان المنقول إليه أحرز منه .
لصريح المخالفة من غير حاجة .

الحال الثانية:

أن يكون النقل لضرورة كخوف الحريق أو غرق وحينئذ لا يجب عليه الضمان عند التلف .
لأن النقل في هذه الحالة واجب عليه .
بل صرح فقهاء الحنفية (1) ، والحنابلة (2) ، على أن الوديع لو ترك النقل في هذه الحال ضمن .
لأنه فرط في حفظها ، وحفظها في نقلها ولأن الظاهر أن رب الوديعة إنما قصد بالنهاي عن النقل الاحتياط في حفظها ، والاحتياط في هذه الحالة إنما يكون في نقلها .

هذا إذا لم ينهه المودع عن نقلها مع الضرر والخوف أما إذا نهاه مع حال الضرر والخوف .
لم يجب عليه ضمان سواء تركها أو تلفها .
لأن نهيه عن النقل مع الخوف والهلاك أبرأ الوديع من الضمان ، إذ الضمان إنما يجب لحق صاحبها فسقط قوله .
والله أعلم

(1) بدائع الصنائع 210/6 ، درر الحكام 246/2 مادة (784) .

(2) المغني 259/9 .

00000

المطلب الثالث

مؤونة النقل إذا كان التسليم في غير بلد المودع

ذهب الحنفية (1) ، والشافعية (2) ، الحنابلة (3) ، والظاهرية (4)

إلى أن مؤونة نقل الوديعة على المودع ، ولا يلزم الوديع نقلها إلى دار المودع ، سواء قُلت المؤونة أو كثرت . لأن الوديع ، إنما قَبِضَ العين لمنفعة مالكها على الخصوص ، فلم تلزمه الغرامة عليها ، كما لو وكله على حفظها في ملك صاحبها ، وإنما عليه التمكين من أخذها . وعلى ذلك ، فإذا امتنع الوديع عن نقلها إليه ، وهلكت بعده بيده ، لم يلزمه الضمان ، لأن مؤونة الرد على المالك ، وليس على الوديع شيء غير التخلية والتمكين .

(1) البحر الرائق 276/7 ، الفتاوي الهندية 356/4 .

(2) روضة الطالبين 305/5 .

(3) المغني 269/9 ، كشف القناع 182/4 .

(4) المحلى لابن حزم 139/7 .

لم أجد للمالكية نصاً على هذه المسألة ويمكن أن يخرج لهم قول في هذا .

فيقال يمثل قول الجمهور لأن الوديع عندهم أمين والأمين محسن وما على المحسن

من سبيل . انظر : الكافي (304) .

المبحث الثالث

النقل في القرض والهبة

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : اشتراط القبض لنقل الملك في

القرض .

المطلب الثاني : اشتراط القبض لنقل الملك في

الهبة .

المطلب الأول اشتراط القبض لنقل الملك في القرض

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في اشتراط القبض لنقل الملك في القرض على أقوال :

القول الأول :

أنه يشترط القبض لنقل الملك في القرض . وهذا مذهب الحنفية (1) ، والشافعية في الاظهر (2) ، وهو المذهب عند الحنابلة (3) .

واستدلوا على ذلك بأدلة منها :

- 1- أن مأخذ الإسم دليل عليه فإن القرض قطع في اللغة فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم (4) .
- 2- أن المستقرض بنفس القبض صار بسبيل من التصرف في القرض من غير إذن المقرض بيعاً وهبة وصدقة وسائر التصرفات ، وإذا تصرف

نفذ تصرفه ولا يتوقف على إجازة المقرض ، وهذه أمارات الملك إذ لو لم يملكه لما جاز التصرف فيه (5) .

- (1) بدائع الصنائع 396/7 ، البحر الرائق 133/6 .
- (2) روضة الطالبين 377/3 ، نهاية المحتاج 332/4 .
- (3) المغني 431/6 ، كشف القناع 312/3 .
- (4) بدائع الصنائع 396/7 .
- (5) المبدع لابن مفلح 206/4 ، نهاية المحتاج 232/4 وانظر عقد القرض لنزير حماد

3- أن عقد القرض إنما هو من عقود التبرعات - في أصح قولى العلماء - الا ترى أنه لا يقابله عوض في الحال ، ولا يملكه من لا يملك التبرع ، فصار حكمه كباقي التبرعات من هبات وصدقات ، وهي لا تملك إلا بالقبض (1)

القول الثانى :

انه لا يشترط القبض لنقل الملك في القرض . وإنما يحصل الملك في القرض بتمام العقد . وهذا مذهب المالكية (2) ، والظاهرية (3) ، واختاره الشوكاني (4) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- عموم قول الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود..." (الآية (5)).

(1) الروض المربع وحاشيته 39/5 ، عقد القرض لنزیه حماد .

(2) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 296/3 ، الشرح الكبير

للرددير وحاشيته

226/3 .

(3) المحلي لابن حزم 350/6 .

(4) السيل الجرار 687/2 .

(5) سورة المائدة رقم (1) .

ونوقش :

بعدم التسليم بالتسوية بين القرض والبيع ، لأن البيع عقد معاوضة بخلاف القرض فإنه من عقود التبرعات .

القول الثالث :

أن ملكية القرض تثبت بالتصرف فيه . وهذا هو القول الثاني عند الشافعية (1) ، وروى عن أبي يوسف - من الحنفية - نحوه حيث قال : لا يملكه إلا باستهلاكه (2) .

واستدلوا على ذلك :

بأن عقد القرض ليس بتبرع محض إذ يجب فيه البذل وليس هو على حقائق المعاوضات فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله وهذا إنما يثبت للتصرف فيه (3) .

ونوقش :

بأن استقرار بدله يحصل بقبضه فملكته تحصل بذلك أيضا .

(1) روضة الطالبين 277/3 .

(2) بدائع الصنائع 396/7 .

(3) فتح العزيز للرافعي 391/9 .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول ومناقشة ما
أمكن منها يتبين لي - والعلم عند الله - أن القول الأول هو
الراجح وذلك لوجاهة أدلته ، وسلامتها من المناقشة ،
ومناقشة أدلة الآخرين .

00000

المطلب الثاني اشتراط القبض لنقل الملك في الهبة

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في اشتراط القبض لنقل الملك في الهبة على أقوال :

القول الأول :

انه يشترط القبض لنقل الملك في الهبة. وهذا مذهب الحنفية (1) ، والشافعية (2) ، والحنابلة (3) ، وبه قال طائفة من التابعين (4) ، وحكى بعض العلماء إجماع الصحابة على ذلك (5) .
واستدلوا على ذلك بأدلة منها :

1- حديث عبد الله بن الشخير قال : " أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقرأ " ألهاكم التكاثر " قال : يقول ابن آدم : مالي ، مالي وهل لك يا ابن آدم من مالك إلا ما أكلت فأفانيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فأمضيت " (6) .

-
- (1) بدائع الصنائع 123/6 ، تبيين الحقائق للزيلعي 91/5 .
 - (2) روضة الطالبين 437/4 ، نهاية المحتاج 414/5 .
 - (3) المغني 240/8 ، الأنصاف 14 /17 .
 - (4) المغني 240/8 ، المحلي لابن حزم 65 /8 .
 - (5) الاستذكار لابن عبد البر 303/22 .
 - (6) أخرجه مسلم في كتاب الزهد رقم (2958) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط في الصدقة الإمضاء وهو الاقباض حتى تخرج عن حكم المال الموروث ، والهبة في ذلك كالصدقة (1) .

2- ما جاء عن أبي بكر رضي الله عنه أنه نحل عائشة - رضي الله عنها - جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالغابة ، فلما حضرته الوفاة قال : والله بابنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ، ولا أعز علي فقراً بعدي منك ، وإنني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً ، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله ... " (2) .

وجه الاستدلال :

أن أبا بكر رضي الله عنه جعل الهبة التي لم تقبض غير لازمه حيث صرح بأنها من جملة المال الموروث .

(1) المحلي لابن حزم 64/8 ، بدائع الصنائع 123/6 .

(2) أخرجه مالك في موطنه في كتاب الأفضية /باب ما لا يجوز من

النحل رقم

(2189) وعبد الرازق في مصنفه في الوصايا / باب النحل ، وهذا

الأثر ر إسناده

صحيح كما قال ابن عبد البر في الاستذكار 301/22 وقال الألباني في

الارواء

62-61/6 : انه على شرط الشيخين .

- 3- ما جاء عن عمر رضي الله عنه انه قال : "
ومن نحل نحلته فلم يحزها الذي نُحلها حتى تكون إن مات
لورثته فهي باطل (1) .
- 4- أن الهبة عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فوجب أن يفتقر إلى
القبض كالقرض (2) .

القول الثاني :

- انه لا يشترط القبض لنقل الملك في الهبة.
وهذا مذهب المالكية (3) ، والظاهرية (4) ، وأبي ثور (5) ،
وهو قول للشافعية (6) ، وراوية عن أحمد (7) .
واستدلوا على ذلك بأدلة منها :
- 1- قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... " (8)

وجه الاستدلال :

- (1) أخرجه مالك في موطنه في الأفضية /باب ما لا يجوز من النحل
رقم (2190) وعبد
الرازق في مصنفه في الوصايا / باب النحل ، والأثر صححه ابن
عبد الب ر ف ي
الاستذكار 301/22 .
- (2) بدائع الصنائع 123/6 .
- (3) بداية المجتهد 162/4 .
- فائده : المالكية يجعلون القبض في الهبة من شروط التمام لا الصحة
- (4) المحلي لابن حزم 62/8 .
- (5) المغني لابن قدامه 240/8 .
- (6) روضة الطالبين 437/4 .
- (7) الانصاف 15/17 ، الاستذكار 303/22 .
- (8) سورة المائدة رقم (1) .

أن الأمر في الآية أمر عام فيشمل كل عقد ومنه عقد الهبة ، ولم يقيد ذلك بالقبض .

ونوقش :

بأن المراد به لازم العقود – كما دلت عليه أحاديث الخيار – ولزوم الهبة يكون بالقبض لا بالعقد (1) .
2- حديث ابن عباس – رضي الله عنه – قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " العائد في هبته كالكلب يقى ثم يعود في قيئه " (2) .

وجه الاستدلال :

أنه صلى الله عليه وسلم لم يُفرق بين ما كان مقبوضاً وغير مقبوض فدل على عموم الحكم في الحالين (3) .

ونوقش :

بأن الحديث محمول على المقبوض (4) ، بدليل ما جاء عن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم .

3- ما جاء عن علي وابن مسعود أنهما كانا يجيزان الصدقة وإن لم تقبض (1) .

(1) الحاوي الكبير للماوردي 402/9 .

(2) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها / باب لا يحل أن يجمع في هبته

وصدقته رقمة

(2621) ، ومسلم في الهبات / باب تحريم الرجوع في الصدقة

والهبة بعقد القبض

إلا ما وهبه لولده وإن سفل .

(3) المغني 240/8 ، الإشراف في مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب

. 81/2

(4) المغني 241 /8 .

وجه الاستدلال :

أن الهبة والعطية والصدقة كلها متقاربة في المعنى فإذا أجزت الصدقة قبل القبض فهي في الهبة من باب أولى وأحرى .

ونوقش :

بأن ما ورد عنهما ضعيف فإن في إسناده جابراً الجعفي وهو متروك قاله النسائي وغيره (2) .

5- أن الهبة عقد إرفاق وتبرع فيجب أن يلزم بمجرد القول قياساً على الوقف (3) .

ونوقش :

بعدم التسليم بصحة القياس على الوقف ، لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى فخالف التمليكات (4) .

(1) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب الصدقة / باب لا تجوز الصدقة إلا

بالقبض .

(2) انظر : تهذيب الكمال 4/469 .

(3) المغني 8/241 .

(4) المغني 8/241 .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول ومناقشة ما أمكن منها يتبين لي - والعلم عند الله - أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور . لقوة ما استدلوا به ولأنه قول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ولا يعرف لهم مخالف (1) .

(1) المغني 241/8 .

المبحث الرابع النقل في اللقيط

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نقل اللقيط من مكان إلى آخر، وفيه
فرعان .

الفرع الأول : نقله إلى الحاضرة .

الفرع الثاني : نقله إلى البادية .

المطلب الثاني : نقل حضانة اللقيط .

المطلب الأول نقل اللقيط من مكان إلى آخر

الفرع الأولي :

نقله إلى الحاضرة .
إذا أراد ملتقط اللقيط نقل اللقيط من البادية إلى الحاضرة ،
فإنه يُقَرُّ في يده .
لأن نقله في هذه الحالة انفع له لأنه ينقله من أرض البؤس
والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين .
بالإضافة إلى إمكانية تعليمه ، وتربيته على الوجه الأكمل .
وبهذا قال الشافعية (1) ، والحنابلة (2) .

الفرع الثاني :

نقله إلى البادية :
إذا أراد ملتقط اللقيط نقل اللقيط من الحاضرة إلى البادية
فإنه يمنع من ذلك ولا يُقَرُّ اللقيط في يده لوجهين :

أحدهما : أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه ،
وأرفه له .

(1) المهذب مع المجموع 16/ 211 - 213 ، روضة الطالبين 488/4 - 489 .

(2) المغني 8/ 362 - 363 ، كشف القناع 4/ 226 .

وثانيهما : أنه إذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه ، فبقاءه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله ، واعترا فهم به . بالإضافة إلى أن عيش البادية خشن ، ويفوته بانتقاله إلى البادية العلم بالدين والصناعة .
وبهذا أيضاً قال فقهاء الشافعية (1) ، والحنابلة (2) .

00000

(1) المصادر السابقة .

(2) المصادر السابقة .

المطلب الثاني نقل حضانة اللقيط

إذا التقط اللقيط من لا حضانة له ، ولا ولاية كالكافر والمجنون وغيرهما ممن لا يملك حق حضانة الطفل فإنه حينئذ يجب نقل حضانة اللقيط إلى غيره ولا يُقَرَّ في يده .
لأن الكافر لا ولاية له على مسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه في دينه ويُعلِّمه الكفر ، بل الظاهر أنه يربيّه على ذلك .

والحضانة إنما تثبت لحظ الولد ، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه .
وبهذا قال الشافعية (1) ، والحنابلة (2) .

(1) تكملة المجموع 16 / 212 ، روضة الطالبين 6 / 504 .
(2) المغني 8 / 363 - 364 ، الشرح الكبير 24 / 469 - 471 .

المبحث الخامس

النقل في الوقف

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : نقل الوقف للحاجة والمصلحة .
- المطلب الثاني : نقل الوقف لتعطل منافعه .

المطلب الأول نقل الوقف للحاجة والمصلحة

المقصود بالمصلحة هي المصلحة الراجحة ، وذلك بأن يكون بدله خيراً منه للواقف والموقوف عليه ، كأن تقل منافعه ويكون غيره أنفع منه ، وأكثر غلةً على أهل الوقف .

فهل نقل الوقف في مثل هذه الحالة يجوز أم لا ؟
اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول :

أنه لا يجوز نقل الوقف إذا لم تتعطل منافعه ، ولو كانت المصلحة في نقله .

وهذا قول جمهور أهل العلم: من الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾ .

(1) شرح فتح القدير 219/6 ، البحر الرائق 223/5 .

(2) الكافي لابن عبد البر 541/ ، النوادر والزيادات لابن زيد القيرواني 82/12 .

(3) روضة الطالبين 420/4 ، نهاية المحتاج للرملي 395/5 .

(4) المحرر 370/1 ، منتهى الإرادات مع حاشية النجدي 383/3 .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر : تصدق بأصله لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث ، ولكن ينفق ثمره (1) .

وجه الاستدلال :

أن الحديث صريح بعدم مساع بيع الوقف ، وإذا منع بيع الوقف الغرب فقائم المنفعة أولى وأحرى بالمنع .

ونوقش بما يلي :

(أ) بأن المراد ببيع الوقف الممنوع في هذا الحديث هو البيع المبطل لأصل الوقف الذي لا يقام مقامه ، وإنما بيع ليؤكل ، ويدل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم فرقه بالهبة والوراثة .

قال ابن قاضي الجبل (2) : " فالبيع والحالة هذه لا يجوز إجماعاً ؛ لأن فيه ابطالا لأصل الوقف ، وذلك لا يجوز عند

(1) أخرجه البخاري في كتاب الشروط / باب الشروط في الوقف ، ومسلم في كتاب الوصية / باب الوقف رقم (15) .

(2) هو أحمد بن الحسن بن عبد الله بن الشيخ أبي عمر المقدسي ، شرف

الدين أبو _____ و

العباس ، المعروف بابن قاضي الجبل ، من تلاميذ شيخ الإسلام ابن تيمية ، وق _____ د

كان من أهل البراعة والفهم والرياسة في العلم ، عالماً بالحديث ، والنحو ، والفقه ، _____ ه ،

وغير ذلك ، له مصنفات منها : الفائق ، والمناقلة بالأوقاف ، تنقيح الأبحاث _____ ي ر _____ ع

التيتم للأحداث ، توفي سنة 771 هـ .

(الذيل على طبقات الحنابلة 2 / 453 - 454) .

العلماء المجمعين على

صحة الوقف ولزومه ، وإذا محل البيع على هذا المعنى لم يتخصص بحال ، فإن أحداً لا يجوز بيعه ليؤكل ثمنه " (1)

(ب) وعلى التسليم بأن المراد ببيع الوقف عموم بيعه فيقال : إن اللفظ عام دخله التخصيص أو التقييد بحال التعطل أو رجحان المصلحة وحينئذ يحمل الوقف على غير ذلك . وهذا لأن قوله : لا يبالي نهى أو نفي ، وهو قابل للتخصيص أو التقييد في الأزمان والأموال " (2) .

2- ما رواه سالم بن عبد الله عن أبيه قال : أهدى عمر بن الخطاب نجيباً فأعطى بها ثلاثمائة دينار ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني أهديت نجيباً ، فأعطيت بها ثلاثمائة دينار ، أفأبيعها وأشتري بثمنها بدنا ؟ قال : " لا انحرها اياها " (3) .

(1) المناقلة بالأوقاف / ص 54 .

(2) المناقلة بالأوقاف / ص 54 .

(3) أخرجه أحمد 145/2 ، وأبو داود في كتاب المناسك / باب تبديل

الهـ دي رقم

(1756)، وابن خزيمة في كتاب المناسك / باب استحباب المغالات في

ثم الهـ دي

وكرائمه رقم (1991) من طريق جهم بن الجارود عن سالم بن عبد

الله عـ ن أبيه

به . قال البخاري : لا يعرف لجهم سماعاً من سالم . انظر : التاريخ

الكبير

230/2 ، تحفة التحصيل / 66 .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عمر عن استبدال الهدى ، وهذا يدل على عدم جوازه ~ ، فكذلك الوقف قياساً عليه .

ونوقش بما يلي :

(أ) أن الحديث فيه انقطاع فقد ذكر البخاري في تاريخه أنه لا يعرف لجهمي سماع من سالم (1) .

(ب) وعلى تقدير صحة الحديث يقال إن فوض المسألة كون العين التي وقع الاستبدال بها أرجح من الوقف وأولى ، والعين التي أراد عمر رضي الله عنه الاستبدال بها ليست بأرجح من النجبية بالنسبة إلى التقرب إلى الله - سبحانه وتعالى - بل النجبية كانت راجحة على ثمنها ، وعلى البدن المشتراه به ؛ لأن خير الرقاب أغلاها ثمناً ، وأنفسها عند أصلها ، والمطلوب أعلى ما يؤخذ فيما يتقرب به إلى الله - سبحانه وتعالى - (2) .

(ج) وعلى تقدير صحة الحديث، والتسليم يكون الاستبدال بالهدى والأضحية ممنوعاً ، فإن ذلك لا يستلزم عدم جواز الاستبدال في الأوقات عند رجحان المصالح ؛ لأن الوقف مراد لاستمرار ريعه ودوام غلته بخلاف الهدى والأضحية (3) .

-
- (1) المصادر السابقة .
(2) المناقلة بالأوقاف / ص 57 .
(3) المصدر السابق .

3- قياس الموقوف على الحر المعتق ، فكما أن العتيق الحر لا يقبل الرق بعد عتقه ، فكذلك العين الموقوفة لا تقبل الملك بعد صحة الوقف (1) .

ونوقش :

بأن الهدي الواجب والنذر قد زال ملكه عنه ، ويجوز التصرف فيه بالذبح قبل محله ، وكذلك إذا نذر التصرف بدراهم بعينها جاز ابدالها بغيرها ، وكذلك إذا جعل داره هدياً إلى الكعبة جاز بيعها وصرف ثمنها إلى الكعبة ، فأما العبد إذا أعتقه فلا سبيل إلى إعادة المالية فيه بعد عتقه وانها المنافع هي المقصود فتوصل بماليتها إلى حصول فائدته بإبداله وبيعه ، فصار شبهة بالهدي إذا عطب أولى من شـهـه بالعـيـد إذا عتق (2) .

القول الثاني :

انه يجوز نقل الوقف للمصلحة والحاجة .
وبهذا قال بعض الحنفية (3) ، وبعض الشافعية (4) ، وبعض الحنابلة (5) .

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (6) .

-
- (1) رسائل ابن نجيم ص 58 .
(2) المناقلة بالأوقاف / ص 55 .
(3) شرح فتح القدير 220/6 .
(4) ذكر هذا القول عنهم شيخ الإسلام في الفتاوى 253/31 ، ولم أطلع عليه فيمـه بـهـه

يدى من كتبهم .

- (5) المناقلة بالأوقاف 9 ، الانصاف 523/16 – 525 .
(6) الاختبارات الفقهية / 263 ، الانصاف 523/16 .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1_ حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : "يا عائشة لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم فأدخلت فيه ما أخرج منه وألزمته بالأرض ، وجعلت له بابين باباً شرقياً وباباً غربياً ، فبلغت به أساس إبراهيم ... الحديث " (1) .

وجه الاستدلال :

أن من المعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض، ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه صلى الله عليه وسلم واجباً لم يتركه ، فعلم أنه كان جائزاً ، وأنه كان أصلح لولا ما ذكره من حدثان عهد قريش بالإسلام ، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر ، فعلم أن هذا جائز في الجملة ، وتبديل التالف بتالف آخر هو أحد أنواع الإبدال (2) .

وقال ابن قاضي الجبل : " هذا الحديث دل على مساع مطلق الإبدال في الأعيان الموقوفات للمصالح الراجحات " (3) .

2- ما رواه القاسم قال : لما قدم عبد الله بن مسعود رضي الله عنه - يعنى إلى الكوفة كان سعد بن مالك قد بنى القصر ، واتخذ مسجداً عند أصحاب التمر ، قال : فنقب

(1) أخرجه البخاري في كتاب الحج / باب فضل مكة وبنائها ، ومسلم في كتاب

الحج / باب نقض الكعبة وبنائها رقم (398) .

(2) مجموع الفتاوى 244/31 .

(3) المناقلة بالأوقاف / ص 43 .

بيت المال ، فأخذ الرجل الذي نقبه فكتب فيه إلى عمر بن الخطاب فكتب عمر رضي الله عنه : ألا تقطع الرجل وانقل المسجد واجعل بيت المال في قبلته ، فإنه لن يزال في المسجد محل ، فنقله عبد الله فخط له هذه الخطة (1) .

وجه الاستدلال :

أنه إذا كان يجوز في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه ، وعينه محترمه شرعاً أن يبدل به غيره للمصلحة فلأن يجوز الإبدال بالأصلح وإلا نفع فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى (2) .

وقال ابن قاضي الجبل : " هذا الأثر كما أنه يدل على مساع بيع الوقف عند تعطل نفعه فهو دليل أيضاً على جواز الاستبدال عند رجحان المبادلة ؛ لأن هذا المسجد لم يكن متعطلاً ، وإنما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبله المسجد الثاني (3) .

3-حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال : حملت على فرس في سبيل الله ؛ فأضاعه الذي كان عنده ، فأردت أن اشتريه منه ، وظننت أنه بائعه برخص . فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : " لا تشتريه وإن

(1) رواه الطبري في تاريخه 192/3 ، وقال عنه التهانوي : " وإسناده وإن لم يكن محتجاً به في الأحكام فقد احتج الحفاظ برجاله في السير ". اعلام السنن 215/13 .

(2) مجموع الفتاوى 342/31 .

(3) المناقلة بالأوقاف / ص 38 .

أعطاه بدرهم واحد ، فإن العائد في حذفته كالكلب
يعود في فيئه (1) .

وجه الاستدال :

قوله " فأضاعه " يقتضي أن الذي كان عنده قد قصر في
حقه حتى ضعف ، فبيع ، لضياعه وضعفه ، ولم ينكر
الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإنما أنكر على عمر شرائه
؟ لتصدق به .

والظاهر من العمل في سبيل الله أن المراد بذلك حقيقة
الحبس ، بل هو التبادر من الحديث خصوصاً وقد سماه
(صدقة) .

وحينئذ يكون التمسك بذكر الهبة إنما هو لمشابهة الوقف لله
؛ لما في الارتجاع في العين بعد خروجها (2) .

4- قياس إبدال الوقف بخير منه على إبدال المنذور بخير
منه وعلى إبدال الواجب في الزكاة بخير منه (3) .
فقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم تجويز إبدال
المنذور بخير منه ، وذلك فيما رواه جابر بن عبد الله أن

(1) أخرجه البخاري في كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها / باب لا
يحـ ل لأحـ د أن

يرجع في هبة وصدقة رقم (2623) .

ومسلم في كتاب الهبات / باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن
تصـ ر ف بـ هـ

رقم (1620) .

(2) المناقلة بالأوقاف / ص 50 .

(3) مجموع الفتاوى 244/31 ، المناقلة بالأوقاف ص 44 .

رجلاً قام يوم الفتح ، فقال : يا رسول الله ، إني نذرت لله إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين ، فقال : " صل ها هنا " ، ثم أعاد عليه ، فقال : " صل ها هنا " ، ثم أعاد عليه ، فقال : "شأنك إذن " (1) .

وثبت عنه صلى الله عليه وسلم أيضاً تجويز إخراج أفضل من الواجب في الزكاة ، وذلك فيما رواه أبي بن كعب رضي الله عنه قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم مصدقاً ، فمررت برجل ، فلما جمع

لي ماله لي ماله لم أجد عليه فيه إلا ابنة مخاض ، فقلت له : أد ابنة مخاض فإنها صدقتك ، فقال : ذاك ما لا لبن فيه ولا ظهر ، ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة فخذها ، فقلت له : ما أنا بأخذ ما لم أؤمر به ، وهذا رسول الله صلى الله

(1) رواه أبو داود في كتاب الأيمان والنذور – باب من نذر أن يصلي ببيت المقدس رقم 3305 ، واللفظ له ، وسكت عنه ، أحمد 236/3 ، 363/3 ، الحاكم في كتاب النذور 304/4 – 305 ، وقال : " هذا حديث صحيح على

شرط مسلم ولم يخرجاه " وسكت عنه الذهبي في تلخيصه .
البيهقي في كتاب النذور – باب من لم ير وجوبه (يعني المشي إلى المسجد الحرام أو مسجد المدينة أو الأقصى) بالنذر أو أقام الأفضل من هذه المساجد الثلاثة مدة ما هو أدنى منه 82/10 - 83 .
قال ابن حجر : " وصححه أيضاً ابن دقيق العيد في الاقتراح " (تلخيص الحبير).

عليه وسلم منك قريب ، فإن أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ما عرضت علي فافعل ، فإن قبله منك قبلته ، وإن رده عليك رددته ، قال : فإني فاعل ، فخرج معي وخرج بالناقة التي عرض علي حتى قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له : يا نبي الله ، أتاني رسولك ليأخذ مني صدقة مالي ، وأيم الله ما قام في مالي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رسوله قط قبله ، فجمعت له مالي فزعم أن ما علي فيه ابنة مخاض ، وذلك ما لا لبن فيه ولا ظهر ، وقد عرضت عليه ناقة فتية عظيمة ليأخذها ، فأبى علي ، وها هي ذه قد جئتك بها يا رسول الله خذها ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ذاك الذي عليك ، فإن تطوعت بخير آجرك الله فيه وقبلناه منك " ، قال : فها هي هذه يا رسول الله قد جئتك بها فخذها ، قال : فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقبضها ، ودعا له في ماله بالبركة (1) .

فهذان الحديثان يدلان على جواز إبدال جنس المنذور بخير منه من نوعه ، وكذلك الأعيان الواجبة التي تعينت كالهدايا والضحايا ، وكذلك في الزكوات إذا وجب مثلاً بنت مخاض فأدى بنت لبون ، أو وجبت بنت لبون فأدى حقه .

(1) رواه أبو داود في كتاب الزكاة - باب في زكاة السائمة 104/2 ،
الحديث رقم 1583 ، واللفظ له وسكت عنه ، أحمد 142/5 ، الحاكم في كتاب
الزكاة 399/أ ،
400 ، وقال "حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه" وافقه الذهبي
في تلخيصه .

قال ابن قاضي الجبل : " ويتناول بمعناه الأعيان
الموقوفات إذا ظهرت مصلحة الاستبدال بها على غيرها " (1)

5- إلحاق محل النزاع بمحل الإجماع ، حيث أجمع العلماء
على جواز بيع دواب الحبس الموقوفة إذا لم تعد صالحة لما
وقفت له ، فالفرس الحبيس ونحوه إذا كان عاطلاً عن
الصلاحية للجهاد جاز بيعه
بالإجماع ، وإن كان فيه نفع من وجه آخر من الحمل ،
ونحوه ، ومن المعلوم أن الفرس الحبيس ونحوه أو لم يبق
فيه نفع مطلقاً لما أمكن بيعه إذ لا يجوز بيع ما لا نفع فيه ،
فعلم أن منفعته ضعفت وجاز الاستبدال بأرجح منه ، فعلم
أن ذلك دائر مع رجحان المصلحة في جنس الاستبدال (2) .

(1) المناقلة بالأوقاف / ص 46

(2) المرجع السابق ص 48 .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة وأدلة كل قول يظهر لنا –
والعلم عند الله – أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني هو
الراجح وذلك لقوة ما استدعوا به ، ولما في ذلك من
المصلحة الظاهرة للموقوف عليه ، ولا شك أن التصرف
في الوقف منوط بالمصلحة ، ولأن ذلك رسالة إلى
استمرار الوقف .

00000

المطلب الثاني نقل الوقف لتعطل منافعه

اختلف أهل العلم في حكم نقل الوقف إذا تعطلت منافعه
على أقوال :
القول الأول :

انه يجوز نقل الوقف إذا تعطلت منافعه .
وهو مذهب الحنفية (1) ، والحنابلة (2) ، وبه قال بعض
المالكية (3) ، والشافعية (4) .
واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال : سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " ن الله كره لكم ثلاثاً
قيل وقال ، وكثرة السؤال واضاعة المال " (5) .

-
- (1) شرح فتح القدير 219/6 ، البحر الرائق 223/5 .
 - (2) منتهى الإرادات مع حاشية النجدي 283/3 ، المغني 221/8 .
 - (3) الكافي لابن عبد البر / 541 ، النوادر والزيادات 82/12 .
 - (4) روضة الطالبين 420/4 ، نهاية المحتاج 395/5 .
 - (5) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة / باب قوله تعالى : " لا يسألون
الناس إحقاقاً " ،
ومسلم في كتاب الأفضية / باب النهي عن كثرة المسائل من غير
حاجة
رقم

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاءة المال ، ولا يخفى أن في ابقاء الوقف حال التعطل على ما هو عليه اضاءة للمال ، فوجب الحفظ بالبيع ، لأن المقصود انتفاع الموقوف عليه بالثمرة لا بعين الأصل من حيث هو ، ومنع البيع حينئذ يبطل لهذا المعنى الذي اقتضاه الموقف فيكون خلاف الأصل (1) .

2- ما جاء في حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر : " تصدق بأصله لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث (2) .

وجه الاستدلال :

أن عموم هذا الحديث يدل على أن الأصل في الوقف التأييد والدوام وذلك ليدوم الثواب ، وفي تعطل الوقف أو خرابه تضییع لفائدته ، والتمسك بالعين في تلك الحالة ابطال لغرض الواقف ، وفي استبداله عند تعطله رعاية لغرض الواقف واستبقاء للوقف بمعناه عند تعذر ابقائه في صورته ، فتعين ذلك (3) .

3- ما جاء عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه : انه أمر عبد الله بن مسعود بتحويل المسجد الجامع

(1) كشف القناع 292/4 .

(2) أخرجه البخاري في كتاب الشروط / باب الشروط في الوقف رقم (

ومسلم في كتاب الوصية / باب الوقف رقم () .

(3) المغني 222/8 ، تصرفات الأمين في العقود الماية 618/2 .

بالكوفة ونقله ، وجل بيت المال في قبلته فحوله عبد اله ، وصارت عرصة المسجد الأول عرصة للتمارين (1) .

وجه الاستدلال :

أن عمر رضي الله عنه أمره بنقل المسجد من مكانه فدل على جواز نقل الوقف من مكانه وابداله بمكانه ، وكان هذا بمحض الصحابة فكان كالأجماع ، إذ لم ينكر أحد ذلك مع كونهم لا يسكتون عن إنكار ما يعدونه خطأ .

وإذا جاز الاستبدال في المسجد ، الذي يوقف للانتفاع بعينه ، وعينه محتدمه شرعاً ، فلأن يجوز الاستبدال فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى (2) .

4- أنه لا تقع في بقاء الوقف مع تعطل منافعه ، وفيه ذهاب لماليته فكانت المحافظة على ماليته ببيعه واستبداله أولى ، لأنه لا يجوز وقف ما لا نفع فيه ابتداءً ، فلا يجوز استدامة وقفه ؛ لأن ما كان شرطاً لابتداء الوقف كان شرطاً لاستدامته ، كالمالية (3) .

5- أن الوقف مؤيد ، فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه استفينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى ، واتصال الأبدان جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض من الوقف (4) .

(1) سبق تخريجه .

(2) العمدة للمقدسي ص 282 ، المغني 222/8 ، مجموع الفتاوى 229/31 .

(3) الكافي لابن قدامه 590/3 - 591 .

(4) قاله ابن عقيل انظر : المغني 222/8 ، مجموع الفتاوى 222 / 31 .

القول الثاني :

أنه لا يجوز نقل الوقف إذا تعطلت منافعه . وهو مذهب المالكية (1) ، والشافعية (2) ، وبه قال بعض الحنفية (3) ، والحنابلة (4) .

واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر : " تصدق بأصله ، لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث " (5) .

وجه الاستدلال :

أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر أن الوقف لا يباع ، وهذا عام في كل وقف سواء تعطلت منافعه أم لم تتعطل .

ونوقش :

بأن المراد بالبيع في الحديث هو البيع المبطل لأصل الوقف بدليل قرنه بالهبة والارث ، وعلى تقدير عمومه فإنه مخصوص منه حال التعطل بما تقدم ذكره من أدلة أصحاب القول الأول (6) .

2- أن أكثر أوقاف السلف - رحمهم الله - قد خربت ، ولو كان البيع جائزاً فيها لما اغفلوه ، ولكن بقاؤه خراباً دليل على منع بيه (7) .

(1) انظر المصادر السابقة ص

(2) انظر المصادر السابقة ص

(3) انظر المصادر السابقة ص

(4) انظر المصادر السابقة ص

(5) سبق تخريجه .

(6) المناقلة بالأوقاف / ص 54 .

(7) المدونه 100/6 .

ونوقش :

بأنه قد ثبت المناقلة عن جمع من السلف كما جاء هذا عن
عمر رضي الله عنه فبطل هذا الدليل .

3- أن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطيلها
كالعبد المعتق (1) .

(1) المتقى شرح الموطأ 130/6 ، المغني 221/8 .

ونوقش بما يلي :

1- بأن الإجماع على خلاف هذا الدليل وذلك : انهم اجمعوا على جواز استبدال الفرس الحبيس على الغزو إذا كبرت فالم تصرف تصحح للغزو (1).

2- أن هذا القياس قياس مع الفارق ؛ لأن بيع الوقف واستبداله عند تعطله يخالف العبد المعتق ، لن العبد بعد العتق خرج عن حكم الأموال بخلاف الوقف (2).

القول الثالث :

انه يجوز نقل ما وقف على المسجد عند تعطل منافعه دون غيره .

وبهذا قال بعض الشافعية (3).

واستدلوا على ذلك :

بأن دار المسجد يستحقها المسجد ، وهو شيء واحد حاجته حاصلة الآن ، فالمتصرف عليه نظره شامل ، بخلاف الموقوف على بطون ، فالمبطن الذي لم يأت بعد ليس للناظر تصرف عليه (4).

(1) المغنى 221/8 .

(2) تصرفات الأمين في العقود المالية 623/2 .

(3) نهاية المحتاج 395/5 .

(4) شرح الحاوي الصغير 1/312 / أ ، التصرف في الوقف 356/1 .

ونوقش :

بأن هذا الدليل يدل على جواز نقل الوقف مطلقاً سواء أكان على مسجد أم على غيره ، وإنما خلافهم أنه ليس للناظر حق التصرف على ما يأتي من البطون ، وذلك يبيح الاستبدال عن طريق الحاكم ؛ لأن له النظارة العامة (1) .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة يظهر لي – والعلم عند الله – أن القول الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول . وذلك لقوة ما استدلوا به ، ولما في ذلك من المصلحة الظاهرة للواقف باستمرار جريان صدقته بالوقف ، والمصلحة للموقوف عليه باستمرار انتفاعه بالوقف . ولأن المانعين من الاستبدال والنقل أجازوا بيع الفرس الحبيس للغزو عند تعطله ، مما يدل على أن منع البيع ليس حكماً ثابتاً لذات الوقف (2) . والله أعلم .

00000

(1) التصرف في الوقف 356/1 .

(2) المناقلة بالأوقاف / ص 54 .

المبحث السادس

النقل في الوصية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : نقل الوصية من شخص إلى آخر

المطلب الثاني : نقل الموصي به من شيء إلى آخر

المطلب الأول نقل الوصية من شخص إلى آخر

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الوصية تصرف غير لازم في حال حياة الموصي ، وبناء على ذلك ، فإن الموصي لو رجع عن وصيته كلها أو بعضها أو تصرف فيها كان ذلك منه جائزاً .

لأن الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت ، فلم يتعلق بها حق الموصي له في حال الحياة ، ولذا فإن رجوعه عنها أو تصرفه فيها في حال الحياة لا يترتب عليه إلحاق ضرر بآخر ، إذا تقرر هذا ، فإن الموصي لو نقل وصيته من شخص إلى آخر جاز وصح تصرفه بالإجماع (1) .

00000

(1) انظر : المغني 468/8 ، الإجماع لابن المنذر ص 101 ، مراتب الإجماع لابن حزم ص 192 - 193 ، مجموع الفتاوى لابن تيمية 206 / 31 .

المطلب الثاني نقل الموصي به من شيء إلى آخر

تقدم في المطلب الماضي نقل اجماع أهل العلم على أن للموصي أن يتصرف في وصيته ما دام في حال الحياة ، وسواء كان هذا التصرف تصرفاً في الموصى له ، أو تصرفاً في الموصى به ، وبناءً على هذا .
فإن الموصي لو تصرف في وصيته بحيث نقل الموصى به من شيء إلى آخر صح وجاز تصرفه لما تقدم (1).

00000

(1) انظر : المراجع السابقة .

مقدمة

إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ، ونستهديه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ﴾

﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً ﴾

﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً ﴾

أما بعد ...

فإن شريعتنا الإسلامية شريعة الكمال والشمول ، فقد جاءت وافيةً بحاجات الناس في شتى أمورهم، ومحققَةً السعادة لهم في الدنيا والآخرة

علماً كمل الوجوه، ومواكبةً لحاجات البشر في كل زمانٍ ومكان، فهي منهاج كامل للحياة البشرية بكل مقوماتها؛ قال الله تعالى: ﴿ ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين ﴾

فكما أنها جاءت بأحكام خاصةٍ بالعبادات لتنظيم علاقة الإنسان بربه - سبحانه وتعالى - ليعبده على الوجه الصحيح فقد جاءت أيضاً بأحكام خاصة بالمعاملات ، لتنظيم تعامل الناس فيما بينهم في شئون حياتهم لكي لا يتعدى أحد على مال غيره فيأخذه أو يتلفه ، أو يلحق الضرر به ، فشرعت العقود على اختلافها ، ووضعت لكل عقد ما يناسبه من الأحكام ولما كان الإنسان يحتاج في بعض هذه العقود من نقلٍ للمبيع ، أو للرهن ، أو للضمان ، أو للوكالة وغيرها؛ شرع الإسلام ذلك تيسيراً على الناس ، ووضع حدوداً للتصرف في هذا المنقول ، ولما كان هذا النقل دقيقاً ومهماً يستحق بذل الجهد والوقت في سبيل جمع شتاته من ثنايا الكتب وتنظيمه ، ووضعه في بحثٍ مستقل بعد الدراسة والتمحيص عقدت العزم متوكلاً على الله - سبحانه وتعالى - بعد استشارة مشايخي على أن أتقدم بهذا الموضوع :

((أحكام النقل في المعاملات المالية)) إلى قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء . ليكون عنواناً للبحث التكميلي لنيل درجة الماجستير.

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية الموضوع من خلال ما يأتي :

1- تعلقه بجانب المعاملات من مبيع ، وشركة ، وإجارة ، ووكالة ، ورهن ... ، لأن أمور المعاملات تخفى على كثير من الناس مع شدة حاجتهم إلى معرفتها ، لأن التعامل بينهم أمر ضروري لقيام حياتهم العملية ، وخاصة أحكام النقل في المعاملات المالية التي هي محل البحث ..

2- شموله لأغلب أبواب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي .

3- اشتماله على مسائل جديدة تتعلق بها حاجة الناس اليوم .

أسباب اختبار الموضوع :

1- الرغبة الأكيدة في جمع شتات هذا الموضوع من ثنايا الكتب وتنظيمها في كتاب واحد ليسهل الإطلاع عليها ومعرفتها ، حيث لم أطلع - حسب علمي - على كتاب يجمعها بهذا الأسلوب .

2- ما سلكه كثير من الباحثين المعاصرين من جمع الأشباه والنظائر ، وضم بعضها إلى بعض في موضوع واحد حسب تناسق مؤلف .

3- الحاجة إلى جمع مثل هذه المسائل وحصرها في كتاب واحد ليسهل على القراء الرجوع إليها والاستفادة منها .

والنقل في اللغة والاصطلاح :

لغة : تحويل الشيء من موضع إلى آخر .

والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن معناه في اللغة.

وفيما يلي نذكر أهم ما ورد في البحث من مسائل على سبيل الإيجاز والاختصار:

(1) ما يشترط فيه القبض لنقل ملكيته :

اتفق جمهور فقهاء هذه الأمة على اشتراط القبض في الطعام – في الجملة – ، لنقل ملكيته.

قال ابن المنذر: وأجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً ، فليس له أن يبيعه حتى يقبضه .

واختلفوا فيما عدا الطعام على أقوال :

القول الأول :

أنه يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته ، ما عدا العقار خاصة .

وهذا مذهب الحنفية ، ورواية عند الحنابلة

القول الثاني :

أنه لا يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته، إلا في الطعام المكيل أو

الموزون .

وهذا مذهب المالكية ، ورواية عند الحنابلة

القول الثالث :

أنه يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته سواء كان المعقود عقاراً

أو منقولاً ، طعاماً أو غيره ، فلا بد من القبض لنقل ملكيته .

وهذا مذهب الشافعية ، ورواية عن الامام أحمد

القول الرابع :

إنه لا يشترط القبض في المبيع لنقل ملكيته ، إلا في المكيل ،

والموزون، والمعدود ، والمذروع ، سواء كان المكيل والموزون

مطعوماً أو غير مطعوم إذا بيع بالكيل أو الوزن .

وهذا هو المذهب عند الحنابلة.

والراجح

هو ما ذهب إليه الشافعية ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيميه -

رحمه الله – وابن القيم

(2) تصرف أحد المتابعين بنقل الملك في زمن الخيار

وهو على حالين :

الحال الأولى : أن يكون من البائع .

الحال الثانية : أن يكون من المشتري .

فإن كان من البائع ففيه خلاف .

القول الأول :

وهو أن الخيار لا يخلو إما أن يكون لهما معاً أو للبائع وحده أو للمشتري وحده ، فإن كان الخيار لهما معاً جاز للبائع التصرف في المبيع واعتبر تصرفه فسخاً للعقد .

وبهذا قال الحنفية وهو قول عند الحنابلة

القول الثاني:

وهو أن الخيار إن كان للبائع صح تصرفه في المبيع .
وإن كان الخيار للمشتري وباع البائع ، فللمشتري رده مع قيام المبيع وله الأكثر من فضل القيمة والثلث الثاني مع الفراق .
وهو ما ذهب إليه المالكية .

القول الثالث :

وهو إن كان الخيار لهما معاً أو للبائع وحده صح تصرفه بالمبيع والهبة والوقف والإجارة والعتق وغير ذلك ، وتكون تصرفاته هذه فسخاً للعقد .

وهو ما ذهب إليه الشافعية في الأصح

القول الرابع :

وهو أنه يحرم على البائع التصرف في المبيع زمن الخيار فإن فعل لم يصح تصرفه ولم ينفذ إلا العتق ، وهو ما ذهب إليه الحنابلة .
الراجح :

يظهر أن الجمهور من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، وقول عند الحنابلة ، يرون جواز تصرف البائع في المبيع إذا كان الخيار له وحده أو لهما معاً ويعتبرون تصرفه فسخاً للعقد .

الحال الثانية :

أن يكون التصرف من قبل المشتري .
وهنا اختلف الفقهاء - رحمهم الله - على أقوال :

القول الأول :

وهو أن تصرف المشتري في المبيع زمن الخيار ، لا يخلو من أن يكون الخيار لهما جميعاً ، أو له وحده ، أو للبائع ، فإن كان الخيار لهما جميعاً أو للمشتري جاز التصرف فيه ويعتبر إجازة للبيع ، وإن كان الخيار للبائع وحده فليس للمشتري التصرف في المبيع وإن قبضه بإذن البائع .

وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

القول الثاني :

وهو إن كان الخيار للمشتري وتصرف في السلعة تصرفاً يدل على رضاه بالبيع ، كما لو أعتق ، أو دبّر ، أو رهن ، أو أجر صح تصرفه واعتبر امضاء للبيع .

أما إن تصرف فيه بالبيع فيمنع منه قبل أن يختار ، فإن فعل وباع ولم يخبر البائع باختياره ولم يشهد به ، وادعى أنه اختار قبل البيع وخالفه البائع ، صدق المشتري بيمينه . وهذا ما ذهب إليه المالكية .

القول الثالث :

وهو أنه إذا تصرف المشتري في المبيع وكان الخيار له وحده صح تصرفه ونفذ .

وإن كان الخيار لهما معا ، أو للبائع وحده لم ينفذ تصرفه إلا مع الأذن

وهذا مذهب الشافعية . والحنابلة واستثنوا العتق فقالوا : ينفذ مطلقاً .

الراجح:

أن تصرف المشتري في المبيع يصح إن كان الخيار له وهذا مذهب الحنفية والمالكية باستثناء البيع وبه قال الشافعية والحنابلة .

وأما إن كان الخيار للبائع أو لهما معاً فليس للمشتري التصرف في المبيع وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة باستثناء العتق عندهم .

(3) صفة القبض

يتفاوت ما يتحقق به القبض تبعاً لتفاوت المعقود عليه المراد قبضه ، وذلك أن المعقود عليه إما أن يكون عقاراً أو منقولاً .

فإن كان عقاراً فإن قبضه يتحقق بالتخلية بينه وبين من انتقل الملك إليه بحيث يتمكن من الانتفاع به .

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء : من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية

وإن كان منقولاً فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال :

القول الأول :

أن قبض المنقول يتحقق بالتخلية بينه وبين المشتري على وجه يتمكن معه من الانتفاع فيه والتصرف في المبيع .

وهذا القول هو مذهب الحنفية ، وقول للشافعية وراويته عن الإمام أحمد .

القول الثاني :

أن قبض المنقول لا يتحقق بالتخلية ، بل لا بد من أمر زائد عليها ، وهذا يختلف باختلاف المنقولات. فإن المنقول لا يخلو من ثلاثة أنواع :

النوع الأول :

أن يكون المنقول مما يتناول باليد عادة ، كالنقود والجواهر ، فتحقق القبض في هذا النوع إنما يكون بتناوله باليد عند جمهور الفقهاء : من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

النوع الثاني :

أن يكون المنقول مما لا يعتبر فيه تقدير .
وذلك بأن يكون المبيع غير مكيل ولا موزون ولا معدود كالأمتعة والعروض ، فتحقق قبض هذا النوع من المبيع بنقله وتحويله ، عند جمهور العلماء : من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

النوع الثالث :

أن يكون المنقول مما يعتبر فيه تقدير وذلك بأن يكون المبيع مقدر بكيل ، أو وزن ، أو ذرع ، أو عد ، فتحقق قبض هذا النوع ، باستيفاء ما يقدر به من كيل ، أو وزن ، أو ذرع ، أو عد . عند جمهور العلماء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

والراجع :

أن قبض المنقولات راجع إلى عرف الناس في الزمن المعين ، فإذا تعارفوا على أن القبض يتحقق بالتخلية فإنه يتم بها ، وإن كان في عرفهم أنه لا يتحقق إلا بالحيازة والنقل لم يتم إلا بذلك .
أما تحديد ما هو العرف فإنه يختلف باختلاف السلع .

(4) التصرف في المعقود عليه قبل النقل :

بالإجارة، والشركة ، والتولية ، والحوالة .
وقد اختلف الفقهاء في حكم التصرف بذلك على أقوال :

القول الأول :

انه لا يجوز التصرف في المبيع قبل نقله ، بالإجارة ، والشركة والتولية ، والحوالة ، وأن حكم هذه الأشياء مساوٍ للتصرف في المبيع قبل نقله على وجه البيع .
وبهذا قال الحنفية ، وهو الصحيح من مذهب الشافعية ، وهو المذهب عند الحنابلة .

القول الثاني :

انه يجوز التصرف في المبيع قبل نقله بالإجارة ، والشركة ، والتولية ، والحوالة .
وبهذا قال المالكية ، وهو قول مرجوح عند الشافعية ، وبه قال بعض الحنابلة ، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية .

والراجع :

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من جواز التصرف في المبيع قبل نقله ، بالإجارة ، والشركة ، والتولية ، والحوالة لأن المعنى الذي ورد من أجله النهي غير متحقق في مثل هذه التصرفات . لاسيما إذا قلنا إنها من باب المعروف والإحسان لا من باب البيع والمكايسة .

(5) التصرف في المبيع قبل نقله على غير وجه المعاوضة .

وهي على قسمين :

1-1- لوقف والعتق .

2- باقي التصرفات الأخرى من هبة ، وقرض ، ورهن وغير ذلك .
فأما القسم الأول : وهو الوقف والعتق فقد ذهب إلى جوازه الشافعية في أصح الأوجه عندهم ، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية ، وحكى الإجماع على جواز العتق .

وأما القسم الثاني : وهو باقي التصرفات الأخرى فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين :

القول الأول :

جواز هذه التصرفات .

وبهذا قال الحنفية، والمالكية، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية

القول الثاني :

انه هذه التصرفات لا تصح قبل نقل المبيع وقبضه .

وبهذا قال الشافعية في الأصح ، وهو قول الحنابلة فيما يحتاج إلى توفيه بكيل أو وزن ... إذا بيع على ذلك .

والراجح :

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من جواز هبة البيع ، واقراضه والتصدق به قبل نقله ، وذلك لقوة ما استدلوا به ، ولأن مثل هذه التصرفات لا يقصد بها المعاوضة .

(6) حكم الإقالة في المبيع بعد نقلة

لا تخلوا الإقالة في المبيع بعد نقله من حالين :

الحال الأولى :

كون المبيع موجوداً

وفي هذه الحالة يجب على المشتري رد عين المبيع إلى البائع إذا كان موجوداً ، ولا يحق له حبسه إلا إذا امتنع البائع من رد الثمن .
لأن مقتضى الإقالة رد العاقدين إلى ما كان عليه قبلها . ولا يتحقق ذلك إلا برد عين المقبوض إذا كان موجوداً في يد المشتري سواء كانت الاستقالة منهما أو من أحدهما.

الحال الثانية :

كون المبيع مفقوداً

وفي هذه الحالة . اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في صحة الإقالة بعد تلف أو هلاك المبيع على أقوال :

القول الأول :

عدم صحة الإقالة بعد تلف المبيع أو هلاكه .

وهذا مذهب الحنفية ، والحنابلة ، ووجه عند الشافعية .

القول الثاني :

صحة الإقالة بعد تلف المبيع أو هلاكه.

وهذا مذهب المالكية ، والشافعية في الأصح ، ووجه عند الحنابلة .

الراجح

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول .

(7) ضمان المنقول إذا تلف

لا يخلو ضمان المنقول إذا تلف من حالين

الحال الأولى :

أن يكون تلف المنقول بعد قبض المشتري .

فهذا لا خلاف بين أهل العلم على أن ضمانه على مشتريه إلا أن يكون التلف بفعل أجنبي فضمانه عليه .

الحال الثانية :

أن يكون تلف المنقول قبل قبض المشتري فهذا على ضربين :

الضرب الأول :

أن يكون المنقول موصوفاً في الذمة .

فهذا لا خلاف بين أهل العلم على أن ضمانه على بائعه .

الضرب الثاني :

أن يكون المنقول معيناً ، وهذا الضرب قد اختلف العلماء فيه ،
على من يكون ضمانه على أقوال :

القول الأول :

أنه من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري .
وهذا مذهب الحنفية ، والشافعية .

القول الثاني :

انه من ضمان المشتري .
وهذا مذهب الظاهرية .

القول الثالث :

انه من ضمان البائع إذا كان المبيع مما يحتاج إلى حق توفيه كالمكيل ،
والموزون ونحوها ، إذا بيعت هذه الأشياء على التقدير بالكيل أو الوزن ،
فإن كان المبيع لا يحتاج إلى حق توفيه كالمبيع جزافاً من المكيلات
والموزونات ، والعروض والدواب والسيارات ونحو ذلك فإنه يكون
من ضمان المشتري ما لم يمنعه البائع من قبضه .
وهذا مذهب المالكية ، والحنابلة .

والراجح أن ضمان المبيع قبل قبضه على البائع ما لم يتمكن المشتري
من القبض ، فإذا تمكن من القبض فلم يقبض فالضمان عليه ، وحينئذٍ
يكون السبب الموجب لانتقال الضمان هو التمكن من القبض ، وليس
القبض نفسه .

(8) الإجارة على نقل المحرم

اتفق الفقهاء ، على أن كل ما لا يباح فعله لا يصح تأجيله ، ولا
استئجاره ، ولا أخذ العوض عليه ، لأن فعله محرم ، وكل عمل محرم
شريعاً لا يجوز الاستئجار على فعله لأن الأجرة لا تباح في مقابلته ،
ولأن المحرم لا قيمة له شرعاً .

ولأن في فعله تعاوناً على الإثم والعدوان ، والله نهى عن ذلك حيث قال :
{ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان }

(9) نقل الملك في الشركة

نقل الملك في الشركة لا يخلوا من حالين :

الحال الأولى : أن يكون بيعاً .

وقد ذكر شيخ الاسلام ابن تيمية أن هذا البيع صحيح باتفاق المسلمين .

الحال الثانية : أن يكون هبة :

وقد اختلف الفقهاء — رحمهم الله في صحة هذه الهبة على قولين :

القول الأول :

صحة هبة المشاع .

وبه قال المالكية ، والشافعية ، والحنابلة، والظاهرية.

القول الثاني :

لا تصح هبة المشاع الذي يحتمل القسمة وتصح إن كان لا يحتملها .
وبه قال الحنفية .

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور .

(10) نقل السلم من شيء إلى آخر

اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في حكم استبدال المسلم فيه قبل قبضه بشيء آخر على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

أنه لا يجوز استبدال المسلم فيه بغيره سواء أكان المسلم فيه موجوداً أم معدوماً .

وبهذا قال جمهور الفقهاء ، من الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة.

القول الثاني :

أنه يجوز استبدال المسلم فيه بغيره ما لم يكن طعاماً ، بشروط ثلاثة

:

الأول :

أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه .

الثاني :

أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يداً بيد .

الثالث :

أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال .

وهذا مذهب المالكية .

القول الثالث :

جواز استبدال المسلم فيه بغيره في الجملة ، إذا كان بسعر الوقت أو أقل من ذلك.

وهذا مذهب ابن عباس – رضي الله عنه – وأحمد في إحدى الروايتين عنه ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمه وتلميذه ابن القيم والراجح :

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث.

(11) نقل الرهن عن هو بيده

قد يتفق الراهن والمرتهن على نقل الرهن عن هو بيده (المرتهن) إلى وضعه عند عدل يرتضيانه فما حكم ذلك ؟

اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول :

انه يجوز للمتراهنين أن يتفقا على وضع الرهن عند عدل يرتضيانه .

وإلى هذا ذهب الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وبه قال طائفة من التابعين .

القول الثاني :

أنه لا يجوز للمتراهنين أن يتفقا على وضع الرهن عند عدل ، ولا يصح قبضه عند ذلك .

وإلى هذا ذهب الظاهرية ، وبه قال بعض التابعين .

والراجح :

هو ما ذهب إليه الجمهور .

(12) الحوالة نقل للدين أو نقل للمطالبة به

اختلف أهل العلم في حكم الحوالة هل هي نقل للدين أم نقل للمطالبة به ؟ اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول :

أن الحوالة نقل للدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . وبهذا قال جمهور الفقهاء : من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

القول الثاني

أن الحوالة نقل للمطالبة من ذمة المحيل إلى المحال عليه لا أنها نقل للدين .

وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية .

والراجح : ما ذهب إليه الجمهور من أن الحوالة إنما هي نقل للدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

ولكن هذا لا يعني عدم رجوع المحتال إلى المحيل عند تعذر الاستيفاء من المحال عليه .

(13) نقل الوديعة من حرز إلى آخر

نقل الوديعة من حرز إلى آخر لا يخلوا من حالين :

الحال الأولى :

أن يعين المودع مكان حرزها .

وفي هذه الحال يجب على المستودع حفظها فيه إلا أن يكون فيما حد له يقين هلاكها .

فإن نقلها إلى ما دونه ضمن باتفاق الفقهاء .

وإن نقلها إلى مثله أو أعلى منه لم يضمن بذلك عند الجمهور .

أن لا يعين المودع مكاناً لحزها فيه .
وفي هذه الحال يجب على المودع حفظها في حرز مثلها ، فإن نقلها
عنه إلى حرز مثلها فتلفت لم يضمن سواء نقلها إلى مثل الأول أو هو
دونه .

(14) اشتراط القبض لنقل الملك في القرض

اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في اشتراط القبض لنقل الملك في القرض
على أقوال :

القول الأول :

أنه يشترط القبض لنقل الملك في القرض .
وهذا مذهب الحنفية ، والشافعية في الاظهر، وهو المذهب عند
الحنابلة

القول الثاني :

انه لا يشترط القبض لنقل الملك في القرض .
وإنما يحصل الملك في القرض بتمام العقد .
وهذا مذهب المالكية ، والظاهرية ، واختاره الشوكاني .

القول الثالث :

أن ملكية القرض تثبت بالتصرف فيه .
وهذا هو القول الثاني عند الشافعية ، وروى عن أبي يوسف – من
الحنفية – نحوه حيث قال : لا يملكه إلا باستهلاكه .
والراجع :

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول

(15) اشتراط القبض لنقل الملك في الهبة

اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في اشتراط القبض لنقل الملك في
الهبة على أقوال :

القول الأول :

انه يشترط القبض لنقل الملك في الهبة .
وهذا مذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، وبه قال طائفة من
التابعين ، وحكى بعض العلماء إجماع الصحابة على ذلك .

القول الثاني :

انه لا يشترط القبض لنقل الملك في الهبة .
وهذا مذهب المالكية ، والظاهرية ، وأبي ثور ، وهو قول
للشافعية ، وراويته عن أحمد
والراجع :

هو ما ذهب إليه الجمهور .

(16) نقل الوقف للحاجة والمصلحة

اختلف في ذلك على قولين :

القول الأول :

أنه لا يجوز نقل الوقف إذا لم تتعطل منافعه ، ولو كانت المصلحة في نقله .

وهذا قول جمهور أهل العلم: من الحنفية، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة .

القول الثاني :

انه يجوز نقل الوقف للمصلحة والحاجة .

وبهذا قال بعض الحنفية ، وبعض الشافعية ، وبعض الحنابلة .

والراجع :

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني .

(17) نقل الوقف لتعطل منافعه

اختلف أهل العلم في حكم نقل الوقف إذا تعطلت منافعه على أقوال :

القول الأول :

انه يجوز نقل الوقف إذا تعطلت منافعه .

وهو مذهب الحنفية ، والحنابلة ، وبه قال بعض المالكية، والشافعية .

القول الثاني :

أنه لا يجوز نقل الوقف إذا تعطلت منافعه .
وهو مذهب المالكية ، والشافعية ، وبه قال بعض الحنفية ، والحنابلة .

القول الثالث :

انه يجوز نقل ما وقف على المسجد عند تعطل منافعه دون غيره .
وبهذا قال بعض الشافعية .

والراجع :

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول .

والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله
وصحبه أجمعين

الفاعل	رقم الآية	ما حصل فيها من تغيير عند اتصاله بضمير الرفع
يرمون	4	فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه ثبوت النون لأنه من الأفعال الخمسة واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والجملة الفعلية صلة الموصول لا محل لها من الإعراب
يأتوا	4	فعل مضارع مجزوم وعلامة جزمه حذف النون لأنه من الأفعال الخمسة واوا الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل
يرمون	6	فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه ثبوت النون لأنه من الأفعال الخمسة واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب
ويدروا	8	الواو حرف عطف ويدروا فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة الظاهرة
تولى	11	فعل ماضي مبني على الفتح المقدر والفاعل ضمير مستتر تقديره هو والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب
يأتوا	13	فعل مضارع فعل الشرط مجزوم وعلامة جزمه حذف النون لأنه من الأفعال الخمسة واوا الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والجملة في محل جر مضاف إليه
تلقونه	15	فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه ثبوت النون لأنه من الأفعال الخمسة واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع الفاعل والهاء ضمير متصل مبني على الضم في محل نصب مفعول به
يزكي	21	فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة والفاعل ضمير مستتر تقديره هو والجملة في محل رفع خبر كان
يؤتوا	22	فعل مضارع منصوب وعلامة نصبه حذف النون لأنه من الأفعال الخمسة واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والمصدر المؤول من "أن" والفعل في محل جر بحرف جر محذوف والتقدير في أن يأتوا

وليعفوا	22	الواو حرف عطف واللام لام الأمر "وليعفوا" فعل مضارع مجزوم وعلامة جزمه حذف النون لأنه من الأفعال الخمسة واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع
---------	----	--

فاعل		
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه ثبوت النون لأنه من الأفعال الخمسة واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب	23	يرمون
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة وهم ضمير متصل مبني على السكون في محل نصب مفعول به أول وحرك بالضم لالتقاء الساكنين	25	يوفيههم
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه ثبوت النون لأنه من الأفعال الخمسة واوا لجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب	29	تبدون
فعل مضارع مجزوم لأنه جواب الطلب وعلامة جزمه حذف النون لأنه من الأفعال الخمسة واوا الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل	30	يغضوا
فعل مضارع مبني على السكون لاتصاله بنون النسوة والنون ضمير متصل مبني على الفتح في محل رفع فاعل والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب	31	يخفين
فعل مضارع مبني على السكون لاتصاله بنون النسوة في محل جزم ونون النسوة ضمير متصل مبني على الفتح في محل رفع فاعل	31	يبدين
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه ثبوت النون لأنه من الأفعال الخمسة واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب	33	يبتغون
الواو حرف عطف وءاتوهم فعل أمر مبني على حذف النون واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل وهم ضمير متصل مبني على السكون في محل نصب مفعول به	33	وءاتوه م
فعل ماضي مبني على الفتح المقدر والفاعل ضمير مستتر تقديره هو وكم ضمير متصل مبني على السكون في محل نصب مفعول به والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب	33	ءاتكم
اللام حرف تعليل ونصب "وتبتغوا" فعل مضارع منصوب	33	لتبتغوا

وعلامة نصبه حذف النون لأنه من الأفعال الخمسة واوا الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل		
فعل ماضي مبني على الضم المقدر واو الجماعة ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع فاعل والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب	34	خلوا
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة	35	يهدى
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة وهم ضمير متصل مبني على السكون ف يحل نصب مفعول به	37	تلهيهم
الواو حرف عطف وإيتاء معطوف مجرور وعلامة جره الكسرة الظاهرة	37	وإيتاء
اللام حرف تعليل ونصب ويجزيهم فعل مضارع مجزوم وعلامة نصبه الفتحة الظاهرة وهم ضمير متصل مبني على السكون في محل نصب مفعول به وحرك بالضم لالتقاء الساكنين	38	ليجزيهم
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة والهاء ضمير متصل مبني على الضم في محل نصب مفعول به	40	يعشاه
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة وهاء ضمير متصل مبني على السكون في محل نصب مفعول به والفاعل ضمير مستتر تقديره هو والجملة في محل نصب خبر بكاد وجملة " لم يكذ " جواب الشرط	40	يراهها
فعل مضارع مجزوم وعلامة جزمه حذف حرف العلة والفاعل ضمير مستتر تقديره أنت	41	تر
الفاء حرف عطف وتري فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة والفاعل ضمير مستتر تقديره أنت	43	فتري
فعل مضارع مرفوع وعلامة رفعه الضمة المقدرة والفاعل ضمير مستتر تقديره هو والجملة في محل رفع خبر أن والمصدر المؤول من "أن" وما بعدها في محل نصب سد مسد مفعولي "أثر"	43	يزجي
فعل ماضي مبني للمجهول فعل الشرط مبني على الضم لاتصاله بواو الجماعة والواو ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع نائب فاعل والجملة في محل جر مضاف إليه	48	دعوا
فعل ماضي مبني للمجهول فعل الشرط مبني على الضم لاتصاله بواو الجماعة والواو ضمير متصل مبني على السكون في محل رفع نائب فاعل والجملة في محل جر مضاف إليه	51	دعوا
الواو حرف عطف ويخش فعل مضارع مجزوم وعلامة جزمه حذف حرف العلة والهاء ضمير متصل مبني على السكون في	52	ويخش

محل نصب مفعول به والفاعل ضمير مستتر تقديره هو		
الواو حرف عطف ويتق فعل مضارع معطوف مجزوم وعلامة جزمه حذف حرف العلة والهاء ضمير متصل مبني على الكسر في محل نصب مفعول به والفاعل ضمير مستتر تقديره هو	52	ويتقه
فعل ماضي مبني على الفتح المقدر والفاعل ضمير مستتر تقديره هو والجملة صلة الموصول لا محل لها من الإعراب	53	ارتضى
فعل مضارع مبني على السكون لاتصاله بنون التوكيد في محل نصب والنون ضمير متصل مبني على الفتح في محل رفع فاعل والمصدر المؤول من "أن" والفعل في محل رفع مبتدأ	60	يستعفف ن

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً ، وظاهراً وباطناً وبعد :

فها أنا ذا أصل إلى خاتمة هذا البحث الذي استفدت منه فوائد كثيرة ، ومنافع وفيرة ، فله الحمد والمنه .

وفيما يأتي أشير لأهم النتائج التي توصلت إليها في موضوع هذا البحث فأقول :

- 1- اتفاق أهل العلم على اشتراط القبض في الطعام لنقل ملكيته ، وأن الخلاف المنقول فيه إنما هو خلاف شاذ كما نص على ذلك جمع من الفقهاء .
- 2- اشتراط القبض في المبيع لنقل ملكيته فيما عدا الطعام على الصحيح - كما تقدم - .
- 3- أن تحقق القبض في المبيع يختلف باختلاف العقود عليه .
- 4- أن المرجح في تحديد القبض راجع إلى ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم .
- 5- أن تصرف أحد المتبايعين في زمن الخيار يُعدّ تصرفاً نافذاً إن كان الخيار لهما ، وإن كان لأحدهما صح تصرف من كان الخيار له .
- 6- أن التصرف في المبيع قبل قبضه إنما يعد تصرفاً باطلاً إذا كان على وجه المعاوضة بالبيع .

- 7- أن التصرف في المبيع قبل قبضه عن طريق الإجارة والشركة والتولية والحواله به يُعد تصرفاً صحيحاً .
- 8- أن كل تصرف في المبيع قبل قبضه على وجه التبرع كالقرض والهبة يُعد تصرفاً صحيحاً .
- 9- أن السبب الموجب لانتقال الضمان هو التمكن من القبض وليس القبض نفسه .
- 10- أن الأصل في المعاملات والشروط الصحة والجواز .
- 11- جواز استبدال المسلم فيه قبل قبضه إذا كان يسمى الوقف أو أقل من ذلك .
- 12- انه يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون إذا كان مما يخلب أو يركب يقدر نفقته متحرياً العدل في ذلك .
- 13- أن الحوالة إنما هي نقل للدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ولكن للمحتال الرجوع إلى المحيل عند تعذر الاستيفاء من المحال عليه على الصحيح - كما تقدم - .
- 14- أن تصرف الوكيل بالوكالة مع عدم علمه بانعزاله يعد تصرفاً صحيحاً حتى يعلم بالعزل .
- 15- اشتراط القبض لنقل الملك في القرض والهبة .

16- صحة نقل الوقف للحاجة والمصلحة .

هذه أبرز النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث ، وأسأل
الله العظيم أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجه الكريم .
وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين .

الفهارس

وتشتمل على:

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس موضوعات البحث .

فهرس الآيات

فهرس الآيات

م	الآية	الصفحة
1	"فرهان مقبوضة"	141
2	"فشدوا الوثاق" .	138
3	"فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى "	177
4	"نعم الثواب وحسنت مرتفقاً"	171
5	"وآخرون يقربون في الأرض يبتغون من فضل الله " .	
6	"وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة .. "	98
7	"واذكروا نعمة الله عليكم وميثاقه الذي واثقكم به .. "	138
8	"وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان "	90
9	"ورجالاً سلماً لرجل "	56
10	"ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " .	156
11	"ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى "	3
12	"ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود "	75
13	"ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته "	1
14	"ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً "	1
15	"ياأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من	1

	5	نفس واحدة "
--	---	-------------

فهرس الأحاديت

فهرس الأحاديث

م	الحديث	الصفحة
1	أتيت النبي صلى الله عليه وسلم في رهط من الأشعريين نستعمله فقال : والله لا أحملكم وما عندي ما أحملكم .	99
2	أخترت علينا أبعذك الله .	
3	إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه .	35
4	إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه .	36
5	إذا بعتم طعاماً فلا تبيعوه حتى تقبضوه .	36
6	أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم .	100
7	إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به من الفروج .	77
8	إن الله كره لكم ثلاثاً . قيل وقال ، وكثرة السؤال وإضاعة المال .	
9	إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا	156
10	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبض درعه للمرتهن .	144
11	أنت ومالك خبيث وولدك خبيث .	94
12	أيما رجل كان له شرك في أرض أو ريعه أو حائط فلا يحل أن يبيعه حتى يؤذن شريكه .	97
13	ان عندي ناقتين أعددتهما للخروج ، فخذ احدهما . قال : قد أخذتهما بالثمن الأول .	55
14	باع النبي صلى الله عليه وسلم جملاً واشترط ظهره إلى المدينة .	74
15	باع وهيباً داراً على عثمان واشترط عليه سكنها .	74 ، 75
16	تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ، ولا يورث ولكن ..	
17	الخراج بالضمان .	83 ، 85

152	الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً .	18
94	كسب الحمام خبيث .	19
123	كل شرط ليس قي كتاب الله فهو باطل .	20
56	كنا نبيع الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله .	21
115	لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء .	22
127	لا ضرر ولا ضرار .	23
70 ، 40 ، 85 ،	لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن .	24
	لا يحلبن أحد ماثية أحد إلا بإذنه .	25
	لا يغلق الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه .	26
75	المسلمون على شروطهم .	27
164	مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع .	28
128	ملعون من غير منار الأرض .	29
60	من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله .	30
109	من اسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره .	31
36	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم .	32
75	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم	33
72	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط .	34
67 ، 53	هو لك يا عبد الله فاصنع به ما شئت .	35
197	ومن نحل نحلة فلم يجزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل .	36

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

م	العلم	الصفحة
1	أبو يوسف	121
2	ابن الشاط	30
3	ابن القاسم	128
4	ابن القيم	33
5	ابن المنذر	98 ، 90 ، 33
6	ابن حجر	41
7	ابن حجر الهيتمي	128
8	ابن رجب	31
9	ابن رشد	148
10	ابن عبد البر	153 ، 34
11	ابن قدامة	175 ، 35 ، 47 ، 112 ،
12	ابن مفلح	175
13	ابن هبيرة	174
14	الخطابي	33
15	عثمان البتي	35 ، 34 ، 33
16	القرافي	30
17	المازري	34
18	محمد بن الحسن	166 ، 121
19	النوي	34

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المصادر والمراجع

اسم المرجع أو المصدر	مسلسل
القرآن الكريم	1
الإجماع : لابن المنذر ، ت : أبو حماد حفير بن أحمد حنيف ، دار الفرقان .	2
الأحكام السلطانية : للماوردي ، دار احياء التراث العربي .	3
أحكام الطريق في الفقه الإسلامي : للدخيل .	4
أحكام القرآن : للجصاص ، دار الباز .	5
إرواء العليل في أحاديث منار السبيل : للألباني ، ت : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي .	6
أسنى المطالب شرح روض الطالب : للأنصاري ، المكتبة الإسلامية .	7
الأشباه والنظائر : للسيوطي ، ت : علاء السعيد ، مكتب الباز .	8
الإشراف : لابن المنذر ، مكتب الباز .	9
الإشراف على مذاهب الخلاف : للقاضي عبد الوهاب ، مطبعة الإدارة .	10
أعلام الموقعين عن رب العالمين : دار إحياء التراث الإسلامي .	11
الإفصاح عن معاني الصحاح : لابن هبيرة ، مؤسسة السعدية بالرياض .	12
الإقناع : لابن المنذر ، ت : عبد العزيز الجبرين ، مكتبة الرشد .	13

14	الإقناع لطالب الانتفاع : للحجاوي ، ت : الدكتور عبد الله التركي ، دار هجر .
15	الأم : للشافعي ، دار الكتب العلمية .
16	الإنصاف : ت : عبد الله التركي ، توزيع وزارة الشؤون الإجتماعية .
17	الاختيارات العلمية : لليعلي ، ت : أحمد الخليل ، دار العاصمة .
18	ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : للسوكاني ، دار المعرفة .
19	الاستذكار : لابن عبد البر ، ت : عبد المعطي قلعجي ، دار قتيبية للنشر والتوزيع .
20	اعلاء السنن : للتهاوي ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية .
21	اغاثة اللفهان من مصايد الشيطان : لابن القيم ، ت : محمد حامد الفقي ، دار المعرفة .
22	البحر الرائق شرح كنز الدقائق : لابن نجيم ، دار المعرفة .
23	بحوث في المعاملات : للدكتور عبد الستار أبو غده ، نشر بيت التمويل الكويتي .
24	بدائع الصنائع : للكاساني ، دار الكتب العلمية .
25	بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد ، ت : محمد صبحي حلاث ، دار ابن تيمية .
26	البداية والنهاية في التاريخ : لابن كثير ، مطبعة السعادة بمصر .
27	بلغة السالك لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك : للساوي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر .
28	البهجة شرح التحفة : لأبي الحسن التسولي ، دار المعرفة .

29	بيان الدليل على بطلان التحليل : ت : حمدي السلفي ، المكتب الإسلامي .
30	بيان الوهم والإبهام الواقعين في كتاب الأحكام : لابن القطان ، ت : الحسن آيت سعيد ، دار طيبة .
31	البيان في مذهب الإمام الشافعي : للعمراني ، دار المنهاج .
32	بيع التقسيط وأحكامه : للتركي ، دار اشبيليا .
33	تاج العروس من جواهر القاموس : للزبيدي ، المطبعة الخيرية بمصر .
34	التاج والإكليل شرح مختصر خليل : للأزهري ، دار الكتب العلمية .
35	التاريخ الكبير : للبخاري ، ت : عبد الرحمن المعلمي ، دار الكتب العلمية .
36	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : للزليعي ، دار المعرفة .
37	تحفة التحصيل في ذكر رواه المراسيل : ت : رفعت فوزي عبد المطلب ، مكتبة الخانجي ، بالقاهرة .
38	تحفة المحتاج بشرح المنهاج : لابن حجر الهيتمي ، دار الكتاب العربي .
39	تذكرة الحفاظ : للذهبي ، دار إحياء التراث العربي .
40	التصرف في الملك أحكامه وقيوده : للغامدي .
41	التصرف في الوقف : للدكتور إبراهيم الغصن .
42	تصرفات الأمين في العقود المالية : لعبد العزيز الحجيلان ، إصدارات الحكمة .
43	تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء : لابن تيمية ، ت : الخليفة ، مكتبة الرشد .
44	تفسير ابن جرير الطبري :

لابن جرير ، ت : عبد الله التركي ، دار هجر . تقريب التهذيب :	45
لابن حجر ، ت : محمد عوامه ، دار ابن حزم . تكملة المجموع :	46
للمطيعي ، دار إحياء التراث العربي . تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير:	47
لابن حجر ، ت : عبد الله هاشم المدني . تهذيب التهذيب :	48
لابن حجر ، مؤسسة الرسالة . تهذيب السنن :	49
لابن القيم ، ت : محمد حامد الفقي ، دار المعرفة . تهذيب المدونة :	50
للبرادعي ، ت : محمد الأمين الشيخ ، مركز الدراسات للبحوث .	51
تيسر الوصول إلى قواعد الأصول : للفوزان ، دار الفضيلة .	52
جامع الترمذي : لعيسى الترمذي ، ت : أحمد شاكر ، دار الكتب العلمية .	53
الجامع لأحكام القرآن : للقرطبي ، دار الكتب العلمية .	54
الجرح والتعديل : للرازي ، ت : المعلمي ، دار الكتب العلمية .	55
حاشية ابن عابدين : دار الكتب العلمية .	56
حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي ، دار الفكر .	57
حاشية الروض المربع : لمجموعة من المشايخ ، دار الوطن .	58
حاشية الروض المربع : لابن قاسم ، مكتبة الرياض .	59
حاشية عlish : دار المعرفة .	

60	الحاوي الكبير : للماوردي ، دار الفكر .
61	حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة : للسيوطي ، مطبعة الحلبي بالقاهرة .
62	درر الحكام وشرح مجلة الأحكام : للحيدر ، مكتبة النهضة .
63	الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب : للقاضي ابن فرحون اليعمري ، ط الأولى بمصر .
64	ديوان جرير :
65	ذيل تذكرة الحفاظ : دار إحياء التراث العربي .
66	ذيل طبقات الحنابلة : لابن رجب ، مطبعة السنة المحمدية .
67	رسائل ابن نجيم : لابن نجيم ، دار الكتب العلمية .
68	الرسالة المستطرفة : للكتاني ، دار الفكر .
69	الرهن في الفقه الإسلامي : للدعيلج ، مكتبة الرشد .
70	روضة الطالبين : للنووي ، دار الكتب العلمية .
71	زاد المعاد في هدي خير العباد : لابن القيم ، مؤسسة الرسالة .
72	سبل السلام في توضيح بلوغ المرام : للأمير الصنعاني ، ت : محمد صبحي حسن حالات ، دار ابن الجوزي .
73	سنن أبي داود : ت : محمد عوامه ، مؤسسة الريات .
74	سنن ابن ماجه : ت : مصطفى الأعظمي .
75	سنن الدار قطني :

للدان قطني ، ت : عادل أحمد عبد الموجود ، دار المعرفة	
السنن الكبرى : للبيهقي ، دار المعرفة .	76
سنن النسائي : المجتبي ، للنسائي ، ت : مكتب التراث الإسلامي ، دار المعرفة .	77
السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار : للشوكاني ، ت : محمد صبحي حلات ، دار ابن كثير .	78
شذرات الذهب في أخبار من ذهب : لابن العماد الحنبلي ، ط القدس بمصر .	79
شرح الخرشي على مختصر خليل : للخرشي ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق .	80
شرح الزرقاني على مختصر خليل : مطبعة محمد أفندي مصطفى بمصر .	81
شرح العضد على مختصر ابن الحاجب : للقاضي الإيجي ، دار الكتب العلمية .	82
الشرح الكبير على المقتع : لابن أبي عمر ابن قدامة ، ت : عبد الله التركي ، توزيع وزارة الشؤون الإسلامية .	83
الشرح الكبير على مختصر خليل : للدردير ، دار الفكر .	84
شرح الكوكب المنير : للفتوح ، المعروف بابن النجار ، ت : محمد الزحيلي ، ونزيه حماد ، مكتبة العبيكان .	85
شرح فتح القدير : لابن الهمام ، دار الكتب العلمية .	86
شرح مختصر الروضة : للطوفي ، ت : عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة .	87

88	شرح مسلم : للنووي ، مكتبة الربات .
89	شرح منتهى الإرادات : للفنوشي ، ت : عبد الله التركي ، مؤسسة الرسالة .
90	الصحاح - تاج اللغة وصحاح العربية : للجوهرى ، ت : أحمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين .
91	صحيح ابن حبان : لابن حبان ، ت : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة .
92	صحيح البخاري : المكتبة السلفية .
93	صحيح مسلم : لمسلم بن الحجاج النيسابوري ، دار ابن حزم .
94	الضعفاء : للعقيلي ، ت : حمدي السلفي ، المنيعي .
95	ضوابط العقد في الفقه الإسلامي : لعدنان التركماني ، ط نشر المطبوعات الحديثة .
96	طبقات الحفاظ للسيوطي : ت : على محمد عمر ، مكتبة وهبه بمصر .
97	طبقات الشافعية : للأسنوي ، ت : الدكتور الجبوري ، مطبعة الإرشاد ببغداد .
98	طبقات الفقهاء : للشيرازي ، دار الرائد العربي .
99	العدة شرح العمدة : لبهاء المقدسي ، مكتبة الرياض الحديثة .
100	عقد الإجارة في الشريعة الإسلامية : للدعجان ، شركة كنوز السنة .
101	عقد الجواهر الثمينة : لابن شاس ، ت : محمد حميد العمر ، دار الغرب .
102	عقد الرهن في الشريعة الإسلامية :

للدعجان ، شركة كنوز السنه .	
عقد السلم : لنزیه حماد ، دار القلم .	103
عقد السلم وأثره في التنمية والاقتصاد : للصالح	104
عقد القرض : لنزیه حماد ، دار القلم .	105
عقد الوديعة : لنزیه حماد ، دار القلم .	106
الغلل : للدان قطنی ، ت : محفوظ الرحمن زين ، دار طيبة .	107
الغلل الكبير : للترمذي ، ت : صبحی السامرائی ، دار عالم الكتب .	108
عمدة القاری ء شرح صحيح البخاري : للعینی ، إدار المطبعة المنيرية .	109
غريب الحديث : لابن الأثير ، مراجعة : عبد السلام علوش ، مكتبة الرشد .	110
الفتاوى الكبرى : لابن حجر الهيتمي ، المطبعة الميمنية بمصر .	111
الفتاوى الهندية : للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، دار إحياء التراث العربي .	112
فتاوى قاضیحان : مطبوع ضمن هامش الفتاوى الهندية ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق .	113
فتح الباري شرح صحيح البخاري : لابن حجر ، دار الكتب العلمية .	114
فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر : ترتيب محمد المغراوي ، مجموعة التحف والنفائس الدولية .	115
فتح العزيز شرح الوجيز :	116

للرافعي ، دار الفكر .	
الفروع : لابن مفلح ، دار عالم الكتب .	117
الفروق للقرافي : ت : عبد المجيد هنداوي ، المكتبة العصرية .	118
القاموس المحيط : للفيروزآبادي ، ت : عبد السلام هارون ، دار الكتب العلمية .	119
القبض : للضريير ، من مجلة المجمع الفقهي .	120
القبض : للثبتي ، من مجلة المجمع الفقهي .	121
القبض : للقره داغسي ، من مجلة المجمع الفقهي .	122
القبض في الفقه الإسلامي : للربيعي .	123
الكافي في فقه أهل المدينة : لابن عبد البر ، دار الكتب العلمية .	124
الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل : لابن قدامة ، ت : عبد الله التركي ، دار هجر .	125
كشاف القناع على متن الإقناع : للבוهتي ، دار عالم الكتب .	126
لسان العرب : لابن منظور ، دار احياء التراث العربي .	127
المبدع في شرح المقنع : لابن مفلح ، المكتبة الإسلامي .	128
المبسوط : للسرخسي ، دار المعرفة .	129
مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي :	130
مجلة المجمع للفقه الإسلامي :	131
مجموع الفتاوى :	132

للإمام ابن تيمية ، جمع وترتيب ابن قاسم .	
المجموع شرح المهذب : للنووي ، دار إحياء التراث العربي .	133
المحرر في فقه الإمام أحمد : لمحمد أبي البركات ، مكتبة المعارف .	134
المحلى بالآثار : لابن حزم ، دار الكتب العلمية .	135
المختارات الجلية : للسعدي ، دار الوطن .	136
المدونة : للإمام مالك ، دار الكتب العلمية .	137
مراتب الإجماع : لابن حزم ، ت : حسن أحمد آسي ، دار ابن حزم .	138
مسائل الإمام أحمد : للكوسج ، ت : صالح المزيد ، مكتبة العلوم والحكم .	139
المسائل الفقهية "كتاب الروايتين والوجهين" : للقاضي أبي يعلى ، ت : عبد الكريم اللاحم ، مكتبة المعارف .	140
المستدرك على الصحيحين : للحاكم ، ت : علوش ، دار المعرفة .	141
مسند الإمام أحمد : لأحمد بن حنبل ، ت : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة .	142
مشكل الآثار : للطحاوي ، ت : أبو الحسن الرباط ، دار بلنسية .	143
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : للفيومي ، المكتبة العلمية .	144
مصنف ابن أبي شيبة : دار الكتب العلمية .	145
مصنف عبد الرزاق : لعبد الرزاق الصنعاني ، ت : زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي .	146

147	المضاربة في الشريعة الإسلامية : للخويطر ، دار المسير .
148	معالم السنن : للخطابي ، ت : محمد حامد الفقي ، دار المعرفة .
149	معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء : لنزيه حماد ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي .
150	المعجم الوسيط : دار احياء التراث العربي .
151	معجم مقاييس اللغة : لابن فارس ، شركة الرياض للنشر والتوزيع .
152	معرفة علوم الحديث : للحاكم ، دار الهلال .
153	المغني شرح مختصر الخرقي : لابن قدامه ، ت : عبد الله التركي ، دار هجر .
154	المناقلة بالأوقاف وما وقع في ذلك من النزاع والخلاف : لابن قاضي الجبل ، ت : عبد الله بن دهيش ، مطابع الصفا .
155	المنتقى شرح موطأ مالك : لللباجي ، دار الكتب العلمية .
156	منح الجليل على خليل : دار الكتاب العربي .
157	المنهج الأحمد في تراجم أصحاب أحمد العيلي : مطبعة المدني بالقاهرة .
158	المهذب : للشيرازي ، دار إحياء التراث العربي .
159	مواهب الجليل على مختصر خليل : للحطاب ، دار الكتب العلمية .
160	الموسوعة الفقهية الكويتية : الصادرة من وزارة الشؤون الإسلامية بالكويت ، ذات السلاسل .
161	موطأ الإمام مالك :

ت : بشار عواد ، دار الغرب .	
نصب الراية بتخريج أحاديث الهداية : للزليعي ، دار ابن الجوزي .	162
نظرية التملك في الإسلام : للجنيدل ، مؤسسة الرسالة .	163
نظرية الشروط: للشاذلي .	164
نهاية المحتاج : للرمللي ، دار الكتب العلمية .	165
النوادر والزيادات على ما في المدونة : لأبي زيد القيرواني ، ت : محمد حجي ، دار الغرب وغيرها من الأمهات .	166
نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : للشوكاني ، دار إحياء التراث العربي .	167
وفيات الأعيان : لابن خلكان ، مكتبة النهضة المصرية .	168

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	رقم
2	المقدمة	-1
4	أهميه الموضوع	-2
4	أسباب اختياره	-3
5	الدراسات السابقه فيه	-4
7	منهج البحث	-5
9	مفرداته	-6
	التمهيد	-7
14	في التعريف بمفردات الموضوع	
15	المبحث الأول:تعريف الحكم في اللغة والاصطلاح	-8
18	المبحث الثاني: تعريف النقل في اللغة والاصطلاح	-9
20	المبحث الثالث :أقسام النقل	-10
22	المبحث الرابع:تعريف المعاملات المالية	-11
	الفصل الأول	-12
24	النقل في عقود المعاوضات المالية	
25	تمهيد : تعريف المعارضات في اللغة والاصطلاح	-13
28	المبحث الأول : النقل في البيع	-14
29	المطلب الأول:نقل الملك في المبيع	-15
29	الفرع الأول :المراد به وأقسامه	-16
33	الفرع الثاني :ما يشترط فيه القبض لنقل ملكيته	-17

44	الفرع الثالث : تصرف أحد المتبايعين بنقل الملك في زمن الخيار.....	-18
52	المطلب الثاني:قبض المنقول.....	-19
52	الفرع الأول:صفة القبض.....	-20
62	الفرع الثاني :مؤونة النقل.....	-21
63	الفرع الثالث :التصرف فيه قبل النقل.....	-22
72	الفرع الرابع:اشتراط النقل على البائع.....	-23
79	الفرع الخامس :الإقالة في المبيع بعد نقله.....	-24
83	المطلب الثالث :ضمان المنقول إذا تلف.....	-25
89	المبحث الثاني : النقل في الإجارة.....	-26
90	المطلب الأول :الإجارة على نقل المحرم.....	-27
93	المطلب الثاني :الإجارة على نقل النجاسة.....	-28
95	المطلب الثالث : ركوب الدابة المستأجرة لنقل المتاع.....	-29
96	المبحث الثالث : النقل في الشركة.....	-30
97	المطلب الأول :نقل الملك في الشركة.....	-31
103	المطلب الثاني :نقل المال في المضاربة وأجرته.....	-32
108	المبحث الرابع : النقل في السلم.....	-33
109	المطلب الأول :نقل السلم من شيء الى آخر.....	-34
119	المطلب الثاني :بيان محل التسليم لما نقله مؤونة.....	-35
125	المطلب الثالث : أجره نقل السلم.....	-36
126	المبحث الخامس : النقل في الصلح.....	-37

127	المطلب الأول : نقل الطريق عن محلها	-38
130	المطلب الثاني: نقل الباب في الدرب المشترك	-39
134	المطلب الثالث: نقل البئر لضرر الجار	-40
137	الفصل الثاني النقل في عقود التوثيق	-41
138	تمهيد في تعريف التوثيق في اللغة والإصطلاح	-42
140	المبحث الأول: النقل في الرهن	-43
141	المطلب الأول: نقل الرهن عن هو بيده	-44
146	المطلب الثاني: نقل الغرس من الأرض المرهونة	-45
148	المطلب الثالث: استعمال الدابة المرهونة في النقل	-46
161	المبحث الثاني: نقل الضمان من شخص الى آخر	-47
163	المبحث الثالث: النقل في الحوالة	-48
164	المطلب الأول: الحوالة نقل للدين أو نقل للمطالبه به	-49
168	المطلب الثاني: الحوالة نقل أو تقبيض	-50
	الفصل الثالث	-51
170	النقل في عقود الارفاق	
171	تمهيد في تعيف الإرفاق لغة وإصطلاح	-52
173	المبحث الأول: النقل في الوكالة	-53
174	المطلب الأول: نقل الوكالة من اختصاص الى آخر	-54
176	المطلب الثاني: نقل الوكالة من شخص الى آخر	-55

180	المبحث الثاني: النقل في الوديعه	-56
181	المطلب الأول: نقل الوديعة من حرز الى آخر	-57
185	المطلب الثاني: تلف الوديعة عند نقلها	-58
188	المطلب الثالث: مؤونة النقل إذا كان التسليم في غير بلد المودع	-59
189	المبحث الثالث: النقل في القرض والهبة	-60
190	المطلب الأول: اشتراط القبض لنقل الملك في القرض	-61
195	المطلب الثاني: اشتراط القبض لنقل الملك في الهبة	-62
201	المبحث الرابع: النقل في اللقيط	-63
202	المطلب الأول: نقل اللقيط من مكان الى آخر	-64
202	الفرع الأول: نقله الى الحاضرة	-65
202	الفرع الثاني: نقله الى البادية	-66
204	المطلب الثاني: نقل حضانة اللقيط	-67
205	المبحث الخامس: النقل في الوقف	-68
206	المطلب الأول: نقل الوقف للحاجة والمصلحة	-69
218	المطلب الثاني: نقل الوقف لتعطل منافعه	-70
225	المبحث السادس: النقل في الوصية	-71
226	المطلب الأول: نقل الوصية من شخص الى آخر	-72
227	المطلب الثاني: نقل الموصى به من شيء الى آخر	-73
228	الخاتمة	-74
232	الفهارس	-75

233	فهرس الآيات القرآنية.....	-76
236	فهرس الأحاديث.....	-77
240	فهرس الأعلام.....	-78
242	فهرس المصادر والمراجع.....	-79
258	فهرس موضوعات البحث.....	-80
